



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الجبلاي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: أحوال شخصية

بإشراف:

د. عشير جيلالي

إعداد الطالبتين:

✓ بن نبي زهية

✓ بلقاضي حميدة

لجنة المناقشة:

(1) الأستاذ: د. فيساح جلول رئيسا.

(2) الأستاذ: د. عشير جيلالي مشرفا و مقرا.

(3) الأستاذة: سواعدي جيلالي عضوا مناقشا.

تاريخ المناقشة: 2018/05/30

السنة الجامعية: 2018/2017

الإهداء

إلى عائلة معرض الفكر دريا والعلوم طريقنا والأديب موصية إلى عائلتي

إلى من علمني فن النقش على الورق أبي

إلى من علمتني أن لا أخون كل البحر أمي

إلى شقيقة روعي وملاحي الحبيب أختي حفيفة وإلى نور دريما رضا

إلى كل من كان وظل روح الفكر أخي محمود

إلى سيفه الحق أخي إسحاق

إلى نبض قلب العائلة المدلل عبد القادر

إلى من أتمنى لهم كل السعادة: سامية، نادية، سارة

إلى حفلة الغد: محمد، أبو بكر، خليل، علاء الدين

إلى البسمة الدائمة نور وسرور

إلى من مزق قلبه صميل القصيدة فمزق قلبي قراءتها

إلى من لقبني شعاع الأمل ونبض حياة البحر فناداني أديبة العصر

إلى خضر بدور إلى روحك الطاهرة أيها الشاعر الراحل

إلى مستقبلي الذي لا أعرفه عن حاضره سوى التحدي والصمود

إلى الملائمة أميرة قوتي القدرية

إلى فنانة بداخلي علمتني أن أخون أو لا أخون

حميدة (ماريا)

الإهداء

إلى معلم البشرية ومبلغ الرسالة وهادي الأمة سيدنا محمد بن عبد الله - صلى الله عليه وسلم -

إلى روعي والدي الطاهرتين اللذين رباني صغيراً وتعمداني كبيرة، وطالما أوحاني العلم.

إلى شقيقتي أمينة وأشقائي الذين طالما اهتموا بمسيرتي التعليمية.

إلى أقاربي وعائلتي الكريمة، عائلة بن نبي.

إلى رفيقة دربي في هذا العمل وتوأم روعي - حميدة - وإلى كل عائلة بلقاضي الكريمة.

إلى من حملوا راية الدين والعلم.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جمدي هذا المتواضع.

زهية

التشكرات

تتوقف الكلمات وتضرب الأقدام حينما يتكلم القدر فيقدم لنا مواقف جميلة جدا

فعمدا وشكرا لك يا الله على كل المواقف القدرية التي جعلت نبذة الأمل تصرخ بداخلنا ليعلن
التحدي في كل مرة

أتوجه بشكر خاص نابع من كل أعماق قلبي إلى أسماء لن أنساها ما حبيبته:

السيد مجاج بن يحيى (عباس)، السيد ملحة أحمد رئيس جمعية العمل التطوعي وكل أعضاء الجمعية
محليا ودوليا

السيد محمد السلام أحمد

إلى كل عمال مؤسسة EIMS وأخص بالذكر الرئيس المدير العام حمدي بن يوسف والرئيس
المدير العام السابق دشير عمار

إلى أستاذة علموني معني قمة التواضع حينما تعلن الكفاءة وتوفها أمام كل المحاسير الواقع

الأساتذة: د. عشير جيلالي، د. بن شويخ رشيد، د. سرير مولود، أ. بلقاضي محمود، أ. بلقاضي إسحاق

الأساتذة: بن نبي زهبة

إلى طيببي الروح أمي و أبي، إلى البلمه الشافي بلقاضي حفيفة و قرة العين بلقاضي محمد القادر

أشكركم جزولا على كل ما قدمتموه لي من مساعدات وعلى أن الله جعلكم مثالا للعطاء

أحبكم، أتحترمكم وأقدركم



حميدة (ماريا)

الشكر والتقدير والعرفان

الحمد والشكر لله رب العالمين الذي منّ عليّ بإنجاز هذه المذكرة العلمية، فأنته يا الله المستعان، وأنته نعم المولى ونعم النصير، فلك الحمد والشكر أولاً وأخيراً وبعد:

فإنني وعملاً بقول رسولنا الكريم - صلى الله عليه وسلم - "من لم يشكر الناس لم يشكر الله"،

يشرفني أن أتقدم بخالص شكري ومُعظيم إمتناني إلى أستاذي المشرف الكريم د. عشير جيلالي.

كما لا يسعني وأن أتقدم بالعرفان والجميل لكل من الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم لمناقشة هذا البحث.

كما لا يفوتني أن أشكر أسرة الحقوق على رأسها الأساتذة الأجلاء وأخص بالذكر د. رشيد بن شويخ، د. ميلود سرير، د. بلقاسم بلقاضي، د. إسحاق بلقاضي، د. لال طحطاح، وغيرهم الذين خدموا العلم وما ادخروا نصيباً ولا إرشاداً إلا وقدّموه لنا، فبارك الله تعالى فيهم وجزاهم منا خير الجزاء ...

كما أتوجه بأعماق الشكر إلى عمال المكتبة وعلى رأسهم الأخ عمر قزول الذي لم يبخل عليّ بأية مساعدة، فله مني جزيل الشكر والعرفان.

والشكر موصول إلى من أولاني الرعاية إلى أن وصلت إلى هذه المرحلة والذي الكريمين رحمهما الله وأسكنهما فسيح جنانه، وإلى كل عائلتي صغيراً وكبيراً عائلة بن نبي ثم إلى رفيقتي في الدرب من أمانتي على إتمام هذا العمل المتواضع وإلى كل عائلة بلقاضي رعاها الله وحفظها.

وإلى كل صديقتي وأصدقائي في الدراسة.

ولكل من ساعدني من قريب أو من بعيد، ولكل من شجعني ولو بكلمة طيبة أو دعاء صادق، إلى كل هؤلاء، أقول لهم شكراً.



زهية

مقدمه

إن الزواج في الإسلام عقد وعهد وميثاق، وهو من أقدس العقود التي تربط بين الرجل والمرأة على وجه البقاء غايته الإحصان والعفاف، والمحافظة على النسل، وإنشاء أسرة مستقرة.

ولما كان مفهوم الإسلام للزواج قائماً على علاقات مودة ورحمة وتآزر، إلا أن هذه الرابطة قد يعترض ما يكدّر صفوها، أو تعرف اختلافات تعصف بهناء الحياة الزوجية، فيحل التنافر محل الانسجام، والكراهية محل المحبة والألفة، والقسوة محل الرحمة والعطف، فيصبح بذلك عش الزوجية جحيماً لا يطاق، أين يستبد الضرر والشقاق ويستحكم، ويتعذر الإصلاح.

وفي هذه الحالة يصبح الحل الوحيد لجبر الشقاق والضرر هو فك الارتباط وهو الحل الأمثل، بالرغم من أنه ينعت بأبغض الحلال إلى الله تعالى، وأنه آفة اجتماعية لما ينتج عنه من آثار سلبية، فيكون اللجوء إلى الطلاق أو التطلق حينئذ هو السبيل الوحيد لإنهاء هذه العلاقة، وإزالة الضرر عن الطرف المتضرر.

ولما كان الطلاق ملك للزوج دون الزوجة باعتبار أن الأصل في العصمة الزوجية بيده، إلا أن هذا لا يعني أن الزوجة لا يمكنها أن تبادر إلى إنهاء العلاقة الزوجية ذلك أن الزوجة في الفقه الإسلامي، إذا لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية لها أن ترفع أمر غبنها وضررها إلى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها، وهذا ما يطلق عليه بالتطبيق في تشريع الأسرة، ويتم بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة.

ولئن كانت المرأة قد أعطيت الحق في طلب التطلق بواسطة القضاء، وهو الاستثناء عن الأصل كما سبق ذكره، وهذا إذا وجد السبب المسوغ لذلك في مقابل حق الزوج في مباشرة الطلاق بإرادته المنفردة، فإن الشريعة الغراء التي هي عدل كلها وحكمة، لم تمنع عن الرجل أن يلجأ إلى القضاء من أجل إنهاء الزواج في بعض الحالات التي يتعذر فيها عليه استمرار

تلك الرابطة ويستحيل، لسبب يرجع إلى المرأة نفسها، وهذا لكي لا يقع تحت طائلة جميع التبعات المالية المترتبة عليه، لو باشر هو الطلاق بإرادته المنفردة.

وباعتبار التطبيق المقصود به هو التفريق بمعرفة القاضي، فمن أهم الحالات والأسباب التي يتعذر أو يتعسر فيها استمرار الرابطة الزوجية وجود شقاق وضرر، وهو ما سيكون محل دراستنا التي هي بين أيدينا إنشاء الله تعالى.

فالظاهر من عنوان هذا البحث "التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر" أنه هو الحالة التي يشكو منها أحد الزوجين للقاضي سوء معاشرته صاحبه له، فينظر القاضي في أمرهما، فإما أن يصلح وإما أن يفرق. وفي هذا السياق كان لزاما علينا كطلبة حقوق (أحوال شخصية) القيام بدراسة هذا الموضوع بمختلف جوانبه لما له من أهمية على الصعيدين العملي والعلمي.

إذ تظهر أهمية الدراسة في كون قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية بما فيها قانون الأسرة الجزائري تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية السمحاء.

واتضح لنا بعد جمع المادة العلمية الخاصة بالبحث وبعد الإطلاع عليها، أهمية الموضوع وشساغته وصعوبة الإلمام به في دراسة واحدة، ولكن رغم ذلك بدأنا بالبحث وتيقنا أكثر من هذه الشساعة.

فعلى الصعيد العملي تظهر أهمية الدراسة في تطرقنا لمختلف جوانب الموضوع والآثار الناجمة عنها باعتبارها من المعوقات التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، كما تبدو أهميتها في أن معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية متفقة على منح الزوجة حق طلب التفريق للشقاق والضرر، أما على الصعيد العلمي فتتجلى أهمية الدراسة في أنها تعد بادرة متواضعة لمحاولة تسليط الضوء على هذه المسألة الدقيقة لا سيما أن المشرع الجزائري نصّ على هذا النوع من الفرقة في المادة 53 في فقرتيها 08 و 10 منها المستقلتين

من قانون الأسرة، ولكن المتصفح لهذه المادة يرى اكتتافها بعض الغموض لا سيما في عدم تبيان المشرع للشقاق والضرر الذي يعتد به لإيقاع هذه الفرقة.

كما أنه من بين الدوافع التي أدت إلى دراسة هذا الموضوع هو الحاجة إلى دراسة فقهية وقانونية لمعرفة حكم التفريق للشقاق والضرر، وإن كانت معظم الدول العربية متفقة على اعتباره طلاقاً بائناً، إلا أنها اختلفت فيما إذا كان حق التفريق مقصوراً على الزوجة وحدها فقط، أم هو حق للزوج أيضاً، وهذا نظراً لاختلاف المذاهب وتشعبها، فاختلفت القوانين تبعاً لذلك في تكييف نوع الطلاق والاختلاف في إجازته ومنعه.

ولقد شرعنا في دراسة هذا الموضوع ألا وهو "التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر" دلالة على المقصد الذي نريده من هذه الدراسة كون موضوعات التفريق بين الزوجين كثرت بها المؤلفات وامتألت بها المكتبات، وجلّ المراجع المتعلقة بالتفريق تتحدث عن التفريق للضرر والقلّت منها ما تتحدث عن التفريق للشقاق أو الجمع بينهما "التفريق للشقاق والضرر"، ونظراً أيضاً لميولنا الشخصي لمثل هذه المواضيع المتعلقة بالتفريق القضائي.

وعليه وتأسيساً على ما سبق الإشارة إليه نطرح الإشكالية التالية:

ما أحكام التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر؟ وما هي الآثار المترتبة على الحكم بهذا التفريق؟

وبطرح هذه الإشكالية يتبادر إلى أذهاننا جملة من التساؤلات من بينها:

- ما هو الشقاق والضرر الذي يمكن أن يكون سبباً في طلب التفريق؟
- ما رأي الفقه في التفريق للشقاق والضرر؟
- ما طبيعة الشقاق والضرر المبررين للتفريق؟
- ما موقف القانون من التفريق للشقاق والضرر؟
- فيما تتمثل منازعات التفريق للشقاق والضرر في القانون الجزائري على وجه الخصوص؟

وللإجابة على كل هذه التساؤلات، اتبعنا المنهج المقارن لمعرفة إلى أي مدى أخذ مشرعي قوانين بعض البلاد العربية بمبادئ الشريعة الإسلامية في مسألة التفريق للشقاق والضرر كما اتبعنا المنهج التحليلي من خلال تحليل نصوص المواد القانونية المتعلقة بهذا الموضوع في قوانين بعض البلاد العربية.

وكل هذا جسّدناه من خلال خطتنا، التي راعينا فيها نقاطا عديدة، نرجوا أن تكون كافية لتجلية الغموض والإختلاف الكامن حول هذا الموضوع.

ولقد أدرجنا هذه النقاط في فصلين، فتناولنا في الفصل الأول التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر في الشريعة الإسلامية، حيث تضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث، أين تطرّقنا في أولها إلى ماهية التفريق للشقاق والضرر، أما ثانيها فتضمن اختلاف الفقهاء في هذا النوع من التفريق، أما ثالثها فاحتوى على طبيعة الشقاق والضرر المبررين للتفريق، في حين تطرّقنا في الفصل الثاني إلى التفريق بين الزوجين لعدة الشقاق والضرر في القانون، إذ ارتأينا تناول في صدارة المبحث الأول من هذا الفصل التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر في قوانين بعض البلاد العربية، بخلاف المبحث الثاني الذي خصّصناه لمنازعات التفريق للشقاق والضرر في القانون الجزائري على وجه الخصوص.

هذا ونرجو من الله تعالى العون والسادد، لأن غاية ما نصبوا إليه هو المنفعة، الإستفادة والإفادة والمساعدة لكل من قرأ هذه المذكرة المتواضعة.

الفصل الأول

التفريق بين الزوجين
بسبب الشقاق والضرر
في الشريعة الإسلامية

الفصل الأول: التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر في الشريعة الإسلامية

لقد شرع الله -عزَّوجلَّ- الزواج وسيلة للاستقرار والتناسل، وقد اعتبر الشرع الحنيف الزواج أبدي، لكن قد يحصل شقاق بين الزوجين، أو يضر أحدهما بالآخر ومن ثمة تستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية.

وقد يستحيل جمع الزوجين على المحبة والمودة والاستمرار في الحياة المشتركة وفي هذه الأحوال ومثيلاتها يحق لأحد الزوجين الذي لا يستطيع الصبر على صاحبه أن يطلب التفريق من القاضي لعل الشقاق والضرر.

والسؤال الذي يطرح نفسه يتعلق بماهية الشقاق والضرر، واختلاف الفقهاء في التفريق للشقاق والضرر و طبيعة الشقاق والضرر المبررين للتفريق، وحيث المباحث التالية ستجيب بعون الله تعالى على ذلك كما يلي:

المبحث الأول: ماهية التفريق للشقاق والضرر

يحتاج البحث لإثبات أحقية أحد الزوجين في رفع قيد الزوجية بعد الضرر والشقاق إلى بيان مفهوم الشقاق والضرر وهذا ما يحتاج في مقدمة البحث إلى تحديد مفهومهما، وهو ما سنتناوله في المطلب الأول كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم الشقاق والضرر

قد يحدث بين الزوجين أحيانا شقاق ونزاع مستمر، هذا الأمر بالذات يصيب الزوجة ضرر من جانب زوجها، ولكن في هذه الحالة يطرح تساؤل حول ما إذا كان للمرأة الحق في طلب التفريق من الزوج الذي أضرَّ بها وفك وثأقتها أم لا، هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا المطلب المتضمن الفروع الثلاثة الأساسية كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الشقاق والضرر

أولاً: تعريف الشقاق

1- الشقاق لغة:

يطلق هذا المصطلح عند علماء اللغة ويراد منه التفريق والخلاف، وأنه مشتق من الشق وهو نصف الشيء وعليه يكون الشقاق هو: غلبة العداوة والخلاف، بدليل الإستعمال القرآني في قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ﴾¹، وهو مصدر على وزن (فَعَال) بالكسر.

قال ابن منظور هو -أي الشقاق- العداوة بين فريقين، وسمي شقاقاً لأن كل طرف قصد شقا، أي ناحية غير شق صاحبه.²

كما جاء في مختار الصحاح أن المقصود بكلمة الشقاق: الخلاف والعداوة.³

وقد ورد الشقاق على أربعة أوجه:

○ الأول: بمعنى الخلاف كما في سورة النساء ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾⁴ أي: خلاف بينهما.

○ الثاني: الضلال، قال الله تعالى: ﴿وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ﴾⁵ أي في ضلال.

¹ سورة الحج الآية 51.

² محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، مادة (شق) 8 / 112، 113، نقلا عن هادي حسين الكرعوي، التفريق القضائي، دراسة مقارنة، جامعة الكوفة، كلية الفقه، مجلة الكوفة، العدد 4، ص 120.

³ محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ص 654 باب (ن)، تأليف زين الدين محمد الرازي، مؤسسة الرسالة.

⁴ سورة النساء الآية 35.

⁵ سورة الحج الآية 53.

○ الثالث: أن الشقاق هو العداوة، كما قال تعالى: {وَيَقَوْمٍ لَا سَجْرَ مِنْكُمْ شِقَاقِي} ¹
أي: عداوتي.

○ الرابع: أن كل منهما صار في شق بالعداوة والمباينة. ²

2- الشقاق اصطلاحاً:

ليس للشقاق تعريف خاص في اصطلاح الفقهاء، غير أن المفسرين تناولوه بتعريفات تقارب تعريفه في اللغة، فقد قال زيد بن أسلم: "الشقاق: المنازعة". ³

وقيل: الشقاق: المجادلة والمخالفة، والتعادي وأصله من الشق، وهو الجانب، فكأن كل واحد من الزوجين في شق غير شق صاحبه، وقيل إن الشقاق مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب فكأن كل واحد من الزوجين، حرص على ما يشق على صاحبه، فصار كل واحد منهما في شق بالعداوة والمباينة. ⁴

وهذا يدل على قوة الترابط بين الزوجين ومنة الله تعالى عليهما بالمودة والرحمة، فإذا وجد الشقاق، ضاعت هذه المودة والرحمة، ولذلك لما كان ارتفاع أحدهما على الآخر دون صاحبه مختصاً باسم النشوز، ناسب أن يخص التعدي من كل منهما باسم الشقاق لأنهما تشاركاً في التعدي والتباعد، فكأن كلا منهما صار في شق، أي جانب غير جانب الآخر وقيل: هو الاختلاف وعدم الاجتماع على رأي واحد. ⁵

¹ سورة هود الآية 89.

² بالفور ورد للإستشارات والخدمات، دراسة بحثية حول "حق المرأة في الحصول على التفريق"، دعوى التفريق للضرر للشقاق والنزاع (أسباب وعقبات وآثار)، مركز الأبحاث والاستشارات القانونية للمرأة، غزة، 2016، ص 16.

³ أبو وليد ابن رشد القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، دار الفكر 1414هـ/1953م، 1/134.

⁴ الماوردي: الحاوي الكبير 245/12، حققه علي محمد عوض، عادل أحمد الموجود، دار الكتب العلمية، ط 1994/1414.

⁵ الحلي: تحرير الأحكام (578/3)، مجموعة فقه الشيعة من القرن الثامن، مطبعة اعتماد، مؤسسة الإمام (الصادق) الطبعة الأولى، ص 142.

وقد عرّفه الأستاذ محمد الكشور بقوله: "انعدام كل ما يربط عادة بين الزوجين من حب ووثام وود واحترام"¹، كما جاء في الدليل العلمي لمدونة الأسرة المغربية في تعريفه للشقاق وتقريب مدلوله إلى الفهم أنه: "الخلاف العميق المستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية"².

ثانياً: تعريف الضرر

1. الضرر لغة:

الضرر لغة هو ضد النفع، ذلك بفتح الضاد، أما بضمه الضّر فيقصد به الهزال وسوء الحال والمضرة هي خلاف المنفعة.

وضرّه يضرّه ضرّاً، وفي هذا الإطار روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا ضرر ولا ضرار"³، قال ولكلا اللَّفْظَيْن معنى غير الآخر.⁴

- فمعنى لا ضرر: أي لا يضر الرجل أخاه، وهو ضد النفع.

- ومعنى لا ضرار: أي لا يضر كل واحد منهما صاحبه⁵، فالضرر منهما معاً، فلا

فلا يدخل الضرر على الذي ضره ولكن يعفى عنه.⁶

¹ محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، 102/2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

² الدليل العلمي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، سنة 2004، ط3، فبراير 2007، ص 71.

³ قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" من القواعد الفقهية الضابطة لضرر، والتي تعتبر من جوامع كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم.

⁴ محمد بن كرم بن منظور، لسان العرب، 33/9.

⁵ محمد بن كرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ج4، ص 482.

⁶ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير 288/4، دار الكتب العلمية، ط1 1989، رواه ابن ماجة والدارقطني.

II. الضرر اصطلاحاً:

في كتب قدماء الفقهاء لم يوجد له تعريف، فالفقيه الدردير المالكي حاول تعريف الضرر فقال: "ولها - أي الزوجة - التطلق على الزوج بالضرر، وهو ما لا يجوز كهجرها بلا مبرر شرعي، وضربها كذلك، وسبها وسب أبيها، ...".

أما الفقهاء المعاصرون فقد عرّفوه بعدة تعاريف منها، كل ما يصدر من قول أو فعل أو ترك يضر بالزوجة، صادر من طرف الزوج عن قصد وتعمد.¹

أيضاً: هناك تعريف آخر للضرر وهو: "كل ما يلحق الأذى أو الألم بجسم الزوجة أو نفسيته أو يعرضها للهلاك".

والمقصود بالضرر هنا كل ما يلحق الزوجة من أذى سواء كان مادياً أو معنوياً (وهو تعريف مناسب للضرر الموجب للتفريق)، فيتبين من هذه التعاريف أن إيذاء الزوج لزوجته قولاً أو فعلاً حيث تصبح معاملته قاسية لا تطاق، وهذه المعاشرة الشاذة كثيرة الأسباب وتقديرها متروك لقاضي الموضوع، وهذا وفقاً للتعريف المالكي.²

وعليه، فإن الضرر سبب لفك الرابطة الزوجية مصداقاً لقوله تعالى: { وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا }³، فيفهم من هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى ينهى عن إمساك الزوجة على وجه الإضرار بها وإمساكها إضراراً واعتداءً عليها، بحيث بإمساكه هذا يتوفر عنصر الضرر، فهو يعتبر معتدياً عليها بإمساكه إياها، فعليه تسريحها لعلها تجد سواه، فإذا تحقق هذا

¹ نبيل صقر، قانون الأسرة الجزائري، نسا وفقها وتطبيقاً، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 186.

² محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار اليازوري، للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 300.

³ سورة البقرة، جزء من الآية 229.

الاعتداء من طرفه على زوجته، فهذه الأخيرة لها أن ترفع أمرها للقاضي، وعلى هذا الأخير بالاستجابة لطلبها وفك وثاقتها متى طلبت الزوجة ذلك.¹

وفي نطاق البحث هذا، فقد أجمع العلماء على أنه لا يجوز للزوج أن يسيء إلى زوجته في المعاملة ولا أن يؤذيها بالقول ولا بالفعل، وهي مبادئ قررها الإسلام لقوله تعالى: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}.²

ولكن مع وجود الشقاق جعل الإسلام للزوج الحق في تأديب زوجته فله ولاية تأديبها إذا خالفته ولم تطعه فيما يجب عليه طاعته شرعا، ولكن إذا تجاوز هذا التأديب حدّ على نحو يسيء للزوجة ويؤذيها في المعاشرة بالقول أو بالفعل بأن كان يضربها ضربا مبرحا، ويشتمها ويحملها على فعل غير مبرر شرعا، ففي كل هذه الأحوال يجوز للزوجة أن تطلب التفريق من الزوج الذي يضربها.

فالضرر إذن هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، وهو كل ما يتجاوز حق التأديب المباح شرعا، ولم تقدر الزوجة الصبر عليه، ويستحيل معه دوام العشرة، فإن تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تنتافي مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التفريق.

والضرر قد يكون معنويا كالسب والشتم والقذف.³

ولما كانت طرق تحقق الشقاق والضرر خارجا تتم بأسباب كثيرة يحددها العرف والتي منها الضرب المبرح أو الشتم المقذع أو الطعن بالكرامة، فعندئذ يتحقق التجريح إما بالقول أو

¹ نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية (القسم الخاص)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص7.

² سورة النساء، جزء من الآية 19.

³ ندخوشي إبراهيم، التطبيق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية، دراسة مقارنة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القضاء والسياسة الشرعية، هيكل ب، كلية العلوم الإسلامية، قسم القضاء والسياسة الشرعية، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزيا، 2012، ص 61.

بالفعل، ويحدث باستمراره نوع من الفجوة المؤدية إلى القطيعة، والمحدثه للكراهة المانعة من استمرار الحياة الكريمة، وهي العلة في تحققه.

ولا اعتبار بالمصاديق الخارجية المظهرة للشقاق والضرر، والتي تتبدل بحسب تغير الأزمان وعليه يكون الضابط هو العرف في أن هذا اللفظ محقق للطعن والإهانة أو لا يحقق¹.

الفرع الثاني: تعريف مصطلح التفريق للشقاق والضرر

إن التعريف الخاص للتفريق للشقاق والضرر هو طلب إنهاء العلاقة الزوجية المقدم من الزوجة للقاضي، وللقاضي سلطة تقديرية في قبول الطلب أو رفضه.²

الفرع الثالث: مصدر المطالبة بحق التفريق للشقاق والضرر.

كثيرة هي المصادر والنصوص والقواعد الشرعية التي تحدثت وأكدت على هذا الحق الشرعي والقانوني انطلاقاً من القاعدة التي تنص على أن (الضرر يُزال)، ومن هذه المصادر ما يلي:

أولاً_ الشريعة الإسلامية:

1. القرآن الكريم: في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ

وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ۝٣٥﴾³

II. السنة النبوية الشريفة: عن ابن عباس -رضي الله عنهما- في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ

خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا...﴾: فهذا الرجل أو المرأة إذا

تفاسد الذي بينهما، فأمر الله سبحانه أن يبعثوا رجلاً صالحاً من أهل الرجل ومثله من أهل

المرأة فينظران أيهما المسيء، فإذا كان الرجل هو المسيء، حجبا عنه امرأته، وقصروه على

¹ هادي حسين الكرعوي، المرجع السابق، ص 120، 121.

² بال فورورد، للإستشارات والخدمات، المرجع السابق، ص 16.

³ سورة النساء الآية 35.

النفقة، وإن كانت المرأة هي المسيئة، قصرها على زوجها ومنعها النفقة، فإن اجتمع رأيهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز.¹

وعن عائشة -رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي"²، وهذا الحديث قاله النبي -صلى الله عليه وسلم- عندما كثرت الشكوى من بعض النساء من سوء معاملة أزواجهن لهن، ووفقا لمفهوم هذا الحديث أن الأصل والواجب أن يسعى الزوج لحسن المعاملة مع زوجته، فإن كان الأمر على خلاف ذلك، فمن المعروف والإحسان أن يطلق الزوج زوجته امتثالا لقوله تعالى: {وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ}،³ فإن تمتع الزوج وظل على حالته هذه من الظلم، وفي نفس الوقت رفعت الزوجة أمرها للقاضي، فيثبت من خلال البيينة وقوع الظلم بالضرب والإهانة للزوجة أو أقاربها، فيصدر القاضي حكمه بالتفريق بينهما دفعا للضرر الحاصل، بعد أن يعجز أهل الإصلاح عن الصلح بينهما.

وهناك قاعدة شرعية تنص على أن: (الضرر يُدفع)، وهذه القاعدة تعتبر من القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية، فطالما استطاع أحد الزوجين أن يثبت أمام القاضي أنه وقع عليه ضرر من الطرف الآخر سواء كان ضرر فعلي أو قولي، بما لا يستطيع معه تحمل العيش مع الطرف الآخر، ولا يستطيع أمثاله من الزوجات أو الأزواج تحمل هذه الحياة، فهنا ووفقا لهذه القاعدة، يتوجب على القاضي الشرعي بعد أن يسعى في الإصلاح بينهما بداية، فإن لم يفلح في ذلك رغم الاستعانة بأهل الصلاح والإصلاح، وجب عليه

¹ أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري (5325/8).

² رواه الترميذي وابن ماجه، من حديث الثوري، وروي هذا عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة عن النبي -صلى الله

عليه وسلم- مرسلا، ص 267.

³ سورة البقرة، جزء من الآية 229.

الفصل الأول: التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر في الشريعة الإسلامية

التفريق بينهما دفعا للضرر الحاصل، إذا ثبت صحة ما جاء في الإدعاء بطلقة، واحدة بائلة بينونة صغرى.¹

ومن الملاحظ أن كافة النصوص السابقة لا تفرض على المرأة الاستمرار في حياة زوجية لا تطيقها أو تعاني في ظلها من ظلم وقهر، والأصل في إطار الشريعة الإسلامية أن تكوين الأسرة واستمرارها وحلها، يتم برضا تام ودون إكراه.²

ثانياً_ القانون:

فنكتفي هنا بالإشارة إلى أن معظم قوانين البلاد العربية قد نصّت على التفريق للشقاق والضرر وعلى نظام التحكيم بين الزوجين منها:

القانون اللبناني - القانون المغربي - القانون التونسي - القانون العراقي - القانون المصري - القانون الإماراتي - القانون السوداني - القانون السوري - القانون الفلسطيني - القانون الجزائري.

ونترك فيما يتعلق بهذه الدراسة "التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر في القانون" إلى حينه وهذا في الفصل الثاني من موضوعنا.

ولما كان الإسلام غاية، ونظام الطلاق فيه أن يجعل هذا الانفصال علاجاً لا عقوبة، شرع من الوسائل والمحاولات ما يضمن بقاء الحياة الزوجية بعيدة عن التفريق بين الزوجين ما أمكن، فإن استحالة ذلك، كان الفراق هو العلاج الوحيد حيث لا علاج سواه.³

وعليه يطرح السؤال نفسه كيف عالج الإسلام نشوز أحد الزوجين؟

وهذا ما سنجيب عليه في المطلب الموالي:

¹ بال فورورد للإستشارات والخدمات، المرجع السابق، ص 17.

² بال فورورد للإستشارات والخدمات، نفس المرجع ، ص 17.

³ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، الطبعة الثالثة، 1403هـ-1983م، ص 740.

المطلب الثاني: معالجة الإسلام لحالات النشوز

نجد أمامنا ثلاث حالات بينها القرآن الكريم في نظام الأسرة حرصاً على وحدتها وأملا في إصلاح ذات البين¹، وعليه سنتطرق إلى هذه الحالات كما يلي بحسب مصدر النشوز.

الفرع الأول: الحالة الأولى: نشوز الزوجة

جاء ذكر هذه الحالة في الآية الكريمة: { وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنَّ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا }².

والخوف هنا بمعنى الظن أي إن ظننتم نشوزهن، وفي هذا إرشاد للمبادرة بالعلاج قبل وقوع الداء، والنشوز معناه: كما فسره ابن عباس وعطاء والسدي: معصية الزوج فيما يلزمها من طاعته.³ جاء في الشرح الكبير: معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته مأخوذ من النشوز وهو الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالى عما أوجب الله عليها من طاعته.

فأراد المشرع الحكيم أن يكون علاج نشوز الزوجة من زوجها على مراحل ثلاث كالاتي بحيث ينتقل من مرحلة إلى مرحلة أخرى بعد أن يعتقد أنها لم تعد تجدي.⁴

• المرحلة الأولى: مرحلة الوعظ: لقوله تعالى: {فَعِظُوهُنَّ}

وعظ الرجل لزوجته وتذكيرها بالعلاقة الزوجية، فالبدء بالوعظ والإرشاد هو البدء بأقرب الحلول وأسهلها، فقد يكون سبب النشوز أمر لا علاقة للرجل فيه، فبالوعظ والإرشاد يتبين له سبب هذا النفور، لأنه يجوز أن يكون ما ظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج فيجب على الرجل حينئذ أن ينصحها لعلها تعود إلى وضعها الطبيعي، فتزول الجفوة بينهما

¹ عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص 741.

² سورة النساء، جزء من الآية 34.

³ الجصاص، أبو بكر أحمد ابن علي الرازي، أحكام القرآن للجصاص 330/2، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، مطبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

⁴ أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير 167/8.

ولا يجوز أن ينتقل من هذه المرحلة من الإصلاح إلا بعد أن يعتقد أنها لم تعد تجدي فلا النصح ولا الإرشاد ولا الموعظة غيرت من نفسيته شيئاً، حينئذ ينتقل إلى المرحلة التالية:¹

• المرحلة الثانية: مرحلة الهجر: لقوله تعالى: {وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ}

فالمقصود بالهجر هنا هو الهجر في المضجع، وهذا إذا عجز الزوج عن إصلاح زوجته وردّها إلى جادة الصواب بالأسلوب اللين والموعظة الحسنة، إنتقل إلى الخطوة الثانية هذه لقوله تعالى: {وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ}، أي يهجرها في فراش النوم الذي ينامان فيه عادة، بأن يوليها ظهره ولا يجامعها، وفي هذا الصدد يقول السيد قطب²: (وهذا يشعر الزوجة بجديّة الزوج في هجره لها، وأنه قادر على التحرّر من سلطان إغراء الأنوثة في المضجع وهو موضع الإغراء والجاذبية التي تبلغ فيها المرأة الناشز المتعالية قمة سلطانها، إذا استطاع الرجل أن يلجم دافعه اتجاه هذا الإغراء فقد أسقط من يد الناشز أمضى وأقوى أسلحتها التي تعتر بها، وقد يحملها ذلك على ترك نشوزها أمام صمود الرجل وبروز قوة الإرادة في أخرج مواضعها)³، بشرط ألاّ تمتد مدة الهجر لأربعة أشهر لأنها المدة المقررة شرعا للإيلاء، لأن الهدف من الهجر في المضجع هو التأديب لا غير، وبشرط أن يكون الهجر في البيت، ويكون هجراً جميلاً، أي الهجر الذي تقتضيه المصلحة وعدم التشهير بالزوجة⁴، ولا يجوز أن ينتقل إلى المرحلة الثالثة إلا بعد فشل هذه المرحلة مدة يجب ألاّ تتجاوز الشهر، وعليه أن يجرب ويحاول الإصلاح ما أمكنه، وإلاّ إنتقل إلى المرحلة الثالثة

¹ عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 742.

² السيد قطب إبراهيم حسين الشاذلي، في ظلال القرآن، دار الشروق: 657/2.

³ إغاث ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر -1- كلية الحقوق، 2011، ص 204.

⁴ معزوزي نادية ومجبار لامية، إلترام المساكنة بين الزوجين وأثر الإخلال بها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون الخاص، تخصص قانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، الموسم الجامعي 2014-2015م، ص 44.

بعد يئسه من هذه المرحلة، فإن أطاعته وندمت ورجعت عن غيها، لا يجوز له أن ينتقل للمرحلة الثالثة¹ لقوله تعالى: {فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا}²

المرحلة الثالثة: مرحلة الضرب: لقوله تعالى: {وَأَضْرِبُوهُنَّ}

فالضرب هنا المقصود به الضرب غير المبرح، أي الضرب الخفيف، ولم يكن من أغراض الإسلام، لكنه الدواء الكريه الذي يضطر إليه المريض، يقول الإمام الشوكاني رحمه الله: (فإذا اكتفى بالتهديد ونحوه كان أفضل، ومهما أمكن الوصول إلى الغرض بالإيهام لا يعدل إلى الفعل الماضي ذلك من النفرة المضادة لحسن العشرة، والمطلوبة في العلاقة الزوجية، إلا إذا كان في أمر يتعلق بمعصية الله)³.

وقد أخرج النسائي عن عائشة رضي الله عنها قالت: (ما ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم - امرأة له ولا خادما قط، ولا ضرب بيده شيئا قط إلا في سبيل الله أو تنتهك محارم الله فينتقم الله)، وفي الصحيحين (لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها آخر اليوم).

فالضرب هنا هو الضرب الغير الشديد، الذي لا يكسر عظاما ولا يجرح جرحا والذي لا يخشى منه تلف عضوي أو تشويه، لأن الهدف من الضرب هو الإيذاء النفسي أكثر من الإيذاء الجسدي، لأن الإيذاء النفسي هو الذي يحمل الزوجة أكثر على الرجوع عن النشوز⁴. كما أن الزوجة إذا ضربها زوجها بشكل مؤذ أو مؤلم مخالفا في هذا شرع الله تعالى فإن هذا الضرب يعتبر قرينة على حصول الشقاق والضرر بين الزوجين، فيفرق القاضي بينهما⁵.

¹ عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 745.

² سورة النساء، جزء من الآية 34.

³ محمد بن علي الشوكاني نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، شرح منتقى الأخيار.

⁴ محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 146.

⁵ عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 750.

الفرع الثاني: الحالة الثانية: نشوز الزوج

هذه الحالة قد جاءت في الآية الكريمة: {وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ} ¹.

لقد تقدم حالة نشوز الزوجة، وهذه حالة نشوز الزوج، والمعنى فيهما واحد، فإذا شعرت الزوجة بكرهية الزوج لها أو إعراضه عنها لسبب قد يكون منها، وقد يكون منه فيجب عليها أن تحاول استرضاءه لإصلاح ذات بينهما، أما إن أصّر على إعراضه، فقال الفقهاء: على الزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي ليعزّره، وإن أصّر على عناده ونشوزه ورغبت هي بالبقاء معه، فقال بعضهم: يأمر القاضي الزوجة بهجره، فإن لم يفد الهجر ضربه تعزيراً وهناك طريقة أخرى: يعضه أولاً فإن لم يفد أمرها بهجره، فإن لم يفد ضربه والطريقتان على حد سواء ولكن الظاهر الثانية: لأن هجرها له فيه مشقة عليه، بل ربما كان أضّر عليه من الضرب. ²

الفرع الثالث: الحالة الثالثة: نشوز كل منهما عن صاحبه دون معرفة من المسيء منهما

وجاء ذكر هذه الحالة في قوله تعالى: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا } ³. يفهم من هذه الآية، الشقاق بين الزوجين لخطأ كل منهما دون معرفة من المسيء منهما فالشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كثيرة يتعدى أثرها إلى أولادهما بل إلى جميع أفراد العائلة، لهذا شرع الإسلام نظام التحكيم بين الزوجين لإيجاد حل لهذه المشكلة الزوجية الناشئة نتيجة الشقاق بينهما أو إضرار أحدهما بالآخر. ⁴

¹ سورة النساء، جزء من الآية 128.

² عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 751.

³ سورة النساء الآية 35.

⁴ عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 753.

يقول السيد قطب: (وهكذا لا يدعو المنهج الإسلامي إلى الاستسلام لبوادر النشوز والكرهية ولا إلى المشاركة بفصل عقدة النكاح وتحطيم مؤسسة الأسرة على رؤوس من فيها من الكبار والصغار الذين لا ذنب لهم ولا يد ولا حيلة، فمؤسسة الأسرة عزيزة على الإسلام يقدر خطورتها في بناء المجتمع، وفي إمداده باللبنات الجديدة اللازمة لنموه ورفقيه وامتداده.

إنه يلجأ إلى التحكيم، هذه الوسيلة الأخيرة عند خوف الشقاق، فيبادر قبل وقوع الشقاق فعلا ببعث حكم من أهلها ترتضيه، وحكم من أهلها يرتضيه).¹

ولما كان نظام التحكيم باعتباره نظام جوهرى في التفريق بسبب الشقاق والضرر فالسؤال الذي يتبادر إلى الذهن يتعلق بالتحكيم كنظام أساسي لمعالجة الشقاق والضرر، والذي يجد جوابه في المطلب الموالي:

المطلب الثالث: نظام التحكيم

إن التحكيم نظام رباني يُظهر معرفة واضعه بالنفس البشرية وخبائها، ومعرفته بأن الإنسان ليس بحاجة دائما إلى قاض يصدر الأحكام ويسلّط العقوبات، وإنما بحاجة إلى أخذ ورد وترغيب، خاصة عندما يتعلق الأمر بالعلاقة الزوجية، فكثيرا ما تذوب كل الخلافات في جلسة حميمية بين الزوجين بحضور حَكَمٍ حكيم، ولأهمية هذه المهمة كان لابد من التعرض لمن تعود له مهمة تعيين الحكّمين، وما هو حكم بعثهما من حيث كونه واجب أم لا؟ وما هي الشروط التي ينبغي أن تتوفر فيهما؟ وما دورهما الذي عُيّن من أجله؟²

ومنه:

¹ السيد قطب إبراهيم حسين الشاذلي، المرجع السابق، ط1، 1972، 656/5.

² آيت شاوش دليلة سعيد، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم السياسية، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص 229.

الفرع الأول: المخاطب في آية التحكيم: {خِفْتُمْ وَإِنْ... فَأَبْعَثُوا...}.

أولاً- قال بعض المفسرين: إنَّ المخاطب في هذه الآية هو الحاكم، فإذا عرف الحاكم أنَّ شقاقا وقع بين الزوجين فعليه أن يرسل حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة للإصلاح بينهما، لأنَّ الحاكم هو المكلف بالسهر على مصالح العباد، ومن مصلحة المجتمع تقوية الأسرة بعدم ظهور الشقاق بين أفرادها.

قال الطبري: إنَّ المخاطب بذلك السلطان الذي يرفع ذلك إليه لما روي عن سعيد بن جبير.¹ وجاء في تحفة المحتاج:² "فإنَّ اشتدَّ الشقاق إلى الخلاف، بعث القاضي وجوبا والمنازعة فيه مردودة بأنَّ هذا من باب رفع الظلمات وهو من الفروض العامة والمتأكدة على القاضي حكما".

ثانياً- وقال آخرون: إنما المأمور هو الزوج والزوجة، والخطاب موجّه إليهما، فإذا شعر الزوجان بسوء المعاشرة بينهما وخشيا استعمال الشقاق، اختار كل منهما حكما للإصلاح ولمعرفة المخطئ منهما.

قال الجصاص إنَّ المخاطب بذلك (ما روي عن السدي أنه الرجل والمرأة).³

وفي حاشية ابن العابدين: السُّنة إذا وقع بين الزوجين إختلاف أن يجتمع أهلها ليصلحوا بينهما فإنَّ لم يصلحوا جاز الطلاق والخلع.⁴

فاشترط الشارع على كل زوج أراد أن يطلق زوجته أن يمر بهذه المرحلة، (مرحلة التحكيم) وجوبا لتأخير إيقاع الطلاق لقرار الحكّمين، فقد يصل إلى حل يرضاه وإلا طلق زوجته كما يريد، فالتحكيم إذن واجب وجوبا حتميا لا يصح التفريط فيه، فإذا فرط فيه يكون الكلام في شأن الطلاق.⁵

¹ أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري 318/8.

² تحفة المحتاج 457/7، لابن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية، مصر، 1357هـ/1883م

³ أحكام القرآن للجصاص 232/2.

⁴ محمد الأمين العابدين، حاشية ابن العابدين 573/2.

⁵ جمهور الفقهاء / نقلا عن عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 755.

الفرع الثاني: شروط الحكمين

لم يتوقف اهتمام الشريعة الإسلامية السماح بالحياة الزوجية عند بعث الحكمين فحسب، بل

تعدى ذلك إلى وضع شروط لا بد من توافرها في الحكمين وهي كما يلي:

- 1- أن يكونا من أهل الزوجين ما أمكن¹، لقوله تعالى: {فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِمَا}²، لأنهما إن كانا من أهلها، كان احتمال الإصلاح أكبر، لعلمهما ببواطن الأمور ووفور شفقتهم عليهما، وحرصهما على مصلحتهما وهذا باتفاق العلماء.³
- 2- يشترط في الحكمين أن يكونا مسلمين، بالغين، عاقلين، لأن مهمتهما تحتاج إلى الرأي وإعمال النظر، وكذلك تقوى الله -عز وجل- والأمانة، وعدم إفشاء أسرار الزوجين.⁴
- 3- اشترط المالكية والحنابلة والشافعية في قول أن يكون الحكمان ذكراين، لأن عملهما يفتقر إلى الرأي والنظر.⁵
- 4- اشترط المالكية والحنابلة في الحكمين أن يكونا فقيهين، عالمين بالأحكام الشرعية المتعلقة بالنشوز وضرر الزوجين.⁶

الفرع الثالث: دور الحكمين

الظاهر من آية سورة النساء، أن دور الحكمين هو الإصلاح⁷: {إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا}⁸، فالإصلاح هو الهدف الأساسي الأول المستهدف من دور الحكمين، إصلاح ذات

¹ عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة الإسلامية، قسم القضاء الشرعي، غزة، 2004، ص 167، 168.

² سورة النساء، جزء من الآية 35.

³ راجع ابن همام: فتح القدير 244/4، محمد عليش: منح الجليل 549/3، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 261/3، بهاء الدين عبد الرحمن المقدسي: العدة في شرح العمدة 586/2.

⁴ راجع حاشية الدسوقي: 212/3، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 261/3، بهاء الدين عبد الرحمن المقدسي، المرجع نفسه.

⁵ راجع حاشية الدسوقي: 212/3، الشريبي الخطيب: مغني المحتاج 261/3، ابن قدامة: المغني 265/10.

⁶ راجع حاشية الدسوقي: المرجع السابق، محمد عليش: شرح منح الجليل 549/3، ابن قدامة: المغني 265/10.

⁷ آيت شاوش دليلة سعيد، المرجع السابق، ص 232.

⁸ سورة النساء جزء من الآية 35.

البين بين الزوجين¹، فالأصل في بعث الحكمين أن يقوموا ببذل جهدهما لإصلاح ما بين الزوجين، بعد أن يعرف كل منهما -أي الحكمين- سبب النزاع من صاحبه، وما يطلبه منه ثم يجتمع الحكمان ويقرران فيما بينهما ما يجب إتخاذه لإعادة الصفاء والمودة بين الزوجين. فإن وجدا أن الزوج مذنب حملاًه المسؤولية وزجراه، وما إلى ذلك من طرق ووسائل لحملة على الرجوع عن معاملته السيئة مع زوجته.

وإن كانت الإساءة من الزوجة، نصحاها أيضاً وخوفاها من جرّاء استمرارها بهذه المعاملة من عقوبة الله تعالى، وأنّ الله -عزّوجلّ- أمر الزوجين أن يراعي ما فرضه على كل منهما تجاه الآخر، ثم يأتين الحكمان الزوجين على بعضهما، بعد أن يتم الإصلاح بينهما².

يتضح من خلال ما سبق أن إصلاح ذات البين بين الزوجين يكون بالتعرف على أسباب النزاع بينهما، ومعرفة مصدر الشقاق، ومن الطرق الجيدة لتحقيق ذلك، إختلاء الحكمين بالزوجين ومساءلتها عما في نفسيتهما، أما الهدف الأساسي الثاني المستهدف من دور الحكمين هو التفريق بين الزوجين عند استعصاء الإصلاح وعدم القدرة عليه وتعذره.

فإذا تعذر الوفاق والإصلاح بين الزوجين، ولم ينفع الوعظ والتذكير، واستعصى حلّ أسباب الشقاق والنزاع بينهما، فإنّ الحل الوحيد يبقى هو التفريق بينهما³.

فالتفريق هو السبيل الثاني والمقصود البديل من بعث الحكمين، لما له من سلبيات تعود على الأسرة والمجتمع، فلا يصار إليه إلاّ إذا تعذر الإصلاح، وأوصدت بين الزوجين كل الأبواب ودور الحكمين في التفريق جد خطير لأنّ قرارهما به يعني إنفصام عرى الزوجية بالكلية، فقد نصّ المالكية على أنّ التفريق يكون بطلقة بائنة⁴، كما يترتب على القرار بالتفريق إظهار المحق من المسيء، الأمر الذي يترتب عليه تحميل المسيء منهما التبعات المالية جزاء إساءته، والحكم بالتبعات المالية أو جزء منها يختلف باختلاف الحالات الآتية:

¹ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 107

² عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 757.

³ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 108.

⁴ راجع حاشية الدسوقي، المرجع السابق، 212/3، محمد عليش: شرح منح الجليل 549/3.

- **الحالة الأولى:** أن تكون الإساءة من الزوج وحده، فتطلق عليه زوجته بلا خلع، أي بلا مال يأخذانه منها له، لظلمه وتعديه، وبناء عليه يكون للمرأة المطالبة بجميع حقوقها المالية كمؤخر الصداق، وتوابع المهر، وكأنه طلقها بإرادته.

- **الحالة الثانية:** أن تكون الإساءة من الزوجة وحدها، فيأتمناه عليها، ويوصيها بالصبر عليها، وحسن معاشرتها، إن رأيا في ذلك إصلاحا، ولم يطلب الزوج مخالعتها، وإلا خالعا له بنظرهما في مقدار المال، وإن زاد على الصداق إذا أراد الزوج ذلك أو تحققت فيه المصلحة.

- **الحالة الثالثة:** أن تكون الإساءة من الزوجين معا، أو يجهل الحال، وفي هذه الحالة إما أن يُطلق الحكمان بلا خلع، وإليه ذهب بعض المالكية، أو يخالعا بالنظر في قدر المال أي بنسبة إساءة كل منهما، وهذا الأخير هو ما عليه جمهور المالكية¹، وهو الصواب لتجسيد مبدأ العدل بين الزوجين.

ولمّا كان من المسائل المسلم بها شرعا أنه إذا تسرب الشقاق والضرر إلى بيت الزوجية فمن حق الطرف المتضرر أن يتحرك في الاتجاه الصحيح، عملا بالقاعدة الفقهية القائلة بأن "الضرر يزال"².

كما وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان الشقاق والضرر سببا للتفريق بين الزوجين، من عدمه وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: اختلاف الفقهاء في التفريق للشقاق والضرر

اختلف الفقهاء في التفريق بين الزوجين لعلّة الشقاق والضرر من عدمه فكان لهم آراء يمكن معرفتها من خلال المطلب الموالي:

المطلب الأول: آراء الفقهاء حول التفريق للشقاق والضرر

يمكن تصنيف آراء الفقهاء في هذا الاتجاه إلى ما يلي:

¹ راجع حاشية الدسوقي، نفس المرجع، 313/3 وما بعدها، محمد عليش: شرح منح الجليل 551/3.

² دندوشى إبراهيم، المرجع السابق، ص 63.

الفرع الأول: الرأي المعتمد للشقاق والضرر سببا للتفريق

يرى أصحاب هذا الرأي¹، أن الشقاق والضرر يجيزان التفريق بين الزوجين، وإلى هذا ذهب الإمام مالك، والإمام الشافعي في إحدى الروايتين عنه، وهو قول أهل المدينة مستدلين في ذلك:

- من القرآن الكريم: قوله تعالى: {فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ}،² إذ الله -عز وجل- سمي المبعوث حكما، ومعناه خاص، وحيث الوكيل له إسم ومعنى خاص به، والوكيل ليس حكما في لغة القرآن، ولا في لسان الشارع، ولا في العرف العام ولا الخاص، فالحكم له ولاية الحكم والإلزام وليس للوكيل شيء من ذلك، كما استدلوا في ذلك بقوله تعالى: {إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا}، فأسند إلى الحكمين الإرادة والتي لا تسند إلى الوكيل، لأن الوكيل يردد ما يردده موكله، أما هو فلا إرادة له، لأن تصرفه ضمن خط مرسوم.³

- الأدلة من السنة: روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: (لا ضرر ولا ضرار)⁴، حيث كلمة ضرار الواردة في الحديث الشريف وردت في الآية الكريمة: {وَلَا تُسِئُوا بِأَعْيُنِكُمْ حَتَّىٰ تَعْثَبُوا}،⁵ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ.

- الاستدلال من الأثر للسلف الصالح: استدل فقهاء المالكية على التفريق حالة حصول الشقاق والضرر إلى ما جاء في الأثر عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه-. وفيه: جاء رجل وامرأة إلى علي -رضي الله عنه- ومع كل واحد منهما فئام من الناس فأمرهم علي، فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، ثم قال للحكمين: أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا. قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي.

¹ الفقه المالكي والشافعي.

² سورة النساء الآية 35.

³ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 64.

⁴ حديث أخرجه الإمام مالك في الموطأ، مؤسسة الرسالة، بيروت،، الطبعة الأولى 1991، 184/2، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، رقم 2895، سنن بن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، حديث رقم 12331.

⁵ سورة البقرة، جزء من الآية 229.

وقال الرجل، أما الفرقة فلا.

فقال علي رضي الله عنه:- "كذبت والله حتى تقرّ بمثل الذي أقرت به".¹

ووجه الاستدلال بهذا الأثر، قول علي رضي الله عنه- للحكمين: "عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا".

كما إستدلوا أيضا بما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه- حين أرسل الحكمين ابن عباس ومعاوية رضي الله عنهما- لمعالجة الوضع بين عقيل بن أبي طالب وزوجته فاطمة بنت عتبة²، وقال لهما عثمان: "إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما".³

- الاستدلال بالمعقول: إن التفريق لدى القاضي ثابت بالشرع في عدة حالات، فالقاضي إذ يرسل الحكمين إنما يستمدان سلطتهما منه، لأنه يملك التفريق، فإذا فرقا كان نيابة عنه.⁴ والشقاق متى حصل وترتب عنه ضرر للزوجة، وهو الفعل الضار، وحصول الصلة للسبب بين الفعل الضار، والضرر الناتج عن التعدي وجب إزالته.

الفرع الثاني: الرأي المخالف لاعتبار الشقاق والضرر سببا للتفريق

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يتم التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر. وإلى هذا الرأي ذهب عامة الحنفية، قال الجصاص عند تفسيره لقوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا⁵، الأولى أن يكون خطابا للحاكم الناظر بين الخصمين، والمانع من التعدي والظلم، والظلم، وذلك أنه قد بين أمر الزوج وأمره بوعظها وتخويفها بالله، ثم هجرانها في المضجع

¹ أحكام القرآن للجصاص، 152/3، تحقيق محمد صالح قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1992.

² ابن العربي، أحكام القرآن، 1/424، دار الكتب العلمية، الطبعة، 1988/1408.

³ تفسير القرآن العظيم لابن كثير، ج2/179، مكتبة الصفاء، ط1، 2005/1425.

⁴ الفقه الحنفي والشافعي، ابن حزم الظاهري (أن الحكمين شاهدان ينهيان إلى الحاكم ما وقفا عليه من أمر الزوجين ليأخذ الحق مما هو قبله...)، المحلى 245/8، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

⁵ سورة النساء، الآية 35.

إن لم تنزجر، ثم بضربها إن قامت على نشوزها، ثم لم يجعل بعد الضرب إلا المحاكمة إلى من ينصف المظلوم منهما من الظالم ويتوجه حكمه عليهما.¹
وجاء في بدائع الصنائع: "إن نفع الضرب وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليوجه إليهما حكمين حكما من أهله وحكما من أهلها".²

فمن خلال هذين القولين يتضح أنه لا يلتجأ إلى التفريق في حالة الشقاق والضرر بل يرفع الأمر إلى الحاكم لينظر فيه، وينهى الطرف المعتدي ويأمره بحسن العشرة والعدل وإلى هذا الرأي مال الشافعي في أحد قوليهِ³، وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه⁴.

الفرع الثالث: الرأي المختار في التفريق لعل الشقاق والضرر

من خلال كل ما جاء به الفريقين من أدلة، فيتضح أن الرأي الذي يأخذ بالشقاق والضرر كسبب للتفريق هو المختار وهو الأقرب للصواب، وهذا لقوة الأدلة المعتمد عليها وأيضا كون قواعد رفع الضرر ونفي الحرج في الشريعة الإسلامية تؤيد هذه الأدلة.

ثم إنه ليس من المعقول استمرار رابطة يسودها النزاع والضرر الشديدين، لأن ذلك يتنافى والفلسفة التي تقوم عليها العشرة الزوجية من وئام ومودة وانسجام وتعاطف⁵.

وحيث الفقهاء اختلفوا فيما إذا قرر الحكمان التفريق بين الزوجين، هل يفرق بينهما أم أن مهمتهما الإصلاح فقط، ولا يجوز لهما أن يفرقا بين الزوجين إلا إذا أذن لهما بذلك وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الموالي:

¹ الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق قمحاوي، 150/3، المرجع السابق.

² الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1976، 344/2.

³ جاء في كتاب الأم مختصر: "وذلك أن الله -عز وجل- إنما ذكر أنهما: "إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما" ولم يذكر

تفريقا" الإمام الشافعي الأم مختصر 00208/5، 1990/141 م، د.ط.

⁴ المغني والشرح الكبير لابن قدامة، 168/8، م س.

⁵ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 67.

المطلب الثاني: قول الفقهاء في مهمة الحكمين والخلاف فيه

اتفق الفقهاء على أنّ الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما، واتفقوا على أنّ قولهما في الجمع بين الزوجين نافذ بغير توكيل من الزوج.

كما اختلف الفقهاء في تفريق الحكمين بين الزوجين إذا اتفقا عليه¹، كما يلي:

الفرع الأول: القول الأول: من قال بعدم تفريق الحكمين للشقاق والضرر

- الأحناف: قال الجصاص²: (قال أصحابنا: ليس للحكمين أن يفرّقا إلاّ برضا الزوجين لأنّ الحاكم لا يملك ذلك، فكيف يملكه الحكمان، وإنّما الحكمان وكيلان).

- الشافعية³: وجاء في مغني المحتاج: (والحكمان وكيلان في الأظهر)

- الحنابلة: جاء في المغنّي⁴: (واختلفت الرواية عن أحمد في الحكمين، ففي إحدى الروايتين عنه: أنهما وكيلان لهما، لا يملكان التفريق لهما إلاّ بإذنهما).

ويلاحظ أنّ ابن قدامة لم يجزم بترجيح إحدى الروايتين، ولم يبين المذهب منهما مما يدلّ على وجود خلاف في المذهب الحنبلي في صفة الحكمين.

غير أنّ صاحب الإنصاف جزم بأنّ المذهب على أنّ الحكمين وكيلان فقال⁵: إنّ الصحيح من المذهب: أنّ الحكمين وكيلان عن الزوجين لا يرسلان إلاّ برضاهما وتوكيلهما.

- الظاهرية: وفي المحلى⁶: (وليس لهما أن يفرّقا بين الزوجين لا بخلع ولا بغيره).

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرسته ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر، ص528.

² أحكام القرآن للجصاص 2/233، المرجع السابق، وراجع فتح القدير 3/223.

³ محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 3/261، دار الفكر، بيروت.

⁴ عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني 8/168.

⁵ الإنصاف 8/280.

⁶ أبو محمد علي بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى 1/87.

أدلة من قال بعدم التفريق:

1- أن مهمة الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين، كما نصّ بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: {إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا} ¹، ولم يقل القرآن الكريم إن يريدان فرقة، فإيفاد الحكمين هو لوعظ الظالم من الزوجين وإعلام الحاكم بذلك ليأخذ على يده. ²

2- ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه - كما سبق ذكره بأنه جاءه رجل وامرأة ومعهما جمع من الناس، فسألهم عن شأنهما فقالوا بينهما شقاق فقال: (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدان إصلاحا يوفق الله بينهما)، ثم قال للحكمين أتدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتم أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتم أن تفرقا أن تفرقا فقالت المرأة رضيت بكتاب الله، وقال الرجل أما الفرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه -: (كذبت والله لا تنفلت مني حتى تفر كما أقرت).

حيث وجه الاستدلال: أن حكم الحكمين لا يكون إلا بتوكيل من الزوجين ورضا منهما، ولهذا أمر علي الزوج أن يقبل التحكيم، فلو لم يكن ذلك لما طلب علي منه الموافقة على التحكيم. فدل هذا على أن الحكمين ليس لهما سلطة التفريق إلا بتفويض من الزوجين.

3- أن في تفريق الحكمين سواء كان ذلك طلاقا بدون مال أو خلعا على مال إخراج ملك من صاحبه بدون رضاه وقد قال الله تعالى: {وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا} ³، يقول الجصاص ⁴، فالقائل بأن للحكمين أن يخلعا بغير توكيل من الزوج مخالف لنص الكتاب لقوله تعالى: {يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ؕ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا} ⁵ وفي هذا الاستدلال الأخير يقول الأستاذ

¹ سورة النساء، جزء من الآية 35.

² تفسير الكشاف 1/363، نقلا عن عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 761.

³ سورة النساء الآية 4.

⁴ الجصاص، أحكام القرآن للجصاص 2/234، المرجع السابق.

⁵ سورة النساء الآية 29.

الجليل الشيخ محمد أبو زهرة.¹ " ولنا نظرة في هذا الاستدلال، فإنّ قوامه أن أخذ المال من غير رضا المرأة دخل تحت عموم المنهي عنه من أخذ شيء من المهور وأكل أموال الناس بالباطل من غير تراض، والحكمان إن أجزى لهما ذلك كان معارضة لذلك النص من غير دليل من أصول الإسلام عليه".

4-ويستدلون أخيراً بأن سلطة الحكمين في التفريق لا أصل بها لأن ذلك إما أن يكون مستمداً من الحاكم أو من الزوجين، فإن كانت مهمتهما مستمدة من الحاكم، فالحاكم نفسه لا يملك حق التفريق، وإن كانت من الزوجين فلا تصح بدون توكيل.

هذا الاستدلال قال به الأحناف، وهذا بناء على نظريتهم في هذا الموضوع، بأن القاضي لا يملك حق التفريق وهي حجة غير مسلم بها حتى مع الذين قالوا برأي الأحناف في موضوع التحكيم، زيادة على أنّ الحجج يجب أن تكون مسلماً بها من الطرفين، والطرف الآخر يعطي القاضي سلطة التفريق بين الزوجين في حالات متعددة.²

الفرع الثاني: القول الثاني: من قال بتفريق الحكمين للشقاق والضرر

ذهب المالكية وأحمد بن حنبل في رواية وقول للشافعي على أن للحكمين أن يفرقا بين الزوجين إن عجزا عن الإصلاح بينهما.³

- المالكية: قالوا: بأن ينفذ قول الحكمين في الفرقة والإجماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما فيهما، بدليل ما رواه مالك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه-أنه قال في الحكمين: "إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع"، فالإمام مالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق في رأيه بالضرر إذا تبين، وقد سماهما الله تعالى حكمين في قوله تعالى: {فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا}، ولم يعتبر رضا الزوجين.⁴

¹ محمد أبو زهرة، مجلة القانون والإقتصاد، س7 ع6، ص980.

² عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص762.

³ عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص763.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص528.

- وقال الخرخشي:¹ المشهور أن الحكمين طريقهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة، ولو كانا من جهة الزوجين، فإذا حكما بطلاق ولو خلعا نفذ، ولا يحتاج إلى مراجعة حاكم البلد ولا إلى رضا الزوجين.

- الحنابلة: وقال في المغني:² والرواية الثانية: أنهما حاكمان ومهمتهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما. وقال في الشرح الكبير:³ وإن قلنا أنهما حكام فإنهما يمضيان إلى ما يريانه من طلاق أو خلع، فينفذ ذلك عليهما، رضياه أو أبياه.

وهذه الرواية إختارها ابن تيمية وابن القيم وعدد كبير من فقهاء الحنابلة. جاء في الإنصاف:⁴ وعنه (الإمام أحمد) أن الزوج إن وكّل في الطلاق بعوض أو غيره أو وكّلت المرأة في بذل العوض برضاهما، وإلا جعل الحاكم إليهما ذلك. فهذا يدل على أنهما حكام يفعلان ما يريان من جمع أو تفريق بعوض أو غيره من غير رضا الزوجين.

- الشافعية: جاء في مغني المحتاج: وفي قول هما حاكمان وعلى هذا فلا يشترط رضا الزوجين ببعثتهما، ويحكمان بما يراه من الجمع والتفريق. وفي المذهب: وقال في القول الآخر: هما حاكمان، فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق بعوض وغير عوض.⁵

كما استدل أصحاب هذا القول بما يلي: إن نص آية الشقاق يدل على أن الحكمين قاضيان لا وكيلان، لأن الله تعالى لو أراد بالآية الوكيلين لذكرهما، والله تعالى ذكر الإصلاح دون الفرقة لأنه الأفضل، ولأنه هدف الحكمين، وهذا لا يعني الاقتصار عليه بحيث لا يباح غيره.

¹ الخرخشي الإمام الشيخ أبو عبد الله محمد بن جمال الدين عبد الله بن علي الخرخشي المالكي 148/3، منح الجليل شرح على مختصر خليل لمحمد عليش 177/2، دار الفكر، بيروت، الحطاب الرعيني، مواهب الجليل 17/4، القرطبي 174/5.

² أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني 168/8.

³ الشرح الكبير 172/8.

⁴ الإنصاف 381/8.

⁵ محمد بن أحمد الشريبي الخطيب، مغني المحتاج 261/3، ونقلا عن نهاية المحتاج 385/6.

فمن خلال الفقرة السابقة نقول "والعجب كل العجب ممن يقول هما وكيلان لا حكام والله تعالى قد نصبهما حكمين وجعل نصبهما إلى غير الزوجين، ولو كان وكيلين لقال فليبعث وكيلًا من أهله ولتبعث وكيلًا من أهلها، وأيضا فلو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل، وأيضا فإن الوكيل لا يسمى حكما في لغة القرآن، ولا في لسان الشارع، ولا في العرف العام ولا الخاص".¹

واستدل أصحاب هذا القول أيضا بأن الله -عز وجل- أمر الزوج بقوله: {فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}، فإذا حصل الشقاق تعيّن التسريح لأنه وقع النفور والنشوز بين الزوجين وحاول الحكمان الإصلاح فلم يوصلا إلى نتيجة، لذلك وجب التفريق ولو بدون رضا الزوجين. ثم إن التفريق لدى القاضي ثبت في الشرع في عدة حالات كالعيوب مثلا، وهذا متفق عليه فالقاضي إذ يرسل الحكمين إنما يستمدان سلطتهما منه، لأنه يملك التفريق فإذا فرقا كان ذلك نيابة عن القاضي.

وبما أن القاضي بعثهما لتحقيق العدالة بين الزوجين، فكما أنّ العدالة تكون بالإصلاح بينهما، فقد تقتضي العدالة التفريق بينهما، وليس من العدالة عدم التفريق بينهما وليس من العدالة أن يقبل القاضي حكم الإصلاح ولا يقبل حكم التفريق. فإذا قررا التفريق، وجب على الحاكم تنفيذ ذلك.²

الفرع الثالث: القول المرجح في تفريق الحكمين من عدمه

يظهر مما سبق من أدلة القولين وجاهة القول الثاني، والذي يقول بصلاحية التفريق للحكمين، لأن المقصد الأساسي للحكمين هو إعادة الوفاق بين الزوجين، فإن لم يستطيعا ذلك عليهما وضع حد للشقاق ولآثاره التي تتعدى للغير مصداقا لقوله تعالى: {وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا}،³ وأصحاب هذا القول يقولون أن

¹ آيت شاوش دليلة سعيد، المرجع السابق، ص 234.

² عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 766.

³ سورة النساء الآية 130.

الحكمين إذا رأيا التفريق، وكان الإضرار من الزوج فرقا بينهما، وإن كان الإضرار من الزوجة فرقا بينهما على جزء من مهرها، على أن يكون ذلك على قدر إضرارها به.¹ ولما كان الشقاق ضرر، والتفريق للضرر بشكله الواسع انفرد به المذهب المالكي بتفصيلات وشروح واسعة، أين يعطي لأحد الزوجين الحق في رفع أمره للقاضي إثر كل نزاع زوجي أين عجز عن إصلاحه بنفسه، أو إثر أي ضرر أصابه من شريكه بشكل يعطي للحياة الزوجية التكافؤ والتعادل، وأين لا تطغى سلطة أحد الزوجين على الآخر.² وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثالث: التفريق للضرر في المذهب المالكي

لما كان المذهب المالكي أكثر المذاهب الفقهية توسعا في مفهوم الضرر الذي يخول لأحد الزوجين حق طلب التفريق. فقد تطرق فقهاء المالكية لأحكام الخاصة بالتفريق للضرر والتي تتركز على ما يلي:³

- معيار الضرر وطرق إثباته.⁴
- تكرار الضرر كشرط للتطبيق.⁵
- سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين والحكم للزوجة بالتعويض.
- نوع الفرقة الواقعة بسبب الضرر.⁶

الفرع الأول: ما قيل في الضرر

أولاً: قال المواق: "شقاق الزوجين إن ثبت فيه ظلم أحدهما حكم القاضي بدرء ظلم الظالم منهما"، وقال أيضا: "ولا أذكر من قال أنها تسجن وقد قالوا في الزوج أنه يسجن".⁷

¹ آيت شاوش دليلة سعيد، المرجع السابق، ص 234.

² عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 767.

³ نجية زيتوني، المرجع السابق، ص 55.

⁴ عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص 142.

⁵ نجية زيتوني، المرجع السابق، ص 56.

⁶ علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، مصر. د.ك.ن، ص 153.

⁷ المواق، شرح المواق 16/4، نقلا عن عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 769، 768.

ثانيا: قال المتيطي: (إذا اشتكت المرأة إضرار زوجها بها ورفعت إلى الحاكم أمرها وتكررت الشكوى وعجزت عن إثبات الضرر، فإن الحاكم يأمر زوجها بإسكانها بين قوم صالحين ويكلفهم بتفقد خبرهما واستعلام ضررهما، فإن كانت ساكنة معه في مثل هؤلاء القوم لم يلزم نقلها إلى غيرهم).

وقال أيضا: "إذا عمي على الإمام خبرهما وطال عليه تكررها، ولم يتبين من الظالم منهما بعث الحكمين".¹

ثالثا: قال ابن عرفة في بعث الحكمين²: "بمجرد تشاجر الزوجين وشكوى أحدهما الآخر ولا بيّنة، إن تكررت شكواهما بعثتهما لهما".

رابعا: وجاء في مواهب الجليل³: قال ابن فرحون: "من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها وإيثار امرأة عليها، وضربها ضربا مؤلما".

خامسا: وقال الخرشي⁴: "إذا ثبت بالبينة عند القاضي، أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة، وإن شاءت طلّقت نفسها بطلقة واحدة بئنة لخبر (لا ضرر ولا ضرار...)"
سادسا: وجاء في شرح الدردير⁵: "ولها التطلاق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها سب أبيها ...، كما يقع كثيرا من رعا الناس، ويؤدب بذلك زيادة على التطلاق".

- وقال الدردير علي خليل كذلك: "ومتى أشهدت ببينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق ولو لم تشهد البينة بتكرره...".

- وقال أيضا: "وعلى الحكمين وجوبا الإصلاح بين الزوجين بكل وجه أمكن، فإن تعذر الإصلاح نظرا...".

¹ المتيطي ، نقلا عن عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص 768،769.

² ابن عرفة ، نقلا عن عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع ، ص 769.

³ مواهب الجليل، 17/4 / نقلا عن عبد الرحمن الصابوني ،نفس المرجع ، ص 769.

⁴ الخرشي، 149/3 ، نقلا عن عبد الرحمن الصابوني ،نفس المرجع ، ص 769.

⁵ الدردير علي خليل، 404/2 ، نقلا عن عبد الرحمن الصابوني ،نفس المرجع ، ص 769.

- وقال أيضا: "وأنتيا الحاكم إن شاء فأخبراه بما فعلا ونفذ حكمهما وجوبا".¹
- سابعا: قال العدوي في حاشيته²: "وإن أساء أي ولم تكن إساءة الزوج أشد، وإلا فكإساءته ولا إساءة المرأة أشد، وإلا فكإساءتها"
- ثامنا: وفي قول آخر عند المالكية أن العبرة بأكثر الإساءة: "فإذا كانت إساءة الزوج أكثر فالتفريق يكون بلا عوض، وإن كانت الإساءة من جانب الزوجة أكثر، فالتفريق يكون بعوض كما لو كانت هي المسيئة من كل الوجوه، إذ الأكثر على هذا القول يأخذ حكم الكلوتفريق الحكمين يكون طلاقا بئنا".
- جاء في أحكام القرآن: "إذا حكما بالفراق، فإنه بئنا لوجهين: أحدهما كلي والآخر معنوي:
- أما الكلي: فكل طلاق ينفذه الحاكم فإنه بئنا.
- أما الثاني: أن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان أول دفعة، فلم يكن ذلك يفيد شيئا فامتعت الرجعة لأجله.³
- وعلى كل فسواء كانت الفرقة على عوض أو بدون عوض، فإن الزوجة تملك نفسها بها ويمتتع على الزوج مراجعتها، لأنها شرعت درءا للشقاق⁴، والشقاق ضرر.
- تاسعا: وفي إثبات الضرر: جاء في البهجة⁵: "أن ضرر أحد الزوجين يثبت بأحد الأمرين:
- إما شهادة عدلين فأكثر بمعاينتهم إياها لمجاورتهم للزوجين أو بقرابنتهم منهما ونحو ذلك.
- وإما بالسماع الفاشي المستفيض على السنة الجبران من النساء والخدم وغيرهما، بأن فلانا يضر بزوجه بضرب أو شتم أو تجويع أو عدم كلام أو تحويل وجهه عنها في فراشه".

¹الدردير علي خليل، نفس المرجع، 2/ 404 / نقلا عن عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص 769،770.

²العدوي، حاشية العدوي، 2/ 149 / نقلا عن عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص 770.

³ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 109.

⁴ندخوشي إبراهيم، نفس المرجع، ص 110.

⁵البهجة 302/1/ نقلا عن عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 770.

عاشرا: وفي كمية الضرر: قال مالك: "وليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيء معروف".¹

حادي عشر: وفي قيام الضرر حتى الدعوى: قال التسولي²: "ولا بد أن يضمن الشهود في الوجهين أنهم لا يعلمون أن المضر منهما رجع عن الإضرار بصاحبه وأقلع عنه، وإلا لم تعمل، فإن ادعى الزوج أنها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر وصدقته، سقط حقها كانت جاهلة أو عالمة".

ثاني عشر: قال الإمام مالك: "وذلك أحسن ما سمعت من العلم أن الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع".³

الفرع الثاني: الطلاق بيد الحاكم أم بيد المرأة نيابة عنه

إن الطلاق بيد الحاكم فهو الذي يتولى إيقاعه إن طلبته الزوجة، لوضع حد لعدوان الزوج عليها وكفه عن ظلمه المستمر الذي جعل من الحياة الزوجية بينهما مجرد هيكل خال من معاني المودة والرحمة⁴، والمخالف تماما لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾⁵، يوقعه الحاكم إذا امتنع عنه الزوج، وإن شاء الحاكم أمرها أن توقعه.

فعلى هذا القول لا بد أن يوقعه الحاكم أو يأمرها به فتوقعه، وإذا أمرها به فهي نائبة عنه في الحقيقة، كما أن الحاكم نائب عن الزوج شرعا حيث امتنع هذا الأخير عنه، وهذا ما جاء في البهجة.⁶

¹ عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص 770.

² التسولي/ نقلا عن عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص 770.

³ الإمام مالك، الموطأ، برواية يحيى بن يحيى بن كثير الليثي الأندلسي، كتاب الطلاق، ط3، دار افكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1422هـ/2002م، ص 357.

⁴ عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 771.

⁵ سورة البقرة الآية 229.

⁶ نجية زيتوني، المرجع السابق، ص 50.

الفرع الثالث: المبادئ العامة للتفريق للضرر في المذهب المالكي

لما كان المذهب المالكي أوسع المذاهب في مفهوم التفريق للضرر، والذي يعطي لأحد الزوجين حق طلبه¹، والذي لا يلجأ إليه إلا إذا فشلت محاولات التوفيق والإصلاح وبذلت هذه الجهود واستنفذت هذه الإجراءات²، فوضع مبادئ عامة لهذا التفريق والمتمثلة أساساً فيما يلي:

- 1- المساواة بين الرجل والمرأة في طلب التفريق للضرر.
- 2- لا حدود للضرر الموجب للتفريق، بل يخضع لتقدير وظروف كل من القاضي والزوجين.
- 3- لكل من الزوجين إن تمسك بالحياة الزوجية أن يطلب من القاضي تعزيز الطرف الآخر بما يراه، وذلك لإخلاله بواجباته الزوجية أو إضراره، أو سوء معاشرته له.
- 4- إذا أثبت المدعي بشكواه إضرار الآخر به وطلب التفريق وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما وجب التفريق.
- 5- إذا لم يثبت المدعي إضرار زوجه به، أو عجز القاضي عن الإصلاح بينهما بعث حكيم من أهله ومن أهلها.
- 6- مهمة الحكيم الإصلاح بين الزوجين فإن تعذر عليهما ذلك، فزقاً بخلع إن كان الخطأ من الزوجة، أو بدونه إن كان من الزوج، ولا يجوز أن يترك الزوجان دون توفيق أو تفريق، أما إذا لم يصل الحكمان إلى قرار معين فللقاضي أن يُحكّم غيرهما، أو أن يفصل بين الزوجين فيما يراه يوافق المصلحة.
- 7- والضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبل الدخول أيضاً.
- 8- إذا امتنع الزوج عن الطلاق، طلق القاضي عنه أو كلف الزوجة بطلاق نفسها³. وفي هذا إعطاء الحرية الكاملة المطلقة للمرأة في أن تعيش زوجة مع من تحب وتفارق من تحب، فليس في الإسلام إكراه ولا ضرر، فالزوجة إذا لم ترغب بالمعيشة الزوجية المشتركة فلها أن تطلب التفريق من القاضي، على أن تكون هناك أسباب معقولة يقدرها القاضي

¹ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 70.

² محمد الصالح الصديق، المرجع السابق، ص 148.

³ عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 771، 772.

نتيجة طيش ونزعة هوى، فالأسرة مصنونة في أن تؤدي وظيفتها في الحياة فيجب ألا تنهار لمجرد تصرف خاطئ أو رغبة طائشة.¹

وبعدما أن تبين لنا موقف الفقهاء سواء المؤيدون أو المخالفون في التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر، فإن السؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح يتعلق دوماً بماهية الشقاق والضرر المبررين للتفريق ونوعيتهما، وهو ما سنجيب عنه إن شاء الله تعالى في المبحث التالي.

المبحث الثالث: طبيعة الشقاق والضرر المبررين للتفريق

إذا كان المعنى الاصطلاحي للشقاق والضرر يراد به نوع خاص، له أثره البالغ، فإن ذلك يعني بكيفية أو بأخرى، أنه يتطلب الأمر لكي يعتد بهما كسبب للتفريق أن تتوافر فيهما جملة من الخصائص والشروط، وعليه فمن خلال هذا المبحث سيتم الوقوف على طبيعة الشقاق والضرر المبررين للتفريق، ومميزاته² وذلك من خلال تناول طبيعة الشقاق الموجب للتفريق كمطلب أول ثم طبيعة الضرر المبرر للتفريق في المطلب الثاني، كما يلي:

المطلب الأول: طبيعة الشقاق المبرر للتفريق

إن طبيعة الشقاق المبرر للتفريق تكمن في أن العلاقة الزوجية نادراً ما تسلم من الخلافات، وكثيراً منها ما يكون نتيجة اختلاف وتباين آراء الزوجين تجاه مسألة معينة، وهذه الخلافات اليسيرة البسيطة لا تدرج ضمن الشقاق الذي يعطي لأحدهما حق اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق، وإنما ينبغي أن يصل هذا الشقاق في شدة طبيعته وحدته إلى درجة يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية واستمرارها.

لذلك يلاحظ دقة التعبير في النص القرآني: {شِقَاقَ بَيْنِهِمَا} وكأن الخلاف بلغ الذروة حتى أن كلا من الزوجين ليجتهد في فعل ما يشق على الآخر وينغص عليه.³

وهذه الحالة هي التي لا ينفع مع أصحابها التذكير، ولا تداويها المواعظ، ولا يحسمها إلا عزيمة ماضية وقوة شرعية تطفئ لهيبها وتحد من استمرارها، ولذلك اختار جمهور العلماء

¹ عبد الرحمن الصابوني، نفس المرجع، ص 772.

² ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 68.

³ محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي، 96/1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط 2011/2.

اعتبار الحكمين قاضيين فاصلين يملكان سلطة الجمع والتفريق، لأن استدعاءهما إنما يتم عند استفحال الشر وتفاقم الخلاف¹.

ثم إن تحديد الخلاف المقصود بالشقاق لغة واصطلاحاً هو الذي يمكن على ضوءه تحديد الشروط الواجب اعتبارها للقول بقيام حالة الشقاق بين الزوجين. فما هي شروط الشقاق الموجز للتفريق؟ هذا ما سنعرفه في ما يلي:

الفرع الأول: شروط الشقاق الموجب للتفريق

إن الفقه المغربي والذي يأخذ بالمذهب المالكي يؤكد إتجاهاً منه أنه يشترط في الشقاق ما يلي:

- 1- أن يكون جدياً وعميقاً بشكل يستحيل معه دوام العشرة.
 - 2- وأن يتعذر معه الوصول إلى حل توفيقى لإنهائه ووضع حد له.
 - 3- ولا يكفي فيه مجرد حصول اختلاف في وجهات النظر بين الزوجين.
 - 4- كما لا يكفي أن يكون خلافاً عادياً على النحو الذي لا تخلو منه أية علاقة زوجية.
 - 5- وأن يكون سبب الشقاق صادراً عن الزوجين أو أحدهما.
 - 6- وأن لا يعتد بالشقاق الذي يكون مصدره الأقارب والأصدقاء أو غيرهم.²
- وبتصورنا لمفهوم الشقاق، أو لمفهوم قيام حالة الشقاق من أنه لا يشترط الاستجابة لطلب التفريق المؤسس عليه إثباته، بل يكفي فيه مجرد إدعائه من أحد الطرفين بتبيان بعض من مقوماته أو أحد منها وهو ما يتضمنه الفرع الموالي.

الفرع الثاني: مقومات الشقاق الموجب للتفريق

إن سلوك الزوج في تعنيف زوجته، وطردها من بيت الزوجية موجب للتفريق للشقاق دون تكليف الزوجة إثبات سبب الشقاق، فإذا ثبت للمحكمة من خلال وثائق الملف وخاصة

¹ محمد عبد الرحمن شميلة، أضواء على شقاق الزوجين، مكتبة الطالب الجامعي، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1986، 25/1.

² حالات التفريق للشقاق في مدونة الأسرة المغربية، مجلة المعرفة القانونية، عبر موقع الانترنت: <http://mdroit.com/267,nml>

جلسات الصلح والتوفيق، أن الشقاق قائم بين الطرفين ومستمر بالنظر للأحكام القضائية الصادرة بينهما، ولسلوك الزوج في تعنيف زوجته وطردها باستمرار من بيت الزوجية وتهديدها بتطليقها، ما جعل الحياة الزوجية بين الزوجين تفقد أساسها من المودة والرحمة، حيث يبقى الفراق هو الحل الشرعي والقانوني.

وفقدان الحياة الزوجية للحكمة وللغاية التي شرعت من أجلها، يجعل الشقاق قائماً بين الطرفين، أين الخلاف والشقاق بين الطرفين قد إستفحل بحيث وصل إلى الحد الذي أصبحت فيه الزوجة لا تطيق العيش في كنف زوجها، وما آلت إليه العلاقة الزوجية بين الطرفين، حيث أصبحت المودة والألفة والتعايش والمساكنة بين الزوجين منعدمة، وبالتالي النفور والعداء بينهما مستحكماً، وبذلك فقدت الحياة الزوجية الحكمة والغاية والأساس التي شرعت من أجله، ومن ثمة ثبوت الشقاق بين الطرفين، وهذه هي بعض المقومات الواجب إعتماؤها للقول بوجود شقاق بين الزوجين.

فاللجوء إلى القضاء لطلب حل كل نزاع بين الزوجين يُخاف منه الشقاق من شأنه رُأب صدع الأسرة قبل تفككها خاصة إذا ما تم تعجيل إجراءات دعوى الشقاق في اتجاه يراعي نزعة المشرع إلى إيجاد حلول من شأنها التوفيق والإصلاح بين الطرفين.

ومن خلال ما سبق يتضح أن أحوال الشقاق التي تستدعي المعالجة تدور حول المشاتمة وتجاوز الحد في الشقاق، فما هي مميزات أو خصائص هذا الشقاق؟، هذا ما سنحاول معرفته من خلال ما يلي:

الفرع الثالث: خصائص الشقاق المبرر للتفريق

إن الشقاق المبرر للتفريق يتميز بخصائص مميزة تتمثل فيما يلي:¹

1- إنه مما يتحرز منه ولا تظهر أسبابه قهراً، أي أنه لا يتولد من مجرد اختلاف وجهات النظر التي هي من مستلزمات العقل البشري.

2- كما أن الشقاق يكون بصفة قوية، يشق على النفس تحمُّله، ولا يستطيع معه دوام العشرة.

3- أن يكون الشقاق قائماً، فما أن تخدم نار الفتنة فيه إلا وسرعان ما تتجدد.

4- وفي كل ذلك يتردى الحال وتضعف العلاقة بين الزوجين ويتولد الفساد.

¹حالات التفريق للشقاق في مدونة الأسرة المغربية، نفس المرجع، عبر نفس الموقع الإلكتروني.

5- أما لو حدث ولو بصفة تلفت النظر مرة مثلا، ثم فور وقوعه يتداركه محبو الإصلاح فتخدم الفتنة وتصفو الأجواء، فلا حديث هنا في مثل هذا الخلاف الطارئ الزائل.

6- والشريعة الإسلامية لا تحرص على إصدار هذه الأحكام إلا في الحالات المستعصية التي لا تتجح معها المعالجة اللينة والحلول الإيجابية الخفيفة.

وكما أن الشقاق المبرر للتفريق ضرر، والمذهب المالكي كما أسلفنا سابقا هو أكثر المذاهب الفقهية توسعا في مفهوم الضرر المبرر للتفريق، فما هي طبيعة هذا الضرر؟ والمطلب الموالي كفيل بالإجابة على هذا السؤال.

المطلب الثاني: طبيعة الضرر المبرر للتفريق

قال الدردير: "هو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو: يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون، كما يقع كثيرا من رعا ع الناس ويؤدب الزوج في ذلك زيادة على التطلاق".¹

وللضرر صور وشروط مجيزة للتفريق نتطرق إليها فيما يلي:

الفرع الأول: صور الضرر المجيزة للتفريق وشروطه

أولا- صور الضرر المجيزة للتفريق: إن لصور الضرر المختلفة علاقة تناسب بوسائل الإثبات، وللوقوف على هذه العلاقة لابد من استعراض صور الضرر أولا، ومن ثم يمكن الحديث عن طرق إثبات بعض هذه الصور فيما بعد.²

وعليه، صور الضرر المجيزة للتفريق:

1- سب الزوجة وسب أبيها، كقوله: يا بنت الملعون، ويا بنت الكافر.
2- ضربها غير ضرب التأديب، كأن يضربها لغير سبب، أو يضربها بقصد التأديب ضربا مبرحا.

3- هجرها بترك الكلام معها أكثر من ثلاثة أيام.

4- وطؤها في غير محل الحرث.³

5- إكراهها على ارتكاب المحرمات، كشرب الخمر أو إفطار رمضان.

¹ الدردير علي خليل، المرجع السابق، 404/2، نقلا عن عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 769.

² عدنان علي النجار، المرجع السابق، ص 109.

³ راجع حاشية الدسوقي، المرجع السابق، 213/3، محمد عليش، شرح منح الجليل 550/3.

6- ارتكاب الزوج الفاحشة، الأمر الذي يسيء إلى سمعتها وذويها.¹

ثانياً_ شروط الضرر الموجبة للتفريق:

إن من بين ما يشترط في الضرر لكي يكون موجبا للتفريق أن يكون:

1- من جانب الزوج.

2- واقعا على الزوجة.

3- متعمدا.

4- لا يشترط أن يقع بعد الدخول.

5- عدم اشتراط تكراره.

6- المناط في الضرر تحققه، ولا عبء بإزالته.²

أين يتعذر استمرار العشرة الزوجية التي تعني احترام كل واحد من الزوجين لذات الآخر سواء من الجانب النفسي أو المادي، فالمعاشرة والمعاملة بالمعروف هي أساس السكينة بين الزوجين، ويتحقق بعدم الإساءة إلى بعضهما البعض.³

وفي الواقع لا يوجد زواج لا يتضرر فيه الزوجان بعضهما من بعض، فالسنوات الطويلة التي يمضيها الزوجان جنبا إلى جنب لابد أن يتخللها إساءة من أحدهما وهفوات من الآخر، لذلك فإن الضرر والهفوات المألوفة بين أغلبية الأزواج لا تكون سببا مبررا للتفريق، وإنما الضرر الذي يخول للزوجة طلب التفريق هو الضرر غير العادي الذي يكون سلوكا شادا من جانب الزوج⁴، أين يتعذر معه استمرار العشرة الزوجية.

ثم إن الزوجة إذا رفعت دعوى التفريق للضرر ثم أثناء سريان الدعوى مكنته من نفسها فإنها تُسقط حقها في التقاضي بشأن هذه الدعوى لقول التسولي في هذا الإطار⁵

¹أيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 206.

² محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط9، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999، ص 347 إلى ص 354.

³ معزوزي نادية / مجار لامية، المرجع السابق، ص 32.

⁴ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 72.

⁵ شرح البهجة، ج 1 ، ص 102 م.س.

فعلى المرأة أن تغادر بيت الزوجية فور وقوع الضرر، الذي هو أساس بناء دعوى التطليق وبهذا تضيف إليها ضرراً آخر، وهو حرمانها من أبنائها والنفقة عليها.¹

ثم إن الضرر الموجب للتفريق هل من السهل إثباته؟ وما هي الغاية منه وطرق إثباته؟ هذا ما سنحاول معرفته في الفرع التالي:

الفرع الثاني: إثبات الضرر المبرر للتفريق

بعد تقليب النظر في صور الضرر، تبين صعوبة إثبات العديد منها، كوطأ الزوجة في غير محل الحرث، أو إكراهها على ارتكاب المحرمات، أو هجرها بقطع الكلام معها، أو سبها وسب أبيها، لأن بعض هذه الصور تعد تركاً وامتناعاً من أداء حق، كالصلة بالكلام وبعضها يستحيل الإطلاع عليه كالوطء، والبعض الآخر قلماً يحدث خارج البيت، فهذه الصور وأمثالها يصعب الوقوف على حقيقتها، وهي التي تستوجب بعث الحكمين²، أما بالنسبة لضرب الزوجة، فإنه ممكن الإثبات بغير الطرق المألوفة.³

أما بالنسبة لإثبات الضرر الواقع من ارتكاب الزوج فعل الزنا، أو شرب الخمر وتعاطي المخدرات، فيمكن إثبات هذه الوقائع بطرق الإثبات الشرعية، كما أن حيازة هذه المواد كاف في إثبات الضرر اللاحق بالزوجة، لأن حيازتها دليل على تعاطيها، أو المتاجرة بها وكلاهما يلحق بالزوجة بالغ الأذى.

هذا فيما يخص إثبات الضرر، أما إذا عجزت الزوجة عن الإثبات، فإن القاضي يقوم ببعث الحكمين للوقوف على حقيقة الأمر، ورفع الضرر بالإصلاح أو التفريق.⁴

أما الغاية من الإثبات فهي تبيان وقوع فعل معين ونسبته إلى شخص محدد، وحيث إثبات الضرر إجراء جوهري لقبول طلب التفريق للضرر، أين يثبت الضرر بالشهادة المتمثلة في الشهادة القطعية أو شهادة السماع الشائعة.⁵

¹ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 78.

² عدنان علي النجار، المرجع السابق، ص 160.

³ وسائل الإثبات المألوفة، كالإقرار والشهادة واليمين والنكول: وهو الإمتناع من اليمين وعدم الإقدام عليه، محمد الزحيلي وسائل الإثبات، ص 608.

⁴ عدنان علي النجار، المرجع السابق، ص 160، 161.

⁵ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 78.

- الشهادة القطعية: ممن له مجاورة ومخالطة للزوجين أو قرابة أو مصاهرة واطلاع على الأحوال.¹

- شهادة سماع شائعة: وقد عرفها ابن عرفة بأنها: "لقب لما يصرح الشاهد به باستناد شهادته لسماع من غير معين".²

وفي هذا الإطار يقول ابن عاصم الأندلسي: "ويثبت الإضرار بالشهود، وبسماع داع في الوجود"³، وتعتبر شهادة السماع⁴، من أهم الوسائل المعتمدة في إثبات الضرر، جاء في كتاب البهجة في شرح التحفة: "ومعناه أن ضرر أحد الزوجين للآخر يثبت بأحد أمرين: إما شهادة عدلين فأكثر بمعاينتهم إياه لمجاورتهم للزوجين، أو لقرابتهن منهنما ونحو ذلك، وإما بالسماع الفاشي المستفيض".⁵

وحيث شروط شهادة السماع تتمثل في الآتي:

- 1- أن يشهد عدلان بالسماع فأكثر، بأن يقول شاهدان عدلان أو أكثر لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم كذا، فإن شهد عدل واحد بأنه سمع كذا فإن شهادته لا تقبل.
- 2- أن يكون الشاهدان بالسماع نكرين، فلا تقبل شهادة سماع النساء.
- 3- أن يقولوا عند الأداء: سمعنا أو لا نزال نسمع من الثقات وغيرهم كذا... من غير أن يعينوا من سمعوا منه، لأنهم إن قالوا سمعنا من فلان فإنها تصبح شهادة نقل يجب أن تتوفر فيها شروط شهادة النقل، ولا بد أن يكون الشاهدان قد سمعا ما سيشهدان به من العدول ومن غيرهم.

- 4- أن لا تكون شهادة السماع ريبة، فإن وجدت فيها ريبة لم تقبل.⁶

¹ الغازي الحسيني، التدريب على تحرير الوثائق العدلية - وثيقة وشرح - مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الثانية، 1995، 93/1.

² الرصاص التونسي، شرح حدود ابن عرفة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى، 1993، 593/2.

³ شرح التحفة، 374/1، مرجع سابق.

⁴ (إقرار أحد الزوجين بالآخر يثبت بشهادة السماع، دون أن يبين الشهود اسم المسموع منه، قال الشيخ التسولي: "وشرط إستفاضة بحيث لا يحصر من عنده السماع نقلاً، الإستفاضة هي أن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصور").

⁵ التسولي، البهجة في شرح التحفة، 302/1.

⁶ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 81.

5- أن يحلف المشهود له بشهادة السماع¹، وذلك لأن شهادة السماع ضعيفة، فوجب أن يحلف معها المشهود بشهادة السماع².

كما يثبت الضرر بالإقرار والبينة:

- **البينة:** أين يرى المالكية ثبوت الضرر يكون بالبينة، وبكفي فيها مجرد السماع الفاشي بين الرجال والنساء في أنّ الزوج يضار بزوجه ولا يشترطون أن تكون البينة على علم تام بالضرر الذي يحدث بين الزوجين، إذ يكفي أن يقال سمعنا سماعا مستفيضا على السنة النساء والخدم والجيران.

- **الإقرار:** صرح المالكية أنه على الزوجة إذا ادعت أن زوجها يضربها ويشتمها، أو يعاملها معاملة لا تليق بمثيلاتها، وطلبت من القاضي تطليقها، واستطاعت إثبات الضرر، ولو مرة واحدة طلقها طلاقة بائنة. وهناك من المالكية من يرى أنه يثبت الضرر بالشهادة المعتادة، ويقبل في ذلك شهادة رجل واحد وامرأة مع يمينها، أو إقرار الزوج، أو السماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران³.

وفي حالة ثبوت الضرر من الزوجة التي طلبت التفريق لأجل دفعه عنها، هل فيه من تعويض؟ ذلك ما سنجيب عنه في ما يلي:

الفرع الثالث: التعويض عن الضرر في التفريق للشقاق

لما كان الضرر الذي يعطي للزوجة حق طلب التفريق نطاقه واسع، فلا بد أن يدخل تحته كل ضرر مخالف للشرع، حيث يمكن أن يصيب الزوجة بضرر من جرائه سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، مما يجعلها تحس أنها لم تتحصل على مآلها من حقوق تجاه هذا الزوج، مثلما نصّ عليه الشرع، بحيث تحس أنها ليست كمثيلاتها، ومن هذه الأضرار كما أسلفنا ما أصابها من ضرب مبرح وبدون أسباب، أو الخصام والشجار المستمر الذي

¹ حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دار الفكر، د.ت. 345/2 .

² الموسوعة الفقهية الكويتية، 234/2 مس .

³ نجية زيتوني، المرجع السابق، ص 55.

يجعل حياتها جحيما لا يطاق، ومن الضرر كذلك تراخي الزوج في الدخول بزوجه بسبب راجع إليه، بحيث يعتبر ضربا من ضروب الهجر، لأن إطالته تتال من الزوجة وتصيبها بنوع من الضرر، ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة، فلا هي ذات بعل، ولا هي مطلقة¹، ولها حق كذلك طلب التفريق مع التعويض إن عمد الزوج على إكراهها وإرغامها على فعل ما يحرم الله كمارسة الدعارة وشرب الخمر.

وكذلك إذا تركها معلقة دون إيفائها بموئل صداقها، ذلك لأن الإجماع على أداء المهر شرعا للزوجة على زوجها إبانة لشرط المحل، وإن صحّ النكاح بدونه، بحيث يجوز أن تمتنع على أن يدخل بها حتى تستوفي منه معجل صداقها الذي اتفق عليه، ولا تعتبر الزوجة هنا ناشز.

ولها الحق في التفريق كذلك في حالة تضررها بسبب أخذ أموالها دون علمها ورضاها، بما في ذلك من مخالفة لأحكام الشرع الذي يعترف للزوجة بذمة مالية مستقلة.² وكذلك في حالة استحكام الخلاف بين الزوجين بحيث يتعذر مواصلة العشرة بينهما.

كما أن هناك من الفقهاء من جعل من ضمن حالات التفريق للضرر حالة تضرر الزوجة من اللعان أي إذا اتهمها زوجها بالزنا. وفي كل هذه الحالات يمكن الحكم للزوجة بالتعويض زيادة على التطلق، إذا ما ثبت أن الزوج قد بالغ كثيرا في الإضرار بزوجه.

فالتعويض لا يثبت كما قلنا إلا بتحقق وحصول الضرر، وحيث التعويض يقدر كأصل عام على أساس مقدار ذلك الضرر الذي يلحق بالزوجة، وهذا التعويض قد يكون نقديا أو عينيا إذا كان الضرر يصيب مصلحة مالية، كما يجوز للقاضي أن يحكم بتعويض إجمالي عن جل الأضرار بشرط تحديد عناصر الضرر ومدى أحقية التعويض عنها.

¹ نجية زيتوني، نفس المرجع، ص 63، 64.

² نجية زيتوني، نفس المرجع، ص 64.

أما الضرر المعنوي، فهو للقاضي تقدير مدى هذا الضرر، وأنه لمن الصعب تعويض هذا النوع من الضرر نقداً، لأن الشرف والعرض لا يقدران بالمال، وإنما هي وسيلة إرضاء وتطبيب خاطر.¹

المطلب الثالث: نوع الفرقة بالتفريق للشقاق والضرر، وأثر التفريق به، وطرق معالجة الشريعة له

إذا ما استمر الزوج في التعسف والتعنيف في استعمال سلطاته وحقوقه التي له على زوجته، وأصبح يسيء استعمالها، وذلك بشتى الأساليب.²

فالإشكال الذي يطرح نفسه، ما نوع الفرقة بهذا التفريق وأثره، وما هي السبل المتبعة في علاجه؟ وللإجابة عليه نتطرق إلى ما يلي:

الفرع الأول: حكم التفريق للشقاق والضرر

إن الزوجة طالبة التفريق بينها وبين زوجها التي وصل الإضرار بها من طرف زوجها إلى حد إثارة الشقاق وسوء عشرتها معه حُقَّ لها هذا الطلب، فإن إنزجر هذا الزوج وعاد إلى العدل وحسن العشرة، فيها ونعمت، وأما وإن تمادى في ظلمه وضرره لزوجته وأثبتت ذلك، فما على القاضي إلا أن يرفع عنها ذلك بالوسائل المتاحة، فإذا عدت جميعها وبقي التفريق، صار إليه القاضي، فيفترق بينهما بطلقة واحدة بئنة.³

فالطلاق الذي يوقعه القاضي في هذه الحالة طلاق بائن، لأن الضرر لا يزول إلا به، لأنه إذا كان رجعياً، تمكّن الزوج من مراجعة زوجته في العدة والعودة للضرر.⁴

¹ صغير كنزة، الضرر كسبب للتطبيق بين الشريعة والقانون، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015-2016، ص39،38.

² ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 82.

³ عدنان علي النجار، المرجع السابق، ص 109.

⁴ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل، دار الخلدونية، ص 281.

الفرع الثاني: أثر التفريق بسبب الشقاق والضرر

يعد المذهب المالكي أكثر المذاهب الفقهية الذي يأخذ بالتفريق للشقاق والضرر وعلى رأسهم، على أن الإساءة إذا كانت من الزوج، فرق بينهما تبعا لذلك فإن الزوجة تستحق مؤجلها كله.

أما إذا كانت الإساءة من الزوجة على ما قرره الحكمان، فإنهما بالخيار بين أن يبقيا على الزوجية قائمة أو أن يخلصاهما منها.¹

ولما كانت الشريعة الإسلامية التي من طبيعتها وفعاليتها هي الدواء الشافي لأمراض الأسرة في المجتمع الإسلامي، والكافي بحلول مشاكلها التي تعاني منها، فقد عالجت هذه الشريعة السمحاء الشقاق والضرر بين الزوجين وأوجدت سبلا كفيلة لذلك.

وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي:

الفرع الثالث: سبل معالجة الشريعة الإسلامية للشقاق والضرر المبررين للتفريق

لقد عالجت الشريعة الإسلامية الشقاق بين الزوجين، ونهت عن إضرار أحدهما بالآخر وذلك بوسيلتين:

الأولى: الوسيلة الوقائية، وذلك بالقضاء على أسباب الشقاق والضرر.

الثانية: وسيلة التحكيم وذلك عند وقوع الشقاق والضرر.

وتأسيسا على ذلك سيتم التطرق إلى الوسائل الوقائية من الشقاق والضرر أولا، ثم وسيلة

التحكيم كسبب من أسباب معالجة للشقاق والضرر ثانيا كما يلي:

¹ هادي حسين الكرعوي، المرجع السابق، ص124.

أولاً: السبل الوقائية من الشقاق والضرر: المتمثلة فيما يلي:

1. تعريف الزوجين بحقوقهما والأمر بالمعاشرة بالمعروف

إن الشريعة الإسلامية الغراء قد بينت أن الحقوق بين الزوجين متقابلة، وعلى كل طرف أن يراعي حقوق الطرف الآخر¹، لقوله تعالى: **لَوْ هُنَّ مِثْلَ الَّذِي عَلَيْنَ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْنَ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** {٢٣٨}،² والحقوق الزوجية تنقسم إلى حقوق متبادلة تترتب في ذمة كل من الزوجين نحو الآخر، وحقوق تترتب في ذمة الزوج تجاه زوجته، وأخرى تترتب في ذمة الزوجة نحو زوجها.³

والسؤال الذي يطرح نفسه ما مضمون هذه الحقوق؟ والإجابة عليه تكون كالتالي:

1- الحقوق المتبادلة بين الزوجين:

عقد الزواج بمجرد انعقاده ينتج عنه آثار متعددة أملاها الشرع الحكيم على الزوجين، تتمثل في كل من الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما والمتمثلة بدورها فيما يلي:⁴

أ- **المساكنة الزوجية الشرعية:** والتي تعتبر سكن روحي وجسماني، هدفه الإحسان وتقوية الرابطة الأسرية من خلال الوفاء بالالتزامات المفروضة على أطراف العلاقة الزوجية والمتمثلة في الحقوق والواجبات المنوطة بهما، وفي حالة عدم الوفاء أو التقصير فيها يؤدي إلى نتائج وخيمة تؤثر سلباً على تماسك كيان الأسرة.⁵

والمساكنة الشرعية تتمثل في الآتي:

¹ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 87، 88.

² سورة البقرة، جزء من الآية 226.

³ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 88.

⁴ معزوزي نادية / مجبار لامية، المرجع السابق، ص 2.

⁵ معزوزي نادية / مجبار لامية، نفس المرجع، ص 52.

* **المقر:** الذي هو بيت الزوجية باعتباره من مشمولات النفقة التي تجب على الزوج، وفيه يقول الله تعالى: {أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْنَّ}.¹

* **الإحسان والعفاف:** من المعلوم أن الله تعالى شرع الزواج وسمح لكل واحد من الزوجين بأن يتمتع بالآخر، حيث يستجيبان من خلاله للغريزة التي أودعها الله تعالى فيهما معا لقوله تعالى: {وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْروُجِهِمْ حَافِظُونَ} ^٢ إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ^١ فَمَنْ أَبْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ^٧}.²

ب- **حسن المعاشرة:** وذلك بالحفاظ على الروابط الزوجية، لقوله تعالى: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}.³

وأكدت السنة النبوية الشريفة هذا المعنى في حجة الوداع عندما توجه الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الرجال وقال: ((استوصوا بالنساء خيرا)).⁴ كما حثّ الزوجات على حسن معاشرة الأزواج، وبذلك تستقر الحياة الزوجية وتدوم العشرة والمحبة.⁵

ج- **صلة الرحم:** أوجب الشرع الإسلامي على كل من الزوجين المحافظة على الروابط الأسرية أي أقارب الزوج والزوجة معا، وذلك عن طريق تبادل الزيارات وتفقد أحوالهم

¹ سورة الطلاق الآية 6.

² سورة المؤمنون الآيات 5، 6، 7.

³ سورة النساء، جزء من الآية 19.

⁴ حديث رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم في باب الوصاة بالنساء، الحاشية رقم 1، ص 162.

⁵ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1، 1429هـ/2008م، ص 165، 166.

ومساعدتهم في كل ما يحتاجونه لقوله تعالى: {وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ

اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ} ¹.

وبالجملة كل ما يهم الأسرة ويحقق الاستقرار والطمأنينة بين الزوجين. ²

د- **حق التوارث:** وهذا الحق أمر معروف من الدين بالضرورة، وقد تولى القرآن الكريم بيان أحكامه، فلا يجوز لأحد أن يتصرف فيه بخلاف ما أنزل الله تعالى، ولا يجوز لجماعة أن تتبنى عرفاً أو تشريعاً ما يحرم المرأة من حقها في الميراث، أو ما يمنع الزوج مما أتاه الله. ³

هـ- **حقوق الأسرة:** ويقصد بها الحقوق المتبادلة التي تنشأ عن عقد الزواج والمتمثلة في:

○ **الدين:** حيث أجمع العلماء على أن الولد الذي ينشأ عن الزواج الشرعي يتبع أباه في الدين، حيث يعتبر مسلماً منذ ولادته، ولو كانت أمه كاتبية.

○ **النسب:** إذ أن الولد يتبع أباه أيضاً في النسب بحيث ينتسب إلى أبيه ولا ينتسب إلى أمه، وكل ولد ازداد بعد مضي أقل من مدة الحمل وهي ستة أشهر إبتداءً من انعقاد الزواج ينسب إلى الزوج بشرط إمكانية اتصال الزوج بزوجه خلال هذه المدة. ⁴

○ **حرمة المصاهرة:** وهو من الحقوق المتبادلة التي تنشأ عن الزواج حيث يحرم على المرأة الزواج بأبي زوجها أو ابنه، كما يحرم على الرجل أن يتزوج زوجة أبيه أو أم زوجته، ولم يقع الدخول، ويحرم عليه أيضاً الزواج بابنة زوجته إذا كان قد دخل بأמה. ⁵

¹ سورة الأنفال الآية 75.

² بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 166.

³ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 91.

⁴ محمد الكشور، الوسيط في الأحوال الشخصية، 1/277.

⁵ ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1/135.

و- انفصال الذمة المالية: تتمتع الزوجة بذمة مالية مستقلة ومنفصلة شرعا وقانونا، ولها حقوق مالية ناتجة عن الرابطة الزوجية، كالنفقة والمهر، بالإضافة إلى حقوق مالية أخرى تنتقل إلى ذمتها المالية عن طريق الإرث، الوصية والهبة، تمكّنها من التملك وإنشاء ثروة مالية خاصة بطرق شرعية¹، كما للزوج هو الآخر ذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوجة.

2- حقوق الزوج على زوجته:

إن الشارع الحكيم أقر للزوج حقوقا على زوجته بمجرد العقد عليها، يجب مراعاتها والقيام بها وهذه الحقوق تتمثل في:

أ- **حق القوامة**²: إن الحياة الزوجية حياة اجتماعية لا بد لها من رئيس يسير شؤونها، والرجل أحق بذلك وأجدر لأنه أعلم بالمصلحة وأقدر على التنفيذ بقوته وماله لقوله تعالى: **كَوْلِلِ الرَّجَالِ عَلَيْهِمْ دَرَجَةٌ**³، وبهذا تبين أن قوامة الزوج على زوجته تكليف للزوج وتشريف للزوجة.

ب- **حق الطاعة**: تأسيسا على ثبوت القوامة للرجل، فعلى المرأة طاعة زوجها في كل ما يطلبه منها فيما لا معصية فيه، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق لقوله تعالى: **{فَالصّٰلِحٰتُ قٰنِتٰتٌ حٰفِظٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّٰهُ}**⁴، فالمقصود بالقاننات هن المطيعات لأزواجهن، فللزوج على زوجته حق الطاعة بالمعروف، فطاعة المرأة لزوجها لها عظيم الأثر في صفاء الجو العائلي الذي تسوده السكينة والألفة بين أفرادها.⁵

¹ بن عيشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين، دراسة نقدية تحليلية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 65.

² معزوزي نادية / مجبار لامية، المرجع السابق، ص 12، 13.

³ سورة البقرة، جزء من الآية 228.

⁴ سورة النساء، جزء من الآية 34.

⁵ معزوزي نادية / مجبار لامية، المرجع السابق، ص 15.

ج- الحق في تعدد الزوجات: إن الإسلام شرع مبدأ التعدد ليحمي المرأة من عدوان الرجل عليها وذلك بتطبيقها لعدم تحقيقها المقاصد المرجوة منها، ولعدم القيام بواجباتها نحوه وذلك في حالة المرض، فهي لا تستطيع القيام بخدمته وعدم تمكين الزوج منها، وكذلك في حالة عقم الزوجة، والزوج يريد ولدا يحمل اسمه ويرثه بعد موته.¹

د- حق الزوج في قيام زوجته بخدمته: يستحب للمرأة أن تقوم على خدمة زوجها وأولادها في البيت قدر المستطاع، فهي راعية وهي مسؤولة عن رعيته²، لأنه من الوظائف الطبيعية للمرأة قيامها بخدمة زوجها، وتدبير شؤون بيتها.

هـ- حق الزوج في حفظ ماله: حفظ مال الزوج حق أساسي من حقوقه على زوجته فالزوجة عليها أن تحفظ مال زوجها ولا تتصرف فيه دون وجه حق وقد استدلت على وجوب حفظ مال الزوج من طرف زوجته إلى حديث أبي أمامة عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: (ما استفاد المؤمن بعد تقوى الله خيراً له من زوجة صالحة، إن أمرها أطاعته وإن نظر إليها سرته وإن غاب عنها حفظته في نفسها وفي ماله)³، أي تحفظ زوجها عند غيبته في نفسها وماله.

3- حقوق الزوجة على زوجها:

أعد الإسلام للمرأة مكانة مرموقة بمجرد تلبسها صفة الزوجة، وذلك بإحاطتها بمجموعة من الحقوق المفروضة على عاتق الزوج باعتباره سيد الكلمة العليا في البيت وله إرادة نافذة فيه، وهذه الحقوق تتجلى في الآتي:⁴

¹ إبراهيم رفعت الجمال، الحقوق غير المالية بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص39.

² أبي عبد الله مصطفى العدوي، فقه التعامل بين الزوجات وقبسات من بيت النبوة، ط1، دار ابن رجب، القاهرة، 1996، ص 93.

³ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق فؤاد عبد الباقي، كتاب الرضاع، باب خير متاع الدنيا المرأة الصالحة، رقم الحديث 3660، المكتبة العلمية، لبنان، د.س.ن.

⁴ معزوزي نادية /مجباز لامية، المرجع السابق، ص 21.

أ- الحق في النفقة الشرعية من طعام وكسوة وتمريض وإسكان: مقابل انتقال الزوجة إلى بيت زوجها واحتباسها فيه وبمقتضى هذا، قرّر لها الشرع الحق في النفقة كأثر من آثار الرابطة الزوجية، حتى ولو كانت غنية، مسلمة أو غير مسلمة.¹

والنفقة واجبة على الزوج تجاه زوجته، وهي ثابتة في الكتاب في قوله تعالى: {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ² لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا³}.²

وفي قوله سبحانه أيضا: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ³، فالقواماة في دلالة الآية لا تعني القهر والتغليب والتناول على النساء، وإنما كرمتها، وذلك لأن الرجل هو من ينفق على زوجته ويعطيها المهر.⁴

ب- العدل والتسوية إذا كان الرجل متزوجا بأكثر من واحدة: ومضمون هذا الحق وجوب التسوية أي المساواة في المعاملة إذا كان الرجل متزوجا بأكثر من امرأة واحدة بحيث لا يفضل واحدة على الأخرى في المطعم والملبس والمسكن، ويفرض لكل واحدة منهن يوما وليلة يقيم عندها، ولا يؤخذ في ذلك على المساواة القلبية والعاطفية التي لا يستطيع أحد التحكم فيها، ولكن الرجل باستطاعته على أن يجاريها حتى لا يخرج عن المساواة.⁵

ج- السماح للزوجة بزيارة أهلها واستزارتهم بالمعروف: من مقتضيات العدل الواجب على الزوج نحو زوجته أو زوجاته تمكين الواحدة منهن من زيارة الأقربين من أهلها، بل واستضافتهم في بيته بالمعروف.

¹ لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص137.

² سورة البقرة، جزء من الآية 233.

³ سورة النساء، جزء من الآية 34.

⁴ محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 22.

⁵ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 92.

د- **حق المرأة في التصرف في مالها:** إن الإسلام قد سوى بين الرجل والمرأة في حق كل واحد منهما في التصرفات المالية، وجعل لكل منهما ذمة مالية مستقلة، وأهلية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات، وجعل لكل منهما الحق في تسليم أمواله بمجرد رشده.¹ فللمرأة حريتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة الزوج، إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته، إذ للزوجة حرية التصرف في مالها الخاص، فلها أن تتدّخره أو أن تتصرف به أو بجزء منه، ولها أن توصي به أو أن تهبه إلى الغير.

هـ- **الحق في التعليم:** إن الإسلام يحارب التخلف في كل مجالات الحياة التي تعود على الزوجة وأهل بيتها بالنفع والخير، ولقد اشتركت المرأة إلى جانب الرجل في طلب العلم واقتباسه من أجل تعلمها، ولا يكون عائقا أمامها بمنعها واحتباسها.²

و- **عدم الإضرار بالزوجة:** لا يجوز للزوج أن يؤذي زوجته سواء بالفعل أو بالقول ونحو ذلك مما يחדش شعورها ويؤدي كرامتها لقوله تعالى: { فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا } وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ³، ولقوله -صلى الله عليه وسلم-: (خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي)⁴، فإذا لم يلتزم الزوج بهذه التعاليم وأذى بالقول أو بالفعل زوجته ، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لطلب إلزام الزوج بالكف عن إيذائها أو طلب التطلق⁵.

فهذه بعض الحقوق، وذلك ما يطلبه الإسلام الحنيف من الزوجين، وهو ما يحقق هناءهما وراحتهما ودوام عشرتهما.

¹ ندخوشي إبراهيم، نفس المرجع ، ص 93.

² إبراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص 31.

³ سورة البقرة، جزء من الآية 229.


⁴ حديث قاله أبو عيسى من حديث الثوري.

⁵ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 161.

II. عدم الاستجابة لمقتضيات الكراهية:

إن رياح الاختلاف بين الزوجين إذا هبّت على الحياة الزوجية أفقدتها جو الراحة وحولتها إلى جحيم تعصف بها مشاعر الكراهية، لذا فالشريعة الإسلامية تدعو الزوجين إلى علاج ما طرأ على حياتهما من شقاق، وإصلاح ما جدّ من خلاف بعدم الاستجابة لمشاعر البغض، فلكل إنسان جوانب مشرقة وأخرى مظلمة، ومهما تكن مساوى الإنسان، فإنه يتمتع ببعض الصفات الطيبة، فلا ينبغي أن تكون الصورة المظلمة هي المستحوذة على الإنسان وإنما يجب عليه أن يمد عينيه إلى الجوانب المضيئة لعله بهذا يتجاوز عن بواعث الكراهية في صاحبه، وتظل علاقته بزوجه علاقة ود وحب.¹

III. إتباع الطرق الشرعية في علاج النشوز:

سنتناول ذلك بشيء من الإيجاز لأنه قد تم التطرق إليه من قبل. وعليه، فالإسلام قد حرص على وحدة الزوجية بما شرعه من حقوق وواجبات بين الزوجين لقوله تعالى: **لَوْ هُنَّ مِثْلَ الَّذِي عَلَيْنَ بِالْمَعْرُوفِ**²، وأمر كلا من الزوجين بالصبر على صاحبه، فإن كره أحدهما من الآخر أمراً فقد يعجبه منه أموراً أخرى. والطرق الشرعية لعلاج النشوز واردة في القرآن الكريم بحسب مصدرها، فإذا كان النشوز من جانب الزوجة فإنّ العلاج يكون ما ذكره الحق - عزّ و جلّ - في قوله: **لَوْ أَلَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْنَّ سَبِيلاً**³ **إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً** ³، مع مراعاة القيود والأحكام الشرعية الخاصة بكل مرحلة كما سبق الذكر.

¹ محمد الدسوقي، من قضايا الأسرة في التشريع الإسلامي، دار الثقافة، قطر، ط1، 1986، 120/1.

² سورة البقرة، جزء من الآية 228.

³ سورة النساء، جزء من الآية 34.

أما إذا كان النشوز من جانب الزوج، فإن العلاج ورد في قوله تعالى: {وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ

بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ} ¹.

والى جانب هذه الوسائل الوقائية، فإن الشرع قد حثَّ على التحلي بصفات فضيلة تمكّن من استمرار الحياة الزوجية، وتحول دون إنهاؤها، ومن هذه الصفات الصبر الذي يعد من الفضائل الخلقية، وهو النفحة الروحية التي يعتصم بها المؤمن فتخفف من بأسه وتدخل إلى قلبه السكينة والاطمئنان، وتكون بلسمًا للجراح التي يتألم منها. ²

ثانياً: وسيلة التحكيم:

إلى جانب الوسائل الوقائية، فإن الشريعة الإسلامية السحاء ولمعالجة الشقاق بين الزوجين شرعت التحكيم كوسيلة والتي تطرقنا إليها فيما سبق، وهذا عند ظهور بوادره وأماراته، وهذا الإجراء وارد في قوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا} ³، وقوله أيضاً: {وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا

4} ⁴، فهو بذلك يكتسي أهمية بالغة كإجراء أولي لإصلاح ذات البين بين الزوجين ونقادي

الفراق بينهما، فالحكمان يتحملان مسؤولية إصلاح ما بين الزوجين وذلك بالوقوف على أسباب الخلاف بينهما، والسعي لوضع حد لها في إطار عائلي محدود، حفاظاً على أسرار الأسرة، ولذلك يتعين على الحكّمين أن يكونا في مستوى المسؤولية ويعملان كل ما في

¹ سورة النساء، جزء من الآية 128.

² عبد الفتاح طبارة، روح الدين الإسلامي، دار العلم للملايين، لبنان، 1993، 213/2، ص 28.

³ سورة النساء الآية 35.

⁴ سورة النساء الآية 128.

الفصل الأول: التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر في الشريعة الإسلامية

وسعهما من أجل تحقيق الغاية التي من أجلها تم بعثهما¹، فأسعد حياة وأهنأ عيش في بيت ملؤه الود والوئام والحب والتفاهم، والتنازل من كل عن بعض الحقوق، والاعتذار والعذر لأنه مهما يكن، فالإنسان إنسان والخطأ ملازم له، والابتلاء يرقبه لقوله تعالى: ﴿وَنَبَلُوكُمْ بِالَّذِي وَآخِرِ فِتْنَةٍ²، ومن هنا استوجب الحذر ولزم الصبر، فأبي حياة زوجية لم تراع هذه الإحاطة فمصيبرها إلى التفكك والانحلال، أو إلى الشقاوة والإنخرام، ومن راع السعادة والاطمئنان والعيش في هناء وود ووئام، أمارت حياته بهذه وألزم نفسه بالصبر والحذر³.

¹ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 100.

² سورة الأنبياء، جزء من الآية 35.

³ المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، ص 285.

الفصل الثاني

التفريق بين الزوجين

لهلة الشقاق والضرر

في القانون

الفصل الثاني: التفريق بين الزوجين لعلّة الشقاق والضرر في القانون

الملاحظ مما سبق أن كافة النصوص السابقة لا تفرض على أحد الزوجين الاستمرار في حياة زوجية لا يطيقها، أو يعاني في ظلها ظلم وقهر، والأصل في إطار الشريعة الإسلامية أن تكوين الأسرة واستمرارها وحلها يتم برضا تام ودون إكراه.

فبعد أن تم استعراض موقف الفقه الإسلامي عموماً والفقه المالكي على وجه الخصوص من التفريق للشقاق والضرر والأحكام المتعلقة به، سيتم إن شاء الله تعالى التطرق إلى التفريق بين الزوجين لعلّة الشقاق والضرر في القانون في هذا الفصل من خلال المبحثين المواليين، حيث المبحث الأول سنتناول فيه حدود المشروعية القانونية للتفريق بسبب الشقاق والضرر وسبيلها في قوانين بعض البلاد العربية من خلال التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر في قوانين بعض البلاد العربية، كما نتطرق إلى منازعات التفريق للشقاق والضرر في القانون الجزائري بالخصوص في المبحث الثاني كالتالي:

المبحث الأول: التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر في قوانين بعض البلاد العربية

إن معظم قوانين البلاد العربية قد نصّت على التفريق للشقاق والضرر، وعلى نظام التحكيم بين الزوجين، إلا أنّ بعض القوانين أعطت حق طلب التفريق للزوجة فقط دون الزوج باعتباره يملك حق الطلاق، وبعضها أعطت هذا الحق لكل من الزوجين، كما أن بعض القوانين اشترطت أن يكون الضرر المشكو منه بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية، وبعض القوانين لم تشترط ذلك، وهناك بعض القوانين منحت الحكّمين سلطة التفريق، أما البعض الآخر فلم تمنحهما إلا سلطة الإصلاح، ولهذا سنحاول التطرق إلى قوانين بعض البلاد العربية من خلال ما يلي:

المطلب الأول: في القانونين المصري والسوري

أخذ القانون في مصر وسورية بمذهب المالكية، فأجاز كلاهما التفريق للشقاق والضرر، وقد نصّ القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 على ذلك في المواد من 6 إلى 11 منه، كما

نصّ القانون السوري في المواد من 112 إلى 115 منه على أحكام التفريق للشقاق، وهي أحكام متفق عليها في القانونين¹، إلا أنّ القانون المصري لم يذهب إلى التفريق بسبب إساءة الزوجة، وأخذ القانون السوري بمذهب المالكية في أن التفريق يكون بسبب الضرر من أحد الزوجين، وعدل القانون السوري سنة 1975 المادة رقم 3/112، فلم يحكم بالتفريق في الحال، وإنما يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر إذا لم يثبت الضرر أملاً بالمصالحة²، وهو ما سنتطرق إليه أكثر في الفرعين المواليين:

الفرع الأول: في القانون المصري

كان المذهب الحنفي هو المعمول به في مصر، فلا تفريق بسبب إساءة أحد الزوجين إلى الآخر، حتى جاء القانون رقم 25 لسنة 1929³، أين وجد المشرع المصري نفسه مضطراً للأخذ بالمذهب المالكي في هذا المضمار والذي يتماشى أكثر مع مقاصد الشريعة الإسلامية ومع الظروف الإجتماعية والمستجدات المعاصرة والتي أدت إلى تزايد ظاهرة العنف ضد الزوجات.

ولقد أدرج المشرع المصري النص على الشقاق بين الزوجين مع نفس النص الذي يتحدث عن الضرر، لأن الشقاق واستمراره من شأنه الإضرار بالزوجين، وهو صورة من الضرر، لكن هذا الضرر ليس بالضرورة مرتكب من طرف الزوج على الزوجة، كما أنه وإذا ثبت الضرر الذي تشتكي منه الزوجة فإن القاضي يطلق حتماً، أما إذا لم يثبت الضرر وتكررت الشكوى فهذا هو الشقاق الذي يستدعي من القاضي إتباع إجراءات معينة.

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 529.

² وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 529.

³ القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

وفيما يلي النصوص الكاملة التي تتحدث عن الشقاق والضرر وإجراءات التحكيم قبل التفريق إذا كان هناك تفريق، وهي المواد 6، 7، 8، 9، 10، 11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985:¹

- **المادة 6:** "إذا إدعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طليقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر، بعث القاضي حكيمين وقضى على الوجه المبين بالمواد التالية:

- **المادة 7:** "يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما".²

- **المادة 8:** "أ- يشمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تتجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

ب- يجوز للمحكمة أن تعطي للحكيم مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على

ثلاثة أشهر فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير منفقين".

- **المادة 9:** "لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة".

- **المادة 10:** "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1. فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطلاق بطلقة بائنة دون

مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

¹ آيت شاوش دليلة سعيد، المرجع السابق، ص 235.

² عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 775، 776.

2. إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطلاق نظير بدل مناسب يقدرانه تلتزم به الزوجة.

3. إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطلاق بدون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.
4. وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل".

- **المادة 11:** "على الحكّمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بنيا عليها، فإن لم يتفقا بعثهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة (8)، وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطلاق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية، كلها أو بعضها والزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى"¹.

يظهر من خلال المواد السابقة أن المشرع المصري قد أخذ بما قال به جمهور

الفقهاء في موضوع الشقاق والتحكيم ويظهر ذلك من خلال الإجراءات التالية:

1- اللجوء إلى التحكيم في حالة استحكام الخلاف بين الزوجين، وقد أرجع المشرع المصري أصل هذا الإجراء إلى نص آية الشقاق السابقة ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا...﴾²، وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون.³

2- كما بيّن المشرع المصري أن دليل استحكام الخلاف هو تكرار شكوى الزوجة دون ثبوت الضرر، لأنه في حالة إثباته يُطَلَّقُ القاضي على الزوج دون تحكيم، ويكتفي بمحاولة الصلح.¹

¹ عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين الكاملة لها وفقا لأحدث التعديلات، ط2، د.د.ن.د.ت.ن، ص 78 وما يليها.

² سورة النساء الآية 35.

³ محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام للنشر والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2006، ص90.

وحيث تكرر شكوى الزوجة من الضرر نصّت عليه المادة السادسة أعلاه، فتكرر الشكوى الذي قصدته المادة هو رفع دعوى جديدة من الزوجة طالبة التّطليق للضرر، وقد سبق أن رفضت دعوى سابقة رفعتها طالبة فيها التّطليق للضرر، وهذه الدعوى الجديدة تأخذ مساراً يخالف ما سارت عليه الدعوى الأولى، فإذا أثبتت الزوجة ضرر الزوج بها طلّقت عليه المحكمة، وإذا لم تثبت لا يقضى برفض دعواها، وإنما تبعث المحكمة حكمين للإصلاح بينها وبين زوجها طبقاً لأحكام مواد التحكيم.²

3- أما عن شروط الحكمين فإنّ المشرع المصري لم يأخذ بشرط الذكورة بعد أن كان ينص عليها في قانون 1929/25 أي قبل التعديل، ولم يذكر في المادة 7 السابقة الذكر إلا أن يكونا عدلين ومن أهل الزوجين إن أمكن، أو من غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما، فيكون المشرع بهذا قد خرج عن ما جاء في المذهب المالكي، ورغم هذا التعديل فإنّ المشرع أبقى على نفس المادة بعد تعديل 1979، والتي لم يبلغ منها إلا كلمة "رجلين"، وبدأ الشروط بعدلين، رغم هذا فقد قررت محكمة النقض المصرية بطلان

الحكم المطعون فيه الذي كان سنده تقرير الحكمين أحدهما امرأة³، ولعل ما استند إليه قرار محكمة النقض كان فيه من الوجاهة، لأنّ المشرع المصري لم يكن صريحاً وفاصلاً في عدم

¹ وهذا ما جاء في الطعن رقم 117 لسنة 1957 قضائية، جلسة 1989/06/20: "إن التحكيم في دعوى التّطليق لا يكون إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها ورفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تضررت منه وإذا كان الثابت في الأوراق أن دعوى المطعون ضدها بتطليقها من الطاعن طبقاً لنص المادة 6 المشار إليها هي دعواها الأولى قبله، فإن تعيين الحكم لعدم إتخاذ الإجراءات الخاصة بالتحكيم بين الزوجين قبل القضاء بالتّطليق بينهما يكون على غير أساس، نقلاً عن عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، المرجع السابق، 151."

² أحمد نصر الجندي، الطلاق والتّطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2004، ص 232، 233.

³ الطعن رقم 13 لسنة 1955 قضائية جلسة 1986/03/11، والذي جاء فيه "لما كانت قواعد التحكيم الواردة في المواد من 7 إلى 11 من المرسوم لقانون 25 لسنة 1929 سواء قبل تعديلها لقانون رقم 44 لسنة 1979 أو بعد هذا التعديل قد أخذت من مذهب الإمام مالك فإنه يجب الرجوع إلى هذا المذهب في بيان الشروط الواجب توافرها في الحكم فيما لم يرد به نص صريح في المواد المشار إليها، وإذا كان هذا المذهب يشترط الذكورة في الحكم على اعتبار أن طريقهم الحكم وليس الشهادة أو الوكالة فيتعين الالتزام بهذا الشرط وإن لم يرد عليه نص صريح في المادة 7 بعد تعديلها بالقرار المشار إليه، لما

اشتراطه للذكورة وإنما كل ما فعله هو إلغاء كلمة "رجلين"، والقاعدة أنه إذا لم يكن النص صريحا أو كان غامضا يلجأ القاضي مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وإلى المذهب الفقهي الذي حدده المشرع.

4- أما ما جاء في القانون من أمور إجرائية، فقد جاءت متفقة في عمومها مع الفقه الإسلامي وأقرب إلى تحقيق المصلحة من بعث الحكّمين.

5- كما أن ما ذهبت إليه المادة 10، إذا عجز الحكّمين عن الإصلاح، فهو موافق كذلك لرأي جمهور الفقهاء وعلى رأسهم الإمام مالك الذي يرى أن الحكّمين أن يحكما بالفرقة مع التّأصيل السابق أي أن الفرقة تكون بالتعويض للطرف المتضرر على حساب الطرف الذي تسبب في الضرر.¹

لكن الملاحظة على المادة 10 أن المشرع أسند لهما حق اقتراح التّطبيق وليس الحكم بالتّطبيق، أي أن الحكّمين يرفعان تقريرا للقاضي يقترحان فيه التّطبيق بالصورة المذكورة سابقا، ويرى بعض شراح قانون الأحوال الشخصية المصري أن رأي الحكّمين ملزم للقاضي إذا تم الاتفاق بينهما، وينادي البعض بالعدول عن مذهب الإمام مالك في خصوص تقدير القوة الإلزامية لتقارير الحكّام في هذا الشأن، واعتبار ما ينتهي إليه الحكّمان في مرتبة تقارير الخبراء بحيث تخضع لسلطة القاضي التقديرية.²

قضت محكمة النقض المصرية عكس الظاهر من نص المادة 10 السابقة، حيث اعتبرت رأي الحكّمين ملزما للقاضي³، أما إذا اختلف الحكّمان ولم يقدموا تقريرا مشتركا للقاضي، أو قدّم كل منهما تقريرا مختلفا عن الآخر، في هذه الحالة تبعث حكما ثالثا، أما إذا اختلفوا مرة أخرى، أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد، فهنا تأخذ المحكمة بأقوال أحد الحكّام أو

كان ذلك وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن بعثهم حكما فإن الحكم المطعون فيه إذا إتخذ هذا التقرير سندا لقضائه بالتفريق يكون بدوره باطلا"، نقلا عن عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 151، 150.

¹ محمد بلتاجي، دراسات الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 93.

² عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 148.

³ وذلك في جلسة 1990/06/26، نقلا عن كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، ص 439.

تأخذ بغير أقوالهم ووفقا لما تستشفه من أوراق الدعوى، وهذا ما جاء في المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000.¹

والنتيجة في الأخير، أن الخلاف إذا تواصل بين الزوجين سواء بمعرفة المتسبب فيه، أو دون ذلك فإن القاضي في الأخير يحكم بطلقة واحدة بئنة.

الفرع الثاني: في القانون السوري

أما القانون السوري²، فقد أعطى حق طلب التفريق لكل من الزوجين، غير أنه نص على أن الضرر يجب أن يكون أيضا بما لا يستطيع معه دوام العشرة، وأعطى للحكمين سلطة التفريق أيضا إن تعذر الإصلاح بينهما، حيث جاء في الفصل الرابع في مواده من 112 إلى 115 كالاتي:

- المادة 112:

"1- إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.

2- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرّق بينهما ويعتبر هذا التطلاق طلقة بئنة³.

3- إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملا بالمصالحة فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزوجين وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلّفهما يمينا على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة".

¹ قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية العدد 4 مكرر في 29 يناير 2000، نقلا عن محمد سناري، قوانين الأحوال الشخصية، مركز البحوث بمجموعة السناري، القاهرة، 2000، ص131،132.

² قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية والمعدل للقانون رقم 34 لعام 1975.

³ نجية زيتوني، المرجع السابق، ص71.

- المادة 113:

- "1- على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يجمعاهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان.
- 2- إمتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم.

- المادة 114:

- "1- يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بئنة.
- 2- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة.
- 3- للحكمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك وكان قد ثبت لدى الحكمين استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته.
- 4- إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضمّ إليهما حكما ثالثا مرجحا وحلّفه اليمين.

- المادة 115:

- "على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معللا وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين".¹
- وقد كان نص المادة 115 قبل التعديل ينص على ما يلي: "على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معللا وعليه أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقا لأحكام هذا الفصل".¹

¹ دورة حل عقد الزواج للدكتور محمد خير الشعال، مسجد أنس بن مالك، التفريق القضائي عبر موقع الانترنت: www.Drshaal.com.FDrshaal، ص 15 وما يليها.

ويرى الأستاذ الجليل الدكتور مصطفى السباعي في شرحه لقانون الأحوال الشخصية السوري ص 176 أن في الفقرة الأولى من المادة 112 خطأ

والصواب: إذا ادعت الزوجة بدليل ما جاء في الفقرة الثالثة:

إذا لم يثبت الضرر أو كان المدعي الزوج.

على أن الأستاذ عبد الرحمان الصابوني يرى أنه يمكن تفسير النص دون تصحيح فيه إذا قال أن المشرع أوجب على القاضي تأجيل المحاكمة في حالتين:

أ- إذا كان المدعي الزوج سواء ثبت الضرر أو لم يثبت، وذلك أملاً بالصلح بين الزوجين.

ب- إذا لم يثبت الضرر لدى القاضي سواء كان المدعي الزوج أم الزوجة.²

فمضمون القانون السوري بإيجاز هو كالتالي:

إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به، جاز له طلب التفريق من القاضي (م2/112)، وإذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرّق بينهما، وذلك بطلقة بائنة (م2/112)، وإذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر، فإن أصر المدعي على الشكوى بعث القاضي حكمين من أهل الزوجين، وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلّفهما يمينا على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة (م3/112). وعلى الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين ثم يجمعانها في مجلس تحت إشراف القاضي (م1/113)، ولا يؤثر في التحكيم تخلف أحد الزوجين عن الحضور بعد تبليغه (م2/113).

¹ نقلا عن محمد إبراهيم الكوفي، قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية، المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 وأسبابه الموجبة، مع مختارات من إجهادات محكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية د، ب، ن، 2006، ص 43.

² عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 779.

وعمل الحكّمين أولاً هو محاولة الإصلاح بين الزوجين، فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة (م1/114)، وإذا كانت الإساءة من الزوجة أو مشتركة بين الزوجين قررا التفريق على تمام المهر أو على جزء منه بحسب مدى الإساءة (م2/114).

وللحكّمين تقرير التفريق مع عدم الإساءة من أحد الزوجين على براءة ذمّة الزوج من بعض حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك، واستحكم الشقاق بينهما (م3/114).

وإذا اختلف الحكّمان حكم القاضي غيرهما، أو ضم إليهما ثالثاً مرجحاً، وحلّفه اليمين، كما يحلف الحكّمان على أداء مهمتهما بعدل وأمانة (م4/114).

ولا يملك الحكّمان التفريق، وإنما يرفعان تقريرهما إلى القاضي، ولو كان غير معلل ويفوض الأمر إلى القاضي بالحكم بمقتضاه أو رفض التقرير، وتعيين حكّمين آخرين للمرة الأخيرة (م115).

ويلاحظ أن مهمة الحكّمين هي الإصلاح أولاً ثم رفع تقرير إلى القاضي بالتفريق احتياطاً في أمر الطلاق، لكن المقرر في المذهب المالكي كما تقدم أن الحكّمين يوقعان الطلاق بناءً على التفويض الكامل من القاضي، فإذا قيّد القاضي صلاحية الحكّمين يرفع تقريرهما كما ذهب القانون، لم يكن في الأمر مخالفة للمالكية، حيث المذهب المالكي هو مصدر القانون السوري.

المطلب الثاني: في القانونين العراقي والإماراتي

كما أن القانونين العراقي والإماراتي أخذوا بما جاء في القانون المقارن تأسيساً بالفقه المالكي فيما يتعلق بموضوع التفريق للشقاق والضرر، ويتبين ذلك من تناولنا في حينه فيما يأتي في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: في القانون العراقي

أما القانون العراقي فقد أعطى لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق، لكنه منع القاضي من التخليق ولو ثبت الضرر قبل بعث الحكمين.

حيث جاء في القانون العراقي في هذا الموضوع كالاتي:

- المادة 40:

"1- إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة، أو ادعى قيام شقاق بينهما جاز له أن يطلب من القاضي التفريق.

2- على القاضي قبل إصدار الحكم بالتفريق أن يعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج للنظر في إصلاح ذات البين إن وجدا فإن تعذر وجودهما طلب القاضي إلى الزوجين إنتخاب حكمين غيرهما فإن لم يتفقا على ذلك إنتخبهما القاضي.

3- على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح فإن تعذر عليهما ذلك رفعاً الأمر إلى القاضي موضحين له الطرف الذي ثبت لهما أنه المقصر، فإن اختلفا ضم إليهما القاضي حكماً ثالثاً.

4- إذا ثبت للقاضي إضرار أحد الزوجين بالآخر واستمرار الشقاق بينهما وعجز عن إصلاحهما وامتنع الزوج عن التخليق فرّق القاضي بينهما ويسقط المؤجل من المهر إن كان التقصير من جانب الزوجة، فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر يحكم عليها برد ما يزيد على نصف المهر للزوج".¹

ويعد المذهب المالكي هو مصدر القانون العراقي في هذه المسائل، على أن الإساءة إذا كانت من الزوج فرّق بينهما تبعاً لذلك، فإن الزوجة تستحق مؤجلها كله، أما إذا كانت الإساءة من الزوجة على ما قرره الحكمان، فإنهما بالخيار بين أن يبقيا على الزوجية قائمة أو أن يخلصاهما منها.

والملاحظ أن المشرع العراقي خالف في هذا الحكم المذهب المالكي على الرغم من أنه هو المصدر القانوني في هذه المسألة كما أسلفنا سابقاً، فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 40

¹ عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 774، 775.

أعلاه على أنه: "... يسقط المؤجل من المهر إذا كان التقصير من قبل الزوجة، فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر يحكم عليها برد ما لا يزيد على نصف المهر للزوج". وهذا التحديد من المشرع العراقي ربما نتج عنه ضرر للزوج، وكان الأولى أن لا يعيد البديل الذي تدفعه الزوجة كما هو الحال في المذهب المالكي، إلا أنه قد يكون من العدالة في بعض الحالات التي تدفع الزوجة بدلا مساويا للمهر أو أكثر منه إذا ما ظهر سوء قصدتها وتعمدها في إحداث الشقاق لكي تنفصل عنه وتلحق بزواج آخر بناء على تفاهم سابق.¹ فإذا ادعت الزوجة أن زوجها يعاملها بمثل ما تقدم طلبت من القاضي التفريق فأرسل القاضي إلى زوجها ونهاه عما يفعل بزوجته، ويأمره بحسن المعاشرة والعشرة، فإن تكررت الدعوى بعد أن لم يطرأ على علاقة الزوجين أي تحسن، فإن على القاضي قبل أن يحكم بالتفريق أن يعين حكّمين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن أو من غيرهما ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح ليقوم بدور المصلح بين الزوجين، وقد نصت الفقرة 2 من المادة 40 أعلاه على أن: "على القاضي قبل إصدار الحكم بالتفريق أن يعين حكّما من أهل الزوج وحكّما من أهل الزوجة للنظر في إصلاح ذات البين إن وجدا، فإن تعذر وجودهما طلب القاضي إلى الزوجين انتخاب حكّمين غيرهما فإن لم يتفقا على ذلك انتخبهما القاضي".

كما وقد نصت الفقرة 3 من المادة أعلاه على اجتهاد الحكّمين في الإصلاح، فإن تعذر عليهما ذلك كان لهما رفع الأمر إلى القاضي موضحين له الطرف المسيء، فإن اختلفا ضم إليهما القاضي حكّما ثالثا.

كما نص المشرع العراقي على التفريق للشقاق في المادة 41 من قانون الأحوال الشخصية، والتي نصت بفقراتها على ما يلي:²

¹ أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية: 242 نقلا عن هادي حسين الكرعوي، المرجع السابق، ص125.

² أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص 156، 157، نقلا عن القانون رقم : 188 لسنة 1959.

- 1- لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده.
- 2- على المحكمة إجراء التحقيق في أسباب الخلاف فإذا ثبت لها وجوده تعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج إن وجدا للنظر في إصلاح ذات البين، فإن تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بانتخاب حكمين، فإن لم يتفقا انتخبتهما المحكمة.
- 3- على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح، فإن تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى المحكمة موضحين الطرف الذي ثبت تقصيره، فإن اختلفا ضمت المحكمة لهما حكماً ثالثاً.
- 4- أ- إذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الإصلاح بينهما وامتنع الزوج عن التخليق فرقت المحكمة بينهما.
- ب- إذا تم التفريق بعد الدخول يسقط المهر المؤجل إذا كان التقصير من جانب الزوجة سواء كانت مدعية أو مدعى عليها، فإذا كانت قد قبضت جميع المهر تلزم برد ما يزيد عن نصفه، أما إذا ثبت أن التقصير واقع من الطرفين فيقسم المهر المؤجل بينهما بنسبة التقصير المنسوب لكل منهما.
- ج- إذا تم التفريق قبل الدخول وثبت التقصير من جانب الزوجة تلزم برد ما قبضته من مهر معجل.¹

وحيث المادة 42 من القانون العراقي تنص على الآتي:

"التفريق بسبب الضرر والشقاق يعتبر طلاقاً بائناً بينونة صغرى".²

ما يلاحظ على مواد التفريق للشقاق في القانون العراقي ما يلي:

1- حق طلب التفريق للشقاق ممنوح للزوجين معاً.

¹ آيت شاوش دليلة سعيد، المرجع السابق، ص 242.

² عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 775.

2- فرق المشرع العراقي بين التطلاق بالشقاق والتطلاق للضرر في نصين مختلفين (عكس ما ذهب إليه المشرعان المصري والسوري).

3- ونتيجة الملاحظة السابقة، فإن دعوى الشقاق مؤسس مباشرة على الاختلاف بين الزوجين أي لا يشترط فيها تكرر الشكوى من الضرر وعدم ثبوته، لكن هذا لا يعني أن تكرر الشكوى في دعوى التطلاق للضرر لا يؤدي إلى التحكيم واعتبارها دعوى شقاق بل على العكس من ذلك، فإن المشرع العراقي نص في المادة 42 من نفس القانون على أن تكرر الشكوى في دعوى الضرر يؤدي إلى التحكيم وهذا ما جاء فيها: "إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة في المادة 40 من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب الحكم درجة الثبات، ثم أقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس الأسباب، فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم وفقاً لما ورد في المادة 41¹."

4- أعطى المشرع العراقي الأولوية لأن يكون الحكمان من أهل الزوج والزوجة، فإن تعذر وجودهما يختارهما الزوجان وإلا فالمحكمة هي التي تعينهما، والأكد أن المقصود بتعذر وجود الحكمين لا يعني عدم وجودهما البدني، وإنما يوجد من الأهل من لا يصلح للتحكيم وبالتالي تلتجئ المحكمة إلى الخطوة الثانية وهي إختيار الزوجين للحكمين.

5- يظهر جلياً من نصوص التفريق للشقاق في القانون العراقي أن المشرع لم يمنح للحكمين أي سلطة للتفريق، وإنما مهمتهما الإصلاح فقط، وإن عجزا عنه رفعا الأمر للقاضي، وإذا اختلفا في تحديد المقصر من الزوجين، ضمت لهما المحكمة حكماً ثالثاً. وبعدها إذا عجز القاضي عن الإصلاح واستمر الشقاق والخلاف ورفض الزوج التطلاق تدخل القاضي للتفريق بينهما.

6- إذا تم التفريق، فإن التبعات المادية تكون حسب المتسبب في الشقاق ووفقاً لما جاء في النقطتين ب وج من المادة 41 من نفس القانون.

¹ أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، المرجع السابق، ص 158.

7- التفريق الذي يقع بسبب الشقاق يكون بائناً بينونة صغرى مثله، مثل كل تفريق قضائي في القانون العراقي.

الفرع الثاني: في القانون الإماراتي

إن التفريق للشقاق والضرر مسألة تثور في القانون الإماراتي، حيث نصوص المواد التي تتحدث عن الضرر والشقاق هي المواد من 117 إلى 123 منه وهي كالاتي:

- المادة 117:

"1- لكل من الزوجين طلب التطلق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف بينهما ولا يسقط حق أي منهما في ذلك ما لم يثبت تصالهما.

2- تتولى لجنة التوجيه الأسري وفقاً للمادة (16) من هذا القانون الإصلاح بين الزوجين فإن عجزت عنه عرض القاضي الصلح عليهما، فإن تعذرت وثبت الضرر حكم بالتطلاق".

- المادة 118:

"1- إذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين، وتعذر على لجنة التوجيه الأسري والقاضي الإصلاح بينهما، عين القاضي بحكم الحكّمين من أهليهما إن أمكن بعد أن يكفّ كلا من الزوجين تسمية حكم من أهله قدر الإمكان في الجلسة الثانية على الأكثر وإلا فيمن يتوسم فيه الخبرة والقدرة على الإصلاح إذا تقاعس أحد الزوجين عن تسمية حكمه، أو يخلف عن حضور هذه الجلسة ويكون هذا الحكم غير قابل للطعن فيه.

2- ويجب أن يشمل حكم تعيين حكّمين على تاريخ بدء المهمة وانتهائها، على ألاّ تجاوز مدة تسعين يوماً، ويجوز مدّها بقرار من المحكمة، وتعلن المحكمة الحكّمين والخصوم بحكم تعيين الحكّمين، وعليهما تحليف كل من الحكّمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة".

- المادة 119:

"على الحكّمين تقصي أسباب الشقاق وبذل الجهد للإصلاح بين الزوجين ولا يؤثر في سير عمل الحكّمين امتناع أحد الزوجين عن حضور جلسة التحكيم متى تمّ إعلانه بالجلسة المحددة، أو الجلسات اللاحقة إن حصل إنقطاع بينهما".

- المادة 120:

"إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج والزوجة هي طالبة التفريق، أو كان كل منهما طالبا، قرّر الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون المساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

2- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة قرّرا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تدفعه الزوجة.

3- إذا كانت الإساءة مشتركة قررا التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4- إن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما، فإن كان الزوج هو الطالب اقترح الحكمان رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي الطالبة أو كان كل منهما طالبا التفريق قرّر الحكمان التفريق بينهما دون بدل".

- المادة 121:

1- يقدم الحكمان إلى القاضي قرارهما مسببا متضمنا مدى إساءة كل منهما من الزوجين أو أحدهما إلى الآخر.

2- يحكم القاضي بمقتضى حكم الحكّمين إن اتفقا، فإن اختلفا عيّن القاضي غيرهما، أو ضم إليهما حكما ثالثا يرجح أحد الرأيين، وتحلف المحكمة الحكّم الجديد أو المرجح اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

3- على القاضي تعديل حكم الحكّمين فيما خالف أحكام هذا القانون".

- المادة 122:

"في دعوى التظليق للإضرار يثبت الضرر بطرق الإثبات الشرعية والأحكام القضائية الصادرة عن أحد الزوجين.

وتقبل الشهادة بالتسامح إذا فسر الشاهد أو فهم من كلامه اشتهاه الضرر من محيط حياة الزوجين حسبما تقرره المحكمة.

ولا تقبل الشهادة بالتسامح على نفي الضرر.

وتقبل شهادة الشاهد ذكرا أو أنثى عدا الأصل للفرع أو الفرع للأصل متى توفرت في الشاهد شروط الشهادة شرعا".

- المادة 123:

"إذا طلبت الزوجة الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة وأودعت ما قبضته من مهر وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج وامتنع الزوج عن ذلك، وعجز القاضي عن الإصلاح حكم بالتفريق خلعا".¹

وحيث مسألة التفريق للشقاق تثار أكثر في التشريع الإماراتي إذا تعذر الصلح بين الزوجين ولم يثبت الضرر الذي أسست عليه دعوى التطلق من أحدهما وهذا ما جاء في نص المادة 118 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي²، والتي تخوض مباشرة في مسألة إجراءات التحكيم التي تسبق الحكم بالتطلق، إذا لم يتمكن الحكمان من الإصلاح حيث يلاحظ على هذه المادة ما يلي:

- فيما يخص تعيين الحكّمين: فليس بالضرورة أن يكون الحكمان من أهل الزوجين لكن الأولوية للأهل إن وجد فيهم من توفرت فيه الشروط من خبرة وقدرة على الإصلاح.
- أما عن مهمة الحكّمين تتمثل فيما يلي:

أولاً: عليهما بذل كل الجهد في الإصلاح، وهذا ما جاءت به المادة 119 أعلاه.

ثانياً: في حالة العجز عن الإصلاح، لا يكتفي الحكمان بمحاولة الإصلاح فقط وإحالة الأمر بعدها إلى القاضي كما هو موجود في بعض التشريعات الأخرى، وإنما عليهما أن يقررا التفريق ووفق حالات متعددة، أي حسب المتسبب في الضرر من الزوجين، وذلك طبقاً لما جاءت به المادة 120 المذكورة سالفاً.

¹ التفريق للضرر والشقاق في القانون الإماراتي، محاماة نت، استشارات قانونية.

² قانون الأحوال الشخصية للإمارات العربية المتحدة رقم 28 لسنة 2005، مرجع سابق. ص

بعد اتخاذ القرار من الحكّمين يقدمان تقريرهما إلى القاضي وهذا ما جاء في المادة 121 المنصوص عليها أعلاه، فالملاحظ أن المشرع الإماراتي أخذ بالرأي الفقهي القائل بأن مهمة الحكّمين هي التفريق وليس مجرد محاولة الصلح، كما فصل في حالات إثبات الضرر سواء كان من طرف أحد الزوجين أو من كليهما، أو لم يثبت من أي أحد منهما، وبماذا يحكم الحكّمان، وهذا تصنيف محمود لأنه ألمّ بكل الحالات، وحمل كل طرف مسؤوليته والقاضي لا يتدخل في حكم الحكّمين إلا إذا خالفا المواد المشار إليها.

في الأخير تجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي فصل في إجراءات التحكيم للشقاق وفي حالات الحكم بالتفريق والذي يتم من طرف الحكّمين وهذا مسلك محمود.¹

المطلب الثالث: في القانونين المغربي والجزائري

إن المشرعين المغربي والجزائري على غرار الفقه المالكي والقانون المقارن قد أخذوا بالتفريق للشقاق والضرر، وهذا ما سيتضح من خلال تناولنا للفرعين الموالين:

الفرع الأول: في القانون المغربي

فقد أعطى القانون المغربي للزوجة فقط حق طلب التفريق على أن يكون الضرر لا يستطاع معه دوام العشرة وكذلك فإنه أعطى للقاضي صلاحية التفريق متى ثبت الضرر دون الرجوع إلى التحكيم.²

وعلى غرار الفقه المالكي، فإن المشرع المغربي كغيره من التشريعات العربية، قد أخذ بالشقاق والضرر واعتبر كلا منهما سببا مبررا لطلب التطلق، وإن كان لم ينص على الشقاق إلا بمقتضى مدونة الأسرة الجديدة.³

¹ آيت شاوش دليلة سعيد، المرجع السابق، ص 249.

² عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 774.

³ وذلك في الباب الأول من القسم الرابع في المواد 94،95،96،97.

فالمتمصفح لمدونة الأسرة المغربية الجديدة يرى أن المشرع خصّ الباب الأول من القسم الرابع الخاص بالتطليق بعنوان التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق، ونصّ بعده في المادة 94 على ما يلي:

"إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة 82 أعلاه".¹

توحي العبارة السابقة أن المشرع المغربي لم يذهب إلى طلب التطليق للشقاق الذي حدث، وإنما في حالة وقوع نزاع بين الزوجين لا يصل ربما إلى حد الشقاق، هنا بإمكانهما تحريك دعوى الشقاق لمحاولة الإصلاح بينهما.

فبتصفح مواد التطليق وجد بأن اللجوء إلى دعوى الشقاق لا تقتصر فقط على المادة 94 وما بعدها من مدونة الأسرة، وإنما يمكن اللجوء إليها في عدة حالات، وهذا إما من طرف القاضي أو بطلب من أحد الزوجين وهي:

- 1- إن تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائياً إجراءات الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97، وهذا ما جاء في المادة 45 من الفقرة الأخيرة من مدونة الأسرة.
- 2- حينما يتعذر على الزوجة إثبات الضرر الذي أسست عليه طلب التطليق، فإنه يمكنها اللجوء إلى طلب حل النزاع على أساس الشقاق وهذا ما جاء في المادة 100 الفقرة 2 من مدونة الأسرة، وذلك دون رفع دعوى جديدة.
- 3- إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع ولم يستجب لها الزوج يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق وهذا ما جاء في الفقرة 2 من المادة 120 من مدونة الأسرة.
- 4- إذا أصّر أحد الزوجين على الإخلال بواجباته الواردة في المادة 51 من مدونة الأسرة²، فإنّ للطرف الآخر أن يطالبه بتنفيذ ما هو ملزم به أو يلجأ إلى مسطرة الشقاق

¹ محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 37.

² تنص المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

المنصوص عليها في المادة 94، هذا ما جاء في المادة 124 من مدونة الأسرة، وأما عن إجراءات التحكيم في دعوى الشقاق فهي منصوص عليها في المادة 83، أين إجراءات الصلح التي يقوم بها القاضي في كل دعاوى الطلاق، إضافة إلى إمكانية تعيين حكمين أو مجلس العائلة.

كما تنص المادة 95 على مهمة الحكمين، في حالة اختلاف الحكمين في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو في حالة عدم تقديم التقرير في الأجل المحدد لهما، فللمحكمة إمكانية إجراء بحث إضافي بالوسيلة التي تراها مناسبة طبقاً للمادة 96.

وفي حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تحكم المحكمة بالتطبيق طبقاً لنص المادة 97 وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز 6 أشهر من تاريخ تقديم الطلب.

وحيث المادة 100 من مدونة الأسرة الجديدة نصّت على وسائل إثبات الضرر حيث جاء فيها: "تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود الذين تسمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة".

فيتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المغربي يخول الزوجة إثبات الضرر الذي تدعيه بكل وسائل الإثبات بما في ذلك القرائن والبيانات إضافة إلى الإقرار والمحرمات التي يمكن أن تكون متوفرة في حالات خاصة.

- 1- المساكنة الشرعية بما يستتجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحسان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل.
- 2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الإحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة.
- 3- تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال.
- 4- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.
- 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف.
- 6- حق التوارث بينهما"، نقلاً عن محمد لفروجي، المرجع السابق، ص 27.

والواقع أن وسيلة الإثبات التي يتم اعتمادها في غالب الحالات هي شهادة الشهود. ومعلوم أن شهود البيئة قد تكون شهادتهم واقعية بما وقفوا عليه وما عينوه فعلا، وقد تكون في حالات أخرى مبنية على مجرد السماع الفاشي المستفيض.

كما أن هناك بعض الوسائل المستحدثة المتمثلة في الشهادة الطبية، ومحاضر الشرطة القضائية، والحكم الجنائي القاضي بإدانة الزوج المتهم.¹

هذه بعض الوسائل المعتمدة في إثبات الضرر، لكن إذا عجزت المرأة خلال إجراءات دعوى التطلاق عن إثبات الضرر اللاحق بها، فإن المدونة الجديدة، سهلت عليها الأمر بأن أباحت لها العدول عن مسطرة التطلاق للضرر، وفتح مسطرة الشقاق للوصول إلى نفس الغاية²، بمعنى أن المشرع المغربي خول للزوجة عند إرادتها توقيع التطلاق للضرر إجراءات ميسرة ومساطر مقتضبة وآجال معقولة، حيث منحها نوعين من المساطر، مسطرة التطلاق للضرر كمسطرة أصلية يتم سلوكها عند نجاحها في إثبات الضرر المبرر للتطلاق لكن قد تعجز الزوجة عن إثبات الضرر ومع ذلك تصر على طلب التطلاق، فهنا المشرع أسعفها بمسطرة احتياطية كمخرج لمحتتها وهي مسطرة التطلاق للشقاق.³

فيكون بذلك المشرع المغربي قد وسع من حق الزوجة في المطالبة بالفراق.

الفرع الثاني: في القانون الجزائري

إن الفرقة بتطلاق القاضي لا بد أن يقتصر فيها على ما يحقق المصلحة ويدفع الضرر. ولقد واكب قانون الأسرة الجزائري الرأي القائل بحق الزوجة في طلب التفريق إذا ما أثبتت سببا مشروعاً الذي يجعل من الحياة الزوجية بينها وبين زوجها أمراً مستحيلاً، حيث جعل من مادته الثالثة والخمسين تيسيراً على الزوجة في إمكانية طلاقها ولو لم يرغب الزوج في ذلك.

¹ ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 120.

² ندخوشي إبراهيم، نفس المرجع، ص 122.

³ محمد قاسمي، تقرير حول رسالة لنيل دبلوم الماستر في موضوع التطلاق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير - مجلة القانون والأعمال - www.droitentreprise.org.

إذ نص قانون 11/84 قبل التعديل¹، على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق 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 بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.
- 6- كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه.
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة.

فالمادة 53 من القانون جاءت متأسية بما ورد في القانون المقارن لا سيما قانون الأحوال الشخصية المصري لعام 1920 ثم قانون 1929 وللذين تحدثا عن التطلاق والحالات التي تستوجب طلب التطلاق من القاضي.

فالمادة 53 من قانون الأسرة قبل التعديل عدت سبع حالات يمكن للقاضي النطق من خلالها بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطلاق، ويبقى ذلك مرهونا بما تقدمه الزوجة من بينة وأدلة لإثبات حالة من الحالات المذكورة.²

وحيث المادة 53 هذه عدّلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 أين حررت كالآتي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية:

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يوليو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 31.

- 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.
 - 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.
 - 7- ارتكاب فاحشة مبينة.
 - 8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
 - 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
 - 10- كل ضرر معتبر شرعا".¹
- ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه أصبح أكثر ليونة فيما يتعلق بهذه الصورة (التطليق)، إذ أعطى فرصا جديدة للزوجة في حال مطالبتها بالتفريق.²
- وما يلاحظ من الوهلة الأولى أن المشرع الجزائري فصل في حالات كانت موجودة من قبل التعديل وارتقى بها إلى مرتبة الفقرة المستقلة عن غيرها من الفقرات، لا سيما فيما يتعلق بفقرة الضرر المعتبر شرعا، فقبل التعديل قرّن المشرع الجزائري الضرر المعتبر شرعا بمخالفة أحكام المادة 8 من نفس القانون والمتعلقة بحالة قيام الزوج بإعادة الزواج بامرأة ثانية دون علم الزوجة الأولى وكذا المادة 37 المتعلقة بعدم النفقة الشرعية وعدم العدل بين الزوجات، غير أن التعديل أكد أن مخالفة المادة 8 المعدلة هي الأخرى تعد سببا مستقلا وتخرج عن دائرة عموم اللفظ للضرر المعتبر شرعا، كما أن التعديل أقر بوجود حالات أخرى أعطاها

¹ نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي - مادة بمادة - على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 138.

² باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 55.

إستقلالية تامة عن حالة الضرر المعتبر شرعا أيضا، لا سيما تلك المتعلقة بالشقاق المستمر بين الزوجين، والذي كان لوقت قريب يعتبر من طرف قضاة المحكمة العليا أبرز الوجوه للضرر المعتبر شرعا قبل أن يرتقي هذا الاجتهاد إلى قاعدة قانونية مستقلة بذاتها.

كما أن هناك فقرة جديدة أخرى كانت قبل التعديل منطوية تحت الضرر المعتبر شرعا، وهي مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، لكنها بموجب التعديل الجديد أكسبها المشرع الجزائري استقلالية عن باقي الفقرات الأخرى، ومع تبيان النص على هذه الفقرات بشكل مستقل أبقى القانون على فقرة كل ضرر معتبر شرعا، وفي ذلك توسيع لمفهوم الضرر الشرعي، ما دام الشقاق المستمر بين الزوجين ومخالفة شروط عقد الزواج خرجت عن هذه الدائرة ولعل المشرع الجزائري تبنى مفهوم الضرر مهما كان حجمه صغيرا أو كبيرا وهذا لكي يوسع من حظوظ الزوجة في طلبها التطليق، وهذا تأسيسا على كل ضرر، حتى ولو كان ذلك الضرر متمثلا في سب أو إهانة.¹

وفي ذلك وضوح آخر أن المشرع الجزائري سهل مهمة الزوجة في تأسيس طلبها وأعطاهها فرصا أخرى تجعل من رخصتها الجوازية ترتقي شيئا فشيئا لمرتبة الحق الأصيل الذي يقابل إرادة الزوج في إيقاع الطلاق.²

ولقد خص المشرع الجزائري الضرر بفقرة مستقلة والشقاق بفقرة أخرى وقد اتفق في ذلكم المشرعين المغربي والعراقي، عكس ما ذهب إليه المشرعان المصري والسوري وكذا المشرع الإماراتي.

ولقد وصف المشرع الجزائري الضرر بالمعتبر شرعا، وهو بذلك قد اقترب من وصف الضرر الذي وضعه الفقهاء وعلى رأسهم المالكية الذين عرفوا الضرر بما لا يجوز شرعا، بحيث لم يشر المشرع إلى ضرورة كون الضرر الموجب للتفريق مما يستحال معه دوام العشرة.³

¹ باديس ذيابي، نفس المرجع، ص 56.

² باديس ذيابي، نفس المرجع، ص 57.

³ سالم البهنساوي، قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، ط2، دار القلم، الكويت، 1984، ص 198.

وبالتالي وحسب هذه الفقرة فإن أي واقعة أو وضع يشكل ضررا شرعيا يعد سببا من أسباب التطلق، ويجوز للزوجة أن تطالب بالتفريق بينها وبين زوجها.¹

وبما أن المشرع أورد عبارة عامة فيما يخص الضرر المعتبر شرعا، فإنه يكون بذلك قد فتح الباب والمجال واسعا أمام سلطة القاضي التقديرية بحيث لم يقيد بها بأي قيد، وحسب بعض الشراح فإن الضرر وتقديره يكون شخصيا، لأنه ما يعتبر ضارا بالنسبة لزوجته قد لا يعتبر ضارا بالنسبة إلى أخرى، وحيث نسبة الإضرار قد تختلف من بيئة إلى أخرى، لأن الضرر يختلف باختلاف البيئة والثقافة ومكان المضرور في المجتمع، لذا تقديره متروك للقاضي.²

ويبقى المعيار الذي لا يتغير هو ما وضعه فقهاء المالكية وهو ما لا يجوز شرعا وهذا المعيار لا يتغير لا مع المكان ولا مع الزمان، فالزوجة إذا طالبت بالتفريق لفعل غير جائز شرعا صادر من الزوج، لها الحق كله شرعا في أن يفرق بينهما إذا تمسكت بهذا التفريق.

وقد أضاف المشرع الجزائري بعد التعديل أسبابا أخرى تتمثل في مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وكذا الشقاق المستمر بين الزوجين رغم الإشارة إلى هذا الأخير في المادة 56 من نفس القانون، صنف إلى ذلك نشوز الزوج الذي جاءت به المادة 55.

والتطبيق للشقاق في قانون الأسرة الجزائري أشار إليه المشرع قبل تعديل 2005 ولكن بعبارة أخرى إذ نصت المادة 56 منه على ما يلي: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما".

فهذه الفقرة يظهر من نصها أن المشرع أخذ بفكرة الشقاق واتفق في ذلك مع المشرعين السابقين، كما أنه اتفق مع المشرع السوري والإماراتي في المساواة بين الزوج والزوجة في حق طلب التفريق للضرر وللشقاق، والخضوع لإجراءات التحكيم في حالة عدم ثبوت الضرر وتواصل الخصام، والدليل على ذلك ما جاء في عبارة: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين".

¹ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 46.

² عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع القانونية الإسكندرية، 1995، ص 128.

فهذه المادة جاءت بعد المادة 55 والتي أشارت إلى حق كل من الزوجين في طلب التفريق عند نشوز أحدهما¹، لأن كما هو معروف فإن النشوز هو أحد نتائج الشقاق، والتنافر بين الزوجين، فالمشرع استعمل النتيجة كسبب، بمعنى أنه جعل النتيجة هي النشوز سببا للتفريق، وكان من الأفضل في رأي الأستاذ عبد الفتاح تقيّة أن يستعمل مصطلح الضرر بدلا من النشوز، لأن الضرر أعم من النشوز، ومنه أيضا في الحالة الأولى التي يحكم فيها القاضي بالتفريق دون بعث الحكمين هي حالة ثبوت الضرر للمرة الأولى عند إقامة الدعوى.

وعليه كان حريا بالمشرع استعمال مصطلح التفريق في المادة 55 بدلا من مصطلح الطلاق لأن مصطلح الطلاق والتفريق للضرر نوعين مختلفين من أنواع الفرقة بين الزوجين.²

وحيث المادتان 55 و56 جاءتا منفصلتان عن المادة 53 الخاصة بطلب التطلق من الزوجة فقط أما بعد تعديل 2005 فقد نص المشرع الجزائري على الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطلق الخاصة بالزوجة دون أن يلغي أو حتى يعدل المادة 56³، التي نصها بالكامل كالاتي: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين". إلا أنه في الحياة العملية نجد أن هذه المادة غير مفعلة كما ينبغي.⁴

فمناطق اتخاذ إجراءات التحكيم أن تكون الدعوى موضوعها التفريق للضرر، ولم يثبت للمحكمة الضرر المدعي به، فرفضت الدعوى لعدم التأسيس.⁵

المبحث الثاني: منازعات التفريق للشقاق والضرر في القانون الجزائري

¹ آيت شاوش دليلة سعيد، المرجع السابق، ص 250.

² عبد الفتاح تقيّة، قضايا في شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع والقضاء، منشورات ثالثة، الأبيار، الجزائر، 2011، ص 97.

³ آيت شاوش دليلة سعيد، المرجع السابق، ص 250.

⁴ نسرين شريقي وكمال بوفوروة، سلسلة مباحث في القانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، ط1، 2013، ص90.

⁵ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 99.

بناء على ما سبق وما جاء في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري من إبراز أسباب التطليق المذكورة فيها، سنتطرق في هذا المبحث إلى الجانب الإجرائي بدراسة منازعات التفريق بسبب الشقاق والضرر، إذ سنتناول هذا العنصر في ثلاث مطالب رئيسية أين المطلب الأول نتناول فيه دعوى التفريق للشقاق إجرائيا، والمطلب الثاني دعوى التفريق للشقاق موضوعيا، أما المطلب الثالث فسنخصصه لبعض الاجتهادات القضائية الخاصة بالموضوع ولدراسة مفصلة لهذا المبحث سنتطرق إلى ما يلي:

المطلب الأول: دعوى التفريق للشقاق إجرائيا

لما كان الشقاق صورة من صور الضرر التي تتعرض له الزوجة أثناء قيام العلاقة الزوجية سواء من سوء في المعاشرة بالضرب والتعنيف، أو من خلال السب والشتم لها بشكل مستمر إلى أن تصبح الحياة بينهما مستحيلة، وفي نفس الوقت يكون المتدخلين قد عجزوا عن الإصلاح بينهما.

فلقد أعطى القانون الحق للزوجة التي تعاني من سوء معاشرة الزوج في رفع دعوى للمحكمة للمطالبة من خلالها القاضي بالتفريق بينها وبين زوجها بسبب الشقاق والضرر المتكرر، وخاصة عندما تصل الزوجة لقناعة راسخة بأن الحياة مع زوجها باتت مستحيلة لإصراره على تصرفاته القائمة على الغلظة والقسوة لذا سنحاول في هذا المطلب دراسة دعوى التفريق للشقاق والضرر من الناحية الإجرائية وذلك بالتطرق إلى معرفة المحكمة المختصة في رفع هذه الدعوى والتعرف على دور النيابة العامة في قضايا التفريق وكذا إثبات الضرر للشقاق. وعليه:

الفرع الأول: المحكمة المختصة

بالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري قد تضمن القواعد الأساسية لبناء هيكل الأسرة الجزائرية لبيان أحكام الزواج والطلاق وحقوق وواجبات الزوجين وحقوق الأولاد والوالدين، إلا أنه لم

يتضمن الإجراءات التي تحدد طريق الوصول إلى مثل هذه الحقوق وضمان القيام بهذه الواجبات، لذا لزم البحث على ذلك ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹ ولما كان المشرع الجزائري قد أولى اهتماما خاصا لقانون الأسرة باعتباره القانون الأساسي والمنظم للمجتمع فإن قسم شؤون الأسرة يعتبر من أهم الأقسام في المحكمة باعتباره بوابة المجتمع الواسعة.

أولا_ مباشرة الدعوى

لقد خصص المشرع الجزائري لشؤون الاسرة أحكاما خاصة في الكتاب الثاني من المادة 423 إلى المادة 499 منه أي بمجموع 76 مادة من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو مالم يخص به باقي الأقسام المكونة للمحكمة، كالقسم العقاري والقسم التجاري. حيث تتم مباشرة الدعوى كالاتي:

ترفع الدعوى أمام قسم الشؤون الأسرة كباقي الدعاوى المدنية، وقد خص المشرع هذه القضايا في المادة 423 إلى المادة 426 من نفس القانون كالاتي:

- 1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات المذكورة في القانون.
- 2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.
- 3- دعاوى إثبات النسب والزواج.
- 4- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.
- 5- الدعاوى المتعلقة بالولاية ويسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم.
- 6- المنازعات المتعلقة بمتاع الزوجية.
- 7- الترخيص بالزواج الثاني.

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة للنشر، الجزائر، 2010، ص 326.

8- منازعات الصداق.¹

وباعتبار أن دعوى التطليق هي الأخرى من الدعاوى المتعلقة بحل الرابطة الزوجية بالتالي فالاختصاص فيها يعود لقسم شؤون الأسرة وحده وهذا ما يقصد بالاختصاص النوعي²، وهذا طبقا لما جاءت به المادة 423 من نفس القانون، أما فيما يتعلق بالمادة 426 من نفس القانون فقد تضمنت الاختصاص الإقليمي (المحلي) واستنادا للفقرة 3 من المادة السابقة الذكر فإن موطن الاختصاص هو محكمة مقر الزوجية كما يلي: "تكون المحكمة المختصة إقليميا: 3- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي".³

كما يلزم لقبول دعوى التطليق شكلا وموضوعا وجوب استيفائها مجموعة من الإجراءات الواجب إتباعها أمام القضاء كتقديم عريضة أمام الجهة القضائية المختصة مستوفية الشروط ووفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى وكذا إجراء الصلح الذي يعد من أهم إجراءات دعوى التطليق قبل فصل القاضي في موضوع الدعوى.

ثانياً_ الوثائق المطلوبة وسير الدعوى:

I. الوثائق المطلوبة:

قضايا الأسرة لا يمكن حصرها على وجه الخصوص، لكن عموما كل ما يتعلق بحالة الأشخاص والأسرة يختص به القسم المذكور، كما أن كل دعوى لها وثائق خاصة بها يجب أن تودع بملف القضية، وأهم هذه الوثائق المطلوبة في قضايا الطلاق سواء كان بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين أو بتطليق بطلب من الزوجة، نسخة من عقد الزواج، نسخة من شهادة العائلية، وشهادة طبية خاصة بالزوجة تثبت حملها من عدمه.

II. سير الدعوى:

¹ صغير كنزة، المرجع السابق، ص 58، 59.

² ولد عمار نسيم، التطليق، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 18، الجزائر، 2007-2010، ص 45.

³ بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2 منشورات البغدادي، الجزائر، 2009، ص 329.

لا تباشر قضية من قضايا الطلاق سواء كان بإرادة الزوج المنفردة، أو بالتراضي أو خلعا أو تطليقا إلا بلجوء القاضي وسعيه إلى الصلح بين الزوجين.

إذ تعد محاولات الصلح مسألة ضرورية ومهمة وجوهية في الطلاق، وعليه فقد أكد المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة¹ 439، أن محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية، وفي هذا الصدد فإن قاضي شؤون الأسرة يلعب الدور المنوط به في هذا الشأن في محاولة الصلح بين الزوجين.

فمن صلاحيات قاضي شؤون الأسرة الاستماع إلى كل زوج على انفراد ثم معا ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرم القاضي محضرا بذلك، وفي جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، وهذا طبقا للمادة² 49، من قانون الأسرة الجزائري² التي تنص على أن: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز ثلاث (03) أشهر ابتداء من تاريخ الدعوى".

وهذه المدة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وهي المدة التي يستطيع فيها الزوج مراجعة زوجته دون عقد جديد فإذا تصالح الطرفان فخير، وإن عجز القاضي عن الصلح وأصرت الزوجة على التطلق، ولم تثبت بعد الضرر اللاحق بها، عين القاضي للزوجين حكمين، حكم من أهلها وحكم من أهله³، وهذا ما نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة⁴ من الأمر رقم 09/05 وكرست العمل به إجراء المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

¹ المادة 439 ق.إ.م.إ: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية".

² المادة 439 ق.أ.ج: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح، يجربها القاضي دون أن يتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

³ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 153، 154.

⁴ المادة 56 ق.أ.ج: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

والتي تنص على الآتي: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين إثنين لمحاولة الصلح بينهما"، أما ما تعلق بالمادة 447 من نفس القانون فقد نصّت على أن الحكمين يطلعان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة ومنه أيضا أشار المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن وهذا ما أكدته المادة 448، ومنه أيضا من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في هذا النطاق يجوز له أن ينهي مهام الحكمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة".¹

الفرع الثاني: دور النيابة العامة في قضايا التفريق

تعد النيابة العامة الهيئة التي تعمل على الدفاع عن المصلحة العامة، وتسهر على تطبيق القانون، وتتولى رفع الدعوى سواء كانت مرتبطة بمصلحة عامة أو مصلحة المجتمع في الحدود القانونية الممنوحة لها.

أولا- النيابة طرف أصلي في مسائل الأسرة:

1. إن المسائل المتعلقة بالأسرة تضمنها قانون الأسرة الصادر بموجب قانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 09 يوليو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005 حيث جوهر التعديل يدور حول مركز النيابة إذ تنص المادة 3 مكرر منه على أنه: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"²، فالطرف الأصلي في

¹ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 100.

² المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، ص3.

القضية هو الطرف الذي لا يصح أن تتعدّد الخصومة من دونه من جهة، ويحق له تقديم الدفاع والطلبات واستعمال طرق الطعن من جهة أخرى.¹

II. إن الوظيفة الأساسية للنيابة العامة والتي تمارسها في القضايا الجنائية، والتي تعتبر فيها طرفاً أصلياً، وأصبحت تقوم بهذا الدور في قضايا الأسرة طبقاً للمادة 3 مكرر من قانون الأسرة، حيث يمكنها رفع الدعوى على كل من اعتدى على المركز القانوني الذي تهدف إلى حمايته، لما يرفع عليها الدعوى فتقف موقف المدعي والمدعى عليه بحسب الأحوال، وهذا ما يسمى بحق الإدعاء أو الدفاع بوجود نص صريح يمنحها هذا الحق.

III. تقوم النيابة العامة برفع الدعوى على أساس أنها الممثلة الرسمية للنظام العام فالقانون هو الذي خول لها صفة رفع الدعوى، ولقد منحت النيابة سلطات تقديرية واسعة، بمقتضاها تتحكم في شؤون الأفراد وتتدخل بمبرر وفكرة النظام العام، وتأخذ النيابة كذلك المركز الطرف في الخصومة سواء قامت بدور الإدعاء أو الدفاع، ويثبت لها ما يثبت للخصوم من حقوق، ويكون عليها ما على الخصوم من أعباء وواجبات.

IV. يمكن للنيابة العامة أن توجه سير الخصومة وإبداء الطلبات وتقديم الحجج وأدلة الإثبات والحضور، وكل الإجراءات تحرر باسمها، وتكون لها الكلمة الأولى عندما تكون مدعية، وتكون لها الكلمة الأخيرة عندما تكون مدعى عليها، وتبلغ بنفسها طلباتها إلى الطرف الخصم ولا يجوز القضاء عند غياب النيابة، فيعد ذلك باطلاً والحكم الصادر في الدعوى يكون باطلاً كذلك لأن صحة التمثيل هي من النظام العام.

V. عند قيام النيابة العامة برفع دعوى، فإنها تقوم برفعها للقضاء للحصول على حكم إيجابي منه، ويتم رفع الإدعاء عن طريق المطالبة القضائية، والذي يتم بإيداع عريضة مكتوبة لدى كتاب الضبط ويشترط في هذه المطالبة الصفة والمصلحة والأهلية.²

¹ نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 22.

² منتديات الجلفة لكل الجزائريين، بتاريخ: 2016/05/05، <https://www.djelfa.info/vb>.

- 1- **المصلحة:** هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى سواء مادية أو معنوية وللنيابة العامة مصلحة في مسائل الأسرة، وهي الحفاظ على النظام العام مدعية باسم الحق العام، ولها صفة في الدعوى باعتبارها ممثلة للمجتمع.
- 2- **الصفة:** النيابة صاحبة صفة، فهي مدعي أو مدعى عليه.
- 3- **الأهلية:** للنيابة الأهلية في مباشرة الإجراءات أمام القضاء ممثلة في وكيل الجمهورية ومساعديه.

ثانياً_ دور النيابة العامة في سير الدعوى

إن دور النيابة هو الحرص على حسن تطبيق القانون، وحيث أن قانون الأسرة لم يتطرق لكيفية تكليف النيابة بالحضور أو تبليغها بعريضة الدعوى أو بمذكرات الأطراف¹ غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ذهب في المادة 438 منه إلى اشتراط على طالب الطلاق سواء كان زوجاً أو زوجة أن يبلغ رسمياً النيابة العامة بنسخة من عريضة افتتاح الدعوى، ويجوز أن يكون هنا التبليغ بواسطة أمانة الضبط، وهذا بإيداع نسخة من تلك العريضة بأمانة النيابة على مستوى المحكمة مقابل الحصول على وصل إيداع².

حيث أن النيابة تتبع دورها أثناء سير الدعوى فيحقق لها أن ترفع مطالب وأن تسهر على حماية المصالح المكرسة قانوناً باعتبارها ممثلة للحق العام، كما يحق لها استئناف الأحكام بالطرق العادية أو الغير العادية، ويبقى في مسألة التظليق أن الاستئناف لا يكون إلا في جوانبه المادية.

وعملياً نلاحظ أن النيابة تكتفي في طلباتها بالمطالبة باحترام وتطبيق القانون، مع أنه من الناحية القانونية يحق لها تقديم طلبات أخرى حفاظاً على المصلحة العامة.

الفرع الثالث: إثبات الضرر للشقاق

¹ نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 22.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصاً وشرعاً، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 15.

مما سبق ذكره فإن الزوجة المتضررة من زوجها، هي التي تلجأ للقضاء لطلب التفريق بينها وبين زوجها، أين القاضي لا يحكم لها بالتطليق إلا عند إثبات الضرر والمشرع الجزائري في هذه النقطة قد إعتق ما جاء في المذهب المالكي في إثبات الضرر الواقع على الزوجة، إذ إضرار الزوج بزوجه عند المالكية يثبت بأحد أمرين: (إما بشهادة الشهود ومعاينتهم إياه لمجاورتهم للزوجين، وإما بالسماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران والخدم وغيرهما).¹ وقد تجلّى موقف المشرع في إتاحتها للزوجة في إثبات الضرر باستخدامها كل الوسائل القانونية الممكنة لا سيما البيئة والإقرار.

أولاً- عبء الإثبات

لما كان من أهم القواعد الفقهية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية أن: "البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر"، فمن خلال هذه القاعدة يتبين لنا أن البيئة تقع على من يدعي وقوع الضرر عليه، وفي حالة فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة-التطليق- فإن المدعي في هذه الحالة هو الزوجة المتضررة.

وعند تقدم الزوجة بطلبها لإيقاع التفريق للشقاق والضرر، فهنا المسألة تقديرية بالنسبة للقاضي للحكم بفك هذه الرابطة، وبحجم الضرر الواقع على الزوجة سواء كان ضرباً مبرحاً أو سباً أو إكراهاً على فعل ما حرّم الله، أو شقاق مستحکم وخلاف، وغيرها من الأضرار، لكن هذه السلطة التي يملكها القاضي لا تجعل عبء الإثبات يقع عليه، وإنما العبء كل العبء يقع على الزوجة المدعية، لأنها هي من وقع عليها الضرر، وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم فقط.

ثانياً- طرق الإثبات

¹ بن زينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2007، ص146.

فالأزوجة تلجأ إلى الطرق الممنوحة لها قانونيا في إثبات الضرر بشرط أن تكون بوسائل شرعية وقانونية كالبينة أو الإقرار أو شهادة الشهود أو كتابة أو القرائن أو غيرها من الوسائل المستحدثة كالشهادات الطبية.

إذن على الزوجة أن تثبت الضرر والخصام وطول مدته لإقناع القاضي بعدم جدوى بقاء هذه العلاقة.¹

ففي حالة الشقاق يرفض القاضي دعوى الزوجة في حالة عجزها عن إثباته للمرة الأولى، لكن إذا ما تكررت الشكوى مجدداً مع عجزها عن الإثبات وطلبها التفريق، فهنا يلجأ القاضي إلى بعث حكمين طبعا للمادة 56 من ق.أ.ج، التي تنص على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما..."²، أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهلها هي إن أمكن ذلك، وفي حالة عدم وجود من يصلح للقيام بهذه المهمة، يلتجأ الحاكم (القاضي) إلى بعث رجلين أجنيين في هذه الحالة.³

المطلب الثاني: دعوى التفريق للشقاق موضوعيا

بعد أن تطرقنا في المطلب الأول إلى دعوى التفريق للشقاق إجرائيا سنقوم في هذا المطلب بدراسة دعوى التفريق للشقاق موضوعيا، وسنقسمه إلى ثلاثة فروع نتحدث في الفرع الأول عن حل الرابطة الزوجية، وفي الفرع الثاني عن آثار الحكم بالتفريق، وفي الفرع الثالث سنتحدث عن التعويض.

الفرع الأول: حل الرابطة الزوجية

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 206، 205.

² بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، سطيف، الجزائر، 2008، ص 256.

³ محمد إبراهيم الحفناوي، الطلاق، ط2، مكتبة الإيمان، مصر، 2005، ص 196.

أقرّ المشرع الجزائري أن حلّ الرابطة الزوجية يكون إما بإرادة الزوج المنفردة، أو بالتراضي بين الزوجين، أو يكون بطلب من الزوجة إما بالخلع أو بالتطليق.

والطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة للشقاق والضرر يقع بائنا.

فعندما تثبت الزوجة الضرر الواقع عليها بأحد الأسباب المذكورة سابقا، فإنّ القاضي سيحكم لها بالتفريق، إن كان هناك من الأسباب ما يمنع دوام العشرة وامتتع الزوج عن الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان، وإن عجزت عن الإثبات رفض الطلب لعدم التأسيس.

فإن تكررت شكاؤها، والمقصود بتكرّر الشكوى هو رفع دعوى جديدة من الزوجة طالبة التطليق على الزوج للضرر واستمرار الخلاف والشقاق بينهما بعد رفض دعواها الأولى، وإصرار الزوج على الإضرار بها، أو تدعي هي ذلك بإساءة جديدة، فهذه الدعوى الجديدة تأخذ مسارا يخالف ما سارت عليه الدعوى الأولى، فإذا اثبتت الزوجة ضرر الزوج بها طلّقت عليه المحكمة، وإذا لم تثبت الزوجة الضرر لا يقضي برفض دعواها وإنما تبعت المحكمة حكّمين للإصلاح بينهما طبقا لأحكام التحكيم¹، كما سبق ذكره.

فإذا لم يجد التحكيم، ورأى القاضي أنه لا جدوى من استمرار العشرة الزوجية بينهما مع إصرار الزوج على الإضرار بزوجته، طلق القاضي عليه زوجته، طلقة واحدة بائنة بينونة صغرى. وبها تحل وتفك الرابطة الزوجية بينهما، وتكون الفرقة بينهما.

خلاصة القول أنه إذا ثبت للقاضي الضرر و الشقاق والخلاف المستمر بين الزوجين فما عليه إلا التطليق لأن المادة 53 بفقرتها 8 و10 من قانون الأسرة الجزائري واضحة.

¹ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 232، 233.

فبعد أن يفارق الزوج زوجته فإن ثمة آثار تترتب على هذه الفرقة¹، وعليه سنتناول آثار الحكم بالتفريق في الفرع الموالي:

الفرع الثاني: آثار الحكم بالتفريق

إن انحلال الرابطة الزوجية عن طريق التفريق القضائي والذي هو حل العلاقة الزوجية وقطعها بأمر من القاضي بناء على طلب الزوجة ولأسباب مسوعة شرعا وقانونا ، من المؤكد أنه ينتج عنها آثار أو توابع قانونية تخص كل من الزوجة والأولاد، والتي أوردها قانون الأسرة الجزائري في مواد متفرقة في الفصل الثاني تحت عنوان آثار الطلاق.

وهذه الآثار أو التوابع الناتجة عن الحكم بالتفريق تنحصر بين المادتين (58-80) من هذا القانون.

ففي هذا الفرع سنتطرق إلى ما يثبت للزوجة من عدة، ونفقة ومَتاع البيت والتعويض، ومنها ما يثبت للأولاد من حضانة ونسب ونفقة.

أولاً- ما يثبت للزوجة من توابع الحكم بالتفريق

هذه التوابع أو الآثار تتمثل فيما يلي:

1. **العدة:** هي مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة فتمتنع عن الزواج فيها وبانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم²، وقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "يحرم من النساء مؤقتا من طلاق أو وفاة"³، وقد شرعت العدة للتأكد من براءة الرحم (أي خلوه من الحمل) حتى لا تختلط الأنساب، وإعطاء الزوج المطلق

¹ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 385.

² منصورى نورة، التطلق والخلع وفق القانون والشريعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 80.

³ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

فرصة لمراجعة زوجته ما دامت معتدة في الطلاق الرجعي، وكذا حداد الزوجة على مفارقة زوجها إذا كانت العدة عدة وفاة، وفاء لزوجها وحزنا على وفاته.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد نص على أحكام العدة في المواد من 58 إلى 61 حيث نصت المادة 58 منه على أن تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء¹، و اليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق، أما المطلقة غير المدخول بها فلا توجب عليها العدة، وهذا ما جاء في القرار المؤرخ في 18 جوان 1996، "من المقرر شرعا انه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفي عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول، وأعدت الزواج الثاني في الأسبوع الأول من طلاقها فإن القضاء برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى بيت الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"²، وأضافت المادة 60 على أن عدة الحامل وضح حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة³، كما أن مدة العدة يبدأ حسابها من تاريخ النطق بالطلاق في الشريعة الإسلامية، لكن نص المادة 58 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه جاء مخالفا لهذه الأخيرة بحيث أنها قضت بأن العدة يبدأ حسابها من تاريخ التصريح بالطلاق والذي لا يثبت إلا بحكم قضائي⁴، وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري⁵.

¹ القروء، بأن تحيض وتطهر ثلاث مرات.

² قرار المحكمة العليا، رقم 137571، بتاريخ، 1996/06/18، المجلة القضائية لسنة 1997، ع.2، ص 93.

³ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁴ منصور نور، المرجع السابق، 82.

⁵ نصت المادة 49 أ.ج على: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يعتن على القاضي تحرير محضر بين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من البيئة العامة".

وإذا صدر حكم بالطلاق تدخل المطلقة في عدتها ابتداءً من تلك اللحظة وتقع عليها إلتزامات وهي ما جاءت به المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"¹، كما تمتنع الزوجة عن الزواج في فترة العدة برجل أجنبي.²

II. النفقة: تجب النفقة للمرأة بعد الحكم لها بالتطليق وتشمل نفقة العدة ونفقة الإهمال.

1- نفقة العدة: إن المعتدة تستحق نفقة عدتها من مال زوجها طيلة هذه المدة والمحكمة تحددها إجمالاً أو شهرياً وهذا طبقاً لما جاء في نص المادة 61 من القانون ويسقط هذا الحق شرعاً عنها، إذا ما تركت المطلقة بيت الزوجية ولم تقضي العدة فيه دون مبرر شرعي باعتبارها ناشز.

وفي هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا القرار الصادر بتاريخ: 1989/12/25 والذي جاء فيه: "حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها أن تعند وهي أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقته.

فالنفقة حق ثابت شرعاً من الحقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها سواء طلبتها الزوجة أم لم يطلبها، ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعاً أو سمحت فيها الزوجة صراحة بالخلع، والمجلس له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول فالوجه سديد يتعين رفضه"³.

¹ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² منصورى نورة، المرجع السابق، ص 83.

³ قرار المحكمة العليا رقم 57752، بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية لسنة 1991، ع1، 68.

2- نفقة الإهمال: إن المادة 74 ن قانون الأسرة الجزائري قد نصّت على أن: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها"¹، فإذا لم يتم بالإنفاق عليها، يحق لها أن تطلب نفقة الإهمال تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم التطلاق والقاضي له سلطة تقدير مبلغ هذه النفقة شهريا مراعيًا في ذلك حال الزوجين.²

III. متاع البيت: إن المقصود بمتاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من قبل كل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة³، والمشرع الجزائري قد نص في المادة 73 على أنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

فمن خلال هذه المادة يتضح أن النزاع حول متاع البيت وأثاته ينتهي لصالح من له بينة، وهذا على أساس طبيعة الشيء الذي هو موضوع النزاع، فإذا وقع النزاع من الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء، وأما وإن كانت طبيعة الشيء محل النزاع هو من المعتاد للرجال فإن الزوج مكلف بتأدية اليمين كذلك، وله أن يأخذه طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية.⁴

ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية أثناء الفصل في قضية النزاع حول متاع البيت بأن يتأكد من معرفة ما هو معتاد للنساء وما هو معتاد للرجال عادة، ولا يمكنه الإعتماد كلية على ما جاء في القائمة المقدمة إليه من الزوج دون حجة أو دليل من أحدهما، ويكتفي

¹ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² منصورى نورة ، المرجع السابق، ص 84.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 198.

⁴ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

بتوجيه اليمين طبقا لما جاء في المادة 73 من هذا القانون، ثم يعطي الحق لمن يحلف ويمنعه عن ينكر.¹

وعليه يمكن القول أنه لا يجوز تطبيق المادة السابقة في مجال النزاع حول متاع البيت إلا إذا توافرت شروطه الثلاثة مجتمعة، وهي أن يكون موضوع النزاع القائم بين الزوجين هو شيء من متاع البيت حقيقة، وأن يكون سبب النزاع منصبا على حق أحدهما في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له، وأن يكون للمدعي حجة كتابية أو شفوية لإثبات ما يدعيه²، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط، فلا حاجة لإعمال نص المادة 73 من هذا القانون بل يجب اللجوء إلى القواعد العامة من القانون المدني ضمن إطار قاعدة "البينة على من أدعى واليمين على من أنكر".³

IV. التعويض: إن الجديد الذي جاء به تعديل 2005 يكمن في نص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر، إذ يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يلحق للمرأة إلى جانب الحكم بالتطليق، وهذا بعد أن كان الإجتهد القضائي غير مستقر في هذه المسألة، فأحيانا يحكم باستحقاق المرأة التعويض مع التطليق، وأحيانا أخرى يحكم بعدمه ليستقر في النهاية في وجود نص المادة إلى إمكانية الحكم بالتعويض مع الحكم بالتطليق تبعا للسلطة التقديرية للقاضي.⁴

ثانياً_ ما يثبت للأولاد من توابع الحكم بالتفريق:


1. النسب: يعتبر النسب من أهم النتائج التي تترتب على الزواج والطلاق، لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج، وقد أحاط الشارع الحكيم النسب وأولاه أهمية

¹ منصورى نورة، المرجع السابق، ص 89.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 149.

³ عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 151.

⁴ نسرين شريقي وكمال بوفورورة، المرجع السابق، ص 93.

كبيرة¹، لقوله تعالى: {وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ}²، وقوله تعالى: {وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا} ³.

فالنسب هو إلحاق الولد بأبيه دينا وقانونا، واعتباره الأصل الذي يتفرع عنه ذلك الولد، ولقد نظمته المشرع الجزائري في المواد من (40-45) من قانون الأسرة الجزائري، وتبعه بمادة خصصها لمعالجة ظاهرة التبني التي حرّمها الإسلام، فأكد القانون ذلك في المادة 46 منه⁴، ويثبت نسب الولد لأبيه في الحالات الآتية:

الزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بِنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون، وهو ما تضمنته المادة 40 من نفس القانون⁵، كما أنه يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب، وهذا ما نصت عليه المادة 45 مكرر من نفس القانون، على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وفقا لشروط حددها القانون في نفس المادة.

كما نصت المادة 42 من نفس القانون على أن أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر، حيث ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وهذا ما نصت عليه المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري⁶.

¹ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 277.

² سورة النحل الآية 72.

³ سورة الفرقان الآية 54.

⁴ منصورى نورة، المرجع السابق، ص 93.

⁵ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في فبراير 2005.

⁶ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

II. **الحضانة:** من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة، بحيث يكفل للطفل التربية الصحيحة والخلفية السليمة.

وبهذا جاز لنا معرفة مفهوم الحضانة اصطلاحاً، وهي الرعاية والتربية والقيام بشؤون الصغير، وكل ما يصلح أموره ممن هو مطالب بها شرعاً، وتكون خلال مدة معينة لمن له الحق فيها، وتترتب الحضانة على التطلاق إذا كان للزوجين المنفصلين أبناء أو بنات، والواقع أن انحلال عقد الزواج يؤدي إلى مشاكل في مثل هذه الحالات، إذ يصبح الأولاد عرضة لعدة مشاكل تربوية، واجتماعية واقتصادية¹.

وعلى نهج مقارب سار المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري عندما عرّف الحضانة بقوله: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً"²، فقد ركز المشرع الجزائري في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها محددًا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية، ومن هنا يتعين على المحكمة عندما تحكم بالتطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف.

وكفالة الطفل وحضانتها واجبة لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك³، أما بالنسبة لترتيب أصحاب الحق في الحضانة فقد أسند المشرع الجزائري الحضانة للأم ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة وذلك في المادة 64 قبل التعديل، أما بحسب التعديل الجديد فقد أعاد ترتيب المسألة على النحو

¹ العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، ط1، 2013، ص 270.

² الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

³ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق والإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 283.

التالي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."¹

ويتضح من النص أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب عند اتحاد درجة القرابة لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق كما أن الجدة مقدمة على الأخت مطلقاً، لأن اتصال الصغير بالجدة من طريق الولادة، فهو جزء منها، فكانت أولى بحضانته.

أما إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كإخوة أو أعمام، كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرة وخلقاً، فإن تساووا، كان أولاهم أكبرهم سناً، وقد حوّل القانون للقاضي حق اختيار الأصلح على أساس مصلحة المحضون.

واشترط المشرع الجزائري في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك²، وهناك شروط عامة لا بد من توافرها في الحاضنة حتى تثبت أهليتها في ذلك، وهي الإسلام، البلوغ، العقل الأمانة والقدرة على تربية المحضون وحمايته صحة وخلقاً³.

كما أن المشرع الجزائري قد حدّد مدة الحضانة للذكر ببلوغه عشرة سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وبعد هذه الفترة قد لا يكون قادراً على القيام بكل حاجاته الأولوية لعجز أو مرض أو سوى ذلك، لكنه من جهة أخرى أعطي السلطة التقديرية للقاضي في إنهاء

¹ بن شويح الرشيد، المرجع السابق، ص 255.

² العربي بختي، نظام الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 271.

³ منصور نور، التطلاق والخلع، المرجع السابق، ص 95.

الحضانة بما يتسق مع مصلحة المحضون¹، وهذا ما جاء في المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري².

كما وقد نصت المادة 67 من هذا القانون على أنه: "تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"³.

وتسقط أيضا بالتنازل عنها وفق ما ورد في المادة 66 من نفس القانون.⁴

وإذا لم يطلب من له الحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة بدون مبرر شرعي من تاريخ النطق بالحكم بالتطبيق سقط حقه فيها طبقا لنص المادة 68 من القانون أعلاه.⁵

كما ويعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري وهذا طبقا للمادة 71 من نفس القانون⁶، وكانت الفقرة الثانية من نص المادة 67 من هذا القانون قد نصت على أنه: "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة" فاحتياطيا ربط المشرع هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا معناه انه حتى وان كان عمل الحاضنة لا يشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام فان الاستثناء من هذا المبدأ انه يجوز الحكم بإسقاط هذا الحق عن العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرها مما يخل بمصلحة المحضون.⁷

¹ العربي بختي، نظام الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 278.

² نفس المادة 65 من ق، أ، ج على أنه "تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"

³ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁴ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁵ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁶ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁷ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

وبالنسبة لمكان ممارسة الحضانة فقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة هذا على انه: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكن ملائماً للحاضنة وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن".¹

وبعد أن رتب المشرع الحضانة في المادة (64) من قانون الأسرة الجزائري نص في الفقرة الثانية منها: "على أن القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" وهذا يعني بوضوح انه عندما يحكم القاضي بالتطليق يتوجب عليه حينئذ إسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها، والحكم تلقائياً للأب بحق الزيارة، وذلك في ساعات وأيام، وفي أماكن محددة، وفي العطل والمواسم الدينية والوطنية، وإذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره، يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة كذلك، لأن الحضانة وما يترتب عليها من نفقة وحق الزيارة من النظام العام.²

III. النفقة: النفقة حق شرعي للأولاد ودليل ذلك نص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال"³، وهي أثر من آثار التطليق، كما أنها واجبة أثناء قيام الرابطة الزوجية، ويبقى حق النفقة قائماً ما لم يستغني عنه بالكسب، إذ لا بد للأب من توفير احتياجات الطفل من مأكّل ومشرب وملبس وعلاج، وهذا طبقاً لما جاء في نص المادة 72 من القانون المذكور.

والتزام الأب بالنفقة هو التزام مؤقت، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وكما تستمر النفقة في حالة ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية، أو بدنية، أو مزاولاً للدراسة، وهذا ما جاءت به المادة 75 من نفس القانون إذ تنص على أنه: "تجب نفقة الولد على

¹ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² منصورى نورة، المرجع السابق، ص 98.

³ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، فإذا كان الأب غائبا أو مفقودا أو معسرا أو عاجزا عن الإنفاق على أولاده ففي هذه الحالة تجب النفقة على الأم إذا كانت باستطاعتها، وهذا ما جاءت به المادة 76 من القانون التي تنص على أنه: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"، ويراعي القاضي في تقدير النفقة حالة الطرفين وظروف المعيشة ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.

وحيث استحقاق النفقة يكون من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيّنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى طبقا لما جاء في نص المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري.¹

الفرع الثالث: التعويض

بما أن التفريق راجع إلى سبب من جهة الزوج، فإذا تبين للقاضي وجود ضرر مادي أو معنوي للزوجة، فإن المشرع أجاز له الحكم لها بالتعويض، فالضرر ناتج على خطأ الزوج الذي خالف الالتزامات المتفرعة عن عقد الزواج والمنصوص عليها في القانون وينص المادة 53 مكرر الجديد الذي ينص على أن: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، فبهذا يكون المشرع قد وضع حدا للغموض الموجود في قانون الأسرة بشأن هذه المسألة²، كما يكون المشرع قد أشار إلى حق الزوجة في طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة طلبها للتطليق، بحيث يجب

¹ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² لحسين بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص 66.

الأخذ بعين الاعتبار الأسباب التي علّقت عليها الزوجة طلب التطلق، ويعود التقدير للقاضي في الحكم بالتعويض في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين.¹

وبما أن المصدر الشرعي لمصطلح التعويض هو كلمة متعة، فيمكن القول بالتالي أن التعويض والمتعة هما وجهان لعملة واحدة، وعليه لا يمكن للقاضي الحكم بهما تطبيقاً لمبدأ عدم جواز الجمع بين تعويضين على ضرر واحد²، ثم إن القضاء الجزائري اختلطت عليه الأمور، ولم يحسم قراره في هذه المسألة، ولم يتبنى موقفاً واحداً. فمن القضاة من اعتبر التعويض والمتعة عملة واحدة، ومعنى واحد فعندهم استجابة القاضي لطلب الزوجة الهادفة إلى التطلق يعتبر تعويضاً لها في حد ذاته، وجبراً للضرر الذي لحقها من زوجها³، ومن القضاة الآخرين من جعلوا من التعويض والمتعة كاستحقاقين مختلفين نتيجة التطلق، وخلافاً لتناقضات المحكمة العليا بين القول بأن المتعة والتعويض شيء واحد، والقول بأن التعويض يختلف عن المتعة، فإن الصحيح هو أن المتعة تختلف عن التعويض، لأن المتعة تستحق للزوجة شرعاً دائماً حسب وسع الزوج، وأساس استحقاقها الشرع من الكتاب والسنة، أما التعويض فمصدره القانون لا الشرع إسناده لنظرية التعسف في استعمال الحق.⁴

المطلب الثالث: الاجتهادات القضائية في التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين

إن الاجتهاد القضائي يساهم في بناء النظام القانوني المدون، كما يسهل ويعمل على تيسير الوصول إلى القرارات من جهة وتفهم النصوص القانونية والتطبيقية واستيعابها من جهة أخرى، لذا كان لزاماً علينا النظر في الاجتهاد في مادة الأحوال الشخصية الجزائري وذلك

¹ حفيظ جميلية، الضرر كمعيار لفك الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل إجازة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، 2006-2009، ص 58.

² ولد عمار نسيم، المرجع السابق، ص 60.

³ باديس نياي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض - نفقة - عدة - حضانة - متاع)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 24.

⁴ ولد عمار نسيم، نفس المرجع، ص 60.

بالتطرق إلى بعض قرارات المحكمة العليا في هذا الموضوع، وذلك من خلال الفروع
المالية:

الفرع الأول: اجتهاد المحكمة العليا في التفريق للشقاق

الشقاق المستمر بين الزوجين: استحدثت هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير واعتبر المشرع
الجزائري أن الخصام والشقاق المستمر بين الزوجين يعد سببا من الأسباب التي تجيز
للزوجة طلب التطلاق من القاضي، وحيث مصدر هذه الفقرة المستحدثة في تعديل قانون
الأسرة لسنة 2005 كان الاجتهاد القضائي لاسيما المحكمة العليا وتجسيد ذلك فعليا في
بعض القرارات منها القرار المؤرخ في 15/06/1999 والذي جاء فيه ما يلي:¹

(من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين
الزوجين باعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول
الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن
منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فان قضاة
الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج طبقوا صحيح القانون).

وفي معرض تأسيسه عن الأوجه. أكدت المحكمة العليا: "أنه ثابت أن الزوج حكم عليه
بتوفير سكن منفرد ولم يوفر ما ألزمه الحكم به، وأن الخصام طالت مدته بين الزوجين فلم
يبق سوى الحكم بالطلاق".

وفي تأسيس لوجه آخر أكد القرار أيضا: "لكن وحيث أن الطلاق لطول مدة الخصام بين
الزوجين يعد ضررا، وأنه ثابت أن المسؤول عن ذلك هو الزوج لعدم امتثاله للقضاء وتوفير
مسكن منفرد للزوجة مما يجعل الضرر لاحق بالزوجة مما استحققت عنه التعويض" فالقرار
إذن اعتبر طول الخصام بين الزوجين والثابت بموجب أحكام قضائية سالفة ألزمت الزوج

¹ملف رقم 224655، قرار بتاريخ 15/06/1999، المجلة القضائية، ع، خ، 2001، ص 129.

بتوفير مسكن منفرد وعدم التنفيذ، لما جعل من الخصام طويل الأمد ومعه تعين اعتبار أن الزوجة متضررة جزاء عدم امتثال الزوج للأحكام الصادرة، مما جعل طلبها الرامي للتطليق مؤسسا.

هذا الاجتهاد حضي بعناية المشرع وارتقى لمرتبة القاعدة القانونية، إذ خصصت له المادة 53 المعدلة الفقرة الثامنة وأصبحت مستقلة عن فقرة الضرر المعتبر شرعا.¹

كما وقد جاء قرار آخر للمحكمة العليا² الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1996/09/24 فصلا في الطعن رقم 139353.

وقد جاء فيه: {المبدأ: من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقتضي التفريق القضائي شرعا، ولما كان الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب الكافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون}، (جاء في القرار أن الطاعن لم يسع إلى تنفيذ حكم سابق بالرجوع، وإصابة المطعون ضدها بنوبات عصبية ثابتة بشهادات طبية).

وحيث ثبوت الشقاق المستمر بين الزوجين أين جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية³ بتاريخ 2011/07/14 فصلا في الطعن رقم 624622

ما يلي:

{المبدأ: يثبت الشقاق المستمر من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية بين الطرفين، لا يكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح لثبوت الشقاق المستمر والاعتماد

¹ باديس نياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص 51، 52.

² ملف رقم 139353 قرار بتاريخ 1996/09/24، العدد 2، 1997، ص 109.

³ ملف رقم 624622، قرار بتاريخ 2011/07/14، المجلة القضائية، العدد 2، 2012، ص 227.

عليه في التّطليق، وفي القرار جاء: "حيث أنه يتبين بالرجوع فعلا إلى الحكم المطعون فيهنّ المحكمة أسست حكم التّطليق على أنه ثبت لديها من خلال الحضور الشخصي وتصريحات الطرفين أنّهما في حالة شقاق مستمر وغيبة الطاعن المستمرة، مما يجعل طلب التّطليق مؤسسا قانونا، وحيث أن هذا التّسبب قاصر ولا يفيد احترام نص المادة 8/53 من قانون الأسرة التي تنص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق للشقاق المستمر بينها وبين زوجها، وكان على المحكمة أن تبين كيف توصلت إلى حالة الشقاق المستمر، ولا يكفي ما يدور في جلسة الصلح من نقاش وخلاف بين الطاعن وبين المطعون ضدها للحكم على ذلك بأنه شقاق مستمر، لأن الشقاق المستمر يجب أن يظهر من خلال الحياة الزوجية بين الطرفين والخصومات القضائية بينهما، ولا يظهر من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أشارت إلى ذلك.

وحيث أنه فيما يخص الغيبة المعتبرة كما جاء في الحكم المطعون فيه، فلم تبين المحكمة ذلك ولا كيفية معاينة الغيبة.

وعليه فإن هذين الوجهين مؤسسان وينجر عنهما نقض الحكم المطعون فيه".

الفرع الثاني: اجتهاد المحكمة العليا في تقدير الضرر المعتبر شرعا

إن المشرع لم يضع قيودا واضحة في نصوصه، وهذا ما أدى بالقضاة إلى تصنيف بعض التصرفات الأخرى في خانة الضرر كالضرب والجرح وسوء المعاملة.

وقد اعتبرت المحكمة العليا هذه التصرفات، وغيرها من الضرر المعتبر شرعا وهي كما يلي:

- تماطل الزوج في إرجاع زوجته إلى بيت الزوجية، وقد قضت المحكمة العليا في ذلك بما يلي: "... من المقرر قانونا أنه يمكن للزوجة أن تطلب التّطليق إذا توافرت أسبابه ولما كان

ثابتا في قضية الحال أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفا سلبيا فإن المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون".¹

- الضرب والجرح العمدي، وقد قضت المحكمة العليا في ذلك بما يلي: "إن ضرب الزوجة الضرب المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون إشتراط صدور حكم جزائي".²

- الضرر المبالغ فيه من طرف الزوج وحق الزوجة في التعويض، وقد قررت المحكمة العليا في ذلك ما يلي: "... من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر ولما كان ثابتا أنّ الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر...".³

- سوء المعاملة، حيث قضت المحكمة العليا بما يلي: "إن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 4 من قانون الأسرة هو تطبيق سليم للقانون".⁴

- كما نجد أيضا في قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 12748 بتاريخ 1996/01/16، أين اعتبرت تعريض الأولاد لخطر وسوء السلوك يعد ضررا معتبرا شرعا حسب الفقرة 6 من المادة 53 (قبل التعديل).

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 50519، قرار بتاريخ 1988/09/26، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992، ص 48.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 258555، قرار بتاريخ 2001/01/23، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002، ص 417.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 181648، قرار بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص 49.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 269594، قرار بتاريخ 2001/07/18، المجلة القضائية، العدد 1، 2003، ص 349.

- كما أنه وفي نفس القرار طبقت قاعدة هامة مرتبطة بالضرر وهي أن الضرر لا يكون قديما حيث أن الطاعن قد احتج بكونه قد أدين بجنحة الضرب والجرح ضد زوجته سنة 1986 وهي لم تحتج بهذا الحكم إلا في سنة 1993 فلم يعتبر سكوت الزوجة عن المطالبة بالتطليق ولم تعد ذلك تقادما أو تنازلا عن حقها لأن الضرر لا يمكن أن يستمر ولا يمكن أن تطلب من الزوجة ما دامت قد سكنت عنه لفترة أن تتحملة لبقية حياتها، فهذا الإجتهد يعتبر تطبيقا جيدا للقواعد الشرعية في النظر في أنواع الضرر المعترف شرعا ليقوم سببا للتطليق وكذلك تطبيق القواعد المنظمة لهذا الضرر عند الاحتكام إلى القضاء.¹

- كما أنه من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معترف شرعا كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليما وطبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.²

- أيضا أنه من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معترف شرعا، ومتى تبين في قضية الحال - أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يتم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا، مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.³

¹ صغير كنزة، المرجع السابق، ص 79-80.

² قرار بتاريخ 18/05/1999، غرفة الأحوال الشخصية، ع.خ، 2001، ص126.

³ قرار بتاريخ 16/06/1999، غرفة الأحوال الشخصية، ع.خ، 2001، ص122.

ويمكن في هذا السياق الإشارة إلى أن هناك الكثير من أنواع الضرر المعتبر شرعا لكن الزوجات لا تلجأ إليه في المطالبة بالتطليق، وهذا إما لجهلهن أو لعجزهن عن إثباته.

الفرع الثالث: إجتهاد المحكمة العليا في إثبات الضرر وفي التعويض

أولاً- إجتهاد المحكمة العليا في إثبات الضرر:

يجب إثبات الضرر للحكم بالتطليق وليس مجرد عدم الرغبة في البقاء مع الزوج وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بتاريخ 1985/02/25 فصلا في الطعن رقم 135891¹، وقد جاء فيه: {المبدأ: من المبادئ المستقر عليها في الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ولا تعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه، ولقضائه بما يخالف هذا المبدأ الشرعي يستوجب نقض القرار الذي يقضي بتطليق الزوجة، إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها}².

- كما أنه من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا تعد خرقا للقواعد الشرعية.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل، فإن قضاة المجلس بالغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية وحكموا دون دليل، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه³.

¹ ملف رقم 35891، قرار بتاريخ 1985/02/25، المجلة القضائية، ع1، 1989، ص80.

² نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 148.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1987/01/12، المجلة القضائية، ع1، 1991، ص46.

- كما أنه من المقرر فقها وقانونا أنه يجوز طلب التطلاق في حالي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة عدم الإنفاق ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة غير صحيح.

ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بتطلاق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين وثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن¹.

ثانيا_ اجتهاد المحكمة العليا في التعويض:

بالرجوع إلى الواقع العملي نجد تطبيقات حول مسألة التعويض، فهناك من يعتبر أن الحكم بالتطلاق في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصاب الزوجة، فلا يمكن الحكم لها بالتعويض إلى جانب ذلك، ومنهم من يعتبر أنها تستحق التعويض بعد الحكم لها بالتطلاق لذلك فإن القاضي ترجع له سلطة التقدير في رفض أو قبول التعويض الذي تطلبه الزوجة المتضررة من زوجها.

1- رفض طلب التعويض:

فمن بين قرارات المحكمة العليا التي جسدت فكرة رفض التعويض نجد القرار الصادر في 1989/03/27 والذي جاء فيه: "كل زوجة بادرت بإقامة دعوى التطلاق ضد زوجها ليست لها الحق في المطالبة بالتعويض فعلى فرض أن زوجها أضربها وطلبت تطلقها منه من أجل هذا الإضرار وطلّقت، فهذا الإضرار هو الذي أتاح فرصة للتطلاق ولا تأخذ شيئا غيره كي لا تستفيد مرتين".²

¹ المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،قرار بتاريخ1987/01/06 ،المجلة القضائية ،ع4 ، 1991 ،ص88.

² المحكمة العليا القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 ،ملف رقم 53017 ،المجلة القضائية ، 1991 ،العدد الأول، ص56.

ومن تطبيقاتها أيضا نجد القرار الصادر بتاريخ 2011/01/13 الذي مضمونه أن الزوج المصاب بمرض العقم لا يتحمل مسؤولية تعويض الزوجة الطالبة للتطبيق عن الضرر الحاصل لها بسبب عدم قدرته على الإنجاب، ذلك أن هذا العيب لا دخل لإرادة الزوج فيه وإن قضاة الموضوع الذين قضاوا بتعويض الزوجة تعويضا عن التطبيق استنادا فقط على الضرر الناجم عن العقم يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون".¹

والملاحظ أن المحكمة العليا راعت في حكمها الإرادة فحسب من أسباب المسؤولية عن الضرر وبالتالي تحمل التعويض والحقيقة أن الشريعة الإسلامية في هذا الإطار تضع مجموعة من القواعد بالإضافة إلى الإرادة، فيتحمل الزوج المسؤولية في حالة علمه بالمرض قبل الزواج ولم يبلغها به، أما وإن كان لا يعلم أو أن المرض قد طرأ عليه بعد الزواج، فإن المسؤولية في هذه الحالة تنتفي عنه.

2- قبول طلب التعويض:

تدعيما لمن يحكم بالتعويض إلى جانب الحكم بالتطبيق، صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات من أهمها:

- قرار المحكمة العليا يقضي بأن الطاعنة باعتبارها الزوجة، أم وربة بيت قد تضررت أدبيا ومعنويا فقد تزعزع مركزها الاجتماعي، وقد ثبت في حقها وخدشت في عفتها وكرامتها من جراء متابعتها بالزنا، التي انتهت إلى صدور أمر بإنتفاء الدعوى لصالحها لعدم كفاية الأدلة لذا فإن قضاة المجلس عندما قضاوا لصالحها بالتعويض عن الوشاية الكاذبة فقد برروا حكمهم ويتعين رفض الطعن".²

¹ القرار الصادر بتاريخ 2011/10/13، ملف رقم 596191، المجلة القضائية لسنة 2011، العدد 2،

ص 270، ص 49.

² القرار الصادر بتاريخ 1993/11/23، ملف رقم 96004، المجلة القضائية، لسنة 1994، العدد الثالث، ص 69.

- وقرار آخر للمحكمة العليا تحت رقم 245119 بتاريخ 20/06/2000 الذي تضمن قرار بقبول الطعن بالنقض في قرار لمجلس قضاء سطيف حرم الزوجة من التعويض عن الضرب والجرح المبرح وذلك بسبب الضرر الذي لحقها وهو سقوط حملها فاعتبر هذا الضرر يستحق التعويض.¹

¹ صغير كنزة، المرجع السابق، ص 79.

خاتمة

في ختام هذا البحث الذي تناولنا من خلاله موضوعاً من أهم المواضيع التي تهتم المجتمع عامة والأسرة على وجه الخصوص، فقد تناولنا موضوع "التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر" لمدى خطورته وحساسيته في المجتمع، وقد ذكره الشرع والقانون.

وقد انكبت دراستنا حوله لأن الشقاق والضرر المبرر للتفريق لا ينتج عن مجرد اختلاف في وجهات النظر بين الزوجين، بل هو نوع خاص، أين يصل الشقاق والضرر في شدة طبيعته وحدته إلى درجة يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية واستمرارها، وأين يتم استفحال الشر وتفاقم الخلاف ما يجعل الحياة الزوجية تفقد أساسها من المودة والرحمة، وأين يبقى التفريق هو الحل الوحيد والأفضل.

ولقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والملاحظات يمكننا تلخيصها فيما يلي:

1- إن أحكام الشريعة الإسلامية السحاء تبنى على أساس رعاية مصالح الناس والتيسير عليهم، وأحكام الأسرة هي جزء من أحكام الشريعة، فهي تمنع الشقاق والضرر عن الأزواج قبل وقوعه وتزيله إذا وقع بثتى الوسائل.

2- تعددت التعاريف التي أعطاها فقهاء الإسلام وبعده التشريعات الوضعية لعنصر الشقاق والضرر كمفهوم، لكن الاتفاق حاصل لديها في كليتها أن الشقاق هو ضرر يصيب الزوجين لاستمرار الخلاف والخصام الذي يطال كل الأسرة ولا ينحصر بينهما، فالتفريق للشقاق والضرر هو الحالة أين يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، لأنه هو الحالة التي يشكو منها أحد الزوجين للقاضي سوء معاشرة صاحبه له، فينظر القاضي في أمرهما، فإما أن يُصلح وإما أن يُفَرِّق، وأن الضرر هو ما يصيب الإنسان في جسده أو في ماله أو عاطفته، وينقسم إلى قسمين ضرر مادي وآخر معنوي.

3- جنح فقهاء المذاهب الإسلامية إلى سلوك توجهات مختلفة بعضهم عن بعض فيما يخص مسألة التفريق للشقاق والضرر، في جانب يعترف بجواز فصح الرابطة الزوجية لنفس العلة

والممثل في الفقه المالكي والفقه الحنبلي وجانب آخر ينفي هذه الإمكانية والممثل في الفقه الشافعي والفقه الحنفي.

4- اتفقت التشريعات الإسلامية ومنها قانون الأسرة الجزائري على مسألة جواز فصح الرابطة الزوجية للشقاق والضرر، رغم أن الخلاف واقع بينها حول منح هذه الإمكانية لكلا الزوجين، أو منحها للزوجة حصرا.

5- لا خلاف بين المذاهب الفقهية وكذا التشريعات الوضعية الأسرية حول ضرورة القيام بمحاولات الإصلاح بين الزوجين بكل السبل الشرعية عندما تتصدع ركائز وأسس الأسرة.

6- أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية عند وجود خلاف عميق بين الزوجين على ضرورة الإصلاح بينهما وذلك ببعث الحكمين، الأول من أهل الزوج والثاني من أهل الزوجة، لكن الخلاف وقع لديهم في مسألة إمكانية تفريق الحكمين بين الزوجين، في حين أن الشافعية والحنفية نزعوا هذه السلطة منهما.

7- أولت الشريعة الإسلامية وبعدها الفقه الإسلامي عناية كبيرة لمسألة الإصلاح بين الزوجين، ويظهر ذلك في العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، وكذا المؤلفات الفقهية وعلى نهجهم صارت معظم التشريعات العربية، ومنها قانون الأسرة الجزائري، حيث المشرع الجزائري جعل الإصلاح بين الزوجين من متعلقات النظام العام، فالمحكمة ملزمة بالقيام به كقاعدة عامة.

8- وسع قانون الأسرة الجزائري من حق الزوجة في المطالبة بالفراق، حيث عدد وسائل وسبل كثيرة لفصل الرابطة الزوجية، ومنها ما ورد في المادة 53، وهذه الأسباب مستمدة بالأساس من المبادئ العامة للفقه الإسلامي، وتتصل كلها بمفهوم الضرر بشكل عام فهي عبارة عن تكليف تشريعي حين أورد المشرع أنواعا من الأضرار، وترك الباب مفتوحا على

مصراعيه للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، لاعتبار أنواع أخرى من موجبات التفريق للضرر شريطة أن يقترن هذا الأمر بتعليل منضبط ومقبول.

9- لم تبين الفقرة 10 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري نوعا محصورا من الضرر، بل أقرت بأن أي تصرف من الزوج أو سلوكه المشين يقدم على ارتكابه في حق زوجته وتكون معه الحياة الزوجية مستعصية الاستمرار، يكون من موجبات التفريق للضرر وعلى هذا النهج سارت معظم التشريعات العربية المقارنة.

10- قد وُفق المشرع الجزائري في التعديل الذي أجري على قانون الأسرة، إذ جعل فقرة الشقاق المستمر بين الزوجين مستقلة في المادة 53 وكذا فقرة الضرر المعتبر شرعا الذي وسع فيه، كما أحسن المشرع فعلا بمنحه الزوجة الحق في التطليق في الحالة التي يكون فيها الزوج متسلطا ويرفض الطلاق، إذ غالبا ما نجد الزوجة تعيش في جحيم مستمر نتيجة الشقاق المستمر بينها وبين زوجها لتصرفاته اللاعقلانية، المخالفة لمبدأ "الإمساك بالمعروف" فلذلك يستوجب التسريح بإحسان.

11- بخصوص التفريق للشقاق والضرر، نجد المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 53 يحدد عن مبدأ المساواة الذي كرسه هذا الأخير، لأن الضرر كما قد يطال الزوجة قد يطال الزوج متى تضرر من زوجته بالرغم من أن له حق الطلاق بإرادته المنفردة.

12- بمجرد ما تصدر المحكمة حكما بالتفريق للشقاق والضرر، فهذا الأخير يتخذ وضعا معينا يتجلى بأنه بائن، حيث الحكم بالتفريق للشقاق والضرر قد يكون بائنا بينونة صغرى، كما قد يكون بائنا بينونة كبرى إذا كان في نصاب الطلقة الثالثة من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.

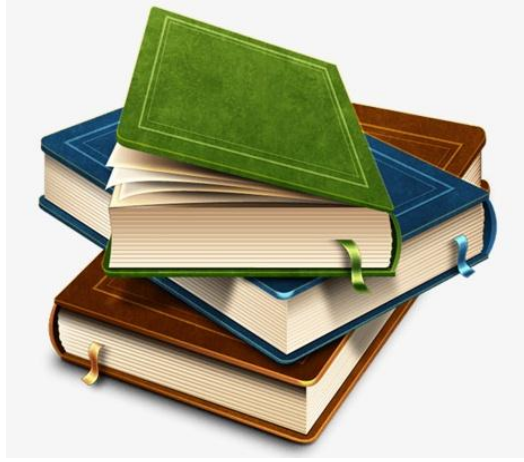
13- بمجرد إثبات الزوجة للشقاق والضرر الذي تستحيل معه العشرة الزوجية وفشل كل محاولات الإصلاح التي تقوم بها المحكمة بين الزوجين، تحكم بالتطليق وتلجأ لتحديد المستحقات التي تضمن حقوق الزوجة والأطفال ومنها مؤخر الصداق ونفقة العدة، وسكن العدة، ثم المتعة والتعويض بالإضافة إلى نفقة الأطفال وحضانتهم، وكل هذه المستحقات تستقل المحكمة بسلطة تقديرية واسعة ولا معقب عليها إلا من حيث التعليل.

وفي نهاية بحثنا هذا ندرج بعض المقترحات التي نراها مناسبة وضرورية هي:

- ضرورة إعطاء قضاة الأحوال الشخصية تكويناً خاصاً ليتمكنوا من خلاله الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية من فقه وأصول.
- إنشاء مراكز للتأهيل الأسري وإخضاع الشباب المقبل على الزواج إلى دورات تكوينية تكفل بشهادة تضم إلى الملف المطلوب لعقد الزواج.
- بخصوص الوسائل المعتمدة عليها في القضاء الجزائري للاستجابة لطلب الزوجة بالتفريق للشقاق والضرر، وتحديد الصور الفوتوغرافية، فإننا نقترح عدم التوسع في الأخذ بها حيث يجب على القضاء أخذ الحيطة والحذر منها، ذلك أن التطور التكنولوجي الذي عرفته الحياة الرقمية أفرز تطورا معلوماتيا يمكن من خلاله فبركة الصور وإدخال عليها مؤثرات هي في الحقيقة غير موجودة في واقع الأمر، وكذا التشديد والحزم في التعامل مع الشواهد الطبيعية لسهولة الحصول عليها.
- إن من بين الأسباب التي تؤدي إلى فشل محاولات الإصلاح بين الزوجين نجد كذلك الفضاعات التي يتم فيها هذا الإصلاح، ففحو المحاكم المكثف وكثرة الزحام من الأسباب التي لا تلين النفس ولا تجعلها في أهبة للصلح، لذلك نقترح إعداد فضاعات خاصة يتم فيها الإصلاح بين الزوجين بعيداً عن شوشرة المحاكم واكتظاظها إقتداءً في ذلك بما ذهبت إليه بعض الدول الغربية التي خصّصت فضاعات كمنتزهات للإصلاح بين الزوجين.

وفي الختام لا يسعنا إلا أن نذكر ما قاله القاضي الفاضل العماد الأصفهاني : (أني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غُيِّرَ هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قُدِّمَ هذا لكان أفضل، ولو تُرِكَ هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر).

قائمة المراجع



قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
 - السنة النبوية العطرة
 - الكتب الفقهية والقانونية:
1. مالك بن أنس، الموطأ، برواية يحيى بن كثير الليثي الأندلسي، كتاب الطلاق، ط3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1442هـ/2002م.
 2. أبي عبد الله مصطفى العدوي، فقه التعامل بين الزوجات وقبسات من بيت النبوة، ط1، دار ابن رجب، القاهرة، 1996.
 3. أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق فؤاد عبد الباقي، كتاب الرضاع، باب خير متاع الدنيا المرأة الصالحة، رقم الحديث 3660، المكتبة العلمية، لبنان، د.س.ن.
 4. أحكام القرآن للجصاص، 152/3، تحقيق محمد صالح قحماوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
 5. ابن همام: فتح القدير 244/4 .
 6. ابن العربي، أحكام القرآن، 1/424، دار الكتب العلمية، الطبعة، 1988/1408.
 7. ابن قدامة: المغني، 265/10.
 8. الإنصاف: 280/8.
 9. الشربيني الخطيب: مغني المحتاج، 261/3.
 10. الفقه المالكي والشافعي.
 11. الفقه الحنفي و الشافعي، ابن حزم الظاهري، المحلى 245/8، المكتبة التجارية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
 12. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، دار الفكر (1414/1953، 134/1).
 13. الحلي، تحرير الأحكام 578/3، مجموعة فقه الشيعة القرن الثامن، مطبعة اعتماد، مؤسسة الإمام الصادق، ط1.

14. الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1976.
15. الماوردي: الحاوي الكبير (245/12)، حققه علي محمد عوض، عادل أحمد الموجود دار الكتب العلمية، ط1، 1994/1414.
16. المغني و الشرح الكبير لابن قدامة 168/8، م س.
17. المحلى، 87/1.
18. المختصر النافع، 215.
19. الروضة البهية 233/2 وتحرير الأحكام 42/2.
20. الشرح الكبير، 172/8.
21. الشوكاني ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، شرح منتقى الأخيار.
22. الرصاع التونسي، شرح حدود ابن عرفة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى 1993.
23. التسولي، البهجة في شرح التحفة، 302/1.
24. بهاء الدين عبد الرحمان المقدسي، العدة في شرح العمدة، 586/2.
25. تفسير الطبري 5325/8.
26. تحفة المحتاج 457/7، لابن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية، مصر، 1357هـ/1883م.
27. تفسير القرآن العظيم لابن كثير، ج2/179، مكتبة الصفاء، ط1، 2005/1425.
28. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير 288/4، دار الكتب العلمية، ط1، 1989.
29. حاشية الدسوقي، 213/3، محمد عيش، شرح منح الجليل، 550/3.
30. حاشية ابن العابدين 573/2.
31. زين الدين محمد الرازي، مختار الصحاح، باب(ن) ، مؤسسة الرسالة.
32. سيد قطب في ظلال القرآن، دار الشروق، 657/2.
33. محمد بن كرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط1، ج4.
34. محمد عيش: منح الجليل 549/3.

35. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1985م.
36. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول، الزواج والطلاق وآثارهما، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006.
37. أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2004.
38. إبراهيم رفعت الجمال، الحقوق غير المالية بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
39. ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1/135.
40. ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1984.
41. العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، ط1، 2013.
42. الغازي الحسيني، التدريب على تحرير الوثائق العدلية - وثيقة وشرح - مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الثانية، 1995.
43. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
44. باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
45. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
46. بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، سطيف، الجزائر، 2008.
47. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2007.

48. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429هـ/ 2008م.
49. سالم البهنساوي، قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، ط2، دار القلم، الكويت، 1984.
50. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، الطبعة الثالثة، 1403هـ/ 1983م.
51. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة للنشر، الجزائر، 2010.
52. عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع القانونية، الإسكندرية، 1995.
53. عبد الفتاح تقية، قضايا في شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الأبيار، الجزائر، 2011.
54. عبد الفتاح طبارة، روح الدين الإسلامي، دار العلم للملايين، لبنان، 1993، 213/2.
55. عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها وفقا لأحدث التعديلات.
56. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل، دار الخلدونية.
57. عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000.
58. علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين و ما يتعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، مصر، د.ك.ن.
59. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نسا وشرعا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
60. لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

61. محمد إبراهيم الحفناوي، الطلاق، ط2، مكتبة الإيمان، مصر، 2005.
62. محمد إبراهيم الكوفي، قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 و مذكرته الإيضاحية المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 وأسبابه الموجبة مع مختارات من إجتهدات محكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية، د.ب.ن، 2006.
63. محمد الدسوقي، من قضايا الأسرة في التشريع الإسلامي، دار الثقافة، قطر، ط1، 1986، 120/1.
64. محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي ، 96/1، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، المغرب، ط2، 2011.
65. محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
66. محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2006.
67. محمد الكشيبور، شرح مدونة الأسرة، 102/2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
68. محمد الكشيبور، الوسيط في الأحوال الشخصية، 277/1.
69. محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
70. محمد بن كرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ج4.
71. محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار اليازوري للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
72. محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة ، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
73. محمد عبد الرحمان شميلة، أضواء على شقاق الزوجين، مكتبة الطالب الجامعي، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1986.

74. محمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.
75. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط9، دار محمود للنشر والتوزيع، 1999، القاهرة.
76. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق والإجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري، المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي، 2012.
77. منصور نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
78. نبيل صقر، قانون الأسرة الجزائري، نسا وفقها وتطبيقا، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2006.
79. نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي - مادة بمادة - على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2016.
80. نسرين شريقي وكمال بوفورورة، سلسلة مباحث في القانون، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، ط1، 2013.

● الأطروحات، الرسائل والبحوث:

1. آيت شاوش دليلة سعيد، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم السياسية، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014.
2. إلمات ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر -1- كلية الحقوق، 2011.
- بن عيشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين، دراسة نقدية تحليلية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2012.

3. صغير كنزة، الضرر كسب للتطبيق بين الشريعة والقانون، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015م/2016م.
4. عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة الإسلامية، قسم القضاء الشرعي، غزة، 2004.
5. معزوزي نادية ومجبار لامية، إلزام المساكنة بين الزوجين وأثر الإخلال بها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، الموسم الجامعي، 2014/2015م.
6. نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة نيل درجة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006.
7. بالفور ورد للإستشارات والخدمات، دراسة بحثية حول "حق المرأة في الحصول على التفريق"، دعوى التفريق للضرر للشقاق والنزاع (أسباب وعقبات وآثار)، مركز الأبحاث والاستشارات القانونية للمرأة، غزة، 2016.
8. حفيظ جميلة، الضرر كمعيار لفك الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل إجازة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، السنة من: 2006 إلى 2009.
9. ولد عمار نسيم، التطبيق، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 18، الجزائر، من: 2007 إلى 2010م.
10. ندخوشي إبراهيم، التطبيق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية، دراسة مقارنة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القضاء والسياسة الشرعية، هيكل ب، كلية العلوم الإسلامية، قسم القضاء والسياسة الشرعية، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزيا، 2012م.

● المجالات:

1. الإجتهاادات القضائية لغرفة الأحوال الشخصية، أعداد خاصة، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا.
2. دلاندة يوسف، قانون الأسرة، مدعم بأحداث مبادئ وإجتهاادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة، الجزائر، 2005.
3. حالات التفريق للشقاق في مدونة الأسرة المغربية، مجلة المعرفة القانونية عبر موقع الأنترنت: <http://mdroit.com/267.nml>
4. محمد قاسمي، تقرير حول رسالة لنيل دبلوم الماستر في موضوع التطبيق للضرر في ضوء أحكام مدونة الأسرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير، مجلة القانون والأعمال عبر موقع الأنترنت www.droitentreprise.org.
5. مجلة القانون والإقتصاد س7 ع6.
6. الموسوعة الفقهية الكويتية، 234/26 مس.
7. هادي حسين الكرعوي، التفريق القضائي، دراسة مقارنة، جامعة الكوفة، كلية الفقه، مجلة الكوفة، العدد 4.
8. الدليل العلمي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الأول، 2004م، ط3، فبراير 2007.

● المواقع الإلكترونية:

1. التفريق للضرر والشقاق في القانون الإماراتي، محاماة نت، إستشارات قانونية.
2. دورة حل عقد الزواج للدكتور محمد خير الشعال، مسجد أنس بن مالك، التفريق القضائي عبر موقع الإنترنت: www.Drshaal.com.FDrshaal.
3. منتديات الجلفة لكل الجزائريين، 2016/05/05م، <https://www.djelfa.info/vb>.

● الإجتهااد القضائي

4. ملف رقم 35891، قرار بتاريخ 1985/02/25، المجلة القضائية، ع1، 1989.
5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1987/01/06، المجلة القضائية، ع4، 1991.

6. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 12/01/1987، المجلة القضائية، ع1، 1991.
7. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 50519، قرار بتاريخ 26/09/1988، المجلة القضائية، العدد 2، 1992.
8. المحكمة العليا، القرار الصادر بتاريخ 27/03/1989 ملف رقم 53017، المجلة القضائية، العدد 1، 1991.
9. قرار المحكمة العليا رقم 57752، بتاريخ 25/12/1989، المجلة القضائية، العدد 1، 1991.
10. القرار الصادر بتاريخ: 23/11/1993، ملف رقم 96004، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 3.
11. قرار المحكمة العليا رقم 137571 بتاريخ 18/06/1996، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 2.
12. ملف رقم 139353، قرار بتاريخ 24/09/1996، ع2، 1997.
13. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 181648، قرار بتاريخ 23/12/1997، المجلة القضائية، العدد 1، 1997.
14. قرار بتاريخ 18/05/1999، غرفة الأحوال الشخصية، ع.خ، 2001.
15. ملف رقم 224655، قرار بتاريخ 15/06/1999، المجلة القضائية، ع.خ، 2001.
16. قرار بتاريخ 16/06/1999، غرفة الأحوال الشخصية، ع.خ، 2001.
17. قرار بتاريخ 16/06/1999، غرفة الأحوال الشخصية، ع.خ، 2001.
18. قرار المحكمة العليا تحت رقم 245119 بتاريخ 20/06/2000.
19. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 258555، قرار بتاريخ 23/01/2001، المجلة القضائية، العدد 2، 2002.
20. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 269594، قرار بتاريخ 18/07/2001، المجلة القضائية، العدد 1، 2003.
21. ملف رقم 624622، قرار بتاريخ 14/07/2011، المجلة القضائية، ع2، 2012.

22. القرار الصادر بتاريخ 2011/01/13، ملف رقم 596191، المجلة القضائية لسنة 2011، العدد 2.

● **القوانين:**

1. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يوليو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 مايو 2005، جريدة رسمية رقم 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 11-84، جريدة رسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

2. قانون رقم 09-08 مؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية (الجزائري)، ج ر، عدد 21 لسنة 2008.

3. قانون الأحوال الشخصية المصري، القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100، لسنة 1985.

4. قانون رقم 01 لسنة 2000: قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية، العدد 4 مكرر في 29 يناير 2000، نقلا عن محمد سناري، قوانين الأحوال الشخصية، مركز البحوث لمجموعة السناري، القاهرة، 2000.

5. قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 عام 1953 ومذكرته الإيضاحية والمعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975.

6. قانون الأحوال الشخصية للإمارات العربية المتحدة رقم 28 لسنة 2005.

7. مدونة الأحوال الشخصية (المغرب)، نشر بالجريدة الرسمية عدد 1354، الصادرة بتاريخ 13 جمادى الأولى 1377هـ الموافق لـ: 06 ديسمبر 1957. (مدونة الأحوال الشخصية الملغاة).

8. مدونة الأسرة المغربية الجديدة لسنة 2004.

9. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل بالقانون رقم 21 لسنة 1987.

الفهرس العام

الفهرس العام

الصفحة	فهرس المحتويات
	الإهداء
	التشكرات
01	مقدمة
06	الفصل الأول: التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والضرر في الشريعة الإسلامية.
06	المبحث الأول: ماهية التفريق للشقاق والضرر
06	المطلب الأول: مفهوم الشقاق والضرر
07	الفرع الأول: تعريف الشقاق والضرر
12	الفرع الثاني: تعريف مصطلح التفريق للشقاق والضرر
12	الفرع الثالث: مصدر المطالبة بحق التفريق للشقاق والضرر
14	المطلب الثاني: معالجة الإسلام لحالات النشوز
15	الفرع الأول: الحالة الأولى: نشوز الزوجة
17	الفرع الثاني: الحالة الثانية: نشوز الزوج
18	الفرع الثالث: الحالة الثالثة: نشوز كل من الزوجين عن صاحبه دون معرفة من المسيء منهما.
19	المطلب الثالث: نظام التحكيم
20	الفرع الأول: المخاطب بقوله تعالى: "وإن خفتن... فابعثوا..."
21	الفرع الثاني: شروط الحكمين
22	الفرع الثالث: دور الحكمين
23	المبحث الثاني: اختلاف الفقهاء في التفريق للشقاق والضرر
23	المطلب الأول: آراء الفقهاء حول التفريق للشقاق والضرر
24	الفرع الأول: الرأي المعتبر لشقاق والضرر سببا للتفريق

25	الفرع الثاني: الرأي المخالف لإعتبار الشقاق والضرر سببا للتفريق
26	الفرع الثالث: الرأي المختار في التفريق لعدة الشقاق والضرر
27	المطلب الثاني: قول الفقهاء في مهمة الحكمين والخلاف فيه
27	الفرع الأول: القول الأول: من قال بعدم التفريق للشقاق والضرر
29	الفرع الثاني: القول الثاني: من قال بالتفريق للشقاق والضرر
31	الفرع الثالث: القول المرجح في تفريق الحكمين من عدمه
32	المطلب الثالث: التفريق للضرر في المذهب المالكي
32	الفرع الأول: ما قيل في الضرر
35	الفرع الثاني: الطلاق بيد الحاكم أو بيد المرأة نيابة عنه
36	الفرع الثالث: المبادئ العامة للتفريق للضرر في المذهب المالكي
37	المبحث الثالث: طبيعة الشقاق والضرر المبررين للتفريق
37	المطلب الأول: طبيعة الشقاق المبرر للتفريق
38	الفرع الأول: شروط الشقاق الموجب للتفريق
38	الفرع الثاني: مقومات الشقاق الموجب للتفريق
39	الفرع الثالث: خصائص الشقاق المبرر للتفريق
40	المطلب الثاني: طبيعة الضرر المبرر للتفريق
40	الفرع الأول: صور الضرر المجيزة للتفريق وشروطه
42	الفرع الثاني: إثبات الضرر المبرر للتفريق
44	الفرع الثالث: التعويض عن الضرر في التفريق للشقاق
46	المطلب الثالث: نوع الفرقة بالتفريق للشقاق والضرر أثر التفريق به وطرق معالجة الشريعة له
46	الفرع الأول: حكم التفريق للشقاق والضرر
47	الفرع الثاني: أثر التفريق بسبب الشقاق والضرر
47	الفرع الثالث: سبل معالجة الشريعة للشقاق والضرر المبررين للتفريق
59	الفصل الثاني: التفريق بين الزوجين لعدة الشقاق والضرر في القانون
59	المبحث الأول: التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر في قوانين بعض البلاد

	العربية
59	المطلب الأول: في القانونين المصري والسوري
60	الفرع الأول: في القانون المصري
65	الفرع الثاني: في القانون السوري
69	المطلب الثاني: في القانونين العراقي والإمارتي
69	الفرع الأول: في القانون العراقي
73	الفرع الثاني: في القانون الإماراتي
76	المطلب الثالث: في القانونين المغربي والجزائري
77	الفرع الأول: في القانون المغربي
80	الفرع الثاني: في القانون الجزائري
85	المبحث الثاني: منازعات التفريق للشقاق والضرر في القانون الجزائري
85	المطلب الأول: دعوى التفريق للشقاق إجرائيا
86	الفرع الأول: المحكمة المختصة
86	الفرع الثاني: دور النيابة العامة في قضايا التفريق
90	الفرع الثالث: إثبات الضرر للشقاق
92	المطلب الثاني: دعوى التفريق للشقاق موضوعيا
92	الفرع الأول: حل الرابطة الزوجية
93	الفرع الثاني: آثار الحكم بالتفريق
105	الفرع الثالث: التعويض
106	المطلب الثالث: الإجتهاادات القضائية في التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين
107	الفرع الأول: إجتهااد المحكمة العليا في التفريق للشقاق
109	الفرع الثاني: إجتهااد المحكمة العليا في تقدير الضرر المعترف شرعا
112	الفرع الثالث: إجتهااد المحكمة العليا في إثبات الضرر وفي التعويض
117	خاتمة
123	المراجع
130	الفهرس

