المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق في قانون الأسرة الجزائري

الأستاذ عبدو أحمد[1]

مقدمـــة

نصت المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل بموجب الأمر رقم 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أنه:" إذا أشتد 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 يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

ويظهر من خلال المادة 56 أن الأمر يتعلق بالشقاق الذي يقع بين الزوجين ولا يثبت فيه ضرر، الواقع الذي يلزم القاضي بعث حكمين للإصلاح بينهما ومعرفة أسباب الشقاق.

ثم جاء تعديل المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ليضيف بموجب الفقرة الثامنة منها سببا آخر من أسباب التطليق التي تجيز للزوجة أن تطلب على أساسها التطليق بحيث نصت هذه الفقرة على أنه:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:...8- الشقاق المستمر بين الزوجين".

وبناء على ذلك نجد أنفسنا أمام إشكالية هامة تطرح بموجب هذا التعديل والمتمثلة في مفهوم الشقاق المستمر؟ وهل هو الشقاق الذي نصت عليه المادة 56؟ أم هو شقاق من نوع خاص؟ وهل يشترط للحكم بالتطليق للشقاق المستمر إضرار الزوج بزوجته؟ وهل المقصود بالشقاق المستمر هو ذلك الشقاق الذي يقع خارج

1- أستاذ بكلية الحقوق بجامعة سعد دحلب – البليدة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ساحة القضاء أم داخله؟ وهل يشترط ثبوت الشقاق المستمر اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين؟

وللإجابة على هذه الإشكاليات نتطرق لمفهوم الشقاق لغة واصطلاحا، ثم نتطرق إلى موقف الاجتهاد القضائي في تعريفه للشقاق المستمر بين الزوجين وذلك لمعرفة مدى صلاحية هذا الاجتهاد لتعريف الشقاق المستمر وبالتالي رفع اللبس والغموض على الفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة.

أولا- تعريف الشقاق

1 - تعريف الشقاق لغة

2- تعريف الشقاق اصطلاحا

1 - تعريف الشقاق لغة

الشقاق **لغة** مشتق من الشق بالكسر وهو نصف الشيء، والشق أيضا الناحية من الحبل وفي حديث أم زرع:" وجدني في أهل غنيمة بشق"[1].

وإن شق الشيء فهذا يدل على انصداع فيه، تقول شققت الشيء أشقه شقا، إذا أصدعته، وبيده شقوق، وبالدابة شقاق، والأصل واحد. والشقة: شظية تشظى من لوح أو خشبة[2].

ومن الباب: الشقاق وهو الخلاف، وذلك إذا انصدعت الجماعة وتفرقت يقال: شقوا عصا المسلمين، وقد انشقت عصا القوم بعد التئامها، إذا تفرق أمرهم، ويقال أصاب فلان شق ومشقة، وذلك الأمر الشديد كأنه من شدته يشق الإنسان شقا[3].

والمشاقة والشقاق: الخلاف والعداوة[4]. قال الشاعر:

وإلا فاعلموا أنا وأنتم في شقاق بغاة ما بقينا في شقاق

والشقاق مأخوذ من كلمة الشق، والشق بمعنى إبعاد شيء آخر مثل النجار حين يشق الخشب[5].

وعرف الشقاق أيضا بأنه غلبة العداوة والخلاف بين اثنين وسمى ذلك شقاقا لأن كل فريق من فرقتي العداوة قصد شقا أي ناحية غير شق صاحبه[6].

1- عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ، لبنان، 2007، ص 114.
2- أبو الحسن أحمد بن فارسبن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الكتب العلمية، إيران، الجزء الثالث، ص 170
3- أبو الحسن أحمد بن فارسبن زكريا، المرجع السابق، ص 171
4- محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 2007، ص 912
الرازي، المرجع السابق، ص 144
5- محمد متولي الشعراوي، أحكام الأسرة والبيت المسلم، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2004، ص 208
6 - إبن منظور، الجزء الثامن، ص 112

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولقد ورد ذكر الشقاق في عدة مواضع في كتاب الله: ﴿**وَّإِن تَوَلَّوْاْ فَإِنَّمَا هُمْ فِي شِقَاقٍ فَسَيَكْفِيكَهُمُ اللّهُ**﴾[1]، وقوله تعلى: ﴿**وَإِنَّ الَّذِينَ اخْتَلَفُواْ فِي الْكِتَابِ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ**﴾[2]. وقوله تعالى: ﴿**وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ**﴾[3].

وفي تفسير هذه الآية يقول "إبن كثير":« ومن سلك غير طريق الشريعة التي جاء بها الرسول صلى الله عليه وسلم فصار في شق والشرع في شق[4].

قال تعالى: ﴿**وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ**﴾[5] قال "إبن كثير":«أي في ظلال ظلال ومخالفة وعناد بعيد أي عن الحق والصواب»[6].

ومن خلال هذه الآيات نجد أن الشقاق لا يعني دائما العداوة بل معناه الأكيد هو الخلاف وبمعنى أصح هو الاختلاف في الاتجاهات فكل فريق يختار اتجاه غير الآخر[7].

2- تعريف الشقاق اصطلاحا

إن معنى الشقاق **اصطلاحا** يدور حول معنى وهو أن المقصود بالشقاق بين الزوجين وقوع الخلاف والعداوة بينهما على نحو يستدعي تدخل الآخرين للإصلاح بينهما[8].

وعرف الشقاق بذلك الوضع الذي يكون فيه الزوجين في دائرة الخلاف والعداوة، ويصر كل منهما على اتخاذ سلوك يسعى من خلاله بالشق على نفس صاحبه، مما يتعارض ومقتضيات المودة والرحمة والسكن إلى الآخر[9].

وعرف الشقاق أيضا بأنه الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية[10].

1- سورة البقرة الآية 137
2- سورة البقرة الآية 176
3 - سورة النساء الآية 115
4- إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن الكريم العظيم، دار النشر والتوزيع الإسلامية، القاهرة، 1998، الجزء الجزء الأول، ص 731
5- سورة الحج الآية 53
6- إبن كثير المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 282
7- عائشة محمود جاسم الذاودي، التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، كلية الحقوق، 2005، ص 181
8- أشرف محمد محمود الخطيب، وسائل معالجة النشوز والشقاق بين الزوجين، جامعة الأزهر، مجلة كلية الشريعة والقانون، فرع أسيوط، العدد الثالث عشر، الجزء الأول، 2001، ص 153، 154
9- أحمد حسين طه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء، دار الحكمة، لبنان، الطبعة الأولى، 2002، ص 78
10- وزارة العدل المغربية، دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الأول، 2004، دار القلم، الرباط، المغرب، ص 71

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي تعريف آخر للشقاق، فهو ذلك النزاع الشديد بين الزوجين ودوام السباب الفاحش والتضارب بينهما مما يلزم القاضي بعث حكما من أهله وحكما من أهلها لينظرا في أمرهما ويصلحا بينهما أو يفرقا إن عسر الإصلاح[1]

يقول "القرطبي" في تعريف الشقاق: " فكأن كل واحد يأخذ شقا غير شق صاحبه، أي ناحية غير ناحية صاحبه[2].

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الشقاق بل اكتفى بالنص عليه في المادتين 53 و56، بحيث نصت المادة 53 على أنه: « يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية...8- الشقاق المستمر بين الزوجين....». ونصت المادة 56:« إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما...».

ونلاحظ أن المادة 56 قد عرفت الشقاق بطريقة غير مباشرة باعتباره ذلك الخصام الشديد بين الزوجين والذي لا يثبت فيه الضرر.

ولقد فوجئنا بإضافة المشرع للمادة 8/53 سببا من أسباب التطليق وهو الشقاق المستمر بين الزوجين وذلك بموجب التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة الجزائري بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ومن ثم نجد أنفسنا متسائلين عن مفهوم الشقاق الذي نصت عليه المادة 53؟، وما هو الفرق بينه وبين الشقاق المنصوص علبه في المادة 56 ؟.

والشقاق يأخذ مظهرين إما أن يكون نزاعا متبادلا بين الزوجين دون أن يثبت الضرر، وإما أن يكون شقاقا صادرا عن أحد الزوجين، ويسمى حينئذ نشوزا وذلك بعد اكتشافه من طرف الحكمين وكلاهما له أحكام خاصة، إذن كان من الأجدر على المشرع أن يعرف الشقاق في المادة 53 وشروطه حتى يتسنى لنا معرفة الفرق بينه وبين الشقاق المنصوص عليه في المادة 56.

أما مدونة الأسرة المغربية فلم تعرف أيضا الشقاق، بل نصت عليه في المادة 94 بقولها على أنه: «إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينها يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82».

ونصت المادة 97 من مدونة الأسرة على أنه:« في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه». ونلاحظ أن مدونة الأسرة المغربية قد حددت كيفية إثبات وجود الشقاق المستمر بين الزوجين، وذلك من خلال محضر عدم

1 ـ الإمام محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء السادس، ص 346
2- أبو عبد الله القرطبي، تفسير القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، ص 174

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الصلح الذي يعد قرينة على استمرار الشقاق بين الزوجين وإصرار كل زوج على موقفه.

ويبدو أن الشقاق من منظور مدونة الأسرة هو اختلال الاحترام والود بين الزوجين وارتفاع أحدهما على الآخر معاداة له بشكل يخل بالحقوق والواجبات المتبادلة بينهما ويحول دون استمرار علاقتهما[1].

وإن التساؤل الذي يطرح في هذا السياق، هو هل يشترط في الشقاق الذي هو محل التحكيم أن يكون مصدره الزوجة بنشوزها فقط أو مصدره نشوز الزوج فقط أم نشوز الزوجين معا مع إشكال الأمر على القاضي في معرفة الظالم من المظلوم؟

لقد اختلفت مواقف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل على عدة أقوال أهمها:

- إذا اشتبه حالهما بأن أدعى كل منهما على صاحبه، وفي ذلك يقول الشافعي: ﴿**وإن خفتم شقاق بينهما**﴾، والذي يشبه ظاهر الآية فما عم الزوجين معا حتى يشتبه فيه حالهما لأن الله أذن في نشوز الزوج أن يصطلحا وأذن في نشوز الزوجة بالضرب، وأذن في خوفهما ألا يقيما حدود الله بالخلع...، فلما أمر فيمن خفنا الشقاق بينهما بالحكمين، دل على أن حكمهما غير حكم الأزواج غيرهما... أن يشتبه حالهما في الشقاق فلا يفعل الرجل الصفح ولا الفرقة، ولا المرأة تأدية الحق ولا الفدية...، وتباين حالهما في الشقاق، والتباين هو ما يصيران فيه من القول والفعل إلى مالا يحل لهم ولا يحسن، ويمتنعان كل واحد منهما من الرجعة ويتماديان فيما ليس لهما، ولا يعطيان حقا ولا يتطوعان لا واحد منهما بأمر يصيران به في معنى الأزواج غيرهما، فإذا كان هكذا بعث حكما من أهله وحكما من أهلها...» قال الماوردي: وهذا الباب يشتمل على الحكم في نشوز الزوجين، وهو الشقاق[2]

- إذا وقعت العداوة وخشي عليهما أن يخرج ذلك إلى العصيان، أي إذا شجر بين الرجل وامرأته، بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها لمعرفة حال الظالم منهما[3].

- فإن اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي حكما من أهله وحكما من أهلها لينظرا في أمرهما[4].

1 ـ الحسين العلمي، مشطرة الشقاق في مدونة الأسرة، مجلة المعيار، العدد الثاني والثلاثون، ص 165 وما بعدها. مشار إليه في مؤلف محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، إنحلال ميثاق الزوجية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2006، ص 102

2- محمد إدريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، ص 115. حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثاني عشر، ص 245

3- عبد الله موفق الدين بن قدامة، المغنى على مختصر الخرقي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الجزء العاشر، ص 220. علي إبن حزم، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء التاسع، ص 246

4- أبو بكر السيد البكري الدمياطي، إعانة الطلبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 379

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- فإن ادعى كل واحد منهما النشوز على الآخر، أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة ليعرف الظالم منهما، فيمنع من الظلم فإن بلغا إلى الشتم والضرب، بعث الحاكم حكمين للإصلاح أو التفريق[1].

- إن المرأة إذا ادعت أن زوجها يضربها وتكرر رفع شكواها به للقاضي وتعذر عليها إثبات ذلك، فإن الشأن في ذلك أن يبعث القاضي حكمين عدلين. أي أن يشكل الأمر ما بينهما وتكررت شكواهما ولا بينة مع واحد منهما ولم يقدر على الإصلاح بينهما فيبعث حكمان[2]. وهذا ما أخذ به القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 بموجب المادة السادسة التي تنص على أنه: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب التفريق...، فإذا رفض الطلب وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين...".

- إذا فتح ما بين الرجل وامرأته حتى لا تثبته بينهما بينة ولا يستطاع التخلص إلى أمرهما فإذا بلغا ذلك، بعث الوالي رجلا من أهلها ورجلا من أهله[3]. وهذا كله يقتضي أن الحكمين إنما يبعثان عند إشكال أمر الزوجين، وهذا الذي عليه أكثر المالكية[4].

وهذا الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري بموجب المادة 56 التي تنص على أنه:

-" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما". - وإنما يبعث الحكمين إذا ارتفع الزوجان إلى السلطان، فشكا كل واحد منهما صاحبه وأشكل عليه المحق من المبطل، لأنه إذا لم يشكل المحق من المبطل، فلا وجه لبعثه الحكمين في أمر عرف الحكم فيه[5].

- إذا أشكل أمرهما، ولم يدر ممن الإساءة منهما، فأما إذا عرف الظالم فإنه يؤخذ له الحق من صاحبه ويجبر على إزالة الضرر[6].

- إن استمر الإشكال والنزاع بعث الحاكم حكمين من أهلهما[7].

ومن خلال عرض أقوال الفقهاء في طبيعة الشقاق الذي يستدعي اللجوء إلى التحكيم نلاحظ أن أغلب الفقهاء ذهب إلى أن بعث الحكمين يكون في حالة ما إذا

1- أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، درا إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، ص 89
2- محمد بن أحمد ميارة، تحفة الحكام، مطبعة الاستقامة، القاهرة، الجزء الأول، ص 192، محمد بن جزي، القوانين الفقهية، منشورات دار الكتب، الجزائر، 1987، ص 171
3- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، ص 367
4- محمد بن عبد الله الخرشي، منح الخليل شرح مختصر خليل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، ص 177
5 ـ الطبري، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 54
6- القرطبي، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 174
7- أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، مصر، 1992، الجزء الثاني، ص 505

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شكا كل واحد من الزوجين الآخر، وأشكل الأمر على القاضي ولم يعرف الظالم من المظلوم لانعدام إثبات الضرر بينهما.

وللشيخ "أبو زهرة" رأي آخر في سبب بعث الحكمين، بحيث يقترح بجعل بعث الحكمين في كل قضايا الزوجية وفى ذلك يقول: "وإنا ندعو ذوي الأمر في هذه الأمة إلى جعل التحكيم أول خطوة يخطوها القضاء في إصلاح ذات البين إن كان خلاف بين عضوي الأسرة وركنيها، فلأن التحكيم هو الذي يحسم الداء، ويطب للقلوب، إذ لا يعرف الطب للقلوب الشاردة إلا ذووها، والأدنون منها، ولابد للعلاج الصحيح من ظهور الآلام الحقيقية التي يتلظى بها الزوجين. وتلك الآلام لا تبدو على وجهها الصحيح بين يدي القضاء، بل ربما سترها المتخاصمون عمدا وقصدا، واتخذوا المكايدات سبيلا للنقمة، فتتبدل العلاقة الزوجية، من وداد وتعاطف، إلى نزاع وتخاصم... وكانت النتيجة المنطقية لمثل هذا القول أن يقترح جعل التحكيم واجبا لازما على القضاء الشرعي عند كل خلاف بين زوجين..."[1].

ومن أهم المسائل التي تلزم من شأنها تنصيب الحكمين حالة استحكام النشوز من جانب الزوجة دون أن يكون من الزوج ما يسوءها، ويجمع الرأي الفقهي أن توافر حال استحكام النشوز يمنح الزوج الحق في مخاصمتهما أمام الحاكم الشرعي، فإذا ما ثبت إخلالها وتقاعسها دون أن يكون من الزوج ما يسوءها، وجب تنصيب الحكمين خاصة في ظل اختلال مفهوم الحكم الشرعي الآمر بطاعة الله والامتثال لأحكامه في شأن ميثاق النكاح وما أوجبه الله في شأن الزواج، وفي ظل مجموعة الأحكام القوانين الحمائية التي خلفت المناخ الصالح لنشوز الزوجة واستئمارها وغلبتها على الأمر[2].

والذي نرى ترجيحه من خلال الأقوال السابقة هو أن الشقاق الذي يعتبر محلا للتحكيم، هو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء في أن حالة بعث الحكمين هي الحالة التي يختلف فيها الزوجان كأن أدعى الزوج نشوز زوجته، وادعت هي عليه تعديه وتقصيره في أداء حقوقها، ولم يدر مصدر الإساءة، هل هي من الزوج أم من الزوجة ؟ فبمجرد ما يرفع نزاعهما إلى القاضي ويتحقق من جهل حالهما بعث الحكمين لمعرفة أسباب الشقاق.

واستدلالنا في ذلك ما ذكره الفقهاء أنه إذا عرض نزاع الزوجين على القاضي وعرف الظالم، فإنه يجبر على إزالة الضرر[3].

1- محمد أبو زهرة، نظرات في قانون الأسرة، الشقاق بين الزوجين والتفريق بسببه، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، العدد السادس، نوفمبر، 1937، ص 990، 991

2- ملكة يوسف محمد زرار، طاعة الزوجة بين الحق والواجب في الشريعة ألإسلامية والشرائع الأخرى، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1994، ص 270

3- القرطبي، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 174

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا- تعريف الشقاق المستمر طبقا للاجتهاد القضائي

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الذي حاول تعريف الشقاق المستمر فإننا نلاحظ أن هذا الاجتهاد كان سابقا على تعديل المادة 53 من قانون الأسرة بإضافة سببا من أسباب التطليق وهو الشقاق المستمر، ومن خلال بحثنا في إطار الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا تحصلنا على الأحكام التالية:

1- "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا".

ولما كان ثابتا - 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 كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون"[1].

ونلاحظ من خلال قراءتنا لهذا القرار أن المحكمة العليا قد أخذت بسبب لم يكن منصوصا عليه في المادة 53 قبل تعديل 2005 وهو الخصام الشديد والطويل الذي يسبب ضررا للزوجة بحيث تصبح العشرة الزوجية مستحيلة بين الزوجين، وبالتالي يمكن القول أن المحكمة العليا وفق هذا القرار قد عرفت الشقاق المستمر بين الزوجين بذلك الخصام المستفحل بين الزوجين والذي دام لمدة طويلة ترتب عليه ضرر شرعي جعل الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار.

2- "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام بين الزوجين وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا.

ومتى تبين – في قضية الحال- أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وإن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج طبقوا صحيح القانون"[2].

وبقراءتنا لهذا القرار، فإننا نلاحظ أنه تأكيد لقرار المحكمة العليا السابق ذكره بحيث اعتبرت المحكمة العليا أن مجرد استفحال الخصام بين الزوجين وطول

1- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1996/09/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية، 1992، عدد خاص، ص 96، مشار إليه في مؤلف بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ إجتهاد المحكمة العليا، خلال أربعين سنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2007، ص 280

2- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 224655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 129، مشار إليه في مؤلف بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 283

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مدته هو ضرر يصيب الزوجة ويجعل طلبها للتفريق لاشتداد الخصام مؤسسا قانونا.

3- "من المقرر فقها وقانونا أنه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة عدم الإنفاق ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة الإسلامية غير صحيح.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين وثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1].

وبقراءتنا لهذه القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا نلاحظ أنها كرست اجتهادا قضائيا مفاده أن الزوجة التي يطول ويستمر خلافها وخصامها مع زوجها لها الحق في طلب التطليق على هذا الأساس وهو الشقاق المستمر.

كما نلاحظ من خلال هذه القرارات أن المحكمة العليا تأخذ بمفهوم ضيق للشقاق المستمر الناشئ عن لجوء الزوجة للقضاء لحل نزاع أسرى صدر فيه حكم ضد الزوج، ورفض هذا الأخير تنفيذه.

ولم تلجأ المحكمة العليا من خلال هذه القرارات إلى تعيين حكمين للإصلاح والتوفيق بين الزوجين، ومن ثم نقول أن المحكمة العليا لا تشترط للتطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين اللجوء إلى التحكيم المنصوص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة، ونعتبر ذلك مخالفا لما يقضي به الفقه الإسلامي في اشتراطه اللجوء إلى التحكيم كلما نشأ شقاق بين الزوجين تطبيقا لقوله تعالى: ﴿**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا**﴾[2].

وبناء على ما سبق نلاحظ أن إضافة الفقرة الثامنة للمادة 53 من قانون الأسرة هو تكريس لاجتهاد قضائي سابق منح للزوجة حق التطليق كلما طال خصامها وخلافها مع زوجها أمام القضاء.

خاتمــة

من خلال البحث عن المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين طبقا للفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة توصلنا إلى ترتيب النتائج التالية:

1- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وقضاء، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 189

2- سورة النساء الآية 35

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1- إن الشقاق المستمر بين الزوجين هو ذلك الخصام والخلاف الذي طال أمده بين الزوجين.

2- إن ثبوت الشقاق المستمر بين الزوجين حسب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا يكون في دائرة القضاء وذلك بعد أن تطرح الزوجة نزاع أسريا على القضاء تطالب بحق من حقوقها الزوجية.

3- إن استمرار الشقاق بين الزوجين يعتبر حسب اجتهاد المحكمة العليا ضررا يلحق الزوجة عندما يصر الزوج على عدم تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بحق من حقوق الزوجة المترتبة على عقد الزواج.

4- لم يشترط اجتهاد المحكمة العليا المتعلق بالشقاق المستمر بين الزوجين اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين بخلاف ما نص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالشقاق بين الزوجين الذي لا يثبت فيه ضرر.

5- إن الفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة قد جعلت نص المادة 56 من قانون الأسرة بدون جدوى، فبعد تعديل المادة 53 أصبح من مصلحة الزوجة أن تطالب بالتطليق على أساس الشقاق المستمر وليس على أساس الشقاق المنصوص عليه في المادة 56 لأن تطبيق المادة 56 يقتضي أن ترفع الزوجة دعوى للتطليق بسبب الضرر المعتبر شرعا، وترفض دعواها لعجزها عن إثبات الضرر ثم تكرر دعواها مرة أخرى أمام القضاء.

ومن أجل رفع اللبس والغموض عن الفقرة 08 من المادة 53 من قانون الأسرة نقترح ضرورة إدماج هذه الفقرة في إطار أحكام المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري وذلك ليتطابق مفهوم الشقاق المستمر مع أحكام الاجتهاد القضائي للحكمة العليا ، ونقترح صياغة هذه المادة كما يلي:

-يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للشقاق في الحالتين التاليتين:

1- إذا استمر الشقاق بين الزوجين نتيجة نزاع قضائي طال أمده وأصر الزوج على الإخلال بحق أو حقوق زوجته، بالرغم من صدور حكم يلزمه بأداء هذا الحق.

2- إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر الذي تدعيه الزوجة، ثم تكررت دعواها مع عجزها عن إثبات الضرر.

يعين القاضي في الحالتين السابقتين حكمين للتوفيق بينهما، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة على أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المراجع

1. إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار النشر والتوزيع الإسلامية، القاهرة 1998.
2. إبن جرير الطبري، تفسير الطبري، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1998.
3. أبو عبد الله القرطبي، تفسير القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
4. أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، مصر، 1992.
5. الإمام محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين، در الفكر، بيروت، لبنان.
6. أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
7. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
8. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
9. حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
10. عبد الله موفق الدين بن قدامة، المغنى على مختصر الخرقي، المكتب الإسلامي بيروت، لبنان.
11. محمد بن أحمد ميارة، تحفة الحكام،مطبعة الاستقامة، القاهرة.
12. علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
13. أحمد حسين طه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء، دار الحكمة، لبنان، الطبعة الأولى، 2002.
14. محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان.
15. محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، إنحلال ميثاق الزوجية، الطبعة الأولى، 2006.
16. محمد بن يعقوب الفيروز بادي، القاموس المحيط، در الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2007.
17. محمد متولي الشعراوي، أحكام الأسرة والبيت المسلم، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2004.
18. أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الكتب العلمية، إيران.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

19. عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 2007.
20. ملكة يوسف محمد زرار، طاعة الزوجة لزوجها بين الحق والواجب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1994.
21. عائشة محمود جاسم الذوادي، التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، كلية الحقوق، 2005.
22. محمد أبو زهرة، نظرات في قانون الأسرة، الشقاق بين الزوجين والتفريق بسببه، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، العدد السادس، نوفمبر 1937.
23. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وقضاء، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2006.
24. أشرف محمد محمود الخطيب، وسائل معالجة النشوز والشقاق بين الزوجين، جامعة الأزهر، مجلة كلية الشريعة والقانون، فرع أسيوط، العدد 13، الجزء 01، 2005.
25. بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ إجتهاد المحكمة العليا خلال أربعين سنة، 2006/1966، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2007.
26. وزارة العدل المغربية، دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعرفة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الأول، 2004، دار القلم، الرباط، المغرب.
27. قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
28. مدونة الأسرة المغربية الصادرة في 03 فبراير 2004.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com