

## مسائل لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري ودور اجتهادات المحكمة العليا في استكمالها

### *Issues not provided for in the Algerian Family Law and the Role of the Jurisprudence of the Supreme Court in its Completion*



طالب الدكتوراه/ عماد شريفي<sup>1,2,3</sup>، الأستاذ/ مبروك المصري<sup>1</sup>

<sup>1</sup> جامعة أدرار، (الجزائر)

<sup>2</sup> مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار

<sup>3</sup> المؤلف المراسل: ima.cherifi@univ-adrar.dz

تاريخ النشر: 2020/04/28

تاريخ القبول للنشر: 2020/04/02

تاريخ الاستلام: 2020/02/06



مراجعة الهقال: اللغة العربية: أ. / حبيب بوزوادة (جامعة همسكر) اللغة الإنجليزية: د. / أحمد عناد (جامعة الوادي)

#### ملخص:

لا شك أن لاجتهادات المحكمة العليا دور كبير في استكمال ما غفل عنه المشرع في قانون الأسرة الجزائري، وذلك على اعتبار أن الصياغة التشريعية ولدت كثيرًا من النصوص الغامضة والمسائل العالقة (المدغمة) التي يكتسبها العموم وتحتاج لتفسير، فضلًا عن مسائل أخرى شابهها النقص والتعارض، حيث وضع المشرع الجزائري المادة 222 من قانون الأسرة للرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، حتى يكمل التطبيق القضائي مهمته في سد ثغرات القانون على أكمل وجه كحل لكل مسألة لم ترد فيه، وهو ما سارت عليه معظم التشريعات الأسرية العربية على اختلاف مذاهبها الفقهية، وجاءت هذه الورقة البحثية لتبين بعض المسائل التي أغفلها القانون ولم يرد فيها نص، وتجلي دور القضاء في إكمالها.

**الكلمات المفتاحية:** قانون الأسرة؛ الاجتهاد؛ الشريعة الإسلامية؛ المحكمة العليا؛ الشهود؛

الشقاق.

#### **Abstract:**

*There is no doubt that the Supreme Court's jurisprudence plays an important role in completing what the legislator overlooked in the Algerian family law, given that the drafting of legislation has generated many vague legal texts and general pending issues that call for immediate clarification, in addition to other issues marked by incompleteness and contrast. In a bid to overcome this issue, the Algerian legislator established the Article 222 of the Family Law to refer to the Islamic law (Shari'a) in order to fill in all legal gaps as a solution to any unstated issues in the Family Law.*

*This jurisprudence was well-grounded in Family legislations of Arab countries regardless of their different schools of jurisprudence. The present paper*

*addresses a number of quite significant omissions from the Law and some unstated issues, in addition to the role of the judiciary in implementing them.*

**Key words:** Family Law; Jurisprudence; Shari'a; Supreme Court; Witness.

### مقدّمة:

تعتبر قواعد قانون الأسرة من القوانين المهمة التي تُعنى بتنظيم حياة الفرد وعلاقته بأسرته، فهي تحاول زحزحة كل العوائق التي تعترى الأسرة خلال الحياة، وبالأحرى تنظم الخلية الأساسية داخل المجتمع، والتي تحتوي على مسائل الزواج وما ينتج عنه من آثار وحقوق، وكذا الطلاق وما ينتج عنه من آثار وحقوق باعتبارهما مسائل مهمة لاستقرار الأسرة، مما يُنتج مجتمعا منظما ومتناسقا، وعليه كان من الضروري أن يكون للأسرة قانونٌ يضبط أوضاعها ويبين حقوق والتزامات كلا الزوجين وأبنائهما، الأمر الذي جعل من مُشرعي قوانين الأحوال الشخصية يبذلون جهودا مُضنية من أجل الخروج بقواعد قانونية مُنظمة واضحة لا يشوبها الغموض ولا الإبهام، ولا التناقض والتعارض، تكون جلية و سلسلة مكتوبة بلغة قانونية صحيحة، الأمر الذي يُسهّل على رجال القضاء تطبيقها دون عراقيل ولا صعوبات.

وعلى غرار باقي قوانين الأحوال الشخصية العربية، استمدت معظم مواد قانون الأسرة الجزائري 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 والمعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 من الشريعة الإسلامية، فهي بذلك تُعتبر مصدرا أصيلا له إلى جانب المصادر الأخرى، وبالرغم من التعديل الأخير لقانون الأسرة إلا أنه وباستقراء كثير من النصوص فيه؛ ظهر لنا أنّ المشرع قد أغفل الكثير من المسائل، مما جعل بعضها يشوبها النقصان والتعارض، والبعض الآخر التضارب، فأنتج نصوصا عامة؛ نصوصا لا تعالج صلب المسألة ولا تتطرق لجوهرها، ومن أجل استدراك هذا القصور التشريعي ومعالجته ولو بشكل جزئي؛ كان على المشرع أن يفتح الطريق أمام الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا لسد هذا النقص وتيسيرا لمهمة القاضي، وذلك عن طريق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيله إلى الشريعة الإسلامية في حال انعدام النص القانوني للمشكلات العملية المستحدثة، ورغم أن هذه الإحالة جاءت مطلقة دون التقيد بمذهب فقهي معين إلا أن قضاء المحكمة العليا حاول الاستقرار على مبادئ يستأنس بها القضاة الآخرون، سواء على مستوى المحاكم أو المجالس لتكوين ما يسمى بـ "السابقة القضائية" في المفهوم الغربي، وتتجلى أهمية هذا البحث في إمالة اللثام عن بعض المسائل التي لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري واغفلها، وأخرى لم يستوف بعضا من جوانبها، ثم تبيان دور قضاء المحكمة العليا في استكمالها، مما يطرح التساؤل التالي: ما هي المبررات العملية التي أدت بالمشرع إلى الدفع بعجلة الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة؟ وكيف يمكن للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على إطلاقها أن توحد الاجتهاد القضائي؟ وهل ساهمت قرارات المحكمة العليا في سد ثغرات تقنين الأسرة؟

وللاجابة عن هذه التساؤلات طرحنا خطة تحتوي على جانبين: جانب مفاهيمي يبين مفهوم الاجتهاد ودور المادة 222، وجانب تطبيقي يتطرق لمسألتين أغفلهما المشرع الجزائري وكان للاجتهاد

القضائي دوراً في إظهارها، وذلك باستعراض موقف الفقه والقانون والقضاء من كل مسألة، وفق التفصيل الآتي:

المبحث الأول: الاجتهاد القضائي ودور المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي ومبرراته.

المطلب الثاني: دور المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: مسائل أغفلها المشرع الجزائري ودور الاجتهاد في تبيانها.

المطلب الأول: شروط الشاهدين في الفقه والقانون والقضاء.

المطلب الثاني: الشقاق المستمر بين الزوجين في الفقه والقانون والقضاء.

الخاتمة.

## المبحث الأول

### الاجتهاد القضائي ودور المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري

نتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الاجتهاد عامة ثم مفهوم الاجتهاد القضائي في قضايا شؤون الأسرة، ثم نتطرق في مطلب آخر إلى دور المادة 222 في فسح المجال للقاضي للاجتهاد فيما لها وما عليها.

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي ومبرراته

سنعالج في هذا المطلب التعريف اللغوي والاصطلاحي والقانوني للاجتهاد القضائي ومبرراته في

الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

الاجتهاد في اللغة من "جهد يجهد جهداً، واجتهد، وكلاهما جهد، ومعنى جهد دابته جهداً واجتهدا، بلغ جهدها وحمل عليها في السير فوق طاقتها، والاجتهاد هو افتعال للتكلف لا الطوع، وهو بذل المجهود في إدراك المقصود ونيله" (ابن منظور، 1414، ص 133، 135).

أما في الاصطلاح هو استفراغ الفقيه لتحصيل ظن لحكم شرعي، ومعنى استفراغ الوسع هو بذل تمام الطاقة بحيث يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه (بكري، 2000). ويسمى صاحبه مجتهداً، ويسمى كل حكم شرعي ليس فيه دليل قاطع مجتهداً فيه (بفتح الهاء) المصري (1995). وهو كذلك طلب الظن يخرج المسائل القطعية الثبوت من هذا المجال.

ويقوم مفهوم الاجتهاد عند المذاهب الإسلامية على إعمال الرأي عند فقدان النص الشرعي، من كتاب أو سنة، مستدلين على ذلك بما رواه أبوداود (د.ت.)، في كتاب الأفضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم: 3592، من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، لما أراد أن يبعث معاذاً رضي الله عنه- إلى اليمن قال:

كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟، قال: أقضي بكتاب الله، قال: "فإن لم تجد في كتاب الله؟"، قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا في كتاب الله؟" قال: أجتهد رأيي، ولا ألو فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره، وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول، رسول الله لما يرضي رسول الله" (ص 303).

والرأي بمفهومه العام إعمال الأدلة الظنية عند فقدان النص الشرعي، من قبيل القياس والاستحسان والمصالح المرسل، وسد الذرائع (الداقوقي، 2015، ص 18).

أما القضاء في اللغة من قضى، يقضي، قضاء، فهو قاضٍ أي فصل وحكم، وقد يأتي بمعنى الحتم والأمر، كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ (القرآن الكريم، سورة الاسراء: الآية 23)، أي "أمر ربك وحتم، وهو أمر قاطع حتم" (ابن منظور، 1414، ص 186).

والقضاء في الاصطلاح الشرعي اختلف الفقهاء في تعريفه فالمالكية يعرفونه على أنه "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام" (الرعي، 1992، ص 86)، والشافعية على أنه "إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه بخلاف المفتي، فإنه لا يجب عليه إمضاؤه، وسي القضاء حكما لما فيه من الحكمة التي توجب وضع الشيء في محله لكونه يكف الظالم عن ظلمه، أو من إحكام الشيء" (الشربيني، 1994، ص 257)، وعرفه الحنفية: "قول ملزم يصدر عن ولاية عامة" (الحنفي، 1937، ص 82). وعرفه الحنابلة على أنه "النظر بين المترافعين له للإلزام وفصل الخصومات" (ابن المفلح، 1997، ص 139)، ومختصر تعريف القضاء هو: "تبيين الحكم الشرعي الذي يفصل الخصومة، والإلزام به" (التويجري، 2009، ص 207). كما عرفه الأحمدي وآخرون (1424) هو: "تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الخصومات، وقطع المنازعات، وسي القضاء حكما لما فيه من منع الظالم، مأخوذ من الحكمة التي توجب وضع الشيء في موضعه" (ص 417).

أما في الاصطلاح القانوني، فيقصد بالاجتهاد القضائي هو: "المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أو استنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص" (مدكور، 1996، ص 289)، والمقصود بالأحكام المتعلقة بالنصوص هو تفسير النصوص الغامضة في حالة وجود النص والحكم بها، أما الاستنباط عند عدم وجود النص فالقصد منه است فراغ القاضي وسعه مجتهدا لإيجاد حكم لمسألة لم تُضمّن في القانون.

والاجتهاد القضائي في الجزائر هو العمل الذي تقوم به المحكمة العليا لكونها أعلى سلطة قضائية، تنظر في كل مسألة يُظن أن فيها خرقاً للقانون أو فيها إخلالاً بالإجراءات الواجب اتباعها خلال سير الدعوى، كل قرار ويعتبر صادر عنها ملزماً للقاضي (بوشيش، 2005).

والاجتهاد في مجال الأحوال الشخصية يعرف على أنه اجتهاد المحكمة العليا لسد النقص الذي يعتري قانون الأسرة في نصوصه، الأمر الذي قد يتسبب في وقوع إشكالات عملية خلال التطبيق.

## الفرع الثاني: مبررات الاجتهاد القضائي

المشكلات المستجدة وتسارعها في المجتمع، جعلت من قواعد قانون الأسرة قاصرة في بعض الأحيان عن معالجة كل ما يثار من مشكلات، مما أبرز الحاجة الضرورية للاجتهاد القضائي، حيث أن تجريد القاعدة القانونية وعموميتها قد يجعلها عاجزة عن إيجاد حل لبعض المسائل، ومن هنا ظهر عند الفقهاء القدامى قاعدة مفادها لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، وذلك بسبب تغير العرف، أو تغير مصالح الناس، أو مراعاة الضرورة، أو لفساد الأخلاق، وضعف الوازع الديني، أو لتطور الزمن وتنظيماته المستحدثة (الزحيلي، د. ت.)، فالاجتهاد هو صمام أمان القواعد الشرعية والقانونية حتى تكون مرنة ومواكبة للتطور، وصالحة لكل زمان ومكان.

والمُشرّع الجزائري أقر وأوجب بالفصل في كل القضايا المعروضة أمام القضاء، حتى ولو كان النص القانوني غامضاً، أو غير موجود (مُغفل) أو ما يطلق عليه بالسكوت التشريعي، ولهذا ففي حال غموض النص القانوني فتفسيره يكون عن طريق الرجوع إلى المصادر التفسيرية، أما في حال انعدامه فعلى القاضي الرجوع للمادة الأولى من القانون المدني (1975)، والتي تنص على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، فبين المُشرّع في هذه الأخيرة للقاضي مصادر القانون الأخرى غير النص التشريعي، والتي قد يلجأ إليها في حال إغفال القانون لمسألة ما، وإذا لم يجد القاضي حلاً للنزاع المطروح أمامه في المصادر المذكورة، اعتبر منكراً للعدالة وهي جريمة يعاقب عليها القضاة، وبالتالي فالمسؤولية ملقاة على عاتق القضاة. والإحالة لا تكون إلا وفق شرط أساسي وهو انعدام وشغور النص التشريعي، أو عدم وجود أي أثر للقضية المطروحة أمام القاضي في النصوص، لا من الناحية الشكلية ولا الموضوعية، ووجب التنويه إلى أن القاضي لا يمكنه الانتقال من مصدر إلى آخر، إلا بعد خلو المصدر الذي قبله من أي أثر تشريعي للنزاع المطروح.

وخلاصة القول أنه لا يمكن العمل بقاعدة الأخذ بالمصادر الاحتياطية للقانون ما عدا التشريع عند فقدان النص وبشكل تام، والقاضي في القوانين الوضعية لا يجتهد من تلقاء نفسه بل يضع له المشرع طريقاً يسير وفقه، وهذا ما ذكرناه آنفاً بنص المادة الأولى من القانون المدني، وقد أطلق بعض فقهاء القانون على هذه المسألة بمشروعية الاجتهاد (الداقوقي، 2015).

والاجتهاد في قانون الأسرة الجزائري (2005) – باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي له – تحكمه ضوابط أهمها ما تظهره القاعدة الفقهية "لا مساع للاجتهاد في مورد النص" (الزحيلي، 2006، ص 499)، فهذه القاعدة حصرت الاجتهاد فقط في النصوص الظنية الثبوت والدلالة دون القطعية، وأي انحراف عن هذه القاعدة يعد مخالفة لأوامر الشرع، وبعبارة أخرى فمجال الاجتهاد في قانون الأسرة الجزائري هو كل ما سكت عنه المُشرّع وأحاله على المادة 222 من ذات القانون.

## المطلب الثاني: دور المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري

سنتطرق في هذا المطلب إلى فحوى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري وذلك بتبيان أهميتها ودورها، مع استعراض لإيجابياتها وسلبياتها من خلال الفروع الآتية:

## الفرع الأول: أهمية المادة 222

تنص المادة 222 من قانون الأسرة (2005) على أن: "كل ما لم يرد على النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

ويُستقرى من خلال نص المادة أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي لقانون الأسرة، وبالتالي فعل المشرع الجزائري حسناً كونه جعلها المرجعية الأساسية لقانون الأسرة.

وقد وردت في ديباجة المشروع التمهيدي ما يأتي: "اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية:

- 1- القرآن الكريم،
- 2- السنة النبوية (الثابتة ثبوتاً مقبولاً عند علماء الحديث)،
- 3- الإجماع،
- 4- القياس،
- 5- الاجتهاد،
- 6- الفقه على المذاهب الأربعة وعند غير الأربعة في بعض المسائل..." (بويزري، 2000، ص194).

والفائدة المستقاة من المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري هي كونها جعلت الشريعة الإسلامية مصدراً بغض النظر عن الاختلافات الفقهية وتنوعها، وعدم الاقتصار على مذهب واحد، رغم أن المذهب السائد في الجزائر هو المذهب المالكي، وهو ما يظهر من خلال الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا التي نصت صراحة على الرجوع للشريعة الإسلامية عندما لا يرد نص من النصوص القانونية يعالج مسألة من مسائل الأسرة في قانون الأسرة، حيث جاء في قرار للمحكمة السالفة الذكر "ومن المقرر قانوناً أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة..." (المحكمة العليا، 1996، ص 113؛ سايس، 2013، ص 827).

وكذلك الانفتاح على المذاهب الأخرى دون التقييد بمذهب واحد، حيث جاء في أحد القرارات: "ولما كان ثابتاً أن عقد التنزيل وقع قبل صدور قانون الأسرة، فإنه لا مجال لتطبيق أحكام المادة 169 من قانون الأسرة بأثر رجعي؛ لأن التنزيل كان يخضع للوصية الواجبة طبقاً للمذهب الحنفي..." (المحكمة العليا، 1997، ص 46؛ سايس، 2013، ص 870).

وعليه يستشف من قواعد قانون الأسرة التي تتضح من خلال مصدريتها الشرعية، وكذا اجتهادات المحكمة العليا، أن انعدام النص هو السبب الوحيد الذي يضطر القاضي للإحالة للشريعة الإسلامية، وذلك عن طريق المادة 222، مع عدم التقييد بمذهب معين، وهو ما لم يكن في بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، ومثال ذلك مدونة الأسرة المغربية (2004)، والتي نصت في المادة 400 على أن: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي، والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف". أوجب المشرع المغربي الرجوع إلى المذهب المالكي وحده كمصدر تكميلي فيما لا نص فيه، رغم أن المدونة هي خليط من المذاهب الفقهية الأخرى (الكشور، 2015).



عكس المُشَرِّع الجزائري الذي لم يضبط ولم يحدد أي المذاهب يُتَّبَع (بن حليمة، 2012)، الأمر الذي يجعل المجال مفتوحاً أمام القضاة للرجوع لأي مذهب من المذاهب الإسلامية. فالفقه الإسلامي يعتبر ثروة تشريعية ضخمة، فبمبادئه وأحكامه تستنبط الحلول لجميع المسائل على كثرتها (شعبان، 1982).

### الفرع الثاني: إيجابيات وسلبيات المادة 222

من إيجابيات المادة 222 من قانون الأسرة أنها نصت صراحة على الإحالة على الشريعة الإسلامية في حال وجود نقص أو إغفال من المُشَرِّع في مسألة من المسائل، عكس بعض التشريعات التي لم تُعْطِ حلولاً للقاضي؛ ومثال ذلك التشريع الأسري التونسي (مجلة الأحوال الشخصية، 1956)، وعليه فالقاضي الجزائري عند عدم ورود مسألة من المسائل في قانون الأسرة الجزائري (2005)، يرجع مباشرة بناء على المادة المذكورة سابقاً إلى الشريعة الإسلامية. ويُترك المجال واسعاً أمامه لاختيار حل مناسب للمسألة المطروحة.

أما عن سلبيات المادة 222 أنها برغم انفتاحها على كافة المذاهب الفقهية، يبقى هذا الانفتاح نسبياً؛ لأن نتيجة عدم التقيد بمذهب واحد هو اختلاف الأحكام، في المسائل التي أغفلها القانون مما يتسبب في اختلاف الأحكام القضائية على مستوى الجهات القضائية، كون القاضي عند اجتهاده تكون أمامه الكثير من الآراء الفقهية من مختلف المذاهب، بل تتعدد الآراء داخل المذهب الواحد في مسألة واحدة، وعليه فعمل المحكمة العليا في هذا المجال كبير لتنظيم الاجتهادات في المسائل التي لا نص فيها، ولتسهيل الاطلاع عليها أصبحت تصدر المجلة القضائية التي تحوي أحدث الاجتهادات القضائية في جميع التخصصات.

ويجب على القاضي عند غياب النص ألا يقتصر عمله على نقل رأي فقهي مباشرة ويبني عليه منطوق حكمه، بل عليه الاجتهاد في الآراء الفقهية التي تحقق قيم الإسلام في العدالة والمساواة والمعاشرة بالمعروف (الخمليثي، 2015).

## المبحث الثاني

### مسائل أغفلها المُشَرِّع الجزائري ودور الاجتهاد القضائي في تبيانها

نصوص قانون الأسرة كغيرها من القوانين قد يعتمدها القصور والغموض والنقصان، كما قد يعتمدها الوضوح والبيان، وذلك راجع لمصدرية قانون الأسرة الشرعي، فينتج عن ذلك نصوص ثابتة منبثقة عن نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة لا مجال للاجتهاد فيها، وأخرى متغيرة قابلة للاجتهاد، تحوي نصوصاً عمومية تحتمل أكثر من تأويل، وأخرى غامضة بسبب التعميم وانعدام التفصيل، يستحيل معها التطبيق على مستوى العدالة، وكل هذه الاعتبارات جعلت من المُشَرِّع يفكر في حل لاستدراك الفراغ القانوني جاعلاً من المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري جسراً للعبور نحو الحل لكل مسألة لم ترد في التقنين، لكن التطبيق القضائي لهذه الأخيرة قد ينتج عنه أحكاماً قضائية متباينة نتيجة إطلاق المادة

وانفتاحها على كل المذاهب، هذا الواقع يبرز أهمية الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ويجعل منه أداة لتوحيد الاجتهاد وسد الفراغ القانوني الناشئ عن قواعد قانون الأسرة. وعليه وقع اختيارنا في هذا البحث على مسألتين من مسائل قانون الأسرة، فإحداهما كانت محل إغفال من القانون، والأخرى كان تشريعها مقتصرًا على نص تشريعي قصير لا يبين شروطها وكيفياتها، ثم نبين مدى سعي الاجتهاد القضائي من خلال قرارات المحكمة العليا لرفع الغموض والنقص الذي يشوب النصوص القانونية، وهذه المسائل تتمثل في شروط الشاهدين في عقد الزواج، والتطبيق للشقاق المستمر بين الزوجين.

### المطلب الأول: شروط الشاهدين في الفقه والقانون والقضاء

سنبين في هذا المطلب شروط الشهود في الفقه الإسلامي وموقف قانون الأسرة الجزائري منها، وجهود الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في استكمال ما غفل عنه قانون الأسرة.

#### الفرع الأول: شروط الشهود في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري

يرى جمهور الفقهاء (الكاساني، 1986؛ النووي، 1991؛ المقدسي، 1968)، أن الشهادة في عقد الزواج شرط صحة ويجب أن يتوفر خلال مجلس العقد، ودليلهم في ذلك ما رواه ابن حبان (1988)، في كتاب النكاح، باب الولي، حديث رقم 4075: "عن عائشة [رضي الله عنها] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل..." (ص386)، وخالفهم في ذلك المالكية (المالكي، د. ت.؛ المقدسي، 1968)، واعتبروه شرط تمام وذلك باستحباب الشهادة عند العقد ووجوبها عند الدخول، فإذا تم عقد الزواج بدون شهود وجب الإشهاد عليه قبل البناء، وحصول الإعلان بالوليمة وضرب الدف، ودليلهم في ذلك ما رواه أحمد (2001)، في مسند المدنيين، حديث عبد الله بن الزبير بن العوام، حديث رقم 16130: "عن عامر بن عبد الله بن الزبير، عن أبيه [رضي الله عنهم]، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أعلنوا النكاح" (ص 53). ويقول الدسوقي المالكي (د. ت.) في هذا المقام: "حاصله أن الإشهاد على النكاح واجب وكونه عند العقد مندوبا زائد على الواجب، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب، وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء" (ص216).

فإن دخل من غير إشهاد، يفسخ العقد بطلقة بائنة وفي حال اقرارهما بالوطء دون إشهاد أقيم عليهما الحد، وإن ثبت إعلان الزواج بوليمة وضرب للدفوف، سقط عنهما الحد، وكذلك لو حصل الإشهاد بشاهد واحد، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، والإعلان بشاهد واحد يسقط الحد لكنه لا يسقط التفريق فيفترق بينهما في الحال (الغرياني، 2011). وسبب الاختلاف بين الفقهاء في كتمان عقد الزواج بتواطئ مع الشهود؛ هل يعتبر زواج سر؟ فالحنفية لا يعتبرونه نكاح سر حتى ولو اتفقوا على كتمانهم لأن حضور الشهود كاف لتمام الشرط، أم عند المالكية فكتمانه بتوصية الشهود يعتبر نكاح سر عندهم ويفسخ لأن العلنية شرط تمام.

وللشهادة أهمية في حفظ حقوق الزوجة والولد، حتى لا ينفية الوالد ولا يجرده، ومن جهة أخرى بيان وإعلان للزواج لدرء الشبهات ابتعادًا عن زواج السروبيان لخطورة الزواج.



أما قانون الأسرة الجزائري (2005)، فقد سار على نهج جمهور الفقهاء معتبرا الإشهاد في عقد الزواج شرط صحة من خلال اعتبار حضور الشاهدين خلال تبادل الإيجاب والقبول، حيث نص في المادة 09 مكرر والمستحدثة في تعديل 2005 على: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:.... شاهدان...". وإذا ما اختل شرط الإشهاد فإن عقد الزواج يكون فاسدا وذلك ما نصت عليه المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، وقبل التعديل كان الإشهاد في قانون 11/84 ركن من أركان عقد الزواج وكان غياب الإشهاد يترتب البطلان المطلق، وبعد التعديل أصبح شرط صحة وغيابه يترتب الفساد، يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بمهر المثل.

أولا- شروط الإشهاد في الفقه: وتنقسم شروط الإشهاد في الفقه الإسلامي إلى شروط متفق عليها وشروط مختلف فيها (الزحيلي، 1985):

أ- شروط مُتَّفَق عليها: (شروط التكليف)

1-العقل: فلا تصح شهادة المجنون على عقد الزواج، فالإعلان لا يتحقق وهو الغاية من الشهادة، وصيانة له من النكران والجحود.

2-البلوغ: وهو محل اتفاق بين الفقهاء، فلا يصح الإشهاد بمن إرادتهم ناقصة، لكون الزواج من باب الولاية، ولا ولاية لهؤلاء على أنفسهم، فعدم ثبوت الأخيرة على أنفسهم تحرمهم من الولاية على الغير. ولأن حضور شهود مكلفين في العقد تبيان لخطورته، وبحضور غير المكلفين يعد استهانة به، وعلى هذا لا يصح العقد بحضور الصغار ولو كانوا بلغوا سن التمييز وكذا المجانين.

ب- شروط مختلف فيها بين الفقهاء: اختلف الفقهاء في شروط أخرى وهي:

1-الإسلام: اتفق الفقهاء على كون الشاهدين في شهادتهما على زواج المسلم من المسلمة أن يكونا مسلمين، واختلفوا في إسلام الشاهدين في حال زواج المسلم من غير المسلمة (الكتابية)، فذهب الحنابلة والشافعية، ومن الحنفية محمد وزفر إلى اشتراط إسلام الشاهدين في هذا العقد، أما أبو حنيفة وأبو محمد فأجازوا شهادة الذميين في زواج المسلم من كتابية (الكاساني، 1986؛ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، 1427).

2-الذكورة: واتفق الفقهاء على أن هناك مسائل دقيقة تحتاج إلى شهادة النساء دون الرجال كالولادة، كما اتفقوا على مسائل يكون الرجال حصرا شاهدين عليها من دون النساء، واختلفوا في جنس الشاهدين كالتالي:

-القول الأول: وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المالكية والحنابلة والشافعية (الصاوي، 1952؛ المقدسي، 1968؛ الشريبي، 1994)، إلى عدم صحة شهادة النساء، ولا ينعقد إلا برجلين، ودليلهم في ذلك ما رواه ابن حبان (1988): "قوله صلى الله عليه وسلم "...وشاهدي عدل..." (ص386)، لخطورة الزواج وأهميته، بخلاف الشهادة في الأموال والمعاملات المالية، يقول الإمام الزُّهري: "مضت السنّة ألا تجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق" (الزحيلي، 1985، ص74).

-القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية من أن عقد الزواج ينعقد بحضور رجلين أو رجل وامرأتين لحصول الشهادة. ولا تقبل شهادة النساء منفردات في عقد الزواج كونهن يغلب عليهن الحياء وعدم حضور مجالس الرجال، فإذا حضر معهن رجل تحقق الإعلان (شليبي، 1984).

-القول الثالث: وهو ما ذهب إليه الظاهرية من أن عقد الزواج، يصح بشهادة أربع نساء (ابن حزم، د.ت.)، ودليلهم في ذلك ما رواه البخاري (1422)، في كتاب الحيض، باب ترك الحائض الصوم، حديث رقم 304: "عن أبي سعيد الخدري [رضي الله عنه] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (...)" أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل (...)" (ص 68).

3-العدد: اشترط الفقهاء العدد في شهادة عقد الزواج، فلا تقبل شهادة الواحد، واختلفوا كما أسلفنا سابقاً في كون الشهود رجلين عند الجمهور، أو رجل وامرأتان عند الحنفية، وقد تثار مسألة أن توكل المرأة رجلاً لزوجها بحضورها وحضور شاهد واحد، فالعقد في هذه الحالة صحيح، على اعتبار أن المرأة حاضرة، فالوكيل هنا سفير ومعبّر عن إرادتها، وبالتالي يعتبر شاهداً مع الشاهد الآخر (شليبي، 1984).

4-العدالة: والشاهد العدل هو الذي يجتنب الكبائر ويتقي الصغائر، ولا يفعل ما يخل بالمروءة، اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في الشهود الى قولين (الغرياني، 2011):

-القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة (الجد، 1988؛ الشريبي، 1994؛ المقدسي، 1968)، الذين اشترطوا العدالة في الشاهدين، فلا ينعقد بفاسقين، واحتجوا بما رواه ابن حبان (1988): "عن عائشة [رضي الله عنها] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل..." (ص 386)، وذهب الشافعية إلى أنه يكفي فيهما العدالة الظاهرة، دون النظر إلى العدالة الباطنة (مستوري العدالة). وذهب المالكية إلى استكثار الشهود عند انتفاء العدالة فيقول الرعيبي (1992) صاحب المواهب: "وشاهدين وشرطهما أن يكونا عدلين فإن لم يجدوا العدول وإلا استكثروا الشهود مثل الثلاثين والأربعين" (ص 409).

-القول الثاني: وهو ما قال به أبو حنيفة إلى أن عدالة الشاهد ليست بشرط لانعقاد النكاح، فينعقد بحضور الفاسقين (الكاساني، 1986)، ودليلهم هو قاعدة عندهم تقول كل من صلح لإنشاء عقد بنفسه ينعقد الزواج بشهادته، والفاسق يصلح أن يكون زوجاً أو ولياً في عقد الزواج، فمن باب أولى أن يصلح شاهداً فيه، وهذا الرأي لا يستقيم؛ لأنّ هناك فرقاً بين الشهادة والزواج، فالأخير حق لكل شخص، أمّا الشهادة فهي رتبة لا يصل إليها إلا من كان أهلاً لها (بن معجوز، 1998).

5- سماع الشهود كلام العاقدين وفهم المقصود من كلامهم: اختلف الفقهاء في حكم سماع كلام المتعاقدين إلى قولين :

-القول الأول: وهم جمهور الفقهاء إذ أوجبوا سماع كلام المتعاقدين، وذهبوا إلى أنه لا بد من سماع الشهود في مجلس العقد كلام الزوجين أو من يقوم مقامهما، ويجب أن يفهم الشهود لغة التعاقد والمغزى منها، ولا تقبل شهادة الأصم والنائم، لأن حضور الشهود من استكمال الركن وهو سماع صيغة التعاقد، يقول الكاساني (1986) صاحب البدائع: "سماع الشاهدين كلام المتعاقدين جميعاً حتى لو سمعا

كلام أحدهما دون الآخر، أو سمع أحدهما كلام أحدهما والآخر كلام الآخر لا يجوز النكاح؛ لأن الشهادة أعني حضور الشهود شرط ركن العقد، وركن العقد هو الإيجاب والقبول فيما لم يسمعا كلامهما لا تتحقق الشهادة عن الركن فلا يوجد شرط الركن" (ص 255).

-القول الثاني: وهو قول عند المالكية (الرعي، 1992)، بجواز السماع المتفرق للشهود، فلو سمعا كلامهما متفرقين جاز، فشهادة أحد الشاهدين، بعد أن يشهد الآخر لا يجعل ذلك الزواج فاسداً، فالمالكية يأخذون بشهادة الأبداد ومعنى شهادة الأبداد هي أن الزوجين إذا لم يُشهدا عند العقد، ثم يشهد كل من الزوج والزوجة والولي شاهدين عدول، وكان الشاهدين الذين أشهدهما الزوج غير الشهود الذين أشهدتهم الزوجة. فالزواج صحيح بهذه الصورة عند المالكية.

### ثانيا-موقف قانون الأسرة الجزائري من شروط الإشهاد

سكت المشرع الجزائري عن الشروط التي تتوفر في الشهود، برغم تنظيمه لمسائل أخرى مثل المهر، كما لم يبين الأشخاص المحرومين من الشهادة (ممارسة الحقوق المدنية) (محروق، 2019)، ورغم أن المادة 33 من قانون الحالة المدنية المعدل (2014)، والتي تنص على: "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية، أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل، سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس ويتم اختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين"، حددت سن الشهود بـ 19 سنة، ولم تفرق بين جنس الشهود سواء كانوا ذكورا أو إناثا، وسمحت بإحضار شهود من الأصول والفروع، إلا أنه يبقى غير كافٍ لمسألة شروط الشهود، ووجب على المشرع إضافة شروط أخرى بالإضافة إلى الشروط السابقة الذكر ضمن قواعد قانون الأسرة، وعليه أن يتدارك ذلك في التعديلات القادمة لقانون الأسرة، الأمر الذي يُحتم على القاضي عند طرح مسألة في الشهود وشروطهم في عقد الزواج، الرجوع إلى المادة 222 لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وهو توجه غير سليم كون شروط الشهود ضرورية، قد تسبب على إثرها عديد الإشكالات العملية في إثبات عقود الزواج العرفية، وهو ما سارت عليه كثير من قوانين الأحوال الشخصية العربية، وخير مثال على ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 الذي ذكر فيه شروط الشهود بنصه في المادة 12: "يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما"، وبعد التعديل الذي تم بالقانون 2019/04 ترك الفقرة الأولى على حالها وأضاف لها فقرات وهي عبارة عن شروط جديدة تتماشى وما قرره المذهب الحنفي وهي كالتالي: "2/ إذا زوج الأب ابنته البالغة العاقلة بأمرها ورضاها وكانت حاضرة بنفسها في مجلس العقد صح الزواج بحضور شاهد واحد أو امرأتين إضافة للأب. 3/ يجوز أن يكون أحد الشهود من دين الزوجة. 4/ تجوز شهادة أصول أو فروع الزوجين".

### الفرع الثاني: موقف الاجتهاد القضائي من شروط الإشهاد في عقد الزواج

كان ولا يزال الاجتهاد القضائي مُكملاً لقواعد قانون الأسرة في كثير من المسائل التي غفل المشرع الجزائري عنها، وترك المجال فيها مفتوحاً للاجتهاد رغم ضرورة وجودها ضمن القواعد القانونية، والتي من

بينها مسألة الشروط التي يجب توفرها في الشهود، وباستقراء عديد القرارات القضائية للمحكمة العليا نجدتها تتطرق لمسألة شروط الشهود والتي أغفلها قانون الأسرة والتي من بينها:

1- جاء في القرار رقم 48184 المؤرخ 1988/02/29:

الأب لا يعمل بقوله فيما ينفع ابنه، والأم لا تقبل شهادتها في النكاح لأن المرأة لا تكون شاهدة في الزواج (...)، وإذا كان الزواج يقوم إثباته على شهادة شاهدين رجلين ليس من بينهم والد الزوج الذي لا تقبل شهادته لابنه (...)، وعليه فإن الزواج يثبت حقا بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة إذا كانت مشتملة على أركانه، أو بشهادة سماع الطاعنة لم تقدم أي شيء من هذا القبيل، والمجلس إذا وافق على الحكم الذي رفض دعواها كان على صواب ولم يكن في قراره ما يخالف الشريعة أو أنه انتهك المادتين المحتج بهما لذا يرفض الطعن (المحكمة العليا، 1991، ص 49؛ سايس، 2013، ص 453).

يلاحظ من خلال هذا القرار تكريس الاجتهاد القضائي لشرط الذكورة، بقوله رجلين ذكرين، وكذا عدم قبول شهادة المرأة، عكس ما نصت عليه المادة 33 من قانون الحالة المدنية المعدل المذكورة سابقاً والتي تنص على قبول شهادة الشهود مهما كان جنسهم.

وفي قرارات حديثة كرّست المحكمة العليا شهادة رجل وامرأتين كتوجه جديد (بلحاج، 2010).

2- القرار رقم 55706 المؤرخ 1989/12/11، والذي جاء فيه: "...حيث أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة شاهدين عدلين، أن كل امرأة تدعي أن فلان تزوج بها، فلا بد أن تثبت ذلك بشهادة الشهود..." (المحكمة العليا، 1992، ص 48؛ سايس، 2013، ص 567-568). بالإضافة إلى قرار آخر يذكر عدالة الشهود (المحكمة العليا، 1990؛ سايس، 2013) ونقضت المحكمة العليا هذا القرار لانعدام الشهود، واشترطت العدالة في الشهود وفق ما قرره الفقه الإسلامي.

3- وجاء في القرار رقم 58788 المؤرخ في 1990/03/19:

ومن المقرر شرعاً أن التناقض في الشهادة يُزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يُعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. ولما كان من الثابت في قضية الحال- أن أقوال الشاهدين متناقضة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف، والقضاء بصحة الزواج، يكونون قد خالفوا الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه (المحكمة العليا، 1991، ص 59؛ سايس، 2013، ص 459)

من القرار السابق أن المحكمة العليا حققت شرطاً من شروط الشهادة وهو سماع الشهود لكلام المتعاقدين وفهمه، وما تناقض الشهود إلا دليل على عدم فهم ما يدور في مجلس العقد.

4- جاء في القرار رقم 0851807 المؤرخ في 2015/02/12:

إذ كان على قضاة المجلس التأكد من الشاهدين فيما إذا حضرا مجلس العقد وما سمعاه وعيانه من تبادل الرضا وحضور الولي وتحديد للصدّاق، وأن الاعتماد على شهادة التسماع لا يكون إلا إذا كان ما يشهد به الشاهد تسماعاً، أمراً متواتراً، سمعه عن جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب؛ لأن

الأصل في الشهادة الإحاطة والتيقن مما يجعل القرار مشوبًا بقصور التسبب مستوجب النقض. (المحكمة العليا، 2015، ص 235)

ويظهر من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا استندوا على شهادة التسماع، وشهادة التسماع هي السماع من العدول وغيرهم، ومدلولها أن يقول الشهود سمعنا سماعا فاشيا من أهل الصلاح والعدل وغيرهم أن فلان تزوج فلانة بنت فلان، وهي شهادة مقررة في الفقه الإسلامي بعد تحقق شروطها (نهار، 2010). ويقول ميارة (د.ت.) صاحب الاتقان: "وتفسير شهادة السماع أن يشهد شاهدان، أو أربعة على الاختلاف في ذلك أنهم لم يزالوا يسمعون أن هذه الدار صدقة على بني فلان" (ص 87)، ويقول ابن رشد الجد (1988أ): "لأن النكاح مما تصح فيه الشهادة على السماع إذا طال الأمر ومضى من الزمان ما يبید فيه الشهود على اختلاف بينهم في حد ذلك" (ص 106).

وبناء على ما تقدم ومن خلال التمهيص في القرارات السابقة الذكر؛ استنتجنا أن اجتهادات المحكمة العليا اتجهت نحو تطبيق ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، في شروط الشهود في عقد الزواج، واستكمال ما غفل عنه قانون الأسرة.

#### المطلب الثاني: الشقاق المستمر بين الزوجين في الفقه والقانون والقضاء

الزواج من أجل السكنة والاستقرار الروحي والألفة والذرية الصالحة، مصداقًا لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (القرآن الكريم، سورة الروم: الآية 21).

وقد تعتري الحياة الزوجية مشاكل كثيرة منها ما تكون بسيطة عرضية لا تذكر، وأخرى قد تكون متجددة متسببة فيما يسمى بالشقاق، وهذا الأخير تصير الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق، قد يمتد لفلذات الأكباد ويصبح ضرره عليهم كبيراً، مما يؤدي إلى اهتزاز الأسرة وعدم استقرارها، ويزيد من توسع الهوة بين الزوجين، فتضحي الحياة الزوجية نقمة وشقاء، بدل السعادة والهناء، ويصبح الطلاق هو العلاج النهائي لإنهاء الشقاق والخلاف بين الزوجين، مما قد يؤدي لعواقب وخيمة تنفيها الفطرة السليمة، ليوافق بعده حياتهما منفردين أو مرتبطين بروابط زوجية أخرى. وكما شرع الطلاق بالإرادة المنفردة حقاً للزوج، جعلت كذلك الشريعة من التطلاق 'التفريق القضائي' حقاً للمرأة متى وقع عليها الضرر، وهو ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة التي حوت ضمن طياتها أسباب التطلاق على سبيل الحصر، متى تحقق الضرر كان للزوجة طلب التطلاق دون إذن الزوج بواسطة القاضي، وقبل تعديل قانون الأسرة كانت المادة السابقة الذكر تضم سبعة أسباب، وبعد التعديل أضيف لها ثلاث أسباب جديدة، من بينها التطلاق للشقاق المستمر، والذي جاء استجابة لمطالب كثير من الجمعيات النسائية المنادية بإعطاء أكثر حقوق للمرأة، وفي هذا المجال ترى منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (2010): "بأن طلب التطلاق للشقاق يظهر في بعض الأحيان طلباً مزاجياً وغير مبرر، وبأنه لا يستعمل بطريقة حكيمة، فإنه في كثير من الأحيان يكون لأسباب حميمية لا تجرؤ النساء على الكشف عنها" (ص 85)، وهي مبادئ جاءت



لتكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وهو ما أكدت عليه الاتفاقيات الدولية المدافعة عن حقوق المرأة، وأبرزها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "CEDAW"، ويمكن القول أن ما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا كان له دور كبير كذلك في ظهور هذا السبب. والمُشَرَّع الجزائري ورغم ذكره الشقاق المستمر كسبب من أسباب التطليق لكن لم يحدد مظاهره، ولم يُبيِّن الضوابط التي تحكمه، واستمراريته (شكشوك، 2018)، ولم يضع معياراً للسلوك الذي يعتبر ضاراً أو غير ضار، وعليه سأتطرق للمعنى اللغوي والاصطلاحي للشقاق، ثم التفريق للشقاق في الفقه الإسلامي، وموقف قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

### الفرع الأول: الشقاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

سنستعرض في هذا الفرع تعريف الشقاق في اللغة والاصطلاح، ثم نتطرق للتفريق للشقاق في الفقه الإسلامي، وبعدها موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين.

#### أولاً- الشقاق في اللغة والاصطلاح:

والشقاق في اللغة مصدر من "شاق فلان فلاناً"، إذا أتى كل واحد منهما إلى صاحبه ما يشق عليه من الأمور "فهو يشاقه مشاقاً وشقاقاً" (الطبري، 2000، ص 319)، ويعرفه الرازي (1999) بأنه: "الخلاف والعداوة" (ص 167)، لأن كلاهما في شق غير شق صاحبه أي ناحية، ومن المشقة لأن كلاهما يشق عليه متابعة صاحبه (المنأوي، 1990)، وجاء في تفسير المراغي (1946) في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾ (القرآن الكريم، سورة النساء: الآية 35) "والشقاق: الخلاف الذي يجعل كلا من المختلفين في شق: أي جانب، وخوفه توقع حصوله بظهور أسبابه" (ص 26).

وفي الاصطلاح الفقهي لم يُعرّف الفقهاء القدامى الشقاق -حسب علي-، أما من المعاصرين فقد عرّفه الأستاذ وهبة الزحيلي (1985) بأنه: "النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة" (ص 527). وعليه يمكن تعريف الشقاق أنه كل نزاع يُفضي إلى الخلاف الشديد بين الزوجين، الأمر الذي يجعل الحياة الزوجية بينهما مُنشقة، فاقدة على إثره مظاهر الود والرحمة والطمأنينة، ممّا يحول دون تحقيق أهداف الزواج واستمراريته.

#### ثانياً- التفريق للشقاق في الفقه الاسلامي:

والمذهب المالكي هو من انفرد بإعطاء أحكاماً للتفريق بسبب الشقاق بتفصيلات وشروح واسعة تعطي الحق لأحد الزوجين أن يرفع أمره للقاضي إثر كل نزاع بينه وبين الطرف الآخر عجز عن إصلاحه بنفسه أو أنتج ضرراً أصابه من شريكه، مما يجعل الحياة الزوجية في جو من الاستقرار والتكافؤ حتى لا يطغى طرف على آخر (الصابوني، 1968).

والشارع أعطى حلولاً في حال اشتداد الخلاف وبرز مظاهر الشقاق، في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (القرآن الكريم، سورة النساء: الآية 35)، والفقهاء ساروا على ما أقرته الشريعة من إرسال حَكَمَيْنِ

لإنهاء الخلاف، لكنهم اختلفوا في مدى صلاحيات الحكّمين هل تتوقف عند الإصلاح أو تتعدى إلى التفريق، فالحنفية والشافعية والحنابلة في رواية (السرخسي، 1993؛ الرملي، 1984؛ المرادوي، د.ت.)، يرون أن الحكّمين مهمتهما تنتهي عند الإصلاح والتوفيق، أما المالكية والحنابلة في رواية (عليش، 1989؛ ابن قدامة، 1968)، فيرون أن مهمة الحكّمين تتمثل في الصلح لرأب الشقاق والتوفيق بينهما، وإن استعصى الأمر فُرق بين الزوجين، فليس من العدل ترك زوجين نشب الشقاق بينهما بلا حل، والحل في هذه الحالة التفريق، ومناطق هذا الخلاف كون الفريق الأول من الفقهاء يرى أن الحكمين مجرد وكيلين وليس من صلاحيتهما التفريق، أما الفريق الثاني من الفقهاء فيرون أن القاضي أرسل الحكّمين كحاكمين يحكمان بما يريانه مناسباً لمصلحة الزوجين إما الصلح أو الفرقة (الصابوني، 1968)، والراجح أن للحكمين مهمتا الجمع والتفريق، وبذلك سُميا "حكّمين"، ومهمتهما بذل جُهدهما لإصلاح الذات بين الزوجين، وإن تعذّر ذلك حكّما بالفرقة بين الزوجين (المصري، 2010).

والتفريق عند المالكية بسبب الشقاق والضرر، هو في حال شكوى أحد الزوجين سوء معايشة صاحبه وأُثبت الضرر من المشكو منه مع طلب البقاء، زجر القاضي الزوج الآخر حتى يستقيم حاله مع زوجه وإن طلب التفريق يفرّق، وإن لم يثبت الضرر وأصرّ المدّعي على شكواه بعث القاضي الحكّمين للإصلاح وإلا فرّق بينهما، يقول ابن جزي (د.ت.) صاحب القوانين الفقهية: "أن يشكّل الأمر وقد ساء ما بينهما وتكررت شكواهما ولا بينة مع واحد منهما ولم يقدر على الإصلاح بينهما، فيُبْعَث حكّمان من جهة الحاكم أو من جهة الزوجين أو من يلي عليهما، لينظرا في أمرهما وينفذ تصرفهما في أمرهما بما رآياه من تطبيق أو خُلع من غير إذن الزوج ولا موافقة الحاكم، وذلك بعد أن يعجزا عن الإصلاح بينهما، وإذا حكّما بالفراق فهي طلاقه بئنة" (ص142).

ومن ناحية الكشف عن الضرر وثبوته، فإنه قد يثبت الضرر للقاضي، لكن الحكمين وبحكم مهمتهما الدقيقة يستطيعان معرفة ما لا يستطيع القاضي الاطلاع عليه وإصلاحه، وبالتالي فانتداب القاضي للحكمين يكون بثبوت الضرر من عدمه، عكس ما ذهب إليه قانون الأسرة إلى انتداب الحكمين عند عدم ثبوت الضرر فقط.

ومظاهر الضرر قد تكون من الزوجين معا أو من أحدهما؛ فمن الزوج مثلاً أن يقاطع زوجته بهجرانها وقطع الكلام معها أو يدير وجهه عنها، أو شتمها وإهانتها وإهانة أهلها، وصدور منه ما لا يليق بكرامة الإنسان، أو بأفعال نهت عنها الشريعة كوطئها في الموضع المحرّم، وضربها ضرباً مبرحاً. أما من الزوجة مثلاً، إعراضها عنه وسوء معاملته وخروجها دون إذنه (البغا حسن، البغا مصطفى، 2018).

### ثالثاً- موقف قانون الأسرة الجزائري من التطبيق للشقاق المستمر:

نصت المادة 53 فقرة 8 من قانون الأسرة الجزائري (2005) على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب الآتية: (...)-8- الشقاق المستمر بين الزوجين..." ونصت المادة 56 منه على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكّماً من أهل الزوج، وحكّماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يُقدما تقريراً عن مهمتهما في أجل

شهرين"، يستشف من خلال المادتين أن المُشَرِّع الجزائري سكت ولم يعرف الشقاق المستمر ولم يبيّن ضوابطه وأسبابه، والغريب أن المادة 53 ذكرت الشقاق، ثم جاءت بعدها المادة 56 وعرفت الشقاق بطريقة غير مباشرة الأمر الذي يلتبس فيه التعريف بين المادتين، خاصة أن نص المادة 53 ف8 جاء بعد تعديل قانون الأسرة، مما يجعل الغموض يعتري مفهوم الشقاق؛ وهو الذي تضمنته المادة 53 أم المادة 56؟ (عبدو، 2011). وماذا قصد المُشَرِّع بالشقاق المستمر وهل من الممكن إثبات وجوده؟ لأنه من المعلوم أن الاستمرارية لا يمكن الكشف عنها إلا بعد ثبوت وجود الشقاق بين الزوجين مع العجز عن إصلاحه بوقائع وقرائن معينة تُطرح أمام القضاء (الخمليشي، 2015)، ومثال يطرحه الواقع من مظاهر استمرار الشقاق والتي لم يذكرها المُشَرِّع، هو تكرار الدعوى، الذي له شروط من بينها أنه لا يُعتد به حال ثبوت الضرر الفاحش (فالقاضي يحكم بالتطبيق مباشرة)، لكن عند وجود الضرر اليسير والمعتاد بين الأزواج يجوز تكرار الدعوى.

والمُشَرِّع وبالرغم من تعديل نصوص قانون الأسرة، إلا أنه لم يضع معايير يمكن من خلالها التمييز بين السلوك الضار والسلوك غير المسبب للضرر، خاصة ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها، فالقاضي إذن في هذا المقام عليه أن يعمل بسلطته التقديرية وذلك باعتماد المعيار الشخصي، من خلال الظروف الاجتماعية والثقافية الخاصة بكل زوجة، فما يعتبر ضارًا لزوجته قد لا يكون ضارًا لأخرى، ويرى الأستاذ العربي بلحاج (2007) أن المُشَرِّع حسن فعل عندما لم يحدد الضرر ولم يحدد أسباب الشقاق على سبيل الحصر، بحيث يكون الضرر المعتبر هو الذي أفضى إلى النزاع والشقاق المستمر بين الزوجين ويكون موجب التطبيق.

كذلك جعل المُشَرِّع الجزائري حسب المادة 53 المعدلة التطبيق بسبب الشقاق حقًا خالصًا للزوجة في مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، رغم أن الفقهاء جعلوه حقًا للزوجين حال استفحال الشقاق وعدم ثبوت الضرر ببعث الحكمين، وهو ما سار عليه المُشَرِّع المغربي في المادة 94 من مدونة الأسرة (2004). وفي هذا إعطاء الحرية للمرأة في حال تضررها من الشقاق الذي انتاب حياتها مع زوجها إلا إذا كانت هناك أسباب معقولة (الصابوني، 1968). وباستقراء عميق لقواعد النص القانوني للتطبيق بسبب الشقاق يُلاحظ أن المُشَرِّع سهّل من فرص إيقاعه دون قيود ولا ضوابط في الإجراءات ودون أسباب حقيقية، مما جعله مطية لكل زوجة لم تجد السبب المناسب لتطبيق الرجل، وهو ما نلمسه كذلك في نص الفقرة العاشرة من المادة 53 المذكورة سابقًا التي نصت على التطبيق لكل ضرر معتبر شرعًا.

ولم ينص قانون الأسرة على صلاحية الحكمين في التفريق، وعليه نطبق المادة 222 من قانون الأسرة، لكن بتطبيقها هل نتبع قول جمهور الفقهاء، أو ما قال به المذهب المالكي من كون الحكمين يُفرقان إذا تعذّر الإصلاح؟

أو أننا نرجع للمادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على أن لا طلاق إلا بحكم القاضي بعد محاولات الصلح، وليس للحكمين سوى التوفيق ومحاولة الإصلاح فقط على أن يذكر نجاحهما أو فشلهما في التقرير؟ باحتمال الاتجاهين يمكن القول أن القانون جَانَب الصواب، فقد تتضارب الأحكام القضائية

بين المحاكم بتطبيق المادة 222 من قانون الأسرة، وبالالتجاه الثاني بماذا نسي الحكمين إذا لم يكونا وكيلين، هل يمكن أن نسميها مُؤَفَّقَيْن بناء على النص القانوني الذي أوجب تعيين حَكَمَيْن للتوفيق بينهما، وبناءً على هذا فالمُشَرِّع الجزائري عليه أن يتبع المذهب المالكي الذي أقر بمهمة الحكمين المتمثلة في الإصلاح، وإذا تعذر عليهما فرقا، وذكر ذلك في التقرير، وعلى القاضي تنفيذ ما توصل له الحكمان، فإن اختلفا حكم القاضي بما يراه مناسباً (المصري، 2010).

ويمكن استخلاص بعض مظاهر وأسباب الشقاق المستمر بين الزوجين، من مخالفة ما قرره المادة 36 من قانون الأسرة التي تحدد الحقوق والواجبات المشتركة ما بين الزوجين وتحض على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، والمعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، والتعاون بين الزوجين على مصلحة الأسرة وحسن تربية الأولاد، والتشاور في كل ما يهم الأسرة ومستقبلها.

#### الفرع الثاني: موقف الاجتهاد القضائي من التطبيق للشقاق المستمر

باستقراء قرارات المحكمة العليا فقد جاءت الأحكام مختلفة قبل التعديل وبعده، وذلك لاستقرار الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على مبادئ مختلفة.

أولاً- قبل تعديل قانون الأسرة: الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا قبل التعديل استقر على تبيان الشقاق المستمر وهو ما سنستعرضه كالتالي:

1- القرار رقم 36414 المؤرخ في 1985/05/20 وهو يعتبر تقريبا من القرارات الأولى -حسب علمي- التي جرى فيها التطبيق لطول أمد الخلاف والنزاع بين الزوجين واعتبره شقاقاً ولم يسمه شقاقاً في هذا القرار، والذي جاء فيه:

من المقرر شرعاً أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضرر بين واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو التناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه. (المحكمة العليا، 1990، ص 58؛ سايس، 2014، 255).

2- القرار رقم 139353 المؤرخ في 1996/09/24 وهو اجتهاد قضائي مشهور (عبدو، 2011)، والذي أسس فيه قضاة المحكمة العليا للشقاق وذكره القرار صراحة، ووضحه من خلال كونه استفحال الخصام بين الزوجين لمدة طويلة، وعلى إثر هذا القرار وما جاء بعده تم إضافة الشقاق المستمر كسبب للتطبيق في التعديل الذي مسّ المادة 53 من قانون الأسرة سنة 2005، وما جاء في نص القرار:

من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعاً، ولما كان - 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 بتطبيق الزوجة لهذا السبب الكافي للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن. (المحكمة العليا، 1997، ص 96)

وحسب ما جاء في هذا القرار فالشقاق كسبب للتطليق يجب أن يكون مستفحلاً ومستمرًا، وأن يصيب الزوجة من الزوج ضرر نتيجة هذا الشقاق.

ثانيا- بعد تعديل قانون الأسرة: استقر الاجتهاد القضائي بعد تعديل قانون الأسرة 11/84 بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، على إثبات الشقاق وعلاماته، وعلى حجية قرائن الإثبات، وأن الضرر المنبثق عن الشقاق ليس شرطاً أن يكون مثبتاً بقرائن، حيث أنه يكفي اعتراف الطرف المتسبب بإيقاع الضرر من كلا الطرفين سواء كان مادياً أو معنوياً. وهو ما حوته أكثر قرارات التطليق للشقاق بين طياتها، وهذه بعض النماذج للقرارات الصادرة عن المحكمة العليا فيما يخص التطليق للشقاق المستمر بعد تعديل قانون الأسرة:

1- قرار رقم 624622 المؤرخ 2011/07/14 والذي جاء فيه: "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 عليه في التطليق" (المحكمة العليا، 2012، ص 227؛ سايس، 2014، ص 763).

يستنتج من خلال هذا القرار أن الاجتهاد القضائي أقر وأعطى بعض مظاهر الشقاق المتمثلة في المشاكل اليومية بين الزوجين، أو تكرار التجاء الزوجة للقضاء أكثر من مرة، ولا يثبت بالخلاف والمعاداة التي تظهر من خلال المناقشات التي تدور خلال جلسات الصلح، وحسب رأيي فإن هذا القرار جانب الصواب؛ لأنه قد تظهر علامات من خلال جلسات الصلح أو التحكيم تدل على الشقاق البين، مثل تشبث الزوجة بطلب التطليق للشقاق دون أدلة إثبات، مع سكوت الزوج حال مجابهته بأفعاله المشينة، وعدم إبداء أي ردة فعل أو مناقشة قد توحى ببراءته من ادعاءاتها، كل ذلك مظاهر تبدي ولو جانبا يسيراً من الشقاق المستمر بين الزوجين خلال حياتهما، وبالتالي هي مسوغات تجعل القاضي يحكم بالتطليق للشقاق. ويشترط في هذا المقام حضور الزوج في جلسات الصلح، لأن المحكمة العليا (2011)، نقضت حكماً حكم بتطليق الزوجة بمجرد غياب الزوج عن جلسات الصلح لتفنيدها وتأكيد دفعه.

2- قرار رقم 620084 المؤرخ في 2011/04/14 والذي جاء فيه: "القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين، في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين، وثبوت الضرر" (المحكمة العليا، 2012، ص 299؛ سايس، 2014، ص 737).

الملاحظ من خلال المبدأ أن الاجتهاد القضائي سار على نهج قانون الأسرة من خلال المادة 56 منه، باعتبار ندب الحكمين في حال اشتداد الخصام وعدم ثبوت الضرر، وباعتبار الضرر ثابتاً في القضية فلا اعتبار للتحكيم، ولكن بالنظر في حيثيات القرار نجد أن قاضي الدرجة الأولى حكم بثبوت الضرر واستبعد انتداب الحكمين دون أسباب واضحة، مستعملاً سلطته التقديرية، وكان عليه انتداب حكمين لأن الضرر لم يثبت بأدلة واضحة، وحيث جاء فيه: "حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه بالنقض يتبين أن قاضي الموضوع قضى بالتطليق اعتماداً على الشقاق المستمر وطول أمد النزاع واستحكام الخلاف تأسيساً على المادة 08/53 من قانون الأسرة الجزائري مستعملاً في ذلك سلطته التقديرية المخولة له قانوناً بما له



من ولاية في فحص النزاع وتقدير الضرر الذي ينتفي معه تحقق الحكمة والغرض من استمرار العلاقة الزوجية في ظل دوام الألفة والمحبة والإخلاص بين الزوجين مما لا يستطاع معه العشرة مستدلاً على ذلك بأسباب كافية وواضحة مما يجعل الوجه غير سديد ويتعين رفضه..." (المحكمة العليا، 2012، ص 299؛ سايس، 2014، ص 737)، ومن هذا القرار واضح ما استقر عليه الاجتهاد القضائي من أن إثبات الضرر الموجب للتطليق بسبب الشقاق المستمر، يخضع للسلطة التقديرية ولو كان يسيراً. وفي هذا السياق -وفي قرار غير منشور- نقضت المحكمة العليا قراراً لم يبين فيه القاضي نوع الضرر اللاحق بالزوجة ووسائل إثباته (بلحاج 2012؛ المحكمة العليا، غ م)، والملاحظ من خلال القرار كذلك هو إقرار مفهوم دقيق للشقاق المستمر الموجب للتطليق، والذي ينتفي معه تحقق الحكمة والغرض من استمرار العلاقة الزوجية.

3-قرار رقم 572240 المؤرخ في 2010/07/15:

لا يتم في التطليق للضرر المعتبر، إثبات الضرب والجرح، بحكم جزائي فقط (...)، [وجاء في حيثيات هذا القرار] (...) حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أسست حكمها على الشهادتين الطبيتين المذكورتين في الحكم فضلاً على أن الطاعن لم ينف واقعة الضرب والجرح التي ادعتها المحكمة المطعون ضدها كما يظهر من الحكم المطعون فيه، وبالتالي فإن المحكمة لم تكن ملزمة بإثبات الضرب والجرح بحكم جزائي ونهائي يدين الطاعن (...) (المحكمة العليا، 2010، ص 278).  
من هذا القرار يتبين أن المحكمة العليا لا تعدد بالأحكام الجنائية فقط كحجة إثبات، بل تتعداه إلى اعتراف الزوج وعدم نفيه لما أحدثه من ضرر للزوجة، وعليه يتضح من خلال هذا القرار أن إثبات الضرر يكون بكل وسائل الإثبات والتي منها الإقرار حتى ولو كان الحكم الجزائي نهائياً، وهو ما يُبين أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا، وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي.

يُستشفّ من قرارات المحكمة العليا في مسائل الشقاق أنها قبل تعديل قانون الأسرة أسست لما يسمى بالتطليق للشقاق الذي كان محل تعديل وإضافة من خلال الفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، أما بعد التعديل أكد على أن مظاهر الشقاق تتمثل في تراكم المشاكل اليومية الحقيقية بين الزوجين، أو تكرار رفع الدعوى أمام الجهات القضائية المختصة، ولا يثبت بالنزاع الحاصل خلال جلسات الصلح، وأن إثبات الضرر يكون بكل وسائل الإثبات والتي منها إقرار الزوج ولو كان لدى الزوجة حكم جزائي نهائي يثبت تضررها من الزوج.

## الخاتمة:

من خلال التطرق لموضوع دور الاجتهاد القضائي في استكمال ما غفل عنه قانون الأسرة المعدل؛  
خلصنا إلى النتائج والتوصيات التالية:

- 1- الاجتهاد القضائي في مجال الأحوال الشخصية هو اجتهاد المحكمة العليا لسد النقص الذي يعترى قانون الأسرة سواء من خلال نقص في النصوص أو سكوت، أو لوقوع إشكالات عملية في تطبيقها.
- 2- انفتاح القاضي الجزائري على كل المذاهب الفقهية الأخرى، لعدم ورود مسألة في قانون الأسرة تنص على التقيد بمذهب معين عكس ما ذهبت إليه قوانين مقارنة.
- 3- أغفل المشرع الجزائري في قانون الأسرة مسألة الشروط الواجب توفرها في الشهود، رغم تنظيمه لشروط مسائل أخرى مثل الصداق، وعليه تدارك ذلك في التعديلات القادمة.
- 4- اتجهت اجتهادات المحكمة العليا نحو تطبيق ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، من اشتراط الشهود في عقد الزواج، واستكملت -إلى حد ما- ما غفل عنه قانون الأسرة.
- 5- رغم الإضافة التي جاء بها تعديل قانون الأسرة في المادة 53 فقرة 8 من اعتماد التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين إلا أن الفقرة جاءت غامضة دون تبيان مقصد المشرع بالشقاق المستمر، وهل يمكن إثبات وجوده؟ وما هو المعيار المعتبر الذي يمكن من خلاله التمييز بين السلوك الضار والسلوك غير المسبب للضرر للزوجة حال طلبها التطلاق للشقاق المستمر؟
- 6- أسس الاجتهاد القضائي للشقاق المستمر الذي كان محل تعديل للفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة المعدل، وأصبح من أسباب التطلاق، وبعد التعديل أضاف بعض مظاهر الشقاق والتي من بينها تراكم المشاكل اليومية بين الزوجين، أو تكرار رفع الدعوى للقضاء، ولا يثبت بالخلاف البين خلال جلسات الصلح.
- 7- هذا ولم يُعرّف قانون الأسرة الشقاق المستمر، لكن المشرع في اجتهاد جديد بعد التعديل أضاف مفهومًا آخر للشقاق من كونه الخلاف المستمر وطويل الأمد والنزاع الذي يترتب عليه استحكام الخلاف، وينتفي معه تحقق الحكمة والغرض من استمرار العلاقة الزوجية في ظل الألفة والمحبة والإخلاص بين الزوجين، مما لا يُستطاع معه العشرة والاستمرار.

مراجع المقال:

1. ابن المفلح، إبراهيم (1997). المدع في شرح المقنع (ط 1، ج 8). بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
2. ابن جزي، محمد (د.ت.)، القوانين الفقهية (د.ط.). (د.م): (د.ن).
3. ابن حبان، محمد (1988). الاحسان في تقريب صحيح ابن حبان. (تحقيق شعيب الأرنؤوط) (ط 1، ج 9)، بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة.
4. ابن حزم، أبو محمد علي (د.ت.)، المحلى بالآثار (د.ط، ج 9). بيروت، لبنان: دار الفكر.
5. ابن حنبل، أحمد (2001). مسند أحمد. (تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، وآخرون) (ط 1، ج 26). بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة.
6. ابن منظور، جمال الدين (1414). لسان العرب (ط 3، ج 3). بيروت، لبنان: دار صادر.
7. أبو داود، السّجستاني (د.ت.). سنن أبي داود. (تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد) (د.ط، ج 3). بيروت، لبنان: المكتبة العصرية.
8. الأحمدي، عبد العزيز مبروك (1424). الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة (د.ط.)، السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
9. البخاري، محمد بن إسماعيل (1422). الجامع الصحيح. (تحقيق محمد زهير بن ناصر) (ط 1، ج 1). (د.م): دار طوق النجاة.
10. البغا، حسن؛ البغا، مصطفى (2018). قانون الأحوال الشخصية زواج وطلاق (د.ط.). سورية: منشورات الجامعة الافتراضية السورية.
11. بكري، القاضي (2000). دستور العلماء (ط 1، ج 1). بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
12. بلحاج العربي (2012). قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010 (ط 4). الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
13. بلحاج، العربي (2007). الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (ط 5). الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
14. بلحاج، العربي (2010). الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (ط 6، ج 1). الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
15. بن حليمة، الساسي (2012). دراسات في الأحوال الشخصية (د.ط.). تونس: مركز النشر الجامعي.
16. بن معجوز، محمد (1998). أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (د.ط، ج 1). الدار البيضاء، المغرب: مطبعة النجاح الجديدة.
17. بوشيش، صالح (2005). واقع الأسرة الجزائرية بين الزامية القانون او حتمية الاجتهاد، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، 6 (13)، 263-282.
18. بويزري، السعيد (مارس، 2000). قانون الأسرة ماله وما عليه، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، مركز البصيرة، الجزائر، (5)، 189-201.
19. التويجري، محمد (2009). موسوعة الفقه الإسلامي (ط 1، ج 5). الأردن: بيت الأفكار الدولية.
20. الجد، ابن رشد (1988). المقدمات الممهدة. (تحقيق محمد حجي) (ط 1، ج 2). بيروت، لبنان: دار الغرب الإسلامي.
21. الجد، ابن رشد (1988). البيان والتحصيل. (تحقيق محمد حجي وآخرون) (ط 2، ج 10). بيروت، لبنان: دار الغرب الإسلامي.

22. الحنفي، أبو الفضل (1937). الاختيار لتعليل المختار (د.ط، ج2). القاهرة، مصر: مطبعة الحلبي.
23. الخمليشي، أحمد (2015). من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأحوال الأسرة (ط1). مصر: دار الكلمة للنشر والتوزيع.
24. الداوقي، عباس (2015). الاجتهاد القضائي: مفهومه، حالته، نطاقه: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي (ط1). القاهرة، مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية.
25. الدسوقي، ابن عرفة (د.ت.). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (د.ط، ج2). بيروت، لبنان: دار الفكر.
26. الرازي، زين الدين (1999). مختار الصحاح. (تحقيق يوسف الشيخ محمد) (ط5). بيروت، لبنان: المكتبة العصرية.
27. الرعيبي، الخطاب (1992). مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (ط3، ج6). (د.م): دار الفكر.
28. الرملي، شمس الدين (1984). نهاية المحتاج (ط أخيرة، ج6). بيروت، لبنان: دار الفكر.
29. الزحيلي، محمد مصطفى (2006). القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (ط1، ج1). سورية: دار الفكر.
30. الزحيلي، وهبة (1985). الفقه الإسلامي وأدلته (ط2، ج7). سورية: دار الفكر.
31. الزحيلي، وهبة (د.ت.). الفقه الإسلامي وأدلته (ط4، ج1). سورية: دار الفكر.
32. سايس، جمال (2013). الاجتهاد القضائي الجزائري في مادة الأحوال الشخصية (ط1). الجزائر: منشورات كليك.
33. سايس، جمال (2014). قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري (ط1). الجزائر: منشورات كليك.
34. السرخسي، أبو بكر (1993). المبسوط (د.ط، ج21). بيروت، لبنان: دار المعرفة.
35. الشربيني، الخطيب (1994). مغني المحتاج (ط1، ج6). لبنان: دار الكتب العلمية.
36. شعبان، زكي الدين (1982). مرونة الفقه الإسلامي وابطال دعوى جموده، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 6 (2)، 233-219.
37. شكشوك، مفيدة (يوليو، 2018). السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في حالة التطليق، مجلة المحامي، منظمة المحامين بسطيف، الجزائر، (30)، 134-103.
38. شلبي، مصطفى (1984). أحكام الأسرة في الإسلام (ط4). بيروت، لبنان: الدار الجامعية.
39. الصابوني، عبد الرحمان (1968). مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية (ط2، ج2). لبنان: دار الفكر.
40. الصاوي، أحمد (1952). حاشية الصاوي (د.ط، ج1). القاهرة، مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي.
41. الطبري، محمد بن جرير (2000). جامع البيان في تأويل القرآن. (تحقيق أحمد محمد شاكر) (ط1، ج8). (د.م): مؤسسة الرسالة.
42. عبدو، أحمد (2011). المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، الجزائر، 1(1)، ص152-163.
43. عليش، محمد (1989). منح الجليل (د.ط، ج3). بيروت، لبنان: دار الفكر.
44. الغرياني، الصادق (2011). الأسرة أحكام وأدلة (ط8). زليتن ومصراته، ليبيا: دار الشعب وبن حمودة.
45. قانون الأسرة (2005). الأمر رقم 02-05، مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005. يعدل ويتم الأمر رقم 11-84، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984.

46. قانون الحالة المدنية (2014). رقم 14 - 08، المؤرخ في 0913 شوال 1435 الموافق غشت سنة 2014. يعدل ويتمم الأمر 70 - 20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970.
47. القانون المدني (1975). أمر رقم 58-75، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتّم.
48. الكاساني، علاء الدين (1986). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ط2، ج2). بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
49. الكشيبور، محمد (2015). الواضح في شرح مدونة الأسرة (ط3، ج1). الدار البيضاء، المغرب: مطبعة النجاح الجديدة.
50. المالكي، الخرخشي (د.ت). شرح مختصر خليل للخرشي (د.ط، ج3). بيروت: دار الفكر للطباعة.
51. مجلة الأحوال الشخصية (1956)، الصادرة بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66.
52. محروق، كريمة (2019). عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون (ط1). الجزائر: دار هومة.
53. المحكمة العليا (1990)، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/09/24، ملف رقم 34438، (المجلة القضائية)، (1).
54. المحكمة العليا (1990أ)، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/05/20، ملف رقم 36414، (المجلة القضائية)، (2).
55. المحكمة العليا (1991)، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/02/29، ملف رقم 48184، (المجلة القضائية)، (1).
56. المحكمة العليا (1991أ)، غرفة الأحوال الشخصية، 1990/03/19، ملف رقم 58788، (المجلة القضائية)، (1).
57. المحكمة العليا (1992)، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/12/11، ملف رقم 55706، (المجلة القضائية)، (1).
58. المحكمة العليا (1996)، غرفة الأحوال الشخصية، 1995/07/25، ملف رقم 123051، (المجلة القضائية)، (1).
59. المحكمة العليا (1997)، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/11/25، ملف رقم 173556، (المجلة القضائية)، (1).
60. المحكمة العليا (1997أ)، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/09/24، ملف رقم 139353، (المجلة القضائية)، (2).
61. المحكمة العليا (2010)، غرفة الأحوال الشخصية، 2010/07/15، ملف رقم 572240، (مجلة المحكمة العليا)، (2).
62. المحكمة العليا (2011)، غرفة الأحوال الشخصية، 2011/07/14، ملف رقم 654972، (مجلة المحكمة العليا)، (2).
63. المحكمة العليا (2012)، غرفة الأحوال الشخصية، 2011/04/14، ملف رقم 620084، (مجلة المحكمة العليا)، (1).
64. المحكمة العليا (2012أ)، غرفة الأحوال الشخصية، 2011/07/14، ملف رقم 624622، (مجلة المحكمة العليا)، (2).
65. المحكمة العليا (2015)، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 2015/02/12، ملف رقم 0851807، (مجلة المحكمة العليا)، (1).
66. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989 / 11 / 27، ملف رقم 56490، غير منشور.
67. مدكور، محمد سلام (1996). المدخل للفقه الإسلامي (ط2). مصر: دار الكتاب الحديث.
68. مدونة الأسرة المغربية (2004). الصادرة بقانون 03-70.
69. المراغي، أحمد (1946). تفسير المراغي (ط1، ج5). مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
70. المرادوي، علاء الدين (د.ت)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ط2، ج8). (د.م): دار إحياء التراث العربي.
71. المصري، فراج (1995). العذر بالجهل تحت المجهر الشرعي (ط2). باكستان: دار الكتاب والسنة.



72. المصري، مبروك (2010). الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية (د.ط.). الجزائر: دار هومة.
73. المقدسي، ابن قدامة (1968). المغني (د.ط، ج7). مصر: مكتب القاهرة.
74. المناوي، عبد الرؤوف (1990). التوقيف على مهمات التعاريف (ط1). القاهرة: عالم الكتب.
75. منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (2010). المرأة وقانون الأسرة والنظام القضائي في الجزائر والمغرب وتونس، الرباط: مطبعة لون.
76. ميارة، محمد (د.ت.). الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (د.ط، ج1). (د.م): (د.ن).
77. نهار، بسام البطون الجبور (2010)، الإثبات بالشهادة بين الفقه الإسلامي والقضاء العشائري (ط1). الأردن: دار يافا العلمية للنشر والتوزيع.
78. النووي، أبو زكريا (1991). روضة الطالبين وعمدة المفتين. (تحقيق زهير الشاويش) (ط3، ج7). بيروت: المكتب الإسلامي.
79. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية (1427). الموسوعة الفقهية الكويتية (ط2، ج41). الكويت: مطبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية.