وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique

جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرّحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق والعلوم السّياسية
قسم القانون الخاص

التّطليق للشقاق بين النّص والتّطبيق
- دراسة مقارنة -

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص المهن القانونية والقضائية

من إعداد الطّالبين:
- نايت صالح محمد لمين
- كارد مريم

تحت اشراف البروفيسور:
- أيت شاوش دليلة

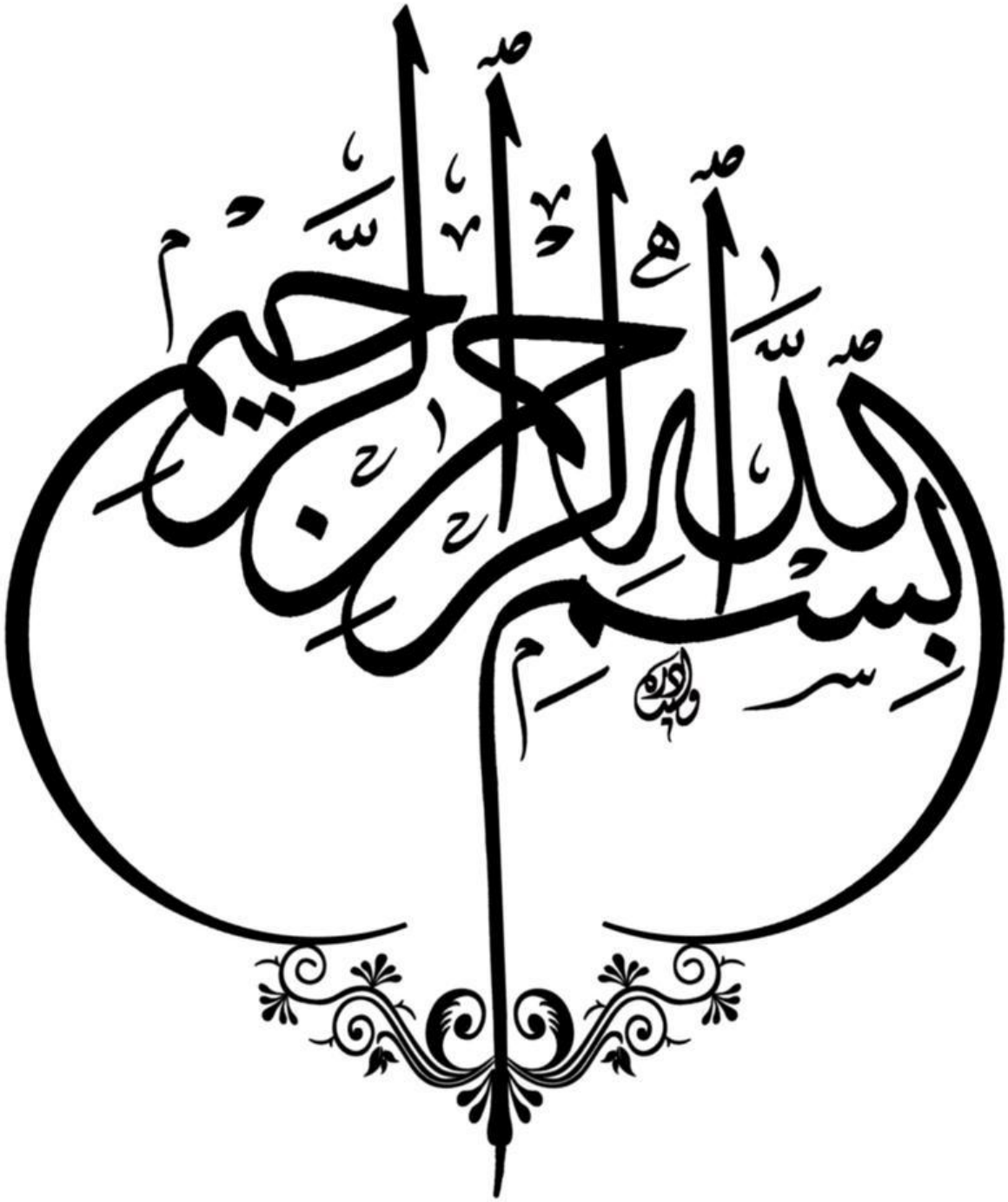
تاريخ المناقشة: 2025/06/25

أعضاء لجنة المناقشة:

- **الأستاذ(ة):** أيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية..... رئيسًا.
- **الأستاذ(ة):** البروفيسور أيت شاوش دليلة، جامعة بجاية.....مشرفًا ومقررًا.
- **الأستاذ(ة):** فتوس خديجة، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية..... ممتحنًا.

السّنة الجامعية

2025-2024


بسم الله الرحمن الرحيم

سورة النّساء– الآية 35

إهداء

إلى من كانت نبع الحنان، وسرّ النّجاح، ومصدر القوة...

إلى أمي الحبيبة **زرناجي عقيلة،**

يا من غرستِ في قلبي القيم، وسقيتِ روحي بالدّعاء، وتحملتِ من أجلي الكثير

لكِ وحدكِ تنحني الحروف احترامًا وتقديرًا.

وإلى أبي العزيز **نايت صالح رابح،**

منك تعلمت معنى الرّجولة والكرامة، ومنك استقيت الصّبر والإرادة...

دمتَ قدوتي وسندي في الحياة.

إلى أختي الحنونة **ليليا،** التي كانت لي دوما خير رفيقة ونصيرة

وإلى أختي الطّيبة **فاطمة** وزوجها **ياسين،** التي لم تبخل عليّ بدعائها وتشجيعها

لكما كل الامتنان على ما قدمتماه لي من حب وتشجيع.

وإلى أحبة خالهم **أيمن، معاذ، وآلاء،** الذين كانوا نسمات فرح في أيامي.

إلى صديقي وأخي الغالي **موسى زين الدين،**

الذي لم يتركني في محطات التّعب، وشارك معي اللّحظات الصّعبة والبهيجة،

لك مني كل التقدير على الصحبة الطّيبة الصّالحة.

إلى خالاتي العزيزات: **مليكة، نورة، فوزية، صبرينة، حفيظة،**

كنتنّ دومًا مصدر دعم روحي وعائلي لا يُنسى... شكرًا على حبكنّ ودعمكنّ.

وإلى أخوالي الأحباء: **حميد، عبد القادر، رشيد، مسعود، رضوان،**

لكم مكانة في قلبي لا توصف... جزاكم الله عني كل خير.

وأخيرًا، زملائي وأصدقاء الجامعة إلى كل من أحبني، ودعمني، وكان جزءًا من رحلتي...

أهدي هذا العمل عربون وفاء وامتنان من قلب يكنّ لكم كل الحب والاحترام.

الطّالب: نايت صالح محمد لمين

إهداء

الحمد والشكر على إتمام هذه المذكرة.

أُهدي هذا التخرج، الذي طالما تمنيتَ رؤيته، إلى روحك الطاهرة يا أبي،

يا من غادرتَ دنيانا قبل أن تشهد هذه اللحظة. كنتَ الأمان الذي يملأ حياتي، وغيابك كسرٌ لا يجبر،

رحمك الله بقدر شوقي لوجودك اليوم، وبقدر حاجتي لدعمك ونظرة الفخر من عينيك.

كما أُهدي هذه الفرحة إلى من بقيت سندي وعمودي في الحياة، إلى أمي الحبيبة.

هذا التخرج هو عربون حب وامتنان لكل ما قدمتِه لي، فمهما بلغتُ، يبقى عطاؤكِ أعظم وأكثر.

وإلى إخوتي الأعزاء" **منال– مهدي**"، اللّذان ساندوني في السّراء والضّراء وافتخروا بي طوال هذا

المشوار، لكم مني كل الحب والتقدير.

ولا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر لزميلي "**محمد لمين**".

فبفضل دعمك اللامحدود خلال محنتي، وصبرك ووقوفك بجانبي في كل تفصيلة، تمكنتُ من الوصول

إلى هذه المرحلة، لقد كنتَ لي أكثر من مجرد زميل، شكرًا لكَ.

وأخيرًا، أتوجه بالشكر الجزيل والتقدير الفائق لأستاذتي المشرفة الدكتورة أيت شاوش دليلة، على ما قدمتْهُ

لنا من إرشادات ثمينة أسهمت في إنجاز هذا العمل.

الطّالبة: كارد مريم

شُكْرٌ وَعِرْفَانٌ

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْمُرْسَلِينَ، سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ

أَمَّا بَعْدُ.

يَسُرُّنِي وَيُشَرِّفُنِي أَنْ أَتَقَدَّمَ بِأَسْمَى عِبَارَاتِ الشُّكْرِ وَالتَّقْدِيرِ إِلَى البروفيسور آيْتْ شَاوَشْ دَلِيلَة، الَّتِي تَكَرَّمَتْ بِقُبُولِ الإِشْرَافِ عَلَى هَذِهِ الْمُذَكِّرَةِ، فَكَانَتْ نِعْمَ الْمُوَجِّهَةُ وَالْمُرْشِدَةُ، بِمَا قَدَّمَتْهُ مِنْ تَوْجِيهَاتٍ قَيِّمَةٍ وَنَصَائِحَ بَنَّاءَةٍ طِيلَةَ مَرَاحِلِ إِعْدَادِ هَذَا الْعَمَلِ. فَجَزَاهَا اللهُ عَنَّا خَيْرَ الْجَزَاءِ.

كَمَا لَا يَفُوتُنَا أَنْ نَتَقَدَّمَ بِخَالِصِ الشُّكْرِ وَالِاعْتِرَافِ بِالْجَمِيلِ إِلَى السَّادَةِ الْأَسَاتِذَةِ:

- الْأُسْتَاذِ عَبْدِ الله لَفْقِيرِي

- الْأُسْتَاذَةِ أَقْرُوفَة

- الْأُسْتَاذَةِ بِنْ مَدَاخِن

- بُورَايْ دَلِيْلَة

-الأُسْتَاذ المُحَامي فَاتح طَاهِيْر

-الأُسْتَاذْ المُحَامي طَرْشُونْ تُوفِيقْ

عَلَى مَا بَذَلُوهُ مِنْ جُهُودٍ وَمَا أَبْدَوْهُ مِن اهْتِمَام، سَوَاءً أَثْنَاءَ إِعدَاد هَذِهِ الْمُذَكِّرَةِ، أَوْ طِيلَةَ مَسَارِنا الدِّرَاسِيِّ، فَلَهُمْ مِنَّا كُلُّ الِامْتِنَانِ وَالِاعْتِرَافِ بِالْفَضْلِ.

وَفِي الْخِتَام، نَرْجُو مِنَ اللهِ تَعَالَى أَنْ نكُونَ قَدْ وُفِّقْنا فِي هَذَا الْعَمَلِ الْمُتَوَاضِعِ، وَأَنْ يَجْعَلَهُ اللهُ فِي مِيزَانِ حَسَنَاتِ كُلِّ مَنْ سَاهَمَ فِي إِخْرَاجِهِ إِلَى النُّورِ

قائمة المختصرات

- **م.أ.م:** مدونة الأسرة المغاربية.
- **ج.ر.ع:** جريدة الرّسمية عدد.
- **ق.أ.ج:** قانون الأسرة الجزائري.
- **ق.إ.م.إ.ج:** قانون إجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
- **ج:** الجزء.
- **ص:** الصفحة.
- **ط:** الطّبعة.
- **د.ت.ن:** دون تاريخ النّشر.

مقدمة

مقدمة

تزداد النّزاعات الزّوجية في المجتمعات المعاصرة بشكل لافت وغير مسبوق، وتتّخذ أشكال متعدّدة تؤثر على تماسك الأسرة و استقرارها، ممّا يجعل من الضّروري البحث في الأليات التي شرعّها الإسلام والقانون لحماية هذه الأسرة، باعتبارها كيان يتأسس بناءً عن عقد الزّواج الذي جعله الإسلام ميثاقاً غليظاً، مبني على المودة و الرّحمة، يُحقق للزوجين الكرامة والاستقرار، لاكن الواقع الاجتماعي المعاش أثبت أنّ هذه العلاقات قد تعترضها صعوبات تؤدي الى تصدعها وانهيارها ويتجلى هذا الانهيار في ما يصطلح عليه بـ:"الشّقاق"، وهو نزاع دائم ومستمر بين الزّوجين يحول البيت من حالة السّكينة إلى ساحة نزاع، ممّا يجعل من استمرار العشرة أمرًا مستحيلاً و غير مطاق، ولم يغفل التّشريع الإسلامي عن هذه الإشكالات، بل واجهها بمجموعة من الوسائل الهادفة إلى رأب الصّدع بين الزّوجين ومن بينها نظام "التّحكيم"، الذي يقوم على تعين حكم من أهل الزّوج وحكم من هل الزّوجة، بغرض الإصلاح وتقريب وجهات النّظر، كما جاء في **قول الله سبحانه وتعالى ﴿إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾**[1] ،غير أنّ التّحكيم وإن كان وسيلة فعالة في العديد من الحالات، قد لا يؤدي إلى النّتيجة المرجوة اذا طال الشّقاق واستحكم الخلاف، حيث يستعصي الإصلاح يستنفذ كل محاولات التّوفيق بين الزّوجين، فيصبح استمرار العلاقة الزّوجية أمرًا مستحيلاً، ويغدو فك الرّابطة الزّوجية حلاً لا مفر منه، حماية لكرامة الزّوجين.

ولقد استجابت التّشريعات العربية لهذه الإشكالية، وخصوصًا بعد التّعديلات التّي عرفتها بعض قوانين الأحوال الشّخصية، كما هو الحال في مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 وقانون الأسرة الجزائري المعدل سنة 2005 حيث تمّ تكريس مبدأ التّطليق للشقاق كآلية قانونية لإنهاء الرّابطة الزّوجية عند تعذر الإصلاح بين الزّوجين.

أهمية الموضوع: تتجلى أهمية دراسة موضوعنا هذا في كونه يعالج إشكالية واقعية متزايدة في المجتمعات العربية، المتمثلة في الشّقاق المستمر بين الزّوجين وما ينجر عنه من استحالة العشرة بينهما وذلك بتسليط الضّوء على الجانب المفاهيمي والإجرائي للشقاق بالإضافة إلى موقف التّشريعات

[1]– سورة النّساء، الآية رقم 35.

العربية من بينها الأردني، المصري، المغربي، الجزائري من حكم التّطليق به، لكون أنّ هذا الموضوع نادرًا ما يلجأ إليه من يطلب التّطليق.

أسباب اختيار الموضوع: من بين الأسباب التي دفعتنا لاختيار الموضوع

– رغبة شخصية في التّعمق في موضوع التّطليق للشقاق نظرًا لكون الشّقاق الزّوجي واقع معاش في كل الأسر الجزائرية.

– ندرة قضايا التّطليق للشقاق في الجزائر.

– إبراز دور القاضي والتّحكيم في حل النّزاعات الأسرية.

– الحاجة إلى دراسة مقارنة بين التّشريعات العربية في هذا الموضوع.

– بيان دور الشّريعة الإسلامية وقدرتها على معالجة الحياة الزّوجية.

الإشكالية: من خلال تناولنا لهذا الموضوع توصلنا للإشكالية الأتية:

إلى أي مدى استطاعت التّشريعات العربية المقارنة تنظيم أحكام التّطليق للشقاق بما يحقق التّوازن بين النّص القانوني والتّطبيق القضائي في ظل أحكام الشّريعة الإسلامية والتّباين الفقهي فيها؟

تتفرع عن هذه الإشكالية التّساؤلات الفرعية الأتية:

– ما المقصود بكل من الشّقاق والتّحكيم بين الزّوجين؟

– فيما تتمثل إجراءات رفع دعوى التّطليق للشقاق؟

المنهج المعتمد عليه:

اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج الاستقرائي المقارن، من خلال استقراء النّصوص القانونية المتعلقة بالتّطليق للشقاق في عدد من التّشريعات المتمثلة في التّشريع الأردني، المصري، المغربي، الجزائري، بالإضافة إلى الاحكام والقرارات القضائية الصّادرة عن المحاكم، لاسيّما قرارات المحكمة العليا، حيث مكنّنا هذا المنهج من تتبع كيفية معالجة المشرع العربي لموضوع التّطليق للشقاق.

الخطة: بغرض معالجة كافة جوانب هذا الموضوع قسمنا دراستنا لفصلين.

يتضمن الفصل الأوّل الأحكام النّظرية للتطليق للشقاق؛ خصّص المبحث الأوّل لبيان الإطار المفاهيمي للشقاق وموجباته بينما خصّص المبحث الثّاني لمشروعية التّطليق للشقاق وموقف الدّول العربية منه.

كما يتضمن الفصل الثّاني التّطبيق القضائي للتطليق للشقاق؛ خصّص المبحث الأوّل لبيان إجراءات دعوى التّطليق للشقاق ودور القاضي فيها بينما خصّص المبحث الثّاني لتبيان فعالية نظام التّحكيم في قضايا التّطليق للشقاق.

الفصل الأوّل

الأحكام النّظرية للتطليق للشقاق

الفصل الأوّل

الأحكام النّظرية للتطليق للشقاق

تشكّل الأسرة نواة المجتمع، والحياة الزّوجية هي الإطار الذّي تنشأ فيه هذه الأسرة، فقد جعل الله تعالى أساس هذا البناء قائما على السّكينة والمودّة والرّحمة، حيث أنّ العلاقة الزّوجية ليست مجرد علاقة مادية بين الزّوجين، بل هي ارتباط روحي وعاطفي المراد به الدّوام والتّفاهم، لقول الله تعالى: ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ [1].

فالرّابطة الزّوجية في الإسلام ليست مجرد علاقة شكلية أو عقد مدني بحت، بل هي ميثاق غليظ وارتباط وثيق يقوم على التّعاون والاحترام المتبادل، يهدف إلى تحقيق الاستقرار الأسري والتّكامل بين الزّوجين في إطار من التّفاهم والمشاركة في المسؤوليات، إلاّ أنّ هذه العلاقة قد لا تسير دائمًا على الوجه المطلوب، إذ قد تظهر عند الزّوجين خلافات حادّة قد تصل إلى حدّ التّكرار الذي قد يترتب منه انهيار الرّوابط نتيجة لاختلاف الطّباع أو تباين وجهات النّظر، أو بسبب ظروف مادية و اجتماعية، فتؤثر هذه الأخيرة سلبا على استقرار هذه العلاقة ، وقد تصل إلى حدّ الشّقاق الذي قد يفقد العلاقة معناها والغرض منها، و يهدّد بقاؤها و بالتالي يستحيل مواصلة العشرة بين الزّوجين وعند هذه المرحلة يصبح تدخل الجهات المختصة من الأهل و القضاء أمرًا ضروريًا لا مناص منه، ووصولا لهذه النّقطة توجّب علينا الإطلاع على بعض التّشريعات العربية لاستنباط موقفها من التّطليق للشقاق مع تحديد مشروعيته من عدمها وعليه قسّمنا هذا الفصل إلى مبحثين، خصّصنا مبحث أوّل للإطار المفاهيم للشقاق و محدّداته و مبحث ثاني لمشروعية التّطليق للشقاق وموقف الدّول العربية منه .

[1]– سورة الرّوم، الآية رقم 21.

المبحث الأوّل

الإطار المفاهيمي للشقاق وموجباته

يعدُّ الشّقاق بين الزّوجين من الأسباب القانونية التي قد تؤدّي إلى طلب التّفريق بينهما وهو ليس مجرد خلاف عابر بل حالة من التّنافر المستمر الذي يؤثّر بشكل جوهري على استقرار العلاقة الزّوجية وعليه يتطلب فهم الشّقاق قصدًا دقيقًا لأبعاده القانونيـة والاجتـماعية لتحديد مفهومه وموجبات هذا الأخيـر، وفي هذا المبحث يتمّ التّعرض لحقيقة التّطليق للشقاق مطلب أوّل من خلال تعريف الشّقاق لغة اصطلاحا وفقها مع استعراض موجبات التّطليق للشقاق مطلب ثاني والتّي تتّمثل في كل من شروط صحة الشّقاق وأسبابه.

المطلب الأوّل

حقيقة التّطليق للشقاق

من بين الأسباب التّي عدّدتها المادة 53 من قانون الأسرة المخوّلة للزوجة طلب التّطليق نجد من ضمنها التّطليق للشقاق المستمر بين الزّوجين وذلك بموجب التّعديل الذي طرأ على قانون الأسرة الجزائري بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005[1]، ومن ثمّ نجد أنفسنا متسائلين عن حقيقة الشّقاق التّي نصّت عليه المادة 53 السّالفة الذّكر، وللإحاطة بمختلف جوانب التّطليق للشقاق لابدّ من التّطرق لتعريف الشّقاق فرع أوّل وتمييّز هذا الأخير عن بعض المصطلحات المشابهة له فرع ثاني.

[1]– قانون 84–11 مؤرخ في9 يونيو 1984 يتضمّن قانون الأسرة، المعدل والمتمّم بالقانون رقم05–09المؤرخ في04 مايو 2005، ج.ر رقم 43المؤرخة في 22 يونيو2005، يتضمّن الموافقة على الأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي يعدل ويتمّم القانون رقم 84–11، الجريدة رسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

الفرع الأوّل

تعريف الشّقاق

يندرج ضمن هذا الفرع تعريف الشّقاق لغة واصطلاحا وفقها أمّا بخصوص التّعريف القانوني له فقد سكت المشرّع عنه وهذا ليس تناسيًا منه بل تركه للاجتهاد الفقهي، غير أنّ المشرّع الجزائري نصّ في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري "إذا اشتد الخصام بين الزّوجين ولم يثبت الضّرر وجب تعيّين حكمين للتوفيق بينهما..."، ونلاحظ أنّ المادة 56 من قانون الأسرة قد عرّفت الشّقاق بطريقة غير مباشرة باعتباره ذلك الخصام الشديد بين الزّوجين والّذي لا يثبت فيه الضّرر[1].

أوّلاً: تعريف الشّقاق لغةً

هو الخلاف والنّزاع وأصل الشّقاق مأخوذ من "**الشّق**" ويدل على الانصداع في الشّيء ثمّ يحمل عليه ويشتق منه على معنى الاستعارة فيقول شقّقت الشّيء، أشقه شقّا، أي فرقه وقسمه ومنه قيل: شقّ عليه الأمر، اذن صعُب عليه[2]، والشّق **كقول الله تعالى: ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنفُسِ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾** [3]

وهذا الأخير في مصطلح أهل اللّغة يدور حول عدّة معاني من بين أهمّها:

1- الجهة: ففي حديث أمّ زرع **{وَدَنِي فِي أَهْلِ غَنِيمَةٍ بِشِقٍّ}** [4].

2- المشقة: شقّ على الأمر يشقّ شق ومشقّة أي ثقل علي، واسم الشّق بالكسر، قال الأزهري ومنه **قوله** ﷺ: **{لَوْلا أَنْ أَشُقَّ على أُمَّتِي لَأَمَرْتُهم بالسِّواكِ مع كلِّ وُضُوء}** [5].

---

[1]- عبدو أحمد،" المفهوم القضائي للشّقاق المستمر بين الزّوجين كسبّب للّتطليق في قانون الأسرة الجزائري "، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، بليدة، الجزائر،2012، ص150.

[2]- أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللّغة، الجزء 3، الطّبعة الأولى، دار الكتب العلمية، إيران، 1955، ص170.

[3]- سورة النّحل، الآية رقم7.

[4]- البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، صحيح بخاري، كتاب النّكاح، باب حسن المعاشرة مع الأهل، حديث رقم 4790 (54/989)، دار طوق النجاة، الطّبعة الأولى، لبنان،1991، ص955.

[5]- البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، صحيح بخاري، كتاب النّكاح، باب السّواك يوم الجمعة، حديث رقم 1997 (303/1)، دار طوق النجاة، الطّبعة الأولى، لبنان،2001، ص301.

3- المفارقة: شقّ أمره يشقّه شقّا، تنفرق وتبدّد اختلافا وشقّ فلان العصى أي فارق الجماعة، وأمّا قولهم شقّ الخوارج عصا المسلمين فمعناه أنّهم فرقوا جمعهم وكلمتهم[1].

كذلك من باب "**الشّقاق**": هو العداوة والانقسام والخلاف ويقصد به كذلك الخصومة ومنه **قول الله تعالى :﴿وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ﴾** [2].

ثانيًا: تعريف الشّقاق اصطلاحا

إنّ المعنى الاصطلاحي للشقاق لا يكاد يخرج عن معناه اللّغوي المتمثل في وقوع خلاف وعداوة بين الزّوجين على نحو يستدعي تدخل طرف ثالث للإصلاح بينهما.

قال أبو جعفر الطّبري: "**وإن علمتم أيهُّا النّاس شقاق بينهما، وذلك مشاقّة كل واحد منهما صاحبه، وهو إتيانه ما يشقُّ عليه من الأمور. فأمّا من المرأة، فالنّشوز وتركها أداء حق الله عليها الذي ألزمها الله لزوجها. وأمّا من الزّوج، فتركه إمساكها بالمعروف أو تسريحها بإحسان**"[3].

يتّضح من قول الطّبري أنّ الشّقاق اصطلاحًا يُفهم على أنّه النّزاع العميق والمتبادل بين الزّوجين، بحيث يُقابل كلٌّ منهما الآخر بما يشقّ عليه من الأفعال أو الأقوال، بما يُخلُّ بمقومات السّكن والمودة التي تُبنى عليها العلاقة الزّوجية. وقد حدّد الطّبري مظاهر هذا الشّقاق من جهة الزّوجة بنشوزها وترك أداء ما أوجبه الله عليها من حقوق لزوجها، ومن جهة الزّوج بتركه إمساكها بمعروف أو تسريحها بإحسان، وهو ما يدل على أنّ الشّقاق حالة من الخلاف المستمر، الذي يتطلب تدخلًا خارجيًا للإصلاح بين الطّرفين.

---

[1]- ابن منصور جمال الدّين محمد ابن بكر، لسان العرب، الجزء26، الطّبعة الأولى، دار المعارف القاهرة، مصر،1981، ص2304.

[2]- سورة الحج، الآية رقم 53.

[3]- أبو جعفر محمد بن جرير الطبّري، جامع البيان عن تأويل القران، الجزء8، الطّبعة الأولى، دار المعارف للنشر، مصر، 224-310هـ، ص318.

ثالثًا: تعريف الشّقاق فقها

يعدُّ الشّقاق بين الزّوجين أحد الأسباب الجوهرية التي تناولها الفقه الإسلامي كسبب للتفريق القضائي لما ينطوي عليه من آثار سلبية تهدّد استقرار العلاقة الزّوجية وتعطيل لمقاصد الزّواج التي بنيت على المودة والرّحمة[1].

فيقصد بالشّقاق بمدلوله الفقهي تلك الحالة المستمرة والمتجدّدة من الخلاف والنّزاع بين الزّوجين والتي تؤدي إلى استحالة العشرة الزّوجية، بحيث استند جمهور الفقهاء للمذهبين المالكي والحنبلي في معالجة هذه الحالة إلى **قول الله سبحانه وتعالى: ﴿إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾** [2].

فيفهم من هذه الآية أنّ الشّقاق إذا بلغ مرحلة تهدّد استمرارية الزّواج، وجب التّدخل لحسم النّزاع عبر آلية التّحكيم[3].

غير أنّه تفاوتت مواقف المذاهب الفقهية في تفسير مدلول الشّقاق ومدى كفايته كسبب للتفريق القضائي، فمنها من اعتبر مجرد استمرار النّزاع سببا كافيا للفرقة، ومنها من اشترط ثبوت الضّرر أو استحالة الإصلاح[4]، وهذا ما سوف نتطرق إليه لاحقا في جواز التّطليق للشقاق من عدمه (مبحث ثاني).

الفرع الثّاني

تمييز الشّقاق عما يشابهه من مصطلحات

يعدُّ مصطلح الشّقاق من المفاهيم الأساسية التي تناولها المشرّع في ميدان العلاقات الزّوجية، نظرًا لما يترتّب عليه من أثار هامة قد تصل إلى حل الرّابطة الزّوجية غير أنّ هذا المصطلح

---

[1]– وهبة بن مصطفى الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السّابع، الطّبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتّوزيع دمشق، سوريا، 2007، ص732.

[2]– سورة النّساء، الآية رقم 35.

[3]– الدردير أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، الشرح الكبير على مختصر خليل، الجزء الثّاني، الطّبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتّوزيع، بيروت– لبنان، 2002، ص541.

[4]– النوّوي أبو زكريا يحيى بن شريف الدّين، روضة الطّالبين وعمدة المفتين، الجزء التّاسع، الطّبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، 1991، ص269.

قد يتداخل مع مفاهيم أخرى قريبة منه لذلك قد قمنا أولا بتميّيز الشّقاق عن الضّرر، و ثانيًا بتميّيز الشقاق عن النّشوز، و ثالثًا بتميّيز الشّقاق عن الجدل، ممّا قد يؤدي إلى لبس في فهم مناط تطبيق كل مصطلح على حدا، ومن هذا المنطلق ارتأينا تخصيص هذا الفرع للتميّيز بين الشّقاق وهذه المفاهيم الثّلاثة بهدف توضيح أوجه الاتّفاق والاختلاف بينهما، والمراد من هذا التّميّيز بيان الخصوصية التّي يتمتع بها الشّقاق كسبب من أسباب التّطليق.

أوّلاً: تميّيز الشّقاق عن الضّرر

يعدُّ كل من الشّقاق والضّرر من الأسباب الجوهرية التّي تجيز طلب التّطليق في قوانين الأسرة المعاصرة غير أنّ الفرق بينهما يظهر جليّا من حيث المفهوم والإجراءات والأثر القانوني.

1- التّميّيز من حيث التّعريف

فالشّقاق يقصد به الخلاف العميق والّدائم بين الزّوجين، بما يجعل استمرار العلاقة الزّوجية متعذرا حتى دون وجود ضرر ملموس، وهو يقوم على واقع النّزاع المستمر الذّي يهدّد الاستقرار الأسري ويقضي على المودة والرّحمة بين الزّوجين، كما نص على ذلك العديد من فقهاء الشّريعة الإسلامية من بينهم عبد الرّحمان الجزيري الذي عرفه بأنّه: "**تباعدّ في الطّباع وتنافر في السّلوك ويجعل من الصّعب استمرار المعاشرة**"[1]، وفي المقابل يقصد بالضّرر كل تصرف يصدر عن أحد الزّوجين ويلحق أذاً فعليا بالطّرف الاخر، سواء كان ضررًا ماديًا كالإيذاء الجسدي أو ضررًا معنويًا كالإهانة أو السّب.

2- التّميّيز من حيث الاثبات

تعدُّ دعوى الضّرر أكثر تعقيدا من حيث الاثبات، اذ يتحمل المدعي عليه تقديم الأدلة القاطعة عن الضّرر الواقع، وفقا للقواعد العامة في الاثبات، كتقديم الشّهادات، أو الوثائق، أو المحاضر الرّسمية، أمّا في حال الشّقاق فإن القاضي يتدخل تلقائيا بمجرد ضهور مؤشرات الخلاف، وقد يعين حكمين لمحاولة الإصلاح دون حاجة المدعي إلى اثبات ضرر مباشر، وهذا ما أكده وهبة بن مصطفى الزّحيلي بقوله: "**الشّقاق يفتح الباب لتطليق لمجرد استحالة استمرار العلاقة دون تعليق الحكم على اثبات الأذى**"[2].

---

[1]- الجزيري عبد الرّحمان بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرّابع، الطّبعة الثّانية، دار الكتب العلمية، بيروت،2003، ص220.

[2]- وهبة بن مصطفى الزّحيلي، المرجع السّابق، ص7060.

3- التّمييّز من حيث الأثر القانوني

فإنّه في دعوى الضّرر إذا لم تثبت ترفض الدعوى ويُستمر في الزّواج[1]، أمّا في الشّقاق، فقد يحكم القاضي بالتّطليق حتى دون اثبات أيّة إساءة إذا اقتنع أنّ استمرار الزّواج سيتسبب في ضرر مستقبلي للطرفين أو أحدهما.

وممّا ذكر أعلاه نستخلص:

- **أوجه التّشابه والاختلاف بين الشّقاق والضّرر:**

أ- أوجه التّشابه

- كلاهما يمثلان حالة من الاضطراب السّلبي الذي يؤثر على استقرار العلاقة الزّوجية.
- قد يؤدي كل من الشّقاق والضّرر، في حال ثبوت أيّ منهما أمام القضاء، إلى حل الرّابطة الزّوجية.

ب- أوجه الاختلاف

- إنّ الشّقاق هو خلاف طويل الأمد يؤثر على استقرار العلاقة الأسرية، أمّا الضّرر فهو أذى يصيب أحد الزّوجين قد يكون ماديا أو معنويا.

ثانيا: تمييّز الشّقاق عن النّشوز

1- التّمييّز من حيث التّعريف

إنّ الشّقاق والنّشوز هما مفهومان قانونيان يعبران عن نوعين مختلفين من الأزمات التّي قد تواجه العلاقة الزّوجية وتعرقلها.

فالشّقاق كما سبق أن عرفناه هو الخلاف العميق والمستمر بين الزّوجين، يؤدي إلى استحالة استمرار الحياة الزّوجية، بحيث يمكن لأيّ من الزّوجين أو كليهما تقديم دعوى للتفريق بينهما إذا استمر الشّقاق على ما هو عليه.

---

[1]- دليلة براف، "التّطليق للضرر المعتبر شرعًا في الاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة البحوث والدّراسات القانونية والسّياسية، العدد1، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة-الجزائر، 2011، ص216.

أمّا النّشوز فهو خروج الزّوج أو الزّوجة بصفة منفردة عن الطّاعة الواجبة في إطار العلاقة الزّوجية وغالبا ما يقصد به نشوز الزّوجة.

2- التّمييّز من حيث الجانب الشّرعي

اتجه جمهور الفقهاء إلى اعتبار النّشوز حالة تنسب غالبا إلى الزّوجة دون الزّوج، حيث حصروه في تمردها عن طاعة زوجها وإخلالها للواجبات الزّوجية كالامتناع عن المعاشرة أو الخروج عن بيت الزّوجية دون عذر شرعي، مستندين في ذلك إلى النّصوص الشّرعية التّي خاطبت الزّوجين بهذا المعنى[1].

لقول الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾ [2]

فالنّشوز إذن هو عصيان الزّوجة لزوجها وتعاليها عما أوجب الله عليها[3].

3- التّمييّز من حيث الطّبيعة القانونية

كما نجد أنّ المشرّع الجزائري تحديدا في قانون الأسرة لم يُفرد نصوص صريحة ومفصّلة تتناول موضوع نشوز الزّوجة، كما هو الحال في الأنظمة القانونية الأخرى، وإنّما اكتفى بالإشارة اليه ضمن المواد المتعلقة بالطلاق وتحديدا المادتين 55 و56 من هذا القانون.

بحيث نصّت المادة 55"عند نشوز الزّوجين يحكم القاضي بالطّلاق والتّعويض لّلطرف المتضرّر"، اذن يمكن أن نستخلص ممّا سبق أنّ الشّقاق هو نزاع متبادل بين الطرفين ألا وهما الزّوجين، أمّا النّشوز هو مرتبط بسلوك فردي من أحد الزّوجين، إمّا الزّوج أو الزّوجة، فهنا يكمن الفرق الجوهري بين هذين المفهومين.

وممّا ذكر أعلاه نستخلص:

---

[1]- قاسم علي محمد علي، نشوز الزّوجة: أسبابه وعالجه في الفقه الإسلامي، الطّبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة لنشر، الإسكندرية- مصر، 2004، ص7.

[2]- سورة النّساء، الآية رقم 34.

[3]- عبد علي حاتم الدباغ، "النّشوز من قبل الزوج كسبب من التّفريق القضائي"، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد7، العدد1، كلية صدر العراق الجامعة، العراق،2023، ص37.

- **أوجه التّشابه والاختلاف بين الشّقاق والنّشوز**

أ- أوجه التّشابه

- كلا المفهومان، الشّقاق والنّشوز إذا تُركا دون علاج قد يؤديان إلى تفكك الأسرة.
- في كلتا الحالتين، من الممكن أن يتدخّل القضاء إمّا بالإصلاح بين الزّوجين، أو من خلال التّحكيم، أو بإصدار حكم قضائي إذا تعذّر الصلح.

ب- أوجه الاختلاف

- الشّقاق يشمل كامل العلاقة الزّوجية ويهدّد استمراريتها، أمّا النّشوز يتعلق فقط بسلوك الطّرف المتمرد على الواجبات.

ثالثا: تّمييز الشّقاق عن الجدل

يعدُّ التّمييز بين مفهومي الشّقاق والجدل أمرًا ضروريًا، نظرًا لما يثيره التّشابه بينهما من خلط، إذ يشتركان في بعض الجوانب، بينما يختلفان في أخرى.

1- التّمييز من حيث التّعريف

كما تمّ الذّكر سابقاً أنّ الشّقاق هو ذلك الخلاف العميق والمستمر بين الزّوجين.

أمّا الجدل فهو مأخوذ من جدلت الحبل، إذا فتلته وأحكمت فتله[1]، وتمّ نقل هذ المعنى إلى المناظرة والمخاصمة في الكلام لأنّ كل واحد من المجادلين يشدّ كلامه ويقوي حجّته ليثبت رأيه ويغلب خصمه.

وقد ورد في لسان العرب لابن منضور: الجدل "**شدّة الفتل، كأنّ كل واحد من الخصمين يفتل الآخر عن رأيه**"[2].

[1]- الفيروزي ابادي مجد الدّين محمد، القاموس المحيط، الجزء الأوّل، الطّبعة الخامسة، مؤسسة الرّسالة للطّباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، 2005، ص276.

[2]- ابن منضور جمال الدّين محمد ابن بكر، المرجع السّابق، ص108.

فيتّضح لنا ممّا سبق أنّ الجدل وهو خلاف فكرى أو نقاش محتد بين الزّوجين، يتناول مسائل من الحياة اليّومية أو المواقف الشّخصية لكنّه لا يبلغ درجة الشّقاق إلاّ إذا تكرّر وأدى إلى نفور وتباعد، والجدل في حدّ ذاته لا يعتد سبباً مشروعاً للتطليق، لأنّه يدخل في طبيعة العلاقة الزّوجية.

2- التّميّز من حيث الاثبات

في قانون الأسرة الجزائري، يعتبر الشّقاق بين الزّوجين سبباً مشروعاً للتطليق، ويثبت بجميع وسائل الإثبات القانونية، المتمثّلة في:

- شهادة الشهود: بحيث تعدّ من الأدلة المقبولة لإثبات الشّقاق بين الزّوجين.
- المحاضر الرّسمية: كمحاضر الجلسات الصّلح التي تظهر تعذر التّوفيق بين الزّوجين.
- تقارير الحكمين: الذي يعيّنهما القاضي لمحاولة الإصلاح بين الزّوجين، وتعتبر هذه الأخيرة من وسائل الإثبات.
- القرائن القوية: مثل الدعوى المتكرّرة أو رفض أحد الزّوجين الصّلح رغم مساعي المحكمة.
- فقد أكّدت المحكمة العليا الجزائرية على أهمية حضور الزّوجين لجلسات الصّلح، وأّن غياب أحدهما يعد قرينة على وجود شقاق، ففي قرار 1477236 المؤرخ في 07 جويلية 2021 قضت المحكمة العليا بنقض الحكم الذي صدر بالطّلاق دون حضور جلسات الصّلح[1].

كما أشار الدّكتور حجاري محمد في مقاله "**دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في تأسيس قواعد الإثبات في أحكام الأسرة**" إلى أنّ القضاء الجزائري يعتمد على مجموعة من الوسائل الإثبات بما في ذلك القرائن المستخدمة مثل تكرار الدعوى ورفض أحد الزّوجين الصّلح رغم مساعي المحكمة[2].

أمّا الجدل بين الزّوجين، في حدّ ذاته، لا يعدُّ سبباً قانونياً للتطليق، ولا يترتب عليه أثر قانوني ما لم يصل إلى ضرر بيّن أو يتطور إلى شقاق يُهدد استمرارية العلاقة الزّوجية.

وعليه يمكن لنا أن نستخلص ما يلي:

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصية، قرار رقم 1477236، المؤرخ في 7جويلية 2021، قضية (م.م ضد ع.ا)، المجلة القضائية، العدد02، لسنة 2021، ص84.

[2]- حجاري محمد، "دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في تأسيس قواعد الإثبات في أحكام الأسرة"، مجلة العلوم الإسلامية والحضارية، العدد السّابع، جامعة معسكر، الجزائر، 2018، ص159.

- **أوجه التّشابه والاختلاف بين الشّقاق والجدل**

أ- أوجه التّشابه

- كلاهما يمثلان شكلاً من أشكال الخلاف بين الزّوجين.
- كلاهما يؤديان إلى خلق أجواء مشحونة بالتّوتر داخل الأسرة، ممّا قد يؤثر على استقرار الحياة الزّوجية.

ب- أوجه الاختلاف

- الشّقاق خلاف عميق ومزمن يفضي إلى تدهور العشرة الزّوجية، في حين أنّ الجدل فهو خلاف عابر ونقاش مؤقّت.
- من النّاحية القانونية، يعتبر الشّقاق سببًا مشروعًا، بينما الجدال لا يعتد به قانونا كسبب للتطليق.

المطلب الثّاني

موجبات التّطليق للشقاق

يعتبر التّطليق للشقاق من أبرز الصّور القضائية التي أقرها المشرّع الجزائري كوسيلة لإنّهاء الرّابطة الزّوجية، فقد جاء هذا النّوع من التّطليق مراعاة لواقع الحياة الزّوجية، التّي قد تشهد حالات من التّنافر أو النّزاع المزمن، بحيث يفقد الزّواج غايته، ومن أجل ضمان عدم تعسّف في استعمال هذا الحق، وضع المشرّع الجزائري جملة من الضّوابط القانونية والشّرعية التي تحدّد إطار تطبيقه، سواء من حيث شروط صحة الشّقاق فرع أوّل التّي يجب أنّ تتوفر في طلب التّطليق، أو من حيث أسباب الشّقاق فرع ثاني التّي يعتدُّ بها الزّوجين للجوء إلى القضاء، وهذا ما سوف نتطرّق إليه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأوّل

شروط صحة الشّقاق

يعدُّ الشّقاق كغيره من حالات التّطليق التي نصّ عليها المشرّع الجزائري، يجب أنّ تتوفّر في هذا الأخير جملة من الشّروط التي تضفي عليه طابع الجدية، فليس كل خلاف بين الزّوجين يعدُّ شقاق بالمعنى القانوني والشّرعي، وهذه الشروط تتمثل في أوّلاً أنّ يصل الى استحالة العشرة، ثانيًا ان يكوم الشّقاق بصفة مستمرة، ثالثًا أن يصدر عن زوجين راشدين تتوفر فيهما الاهلية.

أوّلاً: استحالة العشرة بين الزّوجين (وصولا لحد الاضرار).

من شروط صحة الشّقاق أنّ يصل النّزاع بين الزّوجين إلى حد الإضرار، بحيث لا يستطاع معه دوام العشرة[1].

فلا يكتفي في دعوى الشّقاق مجرّد وجود خلافات عرضيّة أو سوء تفاهم عابر، وإنّما يشترط أن يبلغ النّزاع حد الاضرار بأحد الزّوجين، فيفهم من هذا "**الاضرار**" الضّرر الذّي يتكرّر ويستمر إلى حد أن يفقد العلاقة الزّوجية توازنها ومقوماتها، بحيث يجعل استمرارية هذه العلاقة مصحوبة بأذى نفسي وكذا جسدي.

ففي كتاب الشّرح الكبير نجد أنّ محمد الدّردير أشار إلى هذا المعنى في قوله :"**ويفرّق بين الزّوجين إذا تعذّر دوام العشرة بينهما، واشتدّ الشّقاق، وإن لم يعرف الظّالم منهما**"[2]، فهذا يعني أنّ القاضي يقضي بالتّفريق حتى ولو لم يثبت المتسبب في الشّقاق طالما ظهرت علامات استحالة التّعايش ودوام العشرة.

---

[1]– أبو يوسف مأمون محمد، اجتهادات قضـــائية في المســائل الأحوال الشّخـصية، الطّبعة الأولى، عالم الكتب الحديث للنشـر والتّوزيـــــع، الأردن، 2010، ص129.

[2]– الدّردير أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، المرجع السّابق، ص546.

ثانيًا: استمرار الشّقاق

يُعدّ استمرار النّزاع والشّقاق بين الزّوجين شرطًا جوهريًا لقبول دعوى التّطليق للشقاق، حيث نصّت المادة 53 الفقرة الثّامنة ما يفيد ذلك استعمال عبارة الشقاق المستمر، وقد جاءت في المادة كالاتي "يجوز للزّوجة أن تطلب التّطليق للشّقاق المستمر بين الزّوجين".

جاء في القرار الصادر في 1996/9/24 والذّي كان مدعّم لوجود هذه الفقرة من المادة 53 فيما يلي "من المستقر عليه أنّ استفحال الشّقاق بين الزّوجين يقضي بالتّفريق القضائي شرعا ولما كان في قضية الحال أنّ المطعون ضدّها تضرّرت من استفحال الخصام مع زوجها لمدّة طويلة، ممّا نتج عنه اصابتها بمرض الاعصاب، وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإنّ القضاة بقضائهم بتطليق الزّوجة لهذا السّبب كاف للتفريق القضائي، طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن"[1]، ويتّضح من هذا القرار أنّه لا يكفي أن يكون هناك خلاف عابر أو مشادة مؤقتة، بل يجب أن يثبت أنّ الشّقاق كان بصفة مستمرة ودائمة وهذا ما أكّدته الاجتهادات القضائية.

ثالثًا: توفر أهلية أداء الزّوجين

يشترط لصحة الادعاء أن يكون كلا من الزّوجان عاقلين، فإذا كان أحدهما مجنونا أو معتوها فلا تسمع الدعوى[2]، فيقصد هنا بالأهلية أن يكون كل من الزّوجين متمتعا بقواه العقلية، بحيث يكون قادر على التمييّز بين ما يضرّه وما ينفعه، وهذا ما جاء به المشرّع الجزائري من خلال المادة 40 من القانون المدني "كلُّ شخص بلغ سنَّ الرّشد متمتّعًا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنيّة"[3].

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث، قرار رقم139353، المؤرخ في 24سبتمبر1996، قضية (ق.م.ب) ضد (ك.م)، المجلة القضائية، العدد الثّاني ،1997، ص96.

2- أبو يوسف مأمون محمد، المرجع السّابق، ص129.

3- الأمر رقم75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد78، الصّادر في 30سبتمبر سنة1975، معدل ومتمم، بالأمر رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر عدد44، صادرة في 26 جوان2005، المعدل و المتمم بالأمر رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر عدد 31، صادر في 13 ماي 2007.

فدعوى الشّقاق تتعلّق بحقوق لصيقة بشخصية كلا الزّوجين، فلا يمكن قبول الدعوى أو الفصل فيها، مادام أحد الزّوجين فاقدًا للأهلية القانونية، سواء لجنون أو عته، فقد أشار إليه المشرّع في المادة 42 من ق.م.ج "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التّمييّز لصغر في السّن أو عته أو جنون".

الفرع الثّاني

أسباب الشّقاق وطرق الوقاية منه

انطلاقًا من الدّراسات المقدمة أعلاه اقتضى الأمر أن نتطرق أوّلا لأسباب الشّقاق بين الزّوجين باعتبارها خطوة أساسية لفهم طبيعة النّزاع واثاره على العلاقة الزّوجية، ذلك أنّ الشّقاق لا ينشأ من فراغ بل هو نتيجة لجملة من العوامل المتداخلة والمتراكمة، وحفاظًا على العلاقة الزّوجية من الانقضاء ارتئينا أن نتطرق ثانيا لطرق الوقاية من الشّقاق.

أوّلاً: أسباب الشّقاق

تتعدّد أسباب الشّقاق بين الزّوجين وتتنوع باختلاف الظّروف والأشخاص، فمنها أسباب ترجع للزّوج، ومنها ما يرتبط بالزّوجة، وأخرى مشتركة بين الطّرفين والبعض الاخر تعود لتدخُّل طرف أجنبي.

1- أسباب ترجع للزوج

أ- قسوة الزّوج في المعاملة

تتمثّل قسوة الزّوج في صور متعدّدة، كالإهانة اللفظية، استعمال العنف، الإهمال العاطفي المتعمّد وهذا ما يؤدي إلى الإخلال بركن أساسي وهو المعاشرة بالمعرف وذلك **لقول الله تعالى:﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾**[1]، والتّي تحمل حسن الخلق والمعاملة الطّيبة والاحترام المتبادل.

ب- طمع الرّجل في مال زوجته

يعدُّ طمع الزّوج في مال زوجته من الأسباب العصرية التّي تؤدي إلى نشوء الشّقاق بين الزّوجين خاصةً مع زيادة عدد النّساء العاملات، ورغم أنّ في الشّريعة الإسلامية، مال الزّوجة

[1]- سورة النّساء، الآية رقم19.

خاص بها لا يحق للزوج أن يتصـرف فيه إلاّ بإذنها ورضـاها، وهذا أصل ثابت في القرآن لقول الله تعالى :﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ﴾ [1]

وهذا ما أكّده كذلك المشرّع الجزائري في المادة 37 من قانون الأسرة "لكل واحد من الزّوجين ذمّة مالية مستقلة عن ذمّة الآخر".

2- أسباب ترجع إلى الزّوجة

أ- تأثّر الزّوجة بمواقع التّواصل الاجتماعي

لم تعد مواقع التّواصل الاجتماعي مجرّد وسيلة للتواصل والتّسلية، بل أصبحت عاملًا مؤثرًا قد يُسهم في ظهور الخلافات والشّقاق بين الزّوجين، ويتجلى تأثيرها السّلبي خاصةً على الزّوجة، من خلال المقارنة المستمرّة بما يُعرض من مظاهر التّرف والمثالية، ممّا يزرع مشاعر الإحباط وعدم الرّضا عن الحياة الزّوجية، كما أنّ الانشغال المفرط بها، والإدمان الرّقمي النّاتج عن استخدامها لساعات طويلة، يؤدّي إلى إهمال الحياة الأسرية وغياب التّواصل الفعّال بين الزّوجين، وهو ما يُسبّب توتّرًا واضحًا في العلاقة الزّوجية[2].

ب-الإصرار على الاستقلالية المادية المفرطة (INDEPENDENT WOMAN)

أصبح من المظاهر المعاصرة في الحياة الزّوجية إصرار بعض الزّوجات على أن تكون امرأة مستقلة مالياً (Independent woman)، بحيث تتصرّف في دخلها وأموالها بشكل منفصل تماماً عن الزّوج دون مراعاة مبدأ التّعاون والتّكافل بين الزّوجين الذّي يعدُّ أساس بناء الأسرة، رغم أنّ التّشريعات الإسلامية والقوانين الوضعية[3]، ومنها المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري تضمن للمرأة ذمة مالية مستقلة، إلاّ أنّ التشدّد في هذه الاستقلالية قد يتحول إلى موقف عدائي يؤدي مع مرور الوقت إلى شقاق بين الزّوجين[4].

1- سورة النّساء، الآية رقم32.

2- سهير حمدي، "أثر وسائل التّواصل الاجتماعي على العلاقة الزّوجية"، مجلة دراسات اجتماعية، العدد 25، كلية الادب والعلوم الإنسانية جامعة عين شمس، مصر، 2021، ص158.

3- أخبار المغرب على مدار السّاعة (صحيفة المساء)، الاستقلالية المالية نعمة أم نقمة على الأسرة؟، 2015/3/20، تمّ الاطّلاع عليه بتاريخ 2025/4/17على السّاعة 11 :14، رابط الموقع:https://www.maghress.com/almassae/305446

4- أنظر المادة 37، من القانون رقم84-11 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السّابق.

3- أسباب مشتركة بين الزّوجين

أ- الاختلاف الثّقافي والمستوى العلمي بين الزّوجين

قد يؤدي في الكثير من الأحيان الاختلاف في المستوى الفكري بين الزّوجين أو لأحدهما أثار سلبية على العلاقة الزّوجية من بينها عدم الانسجام والشّقاق المتكرّر، فإذا كان الزّوج أو الزّوجة من خلفية ثقافية منفتحة قد لا يقبل الطّرف الآخر هذا الأسلوب إذا كان أكثر محافظة أو تقليدية منه، أو مثلاً كون أحد الزّوجين متأثر بالثّقافة الغربية من التّقدم الشّكلي الزّائف أو الانحلال الأخلاقي[1]، ممّا يؤدي إلى تضارب التّصرفات اليومية، فإذا ثبت أنّ الخلاف المتكرّر ناتج عن هذه الفجوة الثّقافية أو العلمية بما يؤدي إلى استحالة دوام العشرة بين الزّوجين والشّقاق المستمر بينهما.

ب- فارق السّن الكبير بين الزّوجين

إذا كان فارق السّن بين الزّوجين كبيرًا، فإنّ ذلك قد يؤدّي إلى اختلاف طبيعة التّفكير بينهما[2]، بحيث يعدُّ الفارق العمري بين الزّوجين من العوامل المؤثّرة على استقرار العلاقة الزّوجية، لاسيّما إذا اقترن باختلاف في الاحتياجات النّفسية والاجتماعية والثّقافية لكل من الطّرفين.

غير أنّ الفقه لم يعتبر الفارق السنّي بحدّ ذاته سببًا مباشرًا للتّفريق للشّقاق، إلاّ إذا ثبت للمحكمة أنّه ترتّب عنه ضرر فعلي أو شقاق مستحكم بين الزّوجين.

4- أسباب ترجع لطرف أجنبي

أ- تدخّل الوالدين

يعتبر تدخّل الأهل في الحياة الزّوجية من العوامل المؤثّرة بشكل مباشر في استقرار العلاقة بين الزّوجين، إذ أنّ هذه العلاقة تقوم على الاستقلالية والخصوصية، وأيّ تدخّل خارجي فيها، لا سيّما من طرف الأهل، قد يُربك التّوازن القائم ويُضعف قدرة الطّرفين على معالجة الخلافات بشكل ذاتي، وقد أظهرت الدّراسات أنّ تدخّل الأهل كثيرًا ما يؤدّي إلى تضخيم المشاكل الزّوجية بدلاً من حلّها، خاصّة عندما يكون التّدخل نابعًا من تحيّز واضح لأحد الطّرفين أو مدفوعًا بمفاهيم تقليديّة تتنافى مع متطلّبات العلاقة

---

[1]- نايف محمد الجنيدي، عضل النّساء والتفريق للشّقاق بين الشّريعة والقانون، الطّبعة الأولى، دار الثّقافة للنشر والتّوزيع، الأردن، 2010، ص 141.

[2]- المرجع نفسه، ص142.

المعاصرة. ويؤكّد أيمن صالح في دراسته أنّ تدخّل الأهل بشكل مستمرّ يشكل سببًا جوهريًا لحدوث الطّلاق، حيث يتحوّل الخلاف البسيط إلى نزاع معقّد بفعل تعدّد وجهات النّظر الخارجية، ممّا يؤدّي إلى تصعيد التوتّر وفقدان القدرة على التّفاهم[1]، ومن ثمّ فإنّ تدخّل الأهل يعدُّ من الأسباب الموضوعية التي تؤخذ بعين الاعتبار في دعاوى التّطليق للشّقاق أمام القضاء، خصوصًا إذا أُثبت أنّ هذا التّدخّل كان سببًا مباشراً في تفكّك الرّابطة الزّوجية.

ب- تأثُّر الزّوجة برفيقة السّوء

إنّ تأثُّر الزّوجة برفيقات السّوء التي ينشغلن بالسّعي للنّميمة ونقل الأخبار بين النّاس قد يفسد الاستقرار الأسري ويهدّده[2]، فالصّحبة الفاسدة من العوامل المؤثّرة سلبًا في استقرار أيّ علاقة، خصوصًا إذا ما نتج عنها انحراف في سلوك الزّوجة وتمردها على الحياة الأسرية.

فتكمن خطورة هذا النّوع من التّأثير كونه خفيًا ومتراكمًا، بحيث تبدأ الزّوجة في تبنّي سلوك جديد يتنافى مع متطلّبات الحياة الزّوجية.

ثانيًا: طرق الوقاية من الشّقاق

يكمن دور هذه الطّرق أو السّبل الوقائية في معالجة الشّقاق قبل وقوعه وذلك بمعالجة أسبابه والقضاء عليها ومن بين طرق الوقاية هذه ما يلي:

أ- تعريف الزّوجين بحقوقهما والأمر بالمعاشرة بالمعروف

يعدُّ من أهم سبل الوقاية من الشّقاق بين الزّوجين، فمن الضّروري معرفة الطّرفين لحقوقهما وواجباتهما اتجاه الطّرف الأخر قبل الزّواج وفي المرحلة الأولى منه، إذ أنّ الجهل بهذه الحقوق أو إساءة

---

[1]- أيمن علي عبد الرؤوف صالح، "تدخل الأهل في حياة الزّوجين وأثر ذلك في حدوث الطّلاق"، مجلة الزّرقاء للبحوث والدّراسات، المجلد6، العدد 2، جامعة الزّرقاء الأهلية، الأردن، 2004، ص12.

[2]- مصعب صلاح شلالدة، التّحكيم في النّزاع والشّقاق بين الزّوجين وتطبيقاته في المحاكم الشّرعية، مذكرة استكمال متطلبات الماجيستر، كلية الدّراسات العليا، تخصّص: القضاء الشّرعي، جامعة الخليل، فلسطين، 2018، ص52.

فهمها يعدُّ من الأسباب الرّئيسية التّي تؤدّي إلى النّزاع وسوء المعاملة، ويشكّل التّكوين الثّقافي والدّيني عاملًا أساسيًا في بناء وعي الزّوجين المتوازن[1].

وقد بيّنت الشّريعة الإسلامية أنّ الحقوق بين الزّوجين متقابلة وعلى كل طرف أن يراعي حقوق الطّرف الآخر، **قال تعالى:** ﴿**ولَهُنَّ مِثْلُ الذِي عَلَيْهِنَّ بِالمَعروفِ وللرِّجالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ واللهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**﴾ [2]

بالإضافة إلى أنّه قد أكّد القـران الكـريم على مـبدأ مهم جدًا في تنـظيم العـلاقة الزّوجية، والذّي يتمثل في " **المعاشرة بالمعروف** " حيث **قال الله تعالى:** ﴿**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ [3]

وقد نصّ قانـون الأسرة الجزائـري في المادة 36 منه على حـقـوق وواجبات مشـتـركـة بيـن الزّوجـين، مع التّركـيز على مـبدأ المسـاواة والتّعاون في الحيـاة الزّوجية، كالتّـشاور في تسير شؤون الأسرة، حسن معاملة كل منهما لأبوي الأخر وأقربائه و احترامهم، التّعاون في مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد [4]

ب- عدم الاستجابة لمقتضيات الكراهية

إنّ معالجة الأجسام أمر ميسور في الكثير من الأحيان إلاّ أنّ معالجة النّفوس ممّا قد يعتريها من أحقاد أو من مشاعر الكراهية تعدُّ من أعقد التّحديات، لما ينطوي عليها هذه المشاعر من تأثيرات سلبية يصعب التّصدي لها، حتّى بأكثر الوسائل العلاجية الفعالة [5]

فالكراهية بمثابة داء عضال، بل يمكن تشبيهها بأمراض العصر الخطيرة، لما لها من أثر في تفتيت العلاقات الإنسانية، وتدمير الاستقرار.

ففي إطار العلاقة الزّوجية، إذا ما نشبت الخلافات بين الزّوجين أدّت هذه الأخيرة إلى زعزعت دعائم السّكينة و الطّمأنينة داخل الأسرة، لذا فإنّ الإسلام يدعو إلى التّروي و التّعقل و السّعي إلى

1- ندخوشي ابراهيم، التّطليق للشّقاق والضّرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية-دراسة مقارنة-، بحث تكميلي لنيل درجة الماجيستر في القضاء والسّياسة الشّرعية، كلية العلوم الاسلامية، قسم القضاء والسّياسة الشّرعية، جامعة المدينة العالمية، 2012، ص88.

2- سورة البقرة، الآية رقم226.

3- سورة النّساء، الآية رقم19.

4- أنظر المادة 36، من القانون رقم84-11 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السّابق.

5- مصطفى عرجاوي، "كراهية المرأة زوجها داء دواؤه في الإسلام"، مجلة الوعي الإسلامي، العدد450، وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية، الكويت، 2003، ص74.

الإصلاح و تقريب وجهات النّظر، وليس إلى الانقياد نحو مشاعر الغضب و الكراهية [1] و قد أشار القران الكريم إلى هذه الحكمة **لقول الله تعالى:**﴿ **فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا**﴾ [2] ممّا يؤكد ضرورة التّأني و مراجعة النّفس قبل اتخاذ أيّ قرار يقضي إلى هدم الأسرة، إذ تحذر النّصوص الشّرعية من الاستجابة الفورية لمقتضيات البعض بحيث تدعو الزّوجين إلى علاج ما طرأ على حياتهما من شقاق .

ومن ثمّ فإنّ تجاوز مشاعر الكراهية والتماس الإصلاح يعدُّ سلوك محمودًا ومطلوبًا يحقّق المقاصد الشّرعية في حفظ الأسرة واستدامة المودّة والرّحمة التّي قامت عليها رابطة الزّواج، بالإضافة إلى هذه الوسائل الوقائية، فإنّ الشّريعة الإسلامية قد حثّت على العديد من الصّفات الأخلاقية في التّعامل بين الأفراد التّي تفيد كذلك استمرار الحياة الزّوجية والحفاظ عليها، ومن بينها نجد الصّبر، حسن النّية وأسلوب الحوار الطّيب.

1- سورة النّساء، الآية رقم19 .

2- ندخوشي ابراهيم، المرجع السّابق، ص98.

المبحث الثّاني

مشروعية التّطليق للشقاق وموقف بعض الدّول العربية منه

يشكّل التّطليق للشقاق أحد الوسائل القانونية التّي تحمي الزّوجة من استمرار علاقة زوجية قائمة على النّزاع المستمر وفقدان المودّة والرّحمة، ممّا يؤدّي إلى استحالة العشرة بين الزّوجين، وقد تبايّنت المواقف التّشريعية في الدّول العربية حول هذا النّوع من التّطليق، ففي هذا المبحث نسلّط الضّوء على مشروعيّة التّطليق للشقاق مطلب أوّل ومن ثمّ ننتقل إلى استعراض موقف بعض الدّول العربية من هذا النّوع من التّطليق مطلب ثاني.

المطلب الأوّل

جواز التّطليق للشقاق من عدمه

أثار موضوع جواز التّطليق للشقاق جدلا فقهيًا وقانونيًا واسعًا، نظرًا لارتباطه الوثيق بمقاصد الزّواج واستمراريته من جهة، وبحماية أحد الطّرفين من الضّرر الواقع عليه من جهة أخرى، فقد اختلفت أراء الفقهاء في هذه المسألة، بين من أجازوا التّطليق للشقاق وجعلوه مخرجًا شرعيًا لحالات النّزاع المستمر بين الزّوجين، وبين من اعتبروا أنّ الشّقاق لا يصلح أن يكون سببًا كافيًا للفرقة، وفي هذا السّياق تطرّقنا في هذا المطلب للاتّجاهات الفقهية المختلفة بشأن هذه المسألة حيث خُصّص الفرع الأوّل للاتجاه المؤيد أمّا الفرع الثانّي فخصّص للاتّجاه المعارض، في حين خصّص الفرع الثّالث لعرض الرّاي الرّاجح.

الفرع الأوّل

الاتجاه المؤيّد

لقد أقرّ الفقه الإسلامي مبدأ رفع الضّرر كقاعدة عامة تتفرّع منها عدّة أحكام، ومنها التّطليق للشقاق وقد وجد الاتجاه المؤيّد لمشروعية هذا النّوع من الفرقة دلائله في مصادر التّشريع الإسلامي الأربعة، وبناءً

على ذلك سنعرض مشروعية التّطليق للشقاق كما أقرها هذا الاتّجاه من خلال الاستدلال بالكتاب أوّلاً، ثمّ السّنة ثانيًا، ثمّ الأثر ثالثًا، وأخيرًا بالمعقول رابعًا.

قد ذهب جمهور المالكية، وكذلك القول الثّاني في مذهب الشّافعية وهو الرّواية الثّانية عن الإمام أحمد إلى القول بجواز التّفريق بين الزّوجين بسبب الشّقاق وهو أيضًا قول فقهاء المدينة الّذين اعتبروا أنّ استمرار الشّقاق بين الزّوجين يعدُّ ضررًا محقّقًا يقع على الطّرفين، والضّرر كما هو مقدّر شرعًا يجب إزالته، وازالته في هذه الحالة تكون بالتفّريق بين الزّوجين[1].

وقد استدلوا على الأدلة الأتية:

أوّلاً: من الكتاب

قد استدل المؤيدون للتفريق بسبب الشّقاق، بقول **الله تعالى:** ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾ [2]

- **وجه الدّلالة**

فقد دلّت هذه الآية على مشروعية تدخّل جهة خارجية (الحكمين)، عند ظهور الشّقاق بين الزّوجين، وفي حال تعذّر الإصلاح، فإنّ الحكمين يملكان صلاحية التّفريق، كما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

بالإضافة **لقول الله تعالى:** ﴿**فَإِمسَاكُ بِمَعرُوفٍ أو تَسرِيحُ بِإحسان**﴾ [3].

- **وجه الدّلالة**

فهذه الآية تدلُّ على أنّه عند عدم إمكانية المعاشرة بالمعروف جاز التّفريق بيّن الزّوجين ممّا يؤيد التّفريق بسبب الشّقاق.

---

[1]– نايف محمد الجنيدي، المرجع السّابق، ص152.

[2]– سورة النّساء، الآية رقم35.

[3]– سورة البقرة، الآية رقم229.

ثانيًا: من السّنة

استدل بحديث امـرأة ثابت بن قـيس رضي الله عنـها حيث جاءت إلى النّبي صـلى الله علـيه وسلـم وقالـت: «**يا رسول الله ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام**»، ففرّقهما النّبي صلى الله عليه وسلم منه بطلبها [1].

- **وجه الدّلالة**

حيث أنّه مجرد وجود النّفور والشّقاق حتّى دون وجود تقصير الزّوج، يعدُّ سببا مشروعًا للفرقة بين الزّوجيـن، صيانةً للعشرة.

كذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :**(لا ضرر ولا ضرار)** [2]:

- **وجه الدّلالة**

إذا كان ضرر ولا سبيل لرفعه إلاّ بالتّفريق وجب التّفريق دفعًا للضرر [3].

ثالثًا: من الأثر

ما رُوي عن أنّ عقيل بن أبي طالـب رضي الله عـنه تـزوج بنت عتبة بن ربـيعة فقالت له في بداية زواجهما: "**اصبر لي وأنفق عليك**" إلاّ أنّها ما لبثت أن أظهرت له كراهية صريحة فكانت إذا دخل عليها تقول له: "**يا بني هشام، لا يحبكم قلبي ابدًا، أين الذّين كنت أعانقهم كأباريق الفضة، تردُّ أنوفهم قبل شفاههم؟ أين عتبة بن ربيعة؟ أين شيته بن ربيعة؟** " فكان رضي الله عنه يعرض عنها ولا يرد، حتى دخل عليها يومًا وهو في ضيق شديد، فقالت له مرة أخرى: "**أين عتبة بن ربيعة؟**" فأجابها بحـدة: "**من يسارك في النّار إذا دخلت**"، فغضبت ونـشرت عليها ثيـابها، أيّ شتمته وأهانـته، فبلـغ الأمـر عثمان بن عـفان رضي الله عنه فاستـدعى ابن عـباس ومـعوية بن أبي سفيان، للنّظر في القضية، **فقال ابن**

---

[1]– ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء التّاسع، الطّبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، لبنان،1960، ص398.

[2]– ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، الجزء التّاسع، الطّبعة الأولى، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، مصر،1952، ص784.

[3]– نايف محمد الجنيدي، المرجع السّابق، ص153.

عباس: "لا أفرقن بينهما". بينما **قال معاوية: "ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف"**. فلمّا ذهب إليهما وجدهما قد تصالحا فعاد دون أن يفرق بينهما [1].

- **وجه الدّلالة**

نستفيد من هذه القصة أنّ وجود الكراهية والنّفور المستمر، خاصةً إذا أعلن عنه صراحة من أحد الزّوجين، يعدُّ مظهرًا من مظاهر الشّقاق الذّي يجعل استمرارية الحياة الزّوجية أمرًا مستحيلًا، كما أنّه تهديد العلاقة الزّوجية بالإهانات والحنين لطرف أخر، ورغم أنّ التّسوية قد تمت بينهما إلاّ أنّ موقف ابن عباس رضي الله عنه، الذي عزم على التّفرق يعدُّ دليلًا على أنّ الضّرر المعنوي والشّقاق الظاهر مبرّر كافي لفسخ الزّواج.

كذلك من الآثار الواردة عن الصّحابة، ما يقال عن الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنّه كتب إلى **ابن موسى الأشعري** رضي الله عنه: **"وإذ رأيت رجلين لا يستطيع أحدهما النّظر إلى صاحبه، ففرق بينهما"** [2].

- **وجه الدّلالة**

يدلُّ هذا الأثر على أنّ استحالة العشرة واستمرارية النّفور بين الطّرفين يعدُّ قرينة قوية على وجود الشّقاق المؤثر في العلاقة الزّوجية، حيث تنتفي معه مقاصد الزّواج من المودة والرّحمة، فمجرد عدم قدرة أحد الزّوجين على النّظر إلى الآخر يدلُّ على تأزم العلاقة ووصولها إلى حد لا يطاق.

رابعًا: من المعقول

إنّ اعتبار الشّقاق سببًا مشروعًا للتفريق بين الزّوجين يتوافق مع مقاصد الشّريعة الإسلامية التي جاءت لتحقيق المصلحة ورفع الحرج ودفع الضّرر، وقد أجمع الفقهاء على مشروعية التّفريق بين الزّوجين لأسباب متعددة منها: العيب الذّي يخل بمقصود النّكاح، والإعسار بالنّفقة الذّي يهدّد الاستقرار المادي للأسرة، والغيبة الطّويلة التي تؤدي إلى تعطيل مقاصد الزّواج، فإذا كانت هذه الأسباب توجب الفرقة صيانة

---

[1]– نايف محمد الجنيدي، المرجع السّابق، ص154.

[2]– ابن ابو شبة عبد الله بن محمد، المنصف في الأحاديث والاثار، الجزء الرابع، الطّبعة الأولى، دار القبلة لنشر، لبنان، 1989، ص12.

لطرف المتضرر فإنّ الشّقاق والنّزاع المستمر بين الزّوجين أولى باعتباره مبررًا لتفريق كونه يقضي على المودة والرّحمة بين الزّوجين.

الفرع الثّاني

الاتجاه المعارض

ذهب فريق من الفقهاء إلى عدم جواز التّطليق للشقاق بين الزّوجين كونه لا يعدُّ سببًا مشروعًا يجيز التّطليق، سواء من طرف الزّوجة أو القاضي، ويتمثل هذا الاتجاه المعارض في كل من الحنفية بالإضافة للقول الظّاهر عند الشّافعية ومذهب أحمد في احدى الرّوايتين عنه ومذهب الظاهرية: حيث قالو: أنّ الشّقاق لا يصلح أن يكون سببًا للتفريق بين الزّوجين ولو كان الضّرر شديدًا فليس للحكمين أن يفرقا إلاّ أن يرضا الزّوج وذلك لأنّه لا خلاف أنّ الزّوج لو أقرّ بالإساءة إليها لم يفرّق بينهما ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين، كذلك لو اقرّت المرأة بالنّشوز لن يجبرها الحاكم على الخلع ولا على ردّ مهرها، فإذا كان كذلك حكمها قبل بعث الحكمين، فكذلك بعد بعثهما لا يجوز إيقاع الطّلاق من جهتها، من غير رضا الزّوج وتوكيله ولا اخراج المهر عن ملكها من غير رضاها فليس للحكمين أن يفرقا إلّا برضا الزّوجين لأنّ الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان؟ وإنّما الحكمان وكيلان أحدهما وكيل للمرأة والآخر للرجل [1]؛ ويقوم هذا الاتجاه على أربعة أسس رئيسية هي الكتاب أوّلاً، والسّنة ثانيًا، وأثار الصحابة ثالثًا، ومن المعقول رابعًا.

أوّلاً: من الكتاب

استدل هذا الاتجاه بعدة آيات قرآنية، تؤكّد أنّ الأصل في العلاقة الزّوجية هو الإصلاح والاستمرار لا الفرقة والانفصال، **قال تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أو إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾** [2].

---

[1]– نايف محمد الجنيدي، المرجع السّابق، ص150.

[2]– سورة النّساء، الآية رقم128.

- **وجه الدّلالة**

الآية تدل على أنّ علاج الخلاف والنّشوز هو الصّلح والتّفاهم لا الفرقة ولو كان التّفريق للشقاق جائز لذكرته الآية كخيار مشروع لكنها اختصرت الحل في "**الصّلح**" ممّا يدل على أنّه الأصل والواجب قبل التّفكير في التّفريق [1].

وقال تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾ [2]

- **وجه الدّلالة**

الآية الكريمة لم تشر صراحة إلى أنّ الحكمين يملكان سلطة التّفريق، وإنّما جعلت غايتهما الإصلاح، كما يظهر من قوله تعالى: ﴿**إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا**﴾، وهذا يفهم منه أنّ الشّقاق لا يؤدي بالضّرورة إلى التّفريق بل إلى محاولة الإصلاح أوّلاً [3].

ثانيًا: من السّنة

قال رسول الله :**(لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)** [4]

- **وجه الدّلالة**

يستفاد من الحديث النّبوي الشّريف أنّ مال المسلم لا يجوز أخذه إلاّ برضاه التّام، وبهذا استدل الفقهاء المعارضون للتطليق للشقاق على أنّه لا يجوز إلزام الزّوج بالفداء أو رد المهر من الزّوجة بغير رضاها لأنّ ذلك أخذ لمالها دون طيب نفس وهو ما نهى عنه النبي [5].

1– أبو جعفر محمد بن جرير الطّبري، المرجع السّابق، ص310.

2– سورة النّساء، الآية رقم35.

3– المراغي احمد مصطفى، تفسير المراغي، الجزء الخامس، الطّبعة الثّانية، دار احياء التّراث العربي للطّباعة والنّشر والتّوزيع، لبنان،1985، ص13.

4– احمد بن حنبل، المسند، الجزء 35، الطّبعة الأولى، مؤسسة الرّسالة للطباعة والنّشر والتّوزيع، لبنان، 1995، ص403.

5– ابن قدامة عبد الله بن احمد محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السّابع، الطّبعة الأولى، دار الفكر لنشر، لبنان،1405هـ، ص246.

ثالثًا: من الأثر

عن عيده السّلماني قال: جاء رجل وامرأة إلى علي رضي الله عنه، ومع كل واحد منهما قوم من النّاس فتلا علي رضي الله عنه قوله تعالى :﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا**﴾ [1] ثمّ قال للحكمين:"**هل تدرين ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما** " فقالت المرأة: "**رضيت بكتاب الله بما لي وعلى فيه**" وقال الرّجل: "**أمّا الفرقة فلا**" فقال علي رضي الله عنه: "**كذّبت، والله لا تبرح حتى ترضى بمثل الذي رضيت به**" [2]:

- **وجه الدّلالة**

في هذا لأثر يظهر علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنّ الحكمين لا يمكنهما التّفريق بين الزّوجين إلاّ برضاهما فعند رفض الزّوج التّفويض للحكمين بالتّفريق، اعتبر علي رفضه غير مقبول، وألزمه بالموافقة كما وافقة الزّوجة، وهذا الأثر استدل به الاتجاه المعارض للتفريق القضائي بسبب الشّقاق دون رضا الزّوج، حيث يعتبر أنّ الخلع أو التّفريق لا يجوز إلاّ برضا الطّرفين، ولا يملك القاضي أو الحكمين إيقاعه دون ذلك.

رابعًا: من المعقول

يرى جانب من الفقه أنّ اعتماد الشّقاق سببًا مستقلاً للتطليق قد يفتح الباب أمام تعسف أحد الزّوجين في إنّهاء العلاقة الزّوجية، دون أن يكون هناك ضرر حقيقي أو مبرر جدي يستدعي التّفريق.

ويُستدل في هذا السّياق بأنّ مفهوم الشّقاق يظل نسبيًا وغير منضبط، إذ قد يدّعيه أحد الطّرفين لمجرد وجود خلافات عادية يمكن تجاوزها، ممّا يؤدي إلى إضعاف مبدأ استقرار الحياة الزّوجية الذي يعدُّ من مقاصد الشّريعة الإسلامية، ويُخشى من أنّ يتحوّل هذا المبدأ إلى وسيلة للتهرب من الالتزامات الزّوجية، خصوصًا في ظل صعوبة إثبات النّية الحقيقية وراء الادعاء بالشّقاق، الأمر الذّي قد يُفقد الأسرة تماسكها لأسباب لا ترقى إلى مستوى الضّرر البائن الذّي يُبرر إنّهاء الرّابطة الزّوجية شرعًا وقانونًا [3].

1- سورة النّساء، الآية رقم35.

2- الشّافعي محمد بن ادريس، الأمّ، الجزء الخامس، الطّبعة الأولى، دار الوفاء لنشر والتّوزيع، المنصور-مصر،2001، ص125.

3 - وهبة بن مصطفى الزّحيلي، المرجع السّابق، ص734.

الفرع الثّالث

الرّأي الرّاجح

يرى جمهور الفقهاء المعاصرين والمشرّعين في غالبية القوانين الوضعية المستمدة من الشّريعة الإسلامية، أنّ الشّقاق بين الزّوجين سببٌ مشروعٌ للتفريق القضائي، وذلك متى تبين للقاضي بعد بعث الحكمين أنّه لا مجال للإصلاح وأنّ الشّقاق قد بلغ حدًا يُهدد استمرار العلاقة الزّوجية بشكل طبيعي، ويُستند في هذا الرّأي إلى جملة من الأدلة الشّرعية والقواعد الفقهية والأبعاد الإجتماعية التّي تُزكي هذا الاتجاه وتدعمه.

فمن النّاحية الشّرعية، يُستدل على مشروعية التّطليق للشقاق بما ورد في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا، إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا**﴾ [1].

فالآية الكريمة واضحة في بيان أنّه عند وجود الشّقاق بين الزّوجين، يُبعث حكمان للإصلاح، فإنّ تعذر الإصلاح، فالمقصود هو الوصول إلى مخرج شرعي ينهي الضّرر وهو التّفريق، وهذا ما فهمه عدد من الفقهاء كالإمام مالك، حيث أجاز للحكمين التّفريق بين الزّوجين إذا تبيّن لهما أنّ استمرار الزّواج يُلحق ضررًا بأحدهما وهذا الاتجاه لم يأت من فراغ، بل يستند إلى قاعدة شرعية عظيمة وهي: "**الضّرر يزال**"، وهي قاعدة فقهية عامة تستهدف رفع الأذى عن الإنسان، ولو كان ذلك بإنهاء علاقة شرعية كعقد الزّواج متى أصبحت سببًا للأذى النّفسي أو الجسدي أو المعنوي.

أمّا من النّاحية القصدية، فإنّ مقاصد الشّريعة في الزّواج تقوم على السّكن والمودة والرّحمة، فإذا اختلت هذه المقومات واستحال استمرارها بسبب الشّقاق المزمن، فإنّ الإبقاء على الزّواج يُخالف مقاصد الشّرع في حماية النّفس والعرض والأسرة، ويُؤدي إلى نتائج كارثية من النّاحية الإجتماعية والنّفسية، لا سيّما عند وجود أولاد يشهدون هذا النّزاع بشكل يومي [2].

وعليه فإنّ القول بمشروعية التّطليق للشقاق يتوافق مع أحكام الشّريعة الإسلامية، ومقاصدها العليا، وروح التّشريعات الوضعية المعاصرة، ويعدُّ وسيلة مشروعة لحماية الأسرة من التفكك والصّراع المستمر، لاسيّما عندما يتعذر الإصلاح ويستحيل استمرار الحياة الزّوجية على الوجه الذّي شرعه الله.

1- سورة النّساء، الآية رقم35.

2- وهبة بن مصطفى الزّحيلي، المرجع السّابق، ص732.

المطلب الثّاني

موقف بعض الدّول العربية من التّطليق للشقاق

يعدُّ الشّقاق بين الزّوجين من الأسباب المستجدة التّي تبنّتها بعض التّشريعات العربية كمبررّ مشروع للتطليق، نظراً لصعوبة إثبات الضّرر في الكثير من الحالات، وحرصاً على تحقيق العدالة وصون كرامة أحد الطّرفين، وقد تبـاينت مواقف الدّول العربيـة في كيفية تنظـيم هذا النّوع من التّطليق، من حيث الشّروط والإجراءات وحدود سلطة القاضي في تقدير الشّقاق، وفي هذا الإطار نعرض في الفرع الأوّل موقف التّشريع الأردني باعتباره من التّشريعات السّباقة إلى تبني التّطليق للشـقاق ضمن قانـون الأحوال الشّخـصية، ثمّ نتناول في الفرع الثّاني موقف التّشريع المصري، الذي نُظم المسألة ضمن دعاوى التّطليق للضرر، أمّا الفرع الثّالث فخصّصناه لعرض موقف التّشريع المغربي من خلال مدونة الأسرة، التّي وضعت آليات تفصيلية لمعالجة الشّقاق، وأخيرًا، بيَّنا في الفرع الرّابع موقف التّشريع الجزائري، الذّي أقرّ التّطليق للشقاق بموجب نص صريح ضمن قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأوّل

موقف التّشريع الأردني

نصّت المادة 126 من قانون الأحوال الشّخصية الأردني على أنّه: "لكل من الزّوجين أن يطلب التّفريق للشقاق والنّزاع إذا ادّعى ضرراً لحق به من الطّرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزّوجية، سواءً كان الضّرر حسياً كالإيذاء بالفعل أو بالقول، أو معنويًا"[1].

ويُستفاد من هذا النصّ أنّ المشرّع الأردني قد تبنى موقف فقهاء المالكية، فقد وافقهم بجواز التّفريق للشقاق إذا تعذرت العشرة الزّوجية بسبب النّزاع أو الأذى الواقع بين الزّوجين، دون اشتراط إثبات الضّرر بنوع خاص، ما دام الضّرر قائماً وله أثر في استحالة استمرار الحياة الزّوجية[2].

1- قانون الأحوال الشّخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019، الصّادر بتاريخ 16/5/2019، يتضمن قانون الأحوال الشّخصية الاردني، جريدة رسمية عدد 5584، بتاريخ 16/5/2019، معدل ومتمم.

https://www.aliftaa.jo

2- نور عادل أبو جامع، "دراسة نقدية لدعوى الشّقاق والنّزاع في ضوء المادة 126من قانون الأحوال الشّخصية الأردني لسنة 2019"، مجلة عمادة البحث العلمي، المجلد 49، العدد2، جامعة الأردن، 2022، ص134.

غير أنّ هذا التّوجه يثير إشكالاً عند مقارنته ببعض أحكام القانون المتعلقة باستحقاق المهر، فقد نصّت المادة 40 من ذات القانون على أنّه "يجب للزّوجة المهر المسمى بمجرد العقد الصّحيح"[1]، وهو ما يدل على أنّ استحقاق الصّداق ثابت بالعقد، دون النّظر إلى ما قد يطرأ لاحقاً من خلافات أو نزاعات بين الزّوجين.

كما نصّت المادة 43 على أنّه "إذا سمي مهر في العقد الصّحيح، لزم أداؤه كاملاً بوفاة أحد الزّوجين، ولو قبل الدّخول أو الخلوة، وبالطّلاق بعد الخلوة الصّحيحة"[2]، في حين بيّنت المادة 44 أنّه "إذا وقع الطّلاق بعد العقد الصّحيح وقبل الوطء أو الخلوة الصّحيحة، لزم نصف المهر المسمى"[3].

ويُستفاد من هذه النّصوص أنّ استحقاق المهر لا يتأثر بالخلافات الزّوجية أو بدرجة الإساءة المنسوبة لأيّ من الطّرفين، وإنّما هو مرتبط بحصول الدّخول أو الخلوة، ما يعني أنّ الصّداق يعدُّ عوضاً عن البضع، ولا يُعاد النّظر في استحقاقه بناءً على ما يحدث خلال الحياة الزّوجية.

وفي هذا السّياق، تجدر الإشارة إلى المادة 114 من القانون، التّي أجازت للزّوجة، بعد الدّخول أو الخلوة الصّحيحة، أن ترفع دعوى تطلب فيها التّفريق بينها وبين زوجها، متى أقرت صراحة بأنّها تبغض الحياة معه، وأنّه لا سبيل لاستمرار الحياة الزّوجية، وتخشى ألاّ تقيم حدود الله، مع استعدادها للتنازل عن جميع حقوقها الزّوجية ورد الصّداق الذّي استلمته[4]، وتُلزم المحكمة بمحاولة الإصلاح بين الزّوجين، فإن لم تفلح، أرسلت حكمين لمحاولة الإصلاح خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً(30يوم)، فإن تعذّر الإصلاح، قضت المحكمة بفسخ عقد الزّواج.

ويُلاحظ من ذلك أنّ المشرّع الأردني قد ميّز بين حالتين:

1- حالة الشّقاق التّي تستند إلى وقوع ضرر يستحيل معه استمرار العلاقة الزّوجية.

2- وحالة الكراهية أو البغض، التّي تُمارس فيها الزّوجة حقها في الفداء (الخلع) وفقاً لأحكام المادة114 .

1- المادة 40، من قانون الأحوال الشّخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019، المرجع السّابق.

2- المرجع نفسه، المادة 43.

3- المرجع نفسه، المادة 44.

4- المادة 114، من قانون الأحوال الشّخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019، المرجع السّابق.

وهذا يدفع إلى التّساؤل عن جدوى اللّجوء إلى دعوى الشّقاق والنّزاع، إذا كانت الزّوجة لا ترغب في استمرار العلاقة الزّوجية، وكان بإمكانها سلوك طريق الخلع بمقتضى النّص السابق[1].

فضلاً عن ذلك، فإنّ نسبة الإساءة التّي تعتمد عليها المحكمة في تقدير حقوق الطّرفين، بموجب المادة 126، تثير تساؤلات حول مدى اتساقها مع القواعد العامة لاستحقاق الصّداق، التّي لم تضع اعتباراً لعنصر الخطأ أو الضّرر في تحديد المقدار المستحق منه.

من جهة أخرى، فإنّ الشّريعة الإسلامية، كما جاء في القرآن الكريم، قرّرت حل الخلع للزّوجة التّي تبغض زوجها، وتخشى ألاّ تقيم حدود الله، كما قرّرت للزوج حق الطّلاق في حال تعذر استمرار الحياة مع الزّوجة، دون اشتراط إثبات الضّرر. كما أوجبت الشّريعة على الزّوج دفع كامل المهر للزوجة في حال الدّخول، حتى وإن تبيّن له لاحقاً وجود عيب أو غش، مع رجوعه على من غرّ به[2]. فهل الضّرر المحتج به في دعوى الشّقاق أعظم من تلك الحالات التي أوجب فيها الشرع المهر كاملاً رغم تحقّق الغبن أو التّدليس؟

الفرع الثّاني

موقف التّشريع المصري

أولى المشرّع المصري عناية خاصة لمبدأ التّطليق للشقاق، فجعله وسيلة أساسية لرفع الضّرر الواقع على أحد الزّوجين، وخصوصًا في حال تعذر استمرار الحياة الزّوجية، ويستند هذا المبدأ إلى ما نصّ عليه قانون الأحوال الشّخصية المصري، ولا سيّما في القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

فقد نصّت المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أنّه "إذا ادّعت الزّوجة إضرار الزّوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، جاز لها أن تطلب إلى القاضي التّفريق، وحينئذ يبعث القاضي حكمين لموالاة الإصلاح، فإن تعذّر عليهما الإصلاح فرّقا بينهما بحكم القاضي"[3].

1- نور عادل أبو جامع، المرجع السّابق، ص135.

2- ابن قدامة عبد الله بن احمد محمد بن قدامة المقدسي، المرجع السّابق، ص140.

3- قانون رقم 25 لسنة1929، صدر بتاريخ25/7/1929، يتضمن قانون الأحوال الشّخصية المصري، منشور في جريدة رسمية، المعدل بالقانون رقم100لسنة1985 والقانون 1 لسنة2000، الجريدة الرّسمية،25/7/1929.

ويتّضح من هذا النّص أنّ المشرّع قد أجاز للزوجة طلب التّطليق بسبب الضّرر، دون أن يُلزمها بإثبات نوع معين من الضّرر، بل يكفي أن يكون الضّرر بحيث يستحيل معه دوام العشرة، وهو توجه يعكس اعتراف القانون بالعوامل النّفسية والمعنوية التّي قد تؤدي إلى انهيار العلاقة الزّوجية، ولا يقتصر الأمر على الضّرر المادي أو الجسدي فحسب[1].

وتُعتبر دعوى التّفريق للضرر قريبة في جوهرها من دعوى الشّقاق، إذ غالبًا ما يتخذ النّزاع شكل ضرر معنوي متراكم، يستحيل معه استمرار العشرة الزّوجية، ممّا دفع القضاء المصري إلى اعتبار الشّقاق سببًا مشروعًا للتفريق، وفي حال عدم إثبات الضّرر، فإنّ القاضي يُلزم الزّوجة بتكرار الدعوى مرّتين، ثمّ يُحيل الأمر إلى حكمين، كما هو الحال في الفقه المالكي، الذّي كان له الأثر البارز في صياغة التّشريعات المصرية المتعلقة بهذا المجال[2].

أمّا عن الأثر المالي المترتّب على التّفريق للضرر، فإنّ القضاء المصري قد استقر على أنّ استحقاق المهر لا يتأثر بنتيجة النّزاع أو نسبة الإساءة بين الزّوجين، وإنّما يخضع للضوابط العامة المستمدة من الشّريعة الإسلامية، والتّي تربط استحقاق الصّداق بالدّخول أو عدمه، كما بيّنه **ابن قدامة في "المغني"**[3].

ويُلاحظ أنّ التشريع المصري، على خلاف بعض التّشريعات الأخرى، لم يتبنَّ صراحة مبدأ تحديد نسبة الإساءة بين الطّرفين لتحديد الحقوق، وإنّما ترك الأمر لتقدير المحكمة بناءً على وقائع كل قضية، ممّا يمنح القاضي مرونة واسعة في تطبيق نصوص القانون، مع مراعاة الظّرف الاجتماعي والنّفسي للزوجين، ويظهر من المواد المذكورة أعلاه أنّ المشرّع المصري قد أخذ بما قال به جمهور الفقهاء في موضوع الشّقاق.

1- عبد الرّحمن الشّرقاوي، شرح قانون الأحوال الشّخصية المصري، دار النّهضة العربية، الطّبعة الأولى، القاهرة،1985، ص215.

2- محمد بن احمد بن محمد بن راشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثّاني، الطّبعة الثالثة، دار الكتب الاسلامية للنّشروالتّوزيع،1983، ص69.

3- ابن قدامة عبد الله بن احمد محمد بن قدامة المقدسي، المرجع السّابق، ص136.

الفرع الثالث

موقف التّشريع المغربي

أرسى المشرّع المغربي من خلال مدونة الأسرة لسنة 2004 مبدأ التّطليق للشقاق باعتباره من الأسباب الأساسية لأنّهاء العلاقة الزّوجية، خاصةً في حالة تعذّر استمرارها نتيجة الخلافات العميقة والمزمنة بين الزّوجين، وقد خصّص له فصلاً مستقلاً ضمن الباب المتعلق بانحلال ميثاق الزّوجية وأثاره، وهو ما يعدُّ ترجمة لروح الشّريعة الإسلامية المبنية على رفع الضّرر وتحقيق المصلحة.

فقد نصّت المادة 94 من مدونة الأسرة على أنّ " إذا طلب الزّوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشّقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقًا لأحكام المادة 82 أعلاه"[1]، من خلال قراءة هذه المادة، يتّضح أنّ المشرّع المغربي أراد من مسطرة التّطليق للشقاق أن تكون آلية استثنائية ووقائية تهدف إلى احتواء الخلافات الزّوجية قبل تفاقمها، مع الحرص على استمرارية الحياة الزّوجية كلما أمكن ذلك، وهذا ما تعكسه الصّياغة الأولية للمادة، التي تلزم المحكمة ببذل جهود جدية لإصلاح ذات البين قبل الحكم بالتّطليق، وذلك من خلال تطبيق أحكام المادة 82 التي تفرض مساعي الصّلح عبر تدخل مجلس العائلة أو الحكمين أو أيّ جهة مؤهلة تراها المحكمة مناسبة، غير أنّ هذه الغاية الإصلاحية الظّاهرة، كما تشير الباحثة "**كوثر الهشميوي**"، تتلاشى عند التّمعن في باقي النّصوص المنظمة لمسطرة الشّقاق داخل مدونة الأسرة، حيث يتبين أنّ هذه المسطرة لم تعد تقتصر على كونها وسيلة لحل النّزاعات، بل تحولت إلى مسلك مباشر لإنهاء العلاقة الزّوجية، حتى في حالات لا يكون فيها أيّ أمل في الإصلاح أو يكون أحد الطّرفين مصممًا على الطّلاق[2].

فقد وسّع المشرّع المغربي من نطاق الشّقاق في المادة97 في نصّها" في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشّقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتّطليق وبالمستحقات طبقًا للمواد 83 و84

1- مدونة الأسرة المغربية، ج ر رقم5184، الصّادر يوم الخميس 5 فبراير 2004، ضهير شريف، رقم22-04-1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424(5فبراير 2004)، بتنفيذ لقانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة.
https://learningpartnership.org/sites/default/files/resources/pdfs/Morocco-Family-Code-Moudawana-2016-Arabic.pdf

2- كوثر الهشميوي، "التّطليق للشقاق في مدونة الأسرة بين الاجبار وحرية الاختيار"، المجلة المغربية للقوانين الإفريقية والمقارنة، العدد2، الجامعة المغربية، المغرب،2021، ص3.

و85 أعـلاه، مراعية مسؤولية كل من الزّوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزّوج الآخر، يفصل في دعوى الشّقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطّلب"[1]، ويتضح من هذه المادة نقطة مهمة، وهي أنّ المحكمة لا تحكم بالمستحقات بطريقة آلية، بل تعتمد في تقديرها على درجة مسؤولية كل طرف عن فشل العلاقة الزّوجية، فإذا تبيّن لها أنّ أحد الزّوجين يتحمّل القسط الأكبر من المسؤولية في استمرار الشّقاق، فإنّها تُلزم هذا الطّرف بأداء مستحقات مالية لفائدة الطّرف الآخر، كما أنّ المشرّع ألزم المحكمة بأن تفصل في دعوى الشّقاق داخل أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ تقديم الطّلب، وذلك من أجل تفادي إطالة أمد النّزاع، وتجنّب إبقاء العلاقة الزّوجية في وضعية قانونية غير محسومة.

ومن خلال هذا التّنظيم، يتّضح أنّ هذه الفقرة تُتمّم مضمون المادة 94 من مدونة الأسرة، وتؤكد أنّ المشرّع المغربي، وإن فتح باب التّطليق بسبب الشّقاق، فقد اشترط على المحكمة محاولة الإصلاح أوّلاً، ثمّ الانتقال إلى التّطليق عند تعذر ذلك، مع تحديد المستحقات بناءً على من تسبّب في فشل العلاقة، وهو ما يعكس سعي المشرّع إلى التّوفيق بين الحفاظ على استقرار الأسرة من جهة، وضمان الحقوق عند الانفصال من جهة أخرى.

كما أنّ المشرّع المغربي عزّز من مرونة مسطرة الشّقاق من خلال الفقرة الثّانية من المادة 100 من مدونة الأسرة، التي تنصّ على أنّه "إذا لم تثبت الزّوجة الضّرر، وأصرت على طلب التّطليق، يمكنها اللّجوء إلى مسطرة الشّقاق"[2]، ويُستفاد من هذا النّص أنّ المشرّع لم يُقيّد حق المرأة في إنهاء العلاقة الزّوجية بإثبات الضّرر، بل أتاح لها اللّجوء إلى مسطرة الشّقاق بمجرد الإصرار على الطّلاق، ممّا يُبرز توجهه نحو تيسير سبل الخروج من العلاقة الزّوجية المتأزمة مع الحفاظ على حقوق الطّرفين من خلال إجراءات قضائية متوازنة.

1- المادة97، من القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، المرجع السّابق.

2- المادة100، من القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، المرجع السّابق.

الفرع الرّابع

موقف التّشريع الجزائري

لقد حظي موضوع التّطليق للشقاق باهتمام خاص ضمن التّشريع الجزائري، سواء قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005(أوّلاً)، أو بعده(ثانياً)، ممّا يعكس حرص المشرّع على معالجة الحالات التّي يستحيل معها استمرار العلاقة الزّوجية، مع مراعاة خصوصيات المجتمع والأسرة الجزائرية.

أوّلًا: موقف التّشريع الجزائري من التّطليق للشقاق قبل تعديل سنة 2005

قبل سنة 2005، لم يرد مصطلح "**الشّقاق**" صراحة في النّصوص القانونية، غير أنّ المشرّع الجزائري أشار إلى حالة اشتداد الخصام بين الزّوجين من خلال المادة 56 من قانون الأسرة، حيث نصّت على أنّه "إذا اشتدّ الخصام بين الزّوجين ولم يثبت الضّرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما"[1]، ويُفهم من صياغة هذا النّص أنّ المشرّع كان يعالج واقع النّزاعات الزّوجية التي لا تصل إلى حد إثبات ضرر معين، لكن استمرارها قد يؤدي إلى استحالة دوام العشرة بين الزّوجين، ممّا يقتضي محاولة إصلاح ذات البين عبر مسطرة التّحكيم قبل التّفكير في إنّهاء الرّابطة الزّوجية ، كما أنّ صياغة المادة جاءت مكملة للمادة 55 التي تطرقت إلى حالات النّشوز، ممّا يدل على أنّ المشرّع كان يميّز بين نشوز أحد الزّوجين وبين الخصام المستمر الذي قد يؤدي في نهاية المطاف إلى الطّلاق أو التّطليق بناءً على تقدير القاضي بعد فشل الحكمين في الإصلاح[2] .

ثانيًا: موقف التّشريع الجزائري من التّطليق للشقاق بعد تعديل سنة 2005

مع التّعديل الذّي عرفه قانون الأسرة سنة 2005، أدرج المشرّع صراحة الشّقاق المستمر بين الزّوجين ضمن الأسباب التّي تبرّر طلب الزّوجة للتطليق، وذلك بموجب الفقرة الخامسة من المادة

1- أيت تشاوش دليلة، انهاء الرّابطة الزوجية بطلب من الزّوجة –دراسة مقارنة– بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشّخصية العربية، رسالة لنيل درجة الدّكتورة، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص250.

2- أيت تشاوش دليلة، المرجع السّابق، ص250.

53، التّي نصّت على أنّه "يجوز للزّوجة أن تطلب التّطليق للأسباب التالية: ... الشّقاق المستمر بين الزّوجين...".

هذا التّعديل يعكس إرادة المشرّع في منح الزّوجة وسيلة قانونية واضحة لأنّهاء العلاقة الزّوجية عندما يصبح الخصام المستمر مانعًا من استمرار الحياة الزّوجية بصورة طبيعية، خاصةً إذا ثبت فشل محاولات الصّلح عبر التّحكيم.

فالتّطور الذّي أدخله المشرّع على النّصوص المتعلقة بالتّطليق للشقاق، يعكس انتقال الاهتمام التّشريعي من التّركيز فقط على حماية الأسرة إلى الاعتراف بأهمية الإرادة الفردية، لا سيّما إرادة الزّوجة، في إنّهاء الرّابطة الزّوجية حين تغدو الحياة المشتركة مستحيلة[1]، وعدم إلغاء المادة 56 رغم استحداث فقرة جديدة حول الشّقاق في المادة 53، يدل على أنّ المشرّع أبقى على مسطرة التّحكيم كخطوة لازمة قبل الفصل في النّزاع، ممّا يبرز تمسك قانون الأسرة الجزائري بمبدأ التّوفيق كأساس، مع الاعتراف في ذات الوقت بحق الزّوجة في طلب التّطليق إذا تعذر الإصلاح[2].

1- أيت شاوش دليلة، المرجع السّابق، ص250.

2- المرجع نفسه، ص250.

الفصل الثّاني

التّطبيق القضائي

للتطليق للشقاق

الفصل الثّاني

التّطبيق القضائي للتطليق للشقاق

سعى المشرّع إلى تنظيم مسار التّطليق للشقاق بصورة تضمن التّدرج في معالجة النّزاع، مُراعيًا خصوصية العلاقة الزّوجية وما يترتّب على حلّها من أثار اجتماعية ونفسية، وقد أبدت مختلف قوانين الأحوال الشّخصية المقارنة أهمّية كبرى لمعالجة الخلافات الزّوجية، وهذا بواسطة نظام يجمع بين الإجراءات القضائية الرّسمية من جهة، و نظام التّحكيم الأسري من جهة أُخرى، ويتمّ هذا الأخير عن طريق بعث الحكمين من أهل الزّوجين، فنجد أنّ هذه التّشريعات فرضت شروط دقيقة في الشّخص الذّي يُنتدب حكمًا، كما حدّدت مهمّته بدقّة بهدف الوصول إلى حلول توافقية قبل اللّجوء إلى الفصل القضائي النّهائي، وبما أنّ الشّقاق بين الزّوجين يعدُّ سببًّا للنزاع المؤدي لطلب التّطليق، فإنّ التّطرق لنظام التّحكيم يستدعي التّعرف أكثر عن الإجراءات القضائية التّي تباشر عند رفع دعوى التّطليق للشقاق، فالجانب الإجرائي يعدُّ تكميلاً لنظام التّحكيم لمعالجة هذا النّوع من القضايا.

وبناءً على ذلك، جاء تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين تناولنا في المبحث الاوّل إجراءات دعوى التّطليق للشقاق ودور القاضي فيها، أمّا في المبحث الثّاني فقد خُصّص للبحث في فعالية نظام التّحكيم في قضايا التّطليق للشقاق.

المبحث الأوّل

إجراءات دعوى التّطليق للشقاق ودور القاضي فيها

أعطى المشرّع الجزائري كغيره من المشرّعين، أهمّية بالغة للتطليق للشقاق نظرًا لما يشكّله من تهديد لاستقرار الأسرة وتماسكها، وهذا يظهر في حرصه على إتّباع الزّوجين لمجموعة من الإجراءات عند رفع دعوى التّطليق للشقاق وإلزامهم بها وذلك من أجل ضمان الجدّية والوقوف على حقيقة النّزاع، ويُبرز في هذا السّياق دور القاضي بصفته الجهة الفاصلة، حيث لا يقتصر عمله على الجانب الإجرائي، بل يتجاوز ذلك إلى التّقدير الموضوعي للضرر النّاتج عن الشّقاق، كما يُلزَم بعرض الصّلح على الطّرفين، التزاما بما نصّ عليه القانون و الاجتهاد القضائي، باعتبار أنّ المحافظة على الأسرة تُعَد من الأولويات التّي يسعى القضاء لتحقيقها، وبناءً على هذه المعطيات، جاء هذا المبحث مقسما على مطلبين، خصّص المطلب الأوّل لبيان كيفية رفع دعوى التّطليق للشقاق، في حين تناولنا في المطلب الثّاني دور القاضي في دعوى التّطليق للشقاق.

المطلب الأوّل

رفع دعوى التّطليق للشقاق

يُعدّ رفع دعوى التّطليق للشقاق من الآليات القانونية التّي أقرها المشرّع لحماية الزّوجة من الاستمرار في علاقة زوجية يشوبها التّوتر والنزاع المستمر، ممّا يجعل استمرارها أمرًا متعذرًا ويضر بمصالح الأسرة واستقرارها، ونظرًا لأهمية الجانب الإجرائي في هذا النّوع من الدّعاوى، فقد تناولنا في الفرع الأوّل الشّروط الإجرائية لقبول دعوى التّطليق للشقاق، كما تناولنا في الفرع الثّاني عريضة افتتاح الدعوى باعتبارها المنطلق الأساسي لسير الخصومة، ويكتسي هذا المطلب أهمية بالغة لكونه يمس إجراءات جوهرية تضمن حسن سير العدالة.

الفرع الأوّل

الشّروط الإجرائية لقبول دعوى التّطليق للشقاق

يشترط القانون لقبول أيّ دعوى، بما في ذلك دعوى التّطليق للشقاق، توفر مجموعة من الشّروط الإجرائية التّي تُعدُّ ضمانا لصحة التّقاضي ووسيلة لتفادي التّعسف في استعمال الحق، فالدعوى التّي ترفع بدون مراعاة هذه الشّروط تكون مهدّدة بعدم القبول مهما كان موضوعها ومن بين أبرز هذه الشّروط، نجد الصّفة (أوّلا)، والمصلحة (ثانيًا).

أوّلاً: الصّفة كشرط لقبول الدعوى

يُقصد بها "**الصّفة القضائية، بحيث يشترط في المخاصم أن يكون من ذا صفة، فيحق له الخصومة دون غيره**"[1]، ويتضح من ذلك أنّ الصّفة هي التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها بحيث يجب توفرها لقبول الدعوى، أيّا كان الطّرف الذّي يقدمه، فالدعوى القضائية تقام من ذي صفة على ذي صفة، فهي تُعدّ شرط جوهري ومن النّظام العام، يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، وبغيابها تكون الدعوى تحت طائلة عدم القبول.

كما نصّ المشرّع الجزائري على شرط الصّفة من خلال المادة 13 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية بالعبارة الأتية: "لا يجوز لأيّ شخص التّقاضي ما لم تكن له صفة..."[2].

1- محمد صبحي حسين العايدي، شرط الصّفة في أطراف الدعوى القضائية وتطبيقاتها المعاصرة، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، كلية الدّراسات العليا، الأردن، 2015، ص26.

2- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 بتاريخ 23 أفريل 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 22-13 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، ج. ر عدد 48، صادر بتاريخ 17 يوليو 2022.

ثانيًا: المصلحة كشرط لقبول الدعوى

تعدُّ المصلحة في الدعوى القضائية المنفعة التي يسعى المدعي تحقيقها من خلال اللّجوء إلى القضاء، وعليه فشرط المصلحة لا يقتصر فقط على وجود اعتداء على حق فحسب، بل يجب أن يترتب على هذا الاعتداء منفعة مشروعة تبرّر رفع الدعوى، ومن ثمّ فإنّ المصلحة تعدّ الباعث الحقيقي لتحريك الدعوى، كما أنّ شرط المصلحة يتّسم بالاستمرارية إلى حين الفصل في الدعوى[1].

فقد عرّف العديد من الفقهاء "**المصلحة**" بأنّها " **الغاية المقصودة من رفع الدعوى**"، وهذا ما أكّده الدّكتور أحمد السّيد صاوي في قوله "**المصلحة هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى**"[2].

كما تطرّق إليه المشرّع الجزائري من خلال المادة 13 من ق.إ.م.إ.ج " لا يجوز لأيّ شخص التّقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يُقرها القانون".

ومنه فشرط المصلحة لا يُعدُّ مجرّد عنصر شكلي في الدعوى، بل هو شرط جوهري أجمعت المحاكم على أنّه لا يجوز للقاضي الفصل في دعوى تخلو منه، وهذا الأخير سبب لعدم قبولها.

الفرع الثّاني

عريضة افتتاح الدعوى

تُعدّ عريضة افتتاح الدعوى حجر الأساس في تحريك الخصومة أمام الجهات القضائية، وهذا ما أكّدته المادة 14 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، فهي الوسيلة التي يُعبر من خلالها المدّعي عن رغبته في اللّجوء إلى القضاء قصد المطالبة بحق أو دفع الضّرر، كما يشترط أن تودع العريضة لدى أمانة

1- مقفولجي عبد العزيز،" شروط قبول الدعوى"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السّادس، جامعة لونيسي على بليدة، الجزائر، ص118.

2- أحمد السّيد صاوي، الوسيط في شرح القانون المرافعات المدنية والتّجارية، الطّبعة الأولى، دار النّهضة العربية، القاهرة-مصر، 2010، ص211.

الضّبط من قبل المدعي أو من ينوب عنه قانونًا، سواءً كان وكيلاً أو محامياً، موقعة ومؤرخة، بعدد من النّسخ يساوي عدد الخصوم.

ولأهمّية هذه العريضة، حرص المشرّع على تنظيم شكلها ومضمونها بما يضمن وضوح الطلبات وتحديد أطراف الخصومة وضبط موضوع النّزاع، ويقتضي التّطرق لهذا الموضوع دراسة الشّروط الشّكلية الواجبة في عريضة افتتاح الدعوى(أوّلاً)، والجزاء المترتب على مخالفة تلك الشّروط(ثانيًا)، إضافة إلى قيد العريضة(ثالثًا)، وأخيرا التّكليف بالحضور (رابعًا).

أوّلاً: الشّروط الشكلية

تعتبر عريضة افتتاح الدعوى الوسيلة الإجرائية التي يباشر بها الخصم دعواه أمام القضاء، وقد حرص المشرّع الجزائري على تنظيم شكلها ومضمونها بنصّ المادة 15 من قانون إ.م.إ.ج والتّي تنصُّ على ما يلي: "يجب أن تتضمّن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، البيانات الآتية:

1- الجهة القضائية التّي ترفع أمامها الدعوى،

2- اسم ولقب المدعي وموطنه،

3-اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فآخر موطن له،

4- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشّخص المعنوي ومقرُّه الاجتماعي وصفة ممثّله القانوني أو الاتّفاقي،

5- عرضًا موجزًا للوقائع والطّلبات والوسائل التي تؤسّس عليها الدعوى،

6- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى".

يتّضح من هذا النّص أنّ المشرّع ألزم بوجوب احترام مجموعة من البيانات الجوهرية تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، فتشمل هذه البيانات في تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميًا، وبعد ذلك تحديد الجهة المختصة نوعيًا بالدعوى للفصل وفضّ النّزاع المثار حول القضية[1]، وكذلك البيانات المتعلقة بالخصوم

1- مودع محمد أمين، "شروط قبول الدعوى على ضوء تعديل قانون الإجراءات المدنية الجزائري"، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 02، مخبر القانون والعقار، جامعة على لونيسي البليدة 2، الجزائر، 2018، ص137.

وذلك بتبيان الاسم واللّقب والموطن، ممّا يسمح للمحكمة بتبليغهم، وفي حال أن كان أحد الخصوم شخصًا معنويًا توجب تحديد مقرّه الاجتماعي وتحديد صفة ممثّله قانونيًا كان أو اتفاقيًا، مع أن تشمل العريضة عرضاً موجزاً للوقائع والطلبات، وعند ادراج أيّ مستندات استلزم الإشارة اليها.

كما أضاف المشرّع المادة 816 قانون إ.م.إ.ج، ليؤكد ما جاء به على ضرورة توفر البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من نفس القانون[1].

علاوة على هذا يجب أن تحرّر العريضة باللّغة العربية عملاً بما جاء به المشرّع في نصّ المادة 8 من نفس القانون والتّي تنصُّ على "يجب أن تتمّ الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللّغة العربية تحت طائلة عدم القبول".

ثانيًا: جزاء عدم مطابقة العريضة للشكل والمضمون

حرص المشرّع على سنّ بيانات إجبارية يجبُ توفّرها في عريضة افتتاح الدعوى، بحيث نصّ عليها المشرّع على سبيل الحصر من خلال المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، واعتبر الإغفال عنها موجباً لجزاءً عدم قبول دعوى الحال شكلاً، دون الحاجة للخوض في موضوع النّزاع المطروح، كما لا يقتصر الأمر على مجرد الإغفال الكلي في البيانات، بل يشمل أيضًا ذكره بصورة غير دقيقة أو ناقصة، ممّا قد يترتّب عليه غموض في تحديد مركز قانوني أو تشكيك في صفات الخصوم، أو قد يؤدي إلى عرض النّزاع أمام جهة قضائية غير مختصة، ممّا يُفقد الدعوى أحد أركانها الشّكلية الأساسية[3].

أمّا فيما يتعلق بإغفال أحد البيانات المتعلقة بالإشارة إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى، فإنّ المشرّع تبنى موقفاً أكثر مرونة، بحيث لم يعتبر هذا الإغفال سبباً تلقائيًا لعدم قبول العريضة ما لم يترتّب من هذا الأخير مساس بسلامة الإجراءات أو إخلال بحقوق الدّفاع[4].

1- المادة 816 من القانون 08 -09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، معدل ومتمم، المرجع السّابق.

2- المرجع نفسه، المادة 15.

3- بربارة عبد الرّحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09مؤرخ في 23فيفري2008)، الطّبعة الثّانية، دار بغدادي للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر،2009، ص50.

4- المرجع نفسه، ص51.

ثالثًا: قيد عريضة افتتاح الدعوى

يُعدُّ قيد العريضة في سجل قيد الدّعاوى لدى المحكمة إجراء وجوبي، بحيث يُعتبر هذا القيد بمثابة إثبات رسمي على مباشرة المحكمة لاختصاصها في النّظر في النّزاع المطروح أمامها، بالإضافة إلى منح المدعي آجال كافية لتكليف الخصم بالحضور[1].

فقد نظّم المشرّع هذا الاجراء في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال نصّ المادة 16 على أنّه " تُقيّد العريضة حالاً في سجل خاص تبعًا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أوّل جلسة، يُسجل أمين الضّبط رقم القضية وتاريخ أوّل جلسة على نُسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدّعي بغرض تبليغها رسميًا للخصوم"، فيفهم من نصّ هذه المادة أنّه تُقيد العريضة في سجل خاص لدى أمانة ضبط المحكمة تبعًا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم، ورقم القضية وتاريخ أوّل جلسة، فيقوم أمين الضّبط بتسجيل هذه المعلومات على نسخ العريضة، ويسلمها للمدعي قصد تبليغها للخصوم بموجب إجراءات التّكليف بالحضور.

ونستخلص من هذا أنّ عملية قيد العريضة ليست مجرد إجراء شكلي، بل تُعدُّ ركيزة أساسية في بناء الدعوى القضائية وضمان حسن سير العدالة، وتساهم في تحقيق مبدأ العلانية والشّفافية أمام القضاء، علاوة على هذا فلا يمكن تقييّد الدعوى إلاّ بعد دفع الرّسوم المحدّدة قانوناً، عملاً بما جاء في نصّ المادة 17 من ق.إ.م.إ.ج[2].

- 1 شاوش مجمد العربي، شروط قبول الدعوى، مذكرة لنيل شهادة ليسانس في الحقوق، تخصّص : القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،2014، ص21.

2- المرجع نفسه، المادة 17.

رابعًا: التّكليف بالحضور

نصّت المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضرورة احترام مبدأ الوجاهية في الخصومة، وهو مبدأ يضمن تكافؤ الفرص بين الخصوم من خلال تمكين كل طرف من الاطّلاع على مزاعم خصمه والرّد عليها[1].

فيعتبر التّكليف بالحضور بمثابة إخطار رسمي موجه من الجهة القضائية المختصة، للخصم المراد مقاضاته، يتضمّن دعوته للمثول أمام القضاء في التّاريخ المحدّد للجلسة، مع بيان موضوع النّزاع، فيتم هذا التّبليغ بواسطة ضابط عمومي المتمثّل في المحضر القضائي.

كما اشترط المشرّع بيانات يجب أن يتضمّنها التّكليف بالحضور، وحصرها في نصّ المادة 18 ق.إ.م.إ.ج والمتمثّلة في:

- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التّبليغ الرّسمي وساعته،
- اسم ولقب المدعي وموطنه،
- اسم ولقب الشّخص المكلّف بالحضور وموطنه،
- تسمية وطبيعة الشّخص المعنوي ومقرّه الاجتماعي وصفة ممثّله القانوني أو الاتفاقي،
- تاريخ أوّل جلسة وساعة انعقادها[2].

أمّا بخصوص الآجال فقد أشار إليها المشرّع في نصّ المادة 16 ق.إ.م.إ.ج بحيث يجب احترام مهلة 20 يوماً على الأقل بين تاريخ تسليم التكّليف بالحضور والتّاريخ المحدّد لأوّل جلسة، ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك، كما يُمدّد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى 3 أشهر، إذا كان الشّخص المكلف بالحضور مقيماً في الخارج[3].

1- المادة 3،القانون 08 -09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، معدل ومتمم، المرجع السّابق.

2- المادة 18، المرجع نفسه.

3- المادة 16، المرجع نفسه.

المطلب الثّاني

دور القاضي في دعوى التّطليق للشقاق

يُعدُّ القاضي محوراً أساسياً في دعوى التّطليق للشقاق، إذ لا يقتصر دوره على إصدار الحكم فحسب، بل يتجاوز ذلك إلى اتخاذ جملة من الإجراءات التّي تهدف إلى حماية الأسرة وتقليل حالات الانفصال، ويبرُز دوره هذا في تقدير الشّقاق المستمر فرع أوّل، بالإضافة إلى عرض الصّلح على الزّوجين فرع ثاني، وكذلك في تعيّين حكمين فرع ثالث.

الفرع الاوّل

دور القاضي في تقدير الشّقاق

يعتبر تقدير الشّقاق المستمر بين الزّوجين من المسائل التي تدخل ضمن "**السّلطة التّقديرية للقاضي**" حيث يصعب ربطه بضوابط جامدة أو نصوص قانونية محددة، ذلك أنّ الشّقاق بين الزّوجين يُعدّ حالة اجتماعية ونفسية لا يقاس فيها بالمظهر الظّاهر، بل يستنتجه القاضي من سياق العلاقة الزّوجية، وظروف أطرافها، ومدى استحالة العشرة بالمعروف، ونظرًا لهذا يمكن الاستناد لما كرّسه قرار المحكمة العليا في مصر سنة 1935 حيث أنّ: "**القرار تناول مبدأ قانونياً مهماً يتعلق بسلطة القاضي في تقدير الوقائع والدلائل في الدعوى، وخاصة في مجال الأحوال الشّخصية. كما أشار الحكم إلى أنّ القاضي ليس ملزماً دائماً باتباع الرّأي الرّاجح في مذهب الإمام أبي حنيفة إذا رأى أنّ غيره أقرب لتحقيق العدالة ورفع الضّرر**"[1].

1– شبكة قوانين الشرق، جمهورية مصر العربية – محكمة النّقض – مدني – الطّعن رقم 56 لسنة 4 ق | تاريخ الجلسة 7 / 2 / 1935 – مكتب فني 1 ع – رقم الجزء 1 – رقم الصفحة 599 – القاعدة رقم 227 – [نقض الحكم والإحالة]، تمّ الاطّلاع بتاريخ2025/5/20 على السّاعة 19 :15، رابط الموقع : https://www.eastlaws.com/judgments-full-text/ar/egypt/cassation-civil/judicial-year-4/07-02-1935/no-56?id=10929&type=1

ويفهم من هذا القرار أنّ القاضي، متى عرضت عليه حالة شقاق مستمر بين الزّوجين، فهو غير ملزم بتطبيق أراء فقهية جامدة إذ رأى أنّ مقتضى العدل يقتضي بخلاف ذلك، حيث أنّ دور القاضي لا يقتصر على تطبيق قواعد قانونية بحته، بل يتجاوز ذلك إلى سلطة اجتهادية تخضع للعدالة وتتناسب مع الواقع الاجتماعي المعاش.

وفي هذا السّياق يقصد بالسّلطة التّقديرية تلك الحرية التّي يمنحها المشرّع للقاضي في تفسير النّصوص القانونية، وتأويلها وتنزيلها على الواقع المادي والنّفسي التّي تعرض أمامه، وهذه السّلطة ليست مطلقة بل تمارس ضمن حدود القانون ومقاصده[1].

الفرع الثّاني

دور القاضي في عرض الصّلح

جاء في نصوص التّشريع الجزائري أنّ الصّلح هو طريق بديل لحل النّزاعات، بحيث يمكن إجراؤه في أيّة مادة مدنية كانت، أو اجتماعية، أو حتى في شؤون الأسرة، وهذا عملاً بما جاء في نصّ المادة 4 ق.إ.م.إ.ج " يمكن للقاضي إجراء الصّلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أيّة مادة كانت".

فتعدُّ قضايا فك الرّابطة الزّوجية من بين القضايا التّي تستوجب تطبيق اجراء الصّلح بين الزّوجين، نظراً إلى الخصوصية التّي يتميّز بها هذا العقد[2]، فيتمُّ الصّلح في هذه القضايا (الطّلاق-التّطليق-الخلع) بإشراف مباشر من قاضي شؤون الأسرة، فيهدف هذا الإجراء إلى محاولة الإصلاح بين الزّوجين، عبر تسليط الضّوء على الآثار السّلبيّة للانفصال، خاصةً في حال وجود الأبناء، مع تأكيد على مزايا الصّلح والتّسامح، لما لها من أثر إيجابي في الحفاظ على كيان الأسرة[3].

1- عبد لمجيب الوزاني، التّطليق بسبب الشّقاق، أية حماية لاستقرار الأسرة، بحث نهاية التّخرج، المعهد العالي للقضاء،2011، ص71.

2- بن قوية سامية، "الصّلح في قانون الأسرة الجزائري إشكالات شرعية وقانونية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسّياسية، العدد 02، كلية الحقوق، الجزائر ،2007، ص333.

3- بوكايس سمية، "مدى فاعلية إجراء الصّلح في دعاوى الطّلاق"، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 06، العدد 01، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر،2021، ص36.

لقد كان إجراء الصّلح سالفاً قبل صدور قانون الأسرة إجراء جوازي، بحيث لم يكن هناك نصّ صريح يلزم القاضي بإجراء الصّلح في القضايا الأسرية، وهذا تطبيقاً لما جاء في نصّ المادة 17 من الأمر 154-66 يتضمّن قانون الإجراءات المدنية التي ينص على " تتمّ اجراءات المصالحة اجباريًا أمام المحكمة في ما عدا القضايا التّي تتطلب السرعة وفي هذه الحالة يأذن الرئيس بالتبليغ للحضور"[1]، و يتضح من مضمونها أنّ المشرع لم يحدد إجبارية الصّلح في قضايا شؤون الأسرة ،غير أنّه وبعد صدور قانون الأسرة، أصبح هذا الإجراء إلزاميًا على القاضي، ونستخلص ذلك صراحة من خلال المادة 49 منه "لا يثبت الطّلاق إلاّ بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر، ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى"، هذه المادة من جهة، و من جهة أخرى تأكيداً لأهمية هذا الإجراء في الحفاظ على الحياة الزّوجية أضاف المادة 439 من قانون إجراءات مدنية و إدارية و التّي تنصُّ "محاولات الصّلح وجوبية، و تتمُّ في جلسة سرية"، كما وضع المشرّع في نفس القانون قواعد إجرائية يلتزم بها القاضي لتحقيق مساعي هذا الإجراء و ذلك من خلال المواد 439 إلى 449 ق.إ.م.إ.ج.

الفرع الثّالث

دور القاضي في تعيين حكمين

إنّ التّحكيم هو إجراء وقائي لفضّ النّزاع القائم بين الزّوجين، فقد وردت نصوص قرآنية تدل على جوازه ومشروعيته، ومن الضّروري الرّجوع إليه في حالة نشوب شقاق مستمر بين الزّوجين، **لقول الله تعالى :﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾**[2].

علاوة على هذا أشار المشرّع على حتمية تعيين حكمين في حالة اشتداد النّزاع الأسري، ويظهر ذلك من خلال المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري " إذا اشتدّ الخصام بين الزّوجين ولم

1- المادة رقم 17 من الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر العدد 47، الصّادرة في 9 جوان1966.

2- سورة النّساء، الآية 35.

يثبت الضّرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يُعيّن القاضي الحكمين، حكما من أهل الزّوج، وحكما من أهل الزّوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدمًا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

أمّا الجانب الإجرائي للتحكيم فقد فصّل في أحكامه قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 446 إلى 449 منه[1]، فباستقراء نصّ المادة 446 ق.إ.م.إ.ج "إذا لم يثبت أيُّ ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعيّن حكمين اثنين لمحاولة الصّلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"، نجد أنّ المشرّع أجاز للقاضي الاستعانة بحكمين أثناء سير الخصومة، فيقوم هذا الأخير بتعيين حكمين من أهل الزّوجين فيمن تتوفّر فيه شروط المُحكمين، والتّي سنتطرق إليها لاحقًا.

وعليه، فإنّ هذه المادة تُبرز الدّور الإجرائي للقاضي في النّزاعات الأسرية، حيث لا يُترك الأمر لتقديره الشّخصي، وإنّما يكون مُلزَماً بتعيين الحكمين في حال غياب دليل على الضّرر، وبذلك فإنّ القاضي لا يقتصر دوره على الفصل القضائي المجرد، بل يمتد إلى تفعيل الآليات التّصالحية التّي نصّ عليها القانون، ويُعتبر تعيين الحكمين إجراءً جوهريًا في هذا الإطار، يُمارَس في إطار سلطة قانونية مقررة وليس اجتهادًا شخصيًا.

1- بن شنوف فيروز وشامي أحمد،" تفعيل دور هيئة التّحكيم في تسوية النّزاعات الأسرية في الفقه الإسلامي والتّشريعين الجزائري والإماراتي"، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 19، العدد 02، جامعة بليدة، الجزائر، 2022، ص237.

المبحث الثّاني

فعالية نظام التّحكيم في قضايا التّطليق للشقاق

نظرًا لما تشهده العلاقات الأسرية من تعقيدات قد تصل في بعض الأحيان الى الشّقاق المستمر بين الزّوجين، ولهذا سعت مختلف التّشريعات إلى تبني آليات بديلة عن الطّلاق المباشر، بهدف تحقيق نوع من التّوازن بين الحفاظ على استقرار الأسرة ومراعات الحقوق المشروعة لأطراف النّزاع، ومن بين هذه الآليات نجد التّحكيم باعتباره وسيلة إصلاحية تهدف للحد من التّفكك الأسري، الذي يقوم على فكرة تدخُّل طرفين محايدين يسميان "حكمين" لمحاولة الإصلاح بين الزّوجين قبل اللّجوء إلى الحل القضائي النّهائي وهو ما يعكس الرّغبة في معالجة النّزاعات الأسرية، وللوصول إلى مدى فعالية نظام التّحكيم في قضايا التّطليق للشقاق توجّب علينا التّطرق في المطلب الأوّل إلى الإطار النّظري للتحكيم أمّا في المطلب الثّاني تناولنا فيه آليات تعيين الحكمين في دعوى التّطليق للشقاق.

المطلب الأوّل

الإطار النّظري للتحكيم

يعدُّ التّحكيم في قضايا التّطليق للشقاق من أبرز الآليات القانونية التّي أدرجتها التّشريعات العربية ضمن الفصل في قضايا فك الرّابطة الزّوجية وهذا نظرًا لمبدأ التّدرج في معالجة الخلافات الزّوجية، بالإضافة لكونه إجراء يمهّد لصدور الحكم القضائي ويُساهم في تقليص حلات الطّلاق، ولفهم الأبعاد القانونية لهذا النّظام تطرقنا في الفرع الأوّل لتعريف التّحكيم في قضايا التّطليق للشقاق أمّا في الفرع الثّاني فتناولنا فيه التّأصيل القانوني للتحكيم في بعض الدّول العربية.

الفرع الأوّل

تعريف التّحكيم في قضايا التّطليق للشقاق

تحديد مفهوم التّحكيم تعدُّ خطوة أساسية لفهم طبيعته القانونية في قضايا التّطليق للشقاق وهو ما يستدعي أوّلًا الرّجوع إلى دلالته اللّغوية، ثمّ إلى معناه الاصطلاحي كما استقر عليه في الفقه والقانون.

أوّلاً: التّعريف اللّغوي للتحكيم

قد ورد لفظ التّحكيم في القرآن الكريم للدلالة في الفصل في الخصومة والسّعي للإصلاح، كما في **قول الله سبحانه وتعالى:** ﴿**إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا**﴾[1]، وهو نصّ صريح يُظهر أنّ التّحكيم وسيلة شرعية لحل النّزاعات الزّوجية، وهي قائمة على اختيار شخصين الأوّل من أهله والثّاني من أهلها، يتوليان مهمة الإصلاح قبل الوصول الى الطّلاق.

وقال "**ابن منضور**" في لسان العرب: "**الحكمُ وهو الفاصل بين النّاس وقد حكم بينهم يحكُم بالضم حُكما، وحكم له وحكم عليه وحكم في الأمر فوض إليه الحكم، والمحاكمة: المخاصمة إلى الحاكم، والاحتكام أن يجعل شخص حكمًا بين اثنين ليفصل بينهما**"[2].

وبناء على ذلك، فإنّ التّحكيم في اللّغة يعني تفويض شخص للفصل بين متنازعين في خصومة ما، دون أن يكون صاحب سلطة إلزامية، ويكون بموافقة الطّرفين وهم الزّوج والزّوجة.

1- سورة النّساء، الآية رقم35.

2- ابن منصور جمال الدّين محمد ابن بكر، لسان العرب، الجزء 12، الطّبعة الأولى، دار المعارف القاهرة، مصر،1981، ص141.

ثانيًا: التّعريف الاصطلاحي للتحكيم

عرفه "**ابن نجيم**" بأنّه: "**تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما**"[1]، ويتّضح من قول ابن نجيم أنّ التّحكيم في الفقه الإسلامي يقوم على تفويض اختياري من طرفي النّزاع لشخص ثالث يُسند إليه الفصل بينهما.

عرفه كذلك "**ابن فرحون**" بقوله "**أنّ الخّصمين إذا حكما بينهما رجلاً وارتضياه لأن يحكم بينهما**"[2].

ويتضح لنا من التّعريفين السّابقين أنّه لم يخرج تعريف التّحكيم في الفقه القانوني عن الإطار العام الذي رسمه فقهاء الشّريعة، إذ عرفه الفقه بأنّه اتفاق بين أطراف النّزاع على إحالة خصومة معينة قائمة أو محتملة، إلى "حكمين" يخترونهم بمحض إرادتهم، للفصل في النّزاع بدلاً من اللّجوء إلى المحكمة.

الفرع الثّاني

التّأصيل القانوني للتحكيم في بعض الدّول العربية

يُعدّ التّحكيم آلية قانونية بديلة لفضّ النّزاعات، وقد حاز اهتمامًا متزايدًا في المنظومات القانونية العربية نظرًا لما يوفره من مرونة وسرعة مقارنة بالقضاء التّقليدي. وقد تنوّعت المواقف التّشريعية من تنظيم التّحكيم بحسب السّياقات القانونية والسّياسية لكل دولة. ففي هذا السّياق، يظهر الإطار القانوني للتحكيم في كل من أوّلاً الأردن، وثانيًا مصر، وثالثًا المغرب، ورابعًا وأخيرًا الجزائر.

أوّلًا: التّشريع الأردني

يعدّ التّحكيم وسيلة بديلة لحلّ النّزاعات، لما يتميّز به من سرعة في الإجراءات ومرونة في التّعامل معها، وقد أولى المشرّع الأردني أهمية خاصة لهذه الوسيلة، فنظّمها ضمن إطار القانون من خلال قانون التّحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، ولقد نصّت المادة 132 من هذا القانون على مشروعية التّحكيم بين الزّوجين حيث جاء فيها " إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزّوجين فلكل منهما أن يطلب التّفريق إذا ادّعى

1- ابن نجيم زين الدّين بن ابراهيم، البحر الرّائق شرح كنز الدّقائق، الجزء السّابع، الطّبعة الأولى، دار الكتب الغربية الكبرى، مصر، 1916، ص24.

2- إبراهيم شمس الدّين محمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الأوّل، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنّشر والتّوزيع، المملكة العربية السّعودية،2003، ص62.

إضراراً لآخر به قولاً أو فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزّوجية: إذا كان طلب التّفريق من الزّوجة وأثبتت إضرار الزّوج بها بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يكن الإصلاح أنذر للزوج بأن يصلح حاله معها وأجّل الدعوى مدة لا تقل عن شهر فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر إلى الحكمين، وأمّا إذا كان المدّعي هو الزّوج وأثبت وجود النّزاع والشّقاق بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يكن الإصلاح أجّل القاضي دعواه لمدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة وبعد انتهاء الأجل إذا أصر على دعواه ولم يتم الصّلح أحال القاضي الأمر إلى الحكمين"[1].

تُظهر هذه المادة دلالة واضحة على أنّ للقاضي صلاحية إحالة النّزاع والخلاف القائم بين الزّوجين إلى حكمين، وذلك في حال تعذّر عليه الوصول إلى تسوية ودّية بينهما، ويُعدّ هذا النّص تأكيدًا صريحًا على مشروعيّة التّحكيم وأهميّته كوسيلة لحل النّزاعات الأسريّة، حيث يكرّس المشرّع دوره ضمن إطار قانوني منظم يعكس ثقته في فاعلية هذا الأسلوب في معالجة الخلافات، لا سيّما في المسائل التي تتطلّب مراعاة الخصوصية والحكمة في التّسوية[2].

ثانيًا: التّشريع المصري

يعدّ التّحكيم في مجال الأحوال الشّخصية في المواضيع الدّقيقة التّي تثير جدلاً فقهيّاً وقانونيّاً واسعاً في النّظام القانوني المصري، نظراً لطبيعة هذه المسائل المرتبطة بالنّظام العام والأسس الأخلاقيّة لحل النّزاعات، إلاّ أنّ المشرّع المصري تعامل مع التّحكيم في الأحوال الشّخصيّة بحذر شديد وقيّده بعدد من الضّوابط لضمان عدم المساس بالثّوابت الشّرعيّة والحقوق الجوهريّة للأطراف.

و قد استند التّأصيل القانوني للتحكيم في هذا المجال إلى جملة من النّصوص الشّرعيّة، أبرزها ما ورد في القانون25 لسنة1929 يتضمّن أحكام الأحوال الشّخصيّة و التّي أقرّت صراحة باللّجوء المحكمة إلى التّحكيم الإلزامي بين الزّوجين في حالات الشّقاق[3]، وفقًا لما نصّت عليه المادة 6 منه "إذا ادّعت الزّوجة اضرار الزّوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها

- 1 قانون التّحكيم الأردني، رقم 31، ج ر العدد 4496، الصّادر في 16 أوت 2001، المعدّل و المتمّم بقانون رقم 16،ج ر العدد5518، الصّادر في 2 ماي 2018.

- 2 سهيل الأحمد، "التّحكيم بين الزّوجين حال النّزاع والشّقاق في قانون الأحوال الشّخصية الأردني والمواثيق الدّوليّة"، مجلّة جامعة الاستقلال للأبحاث، المجلد 5، العدد1، فلسطين، لسنة2020، ص255.

- 3أحمد نصر الجندي، الطّلاق والتّطليق وأثارها، الطّبعة الأولى، دار الكتب القانونية للنشر والتّوزيع، مصر،2003، ص239.

أن تطلب من القاضي التّفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضّرر وعجز عن الاصلاح بينهما فإذا رفض الطّلب ثمّ تكرّرت الشّكوى ولم يثبت الضّرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبيّن بالموادّ (7 و8 و9 و10 و11)"[1] ، مستندين **إلى قول الله تعالى :﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾**[2].

على هذا الأساس يعدُّ التّحكيم في قضايا الشّقاق الزّوجي تحكيماً قضائيّاً إلزاميّاً تمارسه المحكمة عبر تعين حكمين، ومن هنا يتبيّن أنّ المشرّع المصري قد أقّر التّحكيم في الأحوال الشّخصية على نحو محدود ومقيّد.

بالإضافة إلى أنّ المشرّع المصري أشار في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشّخصية إلى أنّه استند في تنظيم مسطرة الشّقاق إلى ما ورد في المذهب المالكي، وخاصة في مسألة بعث الحكمين، إلاّ أنّه لم يلتزم بكامل تفاصيل هذا المذهب، حيث نصّ في المادة 7 على ضرورة أن يكون الحكمين من "العدول" دون اشتراط الذّكـورة، وذلك بإلـغاء لفظ "رجلين" والاكـتفاء بلفـظ "عادلين"، وبذلك يكون قد خالف ما استقر عليه الفقه المالكي الذي يشترط أن يكون الحكـمين رجليـن، الأمر الذي يُظهر توجّه المشرّع المصري نحو التّخفيف من القيود الشّكلية تحقيقًا للمرونة والواقعية في التّطبيق القضائي[3].

ثالثًا: التّشريع المغربي

يُعدُّ إجراء الصّلح في دعاوى الشّقاق من الإجراءات الجوهريّة التّي أولاها المشرّع المغربي عنايةً خاصة، باعتبارها من النّظام العام، بحيث لا يجوز للمحكمة التّغاضي عنها أو تجاوزها تحت طائلة بطلان الحكم الصّادر في موضوع النّزاع.

1- المادة 6، القانون رقم 25 لسنة1929، يتضمن قانون الأحوال الشّخصية المصري ،المرجع السابق.

- 2 سورة النّساء، الآية 35.

3- أيت شاوش دليلة، المرجع السّابق، ص ص 237-238.

ويُستفاد من توجهّات القضاء المغربي، وعلى رأسه محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقًا)، أنّ إغفال هذا الإجراء يمسّ بحقوق الدّفاع، والتّي حرص المشرّع على حمايتها ضمن ضمانات المحاكمة العادلة، وذلك في إطار تحقيق التّوازن بين طرفي النّزاع الأسري[1].

وقد أكّدت محكمة النّقض هذا المبدأ في عدد من قراراتها، أبرزها القرار الصّادر بتاريخ 19 أفريل 1982، والذي قرّرت فيه أنّ "**إجراء محاولة الصّلح بين الزّوجين في قضايا الشّقاق لا يعدّ إجراءً شكليًّا فحسب، بل هو جزء من النّظام العام لا يجوز للمحكمة تجاوّزه، ويترتّب على إهماله بطلان الحكم**"[2]، وهو تأكيد على أنّ الصّلح ليس مجرد مرحلة إجرائيّة شكليّة، بل هو جوهر إجباري تمليه طبيعة النّزاع الأسري التّي تستدعي إعطاء الأولويّة للحلول الودّية.

ويستند هذا التّوجّه إلى ما ورد في مدونة الأسرة المغربيّة، لاسيّما في المادة 94 وما يليها، التّي تلزم المحكمة باتّخاذ كافة الإجراءات الرّامية إلى الصّلح قبل الفصل في النّزاع، بما في ذلك انتداب حكمين أو تشكيل مجلس الصّلح، بحسب الحالة[3].

كما أنّ طبيعة دعاوى الشّقاق، التّي تنشأ غالبًا عن توتّر في العلاقة الزّوجيّة، تستدعي منح الأطراف فرصة للتّراجع والتّسوية، وهو ما يُحقّق الغاية من اعتماد الصّلح كآليّة وقائية تحفظ الأسرة قبل الوصول إلى الحلّ القضائي النّهائي.

رابعًا: التّشريع الجزائري

يَستمدُّ التّحكيم في المسائل الأسريّة، لا سيّما في قضايا فكّ الرّابطة الزّوجيّة، مشروعيّته الأساسيّة من الشّريعة الإسلاميّة، ويُعَدُّ قولُ الله تعالى :﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[4]، نصًّا قرآنيًّا صريحًا يُؤَسِّسُ لمبدأ التّحكيم بوصفه آليّةً مُعتمدةً لحلّ النّزاعات الزّوجيّة، تبرز هذه الآية الكريمة الأهميّةَ الجّوهريةَ لِتَدَخُّلِ

– 1 عبد الواحد الرحماني، "مسطرة الشّقاق في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي"، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، العدد3، المغرب، 2006،ص38.

- 2 قرار محكمة النّقض، العدد180، الصّادر بتاريخ 19 أفريل 1980، ملف شرعي عدد 46236، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد33، لسنة 1981.

- 3 المادة 94، من القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية ، المرجع السّابق.

- 4سورة النّساء، الآية رقم 35.

الحَكَمَيْنِ من أجل السّعي نحو الإصلاح وتوفيق ذات البين، ممّا يُؤكِّدُ البُعدَ الشّرعيَّ لهذا المنهج كحلٍّ مُفَضَّلٍ قبل اللّجوء إلى خيارات الانفصال النّهائية[1].

أمّا من النّاحية القانونيّة، فقد كرس المشرّع الجزائري هذا المبدأ، بحيث نظّم أحكاماً إجرائية للتّحكيم من خلال المواد 446،447،448،449، من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، فنصّت المادة 449 منه في مفهومها على أنّه إذا لم يثبت أيّ ضرر في الخصومة، أجاز للقاضي تعيين حكمين لمحاولة الصّلح بين الأطراف وذلك حسب مقتضيات قانون الأسرة الجزائري[2].

باستقراء المادة 56 ق.أ.ج "إذا اشتدّ الخصام بين الزّوجين ولم يثبت الضّرر وجب تعيين حكمين للتّوفيق بينهما، يعيّن القاضي الحكمين حكماً من أهل الزّوج وحكماً من أهل الزّوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدّما تقريرًا عن مهمّتهما في أجل شهرين"، نجد أنّ المشرّع ألزم القاضي في حال عدم إثبات الضّرر تعيين حكمين من أهل الزّوجين للإصلاح بينهما في أجل لا يتعدّى شهرين، أيّ أن يكون التّحكيم بين الزّوجين وجوبيًّا، غير أنّ المشرّع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتحديدًا في المادة 446، أعطى للقاضي سلطة تقديرية، حيث نصّ على أنه "جاز للقاضي أن يعين حكمين..."، وهو ما يُضفي طابعًا جوازيًا على ذات الإجراء، هذا التّفاوت في الصّياغة القانونية قد يُفهم منه وجود تناقض ظاهري بين القانونين، إلاّ أنّ الفقه الرّاجح يرى أنّ قانون الأسرة باعتباره قانونًا خاصًا، يُقدَّم على القاعدة العامة الواردة في قانون الإجراءات، عملاً بقاعدة "**الخاص يقيّد العام**"، وبالتّالي، فإن الطّابع الواجب الاتباع في قضايا الأسرة هو الوجوب، كما ورد في المادة 56 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه، حفاظًا على استقرار الأسرة وإعطاء فرصة جادة للصلح قبل الفصل في النزاع.

غير أنّه وعملاً بقرار المحكمة العليا، تحت رقم 60084، والذي جاء في مضمونه أنّ القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين في حال اشتداد الخصام بين الزّوجين وثبوت الضّرر[3]، بحيث حكم قاضي

1- أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن الكريم، القسم الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 913، ص537.

2- المادة 449 من القانون 08-09، يتّضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، معدل ومتمّم، المرجع السّابق.

3- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 620084، مؤرخ في 14 أفريل 2011، قضية (ف.م ضد ش.س)، المجلة القضائية، العدد 01، 2012، ص299.
https://droit.mjustice.dz/sites/default/files/pdf_magasin/2012-1_0.pdf

الموضوع بالتّطليق اعتمادًا على الشّقاق المستمر وثبوت إضرار الزّوج لزوجته، مستعملاً في ذلك سلطته التّقديرية في فحص النّزاع وتقدير الضّرر، ففي هذه الحالة القاضي غير ملزم بإجراء التّحكيم المنصوص عليه في المادّة 56 ق.أ.ج الذي يشترط عدم ثبوت الضّرر[1].

المطلب الثّاني

أليات تعيين الحكمين في دعوى التّطليق للشقاق

اعتمد المشرّع التّحكيم بين الزّوجين كوسيلة للحد من الخلافات الزّوجية التي قد تؤدي إلى الشّقاق، فجعل تعيين الحكميين اجراء ضروري في بعض الحالات للبحث في أسباب النّزاع ومحاولة الإصلاح قبل الوصول إلى فك الرّابطة الزّوجية، انطلاقًا من هذا الدّور الذّي يلعبه التّحكيم في الحفاظ على هذه الرّابطة، كان من اللّازم التّوقف عند مشروعية التّحكيم وحكمه في دعوى التّطليق للشقاق فرع أوّل، كما تقتضي دراستنا الى تبيان الشّروط الواجب توفرها في الحكمين، مع تحديد وظيفتهما فرع ثالث.

الفرع الأوّل

مشروعية التّحكيم وحكمه

يعتبر التّحكيم بين الزّوجين في حالة الشّقاق المستمر بينهما من الأسباب التي أقرها المشرّع وكرسها لما لها من دور في محاولة إصلاح العلاقة الزّوجية قبل الوصول للانفصال، ممّا جعله اجراء معتمداً في فض النّزاعات الأسرية وانطلاقا من ذلك، تناولنا أوّلاً مشروعية التّحكيم، ثمّ تطرقنا ثانيًا إلى حكم بعث الحكمين.

1- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، الطّبعة الأولى، دار هومة للنشر والتّوزيع، الجزائر، 2016، ص160.

أوّلًا: مشروعية التّحكيم

تستند مشروعية التّحكيم في قضايا الشّقاق بين الزّوجين إلى أصول شرعية ثابتة منها الكتاب والسّنة والاجماع والمعقول وقد جاء اعتمادها تأكيدا على مشروعية التّحكيم ودوره في الصّلح بين الزّوجين.

1-في الكتاب

ويستند مشروعية التّحكيم في قضايا الشّقاق بين الزّوجين إلى ما ورد في القرآن الكريم، حيث نصّت على مشروعيته الآيات الآتية:

الآية الأولى في قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾ [1].

- **وجه الدّلالة**

تدلّ الآية على مشروعية التّحكيم في الشّقاق بين الزّوجين، حيث أمر الله تعالى أولي الأمر ببعث حكمين، ممّا يفيد وجوب أو على الأقل مشروعية هذا الإجراء عند وجود الخلاف. وقد فسّر الإمام القرطبي هذه الآية بأنّ الحكمين بمثابة القاضيين، لهما أن يجتهدا في الإصلاح أو التّفريق حسب ما يريانه أصلح، واعتبر أنّ هذا التّدخل مشروع ومؤسّس على النصّ الصّريح.

وقد جاء في تفسير القرطبي في كتابه الجامع لأحكام القران: "**هذه الآية أصل في التّحكيم، وهو أن يحكم رجل من أهل الرّجل، وآخر من أهل المرأة، ينظران في أمرهما، ويُجريان الأحكام على ما يريان، ممّا فيه الصّلاح، أو الفرقة، إذا لم يريَا غير ذلك**"[2].

الآية الثّانية في **قوله تعالى:** ﴿**سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِن حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ**﴾ [3]:

1- سورة النّساء، الآية رقم35.

2- أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي، الجامع لأحكام القران، الجزء الخامس، الطّبعة الأولى، دار الكتب المصرية للطباعة والنّشر، القاهرة، مصر، 1937، ص ص174 -175.

3- سورة المائدة، الآيه42.

- **وجه الدّلالة**

يقول ابن كثير في تفسيره لهذه الآية: "**هذه الآية نزلت في طائفة من اليهود المسارعين في الكفر الخارجين عن طاعة الله ورسوله، حينما زنت امرأة منهم برجل، فأرادوا أن يقيموا عليهما الحد بتحكيم رسول الله صلى الله عليه وسلم بدلًا من حكم التّوراة الذي فيه الرّجم، فأنزل الله هذه الآية يخيّر فيها نبيّه بين أن يحكم بينهم أو يعرض عنهم، فإن حكم فليكن بالعدل**" [1].

ثمّ يضيف:

"**وفي هذه الآية دليل على جواز تحكيم أهل الذّمة والإعراض عنهم، إذا طلبوا ذلك، لكن إن حَكَم فبالقسط**" [2].

في هذه الآية، بيّن الله عزّ وجل أنّ النّبي صلى الله عليه وسلم كان يُخيَّر بين الحكم أو الإعراض عن النّزاع، ما يدل على مشروعية التّحكيم في أصلها، وخاصةً إذا اختار الأطراف المتنازعة أن يحكم بينهم، فهذا الإذن بالتّحكيم من طرف الخصوم، وقبول النّبي للحكم فيهم، مع اشتراط العدل، يُعد أصلًا من أصول التّحكيم الشّرعي.

2-في السّنة

وممّا يُستدلُّ به على مشروعية التّحكيم في النّزاعات الأسرية، ما ورد عن أمير المؤمنين **علي بن أبي طالب** رضي الله عنه في تفسير قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾ [3] حيث قال: **إنّ إليهما الفُرقة بينهما والاجتماع**، وقد عدّ الإمام مالك هذا القول من أحسن ما سمعه من أهل العلم في باب التّحكيم، ممّا يدل على أنّ الحكمين يُخوّلان باتخاذ القرار بالجمع أو الفُرقة بين الزّوجين، إذا ثبت الشّقاق وتعذر الإصلاح بينهما[4].

1- أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء الثّاني، الطّبعة الأولى، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.ت.ن، ص58.

2- أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، المرجع السّابق، ص60.

3- سورة النّساء، الآية رقم35.

4- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن مخمد بن عبد البرّ، الاستذكار، الجزء التّاسع، الطّبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص182.

ويؤكد ابن عبد البّر ذلك برواية عبيدة السّلماني، حيث شهد عليًا رضي الله عنه وقد جاءه رجل وامرأته، ومع كلّ واحد منهما جماعة، فعيّن علي رضي الله عنه حكمًا من أهل الرّجل وحكمًا من أهل المرأة، ثم خاطب الحكمين قائلاً: "**هل تدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أنّ تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، ولمّا رفض الزّوج الفُرقة، ألزمه علي بقبول حكم الله قائلاً: لا والله لا تنقلب حتى تُقر بما أقرت به، وفي رواية أخرى: كذبت، والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك**"[1].

ويُفهم من هذا أنّ التّحكيم يُعدُّ مسلكًا شرعيًا له حجية، وأنّ للمُحكَّمين سلطة باتخاذ القرار، طالما تمّ تفويضهم بذلك برضى الطّرفين.

3-في الاجماع

لا تزال أحكام الشّريعة الإسلامية التّي نزلت في عهد النّبي يعمل بها المسلمون، ويُعدّ التّحكيم واحد من أبرز هذه الأحكام، وقد استمر العمل بها في عهد الخلفاء الرّاشدين والصّحابة رضي الله عنهم، وانتقل تطبيقه إلى من جاء بعدهم، وقد أجمعت الأمّة على اعتباره من أحد التّشريعات الثّابتة[2]، مستندة فيها إلى ما نزله الله تعالى في قوله: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[3] حيث ورد الأمر ببعث الحكمين عند وقوع الشّقاق بين الزّوجين، وهو ما يدلُّ على مشروعيته وفعاليته كوسيلة للإصلاح وفضّ النّزاعات بطريقة شرعية قائمة على التّراضي والحكمة.

4-من المعقول

يُعتبر التّحكيم من الوسائل المعقولة والمشروعة التّي تُحقّق المقاصد الشّرعية والاجتماعية، لما فيه من جلب للمصالح ودرء للمفاسد، خاصةً في النّزاعات الأسرية التّي تتطلّب حلولاً مرنة ومبنية على روح الإصلاح. فالتّحكيم يُعدُّ وسيلة فعّالة لتسوية الخلافات بعيداً عن التّعقيدات القضائية، ويُساهم في الحفاظ على الرّوابط الأسرية قدر الإمكان.

1- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن مخمد بن عبد البرّ، المرجع السّابق، ص ص182-183.

2- أبو بكر محمد بن أحمد السّرخسي، المبسوط، مجلد 21، الطّبعة الأولى، دار المعرفة للنشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، 1989، ص62.

3- سورة النّساء، الآية رقم35.

وقد أظهرت التّجربة القضائية أنّ القاضي، عند عرض النّزاع بين الزّوجين، يُبادر أوّلاً بمحاولة الإصلاح المباشر، فإن لم تُثمر جهوده، فإنّه يُمهل الطّرف المدّعي مدّة لا تقل عن شهر لإعطاء فرصة للصلح، ثمّ يُحيل الأمر إلى حكمين بعد تعذر الوفاق، سواء كان المدّعي هو الزّوج أو الزّوجة، مع مراعاة البينة المقدمة من كل طرف لإثبات الشّقاق أو الضّرر، وهذا التّدرّج في الإجراءات يعكس حكمة المشرّع في عدم التّسرّع في التّفريق، واعتماده على التّحكيم كوسيلة عقلانية لحماية الأسرة من الانهيار[1].

من جهة أخرى، فإنّ التّحكيم يرفع الحرج والمشقة عن النّاس، ويوفر عليهم الجهد والمال، ويُراعي حالات قد لا يكون فيها الأطراف قادرين على الوصول إلى القضاء الرّسمي، لذا جاز التّحكيم لتحقيق الحاجة ورفع الضّرر، فهو يُنهي المنازعات ويُصلح ذات البين، خاصة وأنّ للمُحَكَّمين ولاية على أنفسهم، ما يُضفي على حكم المُحَكِّم حجيةً، إذا تمّ تعيينه برضا الطّرفين[2].

ثانيًا: حكم بعث حكمين

لقد اختلف الفقهاء في حكم بعث الحكمين بين القول بالوجوب والقول بالجواز، ويتناول هذا العنوان هذه الأقوال وبيان القول الرّاجح منها.

1-قول الوجوب

ذهب أصحاب هذا القول إلى وجوب بعث حكمين عند وقوع النّزاع والشّقاق بين الزّوجين مستندين في ذلك إلى دلالة الآية الكريمة :﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[3]، فيرى أنصار هذا القول بما فيهم المالكية والشّافعية أنّ هذا النّص يفيد الإلزام وليس مجرد الإرشاد والاستحباب وعلى هذا الأساس، فإنّ متى تبيّن على القاضي وقوع الشّقاق بين الزّوجين، فإنّه يتعين عليه بعث حكمين

1- عبد الله محمد ربابعة ومحمد محمود طلافحة وأسامة علي الفقير الرّبابعة، "التّحكيم في الشّقاق بين الزّوجين واليات تطويره في القضاء الشّرعي الأردني"، مجلة الشّريعة والقانون، العدد39، جامعة الامارات العربية المتحدة، العين الامارات العربية المتحدة، 2009، ص170.

2- نايف محمد الجنيدي، المرجع السّابق، ص163.

3- سورة النّساء، الآية رقم 35.

للنظر في أمرهما، ويعزّز هذا الاتّجاه ما نقله الإمام الشّافعي في كتابه الأمّ :"**فإذا ارتفع الزّوجان المخوف شقاقهما إلى الحاكم، فحقّ عليه أن يبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها من أهل القناعة والعقل، ليكشفا أمرهم ويصلحا بينها**"[1].

كما أكّد ذلك الإمام الطّبري في قول: "**وإن خفتم شقاق بينهما فبعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها، يكونا عدليين عليهما وشاهدين، وذلك إذا تدارأ الرّجل والمرأة، وتنازعا إلى السّلطان جعل عليهم حكمين من أهلهم**"[2].

فيفهم من هذا الأثر أنّ تدخّل الحاكم بإرسال حكمين ليس أمراً اختياريّا بل واجباً شرعيّاً، إذا ظهر نزاع قد يفضي إلى التّفريق، وذلك من أجل حماية كيان الأسرة وتحقيق مصلحة الزّوجين.

2-قول الجواز

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة أنّ تعيين حكمين في حال نشوب شقاق بين الزّوجين أمر جائز، بحيث يتفقون في ذلك مع سائر الفقهاء، فيقوم هذا الرأي على أساس اعتبار الحكمين بمثابة وكيلين عن الزّوجين، فلا يصح تعينهما وإرسالهما إلاّ برضا الطّرفين، فإن امتنعا عن التّوكيل فلن يجبرا[3].

فاستندوا في موقفهم إلى ما ورد في القرآن الكريم لقول الله تعالى :﴿**إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا**﴾[4]، فيفهم من هذا أنّ بعث الحكمين لا يقوم على الوجوب والالزام بل يبنى أساسًا على الجواز وعلى إرادة الطّرفين.

3-القول الرّاجح

أكثر رأي راجح هو القول بوجوب بعث حكمين في حال وقوع الشّقاق بين الزّوجين، استنادًا إلى قوله تعالى: ﴿**فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا**﴾ [5]، حيث جاء بصيغة الأمر، والأمر

1- محمد بن إدريس الشّافعي، الأمّ، الجزء السّادس، الطّبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنّشر والتّوزيع، مصر، 2001، ص298.

2- أبو جعفر محمد بن جرير الطّبري، جامع البيان عند تأويل آي القرآن، الجزء الخامس، الطّبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، بيروت، لبنان، 1954، ص75.

3- الشيخ شمس الدّين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزّركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المجلد الخامس، الطّبعة الأولى، مكتبة العبيكان، الرّياض 1993، ص352.

4- سورة النّساء، الآية رقم35.

5- سورة النّساء، الآية رقم 35.

في الأصل يفيد الوجوب، ما لم تصرفه قرينة، ولا توجد قرينة في هذا الموضع تصرفه إلى النّدب. كما أنّ التّحكيم هنا جاء كوسيلة شرعية لتقويم العلاقة الزّوجية، لا يجوز تجاوزها.

وقد أكّد الدّكتور نايف محمد الجنيدي هذا المعنى بقوله :"**الذي يظهر رجحانه هو القول بالوجوب، لأنّ الله تعالى قال: (فابعثوا)، والأمر للوجوب ما لم تصرفه قرينة، ولا قرينة هنا، فضلًا عن كون التّحكيم وسيلة شرعية لحفظ كيان الأسرة**"[1].

ويعزّز هذا الرأي ما ذكره الإمام القرطبي في تفسيره حيث قال :"**وفي هذه الآية دليل على إثبات التّحكيم، وليس كما تقول الخوارج إنه ليس التّحكيم لأحد سوى الله تعالى، وهذه كلمة حق يُراد بها باطل**"[2]، وهو تصريح واضح بأنّ التّحكيم مشروع وثابت بالكتاب، وأنّ إنكاره كما فعلت بعض الفرق الضّالة هو مخالفة صريحة للنصوص الشّريعة، فكيف يُعقل بعد هذا أن يُقال بأنّ بعث الحكمين أمر مستحب فقط! بل هو واجب يجب على القاضي امتثاله، لأنّه جاء به نص صريح، وأيّ مخالفة له تعتبر خروجًا عن نهج الشّريعة في معالجة قضايا الأسرة.

الفرع الثّاني

شروط الحكمين ووظيفتهما

يُعدُّ التحّكيم بين الزّوجين وسيلة شرعية لفصل النّزاع وإصلاح ذات البين، وقد اشترطت الشّريعة صفات معينة في الحكمين لضمان أهليتهما للقيام بهذه المهمّة لذلك يُشترط في الحكمين العدالة والقرابة والذّكورة وغيرها، كما أنّ وظيفتهما لا تقتصر على الاستماع، بل تتعداها إلى محاولة الإصلاح أو الحكم بالتّفريق إذا تعذر الوفاق. ويهدف هذا الفرع إلى بيان شروط الحكمين أوّلاً، ثمّ بيان وظيفتهما كما قرّرها الفقهاء وأكّدتها النّصوص الشّرعية ثانيًا.

1– نايف محمد الجنيدي، المرجع السابق، ص165.

2– أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي، المرجع السابق، ص179.

أوّلًا: شروط الحكمين

1- الذّكورة

يشترط في الحكمين أن يكونا ذكرين، أيّ رجلين بالغين، وهو شرط أكّد عليه عدد من الفقهاء، ومنهم الدّكتور وهبة الزّحيلي حيث قال :"**يشترط في الحكمين: أن يكونا رجلين عدلين خبيرين بما يُطلب منهما في هذه المهمة...**"[1]، فالعبارة واضحة في اشتراط الرّجولية دون غيرها، وقد افتتح بها شروط الحكمين، ممّا يدل على أهميتها ومكانتها.

ويُرجع الفقهاء هذا الشّرط إلى أنّ التّحكيم بين الزّوجين مهمة ذات طابع قيادي وإصلاحي، تستلزم الخبرة، والحكمة، والقدرة على التّدخل في الشّؤون الخاصة للأسرة، وهي وظائف تتطلّب مؤهلات شرعية واجتماعية غالبًا ما ترتبط بالرّجال، خاصةً في المجتمعات الإسلامية التّي تقوم فيها مهام الولاية العامة على الذّكور، كما أنّ التّحكيم فيه شُبه من الولاية والقضاء، وهما موكولان في الغالب للرجال في أغلب المذاهب الفقهية.

2- الإسلام

من الشّروط الأساسية التّي ينبغي توافرها في الحكمين أن يكونا مسلمين، وهذا الشّرط محل اتفاق عند العلماء إذا كان التّحكيم للفصل في خصومة بين مسلمين أو أحد طرفيها مسلمًا، وذلك لقولهم بعدم جواز تولية الكافر على المسلم، وقد صرّح بذلك عبد الله بن محمد بن سعد الخنين بقوله: "**لا خلاف بين العلماء في أنّ الكافر لا يجوز أن يتولى القضاء بين المسلمين، أو في أيّ قضية أحد طرفيها مسلم**"[2].

1- وهبة بن مصطفى الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التّاسع، الطّبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتّوزيع دمشق، سوريا، 2007، ص7061.

2- عبد الله بن محمد بن سعد الخنين، التّحكيم في الشّريعة الاسلامية: التّحكيم العام والتّحكيم عند الشّقاق الزّوجي، الطّبعة الأولى، شبكة الألوكة للنشر، السعودية،1420هـ، ص58.

ويؤكّد ذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشّافعية والحنابلة، بأنّ الإسلام شرط في القاضي فلا يُولّى الكافر القضاء في ديار الإسلام، حتّى ولو كان الطّرفان من غير المسلمين، واستنادًا إلى هذا، يرى المؤلف عبد الله بن محمد بن سعد الخنين أنّ: "**الذي يظهر لي: أنّه يُشترط في المحكَّم أن يكون مسلمًا، فلا يجوز تحكيم كافر ليحكم بين المسلمين، كلا الطّرفين أو أحدهما، لأنّه لا تجوز تولية الكافر على المسلم**"[1].

3- الاجتهاد

من بين الشّروط التّي ذكرها بعض الفقهاء في الحكمين أن يكونا من أهل الاجتهاد والمعرفة بأحكام الشّريعة، خاصة إذا اعتُبر دورهما دورًا قضائيًا، وقد وضح الإمام الماوردي هذا التّفصيل مبينًا أنّه إذا جُعل الحكمين بمنزلة الحاكمين، فلا بد أن يكونا مجتهدين؛ لأنّ الحكم لا يُنفذ شرعًا إلاّ من مجتهد، أمّا إذا كانا كوكيلين، فيجوز ألاّ يكونا من أهل الاجتهاد، لأنّ الوكالة العامة جائزة في الشّرع من غير اشتراط الاجتهاد.

وقد قال الماوردي في ذلك: "**فَإِنْ قِيلَ: يَجْرِي الْحَكَمَانِ مَجْرَى الْحَاكِمَيْنِ، فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ لَا يَنْفُذُ إِلَّا مِنْ مُجْتَهِدٍ، وَإِنْ قِيلَ: يَجْرِي الْحَكَمَانِ مَجْرَى الْوَكِيلَيْنِ، جَازَ أَنْ لَا يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ، لِأَنَّ الْوَكَالَةَ الْعَامَّةَ جَائِزَةٌ فِي الشَّرْعِ، وَهَذَا فَرْعٌ فِي أَصْلٍ يَطُولُ ذِكْرُهُ**"[2].

4- القرابة

من الشّروط التّي اشترطها بعض العلماء في الحَكَمَين المبعوثين للإصلاح بين الزّوجين في حال الشّقاق، شرط القرابة، وهو أن يكون الحكمان من أقارب الزّوجين، أيّ من أهلهما، وقد استدلوا على ذلك بما جاء في قوله تعالى: ﴿**فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا**﴾[3] حيث نفهم من الآية أنّ الأفضل، بل الأولى، أن يكون الحكمان من أقرباء الزّوجين لما في ذلك من تحقيق المصلحة، وقد بيّن الإمام القرطبي هذا المعنى في تفسيره، حيث قال:" **والحكمان لا يكونان**

---

[1]- عبد الله بن محمد بن سعد الخنين ،المرجع السّابق، ص60.

[2]- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الّشافعي، الجزء11، الطّبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص233.

[3]- سورة النّساء، الآية رقم 35.

إلّا من أهل الرّجل والمرأة، إذا كانا يعرفان أحوال الزّوجين، ويعرفان ما بينهما، ويرتفع عنهما الحياء في الكشف، ويتحرّيان الأمانة والنّصيحة"[1].

ويدل هذا القول على أنّ كون الحكمين من أهل الزّوجين يحقق المعرفة الدّقيقة بالأحوال، ويسهّل أداء مهمة الإصلاح، لما في ذلك من زوال الحرج وتوفر النّصح.

5- العدل

يُعدّ اشتراط العدالة في الحكمين من المتطلبات الضّرورية التّي يقوم عليها نظام التّحكيم في نزاعات الأسرة، ذلك أنّ الفاسق لا يُؤمن جانبه، بل يُخشى أن يتحوّل من عنصر إصلاح إلى سبب جديد في توسيع هوّة الخلاف بين الزّوجين، فالشّخص غير العادل تغيب عنّه صفة الإنصاف، ويضعف لديه الوازع الأخلاقي الذي يحمله على التّجرّد، ممّا قد يجعله يتصرف بدافع الهوى أو التّأثر بأحد الأطراف دون وجه حق، ومن ثمّ فإنّ بعث حكم لا يتّصف بالعدالة يُعرّض مؤسسة التّحكيم للفشل، لأنّ مثل هذا الشّخص قد يُزيد في النّزاع بدل أن يُقلّصه، وقد يُثير من المشكلات ما كان غائبًا، أو ينقل الخصام إلى ساحة التّحكيم بدل أن ينقله إلى التّفاهم[2].

إنّ العدالة، في هذا السّياق، ليست مجرد شرط شكلي، بل هي الضّامن الأوّل لنجاح الحكمين في أداء دورهما، لأنّ العدل يُنبت الثّقة، ويُؤسس لتدخل نزيه متجرد من الميول، ممّا يجعل الإصلاح ممكنًا والفُرقة آخر الحلول.

ثانيًا: وظيفة الحكمين

1- إخلاص النّية

قال الله تعالى: ﴿إن يُرِيدا إصلاحًا يُوفّقِ اللهُ بينهما إنَّ اللهَ كان عليمًا خبيرًا﴾ [3]

تُشير هذه الآية الكريمة إلى أنّ نية الإصلاح هي الأساس الذي تُبنى عليه مهمة الحكمين في حال الشّقاق بين الزّوجين، وأنّ التّوفيق الرّباني معقود على صدق المقصد وسلامة النّية، ومن

---

[1]- أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي، المرجع السّابق، ص175.

[2]- ندخوشي إبراهيم، المرجع السّابق، ص105.

[3]- سورة النّساء، الآية رقم35.

ثمّ فإنّ إخلاص النّية من طرف الحكمين ليس مجرد أمر أخلاقي، بل هو عنصر جوهري في نجاح مهمتهما، وقد أشار العلماء إلى أنّ إصلاح النّية يورث إصلاح النّتائج[1].

2- الإصلاح بين الزّوجين

يتجلى الهدف الأساسي من تعيين الحكمين في النّزاعات الزّوجية في محاولة وإصلاح ذات البين، بعيدًا عن الطّلاق الذي يظل آخر الحلول، وقد استند المشرّع الجزائري في تنظيم هذه الوظيفة إلى أصول الشّريعة الإسلامية، التّي أرست مبدأ التّحكيم في الخصومات الزّوجية، وربطت نجاحه بصدق نيّة الحكمين وجديتهما في بلوغ الصّلح، إذ لا يكفي الإجراء الشّكلي لتعيينهما، بل يجب أن يقترن ذلك بإرادة حقيقية لبذل الجهد والسّعي إلى إعادة الاستقرار للعلاقة الزّوجية.

وفي هذا السّياق، نصّت المادة 56 من قانون الأسرة على أنّه كلما احتدم الخلاف ولم يثبت ضررّ يبرّر التّطليق، تعيَّن على المحكمة أن تُكلّف حكمين بمحاولة التّوفيق، غير أنّ المشرّع لم يكتف بتحديد الدّور، بل أرفقه بقيد زمني لا يتجاوز شهرين، يُلزم الحكمين بالانتهاء من مهمتهما خلاله وتقديم تقرير عن نتيجة مساعيهما، سواء كُلّلت بالنّجاح أو انتهت بالفشل، وهذه الآجال تهدف إلى حماية الأسرة من التّراخي والتّأجيل، لما في ذلك من ضررّ نفسي واجتماعي على الزّوجين معًا، خاصةً إذا استمر التّوتر دون حسم واضح، وتستوجب هذه الوظيفة أن يتّصف الحكمان بالنّزاهة وبُعد النّظر، وأنّ يتحليا بالحكمة في الاستماع إلى الطّرفين كل على حدة، لتحديد أسباب النّزاع الجوهرية، والعمل على معالجتها بروح بناءة وواقعية، فالإصلاح هنا لا يعني مجرد اقتراح سطحي، بل يتطلّب فهمًا عميقًا لخصوصيات العلاقة الزّوجية وظروفها النّفسية والاجتماعية، مع تكرار المحاولات قدر الإمكان لإيجاد أرضية مشتركة تعيد الثّقة بين الطّرفين، ما دامت إرادة الإصلاح قائمة[2].

---

[1]- برمضان الطّيب، "نظام التّحكيم بين الزّوجين-The Arbitration System Between Spouses"، مجلة الأبحاث القانونية والسّياسية، المجلد4، العدد2، جامعة الجزائر1 يوسف بن خدة، الجزائر، 2022، ص20.

[2]- عبد الله حاج أحمد، "التحّكيم في دعوى التّطليق للشقاق بين الزّوجين -دراسة مقارنة- "، مجلة الشّهاب، عدد1، معهد العلوم الإسلامية جامعة الوادي، الجزائر، 2015، ص ص 165-166.

- **مراحل تدخل الحكمين للإصلاح بين الزّوجين**

أ- دخول الحكمين على الزّوجين

يقوم الحكمان بعد إخلاص النّية بالسّعي للإصلاح بين الزّوجين عبر لقاءات متكررة، يبدأ فيها كل حكم بالحوار الفردي مع قريبه لمعرفة أسباب الخلاف، فإن أبدى الزّوج رغبته في الفُرقة دون التّمسك بزوجته، عُلم أنّ النّشوز من جهته، أمّا إن تمسك بها وطلب الصّلح، اعتُبر غير ناشز وبالمثل، إن طلبت الزّوجة الطّلاق وتنازلت عن بعض حقوقها، دلّ ذلك على أنّ النّشوز من جانبها، وإن رغبت في البقاء وطلبت تحسين المعاملة أو النّفقة، اعتُبرت غير ناشزة، ويُقبل الحكمان على الطّرف النّاشز بالنّصح والتّوجيه لردّه إلى الصّواب، وتُشترط للخلوة بين الحكم والزّوجة أن يكون من محارمها كأبيها أو أخيها، أمّا إن لم يكن محرمًا فلا تجوز الخلوة إلاّ بوجود أحد محارمها[1].

ب- اجتماع الحكمين بمفردهما

بعد أن يستمع الحكمان إلى أقوال الزّوجين كلٌ على حدة، يجتمعان معًا للتداول والتّشاور فيما سمعاه، ويجب على كل واحد منهما أن يُطلع الآخر على كل ما عرفه من الطّرف الذي ينوب عنه، حتى يكون القرار مبنيّا على صورة واضحة ومتوازنة، إذا رأى الحكمان أنّ هناك فرصة للصلح، فإنّ لهما أن يقررا جمع الزّوجين من دون الحاجة إلى تفويض منهما، باعتبار أنّ الإصلاح هو الهدف الأساسي من التّحكيم، أمّا إذا تبين لهما أنّ العلاقة لا يمكن إصلاحها، بحثا في سبل التّفريق، وإن تمكّن الزّوجان من إصلاح خلافاتهما قبل أن يصدر الحكمان قرارًا، فإنّ دور الحكمين ينتهي ويُعتبر التّحكيم كأن لم يكن[2].

ت- وعظ الزّوجين

يبذل الحكمان خلال محاولات الإصلاح جهدًا كبيرًا في وعظ الزّوجين وتوجيههما نحو التّفاهم والتّسامح وذلك بإثارة القيم الدّينية والإنسانية في نفوسهما، فيُذكّر الزّوج بحسن المعاملة، والرّفق بزوجته، والابتعاد عن التّعسف، خاصةً إذا كان بينهما أولاد، لما للفراق من آثار

[1]- نايف محمد الجنيدي، المرجع السّابق، ص ص 187-188.

[2]- المرجع نفسه، ص189.

سلبية عليهم. كما تُنصح الزّوجة بحسن الطّاعة، وخفض الجناح، والرّفق بزوجها، وعدم إثقال كاهله بالمطالب، والتّنازل عن بعض الحقوق إذا كان ذلك سبيلًا لحفظ الأسرة، ويُبيَّن لهما أنّ الحياة الزّوجية تقوم على المودّة والتّغاضي، لا على التّنازع والمشاحنة[1].

3- التّفريق بين الزّوجين

أمّا إذا لم تنجح محاولات الإصلاح، واستمر الخلاف بين الزّوجين دون إمكانية للوفاق، ينتقل الحكمان إلى دراسة خيار التّفريق، ويُحددان الطّرف المتسبب في الضّرر، فإن كانت الإساءة من الزّوج، يتم التّفريق وتُعطى الزّوجة جميع حقوقها، وإن كانت من الزّوجة، ورأى الحكمان مصلحة في التّفريق بعوض، جاز لهما ذلك، أمّا إذا كانت الإساءة مشتركة، فيجوز التّفريق دون عوض، ويُرفع تقرير الحكمين إلى القاضي بمحضر شاهدي عدل، ويُنفذ حكمهما باعتباره حكمًا قضائيًا لا وكالة، خاصة عند المالكية، بينما يرى الحنفيّة أنّ القاضي لا يُنفذ حكم الحكمين إذا خالف مذهبه، لأنّ حكم الحكمين في نظرهم أدنى مرتبة من حكم القاضي[2].

الفرع الثّالث

صفة الحكمين والحكم الصّادر عنهما

باعتبار أنّ التّحكيم بين الزّوجين يمثل آلية تدخل قضائي غير مباشر تهدف إلى إصلاح ذات البين قبل الفصل في النّزاع، كانت لنا الضّرورة للتطرق أوّلًا إلى صفة الحكمين وثانيا للحكم الصّادر عنهما، لما لهذا الجانب من تأثير مباشر على مصداقية وفعالية دعوى التّطليق للشقاق.

أوّلا: صفة الحكمين

1- أنّهما حكمان

قد ذهب جمع من الفقهاء ومنهم المالكية بالإضافة إلى الامام احمد، أنّ الحكمين المبعوثين لفضّ النّزاع بين الزّوجين ليس مجرّد وكيلين عنهما بل هما حكمان مستقلان[3].

واستدلوا في قولهم بما يلي:

---

[1]- نايف محمد الجنيدي، المرجع السّابق، ص191.

[2]- المرجع نفسه، ص192.

[3]- هبة أحمد محمد منصور، التّحكيم بين الزّوجين في الفقه الإسلامي، رسالة الحصول على درجة الماجيستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014، ص56.

قول الله سبحانه وتعالى :﴿**فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا**﴾ [1]

- **وجه الدّلالة**

يفهم من صياغة النّص القرآني المتعلق بالحكمين بشكل واضح وصريح، أنّ المقصود بهما شخصين يسند اليهما سلطة الفصل في النّزاع القائم بين الزّوجين بصفتهما حكمين لا وكيلين، وذلك أنّ لكل من الوكيل والحكم معنى شرعي دقيق ولو أراد الله تعالى أن يجعل دورهما يقتصر على الوكالة لقال الله عز وجل وكيلا من أهله ووكيلا من أهلها[2].

2- أنّهما وكيلان

ذهب جمهور من الفقهاء ومنهم الحنفية والشّافعية والحنابلة في الصّحيح من المذهب أنّ الحكمين اللّذين يبعثان عند قيام الشّقاق بين الزّوجين ليس حكمين بالمعنى القضائي، بل وكيلين عن الزّوجين في السّعي إلى الإصلاح ولا يملكان التّفريق بينهما إلاّ بإذن صريح منهما.

- **وجه الدّلالة**

قد ورد في الموسوعة الفقهية الكونية "**ذهب الحنفية، وهو الأظهر عند الشّافعية، والصّحيح من المذهب عند الحنابلة إلى أنّ الحكمين وكيلان عن الزّوجين، لا يبعثان إلاّ برضاهما وتوكيلهما ولا يملكان التّفريق إلاّ بإذنهما**"[3].

ويستند هذا القول إلى أنّ الحكمين في هذه الحالة لا يملكان صفة القاضي وأنّهما يعملان بتفويض الزّوجين، ممّا يجعل قرارهما تابع لإرادتهما وبالتّالي فإنّ التّفريق بين الزّوجين لا يكون مشروعًا إلاّ إذا سبق لإذن واضح وصريح من الطّرفين.

---

[1]- سورة النّساء، الآية رقم35.

[2]- نايف محمد الجنيدي، المرجع السّابق، ص179.

[3]- الموسوعة الفقهية الكويتية، التّحكيم بين الزّوجين، تم نشره في 2009/5/23، على موقع إسلام ويب، تم الاطّلاع عليه في 2025/5/20على السّاعة46 :15، رابط الموقع: https://www.islamweb.net/ar/fatwa/122353 /

3- الرّأي الرّاجح

بعد عرض الأقوال وأدلة كل طرف، يظهر أنّ القول الرّاجح في صفة الحكمين هو أنّهما حكمين وليس وكيلين، أيّ انّهما يملكان سلطة تقديرية مستقلة في تقدير المصلحة، سواء في الجمع أو التّفريق، وما يؤكد ذلك قول نايف محمد الجنيدي في كتابه عضل النّساء :"**لذلك أرى ترجيح رأي الفريق الأوّل القائل بأنهما حكمان وليس وكيلان**"[1].

ثانيًا: صفة الحكم الصّادر عن الحكمين

اختلف الفقهاء في مدى إلزامية الحكم الصّادر عن الحكمين، وهل يُعتبر حُكمًا واجب التّنفيذ على الخصوم أم أنّه مجرد رأي قابل للرفض من أحدهما أو كليهما، وقد انقسمت الآراء إلى اتجاهين: **الاتجاه الأوّل** يرى أنّ حكم الحكمين ملزم للخصوم ولا يجوز رفضه، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، والشّافعية في أحد القولين، وكذا الحنابلة، واستندوا في ذلك إلى أنّ التّحكيم إذا صدر عمّن ارتضاه الخصمان، وكان الحكم موافقًا للضوابط الشّرعية، فإنّه يصبح لازمًا وواجب التّنفيذ، ولا يحق لأيّ من الخصمين الاعتراض عليه بعد صدوره، لأنّه ناتج عن اتفاق مسبق على جهة التّحكيم، ولا يُعقل أن يُترك الحكم معلقًا على هوى الأطراف، أمّا **الاتجاه الثاني**، فقد ذهب إلى أنّ حكم الحكمين لا يكون ملزمًا إلاّ إذا رضي به الخصمان بعد صدوره، وهو أحد قولي الشّافعي، حيث يرى أنّ الرّضا بالحكم شرط لإلزامه، ولا يصح ذلك إلاّ بعد الاطلاع عليه والموافقة عليه صراحة. وبعد النّظر في الرّأيين، يظهر أنّ القول بإلزامية الحكم هو الأرجح، ما دام الحكم قد صدر باتفاق الحكمين ووفق أصول التّحكيم الشّرعي، إذ أنّ الغاية من التّحكيم هي إنهاء النّزاع، وعدم إلزامية الحكم تفرغ هذا المسار من معناه، خاصةً مع ضعف الالتزام الدّيني في هذا الزّمان، ممّا قد يدفع البعض إلى التّملص من الأحكام التّي لا توافق أهواءهم[2].

---

[1]- نايف محمد الجنيدي، المرجع السّابق، ص184.

[2]- المرجع نفسه، ص193.

الـخـاتـمـة

خاتمة

بعد دراسة معمّقة لموضوع التّطليق للشقاق من الجانبين النّظري والإجرائي وفي إطار مقارن بين التّشريعات الأردنية، المصرية، المغربية والجزائرية، بالإضافة إلى المذاهب الأربعة، تبيّن أنّ هناك تباين واضح في معالجة الشّقاق سواء من الجانب التّشريعي أو من الجانب الفقهي، كما شملت الدّراسة تحليل آلية التّحكيم ودورها في حل النّزاعات، بالإضافة إلى رصد الجوانب الإجرائية لرفع دعاوى الشّقاق، و بناء على ما سبق تمّ التّوصل إلى مجموعة من النتائج الهامة التي تبرز مدى تمكن التّشريعات المقارنة من تنظيم أحكام التّطليق للشقاق، و فيما يلي أهم هذه النتائج:

- رغم اهتمام التشريعات بتنظيم الإجراءات الخاصة بالتطليق للشقاق، إلا أنها أغفلت وضع تعريف محدد لهذا النوع من التطليق.
- يتشابه الشّقاق مع العديد من المفاهيم كالضّرر والنّشوز والجدل من حيث ارتباطه باختلال العلاقة الزّوجية، غير أنّه يختلف عنها بكونه نزاع متبادل يبنى على استحالة استمرار الحياة الزّوجية ممّا يجعله أكثر شمولاً وأوسع نطاقًا.
- يلاحظ غياب التّطليق للشقاق في الجزائر، في شقه العملي وهذا يعود لميل المحامين غالبًا في توجيه موكلاتهم للخلع نظرًا لسهولة اجراءاته، ممّا يجعل دعوى الشّقاق شبه منعدمة في الممارسة القضائية.
- يظهر وجود تناقض واضح بين قانون الأسرة الجزائري قانون إ.م.إ.ج حول مسألة تعيين حكمين في دعاوى فك الرّابطة الزّوجية، بحيث نصت المادة 56 ق الأسرة على وجوب تعيين حكمين لمحاولة الإصلاح بين الزّوجين، على غرار القانون إ.م.إ.ج الذي ينصّ على جواز تعيين حكمين وذلك من خلال نص المادة 446 منه، ممّا يحدث تضاربًا في التّطبيق القضائي.
- من شروط صحة دعوى التّطليق للشقاق استمرار النّزاع، استحالة العشرة، توفر أهلية الأداء إضافة إلى توفر الصّفة والمصلحة في كلا الزّوجين.

- ينشأ الشّقاق بين الزّوجين نتيجة عوامل متعدّدة، فمنها أسباب ترجع إلى الزّوج، وأخرى إلى الزّوجة، كما يمكن للطرف الأجنبي أن يكون سببًا في خلق الشّقاق واستمراره، رغم أنّ الشّقاق قد ينشأ في العديد من العلاقات الزّوجية إلاّ أنّه ليس نتيجة حتميه لها، حيث يمكن تجنبه والوقاية منه بتعريف الزّوجين بحقوقهما والأمر بالمعاشرة بالمعروف، بالإضافة إلى عدم الاستجابة لمقتضيات الكراهية.
- انقسم الفقه الإسلامي بشأن جواز التّطليق للشقاق إلى اتجاهين، الاتجاه الأوّل يجيزه كما هو الحال عند المالكية باعتباره وسيلة لرفع الضّرر بين الزّوجين وأمّا الاتجاه الثّاني لا يجيزه كونه قد يفتح الباب أمام تعسف أحد الزّوجين في إنهاء العلاقة الزّوجية، أمّا أرجح الاتجاهين فهو الاتجاه المؤيد.
- التّشريع الأردني تبنى موقف المالكية بإجازته لكل من الزّوجين طلب التّفريق للشقاق دون اشتراط اثبات الضّرر، ويظهر ذلك من خلال المادة 126 من قانون الأحوال الشّخصية الأردني.
- يستخلص أنّ تشريع المصري يدرج التّطليق للشقاق ضمن التّطليق للضّرر، مع وضعه لقيود شكلية كإثبات الضّرر وتكرار رفع الدعوى مرتين في حالة عدم إثباته، ثمّ يحال الأمر إلى حكمين لمحاولة الإصلاح بين الطّرفين، وهذه القيود تجعل الوصول إلى الطّلاق صعبًا حتى في ظل النّزاع الحقيقي المستمر، وبالتّالي لا تحقق حماية فورية للزوجة التّي لا تملك دليلاً ماديًا واضحًا.
- أدرج المشرّع المغربي التّطليق للشقاق صراحة ضمن مدونة الأسرة لسنة 2004 كآلية وقائية تهدف إلى احتواء النّزاع قبل تفاقمه، دون اشتراط إثبات الضّرر، مع إيلاء أهمية لمحاولة الإصلاح وتقدير المستحقات بناءً على مسؤولية كل طرف عن فشل العلاقة الزّوجية.
- أدرج المشرّع الجزائري التّطليق للشقاق صراحة في تعديله لقانون الأسرة سنة 2005 ضمن المادة 53 مكرر في الفقرة الثامنة منها، مانحًا للزوجة حق طلب التّطليق عند استحالة استمرار العلاقة الزّوجية، غير أنّ اشتراط إثبات الشّقاق أو الضّرر في الممارسة القضائية يقيّد فعالية هذه الآلية ويجعلها أقل مرونة مقارنة ببعض التّشريعات العربية الأخرى.

- تُظهر مقارنة التّشريعات العربية محل الدّراسة تفاوتًا في تنظيم أحكام التّطليق للشقاق، حيث يتميّز التّشريع المغربي بأوضح تنظيم قانوني وأكثره مرونة وفعالية، يليه التّشريع الأردني الذي تبنّى موقف المالكية ومنح القاضي سلطة تقديرية واسعة، في حين ظل التّشريع الجزائري رغم التعديل متأثرًا بالصّبغة التّقليدية في إثبات الشّقاق، أمّا التّشريع المصري فبقي حبيس دعوى التّطليق للضرر، ممّا جعله الأقل مرونة في تمكين المتضررين من إنهاء العلاقة الزّوجية عند النّزاع المستمر.
- تستوجب دعوى التّطليق للشقاق احترام الشّروط الشّكلية والإجرائية كقيد العريضة والتّكليف بالحضور، ويترتب على مخالفتها جزائيًا عدم قبول الدعوى، ممّا يُبرز أهمية الانضباط الإجرائي في هذا النّوع من القضايا.
- يلعب الصّلح دورًا جوهريًا في دعاوى التّطليق للشقاق من خلال وجوبيته في عرض الصّلح بين الزّوجين إضافة إلى صلاحيته لتعيين الحكميين عند فشل الاصّلاح، بالإضافة إلى سلطته التّقديرية الواسعة في تقدير الشّقاق واستحالة العشرة كما أقرّ ذلك اجتهاد القضاء المصري سنة 1935.
- يُعد التّحكيم آلية قانونية مشروعة تهدف إلى حل النّزاع بين الزّوجين وديًا عبر تدخل طرفين محايدين، قبل الفصل القضائي، كما أقرّه القول الرّاجح في الفقه الإسلامي، ويشترط في الحكمين الإسلام، والعدالة، والاجتهاد، والقرابة إن أمكن، وتتمثّل وظيفتهما في الإصلاح أو التّفريق، ويُعدّ قرارهما ملزمًا متى استوفى الشّروط الشّرعية.
- اعتمد المشرع الأردني التّحكيم كمرحلة إلزامية لحل النّزاع قبل الحكم، حيث يُمهل القاضي الزّوج أو الزّوجة مدة لا تـقـل عن شـهر لمحاولة الإصلاح، وبعدها يُحال الأمر إلى الحكمين، فقد نصّت على ذلك المادة 132 من قانون الأحوال الشّخصية.
- كرّس المشرع المصري التّحكيم في قضايا الشّقاق كإجراء إلزامي وفقًا للمادة 6 من قانون الأحوال الشّخصية لسنة 1929، وخالف ما استقر عليه الفقه المالكي بعدم اشتراط الذكورة في الحكمين، مكتفيًا بأن يكونا من أهل العدالة، ما يُبرز توجهًا تشريعيًا مرنًا يسعى لتغليب الإصلاح عن التّفريق.

- اعتبر المشرع المغربي التّحكيم في مسألة الّشقاق من النّظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، مترتب عنها بطلان الحكم الصّادر بشأنه، وهذا عملاً بما جاء في قرار 19 أفريل 1982 الصّادر عن محكمة النّقض المغربية.
- استمد المشرع الجزائري نظام التّحكيم في قضايا الشّقاق من المبادئ القرآنية، ونصّ في المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على جواز تعيين حكمين لمحاولة الصّلح إذا لم يُثبت أي ضرر، مع إلزامهما بتقديم تقرير خلال أجل شهرين، غير أنّ اجتهاد المحكمة العليا (قرار رقم 60084) بيّن أنّ القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين في حال اشتداد الخصومة وثبوت الضّرر، ويملك في هذه الحالة سلطة تقديرية في تقدير الشّقاق والفصل فيه مباشرة.

ونسأل الله جلّ وعلا أن نكون قد وُفِّقنا في هذا العمل، فإن أصبنا فذلك من فضله وكرمه، وإن كانت لنا زلّات أو تقصير، فنسأله سبحانه أن يتجاوز عنّا بواسع رحمته، فهو نعم المولى ونعم النّصير.

قائمة الملاحق

الملحق رقم1: محضر عدم الصّلح

الجمهورية الجزائرية الدّيمقراطية الّشعبة

وزارة العدل

مجلس قضاء بجاية

محكمة/

قسم: شؤون الأسرة **-محضر عدم الصّلح-**

قضية رقم:

بتاريخ: .....على السّاعة.....

أمامنا نحن السّيد(ة): .....رئيسا

وبمساعدة السّيد(ة): .....أمين الضّبط

حضر الزّوج: .....ب ت ورقم: .....

الصّادرة عن دائرة: .....بتاريخ: .....

السّاكن بـ: .....والذي صرح أنّه يلتمس

المدعي

ضدّ حضرت الزّوجة: .....ب ت ورقم: .....

الصّادرة عن دائرة: .....بتاريخ: .....

السّاكنة بـ: .....والتي صرحت أنّها تلتمس

المدعي عليه

ورغم محاولة الصّلح الواقعة بينهما، أصرّ كل واحد منهما على الطّلاق وحررنا هذا المحضر وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة

الرّئيس أمين الضّبط

الزّوج الزّوجة

الملحق رقم2: تقرير حول نتيجة الصّلح

الجمهورية الجزائرية الدّيمقراطية الشّعبة

وزارة العدل

مجلس قضاء بجاية

محكمة/

قسم: شؤون الأسرة **-تقرير حول نتيجة الصّلح-**

قضية رقم:

أنا الموقعة أسفله:

السيدة: .....المولودة بتاريخ: .....بـ.....

الحاملة لبطاقة التّعريف الوطنية رقم: .....

الساكنة بـ .....

أصرح تصريحا تامًا لا رجعة فيه أنني قمت بمحاولة الصّلح بين الزّوجة المسمات.....

وزوجها المسمى: .....

وقد أسفرت جهودي عن فشل في الصّلح بينهما؛ ذلك أنّ الزّوجة تمسكت بزوجها، في حين تمسك زوجها بالطلاق.

أدلي بهذا التّقرير الكتابي للسيد القاضي في ملف الطّلاق رقم: .....

بهذا أصرح، وعليه أوقع.

حرر بتاريخ: .....

التّوقيع:

قائمة المصادر والمراجع

❖ **المصادر**

- القرآن الكريم

❖ **المراجع**

أوّلًا: الكتب

1) إبراهيم شمس الدّين محمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الأوّل، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنّشر والتّوزيع، المملكة العربية السّعودية،2003.
2) ابن ابو شبة عبد الله بن محمد، المنصف في الأحاديث والاثار، الجزء الرّابع، الطّبعة الأولى، دار القبلة لنشر، لبنان، 1989.
3) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء التّاسع، الطّبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت،1960.
4) ابن قدامة عبد الله بن احمد محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السّابع، الطّبعة الأولى، دار الفكر لنشر، لبنان،1405هـ.
5) ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، الجزء التّاسع، الطّبعة الأولى، دار احياء الكتب العربية، القاهرة،1952.
6) ابن منصور جمال الدّين محمد ابن بكر، لسان العرب، الجزء 12، الطّبعة الأولى، دار المعارف القاهرة، مصر،1981.
7) _____، لسان العرب، الجزء 26، الطّبعة الأولى، دار المعارف القاهرة، مصر،1981.
8) ابن نجيم زين الدّين بن ابراهيم، البحر الرّائق شرح كنز الدّقائق، الجزء السّابع، الطّبعة الأولى، دار الكتب الغربية الكبرى، مصر، 1916.
9) أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللّغة، الجزء 3، الطّبعة الأولى، دار الكتب العلمية، إيران، غل1955.

10) أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدّمشقي، تفسير القران العظيم، الجزء الثّاني، الطّبعة الأولى، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.ت.ن.

11) أبو بكر محمد بن أحمد السّرخسي، المبسوط، مجلد 21، الطّبعة الأولى، دار المعرفة للنشر والتّوزيع، بيروت، 1989.

12) أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن الكريم، القسم الأوّل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 913.

13) أبو جعفر محمد بن جرير الطّبري، جامع البيان عن تأويل القران، الجزء الثامن، الطّبعة الأولى، دار المعارف للنشر، مصر، 224-310هـ.

14) _____ ، جامع البيان عند تأويل آي القرآن، الجزء الخامس، الطّبعة الثّانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، بيروت، لبنان، 1954.

15) أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، الطّبعة الأولى، دار الكتب المصرية للطباعة والنّشر، القاهرة، 1937.

16) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن مخمد بن عبد البّر، الاستذكار، الجزء التّاسع، الطّبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

17) أبو يوسف مأمون محمد، اجتهادات قضائية في المسائل الأحوال الشّخصية، الطّبعة الأولى، عالم الكتب الحديث للنشر والتّوزيع، الأردن، 2010.

18) أحمد السّيد صاوي، الوسيط في شرح القانون المرافعات المدنية والتّجارية، الطّبعة الأولى، دار النّهضة العربية، القاهرة-مصر، 2010.

19) احمد بن حنبل، المسند، الجزء 35، الطّبعة الأولى، مؤسسة الرّسالة للطباعة والنّشر والتّوزيع، لبنان، 1995.

20) أحمد نصر الجندي، الطّلاق والتّطليق وأثارها، الطّبعة الأولى، دار الكتب القانونية للنشر والتّوزيع، مصر،2003.

21) البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، صحيح بخاري، كتاب النّكاح، باب حسن المعاشرة مع الأهل، حديث رقم 4790 (54/989)، دار طوق النّجاة، الطّبعة الأولى، لبنان،1991.

22) البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، صحيح بخاري، كتاب النّكاح، باب السّواك يوم الجمعة، حديث رقم 1997 (303/1)، دار طوق النّجاة، الطّبعة الأولى، لبنان،2001.

23) بربارة عبد الرّحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09مؤرخ في 23فيفري2008)، الطّبعة الثّانية، دار بغدادي للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر،2009.

24) الجزيري عبد الرّحمان بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرّابع، الطّبعة الثّانية، دار الكتب العلمية، بيروت،2003.

25) الدّردير أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، الشّرح الكبير على مختصر خليل، الجزء الثّاني، الطّبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتّوزيع، بيروت- لبنان، 2002.

26) الشّافعي محمد بن ادريس، الأمّ، الجزء الخامس، الطّبعة الأولى، دار الوفاء لنشر والتّوزيع، المنصور-مصر،2001.

27) الشيخ شمس الدّين محمد بن عبد الله الزّركشي المصري الحنبلي، شرح الزّركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المجلد الخامس، الطّبعة الأولى، مكتبة العبيكان، الرّياض 1993.

28) عبد الرّحمن الشّرقاوي، شرح قانون الأحوال الشّخصية المصري، دار النّهضة العربية، الطّبعة الأولى، القاهرة،1985.

29) عبد الله بن محمد بن سعد الخنين، التّحكيم في الشّريعة الاسلامية: التّحكيم العام والتّحكيم عند الشّقاق الزّوجي، الطّبعة الأولى، شبكة الألوكة للنشر، السعودية،1420هـ.

30) الفيروزي ابادي مجد الدّين محمد، القاموس المحيط، الجزء الأوّل، الطّبعة الخامسة، مؤسسة الرّسالة للطباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، 2005.

31) قاسم علي محمد علي، نشوز الزّوجة: أسبابه وعالجه في الفقه الإسلامي، الطّبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة لنشر، الإسكندرية-مصر، 2004.

32) الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشّافعي، الجزء 11، الطّبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.

33) محمد بن احمد بن محمد بن راشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثّاني، الطّبعة الثّالثة، دار الكتب الاسلامية للنّشروالتّوزيع،1983.

34) محمد بن إدريس الشّافعي، الأمّ، الجزء السّادس، الطّبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنّشر والتّوزيع، مصر، 2001.

35) المراغي احمد مصطفى، تفسير المراغي، الجزء الخامس، الطّبعة الثّانية، دار احياء التّراث العربي للطباعة والنّشر والتّوزيع، لبنان،1985.

36) نايف محمد الجنيدي، عضل النّساء والتّفريق للشقاق بين الشّريعة والقانون، الطّبعة الأولى، دار الثّقافة للنشر والتّوزيع، الأردن، 2010.

37) نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، الطّبعة الأولى، دار هومة للنشر والتّوزيع، الجزائر، 2016.

38) النوّوي أبو زكريا يحيى بن شريف الدّين، روضة الطّالبين وعمدة المفتين، الجزء التّاسع، الطّبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، 1991.

39) وهبة بن مصطفى الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التّاسع، الطّبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتّوزيع دمشق، سوريا، 2007.

40) _____، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السّابع، الطّبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتّوزيع دمشق، سوريا، 2007.

ثانيًا: المذكرات والرّسائل الجامعية

1) أيت شاوش دليلة، انهاء الرّابطة الزّوجية بطلب من الزّوجة –دراسة مقارنة– بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشّخصية العربية، رسالة لنيل درجة الدّكتورة، تخصّص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

2) عبد لمجيب الوزاني، التّطليق بسبب الشّقاق، أية حماية لاستقرار الأسرة، بحث نهاية التّخرج، المعهد العالي للقضاء،2011.

3) محمد صبحي حسين العايدي، شرط الصّفة في أطراف الدعوى القضائية وتطبيقاتها المعاصرة، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، كلية الدّراسات العليا، الأردن، 2015.

4) مصعب صلاح شلالدة، التّحكيم في النّزاع والشّقاق بين الزّوجين وتطبيقاته في المحاكم الشّرعية، مذكرة لاستكمال متطلبات الماجيستر، كلية الدّراسات العليا، تخصص: القضاء الشّرعي، جامعة الخليل، فلسطين، 2018.

5) ندخوشي ابراهيم، التّطليق للشّقاق والضّرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية– دراسة مقارنة–، بحث تكميلي لنيل درجة الماجيستر في القضاء والسّياسة الشّرعية، كلية العلوم الاسلامية، قسم القضاء والسّياسة الشّرعية، جامعة المدينة العالمية، 2012.

6) هبة أحمد محمد منصور، التّحكيم بين الزّوجين في الفقه الإسلامي، رسالة الحصول على درجة الماجيستير، جامعة النّجاح الوطنية، كلية الدّراسات العليا، فلسطين، 2014.

7) شاوش مجمد العربي، شروط قبول الدعوى، مذكرة لنيل شهادة ليسانس في الحقوق، تخصّص: القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،2014.

ثالثًا: المقالات

1) أيمن علي عبد الرّؤوف صالح، "تدخل الأهل في حياة الزّوجين وأثر ذلك في حدوث الطّلاق"، مجلة الزّرقاء للبحوث والدّراسات، المجلد 6، العدد 2، جامعة الزّرقاء الأهّلية، الأردن، 2004، ص12.

2) برمضان الطّيب، "نظام التّحكيم بين الزّوجين– The Arbitration System Between Spouses"، مجلة الأبحاث القانونية والسّياسية، المجلد 4، العدد 2، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، الجزائر، 2022، ص20.

3) بن شنوف فيروز وشامي أحمد،" تفعيل دور هيئة التّحكيم في تسوية النّزاعات الأسّرية في الفقه الإسلامي والتّشريعين الجزائري والإماراتي"، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 19، العدد 02، جامعة بليدة، الجزائر، 2022، ص237.

4) بن قوية سامية، "الصّلح في قانون الأسرة الجزائري إشكالات شرعية وقانونية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسّياسية، العدد 02، كلية الحقوق، الجزائر ،2007، ص333.

5) بوكايس سمية، "مدى فاعلية إجراء الصّلح في دعاوى الطلّاق"، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 06، العدد 01، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر،2021، ص36.

6) حجاري محمد، "دور الاجّتهاد القضائي للمحكمة العليا في تأسيس قواعد الإثبات في أحكام الاسرة"، مجلة العلوم الإسلامية والحضارية، العدد السّابع، جامعة معسكر، الجزائر، 2018، ص159.

7) دليلة براف، "التّطليق للضرر المعتبر شرعا في الاجّتهاد القضائي الجزائري"، مجلة البحوث والدّراسات القانونية والسّياسية، العدد 1، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة- الجزائر، 2011، ص216.

8) سهير حمدي، "أثر وسائل التّواصل الاجّتماعي على العلاقة الزّوجية"، مجلة دراسات اجتماعية، العدد 25، كلية الأدّب والعلوم الإنسانية جامعة عين شمس، مصر، 2021، ص158.

9) سهيل الأحمد، "التّحكيم بين الزّوجين حال النّزاع والشّقاق في قانون الأحوال الشّخصية الأردني والمواثيق الدّولية"، مجلّة جامعة الاستقلال للأبحاث، المجلد 5، العدد 1، فلسطين، لسنة 2020، ص255.

10)عبد الله حاج أحمد، "التّحكيم في دعوى التّطليق للشقاق بين الزّوجين -دراسة مقارنة-"، مجلة الشهاب، عدد1، معهد العلوم الإسلامية جامعة الوادي، الجزائر، 2015، ص ص 165-166.

11) عبد الله محمد ربابعة ومحمد محمود طلافحة وأسامة على الفقير الرّبابعة، "التّحكيم في الشّقاق بين الزّوجين وآليات تطويره في القضاء الشّرعي الأردني"، مجلة الشّريعة والقانون، العدد 39، جامعة الامارات العربية المتحدة، العّين الامارات العربية المتحدة، 2009، ص170.

12) عبد الواحد الرّحماني، "مسطرة الشّقاق في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي"، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، العدد 3، المغرب، 2006، ص38.

13) عبد علي حاتم الدّباغ، "النّشوز من قبل الزّوج كسبب من التّفريق القضائي"، مجلة الدّراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 7، العدد 1، كلية صدر العراق الجامعة، العراق،2023، ص37.

14) عبدو أحمد،" المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزّوجين كسبّب للّتطليق في قانون الأسرة الجزائري "، مجلة البحوث والدّراسات القانونية والسّياسية، العدد 1، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، بليدة، الجزائر،2012، ص7.

15) كوثر الهشميوي، "التّطليق للشقاق في مدونة الأسرة بين الإجّبار وحرية الاختيار"، المجلة المغربية للقوانين الافّريقية والمقارنة، العدد 2، الجامعة المغربية، المغرب،2021، ص3.

16) مصطفى عرجاوي، "كراهية المرأة زوجها داء دواؤه في الإسلام"، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 450، وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية، الكويت، 2003، ص74.

17) مقفولجي عبد العزيز،" شروط قبول الدعوى"، مجلة البحوث والدّراسات القانونية والسّياسية، العدد السّادس، جامعة لونيسي على بليدة، الجزائر، د ت ن، ص118.

18) مودع محمد أمين، "شروط قبول الدعوى على ضوء تعديل قانون الإجراءات المدنية الجزائري"، مجلة صوت القانون، المجلد الخّامس، العدد 02، مخبر القانون والعقار، جامعة على لونيسي البليدة 2، الجزائر، 2018، ص137.

19) نور عادل أبو جامع، "دراسة نقدية لدعوى الشّقاق والنّزاع في ضوء المادة 126من قانون الأحوال الشّخصية الأردني لسنة 2019"، مجلة عمادة البحث العلمي، المجلد 49، العدد 2، جامعة الأردن، 2022، ص134.

رابعًا: النّصوص القانونية

1) الأمر رقم75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد78، الصّادر في 30سبتمبر سنة1975، معدل ومتمم، بالأمر رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر عدد44، صادرة في 26 جوان2005، المعدل و المتمم بالأمر رقم 07-05 ،المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر عدد 31، صادر في 13 ماي 2007.

2) قانون 84-11 مؤرخ في9 يونيو 1984 يتضمّن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالقانون رقم05-09المؤرخ في04 مايو 2005، ج.ر رقم 43المؤرخة في 22 يونيو2005، يتضمّن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي يعدل ويتمّم القانون رقم 84-11، الجريدة رسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

3) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 بتاريخ 23 أفريل 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 22-13 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، ج. ر عدد 48، صادر بتاريخ 17 يوليو 2022.

4) قانون رقم 25 لسنة 1929، صدر بتاريخ 25/7/1929، يتضمن قانون الأحوال الشّخصية المصري، منشور في جريدة رسمية، المعدل بالقانون رقم100لسنة1985 والقانون 1 لسنة 2000، الجريدة الرّسمية،25/7/1929.

5) قانون التّحكيم الأردني، رقم 31، ج. ر العدد 4496، الصّادر في 16 أوت 2001، المعدّل والمتمّم بقانون رقم 16، ج.ر العدد 5518، الصّادر في 2 ماي 2018.

6) مدونة الأسرة المغربية، ج.ر رقم5184، الصّادر يوم الخميس 5 فبراير 2004، ضهير شريف، رقم22-04-1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424(5فبراير2004)، بتنفيذ لقانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة.

https://learningpartnership.org/sites/default/files/resources/pdfs/Morocco-Family-Code-Moudawana-2016-Arabic.pdf

7) قانون الأحوال الشّخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019، الصّادر بتاريخ 16/5/2019، يتضمن قانون الأحوال الشّخصية الأردني، جريدة رسمية عدد 5584، بتاريخ 16/5/2019، معدل ومتمم.

https://www.aliftaa.jo

خامسا: القرارات القضائية

1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصية، قرار رقم 1477236، المؤرخ في 7جويلية 2021، قضية (م.م ضد ع.ا)، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2021.

2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث، قرار رقم139353، المؤرخ في 24سبتمبر1996، قضية (ق.م.ب) ضد (ك.م)، المجلة القضائية، العدد الثّاني 1997،.

3) قرار محكمة النّقض، العدد 180، الصّادر بتاريخ 19 أفريل 1980، ملف شرعي عدد 46236، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 33، لسنة 1981.

4) المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 620084، مؤرخ في 14 أفريل 2011، قضية (ف.م ضد ش.س)، المجلة القضائية، العدد 01، 2012 https://droit.mjustice.dz/sites/default/files/pdf_magasin/2012-1_0.pdf

سادسًا: المواقع الالكترونية

1) أخبار المغرب على مدار السّاعة (صحيفة المساء)، الاستقلالية المّالية نعمة أم نقمة على الأسرة؟، 2015/3/20، تمّ الاطلاع عليه بتاريخ 2025/4/17على السّاعة 11 :14، رابط الموقع:https://www.maghress.com/almassae/305446

2) شبكة قوانين الشّرق، جمهورية مصر العربية – محكمة النّقض – مدني – الطّعن رقم 56 لسنة 4 ق | تاريخ الجلسة 7 / 2 / 1935 – مكتب فني 1 ع – رقم الجزء 1 – رقم الصّفحة 599– القاعدة رقم 227 – [نقض الحكم والإحالة]، تمّ الاطلاع بتاريخ2025/5/20 على السّاعة 19 :15، رابط الموقع : https://www.eastlaws.com/judgments-full-

text/ar/egypt/cassation-civil/judicial-year-4/07-02-1935/no-56?id=10929&type=1

3) الموسوعة الفقهية الكويتية، التّحكيم بين الزّوجين، تمّ نشره في 2009/5/23، على موقع إسلام ويب، تمّ الاطّلاع عليه في 2025/5/20على السّاعة46 :15، رابط الموقع: https://www.islamweb.net/ar/fatwa/122353/

الفهرس

الفهرس

الإهداء

الشكر و التقدير

قائمة المختصرات

العنوان	رقم الصّفحة
مقدمة	2-4
الفصل الأوّل: الأحكام النّظرية للتطليق للشقاق	6
المبحث الأوّل: الإطار المفاهيمي للشقاق وموجباته	7
المطلب الأوّل: حقيقة التّطليق للشقاق	7
الفرع الأوّل: تعريف الشّقاق	8
أوّلاً: تعريف الشّقاق لغةً	8
1-الجهة	8
2-المشقة	8
3-المفارقة	9
ثانيًا: تعريف الشّقاق اصطلاحًا	9
ثالثًا: تعريف الشّقاق فقهًا	10
الفرع الثّاني: تمييز الشّقاق عما يشابهه من مصطلحات	10
أوّلاً: تمييز الشّقاق عن الضّرر	11
1-التّمييز من حيث التّعريف	11
2-التّمييز من حيث الاثبات	11
3-التّمييز من حيث الأثر القانوني	12
• أوجه التّشابه والاختلاف بين الشّقاق والضّرر	12

أ- أوجه التّشابه	12
ب- أوجه الاختلاف	12
ثانيًا: تمييز الشّقاق عن النّشوز	12
1-التّمييز من حيث التّعريف	12
2-التّمييز من حيث الجانب الشّرعي	13
3-التّمييز من حيث الطبيعة القانونية	13
• أوجه التّشابه والاختلاف بين الشّقاق والنّشوز	14
أ- أوجه التّشابه	14
ب-أوجه الاختلاف	14
ثالثًا: تمييز الشّقاق عن الجدل	14
1-التّمييز من حيث التّعريف	14
2-التّمييز من حيث الاثبات	15
• أوجه التّشابه والاختلاف بين الشّقاق والجدل	16
أ-أوجه التّشابه	16
ب-أوجه الاختلاف	16
المطلب الثّاني: موجبات التّطليق للشقاق	16
الفرع الاوّل: شروط صحة الشّقاق	17
أوّلاً: استحالة العشرة بين الزّوجين	17
ثانيًا: استمرار الشّقاق	18
ثالثًا: توفر أهلية أداء الزّوجين	18
الفرع الثّاني: أسباب الشقّاق وطرق الوقاية منه	19
أوّلًا: أسباب الشّقاق	19

الفهرس

1-أسباب ترجع للزوج	19
أ- قسوة الزّوج في المعاملة	19
ب-طمع الرّجل في مال زوجته	19
2-أسباب ترجع إلى الزّوجة	20
أ- تأثر الزّوجة بمواقع التّواصل الاجتماعي	20
ب- الاصرار على الاستقلالية المادية المفرطة (INDEPENDENT WOMAN)	20
3-أسباب مشتركة بين الزّوجين	21
أ- الاختلاف الثّقافي والمستوى العلمي بين الزّوجين	21
ب-فارق السّن الكبير بين الزّوجين	21
4-أسباب ترجع لطرف أجنبي	21
أ- تدخل الوالدين	21
ب-تأثر الزّوجة برفيقة السوء	22
ثانيًا: طرق الوقاية من الشّقاق	22
أ- تعريف الزّوجين بحقوقهما والأمر بالمعاشرة بالمعروف	22
ب- عدم الاستجابة لمقتضيات الكراهية	23
المبحث الثّاني: مشروعية التّطليق للشقاق وموقف بعض الدول العربية منه	25
المطلب الأوّل: جواز التّطليق للشقاق من عدمه	25
الفرع الأوّل: الاتجاه المؤيد	25
أوّلاً: من الكتاب	26
ثانيًا: من السّنة	27
ثالثًا: من الأثر	27

رابعًا: من المعقول	28
الفرع الثّاني: الاتجاه المعارض	29
أوّلاً: من الكتاب	29
ثانيا: من السّنة	30
ثالثًا: من الأثر	31
رابعًا: من المعقول	31
الفرع الثّالث: الرّأي الراجح	32
المطلب الثّاني: موقف بعض الدّول العربية من التّطليق للشقاق	33
الفرع الأوّل: موقف التّشريع الأردني	33
الفرع الثّاني: موقف التّشريع المصري	35
الفرع الثّالث: موقف التّشريع المغربي	37
الفرع الرّابع: موقف التّشريع الجزائري	39
أوّلا: موقف التّشريع الجزائري من التّطليق للشقاق قبل تعديل سنة 2005	39
ثانيًا: موقف التّشريع الجزائري من التّطليق للشقاق بعد تعديل سنة 2005	39
الفصل الثّاني: التّطبيق القضائي للتطليق للشقاق	42
المبحث الأوّل: إجراءات دعوى التّطليق للشقاق ودور القاضي فيها	43
المطلب الأوّل: رفع دعوى التّطليق للشقاق	43
الفرع الأوّل: الشّروط الإجرائية لقبول دعوى التّطليق للشقاق	44
أوّلًا: الصّفة كشرط لقبول الدعوى	44
ثانيًا: المصلحة كشرط لقبول الدعوى	45
الفرع الثّاني: عريضة افتتاح الدعوى	45
أوّلاً: الشّروط الشّكلية	46
ثانيًا: جزاء عدم مطابقة العريضة لشكل والمضمون	47
ثالثًا: قيد عريضة افتتاح الدعوى	48

رابعًا: التّكليف بالحضور	49
المطلب الثّاني: دور القاضي في دعوى التّطليق للشقاق	50
الفرع الأوّل: دور القاضي في تقدير الشّقاق	50
الفرع الثّاني: دور القاضي في عرض الصّلح	51
الفرع الثالث: دور القاضي في تعيين حكمين	52
المبحث الثّاني: فعالية نظام التّحكيم في قضايا التّطليق للشقاق	54
المطلب الأوّل: الإطار النّظري للتحكيم	54
الفرع الأوّل: تعريف التّحكيم في قضايا التّطليق للشقاق	55
أوّلًا: التّعريف اللّغوي للتحكيم	55
ثانيًا: التّعريف الاصطلاحي للتحكيم	56
الفرع الثّاني: التّأصيل القانوني للتحكيم في بعض الدول العربية	56
أوّلًا: التّشريع الأردني	56
ثانيًا: التّشريع المصري	57
ثالثًا: التّشريع المغربي	58
رابعًا: التّشريع الجزائري	59
المطلب الثّاني: أليات تعيين الحكمين في دعوى التّطليق للشقاق	61
الفرع الأوّل: مشروعية التّحكيم و حكمه	61
أوّلا: مشروعية التّحكيم	62
1-في الكّتاب	62
2-في السّنة	63
3-في الاجماع	64
4-في المعقول	64
ثانيًا: حكم بعث حكمين	65
1-قول الوجوب	65
2-قول الجواز	66
3-القول الرّاجح	66

الفرع الثّاني: شروط الحكمين ووظيفتهما	67
أوّلاً: شروط الحكمين	68
1-الذّكورة	68
2-الإسلام	68
3-الاجتهاد	69
4-القرابة	69
5-العدل	70
ثانيًا: وظيفة الحكمين	70
1-إخلاص النّية	70
2-الإصلاح بين الزّوجين	71
• مراحل تدخل الحكمين للإصلاح بين الزّوجين	72
أ- دخول الحكمين على الزّوجين	72
ب- اجتماع الحكمين بمفردهما	72
ت-وعظ الزّوجين	72
3-التّفريق بين الزّوجين	73
الفرع الثالث: صفة الحكمين والحكم الصّادر عنهما	73
أوّلاً: صفة الحكمين	73
1-أنهما حكمان	73
2-أنهما وكيلان	74
3-الرّأي الرّاجح	75
ثانيًا: صفة الحكم الصّادر عن الحكمين	75
خاتمة	80-77
قائمة الملاحق	81
الملحق رقم 1: محضر عدم الصّلح	83
الملحق رقم 2: تقرير حول نتيجة الصّلح	85
قائمة المصادر و المراجع	96-87

الملخّص

عندما يصل الخلاف أو الشّقاق بين الزّوجين إلى درجة يستحيل معها استمرار الحياة الزّوجية، يصبح إنهاء العلاقة ضرورة مُلحّة للزوجة نظرًا لما يترتب عليه من ضرر بالغ، فقد أولت الشّريعة الإسلامية اهتمامًا خاصًا لهذه الحالات، واضعةً أحكامًا تهدف إلى رفع الضّرر وتحقيق العدالة بين الطّرفين على هذا النّهج، سارت معظم التشريعات العربية، بما في ذلك القوانين المصرية، الأردنية، المغربية، والجزائرية، التي تبنّت أحكامًا خاصة بالتطليق للشقاق ضمن قوانين الأحوال الشّخصية ،وتؤكد هذه التّشريعات على مبدأ إمكانية طلب التّطليق للشقاق، إدراكًا منها استمرار الحياة الزّوجية في غياب التّفاهم، حيث تُقر هذه القوانين وعلى الأخص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري التّي توليها هذه المذكرة اهتمامًا خاصًا لما تضمنته من حالات التّطليق لسيّما الفقرة الثّامنة المتعلقة بالتطليق للشقاق المستمر بين الزّوجين، ومع ذلك، لا يصدر القاضي حكمه مباشرة، فقبل الفصل في الدعوى، يجب على هذا الأخير المرور بإجراءات تهدف إلى تسوية النّزاع، وهي الصّلح والتحكيم، فتُعطى هذه الإجراءات الأولوية لمحاولة إصلاح ذات البين، فإذا فشلت كل محاولات الصّلح والتحكيم، وتكرّر لجوء الزّوجين إلى القضاء لاستمرار الشّقاق بينهما عندئذٍ فقط يُحكم بالتطليق للشقاق.

الكلمات المفتاحية: التطليق للشقاق، التحكيم، النزاع، فك الرابطة الزوجية.

Résumé

Lorsque le désaccord ou la discorde entre époux atteint un point où la poursuite de la vie conjugale devient impossible, la rupture de la relation devient une nécessité impérieuse pour l'épouse, en raison des graves préjudices qui en découlent, La charia islamique a accordé une attention particulière à ces situations, établissant des dispositions visant à lever le préjudice et à réaliser la justice entre les parties, C'est dans cette optique que la plupart des législations arabes, y compris les lois égyptiennes, jordaniennes, marocaines et algériennes, ont adopté des dispositions spécifiques au divorce pour discorde dans leurs lois sur le statut personnel, Ces législations affirment le principe de la possibilité de demander le divorce pour discorde, reconnaissant la difficulté de maintenir une vie conjugale en l'absence de compréhension mutuelle, Ces lois, et en particulier l'article 53 du Code de la famille algérien auquel ce mémoire accorde une attention particulière en raison des cas de divorce qu'il contient, notamment le paragraphe huit relatif au divorce pour discorde persistante entre époux, confirment cette approche, Cependant, le juge ne rend pas son jugement directement, Avant de statuer sur l'affaire, il doit passer par des procédures visant à régler le litige, à savoir la conciliation et l'arbitrage, Ces procédures sont prioritaires pour tenter de réparer les liens, Ce n'est que si toutes les tentatives de conciliation et d'arbitrage échouent, et que les époux se tournent à plusieurs reprises vers la justice en raison de la persistance de la discorde, qu'un jugement de divorce pour discorde est prononcé.

Mots-clés : Divorce pour discorde, arbitrage, litige, dissolution du lien conjugal.