الطعن بالنقض في أحكام الطلاق بين ثوابت قانون الأسرة والجواز القانوني

Appeal against divorce provisions between the principles of family law and legal passport

دشيشة عثمان *أستاذ محاضر(ب)
جامعة الجزائر1 /الجزائر
البريد الإلكترونيdchaicha.athmane@gmail.com

تاريخ الارسال: 2020/09/26	تاريخ القبول: 2021/03/27	تاريخ النشر: 2022/01/25

ملخص :

تهدف هذه الدراسة الى انتقاد نص المادة 452 ق.إ.م.إ التي تجيز الطعن بالنقض في أحكام الطلاق الصادرة من المحاكم والمجالس القضائية.

فالحقيقة التي لا مراء فيها هي أن أحكام الطلاق التي يصدرها قاضي شؤون الأسرة تعتبر أحكام طلاق بائن تنتهي بها العلاقة الزوجية سواء أكانت بدعوى طلاق بإرادة منفردة أو دعوى تطليق أو بدعوى خلع أو بدعوى طلاق بالتراضي. فأي معنى لطعن بالنقض في حكم طلاق تكون فيه العلاقة الزوجية منتهية بحكم القاضي، وقد تنتهي عدة الزوجة مع أو بعد حكم الطلاق، فالعدة ثابت من ثوابت قانون الأسرة فهي – العدة – محددة زمانا، فإذا انتهت العدة أصبحت الزوجة في حل من زوجها والعكس صحيح، كما أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم بموجب المادة 452 ق.إ.م.إ. فالزوجة التي انتهت علاقتها سواء بحكم القاضي أو بانتهاء عدتها أو بهما معا فمن حقها شرعا وقانونا أن تتزوج ما دام الطعن لا يوقف تنفيذ الحكم.

وعليه إذا كان الطعن بالنقض في باقي المواد جائزا، فإنه غير جائز في أحكام الطلاق بسبب اختلاف المصدر المادي لأحكام الطلاق – الشريعة الإسلامية – بينما المصدر المادي لباقي المواد هو القانون الوضعي، وكما أن العدة ثابت من ثوابت قانون الأسرة، فكذلك أحكام الطلاق.

الكلمات المفتاحية: الطعن، احكام الطلاق، قانون الاسرة، العلاقة الزوجية

*المؤلف المرسل: دشيشة عثمان

Abstract:

This study aims to criticize the text of Article 452 CAPL (Civil and administrative procedures law) which allows for a veto of divorce rulings issued by courts and judicial councils.

The fact is that the divorce provisions issued by the family judge are clear divorce provisions that end the marital relationship, whether on the grounds of divorce by individual will, divorce, divorce or divorce or by mutual consent.
The government's policy of "taking into account the rights of the child" is a matter of concern to the government. A wife whose relationship has ended, whether by the judge or by the end of her marriage or together, is entitled to marry legally and legally, as long as the appeal does not stop the execution of the sentence.

Therefore, if a challenge against the rest of the articles is permissible, it is not permissible in divorce provisions because of the different material source of the provisions of divorce - Islamic law - while the material source of the rest of the articles is positive law, and the kit is a constant of the principles of family law, as are the provisions of divorce.

Keywords: appeal, divorce rulings, family law, marital relationship

مقدمة:

تعين على المشرعين في كل دول العالم أن يعملوا على مصلحة الخصوم، بإجازة الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة من المجالس القضائية والمحاكم، كما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادتين 349،350 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا ما استثني منها بنص المادة (351) من القانون نفسه.

والطعن بالنقض طريق غير عادي – كما سنرى – يلجأ اليه لإصلاح ما شاب الحكم أو القرار من مخالفة للقانون أو بطلان سواء في ذات الحكم أو القرار المطعون فيه أو في الإجراءات التي أسس عليها، ويكون هذا في الأحكام والقرارات النهائية.

وفي هذا المقال لا أتطرق إلى الطعن بالنقض في جميع المواد بل فقط إلى الطعن بالنقض في أحكام الطلاق كما هو مبين في العنوان دون تمييز بين أقسامه كما نصت على ذلك المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،لأنه وبعد اطلاعي على بعض

قرارات المحكمة العليا التي قبلت الطعن فيها بالنقض والإحالة وكذلك المواد 50، 51، 58، 132 من قانون الأسرة و المواد 450، 451، 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وجدت أن هناك تعارضا وتناقضا وتصادما بين المواد الموضوعية والمواد الإجرائية عند قبول الطعن بالنقض في أحكام الطلاق، ما جعلني أتساءل هل أحكام الطلاق كغيرها من الأحكام في المواد الأخرى (المدنية والتجارية والعقاري.....) قابلة للطعن بالنقض رغم خصوصية أحكام الطلاق عن باقي الأحكام في المواد الأخرى؟ فالأولى - أحكام الطلاق-مصدرها المادي الشريعة الإسلامية عكس الثانية مصدرها الإنسان.

وبناء على هذا التساؤل الذي اعتبره إشكالية لهذا البحث، سوف أتناول الإجابة على ذلك في محورين:

عالجت في الأول قبول الطعن بالنقض في أحكام الطلاق والإشكالات التي يطرحها، اما الثاني فتعرضت فيه بالدراسة الى خصوصية أحكام قانون الأسرة.

المبحث الأول: قبول الطعن بالنقض في أحكام الطلاق والإشكالات التي يطرحها

اتعرض في هذا المبحث بالدراسة الى اختصاصات المحكمة العليا وقبول نقض الأحكام والقرارات مع الإحالة (المطلب الاول)، ثم الإشكالات التي يطرحها قبول الطعن بالنقض في أحكام الطلاق (المطلب الثاني).

المطلب الاول: اختصاصات المحكمة العليا وقبول نقض الأحكام والقرارات مع الإحالة.

نحاول التعرف على اختصاصات المحكمة العليا والوجوه التي يبنى عليها الطعن بداية، ثم قبول الطعن بالنقض في أحكام الطلاق (القرار رقم 480922 بتاريخ 2009/02/11 نموذجا)

الفرع الأول: اختصاصات المحكمة العليا

الطعن بالنقض -كما أشرت سابقا-هو طريق من طرق الطعن غير العادية في الأحكام والقرارات النهائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية أمام المحكمة العليا.

فإذا رأى أحد الخصوم أن الحكم أو القرار مخالفا لوجه أو أكثر من الوجوه المنصوص عليها في المادة (358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)[1] أجاز له القانون الطعن في النقض في الحكم أو في القرار أمام المحكمة العليا.

والطعن بالنقض في الأحكام والقرارات لا يقصد به إعادة طرح النزاع أمام المحكمة العليا للفصل فيه وإنما يقتصر دور هذه الأخيرة على مجرد تقرير المبادئ القانونية السليمة في النزاع المطروح أمامها، فهي محكمة قانون وليست محكمة قضاء ، تنظر إذا كان هذا

الحكم أو هذا القرار مخالفا للقانون ، كأن تكون الإجراءات التي أسس عليها الحكم باطلة أو يكون القرار أو الحكم المطعون فيه خالف وجها أو أكثر من الوجوه التي يبنى عليها الطعن والمنصوص عليها في المادة (م 4/374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)[2] والوجوه التي يبنى عليها الطعن هي[3] :

1-مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات

2-إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات

3-عدم الاختصاص

4-تجاوز السلطة

5-مخالفة القانون الداخلي

6-مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة

7-مخالفة الاتفاقيات الدولية

8 -انعدام الأساس القانوني

9-انعدام التسبيب

10 -قصور التسبيب

11-تناقض التسبيب مع المنطوق

12-تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار

13-تناقض أحكام أو قرارات صادرة عن آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثيرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول.

14-تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي، في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض. وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين، وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا أحد الحكمين أو الحكمين معا.

15-وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار

16-الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب

17-السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية

18-إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

الفرع الثاني: قبول الطعن بالنقض (القرار 480922 بتاريخ 2009/02/11 نموذجا).

من الضروري ان اتطرق الى وقائع قضية الطلاق انطلاقا من الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية، ثم استئناف الحكم أمام مجلس قضاء البليدة وأخيرا الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

أولا: تمثلت الوقائع في ان السيدة (ف.ح) تقدمت بعريضة افتتاحية بتاريخ 2005/05/27 تلتمس من خلالها الحكم لها بالتطليق من زوجها (م.ت) على أساس المادة 2/53 والمتضمنة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وارفقت عريضتها بوثائق تثبت سبب التطليق، وبعد اتخاذ القاضي لكافة الإجراءات المطلوبة وبعد رد المدعى عليه على العريضة حكمت المحكمة ابتدائيا حضوريا بالرفض لطلب التطليق لعدم التأسيس وبالمقابل إلزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية بسعي من الزوج وتحميلها كافة المصاريف القضائية

ثانيا: استأنفت الزوجة (ف.ح) حكم الرجوع إلى بيت الزوجية أمام مجلس قضاء البليدة فقضى حضوريا نهائيا علنيا بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بتطليق المستأنفة (ف.ح) من زوجها (م.ت) مع دفع بعض المصاريف كنفقة العدة[4] وتحميله المصاريف القضائية.

ثالثا: طعن الزوج (م.ت) في قرار المجلس القضائي القاضي بتطليق الزوجة فقبلت المحكمة العليا بتاريخ 2009/02/11 طعن الزوج شكلا وموضوعا بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء البليدة بتاريخ 2006/11/13 وبإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيه من جديد وفقا للقانون كما جاء في منطوق القرار[5] وبإبقاء المصاريف على المطعون ضدها.

رابعا: بعد أن علمت (ف.ح) بقبول الطعن في القرار تقدمت بعريضة افتتاحية عريضة بتاريخ 2009/10/12 إلى محكمة البليدة تلمس فيها مخالعة زوجها (م.ت)، ورأت المحكمة أن طلب المدعى عليها يعد طلبا مستقلا ويستحق النظر فيه، وحكمت حال فصلها علينا حضورنا نهائيا بقبول الدعوى شكلا وموضوعا، بفك الرابطة الزوجية بالطلاق عن طريق الخلع بين الزوجين ولم تلتفت إلى قرار المحكمة العليا. علما أن المطعون ضدها قد تزوجت ثانية.

وما يثير التساؤل مصحوبا بدهشة، هل من المعقول أن يبقى حكم تطليق مدّة تقارب الأربع سنوات من 2005/07/27 إلى 2009/02/11؟؟

ثم تصدر المحكمة قرارها بقبول الطعن وبعودة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها[6] رغم أن المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450، 451[7]من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وهنا يطرح قبول الطعن بالنقض في أحكام الطلاق عدة إشكالات.

المطلب الثاني: الإشكالات التي يطرحها قبول الطعن بالنقض في أحكام الطلاق

لا إشكال إذا رفضت المحكمة العليا الطعن بالنقض في حكم الطلاق، فبهذا الرفض تنقضي المراكز القانونية للزوجين من تاريخ النطق بالحكم، فإذا كانت المرأة المطلقة قد تزوجت بعد انتهاء عدتها أو بعد صدور حكم القاضي فزواجها صحيح ويترتب على هذا الزواج كل الآثار التي تترتب عن الزواج الصحيح.

أما في حالة قبول الطعن بالنقض وإحالته على المجلس سواء إلى نفس المجلس بتشكيلة جديدة أو إلى مجلس آخر أو على المحكمة التي أصدرت الحكم فإنه يترتب على قرار الإحالة إعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها، كما يأتي في قرار الإحالة تطبيقا للقواعد العامة وطبقا لنص المادة 364 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. فإذا سايرنا قرار المحكمة العليا وأعدنا الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها فلنا أن نتساءل عن مصير العدة التي انتهت قبل صدور قرار المحكمة العليا؟

كذلك هل يجوز للزوجة أن تطلب نفقة من يوم رفع دعوى التطليق إلى غاية صدور قرار المحكمة العليا؟ أي من يوم 2005/07/27 إلى غاية 2009/02/11.

-ما أثر قرار المحكمة العليا القاضي بقبول الطعن بالنقض على طلاق القاضي المنشئ للحكم

-وكذلك لو توفي أحد الزوجين بعد الحكم بالطلاق وبعد انتهاء العدة وقبل صدور قرار المحكمة الذي قررت فيه إعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها هل يرث أحد الزوجين الآخر؟

فالإجابة عن هذه التساؤلات هي التي تقودنا إلى الإجابة عن إشكالية البحث، هل أحكام الطلاق يجوز فيها الطعن بالنقض كبقية الطعن بالنقض في الأحكام الأخرى (التجاري، المدني والعقاري.....)، أم للطلاق خصوصيته –بسبب مصدره- لا يجوز الطعن فيه بالنقض.

الفرع الأول: العدة

العدة المقصود بها، الأجل الذي أوجبه الشارع الحكيم وأكدّه المشرع في قانون الأسرة على الزوجة التي طلقها زوجها أو القاضي أو بسبب وفاة زوجها) وأدلة مشروعيتها من القرآن الكريم كثيرة مثلا(وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)[8] (وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)[9].

أما مشروعية دليلها في قانون الأسرة فقد نصت عليه المادة (58من ق.الاسرة) (تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر ،.....) (وتعتد الزوجة المتوفي عنها زوجها بمضي 4أشهر وعشرة أيام) (م 59 من ق.الاسرة) سواء كانت الوفاة حقيقية أو حكمية. أما الحامل فعدتها بوضع حملها (م60 من ق.الاسرة) (عدة الحامل وضع حملها وأقصاها 10 أشهر)

من خلال الآيات القرآنية والنصوص القانونية المستمدة منها تعتبر العدة ثابتا من ثوابت قانون الأسرة[10] فهي مرتبطة بزمان محدد بينته الآيات القرآنية والنصوص القانونية.

وكذلك محددة بعدد من الطلقات، فيستطيع الزوج أن يراجع زوجته في عدة الطلاق الرجعي أي قبل انتهاء عدتها إذا كانت في الطلقتين الأولى والثانية دون عقد جديد، ويمنع عليه مراجعتها إلا بعقد جديد (م 50)من قانون الاسرة[11]، إذا انتهت عدتها، ويسمى الطلاق في الطلقتين الأولى والثانية طلاقا بائنا بينونة صغرى، ويحرم عليه مراجعتها إذا كانت الطلقة الثالثة حتى تنكح زوجا غيره ويطلقها هذا الأخير أو يتوفى عنها ثم يستطيع مراجعتها بعقد جديد (م51) من قانون الأسرة[12] ، وقد جمع الفقهاء أنواع الطلاق هذه في ثلاثة أقوال[13].فإذا سايرنا المحكمة العليا في قرارها القاضي بإعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها بعد صدور الحكم أو القرار فإن الآيات القرآنية والنصوص القانونية المستمدة منها والمتعلقة بأحكام العدة لا تسعفنا لأنه بانتهاء العدة تنتهي العلاقة بين الزوجين ولا يمكن إعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها، فبانتهاء العدة تصبح الزوجة في حِل من زوجها والعكس صحيح.

وهنا وقع التناقض والتعارض والتصادم بين القواعد الموضوعية لقانون الأسرة المتعلقة بالعدة وبين نص المادة (452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) التي تجيز الطعن بالنقض في أحكام الطلاق والتي تنص على أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم[14] والنتيجة أنه لا معنى للطعن بالنقض في أحكام الطلاق بسبب مخالفته للقواعد الموضوعية في قانون الأسرة وهي من النظام العام.

الفرع الثاني: طلاق القاضي

هناك قاعدة فقهية يقول بها فقهاء الشريعة الإسلامية مفادها (كل طلاق يوقعه القاضي فهو طلاق بائن[15] إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة فهو رجعي) ومعنى القاعدة الفقهية أن الأصل في الطلاق بيد الرجل مصداقا للحديث الشريف (إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ)[16]

والمقصود هنا الزوج. لكن هناك حالات تجيز للقاضي التدخل لفك الرابطة الزوجية كالتطليق الذي تطلبه الزوجة.

والمقصود بالطلاق البائن في القاعدة الفقهية البينونة الصغرى أي إذا حكم القاضي بالطلاق فإن طلاقه يكون بائنا تنتهي به العلاقة الزوجية فإذا أراد الزوج مراجعة زوجته بعد حكم القاضي عليه أن يعيدها اليه بعقد جديد (م 50 ق.الاسرة) ويقول ابن رشد الأب (المعلوم من المذهب أن كل طلاق يحكم به الإمام (القاضي) فهو بائن إلا المولي والمطلق عليه لعدم النفقة)[17]

فإذا رفعت الزوجة دعوى تطلب فيها التطليق من زوجها طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة وتعذر الصلح بين الزوجين وأقنعت الزوجة القاضي بالضرر الذي لحقها من هذه العلاقة، حكم لها بالتطليق وكذلك الحكم لها بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، فهنا القاضي أنشأ حكم الطلاق وليس كاشفا له كما في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فالقاعدة أن الزوج يملك الطلاق، والزوجة تطلبه وإرادة القاضي هي التي أنشأت طلاق الزوجة الذي طلبته.

فإذا سايرنا المحكمة العليا في قرارها الذي قبل الطعن بالنقض في الحكم أو في القرار وأعدنا الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها هل تسعفنا الأحكام الموضوعة لقانون الأسرة؟

الإجابة بالطبع لا فالمادة 50 من قانون الأسرة (.....ومن أراد مراجعتها بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد) بمعنى أن طلاق القاضي يجعل الطلاق بائنا وتصبح الزوجة في حِل من زوجها والعكس صحيح.

والنتيجة أنه لا معنى لقرار المحكمة العليا القاضي بقبول الطعن وبإعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها لأنه يتعارض كما قلت والنصوص الموضوعية لقانون الأسرة

الفرع الثالث: النفقة

دون الخوض في التعريفات العديدة للنفقة وإن اتحدت معنىً واختلفت لفظا فهي اسم لما يصرفه الزوج على زوجته في زواج صحيح أو في عدتها من طلاق رجعي أو في عدتها في طلاق بائن أوهي ما ينفقه الأصول على الفروع أو الفروع على الأصول فهي وجوبية بالنسبة للزوجة وتكون مستحقة بالنسبة للأصول على فروعهم والفروع على أصولهم وثبتت مشروعيتها في الكتاب والسنة والإجماع وأكدها قانون الأسرة.

أولا: من الكتاب: قوله تعالى:(وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[18] وقوله تعالى (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ)[19]

ثانيا: من السنة قول الرسول (ص): (.... ولهنَّ عليكم رِزقُهنَّ وكِسوتُهنَّ بالمَعروف)[20] وكما قال رسول الله (ص) لزوجة أبي سفيان عندما اشتكت من شح أبي سفيان (خُذي ما يَكفيكِ وولدَكِ بالمعروفِ)[21]

ثالثا: من الإجماع: أجمع المسلمون من عهد رسول الله (ص) إلى يومنا هذا على وجوب النفقة من الزوج على زوجته

ثانيا: أما دليلها من التشريع فقد أكدها قانون الأسرة في المواد من م 74 إلى م80 من قانون الاسرة **الجزائري)**[22]

فإذا سايرنا أو جارينا المحكمة العليا في قرارها القاضي بقبول الطعن بالنقض في أحكام الطلاق وأعدنا الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها. هل يجوز للزوجة أن تطلب نفقتها من يوم رفع الدعوى إلى حين قبول الطعن بالنقض في حكم الطلاق؟ الإجابة بالطبع لا لأن علاقتها الزوجية انتهت بحكم القاضي (م50 ق.الاسرة) فلها أن تطلب النفقة لو بقي زواجها قائما حقيقة أو حكما كأن تكون مازالت في عدة طلاق رجعي مثلا، أما وقد انتهت علاقتهما الزوجية سواء بحكم القاضي أو بانتهاء عدتها فلا يجوز لها لا قانونيا ولا شرعا المطالبة بالنفقة مصداقا لقوله تعالى (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ....)[23] وللمطلقة الحامل نفقتها حتى تضع حملها.

الفرع الرابع: الميراث

بقي لنا أن نجيب عن السؤال التالي: ما أثر قرار المحكمة العليا القاضي بقبول الطعن وإعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها، في حالة ما إذا توفي أحد الزوجين بعد صدور حكم الطلاق أو بعد انتهاء عدة الزوجة وقبل صدور قرار المحكمة العليا بقبول الطعن وإعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها.

لقد نصت المادة 126 من قانون الأسرة على أن أسباب الميراث هي الزوجة والقرابة ويشترط أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما، وأن لا يكون هناك مانع من موانع الميراث، كما تنص المادة 132 من قانون الأسرة (إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث).

وبهذين النصين تكون الإجابة أنه لا أثر لقرار المحكمة العليا بقبول الطعن وإعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها، ولا يمكن للزوجين أن يرثا بعضهما البعض إذا توفي أحدهما بعد صدور حكم الطلاق أو بعد انتهاء عدة الزوجة مهما كان نوع الطلاق بالإرادة المنفردة أو الطلاق بالإرادة المشتركة أو بالتطليق أو بالخلع. لأن العلاقة انتهت بحكم القاضي أو بانتهاء العدة أو بهما معا.

وإذا كان قضاة المحكمة العليا يطبقون المبدأ القائل في حالة إبطال العمل القانوني بسبب احدى القواعد الإجرائية فإن هذا الخرق يؤدي إلى إلغاء جميع الآثار المترتبة عن القاعدة الموضوعية بمعنى أن انقضاء العدة يتوقف على انقضاء ميعاد الطعن بالنقض فإن لم ينقضِ ميعاد الطعن وانقضى ميعاد العدة ألغي ميعاد العدة وكأنه لم يكن[24] !!!

فقد يطبق هذا المبدأ على الطعن بالنقض في المواد الأخرى (المدنية ، التجارية والعقارية.....)لكن لا يسري على أحكام الطلاق من قانون الأسرة وعلى العدة بالذات لأن العدة ثابت من ثوابت قانون الأسرة محددة زمانا[25] ،فمثلا عدم إجراء محاولة الصلح من قاضي شؤون الأسرة والقضاء بين الزوجين بالطلاق لا يجعل من قرار المحكمة العليا القاضي بقبول الطعن وإعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها تأثيرا على العدة التي انتهت قبل صدور قرار المحكمة العليا ولا على حكم القاضي بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح. كالقرار الصادر بتاريخ 1991/06/18 (في المقرر قانونيا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قد أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار) !!![26].

هذا القرار كان نقضا لقرار صادر من مجلس قضاء سطيف في1991/02/24.

المبحث الثاني: خصوصية أحكام قانون الأسرة

خاض كثير من الباحثين في ثنائية الثابت والمتغير في أحكام الشريعة الإسلامية وقسموا أحكامها إلى قسمين الأول لا يقبل التغيير والثاني -المتغير- يقبل التغيير وللتمييز

بين القسمين جاءوا بضوابط فجعلوا ضابط الثابت القطعية وضابط المتغير الظنية، ومنهم من جعل ضبط الثابت الإحكام وضابط المتغير التشابه، وبعض أحكام قانون الأسرة لا تخرج عن هذا التقسيم لأن الشريعة الإسلامية هي المصدر المادي للكثير من أحكام قانون الأسرة فعلى المشرع مراعاة هذه الخصوصية ولا يجعل من أحكام قانون الأسرة كبقية الأحكام الأخرى التي مصدرها الإنسان فهناك الكثير من أحكام قانون الأسرة تتسم بالثبات، لا يمكن أن تتغير –وسنضرب أمثلة لاحقا- وقد قسمت هذا المحور إلى قسمين:

المطلب الأول: الثابت في قانون الأسرة

تتميز أحكام قانون الأسرة التي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرها المادي بخصائص تميزها عن غيرها من الأحكام التي مصدرها الإنسان، فعلى المشرع والحال هذه أن يراعي هذه الخصوصية (فرع اول)، وسأبين هذا بأحكام من قانون الأسرة توضح هذا التمييز (فرع ثان)

الفرع الأول: مراعاة خصوصية أحكام قانون الأسرة

المقصود بالأحكام الثابتة في قانون الأسرة هي تلك الأحكام التي لها صفة الثبات فلا تتبدل ولا تتغير بسبب المصدر المادي الذي أخذت منه وإن كان المشرع قد صاغها في شكل قواعد قانونية ملزمة لكن تبقى محتفظة بخصوصيتها التي يتميز بها مصدرها ولذلك نجد للقواعد القانونية مصدرين، مصدر مادي وآخر شكلي أو رسمي.

فالمصدر المادي هو الذي تأخذ منه القاعدة القانونية مادتها أو موضوعها، والمصدر الرسمي هو تحويل تلك المادة إلى قواعد قانونية ملزمة، ومادام المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية قد جعل في الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا لقانون الأسرة عليه أن يراعي خصوصية هذا المصدر وبالتبعية خصوصية القواعد المستمدة منه (قانون الاسرة الجزائري) وفي هذا الحال على المشرع أن يضع في حسبانه حقيقتان ثابتتان لا ينبغي له أن يغفل عنهما عند وضعه لقانون الأسرة والمتمثلتان في:

أولا: أن أحكام قانون الأسرة كالمصدر الذي استمدت أو أخذت منه هي كل متكامل لا تقبل التجزئة و ليست أجزاء منفصلة عن بعضها البعض فتناول أي حكم له ارتباط ببقية الأحكام التي مصدرها الشريعة الإسلامية ينبغي أن يوضع في إطار رؤية شاملة للمنظومة العامة للتشريع لتلك الأحكام (طلاق، زواج، ميراث، وصية، ...) لأن المنظومة منزلة من مدبر حكيم ارتضاها لعباده و أمرهم بالالتزام بها و لا تقبل التجزئة فَنُقبِل عن

بعضها و نَنصَرِفُ عن بعضها الآخر أو نتصرف فيها وفق منطقنا و أهوائنا فأحكام الطلاق مثلا مرتبطة بآثاره و ليست منفصلة عنه فهي كما أخذناها من مصدرها المادي[27] و العدة كما رأينا حكم ثابت محدد زمانا.

ثانيا: أن أحكام الشريعة الإسلامية عموما بما فيها أحكام قانون الأسرة وإن كان المشرع قد صاغها كما قلنا في شكل قواعد موضوعية ملزمة فهي جاءت لتحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة فكل ما هو مصلحة أو سبب لمصلحة تواردت وتواترت الأدلة على طلبه والحث على فعله وكل ما هو مفسدة أو سبب إلى مفسدة فقد تواردت وتواترت أيضا الأدلة على تركه والنهي عنه[28].

وعلى ضوء هاتين الحقيقتين على المشرع أن ينظر إلى أحكام قانون الأسرة على أنها منظومة تشريعية شرعية واحدة وهي من منظومة أكبر وأوسع وأرحب، فيجب أن يكون هناك انسجاما بين هذه الأحكام والآثار المترتبة عنها.

الفرع الثاني: بعض الأحكام الثابتة في قانون الأسرة

حتى يتضح للقارئ المعنى النظري للأحكام الثابتة في قانون الأسرة سأبين هذا في ثلاثة أمثلة كنماذج لهذا النوع من الأحكام وهي كثيرة.

أولا: الموانع الشرعية للزواج

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة في الفصل الثاني من الباب الأول في المواد من 23 إلى 30[29] عن الموانع الشرعية للزواج وهي من الأحكام الثابتة لقانون الأسرة.

- فنص في المادة 23 منه (يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة)
- ونص في المادة 24 عن الموانع المؤبدة وهي، إما بسبب القرابة (م 25) أو بسبب المصاهرة (م 26) أو بسبب الرضاع (م 27، م 28، م 29 من قانون الاسرة)

- ونص في المادة 30 من قانون الأسرة على الموانع المؤقتة وهي: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا، كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع. وكذلك زواج المسلمة مع غير المسلم فكل أحكام هذه المواد مصدرها المادي الشريعة الإسلامية وهي من ثوابت قانون الأسرة لا تتبدل ولا تتغير ولا مجال فيها للاجتهاد.

ثانيا: ترتيب الورثة في استحقاق الميراث

نصت المادة 180 من قانون الأسرة (تؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز
2- الديون الثابتة في ذمة المتوفي.
3- الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجدوا آلت التركة إلى الخزينة العامة.

ويتم ترتيب الورثة حسب الاستحقاق كالآتي:

- **أصحاب الفروض**: عرفتهم المادة 140 من قانون الاسرة (ذوو الفروض هم الذين حددت أسهمهم في التركة شرعا وقد تضمنتهم المواد من 141 إلى 149 من قانون الأسرة الجزائري.
- **العصبات:** عرفتهم المادة 150 من قانون الاسرة (العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم وإن استغرقت أصحاب الفروض فلا شيء له وهم ثلاثة أنواع: عاصب بنفسه، عاصب بغيره وعاصب مع غيره.
- **ذوو الأرحام:** المقصود بهم الذين ليسوا من أصحاب الفروض ولا من أصحاب العصبات، فكل قريب له لصلة قرابة بالميت ولا يرث بطريق الفرض أو التعصيب فهو من ذوي الأرحام (م 168 من قانون الاسرة).
- **الخزينة العامة:** المادة 180من قانون الاسرة (..... فإن لم يوجدوا آلت التركة إلى الخزينة العامة)

ثالثا: موانع الميراث

المقصود بموانع الإرث هي الأوصاف التي توجب حرمان الوارث من الإرث وقد نصت عليه المواد 135، 136، 137 و138 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: عدم جواز الطعن بالنقض في أحكام الطلاق

تعتبر أحكام الطلاق كغيرها من الأحكام الثابتة في قانون الأسرة رغم اعتباره –الطلاق- من أبغض الحلال إلى الله ورغم أنه من شروط عقد الزواج التأبيد لأن مقتضاه هو حل العشرة ودوامها وكل عقد زواج نشأ بصيغة التأقيت يقع باطلا ولا يرتب أي أثر من آثار الزواج الصحيح.

و القول بعدم جواز الطعن فيه بالنقض هو لأن طبيعته تتميز عن غيره من الأحكام التي يجوز فيها الطعن بالنقض و أيضا منعا للتعارض و التناقض و التصادم بين النصوص الموضوعية و نص المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي أجازت الطعن بالنقض في أحكام الطلاق، فإذا كان قانون الأسرة ينص في المادة 48 منه على أن الطلاق

يقع بالإرادة المنفردة للزوج أو بالإرادة المشتركة للزوجين أو بطلب من الزوجة أو بإرادة الزوجة فكل أنواع و أقسام الطلاق هذه يكون دور القاضي فيها كاشفا لإرادة الأطراف باستثناء دوره في طلب الزوجة للتطليق فإنه يكون منشئا للطلاق.

فلماذا يكون الطعن بالنقض في أحكامه، خاصة وأن العلاقة بين الأطراف تنتهي بمجرد الحكم به أو بانتهاء عدة المرأة ولا تتحمل انتظار صدور قرار المحكمة العليا التي قد تتجاوز السنة والسنتين والثلاث سنوات

ولنا في قرار قبول الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء البليدة مثالا.

ولهذا سأعالج هذه الإشكالية من خلال العنصرين التاليين:

الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين

الطلاق يقع بالإرادة المنفردة أو بالإرادة المشتركة للزوجين حيث تنص المادة 48 من ق الاسرة (.....حل عقد الزواج الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ....).

أولا: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

هناك آيات كثيرة وردت في القرآن الكريم تؤكد على أن الطلاق يملكه الزوج كما في قوله تعالى (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ)[30] و قوله (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)[31] (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ)[32]

كما أكدت السنة أن الطلاق يملكه الرجل ولو كان عبدا مملوكا، فعن ابن عباس رضي الله عنه أن رجلا جاء للنبي (ص) فقال يا رسول الله سيدي زوجني أمته وأنه يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد رسول الله (ص) المنبر فقال "أَيُّهَا النَّاسُ، مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا؟ إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ "[33]

ومعنى الحديث أن الذي يملك إيقاع الطلاق وحل العصمة هو الزوج الذي يأخذ بالساق وهو كناية على الجماع أي أنما يملك الطلاق من يملك الجماع وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال (إنما الطلاق لمن يحِل له الفرج) [34]وليس معنى هذا الحديث أن الشريعة الإسلامية ظلمت المرأة فقد أعطاها ابتداء حق قبول الزوج وحق الإيجاب وحق النظر وحق السؤال عن الزوج وحق الاحترام وحق الخلع وحق طلب التطليق كما سنرى.

و إذا كانت الشريعة هي المصدر المادي لقانون الأسرة فقد جاء مؤكدا لما جاء به نص المادة 48 على أن انحلال عقد الزواج يتم بالإرادة المنفردة للزوج و معنى هذا أنه يحق للزوج أن لا يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى الطلاق و ليس للقاضي أن يطلب منه هذه الأسباب، و هناك من يرى أن الطلاق بالإرادة المنفردة هو عمل ولائي[35] و ليس عملا

قضائيا لأن دور القاضي فيه مجرد مسجلا لإرادة الزوج و ليس له الحق في رفض هذه الرغبة و هذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة أو مؤسسة مادام الزوج لم يصرح بأي سبب أو عذر مفضلا تحمله المسؤولية طبقا للمادة 52 من ق.الاسرة [36].

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا ملف رقم 223019 بتاريخ 1999/06/15 (من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور بالتسبيب ليس في محله

ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق .... وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون. و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن)[37].

فأي جدوى للطعن بالنقض في حكم طلاق تكون فيه إرادة الزوج هي الأولى والأخيرة ولا معنى لإرادة القاضي ولو كان الزوج متعسفا، فإن كان كذلك تحمل مسؤولية تعسفه وتعويض الزوجة وفق تقدير القاضي[38].

ثانيا: الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين (الطلاق بالتراضي)

- نصت المادة 48 من قانون الاسرة (يحل عقد الزواج الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ....).

وعرفت هذا الأخير المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن (الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة).

فقد يتفق الطرفان على الافتراق نظرا لصعوبة استمرار صعوبة الحياة الزوجية بينهما لاعتبار ما أو لاعتبارات عديدة، وقد يكون هذا الافتراق دون قيد أو شرط أو بشروط معينة شريطة ألا يؤدي هذا الاتفاق إلى الإضرار بمصلحة الأولاد لأنه يتناقض ومقتضيات قانون الأسرة، ودون هذا على القاضي أن يثبت إرادة الزوجين غير الضارة بمصلحة الأولاد وغير المخالفة للنظام العام بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي للزوجين بالطلاق.

وفي اجتهاد للمحكمة العليا، الملف رقم 243943 قرار بتاريخ 2000/05/23 (من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو مجرد إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائي أو النهائي ولا يجوز للزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى تزوير)[39]. ثم عاد المشرع بعد إلغاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية القديم، ونص في

المادة 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على أنه يجوز الطعن بالنقض في الطلاق بالتراضي من تاريخ النطق بالحكم.

والحقيقة أن المحكمة العليا أصابت في اجتهادها وأخطأ المشرع رغم أنه لا اجتهاد مع النص.

الفرع الثاني: الطلاق بإرادة الزوجة وبطلب منها

يقصد بالطلاق الأول أي إرادة الزوجة الخلع، وبالطلاق الثاني أي بطلب منها التطليق، فالأول يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة، فهي تملكه، بينما الثاني تطلبه ولا تملكه لأن القاضي هو الذي ينشئه

أولا: الخلع

- نصت المادة 54 من قانون الاسرة (يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي....) وقد تعددت تعريفات الخلع اصطلاحا فمنهم من يعتبره طلاقا بعوض، أو هو فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع، أو هو إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع وكل هذه التعاريف من مقيد بلفظ الخلع والبدل إلى مقيد بالبدل فقط أو بدون تقييد. فالخلع (هو بدل المرأة عوضا لزوجها مقابل الفرقة بينهما)[40]

وأدلة مشروعيته من الكتاب والسنة كثيرة منها:

1-من الكتاب: فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ[41]

2-من السنة: عن ابن عباس (ض) أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي (ص) فقالت له يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا في دين ولكن أكره الكفر في الإسلام فقال (ص) أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم فقال (ص) أقبل الحديقة وطلقها طلقة. فالزوج يأخذ عوضا عما يملكه وهو الطلاق[42].

فإذا اقتنعت الزوجة بأن البقاء مع زوجها أصبح كابوسا لا يمكن الإفلات منه لجأت إلى القضاء طالبة مخالعة زوجها مقابل مال تطبيقا للآية الكريمة ولواقعة ثابت بن قيس.

وجاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق فإنه كما جعل الطلاق بيد الرجل إذا كره المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا كرهت الرجل)[43].

- وقد جاء نص المادة 54 من قانون الاسرة بإمكانية مخالعة الزوجة زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. لأن

الأصل عدم جواز استرجاع الصداق من طرف الزوج لقوله تعالى: (وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ)[44].

ولما قبلت المحكمة العليا الطعن في القرار الصادر من مجلس قضاء البليدة وإحالته إلى نفس المجلس لإعادة الحكم فيه تقدمت المطعون ضدها بعريضة تلتمس فيها مخالعة زوجها ورأت المحكمة أن طلب المدعى عليها يعد طلبا مستقلا يستحق النظر فيه فحكمت حال فصلها علنيا حضوريا نهائيا بقبول الدعوى شكلا وموضوعا ولم تلتفت إلى ما جاء في قرار المحكمة العليا، القاضي بإعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها[45].

وفي قانون الأحوال الشخصية المصري إذا طلبت الزوجة مخالعة زوجها وحكم لها القاضي، أصبح الطلاق بائنا ويكون الحكم غير قابل للطعن وبأي طريق من طرق الطعن[46].

ثانيا: الطلاق بطلب من الزوجة(التطليق)

- رغم أن الأصل في الطلاق بيد الرجل مصداقا للحديث الشريف (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق) إلا أن الشارع الحكيم أعطى للمرأة الحق في طلب التطليق بواسطة القضاء وهنا تبرز قاعدة أن الزوج يملك الطلاق والزوجة تطلبه وقد مكن ق.أ.ج للزوجة إذا تضررت أن تطلب التطليق طبقا للمادة 53 من قانون الاسرة.
- ومعنى تطلبه ، عليها أن تثبت للقاضي أنها تضررت فإذا اقتنع، حكم لها بالتطليق وله أن يحكم لها بالتعويض عن الضرر اللاحق بها (مادة 53 مكرر قانون الاسرة) ، فالقاضي هنا أنشأ حكم الطلاق ولم يكتشفه كما في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، وحكم القاضي بالتطليق يجعل العلاقة بين الزوجين منتهية حتى وإن لم يلجأ إلى محاولة الصلح بين الزوجين[47] .فما جدوى الطعن بالنقض بعد حكم القاضي مادام هذا الأخير يجعل العلاقة الزوجية منهية ويصبح الطلاق بائنا، وقد تنتهي العدة بعد حكم الطلاق، ولا يتسلم الزوجان الحكم إلا بعد مدة . ومن يريد الطعن بالنقض له مدة شهرين للطعن ابتداء من يوم التبليغ!!

وخلاصتها أن العلاقة بين الزوجين تنتهي بطلاق القاضي أو بانتهاء العدة أوبهما معا.

الخاتمة:

من خلال معالجتي لهذا الموضوع (الطعن بالنقض في أحكام الطلاق بين ثوابت قانون الأسرة والجواز القانوني) انتهيت إلى النتائج التالية:

1. كيف أن المشرع الجزائري لم يتفطن إلى خطأ يؤدي إلى إيقاع أو وقوع أطراف النزاع (الزوج والزوجة) في المحظور كما يؤدي إلى التناقض والتصادم بين النصوص الموضوعية

في قانون الأسرة ونص المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تجيز الطعن بالنقض في أحكام الطلاق زيادة على ذلك أن هذا الطعن لا يوقف تنفيذ الحكم!!! وظهر لي من خلال هذا الخطأ أن المشرع غفل عن الخصوصية التي تميز أحكام الشريعة الإسلامية المستمد منها قانون الأسرة وما كان ينبغي له أن يغفل عنها حتى وإن صاغ هذه الأحكام في شكل قواعد قانونية ملزمة فتبقى رغم ذلك محتفظة بخصوصية مصدرها المادي فهي كل متكامل لا يقبل التجزئة كما قلت سابقا وليست منفصلة عن بعضها البعض وعليه أن ينظر اليها في إطار الرؤية الشاملة للمنظومة العامة للتشريع فكلها منزلة من مدبر حكيم ارتضاها لعباده وأمرهم بالالتزام بها فلا يجوز أن نتصرف فيها وفق أهوائنا.

2. المشرع الجزائري لم ينتبه أن الكثير من أحكام قانون الأسرة ثابتة فلا تتبدل ولا تتغير.

فأحكام العدة مثلا وطلاق القاضي والطلاق بالإرادة المنفردة والكثير من الأحكام التي أشرت إليها في المقال كموانع الزواج وترتيب الورثة حسب الاستحقاق وغيرهما كثير كلها أحكام ثابتة.

فالعدة مثلا تنتهي بها العلاقة الزوجية وكذلك طلاق القاضي حتى وإن حكم هذا الأخير دون أن يجري محاولة الصلح بين الزوجين وعدم لجوئه هذا لا يجعل من انتهاء العدة كأن لم تكن أو غير منتهية ، بل منتهية لأن إنهاءها محدد زمانا ، وقرار قبول المحكمة العليا بإعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها لا يعطي الحق للزوجة التي انتهت عدتها أن تطلب النفقة من طليقها لأن عدتها انتهت، ولا أن ترثه أو يرثها إذا توفي أحدهما بعد حكم القاضي أو بعد انتهاء العدة أو بهما معا رغم منطوق قرار المحكمة العليا بإعادة الزوجين إلى الحالة الي كانا عليها.

كل هذه الملاحظات على المشرع أن يضعها في حسبانه وأقترح عليه في الأخير:

أن يراعي خصوصية أحكام قانون الأسرة، وأن لا يغفل عن الحقيقتين اللتين أشرت اليهما، وهما الحقيقة الأولى أن أحكام قانون الأسرة كالمصدر التي أخذت منه كل متكامل لا يقبل التجزئة، والحقيقة الثانية أن أحكام قانون الأسرة حتى وإن صيغت في قواعد قانونية ملزمة تبقى محتفظة بخصوصية المصدر الذي أخذت منه فهي جاءت لتحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة ولهذا يجب أن تكون لأحكام قانون الأسرة إجراءات خاصة تتماشى معها لا أن تتناقض أو تتصادم أو تتنافر معها كنص المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والادارية مع المواد 132،51،50 من قانون الاسرة.

والحقيقة أن انتقاداتي في هذا المقال موجهة إلى نص المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فهي التي جاءت بقرارات المحكمة العليا الذي تقضي بإعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها فلو لم توجد لما كان هناك وجود لقرارات المحكمة العليا.

ولهذا أقترح أيضا على المشرع أن يلغي نهائيا الطعن في أحكام الطلاق بالنقض وبأي طريق من طرق الطعن وببقائه يبقى التعارض بين القواعد الموضوعية ونص المادة 452 قائما، وأي تنفيذ لقرارات المحكمة العليا القاضية بقبول الطعن بالنقض وإعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها هو إيقاعهما في المحظور.

الهوامش:

[1]م 358 قانون الإجراءات المدنية والادارية تقابلها المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية والادارية الملغى بقانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية والذي بدأ سريانه في 2009.

[2]تنص المادة 4/374 (يجب على المحكمة العليا أن تفصل من حيث الوقائع والقانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض ويكون قرارها هذا قابلا للتنفيذ).

[3]زرقون نورالدين، أوجه الطعن في الأحكام المدنية، شرح لكل الوجوه التي يبنى عليها الطعن، طبع بوحدة رغاية للطباعة 2017.

[4]قرار المحكمة العليا وحكم محكمة البليدة الصادرين في موضوع الخلع غير منشورين.

[5] المادة 364 قانون الإجراءات المدنية والادارية

[6]المادة 01/364 قانون الإجراءات المدنية والادارية

[7]المادة 02/364 قانون الإجراءات المدنية والادارية

[8]سورة البقرة، الآية 228

[9]سورة الطلاق، الآية 4

[10]نقصد بثوابت قانون الأسرة تلك الأحكام التي لها صفة الثبات فلا تتبدل ولا تتغير، فالعدة حكم ثابت زمانا وكذلك أسباب الميراث وموانع الزواج.

[11]المادة 50 من قانون الاسرة الجزائري (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد).

[12]المادة 51 من قانون الاسرة الجزائري (لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلى بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها)

[13]الطلاق الرجعي لا يزيل المِلك ولا يزيل الحِل، أما الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل المِلك ولا يزيل الحِل، أما الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل المِلك والحِل معا.

[14]المادة 452 قانون الإجراءات المدنية والادارية

[15]يكون الطلاق بائنا في أربع حالات: طلاق القاضي، الطلاق قبل الدخول، الخلع، ويكون الطلاق بائنا بعد انتهاء العدة بينونة كبرى أو صغرى، انظر كذلك أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، دار هومه، ص 142

[16]الحديث رواه ابن ماجه والدارقطني عن ابن عباس، نيل الأوطار 238/6

[17]أحمد ذيب، المرجع السابق، عن ابن رشد عن المقدمات الممهدات (507/1)

[18]سورة البقرة، الآية 233

[19]سورة الطلاق، الآية 6

[20]جاء قول الرسول هذا في حجة الوداع، رواه مسلم

[21]أخرجه البخاري في صحيحه، رقم الحديث 5364، ص 1024

[22]قانون الأسرة رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404الموافق لـ 9 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 بتاريخ 27 فيفري 2005

[23]سورة الطلاق، الآية 1

[24]عمر زودة، المرجع السابق، ص 153

[25]مسعود بن موسى فلوسي، الثابت المتغير في أحكام الأسرة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، عدد خاص بأعمال الملتقى الوطني حول قانون الأسرة وتحولات المجتمع الجزائري، من ص 422 إلى ص 448

[26]المجلة القضائية، عدد 1 سنة 1993 ص 65

[27]مسعود بن موسى فلوسي، المرجع السابق، ص 422

[28]مسعود بن موسى فلوسي، المرجع السابق، ص 423

[29]قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 في 27 فبراير 2005

[30]سورة البقرة، الآية 231

[31] سورة الطلاق، الآية 1

[32]سورة الأحزاب، الآية 49

[33]رواه ابن ماجة والدارقطني عن ابن عباس، نيل الأوطار، 238/6

[34] احمد اديب، المرجع السابق، نقلا عن ابن ابي شيبه، المصنف، كتاب الطلاق

[35]عمر زودة، المرجع السابق، ص 83

[36](إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)

[37]المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص 21

[38]المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري

[39]المجلة القضائية، العدد الخاص، ص 112

[40]المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، مطبعة دار هومه، الجزائر 2010، ص 265

[41]سورة البقرة، الآية 229

[42]أحمد ذيب، المرجع السابق، ص 191 وما بعدها.

[43]المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001، ص23

[44]سورة النساء، الآية 19

[45]محكمة البليدة، قسم شؤون الأسرة، تاريخ الحكم 2010/02/09 (غير منشور)

[46]بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، 2008، ص 213

[47]المجلة القضائية، العدد 1، 1993، ص 65، (القرار الصادر بتاريخ 18-06-1991 من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون إجراء لمحاولة الصلح بين الطرفين يكونون قد أخطؤوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه).

هذا القرار كان طعنا بالنقض في القرار الصادر من مجلس قضاء سطيف في 1989/01/17 القاضي بالطلاق بين الزوجين.

هل قرار المحكمة له قيمة بعد حكم القاضي ولو لم يجر محاولة الصلح أو أمام انتهاء العدة؟!!