

## الأثر السلبي للطعن بالنقض على الاستقرار الأسري: نقض الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية أنموذجاً

بن هبري عبد الحكيم<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> طالب دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 16000 الجزائر، الجزائر.

البريد الإلكتروني: [hakimbenhebri@yahoo.fr](mailto:hakimbenhebri@yahoo.fr)

### الملخص:

طبقاً لأحكام المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية. في نفس الاطار نصت المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق.."، هذان المقتضيان يتسمان بالجدة يحملان في طياتهما ما هو فعلاً حماية للأسرة، لأنه بإمكان أحد الزوجين الحصول على نسخة تنفيذية و يصبح الزوجان بمثابة الأجنبيان، لأن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم مما يجعله ينفذ فوراً، أما ما يشكل فعلاً عائقاً أمام حماية الأسرة هو فتح المشرع مجالاً للطعن بالنقض في أحكام الطلاق، التي تجعل من المراكز القانونية الموضوعية تهدم كلية و يترتب عدم الاستقرار داخل الأسرة و تخلق وضعيات مخالفة لقانون الأسرة.

### الكلمات المفتاحية:

قانون الأسرة، الطلاق، الطعن بالنقض، حماية الأسرة.

تاريخ إرسال المقال: 2020/01/22، تاريخ قبول المقال: 2020/03/08، تاريخ نشر المقال: 2020/07/31

لتهميش المقال: بن هبري عبد الحكيم، " الأثر السلبي للطعن بالنقض على الاستقرار الأسري: نقض الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية أنموذجاً"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 01، 2020، ص ص. 270-295.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: بن هبري عبد الحكيم، [hakimbenhebri@yahoo.fr](mailto:hakimbenhebri@yahoo.fr)

## The Negative Effect of the Cassation Appeal on Family Stability: The Judgments Pronouncing Cassation of the Dissolution of the Conjugal Bond as a Model

### Abstract:

According to article 57 of the Family Law, modified and completed: "Divorce judgments rendered by repudiation, at the request of the wife or through the Khula ' are not subject to appeal, except in their material aspects".

In the same context, article 57 of the Code of Civil and Administrative Procedure stipulates that: "The cassation appeal is not suspensive of the execution of judgments pronouncing the divorce." These two requirements are new, spotting clearly, what is really a protection for the family, because one of the spouses can obtain an executive copy and the couple becomes like the strangers, in the sense that the spouses become like two strangers because the cassation appeal does not stop execution of the decision, which obliges him to execute it immediately.

As to what constitutes an effective obstacle to family protection. Does the legislator open the way to contest the denunciation of the provisions in matters of divorce. That destroys the objective legal centres, creates instability within family, and creates situations contrary to family law.

### Keywords:

The family law, Divorce, The appeal in cassation, Family protection.

## L'effet négatif du pourvoi en cassation sur la stabilité familiale: La cassation des jugements prononçant la dissolution du lien conjugal Résumé :

Conformément aux dispositions de l'article 57 du Code de la Famille, modifié et complété : Les jugements rendus en matière de divorce par répudiation, à la demande de l'épouse ou par le biais du «kholâ» ne sont pas susceptibles d'appel, sauf dans leurs aspects matériels".

Dans le même cadre, l'article 452 du Code de procédure civile et administrative prévoit que : " Le pourvoi en cassation n'est pas suspensif de l'exécution des jugements prononçant le divorce... ". Ces deux exigences sont nouvelles, emportant avec elles ce qui est réellement une protection pour la famille, en ce que l'un des époux peut obtenir une copie exécutive et les époux deviennent comme deux étrangers. En effet, le pourvoi en cassation n'e sursoit pas l'exécution du jugement ; par conséquent, il doit être exécuté immédiatement. Cela constitue effectivement un obstacle à la protection de la famille. Le législateur ouvre-t-il la voie au pourvoi en cassation en matière de jugements de divorce ? Cela détruit totalement les statuts juridiques objectifs et induit une instabilité au sein de la famille et provoque des situations contraires au Code de la famille.

### Mots clés :

Code de la famille, divorce, pourvoi en cassation, protection de la famille.

## مقدمة

عرف قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup> تعديلا بموجب الأمر رقم 02/05 مسّ بعض جوانبه، المتعلقة بباب الزواج، وباب الطلاق، ولتنظيم وحماية هذه الجوانب والمراكز القانونية الموضوعية في مجال المنازعات المرتبطة بقانون الأسرة، صدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون رقم 09/08 الموافق لـ: 25 فبراير سنة 2008، و الذي بدأ سريانه في 23 أفريل سنة 2009<sup>3</sup>، وقد تضمن هذا القانون الإجرائي 77 مادة تخص الإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أدمج بين الطابع الموضوعي الذي تضمنه قانون الأسرة و الطابع الإجرائي الذي جاء به قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وهو ما يعزز من الدور الإيجابي لقاضي شؤون الأسرة.

من بين المقترحات الجديدة التي وردت في قانون الأسرة إثر التعديل الذي عرفه سنة 2005 على سبيل المثال لا الحصر، تعديل المادة 57 التي نصت على ما يلي: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية". وبذلك أصبحت أحكام الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف<sup>4</sup>. غير أنّ المثير في موقف المشرع الجزائري عدم إجازته الاستئناف في هذه الأحكام في حين أنّه أجاز الطعن بالنقض فيها عملا بنص المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها ما يلي: " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المواد 450 و 451 أعلاه"<sup>5</sup>. وهو الأمر الذي تؤكدّه وتعززه المادة 435 من ذات القانون التي جاء فيها: " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، ج.ر، ع 24، مؤرخ في 12 يونيو 1984.

<sup>2</sup> - أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فبراير 2005م، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 م، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع 15، مؤرخ في 27 فبراير 2005، والمصادق عليه بموجب القانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426.ج.ر، ع 43، المؤرخ في 15 جمادى الأولى 1426، والمتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق 27 فبراير سنة 2005 م، الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984 م، والمتضمن قانون الأسرة.

<sup>3</sup> - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، مؤرخ في 23 أفريل 2008 م.

<sup>4</sup> - حررت المادة 57 من قانون الأسرة في ظل قانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984م، كما يلي: " الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا جوانبها المادية"، فكان يفسر جانب من الفقه والقضاء أنّ المشرع يقصد الطلاق بالإرادة المنفردة أما التطليق والخلع يجوز الاستئناف فيهما.

<sup>5</sup> - نصت المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: «يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك».

تدخل هذه المواد الإجرائية في باب الاستثناء على مستوى إيقاف التنفيذ للمواد 348 و 361 من القانون السالف الذكر واللذان نصتا على التوالي "ليس لطرق الطعن غير العادية ولا لأجال ممارسته أثر موقوف، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، " لا يترتب على بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ماعدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير". وبذلك يتضح جليا أنّ المشرع الجزائري سمح بالخروج عن القاعدة العامة التي مفادها أنّ طرق الطعن غير العادية لا توقف تنفيذ الأحكام المدنية هذا من جانب، من جانب آخر تثير هذه المواد إشكالية جواز الطعن غير العادي في الأحكام<sup>7</sup> المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، في حين أنّه لا يمكن الطعن فيها بطرق الطعن العادية إلاّ في جوانبها المادية<sup>8</sup>.

على هذا النحو فالطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم الذي قضى به القاضي المكلف بقسم شؤون الأسرة، مما يجعله ينفذ فوراً، وباستطاعة الزوجين أو أحدهما أن يطلب تسجيل الخلع أو الطلاق لدى مصلحة الحالة المدنية بل يجب على النيابة العامة السعي والحرص على ذلك، وهو ما يتماشى مع أحكام المادة 49 فقرة 3 التي تنص على ما يلي: "...تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

وهذا في حد ذاته يجسد الانسجام مع المقتضى الجديد الوارد في المادتين 452 و 435 من قانون الإجراءات المدنية المذكورة أعلاه وهو في ذات الوقت نسخ جزئي للمادتين 348 و 361 السالفة الذكر، بل والأكثر من ذلك أصبح هذا المقتضى الإجرائي الجديد يتجاوز تلك المادتين، و يحمل في طياته ما هو فعلاً حماية للأسرة، وبذلك يكون المشرع الجزائري أحسن صنعا لما قرر عدم وقف تنفيذ أحكام فك الرابطة الزوجية، لأنّه قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية كان الطعن بالنقض يمارس من قبل بعض الأزواج حتى تبقى الزوجة معلقة، وذلك بالطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ويترك الزوجة معلقة أربع سنوات أو أكثر والمدة

وكما نصت المادة 451 من ذات القانون على ما يلي: "يعين القاضي وكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطبيق طبقاً لأحكام قانون الأسرة. ويفصل في مدى تأسيس الطلب، آخذاً بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها. يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لاسيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة. يتعين على القاضي تسببب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية. يعين القاضي أيضاً وكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقاً لأحكام قانون الأسرة".

<sup>6</sup> - نشير في هذا الصدد إلى أنّه وقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية كان المشرع الجزائري يضيف على المراكز القانونية للمطلقين نوعاً من الاستقرار، ذلك إضافة لكون الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية كانت تصدر نهائية باستثناء جوانبها المادية، كانت إلى جانب ذلك تنفذ بقوة القانون بشرط عدم الطعن فيها من قبل أحد الزوجين بالطعن بالنقض، وبذلك يتعطل تسجيل الأحكام بالطلاق أو التطبيق أو الخلع إلى غاية فصل المحكمة العليا في الطعن بالنقض المرفوع أمامها.

<sup>7</sup> - الحكم هو القرار الصادر عن محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رفعت إليها وفق قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية سواء كان فاصلاً في موضوع الدعوى أو في مسألة متفرعة عنه، والحكم في الموضوع هو الخاتمة الطبيعية لكل خصومة عرضت على القاضي.

<sup>8</sup> - باستثناء أحكام الطلاق بالتراضي التي لا تقبل الاستئناف لا في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية، ولا في شقها المادي.

قد تطول، فالزوج عندما يطعن بالنقض ليس بهدف مراجعة زوجته، وإنما بهدف إبقاء الزوجة معلقة، لأنّ قانون الإجراءات المدنية الملغى، آنذاك كان لا يسمح بتسجيل الطلاق بالإرادة المنفردة أو التطليق أو الخلع إلى غاية أن تفصل المحكمة العليا في الطعن بالنقض المرفوع أمامها أما حالياً، فبإمكان أحد الزوجين الحصول على نسخة تنفيذية وينفذ ما أمكن تنفيذه ويصبح الزوجان بمثابة الأجنبيان عن بعضهما البعض.

فإذا كان المشرع الجزائري كرس مبدأ عدم وقف تنفيذ الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية حماية لاستقرار الأسرة في المادة 452 السالفة الذكر من جهة، فإنّه مقابل ذلك نجده قد أقر آلية الطعن بالنقض في ذات النص، والتي تشكل فعلاً عائقاً أمام حماية الأسرة، و إستقرار المراكز القانونية للمطلقين بعد الطلاق، خاصة و أنّ ممارسات المحكمة العليا جسّد تفوق القواعد الإجرائية وتفضيلها على حساب القواعد الموضوعية، الأمر الذي يهدم كلية المراكز القانونية الموضوعية، وذلك خلق وضعيات مخالفة لقانون الأسرة و للشرعية الإسلامية وللنظام العام بصفة عامة، باعتبار أنّ المشرع لم يقرر عدم قابلية الجزء المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية لأي طعن بما فيه الطعن بالنقض، استناداً إلى الطابع النهائي و الخصوصي لها الذي يميزها عن الأحكام المدنية الأخرى.

وأمام سعة موضوع الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية قياساً بتعدد الأسباب الموجبة لذلك، فإننا إرتأينا تناول هذا الموضوع في جزئية منه، والمتعلقة أساساً بقبول الطعون بالنقض لمخلفاتها قاعدة وجوبية إجراء محاولات الصلح، والتي أقرها كل من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا لما يثيره هذا الموضوع من عديد الإشكالات القانونية والعملية.

على هذا النحو نتساءل: هل غياب تفعيل قاعدة وجوبية محاولات الصلح يشكل سبباً وجبياً لقبول الطعون بالنقض المرفوعة ضد أحكام وقرارات فك الرابطة الزوجية؟ أفلا يشكل ذلك مساساً بمبدأ استقرار المراكز والأوضاع القانونية للأسرة؟ وأي عدالة ترجى بتغليب الأثر غير الموقف للطعن بالنقض في الأحكام والقرارات الصادرة بفك الرابطة الزوجية، في ظل إمكانية إعادة المراكز القانونية والأوضاع إلى ما كانت عليه بمناسبة قبول تلك الطعون؟

نقتضي دراسة مسألة الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية في قضايا شؤون الأسرة التعرض إلى مدى قابلية هذه الأحكام إلى الطعن فيها بالنقض (المبحث الأول)، عندما يكون الطعن بالنقض مؤسساً على تخلف إجراء الصلح بين الزوجين (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: مدى قابلية أحكام فك الرابطة الزوجية للطعن بالنقض عند تخلف إجراءات الصلح

يثير إجراء الصلح الذي يجريه قاضي شؤون الأسرة إشكالات متعددة لدى رجال القانون، انطلاقاً من اختلافهم في تفسير نص المادة 49 من قانون الأسرة، وقد إتجهوا في ذلك إلى اتجاهين. يرى الإتجاه الأول أنّ

إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية، وأنَّ إغفاله أو عدم قيام القاضي به يشكّل سببا موجبا لنقض الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية، الأمر الذي يؤدي إلى بطلان العمل القضائي، في حين يرى الاتجاه الثاني خلاف ذلك ويذهب إلى أنّ إجراء الصلح لا يعدّ إجراء جوهريا، بالنتيجة فإنّه لا يعدّ سببا وجيها للطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية ومن لا يؤدي إغفاله إلى بطلان العمل القضائي، (المطلب الأول)، ثمّ التطرق إلى آثار الطعن بالنقض إستنادا إلى إعتبار إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الجدل الفقهي حول قابلية الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية للطعن فيه بالنقض

يثير الطعن بالنقض في قانون الأسرة وتحديداً ضد أحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية، إشكالا من حيث مدى جوازه وانقسم رجال القانون في هذا الشأن إلى اتجاهين، فمن بينهم من يؤيد فكرة الطعن بالنقض ضد الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية عند إغفال إجراءات الصلح (الفرع الأول)، في حين يرى الاتجاه الثاني عكس ذلك (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الموقف المؤيد لفكرة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية عند اغفال إجراءات الصلح

يرى جانب من الفقه أنّه يمكن الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية في قضايا شؤون الأسرة كأصل عام و خصوصا عند تخلف إجراء الصلح ، حيث نجد من بينهم الأستاذ علي سليمان الذي يري أنّ: " أحكام الطلاق لا تقبل الاستئناف ماعدا جوانبها المادية ولعل الحكمة من هذا الحكم هي إتاحة الفرصة أمام الزوجين لاستئناف حياة زوجية أخرى، غير أنّ هذه الحكمة تتخلف إذا استؤنف الحكم أو طعن فيه بالنقض وانتهى إلى القول: "ولما كان من الممكن أن يحصل خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره من قبل قاضي الموضوع فالأحسن أن يظل هذا الحكم قابلاً للطعن بالطرق العادية وغير العادية في مختلف نواحيه<sup>1</sup>. إلى جانبه نجد الأستاذ محمد أوزيان الذي برّر موقفه بالموقف السلبي الذي: "... يمكن أن يثيره عدم الطعن بالنقض في المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع حيث يمكن للزوجين مراجعة موقفهم، لذا ينبغي إتاحة الفرصة لهم بالاستئناف أو بالنقض، ولهذا السبب فالأفضل أن تترك مقررات فك الرابطة الزوجية قابلة لكل طرق الطعن، وخاصة وأن النظم القانونية تقوم على قاعدة وجود درجتين للنقاضي فجودة العمل القضائي تقاس بضمان حق

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، "حول قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، 1998، عدد 02، ص 443.

الطعن بكل درجاته<sup>2</sup>. أما الأستاذ سليم سعدي فيرى أن: "التعديل الجديد لقانون الأسرة جاء عاماً، بخصوص أحكام فك الرابطة الزوجية<sup>3</sup>، وذلك بنص المشرع على عدم قابليتها للطعن بالاستئناف مع بقاء الطعن فيها عن طريق النقض<sup>4</sup>، فمادام هناك إجراءات مقررة قانوناً ومادام هناك قانون واجب الاحترام، فإنه لا بد من وجود رقابة المحكمة العليا على أحكام الطلاق التي تعتبر محكمة قانون لا موضوع<sup>5</sup>".

في حين يرى المفتش العام السابق بوزارة العدل علي بداوي: "أن أحكام الطلاق بالتراضي تصدر في أول وآخر درجة أي نهائية، وهي غير قابلة للاستئناف، وقابلة للطعن بالنقض من تاريخ النطق بها، والغاية من فتح باب الطعن، هو ضمان سلامة التطبيق السليم والصحيح للقانون<sup>6</sup>".

## الفرع الثاني: الموقف المعارض لفكرة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية رغم اغفال إجراءات الصلح

يرى فريق آخر من الفقهاء أنه لا يمكن الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية، منهم الأستاذ لمطاعي نور الدين الذي يرى بأن صدور قرارات من المحكمة العليا تقضي بإبطال ونقض أحكام الطلاق يعدّ في حقيقة الأمر إجراء خطير جداً، بل اعتبر تبني الطعن بالنقض في أحكام الطلاق خرقاً للقانون وكذا أحكام النظام العام، فالحكم المثبت للطلاق غير معلق على إجراءات الصلح ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخضع للطعن بالنقض عند عدم القيان بمحاولات الصلح وبما فيها طرق الطعن الأخرى العادية وغير العادية<sup>7</sup>. في ذات السياق ذهب الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا إلى اعتبار: «..الأحكام التي تقع

<sup>2</sup> - أوزيان محمد، "الأثر السلبي للأحكام الصادرة في مادة التطبيق على الاجتهاد القضائي، قراءة في الفقرة الأولى من المادة (128) من مدونة الأسرة" منشور على الموقع التالي: <http://www.marocdroit.com>، ص 6-7.

<sup>3</sup> - جاء في عرض الأسباب لمشروع قانون يتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م، الذي يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، في باب الطلاق، النص على عدم قابلية جميع أحكام فك الرابطة الزوجية من طلاق وتطبيق والخلع للاستئناف، مع بقائها قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، انظر: الجريدة الرسمية للمجلس الشعبي الوطني، الصادرة يوم الخميس 9 شعبان 1404 هـ، الموافق ليوم 10 ماي 1984، السنة الثالثة، العدد 48 والمنشور بموقع البرلمان.

<sup>4</sup> - سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر-1، 2011، ص 7.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 71.

<sup>6</sup> - بداوي علي، "الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة"، مداخلة أقيمت في الملتقى المخصص لشرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نشرة القضاة، الجزء الأول، عدد 64، ص 356.

<sup>7</sup> - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2006/2007، ص 140-141.

بمناسبة الطلاق أحكام نهائية، ومن بينها الخلع الذي يعدّ طلاقاً بائناً ولا يجوز نقضه من أي كان وتحت أي سبب كان، كونه ذو طابع نهائي حيث يحل عقدة الزواج بقوة القانون<sup>8</sup>. وفي نفس الاتجاه يرى الأستاذ بلحاج العربي أن: "الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بصفة عامة يصدر ابتدائياً ونهائياً. فهنا يتساءل عن فائدة الطعن بالنقض في هذا الحالة؟، صف لذلك النتائج والآثار التي يترتبها الطعن بالنقض والتي تثير العديد من الإشكالات والتناقضات في التطبيق، وخاصة فيما يتعلق بالعلاقة القائمة بين الطعن بالنقض والعدة إذ لم يراع المشرع الجزائري الانسجام بين هاذين الميعادين"<sup>9</sup>.

أما الأستاذ عمر زودة فيرى: "أن حكم الطلاق لا يعدّ عملاً قضائياً، وإنما يعتبر عملاً ولائياً وبالتالي لا يمكن الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية سواء بالطرق العادية أو غير العادية<sup>10</sup>، كونه حق مقرر شرعاً وقانوناً للزوج ولا يمكن أن ينازع فيه أحد سواء الزوجة أو القاضي"<sup>11</sup>، وبالتالي الطعن بالنقض لا يكون إلا في الشق المتعلق بالأمر المادية. ويؤيده في ذلك الأستاذ مراد كاملي الذي يقول: "أن قانون الأسرة الجزائري لا يسمح بالطعن في الحكم بالطلاق فيما يتعلق بقرار إنهاء العلاقة الزوجية، كون الإلغاء يكون بأثر رجعي، وهو ما يعني أن المرأة قد وجدت في مرحلة لا تعرف فيها إن كانت زوجة أم لا، وهو ما لا يستقيم مع نظام الأسرة وقواعد الشريعة في الحل والحرمة، وحرصاً من المشرع على تقادي الظن بإمكانية الطعن في الحكم بالطلاق الناشئ عن طريق الطعن"<sup>12</sup>.

8 - لحسين بن الشيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع - دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة - سلسلة دراسات قانونية، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 201.

9 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، 2002، ص 364.

10 - زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، انسيكلوبيديا للنشر، بن عكنون - الجزائر، 2014، ص 124.

11 - المرجع نفسه، ص 129.

12 - مراد كاملي، الوجيز في قانون الأسرة، محاضرات أقيمت على السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، 2009-2010، ص 71.

- يدعم هذا الرأي ما أتى به الأستاذ عمرو خليل الذي يرى أن الطعن بالنقض يثير عدة إشكالات قانونية من حيث عدة المرأة ومن حيث الوفاة ومن حيث النفقة، ومن حيث إنهاء عقد الزواج سواء في حالة قبول الطعن أو رفضه، أو أثناء سريان الطعن وفي حالة قبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه يترتب عليه إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم بالطلاق وفقاً للقواعد العامة وهنا قد تهتز المراكز القانونية التي ترتبت عن الطلاق بين الزوجين، وعلاقة المرأة بالرجل هل تبقى كزوجة أم أنها أجنبية عنه؟ أنظر في ذلك: عمرو خليل، الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق، مجلة البحوث والدراسات القانونية، العدد 01، 2011، ص 208.



## المطلب الثاني: أثار الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية بحجة إغفال إجراء الصلح

لا يمكن الإحاطة بالآثار المترتبة عن الطعن بالنقض في الأحكام القاضية بفك الرابط الزوجية إلا من خلال دراسة، وذلك بتبيان الآثار المترتبة عن اعتبار الصلح إجراء جوهريا وما يترتب عن ذلك من انعكاسات جراء فتح المجال (الفرع الأول)، وبالنظر إلى تلك الآثار السلبية على إستقرار المراكز القانونية للمطلقين وعلى الأسرة ككل فإنه يصبح منطقيا التأكيد على عدم جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية إستنادا إلى توافق هذا الرأي مع استقرار الأوضاع القانونية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: قبول الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في فك الرابطة الزوجية جراء تخلف إجراء الصلح: تهديد لاستقرار الأوضاع القانونية

يشير الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية في ماعدا الشق المادي جملة من المسائل و التي بدورها تثير كثيرا من الجدل، من هذه المسائل ما يتعلق بإمكانية إحياء العلاقة الزوجية من جديد (أولاً)، إلى جانب إلزام الرجل المطلق بالإفراق على امرأة أجنبية عليه (ثانياً)، ضف إلى ذلك مشكلة التوارث بين المطلقين (ثالثاً)، فضلا عن إشكالية تعدد الأزواج بالنسبة للزوجة (رابعاً).

أولاً-إحياء العلاقة الزوجية بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه: تنص المادة 57 من قانون الأسرة على ما يلي: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية..."<sup>1</sup>. يتضح من خلال هذه المادة أنّ الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية لا تقبل الطعن فيها بطريق الاستئناف، غير أنه بمفهوم المخالفة قد تقبل طريقا آخر من طرق الطعن، وهو الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وهو ما نصت عليه المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بطريقة غير مباشرة، حيث جاء فيها: "لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و451 أعلاه". وهي المادة التي إستند إليها الرأي القائل بجواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية، إستنادا على خرق بعض الإجراءات، من بينها عدم إجراء القاضي للصلح بين الزوجين.

غير أنّ الإشكال يكمن في جدوى الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية، إذا كان الحديث حول فك الرابطة الزوجية في حد ذاتها، إذ على فرض أنّ المحكمة العليا بعد وقت طويل قررت قبول للطعن بالنقض لإغفال إجراء ما أو لخطأ ما في تطبيق القانون، وإحالة الملف مجدداً فتكون الزوجة بهذا الإجراء لا تزال زوجة طليقها، لأنّ قرار المحكمة العليا بقبول الطعن يجعل من المطلقين زوجين بأثر رجعي.

<sup>1</sup> - نص المادة 57 من قانون الأسرة لم تستثني الطعن بكل طرقه، وإنما إقتصرته فقط على عدم الاستئناف، بخلاف المشرع المغربي الذي نص من خلال المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية بأن التطليق والخلع تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية.

ثانياً-إلزام الرجل المطلق بالإنفاق على امرأة أجنبية عليه: تجب النفقة للزوجة بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة طبقاً لنص المادة 74 من قانون الأسرة، لكن إذا تم اعتبار الصلح إجراءً جوهرياً فإنّ تخلفه يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، وفي هذه الحالة يلزم الرجل بأن ينفق على امرأة أجنبية في الشرع والتي تعدّ في نفس الوقت زوجته بقوة القانون<sup>1</sup>.

غير أنّه إذا اعتبرنا أنّ الصلح إجراءً غير جوهري فلا يترتب نقض الحكم ولا يلزم الرجل بالإنفاق على امرأة أجنبية.

ثالثاً-إشكالية التوارث بين المطلقين: يعتقد أنصار الصلح الجوهري، أنّه وبعد النقض يكون الحكم القضائي كخط فاصل بين من يرث ومن لا يرث إذا حدثت الوفاة بعد النقض، طالما أنّ قرار المحكمة العليا نقض الحكم المطعون فيه، فإنّ الحي منهما من الزوجين يرث الآخر في حالة وفاة أحدهما وهو أمر غريب جداً، إذ يتنافى مع المنطق القانوني، ومخالف للشرع والقانون، وخاصة المادة 126 من قانون الأسرة التي تحدد أسباب الإرث بنصها على أنّ " أسباب الإرث القرابة و الزوجية ". فلا علاقة للحكم القضائي باستحقاق الإرث فالأحرى والأجدر ألا تطرح مسألة الطعن بالنقض بسبب تخلف الصلح كون هذا الأخير لا علاقة له بالحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية.

كيف للمحكمة العليا أن تقضي بإلغاء الحكم المطعون فيه، ومن ثم توارث بين شخصين مطلقين مع انعدام أسباب الميراث؟<sup>2</sup>، فقرار المحكمة العليا يزيد من الأمر تعقيداً مما يتعين على المشرع التدخل لوضع حد لمثل هذه الممارسات القضائية<sup>3</sup>.

أما إذا اعتبرنا أنّ الصلح إجراءً غير جوهري وبالتالي ليس من شأنه أن يرقى إلى إلغاء الأحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية على أساس مخالفة قاعدة جوهريّة في الإجراءات، لا يكون هناك نقض لأي حكم قضى بفك الرابطة الزوجية. وطبعاً إذا توفي أحد الزوجين فلا توارث بين المطلقين باعتبار الخلع أو التطلق أو الطلاق بالتراضي طلاق بائن.

رابعاً-تعدد الأزواج بالنسبة للمرأة: يترتب اعتبار الصلح إجراءً جوهرياً، أنّ تخلفه يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، وفي حالة فرضاً تم قبول هذا الطعن يتم إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها، لكن المشكل يكمن في حالة ما إذا كانت الزوجة تزوجت بزواج آخر خلال فترة الطعن. فتكون حسب أنصار الصلح كإجراء جوهري في عصمة زوجين أي مازالت في عصمة الزوج الأول وكذا الزوج الثاني الذي تزوجت به خلال فترة النقض حيث يحق لزواج الأول تحريك الدعوى العمومية لمتابعة الزوجة بجريمة الزنا.

<sup>1</sup> - عمرو خليل، مرجع سابق، ص 210.

<sup>2</sup> - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2013-2014، ص 171.

<sup>3</sup> - عمرو خليل، مرجع سابق، ص 209.

غير أنّ هذه القراءة غير سليمة، لذا يعتبر نقض الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية أمر خطير جداً، لكن إذا اعتبرنا الصلح إجراء غير جوهري فتخلفه لا يؤثر على الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية، وبالتالي إعادة المرأة الزواج من زوج آخر بعد طلاقها من الزوج الأول وقضاء عدتها يجعل زواجها الثاني شرعياً.

**خامساً- إشكالية العدة الشرعية:** المعروف أنّ العدة تبدأ من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق بناء على إرادته المنفردة، أما في صور الطلاق الأخرى أو ما يعرف بطلاق القاضي فإنّ سريان العدة يبدأ من تاريخ النطق بالحكم وهي إما عدة أقرأء ثلاثة، أو عدة أشهر ثلاثة أو حمل، وبالرجوع إلى قانون الأسرة وفقاً لما نصت عليه المادة 58 بقولها: **{تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء و اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق}**. ونصت المادة 60 على أنّ: **{عدة الحامل بوضع حملها}** ومن المعروف أنّ كل طلاق يوقعه القاضي فهو طلاق بائن و أنّه بانتهاء العدة تتحلل المرأة من كل آثار الزوجية، إذ تصبح أجنبية عن الرجل وهنا قد تنتهي العدة والحكم بالطلاق يكون لم يبلغ للأطراف بعد، وحتى لو بلغ فإنّ أجل الطعن هو شهران وفقاً لنص المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهنا قد لا يرفع الطعن وتكون المرأة قد تزوجت بزواج آخر بعد انقضاء العدة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. وأتته في حالة ما إذا رفع الطعن وأن القرار بالطعن رأى عيباً في هذا الحكم وألغي وأعيدت القضية من جديد إلى نفس الجهة التي أصدرت حكم الطلاق، وهنا بعد هذا الإلغاء لحكم الطلاق فما هي وضعية كل من الرجل والمرأة تجاه الآخر أيعتبران زوجين مادام أنّ حكم الطلاق قد ألغي أم يعتبران مطلقين؟<sup>1</sup>، الأدهى والأمر أنّ قضاء المحكمة العليا نفسه يعتبر العدة من النظام العام، فضلاً على أنّ الشريعة الإسلامية تعبر أنّه بمجرد الطلاق وانتهاء العدة تصبح المرأة أجنبية عن هذا الرجل الذي كان سابقاً زوجها.

## الفرع الثاني: رفض الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية: ضمانات لاستقرار الأوضاع القانونية

يعتبر الطعن بالنقض طريق غير عادي يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة للقانون أو بطلان سواء في ذات الحكم أو في الإجراءات التي أسس عليها<sup>2</sup>، ولا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه المحددة في نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعند رفع طعن بالنقض ضد الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية، فإنّ المحكمة العليا في هذا المجال لها أن تصرح برفض أو قبول الطعن المرفوع، ففي حالة ما إذا انتهى الطعن بالنقض في الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية إلى الرفض، فهنا لا بد

1 - عمرو خليل، مرجع سابق، ص 209.

2- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون-الجزائر، 2000-2001، ص 138.

من التمييز بين نوعين من القرارات القضائية، منها التي لا تفصل في موضوع الطعن، بل تتوقف في مسألة قبوله ولا تتجاوز هذه المرحلة فتنتهي بعدم قبول الطعن شكلاً . وبين التي تفصل في موضوع النزاع وتفحص مدى تأسيس الأوجه التي بني عليها الطعن فينتهي إلى رفض الطعن لأن الأوجه غير سديدة أو غير مؤسسة. وعليه فإن رفض الطعن بالنقض شكلاً أو موضوعاً لا يطرح أي إشكال قانوني، فليس هناك أي تأثير على الحكم المطعون فيه، كون أن الرفض لا يؤثر على المراكز القانونية التي خلفها الحكم محل الطعن فالحكم سواء كان كاشفاً أو منشئاً قضي بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو التطليق أو الخلع يترتب عنه انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج. إذ ليس هناك تأثير على الزواج الجديد ولا بالنسبة للوفاة، وأنه كذلك بالنسبة للعدة، ولا يمكن تصور متابعة الزوجة بجريمة الزنا عندما تعيد الزواج بزواج آخر، إذ الرفض يعتبر تأكيداً لحكم الطلاق<sup>1</sup>.

إن رفض الطعن يعتبر تأكيداً وتكريساً لحكم الطلاق<sup>2</sup>، بحيث يصبح الحكم المطعون فيه نهائياً ولا رجعة فيه، وبالتالي واستناداً على نص المادة (4) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن هذا الحكم ليس له أثر موقف، أي لا تتوقف جميع الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية، ووفق تلك الآثار يترتب عليه أنه يجوز للزوجة أن تعيد الزواج رغم الطعن بالنقض. وهذا على خلاف ما كان عليه الوضع قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>3</sup>.

ومن بين القرارات التي قررت المحكمة العليا فيها رفض الطعن المرفوع ضد حكم قضي بفك الرابطة الزوجية بالتطليق على أساسا لاكتفاء بجلسة صلح واحدة وحكم غياب أحد الزوجين أو الإنابة عنهما أو في حالة اقتناع القاضي بعدم جدوى عقد جلسات أخرى، القرار الذي قضى بما يلي: "بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30م، تمسك فيها الزوجان بمطالبهما، وبالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استنفاده ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عمرو خليل، مرجع سابق، ص 209.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 211.

<sup>3</sup> - حيث كان الطعن بالنقض يترتب أثر موقف، أي توقف جميع الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية، وفق تلك الآثار يترتب عليه عدم جواز للزوجة أن تعيد الزواج قبل الفصل في الطعن بالنقض، ثم إن المرأة أثناء الطعن تبقى كالمعلقة لا هي بزوجة تنعم بالحياة الزوجية ولا هي مطلقة بإحسان يغنيها الله من سعته وعلى ذلك وجب النص على أن الأحكام والقرارات المصرحة بالطلاق غير قابلة للطعن إلا في الجوانب المادية، ولكنها بالرغم من ذلك تكون قد تزوجت كل ذلك يصبح مرهونا بالنتيجة التي ينتهي إليها الطعن بالنقض.

<sup>4</sup> - انظر: القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، طعن رقم: 342470، المؤرخ في 2005/09/14، مجلة المحكمة العليا، ع02، 2005، ص409.

## المبحث الثاني: الطعن بالنقض بين القانون والاجتهاد القضائي الأسري

حدد القانون الجزائري صراحة الأسباب الموجبة لممارسة الطعن بالنقض ضد الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية على سبيل الحصر في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المطلب الأول)، إلا أنه وعلى خلاف صراحة المشرع هذه، نجد أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا لا زال يعرف عدم الاستقرار والتذبذب فيما يخص تقرير الطعن بالنقض ضد الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الأسباب القانونية للطعن بالنقض

أجاز المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية إمكانية الطعن بالنقض في الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، غير أن هذه الإجازة بقدر ما جاءت كآلية لتصحيح ما يمكن أن يشوب تلك الأحكام من عيوب و خرق للإجراءات القانونية و القضائية كهدف معلن، إلا أن المشرع لم يكن موفقا في هذا الجانب، حيث جانب المنطق السليم الذي يجعل استقرار الأوضاع القانونية هدفا أسمى (الفرع الأول)، على هذا النحو يصبح الذهاب نحو عدم إجازة الطعن الكلي بالنقض في الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية ضرورة و حصره في جوانبه الإجرائية فقط دون الموضوعية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مجانية المشرع للمنطق السليم بإجازته للطعن بالنقض في الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية

إن إقرار المشرع في أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية بآلية الطعن بالنقض في المادة 452 منه ضد الأحكام الفاصلة في شق الرابطة الزوجية لا يتماشى مع المنطق القضائي (أولا)، وان كانت نفس المادة في شقها الآخر تتضمن قاعدة الأثر غير الموقف للطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية التي تتماشى مع قاعدة إستقرار الأوضاع القانونية للزوجين المطلّين (ثانيا).

أولا: إقرار الطعن بالنقض ضد الأحكام الفاصلة في شق الرابطة الزوجية لا يتماشى مع المنطق القضائي: أورد المشرع الجزائري حصرًا في نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أوجه الطعن بالنقض و تتمثل هذه الأوجه في: مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات إغفالا لأشكال الجوهرية للإجراءات، عدم الاختصاص، تجاوز السلطة، مخالفة القانون الداخلي، مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، مخالفة الاتفاقيات الدولية، انعدام الأساس القانوني، انعدام التسبب، قصور التسبب، تناقض التسبب معالم نطوق، تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار - تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثبتت 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، تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن

بالنقض سابق قد 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 بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار - الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب - السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية - إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

يتحدد نطاق نظر المحكمة العليا في الطعن بالنقض المرفوع أمامها أساسا بالأوجه المثارة من طرف الطاعن والواردة في مذكرة الطعن بالنقض، فإذا كانت هذه المذكرة خالية من بيان أحد تلك الأوجه فإن ذلك يؤدي إلى غلق الباب أمام المحكمة العليا من ممارسة رقابتها على القرار أو الحكم المطعون فيه، ولا يمكن بأي حال من الأحوال للمحكمة العليا إثارة أحد تلك الأوجه من تلقاء نفسها، كما لا يقبل من الطاعن نفسه الإستناد إلى وجه آخر من أوجه الطعن عن طريق المذكرة الشارحة أو مرافعتها لشفوية<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة في هذا المقام إلا أن الطعن بالنقض في الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية مرتّ بمرحلتين: المرحلة الأولى وهي مرحلة قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية أين كان الطعن بالنقض يمارس من قبل بعض الأزواج كوسيلة تعسفية هدفها إبقاء الزوجة معلقة، ذلك أنه لم يكن بالإمكان تسجيل حكم الطلاق أو الخلع حتى تفصل المحكمة العليا في طعنها والذي قد يمتد إلى عدة سنوات قد تصل أحيانا إلى أكثر من أربع سنوات، ولا يمنح خلال تلك المدة إخبار بالطلاق إلا بعد إحضار شهادة عدم الطعن بالنقض. أما المرحلة الثانية فهي مرحلة بعد صدور قانون الإجراءات المدنية أين جاء المشرع بمقتضى جديد كنتيجة للوضع السلبي الذي كان سائدا من قبل، حيث تمّ إقرار مبدأ عدم وقف تنفيذ حكم صادر بفك الرابطة الزوجية وهي ضمانة مهمة لاستقرار المراكز القانونية، غير أن المشرع وإن كان وفق في هذه النقطة إلا أنه سها عن مسألة إجازة الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية، والآثار الناجمة عن نقض المراكز القانونية والمساس بحقوق الأسرة وإستقرارها.

في ذات السياق تنص المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق.."، وهو الأمر الذي تؤكد و تعززه المادة 435 من ذات القانون في باب الطلاق بالتراضي التي جاء فيها: " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم". حددت هذه المواد النطاق الذي يمكن أن يمارس فيه الأطراف تظلماتهم من الأحكام القضائية المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، غير أن أحكام هذه المواد بالقدر الذي تبدو معه واضحة في إجازة الطعن بالنقض فإنها تبقى مع ذلك منطوية على قدر كبير من الغموض فيما يتعلق بخصوصية ومحل هذا الطعن، فهل يتعلق بمخالفة القواعد الإجرائية أم الموضوعية؟ تتطرق مشروعية هذا التساؤل إنطلاقا من كون أية قاعدة قانونية إجرائية لا يمكن العمل بأحكامها منفصلة عن باقي المقتضيات، وإنما بالضرورة عبر اعتبار باقي الأحكام التي تتضمنها القواعد الموضوعية الأخرى الواردة في قانون الأسرة.

<sup>1</sup> - زرقون نورالدين، أوجه الطعن بالنقض في الاحكام المدنية، موفم للنشر، الجزائر، 2017، ص 12-13.

بالنتيجة فإنّ قراءة القواعد المنظمة للحق في الطعن في الأحكام القضائية المتعلقة بفك الرابطة الزوجية يجب ألا تتحدد في نص المادتين 452 و 435 أعلاه فقط، وإنّما يجب البحث في مدى إمكانية خضوع ممارسة هذا الحق لطبيعة خاصة متميزة عن باقي الحقوق المدنية الأخرى، باعتبار أنّ الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية حكم ابتدائي ونهائي<sup>2</sup>، لا يمكن إغفال النتائج المترتبة عليه بمجرد النطق به، فالى جانب عدم إمكانية وقف تنفيذه، فهويتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية للبلدية، مما يخلق وضعيات حرجة مخالفة لقانون الأسرة و الشريعة الإسلامية وللنطق القضائي لا يمكن تداركها فيما بعد.

يتأكد هذا الطرح مع مقاصد النص التشريعي في الشق المتعلق بعدم جواز إستئناف الحكم الفاصل بفك الرابطة الزوجية، و هو ما يتماشى مع القواعد الشرعية، إذ لا يعقل أن يستعمل الزوج حقه في الطلاق إستنادا إلى كون العصمة في يده ثم يمنح الحق للزوجة في إستئنافه هذا من جهة، من جهة أخرى نجد أنّ المادة 57 من قانون الأسرة نصت على عدم القابلية للإستئناف و لم تنص على عدم القابلية للطعن بالنقض، ثم يأتي المشرع بقاعدة إجرائية يجيز ذلك بنص المادتين 452 و 435 السالف ذكرهما، الأمر الذي تنتقي معه الحكمة من جعله يصدر نهائيا، وفي اعتقادنا أنّه من العبث أن يستأنف حكم فك الرابطة الزوجية، مادام الزوج قد طلبه وهو مصر عليه، وإن كان هذا الرأي يستقيم مع الإستئناف فالأولى أن يتم تطبيقه على الطعن بالنقض.

وعليه فمن غير المنطقي (المنطق القضائي)<sup>3</sup>، حسب هذا التحليل القول بأنّ أحكام الطلاق تخضع لطريق الطعن بالنقض ذلك أنّه مادامت هناك إجراءات مقررة قانونا ينبغي احترامها، فإنّه لا بد من بسط رقابة المحكمة العليا عليها باعتبارها محكمة قانون لا محكمة واقع.

ثانيا: تماشي إقرار قاعدة الأثر غير الموقوف للطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية مع قاعدة استقرار الأوضاع القانونية للزوجين المطلّين: يقصد بالأثر غير الموقوف للطعن بالنقض أنّه ذا الطعن لا يكون له مفعول تعلّقي ل تنفيذ الحكم المطعون فيه، حيث بمجرد صيرورة الحكم القضائي نهائي<sup>4</sup> يكون من حق المحكوم لها لحصول على النسخة التنفيذية ومباشرة إجراءات التنفيذ دون أن يطلب منه إثبات أن الحكم الذي يطلب تنفيذه ليس محل طعن بالنقض، ولا يجوز للمحكوم ضده أن يمتنع عن تنفيذ الحكم بحجة أنّه قد طعن فيه

<sup>2</sup> -قضاة شؤون الأسرة يوردون في أحكامهم عبارة: " فصلا في مسائل شؤون الأسرة حكمت المحكمة علنيا حضوريا نهائيا" فيما يخص فك الرابطة وابتدائيا في الشق المادي.

<sup>3</sup> - يقصد بالمنطق القضائي عملية ذهنية أو نشاط فكري يتحقق من خلاله قاضي شؤون الأسرة من ثبوت وقائع ومعاينة عناصر فك الرابطة الزوجية في جانب الخصوم، ويستعين به لانزال حكم لقانون عليها، ويلزم شؤون الأسرة في صورة اتباع أساليب الاستدلال المنطقي.

<sup>4</sup> -إنّ اعتبار الحكم القضائي قابلا للتنفيذ من تاريخ تمتعه بقوة الشيء المقضي فيه وعدم إعطاء الطعن بالنقض أثرا موقفا له هو مبدأ قانوني يستند إلى اعتبارات ومبررات منطقية ترتبط بطبيعة الحكم المطعون فيه وبطبيعة الطعن بالنقض وبرغبة المشرع في تحقيق العدالة الناجزة.

بالنقض<sup>1</sup>. هذا ويعدّ الأثر غير الموقف للطعن بالنقض قاعدة قانونية معترف بها، حيث تشكل هذه القاعدة خاصية من خصائص الطعن بالنقض تم تكريسها من طرف أغلب التشريعات المقارنة، كما أنّ تطبيقها يترتب نتائج قانونية هامة بالنسبة للحكم المطعون فيه، وبالنسبة لأطراف خصومة الطعن بالنقض<sup>2</sup>.

تبنى المشرع الجزائري مبدأ عدم قابلية الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية لوقف التنفيذ في مناسبتين: الأولى عندما تكلم عن تطبيق هذا المبدأ على كل طرق الطعن غير العادية، حيث نصت المادة 348 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: " ليس لطرق الطعن غير العادية ولا لآجال ممارسته أثر موقف، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". غير أنّه بإستقراء نص المادة 348 أعلاه نجد أنّها أوردت استثناءً على القاعدة العامة، وهي في حالة وجود نص خاص يقضي بالخروج عن تلك القاعدة العامة. والثانية عندما أشار إلى تطبيق هذا المبدأ على الطعن بالنقض فنص في المادة 361 فقرة 1 من نفس القانون على أنّه: " لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار ماعدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير ". حيث أنّ القاعدة العامة طبقاً لنص المادة 361 أعلاه هو عدم جواز وقف تنفيذ حكم أو قرار، إستثناءً يمكن ذلك في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير دون سواها بالمفهوم الحرفي للنص.

وعليه الطعن بالنقض في المواد المدنية بصفة عامة لا يوقف تنفيذ الأحكام أو القرارات، غير أنّه نظراً لخصوصية أحكام فك الرابطة الزوجية عمل المشرع على إيراد استثناء على القواعد العامة المكرسة طبقاً للمواد أعلاه على مستوى وقف التنفيذ، بأن سمح بالخروج عنها، و هذا بموجب نص المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي تنصت على ما يلي: " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و 451 أعلاه ». وكذا ما تنص عليه المادة 435 بما يلي: " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم"، في الأحكام الصادرة بالطلاق بالتراضي.

يترتب على قاعدة عدم قابلية الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية لوقف التنفيذ حق الزوجين المطلقين أو أحدهما المحكوم له في الحصول على النسخة التنفيذية دون انتظار انتهاء آجال الطعن بالنقض أو انتظار الفصل فيه، فبمجرد إستفاد الحكم القضائي لطرق الطعن العادية يصبح قابلاً للتنفيذ<sup>3</sup>، و يتم تسجيله بالحالة

<sup>1</sup> - إنّ تطبيق قاعدة الأثر غير الموقف للطعن بالنقض يترتب آثاراً قانونية تنشأ مباشرة بعد صدور الحكم القضائي الحائز على قوة الشيء المقضي فيه، فمن جهة يترتب التزام على الكافة باحترام ما فصل فيه هذا الحكم، ومن جهة ثانية يعطي للمحكوم له الحق في الحصول على النسخة التنفيذية التي تمكنه من البدء في عملية التنفيذ دون أن يتأثر بالطعن بالنقض في الحكم محل التنفيذ.

<sup>2</sup> - زرقونورالدين، "الطعن بالنقض في المواد المدنية بين الأثر غير الموقف والأثر الموقف"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر، ع 2، 2018، ص 439.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 444.



المدنية<sup>1</sup>، على هذا النحو يكون المشرع قد ساير نص المادة 49 الفقرة 03 من قانون الأسرة التي جاء فيها ما يلي: "...تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

تتصرف آثار قاعدة عدم قابلية وقف تنفيذ الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية إلى قضاة المحكمة العليا (قضاة النقض)، إذ لا يمكن لهم أن يأمرؤا بوقف تنفيذ حكم قضائي فاصل بفك الرابطة الزوجية وهذا إلى غاية الفصل في الطعن بالنقض بحد ذاته، حتى ولو بدا لهم من عريضة الطعن بالنقض أنّ الحكم محل الطعن بالنقض سيكون مآله النقض والإبطال، ذلك أنّ قضاة النقض بالمحكمة العليا ليس من اختصاصهم النظر في طلبا توقف التنفيذ وفق ما هو منصوص عليه في التشريعات التي لا تمنح لمحكمة النقض سلطة وقف تنفيذ الأحكام المطعون فيها بالنقض<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: ضرورة التوجه نحو إقرار قاعدة عدم قابلية الأحكام المتعلقة بالرابطة الزوجية للطعن بالنقض في شقها الموضوعي

إنطلاقاً مما سبق شرحه فإنّه لا يمكن العمل بأي قاعدة قانونية منفصلة عن باقي المقتضيات، وإنما بالضرورة عبر اعتبار باقي الأحكام التي تتضمنها قواعد قانونية أخرى، فالقول بأنّ الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية قابلة للطعن بالنقض إستناداً على نص المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية دون البحث في بقية الأحكام يجانب الصواب والمقاصد المقررة شرعاً وقانوناً. و أمام الغموض الذي يكتنف هذه المسألة من حيث عدم صراحة النصوص الضابطة للطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية بخصوص نطاق وحدود هذا الطعن، فهل هو مقصور على الإجراءات التي يمكن أن تكون محل خرق أو إغفال من قبل قاضي الموضوع؟ أم يمكن أن يتعدى ذلك ليشمل موضوع فك الرابطة الزوجية بحد ذاته؟ فإن كان الأمر متعلقاً بالفرضية الأولى فإننا هنا بصدد ما يمكن تسميته طعن بالنقض جزئي كونه مقتصر على الجانب الإجرائي للحكم دون موضوعه، وهو الذي يستقيم مع مقاصد الشريعة واستقرار الأوضاع القانونية للأسرة ككل، أما إذا كان الأمر يتعلق بالطعن بالنقض في الموضوع، فهذا كما أسلفنا من شأنه المساس باستقرار تلك الأوضاع القانونية.

يمكن في هذا الصدد الاستئناس بالتجربة المغربية في باب الطعن في الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، بحيث أنّ المشرع المغربي أغلق باب الطعن بالنقض فيها تماماً، إذ تنص المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية على أن: "المقررات القضائية الصادرة بالتطبيق أو بالخلع أو بالفسخ طبقاً لأحكام هذا الكتاب، تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية".

<sup>1</sup> - لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 207-208.

<sup>2</sup> - زرقون نورالدين، مرجع سابق، ص 444.

بالنتيجة فإنه يمكن إقتراح تعديل لنص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري على النحو الآتي: " أحكام الطلاق والتطليق والخلع والطلاق بالتراضي لا تقبل أي طريق من طرق الطعن إلا ما تعلق بجوابها المادية وكذا الحضانة".

وبطبيعة الحال لابد من تعديل نص المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو التالي: "عدم قابلية الأحكام المتعلقة الرابطة الزوجية للطعن بالنقض في شقها الموضوعي، ما عدا الجوانب المادية والحضانة وتوابعها". وأيضاً تعديل نص المادة 435 من نفس القانون على النحو الآتي: "الأحكام الصادرة بالطلاق بالتراضي لا تقبل الطعن بالنقض في جزئها المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية بالتراضي ما عدا الجوانب المادية أو ما تعلق بحضانة الأولاد وتوابعها".

### المطلب الثاني: عدم استقرار الاجتهاد القضائي الأسري أثر سلبي على حماية الأسرة

يلاحظ عند الفصل في الطعن بالنقض أنّ غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا تتجه نحو تفضيل والاهتمام بالقواعد الإجرائية على حساب القواعد الموضوعية وأثر ذلك على الحكم الفاصل بفك الرابطة الزوجية محل الطعن بالنقض (الفرع الأول)، إلى جانب تذبذب وعدم استقرار موقف قضاء المحكمة العليا بخصوص تخلف أو إغفال الصلح والتأثير السلبي المترتب على استقرار الأسرة جراء رفض أو قبول نقض الأحكام الفاصلة بفك الرابطة الزوجية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: إهتمام المحكمة العليا بالقاعدة الإجرائية على حساب القاعدة الموضوعية وأثر ذلك على الحكم الفاصل بفك الرابطة الزوجية محل الطعن بالنقض

تتمثل وظيفة المحكمة العليا في مراقبة مدى احترام تطبيق القانون، وهذا الأخير يشمل نوعين من القواعد القانونية، القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية<sup>1</sup>. يظهر من القرارات التي اعتبرت الصلح إجراء جوهرياً أنّ المحكمة العليا قد إهتمت فقط بالسهر على مدى إحترام القواعد الإجرائية من قبل قضاة الموضوع، و لم تحاول بذل جهد لتحديد خطورة الآثار الناجمة والمترتبة عن نقضها للحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية و المتميز بخاصيتي النهائية والنفاد.

فالمحكمة العليا لما تنقض الأحكام القضائية، تنقض على أساس أنّها محكمة قانون وليست محكمة الوقائع، وهي بذلك لا تولي اهتماماً للقواعد الموضوعية والآثار الوخيمة الناجمة عنها، لأنّ مركز الزوجين ينقضي إما بتلفظ الزوج بالطلاق أو بصدور الحكم المثبت لفك الرابطة الزوجية ولا علاقة له بقرار الصادر بعد

<sup>1</sup> - زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 153.

النقض، وبذلك نسجل تناقض بين القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية<sup>1</sup> وكما هو معروف في الفقه: "أن القاعدة الإجرائية تخدم القاعدة الموضوعية ولا تستطيع القاعدة الإجرائية أن تعصي القاعدة الموضوعية"<sup>2</sup>. فالنقض على أساس عدم مراعاة إجراء ما من إجراءات خصومة فك الرابطة الزوجية من شأنه أن يهدم الموضوع، وهو ما نلاحظه في قرارات المحكمة العليا التي تهتم بإجراء الصلح وترتقي به إلى درجة الإجراء الجوهري، وتجعله في مرتبة النظام العام على حساب المركز الموضوعي التي تتضمنه القاعدة الموضوعية. فكيف للمحكمة العليا أن تبرر قراراتها في مواجهة أطراف الطن بالنقض (الطاعن والمطعون ضده)، بأن طلاقهما باطل، فضلاً على أن الطاعن والمطعون ضده أي الزوجين المطلقين لا يمكن أن يجتمعا إلا بعقد جديد أو بتطبيق أحكام الرجعة بدون عقد جديد أو بعقد جديد حسب الأحوال. وأما غير ذلك فهو تعدي على حكم الشرع بدعوى خرق الإجراءات الجوهريّة، فالقانون منطوق والقاضي لما يصدر حكمه يراعي تطبيق القانون ويراعي نتائج ذلك الحكم إلى أي حد قد تصل، وهل يمكن تنفيذه أم لا؟

ينبغي على قاضي شؤون الأسرة عدم تطبيق القانون بحرفيته وإنما يطبق روح القانون مع مراعاة نتائج هذا الحكم وعواقبه، ولا سيما وأنه يتميز بالطابع النهائي وتنفيذه يكون وجوباً بسعي من النيابة العامة، فالطاعن والمطعون ضده-الزوج والزوجة- طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية هما مطلقين وبالتالي لكي يعودا زوجين مجدداً يجب أن تتوفر شروط وأركان الزواج طبقاً لأحكام المواد 9 و9 مكرر من قانون الأسرة<sup>3</sup> -مع مراعاة المادة 51 من نفس القانون-. فالعلاقة الزوجية انحلت وانتهى الأمر وقد اعتدت المرأة عدتها الشرعية وربما أعادت تأسيس حياة زوجية مع زوج آخر. ويبقى فقط عند الطعن بالنقض بسط رقابة قضاة القانون بالمحكمة العليا على مدى تطبيق القانون فيما يخص توابع فك الرابطة الزوجية لاسيما الجوانب المادية، وكذا حضانة الأبناء وهذا ما ينبغي تكريسه نهجاً وممارسة، وتبعاً لذلك فلا محل هنا لمثل هذا الطعن لأنه يمس بالنظام العام وبالعدة وبأحكام قطعية واردة في القرآن الكريم.

يذهب الأستاذ لمطاعي نور الدين إلى القول: "أن المحكمة العليا توصلت في آخر قراراتها أن الطلاق يوقعه الزوج لكن بقي لها إشكال لا يزال عالقا وهو هل الصلح إجراء جوهري أم لا؟ فتوصلت إلى نقض بدون

<sup>1</sup> يقصد بتمييز القواعد الموضوعية عن القواعد الإجرائية أن القواعد الموضوعية هي التي تبين كيف ينشأ الحق وينقضي فتبين مصادر الحق والالتزامات المختلفة وأسباب انتقالها وانقضائها، وهي تلك القواعد المنصوص عليها في القانون المدني والتجاري والبحري والعمالي والأسرة، في حين أن القواعد الإجرائية هي التي تبين كيف يؤدي الحق ويحترم، فإذا ما وقع إعتداء على الحق أو المركز القانوني، فإن القواعد الإجرائية هي التي تبين الوسيلة أي الدعوى التي تؤدي إلى إحترام هذا الحق أو المركز القانوني، وهي تلك القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أنظر في ذلك: عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، انسكلوبيديا، ط 2، 2015-2016، ص 18-19.

<sup>2</sup> -مرجع نفسه، ص 155.

<sup>3</sup> -تنص المادة 9 من قانون الأسرة «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»، وتنص المادة 9 مكرر من نفس القانون على ما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"

إحالة في قرار صادر بتاريخ 12-04-2012 " وبالرجوع الى هذا القرار نجده قضى بما يلي: " عن الوجه الوحيد المأخوذ من مخالفة القانون الداخلي والذي جاء فيه أنه من المقرر قانوناً لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، كما تنص على ذلك المادة 49 من قانون الأسرة ومن الثابت في قضية الحال أنّ الزوج المطعون ضده رافع دعوى الطلاق لم يحضر إطلاقاً جلسة الصلح وحضرت الزوجة الطاعنة وحدها رغم تأجيل القضية عدة جلسات. حيث أنّ المادة 49 من قانون الأسرة تنص على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. وحيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم محل الطعن أنّ المطعون ضده طالب الطلاق عن جلسة الصلح بينما حضرت الطاعنة وتمسكت بالرجوع إلى بيت الزوجية وحيث أنّ حضور طالب الطلاق أو التطبيق أو الخلع جلسة محاولة الصلح وجوبي كما جرى اجتهاد هذه الغرفة وإلا أصبحت محاولة الصلح مجرد إجراء شكلي، وعليه فإنّ هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه.

وحيث أنّ المطعون ضده الذي رفع دعوى الطلاق لم يحضر جلسة الصلح، وبالتالي لم يبق من النزاع ما يتطلب الحكم فيه، مما يتعين أن يكون نقض الحكم بدون إحالة<sup>1</sup>، ونفس الشيء في قرار آخر صادر بتاريخ 2012/06/14 حيث نقضت المحكمة العليا الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بدعوى عدم مراعاة قاعدة إجرائية، تتمثل في وجوب حضور الزوج رافع دعوى الطلاق لجلسة الصلح واعتبرت أنّ الحكم الذي صدر دون مراعاة ذلك حكم مخالف للقانون وأن محاولة الصلح التي قام بها قاضي شؤون الأسرة بدون حضور الزوج طالب الطلاق تعدّ إجراء شكلياً، بالتالي انتهت إلى القضاء بنقض الحكم المطعون فيه دون الإحالة<sup>2</sup>، وبالتالي نسجل هنا أنّ المحكمة العليا حسب واضعي القرار أنّهم مقتنعين أنّ الصلح إجراء جوهري والزامي على قاضي شؤون الأسرة استيفاءه، وأعطوا القاعدة الإجرائية الواردة في المادة 49 من قانون الأسرة أهمية قصوى مقارنة بالقاعدة الموضوعية التي تنظم فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة، فالمحكمة العليا لم تقدر خطورة الأمر متناسية أو متجاهلة العواقب التي تترتب اثر نقض الحكم المطعون فيه وأثره على استقرار الأسرة.

وفي نفس السياق يرى الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا: " أنّ الخلع يعتبر طلاقاً بائناً وبالتالي فهو ذو طابع نهائي وأنه عند الطعن بالنقض لا يمكن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه سابقاً، لسببين أولهما أنّ النطق

<sup>1</sup> -انظر: القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، رقم 683727، المؤرخ في 2012/04/12، (غير منشور).

<sup>2</sup> - ونجد أيضاً أنّ المحكمة العليا عند تخلف إجراء الصلح تنقض الحكم بدون إحالة والسؤال يطرح أيضاً على المحكمة العليا عندما تنقض ولا تحيل الطرفين، فمعناه يصبحان متزوجين وهو أمر خطير لأنه في كلا الحالتين يهدم الطلاق الذي وقع، وعندما يرجع الملف إلى القاضي هل يجري صلح بين مطلقين؟ وإذا فرضنا أنّهما تصالحا، تصبح الزوجة مع زوجها الجديد حسبهم يعيشان في أمور محرمة.

بفك الرابطة الزوجية يجعل الزوجة أجنبية عن الزوج ولا يحل له مراجعتها لأننا بصدد طلاق بائن وإن أراد مراجعتها فإن ذلك لا يتم إلا برضاها، ويعقد زواج جديد ولا يمكن لأي محكمة أن تنقض هذا الحكم<sup>1</sup>.  
وذهب إلى حد القول حتى ولو جدلاً نعتبر أنّ الخلع طلاق رجعيًا وخروج عن إجماع الفقهاء فإنّ الطلاق يصبح بائناً بانقضاء العدة وهي مدة ثلاثة أشهر، ابتداء من يوم نطق الحكم بالخلع وهو الحكم المطعون فيه، وأنه انقضت ما بين صدور وصدور قرار محكمة العليا أكثر من سنتين، وبالتالي فنحن أمام طلاق بائن، ولا يجوز للزوجة أن ترجع إلى زوجها إلا بموافقتها ويعقد زواج جديد تتوفر فيه جميع أركان وشروط الزواج حسب المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة.

وخلص إلى القول أنّه في ظل الوضعية الحالية للإجراءات وكذا بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنّ المشرع لم يمنع الطعن بالنقض في مادة الطلاق والتطليق والخلع، بل منع فقط الطعن بالاستئناف تبعاً للمادة 57 من قانون الأسرة، مع استثناء الجوانب المادية للحكم والحضانة لكن القواعد الموضوعية لطبيعة الطلاق والخلع و التطليق لا تسمح بنقضهما من طرف المحكمة العليا، لأنّ الحكم الصادر عن محكمة أول درجة والقاضي بالطلاق بالإرادة المنفردة أو بالتطليق أو الخلع يجعل منه بائناً ولا رجعة فيه، فهو كالرخصة التي خرجت من السلاح الناري بحيث لا يمكن إرجاعها، فلا يعقل أن تعاد الزوجة إلى الوضعية التي كانت قائمة قبل النطق بالتطليق أو الخلع من طرف قاضي شؤون الأسرة.

## الفرع الثاني: تذبذب موقف المحكمة العليا بخصوص وجوبية الصلح كسبب يؤدي الى نقض الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية

يظهر من خلال الممارسات القضائية للمحكمة العليا موقفها المزدوج بخصوص تكييف إجراء الصلح في مادة شؤون الأسرة، حيث تارة تعتبره إجراءً جوهرياً<sup>2</sup>، وتارة أخرى تعتبره عكس ذلك<sup>3</sup>، وهذا ما يطرح إشكالا في

<sup>1</sup> - بن الشيخ آث ملويا لحسين، مرجع سابق، ص 142-143.

<sup>2</sup> - انظر: القرار الصادر عن المحكمة العلياغرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 687997، المؤرخ في 14/06/2012، (غير منشور)، والذي قضى بما يلي: " حيث و طبقاً لأحكام المادة (49) من قانون الأسرة فإنها تقضي على أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح بين الطرفين من طرف القاضي وحيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أنّ المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنّهما لم يحضرا، فحرر محضر عدم الصلح إثباتاً لذلك وحيث أنه مادام قد ثبت أنّ المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فإنّ القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة صلح يعدّ مخالفاً لمقتضيات المادة (49) من قانون الأسرة، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين مما يتعين نقض الحكم بدون إحالة".

<sup>3</sup> - انظر: القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36962، المؤرخ في 03/06/1985، المجلة القضائية، ع02، 1990، ص 40، والذي قضى بما يلي: " إنّ محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق، ليست من الإجراءات الجوهرية وإنّ لفظ الطلاق والتطليق تصدر دائما نهائية".

الواقع العلمي وهو وجود اجتهداين فهل يتم العمل بالاجتهاد الأول أم الثاني مما يجعل المتقاضي أو حتى القاضي في حيرة من أمره، إذا أنّ التساؤل يبقى مطروحا إذا اعتمد الطاعن في طعنه بالنقض المرفوع ضد الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية معتبرا أنّ الصلح من الأشكال الجوهرية وتخلفه يستلزم النقض مستندا على نص المادة 2/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على ما يلي:

"لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: إغفال الأشكال الجوهرية في الإجراءات ..". أو يعتمد في تأسيس طعنه على ذات المادة 358 فقرة 1 والتي تنص على ما يلي: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية : مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات..."، لاسيما وأنّ المطعون ضده يتمسك في مذكرة الرد على الطعن بالنقض بأنّ تخلف إجراء الصلح ليس أساسا للدفع بالبطلان الإجرائي أو التمسك بمخالفة قاعدة جوهرية أو إغفالها استنادا إلى نص المادة 60 من ذات القانون التي تنص على ما يلي " لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه".

يجد الموقف المتناقض الذي وقعت فيه المحكمة العليا المنوه عنه أعلاه جوابه ضمن تحليل نص المادة 60 المذكورة أعلاه، إذ نجد أنّ المشرع الجزائري خلافاً للمشرع الفرنسي لم يستثن الأشكال الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام<sup>1</sup>، لأنّ هذا الأخير استثنى الأشكال الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام، فأوجد طريقاً للخروج من جمود القاعدة القانونية التي تقضي أنّه لا بطلان إلا بنص. في حين المشرع الجزائري من خلال المادة 60 المذكورة أعلاه نجده قد نص على قاعدة لا بطلان بدون نص و ضرر معاً ولم يستثنى الإجراءات الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام أو الأشكال الجوهرية من حكم القاعدة، فهو من جهة لا يعترف بالبطلان ما لم يكن منصوصاً عليه في القانون صراحة مع إثبات الضرر، و في مقابل ذلك نجده قد اعتبر كل مخالفة لشكل من الأشكال الجوهرية سبباً من أسباب البطلان الذي يبنى عليه الطعن بالنقض<sup>2</sup>.

يمكن أن نفرض جدلاً أن قاضي أول درجة لم يجري الصلح فيتمسك أحد الأطراف عند الطعن بالنقض تأسيساً لضعفه الرامي إلى نقض الحكم المطعون فيه على أن الصلح إجراء جوهرية، ولم يتم مراعاة هذا الإجراء بدعوى مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات أو إغفال قاعدة جوهرية، والخصم الآخر يتمسك بأن لا بطلان إلا بنص وأنه لم يرتب القانون على إغفاله أي أثر قانوني والأول يتمسك بالإجراء الجوهري.

مما لا شك أنّ الحل منصوص عليه بموجب نص المواد 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والفقرة الأولى من المادة 358 من نفس القانون والتي تنص على أنّ الطعن بالنقض لا يبنى إلا على أساس

<sup>1</sup> - تنص المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على ما يلي: " أن العمل الإجرائي لا يمكن التصريح ببطلانه لغير شكلي، إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة، باستثناء الأشكال الجوهرية أو تلك المتصلة بالنظام العام".

<sup>2</sup> - زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص 487-488.

مخالفة قاعدة إجرائية جوهريّة<sup>1</sup>، ونعرف أنّ الإجراء الجوهري هو الإجراء الذي يترتب عليه القانون أثرًا على عدم احترامه، وهو البطلان بنص صريح مع إثبات الضرر، وكذا ما ورد في الفقرة 2 من نفس المادة السالفة الذكر، والتي تقضي بأنّ الطعن بالنقض لا يبني إلا على أساس إغفال شكل الإجراء الجوهري<sup>2</sup> ويقصد بإغفال الشكل الجوهري سهو القاضي على عدم احترام قاعدة جوهريّة في الإجراءات<sup>3</sup>.

في حين هناك من يرى أنّه إذا وقع وأن تمسك أحد الطاعنين بهذا الإجراء كوجه من أوجه الطعن ولم يكن محل نص قانوني صريح بالبطلان (يؤدي إلى جزاء البطلان)، فهنا على من يتمسك به أن يقدم أمام المحكمة العليا جهة الطعن ما يثبت الضرر الذي يلحقه بالنسبة لهذا الإجراء، وسبق للمحكمة العليا أن استجابت لذلك وقررت النقض لمخالفة الأشكال الجوهريّة في الإجراءات<sup>4</sup>. لكن نجد أنّ القضاة بموجب نص المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مقيدون بقاعدتين متى كان هذا الإجراء منصوص عليه قانوناً تحت طائلة البطلان مع وجوب إثبات الضرر، فإنّه في حالة إغفاله أو عدم مراعاته يؤدي إلى البطلان فلا مجال للاجتهاد لصراحة النص<sup>5</sup>، فضلاً على أنه لا يكفي بأن يستعمل المشرع عبارة ناهية أو نافية كعبارة " لا يجوز" لعدم قبول الحكم بالبطلان استناداً إلى عدم النص عليه صراحة<sup>6</sup>، رغم إثبات الطاعن للضرر اللاحق به. وهو ما يؤكد قضاء المحكمة العليا<sup>7</sup>.

1 - يقصد بالقاعدة الإجرائية الجوهريّة أو ما يسمى بالقاعدة الجوهريّة القاعدة الموضوعية حيث يترتب عن مخالفتها البطلان الموضوعي إلا أنّ القانون قانون الإجراءات المدنية والإدارية استحدث نوعين من البطلان بطلان للعيوب الشكلية المنصوص عليه في المادة 60، وبطلان للعيوب الموضوعية المنصوص عليه في المادة 64 بمعنى خرق قاعدة جوهريّة يترتب عليها البطلان الموضوعي وهو نوعان تخلف الأهلية أو انعدام الممثل القانوني، إنظر أكثر تفصيلاً: زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء مرجع سابق، ص 480.

2 - يقصد بالشكل الجوهري الأساس الذي لا يقوم به العمل الإجرائي بدونه، وهو ما نصت عليه المادة 358 في فقراتها الثانية مخالفة الشكل الجوهري وهذا الأخير كان منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية القديم الذي لم يكن يأخذ بنظرية البطلان فكان لما يستند الطاعن إليه يستجيب القاضي له. أما الآن الوضع يختلف فهذا البطلان المتمسك به غير منصوص عليه من الناحية القانونية، ويتطلب الأمر النص الصريح مع إثبات الضرر.

3- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، ط2، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية-الجزائر، 2011، ص 250.

4 - زواوي عبد الرحمان، الإشكالات التي تثيرها الطعون بالنقض المرفوعة أمام الغرفة المدنية، محاضرات ألقيت بالمحكمة العليا- الأبيار الجزائر، 2015، ص 8.

5 - المرجع نفسه، ص 9.

6- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 483.

7- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواثيق رقم 728906، المؤرخ في 06/10/2011، (غير منشور) جاء فيه ما يلي: "حيث يتبين من القرار المطعون فيه ما يفيد أنّ الإجراءات قد روعيت واحترمت، فضلاً عن ذلك أن

لكن مع الأسف نجد الكثير من النصوص تنص فقط على فكرة الوجوب بذكر صياغة " يجب " أي تضمنت صياغة الوجوب بأن كانت قاعدة أمر، لاسيما المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية<sup>1</sup> أين يعتمد هذا الأسلوب الأمر الذي يقف حائلاً أمام تطبيق نص المادة 60 الخاصة بالبطلان الإجرائي عندما لا تراعى أحكام القاعدة القانونية. فلا يمكن تقرير البطلان لأن القاضي سواء قضاة الموضوع أو قضاة القانون مقيدون بنص المادة 60 المذكورة أعلاه<sup>2</sup>.

لا يفوتنا التوضيح في هذه الحالة أنّ بعض الطعون التي ترفع أمام المحكمة العليا بغرفة شؤون الأسرة والمواريث والرامية إلى نقض الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية المبنية على الأوجه التي سبق ذكرها، فلو أنّ المحكمة العليا ترفض مثل هذه الطعون على أساس انعدام شروط البطلان الإجرائي المقرر للأعمال الإجرائية لغياب قاعدتي لا بطلان إلا بنص ولا بطلان إلا بضرر، وعدم انطباقها على الصلح يؤدي إلى تقليص الطعون المرفوعة أمام المحكمة العليا، وتكون قد حافظت على استقرار المراكز و الحقوق و الأوضاع القانونية للأسرة و لو بعد فك الرابطة الزوجية<sup>3</sup>.

غير أنه لحد الساعة لا تزال قرارات المحكمة العليا تقرر نقض وبطلان الأحكام القضائية التي لم تراعي الصلح، وتأتي بالعبارة القديمة التي مفادها أنّ الصلح من الإجراءات الجوهرية وأتّه لم يتم مراعاة نص المادة 49 من قانون الأسرة، في حين المفروض والأجدر أن تكون القرارات الصادرة عنها بناء على ما هو منصوص عليه قانوناً، فيتعيّن على المحكمة العليا أن تتخذ موقفاً موحدًا بأن تقرر أن حكم فك الرابطة الزوجية أحكام نهائية لا تقبل الطعن فيها بالنقض ماعدا الجانب المادي، لتكمل الشق الثاني من المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي تناساه المشرع .

وحسب وجهة نظري أنّ الطعن بالنقض المرفوع ضد الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية في شقه المتعلق بالعلاقة الزوجية يكون لصالح القانون ولا علاقة له بالأطراف (الزوج المطلق والزوجة المطلقة) وإن ثبت للمحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون وليست محكمة وقائع، أنّ قاضي أول درجة خالف القانون بناء على أحد أوجه الطعن بالنقض المؤسسة عند نطقه بالطلاق بواسطة الخلع أو التطليق أو الطلاق بالإرادة المنفردة فإنّها تصرح بوجود تلك المخالفة لكن دون أن تحدث تغييراً في المراكز القانونية، أي تعلن عن وجود المخالفة فقط ولا تتجاوزها إلى النقض.

الطاعن لم يقدم ما يثبت الضرر الذي لحقه من جراء إغفال هذا الإجراء". انظر أكثر تفصيلاً: زواوي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 7.

<sup>1</sup> - تنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: «محاولات الصلح وجوبية...» أي بمعنى الوجوب.

<sup>2</sup> - زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص 481.

<sup>3</sup> - تجدر الإشارة إلى أنّ مفهوم الأسرة يبقى حتى بعد إنهاء العلاقة الزوجية سواء بالطلاق أو بالوفاة لوجود أولاد و كذا علاقات المصاهرة أو القرابة.



## خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع الأثر السلبي للطعن بالنقض على الاستقرار الأسري والذي تمحور تحديداً أساساً حول الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، يمكننا ذكر بعض النتائج الإيجابية والسلبية للطعن بالنقض ونعززها بجملة من التوصيات والاقتراحات التي استخلصناها التي نجلها في النقاط التالية:

### أولاً- إيجابيات الطعن بالنقض

تماشي إقرار قاعدة الأثر غير الموقوف للطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية مع قاعدة استقرار الأوضاع القانونية للزوجين المطلّين.

إقرار آلية الطعن بالنقض ليست بهدف إحلال حكم جديد محل الحكم المطعون فيه، وإنما البحث فيما مدى توافق هذا الحكم مع التطبيق الصحيح للقانون نظراً لما قد يحصل من خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره من قبل القاضي،

### ثانياً- سلبيات الطعن بالنقض

إنّ الإيجابيات المذكورة أعلاه لا تجد مجالها بسبب إقرار الطعن بالنقض ضد الأحكام الفاصلة في شق الرابطة الزوجية، الذي لا يتماشى مع المنطق القضائي ما عدا الشق المتعلق بالجانب المادي أو الحضانة، حيث يستحسن على المحكمة العليا السهر على مدى تطبيق القانون تطبيقاً سليماً باستبعاد الطعن بالنقض في الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية لحل كل الإشكالات والنتائج السلبية والمخالفة للشريعة الإسلامية ولقانون الأسرة وهو حماية للمطلقين والأولاد حتى بعد تفكك الأسرة سواء ما تعلق بالطابع النهائي والخصوصي لفك الرابطة الزوجية بحد ذاتها، أو ما تعلق بتوابع فك العصمة، وهذا كله خدمة لاستقرار الأسرة .

### ثالثاً- التوصيات

نظراً للنقائص التي لمسناها من خلال بحثنا تفرض علينا ذكر بعض الاقتراحات التي نجلها في النقاط التالية: دعوة المشرع الجزائري إلى ضرورة تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمناسبة تعديله لقانون الأسرة كتكملة لنص المادة 57 من قانون الأسرة -بإعادة الصياغة- على النحو الآتي: "أحكام الطلاق والتطليق والخلع والطلاق بالتراضي لا تقبل أي طريق من طرق الطعن إلا ما تعلق بجوابها المادية وكذا الحضانة" وتعديل نص المواد 452 من قانون الإجراءات المدنية بعبارة صياغتها على النحو التالي: "عدم قابلية الأحكام المتعلقة بالرابطة الزوجية للطعن بالنقض في شقها الموضوعي، ما عدا الجوانب المادية والحضانة وتوابعها". وأيضاً تعديل نص المادة 435 من نفس القانون على النحو الآتي: "الأحكام الصادرة بالطلاق بالتراضي لا تقبل الطعن بالنقض في جزئها المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية بالتراضي ما عدا الجوانب المادية أو ما تعلق بحضانة الأولاد وتوابعها".

- بهذا يحل الإشكال بغلقه مجال الطعن وهذا هو المنطق، على أساس أنّ هذا النوع من الأحكام لا تقبل الطعن بالنقض في هذا الشق، على أساس أنّ حكم الطلاق نهائي ولا يقبل الاستئناف ولا المعارضة ولا التماس ولا اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، لضمان استقرار الأسرة حتى بعد فك الرابطة الزوجية.

- وإلى ذلك الحين، على الأقل على المحكمة العليا أن تصرح برفض الطعن كلما توفرت أسباب انعدام شروط البطلان الإجرائي المقرر للأعمال الإجرائية والمتمثلة في غياب قاعدتي "لا بطلان إلا بنص" و "لا بطلان إلا بضرر".

- دعوة المشرع الجزائري إلى استحداث قانون إجراءات خاص بقسم شؤون الأسرة لمراعاة خصوصية هذا الفرع من بداية رفع الدعوى إلى ممارسة الطعون في الأحكام الصادرة عنه، وصولاً إلى مرحلة تنفيذ الأحكام الصادرة في قضاء شؤون الأسرة.