من معوّقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأُسري(1)

د. نعوم مراد
جامعة تلمسان

ملخص:

لقد بات من الضروري التفكير في إعادة النظر في الكثير من نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعد حوالي أربع سنوات من الممارسة، ولا سيما ما تعلق منها بقضاء شؤون الأسرة، بحيث أنها من جهة غير منسجمة مع نصوص قانون الأسرة، ومن جهة أخرى بعض نصوصها الإجرائية متعارضة، أو بالأحرى متناقضة، كما أن نصوص قانون الأسرة مستوحاة من الشريعة الإسلامية، إلا أنّ مادة الشريعة مهملة وملغاة في العديد من التخصصات الحقوقية في النظام الجامعي الجديد، مع العلم أنها مصدر احتياطي أول بعد التشريع مما يجعل رجال القانون والقضاء يفتقدون إلى أدنى طرق الاستفادة منها، ثمّ أن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعترض رجال القضاء في إمكانية جعل نصوص قانون الأسرة غير مخالفة للشريعة الإسلامية، فضلا عن بعض الإشكالات والنقائص بل والمعوقات التي أفرزها الواقع العملي في التشريع الإجرائي الأسري.

وأهم هذه الإشكالات حكم الطلاق الذي يصدر نهائيا بحيث لا يقبل الاستئناف إلا في جوانبه المادية، إلا أنه قابل للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون وليست جهة فصل، لكن ماذا لو أن المحكمة تصدر قرارا قضائيا بقبول الطعن؟ فلا شك أنه يسري بأثر رجعي على المطلقين فيعتبرهما زوجين، بعد مدة يكون فيها قد تمّ تنفيذ الطلاق، وربما أقبل أحدهما أو كلاهما على زواج آخر! فكيف تكون المرأة في ذمة زوجين (طليقها، والزوج الجديد) ؟

كما أن الكثير من أحكام الطلاق تصدر مشتملة على جوانب غير قطعية ، مادام لا يجوز استئنافها إلا مع القطعي ، فالمفروض أنها لا تُبلغ أصلا، ولكن عمليا يمكن ذلك فتخلق إشكالا في حسن سير الإجراءات ولا سيما مواعيد الطعن، فما هو الحل المقترح في ذلك ؟

وأخيرا قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينص على أنّ القاضي العقاري ينظر في كل القضايا العقارية، وقاضي شؤون الأسرة يتولى شؤون القصر وحمايتها حتى وإن كانت عقارات، وهذا يخلق تنازعا إيجابيا بينهما في الاختصاص، فما هو الحل المقترح كذلك؟

هذه بعض الإشكالات التي ارتأيت أن أسلّط الضوء عليها، لعلي أساهم بهذه الورقة البحثية في تنبيه المعنيين بمثل هذه الإشكالات العملية.

الكلمات المفتاحية:

قانون الأسرة – قانون الإجراءات المدنية والإدارية – الطعن بالاستئناف – الطلاق – عقار القاصر – تبليغ الأحكام – الخلع – التنازع بين القضاة – الصّلح – التوارث.

مقدمة:

تعتبر نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الآلية المحرّكة والمفعّلة لنصوص قانون الأسرة، التي تعدّ مادّة شرعية في أصلها * فمن المقرّر قانونا أن نصوص التشريع الأسري مستمدة من الشريعة الإسلامية، على اعتبار ما أقرته المحكمة العليا في كثير من قراراتها القضائية من أن تكون الأسبقية لتطبيق الشريعة الإسلامية بدون منازع والعودة إلى تعاليمها، ولا سيما تشريعات الأسرة، والكثير من مواضيع القانون المدني، وحثّت على تدريس الشريعة والفقه الإسلاميين في معاهد الحقوق، وأصلا يقضي الدستور الجزائري(**2**) في مادّته الثانية باتخاذ الدين الإسلامي دينا رسميا للدولة، فضلا عن اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا للقانون الجزائري بحيث تعدّ المصدر الاحتياطي الأول بعد التشريع، إذ نصّت المادّة 01 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري(**3**):" وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي قواعد العدالة ".

وإذا قلنا بأن نصوص قانون الأسرة مستوحاة من فقه الشريعة الإسلامية فهذا لا يمنع من وجود مآخذ ونقائص من بينها التلفيق السيئ من المذاهب الفقهية الأربعة، خاصة بعد التعديل الذي صدر سنة 2005 وكذا بعض النصوص التي تخالف الشرع من أصله، ونصوص متناقضة مع بعضها البعض، فضلا عن ما تضمنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد من النصوص الإجرائية ، تلكم المتعلقة بقضاء شؤون الأسرة والتي كشفت عدة عيوب، بل وطرحت عدّة إشكالات على الصعيد القضائي، لذا ارتأيت في هذه الورقة البحثية أن أتطرق إلى بعض هذه العيوب، انطلاقا من النقص الذي يعتري النص في جانب قواعده الموضوعية (قانون الأسرة) إلى المشاكل المطروحة في جانب قواعده الشكلية الإجرائية (قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري) لأُجملها في أربع نقاط 1- أحكام الطلاق والإشكالات التي تطرحها بالنسبة للآثار المترتبة ولا سيما ما يتعلق بالعدة والتوارث بين الزوجين. 2- إشكالية قابلية الأحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية للطعن بالنقض. 3- إشكالية تفويت فرصة الطعن بالاستئناف على الزوج في الشق المالي لحكم الطلاق عندما يشتمل على وجه غير قطعي. 4- التنازع الإيجابي بين القاضي العقاري وقاضي شؤون الأسرة في قضايا التركات التي يكون بين ورثتها قصّر.

أولا: حكم الطلاق والإشكالات التي يطرحها بالنسبة للآثار المترتبة:

ويتضمن هذا العنصر نقطتين، نعرج فيهما على بعض تقسيمات الطلاق بين التشريعين والإشكاليات التي تطرحها نصوص قانون الأسرة والنصوص الإجرائية المتعلقة بها فيما يلي:

1- إغفال أهمية التفرقة بين الطلاق السني والطلاق البدعي عمليا:

تقسم الشريعة الإسلامية الطلاق إلى أقسام وفق معايير، فعلى سبيل المثال: الطلاق من حيثُ لفظُه (طلاق صريح وطلاق كنائي)، ومن حيث حكمه (طلاق سني وطلاق بدعي)، ومن حيث الآثار المترتبة (طلاق رجعي وطلاق بائن)، واكتفيت بذكر هذه الأقسام لعلاقتها بالطلاق من المنظور القانوني، فقد يحدث أن يطلق الزوج زوجته باللفظ الصريح باستعمال ألفاظ الطلاق كقوله "أنت طالق" وما شابه ذلك من الصيغ، كما قد يطلقها بألفاظ فيها كناية عن الطلاق كقوله "لا حاجة لي بك بعد اليوم" أو " إذهبي إلى بيت أهلك ولا ترجعي"، أما الطلاق السني فقد ذهب المالكية : إلى أن الطلاق السني ما توافرت فيه أربعة شروط: وهي أن تكون المرأة

طاهراً من الحيض والنفاس حين الطلاق، وأن يكون زوجها لم يمسها في ذلك الطهر، وأن تكون الطلقة واحدة، وألا يُتبعها الزوج طلاقاً آخر حتى تنقضي عدتها، فإن أتبعها كان بدعة؛ لأن الأصل في الطلاق هو الحظر(**4**).

فإذا طلق الزوج زوجته في حيض أو نفاس أو في طهر مسها فيه فتلكم هي البدعة لأن تلفظه بالطلاق غير قائم على أساس شرعي ، لأن العلم أثبت أن الزوجة في تلك الفترات تعرف اختلالات في الهرمونات مما يؤثر على مزاجها وهو ما يثير حفيظة الزوج، فلعدم علمه بأحوال النساء تزيد حدة الخلاف وقد تنتهي بالتلفظ بالطلاق وهذا خلاف للأولى، فالزوج الذي يتحرى حال زوجته ويتقي الله فيها يعرف أن حالتها استثنائية لا يد لها في هذا الأمر، فيتحكم في نفسه لتجنب التلفظ بالطلاق، فيرجئ ذلك إلى أن تطهر، وبذلك عند حلول طهرها غالبا ما يكون الغضب قد زال وعادت الزوجة إلى حالها العادية، فيتجنب الزوج طلاقها، ويكون اتباع السنة في الطلاق من أنجع السبل للتقليص من الخلاف الزوجي المؤدي للطلاق، لأن أغلب ملفات الطلاق المطروحة في القضاء سببها خلاف ينشب في بداية الحياة الزوجية ولا سيما في فترة الحمل. أمّا إذا افترضنا أن الزوج أرجأ الطلاق إلى طهرها وحل الطهر وأصر على طلاقها، وطلّقها فعلا، فسوف يعطيها الإمكانية أن تعتد عدّتها كما حددها الشرع، إذ يطلقها في طهر لم يمسها فيه، فتعتد بالقروء إذ الراجح عند العلماء(**05**) أن العدة بالقروء هي أن تعتد المرأة بالأطهار، فتبدأ عدتها بأول قرء (حيض/طهر) بعد طهرها الذي طلقت فيه، ثم تضيف قرءين ، وتبين منه بحلول الطهر الثالث، لهذا السبب يأثم من يطلق طلاقا بدعيا، مع أنه يكون مرتبا لآثاره.

والسؤال المطروح: هل يتحرى القاضي الوضعي أثناء فترة الصلح في طبيعة الطلاق الذي تلفظ به الزوج أو الخلاف المؤدي إلى التقاضي، أوهل حدث في فترة الحيض أو النفاس.. أو الطهر، هل له أن يسأل عن هذه النقاط كونها تندرج ضمن المساعي التي يتخذها في الصلح قانونا؟؟؟ أظن إن فعلها عمليا فإنّها لا تخرج عن ما طلبه المشرع الإجرائي في المجال الأسري حتى يسفر الصلح على عودة الوفاق بينهما، لا أن يهمل القاضي هذه التفاصيل وكأنها لا تعنيه، لأن همّه يكون الحصول على محضر عدم الصلح حتى لا يعرض حكم الطلاق للنقض، في حين أنّ مهمته وهدفه أكبر من ذلك.

إشكاليات إجراءات الصلح في قضايا الطلاق:

فمن حيث انتهينا في العنصر السابق فإن الصّلح هو أهمّ إجراء بعد كل دعوى قضائية مفضية إلى فك الرابطة الزوجية، وقبل التفصيل فيه لا بأس أن نعرج على أقسام الطلاق من حيث الآثار المترتبة عليه بين الشريعة والقانون، فالطلاق وفق هذا المعيار في الفقه الإسلامي هو قسمان : طلاق رجعي وطلاق بائن إما بينونة صغرى أو بينونة كبرى(**6**)، **فالطلاق الرجعي** من آثاره حرمة الاستمتاع ولو بالنظر، إمكانية إرجاع الزوجة بدون مهر وعقد جديدين وبغير رضاها، لأن الزوجية قائمة حكما وليس حقيقة، ومنه أن تقضي الزوجة عدّتها في بيت الزوجية ولا تبرحه إلا بإذن من الزوج، ومن آثار هذا النوع من الطلاق أيضا بقاء التوارث بينهما لوجود السبب المورّث وهو الزوجية القائمة ولو حكما، وكذلك يُنقص من حق الزوج طلقة واحدة، فهذا النوع من الطلاق لم يؤخذ بعين الاعتبار في قانون الأسرة الجزائري، كما لا يمكن اعتبار المدة التي خصصها المشرع الجزائري للقاضي من أجل السعي في الصلح والمقدرة بثلاثة أشهر بمثابة الرجعية إذ تنص المادة 442 الفقرة

02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري(7) : " وفي جميع الحالات ألّا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق" ، لأن إجراء الصلح يقوم به القاضي وجوبيا بعد كل دعوى طلاق يرفعها أحد الزوجين إذ تنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :" محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية " ، وفي الغالب تكون بعد مدة من حدوث الطلاق باللفظ ، فمثلا إذا طلق الزوج زوجته بلفظ الطلاق أو الكناية وهو ينتوي الطلاق، ففي الغالب تترك الزوجة –في مجتمعنا– بيت الزوجية متجهة إلى بيت أهلها، فإذا افترضنا أن الأهالي فشلوا في الصلح و نجح فيه القاضي بعد مرور شهرين من رفع الزوج دعوى الطلاق – مع العلم أن العدة الشرعية قد بلغت قرءين – وكذلك لا يمكن للقاضي مباشرة إجراءات الطلاق إلا بعد إجراء الصلح وإلا كانت إجراءات الطلاق باطلة، فيكون محل طعن بالنقض، ولنفرض كما سبق الذكر أن القاضي نجح في عودة الوفاق بينهما، بعد شهرين من رفع دعوى الطلاق، تصبح المدة الزمنية بين حدوث الطلاق باللفظ والصلح أربعة أشهر ، فتكون الزوجة قد بانت من زوجها بينونة صغرى في نظر الشرع الإسلامي، أما من ناحية القانون فهي لا زالت زوجته !!! فماذا يفعل الزوجان في هذه الحالة إزاء الشرع الإسلامي؟؟ فقد نصت المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري(8):" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد " لذا لا يمكن اعتبار مدة الصلح بمثابة الرجعية لأنه ناذرا ما يرفع أحد الزوجين دعوى الطلاق مباشرة بعد التلفظ بالطلاق ، وإذا حدث فهو من قبيل الشاذ والناذر الذي لا يقاس عليه.

أما الطلاق **البائن بينونة صغرى(9)** فهو أربعة أوجه في الفقه الإسلامي: طلاق الحاكم أو القاضي، الطلاق على مال الخلع، وكذا انتهاء العدة الرجعية من غير إرجاع الزوجة، وطلاق غير المدخول بها، ومن آثاره انتهاء وفكّ العلاقة الزوجية نهائيا، بحيث لا يمكن إرجاع الزوجة إلا بمهر وعقد جديدين لأنها أصبحت أجنبية عنه، وكما يترتب على هذا الطلاق أن تعتد المطلقة منه ولا سيما بالنسبة لطلاق الحاكم والطلاق على مال الخلع، وبالتالي فلا توارث بين الزوجين إذا توفي أحدهما على الآخر في فترة العدة ، **والبينونة الكبرى** لها نفس الآثار وزيادة على البينونة الصغرى لا يمكن إرجاع الزوجة إلا إذا نكحت زوجا غيره ويطلقها برضاه أو يتوفى عنها، وهذا النوع يطلق عليه طلاق الثلاث إذ الراجح عند الفقهاء(10) أنه يحدث بثلاث طلقات في مجالس ثلاث، وتعدّ إجراءاته صارمة شرعا كي يحترس الأزواج عند التلفظ بالطلاق ويفكرون مليا وبجدية أنه بعد الطلقة الثالثة تحرم عليه زوجته وإرجاعها يكون بشرط لا يمكن إدراكه في الغالب.

في حين أن قانون الأسرة لا يعتدّ إلا بالطلاق بحكم القاضي، وهو وجه من أوجه الطلاق البائن بينونة صغرى، بحيث يكون بالإرادة المنفردة للزوج، أو بطلب من الزوجة، أو بتراضي الزوجين، جاء في نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري(11) :" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يُحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون " في حين بينت المادة 49 بأن الطلاق لا يثبت إلا بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الطلاق ، كما أوجبت المادة 49 على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، موقع من طرف كاتب الضبط والطرفين، كما أوجبت تسجيل أحكام الطلاق في الحالة المدنية

بسعي من النيابة العامة، في حين أن المادة 53 بينت الحالات التي يمكن فيها للزوجة طلب التطليق من الزوج، أما المادة 54 فبينت أحكام الخلع.

ومن المعلوم أن المشرع الجزائري لم يُخطئ في اعتبار الطلاق بحكم القاضي طلاقا بائنا ببينونة صغرى(**12**)، ولكن إذا كان من آثار طلاق القاضي وهو بائن ببينونة صغرى في الشريعة الإسلامية أن لا توارث بين الزوجين إذا توفي أحدهما في عدة هذا الطلاق لأنها أجنبية عنه ولا يوجد سبب للتوارث بينهما، ولو كانت تعتد من هذا الطلاق فالعبرة بأنه بائن، ولكن كيف أن المشرع الجزائري جعل من بين آثار هذا الطلاق أنه إن توفي أحد الزوجين قبل انتهاء العدة فإنه يرثه الآخر، بحيث نصت المادة 192 من قانون الأسرة صراحة:" إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث " فالطلاق الذي يعتد به قانونا هو الطلاق بحكم قضائي كما سبق ، إذ ليس من الخطأ اعتباره بائن، لكن أن يكون طلاقا بائنا سببا للتوارث بينهما فهذا ما يخالف الشريعة الإسلامية.

أما الخلع (**13**): لغة: النزع والإزالة، وعرفا بضم الخاء: إزالة الزوجية، واصطلاحاً أو فقهاً: هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة، بلفظ الخلع أو ما في معناه. ولا يحتاج الخلع إلى حاكم، ويكفي تلفظ الزوج به، كأن يقول للمرأة: خالعتك على كذا، فتقبل. والخلع طلاق بائن عند الجمهور، وله تفصيل في المعتمد عند الحنابلة: إن وقع بلفظ الخلع والمفاداة ونحوهما، أو بكنايات. والأصل في الخلع قوله تعالى : (وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ)(**14**) ومِن السُّنّة قصة المرأة المختلعة، إمرأة ثابت بن قيس رضي الله عنه وعنها والقصة أخرجها البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله قيس بن ثابت ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟قالت : نعم . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة ، وطلّقها تطليقة(**15**) . في رواية له أنه عليه الصلاة والسلام قال : فَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ ؟ فقالَتْ : نَعَمْ . فَرُدَّتْ عَلَيْهِ ، وأَمَرَهُ ففارَقَها (**16**). فنفهم من خلال ما سبق أن النبي صلى الله عليه وسلم وهو يمثل دور القاضي في هذه القصة، أيقن أن العشرة الزوجية استحالت من جهة الزوجة، بعد أن تحرى الأمر فطلب من زوجها أن ترد حديقته التي دفعها مهرا وأمره أن يخالعها وبدون رضاه .

وقانون الأسرة نظم الخلع في المادة 54 منه ، بحيث أنه قبل التعديل(**17**) كانت الزوجة تطلب الخلع ويتوقف ذلك على رضا الزوج ، أي لا يفرق بين الخلع والطلاق بالتراضي إلا ببدل الخلع فكان الزوج في الغالب يرفض مبدئيا بدعوى أنه لا يسرح من طرف الزوجة ولو أنه يحصل على البدل في ذلك، فكانت الزوجة تلجأ إلى التطليق وفي الغالب ترفض دعواها لصعوبة إثبات إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة وتبقى معلقة تحت جور الزوج شهورا وأعوام، لكن بعد تعديل قانون الاسرة الذي صدر سنة 2005 أبقى المشرع على المادة 54 وألغى فيها رضا الزوج إذ نصّت:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي" مع العلم أن الخلع ينسب للزوج بطلب منها وبدون رضاه كما هو واضح في حديث المرأة المختلعة زمن النبي صلى الله عليه وسلم، ولكن النص اشتمل على عبارة "تخالع نفسها"، فأصبح النساء بعد التعديل لا يلجأن إلى التطليق باعتباره طريق طويل وشاق، ويلجأن إلى الخلع ، فبمجرد أن تودع طلب الخلع يحكم به

القاضي بعد جلسات الصلح في غياب أدنى تحري من طرف القاضي عن الأسباب أو أن يسعى في التحري مع العلم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يحث القاضي على تعميق التحري بالإجراءات المخولة قانونا حتى يكون الحكم صائبا، إذ نصت المادة 451 الفقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية **(18)**:" يعاين القاضي أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة" فالمعاينة تقتضي البحث والتحري في طلب الخلع، وذلك بالبحث في الوقائع التي عززت بها الزوجة عريضتها لطلب الخلع، ويجب ان يتأكد من أن هذه الأسباب من شأنها أن تجعل العشرة الزوجية مستحيلة من جهة الزوجة حتى وإن كان الزوج راغبا في عودتها أو متمسكا برجوعها إلى البيت الزوجي، ولكن للأسف أصبح القضاة بمجرد طلب الخلع يحكمون به دون أدنى تحرّ، فأصبحنا نرى الزوج يرفع دعوى الرجوع ونيته الخفية في ذلك هو حصوله على تعويض من حكم القاضي بالطلاق على خطأ منها حال رفضها الرجوع، وفي الغالب لا تتقدم الزوجة بالعريضة الجوابية لطلب رجوع الزوج، فتلجا إلى الخلع وهي تعلم أنها ستحصل على حريتها دون عناء، وتدفع للزوج صداقها بدلا للخلع، وفي بعض الأحيان يكون الصداق الحقيقي وقت العقد مثلا 100 ألف دج، ولكن للتفاخر يسجل مبلغ صوري أكبر قد يكون مثلا 300 ألف دج ، ويسجل على هامش العقد ليكون حجة على كاهل الزوجة تدفع مبلغ بدل الخلع صداقا صوريا، والعبرة بما سجّل على هامش العقد، فيدخل هنا دور القاضي في البحث والتحري كأن يطلب شريط الفيديو مثلا، والذي صوره أهل الزوجة في جلسة العقد والتي صوروها للذكرى فقط، أو أي أدلة أخرى، وللأسف أصبح الخلع في نصه مسايرا للشرع الإسلامي، لكن عمليا لا يمت للشرع بصلة، بل أصبحت أعداده هائلة تنخر الأسرة وبالتالي المجتمع، فقلّما نجد القاضي يرفض طلب الخلع، فبحكم اطلاعي المتواضع هناك قضية واحدة للخلع رفضت الدعوى بشأنها، بمحكمة سيدي امحمد بالجزائر العاصمة، ولكن تبقى من القضايا التي تعد على الأصابع، فأصبح من الضروري تدخل المشرع على مستوى قانون الأسرة وعلى صعيد قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أجل النظر في النصوص لتحقق المراد والمقصود من التشريع الأسري كما يتحقق في الشرع الإسلامي.

ثانيا: إشكالية قابلية الأحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية للطعن بالنقض:

لقد سبق وأن ذكرنا بأن الطلاق الذي يعتد به في التشريع الجزائري هو الطلاق بحكم القاضي، وهذا الحكم يصدر نهائيا في شقه المتعلق بفك الرابطة الزوجية ، وابتدائيا فيما يتعلق بجوانبه المادية، كالتعويض (نفقة المتعة)، وتوابع العصمة الزوجية من نفقة العدة والإهمال وكذا نفقة الأبناء إن وجدوا.. وبدل الإيجار... وبالتالي فحكم الطلاق غير قابل للاستئناف في جانبه المتعلق بفك الرابطة الزوجية في حين يقبل الاستئناف في جوانبه المادية.**(19)**

ومما تجدر الإشارة إليه هو قابلية حكم الطلاق في شقه النهائي المتعلق بفك الرابطة الزوجية لطريق من طرق الطعن غير العادية وهو الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، بحيث نصت المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية" والفقرة الثانية من نفس المادة :" تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف " فنفهم من الفقرة الأولى أن الأحكام في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية لا تقبل الطعن بالاستئناف، وبمفهوم المخالفة قد تقبل طريقا آخر للطعن، إذ السبب الذي جعلنا نقيد مفهوم المخالفة بكونه يقبل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا هو

ما نصت عليه المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و 451 أعلاه" ومحتوى المادتين يتمحور في تأكّد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق وكذا اتخاذ التدابير التي يراها لازمة في ذلك وكذا المعاينة واتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة كالتحقيق والخبرة...

وقد يكون السبب الذي يجعل الطلاق قابلا للطعن في غير جوانبه المادية، هو خرق بعض الإجراءات على سبيل المثال إجراء الصلح.

والمشكل يكمن في قابلية أحكام الطلاق للطعن بحيث أنّها لا توقف التنفيذ، فبإمكان الزوجين الحصول على نسخة تنفيذية، وينفذ ما أمكن تنفيذه ويصيران بمثابة الأجنبيان عن بعضهما البعض، ولكن ؟ على فرض أن المحكمة العليا بعد وقت طويل تقرر قبولها للطعن بالنقض لإغفال إجراء أو لخطإ في تطبيق القانون ويرجع الملف للنظر فيه مجددا فتكون الزوجة بهذا الإجراء لا زالت زوجة من طلقها لأن قرار المحكمة العليا بقبول الطعن جعلهما زوجين بأثر رجعي، فلم يعد نهائيا إذن، فكيف تصنع الزوجة إذا فوجئت بهذا القرار وهي في ذمة زوج آخر تزوجته بعد انتهاء العدة ؟؟؟؟ !!!! ولهذا وجب إعادة النظر في هذا الإجراء، فإذا اعتبر المشرع الجزائري حكم الطلاق في شقه المتعلق بفك الرابطة الزوجية نهائيا فالأولى أنه ينص صراحة بأن مثل هذه الأحكام تصدر نهائيا ولا تقبل أي طريق من طرق الطعن سواء أكانت عادية أو غير عادية، بخلاف الأحكام في شقها المتعلق بالجوانب المالية أو بالحضانة فلا ضير في قبولها الطعن بالاستئناف لما في ذلك من احتمال الخطأ في تقدير الجوانب المالية المتعلقة بالنفقة وتوابع العصمة الزوجية، فأقترح أن ينص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة العبارة التالية:" بأن الأحكام الواردة في الطلاق والتطليق والخلع لا تقبل أي طريق من طرق الطعن إلا ما تعلق بجوانبها المادية" وبهذا يُحلّ الإشكال.

ثالثا: إشكالية تفويت فرصة الطعن بالاستئناف على الزوج في الجوانب المالية والحضانة لحكم الطلاق:

وليس ببعيد عن العنصر السابق فإن حكم الطلاق في الجوانب المالية والحضانة ، قد يشتمل على إجراء تحقيق يكون لازال قائما لم تعقد بشأنه جلسة وعلى سبيل المثال إجراء أداء اليمين حول متاع البيت، ففي الحقيقة هذا الحكم مادام لم يكتمل فيه هذا الإجراء فإنه لا يقبل التنفيذ ولا الطعن بالاستئناف، على أساس أنه ليس قطعي مادام لم يتم فيه إجراء اليمين المذكورة، فقد نصت المادة 334 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أنّ:" الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع أو التي تأمر بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت، لا تقبل الاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها، مالم ينص القانون على خلاف ذلك"

ومعناه أن حكم الطلاق لا يقبل الطعن بالاستئناف إلا مع الحكم القطعي الفاصل في أصل الدعوى برمّتها أي مجملة لا تقبل التجزئة، ولكن عمليا نلاحظ غير ذلك، بحيث أنه بمجرد صدور الحكم بالطلاق فالزوج لا يستأنف هذا الحكم على أساس أنه نهائي ولكن ليس قطعي في جانب من جوانبه مثلا إجراء اليمين حول متاع البيت، والزوجة في هذه الحالة يمكن أن تستصدر من المجلس القضائي شهادة عدم الطعن بالاستئناف، وترفقها بحكم الطلاق – النسخة التي بحوزتها– وتحصل على نسخة تنفيذية، ثم تقوم بإبلاغ الحكم للزوج الذي

يطعن فيه بالاستئناف، فيرفض المجلس دعواه على أساس عدم قابلية هذا الحكم للاستئناف إلّا مع القطعي ،إذ لا يمكنه الاستئناف إلا بعد إجراء اليمين حول متاع البيت ولكن لمّا يتم هذا الإجراء تكون المدة القانونية للطعن قد انقضت وبالتالي تفوّت على الزوج فرصة الاستئناف ،. لذا يجب التفكير في تسوية هذا المشكل على المستوى القضائي بتعليمة يضعها القضاة لمنع تبليغ الأحكام التي تشتمل على جزء غير قطعي مثلا، أو على المستوى التشريعي بحيث أنه لا يمكن أن تبلغ الأحكام التي تشتمل على إجراء تحقيق أو تدبير لم يفصل فيه بعد، حتى لا يطعن بالاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى بأكملها ، فيمكن إضافة عبارة " مع عدم قابلية هذا الحكم للتبليغ " في المادة 334 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بعد العبارة الواردة في هذه المادة "...لا تقبل الاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها مع عدم قابلية هذا الحكم للتبليغ إلا بعد الفصل في الأجزاء المتعلقة به ." وبهذا لا يمكن للزوجة أن تفوت الفرصة على الزوج في حقه في الطعن بالاستئناف، حيث أنه بعد أداء اليمين من طرفهما يصبح الحكم قطعيا في مشتملاته، مما يجعله قابلا للتبليغ ومن ثم للاستئناف في جوانبه المادية وكذا الحضانة كما هو مقرر قانونا، فإذا بلّغته الزوجة فإن المدة القانونية للطعن تبدأ من يوم تبليغه بالحكم النهائي. وبالتالي استئنافه لا يرفض على أساس طلبه في المدة المحددة قانونا وأن الحكم نهائي كما لا يشتمل على جزء غير قطعي.

رابعا: إشكالية التنازع الإيجابي بين القاضي العقاري وقاضي شؤون الأسرة في قضايا التركات التي يكون بين ورثتها قاصر أو قصّر:

القاصر هو الشخص الذي لا يملك الاهلية للإقبال على التصرفات القانونية ، والمشرع حدد الأهلية بالسن القانونية في مختلف المجالات القانونية، فمثلا بـ 19 سنة في الزواج وكذا ممارسة التجارة، كما استثنى المشرع بعض القصر واعتبرهم مؤهلين بمجرد حصول الولي أو الوصي على الإعفاء من السن إذا توافرت الشروط وبتقدير من القاضي وهو ما نسميه بالترشيد ويكون عن طريق الترخيص.

وقد تناول المشرع الجزائري النيابة الشرعية في الكتاب الثاني من قانون الأسرة، فعديموا الأهلية وناقصوها ولا سيما القصر ، يقرر لهم القانون أشخاصا يعينون لرعاية مصالحهم والقيام نيابة عنهم بالتصرفات القانونية التي تتطلبها تلك المصالح، وهؤلاء هم النواب القانونيون من أولياء و أوصياء... وهم بطبيعة الحال دائما كاملوا الأهلية، إذ لا يتصور أن يعهد القانون برعاية مصالح ناقصي الأهلية إلى من هو ناقص الأهلية، وإلا انتفت الحكمة من إقامة النيابة القانونية.

كما أن القاضي يلعب دورا هاما في حماية أموال القاصر إزاء النواب القانونيين، حيث أن عليهم استئذان القاضي في بيع عقار القاصر أو قسمته أو رهنه أو إجراء المصالحة بشأنه، وكذا بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، واستثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة، وكذلك إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

إلا أنه بعودتنا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أن المادة 424 منه في الفصل الأول من الكتاب الثاني، المتعلق بقسم شؤون الأسرة وفي صلاحيات قسم شؤون الأسرة تنص على أنه: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية أموال القاصر" على اعتبار أن كل القواعد الموضوعية الرّامية إلى حماية أموال القاصر موجودة في قانون الاسرة، في حين تنص الماد 511 من نفس

القانون في الفصل الثالث المتعلق بالقسم العقاري وفي صلاحيات القسم العقاري: " ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأملاك العقارية" ، فهنا عمليا قد نجد أنفسنا في إشكال مفاده أنه لو رفعت قضية متعلقة بالتركة بحيث يكون فيها أحد أو بعض الورثة قصر، فهل هي من اختصاص القاضي العقاري لأن المادة 511 أعلاه صريحة بكونه ينظر في المنازعات المتعلقة بالأملاك العقارية، أم أن القضية من اختصاص قاضي شؤون الأسرة على اعتبار أن قاضي شؤون الأسرة أُوكلت له مهمّة التّكفل على وجه الخصوص بالسهر على حماية أموال القاصر، فنجد أنفسنا أمام تنازع إيجابي بين القضاة في شأن الاختصاص النوعي، وهنا كان جدير بالمشرع أن يتفطن لهذا الإشكال بأن يؤول الاختصاص في القضايا التي يكون فيها قصّر إما للقاضي العقاري أو لقاضي شؤون الأسرة، فيمكن زيادة عبارة :" إلا فيما تعلق منها بالقصر" على أساس أن قاضي شؤون الأسرة هو المختص، وهناك اقتراح آخر وهو أن ينزع لقاضي شؤون الأسرة النظر في القضايا العقارية التي تمس القصر، وذلك بزيادة عبارة للمادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسّهر على حماية أموال القاصر "إلا فيما تعلق بالعقارات" أما القاضي العقاري فيختص بكل القضايا العقارية ولو كان من بين أطرافها قصّر، بشرط أن يكون ذلك بحضور النيابة**(20)** حتى يتحقق المراد الذي ينشده المشرع في المادة 03 مكرر من قانون الأسرة.

خاتمة:

وبعد هذه الدراسة الموجزة عن بعض معوّقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري، نخلص إلى النتائج التالية:

1) تدعيم وتعزيز الدراسات الشرعية في جانبها الحقوقي، لاستلهام روح الشريعة لأجل فهم حسن وصحيح لنصوص قانون الاسرة ، مادام نصوصها مستوحاة من فقه الشريعة الإسلامية.

2) ضرورة تعزيز دور القاضي في الحد من الطلاق، بإعمال إجراءات الصلح، وبالتالي يقتضي أن يبحث في طبيعة الخصام بين الزوجين من حيث التلفظ بالطلاق، وفي الوقت الذي وقع فيه هل كان في فترة الحيض أو النفاس، أو في طهر مسها فيه مما يذلل مصاعب المساعي التي يلزم القاضي بها لإنجاح الصلح.

3) قد يكون النص على الطلاق السني والطلاق البدعي وسيلة لاستشعار الوازع الديني، فيمتنع الزوج عن إيقاع طلاق البدعة، ويرجئه إلى طهرها، حتى ينسجم ذلك مع عدتها، وبالتالي يمكن الاعتداد بالطلاق الرجعي قانونا في مثل هذه الحالات.

4) وجوب التفكير في تسوية مشكل تفويت فرصة الزوج في الطعن بالاستئناف عندما يشتمل على جزء غير قطعي، وهذا على المستوى القضائي بتعليمة يضعها القضاة لمنع تبليغ الأحكام التي تشتمل على جزء غير قطعي مثلا، أو على المستوى التشريعي بحيث أنه لا يمكن أن تبلغ الأحكام التي تشتمل على إجراء تحقيق أو تدبير لم يفصل فيه بعد، حتى لا يطعن بالاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى بأكملها .

5) الأحكام الصادرة في قضايا فك الرابطة الزوجية تصدر نهائيا، ولا تقبل الاستئناف، في حين تقبل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وتفاديا للمشاكل التي تحدث بعد قبول الطعن بالنقض، والذي يسري بأثر رجعي على الزوجين الذين انفصلا فيعودا زوجين في نظر القانون، وجب صدور أحكام الطلاق غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن، سواء كانت عادية أو غير عادية.

6) مادام القاضي العقاري ينظر في كل القضايا التي موضوعها عقار، فإذا نظر في قضية من بين أطرافها قاصر أو قصّر كقضايا التركة مثلا، يجب حضور النيابة ، حتى يكتمل ما كان ناقصا ، على اعتبار أن قاضي شؤون الأسرة مختص بالنظر في قضايا القصر حماية لحقوقهم، مما يجعل النيابة طرف أصيل حسب المادة 03 مكرر من قانون الأسرة.

الهوامش:

(1) مداخلة من إعداد الأستاذ مراد نعوم، أستاذ محاضر (ب)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة "أبو بكر بلقايد تلمسان"

* وعلى الرغم من المكانة التي تحظى بها الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري إلا أنها مُهملة في كليات الحقوق كمادة علمية تدرّس، ففي ظل النظام القديم كان طلاب الحقوق يدرسونها في السنة الثانية بحجم حصّتين في الأسبوع بدون حصّة الأعمال الموجهة، وفي أغلب الأحيان يدرّسها أساتذة غير مختصين، لا يفقهون في القواعد الأصولية والحكم الشرعي، وأصول استنباطه ، والقواعد الفقهية ودورها في تنمية ملكة الاستنباط عند الطالب الحقوقي مقتصرين على بعض التعريفات وكذا سرد لمصادر التشريع الإسلامي ، وحتى أساتذة المواد الأخرى لا يعيرون أهمية للفقه الإسلامي في البحوث التي يكلّفون بها الطلبة، ، وفي النظام الجديد (ليسانس. ماستر. دكتوراه) أدهى وأمرّ إذ ألغيت المادة في أغلب التخصصات الحقوقية، وكلهم يتعرفون في السنة الأولى من دراستهم الحقوقية في مادة المدخل للقانون أن الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي أول بعد التشريع، مما يجعل رجل القانون عند ممارسته للمحاماة أو القضاء أمام ملفات ومصالح الناس في مأزق عند انعدام النص التشريعي في أن يطرق باب الفقه الإسلامي خاصة في قضايا الطلاق والميراث والوصايا وبعض القضايا المدنية، فكيف له من ذلك وهو لم يتلق أي تكوين في هذا المجال؟؟؟ أليس فاقد الشيء لا يعطيه؟ وبالتالي هذا ما يدفع بالمحامي إلى أساليب التوائية أخرى لا يحمد عقباها في أغلب الأحيان.

(2) الدستور الجزائري 1996 ، الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 ، المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، وبالقانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

(3) أحمد لعور، نبيل صقر، القانون المدني نصا وتطبيقا، طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 07-05، دار الهدى ، الجزائر، 2007، ص 05 وما بعدها.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر-سورية- دمشق، الطبعة الرابعة، الجزء 09، ص403.

(5) ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، الجزء الثاني، ص67

(6) ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، مكتبة الشركة الجزائرية، الجزائر، ص ص 230،231، أحمد دكار، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، الجزائر، 2005، ص ص 71، 72.

(7) العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 49، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

(8) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

(9) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 09، ص 407.

(10) الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى، 2000، الجزء 02، 388، وقد ذهب بعض الصحابة، وأهل الظاهرية، وفقهاء مذهب الإمامية، وكدا ما أفتى به ابن تيمية، وابن القيم إلى أن الطلاق المقترن بعدد لا يعتبر إلا طلقة واحدة، وهو ما أخذت به القوانين العربية، وهو الذي يتماشى مع حكمة التشريع الإسلامي، في جعل الطلاق دفعات متعددة، أي على ثلاث مرات، ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الاولى والثانية، ويروضها على الصبر والتحمل، حتى إذا لم تفده التجارب وقعت الثالثة. ابن القيم، أعلام الموقعين، تحقيق طه عبد الرؤوف، دار الجيل بيروت 1973، الجزء 03، ص 31.، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة 2005، الجزء الأول، ص ص 225، 253،غوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية 2008، ص 101.

(11) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

(12) يتبين من نص المادة 57 والتي تقضي بعدم قابلية الاحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، أن الطلاق يصدره القاضي وبحكم نهائي تفك على أساسه الرابطة الزوجية، وهو ما يقابل الطلاق البائن بينونة صغرى في الفقه الإسلامي. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

(13) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر-سورية- دمشق، الطبعة الرابعة، الجزء 04، ص 642.

(14) سورة البقرة 229.(قراءة ورش عن نافع)

(15) رواه البخاري في صحيحه، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، الجزء 16، ص 320. الموسوعة الشاملة، من موقع الإسلام.

(16) رواه البخاري في صحيحه، المرجع السابق، الجزء 16، ص 322. الموسوعة الشاملة، من موقع الإسلام.

(17) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، الجزء 01 ، ص 263 وما بعدها، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار

هومة، الجزائر، 2007، ص 129 وما بعدها، عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر،2004، ص 36.

(18) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

(19) يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الاسرة (الزواج والطلاق)، دار هومة للطباعة والنشر، 2007، ص 77، وقد نصت على ذلك المادة 57 من قانون الأسرة المذكور أعلاه

(20) المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري تنص: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون" وعبارة "هذا القانون" يراد بها قانون الأسرة، فيكون من باب أولى حضور النيابة في القضايا العقارية التي يكون فيها قصر .