مجلة الاجتهاد القضائي - المجلد 14 - (العدد التسلسلي 29) – مارس 2022 (ص ص: 735 - 744)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

تأثر التفسير القضائي لنصوص قانون الأسرة بمحددات النظام العام: العلاقة الزوجية نموذجا

The judicial interpretation of the Algerian family law was affected by the determinants of public order: The marital relationship as a model

ط. د عبدالرزاق يعقوبي [1]
باحث دكتوراه – مخبر نظام الحالة المدنية
جامعة جيلالي بونعامة - خميس مليانة (الجزائر)
a.yagoubi@univ-dbkm.dz

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
26 نوفمبر 2021	24 ديسمبر 2021	30 مارس 2022

الملخص:

يتناول موضوع البحث متلازمتي :المرجعية الدينية الاسلامية لقانون الاسرة الجزائري ومظاهر تبني المشرع لمبادئ الاتفاقيات الدولية لحقوق المراة في تعديل قانون الاسرة لسنة 2005 كمحددين لمفهوم النظام العام في قانون الاسرة ، وأثرهما على التفسير القضائي لنصوصه. وتبدو أهمية دراسة الموضوع من خلال محاولة الوقوف على الاعتبارات القضائية في تفسير النصوص الغامضة والمبهمة في قانون الأسرة بالاستناد الى مفهوم النظام العام الذي ينشده القاضي نفسه لا سيما إذا تعلق الامر برجوعه الى تطبيق مبادئ اتفاقية سيداو التي تتعارض مع المرجعية الدينية في المجتمع خلال بحثه عن الحلول القانونية فيها. هذه المسألة تطرح بإلحاح إشكالية مدى تأثر التفسير القضائي بمفاهيم النظام العام في مجال العلاقات الاسرية من خلال مرجعيتي: الدين الإسلامي ومبادئ الاتفاقيات الدولية. وسأتناول الموضوع الحالي في محورين : الأول يتعلق بالمرجعية الدينية كمحدد أساسي لمفهوم النظام العام في عملية تفسير النص الأسري ، وفي المحور الثاني اتطرق الى مدى تأثر التفسير القضائي بمبادئ الاتفاقيات الدولية في تفسير النصوص.

الكلمات المفتاحية: النظام العام الأسري، التفسير القضائي، المرجعية الدينية، المساواة بين الجنسين ، اتفاقية سيداو.

Abstract:

The topic of the intervention aims to study the two references: the Islamic religious reference to the Algerian family law on the one hand, and the manifestations of the legislator's adoption of the principles of international conventions on women's rights in amending the Family Law of 2005 on the other hand as determinants of the concept of public order in the family law, and their impact on the judicial interpretation of its texts. The importance of studying the topic stems from trying to identify judicial considerations in interpreting ambiguous texts in family law based on the concept of public order that the judge himself seeks, especially if it comes to his return to applying the principles of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, which contradicts the religious reference in society While searching for legal solutions in it. This topic raises the problem of the extent to which the judicial interpretation is affected by the concepts of public order in the field of family relations through references: the Islamic religion and the principles of international conventions. I will study the current topic in two axes: the first relates to the religious reference as a basic determinant of the concept of public order in the process of interpreting the family text, and in the second, I touch on the impact of the principles of international agreements on the judicial interpretation of family texts

key words: *Family Public Order, Judicial Interpretation, Religious Reference, Gender Equality, CEDAW.*

[1] المؤلف المرسل: ط. د عبدالرزاق يعقوبي ـــــــــــ *Email: a.yagoubi@univ-dbkm.dz*

مقدمة:

من بين جميع المفاهيم القانونية المعروفة والمكرسة في القانون الداخلي قد لا يوجد مفهوم لم يتم ضبط تعريفه او تحديد ماهيته كما هو الشأن بالنسبة لفكرة النظام العام لعدة اعتبارات: مرتبطة بمرونة المفهوم، تغيره بتغير الزمان والمكان واختلاف مجاله بين القانون العام والقانون الخاص.

وتعتبر نصوص قانون الأسرة الجزائري[1] المكان الطبيعي لوجود فكرة النظام العام والحيز الخصب لإعمالها بالنظر إلى أنّ معظم نصوصه مستمدة من أحكام الشريعة الاسلامية لا سيما أحكام الإحالة الموجودة بنص المادة 222 منه، فضلا عن النصوص الصريحة الناطقة بالنص الشرعي أو الفقهي كما هو الحال بالنسبة للنصوص المتعلقة بالميراث او بمنع التبني وغيرهما؛ والتي تشكل قواعد آمرة لا يمكن للقاضي مخالفتها أو تفسيرها على نحو مخالف.

وأمام مصادقة الجزائر على العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق المرأة والطفل بصفة خاصة فقد عمدت الى العمل على مواءمة تشريعاتها الداخلية مع نصوص تلك الاتفاقيات باستحداث قوانين او تعديل ماهو موجود كما هو الحال بالنسبة لتعديل قانون الأسرة سنة 2005 وتبني بعض المبادئ الواردة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة كما هو الحال بالنسبة لمبدأ المساواة بين الجنسين بتعديل أحكام الولاية في الزواج وغيرها ؛ وهي التعديلات التي تتناقض مع احكام الفقه الاسلامي وتنعكس على سلوك القاضي في تفسير تلك النصوص وتجعله بين فكي: الإنتصار للنص القانوني الوضعي بالاستناد للمفاهيم الدولية أو تغليب فكرة النظام العام للحفاظ على كيان الأسرة باحتضان الرأي الفقهي ومرجعية النص الدينية.

وتعتبر النصوص المرتبطة بتنظيم الرابطة الزوجية المجال الخصب لاعمال ضابط النظام العام في تفسير الغامض منها واعطائه المعنى المراد، وهذه المسألة تدفعنا لطرح الاشكالية التالية: ماهي مظاهر تأثر التفسير القضائي بفكرة النظام العام في مجال العلاقة الاسرية؟

للإجابة على هذه الإشكالية سأستعمل المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية دون إهمال استعمال المنهج الاستقرائي بتتبع قرارات القضاء في مجال البحث ؛ من خلال خطة بمحورين أتناول في المبحث الاول المرجعية الدينية الإسلامية كمحدد أساسي لمفهوم النظام العام الاسري، واتطرق ضمنه للمجال الخصب له في موانع الزواج ومنع التبني وأحكام الميراث ؛لأنتقل الى المبحث الثاني لدراسة تأثير الالتزامات الدولية على مفهوم النظام العام الأسري من خلال: بيان مفهوم مبدأ المساواة بين الزوجين في الاتفاقيات الدولية واثر انضمام الجزائر لاتفاقية

"سيداو" على تكريس المضمون الدولي للمفهوم في مجال التفسير القضائي لنصوص قانون الأسرة.

المبحث الأول :المرجعية الدينية كمحدد أساسي لمفهوم النظام العام الأسري

يعرف الاستاذين: طعيبة عيسى وجيلالي تشوار النظام العام في القانون الخاص [2] بأنه "مجموع الأسس التي يقوم عليها بنيان المجتمع وكيانه المادي بحيث لا يتصور قيام هذا البنيان واستمراره عند تخلفها أي كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام العام سواء مصلحة اجتماعية او اقتصادية او سياسية او خلقية.".

واختلف الدارسون والشراح في بيان مظاهر التدليل عن النصوص القانونية المجسدة لفكرة النظام العام بين من يعتبر القواعد القانونية الآمرة هي النظام العام في حد ذاته [3] وبين من يرى أن القاعدة الآمرة ماهي إلا العنصر المادي في النظام العام الذي يمثل وسيلة حماية النظام العام [4].

وأمام عدم اعطاء تعريف للنظام العام بصفة عامة وللنظام العام الأسري بصفة خاصة كان علينا البحث عن المحددات التي تمكننا من الوقوف على اسباب الركون لتطبيق ضابط النظام العام في تفسير النص الأسري وهي: المرجعية الاسلامية للنص من خلال الوقوف على نماذج:موانع الزواج (المطلب الاول) او التبني (المطلب الثاني) او أحكام الميراث (المطلب الثالث).

المطلب الاول: النظام العام من خلال موانع الزواج

إن محتوى قانون الاسرة الجزائري مستمد معظمه من أحكام الشريعة الاسلامية وأقوال الفقهاء [5] سواء في نصوصه أو من خلال الإحالة الواردة بنص المادة 222 منه،والحقيقة أن أحكام الشريعة الاسلامية هي أصل كل حكم متعلق بالأسرة عند المسلمين فمنها تؤخذ القواعد وتستنبط الأحكام [6].

اذا جئنا الى نصوص قانون الأسرة وجدنا العديد من الأحكام الشرعية القطعية مجسدة في نصوصه والتي لا يمكن للقاضي أن يلجأ لتفسيرها كما هو الحال بالنسبة للتعداد الخاص بموانع الزواج في المواد 24 وما يليها منه مع تجنب الخلط بين عدم إمكانية تفسير تلك النصوص وبين اختيار النص الأنسب لتطبيقه على النزاع كما هو الحال بالنسبة لرجوع القاضي في بحث مسألة مصير الزوجة التي عاد زوجها الأول المفقود حيا طبقا للمادة 222 من نفس القانون، وهذا ما يعبر عنه الشراح بالتفرقة بين الإجتهاد القضائي الإنشائي الذي قد يكون بناء على تفسير النص وبين الإجتهاد القضائي الانتقائي الذي ينصرف الى الاجتهاد في بحث آراء الفقهاء في المسألة ونقلها وانتقاء واختيار الحل الأنسب لها [7] وفي ذلك نصت المادة 24 من قانون الاسرة: "موانع النكاح المؤبدة هي: القرابة والمصاهرة والرضاع " وأيضا المادة 30:"يحرم

من النساء مؤقتا المحصنة،المعتدة من طلاق أو وفاة،المطلقة ثلاثا،ويحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أولأم أومن رضاع وزواج المسلمة مع غير المسلم"، وهما النصين المقيدين لسلطة القاضي في تفسيرهما، فلا يمكن مثلا للقاضي الذي رفع أمامه نزاع يتعلق بطلب الزوجة تطليقها لثبوت ردة زوجها ان يرفض طلبها بحجة عدم النص على الردة في موانع الزواج المذكورة بل لابد له من إعمال ضابط النظام العام والحكم بالتفريق لاختلاف الدين أين جاء في أحد القرارات [8]:"يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق في حالة ارتداد الزوج عن دين الاسلام...".

كما أن نصَّ المشرع على رأي مذهب يمنع القاضي من استبعاد النص بإختيار رأي مذهب فقهي ثاني تطبيقا للقاعدة القائلة أن " إختيار الحاكم للمذهب يرفع كل خلاف"[9]، مثل إختيار المشرع للمذهب المالكي في مدة وكمية الحليب المعتبر للحرمة [10]طبقا للمادة 29 من قانون الاسرة، اين جاء في قرار المحكمة العليا [11]"...من المقرر شرعا انه يتم فسخ الزواج بسبب الرضاع".

المطلب الثاني:النظام العام من خلال منع التبني

مسألة التبني مسألة فصلت فيها الشريعة الاسلامية بالتحريم مصداقا لقوله تعالى[12]: "ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ " اين جاء نص المادة 46 من قانون الاسرة واضحا ومكرسا للحكم الشرعي القطعي بالنص: "يمنع التبني شرعا وقانونا" ؛ فهذا النص يتضمن:المنع والنهي، والنهي عند فقهاء الأصول يقتضي دوام الترك والتحريم ويقتضي البطلان ان تم اللجوء له وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبله[13]، وعليه فلا يمكن للقاضي تفسير النص لا سيما اذا تعلق الأمر بتبني فيه طرف أجنبي تحكمه قواعد القانون الدولي فيستبعد النص الاجنبي المجيز الأمر بالاستناد الى النظام العام نفسه.

المطلب الثالث: تجسيد النظام العام ضمن أحكام الميراث

تعتبر الشريعة الاسلامية الشريعة الوحيدة التي بينت أنصبة الورثة وحقوقهم بشكل دقيق منعا للظلم وتحقيقا للعدل، واحتوى قانون الاسرة الجزائري على كتاب كامل من بين الكتب الأربعة فيه خصصه لأحكام الميراث من المادة: 126 الى المادة: 183 منه ؛ بين فيه احكام الميراث وفقا لما نص عليه الشرع الحكيم ابتداء من شروط استحقاق الارث وانصبة الورثة الى قسمة التركات، وهي النصوص التي تشكل نظاما عاما لا يمكن المساس به في حال المنازعة بين الورثة ولا يمكن للقاضي ان يعطل نصوصه أو يفسرها لا سيما ما يخص انصبة الورثة وحقوقهم، ولا يمكن اهمال نصيب الورثة في القسمة من طرف قضاة الموضوع والذي يكون مدعاة وسببا لنقض وابطال الحكم لتعلق نصيبه بالنظام العام المستمد من الحكم الشرعي القطعي لقوله تعالى: [14] "وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ".و في ذلك جاء قرار

المحكمة العليا: [15]" من المقرر قانونا وشرعا ان اصحاب السدس من بينهم الاب بشرط وجود الولد او ولد الابن ذكرا كان أو انثى،والثابت ان نصيب الاب اهمل فعلا في الفريضة المقدمة فكان على قضاة الموضوع الأمر بإجراء فريضة أخرى تشمل كافة ورثة الهالك بما فيهم الأب".

المبحث الثاني: تأثير الالتزامات الدولية على مفهوم النظام العام الأسري

ادى انضمام الجزائر الى العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الى سعيها المتواصل الى مواءمة تشريعاتها الداخلية مع مضمون تلك الاتفاقيات التي تنطلق من أفكار غربية في سياقاتها وصياغتها.

تلك الافكار التي كانت وليدة نشاط الجمعيات النسوية المتطرفة والتي لم تكن أبدا نتاجا لتفكير انساني مشترك يحترم خصوصيات المجتمعات وتنوعها أو كما قال الامام محمد ابوزهرة [16]: "هي دعاية ظهرت في البلاد الإسلامية من مصادر أمريكية وأوروبية" والمبنية أساسا على الثورة ضد سلطة الرجل من زاوية التصادم، والرؤية المدافعة عن محاربة ما يعيق المرأة على التفتح ولوعلى حساب أسرتها وحريتها في اختيار شريكها وطريقة الانجاب من عدمه أو التخلص من جنينها.

بالنسبة للعلاقات الزوجية فإنه يمكن تلمّس تأثير انضمام الجزائر للاتفاقيات الدولية لا سيما اتفاقية سيداو[17] واتفاقية الامم المتحدة لحقوق الطفل[18] على مفهوم النظام العام الاسري من خلال مبدأ المساواة بين الزوجين (المطلب الأول) وتأثر التفسير بالاتفاقيات لاسيما في تحديد مفهوم النظام العام بناء عليها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأ المساواة بين الزوجين

أدّت المصادقة على اتفاقية سيداو الى تعديل قانون الاسرة سنة 2005 وتضمينه بعض المفاهيم الهلامية المستمدة من أحكام تلك الاتفاقية التي تهدف الى تحقيق المساواة الرقمية بين طرفي العلاقة الزوجية قبل ابرام عقد الزواج واثناءه وبعد انحلاله (الفرع الاول) كما أدى التزام الجزائر بمواءمة تشريعاتها مع نصوص الاتفاقية الى تعديل قانون الجنسية (الفرع الثاني) وهما الامران اللذان أديا الى اعطاء مفهوم مخالف للنظام العام الاسري المستمد من المرجعية الدينية والذي لا يمكن الجمع بينهما خاصة اذا تعلق الامر بنص الاتفاقية على الغاء بعض المسلمات الدينية كالقوامة والنسب ونصيب الأنثى في الميراث.

الفرع الاول: مفهوم المساواة في العلاقة الزوجية

من خلال النصوص المعدلة في قانون الاسرة[19] نجد أنها جاءت لتوائم التزامات الجزائر بنقل نصوص اتفاقية سيداو لنظامها التشريعي الداخلي وعلى رأس المبادئ التي عملت على

تكريسها مبدأ المساواة بين الجنسين في علاقتهما الزوجية سواء كان ذلك اثناء انشاء العلاقة (أولا) او عند انتهائها (ثانيا).

أولا - مظاهر تكريس مبدأ المساواة عند نشأة العلاقة الزوجية:

ويتعلق الأمر بـ:

- تكريس المساواة في أهلية الزواج بتحديد السن للزوجين معا طبقا للمادة:07 من قانون الاسرة المعدلة ب19 سنة، ولكن يمكن للقاضي ان يرخص بالزواج لأقل من هذا السن للضرورة وبعد دراسة ملف الطلب،وهنا يتجلى دور القاضي في اعمال النظام العام بالنزول الى سن معينة لمنح الترخيص فلا يمكنه منح ترخيص بالزواج لطفلة قاصرة لم تبلغ 13 سنة لتعارض ذلك بالنظام العام الذي يشترط العقل في إبرام مثل هذه العقود الخطيرة.

- تكريس ركن الرضا في قيام عقد الزواج، بالنص على اشتراط رضا المرأة في ابرام العقد طبقا للمادة 09 المعدلة فلا تُرغم على قبول الزواج وليس لوليها ان يزوجها ضد رغبتها أو يمنعها من الزواج مع اعطاء القاضي دورا هاما في رفع العضل عنها اذا ثبت له تعسف وليها في رفض زواجها او ارغامها على الزواج.

ثانيا - مظاهر تكريس مبدأ المساواة عند انتهاء العلاقة الزوجية:

ويتعلق الأمر بـ:

- منح الزوجة حق طلب الخلع بدون موافقة الزوج طبقا للمادة 54 المعدلة، وهو حق مقابل لحق الزوج في طلب الطلاق، وتكريس لمساواة الزوجين في انهاء العلاقة الزوجية، فليس للقاضي ان يُعمل سلطته التقديرية في رفض طلب الخلع لرفض الزوج ولا يكون له الا الفصل في مقابل الخلع،وفي ذلك جاء في قرار المحكمة العليا [20]: "المبدأ: الخلع حق ارادي للزوجة يقابل حق العصمة للزّوج".

- توسيع اسباب التطليق من خلال تعديل المادة 53 المعدلة باضافة اسباب ثلاثة اخرى ؛ويتعلق الامر بالتطليق لمخالفة شروط العقد الاتفاقية والشقاق المستمر ومخالفة احكام المادة 08 منه،وان توسيع الاسباب جعل من دور القاضي في الصلح مجرد اجراء روتيني دون نتائج [21]، ويتجلى تعامل القاضي في بحث اسباب التطليق واعتماده على النظام العام في تفسير الأسباب واضحا من خلال استناده على ضرورة المحافظة على شمل الأسرة كما هو الحال في سبب العيوب الزوجية التي تمنع من استئناف الزوجية ؛ فقد مضت المحكمة العليا في سبيل المحافظة على شمل الأسرة إلى منح الزوج أجل سنة للعلاج اعتمادا على رأي فقهي [22].

الفرع الثاني: مفهوم المساواة في منح الجنسية للولد

لقد تم تعديل المادتين: 06 و32 من قانون الجنسية بموجب أمر رئاسي[23] في سنة 2005 ليكرّس المساواة التامة بين الرجل والمرأة في منح ولدهما جنسيتهما،أين نصت المادة: 06 بعد التعديل: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية "، وأصبح ممكنا منح الولد المولود حتى خارج إطار الزواج جنسية أمه الأصلية عن طريق الدّم متى ثبت أنّها جزائرية، ولم يُصبح الإشكال مطروحا بخصوص سعي مجهول الأب لإثبات جنسيته طبقا للمادة 32 من قانون الجنسية المعدلة مقصورا على تقديمه لما يفيد وجود أصلين ذكرين، وأصبح بالإمكان تقديم عقد ميلاد والدته ومعه عقدي ميلاد والدها وجدّها المولودين بالجزائر لإثبات جنسيته الجزائرية وليس للقاضي ان يخالف النص باعطائه تفسير أخر يخالفه ليتوصل الى المطالبة بوثائق مخالفة كتقديم عقد الزواج.

المطلب الثاني: مدى تأثر التفسير القضائي بالاتفاقيات الدولية في تحديد مفهوم النظام العام الأسري

لابد من الاشارة الى ان القاضي لايفسر نصوص الاتفاقية الدولية وإنما يفسر قانونه الوطني اذا كان هناك محلا للتفسير بمعنى: أن تلمُّس مدى تأثر التفسير بالاتفاقيات الدولية من خلال تعامله مع نص قانون الاسرة المتضمن مبادئ الاتفاقية، ومن ضمن ما يمكننا الوقوف عليه في هذه المسألة نجد اعتماد القاضي الاسري على مبدأ النظام العام في اثبات الزواج دون اعتداد بشروط التعدد (الفرع الاول)، اومن خلال تفسير مصطلح الشخص المختار كولي (الفرع الثاني).

الفرع الاول: اثبات الزواج العرفي دون الاعتداد بشروطه

تُعتبر اتفاقية سيداو التعدد تمييزا ضد المرأة طبقا للمادة 16 منها، وحثّت الدول الاعضاء على الغاء نظام تعدد الزوجات،كما وضع المشرع الجزائري ضوابط سابقة للتعدد ضمن المواد 8 و8 مكرر و8 مكرر 01 من قانون الاسرة.

لكن قد يلجأ الطرفان الى الزواج العرفي بسبب وجود زواج سابق سواء برفض الزوجة الاولى للزواج الثاني او لأي سبب مرتبط بالزواج الاول،فيتقدمان بدعوى امام القضاء لاثبات زواجهما للاعتراف به وتسجيله في الحالة المدنية.

عند التحقيق يقف القاضي على توافر اركان وشروط العقد فيقوم باثباته بغض النظر عن غياب شروط التعدد مدفوعا بالنظام العام الذي يوجب اثبات العقد خاصة اذا نتج عنه اولاد يحتاجون العقد لتسجيلهم ودراستهم وغيرهما.

لا توجد أي قرارات للمحكمة العليا نقضت احكاما او قرارات باثبات الزواج العرفي رغم عدم توافر ضوابط التعدد،بالنظر الى ان القانون لم يرتب أي جزاء على عقد الزواج المستهلك

ولم يمنح الزوجة الاولى الا الحق في طلب التطليق للتدليس، فيكفي ان تتوافر في الزواج أركانه وشروطه لاثباته ؛وفي ذلك جاء في احد قراراتها[24]: "ان المادة 22 من قانون الاسرة تنص ان الزواج يثبت بمستخرج من سجلات الحالة المدينة وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم متى توافرت اركانه".

الفرع الثاني: تفسير مصطلح الشخص الذي تختاره البنت كوليّ

في اطار مواءمة الجزائر لتشريع الاسرة مع اتفاقية سيداو تم تعديل نص المادة 11 منه باعطاء المرأة الراشدة الحق في اختيار وليّها،وتضمن نص التعديل مصطلح يثير مشكلة كبيرة في تفسيره وهو مصطلح "أو أي شخص تختاره"، فهل هو شخص من ضمن من ذُكروا قبله وهم الاب او احد الاقارب وتقوم بالاختيار بينهم ام ان الشخص المقصود هو شخص اخر غير من ذُكروا ؟

يرى الدكتور طحطاح علال[25]: "انه لا يكون اختيار المرأة للشخص الاخر ليكون لها وليا الا في حالة عدم وجود أب او احد الاقارب العاصبين او ذوي الارحام... كما ان المنطق الى جانب مبادئ التفسير يؤيد هذا القول اذ ماهو الداعي لان تختار شخصا لا صلة له بها وهي بإمكانها ان تختار أيا كان من الأقارب".

هذا التفسير المنطقي للأستاذ طحطاح علال تؤيده معطيات الواقع المجتمعي بان ولي المرأة هو أبوها وفي حالة عدم وجوده لفقد او غياب او لعاهة او لعضل تنتقل الولاية لأقاربها العاصبين، ولا يوجد في العرف ما يعطي غيرهم الصفة.

إنّ المنازعة القضائية في صفة "أيّ شخص تختاره" البنت وليّاً لها قد تُثار ويكون لها محلا للتفسير والأثر في تحديد وصف الزواج اذا تعلق الأمر بالزواج قبل البناء باعتبار ان المادة 32 من قانون الاسرة نصت ان تخلف شرط الولي يؤدي الى فسخ العقد قبل الدخول،والى ثبوته بصداق المثل اذا تم الدخول.

يجب أن يكون تفسير المصطلح من طرف القاضي محترما وغير مناقض للنظام العام الذي يراعي عرف المجتمع لا نصوص الاتفاقيات الدولية المبنية على أفكار الجمعيات النسوية المنحرفة، فإعطاء تفسير للمصطلح بأنه: واحد من ضمن من ذكروا قبله بنص المادة بالترتيب الوارد وبالضوابط الفقهية الثابتة يؤدي الى احترام التفسير لمبدأ النظام العام ومسايرته لإجتماعية القاعدة القانونية.

خاتمة:

نصل في الاخير الى القول أن النظام العام قيد للقاضي في تفسيره للنصوص القانونية المتعلقة بالأسرة لاسيما فيما يخص منها العلاقة الزوجية باعتماده على المرجعية الدينية الاسلامية في البحث عن الحلول في حالة غموض النص او ابهامه منطلقا من ضرورة احترام

العرف الاجتماعي الموافق لنصوص الشرع ومنتصرا له في مواجهة الدعوة الى تغليب المفاهيم الغربية للاتفاقيات الدولية للحفاظ على آخر مؤسسة بقيت في المجتمع وهي مؤسسة الأسرة.

وقد توصلت في ختام هذا البحث الى النتيجتين التاليتين:

– هيمنة المرجعية الدينية الاسلامية في وضع نصوص قانون الاسرة، مع بقاء هامش لاجتهاد القاضي وتفسيره لبعض النصوص بالاستناد الى النظام العام.

– ترتب على اعتماد القاضي على مبدأ النظام العام في تفسير نصوص قانون الاسرة تقريبه لمجال تطبيق النص الى مجاله الاجتماعي.

وأقدم الاقتراحين التاليين:

– ضرورة استيعاب التفسير القضائي لفكرة النظام العام الأسري بما يسمح بتحقيق الامن القانوني الخادم لاجتماعية القاعدة القانونية.

– بطلان التفسير المخالف لأحكام قانون الاسرة والتي تجد مصدرها في النصوص الشرعية القطعية أو التفسير الذي لا يحترم اعراف المجتمع الجزائري.

الهوامش:

[1] – قانون رقم 8411 مؤرخ في: 09 جوان 1984المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 الصادر بتاريخ: 12 جوان 1984.

[2] – طعيبة عيسى، تشوار الجيلالي، النظام العام ومنح الحكم الاجنبي الأسري الصيغة التنفيذية، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 4عدد 2 السنة 2019، ص 1032.

[3] – البعلي ابراهيم، النظام العام كآلية حمائية من الشروط الجزائية التعسفية بين القصور التشريعي والاجتهاد القضائي، مجلة منازعات الاعمال، مجلد 2019 عدد 40 في 30/04/2019، المملكة المغربية، ص 146.

[4] – طحطاح علال، نص المادة 11 من قانون الأسرة بين ظاهر الصياغة اللفظية وحتمية التفسير، مجلة صوت القانون العدد الثاني أكتوبر 2014، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة ص 49.

[5] – جزول صالح، حدود النظام العام في مواد الاسرة، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد المجلد 05 العدد 01 لسنة 2020 جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ص 193.

[6] – ابراهيم بوريش، محددات النظام العام في العلاقات الأسرية بين الثبات والتطور ، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الاول، السنة الجامعية 2008 – 2009 المملكة المغربية، ص 10.

[7] – عطاء الرحمان الندوي، الاجتهاد ودوره في تجديد الفقه الاسلامي، مجلة دراسات، المجلد الثالث ديسمبر 2006، الجامعة الاسلامية العالمية شيتاغونغ، بنغلاديش، ص 89.

[8] – م ع ج قرار مؤرخ في: 12 افريل 2012، ملف رقم 699785، مجلة المحكمة العليا العدد الثاني، سنة 2012، ص 274.

[9] – عبدالله بن محمد المزروع، إلزام ولي الامر وأثره في المسائل الخلافية، مؤسسة البيان، ط1، 1434ه، الرياض، ص 13.

[10] – فاسي عبدالله، الرضاع وأثره على حرمة الزواج، دفاتر السياسة والقانون، العدد 15 جوان 2016، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ص 597.

[11] – م ع ج، غ ش أ م:قرار مؤرخ في 18 جانفي 2000، ملف رقم 232324، المجلة القضائية العدد الاول، سنة 2001، ص 261.

[12] – من الاية 05 من سورة الأحزاب.

[13] – علي بن عباس الحكمي، دلالات النهي عند الاصوليين وأثرها في الفروع الفقهية، مجلة جامعة ام القرى، السنة الاولى العدد الاول 1409 ه، المملكة العربية السعودية ص 15.

[14] – من الاية 11 سورة النساء.

[15] – م ع ج، غ ش أ م: قرار مؤرخ في: 21 جويلية 1998،ملف رقم: 200213، المجلة القضائية العدد الثاني،سنة 2000 ص 168.

[16] – محمد ابوزهرة: تنظيم الاسرة وتنظيم النسل،دار الفكر العربي ط1،بيروت، 1976 ص 101.

[17] – أُعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والإنضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 180/34 المؤرخ في:18 ديسمبر1979 وصادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 9651 مؤرخ في: 19 ديسمبر 1992،عدد06 صادربتاريخ: 24 جانفي 1996.

[18] – أُعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والإنضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 44/25 المؤرخ في:20 نوفمبر 1989 وبدأ نفاذها بتاريخ:02 سبتمبر 1990 وصادقت عليها الجزائر مع تصريحات تفسيرية بموجب المرسوم الرئاسي رقم92461 المؤرخ في: 19 ديسمبر 1992 ج ر عدد 91 صادر في 23 ديسمبر 1992.

[19] – أمر رقم 0502مؤرخ في: 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 8411 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الاسرة، ج ر عدد 15 صادر بتاريخ: 27 فيفري 2005.

[20] – م ع ج، غ ش أ م: قرار مؤرخ في:15 سبتمبر 2011، ملف رقم: 656259، مجلة المحكمة العليا،العدد الاول، سنة 2012 ص 318.

[21] – نزار كريمة، التوجه التشريعي نحو تكريس المساواة بين الزوجين وأثره على الأسرة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد الخامس،العدد الثالث،سبتمبر 2020 ص216.

[22] – م ع ج، غ ش أ م: قرار مؤرخ في:19 نوفمبر 1984، الملف رقم 213 571، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية، عدد خاص،سنة 2001، ص 119.

[23] – أمر رقم 05 – 01 مؤرخ في: 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 7086 المؤرخ في: 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج ر عدد 15 صادر بتاريخ: 27 فيفري 2005

[24] – م ع ج،غ ش أ م: قرار مؤرخ في: 11 مارس 2009، ملف رقم:479392، مجلة المحكمة العليا العدد الثاني، سنة 2009 ص 287.

[25] – طحطاح علال، المرجع السابق ص 69.