إعمال فكرة النظام العام في مجال تنازع قوانين الأحوال الشخصية

بقلم/أ. بعلوج أسماء
أستاذ مساعدة "أ" جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة
-كلية الحقوق و العلوم السياسية-
عضو بمخبر نظام الحالة المدنية

مقدمة:

تهدف قواعد القانون الدولي الخاص إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية أو ما يقال له المجتمع الدولي للأفراد، فضلا عن تحقيق نوع من التعايش بين النظم القانونية المختلفة، وفي سبيل ذلك قد تقضي هذه القواعد بوجوب تنازل القانون الوطني عن حكم علاقة معينة ذات عنصر أجنبي معروضة على القاضي الوطني، وإخضاعها لقانون دولة أخرى، غير أن تحقيق هذا الهدف لا يعني التسليم المطلق لاختصاص هذا القانون، ذلك أن التشريعات تكاد تجمع على استبعاد تطبيق هذا الاخير متى كان مخالفا للنظام العام في دولة القاضي المختص بالنظر في النزاع ضمن ما يسمى بالدفع بالنظام العام. على أن مسائل الأسرة هي أكثر ما يمكن الحديث عنه في هذا المجال لحساسية هذه الأخيرة نظرا لارتباطها في أغلب التشريعات

بالمعتقدات الدينية.

وإذا كان الهدف من إثارة الدفع بالنظام العام واضح، إلا أن مضمون الأساس الذي يقوم عليه هذا الدفع على خلاف ذلك، ويتعلق الأمر بفكرة النظام العام في حد ذاتها، فالمد والجزر الذي اعترى الفقه في

وضع تعريف لها ،ومن ورائه التشريع والقضاء أضاف إلى غموض هذه الفكرة، وزاد في تململها عن قيود الضبط المصطلحي.

من هذا المنطلق نتساءل عن موقف المشرع والقضاء الجزائريين في هذا المجال،

المبحث الأول: مفهوم النظام العام:

حتى نتطرق لكيفية الدفع بالنظام العام يتطلب الأمر منا الوقوف إبتداءا عند تحديد مفهوم النظام العام من خلال التطرق لتعريفه، ومن ثما التطرق إلى مجاله في إطار العلاقات ذات العنصر الأجنبي على إعتبار أن مجالاته تختلف باختلاف نوع العلاقات موضوع النزاع.

المطلب الأول: تعريف النظام العام:

يعرف بعض الفقه النظام العام بأنه « مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة داخل الدولة سواء أكانت أسس سياسية أو اقتصادية أو مالية أو اجتماعية»[1].

وعرفه البعض بأنه «مجموعة الأسس الجوهرية الحيوية في الجماعة السياسية اقتصادية كانت أو اجتماعية أو دينية»[2].

و عرفه البعض بأنه « مجموعة الأسس التي تشكل الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون واحترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية»[3].

ويعرفه البعض بأنه « الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والأخلاقي الذي يقوم عليه المجتمع»[4].

كما يعرفه البعض على أنه «مجموعة الركائز الجوهرية لكيان الدولة الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي التي تحفظ المصلحة العامة»[5].

والملاحظ على التعريفات التي قدمها الفقه على قلتها في مقابل الأغلبية التي تحجم عن ذلك، أنها قدمت عرض عام للأسس الجوهرية التي ينبني عليها المجتمع والتي يشكل خرقها خرقا للنظام العام وربطتها بتحقيق المصلحة العامة دون أن تبين المقصود بهذه الأسس أو الطريقة التي تساعد على حصرها، أو على الأقل الاقتراب من ذلك.

وفي مقابل الفقه نجد أن التشريعات قد أعرضت عن إعطاء تعريف للنظام العام واكتفت بتقريب معناه إلى الأذهان وبناء أساسه على فكرة المصلحة العامة للجماعة سواء كانت مصلحة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية[6].

في حين قدم القضاء محاولاته في هذا المجال على غرار محاولات محكمة النقض المصرية، حيث جاء في أحد أحكامها ما يلي: «النظام العام يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصالح العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي

تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه عن مصالح الأفراد».[7]

وإذا كانت التشريعات قد اعرضت عن تعريف النظام العام، وإذا كان الفقه والقضاء قد تصديا إلى تعريفه على استحياء فإن البعض قد عبر عن هذه الحقيقة بقوله « أن النظام العام يستمد عظمته من ذلك

وفي مقابل الفقه نجد أن التشريعات قد أعرضت عن إعطاء تعريف للنظام العام واكتفت بتقريب معناه إلى الأذهان وبناء أساسه على فكرة المصلحة العامة للجماعة سواء كانت مصلحة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية[6].

في حين قدم القضاء محاولاته في هذا المجال على غرار محاولات محكمة النقض المصرية، حيث جاء في أحد أحكامها ما يلي: «النظام العام يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصالح العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه عن مصالح الأفراد».[7]

وإذا كانت التشريعات قد اعرضت عن تعريف النظام العام، وإذا كان الفقه والقضاء قد تصديا إلى تعريفه على استحياء فإن البعض قد عبر عن هذه الحقيقة بقوله « أن النظام العام يستمد عظمته من ذلك

الغموض الذي يحيط به، فمن مظاهر سموه أنه ظل متعاليا على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه»، وفي هذا المعنى قالت محكمة النقض المصرية « أنه إذا كان المشرع قد حاول تنظيم النظام العام إلا أن النصوص تدل في عباراتها أن المشرع لم يحصر – وما كان بمقدوره أن يحصر – والقوانين السياسية والإدارية والمالية والجنائية أبدا متغيرة المسائل المتعلقة بالنظام العام»

وهذه الخصوصية التي يتميز بها جعلت البعض ينكر على فكرة النظام العام وصف الفكرة القانونية واعتباره مجرد وهم أو حيلة، بل وذهب البعض إلى القول بأن النظام العام يختلف باختلاف أرجل القضاء[8].

وبين المؤيد لتعريف النظام العام والمدبر عن ذلك نتوقف عند الحدود التي تلتقي فيها التعريفات التي قدمها الفقه والقضاء له واستنباط ضابطين في هذا المجال يتعلق الأول بضابط الأسس التي يقوم عليها المجتمع ويتعلق الثاني بضابط المصلحة العامة للجماعة.

وإذا أتينا إلى ضابط الأسس فإن البعض يرنو إلى تقسيمها كميلي:

– الأسس التي يقوم عليها نظام الدولة والتي تتحدد على أساسها طريقة ممارستها لسيادتها في المجتمع عن طريق السلطات العامة والتي

تحدد علاقاتها وواجباتها إزاء المواطنين كالمساواة أمام القانون، وتكافؤ الفرص، ولا عقوبة إلا بنص.

– الأسس التي يقوم عليها نظام الأسرة كإباحة تعدد الزوجات والطلاق.

– الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي وهي تختلف بحسب ما إذا كان هذا النظام حر متروك للمنافسة الحرة أو موجه قائم على التخطيط المركزي.

– الأسس الخلقية التي يقرها المجتمع للحفاظ على القيم التي يؤمن بها وهي تختلف من شعب لآخر وتتأثر بعوامل مختلفة أهمها الدين والتقاليد والفلسفة السائدة في المجتمع[9] وهذه الأسس نجدها على قدر من المرونة وعدم التحديد بحيث يستعصي علينا قياس نطاقها وتحديد معالمها تحديدا دقيقا.

وإذا أتينا إلى الضابط المتعلق بالمصلحة العامة نجده ضابط يتصف بالمرونة وعدم التحديد أيضا، ذلك أنه لا يوجد نص تشريعي نقيس بمقتضاه هذه الأخيرة أو مدى تحققها أو عدم تحققها.

ومرونة النظام العام المستمدة من مرونة ضوابطه لا تتوقف عند هذه الحدود بل تتعلق بضابط ثالث لم تشر إليه التعريفات السابقة وهو ضابط الزمان والمكان[10]، ذلك أن مضمونها يختلف من مجتمع لآخر، ففي مجتمع يحظى فيه الدين بمكانة لا تتخذ فيه فكرة النظام العام نفس المضمون مقارنة بمجتمع لا يولي الدين أهمية كبيرة وكذا بين مجتمع

رأسمالي وآخر إشتراكي وهكذا، ومن حيث الزمان نجد أن ذات الفكرة تتغير بين الفينة والأخرى، فما يعد من الآداب العامة – وهي الجانب الخلقي في النظام– اليوم قد لا يعد كذلك بعد مرور زمن معين[11]، وعلى ذلك يمكن القول أن فكرة النظام العام لا يمكن تحديدها بزمن ومكان م[12]عينين فهي دائمة التغير[13] وعلى ذلك فإن القاضي ملزم بأن يحددها بزمن الفصل في النزاع وليست بزمن نشوء العلاقة موضوعه [14] ، وفي ظل هذه المرونة التي تمس جميع ضوابط تعريف النظام العام يجد القاضي نفسه – وهو من يناط به في غياب النص التشريعي تكيف ما يدخل في نطاق النظام العام– المشرع في هذا المقام، وهو ما عبر عنه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله: «القاضي يكاد أن يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة، بل هو المشرع الذي يجب عليه ان يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة «[15]

وسلطة القاضي التقديرية على الوجه السالف ذكره لا تعني ترك الأمر لتقديره الشخصي ولمعتقداته الخاصة، وإنما يجب أن يكون تقديره موضوعيا يستوحي شعور الجماعة، ومستلهما من المبادئ الجوهرية السائدة في دولته[16].

ما يمكن قوله من جملة ما سبق أن فكرة النظام العام هي فكرة مرنة يتصدى القاضي لتحديد مقتضياتها ويعتمد في ذلك على جملة من المعايير هي:

– المصلحة العليا للجماعة.

– الأسس الجوهرية للمجتمع.

– مكان وزمان الفصل في الدعوى.

المطلب الثاني: مجاله في إطار العلاقات ذات العنصر الأجنبي

إذا كانت الغاية من أعمال فكرة النظام العام سواء في العلاقات الوطنية أو في العلاقات ذات العنصر الأجنبي هي واحدة متمثلة في صيانة المصالح الجوهرية للمجتمع [17] فإن دوره يختلف في إطار كل من هذه العلاقات، مما دفع الكثير من الفقهاء إلى استخدام مصطلح النظام العام الدولي للتعبير عنه في إطار القانون الدولي الخاص بهدف التمييز بين الدورين، وهي تسمية معيبة توحي بوجود نظام عام يشمل الدول جميعا وصادر عن سلطة أعلى منها[18]، وهذا المعنى يبتعد عن المعنى المراد في مجال القانون الداخلي الذي يسعى القاضي لحماية النظام العام للمجتمع في إطاره، وتكمن إبراز أوجه الاختلاف بين دور النظام العام في إطار هذه العلاقات في النقاط التالية:

أ– **اختلاف الدور**: يضطلع النظام العام في مجال العلاقات الوطنية [19]دور الحد من مبدأ سلطان الإرادة عن طريق إبطال إتفاقات الأفراد التي تخالف القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، في حين أن دوره في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي يتجلى في قيام القاضي الوطني برفض تطبيق الأمر الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية لتعارضه مع النظام العام في دولة القاضي [20]، بل إن درجات تدخل النظام العام في إطار العلاقات ذات العنصر

الأجنبي تختلف بحسب ما إذا كان المراد هو إنشاء حق داخل دولة القاضي بالمخالفة للنظام العام الوطني، أم فقط مجرد الاحتجاج بآثاره فيها بعد إكسابه في الخارج، حيث يكون أثره في الفرض الأول مطلقا يتناول نشأة العلاقة وأثارها، بينما هو في الفرض الثاني مخففا ليس له علاقة بنشأتها ولكن يتناول أثارها، أما النظام العام في إطار العلاقات الوطنية فليس له مثل هذا التفاوت في درجات التدخل شدة وضعفا.

كما أن تدخل النظام العام في العلاقات الوطنية لا يرمي إلى تبرير إختصاص القانون الوطني لأن هذا الأخير يبقى في كل الأحوال القانون الوحيد المطبق ودون منازع، في حين يتدخل النظام العام على مستوى العلاقات ذات العنصر الأجنبي ليبرر فرض إختصاص القانون الوطني خلافا لما أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية باختصاص قانون أجنبي لحكم العلاقة محل النزاع، ويترتب على هذا الإختلاف في دور النظام العام اختلاف في النتائج المترتبة على إعماله، ذلك أن إعماله في مجال العلاقات الوطنية يؤدي إلى نتيجتين: الأولى بطلان أي اتفاق يخالف أحكامه والثانية تثبيت أو تأكيد الاختصاص التشريعي للقانون الداخلي، أما إعمال فكرة النظام العام في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي فهو يؤدي إلى نتيجتين مختلفتين تماما: الأولى تعطيل قاعدة الإسناد وعدم الاعتراف بالحل الذي أدت إليه، والثانية نفي الاختصاص التشريعي عن القانون الأجنبي باستبعاده وإحلال آخر محله لم يكن مختص بحسب الأصل بحكم النزاع[21].

ب- <u>ختلاف النطاق</u>: يلاحظ أن فكرة النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص لا تطبق إلا بشأن علاقات الأفراد التي تحتوي على العنصر الأجنبي أما النظام العام بشأن العلاقات الوطنية فلا يطبق إلا على العلاقات الخالية من هذا الوصف، وبالتالي فمجال الفكرة_في الفرض الأول أضيق من مجالها_ في الفرض الثاني، فالحالات التي لا يجوز فيها للأفراد الإتفاق على ما يخالف القاعدة القانونية لكونها من القواعد الآمرة تفوق بكثير الحالات التي يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة أحكامه المتعلقة بالمسألة المطروحة للنظام العام في دولة القاضي[22]، كما أن مخالفة_القانون الأجنبي لأحكام القواعد الآمرة في دولة القاضي لا يستلزم في جميع الأحوال استبعاد أحكامه باسم النظام العام، فالنصوص المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والأهلية والنسب والتركات تعتبر من النظام العام بالنسبة للعلاقات الوطنية، بينما تخضع جميعها بالنسبة للأجانب – أي في العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي- لقانون جنسيتهم في الأنظمة العربية واللاتينية، وتتباين أحكامها تباينا شديدا عن مثيلاتها في القانون الوطني، إلا أن النظام العام لا يتدخل لإستبعادها في جميع الأحوال وهناك من المسائل التي تعد من النظام العام في العلاقات الوطنية بينما لا تعتبر كذلك في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ويعبر البعض عن ذلك بالقول أن كل ما يعتبر من النظام العام في العلاقات ذات العنصر الأجنبي يعد حتما من النظام العام في مجال

العلاقات الوطنية ولا يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالفه والعكس غير صحيح، بمعنى أن كل ما يعتبر من النظام العام في العلاقات الوطنية لا يعد حتما من النظام العام في العلاقات ذات العنصر الأجنبي[23]،ويمكن التدليل على ذلك بالمثال التالي: إذا كانت شروط الزواج الموضوعية تعد جميعها من القواعد الآمرة في إطار العلاقات الوطنية ومن ثم لا يجوز للأفراد الإتفاق على خلافها فإنه على خلاف ذلك لا تعد برمتها من النظام العام على صعيد العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي، إذ يمكن للقاضي الجزائري على سبيل المثال إعتبار زواج الأجنبي الذي أتم 19 سنة من عمره باطلا لأن قانونه الشخصي يحدد سن الزواج بـ 20 عاما بالرغم من سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري هو 19 سنة، فاختلاف القانون الأجنبي عن القانون الجزائري في هذا الفرض لا يكون كافيا لإعمال الدفع بالنظام العام، في حين مخالفة السن القانوني في الزواج بين الجزائريين يقع باطلا.

أما عن السبب في ضيق مجال النظام العام في العلاقات ذات العنصر الأجنبي فهو يرجع إلى ما يؤدي إليه إعمال الفكرة من نتيجة بالغة الخطورة بإعتباره يقطع المجرى الطبيعي للمعاملات الدولية وعلاقات الأفراد المختلفة عبر الحدود، فضلا على أنه يعطل عمل قاعدة الإسناد.

المبحث الثاني: الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي:

يعد الدفع بالنظام العام الوسيلة والأداة التي منحها المشرع لقاضي من أجل إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وعلى ذلك فإن القاضي يلعب الدور الأهم بالنسبة لهذا الدفع بدءا من إثارته ووصولا إلى تطبيق القانون الوطني بعد استبعاد القانون الأجنبي، وهذا الدور سيتم تبيانه من خلال التطرق لدور قاضي الموضوع، وكذا تناول صور عن اجتهاد المحكمة العليا في هذا المجال.

المطلب الأول: دور القاضي في إثارة الدفع بالنظام العام

تنص المادة1/24 من القانون المدني على ما يلي: « لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر».

بتحليل عبارات النص نجد أن القاضي الوطني يقوم بإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص بموجب قواعد الإسناد إذا كان مخالفا للنظام العام[24]، وهذا يدفعنا للتساؤل بشأن الحالات التي يثبت فيها الاختصاص للقانون الأجنبي وفق قواعد الإسناد الوطنية، وهي القواعد المتمثلة في المواد من 10 إلى 23 مكرر 2 من القانون المدني والواردة في الفصل الثاني من القانون المدني المعنون بتنازع القوانين من حيث المكان، وطالما يتعلق الأمر بمسائل الأسرة فإن الاختصاص يثبت للقانون الأجنبي في الحالات التالية:

1. أهلية الشخص الطبيعي الأجنبي وفق المادة 1/10.

2. المسائل المتعلقة بالزواج إذا لم يكن أحد طرفيه جزائريا وقت انعقاد العقد أو متعدد الجنسيات والجنسية الجزائرية من بين الجنسيات الثابتة له، أو عديم الجنسية متوطن في الجزائر أو مقيم فيها وفق المواد 11، 12، 13، 22 من القانون المدني.

3. صحة الكفالة والتبني إذا لم يكن جنسية الكفيل والمكفول جزائرية أو الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات الثابتة لهما أو عديما الجنسية متوطنان في الجزائر أو مقيمان بها وفق المواد 13 مكرر 1/1 و22.

4. أثار الكفالة إذا لم يكن جنسية الكفيل جزائرية وفق المواد 13 مكرر 2/1 و22.

5. الإلتزام بالنفقة بين الأقارب إذا لم يكن المدين بها جزائريا وفق المواد 14 و22.

6. الشروط الموضوعية للنظم المقررة لحماية القصر إذا لم يكن القاصر جزائريا وفق المواد 1/15 و22.

7. الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت إذا لم يكن الموصي أو الهالك أو من صدر منه التصرف جزائريا وفق المواد 1/16 و22.

8. الهبة والقف إذا لم يكن جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها جزائرية وفق المواد 1/16 و22.

9. لجانب الشكلي للتصرفات إذا كان التصرف قد تم في الجزائر، وإذا اختار أطرافه تطبيق قانون الموطن المشترك أو القانون الوطني المشترك أو القانون المطبق على الشروط الموضوعية، لتطبيق أي منها على الجانب الشكلي للتصرف، ولم يكن هذا القانون هو القانون الجزائري وفق المادة 19.

فإذا وجد القاضي نفسه أمام احتمال من هذه الاحتمالات، وطالما أن الأمر يتعلق بمسائل الأسرة فإنه وفق المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[25]التي يستشف منها أن القاضي يعامل القانون الأجنبي معاملة القانون في مجال الأسرة، وعلى ذلك فهو ملزم بإثارة تطبيقه والسعي إلى التعرف على أحكامه والبحث عن مضمونه بوسائله ووسائل حكومته دون أن يمنعه ذلك من الاستعانة بما يقدمه أطراف الدعوى من نسخ مترجمة، والاستعانة بخبير مترجم[26] ، وإذا نجح في إثبات هذا المضمون ثم اكتشف مخالفته لأحكام النظام العام الجزائري يثير الدفع بمخالفة النظام العام ويمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي ضمن ما يسمى بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام ويطبق القانون الجزائري محل الجزء المخالف للنظام العام تطبيقا للمادة 2/24 من القانون المدني ضمن ما يسمى بالأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام[27].

المطلب الثاني: صور عن الاجتهاد القضائي في مجال الدفع بالنظام العام

سبق وأن قلنا أن القاضي الوطني يعامل القانون الأجنبي في إطار قضايا الأسرة معاملة القانون، وبالتالي فهو ملزم بالبحث عنه، وإذا أخطأ في تطبيقه كان ذلك من دواعي الطعن فيه بالنقض وفق المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعلى ذلك فإن المحكمة العليا في هذا الإطار تراقب مخالفة القاضي للقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة وبالتالي تعرض القضايا من هذا النوع على قضاة المحكمة العليا، وبالتالي تسنح لنا الفرصة للإطلاع على جملة منها للوصول إلى عقيدة القاضي الجزائري في مجال الدفع بالنظام العام ،والتعرف على ما يمكن اعتباره من الأسس الجوهرية للمجتمع الجزائري وفق الاجتهاد القضائي، ومن أمثلة هذه القضايا نورد ما يلي:

أ- **في قضايا الزواج:** جاء في قرار المحكمة العليا «حيث أن المحكمة ترى أنه ما دام هذا الزواج المطلوب تسجيله من المدعية غير ثابت أصلا وذلك باعترافهما، ومادام هذا الشخص الذي تدعي زواجها به متوفي وغير مسلم وذلك بشهادتها وشهادة الشاهدين، ولما كان ذلك مخالفا للنظام العام...»[28].

وقرار المحكمة العليا هنا يكرس ما جاء به قانون الأسرة في نص المادة 31 والتي تقضي بما يلي: « لا يجوز زواج المسلمة بغير

المسلم» ومرد هذا المانع يعود إلى أن غير المسلم ولو كان من أهل الكتاب فإنه لا يعتقد في بنى الإسلام ورسالته ولا يقر بكتاب المسلمين، ومن ثم لا يتحرج من سبه الرسول صلى الله عليه وسلم أو النيل من عقيدة الزوجة فيؤذيها، والإسلام لا يرضى بذلك[29] .

ب- **في قضايا النسب:** جاء في إحدى حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا ما يلي:« حيث أن البنتين ولدتا خارج أية علاقة قانونية بين الطرفين وقبل زواجهما، وأن الاعتراف بتثبيت نسبهما للأب في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام في الجزائر، لأن لا يتماشى وإحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامها السمحاء»[30].

وقرار المحكمة العليا هنا يكرس ما هو وارد في إحكام المادة 41 من قانون الأسرة والتي تقضي بما يلي: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا» ومرد هذا الحكم أن الشريعة الإسلامية لم تعترف إلا بالنسب الناتج عن الزواج الصحيح وذلك منعا لاختلاط الأنساب[31] .

جـ- في قضايا الحضانة: جاء في قرار المحكمة العليا « من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها... وبقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما فضله على أن الأب له الحق في الرقابة، وبعدهما عنه

يحرمه من هذا الحق فإن القضاة كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.» [32].

وقرار المحكمة العليا هنا ينطبق مع ماهو وارد في أحكام المادة 62 من قانون الأسرة والتي تقضي بما يلي:« الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه» ،وقد قال بهذا الحكم فقهاء الشريعة الإسلامية حفاظا على مصلحة المحضون من أن يألف غير دين أبيه[33].

د- <u>في قضايا الإرث</u>: جاء في قرار المحكمة العليا « ولما تبين من قضية الحال أن الطاعن لم يعتنق الإسلام مادام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما»[34]

ت- **<u>في قضايا النسب:</u>** جاء في إحدى حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا ما يلي:« حيث أن البنتين ولدتا خارج أية علاقة قانونية بين الطرفين وقبل زواجهما، وأن الاعتراف بتثبيت نسبهما للأب في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام في الجزائر، لأن لا يتماشى وإحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامها السمحاء»[30].

وقرار المحكمة العليا هنا يكرس ما هو وارد في إحكام المادة 41 من قانون الأسرة والتي تقضي بما يلي: « ينسب الولد لأبيه متى كان

الزواج شرعيا» ومرد هذا الحكم أن الشريعة الإسلامية لم تعترف إلا بالنسب الناتج عن الزواج الصحيح وذلك منعا لاختلاط الأنساب[31] .

جـ- <u>في قضايا الحضانة</u>: جاء في قرار المحكمة العليا « من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها. وبقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما فضله على أن الأب له الحق في الرقابة، وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق فإن القضاة كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.» [32].

وقرار المحكمة العليا هنا ينطبق مع ماهو وارد في أحكام المادة 62 من قانون الأسرة والتي تقضي بما يلي:« الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه» ،وقد قال بهذا الحكم فقهاء الشريعة الإسلامية حفاظا على مصلحة المحضون من أن يألف غير دين أبيه[33].

د- <u>في قضايا الإرث</u>: جاء في قرار المحكمة العليا « ولما تبين من قضية الحال أن الطاعن لم يعتنق الإسلام مادام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما»[34]

وقضاة المحكمة العليا لم يؤسسوا حكمهم على المواد 128 و135 و138 من قانون الأسرة والتي تحدد موانع الإرث ولم تنص على الكفر كمانع وإنما يكونون قد استندوا على نص المادة 222 من نفس القانون والتي تقضي بما يلي:«كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»

وبالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن فقهاءها قد اتفقوا على عدم جواز التوارث بين مختلفي الدين لقول النبي صلى الله عليه وسلم:« لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم»[35].

في الأخير نقول أن فكرة النظام العام على مرونتها ونسبيتها تعد في تقديرنا مجرد حيلة قانونيا نص عليها المشرع الجزائري ضمن قواعد الإسناد حتى يوجد للقاضي المبرر القانوني الذي يساعده على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطني حتى يسهل على هذا الأخير التعاطي مع النزاعات ذات العنصر الأجنبي وتجنبه مشقة التصدي لتفسيره والحال أن القاضي في هذا المجال ملزم بالتقيد بمبادئ هذا القانون في التفسير وهي مبادئ عادة ما تكون غريبة عن تكوينه، وما يؤكد هذا الطرح أن المشرع الجزائري نأى مثله مثل غالبية التشريعات عن تعريف النظام العام وتحديد ضوابطه، وأوكل هذه المهمة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولاجتهاد قضاة المحكمة العليا بالنسبة للقضايا الأسرة المطعون فيها بالنقض، وعلى ذلك يعد القاضي

المشرع في هذا المجال، والتطبيقات القضائية تدلنا على اتجاه عقيدته إلى اعتبار الشريعة الإسلامية نظاما عاما في قضايا الأسرة.

وما يؤكد هذا الطرح أيضا ونية المشرع في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي متى سنحت الفرصة لذلك، أنه زود القاضي بترسانة من النصوص القانونية التي تسمح بذلك على غرار نص المادة 23 مكرر 2/1 من القانون المدني والتي قبلت الإحالة من الدرجة الأولى عندما تقضي قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وفق قواعد الإسناد الوطنية باختصاص قانون القاضي، ونص المادة 21 من نفس القانون التي تستبعد تطبيق القانون الأجنبي متى كان مخالفا لقانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر، ونص المادة 23 مكرر التي تقضي بتطبيق القانون الجزائري في الحالات التي يتعذر فيها

إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ونص المادة24 التي تقضي باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش وتطبيق القانون الذي حدث الغش نحوه والذي قد يكون القانون الوطني نفسه.

الهوامش

1– أنظر: محمد عبد الغريب، **النظام العام في قانون الإجراءات الجزائية**، مصر، دار النهضة العربية، طبعة 2006 ،ص.7

2 –أنظر: رمصان ابو السعود، همام محمود زهران، مبادئ القانون، مصر، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2005، ص .36

3 – أنظر: د. أحمد الفضلي، **الموجز في القانون الدولي الخاص**، الأردن، دار قنديل، طبعة 2004، ص.151

4 – أنظر: أ. د. سهيل حسين الفتلاوي، **المدخل لدراسة علم القانون**، العراق، الطبعة الثانية، 2003، ص ص 56–57.

5– أنظر: د. جمال محمود الكردي، **النظام العام الدولي العربي**، مصر، الطبعة الأولى، 2010، ص.14

6 – أنظر: أ. د. غالب علي الداودي، **القانون الدولي الخاص**، الأردن، دار وائل، الطبعة الرابعة، 2005، ص.235

7– أنظر: د. محمد حامد، **أثر النظام العام في الحد من اللجوء إلى إتفاق التحكيم**، مصر، دار النهضة العربية، طبعة 2012، ص.18

8– أنظر: محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص ص6–10.

9– أنظر: حبيب الإبراهيم الخليلي، **المدخل للعلوم القانونية**، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2006، ص.110

10– أنظر: د. إعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، الجزائر، دار هومة، طبعة 2003، ص.173

11– أنظر: د. حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص.118

12 – أنظر: د. محمد عبد الله محمد المؤيد، **منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي**، مصر، دار النهضة العربية، طبعة 1998، ص.373.

13– أنظر: د. إعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.171.

14 – أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، **الجزء**1، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، العقد والإرادة المنفردة، مصر، دار النهضة العربية، طبعة .1981.

15– أنظر: د. هشام علي صادق،**القانون الدولي الخاص**، الأردن، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2004، ص.195.

16 – أنظر: ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص.28.

17 – أنظر: د. جمال الكردي، المرجع السابق، ص ص 12-13-14.

18 – أنظر: أ. د. سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص.52.

19– أنظر: د. أحمد عبد الحميد عشوش، **القانون الدولي الخاص**، مصر، مؤسسة شبابا الجامعة، طبعة 2003، ص.72.

20– أنظر: د. جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.17.

21 – أنظر: د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ص316-317.

22 – أنظر: د. جمال الكردي، المرجع السابق، ص.18.

23 – أنظر: د. زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارانا بالقوانين العربية**، الجزائر، مطبعة الكاهنة، طبعة 2000، ص.250.

24 – تنص **المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** على ما يلي: **« لا ينبغي الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية:...، مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.».**

25– أنظر: د. الطيب زروتي، **الوسيط في الجنسية الجزائرية**، الجزائر، مطبعة الكاهنة، دون طبعة، من ص226 إلى ص.234

26– أنظر: عليوش قربوع كمال، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، الجزء1، الجزائر، دار هومة، الطبعة الأولى، 2006، ص ص 179–180.

27– نشرة القضاة، العدد1، جانفي 1987، من ص79 إلى ص.81

28– أنظر: أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، مصر، مطابع شتات، طبعة 2011، ص.36

29– قرار صادر بتاريخ 19991./04/23

30– أنظر: د. بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008، ص.227

31– قرار صادر في 1989/01/02، في الملف رقم 52207، المجلة القضائية، العدد4، سنة 1990، ص.74

32– قرار صادر في 1989/01/02، في الملف رقم 52207، المجلة القضائية، العدد4، سنة 1990، ص.74

33– قرار صادر في 1995/07/25 في الملف رقم 123051، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1996، ص.113

34– أنظر: مسعود الهلالي، **أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري**، الجزائر، جسور، الطبعة الأولى، 2008، ص79

35– أنظر: السيد سابق، **فقه السنة**، الجزء الثالث، لبنان، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1981، ص427.

قائمة المراجع:

1/الكتب:

–محمد عبد الغريب، النظام العام في قانون الإجراءات الجزائية، مصر، دار النهضة العربية، طبعة 2006 .

–رمصان ابو السعود، همام محمود زهران، مبادئ القانون، مصر، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2005.

–د. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، الأردن، دار قنديل، طبعة 2004.

–أ. د. سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون، العراق، الطبعة الثانية، 2003.

–د. جمال محمود الكردي، النظام العام الدولي العربي، مصر، الطبعة الأولى، 2010.

–أ. د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الأردن، دار وائل، الطبعة الرابعة، 2005.

–د. محمد حامد، أثر النظام العام في الحد من اللجوء إلى إتفاق التحكيم، مصر، دار النهضة العربية، طبعة 2012.

–حبيب الإبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2006.

–د. إعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، الجزائر، دار هومة، طبعة 2003.

–د. محمد عبد الله محمد المؤيد، **منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي**، مصر، دار النهضة العربية، طبعة 1998.

–د. عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء1**، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، العقد والإرادة المنفردة، مصر، دار النهضة العربية، طبعة 1981.

–د. هشام علي صادق،**القانون الدولي الخاص**، الأردن، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2004.

– د. أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، مصر، مؤسسة شبابا الجامعة، طبعة 2003

–د. زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارانا بالقوانين العربية**، الجزائر، مطبعة الكاهنة، طبعة 2000.

–د. الطيب زروتي، **الوسيط في الجنسية الجزائرية**، الجزائر، مطبعة الكاهنة، دون طبعة.

–عليوش قربوع كمال، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، الجزء1، الجزائر، دار هومة، الطبعة الأولى، 2006.

–احمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة البحريني**، مصر، مطابع شتات، طبعة 2011.

–د. بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008.

–مسعود الهلالي، **أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري**، الجزائر، جسور، الطبعة الأولى.

–السيد سابق، **فقه السنة**، الجزء الثالث، لبنان، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1981.

2/المجلات:

–المجلة القضائية، العدد4، سنة 1990.

–المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1996.

–نشرة القضاة، العدد1، جانفي 1987.

3/النصوص القانونية:

-القانون المدني.

-قانون الاسرة.

-قانون الاجراءات المدنية.

اللامركزية الإدارية و الاستقلال المالي للولاية....

بقلم/د. طيبي سعاد

أستاذة محاضرة قسم "أ" جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة–كلية الحقوق والعلوم السياسية.

مديرة مخبر نظام الحالة المدنية

مقدمة:

يرتكز التنظيم الإداري على أساليب فنية تتمثل في المركزية واللامركزية الإدارية ككيفيات لتوزيع النشاط الإداري بين مختلف الأجهزة و الهيئات الإدارية في الدولة [1] ومن هنا فان وجود اللامركزية كان نتيجة حتمية من اجل تخفيف العبئ على المستوى المركزي وتحقيق متطلبات السكان المحليين بصورة أفضل ومن هنا أصبحت اللامركزية ضرورة يقتضيها اتساع النشاط الإداري للدولة كما اقتضى نمو وظيفة الإدارة العامة وتداخلها في الحرية العامة من ناحية ونمو الاتجاهات الديمقراطية من ناحية أخرى الى فرض رقابة قانونية على أعمالها وإشراك المواطنون في العملية الإدارية وذلك من اجل تحقيق ديمقراطيتها والحفاظ على التوازن الضروري بين الحريات الفردية والمصلحة العامة مما أدى بالدولة الى التوسع في توزيع الاختصاصات بين مختلف أجهزتها بما فيها الجماعات المحلية دون الإخلال بنظام وحدة الدولة الدستورية والسياسية والوطنية ومن هنا فان مفهوم الإدارة المحلية يقوم على أساس الاستقلال الذي تتمتع به المجالس المحلية في مواجهة الحكومة المركزية وهل هو استقلال مطلق ام استقلال محدود ومشروط فأهمية اللامركزية ومنه منح الجماعات المحلية الشخصية المعنوية والاستقلال المالي تمكن الحكومة من الإسراع في تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية وبالتالي النهوض بالسكان المحليين حيث بالرجوع الى الاعتراف بالشخصية المعنوية بالنسبة لهيئات الإدارة المحلية ان يكون للشخص القانون الذي يمثل الهيئة حق إشباع الحاجات التي تهم أفراد الجماعة

المحلية فاعتراف المشرع بالشخصية المعنوية يعني وجود حاجات الإفراد لهذه الجماعة المتميزة عن حاجات مجموع أفراد الدولة وأكثر خصوصية من تلك الحاجيات العامة وهذا هو الغرض الذي يسعى الشخص الإداري المحلي لتحقيقه [2] اما بالنسبة للاستقلال يعني في الوقت نفسه ان يكون لهذه الهيئة حرية اختيار أعضائها دون ان تخضع لأوامر السلطة المركزية كما يعني أيضا ان تقوم الجماعات المحلية بإدارة أموالها و صرفها دن الحاجة الى رخصة من طرف الدولة.
فالإدارة المحلية تتسم بخصائص أهمها وجود مجالس محلية يتم تشكيلها بالانتخاب وفق نصوص دستورية و قانونية و من هنا لابد ان تكون هناك علاقة بين درجة استقلالية الجماعات المحلية في اتخاذ القرارات المتعلقة بالتنمية المحلية بعيدا عن تأثير الإدارة المركزية وبين توفير هيكل مالي محلي تتوفر فيه الكثير من الموارد الذاتية المحلية و لقد أثبتت تجارب الدول ان هناك ارتباطا طرديا بين استقلال الجماعات المحلية وقدرتها على الحصول على موارد ذاتية اذ تزداد قوة النظام المحلي وبالتالي تقوى فيه اعتبارات اللامركزية اذا احتفظ لنفسه بقدر كبير من الاستقلال المالي إزاء ما تقدمه له السلطة المركزية من تمويل .

كما ان ظهور مدى أهمية الضريبة في تمويل ميزانية الجماعات المحلية هو الركيزة الأساسية التي تقوم بدعم الاستقلال المالي والإداري . فالولاية هي جماعة قاعدية معنوية تتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة الدولة و بالتالي منحها حرية اكبر في إنفاق أموالها كما ان ميزانياتها تعتبر انعكاسا لدور الولاية في النشاط الاقتصادي والاجتماعي التنموي فالاستقلال المالي إذن يرمي الى تحقيق الديمقراطية و اللامركزية في تسيير شؤونها مع إبقاء تدخل الدولة تدخلا حياديا لا يؤثر على استقلالية الولاية كجماعة محلية لأنه أصبحت اليوم الدولة تعتمد بالدرجة الأولى على الجماعات المحلية من اجل مساعدتها في تحقيق أهدافها كاملة لأنه من اجل تسيير الجماعات المحلية فان اقتصاد السوق يفرض عليها طرق جديدة من اجل تحقيق التنمية بصفة عامة ولاسيما ان تسيير الجماعات المحلية أصبح في الوقت الحالي من أهم المواضيع المطروحة على الساحة