المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد المجلد: 05 العدد: 01 السنة: 2020

EISSN N° 2676-2269 ISSN N° 2478-0006

حدود النظام العام في مواد الأسرة

Limites de l'ordre public en matière familiale

Limits of public order in family matters

صالح جزول♦

تاريخ الإستلام: 18/ 04/ 2020 **تاريخ القبول:** 07/ 06/2020

ملخص:

تتناول هذه الورقة البحثية نطاق النظام العام في مواد الأسرة، والجهة المخولة بتحديد حالاته، وما هو ثابت أبدي لا يخضع للتغيير أو التعديل من أي جهة كانت، وما هو قابل للتغيير والتطوير حسب تطور الأسرة والمجتمع وذلك وفق النظام القانوني الجزائري.

الكلمات المفتاحية: النظام العام، الثابت، المتغير، تطور الأسرة.

Résumé:

Cette étude traite la place de l'ordre public en matière familiale, précisant par là l'autorité habilitée à déterminer ses cas, lesquels peuvent être, d'une part, une constante éternelle qui ne saurait nullement être modifiée, et d'autre part, celles dont la modification est acceptable, compte tenu de l'évolution familiale, voire de la société, selon l'ordre juridique algérien.

Mots clés: Ordre public, constant, variable, développement familiale.

♦ : أستاذ محاضر " أ "، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بمغنية – الجزائر –

البريد الإلكتروني: salah.djazoul@yahoo.fr

Abstract:

This research paper deals with the scope of the Public order in family subjects, the authority empowered to determine its cases, what is eternal constant that is not subject to change or amendment, from any party, and what is subject to change and development according to the development of the family and society, according to the Algerian legal system.

Keywords: Public order, constant, variable, family development.

المقدمة:

لما كانت الأسرة النواة الأساسية لبناء المجتمع كان لزاما على المشرع إحاطتها بسياج من الحماية ابتداء من المراحل الأولى من تشكلها مراعيا في ذلك المفهوم الشرعي للأسرة المستوحى من أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأساسي لنظامها.

ولما كانت الحقوق الأسرية تستمد مشروعيتها من الحكم الشرعي فهي بذلك تسعى لتحقيق المصلحة على اختلاف أنواعها ضرورية كانت أو حاجّية أو تحسينية منها الثابتة والمتغيرة، العامة والخاصة مراعية في ذلك المحافظة على التوازن بين مصالح الفرد والجماعة، وإذا تعارضتا قدمت مصالح الجماعة عن الفرد، على أن تكون هذه المصالح مقيدة بضوابط شرعية، وليست مصالح مبنية على العقل المجرد، أو مراعاة لمصالح واقعية.

من هنا تبرز أهمية تحديد ما هو ثابت من المصالح الأسرية التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، أو تغير الأشخاص والمجتمعات، وهو ما يعبر عنه الشرع بحدود الله لأنها حقوق الله أو حقوق العباد المتعلقة بها حدود الله التي لا يجوز تعديها، أو الاتفاق على مخالفتها، وهو ما يعرف في الفقه الغربي بالنظام العام، وبين ما هو متغير يخضع للاجتهاد المضبوط بقواعد الشرع ومقاصده، وكذا للاحترام الواعي بالواقع.

وبناء على ذلك فقد تتمحور هذه الورقة البحثية حول النقاط التالية:

أولا: مفهوم النظام العام.

أ- فكرة النظام العام في القانون.
ب- فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.

ثانيا: صور النظام العام الأسري.

أ- النظام العام الأسري التشريعي.
ب- النظام العام الأسري القضائي.

ثالثا: جزاء الإخلال بالنظام العام الأسري.

أ- بطلان التصرف.
ب- التجريم والعقاب.

أولا: مفهوم النظام العام.

سنتطرق في هذا العنصر إلى فكرة النظام العام وأساسه، ومدى قابليته لتحديد حالته في القانون، وفي المقابل نحاول إبراز معالم النظام العام ومقوماته في الشريعة الإسلامية باعتبار ها المصدر الأساسي لمواد الأسرة.

أ- فكرة النظام العام في القانون.

لم يبين المشرع حدود النظام العام ولا حالاته وإنما اكتفى بتقريره وهذا لا شك نتيجة مرونة فكرة النظام العام وتطوره بحيث فلا يمكن حصر النظام العام في دائرة دون أخرى فهو شيء متغير فهو يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة، ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطاطا يتماشى على كل مكان وزمان، لأن النظام العام شيء نسبي[1].

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، دار إحياء التراث العربي بيروت، ص399.

غير أن الفقه قد حاول تقريب مسالة النظام العام من الأذهان معتبرا أن النظام العام كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية مثل اغلب روابط القانون، أو اجتماعية مثل القوانين الجنائية وما يتعلق بتكوين الأسرة والأهلية وحالة الأشخاص المدنية أو اقتصادية كقواعد حماية الملكية وتلك المتعلقة بالمنافسة الحرة. أو خلقية المعبر عنها بالآداب العامة[2].

وعليه فإن فكرة النظام العام أساسها المصالح الأساسية والجوهرية التي يقررها القانون ويحميها ولا يمكن للإفراد الاتفاق على مخالفتها أو الخروج عليها، وتشمل جميع المجالات، كما أن النظام العام فكرة نسبية تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والحضارات وقوم على تقدير المصلحة العامة التي بدورها تتأثر بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية والخلقية.

ب- فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.

لم يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية الأوائل مصطلح النظام العام في مؤلفاتهم وفتاويهم إلا أنهم استعملوا ألفاظا مرتبطة ارتباطا وثيقا بهذا المعنى مثل الصلاح العام، النفع العام، حقوق الله، وكذا المصلحة الشرعية المعتبرة.

فالشريعة الإسلامية جاءت لحماية مقاصد كبرى منها الضرورية، ومنها الحاجّية، ومنها التحسينية 3، وذلك في كل عصر ومكان، و مبناها وأساسها على الحِكَم ومصالح العباد

[2]- عبد الرزاق السنهوري، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950م، ص 180-181.

[3]- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، ضبط وتعليقأ ابو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مجلد 2، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1997م. ص 17/ طاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص134.

في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها 4، وكل مسألة خرجت عن هذه المقاصد والمعاني فهي ليست منها وتعتبر مساسا بالنظام والصلاح العام.

إن المقصد العام من التشريع فيها هو حفظ نظام الأمة واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليها وهو نوع الإنسان ويشمل صلاحه صلاح عقل، وصلاح عمله، وصلاح مابين يديه من موجودات العالم الذي يوجد فيه[5]. وصلاح الدنيا معتبر من وجهين ما ينتظم به أمور جملتها، وما يصلح حال كل واحد من أهلها فهما شيئان لا صلاح لأحدهما إلا بصاحبه. وقد عدد بعض الفقهاء ما تصلح يه الدنيا حتى تصير أحوالها منتظمة وأمورها ملتئمة في ستة أشياء هي قواعدها وان تفرعت، وهي دين متبع، وسلطان قاهر، وعدل شامل، وامن عام، وخصب دارّ، وأمل فسيح[6]، ولا شك أن هذه العناصر تعتبر من الركائز التي يقوم عليها النظام العام في الفقه الغربي.

كما يمكن أن نجد نظيرا في الفقه الإسلامي لفكرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي فيما يسمى عادة " بحق الله " أو "حق الشرع "، وحق الله أو حق الشرع في الفقه الإسلامي لا يقل في مداه عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي بل لعله يزيد كما قال الفقيه المدني عبد الرزاق السنهوري[7].

[4]– ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973.ج3، ص3.

[5]– محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني، ط 2011م، ص102.

[6]– الماوردي، أدب الدنيا والدين، دار المنهاج، ط1، 2013م، ص215 –217.

[7]– عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، طبعة جديدة منقحة، دار إحياء التراث العربي بيروت، ط1، ج3، ص70–71.

وحقوق الله هي الحقوق التي تحفظ المقاصد العامة للشريعة، والتي تحفظ تصرفات الناس في اكتساب مصالحهم الخاصة بأفرادهم أو بمجموعهم من أن تتسبب في انخرام تلك المقاصد، وتحفظ حق كل من يظن به الضعف عن حماية حقه. مثل حق بيت المال والقاصر وحضانة الصغير الذي لا حاضن له، ولما كانت هذه الحقوق للأمة لما فيها تحصيل النفع العام أو الغالب أو حق من يعجز عن حماية حقه، أوصى الله تعالى بحمايتها وحمل الناس عليها، ولم يجعل لأحد من الناس إسقاطها[8].

وعليه فإن البعض[9] يرى أن فكرة النظام العام عند الفقهاء بصفة عامة تتأسس على ثلاثة مداخل، وهي فكرة حق الله أو الحق العام، وفكرة الحكم الشرعي أي الحلال والحرام لتضمنه معنى الإلزام، وفكرة المصلحة.

وبناء على ما سبق كله يمكننا القول أن النظام العام سواء في الفقه الغربي ،أو الفقه الإسلامي تحكمه ضوابط كلية ،ومعايير مرتبطة بالمصلحة التي قد يختلف في تقديرها باختلاف العصور والحضارات، والعادات، والثقافات، وبتطور العوامل الاقتصادية والاجتماعية وكذا الأخلاقية ،مما يقتضي أن يتدخل التشريع في تحديد وتبيان ما هو من النظام العام ، وإن عجز على ذلك وهو محتم باعتبار عدم قدرته على تحديد جميع الحالات أسند الأمر إلى القضاء ليكشف ذلك من خلال ما يعرض عليه من أقضيات ومسائل معتمدا في ذلك على المقومات التي يرتكز عليها النظام العام بطبيعة الحال وفق انتمائه الحضاري ومبادئ مجتمعه الأساسية والثابتة.

[8]– الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص 255.

[9]– عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، النظام العام للدولة المسلمة، دراسة تأصيلية مقارنة، دار كنوز اشبيلية، السعودية، ط1، 2009م، ص 33.

ثانيا: صور النظام العام الأسري.

النظام العام في مواد الأسرة صورتان وهما:

أ- **النظام العام الأسري التشريعي**

ونقصد به ما تضمنته القواعد القانونية التي جاء بها المشرع في قانون الأسرة[10]، وتشمل القواعد القانونية الموضوعية بالذات، وسلطة المشرع في التشريع في مواد الأسرة مقيدة بضرورة الالتزام بمبادئ ما فوق الدستورية مرتبطة بدين المجتمع وثقافته أي بمصدرية الأحكام المتعلقة بالأسرة ألا وهي أحكام الشريعة الإسلامية. ومن قبيل النظام العام الأسري في قانون الأسرة الجزائري جميع الأحكام التي يتضمنها سواء ما ثبت منها بدليل قطعي الثبوت قطعي الدلالة، أو ما ثبت منها بدليل ظني الثبوت وظني الدلالة أو بأحدها، أو بعبارة أدق سواء ما كان مجمع عليه من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية ولم يخالف فيه أحد، أو ما هو مختلف فيه بين الفقهاء وتبناه المشرع بنص.

أما الأحكام الثابتة بدليل قطعي الثبوت قطعي الدلالة الذي لا يحتمل إلا معنى واحدا[11]، فإنه لا يجوز أن تكون محلا للاجتهاد أو التغيير والتبديل، مهما تغيرت الأزمنة والأمكنة،

[10] – القانون 84 –11 المؤرخ في 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05–02 مؤرخ في 27 فبراير 2005م، ج.ر رقم 15.

[11]– وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، دار الفكر دمشق، ط1، 1986م، ص441.

ومهما تغيرت العصور وهذا باتفاق الفقهاء[12]، وبإقرار القضاء[13]، ومن قبيل ذلك عقد الزواج الذي يتعين أن يكون بين رجل وامرأة خاليين من الموانع الشرعية، الرضا بين الزوجين، المهر في عقد الزواج، الولي بالنسبة للقاصر، العدة بأنواعها، أنصبة المواريث، شرعية الطلاق،

[12]– ابن القيم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، ج1، دار المعرفة – بيروت 1975، ص 330./ يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة،القاهرة،ص247.

[13]– حيث جاء في قرار للمحكمة الدستورية العليا في مصر أثناء نظرها في مدى مطابقة التشريع لأحكام المادة 2 من الدستور المصري التي تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ما يلي: "...وحيث إن قضاء هذه المحكمة مطرد على أن ما نص عليه دستور عام 1971 فى مادته الثانية –بعد تعديلها سنة 1980 – المقابلة للمادة (2) من دستور سنة 2012، من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه فى تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل، فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام هي التي لا يجوز الاجتهاد فيها إذ تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور تبعًا لذلك أن يتغير مفهومها تبعًا لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها. ولا ينطبق ذلك على الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو دلالتها أو بهما معًا، فهذه الأحكام التي تنحصر فيها دائرة الاجتهاد، ولا تمتد إلى سواها، حيث تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، وعلى أن يكون هذا الاجتهاد واقعًا في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها، متوخيًا تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما يقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال، ولئن جاز القول بأن الاجتهاد فى الأحكام الظنية حق لأهل الاجتهاد فأولى أن يكون هذا الحق ثابتًا لولى الأمر يستعين به في كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها. وأية قاعدة قانونية تصدر في هذا الإطار لا تحمل في ذاتها ما يعصمها من العدول عنها وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكمًا شرعيًا قطعيًا، وتكون في مضمونها أرفق بالعباد، واحفل بشئونهم، واكفل لمصالحهم." ***ينظر القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 37 لسنة 33قضائية " دستورية" ، جريدة الرسمية – العدد 21 (مكرر) – السنة السادسة والخمسون 16رجب سنة 1434هـ، الموافق 26 مايو سنة 2013م.*** http://www.laweg.net/Default تاريخ الدخول 17-04-2020م، سا 19.50.

المحرمات من النساء، الحضانة، التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، حرمة التبني، وغيرها كثير بحيث أغلب الأحكام الموضوعية الأسرية هي من قبيل **النظام العام الأسري الأبدي** الذي لا يجوز لأي سلطة كانت تغييره أو تكييفه بحسب الظروف وتطور العصر، لأن الشارع الحكيم قد أحاط الأسرة بالكثير من الأحكام التفصيلية التي من شانها أن تسد الباب أمام أي اجتهاد بشري فيها، وقطعية النصوص لا تمنع من مرونة الجانب الإجرائي الذي يتسع لتنزيل النص المجرد على الواقعة المعينة عند التطابق، وهي عملية لا ينبغي الخلط فيها بين يقين القاضي الذي هو بالضرورة نسبي، وبين قطعية النص الدائم الذي هو بطبيعته مطلق وهو اجتهاد في فهم النص[14].

أما الأحكام الثابتة بدليل ظني الثبوت ظني الدلالة، أو بأحدهما والتي كانت محل اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية و اختلاف آرائهم ،وتبنى المشرع أحدها بنص فقد تعتبر هي الأخرى من قبيل النظام العام التشريعي ،ومن تطبيقات ذلك النص على أن أقصى مدة الحمل 10 أشهر [15]من تاريخ فراق المرأة لزوجها أو موته أخذا بقول محمد بن عبد الحكم من المذهب المالكي الذي قال سنة واحدة، وخلافا لجمهور المذهب المالكي وجمهور المذاهب الأخرى[16]، وأيضا ما كان يعتبره المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة بأن الخلع لا يقع إلا بموافقة الزوج، وكذا ركنية الولي في عقد زواج المرأة مطلقا راشدة كانت أو قاصرة ،في حين أصبح يتبنى المشرع الجزائر ي أحكاما مخالفة بعد التعديل، فأصبح الخلع يقع ولو دون موافقة

[14]– د.عليان بوزيان، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، مطبوع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة تيارت، 2013–2014م، ص31.

[15]– المادة 42 ق أ.

[16]– ابن عبد الله بن عبد البر، الاستذكار تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض ج7، دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة الأولى، 1421 – 2000، ص170.

الزوج[17] ويتعين على القاضي الحكم به إذا طلبته الزوجة وليس له الحكم بخلافه وهذا عملا بقول ابن رشد المالكي[18]، خلافا للجمهور، وجواز عقد نكاح المرأة البالغة بكرا كانت أو ثيبا بدون وليها خلافا لجمهور الفقهاء بما فيهم أبي حنيفة وعملا برأي مستوحى من الفقه الحنفي[19].

هذا ويشمل النظام العام الأسري التشريعي أيضا القواعد التي تتعلق بالشق الإجرائي سواء ما تضمنه قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية[20] ومن الأمثلة على ذلك عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم، وإجبارية الصلح قبل الحكم به[21]، عدم قابلية الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع للاستئناف عدا في جوانبها المادية. [22] وما تعلق بالاختصاص النوعي والإقليمي ، والآجال وغيرها من الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذه الأحكام الإجرائية قد يخضع بعضها للتغيير بحسب مقتضيات الحال والزمان ،طالما أنها لا تمس مقومات النظام العام الشرعي الابدي ،ومن أمثلة ذلك عدم جواز الطعن بالاستئناف في دعاوى التطليق والخلع فإنه من الجائز تغيير ذلك و جعله جائزا باعتبار أن الحكم بالتطليق يكون لسبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 ق أ، و يمكن أن يشمل على أخطاء مادية وموضوعية ويحتاج إصلاحها إلى إعادة النظر فيها من

[17]– المادة 54 ق أ

[18]– أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة حققه د محمد حجي وآخرون، ج5، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط2، 1988، م ص210.

[19]– ابن عابد، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، فقه أبو حنيفة، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت. 2000م. ج3، ص84.

[20]– 423 ...499 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[21]- المادة 49 ق أ./ 439 ق إ م إ.

[22]– المادة 57 ق أ.

جهة قضائية أعلى[23]، وهو يختلف عن الطلاق باعتبار أن هذا الأخير يكون فيه الحكم بالطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة والذي هو غير ملزم بتسبيب طلب الحكم لأن العصمة بيده وما يقال على التطليق يقال أيضا على الخلع.

هذا وإن كانت القاعدة القانونية سواء كانت آمرة أو مكملة من خصائصها أنها ملزمة لا يعني أنها كلها سواء في درجة الإلزام كما لا يعني كلها تعتبر من النظام العام، وإنما كل ما كان منها لا يجوز للأفراد أن يخالفوا أحكامها فإنها تعتبر قاعدة آمرة وهي من النظام العام، وما كان منها يجوز للأفراد مخالفتها والتعديل فيها فهي لا تتصل بالنظام العام وتعتبر قاعدة ملزمة لهم إذا هم اتبعوها ولم يخالفوها وهي مكملة لإرادة الأطراف[24]. وهذا ما ذهب إليه اغلب فقهاء القانون الخاص والقانون العام من أن النظام العام هو معيار التفرقة بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة[25].

ب- **النظام العام الأسري القضائي.**

إذا كان القانون لا يمكنه تحديد الحالات التي تعتبر من النظام العام لتغير هذا الأخير بتغير الزمان والمكان وتطور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والخلقية فإن تقدير المصلحة العامة المرتبطة بهذه التطورات ترجع إلى القاضي بإعطائه سلطة واسعة حتى يفسر القانون التفسير الملائم لروح عصره. فيكاد أن يكون هو المشرع في هذه الدائرة بل هو مشرع كما قال

[23]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، سنة 2007م، ص130.

[24]- عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، المرجع السابق ص179.

[25]- عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد، في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016م، ص62.

الأستاذ عبد الرزاق السنهوري وابو ستيت، يتقيد بآداب عصر، ونظم أمته الأساسية ومصالحها الأساسية[26].

غير أن إسناد تحديد حالات النظام العام في مواد الأسرة إلى القاضي قد تنطوي عليه عدة صعوبات ومحاذير وذلك لارتباط مواد الأسرة بأحكام الشريعة الإسلامية، التي تتطلب من القاضي أن تكون لديه ملكة فقهية، ومكنة اجتهادية تؤهله لتقدير ما يعتبر من النظام العام الشرعي الذي لا يجوز مخالفته بأي حال من الأحوال ،وما ليس كذلك ولاسيما وأن المشرع الجزائري أحال القاضي بناء على نص المادة 222 من قانون الأسرة على أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص في القانون ،وأحكام الشريعة الإسلامية واسعة تشمل ما هو مجمع عليه وما هو مختلف فيه، لهذا يتعين على القاضي أن يكون ملما بذلك ،وهذا قد يكون من الصعوبة بمكان، وخاصة إذا كان تكوين القاضي لا يرقى إلى درجة التمييز بين الثابت والمتغير،وما هو ثابت بدليل قطعي الثبوت والدلالة و ما هو مختلف فيه،لأنه ليست العبرة في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتحديد نظامها الشرعي العام بموضوع الحكم، بل بالحكم نفسه، من حيث كونه مفسرا قاطعا الدلالة على معناه، أو بمصلحة أو معنى عام نهضت الأدلة القاطعة على ثبوته قطعا[27].

ولهذا فإن تقرير القاضي ما إذا كانت القاعدة القانونية المتعلقة بمواد الأسرة هي من النظام العام أم ليس كذلك تعتبر مسالة قانونية تخضع لمراقبة المحكمة العليا[28].

ومن التطبيقات القضائية على حالات النظام العام الأسري القضائي ما يلي:

[26]– السنهوري وأحمد حشمت، أصول القانون، المرجع السابق، ص 182–183.

[27]– فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الحديث، سوريا، الطبعة الأولى، 1975، ص246.

[28]– عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد، المرجع السابق، ص67.

الالتزام بالتخلي عن الطفل تصرف مخالف للنظام العام، المبدأ من المقرر قانونا أنه إذا كان محل او سبب الالتزام مخالفين للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن أساس دعوى الطاعنة يتعلق بعقد التخلي لها نهائيا عن البنت دون أن توجد أية قرابة سواء منا النسبية أو المصاهرة تربطها بابوي البنت فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإرجاع البنت إلى والديها طبقوا صحيح القانون.[29]

فمن المقرر شرعا أن الحكم بالطلاق الواقع برضا الزوج، والذي استغرق ميعاد العدة لا يجوز استئنافه بغرض التراجع عن الطلاق الذي تم قبوله أمام القاضي ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى برجوع الزوجة من جديد رغم أن الحكم بالطلاق ألرضائي استغرق ميعاد العدة ومرت ثلاثة أعوام فان القرار المنتقد قد خرق أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقضه[30].

ومتى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فان القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون[31].

[29]- ملف رقم 44571 قرار بتاريخ 26-01-1987م، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1992م، 49.

[30]- ملف رقم 41100 قرار بتاريخ 21-04-1986م، المجلة القضائية، عدد،4 لسنة 1993م، ص65.

[31]- ملف رقم 59013 قرار بتاريخ 19-02-1990م، المجلة القضائية عدد 4، سنة 1991م، ص 117.

من الثابت شرعا أنه يفسخ الزواج بسبب الرضاع وإن القرار المطعون فيه لما قضى بتأييد الحكم المستأنف القاضي بفسخ الزواج المبرم بين الطرفين بسبب الرضاع طبق صحيح القانون[32].

والمبدأ أن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي غلا باللعان المقصود في المادة 41 من قانون الأسرة لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بطلب من الزوج[33].

ومن التطبيقات القضائية المقارنة ما اعتبرته المحكمة الدستورية العليا في مصر من أن التشريع الذي يقصر **حق الأجداد في رؤية أحفادهم على حالة عدم وجود الأب** فيه إخلال بما يتطلبه الحفاظ على صلة الرحم، والإبقاء على الروابط الأسرية وما يحمله هذا وذاك من **قيم عليا** تحقق للنفس البشرية تكاملها الذي تهدف إليه مقاصد الشريعة الغراء، وعليه فإنه يكون من هذه الوجهة مخالفًا لأحكام الشريعة الإسلامية ومن ثم للمادة الثانية من الدستور[34].

ثالثا: جزاء الإخلال بالنظام العام الأسري.

حفاظا على النظام العام الأسري أقر المشرع الجزائري جزاءات عن الإخلال به أو التعدي عليه، وقد يكون هذا الجزاء مدنيا أو إجرائيا ومنه بطلان التصرف وعدم ترتيب أثاره عليه، كما قد تتدخل المقتضيات الزجرية استثناء لتعزيز حماية الأسرة ونظامها العام، وفرض الإلزام الذي تقتضيه القواعد القانونية الملزمة ومنها القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام.

[32]- ملف رقم 232324 قرار بتاريخ 18-01-2001م، المجلة القضائية عدد 01، لسنة 2001، ص261.

[33]- ملف رقم 828828 قرار بتاريخ 13-12-2012م، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2014م، ص323.

[34]- ينظر القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 37 لسنة 33 قضائية " دستورية "، جريدة الرسمية، العدد 21 (مكرر) – السنة السادسة والخمسون 16رجب سنة 1434هـ، الموافق 26 مايو سنة 2013م. http://www.laweg.net/Default. تاريخ الدخول 17-04-2020م، سا 19.50.

أ- **بطلان الفعل أو التصرف.**

والبطلان في جميع حالاته وصوره يمكن رده إلى سبب واحد هو مخالفة التصرف لنظامه الشرعي في ناحية جوهرية[35].

والبطلان المترتب على مخالفة القواعد القانونية الآمرة المتضمنة حفظ النظام العام الأسري، هو البطلان المطلق، الذي **لا يرتب في الأصل[36] أثرا معتبرا على التصرف**، بحيث لو كان التصرف عقدا لا يمكن أن يرتب التزامات كما لا يمكن تصحيحه، ويمكن إثارته من طرف أي جهة[37]، وإذا كان إقرارا لم يؤخذ به صاحبه، وإذا كان إبراء لم يسقط به الالتزام[38]. ومن التطبيقات القانونية على بطلان التصرفات سواء كانت قولا أو فعلا في مواد الأسرة ما نصت عليه المادة 32 من قانون الأسرة التي رتبت البطلان على عقد النكاح المشتمل على مانع من موانع الزواج والمادة 35 التي تنص على بطلان الشرط المنافي مع مقتضيات العقد لمخالفته النظام العام مثل اشتراط الزوج في عقد الزواج على زوجته عدم دفع المهر أو نفقتها، أو أن تشترط الزوجة على زوجها عدم مساسها مطلقا، والمادة 33 ق أ التي رتبت البطلان على عقد النكاح الذي اختل فيه ركن الرضا ، والمادة 34 ق أ التي رتبت الفسخ المطلق وهو نوع من بطلان التصرف على عقد النكاح بإحدى المحرمات.

[35]- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، دار القلم، دمشق، ط2، 2004م، ص709.

[36]- استثناء من الأصل قد يرتب التصرف بعض الآثار مثل عقد النكاح الباطل إن وقع دخول يثبت به النسب، ويستوجب الاستبراء، والمهر، وثبوت حرمة المصاهرة.

[37]- نجيمي جمال، قانون الأسرة دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، 2018م، ص91.

[38]- مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج.2، ص.715.

ومن التطبيقات القضائية على بطلان العقود التي يكون محل أو سبب الالتزام فيها مخالفين للنظام العام أو الآداب قرار المحكمة العليا[39] القاضي بان الالتزام بالتخلي عن الطفل تصرف مخالف للنظام العام حيث جاء في القرار أنه "من المقرر قانونا أنه إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن أساس دعوى الطاعنة يتعلق بعقد التخلي لها نهائيا عن البنت دون أن توجد أية قرابة سواء منا النسبية أو المصاهرة تربطها بابوي البنت فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإرجاع البنت إلى والديها طبقوا صحيح القانون ".

كذلك اعتبار المحكمة العليا[40] تقسيم التركة من طرف المورث قبل وفاته مساسا بالنظام العام، حيث جاء في القرار أنه من المقرر أن الميراث يستحق بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي، ومن ثم فإن قضاه المجلس باستنادهم على العقد العرفي الذي حرره مورث الأطراف أثناء حياته من اجل قسمة تركته بين أولاده فغنهم قد أفقدوا حكمهم من كل أساس شرعي أو قانوني وعرضوه للنقض والبطلان.

ومنه كذلك قرار المحكمة[41] ببطلان التصرف قبل صدور الحكم بموت المفقود حيث جاء في القرار تصرف المقدّم في أموال المفقود لا يكون صحيحا إلا إذا كان مبنيا على حكم قضائي بموته، وبالتالي تصرف المقدم في أموال المفقود بعد صدور الحكم بفقدانه قبل صدور الحكم بموته فهو باطل.

[39]– ملف رقم 44571 قرار بتاريخ 26–01–1987م، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1992م، ص49.

[40]– ملف رقم 125622، فرار بتاريخ 24–10–1995م، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1996 م، ص 117.

[41]– ملف رقم 435190، قرار بتاريخ 24–12–2008م، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2009م، ص127.

أ- التجريم والعقاب.

قد يتدخل المشرع بجزاءات جنائية تتناسب والطابع الحمائي للنظام العام الأسري وذلك في حالة عجز الجزاءات الأخرى مدنية كانت أو إجرائية، ومن الأمثلة على ذلك تجريم المشرع امتناع الأب أو الأم أو أي شخص آخر تسليم الطفل لمن قضي في شان حضانته[42] بحكم مشمول بالنفاذ المعجل، أو بحكم نهائي على من له الحق في المطالبة به، وهذا حماية للمصلحة الفضلى للطفل التي تعتبر من النظام العام.

كذلك تجريم عدم تسديد الزوج للنفقة المقررة عليه لزوجه او أصوله أو فروعه رغم صدور حكم ضده يلزمه بدفع النفقة لهم، وصفح الضحية قبل دفع الزوج للنفقة المستحقة عليه لا يضع حدا للمتابعة الجزائية ما يعني أنها من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته[43].

تجريم الزواج عمدا بإحدى المحرمات وجعله من الفواحش المقتضي للعقاب[44]، لمساسه بأساس الأسرة وكيانها. وكذا تجريم الزواج من نفس الجنس عمدا وجعله من الشذوذ الجنسي بنص المادة 333 فقرة 2.

[42]- المادة 328 من الأمر 66-156 مؤرخ في 08-جوان 1966م المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[43]- المادة 331 ق ع ج.

[44]- المادة 337مكرر ق ع ج.

الخاتمة:

نستنتج مما سبق ذكره بعض النتائج نلخصها فيما يلي:

- أن جميع الأحكام المتعلقة بالأسرة المنصوص عليها في قانون الأسرة تعتبر من النظام العام الذي يستوجب حمايته، سواء ما تعلق منها بالأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، أو الثابتة ثبوتا قطعيا لا اختلاف فيه بين فقهاء الشريعة الإسلامية، أو تلك الأحكام الاجتهادية الثابتة بدليل ظني والمختلف فيها وتبناها المشرع بنص قانوني بناء على اجتهاده الانتقائي من أحد المذاهب الفقهية المعروفة أو المغمورة.
- أن الأحكام الأسرية المعلومة من الدين بالضرورة ، والثابتة بدليل قطعي الثبوت قطعي الدلالة تعتبر من النظام العام الأسري الأبدي الذي لا يقبل الاجتهاد فيه بالتغيير أو التعديل مهما تغيرت الأزمنة والأمكنة ،ومن أية جهة كانت سواء كانت سلطة تشريعية أو سلطة دينية لأنها تمثل مبادئ الشريعة الإسلامية وثوابتها التي تعبدنا الله بها،و التي لا تتأثر بتطور العصور و الأزمنة ولأن الله قد تكفل بتفصيلها كي لا يترك للبشر استخدام العقل فيها ومن أمثلتها أن أساس الأسرة في الإسلام الزواج الذي يتم بين رجل وإمرة خاليين من الموانع الشرعية ،مصحوبا برضا الطرفين ، أنصبة المواريث ، وغيرها كثير.
- قد يتبنى المشرع بنص قانوني رأيا فقهيا في الشريعة الإسلامية ،سواء من مذهب من المذاهب الفقهية المعروفة أو من غير المذاهب يرى فيه تحقيق المصلحة الشرعية في زمانه وعصره، سواء مصلحة عامة أو خاصة ، ويضفي عليه صفة الإلزام الذي لا يجوز للأفراد مخالفته فحينئذ يصير من النظام العام المؤقت أو غير الأبدي لإمكانية مساسه بالتغيير والتعديل تماشيا مع التطور العصر والمجتمع ولعل خير مثال على ذلك إلغاء ركن الولي في عقد نكاح المرأة البالغة بكرا كانت أم ثيبا عملا

برأي اجتهادي مخالف في المذهب الحنفي،بعدما كان من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

- أن لقاضي شؤون الأسرة دور هام جدا في تحديد ما هو من النظام العام الشرعي الذي لا يجوز بأي حال من الأحوال مخالفته، للصلاحية التي منحه إياه المشرع بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص، وهذا يقتضي أن يكون قاضي شؤون الأسرة واسع الإطلاع على أحكام الشريعة الإسلامية عارفا بمظانّها، عالما بما هو معلوم من الدين بالضرورة ،وما هو مجمع عليه بين الفقهاء وما هو مختلف فيه، ما هو قابل للاجتهاد وإعمال الرأي فيه في إطار الشرع ،وما هو ثابت بنصوص قاطعة في ثبوتها ودلالتها على الأحكام لا مجال للرأي فيه.
- إدراج المقتضيات الردعية أصبح ضرورة حتمية في مواد الأسرة تعزيزا لحماية نظام الأسرة الشرعي من أي مساس أو تعد.
- ضرورة دسترة الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع في مواد الأسرة، لحماية نظام الأسرة الشرعي من أي انحراف تشريعي يمس بثوابت الأسرة ومبادئها الأساسية.

قائمة المراجع:

كتب فقهية وبحوث أكاديمية:

1. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه د محمد حجي وآخرون، ج5، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط2، 1988 م.
2. ابن عابد، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، فقه أبو حنيفة، ج3، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 2000م.
3. ابن القيم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، ج1، دار المعرفة، بيروت 1975.
4. ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، ج3، دار الجيل، بيروت، 1973.
5. ابن عبد الله بن عبد البر، الاستذكار تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2000 م.
6. أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، ضبط وتعليق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مجلد 2، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1997م.
7. الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ج2، دار القلم، دمشق، ط2، 2004م.
8. الماوردي، أدب الدنيا والدين، دار المنهاج، ط1، 2013م.
9. الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني، ط 2011م.
10. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

11. عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950م.
12. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج3، طبعة جديدة منقحة، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط1.
13. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، سنة 2007م.
14. عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، النظام العام للدولة المسلمة، دراسة تأصيلية مقارنة، دار كنوز إشبيلية، السعودية، ط1، 2009م.
15. عليان بوزيان، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، مطبوع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة تيارت، 2013-2014م.
16. عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد، في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016م.
17. فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الحديث، سوريا، الطبعة الأولى، 1975.
18. نجيمي جمال، قانون الأسرة دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، 2018م.
19. يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط4، 2001م.
20. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، دار الفكر دمشق، ط1، 1986م.

النصوص قانونية:

1. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
2. القانون 84 -11 المؤرخ في 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005م، ج.ر رقم 15.
3. الأمر 66-156 مؤرخ في 08-جوان 1966م المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

القرارات قضائية:

1. ملف رقم 828828 قرار بتاريخ 13-12-2012م، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2014م.
2. ملف رقم 435190، قرار بتاريخ 24-12-2008م، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2009م.
3. ملف رقم 232324، قرار بتاريخ 18-01-2001م، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 2001.
4. ملف رقم 125622، فرار بتاريخ 24-10-1995م، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1996 م.
5. ملف رقم 41100 قرار بتاريخ 21-04-1986م، المجلة القضائية، عدد 4، لسنة 1993م.
6. ملف رقم 44571، قرار بتاريخ 26-01-1987م، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1992م.

7. ملف رقم 59013، قرار بتاريخ 19-02-1990 م، المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1991م.
8. القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 37 لسنة 33قضائية "دستورية"، جريدة الرسمية، العدد 21 (مكرر) -السنة السادسة والخمسون 16 رجب سنة 1434هـ الموافق 26 ماي سنة 2013م.

مواقع الإنترنيت:

http://www.laweg.net/Default، تاريخ الدخول 17-04-2020م، سا 19:50.