

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية  
كلية الحقوق و العلوم السياسية



المجلة الأكاديمية  
للبحث القانوني

مجلة سداسية متخصصة محكمة: عدد خاص 2015

الملتقى الوطني حول: " تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014.  
الملتقى الدولي حول: "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، يومي 07 و08 ماي 2014.

رد م د: 0087-2170

رقم الإيداع القانوني: 57-2010

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# الفهرس

## أولا/ ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية

اللجنة العلمية

اللجنة التنظيمية

إشكالية الملتقى

محاو الملتقى

### المحور الأول: الإختلاف حول ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية

د. أيت منصور كمال

07 ..... وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية.....

أ. موري سفيان

20..... إشكالية الإختلاف حول ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق.....

د. حسين نواره

34..... الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصي.....

أ. تريكي فريد

64..... منازعات الأحوال الشخصية للأجانب في الفقه الإسلامي.....

### المحور الثاني: دراسة أهم مواضع تنازع القوانين في الأحوال الشخصية

د. كريم كريمة

69 ..... القانون الذي يحكم الخطبة كمقدمة لإبرام عقد الزواج ..... د. مسعودي يوسف

د. مسعودي يوسف

87..... القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج.....

أ. بومراو سفيان

106..... تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة).....

أ. مدوري زايدي

122..... تسجيل عقود الزواج ذات العنصر الأجنبي.....

أ. زلاسي بشري

نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد

138..... التعديل.....

أ.د. عليوش قربوع

القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص

157..... الجزائري.....

- أ. نصيرة تواتي  
 إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية.....174
- أ. عثمان بلال  
 دراسة نص المادة 13 من القانون المدني.....183
- أ. أيت مولود ذهبية  
 إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق.....194
- أ. إشوي عماد  
 تنازع القوانين في الحضانة - دراسة مقارنة -.....210
- أ. خوادجية سميحة حنان  
 تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر.....232
- أ. تريكي دليلة  
 القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري.....256
- د. إقروفة زبيدة  
 القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث.....272
- أ. جمال عياشي  
 العقارات الموروثة كسبب من أسباب تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع الجزائري.....282
- أ. زواي حكيم  
 تنازع القوانين حول تحقق واقعة الوفاة - الموت الحقيقي والحكمي والموت الدماغى والموت الرحيم -.....296
- أ. كمال سمية  
 تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي.....307
- المحور الثالث: دور القاضي الجزائري في حماية النظام العام**
- د. بوسهوه نور الدين  
 مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقتها بالنظام العام.....318
- أ. ناتوري كريم  
 دور قواعد الإحالة في حماية النظام العام.....333
- د. كيحل كمال  
 النظام العام والنفاز الدولي للحق المكتسب في مسائل الأحوال الشخصية.....349
- أ. عسالي عبد الكريم  
 جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري؟.....357

## ثانيا/ ملتقى دولي حول التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة

### العام

اللجنة العلمية

اللجنة التنظيمية

إشكالية الملتقى

محاو الملتقى

د. عيساوي عزالدين

374 .....مداخلة افتتاحية: البحث عن نظام للنظام العام.....

### المحور الأول: النظام العام الشامل

أ.بلمهوب عبد الناصر

379.....النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور.....

د. عمارة مسعودة

394.....إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية.....

د. نساخ بولقان فاطمة

409.....مفهوم النظام العام ما بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة المنظمة للعلاقة العقدية.....

د. منصف هشام

430.....التحول في فكرة النظام العام: تطبيق على التجربة المصرية.....

د. بن أعمار عوينات

438.....النظام العام بين سلطة المشرع والتكيف القضائي.....

### المحور الثاني: النظام العام الإقتصادي

د. تروزين بلقاسم

L'ordre public européen : transformation d'un ordre public communautaire économique à un ordre public européen pluridisciplinaire .....457

د. قريمس عبد الحق

468.....حق التراجع عن العقد: القوة الملزمة للعقد واعتبار حماية المستهلكين.....

د. صبايحي ربيعة

477.....تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية.....

د. أحمد محمد الهواري

النظام العام الحمائي والقانون الدولي الخاص: مخاطر حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي

494.....الخاص.....

- أ. مختور دليلة  
523.....حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي
- أ. دفاص عدنان  
547.....قانون المنافسة بين النظام العام التنافسي وفكرة الأمن القانوني
- د. إرزيل الكاهنة  
565.....خصوصية النظام العام في مادة التأمينات
- د. تواتي نصيرة  
589.....موافقة وزير المالية على أنظمة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة حفاظا على النظام العام المالي
- د. خلفي عبد الرحمان  
604.....ظاهرة الحد من العقاب (التحول من العقاب الجنائي إلى العقاب الإداري)
- المحور الثالث: النظام العام الإجتماعي**
- د. بن عزوز بن صابر  
616.....النظام العام الاجتماعي في مفهوم القانون الاجتماعي
- د. معاشو فطه  
629.....تأثير الظروف الاقتصادية في بروز نظام عام إستثنائي في قانون العمل
- أ. يعقوب زينة  
Ordre public social en droit algérien du travail entre protection des salariés et flexibilité des relations de travail .....643
- د. بوعناقه السعيد  
Le droit conventionnel et l'ordre public dérogatoire : entre le principe de faveur et «l'intérêt de l'entreprise » .....659
- د. عباسة جمال  
666.....مبدأ الأفضلية وفكرة النظام العام الاجتماعي (دراسة مقارنة)
- د. بوعقلي حسن شكيب  
Le principe de faveur en droit du travail et les normes RSE.....675
- د. فتحي وردية  
684.....خصوصية جزاء مخالفة النظام العام في قانون العمل
- د. صايش عبد المالك  
706.....مداخلة ختامية: نظام عام واحد تسميات متعددة

أولا/ ملتي تنازع القوانين في مجال  
الأحوال الشخصية

## الرئيس الشرفي للملتقى

الأستاذ الدكتور سعيداني بوعلام، رئيس جامعة عبد الرحمان ميرة.

## رئيس اللجنة العلمية

الدكتور أيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.

## أعضاء اللجنة العلمية للملتقى

- |                                   |  |
|-----------------------------------|--|
| د/لونيس علي، جامعة البويرة        | أ/زوايمية رشيد، جامعة بجاية            |
| د/كريم كريمة، جامعة سيدي بلعباس   | أ/كاشير عبد القادر، جامعة تيزي وزو     |
| د/بوسهوة نور الدين، جامعة البليدة | أ/سمار نصر الدين، جامعة جيجل           |
| د/إقروفة زوبيدة، جامعة بجاية      | د/بودريوه عبد الكريم، جامعة بجاية      |
| د/دحماني عبد السلام، جامعة بجاية  | د/بن محمد محمد، جامعة ورقلة            |
| د/قبايلي طيب، جامعة بجاية         | د/قريمس عبد الحق، جامعة جيجل           |
| د/راشد كمال، جامعة جيجل           | د/بو الصلصال نور الدين، جامعة<br>سكيدة |
| د/يوسفي أمال، جامعة بومرداس       | د/ساسان رشيد، جامعة عنابة              |



## رئيس اللجنة التنظيمية:

الأستاذ حمادي زوبير، كلية الحقوق والعلوم السياسية – بجاية.

## نائب رئيس اللجنة التنظيمية

الأستاذ عثمان بلال، كلية الحقوق والعلوم السياسية – بجاية.

## أعضاء اللجنة التنظيمية

أ/ بن خالد السعدي	أ/ بن موهوب فوزي	أ/ موري سفيان
أ/ إملول ريمة	أ/ أسياخ سمير	أ/ إراتن عبد الله
أ/ عبدلي حميدة	أ/ رضوان سلوى	أ/ علام لياس
أ/ دموش حكيمة	أ/ العايب شعبان	أ/ صويلح كريمة
أ/ بوبالو يمينة	أ/ آيت وارث حمزة	أ/ بقة حسان
أ/ بن بركان أحمد	أ/ مولوج لامية	أ/ خير الدين لياس
أ/ فتوس خدوجة	أ/ دحاس صونية	أ/ بومراو سفيان
أ/ بومعزة نواره	أ/ بن شعلال محفوظ	أ/ تبزي أرزقي

## إشكالية الملتقى

تعتبر الأحوال الشخصية المجال الخصب لتنازع القوانين، ويعود السبب في ذلك إلى تشعب مواضيعها، وتعلقها بالنظام العام الذي يميزها عن باقي المجالات حيث يعد الانتماء الديني مصدرها في معظم قوانين الدول.

على أساس المعطيات السابقة، تحتل قواعد الاسناد الخاصة بالأحوال الشخصية مكانة هامة في مختلف التشريعات الوطنية.

لقد برزت المكانة السابقة لقواعد تنازع القوانين الخاصة بمختلف مواضيع الأحوال الشخصية في التقنين المدني الجزائري منذ سنة 1975، وتطور الاهتمام بها بموجب تعديل سنة 2005 إذ تم إعادة النظر في بعض الحلول لمشاكل تنازع القوانين، وأدرجت في النص قواعد اسناد لمواضيع جديدة.

يهدف التعديل إلى ضرورة حماية العلاقات الخاصة الدولية في ظل التحولات المختلفة في الجزائر.

على أساس ما سبق، تتضمن إشكالية ومحاور الملتقى في ابراز دور كل من المشرع والقاضي الجزائري في محاولة التوفيق بين متطلبات النظام العام وضرورة حماية العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي.

## محاور الملتقى

### المحور الأول: الإختلاف حول ضابط الاسناد في الأحوال الشخصية

- ضابط الجنسية.
- ضابط الموطن.
- امكانية التوفيق بين ضابط الجنسية وضابط الموطن.

### المحور الثاني: دراسة أهم مواضيع تنازع القوانين في الأحوال الشخصية

- عقد الزواج وأثاره.
- انحلال الرابطة الزوجية.
- الانفصال الجسماني.
- التبني.
- الميراث.

### المحور الثالث: دور القاضي الجزائري في حماية النظام العام

- تطبيقات الإحالة.
- تطبيق القانون الأجنبي.
- استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

المحور الأول

الإختلاف حول ضابط الإسناد

في الأحوال الشخصية

## وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية

Dr. AIT-MANSOUR Kamel  
Maitres de conférences "A"  
Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques Université A. Mira  
06000 Bejaia –Algérie.

د. أيت منصور كمال  
أستاذ محاضر "أ"  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة عبد الرحمان ميرة، 06000  
بجاية، الجزائر.

### مقدمة

لقد أولى فقهاء القانون الدولي الخاص اهتمام واسع للتنازع المتعلق بالأحوال الشخصية Statutum Personam والتي كانت تعبر عن مجموعة القواعد التي تنظم المسائل المتعلقة بالأشخاص.

استمرت مكانة الأحوال الشخصية إلى الوقت الحاضر، وتعتبر الموضوع الخصب لتنازع القوانين، على أساس معطيات تتمثل، أولاً في تشعب المواضيع التي تكونها على الرغم من اختلاف كل من النظم القانونية اللاتينية، والانجلوسكسونية، والعربية، حول تعداد المسائل التي تنطوي تحتها، فمثلاً تدخل في إطارها مسائل الميراث والوصية في النظم القانونية العربية، على خلاف معظم القوانين الأوروبية، وهي مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي بحسب تاريخ القانون، وحاجيات الدولة، والدين. وثانياً تعلقها بالنظام العام بالنظر إلى البعد الديني.

يمكن تقديم ملاحظتين فيما يتعلق بالقانون الجزائري: أولاً خص المشرع منذ صدور التقنين المدني في سنة 1975<sup>(1)</sup> حوالي ثلث قواعد الاسناد – من المادة 10 إلى المادة 16 – للأحوال الشخصية، على أساس البعدين التاريخي والديني للقانون الجزائري. وثانياً برزت مكانة الأحوال الشخصية في إطار تعديل سنة 2005<sup>(2)</sup> على الرغم من غياب معطيات عملية لنصوص قانونية استمرت لمدة ثلاثون سنة، حيث اعيد النظر في بعض الأحكام و اضيفت مسائل أخرى كانت البعض منها غير محبذة من قبل المجتمع الجزائري.

تثار صعوبة قراءة وضعية ومكانة تنازع القوانين الخاص بالأحوال الشخصية في القانون الجزائري وذلك على أساس غياب دراسة تطبيقية بالنظر إلى تخلف المعطيات العملية. وعلى العموم انطلق المشرع من فكرة احاطة الأحوال الشخصية بقواعد إسناد ذات طابع حمائي (أولا) إلا انه يثير الحل المعتمد إشكالية المساس بالعلاقات الخاصة على المستوى الدولي (ثانيا).

### أولا - إحاطة الأحوال الشخصية بقواعد إسناد ذات طابع حمائي

يعتبرا القانونين الفرنسي والمصري من اهم المعطيات التاريخية لتكوين القانون المدني الجزائري، وهذا إلى جانب تدخل البعد الديني، إذ تعتبر الشريعة الاسلامية من بين اسس بناء القاعدة القانونية لا سيما إذا تعلق الأمر بالأحوال الشخصية. وقد اثر كل ذلك على المحتوى والأحكام التي تتضمنها قواعد الاسناد الجزائرية والخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية.

إذا كانت الأحوال الشخصية من المواضيع الخاصة بالشخص في ذاته وفي علاقاته الاسرية و ذات بعد ديني، فهي اذن من النظام العام، تتطلب حماية من طرف المشرع في إطار قواعد الاسناد الخاصة بها. ورأى المشرع تجسد الطابع الحمائي من خلال عدة آليات تتمثل فيما يلي:

### 1 - إخضاع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية

لا يمكن دراسة موضوع تنازع القوانين في مادة الأحوال الشخصية من دون الانطلاق من الضابط المعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق.

اعتمد المشرع الجزائري على ضابط جنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية، وعلى أساس ذلك رأى المشرع بأنه أحسن قانون يكرس حماية للجزائريين و النظام العام الجزائري وفق المتطلبات المختلفة للدولة. وهو ذات الحل المعتمد في فرنسا لا سيما نص المادة الثالثة من التقنين المدني<sup>(3)</sup>، ومصر بموجب المواد 11 إلى 17 من التقنين المدني<sup>(4)</sup>.

بني هذا التوجه على الرغم من الاختلاف حول قيمة ومدى ملائمة ضابط الجنسية وأهمية قانون موطن الشخص في نظر الفقه المعاصر. أو أن اللانتقادات الموجهة لقانون الجنسية ليس لديها وزن ثقيل في الوضعية الجزائرية؟ إذ اعتمدت مدارس الأحوال منذ بداية القرن الثالث عشر على إخضاع الأحوال الشخصية للقانون الشخصي الذي فسّر بأنه قانون موطن الشخص (Lex domicilii) والذي ساد إلى غاية بداية القرن التاسع عشر أين ظهر دور الجنسية كضابط إسناد وأهمية تطبيق قانون جنسية الشخص على الأحوال الشخصية. ومن هذا المنطلق بدأت إشكالية المفاضلة بين القانونين وفق الأسانيد المقدمة وإمكانية التوفيق بينهما<sup>(5)</sup>.

تذهب التوجهات المعاصرة في القانون الدولي الخاص إلى أهمية قانون موطن الشخص باعتباره القانون الشخصي، وترى أن دوره سيتزايد في المستقبل، لا سيما بالنظر إلى اعتماده على مبررات موضوعية، والمشاكل العملية التي يثيرها اعتماد ضابط الجنسية والحلول المقررة بموجب تطبيق قانون الموطن، وهو الوضع في الدول الحديثة النشأة كالولايات المتحدة الأمريكية، وكندا، إذ الاعتماد على قانون جنسية الشخص سيؤدي بالقاضي إلى التطبيق الواسع للقوانين الأجنبية، أضف إلى ذلك حالات تعدد الجنسيات لدى الشخص أو انعدام الجنسية<sup>(6)</sup>، وهو ما تتضمنه المادة 22 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أنه: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول اجنبية جنسية تلك الدول.

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة. "

## 2- حل مشكلة التنازع المتغير

قد تنشأ مراكز قانونية في ظل قانون جنسية ما باعتباره الواجب التطبيق في الأحوال الشخصية، بعد ذلك تطرح مسألة تغيير جنسية الشخص تحديد الجنسية المعتمدة في

مصير الحقوق والمراكز القانونية التي تولدت تحت سلطان قانون الجنسية القديمة، وهو ما يطلق عليه بالتنازع المتغير<sup>(7)</sup>.

تثير إشكالية التنازع المتغير اهتماما أكثر في مادة الأحوال الشخصية مقارنة بباقي المواضيع بالنظر إلى مختلف المعطيات المتعلقة بها، وهو ما يفترض الحفاظ على بعض المصالح وفق المتطلبات المختلفة، لذا حسم القانون الجزائري التنازع باعتماده على المعيار الزمني وفق الحل الفقهي المعتمد، و ما قررته مختلف القوانين المقارنة وذات المصدر التاريخي<sup>(8)</sup>.

يتبين موقف القانون الجزائري في العديد من النصوص القانونية<sup>(9)</sup>، ففي تحديد القانون الواجب التطبيق على اثار عقد الزواج تنص المادة 12 في فقرتها الأولى على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"، فيعبر المعيار الزمني عن اعتماد الجنسية التي كان يحملها الزوج وقت إبرام عقد الزواج و ليس الجنسية الجديدة، ويلعب هذا الحل دور مزدوج لمصلحة الزوجة، فمن جهة يراعي نيتها إذ ما وضعت في اعتقادها أن يطبق القانون الوطني لزوجها عند الزواج، ومن جهة أخرى يحميها من تطبيق قانون الجنسية الجديدة في حالة تغيير الزوج لجنسيته حتى يتغير القانون الواجب التطبيق والذي يخدم مصلحته على خلاف مثلا قانون جنسيته أثناء عقد الزواج، لا سيما إذا كان من الصعب إثبات حالة الغش نحو القانون لاستبعاد القانون الواجب التطبيق استنادا إلى الحل المقرر في المادة 24 من التقنين المدني.

### 3-تقرير قاعدة إسناد ذات طابع احادي

تنص المادة 13 من التقنين المدني على انه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج". وتكيف بأنها قاعدة إسناد ذات طابع انفرادي تمنح فقط الاختصاص لقانون القاضي، و تقررت في مختلف التشريعات التي تأخذ بضابط الجنسية في الأحوال الشخصية<sup>(10)</sup>.



على أساس النص السابق، يسري القانون الجزائري وحده وكاستثناء فيما يتعلق بالمواضيع المنصوص عليها في المادتين 11 و 12، إذ يعتبر الزواج وثيق الصلة بالجماعة الوطنية وهي مسألة تمس بالنظام العام الجزائري وذات بعد ديني، منظم في قانون الأسرة<sup>(11)</sup>.

#### 4- الإستفادة من الأحكام العامة في قواعد الإسناد

إلى جانب الأحكام الخاصة والتي تقررت على اعتبار انها تحمي مختلف المصالح، تستفيد الأحوال الشخصية من تطبيق الأحكام التي توصل اليها فقه وقضاء القانون الدولي الخاص في إطار حماية العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، وكurst في مختلف تشريعات تنازع القوانين وفق ما تتطلبه المصالح الخاصة. وتتمثل هذه الأحكام في:

##### أ- دور الإحالة من الدرجة الأولى

يطبق القاضي القانون الجزائري للفصل في النزاع الخاص بالأحوال الشخصية باعتباره القانون الأنسب والأصلح وذلك بإعمال الإحالة، والتي تعبر عن تطبيق القاضي الوطني القانون الذي قررته قاعدة الاسناد الأجنبية<sup>(12)</sup>.

تنص المادة 23 مكرر 1 من التقنين المدني على أنه: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص"<sup>(13)</sup>.

يكمن دور القاضي الجزائري عند تطبيق المادة 23 مكرر 1 المتعلق بالإحالة فيما يلي: إذا أشارت قاعدة الاسناد في القانون الجزائري إلى تطبيق القانون الأجنبي يتعين على القاضي الرجوع أولا وقراءة - وليس تطبيق - قواعد الاسناد في هذا القانون، وهنا نكون أمام حالتين:

الحالة الأولى: إذا أشارت قواعد الاسناد في القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون دولة ثالثة، أي عدم قبول اختصاص لا القواعد الموضوعية في قانونها ولا اختصاص القانون

الجزائري للفصل في النزاع، يلتزم القاضي الجزائري بالفصل في النزاع بموجب القواعد الموضوعية لهذا القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد الوطنية، و يعبر ذلك عن رفض المشرع الجزائري الإحالة من الدرجة الثانية، وهو مضمون الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 .

**الحالة الثانية:** أما إذا أشارت قواعد الاسناد في القانون الأجنبي إلى تطبيق القانون الجزائري، يلتزم القاضي الجزائري بالفصل في النزاع بموجب القواعد الموضوعية لقانونه الوطني استجابة لحكم قاعدة الاسناد في القانون الأجنبي، ويعبر ذلك عن قبول المشرع الجزائري الإحالة من الدرجة الأولى وفق مضمون الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1.

#### ب- دور قاعدة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام

يطبق القاضي الجزائري الأحكام الخاصة باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام لحماية الأحوال الشخصية، وذلك استنادا الى المادة 24 من التقنين المدني التي تنص على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر..."، وهي قاعدة تطورت في مختلف المدارس الفقهية<sup>(14)</sup> وتقررت في تشريعات تنازع القوانين<sup>(15)</sup>.

يتمتع القاضي على أساس المفهوم النسبي للنظام العام<sup>(16)</sup> بسلطة تقديرية في تقرير مخالفة القانون الأجنبي لمختلف المعطيات التي تركز عليها الأحوال الشخصية لا سيما الدينية والتي تكون النظام العام في المجال.

ما يؤكد حماية المشرع الجزائري للأحوال الشخصية عن طريق اخضاعها لمعطيات مختلفة لا سيما ذات طابع ديني، هو الحل البديل المعتمد بعد استبعاد تطبيق القانون الأجنبي والمتمثل في تطبيق القانون الجزائري، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة 24 من التقنين المدني على انه: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"، وهو حل ينصب في موقف جانب من فقهاء القانون الدولي الخاص حيث يعتبر النظام العام الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على

العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافاً جوهرياً، بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة<sup>(17)</sup>.

### ثانياً - إشكاليات الطابع الحمائي لقواعد الإسناد في الأحوال الشخصية

يهدف منهج قواعد الاسناد في مختلف تشريعات الدول إلى البحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، وهو المقرر اصلاً في منظور المدارس الفقهية لتنازع القوانين. ويتطلب أن يكون ذلك هدف قواعد الاسناد الجزائرية و تعديل سنة 2005 للحفاظ على مختلف المصالح الخاصة ذات البعد الدولي استجابة للتحويلات التي عرفها المجتمع الجزائري في مختلف المجالات.

إلا أنه يثير ضابط الجنسية المعتمد وكذا كيفية التعامل معه عدة اشكاليات تعرقل العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، وتثار على الرغم من صعوبة تقييم الحل المعتمد بسبب غياب المعطيات العملية. وعلى العموم يمكن إثارة بعض المسائل المهمة والمتمثلة في:

#### 1- الإخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين

لقد فرض اعتماد ضابط الجنسية على المشرع الترجيح بين جنسية الاطراف في العلاقة الواحدة والتي لا تحتل أن تخضع لأكثر من قانون واحد، و يظهر ذلك في تفضيل قواعد الاسناد الجزائرية جنسية الزوج على جنسية الزوجة من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على كل من، اثار عقد الزواج بموجب المادة 1/12 من التقنين المدني التي تنص على انه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"، وانحلال الزواج والانفصال الجسماني من خلال المادة 2/ 12 من التقنين المدني على انه: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

إلا أنه يعبر ترجيح جنسية الزوج على جنسية الزوجة على عدم تكريس المشرع المساواة بين الرجل والمرأة و الذي يعد مبدأ كرسه المؤسس الدستوري<sup>(18)</sup> كما تم الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في سنة 1996<sup>(19)</sup>.

حاولت العديد من التشريعات تجنب الآثار السلبية التي يثيرها اعتماد ضابط الجنسية كما هو الوضع في القانون الجزائري، منها من اعتمد على نفس الضابط بمنح الأفضلية للجنسية المشتركة مقارنة بالضوابط الأخرى ذات الطابع الاحتياطي كالقانون التونسي مثلا في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوعي الطلاق والانفصال الجسماني الذي ينص على انه: "الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها..."<sup>(20)</sup>، والقانون الانجليزي الذي يعتمد على ضابط الموطن المشترك<sup>(21)</sup> والمدعم من طرف الفقهاء المحدثين على حساب ضابط الجنسية، وقد رعى المشرع الفرنسي كلا من الضابطين في المادة 309 من القانون المدني<sup>(22)</sup> فيما يخص القانون الواجب التطبيق مثلا على الموضوعين السابقين.

## 2- المساس بمصلحة الزوجة

قد يثير المعيار الزمني " وقت رفع الدعوى " المعتمد من طرف المشرع في المادة 12 فقرة 2 لتحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني وكحل لمشكلة التنازع المتحرك والذي اعتمد ضابط الجنسية، إشكالية المساس بمصلحة الزوجة، وقد يتحقق ذلك في حالتين:

**الحالة الأولى:** قد يطبق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني قانون لم تكن تتوقعه الزوجة عند إبرام عقد الزواج، ولم يضع في الحسبان ولذلك تفاجئ بأسباب وآثار تضر بمصلحتها، وتخدم مصلحة الزوج.

**الحالة الثانية:** تتمثل في تغيير الزوج لجنسيته حتى يتغير القانون الواجب التطبيق والذي لا يخدم مصلحته على خلاف مثلا قانون جنسيته أثناء عقد الزواج الذي لا يقدم له ضمانات في حالة انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني مقارنة بحقوق الزوجة، وفي هذه الحالة يطبق القانون الجديد المتمثل في قانون جنسيته وقت رفع الدعوى، لا سيما إذا كان من الصعب إثبات حالة الغش نحو القانون لاستبعاد القانون الواجب التطبيق المقرر في المادة 24 من التقنين المدني.

### 3- صعوبة الحفاظ على الحقوق المكتسبة

قد ينتج عن الطابع الحمائي المقرر للأحوال الشخصية من خلال اعتماد ضابط الجنسية ومعاملته وفق ما يخدم ما قرره المشرع من مصالح، ليس المساس فقط أو إهدار مصلحة المتعاملين في العلاقات الدولية، بل أيضا استقرار المعاملات والمراكز الخاصة ذات البعد الدولي، ويكون الأمر أكثر تعقيدا إذا تعلق الأمر بحقوق مكتسبة كالانفصال الجسماني أو التبني لا يمكن تصور تطبيق القانون الجزائري للاعتراف بهما، و باعتبارهما مواضيع جد حساسة ومتعلقة بالنظام العام في كافة الدول. وعلى أساس ذلك تطرح مدى قيمة النص عليهما في تعديل سنة 2005.

#### أ- إشكالية الاعتراف بالإنفصال الجسماني

يتحقق إخضاع الانفصال الجسماني كحق مكتسب إلى القانون الجزائري و الذي لا يعترف بهذا النظام في حالتين:

- إذا كان الزوج جزائري وقت رفع الدعوى: في هذه الحالة تطبق القاعدة الأصلية المقررة في المادة 2/12، ويسري القانون الجزائري حتى وان كان الزوج يحمل في الوقت نفسه جنسية دولة أخرى، ولو كانت هذه الأخيرة جنسية فعلية، وهذا إعمالا بأحكام المادة 2/22 من القانون المدني.

- إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت الزواج: يطبق القانون الجزائري استنادا إلى المادة 13 من القانون المدني، وهي قاعدة إسناد ذات طابع استثنائي تطبق على الأحوال النصوص عليها في المادتين 11 و 12.

#### ب- إشكالية الاعتراف بالتبني

يمكن أن ينشأ تبني في دولة أجنبية بين شخصين أحدهما جزائري الجنسية<sup>(23)</sup>، وإذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري يرجع في صحة التبني إلى قانون جنسية الطرفين وقت التبني استجابة للمادة 13 مكرر 1 التي تنص على أنه: "يسري إلى صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على أثارها قانون جنسية الكفيل .

وتطبق نفس الأحكام على التبني ". والمتبني في هذه الحالة من جنسية جزائرية فحتى وإن تعددت جنسياته ومنتصور أن الجنسية الفرنسية هي الفعلية يتطلب من القاضي تطبيق القانون الجزائري إعمالاً بأحكام المادة 22 من القانون المدني.

#### 4- غياب العلاقات الخاصة الدولية أمام الهيئات الجزائرية

قد تكون هيئات جزائرية مختصة في إنشاء حقوق ومراكز قانونية مثل إبرام عقود زواج، أو يكون القضاء مختص للفصل في النزاعات ذات العنصر الأجنبي وفق قواعد الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في تقنين الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(24)</sup>، إلا أنه يرفض أطراف العلاقة للجوء إلى هذه الهيئات.

أمام غياب تجارب تطبيق قواعد الإسناد الجزائرية لا سيما أمام القضاء بالنظر إلى مختلف الأوضاع التي أدت إلى عدم ظهور علاقات خاصة ذات بعد دولي، من الصعب دراسة مدى ملائمة قواعد الإسناد الجزائرية، إلا بناء على الجانب النظري.

أهم ما يميز قواعد الإسناد الجزائرية في مجال الأحوال الشخصية هو محاولة تطبيق القانون الجزائري و يتبين ذلك في عدة مواضيع إسناد، خاصة مضمون المادة 13 من التقنين المدني والتي تبرز الطابع الانفرادي و كاستثناء لمواضيع عديدة تتضمنها احكام المادتين 11 و 12 وجد مهمة تتعلق بالنظام العام إذ تخص الحياة الشخصية والعائلية للأفراد، وتطرح إشكالية مدى قيمة النص إذا كانت أمام القاضي الجزائري إمكانية استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بموجب نص المادة 24 و تطبيق القانون الجزائري و هو ما يبرر وجود اهداف أخرى لا تركز على حماية النظام العام، إلى جانب ترجيح الجنسية الجزائرية في حالة تعدد الجنسيات لدى الشخص الواحد وفق نص المادة 22 من التقنين المدني.

تثير الأوضاع السابقة مدى ملائمة تطبيق القانون الجزائري سواء على الاجانب وفي احوالهم الشخصية، او إذ كان الشخص في مسائل معينة يحمل جنسية جزائرية و أثناء النزاع لا يعد جزائري، و روح قواعد الاسناد يتطلب أن تبحث عن القانون الأنسب لحكم العلاقات الخاصة الدولية.

## خاتمة

بنيت قواعد الاسناد الجزائرية الخاصة بالأحوال الشخصية على اعتبارات اجتماعية، تصور المشرع بان ضابط الجنسية يحقق حماية النظام العام الجزائري، من خلال اعتماده ومعاملته على حساب ضابط الموطن الذي نادى الفقهاء بأهميته والدور الذي يمكن أن يحققه في الوقت الحالي أو في المستقبل.

إلا انه لم تتوقف لأهداف المختلفة عند المقتضيات العامة و متطلبات العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، وذلك من خلال العمل على اختصاص القانون الجزائري، بل امتدت إلى تحقيق مصالح خاصة ادت إلى المساس بحقوق المتعاملين على المستوى للأفراد لا سيما عدم احترام الحقوق المكتسبة.

فإذا مكان أو مازال ضابط الجنسية و كيفية تطبيقه صالحا إلى غاية اليوم ومن الناحية النظرية فقط، فانه من الضروري البحث عن الحلول المناسبة والموازنة بين مختلف المصالح عن طريق الاستفادة من الحلول الفقهية والقضائية الحديثة في تنازع القوانين كما هو الوضع في القوانين المقارنة والتي شهدت تطبيقات عملية.

## الهوامش

<sup>1</sup> - أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادر في 09-30-1975.

<sup>2</sup> - قانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 جوان سنة 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 44 صادر في 26-06-2005.

<sup>3</sup> - تنص الفقرة الثالثة من المادة على انه:

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.», Code civil, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>4</sup> - القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، الوقائع المصرية، العدد 108، صادر في 29 جويليه 1948.

<sup>5</sup> - للتفصيل في الموضوع، راجع: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص: الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1968، ص ص 13-56.

ASSER (T.M.C), *Eléments de droit international privé ou du conflit des lois*, Traduit, complété et annoté, par RIVIER(A), Arthur Rousseau, Paris, 1884, pp.51-56, Bibliothèque Numérique de France Gallica. NIBOYET (J-P), *Cours de droit international privé français*, 2eme éd, Recueil Sirey, Paris, 1949, pp. 429 - 434.

<sup>6</sup> - حول الموضوع، انظر: احمد عبد الكريم سلامة، *الاصول في التنازع الدولي للقوانين*، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص ص 651 و 652.

BUREAU(D) et WATT (H.M), *Droit international privé*, Tom2, Partie spécial, 2éd, P U F, Paris, 2010, pp22 et 23. NIBOYET J-P, op. cit, pp.525et 526

<sup>7</sup> - راجع في ذلك:

LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, *Droit international privé*, 7eme éd, Dalloz, Paris, 2001, p373.

<sup>8</sup> - راجع مثلا ما تنص عليه المواد 13، 14، و 17 من التقنين المدني المصري.

<sup>9</sup> - انظر: نص المواد 12، 13، 13 مكرر، 13 مكرر، و 16 من التقنين المدني.

<sup>10</sup> - راجع مثلا في ذلك: نص المادة 14 من التقنين المدني المصري، نص المادة 15 من التقنين المدني الأردني، ونص المادة 15 من التقنين المدني السوري.

<sup>11</sup> - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 31 صادر في 31-07-1984، معدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02-05 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ج ر عدد 15 صادر في 27-02-2005.

<sup>12</sup> - تبلورت فكرة الإحالة في أواخر القرن التاسع عشر في قضية "FORGO" التي طرحت أمام القضاء الفرنسي، راجع القضية في:

ANCEL B et LEQUETTE Y, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de, droit international*, 5<sup>e</sup> édition' Dalloz, Paris, 2006, pp. privé 60-69.

<sup>13</sup> - استحدث النص في سنة 2005، واقتبس الحل المكرس في المادة 26 من التقنين المدني الإماراتي. وهذا على خلاف المشرع المصري الذي رفض الإحالة بموجب المادة 27.

<sup>14</sup> - راجع في الموضوع: احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 587-590.

LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, op. cit, pp.303 et 304.

<sup>15</sup> - مثال ذلك نص المادة 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، نص المادة 28 من اتقنين المدني المصري، ونص المادة 30 من التقنين المدني السوري.

<sup>16</sup> - حول تأثير المفهوم النسبي للنظام العام على دور القاضي في تقرير مخالفة النظام العام راجع: بلمامي عمر، " اثر الاتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام في الجزائر "، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 4، 1995، ص ص 35 - 53.

Revue Critique du Droit International Privé, N 4, 1993, pp 310- 311.



<sup>17</sup> - انظر في ذلك:

BATIFFO H, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, Paris, 2002, p 159, LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, op. cit, pp 304 – 312.

<sup>18</sup> - المادة 29 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996، معدل ومتمم، ج ر عدد 76 صادر في 8-12-1996.

<sup>19</sup> - مرسوم رئاسي رقم 96-51 مؤرخ في 22 جانفي سنة 1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج ر عدد 6 صادر في 24-01-1996.

<sup>20</sup> - الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، انظر في ذلك:

[www.ar.jurispedia.org/index](http://www.ar.jurispedia.org/index).

<sup>21</sup> - وقد استقر الفقه الانجلوسكسوني على تطبيق قانون القاضي باعتباره قانون الموطن المشترك للزوجين، راجع في ذلك:

MAYER Pierre, Droit international privé, 5<sup>e</sup> éd, Delta, Paris, 1996, p378.

<sup>22</sup> - تنص المادة على ما يلي:

« le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :

\_ lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;

\_ lorsque les époux ont, l'un et l'autre leur domicile sur le territoire français.

\_ lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétent pour connaître du divorce ou de la séparation de corps » , v : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>23</sup> - فيما يتعلق بهذه الحالة، راجع: أيت منصور كمال، "اشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 02 سنة 2010، ص 155.

<sup>24</sup> - قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 صادر في 23-04-2008، نص المادتين 41 و 42.

## إشكالية الإختلاف حول ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق

MOURI Sofiane,  
Maitre assistant classe "B"  
Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques Université A. Mira 06000  
Bejaia –Algérie.

موري سفيان، أستاذ مساعد قسم "ب"  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة عبد الرحمان ميرة، 06000  
بجاية، الجزائر .

### مقدمة

إنّ جوهر مشكلة تنازع القوانين هو تزامم قانونين أو أكثر لدولتين أو أكثر، بشأن حكم علاقات قانونية ذات عنصر أجنبي على أنه يشترط أن تكون تلك القوانين المتزاممة متعارضة أي مختلفة في أحكامها، والا لا تصبح هناك أية فائدة للمفاضلة بينهما، واختيار أحدهما، ما دام أن تطبيق أي منهما يؤدي لنفس النتيجة أي سيؤدي إليها الآخر، ويكتسي تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية<sup>(1)</sup> أهمية بالغة نظرا لارتباط الأحوال الشخصية بمفاهيم اجتماعية، أخلاقية وغالبا دينية خاصة في الدول العربية<sup>(2)</sup>، إضافة على ذلك، فإن أغلب القواعد التي تنظم المواضيع الأسرية هي قواعد أمرّة.

إذا كان الأصل في قواعد الاسناد أنها مزدوجة، قد تشير إما بتطبيق القانون الوطني (قانون القاضي)، وإما بتطبيق القانون الأجنبي، إلا أنه ومن خلال تفحص قواعد الاسناد الجزائرية والوقوف بين ثناياها نجد أن المشرع الجزائري قد عطّل اعمالها بهذه الكيفية في حالات محددة، حيث تخلى عن منح التنازع، وأقرّ بتطبيق القانون الجزائري وحده وذلك في مسائل محددة ولاعتبارات خاصة<sup>(3)</sup>. ويعتبر ضابط الاسناد المؤشر الذي يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق؛ إذ بواسطته يتحدد الاختصاص لقانون معين. وبالتالي يمثل الصلة أو الرابطة التي تربط موضوع الاسناد بالقانون المسند إليه، ولكن تختلف الدول فيما بينها في اناطة الأحوال الشخصية، فبعضها ينيطها بقانون الجنسية (ضابط الجنسية)، وبعضها الآخر يسندها لقانون الموطن (ضابط الموطن)، هذا الاختلاف بين

ضابط الجنسية وضابط الموطن لحل منازعات الأحوال الشخصية (لأسباب ومبررات تتعلق بمصلحة الأفراد) ما دفع بنا إلى طرح إشكالية جوهرها، بما أن الدول تختلف في اختيار ضابط الاسناد الذي على أساسه تحل منازعات الأحوال الشخصية، فأى من الضوابط أفضل لمعالجة مشاكل الأحوال الشخصية ومدى إمكانية تحقيق التوفيق بينهما؟ وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذه المداخلة إلى قسمين، تناول في الشق الأول المفاضلة بين ضابط الجنسية وضابط الموطن في مجال الأحوال الشخصية، أما في الشق الثاني فسنعرضه إلى مدى إمكانية تحقيق التوفيق بين الضابطين في حل منازعات الأحوال الشخصية.

### أولاً: المفاضلة بين ضابط الجنسية وضابط الموطن في مجال الأحوال الشخصية

نظراً لخصوصية مسائل الأحوال الشخصية لما تتميز به من طابع ديني في أغلبية الدول، فمن المعلوم أن هذه الدول تختلف في ضابط الاسناد وفي القانون الواجب التطبيق في مجال الأحوال الشخصية وذلك لاعتبارات عديدة، فمن الدول من تأخذ بضابط الجنسية (كالمشرع الجزائري وغالبية الدول العربية) ومنها من تأخذ بضابط الموطن (كالدول الانجلوسكسونية كبريطانيا).

### أ- مبررات المفاضلة بين ضابط الجنسية وضابط الموطن في مجال الأحوال الشخصية

إنّ اختيار ضابط اسناد لكل فئة قانونية سواء كان ضابط اسناد واحد أو متعدد أو حتى اختياري بحسب الأحوال، يحكمه عدة اعتبارات مختلفة، ففي مسائل حالة الشخص المدنية وأهليته (زواج، طلاق، نسب، أهليته..) يجب أن لا تتغير باستمرار فلا يعقل إذن أن يكون الشخص في دولة أهلاً لمباشرة حقوقه وفي دولة أخرى قاصراً، وأن يُعد في دولة متزوجاً وفي أخرى مطلقاً، هذا الثبات والاستقرار في حالة الشخص هو الذي نبه إليه الفقيه الفرنسي Pillet حينما ميّز بين صفتي الديمومة والعمومية، والذي يحقق هذه الديمومة هما ضابطي موطن الشخص وجنسيته<sup>(4)</sup>.

## مبررات الأخذ بضابط الجنسية في مجال الأحوال الشخصية

تبرر الدول التي تأخذ بضابط الجنسية وجهة نظرها بالحجج الأتية:

- ضرورة استقرار الأحوال الشخصية وثباتها، فيما أن الجنسية ثابتة ومستقرة، فإن القانون الذي يرتبط بها يكون أثبت وأصلح لحكم الأحوال الشخصية<sup>(5)</sup>.

- تضع الدولة قوانين الأحوال الشخصية لرعاياها دون سواهم من الأجانب، ويجب أن تتبع هذه القوانين رعاياها أينما انتقلوا، وهي لا تتبعهم خارج الدولة إلا إذا ارتبطت بجنسيتهم<sup>(6)</sup>.

- الأخذ بقانون الجنسية يغرس في نفوس رعايا الدولة التي يتبعونها بجنسيتهم الشعور بقوميتهم ويجعلهم يتعلقون بوطنهم الذي يحملون قانونه أينما ذهبوا.

- كل دولة تهتم برعاياها في الخارج وتعني بحماية حقوقهم بواسطة سفاراتها وقنصلياتها، ومن حق هؤلاء الرعايا الذين يحملون معهم قانون جنسيتهم أن يرجعوا في كل تصرفاتهم إلى سفارات دولتهم وقنصلياتها لتدافع عن حقوقهم وتحميمهم<sup>(7)</sup>.

وقد أخذ القانون المدني الفرنسي بقانون الجنسية<sup>(8)</sup> كما أخذ به أيضا القانون المدني الجزائري وأخذت به أغلب الدول العربية والدول الأوروبية.

### 1- مبررات الأخذ بضابط الموطن في مجال الأحوال الشخصية

أما أنصار قانون الموطن فيستندون إلى الحجج الأتية:

- من السهل توحيد موطن الأسرة إذا اختلفت جنسية الزوجين، ولكن من الصعب توحيد جنسية الأسرة، إذ أن موطن الزوجة والأولاد القصر هو موطن الزوج أو الأب، في حين أن جنسيته قد لا تكون هي جنسيتهم.

- قانون الموطن هو الواجب التطبيق حينما يكون هناك شخص بلا جنسية وهو ما يحدث كثيرا<sup>(9)</sup>.

- قانون الموطن أصلح من قانون الجنسية بالنسبة للمهاجرين الذين توطنوا في اقليم آخر، إذ يكون من مصلحتهم أن يسري عليهم قانون الموطن الذي يعرفونه دون جنسيتهم وربما كانوا يجهلونه ببعدهم عن اقليم دولتهم<sup>(10)</sup>.
- من مصلحة القاضي أن يطبق قانونه الذي يعرفه حق المعرفة بدلا من أن يبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لا سيما وقد يكون الأجانب من دول مختلفة وعديدة فيجب على القاضي أن يرجع إلى قانون كل منهم وفي ذلك صعوبة معتبرة.
- لو طبق مثلا في دولة يكثر فيها الأجانب كولايات المتحدة الأمريكية، قانون جنسيتهم لضاق مجال تطبيق القانون الوطني إلى حد كبير، وفي ذلك اهدار لسيادة الدولة وسيادة قانونها.
- يرتبط الشخص بموطنه الذي يعيش فيه ومصلحه مرتبطة بموطنه أكثر من جنسيته،

le domicile doit présenter certains caractères d'ordre matériel et psychologique, telle que la volonté de s'installer durablement dans un lieu donné<sup>(11)</sup>.

وفي الحقيقة أن اختيار قانون الجنسية أو قانون الموطن مسألة نسبية يتوقف حلها على ظروف كل دولة ولا يكمن مطلقا أن يعمم الحكم كقاعدة عامة تسري على الدول.

ب- مدى تكريس المشرع الجزائري لضابط الجنسية في مجال الأحوال الشخصية تبرز أهمية تحديد مجال الأحوال الشخصية<sup>(12)</sup> في القانون الدولي الخاص، في معرفة القانون الواجب التطبيق. فمسائل الأحوال الشخصية تخضع للقانون الشخصي للفرد الذي قد يكون قانون جنسية الفرد أو قانون موطنه.

وبالنسبة للجزائر يعتبر من الأحوال الشخصية جميع المسائل المنصوص عليها في قانون الأسرة والمتمثلة في الحالة والأهلية العامة، حماية ناقصي الأهلية، الزواج، الطلاق، اثبات النسب...إلخ، وكل هذه المواضيع تكون خاضعة للقانون الشخصي للفرد وهو قانون الجنسية، حيث أن الجزائر على غرار الدول العربية واللاتينية تأخذ بضابط الجنسية بخلاف دول أخرى كالولايات المتحدة الأمريكية، إنجلترا، أستراليا التي تأخذ بضابط الموطن<sup>(13)</sup>.

## 1- تكريس المشرع الجزائري لضوابط الجنسية كأصل في مجال الأحوال الشخصية

إن موضوع الأحوال الشخصية من أكثر المواضيع التي يثار بشأنها منازعات في إطار تنازع القوانين، وهذا يرجع إلى اختلاف الأنظمة القانونية واختلاف التشريعات والشرائع والأديان مما يترتب عليه اختلاف الحلول المطبقة على منازعات الأحوال الشخصية، وبما أن المرأة هي المحور الأساسي في العلاقة الزوجية هذا يعني أن حقوقها ستتأثر بهذا التنظيم.

ولقد اختار المشرع الجزائري ضابط الجنسية لحل المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بصفة أساسية، وعن سبب اختيار المشرع الجزائري لهذا الضابط فمن أجل تطبيق القانون الجزائري على الجزائريين والجزائريات أينما حلوا أو ارتحلوا، وعلى أساس أنه القانون الأفضل والأكثر عدالة والذي يحمي مصالح الجزائريين<sup>(14)</sup>.

بالرجوع إلى قواعد التنازع الجزائرية نجد أن مواضيع الأحوال الشخصية تم اسنادها لضابط الجنسية وبالتالي تم تكريس هذا الضابط لحل مشاكل الأحوال الشخصية وفق التفصيل التالي:

- الأهلية والتي تعتبر من أهم مسائل الأحوال الشخصية، لذلك فقد عكف المشرع الجزائري وعلى غرار غالبية التشريعات العربية واللاتينية على إخضاعها لقانون الجنسية<sup>(15)</sup>، وهذا ما تطرقت إليه المادة 1/10 ق.م.ج بنصها: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم..."

- تطبيق قانون الجنسية لكل من الزوجين على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج<sup>(16)</sup>.

- تطبيق قانون جنسية الزوج وفقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج، وتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فيما يخص انحلال الزواج والانفصال الجسماني<sup>(17)</sup>.

- من المعلوم أن النسب من مسائل الأحوال الشخصية، أحاطها المشرع بضابط الجنسية حتى تكون هي الواجبة التطبيق على الأطراف أينما كانت محل اقامتهم<sup>(18)</sup>،

فيسري على النسب والاعتراف بهو انكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة<sup>(19)</sup>.

- تنص المادة 13 مكرر 1 على أنه: " يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من

الكفيل والمكفول وقت اجراءها، ويسري على أثارها قانون جنسية الكفيل.

وتطبق نفس الأحكام على التبني". يتضح أن المشرع الجزائري لم يضع نص خاص

بالتبني إذا حدد القانون الواجب التطبيق على الكفالة ثم نص على تطبيق نفس الأحكام التي تخضع لها الكفالة على التبني<sup>(20)</sup>.

- وبما أن معظم الدول التشريعات العربية - ومن بينها التشريع الجزائري - قد

أدرجت الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة ضمن فئة الأحوال الشخصية واخضاعها

بالتالي لضابط الجنسية<sup>(21)</sup>، في هذا نصت المادة 16 من ق.م.ج على اعمال هذا

الضابط<sup>(22)</sup>، فتطبيق قانون الجنسية يحقق وحد القانون المطبق على التركة.

## 2- موقف المشرع الجزائري من ضابط الموطن في مجال الأحوال الشخصية

إنّ في حالة انعدام الجنسية أو ما يسمى apatriide وهو الشخص الذي ليس له

جنسية، أي لا ينتمي إلى دولة معينة، وهي ظاهرة كثيرة الحدوث، فقد يولد طفل في اقليم

دولة تقيم جنسيتها على أساس حق الدم في حين تأخذ دولة أبيه بحق الاقليم، فلا تكون

له جنسية الدولة التي ولد في اقليمها ولا جنسية دولة أبيه. وقد يتزوج شخص بأجنبية

ويحول قانون دولته دون دخولها في جنسيته بينما يرتب قانون دولتها فقد جنسيتها على اثر

زواجها بأجنبي. إلى جانب ذلك هناك دول كثيرة تقضي بإسقاط جنسيتها عن شخص ترى

أنه غير جدير بها. ففي هذه الأمثلة يصبح الشخص عديم الجنسية، وهو نفس الشيء

نجده اليوم عند اللاجئين الذي أخرجوا من أوطانهم على اثر العدوان والحروب التي تطال

دولتهم.

مثل هذا الشخص يفقد حقوقه الوطنية والسياسية، وقد يتطلب الأمر تطبيق

قانون جنسية ما على أحواله الشخصية فماذا يكون الحل؟ ترى أغلبية الفقه والقضاء أن

يطبق عليه قانون الموطن<sup>(23)</sup> وقد لا يكون له موطن، فيطبق قانون المحل الذي يقيم

فيه<sup>(24)</sup>.

نفس المنهج سرى عليه المشرع الجزائري في المادة 3/22 من ق.م.ج التي نص: "...وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة". يلاحظ أن المشرع الجزائري اعترف بضابط الموطن في حالة واحدة هي حالة عدم تمتع الشخص بجنسية معينة فيطبق القاضي قانون موطن ذلك الشخص.

ثانيا: مدى إمكانية تحقيق التوفيق بين ضابط الجنسية وضابط الموطن في مجال الأحوال الشخصية

هناك اختلاف<sup>(25)</sup> تشريعي وفقهي حول تحديد القانون الشخصي، فهناك جانب يقوم بتحديدده استنادا إلى معيار الموطن أو محل الإقامة، معتمدا في ذلك على عدة اعتبارات أهمها أن الشخص يرتبط بالمحيط الذي يقيم فيه ويتفاعل معه عمليا؛ حيث يؤسس مركز مصالحه ويعيش بصورة اعتيادية ويوطد علاقاته الاجتماعية والعائلية، ويكون ارتباطه هذا أكثر وأهم من ارتباطه بقانون جنسيته. بخلاف ما ذهب إليه الاتجاه الأول، رأى بعض الفقهاء مثل « De Martens » بوجوب تحديد القانون الشخصي بقانون جنسيته أي قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها، على أساس أنه القانون الذي يرتبط به الشخص أكثر من غيره لأنه يعكس تقاليد أمته وأعرافها، ويضمن استقرار أحوالها الشخصية<sup>(26)</sup>. من خلال ما تقدم يتبين لنا أهمية كلا من الضابطين في حل مشاكل الأحوال الشخصية، وهو ما يتحتم التوفيق بين هذين الضابطين.

أ- الإشكالات التي يثيرها ضابط الجنسية في الأحوال الشخصية على ضوء قواعد الإسناد الجزائرية

إنّ الجنسية هي تلك العلاقة التي تربط الفرد بدولة معينة، أو هي الأداة لحل مشاكل تنازع القوانين، لأنها ضابط الاسناد الذي يتحدد بواسطته القانون الواجب التطبيق على جميع علاقات الأحوال الشخصية<sup>(27)</sup>.

وفي حقيقة الأمر أنّ تطبيق قانون الجنسية لا يعني حل للنزاع وتطبيق القانون المختص، بل بالعكس قد يحدث أن يعترض قانون الجنسية صعوبات عدمه نجمها فيما يلي:



## 1- الإشكالات التي يثيرها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في انحلال الرابطة الزوجية

لقد أسند القانون الجزائري مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج، والتطليق، وسوى المشرع في انحلال الزواج بين الطلاق والتطليق الذي يتم بناء على طلب الزوجة. ويرى البعض في هذا الصدد، أنّ المشرع باسناده الطلاق إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يكون قد رفض الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية؛ بحيث لا يكمن الاعتداد بالطلاق الصادر عن الزوج بإرادته المنفردة إلاّ عن طريق حكم صادر عن المحكمة.

ووّحد المشرع الجزائري ضابط الاسناد الخاص بانحلال الزواج خلافا للقوانين العربية، ففي مصر على سبيل المثال، هناك فرق بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج التي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت صدور الطلاق، وباقي الطرق الأخرى لإنهاء الرابطة الزوجية التي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى<sup>(28)</sup>

ويثير هذا الضابط (جنسية الزوج وقت رفع الدعوى) عدة اشكالات قانونية وهو ما يؤثر سلبا على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، ويمكن حصرها فيما يلي:

- الاخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، هذه المساواة المكرسة دستوريا<sup>(29)</sup>، وإعطاء الأفضلية لجنسية الزوج على جنسية الزوجة في المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري، هذا إ، دل على شيء، إنما يدل على عدم تكريس المشرع لمبدأ المساواة<sup>(30)</sup>. إنّ اخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنفك وتنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة، وليس بإمكانها معرفة هذا القانون وقت انعقاد الزواج وهذا ما يؤدي إلى مفاجأة الزوجة وتبأثر مركز المرأة فيكون أكثر اضرارا بمصالحها<sup>(31)</sup>.

- كذلك ينجر على اعمال ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، خضوع انحلال الزواج لقانون قد لا يكون معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج ولم يكن داخلا في توقعات أي منهما، فقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج وتكتسب جنسية جديدة ويسمح له

القانون الجديد بحل الرابطة الزوجية في حين أن قانون الجنسية الذي كان يتمتع به وقت انعقاد الزواج كان لا يسمح بحل الرابطة الزوجية<sup>(32)</sup>.

2- الإشكالات التي يطرحها ضابط الجنسية في الميراث وسائر التصرفات النافذة بعد

### الوفاة

إنّ المشرع الجزائري، وعلى غرار أغلبية التشريعات اعتبر الموارث وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة من مسائل الأحوال الشخصية، وتم اسنادها حسب المادة 16 من القانون المدني الجزائري لقانون جنسية المورث أو الموصي أو المتصرف وقت موته، لكن الاشكال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد يتمحور حول مدى اختصاص هذا القانون خاصة وأن الأمر يتعلق بمزيج من المسائل المرتبطة بالشخص ارتباطا وثيقا، ومسائل أخرى ذات صلة بالأموال محل الارث، أو أحد التصرفات النافذة بعد الوفاة، فهناك مسائل يمكن ادراجها تحت ولاية قانون الجنسية كالمسائل المتعلقة بالميراث ( أركان الإرث أسباب الارث...) والمسائل المتعلقة بالوصية وسائر التصرفات النافذة بعد الوفاة (كمدى حرية الموصي في الإيحاء، آثار الوصية...)، لكن هناك مسائل مستبعدة من مجال اعمال ضابط الجنسية ويسحب الاختصاص من قانون جنسية المورث أو الموصي وقت الوفاة، ويمنح لقوانين أخرى أكثر تلاؤما لحكم بعض المسائل الخاصة بالنزاعات الإرثية والايصائية ذات العنصر الأجنبي، كتدخل قانون موقع المال وتدخل القانون الشخصي للورثة أو الموصي لهم، وتدخل قانون القاضي كذلك<sup>(33)</sup>.

### ب-الأخذ بضابط الموطن: هو تحقيق للعدالة

لقد اعتمد المشرع الجزائري في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية على ضابط الجنسية، أين فضلّ ضابط الجنسية على ضابط الموطن، وهو ما بينته قواعد الاسناد من المادة 10 إلى المادة 16 من القانون المدني الجزائري، فمثلا في انحلال الرابطة الزوجية لم يعتمد المشرع الجزائري على ضابط الموطن سواء كحل آخر ملائم مثلما ذهب إليه المشرع الفرنسي، أو كحل احتياطي مثل القانون التونسي<sup>(34)</sup>.

لقد بين المشرع الجزائري أن منازعات الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم تخضع لقانون جنسيتهم، هذا يعني أن الحالة الشخصية للجزائرية تخضع كذلك لقانون جنسيتها أي القانون الجزائري<sup>(35)</sup>.

فحسب قواعد الإسناد الجزائرية فمنازعات الحالة الشخصية للجزائرية تخضع للقانون الجزائري سواء كانت موجودة في الجزائر أو خارجها، ما دام أن الدعوى رفعت أمام القاضي الجزائري، حيث يُطبَّق القانون الجزائري الذي يرى فيه المشرع عدلًا وأنسب القوانين والذي يحقق مصلحة الزوجة الجزائرية.

فإذ ثار نزاع أمام القاضي الجزائري حول الحالة الشخصية أو أهلية امرأة جزائرية موجودة في بريطانيا، فسيطبق القاضي القانون الجزائري سواء كان لمصلحة الزوجة الجزائرية أو ضدها<sup>(36)</sup>.

وفي الأحوال التي يعطي القانون البريطاني (بوصفه قانون الموطن) للزوجة الجزائرية حقوقاً أكثر من القانون الجزائري، عندها يمكن أن نتساءل أليس ضابط الموطن أفضل للمرأة الجزائرية من القانون الجزائري، والقول بغير هذا يعني عزوف هذه الزوجة عن اللجوء إلى القضاء الجزائري ولجوءها دون تردد إلى القضاء البريطاني والذي يطبق قانون الموطن، مما يعني إفراغ ضابط الجنسية من محتواه وأهدافه، لذا من الأفضل أن يراعي القانون الجزائري مصلحة الزوجة الجزائرية، وذلك بتبني أكثر من ضابط إسناد ويكون مقر أو موطن الزوجة إحدى هذه الضوابط.

وفي الأحوال التي تعتمد الزوجة الجزائرية تبديل ضابط الإسناد من الجنسية إلى الموطن في إطار بحثها عن تحقيق مصالحها، سيعتبر هذا التصرف تحايلاً على القانون الجزائري مما يؤدي إلى عدم اعتراف القانون الجزائري بالقانون الأجنبي ولا بحكمه، لذا فالأفضل أن يكون لدينا أكثر من ضابط للإسناد يختار القاضي أنسبها حسب النزاع المعروض عليه.

إن تطبيق قانون الموطن قد يكون أكثر عدالة للزوجة الجزائرية خاصة إذا ما بنت تعاملاتها على أساس قانون الموطن فاكتسبت حقوقاً وتحملت التزامات، فالمشرع عندما يضع القواعد القانونية يضعها بشكل عام ومجرد يرى من خلالها تحقيق مصالح الأفراد

دون أن يحقق مصلحة شخص بعينها(مصلحة الزوجة الجزائرية في الخارج عندما يكون قانون الموطن أفضل لها)، أي أن المشرع اعتبر أن تطبيق قانون الجنسية أفضل لعموم الجزائريين والجزائريات مع علمه بعدم انطباق هذا الوصف على جميعهم<sup>(37)</sup>. كما يلعب ضابط الموطن دور هام في حل مشاكل الأحوال الشخصية عندما يكون الشخص عديم الجنسية<sup>(38)</sup>.

### خاتمة

لقد كرس المشرع الجزائري ضابط الجنسية في معالجته لمنازعات الأحوال الشخصية من أجل الحفاظ على علاقة الجزائريين مع دولتهم وقانونهم، وعلى أساس أن القانون الجزائري هو أفضل القوانين التي تحقق رغباتهم، ويظل قانون الجنسية القانون الذي يتمتع بالاستقرار نظرا لخصوصيات مواضيع الأحوال الشخصية، ولكن المشرع الجزائري فضّل قانون جنسية الزوج على قانون جنسية الزوجة وأهمل بذلك وضعية الزوجة الجزائرية، هذا ما دفع بنا إلى القول أن ضابط الجنسية لم يحقق العدالة والمساواة بين الزوج والزوجة، نفس الشيء فيما يخص المغتربين الذين يتوطنون ويعيشون طوال حياتهم خارج الجزائر ويُجرون تصرفاتهم على أساس قانون موطنهم، وبالتالي قانون الموطن يكون الأفضل لاستجابته لمصالحهم، وندعو في الأخير المشرع الجزائري لتبني ضابط الموطن كحل آخر أو كحل احتياطي في مختلف مواضيع الأحوال الشخصية.

### الهوامش

<sup>1</sup> - إن مصطلح الأحوال الشخصية هو تعريب لعبارة statut personnel أي القانون الذي يتبع الشخص، ويعتبر القانون المدني الفرنسي أول من نص على إخضاع حالة الشخص وأهليته إلى قانون الجنسية، بعدما كان سائدا من قبل إسنادها لقانون الموطن في جميع الدول الأوروبية، ولقد كان مبتغى الفرنسيين من ذلك هو احلال قانونهم الموحّد محل القوانين الإقليمية المتعددة، ولم يكونوا يضمنون أنهم يأتون بمذهب جديد سرعان ما انتشر في كافة أوروبا، كما تأثرت به القوانين العربية جميعا، للمزيد من المعلومات حول هذه المسألة:

- موشعال فاطيمة، دور الجنسية في محل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 8.

<sup>2</sup> - هناك اختلاف شاسع في المفاهيم القانونية بين الدول العربية والدول الغربية في الشؤون الأسرية فإنه غالبا ما يُحوّل النظام العام في هذه الدول دون تطبيق القوانين الأجنبية المختصة. ففي الدول العربية تعتبر الشريعة العامة مصدرا هاما من مصادر القانون وبشكل أخص في مواضيع الأسرة مما ترتب تدخل النظام العام، وعلى

العكس فإن كثيرا من الأحكام القانونية التي تعتبر من النظام العام في الدول العربية تصطدم بشكل صارخ والمبادئ المكرسة في الدول الغربية، مما يؤدي إلى استبعاد تطبيق القوانين العربية لتعارضها مع النظام العام في هذه الدول ومن ذلك تعدد الزوجات وكذلك الطلاق بالإزادة المنفردة، أنظر:

- زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 6.

<sup>3</sup> - المادة 13 من القانون المدني الجزائري المنشور في موقع [www.jordp.dz](http://www.jordp.dz) هي أحسن مثال على اختيار المشرع الجزائري تطبيق القانون الجزائري وحده وبالتالي اعتبارها قاعدة اسناد فردية.

<sup>4</sup> - دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010، ص 65.

<sup>5</sup> - علي علي سليمان، محاضرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 57.

<sup>6</sup> - la loi nationale est mieux adaptée au tempérament des individus, c'était l'argument essentiel de la théorie personnaliste de MANCINI, cet argument est loin d'être dépassé. Pour plus d'informations voir :

- MONEGER François, droit international privé, 3em édition, LITEC, Paris, 2005, p 80.

<sup>7</sup> - أنظر: أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، ص 294، (مقال غير منشور)

<sup>8</sup> - Traditionnellement, on indique que le statut personnel relève de la loi nationale ou personnelle de l'individu. C'est ce qu'on a déduit de l'article 3 al. 3 du code civil, qui dispose que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étranger ». la règle vaut à l'égard des français comme l'indique l'article 3, mais aussi à l'égard des étrangers, puisque la jurisprudence a bilatéralisé l'article 3.

- voir : MELIN François, droit international privé, conflits de juridictions, conflit de lois, CASBAH éditions, Alger, 2004, p 139.

<sup>9</sup> - علي علي سليمان، نفس المرجع، ص 58.

<sup>10</sup> - la permanence et la stabilité de la loi nationale peuvent en effet conduire dans un pays d'immigration comme la France, à l'application d'une multitude de lois étrangères différentes selon l'origine des individus, et à l'impossibilité pour eux de s'intégrer dans le milieu français, puisqu'ils continuent à être régis par leur loi nationale, voir :

- MONEGER François, Op.cit. p 80.

<sup>11</sup> - MONEGER François, idem, p 80.

<sup>12</sup> - مصطلح الأحوال الشخصية يمثل المسائل المتعلقة بالأشخاص والخاضعة للقانون الشخصي للفرد، وتجدر الإشارة أن هذا المصطلح أوسع من مصطلح شؤون الأسرة فهو يمثل إضافة إلى النظام الأسري الأهلية ونظم حماية غير كامل الأهلية ، كما تظم الأحوال الشخصية في بعض الدول كإيطاليا والجزائر، الموارث وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

<sup>13</sup> - زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 46.

- <sup>14</sup> - أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، والي جمال، عدالة ضابط الجنسية في تحقيق مصلحة الزوجة الجزائرية، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي، كلية الحقوق، جامعة الأغواط، أيام 08.09.10 أبريل 2007، (مقال غير منشور).
- <sup>15</sup> - زيدون بخته، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 10.
- <sup>16</sup> - أنظر المادة 11 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
- <sup>17</sup> - أنظر المادة 12 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
- <sup>18</sup> - يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 16.
- <sup>19</sup> - المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
- <sup>20</sup> - أيت منصور كمال، " إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 02، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2010، ص 151.
- <sup>21</sup> - شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 16.
- <sup>22</sup> - أنظر المادة 16 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
- 23-L'application de la loi du domicile, en cas d'absence de nationalité voir : DERRUPPE Jean, droit international privé, 13em édition, DALLOZ, Paris, 1999, p 99.
- 24- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 192 .
- <sup>25</sup> - لقد اختلفت التشريعات منذ القدم بشأن اخضاع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية أو لقانون الموطن، ففي ظل القانون الروماني كان الموطن يتنازع حكم الأحوال الشخصية إلى جانب قانون الجنسية وحيداً "ديمولان" قانون الموطن، بينما نص "دراجنتريه" في المجموعة الفرنسية لعام 1804 صراحة على تطبيق قانون الجنسية، أما "سافيني" كان على رأس مؤيدي قانون الموطن في ألمانيا. أنظر شبورو نورية، المرجع السابق، ص 33.
- <sup>26</sup> - نفس المرجع، ص 34.
- <sup>27</sup> - « la notion de la nationalité se trouve au point d'insertion de l'ordre interne dans l'ordre international » voir : BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, traité de droit international privé, tome I, 8em édition, L.G.D.J, Paris, 1993, p 93.
- <sup>28</sup> - درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله - دراسة مقارنة - مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 52.
- <sup>29</sup> - أنظر المادة 29 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 76 مؤرخ في 8 ديسمبر 1996.
- <sup>30</sup> - أيت منصور كمال، المرجع السابق، ص 148.

- <sup>31</sup> - يجب فقط الإشارة بأن القانون الجزائري هو الذي يسري وحده على انحلال الزواج في حالة ما إذا كان أحد الأطراف جزائريا وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري.
- <sup>32</sup> - درية أمين، نفس المرجع، ص 54.
- <sup>33</sup> - شبورو نورية، المرجع السابق، ص ص 64-72.
- <sup>34</sup> - أيت منصور كمال، المرجع السابق، ص 146.
- <sup>35</sup> - راجع المادة 10 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
- <sup>36</sup> - أن قانون الموطن أفضل للزوجة الجزائرية المتوطنة بالخارج، لأن علاقتها بالبلاد المتوطنة فيها تكون قوية، وأنه الحل في حال تعدد جنسيات أفراد الأسرة الواحدة، والتعرف على قانون الموطن هو أمر سهل على الجزائرية المتوطنة في الخارج، كما أن ضابط الموطن يُسهّل عمل القاضي إذا ما كان الأطراف متواجدين في هذا البلد أي متوطنين فيه، هذه هي الحجج التي تبناها أنصار قانون الموطن. يفهم مما سبق أن هذا الضابط يراعي وضعيات الأجانب المتوطنين خارج بلدانهم، فقد يكون من مصلحة هذه الدول تبني ضابط الموطن لأنه يهدف لإخضاع الأجانب -وهم كثيرون- إلى قانون الدولة التي يعيشون فيها، مما يعني توحيد القانون المطبق على كل الموجودين على الإقليم من المواطنين والأجانب.
- <sup>37</sup> - أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، والي جمال، المرجع السابق، (مقال غير منشور).
- <sup>38</sup> - أنظر المادة 3/22 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

## الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية

Dr HOCINE Nouara  
Maitre de conférences (B)  
Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques, Université de Mouloud  
MAAMRI-Tizi Ouazou, Algerie.

د.حسين نوار، أستاذة محاضرة "ب"،  
كلية الحقوق والعلوم السياسية،  
جامعة مولود معمري، تيزي وزو،  
الجزائر.

### مقدمة

تعتبر مواضيع الأحوال الشخصية من أكثر المواضيع التي يثار بشأنها منازعات في إطار تنازع القوانين<sup>(1)</sup>، وهذا يرجع إلى اختلاف الأنظمة القانونية واختلاف التشريعات والشرائع والأديان التي تحكمها، بل و اختلاف الحلول المطبقة على منازعات الأحوال الشخصية بصفة عامة، بسبب اختلاف ضوابط الإسناد التي تحدد القوانين المسند إليهما. بالنسبة للتشريع الجزائري اختار المشرع ضابط الجنسية لحل المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بصفة أساسية. وقد فضل الجنسية كضابط للإسناد من أجل تطبيق القانون الجزائري على الجزائريين والجزائريات أينما كانوا، على اعتبار أنه القانون الأفضل والأكثر عدالة، يحمي مصالح الجزائريين و يحفظ لهم حقوقهم. فالأصل أن علاقات الأحوال الشخصية تخضع لقانون الجنسية لمبررات كثيرة منها أن قانون الجنسية هو قانون الوسط الاجتماعي للشخص، يعكس أخلاقه وعاداته وثقافته وقيمه، وهو الأقرب له من أي قانون آخر، فضلا عن ذلك إن حالة الشخص لا تتغير باختلاف مكان إقامته وموطنه، لأن قانون الجنسية يحكم أحواله الشخصية في داخل الدولة وخارجها لصفة الاستمرار التي يتصف بها قانون الجنسية<sup>(2)</sup>، والتي تغلب على صفة العموم مما يجعله قانون متحرك مع الشخص يخضع له بالنسبة لعلاقات أحواله الشخصية، إضافة إلى أن الجنسية رابطة تمتاز بالاستقرار من خلال صعوبة تغييرها لأنها تحتاج إلى إجراءات فنية



وسهولة إثباتها لأنها تقوم على وثائق مادية، في حين الموطن يسهل تغييره بمجرد تغيير الإقامة كما يصعب إثباته، وللاعتبارات كثيرة أخرى يرجح اعتماد قانون الجنسية بوصفه القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية كالأهلية والزواج و الطلاق... وغيرها.

لكن رغم كل هذه المبررات القوية التي تجعل اعتماد معيار الجنسية أفضل من غيره، إلا أنه من حيث التطبيق يثير بعض الإشكالات القانونية و يواجه بعض الصعوبات، فقاضي النزاع قد يواجه في ظل تطبيقه بعض الصعوبات التي تتعلق بضابط الجنسية في حد ذاته لا بالقانون المسند إليه الاختصاص، وهي تتمثل بتعدد الجنسية وانعدامها وتغيرها. وهي حالات وضع لها الفقه ومن ثم التشريع حلولاً، وإشكالات أخرى تتعلق بالقانون المسند إليه لاسيما بالنسبة لمدى ملامته من حيث التطبيق على المرأة الجزائرية.

كلها مسائل نتناولها في هذه المداخلة من خلال طرح التساؤل حول الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية كضابط في مسائل الأحوال الشخصية ؟

**المبحث الأول: مفهوم التنازع في مسائل الأحوال الشخصية و ارتباطه بالجنسية كضابط للإسناد**

تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة معينة بخصوص مسألة من مسائل الأحوال الشخصية والتي تشمل على عنصر أجنبي، من المسائل التي أثارت جدلاً واسعاً في فقه القانون الدولي الخاص، خاصة بسبب كون معظم الدول قد تبنت في إطار قواعد التنازع ضوابط مختلفة للإسناد مما قد يهدر حقوق المتنازعين<sup>(3)</sup>. فقواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية تتكون من ثلاثة عناصر هي فكرة الإسناد و ضابط الإسناد و القانون المسند إليه. و عموماً فكرة الإسناد هي العلاقة أو المسألة موضوع التنازع التي يكشف عن طبيعتها من خلال آلية التكييف الذي يصنف العلاقات على شكل أفكار مسندة تتمثل بالأهلية و الزواج و الطلاق و النفقة و الميراث و الوصية و النسب... وغيرها، أما ضابط الإسناد فهو الوسيلة التي تصل فكرة الإسناد

بالقانون المسند إليه بحيث يستمد وجوده و طبيعته من مركز ثقل العلاقة محل التنازع، لكن بما أن العلاقة تتكون من ثلاثة عناصر وهي الأشخاص - الموضوع - و السبب فإن مركزها يرتبط بإحداها. فإذا كان مركزها العنصر الأول فإن الضابط ستكون طبيعته شخصية أي تستمد من الشخص فيظهر الضابط بمظهر الجنسية أو الموطن حسب الدولة فتعتبر العلاقة من مسائل الأحوال الشخصية السابق الإشارة إليها، أما إذا كان مركز ثقل العلاقة هو العنصر الثاني فإن الضابط ستكون طبيعته إقليمي مستمدة من الإقليم فيظهر الضابط بمظهر موقع المال أو محل إبرام التصرف أو تنفيذه حسب الدولة وتعتبر العلاقة من مسائل الأحوال العينية، أما إذا كان مركز ثقل العلاقة هو العنصر الثالث فإن الضابط ستكون طبيعته متعددة الأوصاف مستمد من العقد كإرادة طرفيه أو مكان إبرامه، كما يمكن أن يظهر الضابط بمظهر المكان الذي تركزت فيه العلاقة كالفاعل الضار أو النافع أي مكان وقوع الفعل .

و من أجل تحديد المفهوم القانوني للتنازع في مسائل الأحوال الشخصية و تحديد مدى ارتباطه بالجنسية كضابط للإسناد، نتطرق لمفهوم الأحوال الشخصية ومضمونها، و لتطبيقات ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية ؟

#### أولاً : مفهوم الأحوال الشخصية و مضمونها

إن مصطلح الأحوال الشخصية ابتدعه لأول مرة الفقه القانوني الإيطالي في القرنين 12 و 13 ليواجه به مشكلة تنازع القوانين بين النظام القانوني العام للدولة أي القانون الروماني و النظام المحلي لكل مدينة ايطالية. بحيث قسم الأحوال إلى قسمين الأول سماه الأحوال الشخصية و الثاني قسم الأموال، و استمر الأمر كذلك بحيث قسمت قواعد القانون المدني المقارن إلى قسمين الأول يهتم بالأحوال العينية و العلاقات المالية و الأموال و قسم آخر بالأحوال الشخصية<sup>(4)</sup>.

فيرى الفقه الفرنسي أن مسائل الأحوال الشخصية تشمل كل ما يتعلق بحالة الشخص العائلية و أهليته، أما الفقه المصري يرى أن تحديد مسائل الأحوال الشخصية ينتهي إلى نتائج تقريبية بحيث لا توجد تفرقة حاسمة في المعاملات بين المسائل الشخصية والمالية

لأن بعض المسائل لها طابع مزدوج مثل الميراث، فيأخذ بذلك اتجاه أن الأحوال الشخصية على العموم تتمحور حول الحالة الشخصية<sup>(5)</sup>.

و على العموم بالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية و الأبحاث المتعلقة بدراسة الأحوال الشخصية فنجدها تتعلق بالمواضيع التالية :

- حالة الأشخاص و أهليتهم.
  - نظام الأسرة كالخطبة و الزواج و المهر و الطلاق و التطليق و حقوق الزوجين والبنوة و إقرارها و نظام الأموال بين الزوجين و النسب و التبني و التكفل و الالتزام بالنفقة للأقارب .
  - الولاية و الوصاية و القوامة و الحجر و الأذن بالإدارة و الغيبة و اعتبار المفقود ميتا .
  - الميراث و الوصية و كل التصرفات المضافة الى ما بعد الموت.
- وما يجدر الإشارة إليه عند دراسة الأحوال الشخصية التذكير باتصالها في أغلب صورها بالنظام العام لأنها في الكثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة<sup>(6)</sup>. فلا يجوز للأفراد الاتفاق على تعديلها باتفاقاتهم ما لم ترتبط بمسائل مالية بحتة.بالإضافة غالى حساسية مواضيع الأحوال الشخصية لارتباطها في معظم الحالات بنظام الأسرة.

ثانيا: أهمية الجنسية كضابط في تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية

يدخل الفقهاء ذوو النزعة اللاتينية في نطاق موضوعات القانون الدولي الخاص الجنسية، باعتبارها الرابطة التي تربط الفرد بدولة معينة، فهي التي تميز بين الوطني والأجنبي، وهذا التمييز مسألة أولية يجب الفصل فيها قبل النظر في النزاع المعروض، فإذا رفعت دعوى أمام القاضي يتمسك فيها أجنبي بحق، فيجب على القاضي أن يبحث أولاً عما إذا كان هذا الشخص أجنبياً أو وطنياً، أي أن يفصل في مسألة الجنسية الخاصة بهذا الشخص.

فضلاً عن ذلك فإن المذهب اللاتيني يربط بين جنسية الشخص وبين حالته وأهليته، فطبقاً لهذا المذهب ينبغي من أجل الوصول إلى حل في مسألة تنازع القوانين في نطاق الحالة الشخصية والأهلية الرجوع إلى قانون جنسية الشخص الذي هو طرف في النزاع، وبالتالي يكون الفصل في مسألة الجنسية سابقاً و لازماً للفصل في مسألة تنازع القوانين إذا تعلق الأمر بحالة الشخص أو أهليته.

تظهر أهمية الجنسية أيضاً إذ أن هذه الدول تميز في تحديد الموطن بين الوطني والأجنبي.

ويؤيد الفقهاء اللاتينيون وجهة نظرهم بقولهم أن الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في الدعاوى التي تشتمل على عنصر أجنبي يتحدد في أغلب الأحوال بجنسية الخصوم<sup>(7)</sup>، وكثير من الدول لا تكتفي بشرط أن يكون المدعي وحده وطنياً حتى يكون الاختصاص لمحاكم الدولة، بل تشترط فوق ذلك أن يتصل النزاع بالدولة سواء بالنسبة إلى المدعي عليه أو بالنسبة إلى عناصر النزاع الأخرى، أما القانون الفرنسي فيكاد ينفرد بالاكْتفاء بشرط أن يكون المدعي وحده فرنسياً حتى يكون الاختصاص للمحاكم الفرنسية. لكل هذه الاعتبارات يرى الفقهاء اللاتينيون أن هناك صلة وثيقة بين مسألة الجنسية ومسألة تنازع القوانين وتنازع الاختصاص، وأن المسألة تعتبر أحد موضوعات القانون الدولي الخاص، خاصة إذا تعلق بمسائل الأحوال الشخصية<sup>(8)</sup>.

### ثالثاً: مفهوم تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية

التنازع الذي يعالجه القانون الدولي الخاص عموماً، يمكن أن يعرف بأنه "تزام قانونين فأكثر، لدولتين أو أكثر، بشأن حكم علاقة قانونية، تشتمل على عنصر أجنبي" أما تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية فنعرف بأنه "تزام قانونين فأكثر، لدولتين أو أكثر، بشأن حكم علاقة قانونية في مسائل الأحوال الشخصية، تشتمل على عنصر أجنبي"<sup>(9)</sup>، و تعمل قواعد تنازع القوانين (قواعد الإسناد) في العلاقات ذات البعد الدولي و الواقعة في محيط القانون الخاص، و إذا كانت في مجال الأحوال الشخصية فتتعلق بالحالة القانونية للشخص وهي مجموعة العناصر القانونية، الواقعية التي تميز

الإنسان عن غيره وتحدد علاقته بأسرته ودولته ويرتب عليها القانون أثرا في حياته القانونية فهي تحدد المركز القانوني للشخص في المجتمع فلكي يقوم التنازع، يجب أن نكون بصدد علاقة قانونية تشتمل على عنصر أجنبي، أي أن يكون الأطراف فيها أجنب، أو يكون موضوعها أو سببها أجنبياً . فأطراف العلاقة هم الذين تجمع بينهم العلاقة كزوج وزوجة، أو أب و ابنه، أو الكافل و المكفول، أو الوارث و الموروث. وموضوع العلاقة، هو المحل الذي ينصب عليه موضوع التنازع. أما سببها، فهو السبب المنشئ لها. وعلى ذلك، فلكي يقوم التنازع بين القوانين<sup>(10)</sup>، يجب أن تتوافر الشروط التالية:

1- أن تمتد العلاقة القانونية المعروضة إلى أقاليم أكثر من دولة، فإذا انحصرت عناصرها في إقليم دولة واحدة، ما كان هناك محل لتنازع القوانين، متى كان الأطراف متحدين جنسياً.

2- أن يكون المشرع الذي يعرض النزاع أمام محاكمه، قد أفسح المجال لتطبيق القانون الأجنبي، إذ لو اعتنق كل مشرع مبدأ إقليمية القوانين إقليمية مطلقة، ما كان هناك مجال لتطبيق قانون أجنبي وبالتالي للتنازع، بل أن كل مشرع سوف يطبق - حينئذ - قانونه وحده، على كل علاقة قانونية تعرض على محاكمه. بيد أن الواقع، يشهد أنه لا يوجد في عالمنا الحديث مشرع واحد يعتنق مبدأ الإقليمية المطلقة، بل أن كل الدول تأخذ قليلاً أو كثيراً بمبدأ امتداد القوانين.

3- أن تكون القوانين التي يمكن أن تحكم العلاقة القانونية المعروضة مختلفة في أحكامها، إذ لو كانت أحكامها موحدة، ما كان محل لقيام تنازع بينها<sup>(11)</sup>.

رابعا: تبني المشرع الجزائري للجنسية كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية

تختلف دول العالم حول القانون الواجب التطبيق في هذه المسائل بين اتجاهين:

1- **الاتجاه الأول:** تمثله الأقلية من الدول والتي تأخذ بالنظام الانجلوساكسوني ومنها بريطانيا وأمريكا وإيرلندا و الدنمرك وبعض دول أمريكا اللاتينية، التي تقرر الاختصاص في هذه المسائل "لقانون الموطن" أي قانون الدولة التي يتخذها الشخص موطن له وهو مقر

الأعمال بحسب التصوير الحكيم ومحل الإقامة بحسب التصوير الحقيقي، ويبرر هذا الاتجاه وجهة نظره على أن التقليد التاريخي و العرف استقر على تقديس علاقة الإنسان بالأرض، والمواطن يجعل للإنسان الصلة الأقوى بالدولة من أي صلة أخرى، إضافة إلى أن تطبيق قانون المواطن فيه مصلحة للفرد و الغير و الدولة.

فمن ناحية الفرد سيعلم مسبقاً أن الذي يحكمه هو قانون المكان الذي يقيم فيه أو يمارس أعماله، إضافة إلى سهولة العلم به من ناحية الغير ذلك لأن المواطن قائم على واقعة مادية يسهل التعرف عليها، كما أن اعتماد قانون المواطن فيه وحدة القانون الواجب التطبيق على علاقات الأحوال الشخصية التي أطرافها وطنيين أم أجنبي أم علاقات مختلطة من وطنيين وأجنبي<sup>(12)</sup>. فقاضي النزاع سيطبق قانون واحد عليهم في الغالب ألا وهو قانون المواطن وغالبا ما يكون قانونه الوطني وهذا ما يوفر عليه الجهد والوقت في البحث و التحري عن قانون آخر مثل قانون الجنسية تجنباً لاختلاف القانون الواجب التطبيق على العلاقة باختلاف جنسية الأطراف إذ سيطبق قانون المواطن سواء اتحدت أم اختلفت جنسية الأطراف.

**2- الاتجاه الثاني:** وهم الأكثرية وتمثله الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني ومنها فرنسا وألمانيا وإيطاليا، وجميع الدول العربية ومنها "**الجزائر**". إذ " يخضع علاقات الأحوال الشخصية لقانون الجنسية"، ويقوم هذا الاتجاه على مبررات منها أن قانون الجنسية قانون الوسط الاجتماعي للشخص الذي يعكس أخلاقه وعاداته وثقافته وطبائعه وقيمه، ومن ثم هذا القانون سيكون اقرب قانون للشخص من أي قانون آخر، فضلا عن ذلك أن الشخص بموجب هذا الاتجاه واحد لا يتعدد ولا ينعدم<sup>(13)</sup>، فيقتضي أن يأخذ نفس حكم القانون الذي يحكمه وبذلك سوف لا تتغير حالة الإنسان باختلاف مكان إقامته وموطنه ذلك لان: " قانون الجنسية سيحكم أحواله الشخصية في داخل الدولة وخارجها لصفة الاستمرار التي يتصف بها قانون الجنسية" والتي تتغلب على صفة العموم مما يجعله قانون متحرك مع الشخص يخضع له بالنسبة لعلاقات أحواله الشخصية، إضافة إلى أن الجنسية رابطة تمتاز بالاستقرار من خلال صعوبة تغييرها لأنها

تحتاج إلى إجراءات فنية وسهولة إثباتها لأنها تقوم على وثائق مادية، في حين المواطن يسهل تغييره بمجرد تغيير الإقامة كما يصعب إثباته، وللاعتبارات أعلاه يرجح هذا الاتجاه اعتماد قانون الجنسية بوصفه القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأحوال الشخصية ومنها الأهلية والزواج و الطلاق وغيرها، علما أن اعتماد معيار الجنسية يمكن أن يثير بعض الصعوبات<sup>(14)</sup>.

وعلى غرار مختلف التشريعات نظم المشرع الجزائري قواعد التنازع التي يوجد فيها عنصراً أجنبياً في القانون المدني في المواد من 09-24، و تماشى مع التطورات التي حدثت في هذا الميدان وذلك عندما عدل القانون المدني في عام 2005؛ حيث شمل هذا التعديل أغلب قواعد التنازع، وكان هذا التعديل تماشياً مع المواقف الفقهية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة والعلاقة بالموضوع.<sup>(15)</sup> حيث حرص المشرع من خلال تنظيمه لقواعد التنازع تحقيق العدالة ومصصلحة المجتمع، والعدالة المنشودة في قواعد الإسناد لمصلحة الجزائريين والقانون الجزائري هي عدالة نسبية وليست مطلقة، فعندما يتبنى المشرع ضابط إسناد دون آخر فهذا يعني أنه يرى أن هذا "الضابط يحقق العدالة ويخدم مصالح وأهداف عليا لأفراد الشعب ومنظومته القانونية". ولقد اختار المشرع ضابط الجنسية لحل المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بصفة أساسية، وسبب اختيار المشرع الجزائري لهذا الضابط فهو "الرغبة في تطبيق القانون الجزائري على الجزائريين والجزائريات أينما حلوا أو ارتحلوا، على أساس أنه القانون الأفضل والأكثر عدالة والذي يحمي مصالح الجزائريين"<sup>(16)</sup>.

المبحث الثاني: إشكالات التنازع في مسائل الأحوال الشخصية و ارتباطه بالجنسية كضابط للإسناد

رغم الاعتبارات و المبررات القوية التي يقوم عليها الاتجاه الثاني الذي يتبنى ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن قاضي النزاع قد يواجه في ظل تطبيقه بعض الصعوبات التي تتعلق بضابط الجنسية في حد ذاته لا بالقانون المسند إليه الاختصاص، وهي تتمثل بتعدد الجنسية وانعدامها وتغيرها.

وأمام وضعيات قانونية كثيرة معقدة واجهت القضاء المختص في مثل هذه النزاعات، نجد أن الفقه ومن ثم التشريع وضع حلول لكل منها وعليه سنبحث الموضوع من خلال الدراسة التالية.

### المطلب الأول: تعدد الجنسية

بغض النظر عن أسباب تعدد الجنسية ومسائل معالجتها، فإن اعتماد الجنسية ضابطاً لتحديد الاختصاص التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية، وتقرير اختصاص قانون الجنسية لحكمها يثير التساؤل حول الجنسية المعتمدة في حال تعدد الجنسيات لدى الشخص، فهل هي جنسية قاضي النزاع أم جنسية أخرى و يصطلح على هذه الحالة " بالتنازع الإيجابي".

تختلف الإجابة عن هذا التساؤل بين فرضيتين :

- الفرضية الأولى: إذا كان الشخص المتعدد الجنسيات طرف نزاع في علاقة مسائل الأحوال الشخصية أمام قاضي جزائري، ويحمل من بين الجنسيات المتعددة الجنسية الجزائرية، فعلى القاضي أن يعتمد جنسيته ويطبق قانونه الوطني في كل مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ومنها الأهلية والزواج وقد أكدت هذا الحكم جميع التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي على سبيل المثال في المادة (2/33) مدني التي نصت على أنه: " في حالة الأشخاص الذين تثبت لهم بالنسبة للعراق الجنسية العراقية وبالنسبة للدول أجنبية جنسية تلك الدول فالمحكمة تطبق القانون العراقي وحده " كما أشارت إلى ذلك المادة (2/10) من قانون الجنسية العراقية النافذ التي نصت على: " تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية و جنسية دولة أجنبية"<sup>(17)</sup>.

وهذا الحكم يقوم على اعتبار أن: الجنسية مسألة ترتبط بالسيادة وعلى قاضي النزاع إذا كانت جنسيته من بين الجنسيات المتعددة أن يختارها ويطبق قانونها بوصفها المرجحة على بقية الجنسيات لأنها اقرب جنسية إليه.<sup>(18)</sup> و هو المعمول به كذلك في التشريع الجزائري من خلال نص المادة 2/22 من القانون المدني التي تنص على أنه: " في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي الجنسية الحقيقية. غير أن القانون الجزائري



هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر، الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى الدولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".  
- أما الفرضية الثانية، تتحقق إذا لم تكون جنسية قاضي النزاع من بين الجنسيات المتعددة بالنسبة لشخص طرف في علاقة من مسائل الأحوال الشخصية، فهنا لا يملك القاضي حق ترجيح جنسيته، ولا تطبيق قانونه كونها لم تكن حاضرة من بين الجنسيات. واستناداً لمبدأ تكافؤ السیادات لا يملك ترجيح إحداها على الأخرى إلا إذا كانت تلك الجنسية يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها. وتشير الوقائع و الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية إلى هذا الارتباط كزواجه في دولتها أو اشتراكه في الانتخابات فيها أو ممارسته لبعض الوظائف و أداء الضرائب والخدمة العسكرية... وغيرها من الظروف التي تكشف عن ذلك الإرتباط .

والجنسية التي تفيد هذه الدلائل تأخذ وصف يصطلح عليه بالجنسية الفعلية أو الواقعية يكون لها التفوق و الهيمنة على بقية الجنسيات، وعلى قاضي النزاع أن يطبق قانونها للاعتبارات المذكورة أعلاه.

ويدعو بعض الفقهاء إلى اعتماد " قانون الجنسية الفعلية" حتى في ظل الفرضية الأولى نظراً لما يحققه هذا المبدأ من فوائد عملية أهمها تحقيق العدالة والكشف عن القانون الأكثر صلة بالعلاقة والملائم لها كما يحقق حل عالمي للمسألة وقد أخذت بحكم الفرضية الثانية جميع التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري من خلال نص المادة 1/ 22 من القانون المدني التي تنص على أنه: " في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي الجنسية الحقيقية " و مثيله المشرع العراقي في المادة (1/33) مدني التي نصت على: " تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد"<sup>(19)</sup>.

## المطلب الثاني: انعدام الجنسية

إن انعدام الجنسية يفضي إلى غياب لأي رابطة معلومة للشخص بدولة معينة، ويشبه البعض كما ذكرنا هذا الشخص كسفينة تمضي في عرض البحر بلا علم فهو شخص بلا وطن، وعليه فإن نظامه القانوني مجهول و تأخذ نفس حكم الآثار المترتبة على الانعدام، وعليه فإن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية لعديم الجنسية مجهولة النظام القانوني ابتداءً إلا أن الفقه و القضاء والتشريع يميل إلى حل هذه الإشكالية عبر اعتماد ضابط إسناد احتياطي بديل عن ضابط الإسناد الأصلي الجنسية ألا وهو الموطن، أي أن الضابط البديل عند انعدام جنسية الشخص هو الموطن وإذا لم يكن للشخص موطن معلوم فيصير إلى اعتماد " محل إقامته " وفي ظل انعدام هذا الأخير يطبق القاضي قانونه الوطني بوصفه صاحب الاختصاص الاحتياطي<sup>(20)</sup>، وهذا يعني مثلما تحل إشكالية تعدد الجنسية عبر آلية جنسية قاضي النزاع أو الجنسية الفعلية و يصطلح على هذه الحالة " بالتنازع السلي " .

فإن إشكالية انعدام جنسيته تحل بتطبيق قانون جنسية الدولة المفترضة التي تأخذ

ثلاث صيغ:

1- إما قانون جنسية دولة الموطن.

2- إما قانون جنسية دولة محل الإقامة.

3- إما قانون جنسية دولة قاضي النزاع .

وهذه القوانين " كقاعدة عامة" تطبق على سبيل التدرج لا الاختيار، أي إذا وجد الموطن لا يصار إلى محل الإقامة، إذا وجد محل الإقامة لا يصار إلى جنسية دولة قاضي النزاع. واعتمدت هذا الحل جميع التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري. ففي التشريع الجزائري قبل تعديل القانون المدني الجزائري ترك هذا التحديد للسلطة التقديرية للقاضي في المادة 3/22 لكن بعد التعديل عاد واخذ بالرأي الراجح فنص على انه في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

أما التشريع العراقي على سبيل المقارنة في المادة (1/33) من القانون المدني التي أكدت على " تعيين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية..."، وهذا يعني مثلما منح القاضي سلطة تعيين القانون الذي يجب تطبيقه في ظل تعدد الجنسية في الفرض الثاني في ظل تعدد الجنسية السالف ذكره باعتماد الجنسية الفعلية بوصفه مبدأ تملية المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، فكذلك يكون للمحكمة نفس السلطة في تعيين القانون الذي يجب تطبيقه في ظل انعدام جنسية الشخص، وهذا يعني أن كل شخص في ظل تعدد جنسيته أم انعدامها تفترض أن له جنسية واحدة هي إما جنسية قاضي النزاع، أو الجنسية الفعلية، أو الجنسية المفترضة حسب كل حالة السابق ذكرها.

#### المطلب الثالث: تغيير الجنسية

مثلما يحصل تعدد الجنسيات وانعدامها، كذلك يمكن أن يحصل تغييرها بفعل فقدانها على اثر اكتساب غيرها، والتخلي عنها مما يؤثر ذلك على العلاقات المتعلقة بحالة الشخص خاصة تلك التي تمتاز بالاستمرار مثل الزواج، وقد يقوم بتغيير جنسيته بين وقت نشوء علاقة الزواج القانونية ووقت رفع النزاع بشأنها أمام القضاء فهل يؤخذ بقانون الجنسية القديمة أم الجديدة، و غيرها من الحالات كأن يتزوج جزائري من جزائرية في الجزائر ثم يسافر الزوج إلى بريطانيا على سبيل المثال، وهناك يكتسب الجنسية البريطانية ويتخلى عن الجنسية الجزائرية؛ فستغير الجنسية الأخيرة اثر فقدانها.

فإذا أراد أن يطلق زوجته أمام القضاء الجزائري فهل تعتمد جنسيته السابقة وقت الزواج أم جنسيته اللاحقة عند الطلاق؟ و يصطلح على هذه الحالة بالتنازع المتحرك وبالرجوع إلى أحكام تنازع القوانين وبشكل خاص قواعد الإسناد في القانون المدني وبالتحديد قاعدة الإسناد الخاصة بالطلاق الواردة في القانون الجزائري فقد نصت على أنه يسري على الطلاق و التطلق الانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، وبذلك يتبين أنه على القاضي تطبيق القانون البريطاني بحسب المثال أعلاه<sup>(21)</sup>.

إلا أن بعض التشريعات لم تحدد وقت العمل بقانون الجنسية وتركت مسائل تحديدها لاختصاص القاضي ولسلطته التقديرية، إلا أن التشريعات العربية كالتشريع الجزائري اعتمدت الجنسية ضابطا في تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية وحددت وقت العمل بقانون الجنسية في بعض مسائل الأحوال الشخصية ومنها:

- بالنسبة للزواج وأثار الزواج و الوصية والميراث، اخذ بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وبالنسبة للأثار الشخصية والمالية التي يترتبها عقد الزواج(م.12/1)
- واسند انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى(م.2/12)
- لكن اسند الشروط الموضوعية للزواج وأثاره وانحلاله إلى القانون الجزائري وحده إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج باستثناء شرط الأهلية الذي يبقى خاضعا للقاعدة العامة أي قانون الجنسية (م.13).
- واسند النسب لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل أو وقت وفاة الأب (م.13 مكرر)

**المبحث الثالث: إشكالات تطبيق الجنسية كضابط للإسناد في الأحوال الشخصية على الزوجة الجزائرية**

إن موضوع الأحوال الشخصية وخاصة الزواج من أكثر المواضيع التي يثار بشأنها منازعات في إطار تنازع القوانين، وهذا يرجع إلى اختلاف الأنظمة القانونية واختلاف التشريعات والأديان مما يترتب اختلاف الحلول المطبقة على منازعات الأحوال الشخصية، وبما أن المرأة هي المحور الأساسي في العلاقة الزوجية فأن حقوقها تتأثر بهذا التنظيم. ولقد اختار المشرع ضابط الجنسية لحل المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بصفة أساسية، بحيث أمر بتطبيق القانون الجزائري على المرأة الجزائرية أينما كانت، لأنه القانون الأفضل لها والأكثر عدالة و يحمي مصالحها. إلا أن هذا من حيث التطبيق ليس مطلق ولا يمنع من يدخُل في جوهر الموضوع أن يجد العكس، أي أن هناك أحوال- بالرغم

من المبدأ المعلن من المشرع والذي يرمي إلى تطبيق القانون الجزائري على الزوجة الجزائري بوصفه أفضل القوانين- لن يُطبَّق القانون الجزائري على الزوجة الجزائرية في أحوال معينة، بل وقد يكون تطبيق القانون الجزائري في غير صالحها.

فهل حقق المشرع الجزائري مصلحة الزوجة الجزائرية أم لا من خلال هذا الضابط ؟ نحاول عرض الوضعيات المتعددة للزوجة الجزائرية من خلال قواعد الإسناد، مسلطين الضوء على الحالات الخاصة التي قد تُضار بها المرأة الجزائرية من خلال تطبيق قواعد الإسناد.

أولاً: حالة الزوجة الجزائرية: تبنى المشرع ضابط الجنسية لحل المنازعات المتعلقة بحالة الجزائريين وأهليتهم كما سمح بالإحالة من الدرجة الأولى وهذه الإحالة قد تؤثر على منازعات الزوجة الجزائرية .

#### 1- ضابط الجنسية لحل منازعات الحالة الشخصية

حدد المشرع الجنسية كضابط إسناد وحيد لحل منازعات الأحوال الشخصية في المواد من 10-13 من القانون المدني، لكن لو أجرينا مفاضلة بين ضابط الجنسية وضابط الموطن فسنجد أن : قانون الموطن أفضل للزوجة الجزائرية المتوطنة بالخارج، لأن علاقتها بالبلاد المتوطنة فيها تكون قوية، وأنه الحل في حال تعدد جنسيات أفراد الأسرة الواحدة، والتعرف على قانون الموطن هو أمر سهل على الجزائرية المتوطنة في الخارج، كما أن ضابط الموطن يُسهّل عمل القاضي إذا ما كان الأطراف متواجدين في هذا البلد أي متوطنين فيه. فهذا الضابط يراعي وضعيات الأجانب المتوطنين خارج بلدانهم، فقد يكون من مصلحة هذه الدول تبني ضابط الموطن لأنه يهدف لإخضاع الأجانب –وهم كثيرون- إلى قانون الدولة التي يعيشون فيها، مما يعني توحيد القانون المطبق على كل الموجودين على الإقليم من المواطنين والأجانب. في المقابل فإن أنصار الجنسية يرون أن الجنسية فكرة ثابتة على خلاف الموطن، وأن قانون الجنسية أفضل للأسرة الواحدة في حال تعدد المواطنين، وأنها أفضل لإبقاء رابطة الولاء بين المواطنين ودُوْلِهِمْ. وبالرغم من الفوائد التي يحققها ضابط الجنسية إلا أنه قد يثير بعض الصعوبات<sup>(22)</sup>، ففي حالة تعدد جنسيات

الزوجة الجزائرية أي إذا كان لها في الوقت نفسه أكثر من جنسية واحدة، فهنا لن نتحقق الأهداف المتوخاة من ضابط الجنسية، لذلك فإن الفقه الراجح يرى ضرورة الأخذ بقانون الجنسية الفعلية كما سبق ذكره أعلاه، أي الجنسية التي ترتبط بها الجزائرية أكثر من غيرها، لأنه لا بد أن يكون في النهاية ولاء وانتماء لقانون بلد ما، وعلى القاضي أن يحدد الجنسية الفعلية من خلال التعرف على ظروف كل حالة.<sup>(23)</sup> وتبنى المشرع الجزائري قانون الجنسية الحقيقية تطبيقاً للمادة 22 من القانون المدني،<sup>(24)</sup> ويا حبذا لو أخذ بتطبيق قانون الجنسية الفعلية لأنها تدل على المعنى أكثر من الجنسية الحقيقية، وإذا كانت إحدى هاتين الجنسيتين هي الجنسية الجزائرية فلا يأخذ بقانون الجنسية الحقيقية بل بالقانون الجزائري، وهذا الأمر منطقي لأن فيه تغليب للجنسية الجزائرية ولأن النزاع سيعرض على القاضي الجزائري الذي سيطبق هذه القاعدة. يتضح مما سبق أن الزوجة الجزائرية في حال تعدد جنسياتها؛ كأن يكون لها الجنسية الجزائرية والجنسية الإسبانية، فالجنسية التي يتم منح الحقوق على أساسها هي الجنسية الجزائرية، ويعتبر هذا ضماناً للزوجة الجزائرية التي قد تتجنس بأكثر من جنسية، وبما أن غالبية الجزائريات هن مسلمات فإن أنسب القوانين هو القانون الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية. ولا يغير هذا الرأي القول بأنه قد يكون قانون الجنسية الفعلية للجزائرية أنسب لها من القانون الجزائري خاصة عندما تكون هذه الجزائرية مولودة في الخارج وتأقلمت قانونياً وفعالياً مع الجنسية الأجنبية أكثر من القانون الجزائري، لأنه كما قلنا فإن قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة هو أنسب القوانين وأكثرها عدلاً.

## 2- خضوع الحالة الشخصية للجزائرية للقانون الجزائري

بين المشرع أن منازعات الحالة المدنية والشخصية للجزائرية وأهليتها تخضع لقانون جنسيتها،<sup>(25)</sup> سواء كانت موجودة في الجزائر أو خارجها، ما دام أن الدعوى رفعت أمام القاضي الجزائري، حيث يُطبَّق القانون الجزائري الذي يرى فيه المشرع أعدل وأنسب القوانين والذي يحقق مصلحة الزوجة الجزائرية. فإذا ثار نزاع أمام القاضي الجزائري حول الحالة الشخصية أو أهلية امرأة جزائرية موجودة في بريطانيا، فسيطبق القاضي

القانون الجزائري سواء كان لمصلحة الزوجة الجزائرية أو ضدها. وفي الأحوال التي يعطي القانون البريطاني (بوصفه قانون الموطن) للزوجة الجزائرية حقوقاً أكثر من القانون الجزائري، عندها يمكن أن نتساءل أليس ضابط الموطن أفضل للمرأة الجزائرية من القانون الجزائري، وهو أمر يرتب عزوف هذه الزوجة عن اللجوء إلى القضاء الجزائري ولجؤها دون تردد إلى القضاء البريطاني والذي يطبق قانون الموطن، مما يعني إفراغ ضابط الجنسية من محتواه وأهدافه، لذا من الأفضل أن يراعي القانون الجزائري مصلحة الزوجة الجزائرية، وذلك بتبني أكثر من ضابط إسناد ويكون مقر أو موطن الزوجة إحدى هذه الضوابط. وفي الأحوال التي تعتمد الزوجة الجزائرية تبديل ضابط الإسناد من الجنسية إلى الموطن في إطار بحثها عن تحقيق مصالحها، سيعتبر هذا التصرف تحايلاً على القانون الجزائري مما يؤدي إلى عدم اعتراف القانون الجزائري بالقانون الأجنبي ولا بحكمه، لذا فالأفضل أن يكون لدينا أكثر من ضابط للإسناد يختار القاضي أنسبها حسب النزاع المعروض عليه. إن تطبيق قانون الموطن كاستثناء قد يكون أكثر عدالة للزوجة الجزائرية خاصة إذا ما بنت تعاملاتها على أساس قانون الموطن فاكتملت حقوقاً وتحملت التزامات، فالمشروع عندما يضع القواعد القانونية يضعها بشكل عام ومجرد يرى من خلالها تحقيق مصالح الأفراد دون أن يحقق مصلحة شخصية "مصلحة الزوجة الجزائرية في الخارج عندما يكون قانون الموطن أفضل لها"، أي أن المشروع اعتبر أن تطبيق قانون الجنسية أفضل لكل الجزائريين والجزائريات مع علمه بعدم انطباق هذا الوصف على جميعهم.

### ثانياً: دور الإحالة في حماية مصالح الزوجة الجزائرية

للإحالة تأثير إيجابي أو سلبي على حقوق الزوجة الجزائرية، فالإحالة هي " النظرية التي تلزم القاضي بتطبيق قواعد الإسناد الأجنبية" وتقوم الإحالة عندما يوجد اختلاف في الحكم ما بين قواعد الإسناد الوطنية والأجنبية، وتظهر الإحالة في التنزع السلبي وذلك عندما يتخلى كل قانون عن حكم النزاع. فالإحالة تُسهّل من عمل القاضي وذلك في الحالات التي يُرجع القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون القاضي، فهي تؤدي إلى توحيد

الحلول المطبقة على المنازعات، فلو أن القاضي يطبق قانون الجنسية؛ وقانون الجنسية يطبق قانون الموطن، فإذا طبقنا الإحالة هذا يعني أن القاضي الوطني سيعمل بضوابط الموطن مما يعني توحيد في ضوابط الإسناد.

وفي المقابل فهناك من يرفض الإحالة على أساس أنها قد تؤدي إلى حلقة مفرغة، وفيها إجحاف بحقوق الأفراد لأنه سيطبق عليهم قانوناً آخرأ غريب عنهم. وعلى خلاف موقف المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني؛ فلقد بين - في المادة 23 مكرر 1 من القانون رقم 10/05 المعدل للقانون المدني- أنه " إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص ". مما سبق يتضح أن المشرع وضع مبدأ عاماً وهو رفض الإحالة لأنه أُلزم القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، وهذا الرأي يتماشى مع الاتجاه الفقهي الغالب الذي يرفض الإحالة نظراً لمساوئها الكبيرة. ويفهم كذلك من المادة السابقة قبول المشرع للإحالة من الدرجة الأولى، وذلك عندما تحيل "ترجع" قواعد الإسناد الأجنبية الاختصاص إلى القانون الجزائري، وفي ذلك فإن المشرع يتماشى مع الاتجاه الفقهي الذي يرفض الإحالة كأصل عام وأجازها في حالة إرجاع النزاع إلى قانون القاضي.

بدايةً نقول أن من الفقه من أجاز الإحالة في صورتها الأولى "أي الإحالة من الدرجة الأولى" ومنعها في حالات خاصة كمسائل الأحوال الشخصية على أساس أنه إذا تصورنا الإحالة في كل المواضيع فلا يمكن تصورها في الأحوال الشخصية؛ لأن هذا القول سوف يقودنا إلى أن نطبق قانوناً آخرأ على المواطنين غير قانونهم. ومثال ذلك لو أن بريطانية مسلمة تزوجت بمسيحي وفقاً للقانون البريطاني ثم أثير مدى صحة الزواج وفقاً للقانون الجزائري، فهنا سيطبق القاضي الجزائري قواعد الإسناد الجزائرية التي تبين تطبيق قانون كل من الزوجة والزوج أي تطبيق القانون البريطاني، ولنفترض أن القانون البريطاني يرجع الاختصاص إلى قانون القاضي أي القانون الجزائري؛ فسنطبق القانون الجزائري بناء على قبولنا للإحالة، وهذا يعني بالنسبة للأطراف أنهم سوف يتحاكمون أمام



القانون الجزائري، والذي سيعتبر أن زواجهم باطلاً لأنه تم بين زوجة مسلمة مع زوج مسيحي. هذا مثلاً دال على أن تطبيق الإحالة قد يكون فيه ضرر وإجحاف بحقوق الأفراد، لأنه سيطبق عليهم قانوناً غريب عنهم لم يكن في توقعهم عندما ابرموا زواجهم ولا يلي طموح أحدهم على الأقل، لذا فإن تطبيق قانونهم الأصلي أفضل وأكثر تحقيقاً للعدالة. لكن يقابل هذا الرأي رأي آخر يعتبر أنه لا بد من تطبيق القانون الجديد اعتماداً على الإحالة لأنه قد يكون القانون الجديد أكثر عدالة وتحقيقاً لمصالح الأفراد، كما أن كل دولة تتبنى قواعد الإسناد التي تناسبها وتناسب مواطنيها، لذا عندما تتبنى دولة ضابط الموطن وتقبل الإحالة فلا بد أنها تكون على دراية بوضعية مواطنيها، وترى أن قانون الدولة الأجنبية يناسبهم وهو عنواناً للحقيقة، وعلى هذا الأساس فهناك من عبر عن ذلك بقوله "أننا لسنا ملكيين أكثر من الملك" ولن نكون حريصين على مصالح الأشخاص أكثر من دولهم. ومثال ذلك لو وقع نزاع حول الأحوال الشخصية بين بريطانية مسلمة وزوجها البريطاني عندما يكونوا متوطنين في الجزائر، فالقانون الجزائري يخضع منازعات الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية أي القانون البريطاني، والقانون البريطاني يطبق قانون الموطن أي القانون الجزائري، وبتطبيق الإحالة يعني أن القاضي الجزائري سيطبق على النزاع القانون الجزائري على البريطانيين المتوطنين في الجزائر، وهذا الأمر يُسهّل من عمل القاضي، وهو أنسب بالنسبة للأشخاص المتوطنين في الجزائر، وفيه تماشي مع قواعد الإسناد الأجنبية. والحقيقة أن قبول المشرع الجزائري للإحالة فتح المجال أمام النقاشات السابقة حول عدالة تطبيق الإحالة على حقوق الزوجة الجزائري، حيث أن المشرع لم يعطينا أي استثناء فيما يتعلق بقبول الإحالة من الدرجة الأولى مع أن الفقه قد وضع عليها إستثناءات. فلو أن ألمانية متوطنة في الجزائر تزوجت ببريطاني ثم تجنست بالجنسية الجزائرية وثار نزاع حول آثار عقد الزواج أو حل الرابطة الزوجية، ففي هذه الحالة فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج أي القانون البريطاني وليس القانون الجزائري، مما يعني أننا سنطبق على الجزائرية القانون البريطاني، ولكن بتبني المشرع

للإحالة من الدرجة الأول سمح بتطبيق القانون الجزائري في حالة إحالة إرجاع القانون البريطاني الاختصاص إلى القانون الجزائري بوصفه قانون موطن الأشخاص.

هذا يعني أن تبني الإحالة في هذه الوضعية أفاد الزوجة الجزائري ويعتبر هذا الأمر حلاً للزوجة الجزائرية التي تتجنس بعد انعقاد الزواج والتي لا يشملها الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني، فبدلاً من أن تطبق على الجزائرية القانون الأجنبي يمكن أن نستفيد من الإحالة لتطبيق القانون الجزائري عليها. كما أن تبني المشرع الجزائري للاستثناء الوارد في المادة 13 حل محل الإحالة في الأحوال التي يكون في المنازعة زوجة جزائرية حتى ولو كان الزوج أجنبياً، أي لا داعي للجوء للإحالة من الدرجة الأولى بل نطبق الاستثناء الذي يقودنا إلى تطبيق القانون الجزائري، كما أن المشرع لم يتبنى الإحالة من الدرجة الثانية مما يعني أنه لن يتغير ضابط الإسناد عندما نكون في إطار منازعة أحد أطرافها زوجة جزائرية، ففي جميع الأحوال سيطبق القانون الجزائري من خلال تطبيق الاستثناء الوارد في المادة 13 أو من خلال قبُولنا للإحالة. فلو فرضنا أن جزائرية تعيش في اليونان طوال حياتها ووقع لها إشكال مع زوج يوناني الجنسية حيث رفع عليها دعوى الطلاق أمام القاضي الجزائري، في هذا النزاع سيطبق القاضي الاستثناء الوارد في المادة 13 أي يطبق القانون الجزائري لوجود طرف جزائري، والقانون الجزائري يعطي لزوج الحق في فك الرابطة الزوجية، وبالتالي لا يمكن تصور تطبيق قانون آخر على الزوجة الجزائرية لأن المشرع لم يتبنى الإحالة الدرجة الثانية.

ثالثاً- ضابط الجنسية لحل منازعات انعقاد الزواج

1-ضابط الجنسية لحكم منازعات صحة الزواج

ينعقد الزواج صحيحاً بتوفر مجموعة من الشروط الموضوعية، فلقد بين المشرع في المادة 11 من القانون المدني أن الشروط الموضوعية لصحة الزواج تخضع للقانون الوطني لكل من الزوجين، وبين المشرع في قانون الأسرة أن أركان وشروط عقد الزواج هي التراضي والولي والشهود والمهر، وهي تدخل في شروط صحة الزواج والتي يثور بشأنها منازعات في إطار القانون الدولي الخاص.<sup>(26)</sup> فإذا ثار نزاع حول شروط صحة زواج الجزائرية؛ فهذا

النزاع يخضع إلى قانون جنسية كل من الزوجين، أي إلى قانون جنسية الزوجة والزوج، ويرجع سبب اختيار هذا الضابط إلى أن النزاع حول الشروط الموضوعية لزواج معناه الاختلاف حول صحة أو بطلان عقد الزواج، مما يعني تهديد الحياة الزوجية والتي هي رابطة مقدسة يجب عدم التساهل في القول ببطلانها، ولذا تم إخضاع الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل من الزوجين، ولم يقصره المشرع على جنسية الزوج.

إن تطبيق ضابط الجنسية يعد مسألة سهلة في حال اتحاد جنسية كل من الزوجين، وقد تختلف جنسية كل من الزوجين فما هو الحل؟ لم يبين المشرع الجزائري موقفه من هذه المسألة وكنا ننتظر أن يبين موقفه بعد التعديل الأخير للقانون المدني، وبإلته تبني النظام الموزع كأصل عام والتطبيق الجامع في حالة موانع الزواج، وفي المقابل تبني المشرع التونسي صراحة التطبيق الموزع؛ وذلك عندما بين في الفصل 45 من مدونة القانون الدولي الخاص أن الشروط الأصلية للزواج تخضع للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة. وعموماً فالفقه يتبنى إما التطبيق الجامع أي ضرورة توفر في كل زوج الشروط الموضوعية في قانونه وفي قانون الزوج الآخر أو التطبيق الموزع أي ضرورة توفر في كل زوج الشروط الموضوعية في قانونه فقط دون القانون الآخر ولكن ما هو الحل إذا كان أحد الزوجين جزائرياً؟ مثال ذلك إذا تزوجت جزائرية من أمريكي مسلم وثار بينهم نزاعاً حول شرط الولي حيث أن زواجها تم دون حضور الولي، وعلى فرض أن القانون الأمريكي لا يشترط حضور أو موافقة الولي لصحة الزواج وثار نزاع فما هو الحل؟ فالحل حسب الأصل العام هو ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 11 من القانون المدني أي تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين أي سنطبق القانون الجزائري والقانون الأمريكي، وبما أنهما مختلفو الجنسية فلا بد من التطبيق الجامع والذي يعني ضرورة توفر في كل طرف الشروط الموضوعية في قانونه وفي قانون الطرف الآخر مما يعني أن الزواج سيعتبر باطلاً، وهذا يعني الإضرار بمصالح الزوجة الجزائرية التي سينتهي بالنسبة لها عقد الزواج. ويمكن استعمال التطبيق الموزع مما يعني أننا سننظر إلى الطرف المزعوم عدم احترامه لشروط بلده للقول ببطلان العقد من جانبه، وفي هذه الحالة سيعتبر الزواج باطلاً

بالنسبة للزوجة الجزائرية التي لم تحترم شرط الوالي المطلوب توفره في القانون الجزائري. ولو فرضنا في المثال السابق أن القانون الأمريكي يشترط الزواج الديني لصحة الزواج، وهذا الزواج مع الجزائرية قد تم في الشكل المدني فلو رفع الزوج الدعوى أمام المحاكم الجزائرية، فتطبيق القاضي الجزائري لنظام الموزع معناه أن زواج الجزائرية صحيح انطلاقاً من تطبيق قانون جنسيتها وهو القانون الجزائري والذي لا يشترط الزواج الديني فزواجها صحيح. نفهم مما سبق أن تبنى المشرع لضابط الجنسية وفقاً لتطبيق الموزع دون الجامع حتى به مصالح الزوجة الجزائرية. وزيادة في حماية مصالح الزوجة الجزائرية بين المشرع في المادة 13 من القانون المدني أنه إذا كان أحد الزوجين جزائرياً عند انعقاد فلا يطبق القانون الأجنبي وإنما يطبق القانون الجزائري " كما هو الحال في المثال السابق فالزوجة جزائرية عند الانعقاد"، وهذه ضمانته أضافها المشرع لحماية الزوجة الجزائرية، حيث أن تطبيق القانون الجزائري عليها بدلاً من تطبيق القانون الأجنبي سيوفر لها في الغالب الحماية الكاملة.

نخلص مما سبق أن تطبيق النظام الموزع سمح بتطبيق أحكام القانون الجزائري على الجزائرية كما أن تبنى المشرع للاستثناء السابق أكد على ضرورة تطبيق القانون الجزائري. وعلى فرض أن زوجة جزائرية تزوجت من يوناني زواجاً مدنياً وأرادت أن تحل الرابطة الزوجية مع زوجها على أساس أن الزواج تخلف فيه شرطاً جوهرياً -حسب القانون اليوناني- وهو الزواج الديني، عندها سيعتبر الزواج باطلاً بالنسبة للزوج، ولكن حسب الاستثناء الذي أورده المشرع فالزوجة الجزائرية لن تستفيد من هذا الوضع لأنه لن يطبق القانون اليوناني ولكن سيطبق القانون الجزائري حسب الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني، فهذا يعني أن تطبيق الاستثناء حرم الزوجة من حق إبطال عقد الزواج وفقاً للقانون اليوناني. وإذا تعلق الأمر بأجنبيين تزوجا ثم انتقلا للعيش بالجزائر ثم تجنست الزوجة بالجنسية الجزائرية، فلا يطبق الاستثناء لأنه لم يكن أحد الزوجين وقت إبرام الزواج جزائرية الجنسية. إن اشتراط المشرع في المادة 13 أن يكون أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج لتطبيق القانون الجزائري قد يفرض لنا حالة لا تحمي

فيها الزوجة الجزائرية ولن يطبق القانون الجزائري بالرغم من أنها تحمل الجنسية الجزائرية. مثال ذلك حالة الزوجة المغربية المتزوجة بزواج يوناني ثم تتجنس بالجنسية الجزائرية أثناء إقامتها في الجزائر وذلك بعد الزواج، فلو طبقنا الأصل العام الوارد في المادة 11 فلن يطبق عليها القانون الجزائري لأن المادة تنص على تطبيق قانون كل من الزوجين، صحيح أن المادة 11 لم تبين الوقت الذي على أساسه تحدد جنسية الزوجين؛ إلا أن المنطق وبناء على القياس فإن قانون جنسية كل من الزوجين يُحدّد يوم انعقاد الزواج وليس يوم رفع الدعوى لأنه الوقت الذي على أساسه يقرر مدى صحة شروط الزواج من عدمه، وبما أنهما مختلفي الجنسية يوم الانعقاد فلا بد من التطبيق الجامع أو الموزع، وفي الحالتين لن يطبق القانون الجزائري على الزوجة، بل سيطبق القانون المغربي أو القانون اليوناني، وهذه هي المفارقة التي توجد في القانون الجزائري؛ أنه حتى الزوجة الجزائرية وطبق عليها القانون الجزائري إلا أن هذه الحالة قد أفلتت من تنظيم المشرع الجزائري لوضعية الزوجة الجزائرية، وهذا يعني أن الزوجة الجزائرية التي رفعت الدعوى لن يطبق عليها القانون الجزائري لا حسب الأصل العام ولا حسب الاستثناء. وحتى المشرع الجزائري الزوجة في حالة تطبيق قانون أجنبي عن طريق فكرة النظام العام، حيث أن فكرة النظام العام تؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للقانون الجزائري، ففي الحالات السابقة؛ والتي أفلتت من تنظيم المشرع الجزائري يمكن الرجوع إلى أفكار النظام العام -إذا ما توافرت شروطها- لعدم تطبيق القانون الأجنبي الضار بمصلحة الزوجة الجزائرية واستبداله بالقانون الجزائري.

### 3- ضوابط تحديد القانون الذي يحكم منازعات شكل الزواج

إن الزواج كتصرف قانوني لا بد أن يتوفر على مجموعة من الشروط الشكلية، فبعض القوانين تشترط الشكل الديني، وأخرى تشترط الشكل المدني ويكتفي البعض الآخر بتوافق الإراديتين دون أي شكل خاص، وفي القانون الجزائري لصحة الزواج يكفي أن يتم بالشكل المدني. والأصل أن زواج الجزائرية في الجزائر يخضع إلى الإجراءات المألوفة، ولكن من الممكن أن تتزوج الجزائرية في الخارج فلم يبين المشرع قواعد خاصة

تحكم شكل هذا الزواج في القانون المدني لذا يمكن تطبيق ما نظمته المشرع بالنسبة لجميع أشكال التصرفات الواردة في المادة 19 من القانون المدني :

" تخضع التصرفات القانونية في شكلها إلى قانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أن تخضع إلى قانون الموطن المشترك أو لقانونهما الوطني أو القانوني الذي يسري على أحكامها الموضوعية"، ويخضع شكل الزواج إلى قانون المحل حسب المادة 97 من قانون الحالة المدنية، والتي أخضعت شكل زواج الجزائريين في الخارج إلى الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية في قانونه، كما يمكن للجزائرية أن تبرم زواجها أمام القنصليات الجزائرية في الخارج تطبيقاً للمادة 96 من قانون الحالة المدنية. مما سبق يتضح أن شكل الزواج يخضع إلى قانون مكان إبرام الزواج، وفي حال اشترك الزوجين في موطن مشترك فيمكن تطبيق قانون الموطن، وإذا اشترك الزوجين في الجنسية فيمكن تطبيق أحكام قانون جنسيتهم وللقاضي الاختيار بين هذه الضوابط، على أن يكون مناسباً مع احتياجات ومصالح الزوجة الجزائرية. لكن سكت المشرع في المادة 97 من قانون الحالة المدنية عن حالة زواج الجزائرية في الخارج خوفاً من زواج الجزائريات بغير المسلمين، لكن هذا التخوف يزول عندما اشترط المشرع أن يراعي الجزائري الشروط الموضوعية في قانونه، أي على الزوجة الجزائرية أن تحترم الشروط الموضوعية في قانونها، وإذا احترمت الزوجة الجزائرية الشروط الموضوعية في قانونها هذا يعني احترامها للشروط الأساسية للزواج، وبالتالي يمكن القول أن الزوجة الجزائرية لها أن تبرم زواجها من الناحية الشكلية وفقاً للأوضاع المألوفة في البلد الأجنبي.

### 3- ضابط الجنسية وأثار الزواج

قد يقع النزاع بين الزوج والزوجة الجزائرية حول أثار عقد الزواج، فعالج المشرع القانون الواجب التطبيق على ذلك في المادة 12/ 1 من القانون المدني حيث أخضع منازعات أثار الزواج إلى الأصل العام الذي تخضع له منازعات الأحوال الشخصية أي لقانون الجنسية، لكن اختار قانون جنسية الزوج دون جنسية الزوجة، على اعتبار أن للزوج الدور الأكبر والأعباء الأثقل في الحياة الزوجية.

لكن تبني قانون جنسية الزوجة الجزائرية إذا ما كانت لها هذه الجنسية يوم إبرام عقد الزواج، وبهذا فإن لم يحرمها من تطبيق القانون الأجنبي عليها بل جعل الاختصاص يعود للقانون الجزائري لأن الزوجة الجزائرية هي أحد أطراف المنازعة، وهذا في المادة 13 من القانون المدني. والملاحظ أن المشرع قد حدد الجنسية بوقت الانعقاد وذلك من أجل وضع حلاً لمسألة التنازع المتغير للجنسية، فإذا قام الزوج بتغيير جنسيته بعد انعقاد الزواج فإن ذلك لن يؤثر في تحديد القانون الواجب التطبيق، ولم يأخذ المشرع بالقانون الوطني لكل من الزوجين من أجل تطبيق قانون واحد على آثار الزواج. وعلى خلاف الموقف السابق أخضع المشرع التونسي واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك، وإذا لم يكن الزوجين من جنسية واحدة فيطبق قانون آخر مقرر مشترك لهما وإلا فلقانون المحكمة، وبالنسبة للنظام المالي للزوجين فيخضع للقانون الشخصي المشترك، وعند اختلاف الجنسية يخضع لقانون أول مقرر مشترك لهما إن وجد وإلا فلقانون مكان إبرام عقد الزواج، أي أنه لم يفضل جنسية الزوج على جنسية الزوجة، وأخذ بعين الاعتبار مقر الزوجية المشترك وقانون المحكمة. فإذا وقع نزاع حول آثار عقد الزواج بين زوج سعودي وزوجة جزائرية متوطنين في تونس، ورفع النزاع أمام المحكمة الجزائرية، فالقانون الذي يحكم هذا النزاع هو قانون جنسية الزوج وقت الانعقاد أي القانون السعودي، لأنه هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج حسب الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون المدني. قد يكون هذا القانون مجحفاً بحقوق الزوجة الجزائرية، لذا استثنى المشرع هذه الحالة من حكم المادة 12 وأخضعها لحكم المادة 13، وبما أن الزوجة يوم انعقاد الزواج كانت جزائرية فهذا يعني أنه لن يطبق قانون جنسية زوجها بل سيطبق القانون الجزائري. ومن هنا فإن الآثار التي يترتبها عقد الزواج سواء كانت آثار شخصية (كواجب الاحترام والمعاملة الحسنة والإنفاق عليها) أو ما يتعلق بالآثار المالية للزواج أو الاتفاقيات المالية التي من الممكن أن تعقدها الزوجة الجزائرية مع الزوج الأجنبي؛ فإنها تخضع للقانون الجزائري حسب الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني، حتى ولو كان قانون جنسية الزوج لا يعترف بهذه الحقوق. ويمكننا أن نتساءل عن القانون الذي

يحكم تغيير الزوجة الجزائرية لاسمها أو لقبها وفقاً لقانون زوجها، لم يبين المشرع الجزائري موقفه من هذه المسألة في حين أن الفقه الراجح يعتبر أن هذه المسألة تدخل في آثار الزواج لأن تغير الاسم لم يثار إلا بمناسبة إبرام عقد الزواج، أي تطبيق قانون جنسية الزوج الأصل العام والاستثناء يحيلنا إلى تطبيق القانون الجزائري. وسواء تماشنا مع الرأي الفقهي واعتبرنا أن تغيير الاسم يعتبر من آثار الزواج أو اعتبرنا أن تغيير الاسم هو من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص فسيتم تطبيق القانون الجزائري في الحالتين، وهذه ضمانات إضافية منحها المشرع للزوجة الجزائرية مما يعني تطبيق القانون الجزائري في جميع الحالات على اسم ولقب الزوجة الجزائرية، ونفس القول السابق ينطبق على أهلية المرأة الجزائرية في حالة أن قانون جنسية الزوج ينقص من أهليتها لدى مباشرة بعض التصرفات. إن تبني المشرع الجزائري للاستثناء المتعلق بتطبيق القانون الجزائري إذا ما كانت الزوجة جزائرية وقت الانعقاد فيما يتعلق بمنازعات آثار الزواج، تشوبه فجوة معها لا تحمي الزوجة الجزائرية ولا يطبق القانون الجزائري فيما يتعلق بهذه المنازعات؛ لا حسب الأصل العام الوارد في المادة 12 فقرة أولى ولا الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني. مثال ذلك لو أن تونسية تزوجت بمغربي في الجزائر، ثم تجنست بالجنسية الجزائرية، وثار نزاع حول الآثار المالية أو الشخصية لعقد الزواج؛ فلن يتم تطبيق القانون الجزائري لأن الأصل أن نطبق قانون جنسية الزوج وقت الانعقاد وليس قانون جنسية الزوجة، ولن يتم تطبيق الاستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت الانعقاد، وبالتالي بالرغم من أن الزوجة الجزائرية هي التي رفعت الدعوى مطالبة بتطبيق القانون الجزائري فلن يتم تطبيق القانون الجزائري. ويرجع سبب هذا التناقض إلى أن المشرع اشترط لتطبيق الاستثناء وجود طرف جزائري وقت الانعقاد وليس بعده مما فتح المجال أمام حالات تكون الزوجة تجنست بالجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج، وما يبرر موقف المشرع هو أن آثار الزواج ترتبط بوقت انعقاد الزواج وليس بوقت رفع الدعوى، لذا ربط المشرع الجنسية الجزائرية بوقت الانعقاد، وهذا القول لا يمنع أن نتساءل عن عدالة تطبيق قانون جنسية الزوج الأجنبي على الزوجة الجزائرية، وآلا يشكل هذا إجحاف



بحقها؛ خاصة إذا ما كان قانون جنسية الزوج ينتمي إلى منظومة قانونية مختلفة عن القانون الجزائري.

-ضابط الجنسية وانحلال الزواج: كأي رابطة قانونية فإن عقد الزواج يمكن حله، في هذه الحالة يخضع النزاع إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وليس إلى قانون جنسية الزوجة، وهذا ما جاءت به المادة 2/12 من القانون المدني، ولم يأخذ المشرع بالقانون المشترك للزوجين حتى يتم إخضاع الطلاق إلى قانون موحد، وورد على ذلك استثناء مفاده تطبيق القانون الجزائري في منازعات الطلاق إذا كانت الزوجة جزائرية وقت إبرام عقد الزواج حسب الاستثناء الوارد في المادة 13. فلو أن نزاعاً دار حول مدى توفر شرط الضرر كسبب للمطالبة بالتطليق بين زوج سوري وزوجة لبنانية، ثم تجنست الزوجة اللبنانية بالجنسية الجزائرية، وعرض النزاع على القاضي الجزائري، فإن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع حسب الأصل العام هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى "أي القانون السوري" حسب المادة 12 فقرة 02 من القانون المدني، ولا يمكن في المثال السابق الاعتماد على الاستثناء الوارد في المادة 13 لأن الزوجة لم تكن جزائرية يوم انعقاد الزواج، وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون السوري وليس القانون الجزائري، مما يعني أنه سيطبق على الجزائرية قانون قد يكون بعيد كل البعد عنها ولا يضمن لها العدالة المنشودة.

لقد بررنا فيما سبق ربط المشرع الجزائري الاستثناء بوجود طرف جزائري يوم انعقاد الزواج، لأن الحقوق المزعومة ينظر لها وقت انعقاد الزواج كما هو الأمر بالنسبة لصحة الزواج وأثاره، لكن الأمر يختلف بالنسبة لحل الرابطة الزوجية إذ أنها ترتبط بتاريخ رفع الدعوى وليس بالانعقاد مما يجعل ربط تطبيق القانون الجزائري بوجود طرف جزائري وقت الانعقاد غير مبرر.

خاتمة: مما سبق نقول أن المشرع الجزائري عالج منازعات الأحوال الشخصية من خلال تطبيق "قانون الجنسية كضابط إسناد"، وذلك من أجل تحقيق سياسة تشريعية تميل إلى إبقاء العلاقة بين الجزائريين ودولتهم وقانونهم؛ وعلى أساس أن القانون الجزائري هو

أفضل القوانين التي تحقق طموح وأمال الجزائريين، وفضل المشرع قانون جنسية الزوج على قانون جنسية الزوجة لما له من واجبات والتزامات في الحياة الأسرية. وفي المقابل فإن المشرع لم يُهمل وضععية الزوجة الجزائرية، حيث تبنى الاستثناء في المادة 13 من القانون المدني. يتضمن تطبيق القانون الجزائري متى كانت الزوجة الجزائرية طرفاً في المنازعة. فبالرغم من العناية والحرص الذي أبداه المشرع الجزائري لتطبيق القانون الجزائري على الجزائريين، والذي يستشف من خلال تحليل المواد من 10-13 من القانون المدني، إلا أنه من خلال اشتراطه لأن يكون أحد الطرفين جزائرياً وقت التعاقد قد أفلتت حالات من الهدف المنشود "تطبيق القانون الجزائري على كل الجزائريين"، مما يعني أننا سنجد منازعات فيها طرف جزائري ويطبق القاضي الجزائري عليها قانوناً أجنبياً، أقل ما يمكن أن يقال عن هذا القانون أنه سيكون مجحفاً بحقوق الجزائرية، لذا لا بد من تعديل المادة 13 لتتماشى مع تطبيق القانون الجزائري على كل الجزائريين فيما يتعلق بمنازعات الأحوال الشخصية. إن تبنى المشرع الجزائري للإحالة من الدرجة الأولى دون الإحالة من الدرجة الثانية ضمن عدم تطبيق قانون أجنبي على منازعات الزوجة الجزائرية، لأن الإحالة من الدرجة الأولى تعني الرجوع إلى القانون الجزائري. وبالرغم من أن تطبق قانون الجنسية على منازعات الأحوال الشخصية يضمن تطبيق القانون على جميع الجزائريين المتواجدين داخل الوطن أو خارجه إلا أنه قد لا يكون هو أعدل القوانين خاصة بالنسبة للمغتربين الذين يتوطنون ويعيشون طوال حياتهم خارج الجزائر وهو أمر يتطلب إعادة النظر في هذه القوانين من هذه الزاوية .

## الهوامش

<sup>1</sup> - الأحوال الشخصية مصطلح فقهي تشريعي عربي حديث نسبياً، فهو لم يكن معروفاً في الفقه والتشريع العربيين قبل مطلع القرن العشرين، وقد أدخل إلى اللغة العربية بتأثير المصطلحات الأجنبية التي وفدت إلى العالم العربي مع القوانين الأجنبية التي دخلت التشريع العربي بعد الحملة الفرنسية على مصر وقد استحسن الفقهاء العرب هذا المصطلح في نطاق المصطلحات الفقهية والتشريعية، ولعله في أصله اصطلاح إيطالي ابتدعه الفقهاء الإيطاليون في القرنين الثاني عشر والثالث عشر حلاً لمشكلة تنازع القوانين، ثم انتشر بعد ذلك وعم كل القوانين الأجنبية الأخرى. ولعل أول من استعمل هذا المصطلح في الفقه العربي الإسلامي في مطلع القرن العشرين العلامة المصري محمد قردري باشا عندما ألف كتابه «الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية».

<sup>2</sup> - عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، موسوعة القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 146.

<sup>3</sup> - محمد عماد الدين عياض، محمد دمانة، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها التشريعات وفقاً للقانون الجزائري، مداخلة لمقابلة في الملتقى، جامعة ورقلة، ص 01.

- الأمر رقم 03/06، المؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر عدد 78.

<sup>4</sup> - ولكن بالنظر لعدم دقة هذا التعريف وعدم الحصر الدقيق لنطاق الأحوال الشخصية في هذه المادة، حاولت محكمة النقض المصرية أن تأتي ببيان شاف في ذلك فنصت في حكم لها صدر في 1934/6/21 بما يلي: « والمقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي ترتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية». إلا أنه يتبين من ذلك أن الوقف والهبة والوصية والنفقات لم تدخل في نطاق الأحوال الشخصية في هذا الحكم، وذلك موافق لما هو عليه الوضع في التشريع الفرنسي.

<sup>5</sup> - البشري شوربيجي، مشكلات الزواج المختلط... ومعالجتها تشريعياً، ص 1، أنظر الموقع:

<http://www.eastlaws.com>

<sup>6</sup> - في التشريع الجزائري نصت المادة 24 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/7/2005 المتضمن القانون المدني على أنه " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"، ج ر عدد ج ر عدد 44.

<sup>7</sup> - " إن الاتجاه الحديث في أوروبا يتجه نحو الأخذ بالمواطن كضابط للإسناد وهو أمر ثابت في الإتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي لسنة 1956 المتعلقة بنفقة الأولاد والتي استندت على محل إقامة الولد الصغير كضابط للإسناد". أنظر: عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 145.

<sup>8</sup> - أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، جامعة بنها، مصر، ص 221، أنظر الموقع

[www.pdfactory.com](http://www.pdfactory.com)

<sup>9</sup> - " القانون الدولي الخاص يهتم بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية ، يعالج المشاكل المتولد عن ارتباط النزاع بأكثر من دولة و أبرزها مشكلة تنازع القوانين أين يضع قواعد قانونية الهدف منها إرشاد القاضي إلى القانون المختص بين القوانين المتنازعة لحكم المسألة محل النزاع " .

- أنظر: عادل بن عبد الله ، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، العدد 3 ، جامعة بسكرة، ص1.

<sup>10</sup> - " إن الإختلاف في القوانين كشرط للتنازع لا ينبغي أن يصل إلى حد التعارض في الأسس التي يقوم عليها أنظمة القوانين المتنازعة و إلا ترتب على ذلك عدم السماح بتطبيق القانون الأجنبي ، كحالة رفض تطبيق جنسية الأجنبي في أوروبا في مسائل الزواج الثاني لأنه يسمح بتعدد الزوجات الذي يعتبر مخالف للنظام العام حسب قوانينها الأوروبية " .

- أنظر: د/ حسين المهداوي ، القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني ، دراسة مقارنة ، مكتبة الثقافة ن الأردن ، 1997، ص ص 18-19 .

<sup>11</sup> - أحمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق ، ص 243 .

<sup>12</sup> - عبد الرسول عبد الرضا جابر ، نطاق تطبيق قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية ، و إشكاليات اعتماد معيار الجنسية ، كلية الحقوق ، قسم القانون الخاص ، الأردن ، 2012 .

<sup>13</sup> - أنظر: د/ حسين المهداوي ، المرجع السابق ، ص 85 .

<sup>14</sup> - عبد الرسول عبد الرضا جابر ، نطاق تطبيق قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية ، و إشكاليات اعتماد معيار الجنسية ، كلية الحقوق ، قسم القانون الخاص ، الأردن ، 2012 .

<sup>15</sup> -الأمر رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، المعدل للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2005.

<sup>16</sup> - والي جمال، أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، عدالة ضابط الجنسية في تحقيق مصلحة الزوجة الجزائرية،

الملتقى الدولي الأول حول تطبيق القانون الأجنبي، أيام 8-9-10 أفريل 2007 ، جامعة الأغواط ، ص 2

<sup>17</sup> - عبد الرسول عبد الرضا جابر ، المرجع السابق .

<sup>18</sup> - " حسب القواعد العامة لا يجوز للقانون العام الأجنبي أن ينافس و يزاحم قانونا عاما وطنيا " .

أنظر: د/ حسين المهداوي ، المرجع السابق ، ص 87 .

<sup>19</sup> - عبد الرسول عبد الرضا جابر ، المرجع السابق .

<sup>20</sup> - " اذا تعذر تعيين الموطن أو محل الإقامة لعديم الجنسية استقر العرف الدولي على أن يطبق القاضي قانونه في حكم الأحوال الشخصية " أنظر: د/ حسين المهداوي ، المرجع السابق ، ص 88 .

<sup>21</sup> - " لحل التنازع يقوم القاضي بتعيين القانون المختص مع ضبط الوقت فمثلا بالنسبة للوصايا يطبق

قانون الموصي وقت الموت و بالنسبة للطلاق يطبق جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى ..."

أنظر: د/ حسين المهداوي ، المرجع السابق ، ص 89 .

- <sup>22</sup> - الدكتور عكاشة محمد عبد العال- تنازع القوانين دراسة مقارنة- دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية- طبعة 2002- صفحة 569.
- <sup>23</sup> - هناك عدة معايير تساعد القاضي في تحديد الجنسية الفعلية منها؛ مدة الإقامة الأكبر التي يقيمها الشخص في أي بلد؛ أو تواجد عائلته، أو مركز عمله ونشاطه وأمواله، أو أدائه للخدمة الوطنية ودفعه لضرائب زرواطي الطيب- القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية- الجزء الأول تنازع القوانين- مطبعة الكاهنة الجزائر- طبعة 2000- صفحة 108.
- <sup>24</sup> - قد يوجي مصطلح الجنسية الحقيقية بأن الجنسية الأخرى غير حقيقة أي مزورة أو غير موجودة أو أنها وهمية، أو أن المقصود أن إحداها أصلية والأخرى مكتسبة، وهذا القول غير صحيح لأنه قد تكون للشخص في نفس الوقت جنسيتين أصليتين، لذا فلم يكن المشرع موفقاً في القول بالجنسية الحقيقية.
- <sup>25</sup> - راجع المادة 10 من الأمر رقم 10/05 المتضمن للقانون المدني، المرجع السابق.
- <sup>26</sup> - الدكتور أعراب بلقاسم- القانون الدولي الخاص- الجزء الأول تنازع القوانين- دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع الجزائر- طبعة 2003- صفحة 229.

## منازعات الأحوال الشخصية للأجانب في الفقه الإسلامي

M. TRIKI Farid, Maitre assistant (A),  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université A. Mira Bejaia 06000  
Bejaia –Algérie.

أ. تريكي فريد، أستاذ مساعد "أ"، كلية الحقوق  
والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة  
06000، بجاية- الجزائر.

### مقدمة

أقام الفقه الإسلامي علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول الأخرى على أسس من السلم والأمن والعدل والتعايش المشترك، كما لو توصلت الدولة الإسلامية أبوابها في وجه الأجانب عنها، بل أتاح فقهاء الإسلام لغير المسلمين الدخول في الدولة الإسلامية ومنحهم حق الإقامة بها، إقامة مؤبدة عن طريق عقد الذمة، أو مؤقتة عن طريق عقد الأمان. وكفل الإسلام لغير المسلم كافة الحقوق والحريات فاعترف له بإنسانيته وبشخصيته القانونية، حيث مكّنه من التعامل مع غيره من المسلمين والذميين في الدولة الإسلامية وهكذا وجدت فعلا علاقات قانونية ذات طابع دولي، أي مشتملة على عنصر أجنبي، وذلك من خلال معاملة المستأمن الأجنبي مع المسلم والذمي في دار الإسلام، وفي دار الحرب، وكذلك بين مستأمن ومستأمن في دار الإسلام.

من ناحية أخرى، إمكانية تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، إذ أباح الإسلام لغير المسلمين أن يتحاكموا إلى قوانينهم وشرائعهم الخاصة في الدولة الإسلامية في ظل قاعدة "أمرنا بتركهم وما يدينون".

### 1- مفهوم الأجنبي

إنّ لفظ الأجنبي في الفقه الإسلامي لا يُستخدم كمرادف لغير المسلم، بصفة مطلقة، أو يُستخدم مغايرا لكلمة "مسلم"، وهذا يعني أنه ليس كل "غير المسلمين" أجنبي عن الدولة الإسلامية.

وُشير إلى أنّ غير المسلمين على اختلاف أصنافهم يمكن تقسيمهم إلى الفئات التالية باعتبار علاقتهم بالدولة الإسلامية<sup>(1)</sup>:

- الذميون: وهم غير المسلمين الذين يُقيمون بصفة دائمة في الدولة الإسلامية بناء على عقد ذمة والرأي الراجح في الفقه الإسلامي أنهم من مواطني الدولة الإسلامية.

- المستأمنون: وهم غير المسلمين الذين يدخلون الدولة الإسلامية، بمقتضى عقد الأمان، دون أن يكون لهم حق الإقامة الدائمة، وهم ليسوا من أهل دار الإسلام ولا من أفراد شعب الدولة الإسلامية، ويُعتبرون أجانب بالنسبة للدولة الإسلامية<sup>(2)</sup>.

- المعاهدون: هم سكان دار العهد، التي هي في الأصل "دار حرب" تغيرت صفتها الشرعية بدخولها مع دار الإسلام في عهد يلتزم فيه الطرفان بعدم الاعتداء واستمرار حالة السلم التي أوجدها العهد إلى أمد<sup>(3)</sup> والمعاهد كذلك يُعتبر أجانباً عن دار الإسلام.

- الحربيون: فالحربي هو غير المسلم من سكان دار الحرب، وليس معنى كونه حربياً أنه حلال الدم والمال، فهو مجرد اصطلاح باعتبار توقع الحرب بين دار الحرب ودار الإسلام<sup>(4)</sup>، مع بقاء الأصل في بقاء علاقة الدولة الإسلامية بهؤلاء هو السلم حتى يوجد داعي الحرب. والحربيون في نظر الفقه الإسلامي أجانب بالنسبة للدولة الإسلامية.

وبناء على ما سبق فغير المسلمين جميعاً على اختلاف أصنافهم، مع اتفاقهم في كونهم غير مسلمين، إلا أنّ من يتمتع بجنسية الدولة الإسلامية هم الذميون فقط، أما من عداهم من غير المسلمين فهم أجانب بالنسبة للدولة الإسلامية مهما كانت صفتهم، أي سواء كانوا مستأمنين أو معاهدين أو حربيين<sup>(5)</sup>.

من خلال ما سبق يمكن تعريف الأجنبي بأنه: «غير المسلم الذي لا يرتبط بالدولة الإسلامية برابطة الإقامة الدائمة أو التوطين المستفاد من عقد الذمة».

وبهذا يتحقق وصف "الأجنبي" بالنسبة للدولة الإسلامية في حق كل غير المسلمين الذين لا يرتبطون بها بعقد الذمة، ويستوي بعد ذلك كونه مستأمناً أم معاهداً أم حربياً، وغير المسلم لا يخرج عن كونه أحد هذه الأصناف<sup>(6)</sup>.

## 2- ضوابط اختصاص القضاء الإسلامي بمنازعات الأجانب

نُميِّز بين فرضين:

- الفرض الأول: أن يكون في الدعوى طرف مسلم، وفي هذه الحالة يختص القاضي المسلم بنظر الدعوى، طالما كان أحد المتخاصمين مسلماً، فالولاية القضائية العامة هنا

ثابتة، ويجب على القاضي الحكم بينهما سواء كان الطرف الثاني ذمياً أو مستأمناً، وسواء موضوع الدعوى نكاحاً أو غيره، وسواء ترافعا، أو ترافع أحدهما فقط، سواء كان المسلم مدعياً أو مدعاً عليه، فيجب على القاضي الحكم لإنصاف المسلم إذا كان مظلوماً، وردة عن ظلمه إذا كان معتدياً، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء<sup>(7)</sup>، فاختصاص المحاكم في الدولة الإسلامية بالقضايا التي يكون أحد الخصوم فيها مسلماً هو اختصاص إلزامي<sup>(8)</sup>.

- الفرض الثاني: إذا كان طرفاً الدعوى غير مسلمين، فالمسألة خلافية بين فقهاء

الإسلام.

بالتأمل في هذه الآراء يتبين أنه يمكن ردها إلى اتجاهين، الأول أن القاضي المسلم مخير بين الحكم بينهم أو الاعراض عنهم لقوله تعالى: "فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تُعرض عنهم فلن يضروك شيئاً"<sup>(9)</sup>. الثاني أن القاضي يجب عليه الحكم بينهم. هذا بالنسبة لدعاوى غير النكاح وما يتعلّق به. أمّا في دعاوى النكاح -قضايا الأحوال الشخصية- فلا يجبر القاضي على الحكم بينهم، بناء على أنهم يقرّون على أنكحتهم، وهو رأي الحنفية وهو رأي سديد، وكتفرقة واجبة، لأنهم يقرّون على أنكحتهم وما يتعلق بعقيدتهم. غير أن الرأي الذي رجحه الفقه الغالب، هو القائل بوجوب الحكم بين غير المسلمين ذميين كانوا أو مستأمنين، متى ترافعوا إلى القاضي المسلم دون اشتراط رضی الخصمين في الترافع إلى القاضي المسلم، بل يكفي رفع أحدهما الدعوى لوجوب الحكم فيها.

الخلاصة أنه بالنسبة لمدى حق الأجانب في الالتجاء إلى القضاء في الدولة الإسلامية،

ومدى ولاية القضاء الإسلامي عليهم تحكمه قاعدتان جوهريتان:

- القاعدة الأولى: لهم ما لنا وعليهم ما علينا

ومقتضاها أن يلتزم غير المسلم بأحكام وقوانين وتقاليد البلد الذي يوجد فيه، وبالتالي يخضع لقضاء هذا البلد جنائياً كان أم مدنياً، مثله في ذلك مثل المسلم سواء بسواء. وهذه القاعدة مأخوذة عن الرسول -عليه الصلاة والسلام- فقد رُوي أنه لما غزا سلمان المشركين من أهل فارس قال: كُفّوا حتى أدعوهم كما كنت أسمع رسول الله صلى



الله عليه وسلم يدعوهم فأتاهم فقال: «إنا ندعوكم إلى الإسلام، فإن أسلمتم فلکم مثل ما لنا وعليكم مثل ما علينا، وإن أبيتم فأعطونا الجزية وأنتم صاغرون...»<sup>(10)</sup>.  
ومن تطبيقات هذه القاعدة حرمة الدم والمال والعرض ومباشرة التصرفات التي تسمح بها شرائع أهل الكتاب، والحق في العمل والتجارة والضمان الإجتماعي وتولي الوظائف العامة في الدولة الإسلامية.

### - القاعدة الثانية: أمرنا بتركهم وما يدينون أو يعتقدون

من معانيها ألا يكلف غير المسلم بما له صفة تعبدية أو دينية في نظر الإسلام، مثل الجهاد والزكاة، وليس للحاكم المسلم أن يمنعهم مما أحله لهم دينهم وقد حرّمه الإسلام مثل شرب الخمر وأكل الخنزير، ولا يتدخل القاضي المسلم في ما يعتقدون حله من قضايا الأحوال الشخصية - الزواج والطلاق والميراث والوصية وغير ذلك- وهذا يُعتبر إقراراً لقاعدة إسناد بالمعنى الفني لتلك التي تعرفها القوانين الوضعية المعاصرة<sup>(11)</sup>.

### 3- فكرة النظام العام

بلغ الفقه الإسلامي حدًا كبيراً من التسامح مع الأجانب، إذ ترك لهم الحرية كاملة فيما يتعلّق بقضايا أحوالهم الشخصية بأن يتحاكموا بشأنها إلى قضاة منهم، وفي هذا ضمان لنفاذ الأحكام واحترام حجيتها وفعاليتها، بشرط عدم تعارض شريعة غير المسلمين مع النظام العام في الدولة الإسلامية. فلا يتعدى شرّها إلى المسلمين ولا تُحدث لهم فتنة بحيث تمسّ بالأسس الاجتماعية والروحية والاقتصادية لدولة القاضي المسلم<sup>(12)</sup>. ويمكن أن أشير في هذا الإطار إلى أمثلة عن بعض القضايا التي تتصادم مع فكرة النظام العام في الدولة الإسلامية:

- إباحة إنشاء أسر وحيدة الجنس والسماح بزواج المثليين.
- منع تشريع الطلاق بشكل كامل.
- السماح بنظام المخادنة وحمايته قانوناً.
- العبث بالأنساب عن طريق إقرار نظام تأجير الأرحام واستخدام مخابر السائل المنوي لإنجاب المتميزين والمبدعين وإشاعة التبني.

## الهوامش

- 1- د. سامي الميداني، الحقوق الدولية الخاصة، مطبوعات مكتب النشر العربي، دمشق، 1938، ص 198.
- 2- د. عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، ط2، مؤسسة الرسالة، 1988، ص 55-56.
- 3- السيد عبد الحافظ عبد ربّه، فلسفة الجهاد في الإسلام، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1972، ص 224 وما بعدها.
- 4- تكلم فقهاء الإسلام عن التقسيم الثنائي للعالم إلى دار للإسلام ودار للحرب وتكلم بعضهم عن تقسيم ثلاثي أضاف إلى سابقه ما أطلق عليه دار العهد. حيث أقاموا تقسيماتهم تلك على أساس النظر إلى النطاق المكاني لتطبيق الدين الإسلامي والملتزمون بأحكامه. فمتى كان هذا النطاق إسلاميا وظهرت فيه الدعوة وطبقت فيه أحكام الشريعة وعلا شأن المسلمين وقوى جانبهم وكانت السيادة لهم فالإقليم إسلامي أو دار للإسلام، بصرف النظر عما إذا كان سكان الإقليم من المسلمين أم من غير المسلمين، وما إذا كان المسلمون أغلبية أو أقلية. وعلى ذلك كانت تُعرف دار الإسلام بأنها جملة الأقاليم التي تُطبق فيها أحكام الإسلام ويأمن جميع من فيها بالأمان الذي يتمتع به المسلمون. أمّا إذا كان الأمر على عكس ذلك بحيث تظهر أحكام الشرك وتكون السيادة لغير المؤمنين بالله ورسوله فالإقليم حينئذ إقليم غير إسلامي أو دارا للحرب. أمّا عن دار العهد فكان المقصود بها تلك الأقاليم التي دخلت مع دار الإسلام في معاهدات تؤمن بها نفسها وشعوبها.
- انظر: د. صلاح الدين جمال الدين، النظام القانوني للجنسية في الدولة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 20-21.
- 5- د. رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 224-225.
- 6- المرجع نفسه، ص 225.
- 7- د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 462.
- د. محمد سلام مدكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 125.
- 8- د. أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، 1989، ص 142.
- 9- سورة المائدة، الآية 42.
- 10- أبو يوسف، الخراج، المطبعة السلفية، 1302هـ، ص 207.
- 11- د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 154.
- 12- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، ج1، دراسة مقارنة، ط1، 1988، ص 425.

المحور الثاني

دراسة أهم مواضيع القوانين في

الأحوال الشخصية

## القانون الذي يحكم الخطبة كمقدمة لإبرام عقد الزواج

Dr KRIM Karima,  
Maitre de conférences (B),  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,  
Université Djilali LIABES,  
Sidi-Bel-Abbès.

د. كريم كريمة، أستاذة محاضرة "ب"  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس.

### المقدمة

إن الإتجاه الشائع في التشريعات الحديثة هو الأخذ بمبدأ شخصية القوانين<sup>(1)</sup>، بإخضاع حالة الأشخاص لقانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم لأنها غير قابلة للتعدد وتحتاج للاستقرار وذلك بأحادية القانون الذي يحكم أهليته، زواجه، الطلاق...، وذلك بإخضاعها إلى القانون الوطني للشخص، وهو ما أخذت به المادة 10 من القانون المدني الجزائري<sup>(2)</sup>.

عرفت الخطبة في عهد القانون الروماني القديم، وكانت تخضع لشروط موضوعية وشكلية معينة تمنح لكل من الخاطبين الحق في المطالبة بتنفيذ الزواج، ثم عدل عن هذا الأثر، أما بالنسبة للقانون الكنسي اختلف موقفه باختلاف طبيعة الزواج ومدى ارتباطه بالكنيسة، فعندما كان دينيا كان للخطبة آثار عقدية ولا يمكن إلغاؤها إلا باتفاقهما معا، إلى أن أصبحت مجرد وعد فقدت تلك الآثار القانونية، وحتى القانون الفرنسي فبعدها كان يعتبرها عقدا باطلا لمخالفة النظام العام فقد ابتعد القضاء عن الأخذ بفكرة المسؤولية العقدية<sup>(3)</sup>.

فرغم قدمها، إلا أنها لم تحض بمفهوم قانوني بل تعد مجرد حادث متعلق بالحياة الخاصة، اعتبرتها الشريعة الإسلامية من مقدمات الزواج و اعتبرها الفقه تمهيدا أو من مقدمات الزواج<sup>(4)</sup>، وذلك قصد الكشف عن رغبة المتعاقدين في إبرام العقد فوجدت نتيجة لخطورة عقد الزواج، و القانون الفرنسي لم ينظمها بل اعتبر العدول عنها هو الرجوع عن وعد بالزواج يلزم صاحبه تعويض الضرر المادي و المعنوي إذا كان العدول دون سبب مبرر و بإرادة أحد الخاطبين.

فلم يهتم بها القانون المدني الفرنسي و حتى القضاء الفرنسي لم يحدد شروطاً لصحتها، و لكنه اعتبرها وعداً بالزواج، على خلاف القانون الألماني الذي نظم هذه العلاقة و اعتبر الخطبة وعداً بالزواج، و لكنه غير ملزم لأنه لا يمكن الإجبار على الزواج تطبيقاً للمادة 1297 من القانون المدني، و المادة 894 المقطع 02 من قانون الأحوال المدنية، كما لا يلزم القانون من عدل عن الزواج بغرامة مالية<sup>(5)</sup>، و القانون التركي اعتبر الخطبة عقداً كما هو في القانون السويسري و ذلك قبل صدور القانون المدني التركي في 2001<sup>(6)</sup>، و حتى القانون السويسري مازال يعتبرها بنص صريح عقداً في المادة 90 فقرة A من القانون المدني السويسري الصادر في 10 ديسمبر 1907 الساري المفعول<sup>(7)</sup>. فكل تلك القوانين يسري عليها من حيث شروطها الأصلية و الأضرار المتولدة عنها قانون الدولة التي يتمتع كل خاطب بجنسيتها لا على أساس الفعل الضار بل على أساس أنها من الحقوق العائلية كما هو في القانون التركي السويسري الألماني.

أما التشريعات العربية منها القانون الأردني<sup>(8)</sup> البحريني و القطري و أيضاً القانون الجزائري فهي لا تجعل عقد الزواج تاماً بالخطبة: فهي تعد طلب الرجل للمرأة الزواج و إذا أوجب لطلبه تتم الخطبة و لا ينعقد الزواج، فهي مقدمة له غير ملزمة يجوز العدول عنها، و على رغم اتفاق تلك التشريعات على طبيعتها، إلا أنه يوجد منها من سكت عن تحديد القانون الذي يحكم الخطبة عند وجود عنصر أجنبي منها القانون الجزائري- و نظيره المصري و الأردني-، عكس البعض الآخر الذي تدخل صراحة لتحديده: كالقانون الكويتي الذي يميز صراحة بين شروط الصحة و آثار و فسخ الخطبة، و ذلك بموجب قانون 05 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي: خاصة المادة 35: "تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، و يسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة إلى كل خاطب، و من حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، و من حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ"، و أيضاً القانون القطري بموجب المادة 18 من قانون 22- لسنة 2004 المتضمن القانون المدني، و القانون التشيكوسلوفاكي الذي أخضع شروط صحتها لقانون الزوجين المستقبليين، و تخضع آثارها في المجر و النمسا و النرويج و هولندا لقانون القاضي<sup>(9)</sup>.

فأمام سكوت القانون الجزائري عن تحديد القانون الواجب التطبيق، يمكن الاعتماد على المادة 23 مكرر من القانون المدني التي تحيل إلى الاعتماد على المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص<sup>(10)</sup>، وعليه فبالرجوع إلى الأحكام المنظمة للزواج فإن الخطبة تعد مجرد تمهيد لعقد الزواج، نظمتها المشرع في المادتين 05،06 من قانون الأسرة ساري المفعول. تعد الخطبة من الإجراءات السابقة للزواج و إذا وصلت إلى مرحلة الوعد ذي القيمة القانونية فلا شك في أنها تعتبر كمقدمة للزواج و تدخل في نطاق الأحوال الشخصية و بالتالي تخضع لنفس القانون الذي يخضع له الزواج نفسه<sup>(11)</sup>، و إذا فسخت الخطبة و ترتبت على فسخها المسؤولية التقصيرية فإنها تخضع لقانون المحل الذي حصل فيه العدول. الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، فهي تخضع عند وجود عنصر أجنبي لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، لان هذا القانون هو الذي يحدد شروط الزواج و العقد النهائي الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، فهي تخضع عند وجود عنصر أجنبي لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، لان هذا القانون هو الذي يحدد شروط الزواج والعقد النهائي.

و لاختلاف الأحكام الواردة في التشريعات بشأن الخطبة و آثارها فقد دخلت ضمن دائرة اهتمام القانون الدولي الخاص، لمعرفة ما هو القانون الذي يحدد طبيعة العلاقة بين الخاطبين، والقانون الذي يحكم أهلية الخاطبين و شروطها الموضوعية، و آثار العدول عنها بالاعتماد أصلا على القانون الجزائري و مقارنته في بالقوانين الأجنبية كلما تطلب الأمر ذلك؟، و هو ما سيتم التفصيل فيه: بتحديد أولا: القانون الذي يحكم تكييف الخطبة، ثانيا: القانون الذي يحكم شروط الخطبة، تحد القانون الذي يحكم الآثار ثالثا.

## المبحث الأول: خضوع تكييف الخطبة لقانون القاضي

فالمركز المطروح أمام القاضي يقتضي بدهاءة معرفة معالمه الأساسية وفقا لأحكام القانون الذي يستند إليه، و إذا ما تم للقاضي الاستئناس بالقانون الأجنبي على هذا النحو أمكنه بعد ذلك أن يرد المسألة المعروضة بعد أن برزت معالمها إلى الفكرة المسندة الملائمة ليتين مدى تضمينها للعلاقة المطروحة أمامه، و يتم الاستعانة بالقانون المقارن للتوسع في مفهوم قانون القاضي استجابة للاعتبارات الدولية و حتى يشمل العلاقات التي يجهلها القانون الوطني و مثل هذه المرونة يجسدها القانون الجزائري في المادة 09 من القانون المدني: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه."، و هي مرونة اعتبرها البعض غير كافية لا بد من التدخل لمنح إمكانية الاستعانة بالقانون المقارن لتحقيق فكرة التعايش بين النظم القانونية المختلفة<sup>(12)</sup>.

وإخضاع التكييف لقانون القاضي لا يقصد منه تجاهل القانون الأجنبي الذي تمسك به الأطراف، بل يرجع إليه ليفهم حقيقة المركز أو العلاقة المراد تكييفها و ذلك بالتحليل ثم يقوم برد المسألة محل البحث إلى الفكرة المسندة الملائمة لها وفقا لمفهوم القانون الوطني، خاصة إذا كان القانون الوطني لا يعرف تلك المسألة أو العلاقة فيستدل بأفكار القانون الذي تنتهي إليه<sup>(13)</sup>.

عند التكييف القاضي سيقوم: بتمييز الخطبة عما يشابهها فلا يتوقف عند تسمية الأطراف، و يبعدها عن عقد الزواج.

### المطلب الأول: تمييز الخطبة عن العلاقات التي تتشابه معها

لا بد من التمييز بين الخطبة والعلاقة التي تربط بين الأصدقاء، التي لا يمكن بأي حال من الأحوال تفسيرها على أنها خطبة، وهي علاقة غريبة على المجتمعات الإسلامية بل هي نتيجة للغزو الثقافي الذي أصبح من الصعب السيطرة على آثاره و التحكم فيه، بعد انتشار استعمال الانترنت و كثرة مواقع التواصل الاجتماعي، ناهيك عن الآثار السلبية للغربة في بلاد غير إسلامية أين يضطر الشخص السير نفس مسرى المقيمين الأصليين لتلك البلد و القيام ببعض تصرفاتهم كما هو الحال في الخطبة أو العلاقة بين الأصدقاء

في البلاد الأوروبية التي لا تكاد تبتعد عن الزنا، و بالتالي هي علاقات محرمة شرعا، و حتى الله سبحانه و تعالى اعتبرهم من الأخذان: " إذا أتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين و لا متخذين أخذان و من يكفر بالإيمان فقد حبط عمله و هو في الآخرة من الخاسرين"<sup>(14)</sup>.

و هنا يمكن التمسك بالنظام العام لاستبعاد علاقات مخالفة للآداب العامة من ضمن أحكام الخطبة حتى و لو سماها الطرفان خطبة، منها العلاقات التي تربط بين مثلي الجنس، أو علاقة الصداقة المعروفة في المجتمعات الغربية التي تمكن للصديقان الالتقاء و يمكن أن تتجاوز الحدود بالسماح بإعمال الحرية الجنسية حتى قبل الزواج، و مثل تلك العلاقات مخالفة للنظام العام في الجزائر بل و تعد من قبيل الجرائم التي يتابع مرتكبها.

#### المطلب الثاني: تميز الخطبة عن عقد الزواج

لكن إذا اقترنت الخطبة بكلام يفيد حصول الزواج فإنها حينئذ عقد زواج و ليست مجرد خطبة كما لو قال الأب مثلا في جلسة قراءة الفاتحة للخطبة، " زوجتك ابنتي" و قال الخاطب " قبلت" فإن ذلك يعد عقدا للزواج إذا وجد شهود أثناء ذلك<sup>(15)</sup>. و حتى بالنسبة لما هو متعارف عليه في الجزائر، و هو اقتران الفاتحة بمجلس الخطبة و هنا لا بد من التمييز بين حالتين، و يختلف الأخذ بها باختلاف العادات و التقاليد:

1. الحالة الأولى تبقى فيها الخطبة محتفظة بتكليفها كمقدمة و تمهيد للزواج بان تكون قراءة الفاتحة فقط لمباركة الخطبة، تطبيقا للمادة 1/06 من قانون الأسرة: " ان اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا"، و هو ما أخذ به أيضا القانون الأردني<sup>(16)</sup>.
2. الحالة الثانية أين يكون الاتفاق على الخطبة و قراءة الفاتحة في مجلس واحد<sup>(17)</sup> بحضور ولي المخطوبة و الخاطب، و جمع من الناس من أقارب و أصدقاء العائلتين، و ينتهي بإبرام عقد زواج شفهي لصالح الخطيبين يتم فيه تحديد الصداق و تطابق الإيجاب مع القبول و تليه قراءة الفاتحة متبوعة ببعض الدعوات للزوجين، و تقديم الصداق كله أو جزء منه في المجلس أحيانا<sup>(18)</sup>، بل يوجد من الفقه<sup>(19)</sup> من اعتبر تسمية الفاتحة التي تلحق بالعقد ما هي إلا إلحاق الأصل بالفرع أو الكل بالجزء و ذلك لاعتباره الفاتحة هي تلك الصيغة التي تتم بها الزواج: " زوجني ابنتك فلانة على صداق قدره كذا"،



وفي هذه الحالة الأمر لا يمكن أن يخرج عن عقد الزواج و هو ما أكده القانون الجزائري عند تعديله للمادة 06 التي كانت تجعل الفاتحة تخضع لأحكام الخطبة<sup>(20)</sup>.  
فيتعلق الأمر هنا بعقد زواج شرعي مرتب لجميع آثاره و أحكامه فتصبح المخطوبة زوجة والخاطب زوج، فيكون المشرع بما احتواه التعديل حاول لخروج من النقذ الذي كان موجهاً للمادة 06 من قانون الأسرة قبل التعديل، خاصة فيما يتعلق بالفاتحة و قد ساير بذلك موقف المحكمة العليا<sup>(21)</sup>، فالاقتران بمجلس العقد و توافر أركان الزواج-الرضا مع الصداق- هو الفاصل بين اعتبار الفاتحة خطبة و اعتبارها عقد زواج شرعي ولكنه غير موثق.

### المبحث الثاني: تنازع القوانين بخصوص شروط الخطبة

على اعتبار الخطبة تمهيد لعقد الزواج، فهي لا تقوم إلا بتوافر شروط موضوعية لصحتها و بالتالي التمهيد للزواج، و قد يشترط حسب بعض التشريعات و وفقاً لبعض الأعراف التقاليد شروط شكلية معينة، لذلك سيتم تحديد القانون الذي يحكم شروط الخطبة موضوعية أو شكلية.

#### المطلب الأول: القانون الذي يحكم شروط صحة الخطبة-الشروط الموضوعية-

الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية ، فهي تخضع عند وجود عنصر أجنبي لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، لأن هذا القانون هو الذي يحدد شروط الزواج و العقد النهائي من أهلية و أن تكون المرأة صالحة لأن تكون زوجة في الحال. فاعتبار الخطبة تمهيد للزواج فإنه لا يوجد ما يمنع من قيام عقد الزواج فوراً، فلا يصح خطبة إلا من يمكن الزواج بها في الحال، لأن الخطبة ما هي إلا وسيلة لغاية هي الزواج فإذا كانت الغاية ممنوعة فالوسيلة غير جائزة<sup>(22)</sup>، فإذا حرم شيء في الشرع كانت مقدمته محرمة كما أن مقدمة الأمر الواجب واجبة<sup>(23)</sup>، لذلك فلا بد من إخضاع الخطبة لنفس قواعد إسناد الزواج فيما يتعلق بالشروط الموضوعية و ذلك بالتمييز بين حالتين:

1. إذا كان الخاطب و المخطوبة من جنسية دولة واحدة: يرجع لقانون جنسيتهما، تحديد الأهلية و باقي الشروط و الآثار ما لم يكن هذا القانون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي.

2. إذا كان الخاطبان من جنسيتين مختلفتين، تثار هنا مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعهما مستقبلا في الخطبة و آثارها و قد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد ذلك خاصة فيما يتعلق بالآثار<sup>(24)</sup>. أما فيما يتعلق بالشروط الموضوعية : من إيجاب و قبول و موانع الزواج تخضع لقانون جنسية الخاطبين بحيث يلزم توافر شروط الخاطب الذي نص عليها قانونه و شروط المخطوبة التي نص عليها قانونها و ذلك تطبيقا جامعا للقوانين، و إذا وجد ما يتعارض مع النظام العام في احدهما لا يمكن إعمال تلك النصوص بل يطبق القاضي قانونه تطبيقا للمادة 24 من القانون المدني.

و القانون القطري للأحوال الشخصية<sup>(25)</sup> كان أكثر دقة عند تنظيمه للخطبة من حيث شروطها الموضوعية و آثارها، و كان أكثر دقة عند تنظيمه لتنازع القوانين حولها، فالمادة 18 من قانون 2004-22 المتضمن القانون المدني القطري تؤكد ذلك حينما قررت أنه: تسري على الخطبة الأحكام المبينة في المواد السابقة بشأن الزواج، شروط الصحة و الشروط الموضوعية تخضع لقانون جنسية الزوجين وقت الانعقاد أو القانون القطري إذا كان أحدهما قطريا، أما الأوضاع الشكلية من توثيق و مراسيم دينية إلى قانون بلد الزواج، أو قانون جنسيتهما أو الموطن المشترك. أما بالنسبة للآثار فتخضع لجنسية الزوج وقت الانعقاد أو القانون القطري عند اتحاد الجنسية.

#### المطلب الثاني: القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للخطبة

القانون الذي يحكم الشروط الشكلية هو قانون البلد الذي تمت فيه الخطبة كقاعدة عامة، أو قانون كل من الطرفين قياسا على الأحكام المنظمة للشكليات في الزواج، فالقانون الجزائري كنظيره القانون الأردني لا يفرض شكلية معينة للخطبة، لكنها تتم باحترام مراسيم مختلفة ترتبط أكثر بالأعراف و التقاليد المستقرة في منطقة معينة، فتعتبر الخطبة صحيحة باحترام تلك الأوضاع التي يقرها قانونها بمعنى قانون مكان إبرام و قيام الخطبة.

وباعتبار القانون السويسري اعتبر الخطبة عقدا فهو نظم شروطها الموضوعية وتلك الشكلية والإجرائية التي لا بد من إتباعها من الخاطبين قصد تنفيذ الخطبة، بحيث جعل ضابط الحالة المدنية لمكان تواجد الخطيبين هو المختص<sup>(26)</sup>، كما أنه في الوقت الحالي لا يمنع من الاستفادة من طرق الاتصال الحديثة بحيث تتم الخطبة عبرها، والتي تمكن من المحادثة و من رؤية المتحدث مباشرة عبر أجهزة الاتصال على الرغم من المسافة الشاسعة التي تفصل بين الخاطبين، وتتم الخطبة بينهما من غير عناء، إما عبر الهاتف أو الانترنت، واستعمال مثل تلك الوسائل لا يوجد ما يمنعه شرعيا و ما ذلك إلا تطبيق للنصوص الشرعية التي تبيح الرؤية في حدود معينة، ولكن المهم أن يتم التأكد من هوية الطرفين الخاطبين مخافة التزوير و الاحتيال<sup>(27)</sup>، لتطرح مشكلة تحديد مكان الخطبة أمام زوال الحدود الجغرافية نتيجة لاستعمال الانترنت؟

#### المطلب الثالث: تنازع القوانين بخصوص آثار الخطبة و العدول عنها

كان للخطبة في القوانين الكنسية التزامات قانونية فلا يمكن إلغاؤها و لا فسخها إلا باتفاق الطرفين كباقي العقود فلا يمكن أن يتم ذلك بالإرادة المنفردة إلا لأسباب معينة، ولكن فقدت الخطبة تلك القوة بعد اعتبار الزواج عقد مدني و خروج الزواج من اختصاص الكنيسة<sup>(28)</sup>، و رغم ذلك مازالت بعض التشريعات الغربية تعتبرها عقدا كالتشريع السويسري.

أما القانون الجزائري -كنظيره المصري و الأردني- سكت عن تحديد القانون الذي يحكم آثار الخطبة، على خلاف القانون الكويتي الذي يميز بين الخطبة و فسخها من حيث القانون الواجب التطبيق، و قد حاول الفقه تحديد القانون الذي يحكم الآثار فمنهم من جعل القانون المشترك للخاطبين هو الذي يطبق، أما إذا اختلفت الجنسيات فقد وجد هذا الفقه صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعهما مستقبلا في الخطبة و آثارها، و قد تعددت الاقتراحات التي يمكن حصرها في<sup>(29)</sup>:

-تطبيق القانون الوطني للمدين: فيما يتعلق بالتعويض الناجم عن الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة و إعادة الهدايا، لكن يصعب تطبيقه فيما يتعلق بإرجاع الهدايا المتبادلة، فيطبق قانونهما معا.

-تطبيق قانون الرجل الخاطب: و ذلك إعمالا على قاعدة: تطبيق قانون الزوج على عقد الزواج عند اختلاف جنسية الزوجين( و هو ما أخذ به القانون المجري)، و لكن الخطبة ليست زواجا لتطبق نفس القاعدة على زوج المستقبل.

-تطبيق القانون المحلي:تطبيقا للقاعدة الخاصة بتحديد القانون الذي يحكم الفعل الضار و هو قانون محل وقوعه lex loci delictic comissi ، و هو ما أخذ به القانون الفرنسي.

- تطبيق قانون القاضي: أخذ به القانون الفنلندي فيطبق قانون القاضي lex fori على أساس عدم وجود سبب قانوني لترجيح قانون أحد الخاطبين.

وقصد محاولة تحديد القانون الذي يحكم الآثار ، سيتم الرجوع إلى قانون الأسرة للتعرف على تلك الآثار: فالمادة 2.3.4.5/05 منه تقضي: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة. إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض. لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمة"<sup>(30)</sup>.

فالمشرع قد منح للخاطبين الحق في العدول، و الحصول على التعويض إذا سبب العدول ضررا، مع استرداد ما تم تقديمه بالتميز في الحالات اعتمادا على شخص العادل<sup>(31)</sup>، و بناء على ذلك سيتم تحديد القانون الواجب التطبيق على كل أثر كما يلي:

#### المطلب الأول: القانون الذي يحكم التعويض عن العدول

اتفقت التشريعات على انه للخاطبين العدول عن الخطبة لأنها ليست زواجا و لا يمكن إجبار احد الخاطبين للزواج اعتمادا على حرية الزواج، على خلاف تلك التشريعات التي تعتبر الخطبة عقد ملزم للطرفين كالقانون الانجليزي و الألماني والسويسري، و الاختلاف في التكييف يؤثر في تحديد القانون الواجب التطبيق:

ففي الحالة الأولى يخضع العدول -أو الفسخ كما يسميه القانون الكويتي- إلى قانون جنسية الخاطب وقت العدول أو الفسخ، أما ما يترتب عنها من أضرار يسري عليها وفقا للرأي الراجح لقانون المحل الذي حصل فيه العدول باعتباره فعلا ضارا والبعض يخضعه

لقانون الجنسية المشتركة للخطابين، و قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ على أساس أن العدول هو حل للخطبة ينبغي أن يسري عليه القانون الذي يحكم الزواج، و هو موقف أغلب التشريعات العربية.

أما الحالة الثانية فهي تخضع من حيث الآثار إلى القانون الذي يحكم العقد ويعد العدول نوعاً من عدم التنفيذ يترتب عليه المسؤولية العقدية<sup>(32)</sup>. فإذا كان القانون الواجب التطبيق ينتمي للصنف الثاني أمام قاضي جزائري، يتم استبعاد تطبيقه لاعتبارات النظام العام تطبيقاً للمادة 24 من القانون المدني الجزائري<sup>(33)</sup>: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"، ومثال ذلك: إذا كان يلزم أحد الطرفين بإتمام الزواج أو يتضمن شرطاً جزائياً لتنفيذ الوعد بالزواج ففي ذلك إكراه مباشر على الزواج و هو يتنافى مع النظام العام في الجزائر التي تمنح للخطابين الحق في العدول إعمالاً للمادة 05 من قانون الأسرة: "للطرفين العدول عن الخطبة". مما يلزم بتطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي.

إضافة إلى أنه إذا كان العدول حق فهو مقيد بعدم إساءة استعمال الحق بمفهوم المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري و إلا ترتب عنه تعويض ما ألحق من ضرر للطرف الآخر اعتماداً على قواعد المسؤولية التقصيرية و التي يحكمها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار المنشئ للالتزام<sup>(34)</sup>، اعتماداً على المادة 20 من القانون المدني الجزائري، و التي تقابلها المادة 1/22 من القانون المدني الأردني.

ما دامت الخطبة لا تترتب عنها التزامات عقدية لأنها وعد بالزواج غير ملزم فلا يمكن أن يتم تأسيس الحصول على التعويض اعتماداً على المسؤولية العقدية، و لكن طرحت فكرة إساءة استعمال الحق التي نظمها القانون المدني الجزائري في المادة 124 مكرر<sup>(35)</sup> التي تحدد حالات الاستعمال التعسفي للحق و التي تشكل خطأ يلزم مرتكبه بالتعويض: إذا تمت ممارسة الحق قصد الأضرار بالغير – بالطرف الثاني في الخطبة-، أو قصد الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير- الطرف الآخر في

الخطبة-، أو قصد الحصول على فائدة غير مشروعة، و هي حالات تربط بالمسؤولية التقصيرية.

ولقد ثار خلاف فقهي واسع حول الاعتراف بإمكانية التعويض عن العدول عن الخطبة لأن العدول حق خالص للطرفين فكيف يمكن لمن مارس حقه أن يعرض عليه، لذلك حاولوا ربط التعويض بوجود خطأ من العادل و إلحاق ضرر بالطرف الثاني، و عليه فالعدول هنا يعد من المسائل التي تندرج ضمن الالتزامات غير التعاقدية بالضبط ضمن الفعل الضار الذي جعلت المادة 20 قانون مدني جزائري قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام هو الذي يحكم العدول و التعويض عنه باعتباره من آثار الخطبة، مع مراعاة شرعية تلك الأعمال في الجزائر بالتالي يستبعد القانون الأجنبي الذي يعتبرها غير مشروعة<sup>(36)</sup>.

#### المطلب الثاني: القانون الذي يحكم استرجاع المهر و الهدايا بعد العدول

عند الفسخ أو العدول يلزم رد الهدايا المتبادلة بينهما خلال فترة الخطوبة على أساس الإثراء بلا سبب<sup>(37)</sup>، و ذلك وفقا لقانونهما الوطني المشترك- اعتمادا على القانون الأردني-، فيمكن تكييف ذلك الأثر ضمن الفعل النافع و بالتالي فهو يخضع لنفس قاعدة إسناد الالتزامات غير التعاقدية التي نظمها المادة 1/20 من القانون المدني الجزائري، ليشارك بذلك التعويض و رد الهدايا في قاعدة الإسناد.

فالصداق يلزم استرداده لأنه حكم من أحكام الزواج فمادام الزواج لم يتم يحق استرداده، فيرد إما عينا أو قيمة إذا هلك أو استهلك، فحتى إذا كان القانون الجزائري لم ينظم هذه الحالة في المادة 05 من قانون الأسرة فهي من المسائل التي لا يمكن النقاش فيها خاصة و إن المشرع منح للزوج إمكانية استرداد نصف الصداق إذا كان الطلاق قبل الدخول<sup>(38)</sup> فمن باب أولى أن يسترد كامل الصداق قبل إبرام الزواج إما عينا إذا لم يستهلك أو نقدا عند استهلاكه و هو ما تأخذ به أحكام الشريعة الإسلامية<sup>(39)</sup>.

و لذلك من المستحسن تنظيم هذه الحالة كاهتمام المشرع بالهدايا و إمكانية استردادها نتيجة للعدول، فإذا كانت المخطوبة هي العادلة فتلزم برد الصداق كاملا بالشكل الذي تسلمته فيه إما عينا أو مثليا.

أما فيما يتعلق بالهدايا فإن المشرع الجزائري قد ميز بين صورتين اعتماداً على شخص العادل سواء كانت الهدية من الخاطب أو المخطوبة<sup>(40)</sup>، وهو بذلك يكون قد أخذ بموقف المالكية في الهدايا حيث اعتبروا إعطاء هدايا الزواج لا تخضع لأحكام الهبات العامة التي لا يجوز الرجوع فيها كما هو الأمر بالنسبة للحنفية، فإذا كان العدول من جانب المهدي فليس له أن يسترد الهدايا ولو كانت قائمة بحالها، أما إذا كان العدول من جانب المهدي إليه فعليه أن يرد الهدية إن كانت قائمة وقيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة، فلا يجمع المهدي إليه بين ألم العدول و ألم الاسترداد إن لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة، ولا يجمع على المهدي ألم العدول و الغرم المالي إن كان العدول من الجانب الآخر<sup>(41)</sup>، فلا يمكن إخضاعها للقانون الذي يحكم التصرفات العقدية باعتبار تقديم الهدية يتم على سبيل الهبة لعدم إمكانية تطبيق أحكامها لأنها لا تسمح بالرجوع عنها إلا في حالات معينة ولا يعد العدول عن الخطبة من ضمنها<sup>(42)</sup>، بل تخضع لإحكام خاصة لها صلة بعقد الزواج المراد إبرامه مستقبلاً لذلك فهي تخضع لقانون الزوج وقت العدول، تطبيقاً للقواعد العامة. على خلاف بعض التشريعات التي تجعل استرجاع الهدايا يخضع لأحكام الهبة.

كما أن القانون الأردني في المادة 04 من قانون الأحوال الشخصية<sup>(43)</sup> فصل في مسألة الهدايا إذا كان سبب انتهاء الخطوبة بسبب عارض حال دون عقد الزواج لا يد لأحد الطرفين فيه أو بسبب الوفاة، حيث لا يمكن استرداد شيء من الهدايا، وهي حالة لم يفصل فيها القانون الجزائري على الرغم من أن القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية نظم تلك الحالة بنفس المحتوى في المادة 03/ ج<sup>(44)</sup>.

#### الخاتمة

ضرورة الاهتمام بالخطبة نتيجة لأهميتها كقد تمهيد لعقد الزواج، الذي يعد من أهم وأخطر العقود لارتباطه بحالة الشخص و الذي لا يمكن تحديه بمدة لاعتباره الميثاق الغليظ، فعلى المشرع الاهتمام بها بالتفصيل في أحكامها:

1. في قانون الأسرة و ذلك بتحديد شروطها الموضوعية، على الأقل تطبيقاً لأحكام القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية<sup>(45)</sup> الذي عرف الخطبة و جعل من

شروطها الموضوعية أن لا تكون المرأة محرمة و لو كان التحريم مؤقتا ، و هي تعد من موانع الزواج .

2. و في قواعد القانون الدولي الخاص بتحديد قاعدة إسناد تحكّمها و تحكّم آثارها من عدول و تعويض كما هو الحال بالنسبة للزواج، مثل القانون الكويتي أو القطري.

و هي حتميات و ضرورات ملحة، فبعدها كان لا يتصور أن يلتقي الخاطب بخطيبته إلا بحضور أقاربها، أصبح في الوقت الحالي و نتيجة لتبدل الظروف والممارسات الاجتماعية ، و التأثير بالعادات و المفاهيم الغربية في السلوك الاجتماعي، أصبح بإمكان الخاطبين الالتقاء و العمل على تجهيز بيت الزوجية مما يؤدي إلى ظهورهما بمظهر الزوجين<sup>(46)</sup> ، أو على العكس لا تربط بينهما أية علاقة جدية من أجل إبرام عقد الزواج و لكنهما ينشرون بين الجميع صفتهم كخاطبين بل في الأصل علاقتهما غير شرعية.

زيادة على ذلك، فإن النظام القانوني و الاقتصادي الجزائري يفتح المجال واسعا للاستثمار أمام الأجانب ، و هو الأمر الذي قد تكون له انعكاسات اجتماعية و ثقافية كبيرة: سيؤدي ذلك إلى استقرار أشخاص أجنبية بأعراف و تقاليد مختلفة في التراب الجزائري مما قد يترتب عنه ظهور وضعيات اجتماعية غريبة على المجتمع الجزائري، كما يمكن لوسائل الاتصال الحديثة أن يكون لها ذلك الأثر بان يصبح الجزائري المقيم في الجزائر مقتنع بأفكار غربية مخالفة للشريعة الإسلامية و يدافع عنها بكل قوة، و إن كانت بلاد الخليج عرفت مثل ذلك التداخل و هو ما دفع البعض للاعتراف بشرعية الزواج الذي يتم بين الأصدقاء (Girl friend- Boy friend)، أما البعض الآخر فتمسك بعدم شرعيته لمخالفته مقاصد الزواج بعض اعتبر هذا الزواج ارتكاب لأخف الضررين : عدم تحقق مقاصد الزواج و الخوف من الوقوع في جريمة الزنا<sup>(48)</sup> ، و إلى أن استقر موقف المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته 18 المنعقدة بمكة المكرمة، الذي أجاز ذلك الزواج لتوافر الأركان و الشروط و انتفاء الموانع و بالتالي لاتهم المسميات و الصور<sup>(48)</sup> .



## الهوامش

<sup>1</sup> - و حتى القانون العثماني أخذ بهذا المبدأ بموجب قانون قانون حقوق و واجبات الأجانب العثماني لسنة 1915 بناء على مادته الرابعة التي عقدت الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية و العلاقات التجاري و المدنية للقانون الشخصي للأفراد بشرط عدم مخالفته النظام العام في الامبراطورية و بالتالي يحل محله القانون العثماني، راجع في تفصيل ذلك، غالب علي الداودي، حسين محمد الهداوي، " القانون الدولي الخاص: الجنسية، المواطن، مركز الأجانب و أحكامه في القانون العراقي" الجزء الاول، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، الجمهورية العراقية، ص.53.

<sup>2</sup> - الصادر بموجب الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، و تنص المادة 10 منه على: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

<sup>3</sup> - راجع في تفصيل ذلك، أسامة عمر سليمان الأشقر، " مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، زواج المسيار، الزواج العرفي، الفحص الطبي، الزواج بنية الطلاق"، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، ص.50-51.

<sup>4</sup> - انظر، عبد الرزاق الشيخ نجيب، " طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة: مقال منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الخامسة و العشرون، محرم 1422/ مارس 2001، ص.358-359.

<sup>5</sup> - و هو موقف الفقيه القانوني هربرت غرتسيفوتس Herbert Grziworts في كتابه أسئلة حقوقية مهمة عن الزواج، ميونخ wichtige Rechtsfrageu Zur Ehe 14. المشار اليه من طرف سالم بن عبد الغني الرافي، " أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب" الطبعة الاولى، رسالة دكتوراه منشورة في دار ابن حزم، لبنان 1423هـ-2002م، ص.353-354.

<sup>6</sup> -Turkische civil code , law 2001-4721( 22-11-2001) PART I Private

International Law, CHAPTER I, General Provisions :

Engagement Article 11: The capacity and conditions of engagement are subject to the respective national law of each of the parties.

As to the provisions and consequences of the engagement the joint national law, if the parties are of different citizenship, Turkish law is applicable.

7- Code civil Suisse du 10 décembre 1907, en vigueur. : Art 90 : « A-Contrat de fiançailles :

1-Les fiançailles se forment par la promesse de mariage ...

3-La loi n'accorde pas d'action pour contraindre au mariage le fiancé qui s'y refuse »...

<sup>8</sup> - قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010 و المنشور في الجريدة الرسمية رقم 5061 تاريخ 2010/10/17 ، تعتبر المادة 02: "الخطبة طلب الزوج أو الوعد به"، أما المادة 03 فتعتبر أنه: "لا ينعقد الزواج بالخطبة و لا بقراءة الفاتحة و لا بقبض أي شيء على حساب المهر و لا بقبول الهدية"، أما المادة 04 فهي تمنح: "أ - لكل من الخاطب و المخطوبة العدول عن الخطبة".

- <sup>9</sup> - راجع في ذلك، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص. 159.
- <sup>10</sup> - تنص المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".
- <sup>11</sup> - وهو موقف علي علي سليمان، "مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة 2005، الجزائر، ص. 68.
- <sup>12</sup> - موقف بلمامي عمر، "دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر"، نظرية التكييف دراسة تحليلية و نقدية، دار هومة، الجزائر 2008 المرجع السابق، ص ص. 286 إلى 288.
- <sup>13</sup> - للتفصيل أكثر حول الاتجاهات الفقهية، راجع، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص ص. 235-244.
- <sup>14</sup> - الآية 05 من سورة المائدة.
- <sup>15</sup> - راجع في ذلك، محمد رأفت عثمان، "فقه النساء في الخطبة و الزواج"، دار الاعتصام، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص. 15.
- <sup>16</sup> - تطبيقا للمادة 03 من قانون 35-2010، المتضمن قانون الأحوال الشخصية (المؤقت)، جريدة رسمية رقم 5061، المؤرخ في 17-10-2010، التي تنص: "لا ينعقد الزواج بالخطب و لا بقراءة الفاتحة و لا بقبض أي شيء على حساب المهر و لا بقبول الهدية".
- <sup>17</sup> - قد يكون المجلس في بيت المخطوبة أو مكان متفق عليه من طرفهما و غالبا ما يكون مسجد.
- <sup>18</sup> - راجع في تفصيل ذلك، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 84.
- <sup>19</sup> - راجع في ذلك، محمد محدة، "الخطبة و الزواج"، دار الشهاب، الجزائر، الطبعة الثانية، 2000، ص. 7.
- <sup>20</sup> - حيث تنص المادة 06 من قانون الأسرة قبل تعديلها: "يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدودة. تخضع الخطبة و الفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 05 أعلاه".
- <sup>21</sup> - اعتمادا على قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34046 بتاريخ 19-11-1984، مجلة الفضاء، عدد 01 لسنة 1990، ص ص. 67 و ما يليها، الذي ينص: "و من المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة و في غالب الأحيان هي مقدمة للزواج و ليست زواجا، غير أنها تتجاوز مرحلة التماس النكاح إلى النكاح الشرعي و تصبح فعلا زواجا شرعيا إذا و اكبها تحديد شروطه و تحققت أركانه، و من ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاء صحيحا".
- <sup>22</sup> - للتفصيل أكثر حول ذلك، الإمام محمد أبو زهرة، "الأحوال الشخصية"، دار الفكر العربي، دون تاريخ نشر، ص. 28، فقرة 20.
- <sup>23</sup> - راجع في ذلك، محمد رأفت عثمان، "فقه النساء في الخطبة و الزواج"، دار الاعتصام، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص ص. 16-17.
- <sup>24</sup> - راجع في ذلك، غالب علي الداودي، الحسين محمد الهداوي، المرجع السابق، ص ص. 99-100.

<sup>25</sup> - حيث ان قانون 2006/22 المتضمن قانون الأحوال الشخصية القطري. ينص :

المادة 05: "الخطبة هي طلب التزويج، و الوعد به صراحة أو بما جرى به العرف، و لا يترتب عليها أي أثر من آثار الزواج"

المادة 06: "تحرم خطبة المرأة المحرمة تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً، و يجوز التعريض بخطبة معتدة الوفاة". أما المادتين 07 و 08 فصلتا في الآثار.

المادة 07: "لكل من طرفي الخطبة العدول عنها. و إذا سلم الخاطب لمخطوبته قبل العقد مالا على أنه مهر ثم عدل أحد الطرفين عن الخطبة، أو مات أثناءها، فيحق له أو لورثته استرداد ما سلم بعينه ان كان قائماً و إلا فمثله أو قيمته يوم القبض و إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازاً ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر ، أو تسليم ما يساويه من الجهاز كله أو بعضه وقت الشراء مع الباقي من المهر"

المادة 08 يرد من عدل عن الخطبة دون مقتضى الهدايا بعينها إذا كانت قائمة و إلا فمثله أو قيمتها يوم القبض، و إذا عدل بمقتضى استرد ما أهدها بعينه إن كان قائماً أو قيمته يوم القبض، ما لم تكن الهدايا مما تستهلك بطبيعتها أو كان العرف يقضي بخلاف ذلك. و إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه ، أو بعارض حال دون الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا"

<sup>26</sup> - Voir, l'article 62, **Ordonnance 28 avril 2004 sur l'état civil Suisse (OEC)** : « Est compétent pour l'exécution de la préparatoire :

3. L'office de l'état civile du lieu de domicile du fiancé ou de la fiancée.

4. L'office de l'état est prévu de célébrer le mariage , lorsque les deux fiancés ont leur domicile à l'étranger »

<sup>27</sup> - راجع في تفصيل ذلك، أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص ص. 101-103.

<sup>28</sup> - راجع في تفصيل ذلك، أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص ص. 50-53.

<sup>29</sup> - راجع في ذلك، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص ص. 99-100.

<sup>30</sup> - و التي كان محتواها قبل التعديل: "الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها. إذاترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.

لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهدها إن كان العدول منه.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك".

<sup>31</sup> - و نفس الموقف تبناه القانون القطري و لكن بتفصيل أكثر، و ذلك بناء على قانون 2006/22 المتضمن قانون الأحوال الشخصية القطري. خاصتين المادتين 7، 8:

المادة 07: "لكل من طرفي الخطبة العدول عنها. و إذا سلم الخاطب لمخطوبته قبل العقد مالا على أنه مهر ثم عدل أحد الطرفين عن الخطبة، أو مات أثناءها، فيحق له أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائماً و إلا فمثله أو قيمته يوم القبض و إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازاً ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر ، أو تسليم ما يساويه من الجهاز كله أو بعضه وقت الشراء مع الباقي من المهر"

المادة 08 يرد من عدل عن الخطبة دون مقتضى الهدايا بعينها إذا كانت قائمة و إلا فمثله أو قيمتها يوم القبض، و إذا عدل بمقتضى استرد ما أهدها بعينه إن كان قائماً أو قيمته يوم القبض، ما لم تكن الهدايا مما

تستهلك بطبيعتها أو كان العرف يقضي بخلاف ذلك. و إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه ، أو بعارض حال دون الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا".

<sup>32</sup>- راجع في ذلك، الطيب زروتي، المرجع السابق، ص. 160.

<sup>33</sup>- و التي كان محتواها قبل التعديل بموجب قانون 05-10: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب في الجزائر"

<sup>34</sup>- راجع في ذلك، غالب علي الداودي، حسين محمد الهداوي، المرجع السابق، ص. 99.

<sup>35</sup>- مضافة بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل للقانون المدني الجزائري.

<sup>36</sup>- تنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج و تكون مشروعة في الجزائر و ان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقت فيه .

<sup>37</sup>- راجع في ذلك، غالب علي الداودي، حسين محمد الهداوي، المرجع السابق، ص. 142-143.

<sup>38</sup>- و ذلك وفقا للمادة 16 من قانون الأسرة: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

<sup>39</sup>- راجع في ذلك، الامام أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 37-40؛ وهبة الزحيلي، "الفقه الاسلامي و أدلته"، الطبعة الاولى، دار الفكر، دمشق، 1984، الجزء السابع، ص. 26.

<sup>40</sup>- على خلاف محتوى المادة 05 قبل التعديل، أين كان المشرع ينظم فقط حالة الهدايا المقدمة من طرف الخاطب فقط.

<sup>41</sup>- راجع في ذلك، الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق، ص. 39-40.

<sup>42</sup>- و ذلك اعتمادا على المادة 211 من قانون الأسرة: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه الا في الحالات التالية:

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين،

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

<sup>43</sup> قانون 35-2010، المتضمن لقانون الأحوال الشخصية ( المؤقت)، الجريدة الرسمية عدد 5061، المؤرخة في 17-10-2010.

<sup>44</sup> - سيتم تحديدها لاحقا.

45- راجع في ذلك القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية- وثيقة الكويت-. اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة بالقرار رقم 105-60 المؤرخ في 17/08/1408هـ، الموافق ل04/04/1988 م.: الذي

تنص مواده:

المادة 01: "الخطبة طلب التزويج و الوعد به."

المادة 02: "تمنع خطبة المرأة المحرمة و لو كان التحريم مؤقتاً"

المادة 03: "أ- لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة.

ب - يرد من عدل عن الخطبة دون مقتضى الهدايا بعينها ان كانت قائمة، و إلا فمثلها أو قيمتها يوم

القبض ما لم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها

ج - إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض حال دون الزواج، فلا يسترد

شيء من الهدايا".

المادة 04: "إذا كان العدول عن الخطبة بغير مقتضى و ترتب عليه ضرر تحمل المتسبب التعويض".

<sup>46</sup> - للتوسيع أكثر حول أسباب عدم الاهتمام بآثار الخطبة قديماً، راجع أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع

السابق، ص ص.55-57.

<sup>47</sup> - راجع في تلك المواقف بالتفصيل، عبد الملك بن يوسف المطلق، المرجع السابق، ص ص.13-20.

<sup>48</sup> - راجع في ذلك، عبد الملك بن يوسف المطلق، "زواج الفرند بين حكمه الشرعي و واقعه المعاصر- زواج

الأصدقاء- (Girl friend- Boy friend)، الطبعة الأولى، دار العاصمة للنشر و التوزيع، الرياض، 1427هـ-2006م.

## القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج

Dr MASSAOUDI Youcef,  
Maitre de conférences  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université de Ahmed DRAIA,  
Adrar, Algérie.

د. مسعودي يوسف، أستاذ محاضر  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر.

### مقدمة

تتعلق الشروط الشكلية للزواج بالمقتضيات والإجراءات التي يتعين على الزوجين إتباعها لكي يعتبر زواجهما صحيحا في نظر القانون الذي تشير قواعد التنازع في قانون القاضي باختصاصه<sup>(1)</sup>؛ أي أنها تشمل كافة الشروط المتطلبة لإبرام الزواج والتي ترتبط أساسا بالقالب أو المظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج ويصبح بها الزواج معلوما لدى الغير<sup>(2)</sup>.

إن تصنيف شروط تكوين الزواج إلى شروط موضوعية وشروط شكلية مسألة مستقاة من النظم القانونية الغربية، ولا أصل له في القوانين العربية التي تجهل مثل هذا التقسيم. وعلى ذلك فإن الرجوع إلى قانون القاضي في التشريعات العربية للتمييز بين شكل الزواج وموضوعه أمر غير مجد ما دام أن الشريعة الإسلامية لا تعرف مثل هذا التقسيم. ولهذا كان من الأفضل عدم إسناد التكييف إلى قانون القاضي على إطلاقه، لأنه لا يمكن مطالبة هذا الأخير بتحديد المقصود من تصنيفات مستمدة من القوانين الأجنبية أو الفقه المقارن وليس من قانونه الموضوعي<sup>(3)</sup>.

وعليه، ستنبص دراستنا لهذا الموضوع على تحديد المقصود بفكرة الشروط الشكلية للزواج كفئة مسندة، والقانون الذي يحكم شكل الزواج، وأخيرا اختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج، وذلك من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: مضمون فكرة الشروط الشكلية للزواج

المطلب الثاني: خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام

المطلب الثالث: اختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج

المطلب الأول: مضمون فكرة الشروط الشكلية للزواج

إن مضمون شكل التصرف يختلف بحسب الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه فهناك الشكل المتعلق بالشهر، والشكل المتعلق بالإثبات، والشكل المكمل للأهلية فماذا نعني بشكل الزواج في مجال القانون الدولي الخاص؟

إذا أثير نزاع حول صحة شكل الزواج، فمعنى ذلك أنه يجب إثباته، ويتم ذلك بتقديم الدليل أمام القضاء. ولإقامة الدليل على وجود الزواج لابد من تحرير عقد به؛ إذ تنص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون". وقد اعتبر الفقيه الألماني سافيني Savigny أن الشكل الذي يخضع لقانون المحل هو الشكل المادي الخارجي الذي يعبر عن الوجود الفعلي للإرادة، وترتبا لذلك، فإن شكل الزواج الحقيقي الذي تخضع له قاعدة لوكيس هو ذلك القالب الذي يفرغ فيه ركن الرضا في العقد<sup>(4)</sup>.

إذن، طرق إظهار الزواج وإعلانه للغير وإثباته هو ما نعني به شكل الزواج<sup>(5)</sup>؛ أي كافة الإجراءات الكفيلة بإظهار إرادة الزوجين إلى العالم الخارجي<sup>(6)</sup>. وقد لاقى هذا المفهوم للشكل الخارجي للتصرف صدى كبير لدى الفقه، وعرف انتشارا واسعا في العصر الحالي، وأصبحت قاعدة لوكيس تحكم جميع الأشكال الخارجية من حيث مضمونها وتكييفها وطبيعتها وقوتها الثبوتية<sup>(7)</sup>.

ويعتبر من الشروط الشكلية للزواج حسب القانون الجزائري كافة الإجراءات المتعلقة بتسجيل الزواج والجهات المختصة بإبرامه وأشكال تحريره كالصيغ والتوقيعات المطلوبة فيه، وكذا طريقة إشهارة وإعلام الغير به وإثباته، هذا مع ملاحظة أن الزواج في الجزائر ذو طابع مدني، لا يحتاج إلى طقوس ومراسيم دينية.

وفيما يتعلق بإثبات الزواج، فإن قانون محل الإبرام هو الذي يحدد لنا ما إذا كان مطلوباً لإبرام الزواج إفراغه في شكل سندات رسمية أو وثائق إدارية معينة، أو عدم اشتراط ذلك أصلاً. كما يحدد لنا الطرق والإجراءات المقررة قانوناً لإثبات الزواج. وقد

اعترفت محكمة النقض الفرنسية بإثبات الزواج عن طريق حيازة الحالة الظاهرة للأولاد الناتجين عن زواج مبرم في الخارج<sup>(8)</sup>. إن أغلب الفقه يلحق بحكم قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام مسألة إثبات الزواج، وهذا يعني أنه إذا تم إبرام الزواج وفقاً للشكل المحلي، فإن إثباته أيضاً يخضع للقانون المحلي، وإذا تم إخضاع شكل الزواج لقانون جنسية الزوجين أو لقانون الموطن المشترك، فإن إثباته يخضع بدوره لهذا القانون<sup>(9)</sup>.

### المطلب الثاني: خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام

لم يرد في القانون المدني الجزائري نص خاص بشأن القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج. إلا أن القواعد العامة في القانون المقارن قد وضعت قاعدة إسناد متعددة الضوابط واختيارية التفضيل بحيث يجوز للأفراد إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام، ومن ذلك ما تقضي به القوانين العربية في الكويت والمغرب<sup>(10)</sup> والإمارات العربية المتحدة<sup>(11)</sup> والأردن<sup>(12)</sup>، كما يجوز لهم إبرام عقود زواجهم وفقاً للشكل الذي ينص عليه قانون جنسيتهم. وهناك طريق ثالث يقضي بإبرام الزواج وفقاً للشكل الدبلوماسي أو القنصلي<sup>(13)</sup>. وسنتناول فيما يلي: تاريخ قاعدة لوكيس (الفرع الأول)، طبيعة قاعدة لوكيس في التشريعات الحديثة (الفرع الثاني)، موانع تطبيق قاعدة لوكيس (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: تاريخ قاعدة لوكيس

لقد كان نطاق العلاقات الفردية لدى الحضارات القديمة محصوراً بين أفراد الأسرة والقبيلة وكل شخص خارج عن نطاق هاتين الفئتين يعد أجنبياً، ولم يكن هذا الأخير محلاً لأي اعتبار أو أهلاً لتحمل الالتزامات واكتساب الحقوق، بل كان معرضاً للاسترقاق، وينظر إليه نظرة احتقار. ولم يتوسع إطار العلاقات الفردية إلا بعد احتكاك الشعوب ببعضها البعض بسبب الحروب والغزوات. وقد كان لأداء الطقوس والقربان عند ممارسة العقائد الدينية الأثر الكبير في ظهور الشكلية البدائية الصارمة في المعاملات القانونية<sup>(14)</sup>. وقد نظم القانوني الروماني حياة الأسرة ثم حياة المدينة، وانتقل المجتمع الروماني من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري واتسع نطاق القانون الروماني ليشمل تنظيم علاقات



الأفراد والشعوب والأجناس التي خضعت لحكم الإمبراطورية الرومانية، واتسم هذا القانون في بدايته بالطابع الشكلي فكانت جميع التصرفات التي يقوم بها الرومان تتم في قالب شكلي محض يفرض على الأفراد القيام بإجراءات وطقوس معينة أو التلفظ بألفاظ معينة. وهذا لأن الشكل عند الرومان هو قوام وجود الشيء. وإذا تم التصرف دون مراعاة هذه الشكلية فيعتبر باطلا بطلانا مطلقاً.

ولم يستمر هذا الوضع طويلاً، حيث تأثر القانون الروماني بمختلف القوانين التي سادت في إمبراطوريته وبدأ ينشأ تنازع قانوني وشكلي بينه وبين هذه القوانين المختلفة، إلى أن ظهر قانون الشعوب الذي نظم علاقات الأجانب ببعضهم البعض وعلاقات الرومان مع الأجانب. وأهم ما ميز هذا القانون هو تحرره من الشكليات المعقدة التي تعرقل إبرام الصفقات والمبادلات بين الأفراد. وبالنسبة لعقد الزواج فقد كان خالياً من كل شكلية رسمية، ثم أن القانون الروماني رغم اتسامه بصفة الشكلية فإن نصوصه لم تتضمن ما يثبت ظهور هذه القاعدة في العهد الروماني.

وفي عصر الكنيسة المسيحية ظهر القانون الكنسي الذي يرجع له الفضل في تخليص إرادة الإنسان من قيود الشكلية المفردة التي سادت في القوانين القديمة وتوصل القانون الكنسي إلى اعتبار مجرد توافق الإرادتين كافياً لإنشاء الالتزامات القانونية.

وقد ساهم فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة بقسط وافر في إبراز قاعدة لوكيس معتمدين في ذلك بشكل كبير على نصوص ومبادئ القانون الروماني<sup>(15)</sup>، ثم جاء الفقيه كورتيس Curtius الذي برر خضوع موضوع العقد لقانون بلد الإبرام على أساس أن إرادة الأفراد قد اتجهت ضمناً إلى اختيار هذا القانون<sup>(16)</sup>. وقد تلقف هذه الفكرة الفقيه الفرنسي ديمولان Dumoulin الذي يرجع له الفضل في قصر هذه القاعدة على شكل التصرف، وإبعاد موضوع التصرف عن هذه القاعدة، وكان ذلك بمناسبة بحثه في موضوع النظام المالي للزوجين حيث توصل إلى نتيجة مفادها أن الإرادة هي التي تنشئ العقد وليس القانون، أما فقهاء المدرسة الهولندية فقد عرفوا هذه القاعدة وقبلوا بتطبيقها لاسيما في مجال الزواج<sup>(17)</sup>.

### الفرع الثاني: طبيعة قاعدة لوكيس في التشريعات الحديثة

لقد أخضع المشرع الفرنسي شكل الزواج لقانون المحل حسب نص المادة 170<sup>(18)</sup>، ولا يهم ما إذا كان شكلاً دينياً أو مدنياً، وعليه فإن الزواج الذي يتم في الخارج بين فرنسيين وأجانب يكون صحيحاً إذا تم وفقاً للأشكال التي يتطلبها قانون البلد الذي أبرم فيه بشرط أن يكون قد سبق إشهارة طبقاً لنص المادة 63، لأنه وبحسب الفقرة الثانية من نص المادة المذكور أعلاه، يجوز للفرنسيين إبرام زواجهم في الخارج باللجوء إلى قانون المحل، أو اختيار الخضوع لأحكام القانون الفرنسي وذلك في حالة إبرام عقود زواجهم أمام الهيئات الدبلوماسية أو القنصلية. ولا شك أن هذا النص يؤكد الطابع الاختياري لقاعدة لوكيس من خلال السماح للأفراد باختيار القانون الذي يخضع له شكل الزواج.

وبالنسبة لطبيعة قاعدة لوكيس في التشريعات العربية، فلا يختلف الأمر كثيراً عن التشريع الفرنسي، فنجد مثلاً المشرع المصري يؤكد في المادة 20 من القانون المدني على الطابع الاختياري للقاعدة، حيث أجاز للأفراد اختيار قانون البلد الذي أبرم فيه العقد، أو القانون الذي يحكم موضوع العقد، أو قانون الموطن المشترك أو القانون الوطني المشترك.

وفي الأردن، نجد نص المادة 2/13 من القانون المدني يؤكد أيضاً على الصفة الاختيارية أو الانتقائية لقاعدة الإسناد الخاصة بشكل الزواج؛ إذ لم يلزم المشرع الزوجين بقانون معين، وإنما ترك لهم الخيار بين إخضاع شكل الزواج إما وفقاً لقانون كلا الزوجين، وإما وفقاً لقانون محل الإبرام<sup>(19)</sup>.

وكل ما قيل عن هذه القاعدة بالنسبة للتقنين المدني الأردني ينطبق على القانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 19 على ما يلي: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية". فقد أجاز المشرع الجزائري للأفراد اختيار إما قانون المحل، أو قانون الموطن المشترك إذا اتحدا موطناً أو قانون

الجنسية المشتركة، أو اختيار القانون الذي يحكم الموضوع. وقد تم ضبط الصياغة الفنية للمادة 19 بإلغاء العبارة السابقة "العقود ما بين الأحياء". إذ لا يوجد ما يبرر هذه العبارة، وعلاوة على ذلك فإن المادة 19 لا تنطبق على العقود فقط كما ورد في النص القديم وإنما تشمل أيضا التصرفات بالإرادة المنفردة. وهذا ما تم تداركه في النص الجديد، كما ألغى المشرع كلمة "يجب" واستبدالها بكلمة "يجوز" رغبة منه في التأكيد على الطابع الاختياري للقاعدة. وأخيرا أضاف ضابطا إسناد آخرين هما على التوالي: قانون الموطن المشترك والقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للتصرف<sup>(20)</sup>.

ويتأكد الطابع المفسر لقاعدة لو كيس بالنسبة لشكل الزواج من خلال المادتين 95 و 96 من قانون الحالة المدنية الجزائري، وقد استلهم المشرع الجزائري أحكامهما من نص المادتين 47 و 48 من التقنين المدني الفرنسي. وقد نصت المادة 95 على ما يلي: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبق الأوضاع المألوفة في هذا البلد".

أما المادة 96 فقد نصت على ما يلي: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية". كما تعرض المشرع الجزائري إلى الطابع المفسر لقاعدة لو كيس في مجال الزواج بنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية، والتي تنص على ما يلي: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية. غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم".

إن أغلب الدول تجيز لرعاياها إخضاع شكل الزواج لقانون المحل لما في ذلك من تيسير لفائدة الزوجين، وعلى هذا الأساس يعتبر الزواج المبرم في الخارج صحيحاً في نظر القانون الشخصي للزوجين حتى ولو اختلف شكله عن الشكل الذي يتطلبه القانون الشخصي.

لقد منح المشرع الجزائري سلطة إبرام عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية ولم يخول هذه السلطة إلى رجل الدين، لأن الزواج في التشريع الجزائري يعد مدنياً وليس دينياً وهذا استناداً إلى نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية التي تنص على ما يلي: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

وجدير بالذكر، أن زواج الأجانب المقيمين بالجزائر يخضع إلى أحكام المادة 31 من قانون الأسرة<sup>(21)</sup> والمادة 73 من قانون الحالة المدنية<sup>(22)</sup> والتعليم رقم 02 الصادرة عن وزير الداخلية بتاريخ 11 فبراير 1980 التي اشترطت وجوب الحصول على رخصة إدارية لإبرام عقد زواج الأجانب أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري، ولا يمكن للأجنبي إبرام زواجه إلا بعد حصوله على رخصة كتابية مسلمة من طرف الوالي وذلك في الحالات الآتية:

- حالة زواج أجنبي حاصلين على بطاقة الإقامة.

- حالة زواج الأجنبي المقيم مع أجنبي غير مقيم.

- حالة زواج جزائري مع أجنبي.

وأكدت هذه التعليمات أيضاً على أن زواج المسلمة الجزائرية بغير المسلم غير جائز و

ممنوع بتاتا ولا يمكن إعطاء أي رخصة في هذا الشأن.

وبالنسبة للمشرع التونسي فقد ألزم الأجانب المسلمين قبل إبرام زواجهم بتونس

سواء فيما بينهم أو مع غيرهم تقديم شهادة من قنصليتهم تثبت عزوبتهم أو طلاقهم تجنباً لإبرام زواج متعدد يحرمه القانون التونسي<sup>(23)</sup>، حيث ورد في الفصل 46 من مجلة القانون

الدولي الخاص ما يلي: " تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج. وإذا كان أحد الزوجين من مواطني بلد يسمح بتعدد الزوجات فإن ضابط الحالة المدنية أو عدلي الإسهاد لا يمكن لهم إبرام عقد الزواج إلاّ بناء على شهادة رسمية تثبت أنّ ذلك الزوج في حلّ من كلّ رابطة زوجية أخرى".

ومما سبق، يتضح بأن النصوص السابقة تبرز لنا مدى هيمنة الطابع المفسر لقاعدة لوكيس في التشريعات المعاصرة، وهذا بعد أن استمر الطابع الأمر لهذه القاعدة مكرسا من قبل القضاء لفترة طويلة من الزمن، ثم رجعت التشريعات الحديثة إلى تبني الطابع الأصلي(الطابع المفسر) الذي نشأت فيه هذه القاعدة<sup>(24)</sup>.

### الفرع الثالث: موانع تطبيق قاعدة لوكيس

يتقلص مجال تطبيق قاعدة لوكيس بمجرد ظهور بعض الموانع التي تحول دون تطبيقها، وتعد بمثابة استثناءات ترد على هذه القاعدة، فيتوقف تطبيق القاعدة إذا ثبت وجود غش نحو القانون، وإذا تعارضت مع النظام العام، وأخيرا إذا تعلق الأمر بالإحالة وسنتعرض إلى هذه الموانع في الفروع التالية:

### البند الأول: الغش نحو القانون

إذا كانت قاعدة لوكيس في مجال الزواج قاعدة اختيارية، بحيث تسمح للأفراد بإبرام عقود زواجهم إما وفقاً للشكل المحلي طبقاً لقانون بلد الإبرام، وإما وفقاً لأحكام القانون الشخصي. فهل يعتبر الزواج الذي خضع شكله لقانون المحل صحيحاً حتى ولو قصد الزوجان من وراء ذلك التهرب من أحكام القانون الوطني؟

لا شك أن وصف قاعدة لوكيس بأنها قاعدة اختيارية لا يعني إعطاء الزوجين مطلق الحرية في تطبيق القاعدة التقليدية، بل تتقلص هذه الحرية وتلغى حين تمارس بقصد استبعاد القانون المختص أصلاً بحكم التصرف.

ولقد كان الفقه التقليدي في هذه الحالة يقضي بتطبيق قاعدة " الغش يفسد كل شيء " وفي هذا الصدد يرى الفقيه جان فويت Jean Voet بأن تطبيق قاعدة لوكيس في حالة الغش يجب أن يتوقف، ولا يستفيد صاحب هذا التصرف من أي امتياز عقابا له

على سوء نيته. أما في الفقه المعاصر وطبقاً لرأي الفقه الغالب فإن التصرفات التي نشأت في الخارج وكانت مشوبة بنية الغش لا يمكن أن تنتج أي أثر<sup>(25)</sup>. ويحق للقاضي عندئذ أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم شكل عقد الزواج<sup>(26)</sup>.

غير أن مهمة القاضي في البحث عن نية الغش ليست بالأمر الهين خصوصاً وأن تشريعات الدول تختلف في تنظيم مسألة شكل الزواج تبعاً لاختلاف مضمون فكرة الزواج من مجتمع لآخر، فلو فرضنا أن زوجين فرنسيين تزوجا في إنجلترا دون إتباع إجراءات الشهر، فإن هذا الزواج يعتبر صحيحاً طبقاً لقاعدة لويس. ولكي يعتبر صحيحاً في نظر القانون الشخصي للزوجين فإن القانون الفرنسي يشترط أن يتم إعلان هذا الزواج في فرنسا وإلا اعتبر باطلاً.

#### البند الثاني: النظام العام

يؤكد غالبية الفقهاء على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق قاعدة لويس إذا تعارض مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع الأسس الجوهرية في المجتمع، وتعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة ذات مفهوم متطور ومتغير باختلاف الزمان والمكان. ويعتبر الفقيه الألماني سافيني Savigny أول من وضع أسس النظام العام في القانون الدولي الخاص ضمن فكرته الشهيرة "الاشتراك القانوني" والتي مفادها أن المشرع الوطني عندما يقبل بتطبيق القانون الأجنبي فإنه يفترض وجود مقدار من التشابه القانوني أو الاشتراك ما بين القانون الوطني والقانون الأجنبي<sup>(27)</sup>.

والمقصود بالنظام العام هنا هو النظام العام الدولي مع ملاحظة أن الغرض من وصفه بالدولية يراد به فقط تمييزه عن النظام العام الداخلي، وهو وسيلة استثنائية لا يلجأ إليها إلا في حالة وجود تضارب حقيقي بين القانون الأجنبي المختص بحكم شكل الزواج وفقاً لقاعدة الإسناد، وبين المقومات الأساسية الجوهرية لدولة القاضي<sup>(28)</sup>.

ولقد صاحبت فكرة النظام العام مشكل تنازع القوانين منذ ظهوره، وتخضع قاعدة لويس لحكم النظام العام مثلها مثل بقية قواعد تنازع القوانين الأخرى، ولهذا وجب تغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الشخص الأجنبي. وتطبيقاً لذلك، اعتبر القضاء

الفرنسي في حكم صادر عن محكمة استئناف نانسي Nancy بتاريخ 17 جوان 1922 أن زواج الأجانب وطلاقهم يخضع في الأصل للقانون الشخصي، ويخضع بصفة استثنائية للقانون الفرنسي إذا تعارض القانون الشخصي للزوجين مع النظام العام الفرنسي. ووقوفاً عند فكرة النظام العام في فرنسا يلاحظ بأنه يمكن أن يعترف في فرنسا بزواج ديني محض، ولكن من غير المتصور أن يتم الاعتراف بطلاق ديني في فرنسا<sup>(39)</sup>. ولو أن النظام العام الفرنسي في أغلب الأحيان لا يكون مهدداً إلا بمقدار تأثير العلاقة القانونية على المجتمع الفرنسي، فإذا نشأت هذه العلاقة في بلد أجنبي، وليس من بين هؤلاء الأشخاص مواطن فرنسي وطلب من القضاء الفرنسي الحكم بصحة هذه العلاقة، فلا يوجد عندئذ ما يبرر استبعاد القانون الأجنبي بدعوى تعارضه مع المبادئ والسياسية التشريعية الفرنسية طالما أن المجتمع الفرنسي غير معني به<sup>(30)</sup>.

وقد اضطر القضاء الفرنسي في حالات كثيرة إلى الحكم بإبطال زواج الأجانب الذي تم في فرنسا طبقاً لأشكال نص عليها قانونهم الوطني بدعوى وجود خطر عام يهدد النظام العام للدولة. وقد انتقد البعض هذا التوجه من زاوية أنه ينبغي تحديد مرتكزات استبعاد النظام العام في النصوص أو الأشكال وليس في الأفكار التي تنفر من كل ما هو أجنبي.

وعلى هذا الأساس، إذا اختار الأجانب تطبيق أشكال قوانينهم الشخصية واعتبرت هذه الأخيرة منافية لا شيء سوى لأنها أنظمة أجنبية لكان هذا مفهوماً خاطئاً للنظام العام. ولكن إذا كان النظام العام للدولة يفرض على المواطنين والأجانب احترام الشكل المدني للزواج ويحظر الشكل الديني لاعتبر ذلك مفهوماً صحيحاً للنظام العام. وإن كان الأستاذ أوديني Audinet يرى أن قوانين الشكل لا تعتبر من النظام العام الدولي ومن ثم لا تطبق على الأجانب، بل تعتبر من النظام العام الداخلي وهذا يعني أنها تطبق على الفرنسيين فقط. ومن هذا المنطلق فإن الزواج الذي يعقده الأجانب في فرنسا يعتبر صحيحاً حتى ولو تم على يد رجل دين. وترى الدكتورة نادية فضيل أن الزواج الذي تم في الخارج طبقاً لقاعدة لو كيس، يعتبر صحيحاً ولا يجوز للقضاء الفرنسي الحكم بإبطاله تطبيقاً لنظرية الحقوق المكتسبة وذلك رغم تعارضه مع النظام العام الفرنسي<sup>(31)</sup>.

والحقيقة أنه، لتطبيق نظرية نفاذ الحقوق المكتسبة لا بد من توافر جملة من الشروط، ومن بين هذه الشروط أنه يجب أن يكون الحق قد تكون وفقا لقواعد الإسناد في البلد الذي تم فيه وفي البلد الذي يراد التمسك فيه بنفاذه. أما إذا اتفق مع قواعد التنازع في البلد الأول وخالفها في البلد الثاني فلا يجوز التمسك بنفاذ هذا الحق في البلد الثاني<sup>(32)</sup>. ثم إن القانون الفرنسي يشترط لصحة الزواج الذي يعقد في الخارج أن يتم إعلانه في فرنسا.

ومما سبق، يتضح لنا بأن مسألة تضييق مجال تطبيق قاعدة لويس استنادا إلى فكرة النظام العام أمر تحكمه آراء القضاة في تحديد مفهوم النظام العام والذي يختلف من قضية إلى أخرى، خصوصا وأنهم يتمتعون بحرية واسعة في تفسير مضمون القوانين الأجنبية دون خضوعهم إلى رقابة محكمة النقض<sup>(33)</sup>.

### البند الثالث: الإحالة

لقد تباينت مواقف الدول بشأن الأخذ بنظرية الإحالة بين القبول والرفض وقد أورد المشرع الجزائري في القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 نصا صريحا يقضي بقبول الإحالة من الدرجة الأولى حيث جاء في المادة 23 مكررا ما يلي: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

ولكن إذا كنا أمام زواج خضع في شكله للقانون الوطني، ورفض القانون الشخصي هذا الاختصاص وأحاله إلى قانون المحل أو قانون الموطن، فهل يعتبر هذا الزواج صحيحا؟

الأصل أن شكل هذا التصرف يعتبر صحيحا في هذه الحالة طبقا لقاعدة لويس نظرا لكون القاعدة تتمتع بطابع اختياري. وعليه إذا أحال القانون الشخصي المختص النزاع إلى قانون المحل أو إلى قانون الموطن فيجب الاعتراف بذلك. ويرى الأستاذ باتيفول



Batiffol أن الأخذ بالإحالة في مجال شكل التصرفات يترتب عليه هدم الطابع الاختياري الذي تتميز به قاعدة لوكيس. وترفض الأستاذة جنين ميريك Genin- Meric الأخذ بنظرية الإحالة، لأنها تؤدي إلى خلق صعوبات في تكييف الشكل<sup>(34)</sup>.

ويتضح مما سبق، أن قاعدة لوكيس تستبعد إذا أحال القانون الوطني إلى قانون آخر، وهذا بالرغم من معارضة العديد من الفقهاء تطبيق نظرية الإحالة حفاظاً على الطابع الاختياري للقاعدة.

### المطلب الثالث: اختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج<sup>(35)</sup>

يحق للجزائريين المقيمين في البلاد الأجنبية الاختيار بين إبرام عقد زواجهم وفقاً للإجراءات والأشكال التي يتطلبها قانون بلادهم وذلك بالتوجه إلى القنصليات والهيئات الدبلوماسية الجزائرية المختصة، أو إبرام عقد زواجهم وفقاً للأشكال التي يتطلبها القانون المحلي لبلد الإبرام وذلك بالتوجه إلى الهيئات المحلية المختصة.

لقد أقرت المعاهدات الدولية والتشريعات باختصاص السلك الدبلوماسي لإبرام عقود الزواج في الخارج. ومن ذلك ما تقضي به اتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالزواج، واتفاقية فيينا المبرمة في 24 أبريل 1963<sup>(36)</sup>، وكذلك معاهدة لاهاي لسنة 1978 الخاصة بإبرام الزواج والاعتراف به. وما نصت عليه الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة 24 ماي 1974<sup>(37)</sup>.

لقد اعترف المشرع الجزائري بصحة عقود الزواج التي تبرم أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل طبقاً للقانون الجزائري، حيث نص في المادة 96 من قانون الحالة المدنية: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحاً إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقاً للقوانين الجزائرية".

من استقراء أحكام النصوص السابقة يتبين لنا بأن زواج الجزائريين المبرم أمام الهيئات الدبلوماسية والقنصلية يبقى خاضع دائماً للقانون الجزائري وهذا بالنسبة للشروط الشكلية والشروط الموضوعية على حد السواء<sup>(38)</sup>. ولا يشترط لصحة عقد الزواج الذي يقوم بتحريه أعوان السلك الدبلوماسي والقنصلي طبقاً للقانون الجزائري

أن تعترف لهم بهذه الصلاحية الدول المعتمدين فيها<sup>(39)</sup>. ومع ذلك تبقى دائما سلطات الممثل الدبلوماسي أو القنصلي في إبرام عقد الزواج تمارس في حدود الاتفاقيات والأعراف الدولية.

إذن، يحق للجزائريين إبرام زواجهم في الخارج وفقا للشكل القنصلي الجزائري أي لدى القنصلية الجزائرية في الدولة التي يقيم فيها الجزائري طالب الزواج، وقد جرى العرف الدولي على إسناد هذا الاختصاص إلى القناصل فقط بالنسبة لرعايا دولة القنصل فيما بينهم<sup>(40)</sup>.

### الفرع الأول: زواج الجزائريين في الخارج

يجوز للجزائريين المتوطنين في الخارج إبرام عقود زواجهم وفقا لقانون الدولة التي يتوطنون فيها، وذلك حسب نص المادة 19 من القانون المدني ويستوي في ذلك أن يتم إبرام العقد في دولة أخرى. أو في دولة موطنهما المشترك وفي هذا الفرض تكون دولة الإبرام هي ذاتها دولة الموطن<sup>(41)</sup>.

ويجيز القانون الفرنسي للفرنسيين إبرام عقود زواجهم أمام رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي في الخارج وفقا لأحكام القانون الفرنسي ولو كان مخالفا لشكل الزواج في البلد الذي هم معتمدون لديه<sup>(42)</sup>.

وعندما يلجأ الجزائريون إلى الهيئات المحلية المختصة في البلد الأجنبي لإبرام عقود زواجهم، فإن مثل هذا الزواج يعتبر صحيحاً في نظر القانون الجزائري إذا تم وفقاً للشروط الشكلية المقررة في ذلك البلد حسب نص المادة 97 التي اشترطت عدم مخالفة الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائري مثل الرضا وأهلية الزواج وانعدام الموانع الشرعية<sup>(43)</sup>. كما أوضحت الفقرة الثانية من المادة 97 بأن الحكم السابق يسري على الجزائري المتزوج بأجنبية. أما الجزائرية المتزوجة بأجنبي فهي مستثناة من هذا الحكم، وذلك تطبيقاً لنص المادة 31 من قانون الأسرة التي تشترط في هذه الحالة توافر إجراءات خاصة<sup>(44)</sup>.

أما المشرع الفرنسي فقد أجاز في المادة 1-171 من القانون المدني للهيئات الدبلوماسية الفرنسية في الخارج القيام بعقد زواج فرنسي بأجنبية في بعض البلدان المحددة بموجب مرسوم رئاسي.

إن أهم ما يمكن ملاحظته أن قانون الحالة المدنية الجزائري قد ميز بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية في عقد الزواج. وهذا ما لم نجده في قانون الأسرة. كما أن الزواج الذي يتم إبرامه في بلد أجنبي بين الجزائريين والجزائريات وبين الجزائريين والأجنبيات يعتبر صحيحا إذا روعيت فيه الشروط الشكلية وفقا لقانون بلد الإبرام والشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الجزائري<sup>(45)</sup>.

ولكن ماذا عن شكل الزواج الذي يبرم في الخارج بين جزائرية وأجنبي؟

إن زواج الجزائرية في الخارج لا يجوز إبرامه في الشكل المحلي على حساب الشروط الموضوعية لصحة الزواج ونقصد هنا بشكل خاص عدم زواج المسلمة بغير المسلم<sup>(46)</sup>. كما لا يجوز إبرامه في الخارج وفقا للشكل الديني الذي يتطلبه قانون المحل<sup>(47)</sup>. ولكن إذا كان الزوجان غير مسلمين فيحق لهما إبرام زواجهما في الخارج وفقا للشكل المحلي مدنيا كان أو دينيا<sup>(48)</sup>.

### الفرع الثاني: زواج الأجانب في الجزائر

لقد نتج على سياسة الانفتاح على العالم الخارجي، وتزايد حجم أعمال الاستثمار الأجنبي في الجزائر والتبادلات الثقافية ظهور زيجات بين أجنبيات وأجانب. وعليه، فإن زواج هؤلاء الأجانب مع الأجنبيات الذي يتم أمام الجهات الجزائرية المؤهلة يكون خاضعا من حيث الشكل إلى القانون الجزائري باعتباره محل الإبرام<sup>(49)</sup>.

ويجوز إبرامه أيضا أمام الهيئة السياسية الأجنبية المعتمدة في الجزائر إذا كانت جنسية الزوجين مشتركة. وهذا لأن اختصاص السلك القنصلي في إبرام عقد الزواج يقوم فقط في حالة اتحاد جنسية الزوجين مع جنسية القنصل. إضافة إلى أن نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية<sup>(50)</sup> يشترط ضرورة استمرار إقامة الأجنبيين أو أحدهما لمدة شهر على الأقل قبل الزواج في إقليم اختصاص ضابط الحالة المدنية<sup>(51)</sup>.

وطبقا للمادتين 48<sup>(52)</sup> و171 من القانون المدني الفرنسي يمكن أن يتم إبرام الزواج أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القنصليين الفرنسيين. فالزواج المدني هو المعترف به رسمياً والملمزم لجميع المواطنين وكذلك الأجانب الذين يتزوجون من فرنسيين أو فرنسيات. ولكن يبقى للزوجين الخيار في إبرامه مرة ثانية على الشكل الديني أمام الكاهن متى رغبا في ذلك<sup>(53)</sup>. ويتعرض الكاهن الذي أبرم الزواج على الشكل الديني قبل المدني لعقوبة الحبس والغرامة المنصوص عليها في المادة 1/433-2 من القانون الجنائي الفرنسي.

وقد تلجأ الدول إلى إبرام اتفاقيات ثنائية تخول بموجها للأعوان الدبلوماسيين إبرام الزواج، كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية القنصلية المبرمة بين المغرب وليبيا<sup>(54)</sup>، حيث جاء في المادة 31 منها ما يلي: "يحق للموظفين القنصليين في حدود دائرتهم القيام بما يلي:..."

8- أ تحرير ونسخ وإرسال عقود الزواج والازدياد والجنسية والوفاء لرعايا الدولة الموفدة، وذلك طبقا لتشريعات هذه الدولة. وكذلك تسليم الشهادات المتعلقة بها.

ب- إبرام عقود الزواج عندما يكون الزوجان من رعايا الدولة الموفدة،

ج- حل نسخ أو تسجيل بناء على مقرر قضائي له قوة تنفيذية حسب تشريع الدولة، كل العقود المتعلقة بحل ميثاق الزواج المبرم بحضورهم".

خاتمة

لقد تناولنا في هذه الدراسة تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج وفقا لقواعد الإسناد في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، وعرضنا أيضا لطبيعة قاعدة لوكيس في التشريعات الحديثة، ووقفنا عند المشكلات التي تحول دون تطبيق قاعدة لوكيس من صعوبات تتعلق بالنظام العام والغش نحو القانون وإعمال نظرية الإحالة، وأخيرا تعرضنا لاختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي بإبرام الزواج.

ورغم حداثة تعديل قواعد الإسناد في التشريع الجزائري الذي تم بموجب القانون رقم 05-10، فإن مشرعا لم يخص شكل الزواج بقاعدة إسناد خاصة، بل اكتفى بتحديد القاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات. وعلى هذا الأساس يجب على المشرع الجزائري

إحداث قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج تجلي الغموض والجدل الفقهي المثار حول تحديد مضمون وتكييف الشروط الشكلية للزواج وتتماشى أيضاً مع التطور المتسارع الذي تشهده العلاقات الدولية الخاصة بما يضمن إيجاد حلول ملائمة للمشكلات الناجمة عن تنازع القوانين في مسائل إبرام الزواج المختلط.

### الهوامش

- <sup>1</sup> -انظر، السعدية بلخير، الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية المغرب، 1988، ص22.
- <sup>2</sup> -انظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص25.
- <sup>3</sup> -انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص36، ص37.
- <sup>4</sup> -انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2005، ص87.
- <sup>5</sup> -انظر، الطيب زوتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول(تنازع القوانين)، مطبعة الفسييلة، الطبعة الثانية، 2008، ص160.
- <sup>6</sup> -انظر، عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص257.
- <sup>7</sup> -انظر، نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومه، الجزائر، 2006، ص349.
- <sup>8</sup> -انظر، الطيب زوتي، المرجع السابق، ص168، ص169.
- <sup>9</sup> -انظر، عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010، ص154، ص155؛ انظر، محمد كمال فهي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص543.
- <sup>10</sup> - ورد في الفصل 11 من الظهير المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب ما يلي: "لا يجوز للفرنسيين والأجانب أن يتزوجوا إلا حسب القواعد الشكلية التي يعيها قانونهم الوطني أو حسب القواعد التي ستعين فيما بعد للحالة المدنية في منطقة الحماية الفرنسية".
- <sup>11</sup> - انظر، المادة 2/12 من قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985 والتي تنص على ما يلي: "أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي ووطني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تمت فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين".

<sup>12</sup> - تنص المادة 2/13 من القانون المدني الأردني على ما يلي: "يعتبر الزواج ما بين أجنبي وأردني صحيحا إذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين".

<sup>13</sup> - انظر، عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003 .  
2004، ص838 : الطيب زروتي، المرجع السابق، ص164، ص165.

<sup>14</sup> - انظر، نادية فضيل، المرجع السابق، ص14، ص15.

<sup>15</sup> - انظر، نادية فضيل، نفس المرجع، ص30 وما بعدها.

<sup>16</sup> - انظر، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول(المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص333.

<sup>17</sup> - انظر، نادية فضيل، المرجع السابق، ص52، ص53، ص59.

<sup>18</sup> - 1 Art: 170 du code civil français dispose:" Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63, au titre des actes de l'état civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent".

Il en sera de même du mariage contracté en pays étranger entre un Français et un étranger, s'il a été célébré par les agents diplomatiques ou par les consuls de France, conformément aux lois françaises.

Toutefois les agents diplomatiques ou les consuls ne pourront procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui seront désignés par décrets du Président de la République".

<sup>19</sup> - انظر، ريم حمد أحمد الحمد، تنازع الاختصاص القضائي والتشريعي في الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2000، ص77.

<sup>20</sup> - انظر، الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 10-05، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد01، ص85، ص86.

<sup>21</sup> - تنص المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية".

<sup>22</sup> - ورد في نص المادة 73 من قانون الحالة المدنية الجزائري ما يلي: "يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون.

كما يجب فضلا عن ذلك أن يبين فيه ما يلي:

1- الألقاب والأسماء والتواريخ ومحل ولادة الزوجين،

2- ألقاب وأسماء أبوي كل منهما،

3- ألقاب وأسماء وأعمار الشهود،

4- الترخيص المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء،

- 5- الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر".
- <sup>23</sup> - انظر، خالد برجوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرباط، 2001، ص 191.
- <sup>24</sup> - انظر، نادية فضيل، المرجع السابق، ص 159.
- <sup>25</sup> - انظر، نادية فضيل، نفس المرجع، ص 263، ص 268.
- <sup>26</sup> - انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص 449.
- <sup>27</sup> - انظر، سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2004، ص 223، ص 224.
- <sup>28</sup> - انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص 445، ص 446.
- <sup>29</sup> - انظر، نادية فضيل، المرجع السابق، ص 275، ص 276.
- <sup>30</sup> - انظر، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2008، ص 198.
- <sup>31</sup> - انظر، نادية فضيل، المرجع السابق، ص 277، ص 278، ص 279.
- <sup>32</sup> - انظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 128.
- <sup>33</sup> - انظر، نادية فضيل، المرجع السابق، ص 279، ص 280.
- <sup>34</sup> - انظر، نادية فضيل، المرجع السابق، ص 283، ص 285.
- <sup>35</sup> - مع ملاحظة أنه توجد تشريعات أخرى لا تبيح لسلكها الدبلوماسي هذا الاختصاص أصلاً مثل ما هو عليه الحال في بعض دول أمريكا اللاتينية. انظر الطيب زوتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 167.
- <sup>36</sup> - صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 64-85 مؤرخ في 2 مارس 1964 يتضمن المصادقة على اتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية الموقعة في أبريل 1963، الجريدة الرسمية لسنة 1964. العدد 34.
- <sup>37</sup> - صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 74-75 مؤرخ في 12 يوليو 1974، يتضمن المصادقة على الاتفاقية القنصلية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية الموقعة في باريس في 24 مايو 1974، الجريدة الرسمية، 1974، العدد 62، ص 834.
- <sup>38</sup> - انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 168.
- <sup>39</sup> - انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 245.
- <sup>40</sup> - انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج المرجع السابق، ص 412-413.
- <sup>41</sup> - انظر، هشام خالد، المرجع السابق، ص 423.

- <sup>42</sup> - انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص72.
- <sup>43</sup> - انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص169.
- <sup>44</sup> - انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص167.
- <sup>45</sup> - انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص167.
- <sup>46</sup> انظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص243.
- <sup>47</sup> انظر، هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، المرجع السابق، ص398.
- <sup>48</sup> انظر، هشام خالد، نفس المرجع، ص400.
- <sup>49</sup> انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص166.
- <sup>50</sup> نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية على ما يلي: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج. ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".
- <sup>51</sup> انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص167-168.
- <sup>52</sup> L'art.48 du code civil français dispose que : " Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou consulaires.
- Un double des registres de l'état civil tenus par ces agents sera adressé à la fin de chaque année au ministère des affaires étrangères, qui en assurera la garde et pourra en délivrer des extraits".
- <sup>53</sup> انظر، محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المرجع السابق، ص251 وما بعدها.
- <sup>54</sup> انظر، الاتفاقية القنصلية بين المغرب وليبيا، الموقعة بتاريخ 02 أبريل 1997، الجريدة الرسمية، عدد 4740 بتاريخ 4 نوفمبر 1999.



## تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة)

M. BOUMRAOU Soufiane  
Enseignant permanent  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université A. Mira 06000 Bejaia –Algérie

أ. بومراو سفيان، أستاذ مؤقت  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة عبد الرحمان ميرة،  
06000 بجاية، الجزائر

### مقدمة

يصعب كثيرا تحديد المسائل التي تدخل ضمن فئة الأحوال الشخصية في ظل عدم وجود تعريف صريح لمسألة الأحوال الشخصية، لكن رغم ذلك فيمكن القول بأن هذه الأخيرة عبارة عن مجموعة من العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص، سواء تلك المتعلقة بحالته الخاصة أو تلك المتعلقة بعلاقته مع أسرته، وهذه العناصر تخضع لقانون الدولة التي يرتبط بها هذا الشخص إما عن طريق رابطة الجنسية أو رابطة الموطن. ولاشك أن موضوع الزواج يقع في دائرة الروابط العائلية التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية حيث يعتبر المجال الخصب لقيام حالات تنازع القوانين، فعادة ما تكثر النزاعات فيه وذلك راجع إلى أن فكرة الزواج هي فكرة ذات بعد اجتماعي، فمفهوم الزواج يختلف من نظام قانوني لآخر، خاصة بالنسبة للأنظمة التي تختلف في النمط الديني المتبع، باعتبار أن هذا الموضوع يرتبط ارتباطا وثيقا بالدين.

يتطلب الزواج شروط عديدة لانعقاده سواء كانت موضوعية أو شكلية، وهذه الشروط حتما ستختلف من دولة لأخرى بحكم اختلاف الأنظمة القانونية والعقائد الدينية كما أشرنا، ومادام أن الزواج الذي يشكل محور دراستنا يتمثل في ذلك الذي يشتمل على عنصر أجنبي، فغالبا ما يثار خلاف بين أطرافه حول هذه الشروط، لذا كان من الضروري البحث عن القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد الزواج في ظل التنازع الذي يمكن أن يثار حول ذلك.

وفي ظل كل هذه الاختلافات التي تعد مصدرا لتنازع القوانين في مجال الزواج بصفة عامة وانعقاده بصفة خاصة فيا ترى كيف عالج المشرع الجزائري مسألة تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج مقارنة بالقوانين المقارنة؟

يستدعي الأمر للإجابة على هذه الإشكالية البحث عن القانون الواجب التطبيق على الخطبة باعتبار أن هذه الأخيرة هي عملية سابقة لكل زواج (أولا)، بعد ذلك ننتقل إلى مسألة الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج وما تثيره من الصعوبات (ثانيا)، وأخيرا نتطرق لمسألة الشروط الشكلية (ثالثا).

### أولا: القانون الواجب التطبيق على الخطبة

يعتبر عقد الزواج من أعظم العقود وأخطرها، ولهذا السبب جعل له الإسلام مقدمات تكشف عن رغبة كل من المتعاقدين في إبرام هذا العقد الذي يستمر مدى الحياة، وهذه المقدمات هي ما يعرف عند فقهاء الشرع بالخطبة<sup>(1)</sup>، وقد تباينت التشريعات في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة، فاختلف تكييفها من قانون لآخر وهو ما يؤثر على قواعد الإسناد التي تحكمها، ونقوم بتبيان القانون الذي يحكم الخطبة في ظل القانون الجزائري، ثم بعد ذلك في بعض القوانين المقارنة.

### 1- القانون الواجب التطبيق على الخطبة في القانون الجزائري

نلاحظ عند تفحص قواعد الإسناد الموجودة في القانون المدني الجزائري<sup>(2)</sup>، انعدام قاعدة تنازع خاصة بالخطبة، لكن مع إعمال المادة 09 من القانون المدني التي تنص على: << يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه >> بمعنى أنه لتحديد الطبيعة القانونية لمسألة الخطبة يجب الرجوع دائما إلى النظام القانوني الجزائري، والخطبة في القانون الجزائري هي مجرد وعد بالزواج ولا ترتقي إلى درجة العقد وذلك بصريح المادة 1/05 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: << الخطبة وعد بالزواج..... >><sup>(3)</sup>.

وبالتالي فإن الخطبة ليست زواجا، كما أنها ليست شرطا من شروط انعقاد الزواج، وهو الأمر الذي يتأكد من خلال التقسيم الذي جاء به المشرع في قانون الأسرة،

حيث وضع الفصل الأول منه تحت عنوان " الخطبة والزواج "، فهذا دليل على أن الخطبة من مقدمات الزواج دون أن ترتقي إلى درجة عقد الزواج.

يبقى السؤال المطروح هو أنه كيف يتصرف القاضي الجزائري في حالة ما عرض عليه نزاع متعلق بالخطبة، كأن يكون مضمون النزاع هو عدول أحد الخاطبين عن تلك الخطبة؟ وبعبارة أخرى، ماهي قاعدة الإسناد التي يطبقها القاضي الجزائري في حالة ما كان أمامه نزاع يتمثل في عدول أحد الخاطبين عن الخطبة؟.

إن الإجابة المبدئية على هذا السؤال تكون بعدم قدرة القاضي الجزائري على إعمال قواعد الإسناد على مسألة العدول عن الخطبة، والسبب في ذلك هو أن العدول عن الخطبة لا يولد أية مسؤولية عقدية بحيث يجوز لكلا الطرفين العدول عنها<sup>(4)</sup>، فبما أنها لا تدخل ضمن الشروط المتطلبة لإبرام عقد الزواج فلا يمكن للقاضي أن يطبق عليها قاعدة الإسناد المخصصة لذلك<sup>(5)</sup>، كما لا يجوز له أن يطبق عليها القانون الذي يحكم الإلتزامات التعاقدية المنصوص عليه في المادة 18 من القانون المدني مادام أنها لا ترتقي إلى مرتبة العقد.

غير أن المسؤولية التقصيرية تبقى ممكنة التحقق إذا توفرت شروطها، بمعنى إذا صاحب الفسخ تحقق الفعل الضار فيمكن مساءلة المتسبب في ذلك تقصيرا، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الجزائري أن يطبق بشأن ذلك قاعدة الإسناد التي تحكم الإلتزامات الغير التعاقدية<sup>(6)</sup>.

ويمكن القول في الأخير أن المشرع الجزائري قد تناسى معالجة مسألة الخطبة، بحيث أنه لم يضع لنا قاعدة إسناد تحكم التنازع الذي يمكن أن يثار حول الشروط الواجبة لتمام هذه الخطبة والآثار الناتجة عنها، وهو الأمر الذي يمكن أن يضع القاضي الجزائري في موقف حرج.

## 2- القانون الواجب التطبيق على الخطبة في القوانين المقارنة

يتباين موقف القوانين المقارنة حول مسألة طبيعة الخطبة، بحيث اعتبرها القانون الكويتي بأنها مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، بحيث وضع قاعدة إسناد

تحكمها، فهي بمثابة عقد ملزم نظرا لضرورة توفر شروط معينة من أجل تمامها وبذلك فالخطبة يحكمها قانون جنسية الخاطبين بالنسبة للشروط الموضوعية المتطلبية فيها<sup>(7)</sup>.

أما القانون المصري فقد سلك نفس مسلك المشرع الجزائري، فلم يرصد قاعدة إسناد خاصة بالخطبة غير أن الفقه والقضاء الراجح في مصر يميل إلى إتباع ما سرى عليه الفقه والقضاء الراجح في القانون القوانين المقارنة، فالفقه المصري يناهز بإمكانية قياس الخطبة على الزواج في هذا الخصوص رغم أن الخطبة في مصر ليست عقدا ملزما<sup>(8)</sup>، بمعنى يجب إخضاع الشروط الموضوعية لقانون جنسية الخاطب والمخطوبة وقت الخطبة، أما آثارها فتخضع لقانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، وبالنسبة للفسخ فنطبق عليه قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ<sup>(9)</sup>.

وبالنسبة للقانون الفرنسي فلم يتناول إطلاقا مسألة الخطبة، وهو ما دفع بالفقه والقضاء الفرنسي إلى الاستعانة بالحلول التي يقضي بها القانون الداخلي، لذلك فقد اتجه الفقه الفرنسي إلى تكييفها على أنها مجرد وعد بالزواج<sup>(10)</sup>، وفي حالة ما حدث هناك فسخ للخطوبة بإرادة أحد الخاطبين دون أي سبب مبرر فإن الفسخ في هذه الحالة سيكون مصدرا لقيام المسؤولية التقصيرية متى ثبت الخطأ من الفاسخ وحدث ضرر<sup>(11)</sup>.

### ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج

يُعرف الزواج في الشريعة الإسلامية بأنه عقد يفيد استمتاع كل من العاقدين بالآخر شرعاً طلباً للنسل فالزواج إذن تنظيم اجتماع غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة عن طريق تكوين أسرة، ويقع على عاتق الدولة صيانة هذه الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية لتكوين كل مجتمع<sup>(12)</sup>.

ونص المشرع الجزائري على ضرورة توفر مجموعة من الشروط بغض النظر عن طبيعتها حتى يرتب هذا الزواج آثاره وذلك في قانون الأسرة الجزائري<sup>(13)</sup>، ومن بينها نجد الشروط الموضوعية التي تتمثل في تلك الشروط الأساسية الواجب توافرها لقيام رابطة الزواج، بحيث إذا تخلف أحدها أدى ذلك إلى بطلان علاقة الزواج.

## 1- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في القانون الجزائري

### (أ) إختصاص القانون الوطني

أخضع المشرع الجزائري الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج لضابط الجنسية لكل من الزوجين، وذلك عندما نص في المادة 11 من القانون المدني المعدل والمتمم على أنه >> يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين <<.

ويكون بذلك المشرع قد أخذ بأحكام اتفاقية لاهاي لسنة 1902 لاسيما المادة 01 منها، كما أكد المشرع الجزائري هذا الاتجاه عندما نص في قانون الحالة المدنية على أن: >> الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحاً إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد، شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج <<<sup>(14)</sup>.

لكن ما يعاب على المشرع الجزائري في هذه المادة هو عدم نصه للقانون الذي سيطبق على الأجنبي الذي يريد الزواج سواء داخل الجزائر أو خارجها، وبالتالي فقد منح المشرع الجزائري لهذه المادة طابعاً أحادياً فقط<sup>(15)</sup>، عندما اكتفى بتبيان القانون الذي سيطبق على الطرف الجزائري الذي يرم عقد الزواج في بلد أجنبي، كما أن المشرع الجزائري لم يعالج مسألة زواج الجزائريات مع أجنبي في دولة أجنبية.

### (ب) نطاق إعمال القانون الوطني

إن المادة 11 من القانون المدني الجزائري تطبق في حالة ما كان الطرفين (العاقدين) أجنبيين، لأنه في حالة ما إذا كان أحد طرفي العلاقة جزائرياً ففي هذه الحالة سيطبق القانون الجزائري دون سواه متى عرض النزاع على القاضي الجزائري حول صحة الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج، وذلك عملاً بأحكام المادة 13 من القانون المدني الجزائري<sup>(15)</sup>، فرغم أن الحكم الوارد في هذه المادة استثنائي، إلا أنه يطبق بالأولوية على الشروط الموضوعية المتعلقة بصحة الزواج ماعدا الشرط المتعلق بأهلية الزواج<sup>(16)</sup> كلما توفر شرط التطبيق، وهو أن يكون أحد العاقدين جزائرياً عند إبرام عقد الزواج.

يكن الهدف في تقرير هذا الحكم الاستثنائي في القانون الجزائري أو غيره من أجل مواجهة حالات خاصة، كأن يكون الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي أو العكس، وحينئذ فالعبرة بما يقضي به القانون الجزائري<sup>(17)</sup>.

ونشير أن المشرع الجزائري يبقى معرضا للنقد حول المادة 13، لكونه قد خرج عن أبرز خصائص قواعد الإسناد المتمثلة في خاصية الأزواجية، فهذه المادة جاءت بصيغة انفرادية وموحدة ما دام أنها تمنح الاختصاص منذ الوهلة الأولى للقانون الجزائري، وهو ما يؤدي إلى المساس بمبدأ آخر وهو مبدأ حياد قاعدة الإسناد، كما أن هذه المادة تثير إشكالا آخر يتمثل في مدى ملاءمة تطبيق القانون الجزائري على الطرف الأجنبي، وهو الأمر الذي لا يؤدي إلى تحقيق الغرض من وجود قواعد الإسناد، الذي يتمثل في البحث عن القانون الملائم لحكم النزاع.

أما فكرة الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج في القانون الجزائري تتضمن نوعان من الشروط:

- الشروط الإيجابية: وهي تلك التي يشترط القانون توافرها حتى ينعقد الزواج صحيحا، والمتمثلة في ركن الزواج وشروط صحته كوجود الرضا، الولي، شهادة الشهود... الخ.

- الشروط السلبية: هي تلك الشروط التي يشترط القانون عدم توافرها في الشخص حتى ينعقد الزواج فإذا توفرت مثل هذه الشروط اعتبر الزواج باطلا كتوفر إحدى حالات موانع الزواج مثلا.

فنلاحظ أن هذه الشروط هي تلك الواردة في أحكام قانون الأسرة الجزائري<sup>(18)</sup>، وبالتالي يجب على القاضي الجزائري أن يستعين بأحكام هذا الأخير حتى تسهل عليه مهمة تحديد نطاق هذه الشروط.

### ج) كيفية تطبيق القانون الوطني

يجب التنويه إلى مسألة مهمة وهي أن إعمال القانون الوطني بالنسبة للعاقدين يكون وقت انعقاد الزواج وليس وقت إثارة النزاع، فرغم أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة<sup>(19)</sup>، إلا أن المنطق يفرض على القاضي الجزائري إعمال قانون جنسية العاقدين

وقت انعقاد الزواج، باعتباره الوقت الذي يعتد فيه بهذه الشروط، وبذلك فلا يتأثر عقد الزواج في حالة ما قام أحد العاقدين بتغيير جنسيته بعد ذلك.

ويكون الأمر سهلا إذا كان العاقدان وقت انعقاد الزواج يحملان نفس الجنسية، إذ يطبق في هذه الحالة قانون جنسيتهما المشتركة، ولكن الصعوبة تظهر عندما يكون طرفا العقد مختلفي الجنسية، حينئذ كيف سيطبق القاضي الجزائري قانون جنسيتهما؟.

قبل التعرض إلى موقف المشرع الجزائري، لا بد أن نشير أنه حدث خلاف فقهي حول هذه المسألة حيث ظهر اتجاه ينادي بتطبيق قانون جنسية العاقدين تطبيقا جامعا **"L'application cumulative"** وهو الاتجاه الذي تزعمه في فرنسا الأستاذ **(Lerebours Pigeonnière)**، بمعنى أنه حتى ينعقد الزواج صحيحا يجب أن تتوفر في كل طرف جميع الشروط الموضوعية المقررة في قانون جنسيته، والمقررة كذلك في قانون جنسية الطرف الآخر<sup>(20)</sup>.

أما الاتجاه الآخر فيدعو إلى تطبيق قانون جنسية العاقدين تطبيقا موزعا

### **"L'application distributive"**

أي أنه يكفي أن تتوفر في كل طرف جميع الشروط الموضوعية طبقا لقانون جنسيته حتى ينعقد الزواج صحيحا، باستثناء كل ما يتعلق بموانع الزواج التي نطبق بشأنها التطبيق الجامع<sup>(21)</sup>.

وبخصوص موقف المشرع الجزائري فقد أخذ بالتطبيق الموزع، وهو ما نستنتجه من خلال الصياغة التي جاءت بها المادة 11 المذكورة أعلاه<sup>(22)</sup>، فاستعمل المشرع لعبارة "لكل من الزوجين" دليل على أنه قد تأثر بالاتجاه الثاني الذي ينادي بالتطبيق الموزع، فلو أراد أن يأخذ بالتطبيق الجامع لاستعمل عبارة "لكلا من الزوجين"، وتبقى مسألة مدى استثناء موانع الزواج من التطبيق الموزع غير واضحة في التشريع الجزائري، فعدم وجود سابقة قضائية في هذه المسألة يفتح الباب لعدة تأويلات، غير أنه في رأينا الخاص نرى بأنه مادام أن المشرع لم يستثنها صراحة فيمكن أن نطبق بشأنها قانون جنسية العاقدين تطبيقا موزعا ولكن مع إعمال فكرة النظام العام طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري<sup>(23)</sup>.

فإذا ثبت للقاضي وجد مانع للزواج طبقا للقانون الأجنبي علما أنه يعتبر فعلا مباحا وجائزا طبقا للقانون الجزائري، فما عليه إلا استبعاد ذلك القانون الأجنبي بسبب مخالفته لفكرة النظام العام الجزائري، وتطبيق القانون الجزائري محله.

## 2- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في القوانين المقارنة

### (أ) موقف القانون المصري

حسم المشرع المصري مسألة تنازع القوانين حول الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج بإخضاعها للقانون الوطني، وذلك عندما نص صراحة على أنه: >> يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين <<<sup>(24)</sup>.

فإذا عرض على القاضي المصري نزاع متعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج فيجب عليه أن يطبق قانون جنسية الزوجين وقت انعقاد الزواج وليس وقت إثارة النزاع، باعتبار أن اكتمال شروط صحة الزواج لا تكون إلا أثناء الانعقاد<sup>(25)</sup>.

أما فيما يتعلق بنطاق تطبيق هذه المادة من حيث الأشخاص، فقد سلك المشرع المصري نفس الطريق الذي سلكه المشرع الجزائري، عندما نص في المادة 14 من القانون المدني المصري على أنه: >> في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين، إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج <<.

نلاحظ إذن أن المشرع المصري قد رفض مزاحمة القانون الأجنبي للقانون المصري في حكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج، فيما عدا شرط أهلية الزواج الذي يبقى يخضع للقاعدة العامة والمتمثلة في قانون الجنسية<sup>(26)</sup>.

وبالنسبة لمضمون فكرة الشروط الموضوعية، فإن النظرة السائدة في مصر لا تختلف عن تلك الموجودة في القانون الجزائري، حيث أن جميع الشروط التي ذكرناها سواء الإيجابية أو السلبية لانعقاد الزواج تدخل ضمن نطاق المادة 12 من القانون المدني المصري، ما عدا الشرط المتعلق بالشهادة الذي وقع بشأنه خلاف، حيث يعتبر حسب الفقه الراجح في مصر شرطا شكليا<sup>(27)</sup>.



ويرجع سبب هذا الخلاف إلى ذلك الجدل الموجود بين فقهاء الشريعة الإسلامية الذين انقسموا إلى اتجاهين:

**الاتجاه الأول:** الذي يعتبر شهادة الشهود شرطاً لصحة العقد ابتداءً، فلا يمكن للزواج أن ينعقد بدونه ولو حصل إعلانه بوسيلة أخرى، وهو ما ذهب إليه فقهاء الأحناف والحنابلة والشافعية مستنديين في ذلك إلى قوله صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا بشاهدين"<sup>(28)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** يرى بأن شهادة الشهود بمثابة شرط لتمام العقد ونفاذه، وليست شرطاً لإنشاء العقد ابتداءً فعنصر الإشهاد يشترط وجوباً عند البناء (الدخول) وهو ما ذهب إليه المالكية<sup>(29)</sup>.

أدى هذا الجدل إلى تضارب الآراء لدى فقهاء القانون حول اعتبار الشهادة من الشروط الموضوعية أم أنها من عناصر الشروط الشكلية، غير أن الرأي الراجح يعتبره من عناصر الشروط الشكلية وبالتالي تخضع للقواعد التي تحكم الشروط الشكلية.

وفيما يخص كيفية تطبيق قانون جنسية العاقدين على الشروط الموضوعية، فإنه بالعودة إلى مضمون المادة 12 من القانون المدني المصري المذكورة أعلاه، يمكن الاستنتاج بأن المشرع المصري قد أخذ بالتطبيق الموزع، غير أنه فيما يتعلق بالشروط التي توضع في صيغة المنع أي موانع الزواج فيطبق بشأنها التطبيق الجامع، نظراً لأن المشرع يقصد من ورائها حماية مصالح اجتماعية<sup>(30)</sup>.

وسبق لمحكمة النقض المصرية أن كرست هذا الاتجاه عندما قضت في 01 أبريل سنة 1954 بنقض حكم صادر من محكمة الموضوع، لأنه طبق بخصوص موانع الزواج قانون أحد العاقدين فقط دون تطبيق قانون العاقد الآخر<sup>(31)</sup>.

#### ب) موقف القانون الفرنسي

خالف المشرع الفرنسي نظيره المصري، بحيث أنه لم يأت بقاعدة تنازع صريحة تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج، غير أن الفقه الفرنسي قد اجتهد في تأويل المادة 3/03 من القانون المدني الفرنسي<sup>(32)</sup>، واقترح إخضاع الشروط الموضوعية للقانون الشخصي للزوجين أي قانون جنسية الزوجين وذلك على أساس أن هذه الشروط تندرج ضمن

المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وحالة الأشخاص يحكمها ضابط الجنسية، إذن فمن المنطقي جداً إخضاع الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج لقانون جنسية العاقدين<sup>(33)</sup>.

ولعل ما يدعم هذا الموقف الذي ينادي به الفقه الفرنسي هو نص المادة 1/170 من القانون المدني الفرنسي، التي جعلت من الزواج الذي يبرمه الفرنسي خارج فرنسا باطلاً متى خالف الأحكام الأساسية للقانون الفرنسي<sup>(34)</sup>، فرغم أن الزواج الذي يبرمه هذا الفرنسي يكون خارج فرنسا، إلا أنه فيما يتعلق بشروط صحته يبقى خاضعاً للقانون الفرنسي، وبمفهوم المخالفة لهذه المادة يمكن الاستخلاص أن نية المشرع قد اتجهت إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين على صحة الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج.

وبشأن كيفية تطبيق القانون الوطني على العاقدين، فالفقه الراجح في فرنسا يميل إلى التطبيق الموزع وهجر التطبيق الجامع بسبب كثرة الانتقادات الموجهة له، ومن أهمها أنه يجعل قيام الرابطة الزوجية أمراً مستحيلاً في أغلب الأحوال<sup>(35)</sup>، لكن فيما يخص مسألة موانع الزواج فقد استقر القضاء الفرنسي على إخضاعها للتطبيق الجامع، وعلى هذا الأساس فقد سبق لمحكمة استئناف باريس وأن قامت بإبطال زواج فرنسية مع كامبروني متزوج على الرغم من أن القانون الكامبروني يسمح له بتعدد الزوجات، وتكون المحكمة بذلك قد طبقت القانون الفرنسي الذي يحكم الزوجة تطبيقاً جامعاً<sup>(36)</sup>.

### ثالثاً: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لانعقاد الزواج

تتصل الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج بالمظهر الخارجي الذي تخرج فيه إرادة الزوجين إلى العالم الخارجي، ونقصد بها تلك الأوضاع التي يتطلبها القانون من أجل إظهار الإرادة كمراسيم الاحتفال... إلخ وهذه الشروط الشكلية تختلف من دولة لأخرى، فهناك من الدول من يشترط الشكل الديني لانعقاد الزواج وأخرى تشترط الشكل المدني لذلك<sup>(37)</sup>، وبذلك سنتعرف على القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية في القانون الجزائري، ثم بعد ذلك في بعض القوانين المقارنة.

#### 1- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية في القانون الجزائري

لم يضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة تحكم الشروط الشكلية المتطلبة لإبرام عقد الزواج، كما أنه لا تدخل ضمن نطاق المادة 11 كما رأينا، نظراً لأن المشرع قد

خصصها فقط للشروط الموضوعية وذلك بعد تعديل 2005 بعدما كانت قبل ذلك لا تميز بينهما، فيمكن القول إذن أن نية المشرع الجزائري قد اتجهت إلى إخضاع الشروط الشكلية للقاعدة العامة التي تحكم التصرفات القانونية من حيث شكلها باعتبار أن الزواج يعد من قبيل ذلك، وبالعودة إلى القانون المدني الجزائري<sup>(38)</sup> نجد أن القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية يتمثل في:

- قانون المكان الذي تمت فيه،

- أو لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين،

- أو لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين،

- أو للقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لذلك التصرف.

نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد تبني القاعدة الشهيرة المعروفة بـ " *Locus regit actum* " التي تتضمن تطبيق قانون محل إبرام الزواج، وهوما أكدته المادة 97 من قانون الحالة المدنية التي ورد فيها >> الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحاً إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد...<<<sup>(39)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذه القاعدة ولكن ليس على سبيل الإلزام وإنما على سبيل الإختيار، نظرا لأنه وضع إلى جانبها ضوابط إسناد متعددة من بينها قانون جنسية العاقدين إذا كانت مشتركة، وبذلك فلا يوجد مانع في أن يكون هناك زواج في الجزائر بين الأجانب طبقا لشكليات مقررة في قانون أجنبي<sup>(40)</sup>.

وبالنسبة لمسألة تحديد نطاق الشروط الشكلية فيجب دائما إعمال القانون الجزائري في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه<sup>(41)</sup>، ولعل أن المشكل الذي يمكن أن يواجهه القاضي الجزائري في هذه المسألة، هو صعوبة تكييف شرط المراسيم الدينية نظرا لعدم وجود تفرقة بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية في القانون الأسرة الجزائري، لكن بما أن الزواج في الشريعة الإسلامية عبارة عن نظام مدني وليس نظاما دينيا، فيمكن القول بأن شرط المراسيم الدينية يعتبر من الشروط الشكلية طبقا للقانون الجزائري<sup>(42)</sup>.

## 2- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية في القوانين المقارنة

لا يختلف موقف المشرع المصري عن نظيره الجزائري فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لانعقاد الزواج، بحيث لم يضع لها قاعدة إسناد خاصة وإنما تحكمها المادة التي تسري على شكل التصرفات القانونية بين الأحياء، وقد نص المشرع المصري على أن: << العقود بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك >><sup>(43)</sup>.

فالمشرع المصري إذن قد أخذ بقاعدة "Locus" وذلك على سبيل الإختيار دون الإلزام، ويرى بعض الكتاب المصريين أن الاعتماد على قاعدة إسناد تختيارية في هذا الصدد، هو حل يرمي المشرع من ورائه إلى تحقيق هدف مادي معين وهو حماية صحة الزواج في جانبه الشكلي متى وافق الأوضاع المعمول بها وفق أحد الضوابط التي جاءت بها المادة 20<sup>(44)</sup>.

أما المشرع الكويتي فقد خالف كل من المشرع الجزائري والمصري، وذلك عندما وضع قاعدة إسناد خاصة تحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج، فقد نص على أنه: "يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج كالتوثيق والمراسم الدينية، إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو إلى قانون جنسية كل من الزوجين ..."<sup>(45)</sup>.

وبخصوص المشرع الفرنسي فقد أخضع الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج لقانون محل إبرامه كذلك كما يعتبر الزواج الذي يبرمه الفرنسيون أمام القنصلية الفرنسية المتواجدة في دولة أجنبية صحيحا، إذا تم وفق الشكليات التي يقرها القانون الفرنسي<sup>(46)</sup>.

## خاتمة

وفي الختام نقول بأن الزواج يثير مشاكل عديدة تكون عادة سببا لتنازع القوانين، وهنا يظهر دور قواعد الإسناد، لذا كان من الضروري أن تكون هذه الأخيرة موضوعة بطريقة واضحة تساعد القاضي الوطني في إيجاد الحلول للمنازعات التي تثور أمامه، ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى نتيجة مفادها أن قواعد الإسناد المخصصة للشروط المتطلبية لانعقاد الزواج، مازالت ناقصة بالرغم أن المشرع قد أدخل عليها تعديل في سنة 2005، عندما ميز بين الشروط الموضوعية وبين الشروط الشكلية وذلك شيء يحسب له، إلا أنه في نظرنا تبقى قابلة للتعديل في المستقبل بالنظر إلى النقائص التي تشوبها.

ونقترح بذلك على المشرع أن يعيد النظر في المادة 11، بحيث أخفق عندما إستعمل عبارة "الزوجين" في حين أن طرفي العقد لم يصبحا بعد زوجين، فهما بصدد البحث عن الشروط من أجل إبرام عقد الزواج، وبالتالي فالمصطلح المناسب هو لفظ "العاقدين". كما نطلب من المشرع الجزائري أن يعيد صياغة المادة 13 التي تتنافى مع أهم خصائص قواعد الإسناد، ألا وهي خاصية الأزواجية، ففي نظرنا أن وجود المادة 24 المتعلقة بالنظام العام يمكن أن تحقق الغرض الذي يصبو إليه المشرع في المادة 13، كما أنه هناك إمكانية للاحتفاظ بهذه الأخيرة ولكن مع إعادة صياغتها بالطريقة التي تفيد التطبيق الجامع، حتى يعيد إليها خاصية الأزواجية.

لقد أهمل المشرع مسألة الخطبة ولم يضع لها قاعدة إسناد خاصة، وبالنظر إلى أهمية هذه الأخيرة، نأمل مستقبلا في أن يحذو المشرع الجزائري نفس حذو المشرع الكويتي، الذي نظم المسائل المتعلقة بالزواج بطريقة أدق وأوضح مما هو موجود في القانون الجزائري، فالمشرع الكويتي قد خصص للخطبة وللشروط الشكلية قواعد خاصة تجنب القاضي الكويتي الدخول في متاهات الآراء الفقهية.

## الهوامش

- <sup>1</sup> - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان، 2010 ص.16.
- <sup>2</sup> - لقد وضع المشرع الجزائري قواعد الإسناد ابتداء من المادة 09 إلى غاية المادة 24، وذلك في الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975 معدل ومتمم، أنظر موقع الأمانة العامة للحكومة: [WWW.JORADP.DZ](http://WWW.JORADP.DZ)
- <sup>3</sup> - قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 جوان سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج. ر. عدد 15، صادر بتاريخ 12 جوان سنة 1984، معدل ومتمم، أنظر موقع الأمانة العامة للحكومة: [WWW.JORADP.DZ](http://WWW.JORADP.DZ)
- <sup>4</sup> - أنظر المادة 2/05 من قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم، مرجع سابق.
- <sup>5</sup> - أنظر المادة 11 من الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.
- <sup>6</sup> - أنظر المادة 20 من المرجع نفسه.
- <sup>7</sup> - تنص المادة 35 من القانون رقم 05، مؤرخ في 14 فيفري سنة 1961، يتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي على: "تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة إلى كل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ"، أنظر الموقع التالي: [www.startimes.org](http://www.startimes.org)
- <sup>8</sup> - لمزيد من التفاصيل أنظر: جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1956، ص.ص. 293-296.
- عكاشة محمد عبد العال، قواعد التنازع في القانون المصري: دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2002، ص.ص. 711-714.
- <sup>9</sup> - هذه الأحكام تطبق قياسا على المواد (12 و13) من قانون رقم 131، مؤرخ في 16 جويلية سنة 1948، يتضمن القانون المدني المصري، الوقائع المصرية، عدد 108 مكرر(أ)، صادر بتاريخ 29 جويلية سنة 1948، معدل ومتمم الطبعة الرابعة عشر، 2011.
- <sup>10</sup> مايريبار- هوزيه فانسان، القانون الدولي الخاص: ترجمة علي محمود مقلد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص.ص. 507، 508.
- <sup>11</sup> - Dans ce cas, le juge français est obligé d'appliquer l'article 1382 du code civil français: [www.ligifrance.fr](http://www.ligifrance.fr)
- <sup>12</sup> - غالب علي الداوودي- حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص: الجنسية، المواطن، مركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، الجزء الأول، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1982، ص. 100.
- <sup>13</sup> - أنظر المواد (09-09 مكرر- 25-26-27) من القانون رقم 84-11، معدل ومتمم، مرجع سابق.
- <sup>14</sup> - المادة 97 من الأمر رقم 70-20، مؤرخ في 19 فيفري سنة 1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج. ر. عدد 21 صادر بتاريخ 27 فيفري سنة 1970.

- <sup>15</sup> - بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثانية عشر، دار هومة، الجزائر 2011، ص. 229.
- <sup>16</sup> تنص المادة 13 من الأمر رقم 58-75، معدل ومتمم، مرجع سابق على: << يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج >>.
- <sup>17</sup> - فيما يخص أهلية الزواج، فإنه يسرى على الطرف الأجنبي قانون جنسيته، بمعنى أنه نطبق عليه المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري.
- <sup>18</sup> - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علماً وعملاً، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010، ص. 19.
- <sup>19</sup> - راجع المواد (09-09 مكرر- 25-26-27) من القانون رقم 84-11، معدل ومتمم، مرجع سابق.
- <sup>20</sup> - راجع المادة 11 من الأمر رقم 58-75، معدل ومتمم، مرجع سابق.
- <sup>21</sup> - Voir, ISSAD Mohand, droit international privé: Les règles de conflits, O.P.U, Alger, 1986, p. 248.
- <sup>22</sup> - درية أمين، " تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة "، دفاتر السياسة والقانون العدد الرابع، 2011، ص. 240.
- <sup>23</sup> - لقد أكد المشرع الجزائري تبنيه للتطبيق الموزع في قانون الحالة المدنية، راجع المادة 97 من الأمر رقم 70-20 مرجع سابق.
- <sup>24</sup> جاء في نص المادة بأنه: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر..... ويطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة "
- <sup>25</sup> - المادة 12 من قانون رقم 131، يتضمن القانون المدني المصري، مرجع سابق.
- وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الكويتي، أنظر المادة 36 من القانون رقم 05، مرجع سابق.
- <sup>26</sup> - غالب علي الداوودي- حسين محمد الهداوي، مرجع سابق، ص. 103، 102.
- <sup>27</sup> - أنظر المادة 11 من قانون رقم 131، يتضمن القانون المدني المصري، مرجع سابق.
- <sup>28</sup> هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص. 264.
- <sup>29</sup> صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2007، ص. 202.
- <sup>30</sup> - المرجع نفسه.
- <sup>31</sup> عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. 723.
- وفي هذا الصدد فإن القانون الكويتي يطبق القانون الوطني للعاقدين على جميع الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج تطبيقاً موزعاً بما في ذلك موانع الزواج، وذلك بصريح المادة 36 من القانون رقم 05، يتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، مرجع سابق.
- <sup>32</sup> - لمزيد من التفاصيل حول حيثيات القضية راجع، جابر جاد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص. 298-299.

<sup>33</sup>- لقد جاء في نص المادة ماييلي:

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

<sup>34</sup>- مايربيار- هوزيه فانسان، مرجع سابق، ص. 508.

<sup>35</sup>- جاءت صياغة المادة بالفرنسية كمايلي:

« Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient au point contrevenu au dispositions contenues au chapitre 1er du présent titre ..... ».

36- BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), droit international privé, tome 1, 7ème éd. L.G.D.I. Paris, 1983, p. 414.

<sup>37</sup>- بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص. 235.

<sup>38</sup>- الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص. 109.

<sup>39</sup>- المادة 19 من الأمر رقم 58-75، معدل ومتمم، مرجع سابق.

<sup>40</sup>- الأمر رقم 70-20، يتعلق بالحالة المدنية، مرجع سابق.

- كما تنص المادة 71 من المرجع نفسه على أنه: " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر على الأقل إلى تاريخ الزواج، ولا تطبق هذه المهمة على المواطنين".

<sup>41</sup>- ISSAD Mohand, op.cit, p.253.

<sup>42</sup>- راجع المادة 09 من الأمر رقم 58-75، معدل ومتمم، مرجع سابق.

<sup>43</sup>- بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص. 247.

<sup>44</sup>- أنظر المادة 20 من قانون رقم 131، يتضمن القانون المدني المصري، مرجع سابق.

- لقد كان مشروع القانون المدني المصري يتضمن في المادة 28 التي هي أصل المادة 12 في القانون الحالي على قاعدة إسناد تطبق على الشروط الشكلية للزواج، لكن المشرع المصري حذفها بعد ذلك.

<sup>45</sup>- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. 737.

<sup>46</sup>- المادة 37 من القانون رقم 05، يتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، مرجع سابق.



## تسجيل عقود الزواج ذات العنصر الأجنبي

M.MEDOURI Zaidi, Maitre assistant (B),  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université A. Mira Bejaia 06000  
Bejaia –Algérie

أمدوري زايدى، أستاذ مساعد "ب"  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة عبد الرحمان ميرة 06000  
بجاية، الجزائر.

### مقدمة

يتم تسجيل عقود الزواج في القانون الدولي حسب ما تقتضيه قواعد التنازع المعمول بها في كل دولة، وفي الجزائر نجد أن مسألة تسجيل الزواج تخضع لأحكام الأمر رقم 20-70 المتعلق بقانون الحالة المدنية، وبعده تأتي قواعد القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 58-75 في المواد من 09 إلى 24.

ولما كانت مسألة تسجيل عقود الزواج في القانون الدولي الخاص من الأوضاع الشكلية لعقد الزواج فإنه يتعين دراسة كيفية تسجيل عقود الزواج (المبحث الأول) وما هو القانون الواجب التطبيق على عملية التسجيل، لكن قد تكون هناك عقود زواج تحتوي على عنصر أجنبي غير أنها غير مسجلة نظرا لعدة أسباب، و في هذه الحالة يتعين إتباع إجراءات قانونية خاصة من اجل تسجيلها مما يجعلنا ندرس تسجيل عقود الزواج المغفلة في القانون الدولي الخاص (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: كيفية تسجيل عقود الزواج في القانون الدولي الخاص

تدخل مسألة تسجيل عقود الزواج ضمن الأوضاع الشكلية لعقد الزواج، وتخضع لحكم المادة 97 من الأمر رقم 20-70 المتعلق بالحالة المدنية<sup>(1)</sup> وبعدها المادة 19 من القانون المدني الجزائري<sup>(2)</sup> التي تحددان القانون الواجب التطبيق على مسألة تسجيل عقود الزواج ذات العنصر الأجنبي (المطلب الأول)، وكذا السلطة المختصة لتسجيل مثل هذه العقود (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على تسجيل عقد الزواج ذات العنصر الأجنبي

تخضع عملية تسجيل عقود الزواج ذات العنصر الأجنبي إما لقانون محل العقد (الفرع الأول) وإما للقانون الوطني (الفرع الثاني)، وذلك حسب اختيار الزوجين.

### الفرع الأول: خضوع تسجيل الزواج لقانون المحل

تنص المادة 95 من الأمر رقم 70-20 أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين و الأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد. يتضح من خلال هذا النص أن عقود الحالة المدنية بصفة عامة تخضع من حيث شكلها لقانون المحل أي لقانون البلد الذي أبرمت فيه.

وأما ما يخص عقود الزواج فنجد المادة 97 فقرة 1 من الأمر رقم 70-20 تنص على أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج.

نستنتج من خلال هذه المادة أن عقد الزواج المبرم في الخارج بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا إذا تم تسجيله أمام سلطات البلد الذي أنعقد فيه الزواج وفقا للإجراءات القانونية و الإدارية المألوفة فيه، و لكن بشرط ألا يخالف الطرف الجزائري الشروط الموضوعية لعقد الزواج التي يتطلبها قانونه الوطني، و من هنا نفهم أمرين:

### أولا: صحة عقد الزواج و مدى حجيته

اكتفى نص المادة 97 من الأمر رقم 70-20 بتكريس صحة عقد الزواج المبرم بين الجزائريين أو بين الجزائريين و الأجانب في الخارج من الناحية الشكلية و لم يبين مدى حجية هذا العقد، إذ نفهم من ظاهر النص أن عقد الزواج في هذه الحالة له حجية مطلقة سواء في مواجهة المتعاقدين أو الغير. ونلاحظ عكس ذلك في القانون المدني الفرنسي، الذي يكرس هو بدوره قاعدة قانون المحل على عقود الزواج ذات العنصر

الأجنبي، بحيث يشترط في المادة 5-171 لكي يكون لعقد الزواج المحرر من طرف السلطات الأجنبية ذو حجية في مواجهة الغير وجوب قيده ( la transcription ) في سجل الحالة المدنية الفرنسي، و انه في حالة عدم قيده فان زواج الفرنسي المحرر بشكل صحيح في بلد أجنبي فان حجيته تقتصر على طرفي العقد و أبناءهما و فقط، و يتم قيد الزواج المحرر في بلد أجنبي بتقديم طلب أمام السلطات الدبلوماسية او القنصلية المختصة بالنظر إلى مكان قيام مراسيم الزواج<sup>(3)</sup>.

ثانيا: إثبات الشروط الموضوعية للزواج أمام السلطات الأجنبية المؤهلة لتحرير عقد الزواج

إذا تقدم الجزائري أمام سلطات البلد الأجنبي لتسجيل عقد زواجه، فعليه ان يثبت بمفهوم المادة 97 من الأمر رقم 70-20 و المادة 11 من القانون المدني الجزائري بأنه قد استوفى الشروط الموضوعية<sup>(4)</sup> لعقد زواجه وفقا لقانونه الوطني، إلا أن المشرع الجزائري لم يبين كيفية إثبات هذه الشروط أمام الموظف الأجنبي، فبالعودة إلى المرسوم 72-143 المؤرخ في 27 يوليو 1972 المعدل بالمرسوم رقم 76-189<sup>(5)</sup> الذي يتضمن تحديد نماذج مطبوعات الحالة المدنية لا نجد أية وثيقة معدة لإثبات الشروط الموضوعية لزواج الجزائريين المبرمة أمام السلطات الأجنبية.

وإذا قارنا القانون الجزائري بالقانون الفرنسي مثلا، فنجد القانون المدني الفرنسي يشترط في زواج الفرنسيين المبرم أمام السلطات البلد الأجنبي أن يكون مسبقا بشهادة الأهلية للزواج معدة من طرف السلطات الدبلوماسية أو القنصلية المختصة بالنظر إلى مكان إجراء مراسيم الزواج<sup>(6)</sup>.

### الفرع الثاني: خضوع تسجيل الزواج في الخارج للقانون الوطني

يمكن أن يتم تسجيل زواج الجزائري في الخارج أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية، أو قناصل الجزائر الموجودة في ذلك البلد مما يعني أن تسجيل عقد الزواج في هذه الحالة يكون وفقا لمقتضيات القانون الجزائري، و هذا ما نصت عليه أحكام المادة 97 فقرة 2 من الأمر رقم 70-20، المتعلق بالحالة المدنية.

إن تسجيل عقود زواج الجزائريين في الخارج أمام الأعوان الدبلوماسيين أو قناصل الجزائر تعتبر نوعا من الحماية، يلتزم بها القناصل تجاه الرعايا الجزائريين في الخارج، و هذا بمفهوم المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 02-405، المتعلق بالوظيفة القنصلية<sup>(7)</sup>.  
غير انه يتعين في هذا السياق أن نميز بين حالتين:

#### أولا: حالة زواج الجزائري في الخارج بأجنبية من جنسية البلد المضيف

يمكن أن يتم تسجيل عقد الزواج في هذه الحالة أمام الأعوان الدبلوماسيين أو قناصل الجزائر طبقا للقانون الجزائري، أي أن هذا الأخير هو القانون الواجب التطبيق على عملية التسجيل، و ذلك تأسيسا على المادة 97 فقرة 2 من الأمر 70-20، و المادة 19 من القانون المدني الجزائري، غير ان هذا ممكن في حالتين و يتعلق الأمر بزواج الجزائريين، و زواج الجزائري مع أجنبية من جنسية الدولة التي توجد فيها القنصلية الجزائرية التي تبرم العقد.

#### ثانيا: حالة زواج الجزائري في الخارج بأجنبية من غير جنسية البلد المضيف

قد يتزوج الجزائري بامرأة أجنبية و لكن ليست من جنسية البلد الذي توجد فيه القنصلية الجزائرية، ففي هذه الحالة لا تتم مراسيم الزواج إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم، و هذا بحكم المادة 97 فقرة أخيرة و التي تنص:

« ... غير انه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج

لا تتم مراسيمه إلا في البلاد التي ستحدد بموجب المرسوم.»

و خلاصة القول فان إجراءات تسجيل عقد الزواج في القانون الدولي الخاص تعتبر

من الأوضاع الشكلية، والتي تخضع لقانون المحل أو للقانون الوطني للزوجين.

#### المطلب الثاني: الجهة المختصة لإبرام زواج الجزائري في الخارج

يؤول الاختصاص لإبرام عقود زواج الجزائريين في الخارج إما للسلطات الأجنبية

لمكان إبرام عقد الزواج (الفرع الأول)، و إما للأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة

قنصلية أو القناصل الجزائرية في الخارج (الفرع الثاني)، مع العلم أن مسألة تسجيل عقد

الزواج في هذه الحالة يخضع لإرادة طرفي العقد.

## الفرع الأول: السلطات الأجنبية

إذا عقد زواج بين جزائري الجنسية مع جزائرية او مع اجنبية و اختار ان يتوجها الى سلطات البلد الأجنبي محل إبرام العقد لتسجيله، فإن السلطات الأجنبية مختصة بذلك، و يعتبر العقد صحيحا. و نقصد بالسلطات الأجنبية كل من الموثق و ضابط الحالة المدنية<sup>(8)</sup>، غير انه في حالة زوج الجزائريين في الخارج يتعين التمييز بين حالتين:

### أولا: حالة زواج الجزائري المسلم مع شخص مسلم

إذا تزوج الجزائري المسلم مع جزائرية مسلمة، أو مع أجنبية مسلمة ففي هذه الحالة يمكن تسجيل عقد الزواج في شكله المدني الذي يستلزمه القانون المحلي، طالما توفرت فيه الشروط التي تقتضيها الشريعة الإسلامية<sup>(9)</sup>، من تراضي و شهود و مهر و ولي، أي تلك الشروط الموضوعية للزواج بمفهوم قانون الأسرة الجزائري<sup>(10)</sup>، المنصوص عليها أساسا في المادتين 9 و 9 مكرر، ولكن يشترط ألا تشكل الشروط الموضوعية هذه، شروطا شكلية طبقا لقانون القاضي مادام أن تكييف شروط الزواج -هل هي موضوعية أم شكلية- يحكمه قانون القاضي<sup>(11)</sup>، ذلك أن الشكل الديني لزواج الجزائري المسلم في الخارج لا يمكن أن يتم إلا وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية.

وتجدر الإشارة إلى أن المرأة المسلمة الجزائرية يمكن لها الزواج مع شخص أجنبي مسلم بمفهوم الفقرة الثالثة من المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري، و رغم ذلك نجد المادة 97 من الأمر رقم 70-20 لم تنص على زواج الجزائرية بأجنبي في الخارج<sup>(12)</sup>، و أكثر من ذلك تنص المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري على انه يخضع زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنسين أحكام تنظيمية، غير أن هذه الأحكام التنظيمية لم يتم وضعها إلى حد الآن<sup>(13)</sup>.

### ثانيا: حالة زواج غير المسلمين

إذا تبين أن طرفا عقد الزواج غير مسلمين فان الزواج في هذه الحالة يقع صحيحا من حيث الشكل الذي يتطلبه قانون محل إبرام العقد أيا كان هذا الشكل سواء كان دينيا ام مدنيا، و عليه فان زواج الجزائريين أو الجزائريين بالأجانب المبرم في الخارج يعتبر

صحيحاً من حيث الشكل إذا استوفى الشروط الشكلية التي يستلزمها قانون دولة محل الإبرام أي كان هذا الشكل، إلا إذا كانا مسلمين فلا يكون زواجهما صحيحاً إلا إذا كان قد تم وفقاً للشكل الذي تستلزمه الشريعة الإسلامية<sup>(14)</sup>.

وخلاصة القول فإن الشكل الديني لزواج الجزائريين المسلمين في الخارج شرط جوهري لتسجيل عقود زواجهم أمام السلطات الأجنبية التابعة للبلد محل الإبرام، وإذا لم يتحقق هذا الشرط بطل عقد الزواج في شكله المدني، لأنه يتعارض مع النظام العام في ذلك البلد الأجنبي<sup>(15)</sup>.

### الفرع الثاني: السلطات الجزائرية

تنص المادة 97 من الأمر 70-20 على ما يلي: «... و يجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري و أجنبية، و تم ذلك أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية، أو قناصل الجزائر طبقاً للقوانين الجزائرية...».

نلاحظ من خلال هذه المادة أن الأعوان الدبلوماسيين أو قناصل الجزائر لهم سلطة تسجيل عقود زواج الجزائريين مع الأجانب، و يطبقون في ذلك القانون الجزائري، غير أن هذه المادة لم تنص على زواج الجزائريين في البلد الأجنبي رغم أن القانون الجزائري هو قانون جنسيتهم المشتركة، كما أنها تنص على حكم عقود زواج الجزائريين غير المسلمين.

لقد تم تكريس اختصاص الأعوان الدبلوماسيين و القناصل في تسجيل عقود الزواج في الاتفاقية القنصلية الجزائرية الفرنسية الصادرة في 24/05/1974 و التي ترخص للقناصل بأن يعقدوا الزواج إذا كان الزوجان من رعايا الدولة الباعثة<sup>(16)</sup>.

كما تنص المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 02-405 المتعلق بالوظيفة القنصلية<sup>(17)</sup> على أنه يؤهل ضابط الحالة المدنية في حدود أحكام القانون الجزائري للقيام بعقد الزواج بين الرعايا الجزائريين، و تسجيل عقود الزواج المتعلقة بالرعايا الجزائريين الذين استقبلوا في دولة الإقامة حسب الأصول المعهودة في سجلات الحالة المدنية القنصلية<sup>(18)</sup>، كما يقوم بتسليم دفتر عائلي للزوجين بعد عقد الزواج أو تسجيله.

يتضح من خلال هذه النصوص أن إختصاص ابرام عقود زواج الجزائريين في الخارج يؤول للأعوان الدبلوماسيين أو القناصل سواءا وفقا للشكل المحلي أو وفقا للشكل الوطني<sup>(19)</sup>.

### أولا: إبرام الزواج وفقا للشكل المحلي

تنص المادة 97 فقرة 2 من الأمر رقم 70-20 على ما يلي: «... ويجرى مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري و أجنبية و تم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية...».

وتنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري: « تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه،

و يجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين...».

فنلاحظ من خلال هاتين المادتين أن قاعدة "locus" غير ملزمة لطرفي عقد الزواج، أي لهما الحق في تسجيل زواجهما أمام الأعوان الدبلوماسيين أو قناصل الجزائر و ذلك وفقا لقانون موطنهما المشترك، ففي حالة زواج الجزائري بفرنسية، و يقيم في فرنسا و أرادا تسجيل زواجهما أمام الأعوان الدبلوماسيين أو قناصل الجزائر فهل يختص هذا الأخير في تسجيل الزواج في هذه الحالة.

فإذا كانت المادة 19 من القانون المدني الجزائري صريحة وواضحة فيما يخص إمكانية تسجيل عقد الزواج طبقا لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين فإن المادة 97 من الأمر رقم 70-20 الصادرة قبلها ليست واضحة، بحيث انحصر حكمها على الزواج الذي يقع بين جزائري و أجنبية في بلد أجنبي دون ذكر حالة زواج الجزائرية بأجنبي هذا من جهة، و من جهة أخرى لم تحدد ما إذا كان يمكن تطبيق قانون الموطن المشترك على تسجيل زواج الجزائري بالأجنبية المقيمان في الدولة المضيفة، و غني عن البيان أن زواج الجزائري مع أجنبية ليست من جنسية البلد المضيف، إذ أنه لا يمكن تسجيله أمام قناصل الجزائر إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم.

## ثانيا: إبرام الزواج وفقا للشكل الوطني

يمكن للأعوان الدبلوماسيين و قناصل الجزائر تسجيل الزواج المبرم بين الجزائريين أو بين الجزائريين و الأجانب في الخارج وفقا للشكل الوطني و هذا ما تقضي به صراحة المادة 97 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بقانون الحالة المدنية، و كذلك المادة 19 من القانون المدني الجزائري التي نصت على إمكانية خضوع الجانب الشكلي للعقود بصفة عامة إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك.

### المبحث الثاني: تسجيل عقود الزواج المغفلة في القانون الدولي الخاص

إن تسجيل عقود الزواج بصفة عامة يكتسي أهمية بالغة سواء بين الزوجين، أو أولادهما، أو لكل شخص آخر له مصلحة، بحث لا يمكن إثبات واقعة الزواج إلا بعقد مستخرج من سجلات الحالة المدنية، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي<sup>(20)</sup>. ففي حالة عدم تسجيل الزواج لسبب أو لآخر فإن الزواج يوصف في هذه الحالة بأنه زواج عرفي، فيدخل ضمن العقود المغفلة بمفهوم المادة 39 من الأمر رقم 70-20، وهذا بالنسبة لعقود الزواج غير المشمولة بعنصر أجنبي، فيزداد الوضع تعقيدا في حالة كون الزواج المغفل يشتمل على عنصر أجنبي. و عليه سندرس أولا ماهية عقود الزواج المغفلة في القانون الدولي الخاص (المطلب الغول)، ثم نتطرق إلى أحكام تسجيلها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: ماهية عقود الزواج المغفلة في القانون الدولي الخاص

لكي يتضح مفهوم عقود الزواج في القانون الدولي الخاص، لابد من محاولة تعريفها (الفرع الأول)، ثم نبين الحالات التي يعتبر فيها عقد الزواج مغفلا (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف عقود الزواج المغفلة في القانون الدولي الخاص

قبل الاستقلال صدر القانون رقم 57-777 يتعلق بإثبات و تسجيل عقود الزواج السابقة له، و تضمن في مادته الثامنة إمكانية تقييد وثائق الولادة و الزواج، و الوفاة والمحركة في الخارج بشكل نظامي في سجلات الحالة المدنية<sup>(21)</sup>. و بعده صدر الأمر رقم 71-65 يتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية، فنص في مادته الأولى على:



«ان كل قران انعقد قبل صدور هذا الأمر و نتج منه أولاد و لم يكن موضوعا لأي إجراء و لا لأي عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية، يمكن أن يقيد في سجلات الحالة المدنية مع مراعاة جميع الأحكام المخالفة، و ذلك بعد الاطلاع على حكم صادر ضمن الكيفيات المبينة فيما يلي».

و تضيف المادة الثالثة منه: «إذا كان الأمر يتعلق بقران بين جزائريين و أجنبيات ليس لهم مسكن قار في الجزائر، فيجب أن يودع الطلب لدى البعثات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية التي يوجد المسكن في دائرة اختصاصها...»<sup>(22)</sup>.

ثم بعد هذا صدر أمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية، فعالج جميع عقود الحالة المدنية بشكل شامل و منها عقود الزواج التي تمت عرفيا و التي سماها بالعقود المغفلة، و نص عليها في القسم الأول من الفصل الثاني، تحت عنوان تعويض العقود المغفلة أو المتلفة. كما تضمنت المواد 98، 99، 101 منه أحكاما خاصة في القانون الدولي الخاص، و يتعلق الأمر بعقد الزواج الذي لم يسجل بسبب عدم وجود عقود كتابية في البلد الأجنبي، أو بسبب عدم التصريح به و كذلك في حالة ضياع العقد أو تلفه، و لم يحتوي القانون الأجنبي على أي نص متعلق بإعادة إنشائه، و عليه نستنتج مما سبق أن العقود المغفلة في القانون الدولي الخاص هي تلك العقود التي لا يصح بها لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة و تعذر قبولها، أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحربي، و منه فان عقد الزواج العرفي هو عقد مغفل لم يسع فيه الزوجين أو محرر العقد على تسجيله في الآجال المحددة قانونا.

#### الفرع الثاني: حالات الزواج الغفل في القانون الدولي الخاص

وردت في القانون عدة حالات تمثل سبب نشوء عقود الزواج المغفلة لاسيما عدم وجود عقود كتابية (أولا)، و عدم التصريح بالزواج (ثانيا)، و ضياع عقد الزواج أو إتلافه (ثالثا).

## أولاً: حالة عدم وجود عقود كتابية في البلد الأجنبي

نصت على هذه الحالة المادة 98 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية و ذلك

كما يلي:

«إذا لم يسجل العقد بسبب عدم وجود عقود كتابية في البلد الأجنبي تثبت الحالة المدنية فان هذا العقد يسجل في السجلات القنصلية بموجب حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر».

و نستخلص من هذه المادة انه قد يتعذر تسجيل عقد الزواج المبرم في الخارج بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية، بسبب عدم وجود عقود كتابية تثبت الحالة المدنية في ذلك البلد، مثلا البلد الذي يعقد فيه الزواج في الشكل الديني دون الشكل المدني، مع الإشارة إلى أن القاضي الجزائري يحكم بتسجيل عقود الزواج المبرمة وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية دون غيرها لأن العقود التي تتم وفقا لدين آخر غير الإسلام تعتبر مخالفة للنظام العام الجزائري<sup>(23)</sup>.

## ثانياً: حالة عدم التصريح بالزواج

نصت على هذه الحالة المادة 99 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية و ذلك

كما يلي:

«إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به فانه إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة أو الحصول على حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله في سجلات القنصلية».

يفهم من هذه المادة انه قد يتم إبرام عقد الزواج في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية غير أن الزوجين قد يتأخران عن التصريح به أما ضابط الحالة المدنية<sup>(24)</sup> المختص لتسجيل عقد زواجهما مما يؤدي إلى نشوء عقد زواج مغفل، وبالتالي فما على الزوجين إلا إتباع الإجراءات القانونية المناسبة لتسجيل زواجهما أما بالتصريح به إذا كان القانون الأجنبي المحلي يقبل التصريح المتأخر، أو يلجئون للقاضي المختص لاستصدار حكم يقضي بتسجيله في سجلات القنصلية.

### ثالثاً: ضياع عقد الزواج أو إتلافه

يمكن أن نستخلص هذه الحالة من المادة 101 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية و التي تنص: «إذا ضاع العقد أو اُتلف و لم يحتوي القانون الأجنبي على أي نص متعلق بإعادة إنشائه فإنه يمكن للجزائري أن يطلب ذلك من رئيس محكمة مدينة الجزائر».

نفهم من خلال هذه المادة انه في حالة ضياع أو إتلاف عقد الزواج المبرم في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية و ذلك بعد أن قاما بتسجيله أمام السلطات المحلية المختصة، و لا يحتوي القانون الأجنبي على نص متعلق بإعادة إنشائه فإننا نكون أمام عقد زواج مغفل، فما على الطرف الجزائري إلا التقدم أمام رئيس محكمة مدينة الجزائر ليطلب إعادة إنشاء عقد زواجه الضائع أو المتلف.

### المطلب الثاني: أحكام تسجيل عقود الزواج المغفلة في القانون الدولي الخاص

تتعلق احتكام تسجيل عقود الزواج المغفلة في القانون الدولي بتبيان شروط تسجيلها (الفرع الأول)، ثم نتطرق لدراسة إجراءات تسجيلها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: شروط تسجيل عقود الزواج المغفلة في القانون الدولي الخاص

يشترط لتسجيل عقود الزواج المغفلة في القانون الدولي الخاص شوط شكلية (أولاً)، و كذلك شروط موضوعية (ثانياً).

### أولاً: الشروط الشكلية

يتمثل الشرط الشكلي لتسجيل الزواج العرفي بموجب حكم في القانون الدولي الخاص في الاختصاص، حيث يجب على الزوج الذي يسعى إلى الحصول على حكم يقضي بتثبيت زواجه ان يراعي شرط الاختصاص. فإذا كان الزواج المراد تسجيله بموجب حكم غير متنازع فيه فإنه يتعين على الشخص الذي يسعى للحصول على حكم أن يتقدم بطلب أمام رئيس محكمة مدينة الجزائر، و هذا ما تنص عليه المواد 98، 99، 101 من الأمر رقم 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية، مما يعني أن الاختصاص في هذه الحالة يؤول إلى رئيس محكمة مدينة الجزائر العاصمة.

أما إذا كان الزواج المراد تسجيله بحكم هو زواج متنازع فيه فإنه يتعين رفع دعوى طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، أي يجب أن ترفع من ذي صفة و مصلحة أمام موطن المدعى عليه طبقاً للمادة 426 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(25)</sup>، أي أن الاختصاص في هذه الحالة يؤول إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

### ثانياً: الشروط الموضوعية

يتعين لتسجيل عقد الزواج المبرم في الخارج بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبي أن يتأكد القاضي الجزائري من استيفاء الشروط الموضوعية للزواج بالنسبة للطرف الجزائري<sup>(26)</sup>، أي يطبق قانون جنسيته على الشروط الموضوعية للزواج المراد الحكم بثبوتيه، وهذا ما تنص عليه المادة 97 من الأمر رقم 70-20 و كذا المادة 11 من القانون المدني الجزائري. ويقصد بالشروط الموضوعية للزواج بالنسبة للجزائري تلك المنصوص عليها في القانون الجزائري في المادة 9 والتي تنص أنه ينعقد الزواج بتبادل الرضا بين الزوجين و كذلك المادة 9 مكرر التي توجب أن يتوفر في عقد الزواج أهلية الزوج والصداق و الولي و شاهدين و انعدام الموانع الشرعية للزواج. تلك إذن هي أهم الشروط الموضوعية للزواج العرفي، أما إذا تعلق الأمر بزواج تم في شكل ديني غير دين الإسلام، فإن القاضي الجزائري يرفض الحكم بتسجيل الزواج، لكون أن القانون الوطني يقوم على أساس التمييز الديني و يرفض الحكم بالتسجيل لداعي النظام العام<sup>(27)</sup>.

### الفرع الثاني: إجراءات تسجيل عقود الزواج المغفلة المبرمة في الخارج

تقتضي عملية تسجيل عقود الزواج المغفلة في القانون الدولي الخاص إتباع إجراءات قانونية معينة مع العلم أن إجراءات الحصول على حكم لتسجيل الزواج العرفي تختلف بحسب ما إذا كنا أمام زواج غير متنازع فيه (أولاً)، أو متنازع فيه (ثانياً).

#### أولاً: إجراءات تسجيل عقود الزواج المغفلة غير متنازع فيها

نقصد بعقود الزواج المغفلة غير المتنازع فيها تلك العقود التي لا ينازع في قيامها احد الزوجين أو ورثته<sup>(28)</sup>. فحسب المادة 99 من قانون الحالة المدنية و الخاصة بعقود الزواج

التي تمت خارج الوطن بين جزائريين أو بين جزائريين وأجانب والتي لم يتم تسجيلها بسبب عدم التصريح بها أو إغفالها فإن الجهة القضائية المختصة في نظر طلبات إثبات عقود الزواج هو رئيس محكمة مدينة الجزائر بحيث نصت على أنه :

" إذا لم يسجل العقد بسبب عدم التصريح به فإنه إما أن يسجل إذا كان القانون المحلي يقبل التصريحات المتأخرة أو الحصول على حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر يقضي بتسجيله في سجلات القنصلية " .

وبالنسبة لإجراءات التسجيل فإنه يتم تقديم طلب مكتوب من الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا أو ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية<sup>(29)</sup> لدى محكمة الجزائر العاصمة على أن يرفق الطلب بشهادة ميلاد الزوجين ، و شهادة شاهدين بالغين ممن حضرا مجلس العقد أو حفل الزواج، و يتولى وكيل الجمهورية لدى محكمة مدينة الجزائر إعداد عريضة يقدمها إلى رئيس نفس المحكمة بعد إجراء التحقيقات اللازمة والمشار إليهما سابقا، و يقرر هذا الأخير إصدار أمر بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية للقنصلية أو السفارة الجزائرية. أين يتولى وكيل الجمهورية بنفس المحكمة إرسال نسخة من الأمر إلى وزارة الشؤون الخارجية وهو ما نصت عليه المادة 60 في فقرتها الثالثة من قانون الحالة المدنية والتي جاء فيها بأنه: " إذا كان العقد الذي يجب أن يكتب في هامشه البيان قد حرر أو سجل في الخارج فإن ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد الواجب قيده يقوم بإشعار وزير الشؤون الخارجية خلال ثلاث أيام».

وتجدر الملاحظة أن المشرع في هذه الحالة وبموجب المادتين 100 و 101 من قانون الحالة المدنية منح الاختصاص إلى محكمة الجزائر العاصمة دون سواها لأن الحالة المدنية للجزائريين المقيمين في الخارج تصحح على مستوى مكتب الحالة المدنية بوزارة الشؤون الخارجية الموجودة في الجزائر العاصمة .

### ثانياً: إجراءات تسجيل عقود الزواج المغفلة المتنازع فيها

إذا ما وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين ، أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك ، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعاً و قانوناً ، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته ، فهنا نكون أمام زواج متنازع فيه.

و لكي يتم تسجيل الزواج في هذه الحالة فما على صاحب المصلحة إلا القيام برفع دعوى قضائية بمفهوم المواد 13، 14، و 15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بحيث يتم رفعها أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه طبقاً للمادة 426 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، طالما أنه في عقود الزواج ذات العنصر الأجنبي يمكن أن تطبق عليها قواعد الاختصاص الداخلي، أما إذا كان موطن المدعى عليه موجود خارج الوطن فان الاختصاص القضائي الدولي لا يكون معقوداً للقضاء الجزائري<sup>(30)</sup>.

فدعوى إثبات الزواج العرفي من دعاوى الأحوال الشخصية التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة بدءاً من الزوجين إلى الأصول إلى الفروع. وهي دعوى تقريرية يطلب فيها المدعي تقرير وجود حق أو مركز قانوني دون إلزام الخصم بأداء معين<sup>(31)</sup>.

### خاتمة

نستنتج مما سبق أن هناك عدة أمور غير واضحة فيما يخص تسجيل عقود الزواج في القانون الدولي الخاص، بحيث نجد أن المادة 97 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية لم تنص على حكم زواج الجزائرية بأجنبي، أو بالأحرى زواج الجزائرية المسلمة بأجنبي مسلم، كما أن المشرع لم يبين كيف يمكن للزوج الجزائري الذي يختار تسجيل عقد زواجه أمام سلطات البلد الأجنبي محل إبرام العقد أن يثبت بأنه استوفى الشروط الموضوعية للزواج كما يتطلبه قانون جنسيته.

لقد أشار قانون الأسرة الجزائري في مادته 31 بان زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنسين يخضع إلى أحكام تنظيمية، لكن مر زمن طويل دون صدور هذه الأحكام التنظيمية.

### الهوامش

- <sup>1</sup> - أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج ر عدد 21.
- <sup>2</sup> - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.
- <sup>3</sup> - انظر نص المادة 171-5 من القانون المدني الفرنسي.
- <sup>4</sup> - إن الشروط الموضوعية للزواج وفقا لقانون جنسية الجزائري نص عليها قانون الاسرة لاسيما المادتين 9 و9 مكرر منه.
- <sup>5</sup> - مرسوم رقم 72-143 مؤرخ في 27 يوليو 1972 يتضمن تحديد نماذج مطبوعات الحالة المدنية، ج ر عدد 63.
- <sup>6</sup> - انظر المادة 171-2 من القانون المدني الفرنسي.
- <sup>7</sup> - مرسوم رئاسي رقم 02-405 مؤرخ في 26-11-2002 يتعلق بالوظيفة القنصلية، ج ر عدد 79، إذ تنص المادة 13 منه على: « يضمن رئيس المركز القنصلي للرعايا الجزائريين الحماية التي تعترف بها لهم المعاهدات و العرف الدولي و التشريع الجزائري و قوانين دولة الإقامة. غير انه يمارس عمله طبقا للتشريع الجزائري، عندما يتعلق الأمر بمساندة طلبات او مساع او تمثيلات يقوم بها الرعايا الجزائريون».
- <sup>8</sup> - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، ص 26-27.
- <sup>9</sup> - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، الطبع الثانية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 244.
- <sup>10</sup> - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يوليو 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم.
- <sup>11</sup> - صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص 244.
- <sup>12</sup> - عليوش قريوح كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 220.
- <sup>13</sup> - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 32، 33.
- <sup>14</sup> - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 244.
- <sup>15</sup> - عليوش قريوح كمال، المرجع السابق، ص 218.
- <sup>16</sup> - عليوش قريوح كمال، المرجع السابق، ص 220.
- <sup>17</sup> - مرسوم رئاسي رقم 02-405، مرجع سابق.

- <sup>18</sup> - تنص المادة 29 من المرسوم رقم 02-405 : « يؤهل ضابط الحالة المدنية في حدود أحكام القانون الجزائري، للقيام بما يأتي:- عقد الزواج بين الرعايا الجزائريين - تسجيل عقود الزواج و الميلاد و الوفاة المتعلقة بالرعايا الجزائريين الذين استقبلوا في دولة الإقامة حسب الأصول المعهودة، في سجلات الحالة المدنية القنصلية، - تسليم دفتر عائلي للزوجين بعد عقد الزواج أو تسجيله».
- <sup>19</sup> - عليوش قريوح كمال، المرجع السابق، ص 220.
- <sup>20</sup> - انظر المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري.
- <sup>21</sup> - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، المرجع السابق، ص 20.
- <sup>22</sup> - أمر رقم 71-65 مؤرخ في 22 سبتمبر 1971 يتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية، ج ر عدد 79.
- <sup>23</sup> - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 77.
- <sup>24</sup> - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 71.
- <sup>25</sup> - انظر المادة 426 من القانون 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- <sup>26</sup> - انظر المادة 11 من القانون المدني الجزائري.
- <sup>27</sup> - عليوش قريوح كمال، المرجع السابق، ص 218.
- <sup>28</sup> - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 73.
- <sup>29</sup> - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة، دار هومه، الجزائر، 1996، ص 24.
- <sup>30</sup> - اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، دار هومه، الجزائر، 2005، ص 21.
- <sup>31</sup> - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 369.



## نظام الأموال بين الزوجين وإشكالية القانون الواجب التطبيق في ظل التشريع الجزائري قبل وبعد التعديل

M.ZELASSI Bouchra,  
Maitre assistante, Faculté de Droit  
Université de Blida 2 Alafroune,  
Algérie.

الأستاذة زلاسي بشري، أستاذة مساعدة  
بكلية الحقوق، جامعة البليدة "2"-العفرون،  
الجزائر.

### مقدمة

استجاب المشرع الجزائري مؤخرا كغيره من التشريعات الحديثة للتطورات التي شهدتها المجتمع الجزائري، سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي في إطار العلاقات الخاصة، والتي أثرت لا محالة على مجالات مختلفة منها الجانب الاجتماعي والاقتصادي والثقافي...الخ.

وكان من بين هذه الاستجابات، تلك التعديلات التي أدخلها على بعض قواعد تنازع القوانين في القانون المدني<sup>1</sup>، وكذلك على بعض نصوص قانون الأسرة<sup>2</sup> إلى غير ذلك من القوانين. ولقد كانت لفئة الأحوال الشخصية في مجال القانون الدولي الخاص نصيبا وافرا من هذه التعديلات، الأمر الذي دفعنا إلى تسليط الضوء من خلال مداخلتنا هذه على عنصر واحد من عناصر هذه الفئة ألا وهو الزواج وعلى وجه التحديد آثاره المالية والمتعلقة بـ "النظام المالي للزوجين"، تلك الآثار التي أبقى عليها المشرع في المادة 12 ف1 والتي قام بإعادة صياغتها فقط عند تعديله للقانون المدني، لأن القاعدة العامة في مجال القانون الدولي الخاص تستدعي تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لإنشاء الحقوق أو الاعتراف بالحقوق المكتسبة والمطالب بنفاذ آثارها أمام القضاء، حتى وإن كان قانون هذا الأخير يجعلها أو تتعارض مع نظامه العام.

فالنظام المالي للزوجين بمختلف صوره وأحكامه يعد من أهم الجوانب المادية في حياة الزوجين، والذي أعطت له التشريعات القديمة<sup>3</sup> وكذا الحديثة اهتماما بالغا وحاولت تنظيمه.

وبالرغم من وجود علاقات مالية بين الزوجين، إلا أنه يعد نظاما تجهله الشريعة الإسلامية كونها تقرّ مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين، الذي يسمح لكل طرف في العلاقة الزوجية أن يحتفظ بحقه في إدارة أمواله المكتسبة قبل أو بعد الزواج. ونظرا للمستجدات التي طرأت على المجتمعات العربية الإسلامية -والتي استمدت، كأصل عام، الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية وجعلتها صاحبة الولاية العامة عليها- السبب الذي دفع بالمشرع الجزائري وكذا العديد من التشريعات العربية الإسلامية إلى تبنيه نظامين ماليين للزوجين وهما: نظام الاستقلال المالي ونظام الاشتراك المالي عند تعديله لقانون الأسرة قبل أن كان يأخذ إلا بمبدأ استقلالية الذمة المالية مع بعض الاستثناءات الواردة عليه.

والنظام المالي للزوجين كونه أصلا أثرا من آثار الزواج المالية عند النظم الغربية، حدّد له المشرع الجزائري قاعدة إسناد تحكمه وحدّد فيها القانون الواجب التطبيق عليه، والمتمثل في قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، علما أن المشرع قد أخضع جميع آثار الزواج الشخصية منها والمالية لهذا القانون سواء قبل أو بعد تعديله للقانون المدني. ونحن نبحت عن القانون الواجب التطبيق سوف نصطدم لا محالة بفكرة الحق المكتسب الذي نشأ في ظل القانون الأجنبي والمطلوب نفاذه أمام القضاء المختص، وما قد يثيره من نزاعات قانونية نظرا للصعوبات التي يثيرها القانون المختص بسبب تعلق المسألة بالنظام العام والذي بدوره قد يتغير مفهومه بتغير الزمان لكونه فكرة مرنة.

وبناء عليه حتى يمكننا الإجابة على هذه المسائل سوف نتعرض إلى المحاور التالية:

أولا: تعريف النظام المالي وأنواعه في القانون المقارن.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من النظم المالية للزوجين قبل وبعد التعديل التشريعي.

ثالثا: القانون الواجب التطبيق وعلاقته بالحق المكتسب.

رابعا: القانون الواجب التطبيق وعلاقته بالحق المطلوب إنشائه.

أولا: تعريف النظام المالي وأنواعه في القانون المقارن

1) تعريفه: خلافا للأنظمة العربية الإسلامية ومنها النظام الجزائري، يرتب عقد الزواج عند الدول الغربية آثارا مالية تتضمن حقوقا لكل من الزوجين على أموال الطرف الآخر

من حيث الانتفاع بها وإدارتها وهذا ما يعرف بـ "النظام المالي للزوجين" ( Le régime matrimonial) إلا أن التشريعات الحديثة لم تعرف هذا النظام، لهذا يتطلب الأمر الرجوع إلى التعريفات الفقهية له.

### أ- تعريف الفقه العربي

تعرض الفقهاء العرب إلى تعريف النظام المالي للزوجين، وقبل عرض أهم التعاريف يجب أن نعرف النظام المالي اصطلاحاً ويعني: "مجموعة القوانين والمبادئ والأعراف التي تنظم المجتمع"، فهو بذلك إذن ما اصطلاح عليه المجتمع من أوضاع لتنظيم ما يسود الأفراد من علائق والالتزام بها والخضوع إليها. ويقصد بهذا المصطلح في الشريعة الإسلامية تلك المبادئ والقواعد التي شرعها الله من أجل تنظيم شؤون الحياة في كافة المجالات من أجل تحقيق سعادة الناس في الدارين<sup>4</sup>.

أما عن تعريف الفقه له، فهناك من عرفه: "مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين والتي بمقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإدارتها والانتفاع بها ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثنائه وبعد انحلال عقده وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية"<sup>5</sup>.

وهناك من الفقهاء من أطلق عليه اسم "نظام الزوجين" وعرفوه: "مجموعة القواعد التي يتألف منها النظام القانوني الذي تخضع له أموال الزوجين أثناء الزواج وعند انحلاله ويرجع إليه في تحديد علاقة الزوجين المالية والعلاقات المالية بينهما وبين الغير"<sup>6</sup>.

وهناك من عرفه على أنه: "النظام الذي يتحدّد بواسطته المركز القانوني لأموال الزوجين ومدى استخدامها في حياتهما المشتركة سواء ما كان منها مملوكاً للزوجين قبل الزواج أو ما يمتلكانه بمناسبة الزواج أو ما يكتسبانه أثناء الحياة الزوجية"<sup>7</sup>.

### ب- تعريف الفقه الغربي

لقد أورد الفقهاء الفرنسيون عدة تعاريف للنظم المالية ومن أهمها: النظام المالي للزوجين هو: "مجموعة مبادئ وقواعد منظمة تحدّد مصير أموال الزوجين وتوزع هذه الأموال عند انحلال هذا النظام، سلطات الزوجين عليها وعلاقتها بالغير"<sup>8</sup>.

## 2) أنواعه في القانون المقارن

نستشف من جل التعاريف السابقة للنظام المالي للزوجين، أنه يحتوي على جملة من القواعد والأنظمة بعضها قانونية وأخرى اتفاقية<sup>9</sup> تحكم العلاقات المالية بين الزوجين.

### أ- النظام المالي القانوني (Le régime légal)

يسود المجتمع الغربي عدة نظم مالية قانونية أهمها نظام الاشتراك المالي ونظام الانفصال المالي.

#### • نظام الاشتراك المالي (Le régime communauté)

وهو النظام الذي يشترك فيه الزوجان على تخصيص نسبة مالية لإشباع حاجات الأسرة، كما يتولى الزوج فيه إدارة هذه الأموال بعد موافقة الزوجة، كما للزوج إدارة كل الأموال إلى جانب أموال الزوجة الخاصة، فيضيف الأرباح المتحصل عليها للمال المشترك وبانتهاء الحياة الزوجية تقسم تلك الأموال بينهما أو بين الورثة عند الوفاة.<sup>10</sup> ولهذا النظام في القانون الفرنسي أنواع وهي:

\* نظام الاشتراك العام (La communauté universelle) الذي تكون فيه جميع أموال الزوجين مشتركة بينهما.

\* نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب (La communauté de meubles et acquêts) والذي تكون فيه أموال الزوجين المكتسبة قبل وبعد الزواج شركة بينهما، باستثناء العقارات تبقى خاصة بكل منهما.

\* نظام الاشتراك المخفض (La communauté réduite aux acquêts) وفيه يحتفظ الزوجان بأموالهما المملوكة عند الزواج، أما ما يكتسبانه بعد الزواج يكون شركة بينهما، وهذا النظام يسري عادة بين الزوجين اللذين لم يختارا نظاما معينا<sup>11</sup>.

وللإشارة أن نظام الاشتراك المالي هو النظام المتبع أيضا في إسبانيا<sup>12</sup>، أما في ألمانيا فالنظام السائد فيها هو نظام الاشتراك المختلف (Le régime de la communauté différée des augments) وفيه يستقل كل من الزوجين بإدارة أموالهما وقت الزواج، غير أنه لا يجوز لأحدهما التصرف في كل أمواله دون موافقة الطرف الآخر إلا اعتبر

التصرف باطلا، كما ينتهي هذا النظام بمجرد التصريح القضائي بالطلاق<sup>13</sup>.

### • نظام الانفصال المالي (Le régime des séparations des biens)

أخذت بهذا النظام معظم الدول الأنجلوسكسونية، وفيه يستقل كل طرف في الزواج بملكية أمواله المحصل عليها قبل أو بعد الزواج وهو مبدأ اعترف به في بريطانيا من طرف الهيئة القضائية (Les cours d'équity)، باعتبار أن الزواج لا تأثير له على أهلية الزوجة<sup>14</sup>.

وللإشارة هنا أن نظام الدوطة البائنة هو نظام تم إلغاؤه في فرنسا بقانون 13 يوليو 1965، والذي تقدم الزوجة في ظلها لزوجها نسبة مالية يتولى إدارتها واستغلالها خدمة لحاجات الأسرة دون إمكانية الحجز عليها، أما ما تبقى من أموال للزوجة مطلق الحرية في التصرف فيها<sup>15</sup>.

### ب- النظام المالي الاتفاقي (Le régime conventionnel)

استثناء عن النظام المالي القانوني، يمكن لأطراف عقد الزواج اختيار نظم مالية أخرى يسري عليها القانون المتفق عليه من طرفهما.

فهناك نظم اتفاقية متعددة يختار منها الزوجان النظام الذي يلائمهما، وهذا يكون بواسطة إبرام عقد خاص يسمى في ألمانيا بـ (Ekevertrag) والذي يكون عن طريق موثق، ويمكن الاحتجاج به ضد الغير في حالة ما إذا تم تسجيله في السجل المالي.

وعموما يوجد بألمانيا نوعين من هذا النظام، فهناك نظام الانفصال المالي ونظام الاشتراك المالي<sup>16</sup>.

أما في فرنسا يشترط أن يكون الاختيار كتابة قبل شهر الزواج أمام الموثق في شكل مشاركة الزواج (Contrat de mariage)، إلى جانب ذلك يتطلب إشهار هذا العقد ليكون الغير على علم به، كما يلزم القانون الزوجين التصريح بهذا العقد أمام ضابط الحالة المدنية لكي يشير إليه على وثيقة الزواج<sup>17</sup>.

أما في بريطانيا هناك من العقود المالية الاتفاقية التي يعين فيها ما يسمى بـ "Trust" وإلى جانبه هناك عقد انفصال الأملاك الذي يحدد فيه غالبا إلزامية أن يدفع أحد الزوجين للآخر نفقة غذائية. فإذا كان الزوج ملزما بذلك ورفض، يمكن للزوجة أن تلجأ

إلى القضاء لتحصل على نفقتها<sup>18</sup>.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من النظم المالية للزوجين قبل وبعد التعديل التشريعي  
1) موقف المشرع قبل التعديل التشريعي

وفقا للمبدأ العام أن النظام المالي السائد في القوانين الغربية يعد مجهولا في النظام العربي الإسلامي، بل إن آثار عقد الزواج لدى غالبية التشريعات العربية الإسلامية في ظل أحكام الشريعة الإسلامية هي آثار شخصية ممزوجة بطابع مالي، ولهذا سوف نتعرض لهذا الجانب المالي وفق منظور المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتمثل فيما يلي:

#### أ- حق النفقة الزوجية

أجمع الفقهاء المسلمون منذ القديم<sup>19</sup> أن نفقة الزوجة واجبة مبدئيا على زوجها سواء كان موسرا أو معسرا، طالما الزوجة في عصمته ومادام عقد الزواج قائما ولم ينحل، لقوله تعالى: ((لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاه)).<sup>20</sup>

وهذا الوجوب تبنته القوانين العربية الإسلامية<sup>21</sup> ومن بينهم المشرع الجزائري من خلال المادة 37 ف1: "يجب على الزوج نحو زوجته: النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها."

والنفقة الزوجية واجبة سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية أو كانت غنية أو فقيرة، وتشمل الغذاء والكسوة والسكن<sup>22</sup>... إلخ. كما وضع الفقهاء المسلمين شروطا لوجوبها ومنها أن يكون عقد الزواج صحيحا وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري الذي أوجب النفقة على الزوجة المدخول بها<sup>23</sup>، وأن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها، ودون ذلك يسقط حقها في النفقة<sup>24</sup>، أما الزوجة العاملة إذا أذن لها زوجها أو تزوجها عالما بعملها فلا يسقط حقها في النفقة<sup>25</sup>.

وامتناع الزوج عن النفقة يمكّن الزوجة من طلب التطلق ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج وهذا وفقا لنص المادة 53 قانون الأسرة، كما قد يتابع الزوج بجريمة الامتناع عن تقديم النفقة إذا كانت مقررة بحكم قضائي وهذا ما نصت عليه المادة 331 من قانون

العقوبات الجزائي. وعن تقدير النفقة، تبين أن الشريعة الإسلامية لم تحدد مقدارها<sup>26</sup> لهذا فإنها تقدّر بقدر كفاية الزوجة وظروف وأعباء الزوج ودخله وهذا بنص المادة 79 من قانون الأسرة.

واستثناء عن الأصل ألزم المشرع الزوجة بالنفقة على أولادها إذا كان الزوج عاجزا وكانت هي قادرة على ذلك وهذا ما نصت عليه المادتين 76 و36 ف2 من قانون الأسرة، وهذا يُعد رأي الإمام أبو حنيفة مستدلاً على ذلك بقوله تعالى: ((وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)).<sup>27</sup> وهذا خلافاً للدول الغربية التي تلزمها بالاشتراك مع زوجها في النفقة الأسرية سواء كان الزوج معسراً أو موسراً، عاجزاً أو قادراً على ذلك.

#### ب- حق المهر (الصداق)

وهو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها كرمز لرغبته في الاقتران بها في حياة شريفة دائمة.

وخلو عقد الزواج من المهر لا يؤثر في صحته وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين في قوله تعالى: ((لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة<sup>28</sup>...)) وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة المادة 9 ويبقى المهر رمزا لإكرام الزوجة وليس ثمنا مقابل رضائها.

#### ج- حق الزوجة في التصرف في مالها

كما سبق القول وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية لا يرتب عقد الزواج أثارا مالية، لأن المبدأ هو استقلالية الذمة المالية للزوجين، خلافاً للدول الغربية التي تكون فيها ذمة الزوجين مشتركة بينهما. إن نظام الانفصال المالي السائد في غالبية المجتمعات الإسلامية يمنح لكل زوج الحرية الكاملة في تسيير والتصرف في ماله<sup>29</sup>. وهذا ما أكد عليه جمهور الفقهاء المسلمين باستثناء الإمام مالك فيما يخص منعه للزوجة بإجراء بعض التصرفات المالية إلا بإذن زوجها مستدلاً بحديث الرسول (صلعم): "تنكح المرأة لأربعة: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك"<sup>30</sup>.

فالزوجة في الشريعة الإسلامية تتميز بتبعيةها لزوجها من الناحية الشخصية واستقلاليتها من الناحية المالية، فإذا كان لها ما تحصلت عليه قبل الزواج أو بعده، فهو

ملكا لها ولا يجوز للزوج أن يتصرف فيه إلا بموافقتها لقوله تعالى: ((للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن))<sup>31</sup>.

وباعتبار الزوج رئيس الأسرة يبقى مبدئياً يتكفل بكل شؤونها دون اشتراك الزوجة في ذلك إلا برضاها وهذا ما نصت عليه المادة 38 ف2 قانون الأسرة.  
2) موقف المشرع بعد التعديل التشريعي

نظرا لتطور العلاقات المالية داخل المجتمع العربي المسلم والذي سببه بالخصوص عمل المرأة، مما أدى إلى اختلاط أموال الزوجين نتيجة مشاركة الزوجة زوجها في مصاريف وأعباء العائلة، لمواجهة متطلبات الحياة والظروف الاقتصادية الحالية سعيا للمحافظة على مصلحة الأسرة، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية الإسلامية<sup>32</sup> من خلال تعديله لقانون الأسرة أن سمح للزوجين الاتفاق على ما يملكانه من أموال مشتركة بينهما بعد الزواج، وذلك إما في وثيقة عقد الزواج أو في عقد رسمي آخر مستقل، والذي قد يكون في إطار عقد مدني بدليل المادة 416 قانون مدني أو عقد تجاري بدليل المواد من 30 إلى 77 قانون تجاري حتى يكون هناك دليل كتابي يحمي به الزوجين أموالهما مستقبلا في حالة وقوع نزاع بينهما أو حتى مع الغير. وهذه الإجازة في الاشتراك المالي بين الزوجين أكدت عليها المادة 37 ف2 قانون الأسرة معدلة والتي جاء نصها كما يلي: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر."

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما."

وإذا ما حاولنا التعقيب على هذه المادة وما جاءت به من جديد، لوجدنا أن المشرع أصبح يعمل بنظامين ماليين في علاقة الزوجين ألا وهما:

- نظام الاستقلال المالي (استقلال الذمة المالية للزوجين).

- نظام الاشتراك المالي.

أما عن نظام الاستقلال المالي أي مبدأ "استقلال الذمة المالية للزوجين" مازال المشرع متمسكا به ويعتبر وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية هو الأصل، حيث يبقى الزواج لا تأثير



له على أموال الزوجين التي تكتسب سواء قبل أو بعد الزواج، فكل زوج له حرية إدارة أمواله والتصرف فيها مع بقاء الزوج ملزما قانونا وشرعا بواجب النفقة على الأسرة، باستثناء الحالات التي نص عليها المشرع والمذكورة سابقا.

أما نظام الاشتراك المالي يعد نظاما شبيها بنظام الاشتراك المخفض السائد في القانون الفرنسي والذي نص عليه المشرع الجزائري مستدلا في ذلك برأي جمهور الحنابلة من خلال المادة 19 قانون الأسرة، لأن الأصل في الشروط عند الحنابلة هي الإباحة، إلا في حالة وجود حكم في القانون يمنع ذلك وهذا الموقف أكده القضاء الجزائري<sup>33</sup> إلى جانب ذلك ترى الأستاذة "هجيرة دنوني" أنه يوجد شبه نظام مالي للزوجين في الإسلام له مميزاته وخصائصه يختلف عن غيره من النظم المالية الغربية<sup>34</sup>.

وإمكانية لجوء الزوجان لهذا النظام -والذي يمثل اتحادا لذمة الزوجين المالية اللاحقة للزواج- يعد الاستثناء عن الأصل وهو انفصال الذمة المالية للزوجين، لأن الواقع المعيشي قد يفرض مثل هذا النوع من الاشتراك المالي الذي كان يعد مجهولا ومخالفا للنظام العام في مجتمعنا.

وهذا الاتجاه التشريعي الحديث أيده بعض الفقهاء المحدثين على أساس أن الحياة المشتركة تفرض نوعا من الاتحاد الفعلي لذمم الزوجين وتداخلهما، ومن الصعب التعبير عن الحياة الزوجية القائمة على المودة والرحمة دون أن يساهم كل من الزوجين بموارده المالية<sup>35</sup>.

ثالثا: القانون الواجب التطبيق وعلاقته بالحق المكتسب

### 1) القانون الواجب التطبيق

أخضع المشرع الجزائري جميع آثار الزواج قبل وبعد التعديل لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 12 ف1 قانون مدني معدل: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج".

وتطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار المالية حل يتفق مع بعض الاتجاهات الحديثة واتفاقية لاهاي، كما أن غالبية التشريعات الحديثة آمنت بهذا

القانون، لأن آثار الزواج عموما تتطلب الوحدة القانونية وليس من مصلحة العائلة أن تكون محكومة بقانونين<sup>36</sup>.

ورغم الانتقادات التي وجهت لهذه القاعدة والتي كان من بينها أن تطبيق قانون جنسية الزوج دون الزوجة فيه مخالفة لمبدأ دستوري ألا وهو المساواة بين الرجل والمرأة، ولهذا يجب تطبيق قانون محايد (*Le rattachement neutre*) مثل قانون الموطن المشترك<sup>37</sup>، إلا أن المشرع الجزائري فضل تطبيق هذا القانون على الآثار المالية، لأن الزوج في الشريعة الإسلامية هو رب الأسرة والمسئول عن متطلباتها المالية<sup>38</sup>، خلافا لبعض الدول الغربية التي فضلت قوانينها تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للزوجين، بسبب تأثرها بالأفكار التحررية الداعية إلى المساواة بين الرجل والمرأة<sup>39</sup>، بينما آخرون فضلوا تطبيق قانون الموطن المشترك للزوجين فيما يخص المنقولات، أما العقارات تخضع لقانون موقعها<sup>40</sup>.

واستثناء عن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج وهذا ما أكدته المادة 13 قانون مدني: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج". ولقد انتقد أيضا هذا الاستثناء كونه يدافع عن وطنية مبالغ فيها فقط<sup>41</sup>، (*part son nationalisme excessif*)، لكن يبدو أن المشرع أراد من وراء ذلك حماية العقيدة الدينية لرعاياه، لأن الزواج يكتسي طابعا دينيا محضا.

من خلال قراءتنا للمادة 12 ف1 سابقة الذكر معدلة، يمكننا أن نقدم الملاحظات التالية:

- إن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ما زال معمولا به بعد التعديل التشريعي ويسري على الآثار المالية الناتجة عن زواج يكون طرفيه مختلفي الجنسية (زواج مختلط)، واستثناء يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد أطراف العلاقة جزائريا وقت انعقاد الزواج.

- بقي المشرع يكرّس قانون جنسية الزوج باعتبار هذا الأخير رب الأسرة.

- تسري قاعدة الإسناد هذه على الشروط الموضوعية الخاصة بهذه الآثار، وتبقى المسائل الإجرائية خاضعة لقانون القاضي وهذا طبقاً لنص المادة 21 مكرر قانون مدني.

قاعدة الإسناد المعتمدة من طرف المشرع تؤثر سلباً على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي من جراء المشاكل التي تثيرها، ومن بينها الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، رغم أن هذا المبدأ يكرسه الدستور الجزائري<sup>42</sup> من خلال المادة 29 وكذلك مخالفة أحكام الاتفاقية<sup>43</sup> المنظمة إليها الجزائر، والتي تهدف إلى القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، هذا من جهة ومن جهة أخرى إن قاعدة الإسناد فيها مساس بمصلحة الزوجة من خلال ضابط الجنسية خاصة إذا ما تعمد الزوج تغيير جنسيته تهرباً من القانون المختص مع صعوبة إثبات حالة غشه وتحايله، هذا ما يدل أن المشرع لم يأخذ في الحسبان تغيير ضابط الإسناد.

- أبقى المشرع على الآثار المالية بعد التعديل بعد أن أعاد صياغة المادة 12 ف1، واعتبرها كحق نشأ في ظل القانون الأجنبي، رغم أنها تدخل في نطاق النظم التي يجلبها، وإن كان قد أجاز نظام الاشتراك المالي بعد تعديله لقانون الأسرة.

- كما أن المشرع يهدف من وراء قاعدة التنازع هذه، من خلال تحديده للمعيار الزمني أي "وقت انعقاد الزواج"، حل مشكلة التنازع المتحرك الذي قد يثار بسبب تغيير ضابط الإسناد.

2) الحق المكتسب ومدى تأثيره بالصعوبات الواردة على قاعدة الإسناد وكذا النظام العام

أ- الحق المكتسب ومدى تأثيره بالصعوبات الواردة على قاعدة الإسناد  
رغم أن المشرع الجزائري يهدف من وراء قاعدة الإسناد حل مسألة التنازع المتحرك إلا أن الصعوبات التي قد تعترض القانون الواجب التطبيق، تجعل مشكلة تنازع القوانين قائمة كون العلاقة القانونية تخضع لاعتبارات الزمان والمكان، ولأن التنازع المتحرك قد يثار بفعل تغيير ضابط الإسناد بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت المنازعة فيها، مما يجعل كلا القانونيين يثبت لهما الاختصاص، أحدهما بحكم المركز القانوني عند إنشائه

والثاني عند نفاذه<sup>44</sup> مما يستدعي تحديد مجال التدخل لكل من قاعدة الإسناد القديمة والجديدة<sup>45</sup>.

وتتجلى لنا هذه الصعوبات أولاً: في حالة تعديل في القانون، فالقانون الجديد قد يقرّ آثاراً جديدة أو قد ينقص مما كانت عليه سابقاً، فيصبح القانون الجديد له أثراً فورياً على الآثار المالية للزواج والتي تحدد في القانون الجديد من تاريخ سريانه وليس من تاريخ انعقاد الزواج<sup>46</sup> كما لا يمكن للقاضي الجزائري وفقاً لنص المادة 13 أن يطبق القانون الجزائري على الآثار المالية المستقبلية، وثانياً: أن الزوج قد يغير جنسيته أو يغير الزوجان جنسيتهما معاً وفي هذا الشأن لا يمكن لقانون الزوج أن يحكم الآثار المالية للزواج المستقبلية لأنها آثار يحكمها القانون الجديد في إطار التنازع المتحرك، كما أن الاحتجاج بالحقوق المكتسبة خاصة ما إذا كان تغيير الجنسية لم يكن بنية الغش نحو القانون المختص<sup>47</sup> مسألة متروكة لسلطة القاضي التقديرية لنفاذ هذا الحق.

وهذه الصعوبة تعمم بدورها على المادة 13 عندما يغير الجزائري جنسيته ويصبح أجنبياً عن القانون القديم، ولأن الآثار المالية أصبحت تسري في ظل القانون الجديد. وحسب وجهة نظري إن المشرع أراد من وراء قاعدة الإسناد هذه ضمان الآثار المالية التي اتفق عليها في ظل قانون جنسية الزوج وقت الزواج، وبالتالي فمن غير العدل أن تفقد مثلاً الزوجة حقوقها من جرّاء إرادة الزوج وحده في تغيير جنسيته، أو حتى تعديل في القانون<sup>48</sup>.

ورغم تمسك المشرع بقاعدة الإسناد المذكورة أعلاه، إلا أن العديد من المتخصصين في هذا المجال بيّنوا أن الحق المكتسب أو ما يعرف بـ "النفاذ الدولي للحقوق" (L'efficacité internationale des droits) المراد حمايته من وراء هذا القانون، لم يُعد أساساً عالمياً لحلّ مشكلة تنازع القوانين، بل يتعارض مع قواعد التنازع التي ترمي إلى تعيين قانون جديد واجب التطبيق، بينما الحق المكتسب يعني استمرارية القانون القديم في إحداث آثاره رغم وجود قانون جديد مختص<sup>49</sup> وبالمقابل هناك من أيد موقف المشرع مؤكداً أن عملية التطبيق السريع للقانون الجديد الناتج عن تغيير الجنسية ما هي إلا وسيلة لفتح باب لإمكانية الغش من طرف أحد الزوجين خاصة الزوج للتهرب من أحد النظم المالية المتفق

علمها<sup>50</sup>.

## ب- الحق المكتسب ومدى تأثيره النظام العام

إضافة إلى الصعوبات التي تواجهها الحقوق المكتسبة أو الأثر المخفف للنظام العام كما يسميها البعض، من جراء تغيير ضابط الإسناد قد تتوسع أيضا في كنفها دائرة اختصاص قانون القاضي وسلطته التقديرية وهذا باسم النظام العام، لأن الحق الذي نشأ في ظل القانون الذي نشأ في ظل القانون الأجنبي المختص والمطالب نفاذ آثاره أمام القاضي الوطني يُعد واقعة قانونية يُفترض احترام آثارها، لكن قد تستبعد ولا تنفذ إذا ما كانت تخالف النظام العام لدولة القاضي<sup>51</sup> ومن هنا يمكن القول أن المسألة تبقى مرهونة وخاضعة لسلطة القاضي التقديرية.

كما أن قوة النظام العام تتدخل كون الحق المكتسب المطلوب نفاذه في دولة القاضي مقيدا بقانون موقع المال (عقارات ومنقولات)، فالزوجة مثلا لا يمكنها أن تحتج بحقها المكتسب والمتمثل في الرهن القانوني الوارد على أموال زوجها ضمانا لحسن إدارته للأموال، لأن قانون موقع المال لا يعترف به ضف إلى ذلك أن قانون موقع المال مطلوب فيه احترام كل إجراءاته الخاصة بتقسيم أموال الزوجين كحق مكتسب وخلاف ذلك فهو يُعد مخالفة للنظام العام السائد في قانونه<sup>52</sup>.

## رابعا: القانون الواجب التطبيق وعلاقته بالحق المطلوب إنشائه

أراد المشرع الجزائري تغييره من التشريعات المقارنة السماح للقانون الأجنبي أن يكون واجب التطبيق وفقا لما أشارت إليه قاعدة الإسناد، إلا أن الحق المقرر في القانون الأجنبي والمطالب إنشائه في ظل قانون القاضي قد يمس بالأسس الجوهرية لنظامه القانوني، ومن هنا يتدخل النظام العام الذي منحت له أهمية خاصة عند التشريعات التي أخضعت كافة مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية ومنها المشرع الجزائري، وعملت منه سلاحا ضد القوانين الأجنبية غير المألوفة والمنبوذة في بلد القاضي<sup>53</sup>.

وإن كان النظام العام يُعد معرقلا لوظيفة قاعدة الإسناد، إلا أن القاضي الجزائري يستعمله كصمام أمان (Soupape de sécurité) يدفع به ضد كل قانون أجنبي مختص بالحق المطالب في دولته ويخالف مبادئه الجوهرية في مجتمعه، ويطبق مكانه قانونه

الوطني وهذا ما نصت عليه المادة 24 قانون مدني: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العام." والدفع بالنظام العام يستعمل بكثرة في أحكام الزواج وجميع آثاره حتى ما يتعلق منها بالجانب المالي، كونها عنصرا من عناصر الأحوال الشخصية ولا يجوز مخالفتها في قانون القاضي لأنها من النظام العام.

وهذا الحق المطلوب إنشاؤه في قانون القاضي يتقيد بدوره بقانون موقع المال، وقد يتدخل النظام العام لهذا الأخير إذا كان هذا الحق مجهولا في قانون موقع المال، مثال ذلك إن وجدت أموال أحد الزوجين في الجزائر وعرض النزاع حولها على القضاء الجزائري، وكانت هذه الأموال محكومة بأحد الأنظمة المالية السابق ذكرها والمجهولة في القانون الجزائري، فإن القاضي سيدفع باسم النظام العام، ويختلف الأمر لو كانت هذه الأموال موجودة في الجزائر ومحكومة بنظام الاشتراك المالي الذي تم الاتفاق عليه في الخارج وكان أحد الزوجين جزائريا فإن هذا الحق أو النظام المعروض بشأنه النزاع أمام القضاء الجزائري سيقره هذا الأخير باعتباره نظاما معترفا به في الجزائر وفقا للتعديل الأخير وإن كان المشرع لم يضع له أحكاما خاصة به.

والجدير بالإشارة أن الأمر يزداد تعقيدا إذا ما كانت هناك صفة مختلطة لأموال الزوجين منها ما هو اتفاقي ومنها ما هو قانوني، لأن الاختيار بينهما أمر عسير ما إذا كان النظام الاتفاقي يحيل إلى قانون مكان تواجد الأموال وكانت هذه الأخيرة غير موجودة في بلد القاضي المعروض عليه النزاع -وليكن القضاء الجزائري- وكان يفرض الإحالة من الدرجة الثانية<sup>54</sup>.

وما يمكن استنتاجه أن الاختلاف الدولي حول النظم المالية للزوجين وأبرز مثال على ذلك القانون الجزائري والفرنسي، تبقى تثير نزاعات قانونية فيما بينها عن طريق تدخل النظام العام.

### خاتمة

من خلال دراستنا المتواضعة لهذا الموضوع اتضح لنا أن المشرع الجزائري، بعد تعديلاته القانونية الأخيرة، اعتبر الآثار المالية للزوجين والسائدة في الأنظمة الغربية نظما مجهولة ومخالفة لقانونه ونظامه العام، باستثناء نظام الاشتراك المالي الذي أصبح نظاما مسموحا به في الجزائر وغير مخالف للنظام العام وهذا الاستثناء يقابله المبدأ العام وهو نظام الاستقلال المالي للزوجين، مع بقاء الزوج، كونه رب الأسرة، ملزما بواجب النفقة.

وبالمقابل أكد مرة أخرى في تعديله للقانون المدني على الآثار المالية للزوج، ورغم المشاكل والصعوبات المحيطة بقاعدة الإسناد التي تحكمها والتي تقضي بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، واستثناء تطبيق القانون الوطني إذا كان أحد أطراف العلاقة جزائريا، إلا أنه تمسك بها ساعيا دائما من وراء ذلك إلى حل التنازع المتحرك من خلال مراعاته للمعيار الزمني وهو "وقت انعقاد الزواج"، حتى يحافظ على الحق المكتسب الذي اتفق عليه ساعة الانعقاد.

وبناء عليه يمكننا استخلاص النتائج التالية:

- إن تمسك المشرع الجزائري بقاعدة الإسناد والمتمثلة في المادتين 12 ف1 و13 قانون مدني، يجعل مشكل التنازع المتحرك قائما نظرا لما قد يرد عليه من تغيير في ضابط الإسناد أو تعديل في القانون، ولأن الحق المكتسب يعني به في مجال القانون الدولي الخاص، استمرارية القانون القديم في إحداث آثاره رغم وجود ما يقابله من قاعدة تنازع تشير إلى قانون جديد واجب التطبيق باستثناء ثبوت حالة الغش نحو القانون المختص (القديم).

- إن الحق المكتسب المطالب نفاذه في ظل قانون القاضي تتدخل فيه السلطة التقديرية لهذا الأخير فيما إذا كان يخالف نظامه العام أم لا في إطار ما يسمى بالأثر المحقق للنظام العام، إلى جانب ذلك يبقى مقيدا لقانون موقع المال وما يقره من

## إجراءات خاصة.

- يبقى الحق المطلوب إنشاؤه فيما يتعلق بالآثار المالية للزواج في ظل قانون القاضي والتي تعد مجهولة في قانونه إلا ما استثنى منها بنص، تستبعد باسم النظام العام ويكون القانون المختص هو قانون القاضي طبقا لنص المادة 24 قانون مدني، إلى جانب ذلك تبقى مقيدة بقانون موقع المال.

ومن خلال تحليلنا هذا، نقترح على المشرع أن يضع، قبل كل شيء، أحكام تفصيلية خاصة بالنظام الاشتراكي المالي الذي استحدثه وعلى سبيل المثال ما تعلق بمتاع البيت والعقارات... الخ، حتى يمكن للقاضي الأجنبي الرجوع إليها ساعة يكون القانون الجزائري هو الواجب التطبيق، كما تساءل مشرعنا عن مصير أموال الزوجين المكتسبة قبل الزواج طالما هناك مراعاة من طرفه لإرادة الزوجين في توحيد أموالهما.

كما نقترح عليه أيضا أن يضع قاعدة إسناد جديدة تتمثل في قانون موطن المشترك للزوجين مثل ما فعل المشرع التونسي، تحكم الآثار المالية حتى يتفادى الانتقادات خاصة وأن الزوجة أصبحت تشارك زوجها في مصاريف الأسرة.

وأخيرا يمكن القول أن النزاعات القانونية تبقى قائمة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج نظرا لاختلافها التشريعي الأمر الذي يجعل النظام العام يتدخل من حين لآخر.

## الهوامش

- <sup>1</sup> - القانون رقم 05-10 المؤرخ في يونيو 2005 المعدل للقانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975.
- <sup>2</sup> - الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984.
- <sup>3</sup> - راجع بالتفصيل الجانب التاريخي للنظام المالي، د. مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، كلية الحقوق، ص 9 وما بعدها.
- <sup>4</sup> - د. مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 08، "نقلا عن" أحمد صابر طه، نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000، ص.ص 6 و7.
- <sup>5</sup> - د. هشام علي صادق، د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الإسكندرية، دار الفكر العربي، 1999، ص 284 وأيضا، د. محمد وليد الحصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 139.
- <sup>6</sup> - د. مسعودي رشيد، نفس المرجع، ص 8، "نقلا عن" د. حسن الأشموني ومحمد عبد الكريم، القاهرة، دار النشر



- للجامعات المصرية، 1950، ص 126.
- <sup>7</sup> - نفس المرجع، ص 08 "نقلا عن" د. أحمد مسلم، الأحوال الشخصية للأجانب، النظام القانوني للأسرة، مطبعة مخيمر، 1956، ص 126.
- <sup>8</sup> - د. هجيرة دنوني، "النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري"، في مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، الجزائر، ديوان النشر والتوزيع، 1991، ص.ص 166 و167.
- <sup>9</sup> « Le contrat de mariage est d'ailleurs facultatif pour les futurs époux, s'ils n'ont font pas, ils seront placés de plein droit sur un certain types de régime matrimonial que la loi a choisi pour eux. »
- Jean Carbonnier, Introduction à l'étude de droit civil, T.1, Paris, Presse universitaire de France, 1967, p. 38.
- <sup>10</sup> - د. جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، القاهرة، دار النهضة العربية، 1967، ص 326.
- <sup>11</sup> - راجع د. زروتى الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 - دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزائر، مطبعة الفسيحة، 2010، ص 175.
- 12 - j.c.p., Législation comparée, Espagne-Juan A. Grenades Sanz Patrole, fasc:1, 1972, p.18.
- 13- j.c.p., Législation comparée, Allemagne, introduction générale, capacité, mariage, H.W Kornicker, fasc :1, 1985, p. 5.
- <sup>14</sup> - j.c.p., Législation régionalisation comparée, Grande Bretagne, introduction générale, les époux, les enfants,
- L. Meville Brown et C.A Weston, fasc : 1, 1997, p. 14.
- <sup>15</sup> - راجع: د. زروتى، المرجع السابق، ص 175.
- <sup>16</sup> - H.W. Kornicker.8 ص المرجع السابق، ص 8.
- <sup>17</sup> - j.c.p., Législation comparée, France, capacité, mariage et divorce, Micheline Van-Camelbeke, fasc :1, 1987, p. 8.
- <sup>18</sup> - L. Meville Brown et .C.A Weston نفس المرجع، ص.ص 15 و16.
- <sup>19</sup> - خرج عن هذا الإجماع الفقيه ابن حزم وأوجب على الزوجة أن تنفق على زوجها وأولادها إذا كانت موسرة وزوجها معسرا، انظر عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومة، 1996، ص 222.
- <sup>20</sup> - سورة الطلاق، الآية: 07.
- <sup>21</sup> - مثال ذلك المادة1 من القانون المصري رقم25 لسنة 1980 المعدل بالقانون رقم100 لسنة 1985.
- <sup>22</sup> - د. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 241.
- <sup>23</sup> - راجع موقف المشرع الجزائري بالتفصيل، عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 224.
- <sup>24</sup> - د. محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996، ص 135.
- <sup>25</sup> - لمزيد من التفصيل حول حالات سقوط نفقة الزوجة، راجع عبد العزيز سعد. نفس المرجع، ص 223.
- <sup>26</sup> - د. محمد كمال الدين، المرجع السابق، ص.ص 138 و139.

- <sup>27</sup> - سورة البقرة، الآية: 280.
- <sup>28</sup> - سورة البقرة، الآية: 236.
- <sup>29</sup> - بالعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، الموسم الدراسي 2005/2004، ص 83.
- <sup>30</sup> - د. مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 127 "نقلا عن" د. عبد الرحمان بن أبي بكر، أبو عبد الرحمان السيوطي، شرح السيوطي، ج 6، 1986، من تحقيق عبد الفتاح أبو عدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ص 68.
- <sup>31</sup> - سورة النساء، الآية: 32.
- <sup>32</sup> - مثال ذلك راجع المادة 49 من المدونة المغربية الجديدة للأسرة بتاريخ 2004/02/03.
- <sup>33</sup> - المحكمة العليا (غ.ق.خ)، قرار بتاريخ 1971/03/03 منشور بالنشرة القضائية ع 2، 1972، ص 39، راجع د. مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 332.
- <sup>34</sup> - د. هجيرة دنوني، المرجع السابق، ص 165.
- <sup>35</sup> - د. هجيرة دنوني، المرجع السابق، ص 159 و 160.
- <sup>36</sup> - j.c.p., Droit international privé, mariage, effets, Jacques Mestre, fasc : 546, 1984, p. 10.
- <sup>37</sup> - Henri Battifol et Paul Lagarde, Droit international privé, T.2., Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, p. 60.
- وكذلك د. محمد وليد الحصري، المرجع السابق، ص 138.
- <sup>38</sup> - وهذا المنحى عملت به العديد من التشريعات العربية، باستثناء المشرع التونسي الذي طبق قانون الموطن المشترك للزوجين وإلا فقانون القاضي وهذا ما جاء به في الفصل 47 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998، راجع د. زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 170.
- <sup>39</sup> - نفس المرجع، ص 172.
- <sup>40</sup> - نفس المرجع، ص 176.
- <sup>41</sup> - Jacques Mestre، المرجع السابق، ص 7.
- <sup>42</sup> - الدستور الجزائري الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/02/07 المعدل والمتمم.
- <sup>43</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 1996/11/22 يتضمن انضمام الجزائر مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.
- <sup>44</sup> - د. زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 127 و 128 وما بعدها.
- <sup>45</sup> - د. محند اسعد، قواعد التنازع، الجزء الأول، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1989، ص 212.
- <sup>46</sup> - د. زروتي الطيب، نفس المرجع، ص 171.
- <sup>47</sup> - نفس المرجع، ص 171 و 172.
- <sup>48</sup> - راجع في هذا الشأن موقف د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 207.
- <sup>49</sup> - د. محند إسعد، المرجع السابق، ص 212.

- <sup>50</sup> - Jacques Mestre، المرجع السابق، ص 12.
- <sup>51</sup> - د. زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 186.
- <sup>52</sup> - د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، الجزء الأول، الجزائر، مطبعة الكاهنة، سنة 2000، ص 166.
- <sup>53</sup> - د. نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، دمشق، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 1967، ص 855.
- <sup>54</sup> - د. محند إسعد، المرجع السابق، ص 308.

## القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري<sup>1</sup>

Pr. ALYOUICHE Karboue  
Faculté de droit , Université de Baji  
mokhtar-Anaba, Algerie.

أ.د.عليوش قربوع  
كلية الحقوق، جامعة باجي مختار،  
عناية، الجزائر.

وردت مسألة انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني في موطنين:  
- في المادة 12 فقرة 2 المعدلة<sup>(2)</sup> من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "ويسرى على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطن الذي ينتهي إليه الزوج وقت رفع الدعوى  
- في المادة 13 من نفس القانون التي تقضي بأنه:  
" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج  
أدخل المشرع الجزائري الانفصال الجسماني<sup>(3)</sup> الذي يمثل فئة قانونية غير معروفة في القانون الجزائري.  
كما أن المشرع الجزائري استعمل عبارة انحلال الزواج التي قد تتضمن الطلاق<sup>(4)</sup> والتطليق<sup>(5)</sup> و أخضعهما لنفس ألقانون بينما بعض التشريعات العربية قد ميزت بينهما حيث أخضعت الطلاق إلى قانون الزوج عند النطق به و أسندت التطليق إلى قانونه عند رفع الدعوى<sup>(6)</sup>.  
تنص المادة 47 من قانون الأسرة على أنه:  
"تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة<sup>(7)</sup>.  
باستقراء المادتين 12 فقرة 2 و 13، من القانون المدني الجزائري يتضح أنه يرجع الاختصاص لقانون الزوج عند رفع الدعوى إذا كان الزوجان أجنبيين (1) الزواج عند رفع الدعوى إذا كان الزوجان أجن أحد الزوجين جزائريا

بطبق قانون الزوج، على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني وقت رفع الدعوى متى كان الزوجان أجنبيين.

إذا كان الزوجان الأجنبيين يحملان نفس الجنسية يطبق عليهما ال قانون الوطني المشترك. أما إذا كان الزوجان أجنبيين و لا يحملان نفس الجنسية، فإن قانون الزوج هو الذي يطبق وقت رفع الدعوى لذا وجب تحديد نطاق تطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى(أ) الآثار المترتبة على ذلك (ب) والوقوف عند اختلاف الفقه حول المادة 12 فقرة 2(ج).

#### أ- نطاق تطبيق القانون الوطني للزوج

إذا تم زواج بين فرنسي و بريطانية، فكيف يتم تطبيق قاعدة التنازع التي وضعتها المادة 12 فقرة 2؟ لتوضيح ذلك وجب تحديد ما يدخل في نطاق القانون الوطني للزوج(1) و ما لا يدخل فيه(2).

#### 1- ما يدخل في نطاق القانون الوطني للزوج

إن قانون الزوجة لا يطبق انطلاقاً من وقت انعقاد الزواج. يخضع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني للقانون الفرنسي، تعلق الأمر بأسبابه أو بآثاره. يحدد القانون المختص أسباب الطلاق و الانفصال الجسماني والآثار الشخصية و المالية، العلاقات السابقة بين الزوجين ، علاقاتهم بأولادهم، كالحضانة و النفقة، تحديد من يقع عليه عبء الإثبات و الأدلة التي تقبل والدعوى و مدى قوتها و من من الزوجين يملك إيقاع الطلاق.

#### 2- ما يكون خارج نطاق القانون الوطني للزوج.

يطبق قانون الزوجان وقت انعقاد الزواج(α) و بعد انحلال الرابطة الزوجية(β) ويطبق قانون القاضي على الاجراءات(c).

#### α- يستبعد تطبيق قانون الزوج وقت انعقاد الزواج

تطبيق المادة 10 فقرة 1 و المادة 11 تطبيقاً موزعاً للقانون الوطن للزوجين تعلق الأمر بشروط صحة الزواج أو الاجراءات الواردة عليها.

### ب- يستبعد قانون الزوج بعد انحلال الرابطة الزوجية

بعد انحلال الرابطة الزوجية يخضع من جديد كل من الزوجين إلى قانونه الشخصي. إن القانون الوطني هو الذي يحدد مدة العدة حق الزوج و الزوجة من الزواج من جديد.

∑- يستبعد قانون الزوج على الإجراءات.

إن إجراءات الطلاق والتفريق الجسماني تخرج عن نطاق قانون الزوج و تخضع لقانون القاضي و هو كذلك بالنسبة للإجراءات التحفظية و المؤقتة<sup>(8)</sup>.

ب- الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني.

تتمثل آثار الطلاق و الانفصال الجسماني في المسائل الآتية : العدة<sup>(9)</sup> الحضانة<sup>(10)</sup> متاع البيت<sup>(11)</sup>، النفقة<sup>(12)</sup>.

#### 1- ما يدخل في نطاق قانون الزوج.

إن النفقة هنا ليست النفقة الزوجية و إنما النفقة التابعة للطلاق و تخص الزوجة و الأولاد و تخضع لقانون الزوج. و هو كذلك بالنسبة للنفقة في عدة الطلاق أو نفقة الزوجة المطلقة.

تعد الحضانة من المسائل الهامة فيما يتعلق بآثار الزواج<sup>(13)</sup>.

إن قانون الزوج وقت رفع الدعوى هو الذي يحكم المسائل المتعلقة بالحضانة، تحديد من هو الحاضن تحديد الزيارة و مدتها.

#### 2- ما يخرج عن نطاق قانون الزوج.

إن التعويضات المالية المنجزة عن الضرر الذي يلحق من الزوج يخضع لقانون القاضي لأن التصرف الذي قام به الزوج تنجر عنه مسؤولية تقصيرية، يطبق عليها قانون البلد الذي وقع فيه و بالتالي يخضع لقانون القاضي.

رغم وضوحها فإن المادة 12 فقرة 2 معقدة و تطرح بعض الصعوبات في تطبيقها ذلك ما أدى إلى إبداء آراء مختلفة حولها.

### ج- الآراء المختلفة الواردة بشأن المادة 12 فقرة 2.

إن تكريس تطبيق قانون الزوج عند رفع الدعوى هو الذي أدى إلى إثارة نقاش واسع حول هذا الحل. يمكن تلخيص هذا النقاش حول مسألتين: المساواة بين الجنسين (1) و إمكانية تغيير القانون الداخلي أو الجنسية بين وقت انعقاد الزواج ووقت رفع الدعوى (2). يبقى البحث عن الحل الملائم (3).

#### 1- إن اختيار قانون الزوج وقت رفع الدعوى يمس بمبدأ المساواة بين الزوجين.

إن اختيار المشرع الجزائري يعتبر اختيار تعسفي ما دام القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد و ما دمنا أمام زوجين من جنسيتين متخلفتين هو من الصعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر. إن اختيار القانون الوطني للزوج يعتبر إلى حد ما متعارضا مع مبدأ المساواة بين الجنسين، و هو المبدأ المعترف به في النظام القانوني الجزائري كالدستور مثلا<sup>(14)</sup>.

إن هذا الحل يمس بمبدأ أساسي و هو مبدأ المساواة<sup>(15)</sup>.

#### 2 – تغيير قانون الزوج بين وقت انعقاد الزواج ووقت رفع الدعوى.

هناك من يرى أن هناك مساس بحقوق الزوجة عند تغيير هذا القانون ( $\alpha$ ) و هناك من يرى خلاف ذلك (B).

#### $\alpha$ - تغيير القانون ما بين وقت انعقاد الزواج ووقت رفع الدعوى.

- تغيير الجنسية.

يمكن للزوج أن يغير جنسيته، إن إخضاع انحلال الزواج و الانفصال الجسماني لقانون الزوج وقت رفع الدعوى من شأنه أن يجعل رابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة و لم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج. يؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة، فيكون أكثر إضرارا بمصالحها<sup>(16)</sup>. يرى هؤلاء أنه من العدل و الانصاف أن يعتد المشرع بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه القانون المعلوم لكل الطرفين.

- تغيير القانون الداخلي .

إن تغيير القانون الداخلي يؤدي إلى أن يكون الزواج قد تم في ظل قانون معين وانحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني قد تما في ظل قانون آخر، و قد يكون في ذلك إضرارا بالنسبة للزوجة.  
هناك من يرى خلاف ذلك.

### ب- الرأي المخالف.

يرى الأستاذ زروتي الطيب أن : "الطلاق ليس أثرا من آثار الزواج الشخصية حتى يمكن أن يصبح حقا مكتسبا له قوة نفاذ دولية..." و عليه، يطبق قانون الجنسية الجديدة و ليس هناك ما يثير أي إشكال.

مثل ما هو بالنسبة لتغيير الجنسية، فهناك إمكانية تغيير القانون الداخلي، فإذا :  
صدر قانون جديد يسمح بالطلاق بعد أن كان محظورا في القانون الذي أبرم زواجه في ظله، فلا بد أن يكون للقانون الجديد أثر فوري و مباشر على جميع الروابط الزوجية القائمة."<sup>(18)</sup>

### 3- ما هو الحل الملائم ؟

إن الحل الذي مؤداه، أن يؤخذ بقانون الزوج وقت انعقاد الزواج هو كذلك قد يؤدي إلى حلول غير مجدية، حيث أن الزوج قد يغير جنسيته بعد انعقاد الزواج ويكون القاضي في حرج عندما يطلب منه تطبيق قانون منعدم الوجود.  
يبدو أن الحل الملائم هو الحل الوارد في المادة 49 من القانون الدولي الخاص التونسي.

جاء في الفقرة الأولى من المادة 49 أنه:

" الطلاق و التفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، و عند اختلاف الجنسية يكون القانون المطبق هو قانون آخر مقرر مشترك للزوجين إن وجد و إلا تطبق المحكمة قانونها".

يسوي هذا الحل بين الزوجين و ليست هناك مفاضلة بين قانون الزوجين.

هل يمكن الوصول إلى نفس الحل إذا كان أحد الزوجين جزائريا ؟



يطبق القانون الجزائري وحده على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني، إذا

كان أحدا-

الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج.<sup>(19)</sup>

تفيد المادة 13 بأنه تعلق الأمر بالطلاق أو بالتطليق أو بالانفصال الجسماني، فإن

القانون الجزائري وقت انعقاد الزواج هو الذي يطبق.

و عليه، فإنها تضع استثناء على المادة 12 فقرة 2 حيث أنه إذا كان أحد الزوجين

جزائرياً وقت انعقاد الزواج، فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق، و هذا هو وجه

الخروج على المادة 12 فقرة 2 التي تقضي بتطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى. لتوضيح

القاعدة التي وضعها المادة 13، وجب تحديد نطاق تطبيقها (أ) ثم بعد ذلك تبيان

الصعوبات التي تطرح عند تطبيقها (ب).

أ- نطاق تطبيق المادة 13.

تحيل المادة 13 إلى المادتين 11 و 12، أي إلى الشروط الموضوعية الخاصة بصحة

الزواج و المادة 12. إن الفقرة 2 من المادة 12، خاصة بانحلال الزواج، الذي يتضمن

الطلاق و التطليق و الانفصال الجسماني. إن انحلال الزواج و الانفصال الجسماني

يدخلان في نطاق المادة 13. غير أنه، هل يمكن أن تطرح مسألة الانفصال الجسماني بين

زوجين يكون أحدهما جزائرياً؟ هناك افتراضان:

- الإفتراض الأول: زواج بين جزائري و أجنبية مسيحية فرنسية. هل يمكن للزوجة أن

تطالب بالإنفصال الجسماني؟ إذا طالبت به، هل يمكن للقاضي أن يحكم بذلك مع أن

القانون الجزائري يجهل مثل هذه المؤسسة القانونية؟

- الإفتراض الثاني: زواج بين جزائرية و فرنسي مسلم. هل يمكن للزواج أن يطالب

بالانفصال الجسماني أمام القاضي الجزائري؟ إن تطبيق القانون الجزائري، قانون

الزوجة لا يسمح بذلك لأنه يجهل هذه المؤسسة.

و عليه فإن الإحالة إلى المادة 12 فقرة 2، المتضمنة الانفصال الجسماني، إحالة غير

موفقة. لأن هناك استحالة أن يكون انفصال جسماني بين زوجين يكون أحدهما جزائري

وتطبيق القانون الجزائري. بينما ما ورد في المادة 12 فقرة 2، صحيح، ما دام الزواج بين أجنب قد يجيز القانون الواجب التطبيق أى قانون الزوج الانفصال الجسماني.

لذا، وجب إعادة صياغة المادة 13 على النحو الآتي:

" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة 11 و المادة 12 فقرة أولى وعلى انحلال الزواج". إذا تم تدارك هذه المسألة تبقى صعوبات ظهرت عند تفسيرها من قبل الفقه أو تطبيقها من قبل القضاء.

ب- الصعوبات المنجزة عن تطبيق المادة 13.

لقد ظهر خلط بين المادتين 12 فقرة 2 و المادة 13 على مستوى الفقه(1) و على مستوى القضاء(2).

#### 1- الفقه.

إن المادة 12 فقرة 2 تطبق على انحلال الزواج بين أجنب. كأن يكون الزواج بين فرنسية و بريطاني. يطرح النزاع على القاضي الجزائري وفقا لقاعدة تنازع القوانين الواردة في المادة 12 فقرة 2، فإنه سيطبق القانون الأنجليزي. في هذه الحالة لا مجال لتطبيق القانون الجزائري. كتب أحد المحللين على أنه:

" يتحقق تطبيق القانون الجزائري على النزاع الذي يطرح بشأن الانفصال الجسماني إما على أساس أن الزوج وقت رفع الدعوى جزائري و إما على أساس أن أحد الزوجين كان جزائريا وقت الزواج".

يبدو لنا أن هناك خلط بين المادتين 12 فقرة 2 و المادة 13.

إذا كان الأمر يتعلق بتطبيق القانون على نزاع يتعلق بالانفصال الجسماني، فيطبق قانون الزوج ما دام النزاع يخص الزواج بين الأجنب.

إذ اعتبرنا أن أحد الزوجين كان جزائريا وقت انعقاد الزواج، فالقانون الجزائري هو الذي يكون مختصا.

توضيحا للمادة 12 فقرة 2، يقول على سليمان أن:

"معنى هذا النص أن القانون الجزائري يخضع الطلاق لحكم من المحكمة و لا يقبل الطلاق بإدارة الزوج المنفردة، كما تقضي بذلك الشريعة الإسلامية..."<sup>(21)</sup> و كأن القانون الذي سيطبق هو القانون الجزائري، علما أن انحلال الزواج بين أجنبى يخضع لقانون الزوج و قانون الزوج هو قانون أجنبي.

إن تطبيق قانون الزوج عند رفع الدعوى يتعلق بانحلال الزواج بين الأجنبى، و عليه فمسألة الطلاق بإرادة الزوج المنفردة لا تطرح إلا إذا كان الزوجان مسلمين يحملان جنسية أجنبية. أما إذا كان الأمر يتعلق بالمادة 13، يمكن أن يكون ذلك صحيحا، ما دام القانون الجزائري هو الذي يطبق، ذلك أن الطلاق بالإرادة المنفردة وارد في قانون الأسرة الجزائري. علق الأستاذ زروتي الطيب موضحا أن الطلاق بالإرادة المنفردة وارد في قانون الأسرة الجزائري، غير أن المسألة لا تدخل في نطاق المادة 12 فقرة 2<sup>(22)</sup>. نفس الإشكال وقع فيه القضاء الجزائري.

## 2- القضاء الجزائري.

- جاء في قرارين صادران عن المحكمة العليا، يتعلقان بالاختصاص القضائي. أن القاضي الجزائري قد أخضع الزوجين الذين يحملان الجنسية الجزائرية إلى المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري رغم أن هذه المادة تخص الأجنبى الذين لا يحملون نفس الجنسية<sup>(23)</sup>. إن الزوجين الجزائريان، يخضعان للقانون الجزائري حتى إذا كانا يقيمان في الخارج و ليس هناك داع للرجوع إلى المادة 12 فقرة 2 حيث أن في كل الحالات القانون الجزائري هو الذي يطبق.

- لقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق بين جزائرية و إيطالي<sup>(24)</sup>.

إن المحكمة قد طبقت المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، التي تؤدي إلى تطبيق القانون الإيطالي و هو قانون الزوج. قدمت الزوجة طعنا طالبت فيه بنقض الحكم الصادر بتاريخ 14/07/1996، عن محكمة بئر مراد رايس.

نظرا لمخافة تطبيق القانون من قبل المحكمة الابتدائية، أثارت المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من مخالفة المادتين 12 و 13 من القانون المدني.

جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا ما يأتي :

" حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما دام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية<sup>(25)</sup> .

" حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني عوض القانون الإيطالي، كما هو وارد في الحكم المطعون فيه.

و لما كان ذلك يكون قد خالف القانون و أخطأ في نطبيقه ما يتعين نقضه."

لم تميز المحكمة بحكمها هذا، بين مجال تطبيق المادة 12 فقرة 2 و المادة 13.

إن آثار انحلال الزواج تخضع هي كذلك إلى القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

وعلى هذا الأساس، فإن الحضانة تخضع للقانون الجزائري<sup>(25)</sup> .

ينص قانون الأسرة في مجال الحضانة في المادة 64 المعدلة منه على أن:

" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة.."

وفي المادة 62 على أن:

" الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا".

إن الزواج المختلط بين الجزائريين و الأجانب، غالبا ما تكون فرنسيات هو الذي

يؤدي عند انحلال الرابطة الزوجية إلى طرح الإشكال المتعلق بالحضانة.

مبدئيا فإن الحضانة تمنح للأم الأجنبية (مثلا فرنسية)، و ذلك طبقا للمادة 64 من

قانون الأسرة الجزائري. هل هناك تناقض بين المادتين 64 و 13 ؟ إن المادة 64 هي التي

تطبق، على أساس الخاص (قانون الأسرة) يقيد العام (القانون المدني).

غير أنه إذا كانت الأم أجنبية تقيم بالخارج فإن القاضي الجزائري يسحب منها

الحضانة، بسبب أن الولد يجب أن تتم تربيته على دين أبيه. كما يطرح في هذا الشأن

الإشكال المتعلق بالزيارة، ما دام الطفل يقيم في الخارج مع أمه. نصت على الحق في الزيارة

المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء فيها: "...و على القاضي عندما يحكم

باسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

و قد صدرت أحكام قضائية في هذا الشأن.

تبين هذه الأحكام أن حق الحضانة الذي يرجع للأم مقيد بتربية الولد على دين أبيه و بحق الزيارة.

عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، فإن المجلس الأعلى أخذ مبدأ في الحضانة مفاده: " أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا".<sup>(27)</sup>

إذا كان الأبوان يقيمان في بلاد أجنبية معا، فذلك لا يطرح إشكالا بالنسبة للرقابة و الزيارة و تربية الأولاد على دين أبيهم. جاء في حيثيات إحدى القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى ما يأتي :

" ليس من المعقول حينما يكون الوالدان يعيشان ببلد أجنبي أن تكون حضانة أولادهما بالجزائر فالمجلس الأعلى أخذ مبدأ في الحضانة و قرر أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا و الحال أنهما يسكنان معا بفرنسا فتطبق في القضية القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة و تكون حيث يقيمان بفرنسا أو غيرها من الدول الأجنبية".<sup>(28)</sup>

تم تأكيد هذا الموقف في قرار آخر جاء فيه :

" ما دام الوالدان يقيمان معا بفرنسا..... و ما دامت الحاضنة قد طالبت الإقامة بالمحضون في فرنسا... و ما دام الأب لم يعارض في إقامة ابنه خارج الجزائر لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا، فإن ذلك يتطلب تقدير مكان الحضانة و تحديد مبالغ النفقة طبقا لطلبات الأطراف و ظروف المعاش بالبلد الذي تمارس فيه و حالة الطرفين، الشيء الذي كان على القضاة مراعاته قبل أي شرط.

فالقارر المطعون فيه بقضائه كما فعل لم يلتزم قضاءه بأحكام المواد 96 و 77، و 78 و 79 من قانون الأسرة فاستحق النقض الجزئي".<sup>(29)</sup>

على ذلك يطرح الإشكال عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، أي أن أحدهما يقيم ببلد أجنبي، جاء في حيثيات المجلس الأعلى ما يأتي:

" و حيث أن المجلس الأعلى قد سبق له و أن أصدر قرارات في مسألة الحضانة و اتخذ مبدأ و هو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة و تخصصا على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها، يكون أحق بهم و لو كانت الأم غير مسلمة و يتأكد

كل هذا أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين، و كل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية و يحول بينه و بين تنفيذه.

وعليه ما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الراض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبي المستدل بمقتضاه حضانة البنين لأمهات المقيمة بفرنسا كان على صواب، فإبقاء البنين بفرنسا يغير من اعتقادهما و يبعدهما عن دينهما و من عادات قومهما، و يمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة و ابعادهما عنه "يحرمه من هذا الحق، و من ثم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير معقول"<sup>(30)</sup>. زيادة على أن الأولاد يجب أن يربوا على دين أبيهم، فإن الحضانة تسقط من الأم بسبب البعد وذلك أن الأب مقرر له حق الزيارة.

جاء التأكيد على ذلك في قرار صدر عن المحكمة العليا :

" وحيث أن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم و إسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة، و يعود إلى أن الأم تقيم بفرنسا و الأب مقيم بالجزائر و يتعذر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده المقيمين مع أمهم و كذا حقه في الزيارة لبعد المسافة"<sup>(31)</sup>.

وقد تم تحديد هذه المسافة، حيث جاء في حيثيات المجلس الأعلى:

" من المستقر عليه فقها و قضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر ستة من برود"<sup>(32)</sup>.

إن المشاكل التي تسببت فيها الحضانة، قد أدت بالدول إلى تنظيمها عن طريق المعاهدات الدولية<sup>(33)</sup>.

أبرمت الجزائر معاهدة ثنائية مع فرنسا بشأن المنازعات التي ثارت بين الآباء الجزائريين

و الأمهات الأجنبية، و المتعلقة بحضانة الأولاد و بحق الزيارة للأبوين<sup>(34)</sup>.

وضعت الاتفاقية أساسا من أجل تنظيم حق الزيارة من طرف البلدين. نصت المادة

الثانية من الاتفاقية على ما يأتي :

" المادة 2 : يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في دولة أخرى، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي :  
" تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد رعايا الدولة الأخرى في ترابها أو انطلاقاً منه".

نصت المادة 6 من نفس الاتفاقية على أنه:

" يتعهد الطرفان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلاً للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين و فيما بين حدودها".

أكدت المادة 8 من الإتفاقية على أن :

" يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما".

كما أوضحت المادة 9 من الاتفاقية على أنه:

" تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة، رخصة للخروج من التراب الوطني" (35).

وضعت هذه الاتفاقية فعلاً نظاماً لتسهيل حق الزيارة، و ذلك لتفادي اختطاف الأطفال من قبل آبائهم أو أمهاتهم، استجابة لرعايتهم و حمايتهم.

ب: الصعوبات المنجزة عن تطبيق المادة 13 (36).

عندما يكون أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج فالقانون الجزائري هو المطبق عند انحلال الزواج أي أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على انحلال الزواج إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج.

يبقى هذا الحل صحيحاً إذا لم يغير أحد الزوجين جنسيته أثناء الزواج. إذا غير الطرف الجزائري جنسيته أثناء الزواج فإن القانون الواجب التطبيق يبقى هو القانون الجزائري مع أن هذا الأخير لم يبق جزائرياً.

قد يغير الزوجان جنسيتهما معاً أي الجزائري و الزوج الأجنبي فنكون بصدد نفس الوضعية أي أن القاضي الجزائري سيطبق القانون الجزائري على أجنب مادام القانون الذي تم في ظله انعقاد الزواج كان وقتئذ أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية.

أما إذا كان الزوجان أجنبيين وقت انعقاد الزواج و تنجس الزوج بالجنسية الجزائرية فإن القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج يكون القانون الجزائري تطبيقا للمادة 12 فقرة 2 والحل نفسه بالنسبة للمادة 13.

إن القاعدة التي وضعتها المادتان 12 و 13 من القانون المدني الجزائري تؤدي إلى حلول غريبة في بعض الأحيان. لذا وجب على المشرع الجزائري أن يبحث في حلول تكون أكثر انسجاما.

### الخلاصة

تؤدي قراءة المادة 13 إلى تبيان أن القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج هو القانون الجزائري وحده، إذا كان أحد الزوجين جزائريا. و عليه فالقانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني بين الأجنبي هو قانون الزوج. وضع المشرع الجزائري تمييزا أولا فيما يتعلق بتطبيق القانون الجزائري في الحالة الأولى و قانون الزوج في الحالة الثانية.

وضع تمييزا ثانيا عندما قضى باختصاص القانون الجزائري وقت انعقاد الزواج وقانون الزوج عند رفع الدعوى.

إن الحلين منتقدان على أساس أنهما يؤديان إلى حلول غريبة بالنسبة للمادة 12 فقرة 2 والمادة 13.

يبدو أنه حان الوقت للخروج من هذه الحلول التي تؤدي إلى صعوبات لأنها مبنية على الذاتية و اللامساواة بين الزوج و الزوجة و بين الجزائري و الأجنبي لاسيما أن القضاء الأجنبي سيجد فيها ما يتناقض مع نظامه العام.

إن الحل الأمثل هو العمل على تحقيق المساواة بين الزوجين و ليس هناك ما يتناقض مع الشريعة الإسلامية السمحاء.

### الهوامش

(1) أنظر، عزالدين عبدالله: "القانون الدولي الخاص. تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي" الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية 1977، ص 305-320. إسعاد (موحند): القانون الدولي الخاص. الجزء الأول تنازع القوانين" ديوان المطبوعات



الجامعية، الجزائر، 1989، ترجمة فائز أنجق، ص ص 308-312، هشام علي صادق: "تنازع القوانين" منشأة المعارف، الإسكندرية 1993، ص ص 533-547. زروقي (الطيب): "القانون الدولي الخاص الجزائري الجزء الأول، تنازع القوانين" (في ضوء القانون 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005. دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي) مطبعة الغسيلة- الديورة الجزائر، 2010 ص ص 178-185.

(2) أنظر، قانون 10-05 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 44، الموافق 26 يونيو 2005.

(3) الإنفصال الجسماني: "هو نظام يترتب عليه انقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين دون حل عقدة النكاح في الحال و لكنه قد يكون سببا للطلاق إذا استمر مدة معينة تختلف من قانون لآخر، أنظر زروقي (الطيب): "القانون الدولي الخاص الجزائري..." مرجع سابق، ص 178. إذن "هو ليس إنهاء الزوجية بل مجرد مبادعة مادية ما بين الزوجين" أنظر، عزالدين عبدالله: "القانون الدولي الخاص الخاص، تنازع القوانين..." مرجع سابق، ص 308.

(4) الطلاق: هو إنهاء الزوجية بمجرد الإرادة، أي الإرادة المنفردة للزوج.

(5) التطليق: هو إنهاء الزوجية بحكم القاضي لسبب من الأسباب المبينة بالقانون بطلب من الزوجة.

(6) إن هذا الحكم مقرر في مصر، سوريا، العراق، ليبيا، الأردن، السودان، الإمارات العربية المتحدة.

(7) أنظر، فريوي (الصادق): "طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري" دراسة مقارنة. دكتراه دولة، بمعهد العلوم القانونية و الإدارية، جامعة باجي مختار عنابة، 1997.

(8) أنظر، المادة 49 فقرة 2، من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي التي تنص على أنه: "و ينظم القانون الدولي التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى" قانون عدد 97 لسنة

- 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 1-12-1998، عدد 96.
- أنظر، زروقي (الطيب): "القانون الدولي الخاص الجزائري" مرجع سابق، ص 182.
- (9) أنظر، المواد من 58 إلى 61 من قانون الأسرة الجزائري.
- (10) أنظر، المواد من 62 إلى 72 من نفس القانون.
- (11) أنظر، المادة 73 من نفس القانون.
- (12) أنظر، نفقة الزوجة، المادة 74، نفقة الأولاد، المادتان 75-76، نفس القانون.
- (13) أنظر، عزالدين عبدالله: "القانون الدولي الخاص..." مرجع سابق، ص 320. بلحاج (العربي): "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 ص ص 379-393.
- (14) أنظر، الدستور الجزائري، مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المادة 29.
- (15) أنظر، آيت منصور (كمال): "إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني و التبني" جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق. ملتقى وطني، 21 و 22 أبريل 2010 مطبعة جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 40.
- (16) نفس المرجع، نفس ص. إسعاد (موحند): "القانون الدولي..." مرجع سابق ص 311.
- عز الدين عبد الله: "القانون الدولي الخاص..." مرجع سابق ص 309- هشام علي صادق: "تنازع القوانين" مرجع سابق ص 535.
- (17) أنظر، إسعاد (موحند): "القانون الدولي الخاص..." مرجع سابق ص 311.
- (18) أنظر، زروقي (الطيب): "القانون الدولي الخاص..." مرجع سابق ص 182.
- (19) أنظر، عزالدين عبد الله: "القانون الدولي الخاص..." مرجع سابق ص ص 318-320، هشام علي صادق: "تنازع القوانين" مرجع سابق ص 553. زروقي (الطيب): "القانون الدولي الخاص..." مرجع سابق ص ص 184-185. هشام صادق و عكاشة محمد عبد العال: "القانون الدولي الخاص. تنازع القوانين. الاختصاص القضائي الدولي" دار المطبوعات

- الجامعية- الاسكندرية، 2007، ص 292. محمد وليد المصري : " الوجيز في القانون الدولي الخاص. دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي" دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2011. ص 141. غالب علي الدوايي : " القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية- دراسة مقارنة" دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 181.
- (20) أنظر، آيت منصور (كمال): "إشكالية القانون الواجب التطبيق..." ص 40.
- (21) أنظر، علي علي سليمان: " مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 78.
- (22) أنظر، زروتي (الطيب): " القانون الدولي الخاص..." مرجع سابق ص ص 181-182.
- (23) أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 86305، قرار صادر بتاريخ 1992/10/27، قضية ز م ضد ح ع ، المجلة القضائية، العدد الأول 1995، ص ص 123-127، المحكمة العليا، ملف رقم 91144، قرار صادر بتاريخ 1993/06/23، قضية ق ش ضد ب ع، المجلة القضائية العدد الأول 1994، ص 63-67.
- (24) أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 170082، قرار صادر بتاريخ 1998/02/17، المجلة القضائية، العدد الأول ، 2000، ص ص 167-170.
- (25) أنظر، المادة 18 المعدلة و المتممة فقرة من قانون الجنسية الجزائرية و المادة 22 المعدلة فقرة من القانون المدني الجزائري.
- (26) أنظر، المادة 50 من القانون الدولي الخاص التونسي التي تنص على أنه: " تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو للقانون الشخصي للطفل أو قانون مقره.
- ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل". زروتي (الطيب) : " القانون الدولي الخاص..." مرجع سابق ص 185.
- (27) أنظر، المجلس الأعلى، ملف رقم 56597، صادر بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1991، ص ص 61-64.
- (28) أنظر، المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 1989/12/25، سبق ذكره.

- (29) أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 91671، قرار صادر بتاريخ 23/06/1993، المجلة القضائية العدد الأول 1994، ص ص 72-78.
- (30) أنظر، المجلس الأعلى، ملف رقم 52207، قرار صادر بتاريخ 28/01/1990، المجلة القضائية العدد 4، 1990، ص ص 74-76.
- (31) أنظر، المحكمة العليا ملف رقم 11048، قرار صادر بتاريخ 21/11/1995، نشرة القضاة، العدد 52، ص ص 102-104.
- (32) أنظر، المجلس الأعلى ملف رقم 43594، قرار صادر بتاريخ 27/09/1986، نشرة القضاة العدد 44، ص ص 175-178.

(33) cf. convention de la Haye de 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs.

Cette convention s'applique aux mesures relatives à la garde après divorce. Convention du 19 octobre 1966. Chatin : « Comment prévenir les déplacements et les rétentions illicites d'enfants à l'étranger ».Gaz .Pal, 1982, I. 342. Convention de Luxembourg du 20 mai 1980, relative à l'exécution des décisions en matière de garde, convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

(34) أنظر، قانون رقم 22-88 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408، الموافق 22 يوليو سنة 1988، يتضمن الموافقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية...و حكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988، أنظر المرسوم رقم 144-88 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية.

(35) أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 84513، قرار صادر بتاريخ 02/01/1992، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1993، ص ص 91-98.

(36) cf. Peyrard (G) : « La solution des conflits de lois en Algérie »In R.C.D.I.P, 1977, p p. 396-397.

## إشكالات خضوع الإنفصال الجسماني لضابط الجنسية

TOUATI Nacira  
Maitre de conférences (B)  
Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques Université A. Mira  
Bejaia 06000 Bejaia –Algérie

تواتي نصيرة  
أستاذة محاضرة "ب"  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

### مقدمة

يعتبر موضوع الإنفصال الجسماني من بين المواضيع التي كانت محل إهتمام من طرف المشرع الجزائري، بحجة أن قبل تعديل 2005<sup>1</sup>، لم تكن نلمس أية إشارة إلى هذا المصطلح، الذي كان شائعا ومنتشرا على وجه الخصوص في الدول الغربية .  
رغبة من طرف المشرع الجزائري في ضمان وحماية المصالح الخاصة ذات البعد الدولي إستحدثت أحكاما وقواعدا جديدة عن طريق تعديل قواعد الإسناد في سنة 2005 من بينها تلك المتعلقة بالإنفصال الجسماني بموجب المادة 2/12 من القانون المدني .  
على ضوء هذه التعديلات نتساءل عن مدى نجاعة هذه القواعد في ضمان الحماية الفعلية للعلاقات الخاصة ذات البعد الدولي المتعلقة بالإنفصال الجسماني ؟  
المبحث الأول : خضوع الإنفصال الجسماني لضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بالرجوع إلى تعديل القانون المدني لسنة 2005 ، نجد أن المشرع الجزائري أخضع كل من إنحلال الزواج والإنفصال الجسماني إلى القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى ، وهو ما أخذت به جل الأنظمة القانونية في البلاد العربية<sup>2</sup> والأوروبية.  
المطلب الأول : مضمون موضوع الإنفصال الجسماني  
إن الرابطة الزوجية ليست رابطة أبدية أو أزلية ، إنما قد تخضع لظروف ووقائع تؤدي إلى إنحلالها، وقد ذكر ذلك حتى ضمن أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن طرق وأساليب إنتهاء وانحلال هذه الرابطة تختلف من مجتمع إلى آخر ، ومن أسرة إلى أخرى في نفس المجتمع .

## الفرع الأول: المقصود بالإنفصال الجسماني

إن أسلوب الإنفصال الجسماني أو كما يسميه بعض المؤلفين التفريق الجسماني "séparation de corps" عبارة عن نظام لا تعرفه الأنظمة القانونية في معظم الدول العربية، يقصد به مباحة مادية بين أطراف العلاقة الزوجية، تنقطع بسببه المعيشة المشتركة بينهما لأسباب معينة قد تكون جلية وقد يترك تقديرها إلى القاضي الذي يعرض عليه النزاع.<sup>3</sup>

كما يعرف الإنفصال الجسماني على أنه وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الإلتزامات المتبادلة، مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة.

## الفرع الثاني: تمييز الإنفصال الجسماني عن الطلاق والتطليق

قد يعتقد البعض للوهلة الأولى أن كل من الإنفصال الجسماني والطلاق والتطليق تدل على نفس المعنى أو تتضمن نفس المدلول وترتب نفس النتائج أو الآثار، لكن بتحليل هذه المصطلحات والمفاهيم، نجد فوارق واختلافات بينهم.

### 1- تمييز الإنفصال الجسماني عن الطلاق

يعتبر كل من الطلاق والتطليق أسلوبين أو طريقين يؤديان إلى إنقضاء وانحلال الرابطة الزوجية حيث تنقضي العلاقة الزوجية عن طريق الطلاق أي بتصريح من الزوج وحده، يعبر فيه عن إرادته المنفردة وهو حق من حقوق الرجل، أقرته له الشريعة الإسلامية لا يحتاج من أجل القيام به إلى سلطة ليقع الطلاق، ولم يرد في القانون المدني الجزائري نص يقضي بالطلاق بالإرادة المنفردة ولكنه منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 منه.

فالطلاق إذن أسلوب يؤدي حتما إلى حل الرابطة الزوجية، أما الإنفصال الجسماني فلا يؤدي دائما إلى حل الرابطة الزوجية، إذ قد يعود الزوجان إلى ما كان عليه من قبل بعد إنتهاء فترة التفريق الجسماني وقد لا يعودان إلى ذلك عندما يتحول التفريق الجسماني إلى انحلال الزواج بصفة نهائية عن طريق القضاء<sup>4</sup>

كما يكمن الفرق بين حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة وحلها عن طريق الإنفصال الجسماني المعروف في الغرب، أن الأول يقع دون رفع دعوى أمام

القضاء بينما في التفريق الجسماني لا يقع إنحلال الزواج إن لم ترفع دعوى أمام القضاء ويصدر حكم قضائي يقضي صراحة بحل الرابطة الزوجية .

## 2- تمييز الانفصال الجسماني عن التطليق

أما بخصوص التطليق الذي يؤدي بدوره إلى إنحلال الزواج ، فإن حل الرابطة الزوجية في هذه الحالة لا يكون إلا بحكم قضائي يصدر عن المحكمة المختصة بناء على دعوى ترفع من أحد الزوجين أو كلاهما معا ، إستنادا إلى سبب من الأسباب التي تجعل إستمرار الحياة المشتركة غير ممكنة بين أطراف العلاقة الزوجية ، وهو ما تقضي به المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري التي جاءت بقاعدة إسناد خاصة بحل الرابطة الزوجية ، أي يشترك ويجتمع التطليق مع الانفصال الجسماني في عدم وقوع إنحلال الزواج إن لم ترفع دعوى إلى القضاء ليصدر حكم قضائي بحل الرابطة الزوجية .

بمعنى أن كل من الطلاق والتطليق يؤديان لا محالة إلى حل الرابطة الزوجية التي تجمع الزوجين أما الانفصال الجسماني فليس معناه حل الرابطة ، حيث تبقى الرابطة الزوجية قائمة ، إنما يعتبر مرحلة مؤقتة تساهم في مساعدة الزوجين في إختيار واتخاذ القرار المناسب إما بالصلح أو التطليق ، أي قد يؤدي الانفصال الجسماني إلى حل الرابطة الزوجية ، كما قد يترتب عنه العودة إلى المعيشة المشتركة و بالتالي الحفاظ على الرابطة الزوجية .

## المطلب الثاني : القانون الذي يحكم الانفصال الجسماني

حاول المشرع الجزائري في التعديل الجديد لسنة 2005 تفادي الثغرات والفراغات القانونية الموجودة من قبل ومن بينها القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني ، حيث بعدما كان المشرع الجزائري قد وضع قاعدة الإسناد التي تبين القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية في المادة 12 من القانون المدني حيث تنص على أنه " يسري على إنحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى " ، تم تعديل هذه المادة عن طريق إضافة الانفصال الجسماني ، لتصبح المادة الجديدة كما يلي: " يسري على إنحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج ..."

### الفرع الأول: إختيار ضابط جنسية الزوج

بتحليلنا لأحكام المادة السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري وَّحد قاعدة الإسناد التي تحكم كل من التطبيق والإنفصال الجسماني المعمول به في الغرب ويتمثل القانون في قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى .

بالتمعن في المادة دائما نجد أن المشرع الجزائري أغفل الإشارة إلى القانون الذي يحكم الطلاق بالإرادة المنفردة ، وباعتبار الطلاق من بين الأحوال الشخصية ونظمتها المادة 48 من قانون الأسرة<sup>5</sup> والتي سبق لنا وأن أشرنا إليها ، فإن القانون الذي يحكم إنحلال الزواج عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة هو قانون جنسية الزوج وقت حصول النطق به وذلك على غرار ما سلكته بعض التشريعات العربية مثل التشريع المصري .

### الفرع الثاني: إختيار وقت رفع الدعوى

جاءت المادة 2/12 من القانون المدني صريحة وواضحة ، وخاصة دقيقة حيث لم تكتف فقط بذكر الضابط المعتمد عليه والمتمثل في ضابط جنسية الزوج ، إنما لتفادي التأويلات المختلفة والغموضات فقد ذكر المشرع الوقت القانوني أو الزمن المعتمد عليه والمتمثل في وقت رفع الدعوى ، إذن نقول أن المشرع قام بحل مشكلة التنازع المتحرك الناشئة عن التغيير في ضابط الإسناد<sup>6</sup> .

على ضوء هذه الأحكام نجد أن المشرع الجزائري ركّز على ثلاث مفاهيم في غاية من الأهمية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإنفصال الجسماني وهي : الجنسية ، الزوج ، وقت رفع الدعوى

نشير في هذا الصدد إلى إختلاف مواقف التشريعات بشأن القانون الواجب التطبيق على الإنفصال الجسماني الذي أخذت به الأنظمة القانونية الأوروبية والدول اللاتينية ، حيث نجد دولا أخضعتة إلى قانون جنسية الزوج كما هو الوضع في الجزائر ، وهناك من الدول من أخضعتة إلى قانون جنسية كل من الزوجين .

تكمن العلة في إختيار ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في بروز وظهور عدة نتائج وأثار يمكن تكييفها كإشكالات قانونية .



### الفرع الثالث: الإطار الموضوعي لقاعدة جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

تجدد بنا الإشارة إلى أن المادة 2/12 من القانون المدني تنطبق على الجانب الموضوعي دون الشكلي أو الإجرائي ، بمعنى يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى لإقرار مدى صحة الحق المكتسب وكذا تطبق على آثار الإنفصال الجسماني .

أما الجانب الشكلي أو الإجرائي ، فلا تحكمه المادة 2/12 من القانون المدني ، حيث تخضع المسائل الشكلية لقانون القاضي الذي رفع إليه النزاع ، وهو الحل أو الموقف المتفق عليه فيها وقضاء ، وهو المسلك الذي سلكه المشرع الجزائي في المادة 21 مكرر من القانون المدني <sup>7</sup> .

لكن قبل ذلك لابد من تكييف المسألة <sup>8</sup> إذا كانت من الموضوع لتخضع لأحكام المادة 2/12 أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى . أو من الإجراءات لتخضع لأحكام المادة 21 مكرر .

### المبحث الثاني: الإشكالات المترتبة عن الأخذ بضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

يترتب عن إختيار ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإنفصال الجسماني عدة إشكالات قانونية نحاول دراسة البعض منها .

#### المطلب الأول : تأثير ضابط الجنسية على مركز الزوجة

يعتبر موقف إختيار و الميل بضابط الجنسية وبالخصوص جنسية الزوج بمثابة مساس بمركز الزوجة ، وبالأجدر مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المكرس دوليا في المواثيق الدولية وفي أغلب دساتير دول العالم <sup>9</sup> ، حيث لتكريس وضمان نوع من المساواة بين الزوج والزوجة كان من الراجح إختيار ضابط الجنسية المشتركة بين الزوجين أو الموطن المشترك لهما كحل إحتياطي في حالة غياب الجنسية المشتركة .

#### المطلب الثاني : تأثير معيار "وقت رفع الدعوى" على مصلحة الزوجة

يعتبر كذلك عنصر وقت رفع الدعوى معيارا من شأنه ترتيب عدة نتائج أو آثار تؤثر على حقوق الزوجة مقارنة بالزوج .

### الفرع الأول: تحقيق مصلحة الزوج على حساب مصلحة الزوجة

مثله مثل ترجيح جنسية الزوج على الضوابط المشتركة الأخرى ، قد يؤثر المعيار الزمني والمتمثل في " وقت رفع الدعوى " تأثيرا سلبيا على مركز ومصالح الزوجة .  
قد يحكم الانفصال الجسماني طبقا لجنسية الزوج وقت رفع الدعوى قانونا لم تكن تتوقعه الزوجة عند إبرام عقد الزواج ، مما قد يرتب تحقيق مصلحة الزوج على حساب مصلحة الزوجة .

### الفرع الثاني: إمكانية وقوع حالة الغش نحو القانون Fraude à la loi

إن ترجيح المعيار الزمني المتمثل في " وقت رفع الدعوى " واستبعاد المعايير الأخرى كوقت إبرام عقد الزواج مثلا أمر من شأنه خلق ظاهرة الغش نحو القانون<sup>10</sup> أو الرفع من حجم هذه الظاهرة .

تتبلور ظاهرة الغش نحو القانون في لجوء الزوج إلى تغيير جنسيته وذلك لتغيير القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني ، خاصة إذا كان القانون الجديد يقدم له ضمانات لم يكرسها قانون جنسيته عند إبرام عقد الزواج ، بالتالي وفي حالة صعوبة إثبات وجود حالة الغش نحو القانون فإن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى هو القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني .

هذه الأحكام كذلك من شأنها الإضرار بمصلحة الزوجة والمساس بمركزها القانوني

### المطلب الثالث: إمكانية تطبيق القانون الجزائري

يترتب على تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى إمكانية تطبيق القانون الجزائري على النزاع المتعلق بموضوع الانفصال الجسماني وذلك في حالة ما إذا كان الزوج وقت رفع الدعوى جزائري الجنسية ، وإما على أساس أن أحد الزوجين كان جزائريا وقت عقد الزواج .

### الفرع الأول: حالة كون الزوج جزائري وقت رفع الدعوى

في هذه الفرضية نطبق المادة 2/12 ، حيث يسري القانون الجزائري حتى وإن كان الزوج يحمل جنسية دولة أخرى ، ولو كانت هذه الأخيرة جنسية فعلية وهذا إعمالا بمبدأ أحكام المادة 2/22 من القانون المدني .

تتحقق هذه الحالة إذا نشأ انفصال جسماني في دولة أجنبية وفقا لأحكام القانون الأجنبي في حالة ما إذا كان الزوج جزائري وطبق في تقرير الانفصال الجسماني قانون الموطن المشترك للزوجين مثل القانون الفرنسي أو في حالة ما إذا كان الزوج أجنبي وبعد الحكم بالإنفصال الجسماني إكتسب الجنسية الجزائرية .

إذن في هذه الحالات يطرح مشكل إخضاع الانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى والمتمثل في القانون الجزائري الذي لا يعرف تكريسا لهذا النظام باعتباره يتناقض مع أحكام قانون الاسرة الجزائري .

إلا أنه في الإفتراض الآخر أين يكتسب الزوج الجنسية الجزائرية ، فيمكن القول أنه مقبول على أساس أن الزوج راضيا للخضوع للقانون الجزائري .

#### الفرع الثاني : حالة كون أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج

إستنادا إلى الأخذ بضابط الجنسية في الأحوال الشخصية حسب المادة 13 من القانون المدني<sup>11</sup> وبقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في النزاع المتعلق بالإنفصال الجسماني حسب المادة 2/12 من القانون المدني ، فيمكن تطبيق القانون الجزائري .

إذن يمكن تطبيق القانون الجزائري على النزاع المتعلق بالإنفصال الجسماني ، وهو قانون لا يعرف هذا النظام ، وحتى وإن تقررت المادة ذات الطابع الإستثنائي لحماية الطرف الجزائري ، فقد يكون ذلك بدهيا ومقبولا إذا ما زال الزوج أو الزوجة يحمل الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى ، إلا أنه في حالة ما تخرى عن الجنسية الجزائرية بعد عقد الزواج ، فلا وجود لما يربطه بالدولة الجزائرية ، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن القيمة القانونية للمادة 13 من القانون المدني ، خاصة عند تطبيقها من طرف القاضي .

نخلص في الأخير إلى أن إعتداد بضابط الجنسية في الأحوال الشخصية الذي هو موضوع حساس ومن النظام العام خلق العديد من الإشكالات القانونية ، والتي تؤثر سلبا على إستقرار المعاملات والعلاقات الخاصة ذات البعد الدولي ، خاصة إذا تعلق الأمر بالحقوق المكتسبة .

## خاتمة

إذن في خاتمة الدراسة نقترح البعض من الحلول لتفادي هذه المشاكل منها :

تطبيق قانون نشوء الحق على صحة الإنفصال الجسماني .

بمعنى أنه في حالة ما إذا طرح نزاع حول صحة الإنفصال الجسماني كحق مكتسب نشأ في دولة أجنبية طبقاً لأحكام القانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام ، فمن المنطق أن يطبق القاضي أحكام هذا القانون الذي أنشأ هذا الحق ، إذ أن القانون الجزائري لا يمكن له أن يضع قاعدة إسناد تطبق على صحة الإنفصال الجسماني بنفس الأسلوب المعتمد في دول أخرى تعترف بنظام الإنفصال الجسماني مثل فرنسا وإنجلترا ، لأن المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري جاءت لمواجهة النزاع المتعلق بحق مكتسب .

أما بخصوص آثار الإنفصال الجسماني ، فهي سواء تخضع للقانون الذي أنشأ هذا الحق لاسيما إذا لم تبق مدة طويلة لإنهاء الإنفصال الجسماني ، وإما الإعتماد على الجنسية المشتركة للزوجين كحالة ما إذا اكتسب جنسية دولة ما ، أو الموطن المشترك لكليهما ، وفي كل هذه الحالات يظهر ارتباط وانتماء الطرفين إلى الدولة .

نص المشرع الجزائري على هذه الحلول في قاعدة الإسناد التي تنظم آثار الإنفصال الجسماني وما على القاضي إلا اختيار القانون الملائم و بطريقة تخدم مختلف المصالح وبالخصوص حماية الحقوق المكتسبة .

## الهوامش :

<sup>1</sup> - قانون رقم 05-10 ، مؤرخ في 20 جوان 2005 ، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 44 ، صادر في 26 جوان 2005.

<sup>2</sup> - نذكر على سبيل المثال القانون المصري، القانون السوري، والقانون الأردني.

<sup>3</sup> - بلعبور عبد الكريم ، محاضرات القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون رقم 05-10 لسنة 2005 ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2010/2011 ، ص 93.

<sup>4</sup> - تتضمن الشريعة الإسلامية أسباب خاصة تؤدي إلى حل الرابطة الزوجية وهي : الخلع ، الظهار ، الإيلاء واللعان.

<sup>5</sup> - المادة 48 من القانون رقم 84-11 ، مؤرخ في 09 جوان 1984 ، يتضمن قانون الأسرة ، جريدة رسمية عدد 31 ، صادر في 31 جويلية 1984 ، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 05-02 ، مؤرخ 27 فيفري 2005 ، جريدة رسمية عدد 15 ، صادر في 27 فيفري 2005.

- <sup>6</sup> - أيت منصور كمال ، " إشكالية القانون الواجب التطبيق على الإنفصال الجسماني والتبني " ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، عدد 02 لسنة 2010 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، دار الهدى ، ص 146.
- <sup>7</sup> - تنص المادة 21 مكرر من القانون المدني بعد تعديله في 2005 على أنه " يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات.
- <sup>8</sup> - يتحدد التكييف طبق للقانون الجزائري حسب أحكام المادة 09 من القانون المدني التي تنص " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها عند تنازع القوانين معرفة القانون الواجب تطبيقه
- <sup>9</sup> - منها الدستور الجزائري وبالخصوص المادة 29 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 ، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 ، المعدل والمتمم ، جريدة رسمية عدد 76 ، صادر في 8 ديسمبر 1996.
- <sup>10</sup> - يعرف الغش نحو القانون بصفة عامة على "قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة" ، أنظر أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، الجزء الأول ، دار هومة ، 2003 ، ص 187
- <sup>11</sup> - تنص المادة 13 من القانون المدني على أنه " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 أعلاه إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج ، إلا فيما يخص أهلية الزواج

## دراسة نص المادة 13 من القانون المدني

ATMANI Bilal, Maitre assistant (A),  
Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques, Université A. Mira Bejaia  
06000 Bejaia –Algérie.

عثماني بلال  
أستاذ مساعد "أ"  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة بجاية، 06000، الجزائر.

### مقدمة

لعل من أكثر محاور القانون الدولي الخاص تعقيدا، ذلك المتعلق بتنازع القوانين، بل يرى جانب من الفقه أن أول ما وضع القانون الدولي الخاص كان لحل إشكالية القانون الواجب التطبيق، ثم تطور الأمر بعد ذلك ليشمل مواضيع أخرى كتنازع الاختصاص والجنسية وما غير ذلك من مواضيع القانون الدولي الخاص<sup>1</sup>.

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى قواعد الإسناد في المواد من 09 إلى 24 من التقنين المدني<sup>2</sup>، ولقد حضي مجال الأحوال الشخصية بالنصيب الأكبر من المواد بحسب المجالات التي تم التطرق إليها<sup>3</sup>، وان دلّ ذلك على شيء إنما يدلّ على الأهمية القصوى لموضوع الأحوال الشخصية في تنازع القوانين.

من بين أهم المواد المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، نص المادة 13 من التقنين المدني والتي تنص على " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيم يخص أهلية الزواج".

تعتبر المادة 13 من التقنين المدني استثناء عن القواعد التي تم تكريسها في المادتين 11 و12<sup>4</sup> من نفس التقنين، ولعل هذه المادة من بين المواد الأكثر إثارة للجدل الفقهي بالنظر إلى الحل الذي تبنته المادة بمنح القانون الجزائري حصرية الفصل في كل نزاع تشمله نص المادتين 11 و12 أين يكون فيها أحد الطرفين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج.

من خلال هذه المداخل، سأحاول دراسة نص المادة 13 من التقنين المدني من حيث مجال تطبيقها سواء من حيث الأشخاص أو المضمون، ثم سأطرق من جانب ثاني تقييم نص المادة بإيجابياتها وسلبياتها.

#### 1- مجال تطبيق نص المادة 13 من التقنين المدني الجزائري

من بين المسائل البالغة الأهمية لدراسة وتحليل أي نص قانوني هو التطرق إلى مجال تطبيقه، ذلك أن هذه الدراسة ستسمح بإزالة بعض الغموض الذي قد يحوم حول النص من جهة، ومن جهة أخرى عدم الخروج من الإطار القانوني للنص المراد دراسته. سيتم دراسة مجال تطبيق نص المادة 13 من التقنين المدني الجزائري من جانبين: الجانب الأول من حيث الموضوع والجانب الثاني من حيث الأشخاص.

#### 1- مجال تطبيق نص المادة 13 من التقنين المدني الجزائري من حيث الموضوع

يتضح أن مجال تطبيق نص المادة 13 من التقنين المدني من حيث الموضوع، يتحدد بمضمون نص المادتين 11 و 12 من التقنين نفسه، وبالرجوع إلى هذين النصين يتحدد مجال تطبيق نص المادة 13 كما يلي:

#### أ- الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج

وفقا لنص المادة 11 من التقنين المدني، نجد بأن المشرع الجزائري تطرق إلى القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الزواج، ونشير في هذا الصدد أن هذا النص تم تعديله بمقتضى الأمر رقم 05-10<sup>5</sup>، ذلك أن النص الأصلي كان يقضي بـ: "الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين".

من خلال هذا التعديل لنص المادة 11 من التقنين المدني، أراد المشرع التمييز بين الشروط الموضوعية والشكلية لصحة عقد الزواج، وهذا بإضافة عبارة "...الموضوعية..." على النص بعد التعديل، وحسنا ما فعل المشرع في هذا الصدد، لأنه في ظل الأمر 75-58 قبل التعديل، كان يستساغ من نص المادة 11 من التقنين المدني أنه يشمل الشروط الموضوعية والشكلية الخاصة بعقد الزواج على حد سواء.

في حين أن فقه القانون الدولي الخاص عادة ما يفرق بين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية لأي عقد بما في ذلك عقد الزواج، حيث أن الشروط الشكلية

للعقد تخضع للقاعدة المعروفة *locus reigit actum*<sup>6</sup> <sup>7</sup> وتبعاً لذلك ميز المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 بين الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الزواج والتي تخضع لقانون جنسية كلا الزوجين، في حين أن الشروط الشكلية لصحة ذات العقد تخضع لقانون مكان إبرام العقد تطبيقاً لقاعدة *lex loci celebrationis*<sup>8</sup>.

#### ب- آثار عقد الزواج

لقد اكتفى المشرع في نص المادة 12 من التقنين المدني بلم آثار عقد الزواج في مجموعتين هما الآثار المالية والشخصي، دون أي تفصيل في ذلك. ونشير في هذا الصدد أنه قبل تعديل 2005، اقتصر نص المادة 12 على التطرق إلى الآثار المالية دون الآثار الشخصية<sup>9</sup> المترتبة عن عقد الزواج.

بالرجوع إلى الآراء الفقهية المتعلقة بالآثار الشخصية الناتجة عن عقد الزواج، نجد أنه تم ذكر العديد من الحقوق والواجبات التي تقع على كلا الزوجين على حدى كالتزام الزوج بالنفقة ورعاية الأولاد، ومنها ما يقع على الزوجة كواجب الطاعة والتعاون على مصلحة الأسرة، ومنها ما يقع على الزوجين في آن واحد كالصهر على حسن تربية الأولاد والمعاشرة الحسنة فيم بينهما.<sup>10</sup>

أما الآثار المالية لعقد الزواج، فعلى عكس المبدأ الذي تبنته الجزائر باستقلالية الذمة المالية للزوجين كأصل، إذ تنص المادة 37 من تقنين الأسرة<sup>11</sup> على: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر."

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منها". فإن مختلف التشريعات المقارنة خاصة الغربية منها كالمشرع الفرنسي، قد اعترفت بوجود أنظمة مالية أخرى كنظام اتحاد الذمة وفقاً لما نص عليه القانون<sup>12</sup> كما يمكن للزوجين عند إبرام عقد الزواج الاتفاق على ما يخالف النصوص القانونية فيم يتعلق بنظام وحدة الذمة المالية<sup>13</sup> كما يمكن للزوجين الاتفاق على الاعتماد على نظام استقلالية الذمة المالية لكل واحد منهما<sup>14</sup>.



لقد أخضع المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 12 من التقنين المدني المنازعات المتعلقة الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج، لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

### ت- انحلال الزواج والانفصال الجسماني

يقصد بانحلال الزواج فك الرابطة الزوجية بين الزوجين سواء برضا الطرفين، أو بإرادة احدهما دون الطرف الآخر، فبانحلال الرابطة الزوجية تتوقف آثار عقد الزواج، ويعتبر القانون الواجب التطبيق على فك الرابطة الزوجية، من المواضيع الشائكة في القانون الدولي الخاص لما في ذلك من آثار على الزوجين، حيث أن القانون الذي يحكم صحة عقد الزواج من حيث شروطه وأركانه لن يكون بالضرورة القانون الذي سيحكم انحلال الرابطة الزوجية.

أما مسألة الانفصال الجسماني فقد أضيفت إلى الفقرة الثانية من المادة 12 بمقتضى تعديل 2005<sup>15</sup>، ويعتبر الانفصال الجسماني نظام غير معروف في قانون الأسرة الجزائري، غير انه نظام يُعمل به في الدول الغربية كفرنسا مثلا<sup>16</sup> ويعرف الانفصال الجسماني بـ "وقف المعيشة بين الزوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة"<sup>17</sup>.

لقد أخضع المشرع الجزائري المنازعات الناشئة عن انحلال الزواج والانفصال الجسماني للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

### 2- مجال تطبيق نص المادة 13 من حيث الأشخاص

يتحدد مجال تطبيق نص المادة 13 من حيث الأشخاص بالمتنازعين الذين يحملون الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، ونميز في هذا الصدد نميز بين ضابط الإسناد من جهة والجانب الزمني من جهة أخرى.

#### أ- ضابط الجنسية كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق

بالرجوع إلى نص المادة 13 من التقنين المدني نجدها تنص على:

"... إذا كان احد الزوجين جزائريا...."

من خلال هذا النص نرى بأن القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاعات التي تشملها نص الماد 11 و12 من نفس التقنين ما عدى ما يتعلق بالأهلية، إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج.<sup>18</sup>

يعتبر ضابط الجنسية ضابط الامتياز الذي يستعمل في مجال الأحوال الشخصية بعدما كان في القديم يخضع لضابط الموطن<sup>19</sup> وفي هذا الصدد لا نجد أي اختلاف بين الضابط المستعمل في نص المادتين 11 و12 وذلك المعتمد عليه في نص المادة 13، إذ تم الاعتماد في كلا الموضوعين على ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة.

#### ب- العامل الزمني وتأثيره على تحديد القانون الواجب التطبيق

يعتبر العامل الزمني الوارد في نص المادة 13 من القانون المدني أهم ميزة للنص، حيث يحدد تطبيق القانون الجزائري فيم نصت عليه المادتين 11 و12 من القانون المدني من حيث مضمونها، إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج.

بالتالي وبغض النظر عن جنسية الزوج أو الزوجة عند عرض النزاع على القاضي الجزائري، فإذا كان احدهما جزائريا عند الزواج، كان القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق على النزاع.

#### II- تقييم مضمون نص المادة 13 من القانون المدني

بعد التطرق إلى مضمون نص المادة 13 من القانون المدني، سنحاول من خلال الجزء الثاني من المداخلة تقييم النص القانوني من خلال التطرق إلى ايجابياته وسلبياته.

##### 1- ايجابيات نص المادة 13 من القانون المدني

2- لقد عمد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 13 إلى تطبيق القانون الجزائري وحده في حالة ما إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت الزواج، وفي هذا الصدد يمكن القول بان المشرع حقق بعض الايجابيات نذكر منها:

أ- تكريس تطبيق القانون الجزائري على القانون الأجنبي من طرف القاضي الجزائري

من خلال نص المادة 13، نجد بان المشرع أحال القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه إلى القانون الجزائري، وفي هذا تفضيل لتطبيق القانون الجزائري على القانون الأجنبي، خاصة في ظل عرض النزاع على قاضي جزائري وأمام المحاكم الجزائرية.

### ب- حماية خصوصية مجال الأحوال الشخصية في الجزائر

من بين المجالات التي اختلفت التشريعات المقارنة في كيفية تنظيمها، مجال الأحوال الشخصية، ذلك أن المصدر الأساسي لقانون الأحوال الشخصية يختلف بحسب ما إذا كانت الدولة تعتمد على الجانب الديني لتنظيم الأحوال الشخصية، أو بالعكس تفصل تماما الدين عن القانون، كما أن أعراف الدول في الأحوال الشخصية تختلف من دولة إلى دولة، بل أن هذه الأعراف تختلف من منطقة إلى أخرى في نفس الدولة.

إن إخضاع النزاع الذي يكون فيه احد الزوجين جزائريا عند الزواج، إلى القانون الجزائري، إنما هو حماية للمبادئ التي تقوم عليها الأحوال الشخصية في الجزائر، سواء من حيث توافر أركان عقد الزواج، شروط صحته والآثار القانونية الناتجة عن الزواج أو فك الرابطة الزوجية.

### ت- المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد القانون الواجب التطبيق

من ايجابيات نص المادة 13 من القانون الجزائري، انه ساوى بين الرجل والمرأة في تحديد القانون الواجب التطبيق، بحيث إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت الزواج سواء الزوج أو الزوجة، وهذا عكس ما نجده في نص المادة 12 والذي أحالت إلى قانون جنسية الزوج لتحديد القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الزواج.

### 3- سلبيات نص المادة 13 من القانون المدني

رغم الايجابيات الواردة آنفا، يبقى نص المادة 13 من القانون المدني محل انتقادات، نذكر منها:

#### أ- عدم تناسب الظرف الزمني للمادة

ب- لقد حددت المادة 13 مجال تطبيق القانون الجزائري في مجال زمني محدد وهو أن يكون الشخص جزائري وقت انعقاد الزواج، وينتج عن هذا الموقف بعض الحالات التي يكون فيها القانون الجزائري ليس هو القانون الملزم لحكم القضية المعروضة على

القاضي الجزائري، فلو تصورنا أن جزائريا تزوج بفرنسية، واكتسب الجزائري الجنسية الفرنسية مع تنازله عن الجنسية الجزائرية، وبعد مدة من الزمن قرر الزوجين فك الرابطة الزوجية، وتم عرض النزاع على القاضي الجزائري.

بالرجوع إلى نص المادة 13 محل الدراسة فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري، كون أن الزوج كان جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا أن الزوج الذي كان جزائريا تنازل عن جنسيته واكتسب جنسية بلد آخر، خاصة إذا استقر الزوجين في بلد آخر عدا الجزائر، فكيف يمكن تطبيق القانون الجزائري على زوجين غير جزائريين وقت عرض النزاع على القاضي؟

#### ت- استحالة تطبيق القانون الجزائري في مسألة الانفصال الجسماني

بالرجوع إلى نص المادة 2/12 من القانون المدني، فإن المشرع الجزائري تطرق إلى مسألة الانفصال الجسماني، ففي المثال السابق، لو افترضنا أن الزوجين اتفقا على الانفصال جسمانيا مؤقتا في انتظار اتخاذ القرار النهائي حول فك الرابطة الزوجية. وفقا لنص المادة 13 فإن القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق على حكم النزاع بين الزوجين، غير أن قانون الأسرة الجزائري لم ينظم مسألة الانفصال الجسماني أصلا، ففي هذا الصدد نجد بأنه من غير الممكن تطبيق القانون الجزائري خاصة إذا تنازل الزوج أو الزوجة عن جنسيتها الجزائرية، فلا يوجد ما يربط الطرف المتنازل عن جنسيته بالقانون الجزائري.<sup>20</sup>

#### ث- عدم فتح المجال إلى حرية إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق

يميل القانون الدولي الخاص في الآونة الأخيرة إلى ترك مجال أكبر للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق<sup>21</sup> ما لم يكن القانون المختار من طرف الأطراف مخال للنظام العام والآداب، ذلك أن مسألة الأحوال الشخصية مسألة من مناهج شخصي، فإذا اتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمام القاضي الجزائري، فلا نرى أي مانع لتطبيق ذلك القانون الذي وقع عليه اختيار الأطراف، ما لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

## ث- عدم موضوعية ضابط الإسناد المستعمل في المادة 13

يعتبر ضابط الإسناد المستعمل في نص المادة 13 من القانون المدني لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، ضابط غير موضوعي ذلك انه يأخذ على سبيل الحصر بجنسية أحد الزوجين إن كان جزائريا بغض النظر عن جنسية الطرف الآخر، ودون إيلاء أي اهتمام للبحث حول ما إذا كان القانون الجزائري هو الأكثر ملائمة لحكم النزاع المطروح أمام القضاء.

يعتبر الموقف الذي اتخذته المشرع في هذا الصدد في رأينا غريب نوعا، ذلك أن في نص المادة 11 يعتبر القانون الواجب التطبيق على صحة الزواج هو قانون كلا الزوجين، وفي المادة 12، فيم يتعلق بالآثار القانونية للزواج، رجّح المشرع قانون جنسية الزوج باعتباره القانون الملائم لحكم النزاع، وفي هذا الصدد وتطبيقا لنص المادة 13 فإذا كانت الزوجة جزائرية والزوج غير جزائري عند إبرام عقد الزواج، فإن القاضي سيطبق القانون الجزائري على خلاف ما نص عليه في المادة 12 من القانون المدني، لهذا السبب فإن الترجيح الذي قام به المشرع في نص المادة 13 من القانون المدني لا يمكن اعتباره موضوعيا بالمعنى القانوني.

## خاتمة

من خلال تطرقنا لدراسة المادة 13 من القانون الجزائري، سلطنا الضوء على مجال تطبيق نص المادة والتي تحيلنا إلى نص المادتين 11 و 12 من القانون نفسه، والتي تحدد عقد الزواج من إبرامه إلى انحلال الرابطة الزوجية مروراً بالآثار المالية والأدبية للعقد، كموضوع للدراسة، إلا انه بالرجوع إلى ضابط الإسناد المعتمد عليه في نص المادة 13 ورغم بعض المزايا التي يحققها إلا انه يتسم بالشخصية، دون الموضوعية التي يستند إليها ضابط الإسناد عامة والذي يرمي عادة إلى تحديد القانون الأكثر ملائمة لحكم النزاع بالرجوع إلى معطيات موضوعية، والابتعاد على الضوابط الشخصية.

من خلال الدراسة التي قمنا بها لنص المادة 13 من القانون المدني، وبالرجوع إلى التقييم الذي قمنا به لمضمون المادة، نرى اقتراح التوصيات التالية:

- ضرورة الاعتماد على ضابط إسناد موضوعي لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج وفك الرابطة الزوجية.
- ضرورة توحيد ضابط الإسناد في مجال الزواج وأثاره وموضوع فك الرابطة الزوجية.
- ضرورة الأخذ بإرادة المتنازعين في تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة الزواج في حالة النزاع، مع ضرورة احترام النظام العام والآداب.
- في حالة بقاء ضابط الإسناد في نص المادة 13 من دون تغيير، فيجب إعادة النظر في الظرف الزمني المشار إليه في المادة.

### الهوامش

<sup>1</sup> "بل ولعل القانون الدولي الخاص لو يوضع في الأصل إلا للتصدي لمشكلة تنازع القوانين، ثم تفرعت عن هذه المشكلة مسائل تنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية، ثم الجنسية ثم الموطن". علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص2.

<sup>2</sup> أمر رقم 58-75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78 صادرة بتاريخ 1975/09/30، معدّل ومتمم.

<sup>3</sup> إذ تم تخصيص ثمانية مواد كاملة (من المادة 11 إلى المادة 16) من اجل الفصل في مختلف المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج، النفقة، الولاية، التبني ..... من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على كل موضوع على حدة في حالة وجود عنصر أجنبي في النزاع.

<sup>4</sup> نص المادة 11 من التقنين المدني الجزائري على: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين."

تنص الماد 12 من التقنين المدني على: " يسري قانون الدولة التي ينتهي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج."

ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتهي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.<sup>5</sup> أمر رقم 10-05 مؤرخ في 20 جوان 2005، يتضمن تعديل الأمر 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 44، صادرة بتاريخ 2005/06/26.

<sup>6</sup> زوتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية (الجزء الأول تنازع القوانين)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 211/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ط9، ج2، الالهيئة المصرية

العامّة للكتاب، 1986، مصر، ص 484./ نادية فوضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومه، الجزائر، ص7.

<sup>7</sup> كما تبني المشرع الجزائري هذا الحل بنص المادة 19 من القانون المدني التي تنص على:  
"تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه".

<sup>8</sup> CLAVEL Sandrine, Droit international privé, Dalloz, Paris, France, 2009, P356.

<sup>9</sup> نصت المادة 12 من القانون المدني قبل تعديل 2005 على: "يسري قانون الدولة التي ينتهي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال.

يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتهي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

<sup>10</sup> زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 159/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 73.

<sup>11</sup> أمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج.ج.ج. عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984، معدل ومتمم بأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ج.ج. عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

<sup>12</sup> تنص المادة 1400 من التقنين المدني الفرنسي على:

« La communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent. »

<sup>13</sup> تنص المادة 1497 من التقنين المدني الفرنسي على:

« Les époux peuvent, dans leur contrat de mariage, modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux articles 1387, 1388 et 1389.

Ils peuvent, notamment, convenir :

1° Que la communauté comprendra les meubles et les acquêts ;

2° Qu'il sera dérogé aux règles concernant l'administration ;

3° Que l'un des époux aura la faculté de prélever certains biens moyennant indemnité;

4° Que l'un des époux aura un préciput ;

5° Que les époux auront des parts inégales ;

6° Qu'il y aura entre eux communauté universelle.

Les règles de la communauté légale restent applicables en tous les points qui n'ont pas fait l'objet de la convention des parties.»

<sup>14</sup> تنص المادة 1536 من التقنين المدني الفرنسي على:

« Lorsque les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels.

Chacun d'eux reste seul tenu des dettes nées en sa personne avant ou pendant le mariage, hors le cas de l'article 220. »

<sup>15</sup> كانت الفقرة الثانية من المادة 12 قبل التعديل تنص على:

"يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتهي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"

<sup>16</sup> تنص المادة 296 من التقنين المدني الفرنسي على:

« La séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce. »

<sup>17</sup> أيت منصور كمال ، " إشكالية القانون الواجب التطبيق على الإنفصال الجسماني والتبني " ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، عدد 02 لسنة 2010 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، دار الهدى ، ص 144 .

<sup>18</sup> عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص236.

<sup>19</sup> موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2012، ص8.

<sup>20</sup> أيت منصور كمال، المرجع السابق، ص ص 149-150.

<sup>21</sup> CARLIER Jean-Yves, « autonomie de la volonté et statut personnel », Cahiers des droits maghrébins, vol 1, 1995, pp 5-17.



## إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل شرعا بين التشريع وعوائق التطبيق

AIT Mouloud Dahdia  
Doctorante à la Faculté de Droit et  
des Sciences Politique, Université de  
Mouloud MAAMRI- Tizi Ouazou,  
Algerie.

أيت مولود ذهبية  
باحثة في الدكتوراه  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة مولود معمري، تيزي وزو،  
الجزائر.

### مقدمة

يعتبر الزواج من أكثر المواضيع والعلاقات القانونية إثارة لتنازع القوانين، لاختلاف مفهومه باختلاف أنظمتها القانونية ونظرتها له. فبينما تراه بعض الأنظمة رابطة مدنية بحتة، ينعقد بالتقاء الإيجاب والقبول أمام موظف مختص، تراه أنظمة أخرى رابطة دينية أبدية غير قابلة للانحلال.

فإذا كان الزواج المختلط ظاهرة إيجابية، تنسجم فيه الأفكار والقناعات وتنتج الأسر على بعضها، إلا أنه في الوقت نفسه تشكل بؤرة تنازع القوانين بالأخص ما يخص نسب الأطفال وجنسياتهم وإسناد الحضانة والآثار المرتبة عن ذلك. فلا شك أنه يثير مشكلات حادة ومهمة، لما يخالط فيه من جنسية مغايرة وديانة مختلفة بين طرفيه، ذلك ما اقتضى تعدد المصادر التشريعية الحاكمة لعلاقات الزواج المختلط، وفق قواعد الإسناد المعروفة عند تنازع القوانين.

يمنع زواج مسلمة بغير مسلم، أو مسلم بغير كتابية، حفاظا على الهوية الإسلامية للأسرة في المجتمع الإسلامي، وإلى تنزيه الشريعة الغراء من أن ينسب إليها ما ليس منها بسبب التطبيق العملي، الذي خرج عن روح هذه المقتضيات رغم ثبوتية النصوص وقطعية دلالتها. وبذلك، كل زواج مختلط من هذا النوع يكون باطلا ولا يثبت به النسب شرعا إلا استثناء، لخروجه عما ورد في الكتاب والسنة. وبما أن هناك تباين بين الأنظمة القانونية العربية المتشعبة بروح الإسلام، والأنظمة القانونية الأوروبية التي تتبنى النموذج الأممي لحقوق الإنسان، فإن الولد الناتج عن زواج مختلط بين مسلمة وغير مسلم، أو

مسلم بغير كتابية، تكون له وضعيتين مختلفتين، ولد شرعي حسب القانون الأجنبي الذي يستبعد المانع الديني لمخالفته مبدأ الحرية في الزواج أو لكونه تمييز قائم على الجنس والدين معا. ويوصف بالولد غير شرعي (ولد طبيعي)، غير المعترف به قانونا ولا شرعا لاعتباره ثمرة مخالطة جنسية تستند إلى علاقة زوجية غير صحيحة لمخالفتها النظام العام الإسلامي، وذلك حسب قوانين الدول الإسلامية بما فيها الجزائر (المحور الأول). في هذا السياق، مع العلم أن القانون الجزائري بعد تعديل القانون المدني في 2005، لم يميز في إثبات النسب بين الشرعي وغير الشرعي في المادة 13 مكرر منه، تثار مسألة القانون الواجب التطبيق في إثبات نسب طفل ناتج عن زواج مختلط باطل شرعا (المحور الثاني)، فهل يطبق قانون جنسية الأب أم الابن أم الأم؟ أم قانون القاضي؟

#### المحور الأول: الوضع القانوني للولد الناتج عن زواج مختلط باطل شرعا

وضع المشرع لعقد الزواج أركانا وشروطا، إذا استوفاهما كان صحيحا شرعا وقانونا، يفيد استمتاع كل من المرأة والرجل بالآخر على وجه مقبول شرعا وقانونا. لكن إذا اختلت أحد الأركان أو شروط الصحة، كان الزواج باطلا أو فاسدا حسب الحالات، فينتقل إلى واقعة لها نظام خاص بها بموجب أحكام القانون.

إن موضوع اختلاف الدين في الزواج كان ولا يزال من الموضوعات المعقدة والحساسة المثيرة للكثير من الجدل على الصعيدين الفقهي والقانوني، ولعل هذا الخلاف كان له الأثر في الإقدام على هذا النوع من الزواج سواء داخل أو خارج الوطن. ففي الجزائر، ورغم المانع القانوني قد يلجأ الطرفان إلى التحايل على القانون والتنكر تحت غطاء الإسلام لإتمام الزواج. أما في الخارج أمام القوانين الأوروبية، فقد يجدون المكان الملائم لتجاوز المانع الديني، فيكتفون بإبرام عقود زواجهم طبقا للصيغة المدنية دون تسجيلها بالكنصليات الجزائرية ببلد الإقامة، الأمر الذي يجعل هذه العقود غير صحيحة وغير معترف بها في نظر القانون الجزائري. فتكمن خطورة زواج المسلمة بغير مسلم، أو مسلم بغير كتابية في الخارج، في إمكانية إبرامه في ظل القوانين الأجنبية التي لا تعرف مثل هذا المانع الديني، وصعوبة الاعتراف به داخل الوطن (أولا) لاعتباره باطلا عديم الأثر (ثانيا).

## أولاً: القانون واجب التطبيق على بطلان الزواج المختلط

قبل تحديد القانون واجب التطبيق لإثبات النسب، لا بد من التأكد أولاً من صحة عقد الزواج كي يرتب آثاره، والتي يعتبر النسب من بينها باعتباره أثراً شخصياً. ونكون أمام حالة من حالات بطلان الزواج، في كل فرض يفقد فيه الزواج كعقد أحد شروط صحته الموضوعية أو الشكلية، فعلى القاضي تحديد هذه الشروط أولاً، حينئذ يتعين عليه البحث عن القانون الذي يحكمها، وفي هذا الخصوص قد أجمع الفقه عموماً على إخضاع بطلان الزواج إلى القانون الذي يفرض ويتطلب الشروط الموضوعية التي تمت مخالفتها والتي كانت سبباً في البطلان<sup>1</sup>، فلا بد من تحديد أولاً القانون الذي يحكم شروط صحة عقد الزواج، للحكم ببطلانه وبطلان النتيجة المترتبة عليه.

### أ- القانون واجب التطبيق على شروط صحة الزواج المختلط

يقصد بشروط صحة عقد الزواج، تلك الشروط الأساسية لقيام رابطة الزوجية، فتوجد بوجودها وتنعدم بانعدامها، وتقتصر دراستنا على الشروط الموضوعية دون الشكلية، باعتبار شرط انتفاء الموانع الشرعية في الزوجين من بين الشروط الموضوعية. أما ما يخص القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج فقد اختلفت الآراء، فهناك من يخضعها لقانون موطن الزوجين كالقانون الانجليزي والدول الاسكندنافية، واتجاه ثاني يخضعها لقانون محل إبرام العقد دون التمييز بين شكل وموضوع الزواج، والمعتمد من قبل القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية، بينما اتجه ثالث أخضعها لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وأخذت به الدول العربية والقانون الألماني، وأيضاً اتفاقية لاهاي بتاريخ 12 جوان 1902 الخاصة بتنازع القوانين في مادة الزواج في المادة الأولى منها<sup>2</sup>.

أما عن موقف المشرع الجزائري، فقد أخضع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون جنسية كل من الزوجين بموجب المادة 11 من القانون المدني<sup>3</sup>، والمادة 97 من قانون الحالة المدنية<sup>4</sup>، باعتبار الزواج مغير لحالة الشخص، إلا أنه قد تعترض تطبيق هذه القاعدة صعوبة تظهر في حالة اختلاف الزوجين في الجنسية، ونجد القانون الوطني لكل منهما ينص على شروط غير الشروط التي ينص عليها قانون الطرف الآخر.

تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري كاستثناء لما جاء في المادة 11 منه، على تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد عقد الزواج، لتظهر الصعوبة في حالة تمتع كل طرف بجنسية أجنبية مختلفة عن جنسية الطرف الثاني، ما أدى إلى ظهور مبدأ تطبيق قانون الجنسية تطبيقاً جامعاً وتطبيقاً موزعاً. يقصد بالتطبيق الجامع أن تتوفر في كل طرف الشروط الموضوعية التي يشترطها قانونه الوطني وقانون الطرف الثاني معاً، وذلك بهدف حماية الرابطة الزوجية لا شخص الزوج أو الزوجة، بأن تكون صحيحة في دولة كل طرف، لتفادي اختلاف المراكز القانونية المترتبة عنها. لكن ما يعيب هذا التطبيق أنه يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشدداً، مما يكثر من حالات استحالة إبرام عقود الزواج بين مختلفي الجنسية، الأمر الذي أدى إلى هجر الفقه الغالب لهذا الحل وميله إلى الأخذ بالتطبيق الموزع، ومعنى ذلك أنه يكفي أن تتوفر في كل طرف الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني، باستثناء موانع الزواج، التي تبقى خاضعة للتطبيق الجامع نظراً لخطورتها وحماية للرابطة الزوجية في حد ذاتها<sup>5</sup>، فيكفي أن يشمل أحد القانونين على مانع يحول دون إبرام عقد الزواج، ليعتبر باطلاً عديم الأثر.

ف نجد أمامنا قاعدة أن المسلم رعية إسلامية أين كان وطنه، أي السيادة الإسلامية على المسلم في كل مكان، ومن واجب المسلم التزام أحكام الإسلام حيث كان<sup>6</sup>، التي لا تجيز زواج المسلم بغير كتابية<sup>7</sup>، ولا زواج المرأة المسلمة برجل غير مسلم<sup>8</sup>، أو ثبتت ردهته<sup>9</sup>، فهو زواج باطل بطلاناً مطلق قبل وبعد الدخول بغض النظر عن مكان إبرامه، لاعتبار ذلك من الموانع المؤقتة، والتي أقر بها المشرع الجزائري في المواد 30 و32 من قانون الأسرة<sup>10</sup>. بيد أن الملاحظ، أن مصطلح مسلم يعطي أوسع دلالة ممكنة، إذ يجوز للمرأة المسلمة الاقتران بأي رجل مسلم ينتمي لأي مذهب من المذاهب السنية أو الشيعية<sup>11</sup>، إذا تيقنت أنه لن يظلمها على اعتبار أنها سنية، فيجوز الزواج به لأنه في نهاية الأمر هو مسلم. أما إذا كانت نيته أن يغير مذهبها بعد الزواج أو يظلمها فهو آثم، ويكون زواجها منه مكروهاً إذا غلب على ظنه أن يظلمها، ومحرمًا وباطلاً إذا تيقن أنه يظلمها بالزواج منها<sup>12</sup>.

ما يمكن ملاحظته، أن صفة البطلان لا تزول عن العقد حتى وإن أبرم أمام موثق أو ضابط الحالة المدنية، أو غيرهما ممن هو مؤهل قانوناً لإبرام وتحرير عقود الزواج، وتم

تسجيله في سجلات الحالة المدنية بالبلديات الجزائرية أو بإحدى القنصليات الأجنبية، ولا يحتج به لا من الزوجين ولا من غيرهما، فالتسجيل لا يزيل عنه صفة البطلان ولا يضيف عليه صفة الحلية، بالتالي لا يترتب عنه أي أثر قانوني أو شرعي ولا يحتج به أمام القاضي الجزائري، طبقا لنص المادة 24 قانون مدني، باعتبار أن منع زواج المسلمة بغير مسلم أو مسلم بغير كتابية، في القانون الجزائري من النظام العام لا يجوز تجاوزه ولا الاتفاق على مخالفته.

كما أنه، إذا علم الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو غيرهما من المؤهلين بتسجيل عقود الزواج، أن العقد المطلوب تسجيله بين مسلمة وغير مسلم، أو مسلم بغير كتابية، أو ثبتت ردة الزوج، فإنه يتعين عليهم رفض تسجيل هذا العقد لعلمهم ببطلانه، وإلا كانوا مخالفين للنظام العام ومن شأنهم تحليل ما حرم الله، ويحتمل أن يتعرضوا إلى متابعة تأديبية وجزائية<sup>13</sup>، خاصة وأن القانون يشترط من الجزائرية التي تريد الزواج بأجنبي، الحصول على ترخيص تسلمه المصالح الادارية الخاصة بشؤون الأجانب في الجزائر، تطبيقا لتعليمات وزارية مشتركة بين وزارة الداخلية ووزارة العدل، للتأكد من إسلام الأجنبي الراغب في الزواج من الجزائرية<sup>14</sup>.

#### ب- تصادم وتجاذب زواج مختلفي الديانة بين القوانين العربية والغربية:

إن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية، فإن نطاق أعمال النظام العام في الجزائر بالنسبة للشروط الموضوعية الواردة في القوانين الأجنبية يكون أوسع من نطاقه في الدول الغربية، ليحول دون الأخذ بالشروط الواردة في القانون الأجنبي التي تنطوي على مساس بحقوق المسلم، فينبغي استبعاد باسم النظام العام القانون الأجنبي الذي يجيز زواج مسلمة بغير مسلم أو مسلم بغير كتابية<sup>15</sup>، وإن كان هذا الحظر يتعارض مع التشريع الدولي لحقوق الانسان الذي ينص على حق الزواج دون تمييز على أساس الدين، واعتباره حقا محميا من قبل المعاهدات والمواثيق الدولية، ففي هكذا حظر انتهاك لحق المرأة، لمنع المسلمة من الزواج بغير مسلم، ولا لغير كتابية الزواج بمسلم.

رغم ارتكاز الدستور على المساواة بين الجنسين، إلا أن ترجمة هذا المبدأ ضمن المقتضيات المتعلقة بالمانع الديني في الزواج سيكون صعبا إن لم نقل مستحيلا، لأن الحماية الممنوحة للمرأة في المواثيق الدولية لا تركز على الدين، بينما حق المرأة في الزواج

في قانون الأسرة ينطلق من روح الشريعة الإسلامية، وهذا يعني أن المساواة بين الجنسين في هذه المسألة ستظل نظرية تماما في النظام القانوني للمجتمعات الإسلامية.

فإذا كان المشرع، وحرصا منه على الثبات على القيم الإسلامية، قد أحاط عقود الزواج بعناية تشريعية لها أثرها الإلزامي داخليا حيث السيادة الوطنية، وتأثير نسبي على الصعيد الخارجي الذي يحكمه القانون الدولي الخاص، خصوصا مبدأ النظام العام الذي تعتمده جل الدول في قوانين الأحوال الشخصية، لكن مع إبرام الاتفاقيات الدولية التي تنص على القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي تحتل الصدارة على التشريع الداخلي وفقا للترتيب التشريعي، فقد وقع في تناقض، إذ يتضمن الدستور<sup>16</sup> قاعدتين متناقضتين: قاعدة الإسلام دين الدولة (المادة 02 منه)، وقاعدة سمو الاتفاقيات الدولية (المادة 132)، وسواء طبق القاضي إحدى القاعدتين فإنه خرق الأخرى، فالواقع أن الدستور قد وضع القاضي في حيرة قانونية، لصعوبة تطبيق القاعدتين معا، وهذا ما يفتح باب الجدل بدل غلقه نهائيا.

بالرجوع إلى المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10/12/1948، نجد أنها تنص على أن: "للرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ حق التزويج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين"، والذي صادقت عليه الجزائر دون تحفظ. كما أن هناك اتفاقيات أخرى تعتبر الموانع المرتبطة بالدين مساسا بحقوق الإنسان، ونخص بالذكر اتفاقية كوبنهاجن لسنة 1979، المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي صادقت عليها الجزائر أتيانا بتحفظات جزئية ومشتركة مع تونس والمغرب وليبيا في التحفظ الصريح على الفصل 16 من الاتفاقية، الذي يهم المساواة بين الرجل والمرأة في جميع مشاكل الزواج، مع العلم أن المادة 2/28 من الاتفاقية تنص على أنه: "لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا للموضوع هذه الاتفاقية وغرضها"<sup>17</sup>.

فلا بد من التنصيص في الاتفاقيات الدولية على حق الدول الإسلامية الأعضاء في الاتفاقية، في استبعاد أي قانون أجنبي يتعارض مع قاعدة الإسلام دين الدولة، ومن ثم منع زواج مسلمة بغير مسلم أو مسلم بغير كتابية. لكن مع غياب مثل هذا النص، ووجود قاعدة دستورية على سمو الاتفاقيات الدولية على التشريع الوطني، لا يعني التنازل عن

هاته القواعد مادام لا يوجد نص صريح بذلك، ومن ثم يمكن للقاضي اللجوء إلى فكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي كلما تعارض مع هذه القواعد، كوسيلة للدفاع عن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الوطني.

### ثانيا: أثر بطلان الزواج المختلط على طبيعة نسب الأولاد

تعتبر الشريعة الإسلامية النسب صلة عظيمة على جانب من الخطورة، لذلك أحاطها المشرع بسياس منيع يحميها من الفساد والاضطراب، فاعتبرها علاقة شرعية، فإذا تبين أن الولد لا يتمتع بقرينة الشرعية انقطع نسبه عن أبيه ولم يبقى له سوى الانتساب لأمه وقرابتها، لأن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بالبنوة الطبيعية، فالزنى ليست سببا لثبوت النسب، لعدم تشجيع العلاقات الآثمة لما قد يترتب عنها من اختلاط الأنساب وفوضى في الأخلاق وتشجيع للفاحشة والفسق واستهانة بعقد الزواج الشرعي، لما أجمع عليه الفقهاء المسلمون من أن النسب نعمة عظي أنعم الله بها على الإنسان، ولا يمكن تبعا لذلك، أن تأتي من طريق حرام، فيبقى ابن الزنى ابنا غير شرعيا مقطوع النسب من أبيه ولو كان هذا الأب معروفا أو ممكن معرفته.

القاعدة العامة في معظم التشريعات، أن البطلان في العقود يكون بأثر رجعي، ليعتبر العقد وكأن لم يكن فلا تترتب عنه آثار قانونية. بالتالي، الباطل من الزواج لا يوجب أثرا وإن اتصل بدخول، بل إن الدخول فيه زنى يوجب الحد شرعا، ولأن زواج المسلمة بغير مسلم، أو مسلم بغير كتابية، ممنوع شرعا بالكتاب والسنة والإجماع<sup>18</sup>، فإن وقع فهو باطل ولا تترتب عليه الآثار الشرعية المترتبة عن الزواج الصحيح<sup>19</sup>، وأهمها أن الأولاد الناتجين عن هذا الزواج يكونون غير شرعيين، على أن يكون هذا الحكم منذ لحظة الحكم بالبطلان دون أن يسري بأثر رجعي، وما هو الحال في الفترة الممتدة بين سريان الزواج والحكم ببطلانه، وهو ما اصطلاح على تسميته بالزواج الظني أو الوهمي<sup>20</sup>.

وهو المبدأ الذي سار عليه المشرع الجزائري، إذ يثبت النسب حتى من الزواج غير الصحيح مهما كانت جسامته الخلل، وفقا لقرينة الولد للفراش، التي تقضي أن الولد الذي يلد على فراش الزوجية ينسب للزوج، حتى وإن كان الزواج باطلا طبقا لنص المادة 40 قانون الأسرة، عملا بالشريعة الغراء، التي تسعى لا لمحاربة هؤلاء الأولاد بل محاربة اختلاط الأنساب وزواج المحارم وشيوع الفاحشة. بذلك، توسع المشرع في فرص إثبات

النسب وضيق من فرص إنكاره، فكل ولد وُلد على فراش الزوجية تُبْت نسبته لأبيه، ولو كان الزواج غير صحيح خشية من ضياع نسبه، وذلك حرصاً على مصالح الأسرة والأولاد، خصوصاً مع حسن نية الزوجين، أو ثبوت ردة الزوج المسلم منهما وخروجه عن الإسلام أو كفاره بعد إسلامه، فقد أجمع الفقه على اعتبار مثل هذا الزواج الوهمي صحيح وقائم في الواقع من لحظة انعقاده حتى لحظة الحكم ببطلانه، وبالتالي فإن جميع ما ترتب عن هذا الزواج خلال هذه الفترة من آثار ومراكز قانونية، تبقى قائمة وصحيحة سواء كانت شخصية أو مالية، وكذلك بالنسبة لثمار هذا الزواج من أولاد إذ يعتبرون شرعيين<sup>21</sup>، وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28، إذ جاء فيه: "من المقرر شرعاً أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبيينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلاً له"<sup>22</sup>.

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بحسن أو سوء نية الزوجين لإثبات النسب في الزواج الباطل، حماية للطفل الذي يظل بريئاً من آثار ما يمارسه والديه، فلا تتوقف حقوقه على حسن أو سوء نيتهم، لأن الأمر نسبي يصعب الكشف عنه، وباعتبار النسب العمود الفقري داخل الأسرة يجب أن لا يتأثر بأي مظهر من مظاهر الفساد أو البطلان. أما في المقام الثاني، فإن لحسن أو سوء النية اعتبار من أجل تحديد الجزاء إن ثبت سوء النية، وما دامت الحدود معطلة في ظل التشريعات الحديثة فلم يبقى للمبدأ محل<sup>23</sup>.

لكن، ورغم ذلك إذا كان البطلان واضحاً قبل الدخول، وكان الطرفين مكلفين وثبت علمهما أو أحدهما بالتحريم وسببه وأن زواجهما ممنوع قانوناً وتعهدا الدخول، كان بمنزلة الزنى وجب الحد فيه، ولا يرتب الجهل عذراً إذا كان ادعاؤه لا يقبل من مثل مدعيه، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، فلا يثبت فيه النسب الشرعي، ووجب أن يتفرقا في الحال، وإن لم يفعلوا وجب على كل من يعلم بأمرهما أن يرفع القضية إلى القاضي، ليفرق بينهما دفعا للمعصية وإزالة المنكر، باعتبار الحكم بإبطال الزواج الباطل من النظام العام<sup>24</sup>.



## المحور الثاني: القانون واجب التطبيق لإثبات نسب الولد الناتج عن زواج مختلط باطل شرعا

أهم ما يترتب عن الزواج بالنسبة للأولاد هو تحديد نسبهم لأب معين وأم معينة، بالإضافة إلى ما ينطوي عليه من اعتبارات أدبية واجتماعية ونفسية وعاطفية على درجة كبيرة من الأهمية، فإنه يرتبط بآثار قانونية من حضانة ونفقة وإسم وميراث...

إذا كانت بعض المسائل لا تطرح إشكالا، إذ تخضع بدون خلاف للقانون الذي يحكم آثار الزواج، فإنه في المقابل هناك مسائل أخرى تعرف مزاحمة قوانين أخرى مثل قضايا النسب. فإن أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج، بموجب المادة 12 قانون مدني، إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، على أن يطبق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج (المادة 13 منه)، إلا أن النسب ورغم اعتباره من آثار الزواج، فقد استأثر بقاعدة إسناد خاصة به، لاعتباره علاقة ثلاثية الأطراف تربط الابن والأب والأم، والتي قد تكون ناتجة عن علاقة زوجية شرعية وصحيحة (أولا)، وقد تكون ناتجة عن علاقة غير شرعية لا يقرها الشرع ولا يعترف بها القانون (ثانيا).

### أولا: القانون واجب التطبيق لإثبات النسب الشرعي

يقصد بالبنوة الشرعية، نسبة الولد لأبويه نتيجة لعقد زواجهما الصحيح شرعا طبقا للمادة 41 قانون الأسرة الجزائري<sup>25</sup>، شرط ميلاد الولد بين أقل مدة الحمل (6 أشهر) وأقصاها (10 أشهر) طبقا للمادة 42 قانون الأسرة، وعدم نفيه بالطرق الشرعية كاللعان مثلا. ولما كانت هذه المسألة تتعلق بحالة الشخص فإنها تعد من الأحوال الشخصية. ومن ثم يغلب أن يحكمها القانون الشخصي لواحد من أطرافها، الوالد المراد الانتساب إليه أو الولد المراد إثبات نسبه. وهو ما تختلف فيه التشريعات اختلافا كبيرا، وتزداد صعوبته كلما كان أطراف النزاع من جنسيات أو ديانات مختلفة، أو كلما غيروا جنسيتهم فيما بين يوم الحمل أو الولادة ويوم رفع دعوى البنوة أو الأبوة.

اختلفت التشريعات في تنظيم هذه المسألة اختلافا جوهريا، إذ ذهب الاتجاه الأول (تشيكوسلوفاكية وبولونيا وألمانيا)، بترجيح إخضاع البنوة الشرعية لقانون جنسية الابن، باعتبار أن البنوة صفة في الشخص وتشكل جزء من حالته، بالتالي ينبغي تطبيق قانون جنسيته، بينما يرى المشرع النمساوي تطبيق القانون الأصلح للابن باعتباره الطرف

الضعيف في العلاقة، في حين يأخذ القانون الفرنسي بقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل، وفي حالة عدم معرفة الأم فيسري قانون جنسية الطفل، على أن يبقى الاتجاه الغالب مائل إلى تطبيق قانون جنسية الشخص المطلوب الانتساب إليه<sup>26</sup>.

أما المشرع الجزائري، فبعدما كان ملتزماً الصمت إزاء مسألة النسب، فإنه قد حسم ذلك صراحة بنص المادة 13 مكرر قانون مدني، التي تقضي ب: "يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره، قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل، يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

يرجع تفضيل المشرع الجزائري لقانون جنسية الأب على قانون جنسية الأمن إلى الدور المعترف للرجل في الدول العربية، كما يصعب تصور تطبيق الجامع لقنوني الأبوين، ومتى تبين أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على النسب استناداً إلى المادة 13 مكرر سالفه الذكر، فإن المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تنظم هذه المسألة.

**ثانياً: القانون واجب التطبيق لإثبات النسب الطبيعي<sup>27</sup>**

البنوة غير الشرعية هي البنوة الناتجة خارج إطار الزواج أو من زواج باطل ثبتت فيه سوء نية الزوجين كما سبق بيانه، وإذا كان إثبات البنوة الشرعية لأحد الوالدين هو في ذاته إثبات للبنوة للوالد الآخر، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للبنوة الطبيعية، إذ قد تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر.

النسب هو إنتماء الشخص إلى أصل معلوم، وهو رابطة سامية وصلة عظيمة تجمع الأولاد بالأباء، لكنها ليست مجرد علاقة دموية فحسب، بل لثبوتها لا بد أن تكون علاقة شرعية، ذلك أن انتساب الولد لأمه يثبت في غالب الحالات بمجرد الولادة، سواء كانت شرعية أو غير شرعية. وحسب الشريعة الإسلامية، لا يترتب عن النسب غير الشرعي آثار النسب الشرعي، لكن في قوانين الأسرة في البلدان الأجنبية المطبوعة بمبادئ الحرية والمساواة، أفرزت نوع من التجاذب بين نماذج مختلفة من المؤسسات الأسرية، وعليه أضحي النسب الطبيعي يحتل مكانة مهمة داخل هاته المجتمعات، إذ تم الاعتراف للطفل غير الشرعي بنفس حقوق الطفل الشرعي، سواء تعلق الأمر بالنفقة أو الجنسية أو الإسم

والإرث. في مقابل ذلك، وفي الدول المسلمة، لازال الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية، يعاني الحرمان من العناية الأبوية.

أما عن موقف المشرع الجزائري، فيثبت نسب الولد الطبيعي لأمه فقط سواء كان الأب معروفاً أو مجهولاً (المادة 2/6 من قانون الجنسية)، فلا تسري عليه أحكام المادة 13 مكرر قانون مدني، لعدم الاعتراف بالأسرة الطبيعية، بالتالي لا يمكن تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج، لعدم وجود حقوق مكتسبة لحمايتها أصلاً. غير أنه تثار الصعوبة بالنسبة للنسب غير الشرعي في الزواج المختلط، في تلك الحالة التي يرفع فيها صاحب الشأن دعوى لتثبيت حاله ضد أبويه، إذ يثار التساؤل عن الشخص الذي يتوجب الاعتداد بجنسيته في هذا الصدد، ويمكن تصور ذلك في التشريع الجزائري في الحالة المنصوص عليها في المادة 07 المعدلة والمتمة من قانون الجنسية في فقرتها الأولى: "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر: 1- الولد المولود في جزائر من أبوين مجهولين..."، ففي هذه الحالة قد يتنازع قانونين فأكثر، قانون الولد وقانون أبويه.

في هذا الشأن، ومن خلال التباين في الفلسفة العامة المؤطرة للوضعية الحقوقية للأطفال غير الشرعيين الناتجين عن الزواج المختلط، تتبع الإشكالية العامة لتنازع القوانين من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على البنوة الطبيعية، فيميل جانب من الفقه والقضاء إلى ترجيح تطبيق قانون جنسية الولد، بينما يرى جانب ثاني تطبيق قانون جنسية الشخص المراد الانتساب إليه أما أو أباً، ذلك أن تكييف إثبات النسب من الأحوال الشخصية باعتبار أن المقصود بالبنوة الطبيعية أولاً وأخيراً هو ربط الولد بوالده قانوناً، مما يرتب التزامات قانونية على عاتقه، إذ ليس من المقبول إدخال تغيير على حالة الشخص إذا كان قانونه الشخصي لا يوافق على هذا التغيير<sup>28</sup>. لكن من جهة أخرى لا ننسى أن القانون الأجنبي غير مختص، لعدم ثبوت البنوة المطالب بها بعد، لهذا يرى موحد إسعاد أنه من الأفضل تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لمصلحة الولد، اللهم إلا إذا اصطدم ذلك بالنظام العام وذلك أخذاً بالحل الوظيفي الذي يجعل مصلحة الطفل فوق كل اعتبار<sup>29</sup>. وفي تقدير الأستاذ أعراب بلقاسم يستحسن تطبيق قانون القاضي لما له من اختصاص عام، للتقليل من استعمال النظام العام الإسلامي في مواجهة القانون الأجنبي

الذي يأخذ بالنسب الطبيعي، ذلك أن الشريعة الإسلامية، التي هي روح النظام العام في الجزائر، لا تعترف بالنسب الطبيعي<sup>30</sup>.

لكن استقر القضاء والتشريع في مختلف الدول العربية منذ أمد طويل، على اعتبار الديانة الإسلامية عنصرا من عناصر الإسناد بالنسبة للمسلم، ويحجب هذا الضابط قانون الجنسية، ومن ثم لا يسري على الأجنبي المسلم أمام القاضي المسلم قانون جنسيته إن كان مخالفا للإسلام، وإنما تطبق عليه قواعد الشريعة الإسلامية بالنسبة لكل ما يتعلق بأحواله الشخصية<sup>31</sup>.

لا شك أن هذا الامتياز الديني يجد أساسه في القوانين العربية، باعتبارها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، لكن هذا لم يمنع البعض من توجيه الانتقاد له ووصفه بعدم تحقيق العدالة والإنصاف، لأنه حسب نظرهم يجب وضع القوانين المتنازعة في مرتبة واحدة وإعطائها فرص متساوية في التطبيق، على أن يتم ترجيح أحدها على الآخر عن طريق تحديد مركز الثقل في العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، ويكون ذلك بالاستناد إلى معايير منطقية وموضوعية بعيدا عن أي نزعة وطنية أو دينية متحيزة. فضوابط الإسناد في مادة الأحوال الشخصية هي الموطن والجنسية وليس الديانة الإسلامية أو أي طائفة دينية أخرى، كما أن من أهداف القانون الدولي الخاص تحقيق الاستقرار والتوازن والتوفيق ما بين المصالح المتعارضة للأطراف، وهو ما لا يتحقق عند تطبيق الحلول الناجمة عن امتياز الديانة، والتي تعطي الأولوية في الحلول دائما للقواعد المستمدة من الشريعة الإسلامية<sup>32</sup>.

#### خاتمة

إن ظاهرة زواج مختلفي الديانة ليست بظاهرة جديدة ولا غريبة عن المجتمع الإسلامي، بل ظاهرة قديمة متجذرة في تاريخه، لكن كادت تختفي في العصور الأخيرة، لتعود بشكل خطير لا يراعي الضوابط الشرعية التي تضبط العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغيرهم من أهل الديانات الأخرى، ولقد تفتت بشكل يدعو إلى الاندهاش في القرن العشرين في صفوف الجالية الإسلامية، خاصة بأوروبا وكندا والولايات المتحدة الأمريكية، واتخذت أشكالا وصورا مختلفة بعيدة كل البعد عن الأحكام الشرعية.

تثير المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المسلمين وغيرهم، صعوبات عملية كثيرة خاصة المتعلقة بالنسب، بسبب استحالة التنسيق بين أنظمة قانونية متنافرة سواء من الناحية الفكرية أو الثقافية أو الدينية، ويتجلى هذا التباين والاختلاف في الحلول المقررة لفض تنازع القوانين. وإذا كانت مختلف التشريعات قد تبنت الجنسية كضابط إسناد أصلي، والمواطن كضابط إسناد احتياطي لتجاوز التعقيدات وتصادم القيم الحضارية، إلا أن المحاكم الأوروبية أخذت بالاستثناء لتجعله أصلاً لأغلب قراراتها. وهذا راجع إلى السياسة التشريعية التي تنتهجها تحت تأثير قوانين الهجرة الأوروبية التي تهدف إلى إدماج الأجنبي، واستخدام آلية الدفع بالنظام العام متجاهلة بذلك الطبيعة الدينية للزواج الإسلامي.

بالنظر للانتقادات الموجهة إلى امتياز الديانة جعلت البعض ينادي بالتخلص من الآثار السلبية لهذا الامتياز، بإسناد الروابط الدولية المختلطة في مادة الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن أو قانون الإقامة المعتادة للزوجين، أي إعطاء الامتياز لإقليمية القوانين، وعدم إثارة الدفع بالنظام العام إلا في حالة وجود خرق صارخ لقيم قانون دولة القاضي، دون أن يستغل ذلك في تكريس تمييز مبني على الدين أو المعتقد، فالمانع الديني الذي يحول دون زواج المسلمة بغير مسلم، أو مسلم بغير كتابية، الذي كرسته جل الدول العربية، لا يلتفت إليه في القوانين الأجنبية، إذ يتم استبعاده بذريعة النظام العام الجديد المجسد في اختراق الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان، والذي يهدد بإبعاد مفهوم النظام العام الدولي القديم الذي يضمن تنسيق الأنظمة القانونية المختلفة، ويلطف من حدة النظامين الديني والعلماني<sup>33</sup>.

فصحيح، أنه لا بد من مساندة مبادئ الحرية والمساواة واحترام حقوق الانسان والحياة الخاصة، لكن هذا لا يعني مساندة النظام الغربي، بالاعتراف بزواج المسلمة بغير مسلم، أو مسلم بغير كتابية، بحجة حماية الأطفال غير الشرعيين، لأنه تحليل لما حرم الله وفتح باب لما هو أخطر كإباحة الخيانة الزوجية والزواج من الجنس الواحد...، إنما يجب مساندة مبادئ المساواة بشكل لا يلحق مساساً بالمقومات الأساسية للمجتمع الإسلامي، خاصة مؤسسة الزواج باعتبارها وسيلة لبناء أهم خلية في المجتمع ألا وهي الأسرة، فلما لا نقترح صياغة قانون إسلامي أوروبي يطبق على المسلمين الأجانب المقيمين في الخارج،

تفاديا لاصطدام المرجعية الدينية التي تميز التشريعات العربية، والمرجعية اللاتينية والعلمانية للتشريعات الغربية.

## الهوامش

<sup>1</sup> - عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 168.

<sup>2</sup> - دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين العربية، دفاتر السياسة والقانون، العدد 04، 2011، ص 239.

<sup>3</sup> - تنص المادة 11 على: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين". أمر رقم 58-75، مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، صادر بتاريخ 1975/09/30، معدل ومتمم.

<sup>4</sup> - تنص المادة 97 على: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج". أمر رقم 20-70، مؤرخ في 1970/02/19، يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر عدد 21، صادر بتاريخ 1970/02/27.

<sup>5</sup> - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2003، ص ص 230-234.

<sup>6</sup> - د/صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 315.

<sup>7</sup> - يجوز للرجل المسلم الزواج بالكتابية مسيحية كانت أم يهودية، دون غيرهن من المجوسيات والوثنيات والصائبات والملححات ممن لا يؤمن بالله واليوم الآخر، ورغم سهو قانون الأسرة عن النص على ذلك تاركا المسألة للشريعة الإسلامية عملا بأحكام المادة 222 ق.أ.ج، التي تنص بأن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص، ليبقى هذا النوع من الزواج باطل في نظر القانون الجزائري.

<sup>8</sup> - لقوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا". آية 221 من سورة البقرة. وقوله تعالى: "لا هنّ حلّ لهم ولا هم يحلونّ لهنّ"، آية 10 من سورة الممتحنة.

<sup>9</sup> - إذ أسلم أحد الزوجين الكافرين فسخ النكاح، إلا إذ أسلم الزوج وكانت الزوجة كتابية فإنهما يثبتان على نكاحهما، وكذلك إذا كانت الزوجة غير كتابية وبادرت بالإسلام مع أو بعد إسلام زوجها.

أما إذا كان الإسلام من الزوجة فيبطل الزواج مطلقا، سواء كان الزوج كتابيا أو غير كتابي، إلا إذا أسلم قبل انقضاء عدتها، كان أحقّ بها فله مراجعتها.

أما إذا ارتد أحد الزوجين يفرق بينهما على الفور إذا وقعت الردة قبل الدخول، وأما إذا وقعت بعده علّق الزواج، فإن جمع الإسلام بينهما في العدة استمر الزواج، وإلا فالفرقة حين الردة. كما يبطل الزواج حتى وإن ارتدت

- الزوجة المسلمة إلى النصرانية أو اليهودية، لأنه لا يجوز إقرار المرتد على رده، لأنه في حكم الميت إذ حده القتل، وعدم جواز الزواج بها أولى. نقلا عن: عبد العزيز حمد آل مبارك الإجماعي، تبين المسالك، الجزء الثالث: شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، دار ابن حزم، لبنان، 2013، ص 67 وص 68.
- <sup>10</sup> - قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09/06/1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر. عدد 24، صادر بتاريخ 12/06/1984، معدل ومتمم.
- <sup>11</sup> - صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 324.
- <sup>12</sup> - أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلام، أطروحة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 84.
- <sup>13</sup> - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار هومه، الجزائر، 1996، ص 109.
- <sup>14</sup> - محمد زيويل، زواج المسلمة بغير المسلم في القوانين الأورو-مغربية، أشغال ندوة دولية بتاريخ 09 و10 أفريل 2010، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، ص 142.
- <sup>15</sup> - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 237.
- <sup>16</sup> - دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07/12/1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28/11/1996، ج. ر. عدد 76، صادر بتاريخ 08/12/1996، معدل ومتمم.
- <sup>17</sup> - د/محمد زيويل، مرجع سابق، ص 138.
- <sup>18</sup> - حتى وإن أسلم الزوج بعد العقد، فالزواج باطل لأن أصله كان باطلا فلا ينقلب بالإسلام صحيحا، بل يجب أن يتجدد العقد. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 117.
- <sup>19</sup> - قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 23، نقلا عن: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، مرجع سابق، ص 25.
- <sup>20</sup> - د/عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 168.
- <sup>21</sup> - د/عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 168.
- <sup>22</sup> - نقلا عن: عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 372.
- <sup>23</sup> - محمد ولد عال ولد محماوي، أحكام النسب وطرق إثباته، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007/2008، ص 101.
- <sup>24</sup> - د/بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول: الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص ص 152-154.

- <sup>25</sup>- كما تنص المادة 28 قانون مدني على: "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده".
- <sup>26</sup>- د/ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 369 وص 370.
- <sup>27</sup>- يقسم علماء القانون الأبناء الطبيعيين les enfants naturels إلى:
- أ- الطفل الطبيعي البسيط l'enfant naturel simple: وهو المولود لشخصين غير مرتبطين بعلاقة زوجية، دون أن يكون بينهما مانع من موانع الزواج بينهما.
- ب- الولد الطبيعي من زنى l'enfant adultérin: المولود لشخص زوجية أخرى، فيعتبر الابن طفل زنى للأب، إذا كان الأب مرتبط بعلاقة زوجية أخرى، ويعتبر الابن طفل زنى للأم، إذا كان الأم مرتبطة بعلاقة زوجية أخرى.
- ج- ابن القرابي l'enfant incestueux: هو ابن لشخصين مرتبطين بعلاقة قرابة أو مصاهرة تحول دون إبرام الزواج بينهما.
- <sup>28</sup>- د/ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 372.
- <sup>29</sup>- رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011، ص 47.
- <sup>30</sup>- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 265.
- <sup>31</sup>- مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2012، ص 155.
- <sup>32</sup>- مرجع نفسه، ص 156.
- <sup>33</sup>- د/محمد زريويل، مرجع سابق، ص 145.



## تنازع القوانين في الحضانة - دراسة مقارنة -

ICHOU I mad, maitre assistant  
Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques, Université de Mohamad Chérif  
MSADIA, Souk ahras, Algérie.

إشوي عماد  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة محمد الشريف مساعدي  
سوق أهراس، الجزائر.

### مقدمة

إن من أهم الآثار التي يخلفها الانفصال بين الزوجين مسألة الحضانة، إذ تعتبر من بين النزاعات العويصة التي قد تطرح على القاضي وذلك لارتباطها المباشر بالطفل الذي يشكل المحور الأساسي في العلاقة، مما يتعين معه على القاضي أن يكون حريصا على الحكم طبقا لما يحقق مصلحة المحضون.

تثير الحضانة مشكل تنازع القوانين خاصة وأن التشريعات تباينت حول تحديد التكيف في شأنها، فمنهم من رأى الحضانة كأثر من آثار الزواج، بحيث تتعلق بالبنوة. في حين يرى رأى خلاف ذلك، ويعتبر الحضانة كأثر من آثار الطلاق أو التطليق، على اعتبار التنازع حولها لا يثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع.

وهذا الخلاف ينتج عنه تنازع القوانين بين الدول.

وعلى هذا كان موضوع الدراسة "تنازع القوانين في الحضانة دراسة مقارنة"

### أهمية الدراسة

إن دراسة تنازع القوانين حول مسألة الحضانة في التشريعات المقارنة ذو فائدة كبيرة لأن الحضانة في إطار العلاقات الخاصة الدولية، علاقة متعددة الأطراف بحيث فيها الأب، الأم، الطفل، ومن الممكن أن تختلف جنسيتهم جميعا، فقد أثارت بسبب هذا مشكلة كبيرة في اختيار القانون الأصلح لحكمها.

## أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى معرفة التباين حول تحديد التكييف القانوني للحضانة وما ينتج عنه من اختلاف القانون الواجب التطبيق حسب كل تشريع.

## المنهج المتبع

تم اعتماد المنهج المقارن باعتبار أنه تم دراسة موقف مختلف التشريعات حول تنازع القوانين في مسألة الحضانة، إلى جانب المنهج الوصفي التحليلي عند وصف موقف كل تشريع وتحليل النصوص القانونية الخاصة بموضوع الدراسة.

## إشكالية الدراسة

يطرح موضوع الدراسة أشكالا جوهريا يتمثل في ما يلي:

ما هو موقف القوانين المقارنة من تنازع القوانين في مسألة الحضانة؟

## الخطة المتبعة

تم تقسيم هذه الدراسة إلى:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للحضانة.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات المقارنة.

## المبحث الأول: الطبيعة القانونية للحضانة

لما كانت مسألة الحضانة لا تثور طالما كانت أواصر الأسرة متماسكة، فإنه بمجرد الخلاف تبرز الحضانة للوجود باعتبارها المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس والتي يحتاج فيها الطفل إلى رعاية واهتمام، بل وتبرز في تنازع القوانين مشكلة تحديد الطبيعة القانونية للحضانة نظرا لاختلاف الفقه والقضاء في تحديدها، غير أنه قبل التطرق لذلك لا بد من دراسة مفهوم الحضانة.

## المطلب الأول: مفهوم الحضانة

لعل أنه من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج " الطلاق " هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه ورعاية مصالحه ولما كانت الحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة فما نقصد بها؟

## الفرع الأول: تعريف الحضانة

### أولاً: لغة

الحِضْنُ في أصل اللغة: ما دون الإبط إلى الكشح؛ وقيل: هو الصدر والعُضْدَان وما بينهما، والجمع أَحْضَانٌ؛ ومنه الاحتِضَانُ، وهو احتمالُك الشيءَ وجعلُه في حِضْنِكَ كما تَحْتَضِنُ المرأةُ ولدها فتحتمله في أحدِ شِقْمَيْهَا. وفي الحديث: أنه خرج مُحْتَضِنًا أَحَدَ ابْنَيْ ابْنَتِهِ أَي حَامِلًا لَهُ فِي حِضْنِهِ، وَالْحِضْنُ: الْجَنْبُ، وهما حِضْنَانِ. وفي حديث أُسَيْدِ بْنِ حُضَيْرٍ: أَنَّهُ قَالَ لِعَامِرِ بْنِ الطُّفَيْلِ اخْرُجْ بِذِمَّتِكَ لئلا أَنْفَذَ حِضْنَيْكَ. وَحِضْنُ الصَّبِيِّ يَحْضُنُهُ حِضْنًا وَحِضَانَةً: جعله في حِضْنِهِ. وَحِضْنَا الْمَفَازَةِ: شَقَّاهَا، والفلاة ناحيتها؛ قال: أَجَزْتُ حِضْنَيْهَا هَيْلًا وَغَمًاو حِضْنَا اللَّيْلِ: جانباه، وَحِضْنُ الْجَبَلِ: ما يُطِيفُ بِهِ وَحِضْنُهُ وَحِضْنُهُ أَيضًا: أَصْلُهُ. الأزهري: حِضْنَا الْجَبَلِ ناحيته. وَحِضْنَا الرَّجُلِ: جَنْبَاهُ. وَحِضْنَا الشَّيْءِ: جانباه. ونواحي كل شيء أَحْضَانُهُ<sup>1</sup>.

### ثانياً: التعريف الفقهي

عرفت على أنها تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث شاء.<sup>2</sup>

كما عرفت على أنها حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته ووقايته عما يهلكه.<sup>3</sup>

أما علاقة المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي، فهو أن الحضانة في اللغة تستعمل في معنيين: أحدهما جعل الشيء في ناحية يقال: حضن الرجل الشيء أي اعتزله فجعله في ناحية منه، والثاني: الضم إلى الجنب يقال: حضنته واحتضنته إذا ضمته إلى جنبك، والحضن الجنب، فحضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها، واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه.<sup>4</sup>

### ثالثاً: التعريف التشريعي

نصت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. وبشروط في الحاضر أن يكون أهلا للقيام بذلك."

وعرفتها المادة 97 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية بأنها حفظ الولد مما قد يضره

قدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه.

كما عرفتها المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنها حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته.

إن التعريف الوارد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.<sup>5</sup>

ويستنتج من هذا كله أن الحضانة أمر يتوقف وجوده على شخصين: حاضن و محضون وهو الطفل الصغير أما الحاضن فهو إما رجل أو امرأة يكون مكلفا وملزم تأدية هذا الواجب أما الطفل فتعتبر بالنسبة إليه حق لأنه المنتفع بذلك يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات وهي أنواع:

#### - 1/ الولاية الأولى: ولاية التربية

فالدور الأول منها يكون للنساء، هذا ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا، وهي حق للأم، ثم لمحارمه من النساء.

وثبت وجوبها عليهن؛ لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن.<sup>6</sup>

#### - 2/ الولاية الثانية ولاية على النفس

وهي القيام والإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويجه.<sup>7</sup>

- تربية وحفظ من لا يشغل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كالطفل أو كبير مجنون وذلك برعاية شؤونه تقديم طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه في سن معيته ونحوها.

### - 3/ الولاية الثالثة: الولاية على المال إن كان له مال

وذلك يتم برعاية مصالحه وحفظ ماله دون هدره إلي الوقت الذي يكون فيه أهلا لحفظ ماله و صيانتته.

#### الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة:

نص المشرع الجزائري في المادة 64 قانون الأسرة على أنه: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العممة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم باسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

يتبين من هذه المادة أن حق الحضانة يثبت للأم أصلا، لكونها أقدر وأصبر من الأب على تربية الطفل والعناية به. كما يتضح لنا بأن القانون الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة للأم، رتب المستحقين لها مبتدئا بالأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العممة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.

#### الفرع الثالث: شروط صلاحية الحضانة

يشترط في الحاضن أهلية الحضانة، سواء في النساء أو في الرجال. وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 2/62 من قانون الأسرة، بقوله: " ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

ومن هنا، يشترط في الحاضنة من النساء، على حسب الترتيب الذي ذكرناه، أن تتوافر فيها صفات معينة، حتى تكون في حضانتها منفعة للصغير، فيشترط أن تتحقق فيها الأوصاف التالية:

العقل: وذلك لأن الحضانة ولاية، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية، فكيف يتولى شؤون غيره. فلا حضانة للمجنون أو المجنونة لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما.

البلوغ: لأن الصغيرة لا تستطيع أن تقوم برعاية نفسها، فلا تصلح لرعاية غيرها. فلا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه.

القدرة: وهي الاستطاعة على رعاية الصغير وصيانتته في خلقه وصحته. أي بمعنى أن تكون

الحضانة صحيحة الجسم، قادرة على القيام بمتاعب الحضانة، فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض أو عاهة أو شيخوخة أو انشغال بحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير، لم تكن أهلا للحضانة كما لو كانت مريضة مرضا معديا كان في وجود الطفل معها خطر على حياته.

الأمانة والاستقامة: فلا حضانة للمرأة الفاسدة التي لا تقيم للأخلاق الفاضلة وزنا، ولا للمرأة المهملّة الضائعة، لأن الطفل تنطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه ويحاكيه، فينشأ على أخلاقها السيئة.

أن تكون قريبة للطفل: وذات رحم محرم منه، فلا حضانة لغير القريبة.

ومن هنا، يشترط في المرأة ألا تون متزوجة بأجنبي عن الصغير، وألا في بيت فيه من يبغض الصغير، كزوج الأم والأجنبي عنه، وهذا ضمانا لحسن رعايته وكمال العناية به.

أما بالنسبة للرجل فيشترط لاستحقاقه الحضانة، أن يكون عصبة للصغير، على ترتيب الأثر بشرط أن يكون محرما. فلا حضانة لإبن العم مثلا بالنسبة للأنتى، وله الحضانة بالنسبة للصبي.<sup>8</sup>

### المطلب الثاني: الاختلاف حول الطبيعة القانونية للحضانة

تثير الحضانة مشاكل حول تنازع القوانين خاصة وأن معظم التشريعات لم تخصصها بقاعدة اسناد خاصة. لذلك يبقى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها منوطا بمعرفة التكييف القانوني للحضانة. ويمكن حصر اتجاهات الفقه في شأن هذه المسألة في أربع اتجاهات أساسية:

#### الفرع الأول: الاتجاه الأول: الحضانة أثر من آثار عقد الزواج

يرى غالبية الفقه الفرنسي أن الحضانة أثر من آثار عقد الزواج على أساس أن الولد المعني بالحضانة ناتج عن علاقة زواج، وبذلك فهي تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج وهو قانون الزوج وقت الانعقاد.<sup>9</sup>

كما أكد على هذا القضاء المصري بعدة أحكام قضائية، منها حكم صادر عن محكمة

الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1952/02/26.<sup>10</sup>

غير أن هذا الاتجاه انتقد بحجة مفادها عدم إمكانية الحديث عن آثار عقد الزواج بعد انتهائه بالطلاق أو التطليق.<sup>11</sup>

### الفرع الثاني: الاتجاه الثاني: الحضانة أثر من آثار انحلال الزواج

يتجه رأي فقهي آخر إلى تكييف الحضانة على أنها أثر من آثار انحلال الزواج، فأتناء الحياة الزوجية يكون الأولاد تحت الرعاية المشتركة لكلا الوالدين أما بعد انفصالهما كلاهما حول من تسند إليه حضانة الأولاد.<sup>12</sup>

إذ اعتبر القضاء الفرنسي الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج، فيسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج.<sup>13</sup>

ومهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري إذ أدرج المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وهي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة أن المشرع الجزائري لم يخص مسألة الحضانة بقاعدة اسناد صريحة خلافا لبعض التشريعات العربية. وبعبارة أخرى فإنه بموجب عملية التكييف التي تخضع للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي تطبيقاً لنص المادة 9 من القانون المدني، تعد الحضانة من آثار الطلاق.<sup>14</sup>

### الفرع الثالث: الاتجاه الثالث: الحضانة أثر من آثار النسب

يرى هذا الاتجاه أنه لما كانت الحضانة التزام يقع على من يثبت إليه نسب المحضون فهي بذلك تعتبر أثراً من آثار النسب.<sup>15</sup>

انتقد هذا الرأي كون أن النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد ولا علاقة له برعايتهم.<sup>16</sup>

### الفرع الرابع: الاتجاه الرابع: الحضانة من مسائل الولاية على المال

اتجه بعض الفقهاء في مصر إلى تكييف الحضانة على أنها ولاية على المال، إعمالاً لنص المادة 16 من القانون المدني المصري والتي مفادها: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجور عليهم والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته."<sup>17</sup>

ويقصد بالولاية الواردة في المادة 16 من هذا القانون الولاية على المال دون الولاية على النفس. ويستبعد إمكانية قياس الولاية على النفس إلى الولاية على المال لاختلاف الاعتبارات التي تقوم عليها الأحكام الخاصة بكل من المسألتين.<sup>18</sup>

انتقد هذا الرأي لأن المقصود بالولاية على المال، حفظ مال الصغير وإنماؤه، وليس تربية الطفل ورعايته.<sup>19</sup>

### المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات المقارنة

إن من أهم الآثار التي يخلفها الانفصال بين الزوجين مسألة الحضانة، نظراً لأهميتها من حيث أنها توفر التكفل والعناية والتربية للطفل، الذي هو في حاجة لازمة لها، مادام أن لا يقدر على إدارة أموره بنفسه، فقد حظيت باهتمام كافة التشريعات الوضعية، التي أسهبت بالكثير من المواد القانونية، لتنظيمها في إطار العلاقات الداخلية. أما في إطار العلاقات الخاصة الدولية، فنظراً لأنها علاقة متعددة الأطراف بحيث فيها الأب، الأم، الطفل، ومن الممكن أن تختلف جنسياتهم جميعاً، فقد أثارت مشكلة كبيرة في اختيار القانون الأصلح لحكمها.

### المطلب الأول: الحلول التشريعية الدولية

تعد الإرادة الشارع الدولية المجسدة في شكل معاهدات مصدراً من مصادر القانون الدولي، بل هي أفضل وسيلة للارتباط القانوني بين الشعوب، لذلك لجأت الدول في سبيل حل مشاكل مسائل الحضانة إلى إبرام اتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة، وعليه ارتأينا تقسيم هذا الشق لدراسة الاتفاقيات الثنائية ثم المتعددة.<sup>20</sup>

### الفرع الأول: الاتفاقيات الثنائية

#### أولاً: الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

تعتبر النسبة الغالبة من المهاجرين الجزائريين يتوجهون إلى فرنسا، وهذا يرجع إلى أسباب تاريخية، وما نتج عن ذلك وقوع علاقات زواج بين الجزائريين والفرنسيين، إلا أن هذه الأنواع من الزواج المختلط لم تثمر كلها، وحتى تحافظ كل من الدولتين على أبناء الزواج المختلط، أبرمت الجزائر معاهدة ثنائية مع فرنسا بشأن المنازعات التي ثارت بين



الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبية، والمتعلقة بحضارة الأولاد وبحق الزيارة للأبوين،<sup>21</sup> وهذا ما جاء في الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال المصادقة عليها بتاريخ 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 جويلية 1988.<sup>22</sup> حيث نصت المادة الثانية من الاتفاقية على ما يل: "يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ، بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

أ - البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر،

ب - تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

ج - تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة.

د - تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.

هـ - ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم....".

ونصت المادة 06 من نفس الاتفاقية على أنه:

"يتعهد الطرفان بضمن ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودها."

وأكدت المادة 08 من الاتفاقية المذكورة أعلاه على أنه:

"يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمن عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما".

وأوضحت أيضا المادة 09 من الاتفاقية المذكورة أعلاه بأنه:

"تعد الأحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة، رخصة للخروج من التراب الوطني."

لقد حاولت هذه الاتفاقية حل مشكلات الزاج المختلط المبرم بين الجزائريين والفرنسيين، والذي في الغالب تكون فيه الأم فرنسية. ويلاحظ بأن هذه الاتفاقية قد

وضعت مصلحة الطفل فوق كل اعتبار. ومع ذلك فإن الاختصاص القضائي غالبا ما ينعقد للقضاء الفرنسي استنادا إلى موطن الزوجية المشتركة. وهذا الأخير يأخذ غالبا بالمصلحة المادية للمحضون. ولهذا فإن حسم هذه المشاكل يكون بوضع قاعدة إسناد خاصة يدرج فيها الاختصاص التشريعي للقانون الشخصي للطفل، ولا يستبعد هذا القانون إلا إذا كان يتعارض مع مصالحه.<sup>23</sup>

وعلى الرغم من هذا، فإن اتفاقية 1988 لم تحقق كل الأغراض المنتظرة منها من الناحية العملية، إذ تستشف عيوبها من خلال تفضيل الأم الحاضنة والتي تكون في كل الأحوال من جنسية فرنسية مقيمة مع محضونها في فرنسا، إلى جانب استبعادها لبعض المبادئ العامة المستقرة في القانون الدولي وقانون الأسرة الجزائري سواء ما يتعلق بالقواعد الشكلية أو القواعد الموضوعية المتعلقة بممارسة الحضانة، فهي لم توضح إلى ما يشير لحالة الطفل القانونية كتحديد جنسيته على الرغم من أهميتها، ولم تنطرق لبيان مكان ممارسة حق الزيارة، في حين كان من الأولى أن تعمم حق الوالد في استعمال حقه باستضافة الطفل المحضون عندما يمارس حقه في الزيارة ما بين الحدود بعيدا عن الحاضن، طالما أن هناك ضمانات قانونية منحها الاتفاقية للحاضن لحماية حقه في الحضانة وعودة المحضون إليه بعد انتهاء، وعليه يتضح أن المشرع الفرنسي أدرج ضمنا في الاتفاقية أحكام القانون الوضعي الفرنسي.<sup>24</sup>

### ثانيا: الإتفاقية الثنائية الأخرى

ويدخل ضمن هذا السياق ما نصت عليه الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال.<sup>25</sup> فقد نصت المادة الأولى على ما يلي:

"1 - يتعلق موضوع هذه الاتفاقية بما يلي:

أ - ضمان رجوع الأطفال المنقولين أو المحتفظ بهم بصفة غير قانونية في إحدى الدولتين المتعاقبتين؛

ب - الحصول على الاعتراف بالمقررات القضائية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة الصادرة فوق تراب إحدى الدولتين المتعاقبتين وتنفيذها فوق تراب الدولة الأخرى؛

ج - تسهيل حرية ممارسة حق الزيارة فوق تراب الدولتين.

2 - تعمل الدولتان المتعاقدتان على اتخاذ كل الإجراءات المناسبة لضمان تحقيق أهداف هذه الاتفاقية. ولهذا الغرض يلجأ إلى المساطر الاستعجالية المنصوص عليها في قانونهما الداخلي."

كما تناولت الاتفاقية المذكورة أعلاه حق الزيارة، بنصها في المادة 13 على ما يلي:

"1 - يمكن توجيه الطلب الرامي إلى تنظيم أو حماية ممارسة حق الزيارة إلى السلطة المركزية،

2 - يتم الاعتراف بمقتضيات المقرر القضائي المتعلق بحق الزيارة وتنفيذها ضمن نفس الشروط المطلوبة في القرارات المتعلقة بحق الحضارة؛

3 - تقوم السلطة المركزية مباشرة أو بواسطة النيابة العامة أو محامي الدولة:

أ - باتخاذ أو العمل على اتخاذ - قدر الإمكان - التدابير الملائمة من أجل إزالة العراقيل التي تحول دون ممارسة حق الزيارة ممارسة هادئة؛

ب - بالعمل - عند الاقتضاء - على إحالة الدعوى على المحكمة المختصة قصد تنظيم أو حماية حق الزيارة، ويمكن لهذه المحكمة أن تحدد طرق الشروع فيها وفي ممارستها؛

ج - بالعمل عند الاقتضاء على إحالة الدعوى على المحكمة المختصة قصد البث في حق الزيارة، بناء على طلب الشخص المدعي لهذا الحق، إذا لم يكن قد تم البث في هذا الحق أو إذا سبق رفض الاعتراف بالمقرر القضائي المتعلق بالحضارة وتنفيذه."

ومن الاتفاقيات المبرمة أيضا في هذا الإطار نجد الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية وجمهورية فرنسا تتعلق بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي<sup>26</sup> حيث جاء في الفصل التاسع ما يلي: " ينحل الزواج وفقا لقانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجان يوم تقييد الطلب.

يطبق في الفرقة - إذا كان أحد الزوجين مغربيا والآخر فرنسيا ساعة تقييد الطلب

- قانون الدولة التي يقع بها موطن الزوجين المشترك، أو آخر موطن مشترك لهما."

وينص الفصل العاشر على أنه: " تطبق قواعد تنازع القوانين المقررة في الفصل السابق على الآثار الشخصية الناتجة عن الفرقة.

تطبق على الآثار المتعلقة بحضانة الأطفال والنفقة المستحقة مقتضيات الباب الثالث من هذه الاتفاقية."

كما شملت الاتفاقية أيضا بعض الأحكام التفصيلية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة، حيث نص الفصل التاسع عشر على أنه: " تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل بأن تضمنا فوق ترابهما وتحت مراقبة سلطتهما القضائية حرية ممارسة حق الحضانة على طفل قاصر مع التقيد فقط بمصلحة دون أي اعتبار آخر مستمد من قانونهما الداخلي وكذا بحرية ممارسة حق الزيارة. وتلتزم كل منهما عن طريق التبادل بحسن تنفيذ الأحكام الصادرة في الدولة الأخرى في هذا الميدان."

ومن الآليات التي سعت الدول إلى تبنيها لمعالجة المشكلات الناجمة عن حضانة الأطفال المولودين من زيجات مختلطة لجنة التعاون الدولي التي أنشأتها مصر بشأن هذا المنازعات. وتضم في عضويتها بعض رجال القضاء وممثلين عن وزارات الداخلية والخارجية ودار الإفتاء، وتعكف هذه اللجنة على دراسة ملفات المنازعات المتعلقة بحضانة الأطفال المولودين من زيجات مختلطة بغية تسويتها وديا وإيجاد الحلول لها وفقا لما تقضي به أحكام التشريع المصري والاتفاقيات الدولية في هذا الصدد.<sup>27</sup>

وتطبيقا لذلك أبرمت مصر اتفاقية ثنائية مع المغرب بتاريخ 27 ماي 1998،<sup>28</sup> ونصت المادة 16 من هذه الاتفاقية على بعض الحلول لمعالجة مشكلات الحضانة حيث جاء فيها ما يلي: تتعاون السلطات المركزية للدولتين المتعاقدين في الحالات الآتية:

أولا - البحث عن الطفل (الصغار) الذين ينقلون إلى داخل حدود أي منهما بسبب النزاع الناشئ عن حضانتهم.

ثانيا - تزويد الطرف المتعاقد الآخر بالمعلومات التي يطلبها والمتعلقة بالحالة المادية والمعنوية لهؤلاء الأطفال (الصغار).

ثالثا - اتخاذ التدابير اللازمة لتسليم الطفل (الصغير) لمن له الحق في حضانته وضمن حق زيارته (رؤيته) لي من ذويه أو الذين يملكون هذا الحق طبقا للقانون أو للأحكام القابلة للتنفيذ الصادرة عن محاكم الطرف المتعاقد الآخر.

رابعا - اخذ ما يلزم من إجراءات أمام السلطة القضائية لتسوية ما ينشأ من نزاع حول الحضانة وحق الزيارة (الرؤية)."

هذا بالإضافة إلى الاتفاقية الفرنسية التونسية الصادرة في 18 مارس 1982 المتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق حضانة الأطفال وحق الزيارة والالتزام بالنفقة.

إن هذا الاتفاقيات تدعو إلى التعاون للقضاء على النقل غير المشروع للطفل، من خلال تدخل السلطات الحلية لكلا الدولتين، وهي تركز على حماية الطفل إذ تمنح جملة من الضمانات لممارسة حق الحضانة والزيارة، كما تسهر على كفالة حرية تنقل المحضون بين البلدين.<sup>29</sup>

#### الفرع الثاني: الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف

حفاظا على مصلحة المحضون، أبرمت الدول اتفاقيات متعددة أهمها، اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 15 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، والتي أخضعت الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد لاعتباره المكان الذي تركز فيه حياة الطفل وعلاقته بغيره، والاتفاقية المتعلقة بالاعتراف بالأطفال وتنفيذ الأحكام الصادرة في مجال الحضانة الموقعة في لوكسمبورغ بتاريخ 20 ماي 1980، وكذا اتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقع عليها في 25 أكتوبر 1980، وقد عرفت هذه الاتفاقية نجاحا كبيرا إذ بلغ عدد الدول التي صادقت عليها سنة 1988 حوالي 49 دولة.

كما تضمن اتفاقية حقوق الطفل عدد من المواد تخص المحضون وأهمها المواد من 9 إلى 12 فقد حددت المادة 12 النضج العقلي وسن الطفل اللذان يؤهلانه لتكوين آرائه الخاصة والتعبير عنها في كل ما قد يتخذ من إجراءات قضائية أو إدارية تمسه مباشرة، كما وأن المادة 11 في فقرتها الأخيرة، سمحت للدول الأطراف باتخاذ تدابير لمكافحة نقل

الطفل إلى الخارج وعودتهم بصورة غير مشروعة، في حين أن المادة 9 قضت بعدم الترخيص للطفل المنفصل عن والديه بالاتصال بهما إذ اقتضت مصلحته ذلك.<sup>30</sup>

### المطلب الثاني: الحلول التشريعية الداخلية

بما أن التكييف هو تحديد طبيعة المسألة محل النزاع وردها إلى إحدى الفكر المسندة<sup>31</sup> تمهيدا لإسنادها إلى قانون معين.<sup>32</sup> ونظرا لاختلاف الدول في تحديد طبيعة الحضانة فقد اختلف أيضا في تحديد القانون الواجب التطبيق، كما أن هناك دول خصت قاعدة إسناد خاصة بالحضانة وهناك من لم تخصص لها قاعدة إسناد.

ومن التشريعات التي خصت الحضانة بقاعدة إسناد التشريع الكويتي والقطري والتونسي، فالقانون الكويتي نص على ذلك صراحة في المادة 43 من القانون رقم 5 الصادر بتاريخ 14 فبراير 1961 المتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بقولها: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة." وهو نفس نص المادة 20 من القانون المدني القطري.

ولقد بينت المذكرة الإيضاحية للمادة 43 من القانون الكويتي الأسباب التي دعت إلى الأخذ بقاعدة الإسناد التي تضمنتها، فنصت على أنه: "ولما كانت الولاية على النفس فرعا من البنوة، فإن القانون الذي يسري في شأنها هو قانون جنسية الأب، فيحدد هذا القانون ولاية الب على ابنه الصغير، وما يملك عليه من حق التأديب، وما يقع على عاتقه من واجب التربية، وغير ذلك مما يتعلق بالولاية على النفس. ولما كانت الحضانة هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس لذلك وجب أن تخضع للقانون الذي تخضع له الولاية وهو قانون جنسية الأب. فيتوحد بذلك القانون الذي يسري على البنوة الشرعية والولاية على النفس والحضانة، وهي مسائل ثلاث يتصل بعضها ببعض اتصالا وثيقا."<sup>33</sup>

ونصت المادة المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، في الفصل 50 بقولها: "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل".

يفهم من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، على أن الحضانة هي من آثار انحلال الزواج، وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج ويعتبر هذا الحل

كضابط إسناد أصلي. وفي حالة عدمه، يطبق القاضي القانون الشخصي للطفل أو موطنه. مع منح القاضي مجالاً لتطبيق القانون الأفضل للطفل.<sup>34</sup>

ومن الدول التي لم تخصص قاعدة إسناد خاصة بالحضانة دولة الإمارات العربية المتحدة وإنما نصت في المادة 16 على الولاية فقط بقوله: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصها والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته". ومن ثم فلا مناص من الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص لتحديد قاعدة الإسناد واجبة التطبيق في مسائل الحضانة تطبيقاً لحكم المادة 23 من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أنه: "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين". وتقضي مبادئ القانون الدولي الخاص في هذا الصدد بإعطاء الحضانة حكم الولاية ومن ثم يكون القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الصغير.<sup>35</sup>

أما بالنسبة للقانون المصري، كان اتجاه من الفقه يكيف الحضانة على أنها ولاية على المال، وكان ينادي بإخضاعها لقانون الشخص الذي يجب حمايته، إعمالاً لنص المادة 16 من القانون المدني المصري والتي مفادها: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصها والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته".

غير أن غالبية الفقه المصري، يجمع على أن الحضانة كآثر من آثار انحلال الزواج، ويسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية، أي قانون جنسية الزوج، وفقاً لنص المادة 13 من القانون المدني المصري التي نصت على ما يلي: "أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتهي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتهي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

كما قد جاء القانون الفرنسي فقد جاء خالياً من أحكام الحضانة، غذكيف القضاء الفرنسي الحضانة على أنها من آثار انحلال الزواج، فيسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الزواج.

ولكن الرأي الراجح لدى القضاء الفرنسي، ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل، باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون.<sup>36</sup>

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فعلى الرغم من عدم وجود نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، فإن الأمر جار على إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الزواج باعتبارها من آثاره. وحسما للخلاف الفقهي القائم حول مسألة تكييف الحضانة وتحديد القانون الذي يحكمها.<sup>37</sup> على هذا الأساس يطبق القانون الجزائري على الحضانة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لنص المادة 2/12 من القانون المدني، ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا للمادة 13 من القانون المدني، وعليه يرجع إلى قانون الأسرة لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بها كتحديد من تثبت له الحضانة، أسباب انقضائها وسقوطها، وتحديد نفقة المحضون.<sup>38</sup>

إن الأمر لا يعدو أن يكون بهذه البساطة، لذا سنحاول الوقوف عند غالبية المشاكل التي تقف حجر عثرة أمام القاضي المختص، سواء بالنسبة للزوجين الوطنيين اللذين يكون أحدهما يريد الإقامة في بلد أجنبي، أو بخصوص الناجمين عن الزواج المختلط.

### الفرع الأول: الزوجين الوطنيين اللذين يكون أحدهما يريد الإقامة في بلد أجنبي

إن من مسقطات الحضانة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، تطبيقا لنص المادة 69 قانون الأسرة الجزائري وعليه تكون الحضانة ملزمة بالبقاء مع المحضون داخل بلد أبيه حماية لمصلحته تطبيقا لنص المادة 62 قانون الأسرة الجزائري، كل إخلال بما ورد في هذه المواد يؤدي إلى إسقاط الحضانة تطبيقا لنص المادة 67 قانون الأسرة الجزائري، وذلك ما أكد عليه المجلس الأعلى في القرار المبدئي الذي قضى: " في حالة وجود أحد الزوجين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم، ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد كل هذا إذا كان كل الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه."

واستنادا لهذا القرار، رفض المجلس طلب الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي المستدل بمقتضاه حضانة البنيتين لأمهات المقيمة بفرنسا، ذلك أن بقاء البنيتين بفرنسا يغير من



اعتقادهما وبعدهما عن دينهما وعادات قومهما ويمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك فالأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير معقول،<sup>39</sup> وبعبارة أخرى قرر المجلس أن الحضانة لا بد أن تمنح للوالد المتواجد في البلد المسلم ولو كان غير مسلم.

وقد أكدت على ذلك المحكمة العليا في إحدى قراراتها، إذ قضت أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون، والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه".<sup>40</sup>

وقد أكدت على ذلك ذات المحكمة في قرار آخر لها، إذ قضت: "إن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، إقامة الأم بفرنسا وإقامة الأب بالجزائر الأمر الذي يتعذر معه إشراف الأب على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعده المسافة".<sup>41</sup>

انطلاقا من هذه الأحكام، يتضح أن المقصود بالاستيطان بالبلد الأجنبي، هو الإقامة المستمرة والدائمة بنية الاستقرار، وعليه فإن السفر إلى بلد أجنبي لقضاء عطلة أو ممارسة التجارة لا يخضع لذات الأحكام، كما أن حالة الاستيطان ببلد أجنبي لا تشمل البلدان العربية التي تدين بالإسلام والتي لا يخشى فيها على ديانة وعادات وتقاليد المحضون، وإن كانت هذه المسألة نسبية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يتعين عليه مراعاة مصلحة المحضون.<sup>42</sup>

### الفرع الثاني: حضانة الأولاد الناجمين عن زواج مختلط

يثير الزواج المختلط بين الجزائريين والأجانب عند انحلاله مشاكل عديدة خاصة بالحضانة، فإذا كانت الحضانة كأصل عام تمنح للأم حسب المادة 64 قانون الأسرة الجزائري إلا أن الأم الأجنبية غالبا ما تسعى إلى العودة لبلدها، الأمر الذي يؤدي إلى تنشئة الطفل تنشئة غير دينية، وهذا ما يستوجب إسقاط الحضانة عنها، لاسيما إذا تأكد عدم توفرها على الشروط الشرعية لممارسة الحضانة وفي مقدمتها الإسلام وما يتعلق بالأمانة

والاستقامة، وفي ذلك يستشهد الدكتور "صلاح الدين جمال الدين بإحدى القرارات التي رفضت فيها حضانة الجدة المسيحية لأن الطفل مسلم، كما رفض القضاء طلب الزوجة اليهودية ضم ابنها إليها مخافة أن يألف غير دين الإسلام وأن يتغذى بالمحرم ويدرج على عادات اليهود، هذا لأن الطفل مرآة عاكسة تنطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه، وعليه قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه، الذي منح للأم المسيحية حضانة الأولاد، بعدما ثبت له من ملف الدعوى حسب سجل الكنيسة وشهادات التمسح أن الأم المسيحية عمدت إلى تمسح الأولاد، كما أسند المجلس في قراره الصادر بتاريخ 25 / 12 / 1989 الحضانة للأب وأسقطها عن الأم الأجنبية، واعتمد في سياق تبريره على فكرة النظام العام.

إن الواقع العملي يؤكد الآثار الوخيمة لهذا التطبيق، خاصة أن قاعدة استئثار قانون القاضي بحكم العلاقة كلما كان أحد مواطنيه طرفاً فيها مقررة في جل التشريعات، وعليه برز اتجاه حديث يطالب بتكريس فكرة الحل الوظيفي لتطبيق القانون الذي يحقق مصلحة المحضون، وإن كان هذا المصطلح واسعاً وفضفاضاً يختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر كما ويختلف من محضون لآخر، فما قد يعتبره القاضي الفرنسي يقرر مصلحة المحضون، لا يعتبره القاضي الجزائري من مصلحته، فالأسس التي تتحدد وفقاً لها مصلحة المحضون مختلفة في الدولتين، إذ بينما يعدد القاضي الفرنسي بالمصلحة المادية، يعدد القاضي الجزائري في الوضع الغالب بالمصلحة الروحية.

وعليه فإن تضارب الآراء حول المقصود بمصلحة المحضون، دفع بعض الفقه الغربي إلى إقرار حق استماع الطفل، بينما أكد البعض الآخر على وجوب إبقاء الطفل بعيداً عن الجهات القضائية، لاسيما أنه لا يمكن له أن يفرض إرادته على الحواضن القانونيين ولا على القاضي، وكحل وسط اتجه الرأي الثالث إلى وجوب استماع الطفل في بحث اجتماعي بمعرفة أخصائيين كالطبيب النفسي والمرشدة الاجتماعية، على أن يبقى للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بما يقرره البحث، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وما طبقه القضاء التونسي.<sup>43</sup>

## الخاتمة

إن التعرف على مضمون قواعد تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية عامة ومسألة الحضانة خاصة يكشف عن تقنية متميزة لحل النزاعات الخاصة الدولية في هذا المجال.

فهذه القواعد لا تعطي حلاً مباشراً للنزاع، فهي مجرد قواعد آلية تنتهي وظيفتها بإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق.

لقد تناولنا في هذا الدراسة المقصود بالحضانة وكذا دراسة الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية لها إذ أن هناك من اعتبرها أثراً من آثار الزواج، أو أثراً من آثار انحلاله، أو أثراً من آثار النسب أو أنها مسألة من مسائل الولاية على المال، كما دراسة القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة سواء في الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف، وكذلك في التشريعات الداخلية المقارنة.

وفي الأخير أوصي بتوصية وحيدة تمثلت في ما يلي:

- يجب على المشرع الجزائري إحداث نص خاص ينظم مسألة الحضانة مسيطرة لما وصل إليه الفقه والقانون المقارن من تطور ملموس فيما يخص الحلول المقترحة في هذا المجال، خصوصاً وأن الحضانة تعد من أعقد وأبرز المشكلات الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب.

## الهوامش

- <sup>1</sup> - ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، ج 13، ص 122.
- <sup>2</sup> - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي المدني، المدونة الكبرى، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء 2، ص 220.
- <sup>3</sup> - محمد بن إسماعيل الصنعاني الأمير، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1379هـ، الطبعة الرابعة، الجزء 3، ص 277.
- <sup>4</sup> - محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ، الجزء 4، ص 40. وانظر: محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1398، الطبعة الثانية، الجزء 4، ص 215.
- <sup>5</sup> - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البحث، قسنطينة، ص 293.
- <sup>6</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الثالثة، 1377 هـ، 1957 م، ص 406.
- <sup>7</sup> - صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة، 1976، طبعة 1، ص 33.
- <sup>8</sup> - د بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2005، ص 382 - 384.
- <sup>9</sup> - زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010 - 2011، ص 116.
- <sup>10</sup> - دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله - دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007 - 2008، ص 52.
- <sup>11</sup> - جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010 - 2011، ص 33 - 34.
- <sup>12</sup> - زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 116.
- <sup>13</sup> - دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، العدد الرابع، جانفي 2011، ص 249.
- <sup>14</sup> - جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 34.
- <sup>15</sup> - زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 116.
- <sup>16</sup> - جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 34.
- <sup>17</sup> - دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص 52 - 53.

- <sup>18</sup> - د حبيب الملا، القانون الواجب التطبيق على الأجانب في مسائل الأحوال الشخصية، أبحاث ندوة، حقوق الأسرة في ضوء المعطيات المعاصرة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 25 - 26 رجب 1415 هـ / 27 - 28 ديسمبر 1994 م، ص 680.
- <sup>19</sup> - جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 34.
- <sup>20</sup> - جندولي فاطمة زهرة، المرجع نفسه، ص 38.
- <sup>21</sup> - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، 243.
- <sup>22</sup> - القانون رقم 88 - 02 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408، الموافق 22 جويلية سنة 1988 يتضمن الموافقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة بمدينة الجزائر يوم 21 جوان 1988، أنظر المرسوم رقم 88 - 144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 جويلية 1988، المتضمن المصادقة على الاتفاقية.
- <sup>23</sup> - مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011 - 2012، ص 243 - 244.
- <sup>24</sup> - جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 40.
- <sup>25</sup> - ظهير شريف رقم 1.99.113. صادر في 26 من محرم 1420 (13 ماي 1999) بنشر الاتفاقية الموقعة في 30 ماي 1997 بمديرية بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضنة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال، الجريدة الرسمية، عدد 4700، 3 ربيع الأول 1420 (17 يونيو 1999)، ص 1544.
- <sup>26</sup> - ظهير شريف رقم 1.83.197. صادر في 11 من ربيع الأول 1407 (14 نوفمبر 1986) بنشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981، الجريدة الرسمية عدد 3910 بتاريخ 12 صفر 1408 (7 أكتوبر 1987)، ص 931.
- <sup>27</sup> - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 246.
- <sup>28</sup> - ظهير شريف رقم 1.99.9. صادر في 10 ربيع الأول 1420 (24 يونيو 1999) بنشر اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص الموقعة بالقاهرة في 2 صفر 1419 (27 ماي 1998) بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية، الجريدة الرسمية، عدد 4718، بتاريخ 7 جمادى الأولى 1420 هـ (19 أغسطس 1999)، ص 2093.
- <sup>29</sup> - جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 39.
- <sup>30</sup> - جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 40 - 41.

- <sup>31</sup> - ضابط الإسناد هو أداة فنية للربط بين موضوع القاعدة والقانون المسند إليه. أنظر: جندولي فاطمة زهرة، المرجع نفسه، ص 11.
- <sup>32</sup> - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، منشأ المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993، ص 114. اقتبس من تهميش رقم 186 من كتاب الأستاذ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 93.
- <sup>33</sup> - حبيب الملا، المرجع السابق، ص 681.
- <sup>34</sup> - دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص 54.
- <sup>35</sup> - د حبيب الملا، المرجع السابق، ص 679 - 680.
- <sup>36</sup> - دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 247.
- <sup>37</sup> - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 239.
- <sup>38</sup> - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 231.
- <sup>39</sup> - سنيينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2008 - 2009، ص 112.
- <sup>40</sup> - أنظر محكمة عليا، غ.أ.ش، 19/02/1990، ملف رقم 59013، المجلة القضائية، 1991، عدد 4، ص 116، مقتبس عن حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2004 - 2005، ص 564.
- <sup>41</sup> - أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش. م، 21 نوفمبر 1995، ملف رقم 111048، نشرة القضاة، العدد 52، ص 102، مقتبس عن زاير فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 119.
- <sup>42</sup> - جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 36.
- <sup>43</sup> - جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 37 - 38.

## تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر

KHOUADJIA Samiha Hanane

Maitre assistante ; Faculté de Droit

Université de Constantine 1, Algérie

خوادجية سميحة حنان

أستاذة مساعدة، كلية الحقوق

جامعة قسنطينة 1، الجزائر

### مقدمة

إن الولاية نظام لحماية عديبي أو ناقصي الأهلية باستعمال تقنية التمثيل، وقد تكون ولاية على النفس أو ولاية على المال .

والولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، وهي القيام بالإشراف على مصالح القاصر فيما يختص بنفسه من ولادته حتى بلوغه وتزويجه، ويدخل في نطاقها ثلاثة مراحل ولاية الحفظ والرعاية وتسمى بالحضانة، وولاية التربية والتأديب، وأخيرا ولاية التزويج .

ولما كانت الحضانة مرحلة من مراحل ولاية النفس سنتعرض لها دون المراحل الأخرى لإثارها إشكالات متعددة في القانون الدولي الخاص خاصة في الزواج المختلط.

- أما الولاية على المال تشمل كل ما يتصل بأموال المولى عليه، فيقوم الولي بالإشراف عليها ورعايتها واستغلالها والمتاجرة فيها بالأوجه المشروعة، و يتولى الولي مباشرة تلك التصرفات باسم ولحساب الخاضع للولاية.

- والصعوبة الأساسية في موضوع تنازع القوانين التي تخص الولاية، تكمن في كيفية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة ومدى تحقيقها لمصلحة القاصر .

- من هذا المنطلق، هل أخذ المشرع بعين الاعتبار مصلحة القاصر عند وضعه قواعد الإسناد المرتبطة بالحضانة والولاية على المال ؟.

- ويقتضي منا الإجابة عن هذه الإشكالية تقسيم المداخلة إلى :

أولاً- القانون الواجب التطبيق على نظامي الحضانة والولاية على المال ومدى تحقيقه لمصلحة القاصر.

ثانياً- الفصل بين القانونين الواجب تطبيقهما على نظامي الحضانة والولاية على المال لا تخدم مصلحة القاصر.

ثالثاً - القانون الواجب التطبيق على نظام الحضانة والولاية على مال المكفول ومجهول النسب.

رابعاً- قانون القاضي وحده يطبق على نظام الحضانة والولاية على المال .

أولاً – القانون الواجب التطبيق على نظامي الحضانة والولاية على المال ومدى تحقيقها لمصلحة القاصر :

- لقد اختار المشرع الجزائري في الأصل ضابط الجنسية لحل المنازعات المتعلقة بنظامي حماية القصر وهي المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية .

-وعن سبب اختيار ضابط الجنسية، هو تطبيق القانون الجزائري على الجزائريين على أساس أنه القانون الأفضل والأكثر عدالة لتحقيق مصالح القصر .

- وبناء على ما سبق ، سنتناول القانون الواجب التطبيق على كل من نظامي الحضانة والولاية على المال ومدى تحقيقه لمصلحة القاصر، وفي مرحلة ثالثة القانون الواجب التطبيق على ولاية المكفول ومجهول النسب .

1- القانون الواجب التطبيق على نظام الحضانة ومدى تحقيقه لمصلحة القاصر

سنتطرق للقانون الواجب التطبيق على نظام الحضانة في القوانين الدولية الخاصة بالمقارنة ، ثم القانون الواجب التطبيق في القانون الجزائري .

1-1- القانون الواجب التطبيق على نظام الحضانة في النظم المقارنة :

- تباينت الآراء الفقهية بشأن الحضانة ، منهم من يرى أن الحضانة من آثار الزواج ، وأكد على ذلك القضاء المصري في حكمه الصادر عن محكمة الإسكندرية المؤرخ في 1952/02/26<sup>(1)</sup>. غير أن الفقه لا يميل إلى هذا الرأي فبعضه يقول بإخضاعها لقانون القاضي بدل القانون الأجنبي على أساس فكرة النظام العام، وحماية لمصالح القاصر،



والبعض الآخر يقول بإخضاعها للقانون الوطني للولد المحضون من أجل وضع قانون موحد .

- أما البعض الآخر يرى بإخضاعه لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل على أساس أنه المكان الذي تركز فيه حياة الطفل وعلاقته بالغير، وهو نفس اتجاه اتفاقية لاهي المؤرخة في 19 أكتوبر 1996 الخاصة بالاختصاص والقانون الواجب تطبيقه والاعتراف والإنفاذ والتعاون فيما يخص المسؤولية الأبوية وإجراءات حماية الأطفال التي أخضعت في المادة 16 مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل، وهو ما تأثر به القانون الانجليزي ..

أما القانون المصري، كَيْف الحضانة على أنها ولاية على المال وكان ينادي بإخضاعها لقانون الشخص الذي تجب حمايته، إلا أن أغلبية الفقه أجمع على أن الحضانة أثر من آثار إنحلال الزواج، يسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية، أي قانون جنسية الزوج .

- وتشدد القضاء الفرنسي لوقت طويل في المسائل المتعلقة بحماية القصر، فعلى سبيل المثال محكمة النقض الفرنسية بباريس سنة 1979<sup>(2)</sup> اعتبرت الأحكام الأجنبية التي تحرم القاصر من إثبات نسبه بحجة أنه ولد خارج الزواج تتعارض مع النظام العام الفرنسي .

- واعتبر الفقه، أن مبادئ الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1990 مكرسة في المادة 55 من الدستور الفرنسي، وبالتالي القوانين الأجنبية المتضمنة أحكاما مخالفة للمبادئ المكرسة، تخالف النظام العام الفرنسي .

- ومسألة الحضانة في فرنسا تأخذ بعين الاعتبار مصلحة القاصر، وهذه المصلحة تعد معيارا مهما لأجل تقدير تطبيق النظام العام الفرنسي واستبعاد القانون الأجنبي، فإذا كانت قاعدة الإسناد لا تتعارض مع مصلحة المحضون حتى إن وجد تمييزا وعدم مساواة بين الأبوين، يطبق القاضي الفرنسي القانون الأجنبي مادام لا يتعارض مع مصلحة المحضون<sup>(3)</sup> .

- وقد شهد القانون الدولي الخاص الفرنسي والبلجيكي<sup>(4)</sup> تطورا في مسألة الحضانة لأن قاعدة إسناد خضوع الحضانة للقانون الشخصي للأطراف تم التراجع عنها تدريجيا من الاجتهاد القضائي، ليكرس قانون موطن الطفل دون إهمال أن الأجانب في فرنسا أو أي بلد آخر مثلهم مثل الوطنيين، عليهم الخضوع لقانون العقوبات الوطني الذي يحمي بنصوصه حق الحضانة، ويعاقب على جرائم خطف الطفل وعدم تسليمه. أما القانونين الايطالي والألماني تراجعا منذ سنة 1980م و 1990م عن ضابط الجنسية متبنين ضابط الموطن .

- و بالنسبة للقوانين العربية ، خص التشريع التونسي مسألة الحضانة بقاعدة إسناد ، حيث نصت المجلة التونسية للقانون الموالي الخاص في الفصل 50 على مايلي :>>تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية ، او القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل<sup>(5)</sup> .

- يفهم من هذا النص أن المشرع التونسي جعل للفئة المسندة ( الحضانة ) ضوابط اختيارية يؤخذ بها مع مراعاة القاضي الأصح منها للقاصر ، حيث تخضع الحضانة للقانون الذي يحكم انحلال الزواج أو القانون الشخص للطفل أو موطنه .

1-2- القانون الواجب التطبيق على نظام الحضانة في القانون الدولي الخاص الجزائري ومدى تحقيقه لمصلحة القاصر

-تبنى المشرع الجزائري ضابط الجنسية لحل المنازعات المتعلقة بحالة الجزائريين وأهليتهم ، لكن في مسألة الحضانة لم يخصها بقاعدة إسناد صريحة.

- وبما أن التكييف يخضع حسب المادة 09 من القانون المدني الجزائري لقانون القاضي ، فإن مسألة الحضانة من مسائل الأحوال الشخصية ، ولأن المشرع الجزائري تناول الحضانة في الفصل الثاني من قانون الأسرة المتعلق بآثار الطلاق ، الحضانة هي من آثار انحلال الزواج ، وبذلك يسري عليها تطبيقا للمادة 01/12 قانون مدني جزائري، قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى .

-وهذه القاعدة العامة يشوبها استثناء نص عليه المادة 13 قانون مدني جزائري، إذ يسري القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج .

- وقد نظرت المحكمة العليا<sup>(6)</sup> في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وإيطالي ، بحيث أن المحكمة الابتدائية للمدية أسندت الحضانة للقانون الايطالي على أساس المادة 02/12 قانون مدني ، أي لقانون جنسية الزوج ، وطعنت الزوجة في القرار لدى المحكمة العليا على أساس أنها تتمتع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج ، ولم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسية بعد حصولها الجنسية الإيطالية ، وقررت المحكمة العليا نقض القرار واعتبرت الحضانة من آثار انحلال الزواج تخضع للقانون الجزائري.

- إن تبني المشرع الجزائري الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري يشوبه ثغرة قانونية ، لأن العلاقة الدولية الخاصة قد لا يطبق بشأنها القانون الجزائري لا حساب الأصل العام الوارد في المادة 12 قانون مدني ، ولا حساب الاستثناء الوارد في المادة 13 قانون مدني جزائري .

مثال ذلك التونسية تزوجت بمغربي توطنا في الجزائر ، خلفت طفلا من هذا الزواج ثم تجنست بالجنسية الجزائرية ، وثار نزاع حول الحضانة بعد الطلاق ، وبذلك لن يطبق القانون الجزائري ، لأن الأصل أن يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، ولن يتم تطبيق الاستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت انعقاد الزواج ، وكان من الأفضل وضع ضابط القانون الشخصي للطفل لأنه يكتسب الجنسية الجزائرية من الأم ويعتبر جزائريا بحكم المادة 17 من قانون الجنسية الجزائري .

- ضف إلى ذلك ، القاعدة العامة (خضوع الحضانة لقانون جنسية الزوج)، تثير إشكاليات متعددة في حالة تغيير ضابط الإسناد (التنازع المتحرك) في الفترة المتراوحة بين إيداع عريضة الدعوى وصدور الحكم ، القاضي يجد نفسه بين قاعدتي إسناد ، لكن يمكن الاستناد على اجتهاد قضائي لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 1966/03/21 الذي اعتبر >> الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية لا يقوم على الحقوق الناشئة عن التنازع ، لكن على جنسية الأطراف >><sup>(7)</sup> .

أ- محدودية قاعدة قانون الشخصي للزوج في مسائل الحضانة :

- قاعدة قانون الشخصي للزوج في مسائل الحضانة تعرف محدودية ، فعلى سبيل المثال : أب أجنبي طلب طبقا لقانونه الشخصي مساعدة تربية لأن سلوك القاصر

مُضرا بمستقبله، وأخلاقه عرضة للخطر، الإجراءات المتبعة لإخضاع الطفل إلى المساعدة التربوية يطبق بشأنها قانون القاضي، كما يجوز للقاضي اتخاذ فيما يخص القاصر بعض التدابير تحت الحراسة المؤقتة<sup>(8)</sup>.

- ومراعاة لمصلحة القاصر، يمكن القاضي الجزائري أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية على النفس، ولو كانت العلاقة تتضمن أطراف أجنبية، كما يجوز له أن يسند مؤقتا حضانة القاصر بموجب أمر استعجالي لأحد الأبوين<sup>(9)</sup>

- ولافتقار القضاء الجزائري لاجتهاد في هذه المسألة، عثرنا على اجتهاد محكمة النقض الفرنسية في باريس مؤرخ في 20 فيفري 1964 يتعلق بمطالبة أب جزائري لإبنته القاصر من نفس الجنسية، عُهدت حضانتها مؤقتا للزوجين H، طبقا للمواد 375 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتدابير المساعدة التربوية الخاصة بالأطفال القصر الأجانب الموجودين في فرنسا.

- وتمسك الأب باختصاص القانون الجزائري فيما يخص السلطة الأبوية، وبالتبعية الأحكام السالف ذكرها غير مختصة.

- وفي هذا الصدد، محكمة النقض الفرنسية قضت بما يلي: >> على افتراض إثبات الجنسية الجزائرية للمستأنف وابنته القاصر، القانون الجزائري هو الذي يحكم الحالة الشخصية لفتح بلعيد، خاصة فيما يتعلق بمنح ومضمون السلطة الأبوية، وذلك طبقا لقواعد تنازع القوانين الفرنسية، لكن أحكام القانون الفرنسي هي التي تطبق لأسباب النظام العام الفرنسي المتمثلة في حماية القاصر الموجود بفرنسا من الخطر الجسدي أو الأدبي<<<sup>(10)</sup>.

- وتضيف محكمة النقض الفرنسية: >> التدابير المتخذة طبقا للقانون الفرنسي مؤقتة، والمساس بسلطة الأب لا يمكنها الدوام إلا لوقت الضرورة، ومراعاة لمصلحة ابنته<<<sup>(11)</sup>.

- غير أن الحضانة ليست وحدها التي تثير تنازعا في القوانين، بل المسائل المرتبطة بها هي الأخرى تثير تنازعا، فكيف يتصدى إليها القاضي الوطني، وهل تخضع لنفس القاعدة التي تخضع لها الحضانة.

### 1-3- القانون الواجب التطبيق على المسائل المرتبطة بالحضانة :

- إن الحضانة يقابلها حق الزيارة ( أ ) التي يمكن تحويلها عن هدفها، فيتربط عليها عدم تسليم الطفل واختطافه (ب) .

أ – القانون الواجب التطبيق على حق الزيارة:

- المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، أقم حق الزيارة ضمن المادة المرتبة لأصحاب الحق في الحضانة، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر .

- وفي هذا الصدد، جعل القضاء الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة وبعده الأجداد ضمن الأشخاص الذين لهم حق زيارة أحفادهم، وقضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/04/21<sup>(12)</sup> مايلي : <<من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن يكون له حق الزيارة أيضا، ومن ثم قضاه الموضوع لما قضوا بحق الزيارة الجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفى، فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن >>.

- ولما كان حق الزيارة من الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية، يطبق بشأنها المادة 13 من القانون المدني الجزائري، بمعنى قانون جنسية الزواج، مع خضوع القاعدة العامة إلى استثناء في حالة احد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج .

-وسبب المشاكل التي تثيرها المسائل المرتبطة بالحضانة، عمدت الدول إلى تنظيم معاهدات دولية، فنصت المادة 10 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 على مايلي :  
الطفل الذي يقيم والداه في دولتين مختلفتين الحق في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه إلا في ظروف استثنائية .

- إلى جانب ذلك، أبرمت معاهدات<sup>(13)</sup> ثنائية بين الجزائر وفرنسا المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في الجزائر يوم 21 جوان 1988، وقد جاءت هذه الاتفاقية نتيجة المشاكل التي ثارت بين الآباء الجزائريين والأمهات الأجنبية المتعلقة بحضانة الأولاد وبحق زيارة الأبوين .

-وقد أراد واضعي هذه الاتفاقية أساسا حماية الطفل ،وتحديد ضمانات لممارسة حق الحضانة وزيارة المحضون وحرية تنقله بين البلدين ، إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القصر دون اهتمام لشروط الحاضن التي جاءت بها القوانين الداخلية .

-ومن المبادئ التي أقرت بها الاتفاقية :

- تنظيم حق الزيارة من طرف البلدين حسب المادة الثانية .

-وضع نظام فعال لتسهيل حق الزيارة ،وتفادي مشكلة إختطاف الأطفال من قبل آبائهم وأمهاتهم استجابة لرعايتهم وحمايتهم .

- رغم التدابير المختلفة،مسألة اختطاف الأطفال مسألة قائمة .

#### ب- اختطاف الأطفال

- يمكن أن تثير مسألة الحضانة إشكاليات متعددة منها إشكالية اختطاف القصر . وتنفيذا لحقوق المحضون وحماية لمصالحه ، خصص قانون العقوبات مواد عالجت فيها حالة عدم تسليم الطفل ، إذ جرمت هذا الفعل وعاقبت مرتكبه ، حيث نصت المادة 327 من قانون العقوبات الجزائري على مايلي : كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم حق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات .

وجاء في المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي : يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 د ج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قاضي في حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو حكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به ، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه الحضانة أو من الأماكن التي وضعه فيها ، أو أبعده عنه أو تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى لو وقع ذلك بغير تحالف أو عنف ، وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني .

-والفرق بين المادتين السابقتين أن الأولى تنطبق على كل شخص وُضع الطفل تحت رعايته وامتنع عن تسليمه ، أما المادة الثانية تطبق فقط على الأبوين والأقرباء الذين

لهم حق الحضانة شرعا في حالة امتناعهم عن التسليم، لكن مع ضرورة استصدار حكم يقضي بمنح الحضانة للمطالب بها على العكس في الحالة الأولى التي لا يشترط فيها ذلك .

- و الاختطاف في الجزائر يشكل مخالفة (أي جريمة ) يحكمها القانون العام الجزائري الداخلي الذي لا يقبل المزاومة من أي قانون آخر ،فهو إقليمي ،وعلى هذا الأساس القاضي يطبق القانون الوطني الجزائري .

-و لأن هذه الظاهرة تضخمت خاصة في الزواج المختلط ،صدرت اتفاقية لاهاي خاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل المؤرخة في 25 أكتوبر 1980<sup>(14)</sup> لم تصادق عليها الجزائر ،تلزم في المادة 16 السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة التي نقل إليها الطفل أو احتجز فيها عدم إصدار قرار حول الجوانب القانونية لحقوق الحضانة حتى يتم اتخاذ قرار يقضي بإعادة الطفل .

- ونصت المادة 06 من نفس الاتفاقية على إنشاء في كل دولة موقعة سلطة مركزية تضمن إعادة الفورية للأطفال، غير انه يحق للسلطة القضائية أو الإدارية المقدم إليها الطلب رفض النظر في طلب إعادة الطفل إذا ترتب عن ذلك مخاطر جسيمة تعرضه للأذى الجسدي أو النفسي<sup>(15)</sup> .

- بناء على هذه الأحكام، رفضت محكمة النقض الفرنسية<sup>(16)</sup> رجوع طفلين لبيت الزوجية بالولايات المتحدة الأمريكية ،أخذا بصفة غير مشروعة من أمهما لأن ذلك يترتب عليه مخاطر جسيمة وأذى نفسي خاصة أنهما يقيمان بفرنسا مدة أربعة (4) سنوات برفقة أمهما ولا يفقهان اللغة الانجليزية وليس لديهما أي علاقة مع فروع الأب .

- وتجدر الإشارة ،أن تطبيق القانون الدولي الخاص شهد إشكاليات في معالجة النقل غير المشروع للطفل بسبب تطبيق مبدأ السيادة ،واتجاه الجهات القضائية المختصة الاعتراض على الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة باسم النظام العام الذي يحمي مصلحة الطفل .

ثانيا- القانون الواجب التطبيق على الولاية على المال ومدى تحقيقه لمصلحة القاصر

سنتناول أولا القانون الواجب التطبيق على ولاية المال في النظم المقارنة ، ثم القانون الواجب التطبيق على ولاية المال في الجزائر .

## 1- القانون الواجب التطبيق على ولاية المال في النظم المقارنة<sup>(17)</sup>:

إن الولاية على المال محل اختلاف بين النظم القانونية المقارنة ، فالبعض منها اتخذ قانون محل الأموال للولاية على المال ، أما بعض النظم المقارنة اتخذت قانون الجنسية كقاعدة إسناد في الولاية على المال .

- إن النظم القانونية المقارنة التي تبنت قانون محل الأموال ، انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية ، أما الدول الأوروبية تبنت قانون الجنسية في الولاية على المال ، حيث نصت المادة 19 من القانون الدولي الخاص الألماني على خضوع العلاقة القانونية التي تربط الطفل الشرعي بأبويه للقانون الشخصي للأب<sup>(18)</sup> .

- و في بلجيكا وفرنسا<sup>(19)</sup> منح القانونين الحق للأبوين إدارة أموال القصر والانتفاع بها ، مع خضوعها لقانون جنسية أطراف العلاقة ، ونفس قاعدة الإسناد تنطبق على القانون الإيطالي<sup>(20)</sup> .

## 2- القانون الواجب التطبيق على ولاية المال في الجزائر :

- تنص المادة 15 من القانون المدني الجزائري على مايلي : «يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديهي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته» .

- وتقضي الفقرة الثانية من ذات المادة : «غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر ، وقت اتخاذ هذه التدابير ، أو تعلقت بأموالهم الموجود في الجزائر» .

- من خلال هذه المادة ، يتبين أن اصطلاح الولاية الوارد في القانون الجزائري ، يشمل الولاية على المال فحسب ، ذلك أنه بالرجوع لأحكام المادة 15 باللغة الفرنسية ، لم يعبر عن الاصطلاح الذي يشملهما معا وهو اصطلاح « la puissance paternelle » .

- ضف إلى ذلك اقتران الولاية في هذا النص بالوصاية والقوامة تجعلنا نتأكد أنها تعني الولاية على المال دون الولاية على النفس .

- من جانب آخر ، الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية على مال القصر وعديهي الأهلية تتضمن قاعدة عامة واستثناءات .



1-2- القاعدة العامة: تبني قاعدة قانون الشخص الذي تجب حمايته .

- يسري على التنازع في الأحكام العامة للولاية وثبوتها وانتهائها لاسيما سلطات الولي والوصي أو القيم ، والتزاماتهم ، قانون الشخص الذي تجب حمايته ، أما إذا كان القاصر متعدد الجنسية يطبق القاضي الجزائري قانون الجنسية الحقيقية .

- والجنسية الحقيقية للشخص هي تلك التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها ، ويظهر ذلك في ظروف الحال كالإقامة في إقليم دولتها بصفة منتظمة ، أو اتخذ إقليمها موطنًا لممارسة جميع نشاطاته أو التحق بإحدى الوظائف العامة .

وإذا كان القاصر منعدا الجنسية ، نصت المادة 03/22 من القانون المدني على تطبيق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة، لكن في حالة إنعدام موطن محل الإقامة ، كيف يتصدى القاضي الذي ينظر في النزاع ؟ إن الفقهاء اعتبروا أنه إذا لم يكن للقاصر موطن أو محل إقامة وجب تطبيق قانون القاضي .

الحالة الثالثة التي يمكن تصورها وجود للقاصر الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتعددة ، حسب المادة 02/22 من القانون المدني على تطبيق القاضي الجنسية الجزائرية دون النظر للجنسيات الأخرى.

أ- محدودية قاعدة قانون الشخص الذي تجب حمايته :

- يطبق القضاء الجزائري القانون الشخصي للقاصر الواجب حمايته لأجل تقرير إذا كان الولي أو الوصي أو القيم عليه استصدار إذن من المحكمة لبيع عقار الذي تجب حمايته .

- إلا أن إجراءات بيع العقار لا تخضع لقانون الشخصي للقاصر، وإنما تخضع لقانون القاضي تطبيقا لنص المادة 21 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها : «يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات» .

- وبذلك يجد القاضي نفسه مجبرا لأجل التوفيق بين أحكام الشروط الموضوعية للولاية التي تخضع لقانون الشخصي للقاصر ، و أحكام الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي .

من الناحية العملية، التوفيق بين قانون القاضي وقانون الشخصي للقاصر الواجب حمايته يترتب عليه صعوبات، ذلك أن الإجراء الذي نص عليه قانون الشخصي قد يتعارض مع إجراءات المتبعة في القانون الجزائري، ضف إلى ذلك قد لا تمنح إجراءات قانون القاضي الحماية الكافية ومماثلة للتي يمكن للقانون الشخصي للقاصر منحها .

- إضافة إلى كل ما سبق ، ولو لم توجد حالة استعجال، إذا ما تبين تقصير الوالي أو الوصي أو القيم في إدارته أموال القاصر ، و كانت العلاقة القانونية يشملها عنصرا أجنبيا، القاضي الوطني يتخذ إجراءات ضرورية مؤقتة لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي<sup>(21)</sup>، وبالتالي استبعاد قانون الشخص الذي تجب حمايته لصالح قانون القاضي لاتصال الإجراءات الوقتية بحماية مراكز وحقوق أشخاص لا يتمتعون بكامل الأهلية .

- وتتجلى أيضا محدودية تطبيق القانون الوطني للشخص الذي تجب حمايته ، إذا وُجد الشخص الواجب حمايته بعيدا عن وطنه، بذلك قانون الموطن هو الأفضل لأن علاقة القاصر بالبلاد المتوطن فيها تكون أقوى، بشرط أن يكون ذلك في مصلحة القاصر.

## 2-2- الاستثناءات

إن قاعدة الشخص الذي تجب حمايته يشملها إستثناءات :

- الاستثناء الأول: قرر المشرع الجزائري في مسألة الولاية على المال استثناءا، إذ منح الاختصاص للقانون الجزائري، إذا تعلق الأمر بتدبير إستعجالي وكان القاصر أو عديم الأهلية موجود في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، ويمكن تصور حالة وفاة الأبوين في حادث بالجزائر، فيعين القاضي له بصفة استعجالية وطبقا للقانون الجزائري قيما بصفة مؤقتة يتولى إدارة شؤونه المالية في حدود سلطاته.

- الاستثناء الثاني : يطبق القاضي القانون الجزائري، إذا تعلق النزاع بأموال موجودة في الجزائر.

- ومن النتائج المترتبة على تطبيق هذا الاستثناء، أن الذي يمارس الحضانة، يمكنه أن لا يمارس الولاية حسب القانون الجزائري، وبالتالي وجود ازدواجية في الولايتين، مما يترتب عليه إضعاف السلطة الأبوية في حالة عدم ممارسة الولايتين في آن واحد<sup>(22)</sup>.

- وخضوع الولاية على المال للقانون الجزائري، يثير إشكاليات متعددة في حالة تبعثر أموال القاصر في بلدان مختلفة، إذ عمليا يجب تعيين قيم في كل جهة قضائية تقع في دائرة اختصاصها الأموال، والقيم عليه أن يخضع للقانون المحلي<sup>(23)</sup>، والأموال هي الأخرى تخضع للنظام القانوني المحلي.

### الاستثناء الثالث

- يمكن تصور حالة عقد طرفين أحدهما أجنبي الجنسية، تصرفا ماليا في الجزائر، وتبين أن الطرف الأجنبي ناقص الأهلية حسب قانون دولته، وكامل الأهلية حسب القانون الجزائري، وحصل تنازع بينهما حول التصرف المالي أمام القاضي الجزائري، فإن هذا الأخير سيطبق الاستثناء الوارد في المادة 10 من القانون المدني الجزائري، بمعنى آخر لا يؤخذ القاضي بقانون جنسية الأجنبي، فالمعاملة تعد صحيحة وهو كامل الأهلية بشرط أن المعاملة نتج أثرها في الجزائر، ونقص الأهلية فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر.

- إن اعتماد المشرع الفقرة الأخيرة من المادة 10 من القانون المدني الجزائري (نقص الأهلية فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر)، سيمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة، وكان من الأحسن مراعاة لمصلحة القاصر الأجنبي تبسيط القاعدة من خلال النص على الشرط الأول فحسب، المتمثل في عقد التصرف المالي وتنتج أثره في الجزائر.

ثانيا - الفصل بين القانونين الواجب تطبيقهما على نظامي الحضانة والولاية على المال لا يخدم مصلحة القاصر

- تتجلى مظاهر وضع الحدود بين نظام الحضانة والولاية على المال في القانون الدولي الخاص الجزائري، حيث تنص -نص المادة 15 من قانون مدني جزائري المعدلة: <<يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة، وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية قانون الشخص الذي تجب حمايته >>.

- إن اصطلاح الولاية الوارد في القانون الجزائري يشمل الولاية على المال فحسب، ذلك أنه بالرجوع لأحكام المادة 15 باللغة الفرنسية، لم يعبر عن الاصطلاح الذي يشملهما معا وهو اصطلاح <<la puissance paternelle : la >>.

- ضف إلى ذلك اقتران الولاية في هذا النص بالوصاية والقوامة تجعلنا نتأكد أنها تعني الولاية على المال دون الولاية على النفس .

- ويرى البعض<sup>(24)</sup> أن الفصل بين قانون الواجب التطبيق على نظام الحضانة وقانون الواجب التطبيق على نظام الولاية على المال ، يخدم مصلحة القاصر ، لأن الشخص الحاضن يمكن أن يكون مؤهلا لممارسة الحضانة لكنه غير مؤهلا لإدارة أموال القاصر .

- إن هذا الاتجاه أخذ به قرار المحكمة العليا لواشنطن المؤرخ في 1924/10/20 ، حيث قضت بما يلي: << ولاية الأب لا تمنح ضمانات كافية لإدارة ثروة ابنه ، وبما أن القانون الأمريكي يفصل بين الولايتين ، فالقاصر يمكنه الاستفادة من توجيه الأب وإرشاده وحنانه ، لكن لا يمنح لهذا الأخير إدارة أملاك ابنه >> .

- من جانبنا نخالف هذا الرأي ، لأنه في حالة تنازع القوانين على نظامي الحضانة والولاية على المال في آن واحد ، يجد القاضي الجزائري نفسه أمام قاعدتي إسناد القاعدة الأولى تخص الحضانة ، حيث يطبق القاضي قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى تطبيقا للمادة 12 من القانون المدني ، والقاعدة الثانية المتعلقة بالولاية على المال ، يطبق بشأنها قانون جنسية الذي تجب حمايته ، تطبيقا لنص المادة 15 من القانون المدني الجزائري .

- وتنازع القوانين حول هاتين المسألتين ، يجعل القاضي أمام قاعدتي إسناد رغم أن النظامين مرتبطان ومتصلان ، والصعوبة تظهر في حالة اختلاف جنسية الواجب حمايته (القاصر) ، عن جنسية الزوج (الأب) .

- من جهة أخرى ، في القانون الموضوعي الجزائري (المادة 87 ) من قانون الأسرة الجزائري في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ، بمعنى آخر استجماع حق الحضانة وحق الولاية على المال معا .

- وبذلك إذا وقع نزاع حول الحضانة والولاية على المال أمام القضاء الجزائري بين أم جزائرية اكتسبتها بعد الزواج ، وزوج أجنبي ، القاضي الجزائري كقاعدة عامة سيطبق

المادة 12 قانون مدني جزائري المتضمنة تطبيق القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى باعتبار الأم اكتسبت الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج .

- ويطبق بشأن الولاية على المال القانون الجزائري، لأن القاصر اكتسب الجنسية الجزائرية من جهة الأم تطبيقاً لقانون الجنسية الجزائرية .

- ولتفادي ذلك، يمكن القاضي الجزائري استبعاد القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام الجزائري، لأنه لا يخدم مصلحة القاصر، كأن يكون الزوج مسلماً لكن قانون جنسيته يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية فيما يخص الولاية .

ثالثاً- القانون الواجب التطبيق على الحضانة والولاية على مال المكفول ومجهول النسب

- سنتناول أولاً القانون الواجب التطبيق على الحضانة والولاية على مال المكفول، ثم القانون الواجب التطبيق على حضانة وولاية مال مجهول النسب .

#### 1-4- القانون الواجب التطبيق على حضانة وولاية مال المكفول:

- إن كان التبني ممنوعاً شرعاً وقانوناً<sup>(25)</sup>، قانون الأسرة أجاز الكفالة التي تمثل التزاماً على وجه التبرع بالقيام بولد القاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه، وتتم بعقد شرعي أمام المحكمة والموثق، وبرضا من له أبوان<sup>(26)</sup> .

- وتخول الكفالة الولاية القانونية، وبذلك يمكن للكافل حسب المادة 122 من قانون الأسرة الجزائري إدارة أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول .

- وبذلك، الكافل يقوم بشؤون المكفول المتعلقة بشخصه وأمواله، وإذا لم تتضمن العلاقة القانونية عنصراً أجنبياً، وطلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما، يُخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وان لم يكن مميزاً لا يسلم إلا بإذن القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول .

- أما إذا تضمنت العلاقة القانونية عنصراً أجنبياً، وحصل تنازع بشأن ولاية المكفول، يطبق القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع، المادة 13 من القانون المدني الجزائري، المضافة بالقانون (05-10) التي نصت على ما يلي: "يسري على صحة الكفالة قانون

جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل".

- يتضح من نص المادة أن، الولاية على النفس والمال من آثار الكفالة، يطبق بشأنها قانون جنسية الكفيل، ورأى البعض<sup>(27)</sup> أن تطبيق قانون جنسية الكفيل منطقي لأن الكفيل هو الذي يتولى الرعاية والتربية، لكننا لا نشاطر الرأي في ذلك، فكان لزاما إخضاع آثار الكفالة التي تدخل في نطاقها الولاية على المال والحضانة إلى قانون القاضي الذي أبرم عقد الكفالة، فهو القانون الأقرب، باعتبار القاضي الذي أبرم أمامه عقد الكفالة، وتحقق من شروطها وانعقادها، وتأكد من توفر الشروط القانونية في الكفيل، مما يخدم مصلحة القاصر أكثر.

- وفي حالة اختلاف جنسية الكفيل عن المكفول، حيث الأول أجنبي والثاني جزائري الجنسية، القاضي أمامه استبعاد القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية.

#### 2-4- القانون الواجب التطبيق على حضانة وولاية مال مجهول النسب :

- القانون الجزائري ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينه بالطرق المشروعة، إلا أنه في حالة الإنكار يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح، أو الإقرار (la reconnaissance de paternité) أو البيينة (la preuve) أو بنكاح الشبهة، وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول.

لكن قد يصادف القاضي عدة حالات :

- في حاله كون الأب مجهولا، ينسب الولد لأمه، وهو ما يفهم من نص المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري، ومادام الولد نسب لأمه، فهو جزائري الجنسية عملا بأحكام المادة 06 من قانون الجنسية الجزائري الصادر بموجب أمر (01-05) المعدل والمتمم للأمر (70-86) الذي جاء فيها: >> يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري وأم جزائرية <<، وبالتالي يطبق القاضي القانون الجزائري.

- كذلك يطبق القاضي قانون الجزائري للولد القاصر الذي تثبت له الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة الميلاد دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها<sup>(28)</sup>.

-و إذا كان مجهول الأبوين، وولد في الجزائر تثبت له الجنسية الجزائرية، غير أنه إذا ثبت خلال قصوره انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية، وكان ينتمي على جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما، لا يعد جزائريا قط<sup>(29)</sup>، والقاضي الجزائري يطبق قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم<sup>(30)</sup>.

- لكن، توجد حالات لا يسري فيها إلا قانون القاضي على نظام الحضانة والولاية على المال، رغم أن أطراف العلاقة عناصر أجنبية.

**خامسا: قانون القاضي وحده يطبق على نظام الحضانة والولاية على المال.**

-توجد صورا يستبعد فيها القاضي القانون الأجنبي، و يطبق القانون العام الجزائري على أساس مبدأ إقليمية القانون العام، ومبدأ مخالفة النظام العام، ومبدأ إقليمية قوانين الشرطة والأمن، والغش نحو القانون.

### 1- مبدأ إقليمية القانون العام

- جريمة ترك الأسرة يُعاقب عليها قانون العقوبات الجزائري، ويخضع إليها الوطنيين لاسيما الأجانب، حيث نصت المادة 330 منه على ما يلي: يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25.000 إلى 100.000 دج:

1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية وذلك بغير سبب جدي، ولا تنقطع مدة الشهرين، إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع يبنى عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية.

2- الزوج الذي يتخلى عمدا لمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لسبب غير جدي.

3- أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء

السلوك أو بأن يُهمَل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم ، وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية أو لم يقض بإسقاطها .

- وبذلك إذا وجدت متابعة لجريمة ترك الأسرة ، القاضي يطبق القانون الجزائري مستبعدا القانون الشخصي الأطراف .

- إضافة إلى ما سبق ، إذا ارتكبت فواحش بين الأب أو الأم أو كلاهما معا على القاصر ، فإن الحكم المقضي به ، حسب المادة 337 مكرر من قانون العقوبات يتضمن فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية ، ولو كان أطراف العلاقة عنصرا أجنبيا ، عملا بإقليمية القانون العام .

## 2- مبدأ مخالفة النظام العام

- جاء الفقه بمعايير كثيرة لتحديد مجال الدفع بالنظام العام ، فعند البعض يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا اشتمل نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي ، وعند البعض الآخر يعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا كان متعارضاً مع السياسة التشريعية للدولة ، ويرى البعض الآخر وجوب استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام لما يصطدم بالمبادئ المتعارف عليها في جماعة الأمم المتحضرة .

- وأمام هذه الصعوبة ، يبقى القاضي هو المناط وحده أمر تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي مخالف أو غير مخالف للنظام العام ، في مسائل الحضانة أو الولاية على المال .

### 1-2 – بعض مسائل الحضانة يستبعد فيها القانون الشخصي باسم النظام العام

- وتكريسا لحماية القاصر ، استبعد في مسائل الحضانة القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام الجزائري المستمد في مسائل الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية ، حيث في قضية تتلخص وقائعها في أن أماً حاولت تربية ولدها على دينها المسيحي متجاهلة دين أبيه ، فصدر قرار عن المجلس الأعلى المؤرخ في 16/04/1979<sup>(31)</sup> جاء فيه <<من المقرر أن الأم تستحق حضانة الأولاد شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم >> .



- إن هذا الاجتهاد القضائي وقف ضد طمس الأم المسيحية الحاضنة لمعالم الهوية الإيمانية للطفل، معتبرا أنه من مصلحة القاصر تنشئته وتلقينه تعاليم دين أبيه الذي هو دين الإسلام .

- وفي قرار آخر، للمحكمة العليا صادر بتاريخ 19/02/1990<sup>(32)</sup> اعتبرت المحكمة أن مصلحة القاصر تتكسر إذا لم تفقد الروابط مع الأب وتنشئته في محيط اجتماعي عربي ومسلم ، حيث قضت >> من المقرر شرعا وقانونا إسناد الحضنة يجب أن يراع فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ، ومن ثم القضاء بإسناد حضنة الصغار للأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب ، يعد مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار>> .

- لكن في اتجاه آخر ، اعتبر الاجتهاد القضائي الجزائري أن مصلحة القاصر تتكسر إذا لم يتم إبعاده عن المبادئ الوطنية والثقافية التي تربطه بوطنه ولو كان إسناد الحضنة لغير مسلمة بحيث قرر المجلس الأعلى بتاريخ 02/01/1989 ، ما يلي : >>من المقرر قضاء في مسألة الحضنة في حاله وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر ، فإنه من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة>> ، وهو نفس اتجاه قرار المحكمة العليا رقم 111048 المؤرخ في 21/11/1995 لما جاء فيه : إن إقامة الأم بالخارج سببا من أسباب سقوط الحضنة عنها وإسنادها للأب ، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج ، وكذا حق الزيارة وذلك لبعده المسافة<sup>(33)</sup> .

2-2- بعض مسائل الولاية على المال يستبعد فيها القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام

- في مسائل الولاية على المال لا توجد أحكاما أو قرارات تقضي في هذا الاتجاه ، لكن يمكننا تصور حالات خاصة مع تطور القانون الدولي الخاص المقارن ، على سبيل المثال عرض نزاع حول إسقاط الولاية أمام القاضي الجزائري ، وتبين للقاضي أن استحقاق الولاية على المال ناتجة عن زواج شخصين أجنبيين من نفس الجنس ، والشخص المخول

له الولاية حسب القانون الأجنبي لا يعد القاصر من نسله ، والقاضي في هذه الحال يستبعد القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام الجزائري .

### 3- مبدأ إقليمية قوانين الشرطة والأمن

- نصت المادة 05 من القانون المدني الجزائري على ما يلي :>>يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن>>. وبذلك القوانين المتعلقة بسلوك القاصر وتربيتهم تدخل في نطاق قوانين الشرطة والأمن .

- في حالة فشل السلطة الأبوية ، أو لما لا تتمكن الأسرة من رعاية وحفظ القاصر سواء كان جزائريا أو أجنبيا، يمكن طلب المساعدة التربوية ، عن طريق مجموع من الإجراءات التي تهدف إلى التوفيق ما بين سقوط السلطة التربوية وحق التأديب الذي هو عادة للأبوين – وهذا عن طريق القضاء<sup>(34)</sup>، وبالتالي إذا تبين أن القاصر معرضا للخطر أو سلوكه مضرا بالمستقبل ، يمكن إخضاعه لتدبير الحماية والمساعدة التربوية ضمن الشروط المنصوص عليها في الأمر (03-72) المؤرخ في 10/02/1973 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة .

- في هذه الحالة ، يتكفل القاضي بإخضاع القاصر سواء كان وطنيا أو أجنبيا للتدابير اللازمة ، كاللجوء إلى تحقيق اجتماعي ومراقبة سلوك القاصر ، بل اتخاذ تدابير الضرورية التي يملها القانون الجزائري مستبعدا بذلك القانون الأجنبي .

- وحسب رأينا ، القوانين المتعلقة بإجبارية التعليم تدخل في نطاق قوانين الشرطة والأمن ، إذ حتى وإن لم ينص المرسوم التنفيذي (10-02) المؤرخ في 04/01/2010 المحدد للأحكام المتعلقة بإجبارية التعليم<sup>(35)</sup> صراحة على وجوب تسجيل الأطفال الأجانب ، إلا أن الأحكام حسبنا تشملهم أيضا لأنها تتضمن حفظ امن الأشخاص والنظام العام ، وعدم تسجيل القاصر وطنيا أو أجنبيا يفتح المجال للتشرد والاضطراب في المجتمع ، مما يجعل القاضي يطبق القانون الوطني مستبعدا القانون الوطني للقاصر .

### 4- الغش نحو القانون<sup>(36)</sup>

- قد يعتمد أطراف العلاقة إلى تغيير ضابط ، والتغيير الذي يقوم به أطراف العلاقة قد يكون بشكل متعمد للتهرب من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة ، ويشترط

لإعمال الغش نحو القانون توفر الركن المادي المتمثل في التغيير الإرادي لضابط الإسناد، وتوفر الركن المعنوي المتمثل في نية الغش نحو القانون .

على سبيل المثال: أبوين من جنسية أجنبية، اكتسبوا جنسية بلد آخر لأجل الحصول على سلطات واسعة لإدارة أموال القاصر والانتفاع بها واستغلالها دون قيود، القاضي الجزائري إذا عُرض عليه النزاع لن يؤخذ بعين الاعتبار تغيير ضابط الجنسية، ويطبق قانون الجنسية الأصلية .

#### خاتمة

لو أجرينا مفاضلة بين ضابط الجنسية وضابط الموطن، يتبين لنا أن ضابط الجنسية هو الأفضل لا محال، ذلك أن العلاقة التي تربط الطفل بأبويه قد يشملها اعتقادات دينية وأعراف في بعض الأحيان يصعب على القاضي الذي عُرض عليه النزاع فهمها .

إضافة إلى ذلك، ضابط الجنسية أسهل للتحديد وثابتا مقارنة مع ضابط الموطن، وتطبيقه فيه احترام للمبادئ الأسرية .

من جانب آخر، مادام الطفل هو الشخص الرئيسي في العلاقة القانونية، يجب أخذ بعين الاعتبار مصلحته .

لهذا لنا جملة من الاقتراحات :

بالنسبة للحضانة، نرى وضع ضوابط اختيارية كما يلي، تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أو قانون جنسية القاصر، أو قانون الموطن مع مراعاة مصلحة القاصر، حتى وإن كان يمثل ذلك عملا معقدا للقاضي الذي يجب عليه تناول مضمون كل قانون لتحديد القانون الذي يراعي مصلحة القاصر، إلا أنه أمر يستحق العناء .

- من جهة أخرى، إذا كانت في العلاقة القانونية طرفا جزائريا، يطبق القاضي القانون الجزائري دون تحديد فترة انعقاد الزواج تطبيقا للمادة 13 من القانون الجزائري، لأن ذلك فيه تحقيق لمصلحة القاصر .

بالنسبة للولاية على المال، الفقرة الثانية من المادة 15 من القانون المدني تتضمن استثناءا بالنسبة للأموال الموجودة في الجزائر، حيث يطبق القانون الجزائري على ولاية

مال القاصر دون مناقشة وكان من الأفضل النص على تطبيق القانون الجزائري إذا كان ذلك في مصلحة القاصر. مع تطبيق القانون الجزائري بصفة مطلقة إذا كان أحد الأطراف جزائري.

- وضع ضابطا موحدًا للحضانة والولاية على المال، خاصة أن النظامين مرتبطين في حالة الطلاق، وحتى يسهل الأمر على القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق.

## الهوامش

<sup>1</sup> - دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وإنحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفا تر السياسة والقانون، عدد 04، جانفي 2011، ص 247

<sup>2</sup> -Le tribunal de grande instance de paris en 1979 se prononce comme suit :<<Une disposition légale étrangère déniant à un enfant , au motif qu'il est né hors Mariage , tout droit à établir sa filiation est fondamentalement opposé à la conception française moderne des droit de l'enfant est , comme telle heurte l'ordre public >>, voir : jacqueline Pousson petit, les droit maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français , le Harmattan , France , p388.

<sup>3</sup> -<<L'intérêt de l'enfant est un élément déterminant pour apprécier si l'ordre public peut ou non s'opposer à l'application d'une loi étrangères attribuant le droit de garde de tel ou tel parent . si la règle de l'attribution automatique de l'autorité parentale au père est une règle discriminatoire à l'égard de la mère , il n'est pas exclu que cette attribution soit considéré comme conforme à l'intérêt concret de l'enfant >>.voir jacqueline Pousson petit, les droit maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français , l'Harmattan , France , p383.

<sup>4</sup> -<<En droit international privé français et Belge , la préférence pour le critère de la nationalité a été tempérée avec les année par la jurisprudence qui fait aujourd'hui une large part au critère au domicile >>, voir jacqueline Pousson petit, les droit maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français, page 395.

<sup>5</sup> -selon l'article 50 CDIP<<la garde est soumise , soit à la loi en vertu de laquelle le lien matrimonial a été dissous, soit à la loi national de l'enfant ou de son domicile, le juge appliquera la loi la plus favorable à l'enfant >>, voir Ridha Boukhari, la protection de l'enfant en droit international privé tunisien : l'exemple de la Hadana , Revue québécoise du droit international , N°23.1, page ,

<sup>6</sup> - دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وإنحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفا تر السياسة والقانون، ص 248.

<sup>7</sup> -La cour de cassation avait affirmé dans un arrêt du 21/03/1966 que <<La compétence internationale des tribunaux français est fondée , non sur les droits nés des faits litigieux , mais sur la nationalité des partie >>, voir : Ali Mebourkine , le droit international privé Algérien de la famille , page 228.

<sup>8</sup> -راجع الأمر 03-72 المؤرخ في 10/02/1972 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة .

<sup>9</sup>- راجع المادة 460 من قانون 09-08 مؤرخ في 2008/02/23 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

<sup>10</sup> -La Cour d'appel de paris à énoncé <<qu'en supposant admise la preuve de la nationalité algérienne de l'appelant et de sa fille mineure , la loi algérienne de l'appelant serait effectivement seule appelée à régir le statut personnel de Fettah Belaid et spécialement l'attribution , le contenu et le fonctionnement de la puissance paternelle à son égard , conformément à la règle française du conflit de lois ; que , cependant les disposition de la loi française , notamment les article 375 et suivant du code civil , sont application malgré les disposition de la loi nationale pour une raison d'ordre public français , lorsqu'elles ont pour but d'assurer la protection du mineur en danger physique ou moral résident en France >>, voir Lucienne Topor , les conflits de lois en matière de puissance parentale , op cit , page 283.

<sup>11</sup> -La Cour d'appel de paris à précisé << que les mesures prises conformément à la loi interne française étaient provisoires et que l'atteinte grave aux prérogative du père ne pouvaient se perpétuer au de la du temp ou elle demeurerait strictement nécessaire à l'interet de sa fille >>, voir Lucienne Topor , les conflits de lois en matière de puissance parentale , op cit , page 283.

<sup>12</sup> - غرفة الأحوال الشخصية .محكمة عليا .ملف رقم 189181 مؤرخ في 1998/04/21 .مجلة قضائية سنة 2001 ، عدد خاص ، ص 192.

<sup>13</sup> - المشرع الدستوري نص في المادة 123 من الدستور على سمو المعاهدات المصادق عليها من الدستور على القانون ،وعليه إذا وقع تعارض بين المعاهدة ونصوص التشريع الداخلي ،فعلى القاضي تغليب نصوص المعاهدة سواء جاءت نصوص التشريعية الداخلية سابقة عليها أو لاحقة لها .

<sup>14</sup> -الاتفاقية موجودة في الموقع الإلكتروني :

www.hcch.net/upload/text28-ar.pdf

<sup>15</sup> - راجع المادة 13 من اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي

<sup>16</sup> - Ridha Boukhari , la protection de l'enfant en droit international privé tunisien : l'exemple de la Hadana , Revue québécoise du droit international , N°23.1,page ,

<sup>17</sup> -Lucienne Topor , les conflits de los en matière de puissance parentale librairie Dalloz , Toulouse , France , 1971 , 293et suivant .

<sup>18</sup> <<En Allemagne en effet l'article 19 dispose que les rapports existant entre l'enfant légitime et ses parents relèvent de la loi personnelle du chef de famille >> , voir : Lucienne Topor , les conflits de los en matière de puissance parentale , page297.

<sup>19</sup> - <<-En Belgique et en France , dans ces pays , il est Admis que le droit des parents de gérer les biens de leurs enfants mineurs ainsi de que le droit d'usufruit de ces bien dépendent de la loi personnelle des parties >>, voir : Lucienne Topor , les conflits de los en matière de puissance parentale , page297.

<sup>20</sup> -<<En Italie les relations d'ordre patrimonial qui unissent parent et enfant relèvent de la loi nationale des intéressés >>, voir : Lucienne Topor , op cit , page 298.

<sup>21</sup> - راجع المادة 473 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

<sup>22</sup> - <<l'autorité du père indispensable à l'exercice des droits de la personne l'enfant se trouvaient considérablement affaiblie s'il ne gérait pas en même temps le patrimoine du mineur>> : voir Lucienne Topor , les conflits de lois en matière de puissance parentale , opcit page 294.

<sup>23</sup> - <<En pratique cela signifie qu'un tuteur doit être nommé à l'enfant dans toute juridiction ou ce dernier possède meuble ou immeuble , ce représentant doit se conformé au prescription de la loi local>> , voir Lucienne Topor , les conflits de lois en matière de puissance parentale , opcit page 294.

<sup>24</sup> - <<Les partisans de la dissociation entre la loi sur la personne de l'enfant et la loi sur ces biens estiment que cette dissociation est conforme à l'intérêt de l'enfant >>, voir Lucienne Topor , les conflits de lois en matière de puissance parentale , op cit page 294.

<sup>25</sup> - راجع المادة 46 من قانون الأسرة .

<sup>26</sup> - راجع المادة 117 من قانون الأسرة .

<sup>27</sup> - Lucienne Topor, les conflits de lois en matière de puissance parentale , librairie Dalloz , 1971, page 56.

<sup>28</sup> - راجع المادة 02/07 من الأمر (01-05) المعدل والمتمم للأمر (86-70) المتضمن قانون الجنسية الجزائري ، ج ر عدد 15 مؤرخة في 2005/02/27.

<sup>29</sup> - راجع المادة 01/07 من الأمر (01-05) المعدل والمتمم للأمر (86-70) المتضمن قانون الجنسية الجزائري .

<sup>30</sup> - راجع المادة 10 من القانون المدني الجزائري .

<sup>31</sup> - <<la cour suprême , rappelant le principe de l'éducation de son père ,a annulé une décision qui a attribué la garde à une mère de confession chrétienne ,après avoir constaté que celle-ci a entendu élever les enfant dans sa propre religion >>, chambre de statut personnel 16/04/1979 Bulletin des magistrat ,n02, page 108, cité par Mostapha Kouidri , la garde de l'enfant :droit ou obligation , Revue Algérienne des sciences juridique Economique et Politique ,N°01, 2012,page233.

<sup>32</sup> - <<il est établi , souligne ,à ce propos la cour suprême , selon le charia et la loi , que l'attribution de la Hadana doit prendre en compte l'intérêt de l'enfant gardé , son éducation dans la religion de son père ,il s'ensuit ensuite que le fait de statuer en confiant la garde des petits enfants à la mère qui réside dans un pays étranger loin du contrôle du père comme en l'espèce , est au contraire au charia et la loi ; il en découle la cassation de l'arrêt dont pourvoi >>, Arrêt n°59013 du 19/02/1990 revue de la jurisprudence ,n°04 page 116 ; cité par : Mostapha Kouidri , la garde de l'enfant :droit ou obligation , Revue Algérienne des sciences juridique Economique et Politique ,N°01, 2012,page233.

<sup>33</sup> - نشرة القضاة العدد 52 لسنة 1997 ، ص 102.

<sup>34</sup> - الغوثي بن ملحمة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ،ديوان المطبوعات الجامعية ،سنة 2005 ، ص 164.

<sup>35</sup> - ج ر عدد 01 المؤرخ في 2010/01/06.

<sup>36</sup> - نشأة الدفع بالغش نحو القانون قضية بوفرمون.تتلخص وقائعها بأن أميرة فرنسية تسمى بوفرمون أرادت التطلاق من زوجها للزواج بأمير روماني .ولما كان القانون الفرنسي الذي هو الواجب التطبيق يمنع الطلاق ،تجنست الأميرة بجنسية إحدى الدويلات الألمانية الذي يسمح بالتطبيق ،فتزوجت في برلين ،ورجعت إلى فرنسا وأقامت مع زوجها ،فرجع الزوج الأول دعوى أمام القضاء الفرنسي لإبطال طلاقها منه ،وبالتالي إبطال الزواج المترتب عليه ،وقضت محكمة النقض الفرنسية بذلك .

## القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري

TRIKI Dalila, Maitre assistante "A",  
Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques Université A. Mira Bejaia  
06000 Bejaia –Algérie.

تريكي دليلا، المولودة آيت شاوش  
أستاذة مساعدة "أ"، كلية الحقوق والعلوم  
السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة،  
06000، بجاية، الجزائر.

### مقدمة

يظهر ومن الوهلة الأولى أنّ مصطلح الميراث والذي معناه الخلافة بسبب الموت مرجعه دائما نص قانوني. إلا أنّ بعض الدول تطلق مصطلح الميراث على الميراث القانوني والذي مرجعه نص قانوني Succession legitime، وعلى الميراث الإيصائي والذي مرجعه إرادة المتوفى قبل وفاته Succession testamentaire. ومن بين هذه الدول إيطاليا وانجلترا، واللذان جعلتا الأولوية للميراث الإيصائي على حساب الميراث القانوني والذي لا ينقذ إلا في غياب الأول، لأنّ الأصل في البلاد التي تأخذ بالميراث الإيصائي هو أنّه لا يُرجع إلى قواعد التوريث القانونية إلا عند عدم وجود وصية من المتوفى أو عند بطلانها<sup>1</sup>.  
أما تشريعات دول أخرى فإنّها تطلق مصطلح الميراث على الخلافة بسبب الموت فقط، ومنها الدول التي تأخذ بالتشريع الإسلامي كمصدر لقوانين الأحوال الشخصية، وتأخذ بالوصية كذلك إذا توفرت فيها الشروط القانونية في الشكل والموضوع وفي شخص الموصى له وبعدها تنتقل إلى توزيع التركة على مستحقّيها. غير أنّها لا تصفها بالميراث الإيصائي كما هو الحال بالنسبة للدول السابقة، وإنّما هي مجرد وصية، والميراث هو ما يخضع لقواعد قانونية لا علاقة لإرادة المتوفى بها.

### أولا: تصنيف الميراث بين الأحوال العينية والأحوال الشخصية

خلافا لبعض المسائل والتي موضوعها مالي والتي تدخل في إطار الأحوال العينية والمسائل الأخرى التي تخصّ حالة الشخص والمتعلّقة بالأساس بمركزه في أسرته كالزواج والطلاق والنفقة والتي تدخل في إطار الأحوال الشخصية دون اختلاف، فإنّ الميراث يقع

بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، فأحدث بذلك خلافاً فقهيًا واختلافاً تشريعيًا وذلك بشأن تحديد القانون الذي يخضع له، فأنج هذا نظرتين جوهريتين: النظرية الأولى: تنظر إلى أنّ انتقال المال عن طريق الميراث ومهما كانت طبيعته ما هو إلاّ عملية من عمليات نقل الملكية الأخرى فتخضعه بذلك لقانون الأحوال العينية، لأنّ الاختلاف الوحيد يكمن في سبب الانتقال وهو الوفاة (بخلاف التصرفات الأخرى)، لكن الموضوع دائماً نفسه. وبالتالي فالقانون الذي يطبق هو نفسه القانون الذي يطبق على الأحوال العينية، وهذا ينطبق على كل التصرفات الناقلة للملكية ومهما كانت طبيعة هذا النقل.<sup>2</sup>

النظرية الثانية: ترى أنّ إخضاع الميراث لقانون الأحوال الشخصية هو مبرر عند من يرى أنّ الميراث مرتبط بحياة ووفاة شخص معين، وأنّ هذا الانتقال مرتبط بروابطه العائلية، وعلى اعتبار المحافظة على هذه الأموال في إطار العائلة وبالتالي يجب إخضاع هذه العملية للقانون الشخصي للفرد.<sup>3</sup>

وأرى أنّ الاعتبار الأهم في إخضاع الميراث لقانون الأحوال الشخصية في بعض الدول هو خضوع تقسيم الميراث فيها لأحكام دينية بحتة، مثلما هو الحال بالنسبة للدول التي تخضع قوانين الأحوال الشخصية فيها لأحكام الشريعة الإسلامية ومن بينها الجزائر. أمّا إذا رجعنا للقانون المقارن فإنّ معظم الدول تفرّق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، بحيث وضعت لكل منهما قاعدة إسناد تخصّه. وقد اتفقت هذه الدول على إخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه، واختلفت في قاعدة الإسناد الخاصة بالمنقول، حيث أخذت بعض الدول ومنها بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا بقاعدة إخضاع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفّي، وأخذ البعض الآخر مثل النمسا والمجر ورومانيا بقاعدة إخضاع الميراث المنقول لقانون جنسية المتوفّي.<sup>4</sup>

أمّا باقي الدول لم تفرّق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، فصارت قاعدة إسناد واحدة لهما مع اختلافهم في هذه القاعدة، فمنهم من أخضع كل الميراث لقانون موقع المال (دول أمريكا اللاتينية)، ومنهم من أخضعه كلّ لقانون جنسية المتوفّي (إيطاليا،



ألمانيا، اليونان...)، ومنه من أخضعه لقانون موطن المتوفى (النرويج، الأرجنتين، الدانمارك...)<sup>5</sup>.

### ثانياً: التأصيل التاريخ لبعض قواعد الإسناد

لكل قاعدة مما سبق مفهوم تاريخي تستند إليه:

- قاعدة إخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه: ظهرت هذه القاعدة مع قيمة ومكانة الأرض في العهد الإقطاعي وهي تطبيق لقاعدة أعمّ وهي خضوع المال لقانون موقعه، وهذا مؤداه أنّ الميراث في العقار يقع في دائرة نظام الأموال وقد ذهب "نيبوايه" إلى أنّ الميراث كلّ، بعقاره ومنقوله، يجب أن يخضع لقانون موقع المال لعوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية، وأنّ التفرقة بين العقار والمنقول توقعنا في أوضاع شاذة. واستدل كل من قال بهذا بقضية حفيده "جورج ساند" التي أوصت بمنزل وأثاثه في نوهان بفرنسا للأكاديمية الفرنسية. وقد حدث وأن توفيت هذه الأخيرة في إيطاليا فخضع الأثاث لقانون آخر موطن لها وهو القانون الإيطالي<sup>6</sup>.

ويبقى السبب الذي دفع إلى التفرقة بين القانون الذي يخضع له العقار وهو موقع المال والقانون الذي يخضع له المنقول هو النظرة القديمة للعقار والتي تعتبره الثروة المعتمدة، وأنّ المنقولات ضئيلة القيمة: *Vilis mobilia possession*، وأنّ المنقولات تتبع الشخص حيث يوجد: *Mobilia personam sequuntur*<sup>7</sup>.

- إخضاع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى: وقد تكون هذه القاعدة تطبيق آخر لخضوع المال لقانون موقعه، لأنّ موطن المتوفى ما هو إلاّ موقع حكمي للأموال المنقولة التي يتركها المتوفى، وفي الغالب الأعمّ سوف يخضع العقار والمنقول لقانون موقع المال وبالتالي في نطاق نظام الأموال، وهذا بالنسبة لمن يخضع الميراث لنظام الأموال.

ومن جهة أخرى قد يُنظر إلى قانون موطن المتوفى باعتباره القانون الشخصي بالنسبة لمن يخضع المسائل لنظام الأشخاص. وهناك حجة رئيسية تتلخص في أن مشكلة تنازع القوانين إنّما تُحلّ عن طريق تركيز العلاقة القانونية مكانياً، ومن عناصر التركيز في الميراث الوفاة والتي يعتبر مكانها هو موطن المتوفى. وعلى هذا الأساس فالقانون الذي يحكم الميراث هو قانون موطن المتوفى<sup>8</sup>.

- إخضاع الميراث لقانون جنسية المتوفى: لم يأخذ المشرع الجزائري بالترقية بين الميراث في العقار والميراث في المنقول الذي أخذ به القضاء الفرنسي لأنها فكرة متقدمة لترتيبها أوضاعاً شاذة، بل أخذ بالاتجاه الذي يرى إخضاع الميراث في مجمله لقانون واحد<sup>9</sup>. لكنني أرى أنّ المشرع الجزائري لم يفضّل هذا الاتجاه لأنّه رجّحه على الآخر وإنّما لسبب بسيط ووجيه وهو إخضاعه الميراث لقانون الأسرة الجزائرية المستمد أحكامه من أحكام الشريعة الإسلامية والمربطة بحالة الشخص، ولأنّ الميراث منظم على أساس ديني في الدولة الجزائرية مثله مثل الزواج والطلاق، فالمشرع مضطر للأخذ بهذا الاتجاه كونه يتماشى مع إخضاع الميراث لقانون واحد وهو في هذه الحالة قانون جنسية المتوفى للاعتبارات المذكورة سابقاً، وهي ارتباط الميراث بنظام الأسرة وبالروابط العائلية. لهذا فإخضاع الميراث لقانون جنسية المتوفى نتيجة منطقية لاعتبار الميراث من المواضيع التي ينظمها قانون الأحوال الشخصية. وقد أخذ المشرع الجزائري كغيره من المشرعين العرب بقاعدة إخضاع الميراث، كله بعقاره ومنقوله، لقانون جنسية المتوفى. ويكون بذلك قد وضع له قاعدة إسناد واحدة وهذا ما جاء في المادة 16 من التقنين المدني والتي جاء نصّها كما يلي: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفّذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"<sup>10</sup>.

- نفس الأمر نصّ عليه المشرع المصري في المادة 14 من القانون المدني وبنفس الصيغة<sup>11</sup>.

- كما نصّ المشرع الإماراتي في المادة 1/17 من قانون المعاملات المدنية على ما يلي: "1- يسري على الميراث قانون المورث وقت موته"<sup>12</sup>.

- نصّ المشرع الكويتي من جهته على إسناد قضايا الميراث لقانون جنسية المتوفى وقت موته في المادة 47 من القانون الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي رقم 5 لسنة 1961، وذلك كما يلي: "يسري على الميراث قانون المورث وقت موته"<sup>13</sup>.

- كما جاء في المادة 1/18 من القانون المدني السوري الصادر بمرسوم رقم 84 بتاريخ 18-05-1949 ما يلي: "يسري على الميراث والوصية، وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث، أو الموصي، أو من صدر منه التصرف وقت موته"<sup>14</sup>. نلاحظ أن القوانين العربية وضعت قاعدة إسناد واحدة للميراث عقاره ومنقوله. أما القانون التونسي فقد أخضع الميراث إما لقانون جنسية المتوفى أو لقانون آخر موطن له أو لقانون موقع أملاكه وهذا ما جاء في المادة 1/54 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي<sup>15</sup>.

### ثالثاً: نطاق تطبيق قانون جنسية المتوفى

يدخل في نطاق قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة باعتباره القانون الذي يحكم الميراث في المسائل التالية<sup>16</sup>:

- 1- أسباب الإرث كالقربة والزوجية والتي اعتبرها المشرع الجزائري كذلك في المادة 126 من قانون الأسرة<sup>17</sup>.
- 2- وقت استحقاق الإرث أو وقت افتتاح التركة كما يعبر عنه الشراح الفرنسيون<sup>18</sup>. والمقصود به كذلك معرفة ما يلي:

- هل يُستحق الإرث بموت المورث حقيقة أم أنه يستحقه كذلك بالموت الحكمي، وإذا كان القانون الوطني الجزائري هو المختص فالمادة 127 من قانون الأسرة تنص: "يُستحق الإرث بموت المورث حقيقة وباعتباره ميتا بحكم القاضي".

### 3- شروط استحقاق الإرث:

- معرفة هل يشترط تحقق حياة الوارث وقت موت المورث حقيقة أم يكفي تحقق حياته وقت موت المورث حكماً، والمادة 133 من قانون الأسرة الجزائري تنص على:
- "إذا كان الوارث مفقوداً ولم يحكم بموته يعتبر حياً وفقاً لأحكام المادة 113 من هذا القانون".
- معرفة هل يرث الحمل أم لا، وما إذا كان يستحق الميراث بمجرد وجوده جنيناً أم يُشترط ميلاده حياً، وما هي شروط اعتباره حياً بعد الميلاد. وفي هذا نص القانون المدني الجزائري في المادة 2/25: "على أنّ الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها

القانون بشرط أن يولد حيا". كما نصّ في المادة 134 من قانون الأسرة على ما يلي: "لا يرث الحمل إلا إذا ورث حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

■ معرفة حكم توارث من ماتوا في نفس الوقت أو لم يُعلم وقت موت كل منهم، وقد أجاب المشرع الجزائري في المادة 129 من قانون الأسرة على هذا: "إذا توفيّ اثنان أو أكثر ولم يعلم أيّهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أو لا".

4- بيان الورثة ومراتهم ودرجاتهم وأنصبتهم.

5- موانع الإرث: من موانع الإرث قاتل المورث والمتردد. فلا بد من معرفة نوع القتل وشروط اعتباره مانعا من الميراث وهذا ماجاء في المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري: "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل أصليا أو شريكا،
- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذهن
- العالم بالقتل أو تديره إذا لم يخبر السلطات المعنية"<sup>19</sup>.

وكذلك المادة 138: "يمنع من الإرث اللعان و الردّة". وعلى ذكر اللعان يُفهم أنّ علاقة

النسب ما لم تكن قائمة فلا سبب للإرث، ويُفهم كذلك أنّ موانع الميراث في القانون الوطني الجزائري لم تعدّ اختلاف الجنسية وإنّما ذكرت اختلاف الدين. بالتالي لا علاقة للميراث بالجنسية وإنّما التوارث لا يكون مع اختلاف الدين وهذا ما صدّقه قرار المحكمة العليا<sup>20</sup>. إنّ اختلاف الجنسية لا يعني عدم التوارث كما أنّ وحدة الجنسية لا تعني بالضرورة التوارث.

إنّ القضايا التي ذكرناها سابقا متّفق على أنّها من تنظيم قواعد الميراث، لكن هناك قضايا أخرى محلّ خلاف فقهي، هل تنظمها قواعد الميراث أو قانون أخرى وهذه القضايا هي:

1- التركة الشاغرة: من المعروف قانونا أنّ التركة التي لا وارث لها تؤوّل إلى الدولة، لكن الغموض يكمن في معرفة أيّة دولة تؤوّل إليها التركة، هل هي الدولة التي يقع بها المال أو

الدولة التي يحددها القانون الواجب التطبيق على الميراث. إذا كُتِفَ إلحاق التركة إلى الدولة على أساس أنّها وارث لمن لا وارث له، فإنّ انتقال التركة لها ينظمه قانون الميراث التابع لجنسية المتوفّي. أمّا إذا كان الانتقال على أساس سيادة الدولة على إقليمها فإنّ التركة تؤوّل إليها باعتبارها مالا لا مالك له. ونفس الأمر تأخذ به مختلف الأنظمة التشريعية مع الاختلاف بينها في طبيعة استيلاء الدولة على هذه الأموال كما سبق الذكر. ومن الدول التي ترى أنّ أملاك رعاياها تؤوّل إليها على أساس أنّها وارثة لهم أينما وُجدوا: ألمانيا وسويسرا.

وتعتبره دولا أخرى مالا شاغرا تستولي عليه بموجب سيادتها على إقليمها وباسم النظام العام، ومنها: فرنسا والأنظمة العربية ومنها الجزائر<sup>21</sup>، وهذا ما نجده في المادة 180 من قانون الأسرة<sup>22</sup> والمادة 773 من القانون المدني<sup>23</sup>.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الدولة لا تعتبر وارثة وإنّما ترجع إليها التركة من باب رعاية المصلحة<sup>24</sup>. واستنادا إلى المادة 222 من قانون الأسرة فالقاضي الجزائري يأخذ بهذا التفسير لأنّ المواد المذكورة أنفا لم تبين طبيعة انتقال التركة إلى الدولة، رغم أن المرسوم رقم 454/91 المؤرّخ في 1991/11/23 المتضمّن شروط إدارة الأملاك الخاصة والعاملة للدولة نصّ في المادة 89: "عملا بالقانون يطالب والي الولاية التي توجد فيها أملاك التركة الشاغرة باسم الدولة أمام الجهة القضائية المختصة بحقّ الدولة في وراثة تلك الأملاك"<sup>25</sup>.

ولعلّ التساؤل يثور حول أهمية هذه التفرقة في طبيعة أيلولة التركات الشاغرة للدولة، فتكون الإجابة على النحو الآتي: إذا اعتبرنا الدولة مجرد وارث فإنّ هذا يعني أنّها قد لا ترجع إليها التركة الشاغرة إذا طبقنا قانون جنسية مورث أجنبي يقضي قانونه الخاص باعتبار دولته وارثة هي الأخرى للأملاك مواطنها. أمّا إذا اعتبرنا أنّ أيلولة التركة الشاغرة لها على أساس السيادة على إقليمها، فهذا يعني أنّ كل التركات الشاغرة سواء لمواطنيها أو لأجانب ستعود إليها.

## 2- حقوق دائني التركة

3- قد يظهر ولأول وهلة أنّ تصفية التركة من الديون أمر يتعلّق بالتركة وبالقانون الذي تخضع له التركة، لكن الفقه الغالب يرى عدم إخضاع هذه الحقوق لقانون الميراث لأنّ المسألة لا تتعلق بنظام الأشخاص وإنّما بنظام الأموال وسلامة المعاملات<sup>26</sup>، وبالتالي فإذا كان الميراث يخضع للقانون الشخصي للمتوفّي فإنّ التصرفات التي تتعلّق بالتركة ستخضع لقانون موقع المال<sup>27</sup>.

ومن يرى عكس ذلك يُردّ عليه بأنّ لا تركة إلاّ بعد سداد الديون، أي أنّ قانون الميراث يُرجع إليه فقط بعد الفراغ من مسألة الديون. ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية أنّ "حقّ الورثة في الخلافة يكون بعد الديون في الرتبة وهو يتعلّق بثلاثي التركة بعد الدّين لا بالتركة كلّها"<sup>28</sup>.

والحديث عن تطبيق قانون موقع المال، في الحقيقة، لا يخصّ فقط حقوق الدائنين وإنّما التصرفات الخاصة بنقل ملكية أموال التركة والحيازة وكل ما يتعلّق بالتصرفات الواردة على أموال التركة. وهذا لا يتنافى مع تطبيق قانون جنسية المورث لأنّ هذا الأخير يُبيّن ما سبق ذكره من أسباب وموانع وشروط الميراث والأنصبة وحقوق الورثة ولا يتعلّق بطرق وإجراءات انتقال الملكية<sup>29</sup>.

4- النظام العام وتعطيل العمل بقانون جنسية المورث: إنّ تطبيق قانون جنسية المورث ليس مطلقا وإنّما قد يُستبعد باسم النظام العام<sup>30</sup>. وهذا الأمر وارد جدا أساسا بين الدول التي تستمد قانون الأحوال الشخصية ومن بين مواضعه الميراث، من أحكام الشريعة الإسلامية والدول الأخرى. فالقانون الشخصي للأجنبي قد يورث ابن الزنا أو الابن الطبيعي كما يُطلق عليه، وهذا يصطدم مع مبادئ النظام العام إذا كان المورث مسلما<sup>31</sup>. ويرى الأستاذ فؤاد ديب أنّ استبعاد القانون الأجنبي الذي لا يخضع قانون الميراث للشريعة الإسلامية، كل ما كان المورث مسلما، يجعل من إسلام المورث ضابطا للإسناد الفعلي عوضا عن ضابط الجنسية الذي ذكره المشرع الجزائري في المادة 16 من القانون المدني<sup>32</sup>.

## الوصية

لا يمكن نفس العلاقة بالوثيقة بين الميراث والوصية من حيث كونهما يؤديان إلى خلافة الشخص في أمواله بعد الوفاة، وأن الاختلاف الذي سبق ذكره يتمثل في أنّ الأول (الميراث القانوني) تتمّ الخلافة فيه بسبب القانون، أمّا الثاني (الميراث الإيصائي) فبسبب التصرف الإرادي.

واعتبار الوصية من الأحوال الشخصية يقتضي إخضاعها للقانون الشخصي، لهذا وضع لها المشرّع الجزائري وغيره من المشرّعين العرب قاعدة إسناد واحدة.

- المشرّع الجزائري: كانت المادة 16 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل تخصّ أحكام الوصية في شروطها الموضوعية والشكلية: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنقذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته غير أنّه يسري على كل الوصية قانون الموصي وقت الإيحاء أو قانون البلد الذي تمّت فيه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات التي تُنقذ بعد الموت".

أمّا بعد تعديل 2005 فقد أصبحت المادة 16 تنصّ فقط على ما يلي: "يسري على الميراث والوصية...قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه تصرف وقت موته". فقد ألغي الاستثناء وأصبحت المادة 19 من القانون المدني الجزائري المعدّلة هي الأخرى خاصّة بالجانب الشكلي في الوصية وفي كل التصرفات القانونية الأخرى، حيث أصبحت تنصّ على ما يلي: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمّت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"<sup>33</sup>.

- المشرّع التونسي: ينصّ الفصل 55 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على ما يلي: "تخضع الوصية للقانون الشخصي للموصي وقت وفاته ويخضع شكل الوصية للقانون الشخصي للموصي أو لقانون المكان الذي حُرّرت به"<sup>34</sup>.

- التشريع السوري: تنصّ المادة 18 من القانون المدني: "1- يسري على الميراث والوصية، وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث، أو الموصي،

أو من صدر منه التصرف وقت موته. 2- ومع ذلك يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايضاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت<sup>35</sup>، وهي تقريبا نفس صياغة المادة 16 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها.

— المشرع الإماراتي: تنص المادة 4/17 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ويرى على شكل الوصية.....<sup>36</sup>.

— المشرع الكويتي: تنص المادة 48 من القانون رقم 5 لسنة 1961 بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على ما يلي: "يسري على الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون من صدر منه التصرف وقت موته. ومع ذلك يسري على شكل الوصية والتصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت قانون جنسية المتصرف وقت التصرف أو قانون البلد الذي تم فيه التصرف"<sup>37</sup>.

وقد ألحق المشرع الجزائري تصرفات أخرى بالوصية حيث نصت المادة 776 على ما يلي: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا على ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

والمادة 777 التي تنص على ما يلي: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

وكذلك المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية".

كما تناول المشرع الجزائري أحكام الوصية من المادة 184 إلى 201.



## ثانياً: خضوع الشروط الموضوعية لوصية لقانون الموصي وقت وفاته

بما أنّ المادة 19 نصت على الجانب الشكلي من كل التصرفات القانونية ومنها الوصية، فهذا يعني أن المادة 16 تخصّ الشروط الموضوعية. ولكن هناك مسائل تخضع لقانون الموصي وقت الإيصاء وأخرى وقت وفاته.

### 1- المسائل التي تخضع لقانون الموصي وقت الإيصاء:

● الأهلية: تنصّ المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل".

2- المسائل التي تخضع لقانون الموصي وقت وفاته: وهذه المسائل تتعلق بالميراث وتؤثر فيه، لهذا هناك شروط وحدود لا ينبغي تجاوزها وتمثل فيما يلي:

### ● مدى حرية الموصي في الإيصاء:

— مقدار الوصية: تنصّ المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

— الأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم: تنصّ المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"، كما تنصّ المادة 189 على: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

— من لا يجوز الإيصاء لهم أو بالأحرى لا تنفذ وصاياهم: تنصّ المادة 188 على: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً".

ثانياً: الشروط الشكلية للوصية والقانون الواجب التطبيق: مثلما رأينا فإنّ مواد التنازع الخاصة بالدول العربية أرجعت غالبيتها خضوع شكل الوصية إلى قانون الموصي أو قانون محل الإبرام وكذلك فعل التشريع الجزائري وفقا لما جاءت به المادة 19 من القانون المدني.

وكما نعلم فإنّ شكل الوصية يختلف من دولة إلى أخرى بين من يفرض شكلا رسميا لها ومن لا يفرض ذلك ويكتفي بالورقة العرفية أو الشهود، وقد نصت المادة 191 من قانون الأسرة: "تثبت الوصية:

1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك،

2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية".

وبما أنّ الوصية كأيّ تصرّف إرادي تبرم أثناء حياة الموصي فيجب أن تخضع للقواعد العامة الخاصة بشكل التصرفات القانونية وهذا ما جاء في المادة 19 من القانون المدني الجزائري، وهذا ما جعل المشرّع الجزائري يحذف الفقرة 2 من المادة 16 لتفادي التكرار فقط<sup>38</sup>.

وهذا لكي تكون الوصية صحيحة من الجانب الشكلي فإما أن تكون مبرمة وفقا لقانون محل إبرامها (قاعدة Locus)<sup>39</sup>، أو لقانون الموطن المشترك للطرفين، أو للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية أي قانون جنسية الموصي الوارد في المادة 16 من القانون المدني الجزائري، وهذا ما أخذت به فرنسا.

كما يمكن الإشارة إلى أنّ المادة 1 من اتفاقية لاهاي حول تنازع القوانين في مادة أشكال الأحكام الإيصائية الموقعة في 5 أكتوبر 1961 اعتبرت الوصية صحيحة إذا كان شكلها موافقا:

1- لقانون محل الإبرام.

2- لقانون الجنسية التي حاز عليها الموصي وقت التحرير أو وقت الوفاة.

3- لقانون موطن الموصي (تاريخ التصرف أو وقت الوفاة).

4- لقانون محل الإقامة المعتاد للموصي عند التصرف أو عند الوفاة.

5- لقانون موقع العقار إذا كانت الوصية واردة على عقار.

كما وضعت اتفاقية واشنطن المنعقدة بتاريخ 1973/10/26 شكلا للوصية كنموذج صالح في كل الدول الأعضاء ومنها فرنسا، ومنها حضور شاهدين وكاتب عدل مثلا،

توقيعها من قبل الموصي، توقيع الشهود والشخص المخوّل قانونيا، التاريخ-رغم أنّه غير ضروري- وتسلم شهادة بذلك من الشخص المخوّل قانونا<sup>40</sup>.

نصل في النهاية إلى أنّ المشرّع الجزائري استطاع تغطية مجال تنازع القوانين في مجال الميراث والوصية، وقد غطت بعض الاجتهادات القضائية ما يثور من إشكالات خاصة ما تعلق منها بتعارض القوانين الأجنبية مع النظام العام الوطني، كما بيّنت هذه الأخيرة أنّ الاختلاف في الجنسية ليس بالضرورة مانعا من الميراث، إنّما المانع الاختلاف في الدين. كما أنّ ما يعتبر منافيا للتوارث والذي قد يثير تنازعا في القوانين، لا يعتبر كذلك في الوصية لسبب بسيط وهو أنّ التشريع الجزائري لم يجعل اختلاف الدين مثلا مانعا من الإيصاء، وهذا ما جاء في المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري: "تصح الوصية مع اختلاف الدين"، إنّما الاختلاف قد يحدث في مقدار الوصية وهذا ينبغي الوقوف عليه، كما يمكن أن يحدث في الاختلاف حول شخص الموصي.

وإذا تحدثنا عن التركات الشاغرة فلا بد من اعتبار أيلولتها للدولة على أساس السيادة وليس على أساس اعتبارها وارثة وإلا سيضطدم هذا مع قانون جنسية مورث أجنبي يأخذ بنفس المبدأ فتعود إلى دولته تركته الشاغرة.

وإذا تحدثنا عن إشكال الديون الواردة على التركة وهل تطبق عليها قانون الميراث أم قانون موقع المال فقد كانت الإجابة في قول فقهاء الشريعة الإسلامية أنّ "حق الورثة في الخلافة يكون بعد الديون في الرتبة وهو يتعلق بثلي التركة بعد الدين لا بالتركة كلّها، وبالتالي فلا تطبق قانون الميراث الذي لم يثر تطبيقه بعد.

## الهوامش

- <sup>1</sup> - د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص 336.
- <sup>2</sup> - د.زروتي الطيّب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج 1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، 2000، ص 184.
- <sup>3</sup> - Mohand Isaad, droit international privé, les règles de conflits, 2<sup>ème</sup> édition, office des publications universitaires, Alger, 1983, p254.
- <sup>4</sup> - د.أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، 2002، ص 268.
- <sup>5</sup> - د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 338.
- <sup>6</sup> - د. زروتي الطيّب، مرجع سابق، ص 184.
- <sup>7</sup> - د.أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 268؛ د.علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري لطلبة الفصلين الدراسيين السابع والثامن، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، بن عكنون، الجزائر، 1984، ص 80؛ د.زروتي الطيّب، مرجع سابق، ص 184.
- <sup>8</sup> - د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 340.
- <sup>9</sup> - د. أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 270.
- <sup>10</sup> - أمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
- <sup>11</sup> - القانون المدني رقم 131 لسنة 1948 طبقا لأحدث التعديلات، مكتبة المنى للإصدارات القانونية، 2008، ص 09.
- <sup>12</sup> - قانون المعاملات المدنية الإماراتي، <http://www.gcc-legal.org/MojPortalPublic/DisplayArticle.aspx?country=2&LawArticleID=87297>
- <sup>13</sup> - قانون المعاملات المدنية الإماراتي، <http://www.gcc-legal.org/MojPortalPublic/DisplayArticle.aspx?country=1&LawArticleID=94465>
- <sup>14</sup> - القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18 [http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file\\_id=243234](http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=243234)
- <sup>15</sup> - مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، [http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers\\_site\\_arabe/codes\\_juridiques/code\\_droit\\_intern\\_privé.pdf](http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/codes_juridiques/code_droit_intern_privé.pdf)
- <sup>16</sup> - للتفصيل في أسباب استحقاق الإرث وشروطه ومستحقيه وكل ما يتعلق بالتوريث إلى كل من: د.منصور كافي، الموارث في الشريعة والقانون، دار العلوم، عنابة، 2008، ص 38 وما يليها؛ أحمد عبد الجواد، أصول علم

المواريث، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1998، ص 14 وما يليها: مسعود الهلالي، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، جسر للنشر والتوزيع، 2008، ص 61 وما يليها.

<sup>17</sup> - قانون رقم 11/48 المؤرخ في 9 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة معدّل و متمّم بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 ماي 2005، ج 43، بتاريخ 2005/06/22.

<sup>18</sup> - د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 342 في الهامش.

<sup>19</sup> - جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 88: "القتل العمد من موانع الإرث فلا يرث القاتل سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا أو كان شاهدا زورا أدّت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه"، لكن لا أثر لمنع المرتد، فيما اعلم، من الإرث، نقلا عن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2008، ص 19.

<sup>20</sup> - المحكمة العليا، ملف رقم 33509، قرار صادر بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد 3، 1989، ص 60-64، نقلا عن موقع الدكتور سعيد بويزري،

[http://www.bouizeri.net/arab/index.php?option=com\\_content&view=article&id=198:2010-11-20-20-15-34&catid=25:2010-11-14-19-13-19&Itemid=34](http://www.bouizeri.net/arab/index.php?option=com_content&view=article&id=198:2010-11-20-20-15-34&catid=25:2010-11-14-19-13-19&Itemid=34)

<sup>21</sup> - د. زروتي الطيّب، مرجع سابق، ص 185.

<sup>22</sup> - تنصّ المادة 180 من قانون الأسرة: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية،

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة".

<sup>23</sup> - تنصّ المادة 773 من القانون المدني الجزائري: "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تُهمَل تركتهم".

<sup>24</sup> - محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، دار الكتاب العربي، 1984، ص 32 إلى 35.

<sup>25</sup> - الجريدة الرسمية عدد 60، مؤرخة في 24 نوفمبر 1991،

<http://www.aniref.dz/textes/ar/A1991060.PDF>

<sup>26</sup> - د. أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 272.

<sup>27</sup> - عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، تنازع القوانين، ط 2، دار هومة، 2007، ص 264.

<sup>28</sup> - نقلا عن د. أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 273.

- Mohend Isaad, opcit, p261.

<sup>29</sup> - للتفصيل في موضوع مجال تطبيق قانون موقع المال ارجع إلى: عزّ الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 350 إلى ص 354.

<sup>30</sup> - د. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 80.

<sup>31</sup> - للتفصيل في موضوع النظام العام وتطبيق قانون جنسية المتوفّي ارجع إلى: عزّ الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 354 وما يلها.

<sup>32</sup> - نقلا عن د. أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 274.

<sup>33</sup> - القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدّل والمتمّم للقانون المدني.

<sup>34</sup> - مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، الموقع السابق.

<sup>35</sup> - القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18/5/1949، الموقع السابق.

<sup>36</sup> - الموقع السابق.

<sup>37</sup> - القانون رقم 5 لسنة 1961 بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، الموقع السابق.

<sup>38</sup> - بشيورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 82.

<sup>39</sup> - للتفصيل أكثر في قاعدة Locus ارجع إلى مرجع الأستاذة نادية فضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة، 2006.

<sup>40</sup> - نقلا عن المرجع السابق، ص 84.

## القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث

Dr IGROUFA Zoubida  
Maitres de conférences (A)  
Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques Université A. Mira Bejaia  
06000 Bejaia –Algérie.

د. إقروفة زبيدة  
أستاذة محاضرة "أ"  
كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية،  
06000، الجزائر.

### مقدمة

إنّ تعدد عناصر العلاقة القانونية التي يتدخل فيها عنصر أجنبي يجعلنا أمام مسألة تزام وتنازع القوانين التي تتطلب تبيان وكشف القانون الواجب التطبيق، والآلية العملية السارية في العديد من الأنظمة الوضعية هي قواعد الإسناد في القانون الوطني التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الواقعة محل العلاقة القانونية. وأوّل تقنين جزائري نظم أحكام المنازعات الدولية في الأحوال الشخصية عامة والتركات والموارث خاصة هو القانون المدني<sup>1</sup>.

وبمقتضى تعديل 2005 الذي مسّ العديد من أحكام القانون المدني على وجه الخصوص المسائل التي تشكل محور تنازع القوانين سواء كانت علاقات شخصية أو مالية. بعد ربح من الزمن ساد هذا المجال إغفال وغموض وفراغ قانوني \_ استطاع المشرع استدراكها استناداً إلى العمل القضائي وإلى تجارب الأنظمة القانونية المختلفة والاتفاقات الدولية والمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، وهو ذو طابع مزدوج يجعل القاضي تارة يطبق القانون الوطني، وتارة أخرى يطبق القانون الأجنبي.

ولا يخفى أنّ القانون المدني الجزائري لم يحد على عن مسار القوانين المدنية العربية لمعظم الدول العربية خاصة القانون المصري الذي تجلّت بصمته بصورة غالبية على معظم الأحكام التي حوّاها القانون المدني في الجوهر والشكل والمضمون والصياغة، لدرجة أنّها عالجت كلّها مسائل التنازع من قواعد الإسناد والتكييف وفئة الأحوال الشخصية وفئة أحوال القانون العيني وأحوال استبعاد القانون الأجنبي وغيرها في الفصل التمهيدي تحت عنوان أحكام عامة.

وتعد الأحوال الشخصية مجالاً خصبا يثار فيها تنازع القوانين بقوة وبصورة متكررة سواء ما تعلق بانعقاد الزواج وانحلاله، أو الآثار المادية والمعنوية التي تترتب عن الانعقاد والانحلال.

إنّ انتهاء الشخصية القانونية للإنسان تنقضي بحلول أجله بوفاة حقيقية أو حكمية، وتنجر عنها عدة آثار مادية أو معنوية، ديانة أو قضاء، تتعدى لأصله وزوجه وفرعه، وعلى رأس تلك الآثار المادية تركته التي سيخلفه عليها ورثته بقوة الشرع والقانون، والميراث الذي يعرف بأنه: "ما خلفه الميت من الأموال والحقوق التي يستحقها بموته الوارث الشرعي"<sup>2</sup> هو أحد أسباب انتقال الملكية بالخلافة طبقاً للمادة 774 من القانون المدني الجزائري.

وتثار العديد من المنازعات والإشكالات العملية في مسائل الإرث في القانون الداخلي الذي هو قانون الأسرة<sup>3</sup> في كتابه الثالث المتضمن لأحكام الميراث ناهيك عن منازعات القانون الدولي.

وقد انتقلت الميراث أنموذجاً للدراسة بالنظر لما فيه من التباين في الأحكام والآثار بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية، باعتبار مرجعيته في قانون الأسرة - وفي سائر قوانين الأحوال الشخصية العربية - مرجعية فقهية إسلامية بحتة، في حين تركز مرجعيته لدى الدول الأجنبية على اعتبارات اجتماعية وسياسية مغايرة تماماً، وهذا ما يترتب عليه حتماً اختلاف النظام العام في هذه العلاقات، الذي قد يفضي أحياناً إلى تطبيق قانون القاضي - واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي - الذي يختلف عن القانون الشخصي للأطراف من ناحية المصدر والأحكام.

أمام هذا الاختلاف في تشريع كل دولة تطرح الإشكالية الآتية:

ما هي الآليات التي ينتهجها المشرع الجزائري لتنظيم مسألة تنازع القوانين في الميراث؟ وهل لهذا التباين في المرجعية والمقاصد أثر في الأحكام القضائية؟.

### القانون الواجب التطبيق على الميراث

تختلف الأنظمة القانونية في تكييف طبيعة الميراث والنظام المالي والهبة والوصية فبعضها يعدها من المسائل والأحوال العينية على أساس أنّ موضوع العلاقة محل النزاع هو المال، وهي منقسمة فيما بينها حول أعمال وسريان قانون واحد على كل مشتملات



التركة عقارات أو منقولات ويخضع تكييفها لقانون موقعها أو لقانون القاضي، وبين التفرقة بين العقار والمنقول فالأول يطبق عليه قانون موقع العقار استنادا لفكرة حماية الثروة الوطنية في الدولة التي تقع فيها تلك الأموال ومن ثم ارتباطها بالنظام العام، تحقيقا لمبدأ استقرار المعاملات، وحماية الغير، والتركيز المكاني، والتوافق مع الاختصاص القضائي، وإعمال قانون مكان تواجد العقار يفتح المجال أمام تعدد القانون المختص بتعدد الدول التي يتواجد بها العقار، وبهذا الرأي أخذت العديد من الدول العربية والغربية<sup>4</sup>، والثاني يطبق عليه قانون موطن المتوفى أو قانون جنسيته، إلا أنّ هذه التفرقة بين أموال التركة عقار ومنقول ستورث لا محالة أوضاعا شاذة وإجحافا في حق الورثة وذوي الحقوق في التركة<sup>5</sup>.

وبعض الأنظمة يعد تلك المسائل من مسائل الأحوال الشخصية كألمانيا وإسبانيا واليونان وسائر قوانين الدول العربية ومنها القانون الجزائري الذي ضمن أحكامها في قانون الأسرة، وأحال عليه القانون المدني في المادة 774 "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة"، بالنظر إلى أنّ الأشخاص هم العنصر الغالب ومركز العلاقة القانونية، رغم الصبغة المالية التي تتسم بها الوصية والهبة والإرث، إلا أنّها تعتبر نتيجة نابعة من علاقة أسرية إذ "المصلحة العائلية وتنظيم الأسرة وكفالة التضامن بين أفرادها هو الذي يهيمن على أيلولة التركة، فالأمر يتعلق بخلافة أسرية أكثر منها ملكية مجردة للأموال"<sup>6</sup>.

والقائلين بعدّ الميراث تحت نظام الأسرة اختلفوا في تحديد المعيار الذي ينضبط به القانون الشخصي هل هو الجنسية أو آخر موطن أقام به المورث قبل الوفاة أو مكان الوفاة، والاتجاه الذي ارتضاه المشرع الجزائري في حسم التنزع حول الميراث هو تطبيق قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها المورث وقت الوفاة على التركة دون اعتبار لطبيعتها عقارا أو منقولا، ودون اعتبار كذلك لمكان تواجدها سواء داخل الإقليم الوطني أو خارجه، وذلك مضمون ما حوته المادة 16 من القانون المدني الجزائري "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

والوقت الذي يبدأ فيه سريان معيار الجنسية هو وقت الوفاة بالذات لا قبله بحسب عبارة المشرع في نهاية الفقرة الأولى من المادة 16 من القانون المدني (وقت موته). وهو نفس الضابط الذي يسري على الوصية وكل من صدر منه التصرف وقت موته، والمادة 16 من القانون المدني الجزائري تكاد تكون حرفيا نص المادة 17 من القانون المدني المصري خاصة فقرتها الأولى.

وبهذا النص وُحِدَ المشرع القانون الذي يسري على الميراث وتجنب ازدواجية الإسناد. وتخضع منازعات الميراث في الجزائر من حيث الاختصاص وإجراءات التقاضي وفق قانون القاضي المطروحة بين يديه الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات لاتصالها بالنظام العام (م 21 مكرر ق.م).

### الإشكالات

لكن يواجهنا إشكال في موضوع الميراث بسبب عدم جلاء أي نص قانوني في محل النزاع حالة التركة الشاغرة لما يكون الهالك لا وارث له فما مصير تركته؟ هل ستحوزها دولة جنسيته أم الدولة التي يتموقع بها المال؟.

إنّ نص المادة 16 من القانون المدني عام في إعمال قانون جنسية المورث في المنقول والعقار، حيث سواء كان الميراث جزائري أو أجنبي الجنسية وكان المنقول أو العقار بالإقليم الجزائري فإنّ الخزينة العامة تحوز المال على أساس أنه مال ضائع لا وارث له بمقتضى المادة 180 من قانون الأسرة "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع

- الديون الثابتة في ذمة المتوفى

- الوصية

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبية ألت التركة إلى ذوي الأرحام ، فإن لم يوجدوا ألت إلى الخزينة العامة"، والمادة 773 من القانون المدني "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم"، وباعتبار الدولة أيضا صاحبة السيادة والسلطة على إقليمها حماية للثروة الوطنية، هذا التوجه يجد مستندا من مذهبي الأحناف والحنابلة القائلين بأنّ الدولة تحوز التركة الشاغرة على أساس مال ضائع لا وارث له، وهو الاجتهاد الأصوب،

خلافًا لبعض الدول التي تعتبر الخزينة وارثة من لا وارث له وتأتي في مؤخرة ترتيب الورثة على مذهب المالكية والشافعية<sup>7</sup>، والرأي الأخير لا يستقيم مع مبدأ منع التوارث لاختلاف الديانة.

وإن كان نص المادة 773 ق.م غامض غير صريح بصورة جازمة في شمول أموال الأجنبي بالجزائر، وإنما ينطبق على الأملاك الشاغرة الوطنية لا محالة، عكس المشرع المصري الذي أتقن الصياغة في المادة الأولى من القانون رقم 71 لسنة 1962 بقوله: "تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة (بجمهورية مصر العربية) والتي يخلفها المتوفون عن غير وارث أيا كانت جنسيتهم، وذلك من تاريخ وفاتهم"<sup>8</sup>.

المسائل المقصاة التي لا يشملها قانون دولة المورث

- دعاوى الدائنين

- دعاوى المرتبهين

- العقود المبرمة في مرض الموت

- نفي أو إثبات النسب أو الزوجية للمورث

- إشهار العقار الممتلك بالميراث

نطاق تطبيق القانون الذي يخضع له الميراث

▪ تصفية التركة

▪ التدابير التحفظية والمستعجلة

▪ تعيين المقدم لإدارة التركة لغاية مباشرة القسمة لظرف خاص كوجود حمل ضمن

الورثة

▪ افتتاح التركة

▪ أنواع القسمة رضائية أو قضائية وكيفية إجراء القرعة

▪ أسباب الميراث

▪ شروط استحقاق الإرث

▪ موانع الإرث

▪ أصناف الورثة (أصحاب فروض/عصبة/ ذوي الأرحام)

• درجات المستحقين

• تحديد الفروض

• العول والرد

• الحجب بنوعيه حجب الحرمان وحجب النقصان

موانع تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الميراث

كرس المشرع الجزائري مبدأ استبعاد القانون الأجنبي وإحلال القانون الوطني محله

وفق المادة 24 من القانون المدني في صورتين:

- مخالفة النّظام العام والآداب العامة

- الغش نحو القانون

مخالفة النّظام العام

إنّ قاعدة الإسناد التي ينطلق منها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة ذات الطرف الأجنبي قد تصل به إلى استبعاد ذلك القانون بحد ذاته بناء على قاعدة النّظام العام إذا ما احتوى مضمونه ما يتصادم ويتقاطع مع خصوصيات المجتمع الجزائري، وفق نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

تعريف النّظام العام

"هو المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها ويتأسس عليها كيانها كما يرسمه نظامها القانوني، سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أو اجتماعية أم اقتصادية أم خلقية أم دينية، والإخلال بها يعرض كيان الجماعة للتصدع والانهيار"<sup>9</sup>.

ويلحق بالنّظام العام الآداب العامة والأخلاق الكلية التي ارتضتها الجماعة واعتنقتها حتى صارت جزء من فكرها وسلوكها، مستلهمة إياها من الدين أو الثقافة أو الموروث

الشعبي جملة، ودرجت عليها سنين حتى غدا قانونا معنويا ملزما لا يجرؤ أحد على الخروج عنه.

وعليه كلما تبين للقاضي أنّ تطبيق القانون الأجنبي يمس بالأمن الاجتماعي أو يجرح الشعور العام لأفراد المجتمع أو يخل بالمصالح الوطنية يتدخل ليستبعد تطبيقه ويحل محله القانون الوطني، ومنه يفهم أنّ النّظام العام في القانون الجزائري متروك لنباهة القاضي وسلطته التقديرية بنص المادة 24 من القانون المدني.

ويطرح مشكل الارتطام بالنّظام العام في مسائل النزاع الدولي أثناء تطبيق القانون الأجنبي حينما يكون أحد أطراف النزاع مسلما، أمّا لو كان المورث والورثة أجنب غير مسلمين فلا يعتبر ذلك مناقضا للنّظام العام، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنّ " أحكام الموارث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النّظام العام في مصر إذ هي وثيقة الصلة بالنّظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين"<sup>10</sup>.

وهنا قد يفضي اعتماد إسلام المورث ضابطا للإسناد إلى هدم وإلغاء قاعدة الإسناد المقررة في المادة 16 من القانون المدني الجزائري المرتبطة بجنسية المورث<sup>11</sup>.

ولإعمال فكرة الدفع بالنّظام العام يشترط لها شرطين:

\_ أن يكون القانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية هو القانون الأجنبي.

\_ أن تتوفر إحدى مقتضيات النّظام العام في دولة القاضي التي تجعل تطبيق القانون الأجنبي غير مقبول

" والمعروف في هذا الشأن أن يحل قانون القاضي-القانون الجزائري- محل القانون الأجنبي المستبعد بطريقة سلبية إذا كانت قاعدة النّظام العام في القانون الجزائري ناهية، بحيث يستبعد القانون الأجنبي ويرفض الطلب- وهو ما يعني بطلان العلاقة القانونية من وجهة نظر القانون الجزائري-، أو يحل القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد

بطريقة ايجابية إذا كانت قاعدة النظام العام في القانون الجزائري أمرة، فيستبعد القانون الأجنبي المختص أصلا ويطبق محله القانون الجزائري"<sup>12</sup>.

### مسائل الميراث في القانون الأجنبي المخالفة للنظام العام في الجزائر

منع التوارث بسبب الجنس أو العرق أو اللون

- توريث القاتل للمورث قتل العمد العدوان
- توريث ابن الزنا
- توريث الولد المتبنى
- التوارث بين المسلم وغير المسلم
- منع الزوجة من الإرث قبل الدخول بها
- تقديم ذوي الأرحام على أصحاب الفروض أو العصبية
- حرمان الحمل من الميراث
- توزيع تركة المفقود قبل صدور الحكم بوفاته

### الغش نحو القانون

إنّ العديد من صور الإسناد وضوابطه يسهل تدخل إرادة الأفراد وحرمتهم في تغييرها كالجندية والموطن والإقامة والمعتقد الديني وموقع المنقول، بنية التحايل والغش للتهرب من تبعات تطبيق القانون المختص واستبداله بقانون آخر أفيد وأصلح للشخص.

وهي حالة مضافة بتعديل 2005 ، لها ما يقابلها في الفقه الإسلامي وهي قاعدة: "المعاملة بنقيض القصد"، كما أنّ مجال أعمالها في الأحوال الشخصية مجال واسع جدا، ولها تطبيقات عدة في قانون الأسرة مثل طلاق الفرار والمخالعة في مرض الموت والخروج من الأملاك للغير بغير عوض عند دنو الأجل ونكاح المحلل، وكلها صور مرماها حرمان الورثة من التركة.

### تنازع القوانين في الميراث في الشريعة الإسلامية

يتميز القانون الإسلامي بأنه يركز على معيار الدين الذي أقصى مفهوم الجنسية والإقليم والعرق، ولا يعنى ذلك قطع التعامل مع الآخرين، أو تجاهل خصوصيات المخالفين في العقيدة، بل مما تواتر تاريخا دخول المسلمين في شتى ضروب المعاهدات والاتفاقيات في السلم والحرب مع غيرهم، وتمتع أهل الملل الأخرى\_الذميين\_الذين

يعيشون تحت حكم المسلمين في نفس الإقليم بكامل حقوقهم ومنها إقرار حق التقاضي في منازعاتهم لأحكام ديانتهم كما فعل عمر أثناء فتح بيت المقدس، كما لا نغفل عن عقود الأمان التي تمنح للأجانب غير المسلمين التي تجعلهم في موقع أفضل من أهل الذمة . كما أنّ اعتماد نظام شخصية القوانين عقب الفتح الإسلامي لأقاليم جديدة أدى إلى التعايش بين القوانين ردحا من الزمن دون أن تطرح فكرة تنازع القوانين بشكل بارز إلاّ في القرن التاسع عشر عقب سقوط معظم الدول الإسلامية تحت وطأة الاستعمار<sup>13</sup> . فكل نزاع يكون المسلم طرفا فيه يفصل فيها القاضي المسلم، وإن كان المتنازعين ينتميان لنفس الملة يؤول الاختصاص لقاضي ديانتهم، ويرى المالكين أنّ القاضي المسلم يطبق قانون الأطراف غير المسلمة إذا ترافعوا أمامه.

### الخاتمة

المشعر الجزائري أولى عناية خاصة لحماية الشخص وحقوقه المعنوية والمادية ومنها الميراث باعتباره واحدا من أثار انحلال الزواج وسببا من أسباب الملكية ضمن أحكام القانون الدولي الخاص، وتقنين وتنظيم قواعد التنازع الدولي الخاص من الأهمية بمكان إذ من شأنها أنّ تضع الحدود الفاصلة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني مع الاحتياط للمصلحة الوطنية والنظام العام داخل الإقليم الوطني، إلاّ أنّ هذه الخطوة الإيجابية من المشعر الجزائري تحتاج إلى تنقيح وتدقيق، على أمل تخصيص قانون مستقل يلم شتات مسائل التنازع الدولي في مختلف الفروع عامة ومنها مسائل التركات والموارث، تكون مرجعا تيسر العمل القضائي، تتسم بشيء من التفصيل والدقة لدفع الغموض على النصوص الحالية على نهج مجلة القانون الدولي الخاص لتونسية الصادرة بتاريخ 1998/11/27، وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم 5 لسنة 1961 مؤرخ في 1961/2/14.

## الهوامش

- <sup>1</sup> - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ/ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 78 مؤرخة في 75/09/30.
- <sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق: دار الفكر، 2008، ج8، ص241.
- <sup>3</sup> - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع 24 الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984، معدل بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426هـ/ 27 فيفري 2005، ج.ر.ع 15 بتاريخ 27 فيفري 2005.
- <sup>4</sup> - غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، ط5، الأردن: دار وائل، 2010، ص182.
- <sup>5</sup> - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر: دار هومة، ص269.
- <sup>6</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنزع الدولي للقانون، القاهرة: دار النهضة العربية، 2008، ص930.
- محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ص156.
- <sup>7</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج8، ص284.
- <sup>8</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص944.
- <sup>9</sup> - غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص236.
- <sup>10</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص949 منقول عن: (مجموعة أحكام النقض، قرار بتاريخ 27 ماي 1964، السنة15، ع2، ص727).
- <sup>11</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص274 منقول عن: (فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، سوريا، 1986، ص275).
- <sup>12</sup> - الطيب زروتي، "قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 10-05". مقال منشور في مجلة المحكمة العليا، ع1، سنة 2006، ص92 بتصرف.
- <sup>13</sup> - ، محند إسعاد، المرجع السابق، ص61.



## العقارات الموروثة كسبب من أسباب تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع الجزائري

AIACHI Djamel  
maitre assistant, Faculté de Droit  
Université de média, Algérie.

جمال عياشي  
أستاذ مساعد، كلية الحقوق  
جامعة المدية، الجزائر.

### مقدمة

لا يقيد الشخص على أقاليم الدول التي تخول الأشخاص القانونية من التملك الخاص أي قيد في إقدامه على تملك الأموال على تلك الأقاليم بالطرق القانونية المشروعة في كل واحدة منها، وهو ما قد يشكل ثروة مالية لنفس الشخص على عديد الأقاليم المتعددة للدول.

ذات الشخص؛ قد تكون له بجانب الثروة المالية الموزعة على أقاليم جغرافية مختلفة لدول متعددة أسرة أو أسر متعددة أيضا لاسيما باعتماد نظام تعدد الزوجات أو بافتراض وفاة زوجة له أو زوجات، وتعدد الزواج لديه منشئ بوجه أو بأخر لأسر متعددة قد يؤدي تعددها ذلك إلى تعدد جنسيات أفرادها وبالتالي تواجهها، مما قد يستتبع معه استغلالهم لشيء من تلك الأموال بصورة متوازية بين مكان تواجد الشخص ومكان تواجد الشيء المملوك لمُعيّله.

وعليه فإنه قد يحدث أن يمتلك شخص أموال داخل وخارج الوطن الذي ينسب إليه، وبوفاته تنشأ أحقية ورثته في تملك تلك الأموال، وإن كانت الأموال المنقولة لا تثير في ذلك إشكالا إلا استثناء، فإن الأموال العقارية هي أصل الإشكالات القانونية في هذا المجال لاسيما إن توفر مع توزع الأموال العقارية داخل وخارج دولة المورث ورثة من كل الدول التي تتواجد فيها أمواله العقارية فضلا على اختلاف شؤون الأسر بين هذه الدول لاختلاف الديانات التي تقوم عليها.

وبالافتراض جدلا أن مواطنا جزائري الجنسية يملك أموالا داخل الجزائري وعلى التراب الإقليمي لفرنسا مثلا وبالمقابل يذر خلفه زوجة فرنسية وأخرى جزائرية، فهنا يقع التنازع بين المصالح وبين القوانين، من حيث أحقية كل واحدة منهما للعقارات التي تركها بعد وفاته ومدى انتشار حق إحداهما في استحقاقها للعقارات المتروكة من قبل زوجها. كل ذلك يجعل من القوانين واجبة التطبيق على العقارات المنتشرة فوق الأقاليم المختلفة متعددة، ولأجله فصل المقتن الجزائري في مثل هذه الحالات محددًا وفقا لما هو وارد ضمن نص المادة 16 من القانون المدني قانون الهالك المورث وجاعلا إياه القانون واجب التطبيق.

وطالما أن الزوجية هي أصل أصيل في استمداد الحقوق الميراثية لاسيما بين الأجانب فإن القانون الجزائري أكد ضمن نص المادة 9 من القانون المدني على اعتبار القانون الجزائري هو المعيار في تحديد نوع العلاقة القائمة بين الرجل والمرأة للتأكد من كونها علاقة شرعية يعتد بها القانون الجزائري وتكون تبعا له منتجة لآثارها القانونية أو غير شرعية غير معتد بها في القانون الجزائري وغير منتجة لأي من الآثار القانونية.

وبعد التأكد من أن العلاقة شرعية عمد المقتن الجزائري ضمن نص المادة 11 من القانون المدني على القانون الوطني معتبره المرجع في تحديد معايير الاعتداد بالعلاقات الزوجية من عدمها، بمعنى أن كل علاقة يكيفها القانون الجزائري بأنها زواج صحيح كانت زواجا صحيحا، وكل علاقة يكيفها القانون الجزائري على غير ذلك فإنها تكون علاقة غير شرعية لا تؤثر في الموارث شيء.

إلا أن النظر في قواعد التنازع لا يكفي فيه النظر في القانون الوطني، لأن حقيقة الإشكالات العملية في تجاوز النصوص القانونية حدود إقليم الدولة، وله يكون البحث في هذا المجال أوسع مما هو عليه في القانون المدني، وبصيغة أخرى: كيف يمكن تطبيق كل أحكام قواعد التنازع الجزائرية على أنظمة تملك العقارات الموروثة والمتواجدة على أكثر من إقليم دولي واحد؟

وإجابة على مثل هذا الإشكال يتوجب عرض الموضوع ضمن مبحثين يتم التطرق في الأول منهما لفكرة الإسناد من العقار الموروث في قواعد التنازع الجزائرية فيما يتم التطرق في الثاني منهما لموقف المقتن من العقار الموروث في قواعد التنازع الجزائرية.

**المبحث الأول: فكرة الإسناد من العقار الموروث في قواعد التنازع الجزائرية**  
**المبحث الثاني: موقف المقتن من العقار الموروث في قواعد التنازع الجزائرية**

**المبحث الأول: فكرة الإسناد من العقار الموروث في قواعد التنازع الجزائرية**

تتعدد فكرة الإسناد في العقارات الموروثة بين تصنيف العقارات من بين الأموال الأخرى وإسناد الاختصاص للقانون واجب التطبيق عليها ( مطلب أول )، وبين تكييف أحقية التوريث للأشخاص المطالبين به من عدمه والقانون الواجب التطبيق عليهم (مطلب ثاني).

**المطلب الأول: تصنيف المال العقاري في قواعد التنازع الجزائرية**

تختلف الأموال بين عقارات ومنقولات وتأسيسا عليه فإنه لا يمكن أن يُسند الاختصاص فيها لقانون محدد إلا إذا تم تصنيف المال محل التنازع.

والأموال على ما سلف تخضع في تصنيفها إلى قانون الدولة التي توجد فيها، وهو فحوى نص المادة 17/1 من القانون المدني الجزائري الذي جاء فيه: " يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها "،<sup>1</sup> وهذا المبدأ قال به الفقه القديم والحديث تستندا في ذلك على عديد الأسانيد منها: أن إعمال قانون موقع العقار فيه مزج بين الملكية والسيادة الإقليمية للدولة وأن فيه تأمين للمعاملات العقارية واستقرارها وأنه يحفظ إعمال النظام العام لكل دولة داخل إقليمها.<sup>2</sup>

ولأجله فقد أقرت جل القوانين المقارنة العربية منها والغربية هذا المبدأ وعليه نصت معظمها بصراحة، كما فعل القانون الألماني في المادة 3/3 من قانونه المدني أين صرح بأن القانون الواجب التطبيق على العقار الموروث هو القانون الذي يتواجد العقار على إقليم الدولة التي يطبق فيها،<sup>3</sup> وقد جاء في نص المادة 17/2 من القانون المدني العراقي: " ومع ذلك

فان القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء"<sup>4</sup>.

وطالما أن العقار الوطني هو مال عقاري موجود على التراب الوطني للجزائر، فإنه يُسند الاختصاص للقانون الجزائري لتصنيفه، وله فإن المال العقاري أو العقار في القانون الجزائري هو: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف ... "<sup>5</sup>.

فالعقار إذن هو كل مال استحال نقله من مكان تواجهه دون تلفه كالعقارات المشيدة والأراضي البيضاء والأشجار وغيرها من الأشياء التي لا يمكن نقلها دون إتلافها أو فقدتها لطبيعتها التي هي عليها، أو لكيانها المادي.<sup>6</sup>

ولقد اعتمدت عديد القوانين المقارنة مثل هذا المعيار في التمييز بين الأموال المنقولة والأموال العقارية كما فعل المقنن المصري ضمن نص المادة 1/82 من القانون المدني المصري أين نص صراحة على أنه: " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار..."<sup>7</sup>.

هذا وغير بعيد عن معيار التلف بالنقل اعتمد المقنن الفرنسي ضمن نص المادة 517 من القانون المدني الفرنسي<sup>8</sup> تفصيلاً للعقارات أين اعتبرها عقارات بحسب الطبيعة، وبحسب الغرض، وبحسب المحل الذي تستعمل فيه.<sup>9</sup>

ولا يفوت في هذا المقام التنويه بأن من مسمى العقارات في الفقه العقارات بالتخصيص وهي كل منقول خصص لخدمة عقار وله شروط لا يمكن اعتباره عقاراً بتخلف أي منها، وهي:<sup>10</sup>

- أن يخصص المنقول لخدمة العقار؛
  - أن يكون المنقول الخادم والعقار المخدم ملك لنفس الشخص.
- وبه يتبين أن كل منقول خصص لخدمة عقار سواء كان أمتعة أو آلات أو خلافه عُدم عقاراً بالتخصيص.

## المطلب الثاني: تكييف الأحقية بالتوريث في قواعد التنازع الجزائرية

فيما يخضع الميراث لقانون جنسية المورث وقت وفاته وهو بالضبط الوارد في المادة 16 من القانون المدني الجزائري، إذ في الجزائر يكون قانون جنسية الهالك هو المطبق على أحكام الإرث، فقد نص المقنن الجزائري ضمن مواد قانون الأسرة على مثل هذه الضوابط وحصرهما في سببين اثنين منظما إياهما في المادة 126 من القانون أين حصرها في القرابة والزوجية،<sup>11</sup> ولا قرابة بدون زوجية إذ الزوجية المصدر الأوحد للقرابة، فبدون زواج الشخص لا زوجة ولا زوج ولا أبناء ولا أبناء أبناء، وبدون زواج الجد لا جدة ولا إخوة ولا أخوات وكذلك الحال لسائر الورثة الباقين مهما تعددوا وتباينت صلتهن بالمورث الميت.

وقرابة التوريث في القانون الجزائري النسب للميت، فكل من جمعت بينه وبين الميت علاقة من علاقات النسب كان حقا له أن يكون وارثا، وهي بذلك شاملة لكافة أصناف الورثة من أصحاب فرض وتعصيب وذوي رحم، فكل هؤلاء يستحقون الإرث بالقرابة أي بالنسب.<sup>12</sup>

والنسب لا يمكن أن يثبت شرعا ولا قانونا إلا عن طريق الزواج الصحيح أو عن طريق الإقرار أو بشهادة الشهود وكذا بكل زواج شبهة أو نكاح تم فسخه بعد الدخول، كما هو مصرح به ضمن نص المادة 40/1 من القانون.<sup>13</sup>

ويثبت النسب أيضا -ويُحق صلة القرابة المورثة- بالطرق العلمية الحديثة كما هو مشار إليه ضمن الفقرة الثانية من نفس نص المادة المذكورة،<sup>14</sup> أين خول القاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، على أن لا يتم نفي النسب بالطرق الشرعية والمشروعة -باللعان-.

ومنه يتبين أن ليس من النسب التبني وذلك بصريح نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري،<sup>15</sup> وهو في الحقيقة -أي الحكم- محل اتفاق بين أهل العلم الشرعي.<sup>16</sup>

والذي يؤكد النسب عن أي طريق ثبت من الطرق المذكورة أعلاه عقد الميلاد المدني الذي يجب اعتباره قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات عكسه إلا عن طريق التزوير لاسيما إن كانت منقولة عن سجل الحالة المدنية الذي دقق في تحريره ضابط الحالة المدنية، أما تلك التي تلقى فيها المعلومات بمجرد نقل عن ذوي الشأن فإن العقد حينها

يصبح غير متعدد للقريئة البسيطة القابلة لإثبات عكسها، وفي كل تلك الأحوال فإنه لو حدث تنازع في النسب أوكل الأمر للقضاء للفصل في النزاع وفقا لطبيعته.<sup>17</sup>

والمعتمد قانونا أن صفة الوارث، لاسيما عن طريق النسب، من النظام العام فليس للوارث الحق في التنازل عنها، وما يعضد لهذا أن أي تحايل أو غش يرد في منح صفة الوراثة لغير وارث أو إسقاطها عن مستحقها أو بإدخال أو إخراج أحد من الوراثة من فريضة المتوفى أو التلاعب في الأنصبة كلها أفعال يعاقب عليها القانون العام -القانون الجنائي- وفق جسامة الفعل ووفق درجة التعدي على أحكام الميراث.<sup>18</sup>

والرابطة الزوجية الصالحة لإضفاء صفة الوراثة في القانون الجزائري بالزوجية الصحيحة وما قام مقامها من فترة لحقت العقد ولو افتقرت للدخول وفترة تخللت العدة من الطلاق الرجعي فضلا على العدة أثناء طلاق الفار ولو كان بائنا، فكل هذه المراكز القانونية تقيم للزوجة على الأخص والزوج أيضا باستثناء طلاق الفار الحق في الإرث وتقيم للزوج ذكرا كان أو أنثى السبب للتوريث.

ولرابطة الزوجية المعتمدة لتوريث أحد الزوجين من الآخر شروط اعتمدها الشرع وأقرها القانون ضمن نصوص قانونية مبينة، وهي ككل لا تعدو أن تبرز ضمن شرطين:

### الشرط الأول- أن تكون الزوجية صحيحة بمفهوم الشرع الإسلامي

والزوجية الصحيحة كما هو مقرر لها في الشريعة الإسلامية قائمة على ركن التراضي بين الزوجين بما يحوي ذلك من شروط متعلقة بأهلية كلا الزوجين، وشروط زواج من ولي وصداق وشاهدي عدل، وهو ما نظمه المقنن الجزائري في المواد 9 و9 مكرر<sup>19</sup> من قانون الأسرة.<sup>20</sup>

والزواج يثبت بمستخرج من عقده عن الحالة المدنية للبلدية التي تم إبرامه فيها أو بعقد رسمي صادر عن هيئة مختصة أو عن لفيق زواج أو عن حكم قضائي،<sup>21</sup> فتمت تم تقديم إي من الوثائق المذكورة اعتبر الزواج الصحيح قائما وعُد شرطه محققا لتوريث أحد الزوجين من الآخر.

وبخلاف الزواج الصحيح فإن الزواج الفاسد لا يُثبت للزوج أو الزوجة أحقية في الإرث كما هو حال الزواج أثناء مرض موت أحد الزوجين فهذا أفق المالكية وبه قضت

المحكمة العليا في قرار مشهور لها جاء فيه: ( حيث جاء في مختصر خليل في باب أحكام النكاح عند الحديث عن الأنكحة الفاسدة التي فيها الإرث فقال إلا نكاح المريض زوجا كان أو زوجة فلا إرث فيه. وعليه فالوجه مؤسس ... )<sup>22</sup>.

وأما عن الزواج الباطل وهو الزواج الذي يتخلف فيه ركنه أو الولي أو أكثر من شرطي المهر والشاهدين، فإن الرابطة الزوجية تنقلب إلى علاقة محرمة ولا عبء بها في توريث أي من الزوجين من الآخر في حال وفاة أحدهما.<sup>23</sup>

### الشرط الثاني- أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة الزوج ولو حكما

الزوجية إما أن تكون قائمة حقيقة بأن تكون المعاشرة بين الزوجين مستمرة وواقعة زمن وفاة أحد منهما، أو أن تكون غير قائمة ولكن يُضفى عليها حكم الأولى ولهذه صور عديدة:

فالزوجية الحكمية هي الزوجية التي تم العقد فيها ولم يتم الدخول بعد، فهذه تقوم مقام الزوجية الحقيقية ويرث أي من الزوجين الذي بقي حيا وقت تحقق وفاة الطرف الثاني في الرابطة الزوجية.

والزوجية الحكمية أيضا هي الزوجية التي كانت المرأة منهما أثناء فترة عدتها من طلاق رجعي، فإن هذه أيضا ترث ويرث هو منها إن توفي أي منهما لأن الزوجية تبقى قائمة وقت ببعض الالتزامات دون بعض على كليهما فتكون الزوجية خلال فترة العدة حكمية لا حقيقية، وفيها يتبوأ الزوج الباقي على قيد حياته بعد تحقق وفاة الآخر.

واستثناء على ما سلف تستحق الزوجة إرثها بتوفر صفة الزوجة فيها وهي معتدة من طلاق بائن متى تم هذا الطلاق من مريض مرض الموت وهو ما يُصطلح على تسميته بطلاق الفار، فطلاق الفار يبقى على الزوجية الحكمية مستمرة إلى حين انتهاء زمن العدة المفروضة للزوجة، ولو حدث أن توفي الزوج خلالها ورثت أما إن توفي هو فلا يرث، لما فيه من مخالفة لمقصده من حرمانها من الإرث تعسفا منه.<sup>24</sup>

## المبحث الثاني: موقف المقتن من العقار الموروث في قواعد التنازع الجزائرية

تختلف أحكام إسناد توريث العقار المورث لقانون مختص وفق قواعد التنازع الجزائرية بحسب الإقليم الذي يوجد فيه العقار بين إن كان هذا العقار موجودا على أراضي الإقليم الجزائري أين يُعدّ من العقارات الوطنية الموروثة (مطلب أول)، أو كان هذا العقار موجودا على أراضي أقاليم أخرى فيعد حينئذ من العقارات الأجنبية الموروثة (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: موقف المقتن الجزائري من العقار الوطني الموروث

يسري على العقار الوطني الموروث وفقا لنص المادة 17<sup>2</sup> من قواعد التنازع من القانون المدني الجزائري<sup>25</sup> قانون موقعه، وهو القانون الجزائري، كما يسري القانون الوطني على حيازة العقار وملكيته وعلى سائر الحقوق العينية الأخرى.

وهذا المبدأ أقرته عديد القوانين المقارنة التي منها القانون العراقي في المادة 15<sup>3</sup> من القانون المدني العراقي التي جاء فيها: " يقاضي الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية:

ب- إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق..."، وكذا القانون المصري ضمن نص المادة 18 من القانون المدني المصري التي جاء في نصها: " يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار...".

هذا ولقد أخذ القانون الألماني والفرنسي في قواعد التنازع بهذا المبدأ،<sup>26</sup> فكان هو المبدأ العام والمعتمد في قواعد التنازع الدولية.

ومنه يُطبّق على العقار محل الإرث والموجود في الجزائر القوانين الجزائرية سواء تعلقت بقوانين أحكام التوريث الواردة في قانون الأسرة،<sup>27</sup> أو الشروط والإجراءات المتعلقة بها والمنتشرة بين أحكام القانون المدني وقواعد الشهر والتسجيل العقاريين، أو بالإجراءات أمام المحاكم والمجالس القضائية، وبه يطبق على العقار الموجود في الجزائر القانون الجزائري.

ثم إن تطبيق القانون الجزائري بدأ بقواعد التنازع وانتهاء بقواعد الموضوع من القانون الجزائري، لا فرق فيه بين إن كان المورث جزائري الجنسية أو غير جزائري ما دام



العقار موجودا على إقليم الدولة الجزائرية، وكذلك الحال سيان بين إن كان الورثة كلهم أو بعضهم جزائريين أو غير جزائريين الجنسية ففي كل هذه الأحوال يطبق القانون الجزائري عملا بمبدأ موقع العقار، لما في ذلك من إعمال لنص المادة 1/4 من القانون المدني الشرعة القانونية العامة في الجزائر.

وحرى بالتنبيه في هذا المقام إلى أنه ولو كان الافتراض بأن العقار الموروث كان مملوكا لمورث أجنبي يخالف قانون دولته القانون الوطني وكان المورث من نفس الدولة أو من دولة أخرى يتحقق في قانونها نفس المعيار -مخالفة قانونه لأحكام القانون الوطني في التوريث- فإن القانون الوطني هو الذي يطبق.

وحيثما يتم النظر في العلاقة القائمة بين المورث والوارث بعد تصنيف المال إلى عقار ليتم التحقق من صحة تكييفه بالعقار الموروث نسبة إلى الأشخاص المطالبين بإرثه، إذ لو كان المطالب أحد الزوجين مثلا وكان رابط الزواج من أنواع الزوجات التي يقرها قانونهم إلا أنها من العلاقات المخالفة للنظام العام في الجزائر فإن العلاقة لا يُعتد بها كزواج، لاسيما إن كانت زواجا بين محارم مثلا أو بنظام التعايش أو بين مثليين،<sup>28</sup> وهي على ذلك تكون باطلة وتُكَيّف على أنها علاقة محرمة ومخالفة للنظام العام والآداب في القانون الجزائري ولا تُقيم للمطالب حقا في الإرث.

ولم يكن ذلك من الناحية القانونية تدخلا للقانون الجزائري في موضوع القانون الشخصي لرعايا أجنبي وإنما كان ذلك حماية للنظام الوطني العام وهو الوارد ضمن نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

وبه قد تؤول التركة إلى اعتبارها شاغرة لتطبق عليها قواعد القانون الوطني الموضوعية بما في ذلك من إجراءات لتحويل الأموال العقارية الشاغرة حكما إلى الخزينة العامة للدولة.

### المطلب الثاني: موقف المقتن الجزائري من العقار الأجنبي الموروث

العقار الأجنبي الموروث هو من الأموال ذات الحقوق العينية العقارية بدأ بحق الملكية منها وانتهاء بأقل حق عيني عقاري معترف به قانونا، وصح له أن يكون محلا للإرث بطبيعته

غير المخالفة لتحوُّله إلى مال موروث بعد أن كان ملكاً فضلاً على تحقق أسس التوريث في الوارث والمورث أو مجموع المورثين، وهو غير موجود على الأراضي الإقليمية الوطنية.

إلا أن العقار الأجنبي الموروث لا يثير إشكالا بالنظر إلى قانون الدولة التي يكون موجوداً فيها إذا كانت قواعد الإرث فيها تضاهي قواعد الإرث المعمول بها في القانون الوطني، كما هو الشأن لكل الدول المسلمة التي تعمل قواعد التوريث الشرعية كالقانون المصري والليبي والأردني والكويتي وغيرهم كثير، فمتى وُجد العقار الموروث على إقليم من أقاليم هذه الدول أو مثيلاتها فلا تنازع بين القانون الوطني وقانون دولة العقار وإنما تخضع الحلول القانونية لإعمال بعض المبادئ الفقهية القانونية كما هو حال مبدأ التطبيق الجامع للقوانين،<sup>29</sup> إذ بتطبيقه يتم جمع القانونين وتطبيقهما سوية، وبه يكون الحل الأمثل والأيسر.

إلا أن التنازع يجد له محله متى كان قانون الدولة التي يوجد على إقليمها العقار لا يعتمد أحكام الشريعة الإسلامية في أحكام الموارث بما تتضمن من روابط يُعتمد بها بين شخص المورث والورثة لاسيما رابط الزوجية أصل الخلاف لتعلقه بأهلية الأشخاص ودياناتهم، فضلاً عن تصنيف الورثة وتوزيع الأموال الموروثة عليهم وطُرق ذلك كله.

ففي مثل هذه الأحوال تثور التنازعات بين القانون الوطني وأمثلة هذه القوانين المقارنة غير المسلمة كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي،<sup>30</sup> الألماني والسويدي على عين التمثيل،<sup>31</sup> على اعتبار أن أسباب الإرث في قوانين الدول الغربية تختلف عن قواعد الإرث في الدول الإسلامية بحيث تعتمد تلك القوانين على أساسين للتوريث: أساس قانوني -القرابة- وأساس إرادي -الوصية-، وبه يتبين كيف قد تُخرق كل أحكام الفرائض في الدول المسلمة التي هو من النظم القانونية العامة فيها.<sup>32</sup>

ومعلوم أن القانون الفرنسي مثلاً أو الألماني كلاهما يعتمدان على مبدأ شخصيّة القوانين متى تعلق الأمر بتطبيق أحكام الميراث، وهو نفس الحكم الذي أورده المقتن الجزائري ضمن نص المادة 1/16 من قواعد التنازع من القانون المدني والتي جاء نصها: " يسري على الميراث والوصية سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ".

ولو افترضنا أن بعضها يقيم البت بالفصل في إسناد توريث رعاياه من الأجنبي لقانون جنسيتهم إلا أن ذلك قد يتعارض مع الأصل في قواعد الإسناد لاسيما بتعلقه بعقارات موجودة في إقليم دولته، وبالتالي يكون الحكم الفصل مرده إلى عدم مخالفة أحكام التوريث في القانون الجزائري لنظام الدولة العام التي يوجد بها العقار المملوك جزائري أو الذي يمثل إرثا لجزائري فيه أحقية.

ولو وقع ذلك لتدخل القاضي الأجنبي بإغفال تطبيق القانون الجزائري لمخالفته النظام العام للدولة التي يوجد عليها العقار الموروث وبه يكون تطبيق القانون الجزائري مستحيلا فيعمد القاضي إلى الكف عن تطبيقه ويتحول إلى تطبيق قانون موقع العقار. وبالنتيجة يكون حكم العقار الأجنبي الموروث في القانون الجزائري أيلولته إلى ورثته الذين يصح توريثهم طبقا لما هو معمول به من أحكام في قانون الأسرة الجزائر، مع تخليف كل شخص لا تورثه أحكام قانون الأسرة الجزائرية، وهنا يقع التنازع.

إن افتراض وجود من بين ورثة الجزائري المستوطن في فرنسا مثلا ورثة غير مسلمين، أو آخرين موصى لهم بالإرث مثلا،<sup>33</sup> يؤدي بالضرورة إلى تنازع قانونين مختلفين في نظامهما العام وهنا يكون موقع المقنن الجزائري والفرنسي مختلفان من حيث توريث أولئك الورثة غير المسلمين من عدمه، ليبقى الأمر بيد القاضي الفرنسي المعروض عليه النزاع طالما أن العقارات هي موجودة على إقليم الدولة الفرنسية، فيورث المسلم بقانونه وغير المسلم بقانونه، وبه لا يكون لأحكام القانون الجزائري في مثل هذه الأحوال الدور الفصل، كما يكون له في الوقت الذي تكون العقارات وطنية موجودة على إقليم الدولة الجزائرية.

#### خاتمة

إذا كانت القواعد القانونية التنازعية ذات طابع استثنائي على المبدأ العام القاضي بتطبيق قانون وحيد داخل كل إقليم، فإن تأثيرها على تصنيفها للأموال وتحديد مراكز الأشخاص القانونية متى تعلق الأمر بنظام الموارث ذو مكانة مؤثرة جلية.

ولأجله فإن قواعد القانون الجزائري تلزم بكون نظامها الداخلي الفيصل في تصنيف تلك الأموال متى وُجدت على إقليمه وباستثناء تطبيقه على كل مال تبين بعد تصنيفه أنه من الأموال العينية العقارية.

ثم إن القانون الجزائري يتدخل تأسيسا على ذلك في تحديد مراكز الأشخاص الورثة من غيرهم بحيث يحدد الأشخاص ذوا الصفة لاستحقاق نسبة من إرث عقار على إقليم الدولة، وبالمقابل تحديد الأشخاص عديمي الصفة لاستحقاق نسبة من إرث العقار الواقع على إقليم الدولة الجزائرية.

ومن باب الموازنة فإن القانون الجزائري قد يُستبعد من التطبيق ولو كان في موضوعه مختصا متى كان العقار موجودا في إقليم دولة أجنبية لاسيما إن كانت من الدولة التي تختلف في نظامها العام وأدائها مع ما هو مقرر في القانون الجزائري، بحيث يورث من المسلم غير المسلم في أحيان كثيرة وتورث غير الزوجة كزوجة المتبنى بآب الصلب. ليتبين في الأخير أن لعنصر السيادة الإقليمية في قواعد القانون الدولي الخاص ولو تعلقت هذه الأخيرة بأهلية الأشخاص دول مهم بل الدور الأوحد في الفصل في النزاعات القائمة بين الأفراد والتنازعات الناتجة بين القوانين الدولية.

## الهوامش

<sup>1</sup> . أنظر: الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> . د. الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، بدون عدد طبعة، سنة 2000، ص 190، 191.

<sup>3</sup> . Petra KUHN: La dévolution légale des successions, petit guide pratique du droit allemand des successions, p 2 ; site web: www.allemand.diplo.de.

<sup>4</sup> . أنظر: القانون المدني العراقي رقم 40 سنة 1957، كتب ببغداد في اليوم الثلاثين من شهر شعبان سنة 1370 واليوم الرابع من شهر حزيران سنة 1951.

<sup>5</sup> . الفقرة الأولى من نص المادة 683 من القانون المدني الجزائري، ولقد ورد في المادة 1/24 من القانون المدني الكويتي: " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير في هيئته فهو عقار".

<sup>6</sup> . د. علي فيلاي: نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، بدون عدد طبعة، سنة 2011، ص 357.

<sup>7</sup> . الصادر بقصر القبة في 9 رمضان 1367 الموافق 16 يوليو 1948، نشر في الجريدة الرسمية في العدد 108 مكرر 1 الصادرة في يوم الخميس 22 رمضان سنة 1367 الموافق 29 يوليو سنة 1948 .

<sup>8</sup> . أنظر المواد من 517 إلى 526 من القانون المدني الفرنسي:

Version consolidée du code au 1er janvier 2013. Edition : 2013-01-06, Traitement réalisé par Stéphane Habet Roux pour le compte de droit.org.

<sup>9</sup> . " Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent " .

<sup>10</sup> .د. فريدة مجدي: المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، طباعة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، بدون عدد طبعة، سنة 1998، ص 124.

<sup>11</sup> .ورد ضمن نص المادة من قانون الأسرة: " أسباب الإرث: القرابة، والزوجية " .

<sup>12</sup> .د. مصطفى السباعي: شرح الأحوال الشخصية، أحكام الموارث، الجزء الثالث، دار الوراق، المملكة العربية السعودية، الطبعة التاسعة، سنة 2001، ص 35.

<sup>13</sup> .ورد ضمن الفقرة الأولى من نص المادة : " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون " .

<sup>14</sup> . التي جاء فيها: " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " .

<sup>15</sup> . والتي جاء نصها: " يمنع التبني شرعا وقانونا " .

<sup>16</sup> . أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، الجزء الرابع عشر، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون عدد طبعة، سنة 1985، ص 119.

<sup>17</sup> . عبد العزيز سعد: نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة ثانية منقحة ومزودة، سنة 1995، ص 74، 75.

<sup>18</sup> .د. العربي بلحاج: أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، سنة 2010، ص 102.

<sup>19</sup> . جاء في المادة 9 من قانون الأسرة: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الطرفين " وجاء في نص المادة 9 مكرر منه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج؛ الصداق؛ الولي؛ شاهدان؛ انعدام الموانع الشرعية للزواج " .

<sup>20</sup> . أنظر: القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

<sup>21</sup> . أنظر المادة 22 من قانون الأسرة.

<sup>22</sup> . قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 251656، بتاريخ: 23-05-2002، المجلة القضائية، سنة 2002، عدد 1، ص 307.

<sup>23</sup> .د. العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون عدد طبعة، سنة 1994، المرجع السابق، 151.

<sup>24</sup> . نفس المرجع، 244، 245.

<sup>25</sup> .وقد ورد في النص القانوني: "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار" .

<sup>26</sup> .Petra KUHN: Op.cit, p 3.

<sup>27</sup> . أنظر المواد من 126 إلى 183 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>28</sup> . إذ أن علاقات المعاشرة في الدول غير الإسلامية مختلفة كل الاختلاف عن التي تعرفها الدول الإسلامية بل هي عند هذه الأخيرة والتي من بينها الجزائر محرمة شرعا ممنوعة قانونا؛ ومن أهم تلك العلاقات الزواج الكنسي والزواج المدني ونظام التعايش وزواج المثليين، وفي كل هذه العلاقات لا تتوفر شروط صحة الزواج التي قد تؤدي إلى بطلان العلاقة بطلانا مطلقا كما لو تزوج الرجل بإحدى محرماته في الإسلام مثلا أو أن يتزوج الشخص بمثله جنسا فمثل هذه العلاقات محرمة وباطلة في القانون الجزائري ومخالفة للنظام العام وللأداب العامة فيه؛ أنظر: د. منذر الفضل: د. منذر الفضل: نظام الأسرة في القانون السويدي، الحوار المتمدن، 2002-07-18، العدد 193، سنة 2002؛ عن موقع: [www.alhewar.org](http://www.alhewar.org).

<sup>29</sup> . د. هشام علي صادق: دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، بدون عدد طبعة، الإسكندرية، مصر، سنة 2003، ص 262.

<sup>30</sup> . أنظر مثلا نص المادة 734 من القانون المدني الفرنسي التي قسمت الورثة على فئات أربعة فئة الفروع وإن نزلوا ثم فئة الأب والأم، ففئة الإخوة والأخوات وأبنائهم ثم فئة الأصول عدا الأب والأم، ثم الأعمام والعمات والأخوال والخالات وأبنائهم، وأي من هذه الفئات كان ذو حياة وقت وفاة المورث كانت له الأحقية بالإرث استثنائا دون الفئات المتبقيات؛ وأين ورد ضمن النص القانوني:

"En l'absence de conjoint successible, les parents sont appelés à succéder ainsi qu'il suit: 1° Les enfants et leurs descendants; 2° Les père et mère; les frères et sœurs et les descendants de ces derniers; 3° Les ascendants autres que les père et mère; 4° Les collatéraux autres que les frères et sœurs et les descendants de ces derniers. Chacune de ces quatre catégories constitue un ordre d'héritiers qui exclut les suivants".

<sup>31</sup> . أنظر: د. أحمد علي معي الدين: بحث كامل في علم المواريث، ص 2؛ عن موقع: [www.alargam.com](http://www.alargam.com).

<sup>32</sup> . Petra KUHN: Op.cit, p 2 .

<sup>33</sup> . والقانون السويدي كما الفرنسي يورثان الموصى له كأنه وارث بالفرض أو عاصب؛ أنظر له: د. منذر الفضل: المرجع السابق؛ عن موقع: [www.alhewar.org](http://www.alhewar.org).

## تنازع القوانين حول تحقق واقعة الوفاة - الموت الحقيقي والحكمي والموت الدماغي والموت الرحيم-

ZOUAI Hakim,  
Maitre assistant (A)  
Faculté de Droit, Université BADJI  
Mokhtar, Annaba, Algérie.

زواي حكيم  
أستاذ مساعد "أ"  
كلية الحقوق جامعة باجي مختار -  
عنابة، الجزائر.

### مقدمة

إن كانت الإرادة التشريعية المقارنة قد اعترفت بثبوت الشخصية القانونية للإنسان منذ الأزل، فبالمقابل قد نفت صفة الدوام، لاتصاف الشخصية القانونية بالمحدودية الزمنية للوضعيات القانونية العادية أو الطارئة المختلفة التي تطالها، والتي تفضي وفقا للمجرى العادي إلى الانقضاء أو تعجل به، وتشكل في مجموعها جملة حالات تتنوع بخلاف البداية التي قد تقتصر إلى حدث أو اثنان لنشوء الكيان القانوني، غير أن هذا التعدد جعل من خطر الانتهاء منتظر في أي وقت ومن جهة أخرى صعوبة بيانها وفقا لضابط مشترك، لاسيما في ظل اعتراف بعض التشريعات بحالات غير مألوفة لدى الآخر مما قد يؤدي على تنازع حول اعتبار الحالة من عدمها في ظل أن الميراث في بعض الدول، خاصة إذا كان مصدر أجنبية المنازعة في هذا الصدد جنسية المتوفي أو مكان حدوث الواقعة فيا ترى ما هي الحلول الوضعية لهذه الفئة من تنازع القوانين؟

إن التصدي لهذا الموضوع يعني الخوص في دراسة ضوابط الإسناد الخاصة بهذه الفئة في القانون المدني الجزائري والقوانين المقارنة دون تناسي قانون الصحة وقانوني الحالة المدنية والأسرة عبر خطة ترسم معالمها جملة التساؤلات الفرعية: في أية فئة يمكن تكييف الموت كواقعة؟ ما هو ضابط الإسناد؟ هل يأخذ المشرع الجزائري بالوفاة الحكمية بخصوص منازعة بين غير الوطنيين؟ هل يمكن استبعاد القانون الأجنبي في حال تناقض مع النظام العام؟

الظاهر من هذه التساؤلات أن محاور المعالجة لا تخرج عن ثلاثة تبعا لتدرج موضوعات القانون الدولي الخاص بداية من تحديد الفئة التي ينتمي إليها هذا النوع من

التنازع (المبحث الأول) ثم بيان القانون الواجب التطبيق عليهما (المبحث الثاني) وصولاً إلى بيان أحكام تطبيق القانون الأجنبي وحالات استبعاده (المبحث الثالث)، وعليه يظهر أن التسلسل المنطقي هو معيار تقسيمنا وهو ما يتجسد بوضوح في تفاصيل الخطة التالية:

المبحث الأول: تكييف واقعة الموت

المطلب الأول: تكييف واقعة الوفاة في ظل قانون الجزائري

المطلب الثاني: اختلاف تكييف واقعة الوفاة في القوانين المقارنة

المبحث الثاني: حالات تطبيق القانون الوطني التطبيق على منازعات تحقق الوفاة

المطلب الأول: الحالات المباشرة لتطبيق القانون على منازعات تحقق الوفاة

المطلب الثاني: الحالات غير المباشرة لتطبيق القانون على منازعات تحقق الوفاة

المبحث الأول تكييف واقعة الموت

ذهب العض من الفقه إلى تعريف مسألة التكييف بالقول: « وهو ما ينطبق تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع تمهيداً لإسناده لقانون معين<sup>1</sup>»، ومعلوم أنه لا يمكن تطبيق قواعد الإسناد في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ما لم يقيم القاضي بعملية أولية سابقة وهي تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع وإرجاعه<sup>2</sup> ولعل أهم القضايا التي أثارت مسألة التكييف في القانون الدولي الخاص كلها لها علاقة بموضوع دراستنا كقضية وصية الهولندي أو ميراث المالطي<sup>3</sup>.

لذا نجد أن الفقه انقسم من وراء القانون والقضاء قد اختلف في القانون الواجب التطبيق على مسألة التكييف، إلا أن المشرع الجزائري بتعديله لقواعد الإسناد سنة 2005 أضحى يخصص في مادتين للتكييف عوض مادة واحدة المتمثلة في المادة 9 ق.م التي نصت على المبدأ العام المتمثل في خضوع التكييف يخضع لقانون القاضي وأوردت استثناء متمثلاً في تكييف المال، غير أن هذا لا يعني أن المشرع قد ذكر فئة واحدة تتعلق بموضوعنا (المطلب الأول)، وما وقع في التشريع الجزائري نجد أن التشريعات المقارنة وقعت فيه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكييف الموت في قواعد الإسناد الجزائرية

ذهب الأستاذ الطيب زروتي إلى أن الموت يخضع للقانون الشخصي بمعنى أنه مدرج في الأحوال الشخصية التي يغلب فيها استخدام ضابط الجنسية لمعرفة القانون الواجب



التطبيق، ومرد قول الأستاذ هو منطوق المادة 15 ق.م التي جاء فيها : « يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته...» وفي هذا الصدد يقول : « ويؤثر الغياب والفقد في حالة الشخص ولذلك ألحقا بالأحوال الشخصية ويطبق عليهما القانون الشخصي فيما يخص القواعد الموضوعية الخاصة بالفقد والغيبه المنقطعة وقد أكدت المادة 31 مدني هذا المعنى وتولت المواد من 109 إلى 115 من قانون الأسرة بيان الأحكام الموضوعية للغياب والفقد...»<sup>4</sup> ولئن كان هذا التصريح يصدق على الوفاة الحكمية فإن الوفاة الطبيعية لم يتطرق إليها أستاذنا، مما قد يجعل نفس الحكم ينطبق عليها، وقد يعزز هذا الرأي حكم الفصل الثالث من قانون الحالة المدنية في مواد من 78 إلى 94 المتعلق بعقود الوفيات مما قد لا يجعل من فئة موضوعنا تنتهي بدهاءة إلى الحالة المدنية التي بدورها مدرجة في الأحوال الشخصية.

إلا أن الحسم بهذه الطريقة يصطدم مع حقيقة مفادها أن الموت قد يكون هو موضوع النزاع من حيث تحققه من عدمه غير أنه في الغالب الأعم قد يكون شرطا مؤثرا في النزاع لاسيما في الوصية أو الميراث، ومعلوم أن الميراث قد خاض في تكييفه الفقه مخاض عسيرا جعلهم يتفرون على آراء مختلفة حوله غير أن الفقه الجزائري ذهب إلى جعل الميراث الوصية ضمن إحدى فئات الأحوال الشخصية المتمثلة في العلاقة المالية ذات الطابع الشخصي<sup>5</sup> ، وأساس حكمهم هذا هو نص المشرع في المادة 16 ق.م التي جاء فيها : «يسري على الميراث وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها». وما ينبغي إثارته أن الوفاة الطبيعية هي واقعة مادية وليست سبب قانوني خلاف الوصية والهبة، مما يجعل تكييفهما لا يندرج ضمن نفس الإطار، مما يؤثر على ضابط الإسناد بدوره، حيث أن معظم التشريعات ترصد لها ضابط مكان حدوث الواقعة بالنسبة للمتصفة بالمادية، بينما الثانية فيختلف الضابط بحسب اقترانه بشخص الإنسان، وعليه يرى الكثير أن من الخطأ إدراج تحقق الوفاة ضمن الأحوال الشخصية،

لسبب جوهري هو حالة الأشخاص تتصل بواقعة حياة الشخص على خلاف الروابط الأخرى المتعلقة بانتهاء الحياة<sup>6</sup>.

كما أن القول بأن الهبة أو الوصية مندرجة ضمن الأحوال الشخصية أمر غير مستساغ إذا ما علمنا أن الهبة عقد تبرعي حاله حال الوصية، مما يعني أنها تدرج ضمن التصرفات المالية الإرادية ولا يعني بذلك ورودها في قانون الأسرة أنها ضمن فئة الأحوال الشخصية.

بل إن الوفاة قد تكون سبب لتعويض الخلف العام أو الخاص عن الفعل الضار مما يؤدي على ضرورة إثبات الصلة بين المتوفي والأقارب المستحقين للتعويض من جهة ومن جهة أخرى استلزام إثبات مسألة قبلية متجسدة في واقعة الوفاة، بل عن الجثة بعد الوفاة تعد شيئاً في نظر الكثير من الفقه ترتب مسؤولية في ذمة حارسها.

#### المطلب الثاني تكييف واقعة الوفاة في القوانين المقارنة

سبق التنوع إلى التشريعات المقارنة اختلفت وتباينت آرائها حول هاته المسألة سواء أكانت هي موضوع التنازع أو هي جزئية منه، ولعل تناوله بالفحص والتنقيب يستوجب التطرق للوضع التشريعات العربية (الفرع الأول) ثم الغربية (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تكييف واقعة الموت في القوانين العربية

إن كان التشابه هو السمة الغالبة في جميع الأوضاع القانونية العربية إلا أنه بصدد هذه الحالة نجد أن المشرع اليمني رغم أنه نظم تسجيل الوفاة وما يتصل بها ضمن المواد من 35 إلى 41 ضمن قانون الأحوال المدنية والسجل المدني اليمني إلا أنه وضع ضابط واحد هو تطبيق القاضي اليمني لقانونه دون النظر إلى جنسية الهالك<sup>7</sup>.

بينما القانون اللبناني سواء قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية أو غيره فإن الأستاذ عبده جميل غصوب يرى بأن لم يميز بين الوفاة الحكومية أو الطبيعية في الخضوع للقانون الشخصي، بينما يرى بأن الوصية وجميع شروطها مصدرها الإرادة وليست القرابة والنسب كالإرث وبذلك فهي تشكل عملاً قانونياً، وبذلك فيرى أنه لا يمكن إدراج الإرث والوصية في فئة الأحوال الشخصية<sup>8</sup>، كما لا يمكن -على حد قوله- إدراجهما بين الأحوال العينية، بل إنهما يدخلان في فئة مستقلة فالإرث والوصية هما نتيجة لانتهاء الحالة الشخصية، بينما الأحوال الشخصية هي نتيجة لوجود الشخص وارتباط العلاقات

التي تدخل في نطاقهما به مباشرة. لأن وضع المسألتين في الأحوال الشخصية يترتب عليه أن بعض التشريعات تورث الشخص ولم تجمع بينه وبين المتوفي رابطة النسب، أما بخصوص إدراجهما في الأحوال العينية وخضوعهما لموقع المال فإنه مدعاة في نظره لمخاطر عملية تؤدي إلى تعدد القوانين المطبقة بتعدد مكان تواجد المال...<sup>9</sup>.

أما على صعيد التشريع المغربي فيصريح موسى عبود فقد صرح بأنه في مدونة الأحوال الشخصية تضمن كتابين بشأن الوصية والإرث ومن جهة أخرى ربط الإرث والوصية بالقانون الشخصي للمتوفي فقد نص الفصل 18 من ظهير الوصية المدنية للأجانب على ذلك<sup>10</sup>، وهو ذات الحكم المقرر في المادة 18 ف1 قانون الأردني...<sup>11</sup>

وما ينبغي الإشادة به أن الدكتور محمد عبد العال أورد عنوان متعلقاً بحرمة الجسد وقال فيه: «تقرر التشريعات حرمة وحماية الحياة وكذلك بعد الممات...صعوبة المسألة تتأتى من أن البحث في هذه المسألة متشعب وتختلط فيها فكرة الحياة الخاصة بفكرة الحريات العامة فنواجه من ثم بأمور من القانون العام وأخرى من القانون الخاص. إننا أمام مسائل ترتبط في جانب كبير منها بما يسمى بحقوق شخصية ومن هذا المنظور يمكن إقامة التفرقة بين وضعين: الأول، إذا تعلق الأمر بمسألة مرتبطة بالحياة الخاصة للفرد فإنه يتعين تطبيق قانون جنسية الشخص...الثاني: إذا تعلق الأمر بحق من حقوق الإنسان...التي تدعو الدساتير الحديثة لصيانتها والحفاظ عليها فإنه يتعين تطبيق قانون دولة القاضي بوصفه من قوانين الأمن والبوليس المدني التي تطبق مباشرة...»<sup>12</sup>

#### الفرع الأول: تكييف واقعة الموت في القوانين الغربية:

درج القانون التركي على تكييف الغيبة والفقد ضمن الأحوال الشخصية وهو ما أورده في المادة 70، كما أن القانون الدولي الخاص المجري في مادته 16 ف1 والألماني لسنة 1986 في مادته 9 قد ساروا في نفس الاتجاه<sup>13</sup>.

أما بخصوص القانون الفرنسي<sup>14</sup> والتشريعات الدائرة في فلكه من ذلك بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، فإنهم يجعلون من الموت عبارة عن وسيلة من وسائل نقل الأموال ومادامت منصبة على المال فإنها تدرج ضمن الأحوال العينية لا الأحوال الشخصية، وعليه فضابط الإسناد له علاقة وطيدة بالمال، لذا نجد بأن هناك تمييز بين

المنقول والعقار بخصوصه، فمؤشر الإسناد في الثاني هو مكان تواجده أما الأول فهو موطن الهالك الأخير<sup>15</sup>

وهذا الاتجاه منتقد كما يصرح بذلك الأستاذ الطيب زروتي إذ يؤدي إلى تطبيق عدة قوانين على تركة واحدة استدلت الفقهاء بقضية حفيده جورج صائد التي أوصلت بمنزلها في فرنسا وما يوجد فيه من أثاث إلى الأكاديمية الفرنسية، ولكنها توفيت في إيطاليا مما أدى إلى خضوع الوصية لقانونين الفرنسي بخصوص العقار (منزل) والقانون الإيطالي (المنقولات).<sup>15</sup>

### المبحث الثاني : حالات تطبيق القانون الوطني في مجال تحقق واقعة الوفاة

لا تنحصر حالات تطبيق القانون الوطني في إشارة قاعدة الإسناد على أن القانون الوطني يشكل الحل القانوني (المطلب الثاني) بل تتعداه إلى حالات استبعاد القانون الأجنبي (المطلب الثالث).

### المطلب الأول : تطبيق القانون الوطني المباشر على واقعة الوفاة

أسلفنا سابقا أن المشرع الجزائري تبني نظرية بارتن بخصوص التكييف ومنه فإن حكم المادة 9 يسري، بخضوع مسألة التكييف لقانون القاضي، غير أن ما يدق هل أن حكم المادة 17 ف1 الخاص بتكييف المال منقول أو عقار يطبق على مجال دراستنا؟  
قد يظهر للعيان أن المادة 17 ف1 تتعلق بالتصرفات الإرادية وذلك يفهم من سياق الفقرات التالية له، غير هذا الافتراض لا يتسم بالسلامة لاسيما وأن واضعي تعديل 2005 يصرون على أن ما ورد في الفقرة محل النقاش من قبيل الاستثناء الوارد على المبدأ العام. ومنه فقد تتأزم القاعدة بخصوص شكل الوصية حيث كانت المادة 16 ق.م قبل تعديل 2005<sup>16</sup> قد خصت شكل الوصية بضابط إسناد خاص وهو قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون الدولة التي تمت فيه الوصية وألغى بخصوص الوصية وأصبح بذلك منضويا تحت منطوق المادة 19 ق.م التي جاء فيها : «تخضع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية»<sup>17</sup> وبذلك الافتراض مدحض طالما أن الشكل في الضابط يختلف عن الموضوع وبذلك ففكرة التوحيد لا محل لها في

مجالنا وغير مقبولة كسند، وعليه فالقول بعدم سريان الاستثناء على محل الدراسة قد لا يجد أساسا في ظل عدم الحصر والضبط.

وما يجب التنبيه له أن مجال تطبيق القانون الوطني يتأثر بدوره بقاعدة خضوع النزاع لقانون القاضي فيما يتعلق بالإجراءات لاسيما الوقتية مما قد يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني.

وقبل هذا فإن المشرع الجزائري قد خصص لما له علاقة بموضوعنا المادة 16 التي تفضي إلى تطبيق القانون الوطني متى كان الهالك حاملا للجنسية الجزائرية في حالة تعددها يطبق حكم المادة 22 ف2 القاضية: «...غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد الجنسية الجزائرية...»

ومع ذلك نجد المشرع لم يتناول بمسألة تحقق الوفاة ولا الوصية بأعضاء الميت والجثة برمتها مما يجعلنا نقول أن سلامة الجسد من حيث الأصل العام تخضع للمادة 5 ق.م المتعلقة بسريان قوانين البوليس مباشرة، بينما الوصية بزرع الأعضاء ونقلها فقد نص عليها قانون الصحة وقد أحال على التنظيم بخصوص تحديد لحظة الوفاة<sup>(17)</sup> الأمر الذي لا يدع شكا في خضوعه للمادة 16 ق.م

#### المطلب الثاني: تطبيق القانون الوطني غير المباشر على واقعة الوفاة

قد لا تشير قاعدة الإسناد المتعلقة بفئة الموت كواقعة مستقلة أو كشرط مدرج مباشرة وإنما قد تحيل إليه قواعد إسناد دولة أخرى تم عقد الاختصاص لها من قبل قواعد الإسناد الوطنية (الفرع الأول) أو متى خالف القانون الأجنبي النظام العام والآداب العامة (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تطبيق القانون الوطني بموجب الإحالة

لا تثار الإحالة في حالة التنازع الإيجابي وإنما في حال التنازع السلبي حيث تكون قاعدة الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع، تسند الاختصاص إلى قانون أجنبي غير قانونه، فمثلا لو تعلق الأمر بأهلية انجليزي متوطن في الجزائر، فوفقا لقاعدة الإسناد الجزائرية، فإن القانون الانجليزي هو المختص، على أساس أن المشرع الجزائري يطبق قانون الجنسية على أهلية الأشخاص و حالتهم، وذلك طبقا لنص المادة 10 من القانون المدني الجزائري، ووفقا لقواعد الإسناد في القانون الانجليزي، فإن القانون الجزائري هو

مختص، كون أن المشرع الانجليزي يطبق قانون الموطن على أهلية الأشخاص وحالتهم. و بالتالي فإن كلا من القانونين يرفض الاختصاص.<sup>18</sup>

وقد أخذ المشرع الجزائري بالإحالة من الدرجة الأولى في المادة 23 مكرر ف2 التي جاء فيها: «...غير انه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي...»

كما يمكن الإشارة إلى أن صعوبة إثبات القانون الأجنبي تؤدي لا محالة إلى تطبيق القانون الوطني وهو ما صرحت به المادة 23 مكرر.

### الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني بموجب الدفع بالنظام العام

بداية فإن النظام العام من صنيع فقه نظرية الأحوال الإيطالي في القرن الثالث عشر ميلادي إذ ميز الفقيه بارتول بين الأحوال المفيدة أو الملائمة والأحوال البغيضة أو المستهجنة ورأى أن الأحوال الأولى هي التي يمكن أن يمتد تطبيقها خارج الإقليم الذي صدرت فيه فتتبع الشخص أينما ذهب وتسري عليه أينما كان، أما عن الأحوال البغيضة فلا يتصور تطبيقها خارج الإقليم الذي صدرت فيه وتبقى حبيسة حدود هذا الإقليم أما الفقيه مانشيني فقد وضع نظريته الشهيرة التي أكد فيها مبدأ شخصية القوانين باعتبار أن القانون قد وضع ليحكم سلوك الأشخاص قبل أن يوضع ليطبق في حدود الإقليم، لكنه أورد على هذه النظرية عدة استثناءات تمثلت في تطبيق قانون الإرادة على العقود، وتطبيق القانون المحلي على شكل التصرفات، وكذلك قواعد القانون العام والقوانين الخاصة بالأمن المدني وبالملكية العقارية وقد قرر مانشيني أن هذه القوانين تطبق إقليمياً لتعلقها بالنظام العام.<sup>19</sup>

المقصود بالقانون الأجنبي بالمفهوم الواسع، من وجهة النظام العام، ليس فقط النصوص التشريعية بما فيها الدستور والمعاهدات الدولية المصادق عليها، ولكن حتى الأحكام والقرارات الأجنبية، حيث يعتبر شرط مطابقتها للنظام العام من أجل الاعتراف بها وتنفيذها، لأنها اتخذت تطبيقاً لقانون أجنبي.<sup>20</sup>

وقد تتجلى فكرة النظام بحددة في موضوع دارستنا فقد يورث القانون الأجنبي ما لا يورث أو قد يمنع أحد الورثة بسبب جنسه من الميراث كما أن قد يجيز القتل الرحيم أو يبيع نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بعوض...وعليه فإن إعمال نص المادة

ومن التطبيقات القضائية قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1964/11/17 حيث جاء فيه: « إن ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا، إلا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم ومن ثم يتعين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة وحسب، من دون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم»<sup>21</sup>

### الخاتمة

وإجمال لما قيل فإن المشرع الجزائري خرج في ما يتعلق بمحل دارستنا عن منهج الحياد المعروف في بط قواعد الإسناد والتي جاء لأجلها تعديل 2005، لاسيما فيما يتعلق بعدم إمكانية تطبيق توارث التبني مع أنه نص عليه في النسب، أضف إلى ذلك أن لم يول واقعة الوفاة أهمية كبيرة كواقعة مستقلة بذاتها مما يجعل الفراغ حاصل حول لحظة الوفاة من جهة وضابط الإسناد وقبله الفئة التي تندرج ضمنها، بل الأكثر من هذا وذلك نجد الفقه الجزائري بدوره لم يتطرق إليها خلاف لحال الاجتهاد في لبنان وبقية الدول الأخرى زعلى كل يمكن إجمال السلبيات والاقتراحات فيما يلي :

- ضرورة ضبط فئة المنازعة تحقق الوفاة بصفة مستقلة عن التصرفات والوسائل القانونية الأخرى التي تكون فيها شرطا لوجودها
- ضرورة توحيد ضابط الإسناد بخصوص الشروط الموضوعية للوصية والميراث مع ضابط الشكل، لأن اشترط شكل في الخارج قد يناقض ما هو معلوم به في القانون الوطني
- استثناء المبدأ العام للتكييف والوارد في المادة 17 ف1 ق.م لابد من حصره
- إدراج الوصية بالأعضاء البشرية ضمن منطوق المادة 16 ق.م
- لابد من تحديد لحظة الوفاة في قانون الصحة الجزائري
- تطبيق القانون الجزائري في حالة وجود أحد أطراف المنازعة تحت طائلة التعدد في الجنسيات وحاملا الجنسية الجزائرية فيه مناقضة لفكرة الجنسية الحقيقية الواردة في المادة 23 ف1

وفي الأخير لابد من القول أن المشرع الجزائري حاول جمع فئة تحقق الوفاة مع الفئات المشابهة أو التي قد تندرج تحتها كشرط أو وسيلة مع أن الواقعة بحد ذاتها تشكل فئة مستقلة قد تحتاج إلى ضابط مستقل

## الهوامش

- <sup>1</sup> د.عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 79.
- <sup>2</sup> عبد الرسول كريم أبو صبيح، التكييف في تنازع القوانين دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 7، 2008، ص 221.
- <sup>3</sup> انظر: د بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر نظرية التكييف، دار هومه، 2008، ص 76 و 77.
- <sup>4</sup> أ.د زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، ج تنازع القوانين، مطبعة الفسيلا، 2008، ص 151.
- <sup>5</sup> انظر: د موحد اسعاد، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز انجق، د.م.ج 1989، ص 317. سعادي محمد، القانون الدولي الخاص، دار الخلدونية، 2009، ص 125.
- <sup>6</sup> د سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم القانونية، بيروت، ط 1، 1994، ص 575 و 576.
- <sup>7</sup> أ.د سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، 2002، ص 237.
- <sup>8</sup> عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد للنشر والتوزيع، بيروت، ط 1، 2008، ص 255.
- <sup>9</sup> المرجع نفسه، ص 285.
- <sup>10</sup> موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص؟، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط 1، 1994، ص 264.
- <sup>11</sup> أمين رجا رشيد، تنازع القوانين في فلسطين، دار الشروق، عمان، 2001، ص 115.
- <sup>12</sup> د محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي، بيروت، ط 1، 2004، ص 774 و 775.
- <sup>13</sup> المرجع نفسه، ص 770.
- <sup>14</sup> بيار ماير فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة، د علي محمود مقلدمجد المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، ط 1، 2008، ص 729 وما بعدها.
- <sup>15</sup> زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 196.
- <sup>16</sup> أ.د أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الزيتونة للإعلام، د.ت، ص 252.
- <sup>17</sup> من المعلوم أن شخصية الإنسان الطبيعي تعترفها بعض الوقائع الطبيعية والقانونية التي تجعلها تنتهي منها الوفاة الطبيعية التي قرررتها المادة 25 ق.م بقولها « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته» ومنها ما هو حكمي استنادا إلى نص المادة 109 وما بعدها من قانون الأسرة، كما نجد في إطار الموت الحكمي ما يسمى بالموت الدماغ الذي أحالت في تحديده 164 ف1 من قانون الصحة . [القانون رقم 85-05، المؤرخ في



1985/02/16، المتضمن حماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، العدد 08، الصادرة بتاريخ 1985/02/17، ص176] على التنظيم لتحديد وبالفعل صدر قرار لوزير الصحة أخذ فيه بالموت الدماغي. [انظر:القرار الوزاري، رقم 89-39، بتاريخ 1989/03/26. انظر أيضا الدكتور صادق الجندي، الموت الدماغي، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2001، ص11 وما بعدها ]

<sup>18</sup> د أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الثامنة 2006، ص96.

<sup>19</sup> هشام علي صادق، في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2003، ص 302 .

<sup>20</sup> Paul LAGARDE : Ordre public , droit international privé .Daloz n°17,19

<sup>21</sup> Yvon Loussouarne,Piere Bourel, droit international prive, Daloz 4eme édition,1993,p280.

## تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي

KAMEL Soumaia, Maitre assistante  
(A), Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques Université aboubakr  
BALKAID, tlemcene, Algérie

كمال سمية، أستاذة مساعدة "أ"  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان

### مقدمة

من خلال ثنائية قواعد الإسناد تظهر إمكانية تطبيق قانون القاضي على علاقات الأحوال الشخصية، بداية بالتكييف وقبول الإحالة من الدرجة الأولى الذي يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي وإمكانية تطبيق الشريعة الإسلامية على الأجانب و لو كانوا غير مسلمين، و ترجيح جنسية دولة القاضي في حالة تعدد جنسية الشخص.

و قد اختلف الفقه في موقفه و في تقدير موقف المشرع الجزائري.

كما أن تطبيق القانون الجزائري على علاقات الزواج و الطلاق متى كان أحد الزوجين جزائريا قد يؤدي إلى تطبيق قانون غير ملائم خاصة إذا اكتسب الزوج الأجنبي الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى ليستفيد من حقه في الطلاق بإرادته المنفردة أو لتستفيد الزوجة من الخلع إذا اكتسبت الجنسية الجزائرية

الإشكالية: ماهو المجال المخصص لقانون القاضي، و فيما تظهر هيمنة قانون القاضي.

### المبحث الأول: التطبيق الأصلي لقانون القاضي

يظهر التطبيق الأصلي من خلال إخضاع التكييف الأصلي لقانون القاضي وعند حماية الطرف الوطني من خلال قواعد الإسناد الإنفرادية، و كذلك عند ترجيح جنسية دولة القاضي.

### المطلب الأول: إخضاع تكييف علاقات الأحوال الشخصية لقانون القاضي

حسب المادة 9 من القانون المدني يتم تكييف العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي وفقا لقانون القاضي، فهو الذي يحدد المسائل التي تندرج ضمن الأحوال الشخصية، انطلاقا من التمييز بين الشروط الموضوعية و الشروط الشكلية عند إبرام عقد الزواج و

تحديد المسائل التي تندرج ضمن آثاره والتفرقة بين الآثار الشخصية والآثار المالية، و كذلك ما يعدّ من موانع الزواج، و حالات انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الانفصال الجسماني، وما يدخل ضمن آثاره.

### 1. المسائل التي تندرج ضمن الحالة المدنية:

يتفق الفقه على أن المقصود بحالة الشخص الطبيعي كل الصفات التي تحدده كالاسم والأهلية والموطن والجنسية، والمتفق عليه كذلك أن الجنسية لا تعتبر فئة إسناد وإنما ضابط إسناد.

يعتبر اللقب من عناصر الحالة المدنية لذلك رأى بعض الفقه الفرنسي أنه من مسائل الأمن المدني وبالتالي يخضع للقانون الإقليمي، غير أن القضاء الفرنسي أخضعه إلى القانون الشخصي باعتباره لصيقا بالشخص و يميزه عن غيره و أنه يجب أن يتصف بالثبات والاستقرار<sup>1</sup>. وأوجبت المادة 28 من القانون المدني الجزائري أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده، كما يجب أن تكون الأسماء جزائرية، أما الأطفال المولودون من أبوين غير مسلمين فيمكن ألا تكون أسماؤهم جزائرية.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بعين الاعتبار ديانة الشخص عند تحديد الاسم، فإذا تعلق الأمر بجزائري غير مسلم فيمكن أن يحمل اسما غير جزائري، و لكنه يخضع للقانون الجزائري. ومن هنا يظهر الاختلاف عند الاعتماد على الجنسية والديانة لتحديد القانون المطبق.

و بالنسبة للأطفال المولودون في الجزائر من أبوين مجهولين، فبالإضافة إلى ثبوت الجنسية الجزائرية لهم على أساس الإقليم، فتمنح لهم أسماء جزائرية و تخضع في هذه الحالة للقانون الإقليمي حيث يعتبر الاسم ضمن مسائل الأمن المدني.

أما المواطن، الذي يعتبر ضابط إسناد للأحوال الشخصية في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية، ونظرا لعدم وجود نص قانوني خاص فإنه يدخل ضمن الحالة المدنية.

و يعتبر المواطن من الوسائل القانونية لتركيز الشخص بوصفه يقيم فيه بصفة مستمرة، ولا تمنح الأنظمة القانونية نفس التعريف للمواطن<sup>2</sup>، و مادام أنه يدخل ضمن الحالة الشخصية فهذا يعني خضوعه للقانون الشخصي أي قانون الجنسية، لكن ما يلاحظ هو أن فقه القانون الدولي الخاص الجزائري يتعرض للمواطن في القانون الجزائري

وكأنه يخضعه لقانون القاضي<sup>3</sup>. وقد يذهب إلى اعتباره متعلقا بحالة الشخص و بالتالي يخضع للقانون الشخصي خاصة فيما يتعلق بموطن القاصر والمرأة المتزوجة<sup>4</sup>. وفي هذا الصدد اختلفت الآراء الفقهية بين إخضاع الموطن للقانون الشخصي أو لقانون الإرادة أو لقانون القاضي أو للقانون الإقليمي، والراجح هو إخضاع الموطن لقانون القاضي وللقانون الإقليمي.

ففيما يخص تحديد الاختصاص القضائي المبني على أساس الموطن وتحديد مركز الأجانب من حيث الإقامة فإنه يخضع لقانون القاضي، أما فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس الموطن فإن الموطن يخضع لقانون الدولة التي يدعي الشخص أنه متوطن فيها أي القانون الإقليمي، أي عندما يستعمل الموطن كضابط اسناد فإنه يتحدد بحسب القانون الذي حدد الاسناد بموجبه<sup>5</sup>، وكذلك عند الإحالة من القانون الشخصي إلى قانون الموطن.

## 2- التمييز بين الشروط الموضوعية و الشروط الشكلية في الزواج

يختلف مفهوم الزواج باختلاف الدول، فيعتبر في بعض الدول الرابطة المؤبدة وغير متعددة و في دول أخرى يمكن أن يكون الرابطة التي تنحل بدون ترتيب أي التزام وفي الدول الاسلامية يعتبر الزواج قابلا للتعدد و للانحلال<sup>6</sup>، ويتأثر مفهوم الزواج بالدين و الظروف الاجتماعية السائدة في كل دولة لهذا يقتضي من القاضي أن يبحث عن هذا المفهوم ليحدد طبيعته القانونية و ليميزه عن غيره من العلاقات<sup>7</sup>. و تختلف الدول كذلك في طريقة انعقاد الزواج و يمتد الاختلاف إلى آثاره و انحلاله، ففي بعض الأنظمة القانونية يرتب آثارا مالية و شخصية في حين أنه في أنظمة أخرى لا يرتب إلا آثارا شخصية، و تختلف الدول في مدى اعتباره رابطة مؤبدة أو لا، كما تختلف في طريقة انحلاله باتفاق طرفيه أو أحدهما أو عن طريق القضاء<sup>8</sup>.

ويتدخل قانون القاضي ليحكم ما يعتبر زواجا وما هو خارج عنه، وما إذا كان قابلا للانحلال أو أنه رابطة أبدية تنحل بالطلاق باتفاق الزوجين أو بالارادة المنفردة لأحدهما، وما إذا كان رابطة مؤقتة، على سبيل المتعة، وما إذا كان عقدا دينيا يقوم على طقوس و شعائر دينية معينة أو رابطة مدنية، وما إذا كان يسمح بتعددده (حسب القانون أو الشريعة الاسلامية أو العادات) أو قائما على أساس الوحدانية، فتحديد طبيعة الزواج و

شروطه يندرج ضمن عملية التكييف التي تخضع لقانون القاضي، ومن المفروض على القاضي أن يحدد الزواج بمفهومه العام المجرد في القانون المقارن و لا يتقيد بالتفاصيل المقررة في قانونه<sup>9</sup>. وهذه القاعدة العامة المتمثلة في إخضاع التكييف لقانون القاضي مقررة في أغلب الأنظمة القانونية، لكن قد يختلف الفقه في نطاق تطبيق قانون القاضي في تكييف ووصف شروط انعقاد الزواج<sup>10</sup>.

وتكييف ما يعد من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية يخضع لقانون القاضي<sup>11</sup>، و لم يفرق المشرع الجزائري بينها في قانون الأسرة، غير أنه في نطاق القانون الدولي الخاص تتم التفرقة بينهما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق حيث تخضع الشروط الموضوعية لقانون غير القانون الذي يحكم الشروط الشكلية<sup>12</sup>، كما لم يميز فقهاء الشريعة الإسلامية بينهما<sup>13</sup>، ويختص قانون القاضي بتفسير اصطلاح الشروط الموضوعية وتمييزها عن الشروط الشكلية.

ويرى الأستاذ زروتي الطيب أن ما"يدخل ضمن الشروط الموضوعية لصحة الزواج طبقا للقانون الجزائري رضا الزوجين وموافقة الولي على النفس للزوجة أو القاضي إذا اقتضى الأمر وشاهدان وصداق و تخلف الموانع الشرعية، أما طرق إظهار الزواج وإعلانه للغير وإثباته فتدخل ضمن الشكل"<sup>14</sup>.

وتتمثل الشروط الموضوعية في الشروط اللازمة لقيام رابطة الزوجية والتي يؤدي تخلفها إلى انتفاء الزواج وهي تتعلق بأركان عقد الزواج من تراض ومحل وسبب، في حين أن الشروط الشكلية فهي لازمة لإبرام الزواج وتكوينه وتتصل أساسا بالمظهر الخارجي للزواج وبها يتجسد لدى الغير اقتران الرجل بالمرأة شرعا<sup>15</sup>.

وبالاستناد إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع نص في المادة 4 أن الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة، وفي المادة 7 أكد سن الزواج بقدره الشخص عليه، وفي المادة 9 اعتبر أن الزواج ينعقد برضا الطرفين، وفي المادة 9 مكرر حدد شروط صحة عقد الزواج في الولي و الصداق و الشاهدين. فمن خلال هذه النصوص يتبين أن الرضا والأهلية ركنان أساسيان في الزواج بالإضافة إلى الاختلاف في الجنس و انعدام الموانع الشرعية وبالتالي تعتبر شروطا موضوعية أما شروط الولي والصداق والشاهدان فهي شروط صحة إذا انعقد الزواج بدون مراعاتها يبقى صحيحا و يثبت بعد الدخول بصداق المثل لكن بشرط

ألاّ ينعقد الزواج بدون هذه الشروط مجتمعة أي إذا اختل شرط واحد فقط و هذا حسبما ورد في المادة 33-2 من قانون الأسرة، وبالتالي لا يمكن اعتبارها شروطا موضوعية و إنما من الشروط الشكلية مادام أن الزواج قد ينعقد بدونها (بدون أحدها)، بالإضافة إلى تسجيل العقد أو توثيقه و تحريره أمام هيئة إدارية.

و لم يميز المشرع الجزائري بين الآثار الشخصية و الآثار المالية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق و تبقى خاضعة فيما يتعلق بتكييفها لقانون القاضي، و تجدر الإشارة إلى مسائل مثل اسم الزوجة وأهليتها لممارسة بعض التصرفات تندرج في الأصل ضمن الحالة الشخصية و يطبق عليها بالتالي القانون الشخصي و بعد الزواج يتم تكييفها على أنها من آثار الزواج و تخضع بالتالي للقانون الذي يحكم آثاره و هذا ما أخذ به الفقه الفرنسي<sup>16</sup>. وفيما يتعلق بانحلال الزواج فيكيف وفقا للقاعدة العامة وفقا لقانون القاضي والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري وسع فئة الإسناد في المادة 12 من القانون المدني من خلال النص على الانفصال الجسماني المعروف في بعض الأنظمة القانونية الأجنبية وبالتالي يكون قد أخضع تكييف الانفصال الجسماني للقانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة<sup>17</sup>.

### المطلب الثاني: حماية الطرف الوطني

بعدما بينت المادتين 11 و 12 على التوالي القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج وعلى آثاره والقانون المطبق على انحلال الزواج، أوردت المادة 13 استثناءا بتطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائريا، وتعتبر قاعدة الإسناد هذه قاعدة انفرادية لأنها تشير إلى حالة تطبيق قانون القاضي فقط، و يسري هذا الاستثناء إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج.

وقد تقرر هذا الحل لمواجهة بعض الحالات العملية التي يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي مثل زواج الجزائري المسلم من كتابية يمنع قانونها زواجها مع غير من ينتمي إلى طائفتها أو العكس، باطلا طبقا للقانون الجزائري وصحيحا طبقا للقانون الأجنبي مثل زواج جزائرية مسلمة مع غير مسلم، و يسري الاستثناء و لو غير الزوج أو الزوجة جنسيته بعد الزواج، وفي المقابل لا يسري إذا كان الزوجان أجنبيان وقت إبرام الزواج ثم تجنس أحدهما أو كلاهما بالجنسية الجزائرية<sup>18</sup>،

لأن العبرة بوقت انعقاد الزواج، وهذا الاستثناء مقرر في معظم قوانين الدول العربية وقد تعرض للنقد لأنه إذا كان الهدف من تقريره هو حماية الطرف الوطني المسلم فإن الأخذ بفكرة النظام العام ما يحقق نفس النتيجة، كما أن الاسترسال في الأخذ به قد يؤدي لنتائج غريبة عندما يطبق القانون الجزائري على انحلال زواج بين أجنبية و جزائري قد زالت عنه الجنسية الجزائرية بعد زواجه في حين لا يطبق على انحلال زواج تم بين أجنبيين إذا اكتسب أحدهما أو كلاهما الجنسية الجزائرية بعد الزواج<sup>19</sup>.

ويرى الأستاذ زوتي الطيب أن المادة 13 لا تطبق في حالة انحلال الزواج و إنما تبقى المادة 12 هي السارية بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بقوله: "...إلا فيما يخص انحلال الزواج الذي يطبق عليه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقا للفقرة الثانية من المادة 12 و ليس المادة 13"20. فإذا كان الزوج جزائريا وقت انعقاد الزواج ثم فقد جنسيته واكتسب جنسية أجنبية وقت رفع الدعوى فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق لأن العبرة بوقت انعقاد الزواج، أما إذا كان أجنبيا وقت انعقاد الزواج ثم اكتسب الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى فإن القانون الجزائري لا يطبق وفقا للمادة 13 و إنما يطبق وفقا للمادة 12، في حين يرى الأستاذ أعراب بلقاسم أن " من الأوفق أن يخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع الدعوى"21.

لكن تطبيق القانون الجزائري على الطلاق متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع الدعوى قد يؤدي إلى تطبيق قانون غير ملائم خاصة إذا اكتسب الزوج الأجنبي الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى ليستفيد من حقه في الطلاق بإرادته المنفردة أو لتستفيد الزوجة من الخلع إذا اكتسبت الجنسية الجزائرية مما يؤدي إلى مفاجأة الطرف الآخر بتطبيق قانون لم يكن يتوقعه عند انعقاد الزواج.

#### المطلب الثالث: ترجيح جنسية دولة القاضي

يعترض تطبيق قانون الجنسية في مجال الأحوال الشخصية صعوبات لا يمكن تصورها عند تطبيق قانون الموطن، و تتمثل هذه الصعوبات عندما يكون الشخص يحمل أكثر من جنسية، و الرأي المعمول به هو أن يعتمد القاضي بقانون جنسيته إذا كانت ضمن الجنسيات المتزاحمة و هذا حسب المادة 22فقرة 2 من القانون المدني.

والجدير بالذكر أن هذا الحل مجرد موحد لجميع المشاكل المترتبة يتميز بأنه مطلق و عام، كما أنه يمثل الاتجاه الغالب في القانون المقارن، ويبرر على أساس أن كل دولة تضع قواعدها الخاصة بتحديد جنسيتها وفقا لظروفها و مصالحها و بالتالي يتعين على القاضي متى تبين له أن الشخص يحمل جنسية دولته أن يطبق قانونه، لكن هذا الحل منتقد لأنه يعطي الهيمنة و الغلبة لقانون القاضي بغض النظر عن ارتباط الشخص أو عيشه أو ولاءه لدولة القاضي، فهذا الحل يكرس عدم واقعية الجنسية، كما أن هذا الحل يؤدي إلى اختلاف الحلول في الأحكام القضائية بحسب المحكمة التي تنظر النزاع، و هذا ما يؤدي بالتعية إلى عدم امكانية تنفيذها في الدولة الثانية التي يحمل الشخص جنسيتها<sup>22</sup>.

### المبحث الثاني: التطبيق الاستثنائي لقانون القاضي

الأصل أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق لكن قد يطبق قانون القاضي في حالات خاصة و بصفة استثنائية، لأن قاعدة الاسناد تشير إلى تطبيق قانون القاضي بسبب رفض الاختصاص من جانب القانون الأجنبي ، بالإضافة لحلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد بسبب مخالفته للنظام العام.

### المطلب الأول: قبول الإحالة من الدرجة الأولى

يرى الأستاذ إسعاد بأنه لا يمكن قبول الإحالة في الأحوال الشخصية لأن هذه الأخيرة مستمدة من الشريعة الإسلامية التي تعرف تطبيقاتها تعددا طائفيا (سني، درزي، شيعي، مالكي، حنفي) وأن قبول الإحالة من الدرجة الأولى يؤدي إلى تطبيق الشريعة الإسلامية على الأجانب مما يؤدي إلى استفادتهم من نظم غير مقرررة في قوانينهم الشخصية مثل تعدد الزوجات، وطالما لم يتحول قانون الأحوال الشخصية إلى قانون علماني فإن اعتماد الإحالة يبدو مستحيلا، وينتقد بعض الفقهاء<sup>23</sup> هذا الرأي بسبب أن الخلاف بين المذاهب الإسلامية لا يرقى إلى مرتبة الخلاف التشريعي لأنها تستنبط أحكامها من الشريعة الإسلامية، ولأن الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية يوسع مجال تطبيق القانون الجزائري على الأجانب المتوطنين في الجزائر مادام أن قانونهم هو الذي يحيل على القانون الجزائري فلا خطر من ذلك.

أما الأستاذ علي سليمان فيرى العكس بضرورة الأخذ بالإحالة في مجال الأحوال الشخصية بحجة أن الجزائر مستوردة للسكان و كثير من الأجانب من أصل



أنجلوأمريكي، ويلاحظ بعض الفقهه<sup>24</sup> أن هذا الرأي يجهل الواقع الجزائري لأن الحقيقة أنها ليست مستوردة للسكان بل العكس هي مصدره لرعاياها كما أنه غير صحيح أن الأجانب المقيمين فيها من أصل أنجلوأمريكي، ويذهب الرأي السابق إلى عدم قبول الإحالة في الأحوال الشخصية لأن أحكامها مستمدة في غالبية الدول من ديانتها وأن الأشخاص يريدون دائما الخضوع بشأنها إلى ما تمليه أحكام الديانة التي يعتنقونها.

و يمكن القول أنه في مجال الأحوال الشخصية التي تتعلق بحقوق لا يمكن للأفراد التنازل عنها و الاتفاق على ما يخالفها يعتبر موقف المشرع الجزائري واضحا عند معاملة القانون الأجنبي كقانون و يمنح المحكمة العليا الحق في رقابة صحة تطبيقه، من هنا يلزم القاضي تطبيق القانون الأجنبي و البحث عن مضمونه و بالتالي حتى و لو أحالت قواعد الإسناد في هذا القانون إلى تطبيق قانون القاضي فينبغي عدم قبول ذلك و تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة و هذا ما تقضي به قواعد الإسناد في قانون القاضي مادام أن المشرع قد اختار الجنسية كضابط إسناد فيجب احترامه، و بالتالي ينبغي رفض الإحالة في مجال الأحوال الشخصية.

### المطلب الثاني: حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي

يستبعد القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام في دولة القاضي وكذلك عند ثبوت الاختصاص له نتيجة الغش و التحايل.

إذا تم استبعاد القانون الأجنبي على إثر الدفع بالنظام العام فعلى القاضي أن يفصل في النزاع المعروض عليه و إلا يعدّ منكرا للعدالة لأن الدفع بالنظام العام يؤدي إلى وضعية عدم وجود قانون يطبق على العلاقة خاصة إذا كان الاستبعاد كليا، و يذهب القانون المقارن إلى إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، الذي قد يتم بصفة ضمنية أو صريحة، فيتدخل قانون القاضي ضمنيا عندما يسمح القانون الأجنبي بقيام علاقة يمنعها قانون القاضي مثل زواج مثلي الجنس فيمنع قيام هذه العلاقة، و قد يتدخل بصفة صريحة عندما يترتب على تطبيقه إنشاء علاقة يرفضها القانون الأجنبي المستبعد كأن يمنح القانون الأجنبي الزواج بسبب الاختلاف في اللون، فهنا يستبعد و يطبق قانون القاضي<sup>25</sup>.

وبالتالي يكون تدخل قانون القاضي سلبيا أو ايجابيا، فإذا كانت قاعدة النظام العام ناهية يكون تدخل النظام العام سلبيا فيستبعد القانون الأجنبي و يرفض الطلب مثل أن يطالب فرنسي مسيحي نصيبه من الإرث من قريبه الفرنسي المسلم أمام القاضي الجزائري الذي يرفض طلبه لعدم جواز التوارث بين مسلم و غير مسلم و هي قاعدة ناهية من النظام العام<sup>26</sup>، و إذا كانت قاعدة النظام العام أمرة مثل القاعدة التي تجبر إبرام الزواج في شكل ديني فيكون تدخل قانون القاضي ايجابيا لرفض هذا الشكل.

وهناك من الفقه<sup>27</sup> من يرى أن قانون القاضي لا يطبق في حالة استبعاد القانون الأجنبي الذي يسمح بنشوء علاقة لا يسمح بها قانون القاضي مثل زواج المسلمة مع غير المسلم، أي عندما تكون قاعدة النظام العام ناهية، و الاكتفاء بالأثر السلبى للنظام العام. لكن عندما يعجز القاضي عن إحلال قانونه محل القانون الأجنبي المستبعد في حالة عدم وجود قاعدة قانونية أو لعدم ملائمة القاعدة القانونية الموجودة في قانون القاضي مع المنازعة المعروضة أمامه، فهنا يجب عليه أن يفصل في المنازعة و إلا كان منكرا للعدالة، و يذهب الفقه<sup>28</sup> إلى إمكانية تطبيق المبادئ العامة لقانون القاضي أو المبادئ القانونية الموجودة في القوانين الأجنبية.

وأخذ المشرع الجزائري بما هو سائد في أغلب التشريعات و تطبيق القانون الجزائري بعد استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و هذا ما جاء في تعديل 2005 في المادة 24 من القانون المدني.

#### خاتمة:

من خلال التعرض لحالات تطبيق قانون القاضي، نجد أن المشرع الجزائري حاول إعطاء الهيمنة لقانونه ليطبق في مجال الأحوال الشخصية ، و إن كان لهذا التوجه مبرراته فإن له سيئاته و التي تتمثل في احتمال عدم ملائمة قانون القاضي لحكم العلاقة المعروضة عليه، مثلا عند التكييف قد يؤدي إخضاعه لقانون القاضي إلى تطبيق هذا الأخير، و في قبول الإحالة من الدرجة الأولى ما يؤدي إلى نتائج غير ملائمة، و لهذا تم انتقادها، كما أن ترجيح جنسية دولة القاضي و تطبيقه بصفة انفرادية ما يؤدي إلى

الاخلال بتوقعات الأفراد و عدم الثقة في الزواج المختلط، بالإضافة إلى أن احلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد قد يؤدي إلى عدم وجود أو إلى تطبيق قاعدة قانونية غير ملائمة.

## الهوامش

- 1- الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري. الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلا، الدويرة، 2008، ص 148.
- 2- أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 211.
- 3- من خلال التعرض لتعريف الموطن و أنواعه في القانون الجزائري، انظر زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 149، أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 211، 212، عليوش قربوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 193، 194.
- 4- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 212.
- 5- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 149.
- 6- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 227.
- 7- صلاح الدين جمال الدين: تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، 2007، ص 8.
- 8- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 227.
- 9- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 158، 159.
- 10- صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 9.
- 11- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 160.
- 12- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 228، 229.
- 13- صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 25.
- 14- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 160.
- 15- صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 25.
- 16- انظر أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 253، 254.
- 17- لا يمكن تكييف الهجر في المضجع على أنه انفصال جسماني بسبب أن هذا الأخير يجب أن يثبت بموجب حكم قضائي.
- 18- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 163.
- 19- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 258.
- 20- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 163.

- 22- انظر عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 661، 662، 670، 671، 672.
- 23- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 125.
- 24- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 110.
- 25- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، 206، 607، 608.
- 26- زروتي الطيب: المرجع السابق، ص 281.
- 27- أعراب بلقاسم: المرجع السابق، ص 179.
- 28- عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 617.

المحور الثالث

دور القاضي الجزائري في حماية

النظام العام

## مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقتها بالنظام العام

Dr. BOUSSEHOUA Nouredine ,  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université de Blida 2, Algérie.

د. بوسهوه نور الدين  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة البليدة 2، الجزائر

### مقدمة

تعد سنة 2005 علامة فارقة بالنسبة للمنظومة القانونية الجزائرية ككل ، حيث شهدت تعديل العديد من القوانين التي تمس كيان الدولة والمجتمع ، كالقانون المدني، قانون الأسرة ، القانون التجاري ، وقانون الجنسية.

وفي إطار القانون المدني، استحدثت المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/07/2005 أحكاما جديدة تتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان ، بفعل رياح العولمة التي هبت آنذاك على العديد من العواصم العربية، وكنتيجة طبيعية لسياسة الإنفتاح على العالم الخارجي التي انتهجتها الجزائر مع مطلع تسعينيات القرن الماضي.

1/ من هذه الأحكام، ما يتعلق بمجال الأحوال الشخصية، كنظام الانفصال الجسماني والتبني على الرغم من أن القانون الجزائري يجهلها بل ولا يجيزهما ( النظام العام)، بالإضافة للنسب والكفالة والهبية والوقف.

2/ ومنها كذلك، ما يتعلق بتطبيق القانون الأجنبي وموضوع الإحالة الدولية كأحد أبرز مواضيع تنازع القوانين، إثارة للجدل الفقهي والقضائي.

فما أهمية بعض النظم القانونية الغريبة والتي يجهلها القانون الوطني الجزائري أولا يجيزها ، ومع ذلك استحدثها المشرع في إطار تنازع القوانين سنة 2005 وحدد لها القانون الواجب التطبيق كما هو الحال بالنسبة للإنفصال الجسماني في المادة 2/12 والتبني في المادة 13 مكرر؟

ثم نبحث دور القاضي في تحديد مفهوم النظام العام كفكرة مرنة ونسبية وماهي المسائل القانونية التي يثيرها هذا الدفع، ذلك أن المشرع حينما يسمح في بعض الأحيان بتطبيق القانون الأجنبي نزولا عند حكم اعتبارات الملاءمة التي بنيت عليها قاعدة الإسناد الوطنية، قد يكون هذا القانون الأجنبي معارضا مع النظام العام والآداب العامة في دولة القاضي المطروح أمامه النزاع ويتعين عليه أن يشهر سلاح النظام العام لإستبعاده، وهي مسألة اجتهادية يقدرها القاضي حال نظره النزاع.

ذلك أن مسائل الأحوال الشخصية من أخصب المسائل التي يستبعد فيها القانون الأجنبي الواجب التطبيق كالزواج، الطلاق، الميراث، اثبات النسب، التبني، وهذا يرجع إلى أن تلك المسائل يرتكز تنظيمها أساسا على المفاهيم الدينية والأخلاقية، أما المسائل الأخرى كالأحوال العينية والعقود والوقائع القانونية فلا يثار النظام العام بشأنها إلا نادرا.

أولا: مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005

### 1/ انحلال الزواج

الزواج كعقد أو علاقة قانونية له بداية ونهاية وينتهي الزواج بطريقة غيرا رادية أو طبيعية كالوفاة أو بطريقة إرادية يترتب عليها إنحلال رابطة الزوجية انحلالا فعليا بالطلاق أو التطليق.

**الطلاق la Répudiation** معروف في الشريعة الإسلامية والشرائع الأخرى كاليهودية ولا يحتاج لتدخل سلطة رسمية إلا إذا وجب توثيقه.

**التطليق Le divorce** إنهاء علاقة الزوجية بحكم القاضي معروف في الشريعة الإسلامية وسائر القوانين المقارنة.

**الإنفصال الجسماني La séparation de corps** طريق لإنهاء الزوجية إنهاء حكما يتم بحكم القاضي أو بالتراضي المصدق عليه من القاضي، وهو المباحدة بين الزوجين فلا يجمعهما معيشة مشتركة مدة معينة مع بقاء رابطة الزوجية قائمة وتنهي هذه الحالة بهد انتهاء مدتها أو بالعودة للحياة المشتركة أو تحويله إلى تطليق.

هذا النظام لا تعرفه الشريعة الإسلامية إنما تعرفه الشرائع غير الإسلامية الموجودة مثلا في مصر سوريا لبنان العراق، وكذا القوانين الأوروبية، وهو من الأهمية بمكان بالنسبة للنظم القانونية التي لا تجيز التطليق وكذلك الدول التي تحصره في نطاق ضيق<sup>1</sup>. هو نظام تعرفه التشريعات الغربية الأوروبية عموما كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الفرنسي، إذ يكون بناء على طلب أحد الزوجين في الحالات ولنفس الأسباب الخاصة بالطلاق، على أساسه يحكم القاضي بالمباعدة بين الزوجين لفترة معينة بحيث أنه يؤدي إلى وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة بينهما، مع بقاء رابطة الزوجية قائمة كمرحلة مؤقتة تسمح للزوجين باختيار أحد الطريقتين إما الصلح أو التطليق، ويتحول بقوة القانون إلى طلاق متى استمر مدة 03 ثلاث سنوات كاملة.(انظر المواد 296 إلى 309 من القانون المدني الفرنسي)

- La séparation de corps peut être prononcé à la demande de l'un des époux dans les mêmes conditions que le divorce. (art 296)
- La séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle Met fin au devoir de cohabitation (art 299)

وكل ذلك يتناقض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري حيث تنتج العلاقة الزوجية حقوقا والتزامات متبادلة ويبقى الالتزام بها قائما طوال استمرار الرابطة الزوجية التي تنحل بالوفاة أو الطلاق.

وفي إطار تنازع القوانين وبمناسبة تعديل القانون المدني الجزائري سنة 2005 أصبح نص المادة 2/12 على النحو التالي:

- ويسري على انحلال الزواج والإنفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

المشعر الجزائري وحد ضابط الإسناد بالنسبة لإنحلال الزواج ، بخلاف القوانين الأخرى<sup>2</sup>، كما أن نظام الإنفصال الجسماني أضافه المشعر الجزائري سنة 2005 ولم تكن



تتضمنه المادة 12 سابقا، على أساس أنه نظام تعرفه تشريعات كثيرة في حين أن القانون الجزائري يجعله تماما.

وفي نفس المعنى استحدث المشرع الجزائري سنة 2005 قاعدة إسناد خاصة بالتبني حيث تنص المادة 13 مكرر/2 على مايلي:

- وتطبق نفس الأحكام (الخاصة بالكفالة) على التبني، أي قانون جنسية كل من المتبني والشخص المتبني فيما يخص صحة التبني، ويطبق قانون جنسية المتبني فيما يخص آثار التبني.

هذا ويلاحظ أن المادة 2/12 وكذلك المادة 13 مكرر1 الخاصة بالتبني تتعلقان فقط بالمسائل الموضوعية كسبب الانفصال أو شروطه أو مدته أو كيفية تحوله لطلاق، أو آثاره الشخصية و المالية، شروط التبني وآثاره.

أما بالنسبة للمسائل الإجرائية الخاصة سواء بالنسبة للانفصال الجسماني أو التبني فهي تخضع دائما لقانون القاضي الذي ترفع أمامه الدعوى أو تباشر أمامه الإجراءات وفقا لنص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري.

## 2/ التبني L'adoption

هو نظام تعرفه بعض التشريعات عبارة عن اتفاق بمقتضاه يتخذ الشخص ولد غيره كولده، مع إعطائه كل حقوق الولد الشرعي وهو أمر يخالف النظام العام عندنا وغير جائز شرعا وقانونا بموجب المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري.

التبني هو بنوة مصطنعة بين شخصين أحدهما قاصر ولا تقوم بينهما رابطة نسب مباشرة من الدرجة الأولى<sup>3</sup> وبموجبه يصبح المتبني في مرتبة الولد الشرعي سواء كان الولد المتبني ولدا شرعيا معلوم النسب أو ولدا غير شرعي مجهول النسب في النظم التي تقر هذا النظام كما هو الأمر بالنسبة للقانون المدني الفرنسي من خلال المواد من 343 لغاية 370 حيث يتم بعقد رسمي أو أمام المحكمة (م 3/348) وهناك نوعين من التبني:

### التبني التام أو الكامل Adoption plénière ( م 343 لغاية 359)

وهو الذي يكون بناء على طلب زوجين متزوجين لمدة لا تقل عن سنتين وغير منفصلين جسمانيا أو يبلغان سن 28 سنة ،

### التبني البسيط Adoption simple ( م 360 لغاية 370)

وهو الذي يكون متاحا لكل شخص مهما كان سن المتبني ولأسباب جدية وموضوعية، والتبني محرم شرعا في الآية الكريمة ((وما جعل أدياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم ،والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم)) آية 4 و5 من سورة الأحزاب. هذه الآية التي نزلت بشأن قضية زيد بن حارثة الذي تبناه الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم قبل النبوة .

وهو غير جائز قانونا وفقا للمواد 46 من قانون الأسرة و 34 من قانون الحالة المدنية و 217 من قانون العقوبات، وهذا منعا لإختلاط الأنساب ،ومنعا لتجريد الطفل من نسبه الأصلي ذلك أنه تزوير على الطبيعة والوقائع حيث يؤدي إلى إضفاء نسب الغير عن الأسرة ويعد فردا منها وإضفاء نسب الغير عليه دون أي مبرر شرعي كما أنه مخالف للفظرة الإنسانية وكذب وافتراء، إذ أن الأبوة والأمومة كما يقول الإمام أبو زهرة رحمة الله عليه ليست ألفاظا تتردد ولا عقد يعقد لكنها حنان وشفقة وارتباط لحم ودم(4)<sup>4</sup> وهذا ما يبرر تحريم التوريث في مثل هذه الحالة

والقوانين العربية عامة لا تقر التبني ومنها القانون الجزائري وبذلك حكم القضاء الجزائري في العديد من المناسبات، في حين أن هناك بعض التشريعات العربية تقره، من ذلك مثلا القانون التونسي من خلال قانون رقم 27 لسنة 1958 المؤرخ في 1958 المعدل بالقانون رقم 99 لسنة 1959 مؤرخ في 1959/06/19 حيث أن للمتبني الحقوق نفسها التي للإبن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات.

كما للمتبني الحقوق نفسها التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه نفس الواجبات والإلتزامات، وفي الوقت ذاته أقر القانون التونسي نظام الكفالة. ووضع قاعدة

إسناد خاصة بالتبني من خلال الفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998 حيث أخضع التبني لقانون جنسية الطرفين المتبني والمتبني من حيث شروط الصحة ولقانون جنسية المتبني بالنسبة لآثاره، وفي ذات الإتجاه ذهب القانون المدني الكويتي في المادة 44 رقم 05 لسنة 1961 (5)<sup>5</sup>.

ويرتبط بالتبني كذلك موضوع النسب خاصة وأن المادة 46 من قانون الأسرة وردت تحت عنوان النسب (المواد من 40 إلى 45 من قانون الأسرة)

### 3/ النسب

النسب هو الآخر من المواضيع المستحدثة حيث أفرد له المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة به وهي نص المادة 13 مكرر (يسري على النسب والإعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة)

### 4/ الكفالة

نظام الكفالة منصوص عليه في المواد من 116 لغاية 125 من قانون الأسرة، نظام يهدف إلى رعاية وتربية من هو في حاجة للحماية والنفقة عليه، لذلك يشبهه البعض بأنه نوع من التبني المخفف، ورتب عليها المشرع حقوقا والتزامات متبادلة بالنسبة للطرفين، الكافل والمكفول لكن لا يترتب عليهما آثار البنوة الشرعية لاسيما النسب والميراث (المادتين 120, 123 من قانون الأسرة الجزائري)

جمعهما المشرع في المادة 13 مكرر1 من القانون المدني (التبني والكفالة) رغم أنهما مختلفتين عن بعضهما قانونا وذلك لإرشاد القاضي للقانون الواجب التطبيق بالنسبة للمنازعات التي تتوفر على عنصر أجنبي ذلك أن نظام التبني شائع في الدول الغربية وتكثر بشأنه المنازعات.

## ثانيا:تدخل مقتضيات النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية

اعتمدت معظم الدول فكرة النظام العام فبينما أقرتها بعض الدول بنصوص تشريعية أخذت به دول أخرى عن طريق القضاء كما هو الأمر في فرنسا.

هو وسيلة استثنائية يستبعد القاضي بمقتضاها تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة محل النزاع إذا كانت أحكامه تتعارض تعارضا صارخا مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته.

تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري على مايلي:

لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون .  
يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

هذا النص يعني أن المشرع الجزائري قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض إعمالا للمبدأ العام الذي يقوم عليه التنازع والذي يقضي بضرورة أن تفسح الدولة المجال في قانونها الداخلي، لتطبيق القانون الأجنبي وهذا تحقيقا لاعتبارات الملاءمة التي تقوم عليها قاعدة الإسناد الوطنية هذه الأخيرة التي تتم صياغتها عادة في شكل مزدوج بما يسمح بتطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي.

لكن ذلك لا يعني أن المشرع قد منح صكا على بياض لمشرعي العالم، فمن غير المقبول أن يطبق القاضي الجزائري قانونا أجنبيا يتعارض مضمونه مع النظام العام في الجزائر أي مع القيم والمبادئ الأساسية الجوهرية السائدة في المجتمع الجزائري، وبهذا تكون فكرة النظام العام صمام الأمان *soupe de sécurité* الذي يحمي هذه المبادئ والأسس.

لذلك فهو يلعب دورا هاما في مجال تنازع القوانين كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية، ذلك أن تطبيق القانون الأجنبي يفترض حد أدنى من التقارب بين الأصول القانونية للقانون الأجنبي، وقانون القاضي<sup>6</sup>.

هو عبارة عن المثل العليا والمبادئ الأساسية الجوهرية السائدة في دولة القاضي، أو هو الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدولة، أي المبادئ الأساسية والجوهرية التي يقوم عليها كيان الدولة أو المجتمع من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدينية، الأدبية (الآداب العامة).

النظام العام فكرة تستهدف صيانة المجتمع الوطني ورعاية الأسس القانونية والمصالح الجوهرية للمجتمع هي فكرة ذات طابع وطني صرف.

### اختلاف فكرة النظام العام في الزمان والمكان وصعوبة ضبطها

من خصائص النظام العام أنه فكرة مرنة نسبية تغيير من مكان لآخر، ومن زمان لآخر في إطار نفس الدولة. فالقانون الفرنسي مثلاً قبل 1884 لم يكن يسمح بالطلاق وكان يعتبره مسألة تتعارض مع النظام العام الفرنسي.

والقانون الجزائري مثلاً قبل 1988 كان يعتبر إشتراكية خيار الشعب الذي لا رجعة فيه وأي فكرة أخرى مخالفة لهذا النهج تتعارض مع النظام العام الجزائري الشيء الذي أدى إلى الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية واسعة في فحص كل حالة على حدة لاستنباط ما إذا كان القانون الأجنبي يصطدم أم لا بالنظام العام، وسلطته على هذا النحو لا يعني ترك الأمر لتقديره الشخصي ومعتقداته وقناعاته الذاتية إنما يعد الأمر موضوعياً يستوحي القاضي فيه ويستلهم شعور الجماعة الوطنية، لا شخصياً يترجم مشاعر القاضي (7).<sup>7</sup>

الدول الأجنبية مثلاً تعد العلمانية مثلاً مبدأ من المبادئ التي يقوم عليها مجتمع القاضي وتعتبر القوانين الإسلامية مثلاً المانع الديني الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم وعدم التوارث بين المسلم وغير المسلم، أمراً مخالفاً للنظام العام، لذلك يستبعد لتعارضه مع الحرية الفردية التي هي جزء من النظام العام في الأنظمة العلمانية والدينية.

وحتى في الدول الإسلامية يتباين فيها النظام العام وإن كانت تستمد مقتضيات قانون أحوالها الشخصية من ذات المصدر، وذلك راجع لإختلاف السياسات التشريعية لهذه الدول وإلى الإختلاف في قراءة أحكام الشريعة الإسلامية وتأويلها، فمثلاً الطلاق بإرادة

منفردة وتعدد الزوجات نظامان معروفان في الجزائر والمغرب وهما أمران محظوران في تونس مثلا.

صدر في تونس العاصمة بتاريخ 19/04/1977 حكما استبعد بمقتضاه القانون المغربي في موضوع الطلاق وذلك لتعارضه مع مقتضيات النظام العام التونسي الذي لا يسمح إلا بالطلاق القضائي ويمنح للزوجة التونسية الحق في الحصول على التعويض عن الطلاق التعسفي<sup>8</sup>.

وهذا استقر الرأي على إخضاع تقدير القاضي في هذا المجال لرقابة المحكمة العليا، ذلك أن الدفع بالنظام العام يعطل تطبيق قاعدة الإسناد، ويعطل تطبيق القانون الأجنبي وبالتالي يفوت اعتبارات الملاءمة التي بنيت عليها قاعدة الإسناد، وهو بهذا مسألة قانون تخضع بالضرورة لرقابة المحكمة العليا.

#### وقت التقيد بالنظام العام

إن الوقت الذي ينظر فيه للقانون الأجنبي وما إذا كان يتعارض أم لا مع النظام العام في دولة القاضي هو عند الفصل في الدعوى في أو النزاع ولا عبرة بالتالي بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع وهو ما يعبر عنه بحالية النظام العام.

إذن الدفع بالنظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه متى اقتنع فعلا أن القانون الأجنبي يتنافر ويتعارض تنافرا صارخا مع النظام العام في دولته بما يجعله غير مقبول في الضمير الوطني للجماعة الوطنية وهي مسألة اجتهادية كما قلنا سابقا يستقل بها القاضي المطروح أمامه النزاع ويخضع فيها لرقابة المحكمة العليا.

#### آثار الدفع بالنظام العام

ينبغي هنا أن نميز بين فرضين أو احتمالين:

أ- الفرض الأول: النظام العام يعرض بمناسبة إنشاء حق في دولة القاضي

ب- الفرض الثاني: النظام العام يعرض على القاضي بمناسبة نفاذ حق اكتسب في

الخارج.

## بالنسبة للفرضية الأولى

يجب أن نميزين احتمالين اثنين:

الاحتمال الأول: كأن يكون القانون الأجنبي يبيح أمرا يحظره قانون القاضي مثال ذلك القانون الأجنبي يجيز للمرأة المسلمة الزواج من كافر، أو يجيز توريث قاتل المورث أو الموصي، أو يجيز الزواج مع وجود الموانع المؤبدة كالقراية أو المصاهرة أو الرضاع أو يجيز التبني.... في حين أن قانون القاضي يحظر كل ذلك ، فنكون هنا بصدد نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي ،وتصطدم بالمبادئ العامة المتعارف عليها صراحة في جماعة الأمم المتحضرة أو تصطدم مع الأسس السياسية والإجتماعية والإقتصادية أو المصالح الحيوية للدولة وهي مسألة اجتهادية كما قلنا يخضع تقديرها للقاضي المطروح أمامه النزاع.

الاحتمال الثاني: كأن يكون القانون الأجنبي يحظر أمرا يجيزه قانون القاضي.

مثال ذلك القانون الأجنبي يحظر الزواج بسبب اختلاف اللون أو الجنس أو لا يجيز الطلاق أو يحرم تعدد الزوجات وقد يعتبره جريمة يعاقب عليها ... في حين يكون قانون القاضي يجيز كل ذلك.

## أما بالنسبة للفرضية الثانية

التي يطرح فيها النظام العام على القاضي فيكون بمناسبة نفاذ حق مكتسب أو نشأ في الخارج واستوفي كامل أركانه ومقوماته وعناصره ويطلب من القاضي ترتيب آثار قانونية على هذا الحق كأن يطلب زوج إيراني أمام القاضي الجزائري ،الحكم له بالطاعة على زوجته التي تزوج بها في بلده زواج متعة وهو ما يجيزه القانون الإيراني.

وهنا يطرح السؤال هل آثار هذا الحق الذي اكتسب في الخارج والمطالب بها أمام القاضي الوطني، كالفنقة مثلا، أو الحكم له بالطاعة، تمس بالنظام العام لدولة القاضي أم لا؟.

هذه الفكرة تثير ما اصطلح على تسميته في فقه التنازع بمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج، أو الأثر المخفف للنظام العام<sup>9</sup> أي أن الحق الذي نشأ واكتسب بالخارج هو واقعة لا يمكن إنكارها ليس من السهل تجاهلها من جانب القاضي، وقد سار القضاء الفرنسي في هذا الإتجاه في مناسبات عديدة من ذلك أنه وقبل 1884 كان القانون الفرنسي لا يجيز الطلاق ويعتبره أمراً منافياً للنظام العام الفرنسي.

لكن الطلاق الذي يحدث في الخارج وتصدره جهات قضائية أجنبية كان يمثل بالنسبة للقاضي الفرنسي واقعة لا يمكن إنكارها ولذلك رتب عليها جملة من الآثار القانونية كالنفقة أو الحضانة... وفقاً لفكرة الأثر المخفف للنظام العام أو الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج.

وكذلك الأمر بالنسبة لتعدد الزوجات أمر يتعارض مع النظام العام الفرنسي، لكن التعدد الذي يتم خارج فرنسا، قد يرتب بعض الآثار القانونية في فرنسا كثبوت النسب، أو الحق في الميراث بوصف هذا التعدد هو واقعة لا يمكن إنكارها وقد حدثت بالخارج ووفقاً لقانون أجنبي يجيزها.

وهكذا يتأرجح مفهوم الأثر المخفف للنظام العام أو الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج، إذ أنها هي بدورها تعد مسألة نسبية ومرنة يخضع تقديرها للقاضي المطروح أمامه النزاع ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض مثلما رأينا سابقاً.

وهناك إشكالية حول القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني بعد تعديل القانون المدني الجزائري سنة 2005 وهل تتدخل مقتضيات النظام العام بصدد هذين النظامين، مع العلم أنهما غريبين عن القانون الجزائري بل أن هذا الأخير لا يجيز التبني لا شرعاً ولا قانوناً.

وعلى هذا الأساس يجدر بنا معرفة الإطار الصحيح لهذه الأنظمة التي استحدثها المشرع الجزائري سنة 2005 في إطار تنازع القوانين؟ على الرغم من أنه يجهلها أولاً يجيزها، وكيف للقاضي الجزائري أن يتصرف في الأحوال التي تشير فيها المادة 2/12 أو المادة 13



مكرر إلى اختصاص قانون أجنبي معين يجيز الإنفصال الجسماني أو التبني في حين أن القانون الجزائري لا يجيز ذلك؟

من المؤكد أن القاضي الجزائري لا يمكنه أن ينشئ حقا يتضمن الإنفصال الجسماني أو التبني تطبيقا لقاعدة الإسناد الجزائرية في ذلك سواء تعلق الأمر بالمادة 2/12، أو المادة 13 مكرر كما رأينا حيث يمكنه استنادا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري أن يشهر سلاح النظام العام ويستبعد هذا القانون الأجنبي الذي يجيز الإنفصال الجسماني أو التبني وهذا تطبيقا للأثر السلي للنظام العام ويطبق بدله أو محله قانون الوطني تطبيقا للأثر الإيجابي للنظام العام حتى لا يترك علاقة قانونية بلا موطن أو بلا حل استنادا لما نصت عليه المادة 2/24 من القانون المدني الجزائري.

وبخصوص النسب كذلك كلما كان في النزاع الناشئ طرفا يعتنق الديانة الإسلامية مهما كانت جنسيته كإثبات الأبوة غير الشرعية وكان الأب مسلما أيا كانت جنسيته والإبن غير مسلم منتسب لدولة يجيز قانونها إثبات الأبوة غير الشرعية، فإن القانون الوطني للإبن يستبعد باسم النظام العام ويحل محله القانون الإسلامي الذي لا يقر بالبنوة غير الشرعية ولا يعترف بأي أثر من أثارها.

كذلك يستبعد القانون الأجنبي الذي ينص على التبني كلما كان في النزاع طرف منتسب إلى الديانة الإسلامية مهما كانت جنسيته، حيث لا يجوز تبني طفل مسلم في الجزائر من قبل أجنبي ولو كانوا لا ينتسبون إلى الديانة الإسلامية،

أما إذا كان الطفل غير مسلم يمكن تبنيه من جانب هؤلاء الأجانب ولو أنه من الصعب القيام بالإجراءات القانونية أمام الهيئات والمصالح الإدارية المختلفة،

كما تتدخل مقتضيات النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية الأخرى التي استحدثها المشرع الجزائري سنة 2005 وحدد لها القانون الواجب التطبيق كالهبة(م 2/16) إذا كان محلها أو سببها غير مشروع أو غير أخلاقي، كأن تكون الهبة للخليلة مثلا وكذا بالنسبة الوقف (م 2/16)

لكن في المقابل قد يطرح على القاضي الجزائري أمر الانفصال الجسماني أو التبني الذي يحدث في الخارج كحق مكتسب ويطلب منه أي القاضي أن يرتب جملة من الآثار القانونية عنه كأن يطلب بالنسبة للتبني الاعتراف فقط بالحق في لقب الأب، أو الإلتزام برعاية الولد وتعليمه، أو السلطة الأبوية عليه، أو ميراث الولد لأبيه، وكأن يطلب بالنسبة للإنفصال الجسماني ترتيب آثار قانونية تتعلق باحتفاظ المرأة وحقها في استعمال اسم زوجها، أو تتعلق بآثار الانفصال الجسماني على النظام المالي للزوجين، أو تتعلق بالنفقة.

أمام هذا الوضع تبدو أن المسألة اجتهادية وتقديرية بالنسبة للقاضي الجزائري فيما أن يعتبر أن هذه الآثار القانونية المطالب بها بالنسبة لحقوق اكتسبت في الخارج وما كان لتكتسب في ظل القانون الجزائري، هي آثار لا تصطدم مع النظام العام الجزائري إعمالاً لما أسمىناه سابقاً الأثر المخفف للنظام العام أو الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج.

فيكون متسامحاً ومحترماً للقوانين الأجنبية ولا يفرض مفاهيمه على غير المسلمين فالنظام العام يكون تدخله متشدداً إذا كان المسلم طرفاً في المنازعات الدولية، وإما أن يعتبرها هي بدورها مخالفة للنظام العام الجزائري ولا يعترف بها على الرغم من أنها اكتسبت في ظل قانون أجنبي يقرها ويعترف بها، فالمسألة إذن يخضع تقديرها للقاضي المطروح أمامه النزاع.

#### خاتمة

من خلال ما تقدم، حاولنا إبراز أهمية المسائل المستحدثة سنة 2005 في إطار تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية سواء تعلق الأمر بالإنفصال الجسماني، التبني، النسب، الكفالة، كما أبرزنا أهمية الدور الذي يضطلع به القاضي لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي كلما كان هذا الأخير يصطدم ويتعارض مع النظام العام في دولته سواء طرح هذا الأمر بمناسبة إنشاء حق جديد، أو بمناسبة ترتيب آثار قانونية فقط، على حق تم اكتسابه بالخارج وفقاً لقانون أجنبي يجيزه ويعترف بآثاره.

## الهوامش

- <sup>1</sup> الطلاق في إيطاليا أصبح مباحا فقط سنة 1974 وفي فرنسا سنة 1884 وفي اسبانيا سنة 1982 القانون الصيني مثلا يشترط مدة 03 سنوات من الانفصال لتوقيع الطلاق  
د/ عادل أبو هيشة محمود حوتة المساواة بين الزوجين في قواعد الإسناد المصرية دار النهضة العربية، القاهرة ص 75
- <sup>2</sup> المادة 2/13 قانون مدني مصري والمادة 2/19 مدني عراقي والمادة 2/14 مدني سوري والمادة 2/14 مدني أردني وكل هذه المواد تنص على تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بالنسبة للتطبيق والانفصال الجسماني ، وقانون جنسية الزوج وقت الطلاق بالنسبة للطلاق ،  
أما القانون المدني الفرنسي وبموجب المادة 310 التي تعتبر قاعدة إسناد أحادية حددت اختصاص القانون الفرنسي بشأن الطلاق والانفصال الجسماني ، في الحالات التالية :  
إذا كان الزوجان فرنسيان /إذا كانا أجنبيين مقيمين في فرنسا /إذا لم يكن هناك قانون أجنبي محتص بالطلاق ورفعت الدعوى أمام المحاكم الفرنسية.  
وهنك نظام جديد صدر عن الإتحاد الأوروبي بتاريخ 2010/12/20 أعطى الحرية للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق فيما يخص التطبيق والانفصال الجسماني كضابط الإقامة المعتادة أو قانون آخر موطن للزوجين أو قانون جنسية أحدهما
- Jean Derruppé Jean pierre laborde Droit international privé 17ème édition 2011 page145  
François Mélin Droit international privé 5ème édition 2012 page171
- <sup>3</sup> د/ طيب زروتي القانون الدولي الخاص الجزائري مطبعة الفسيلة طبعة 2010 ص 191
- <sup>4</sup> د/ عمارة مسعودة أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الإجتهد القضائي للمحكمة العليا مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليلة العدد 1 2011 ص 56
- <sup>5</sup> د/ طيب زروتي القانون الدولي الخاص الجزائري مطبعة الفسيلة طبعة 2010 ص 193
- <sup>6</sup> د/ ابراهيم أحمد ابراهيم تنازع القوانين طبعة 1990 ص 247
- <sup>7</sup> د/ محمد كمال فهمي أصول القانون الدولي الخاص مؤسسة الثقافة الجامعية طبعة 1983 ص 408 414
- <sup>8</sup> د/ جميلة أوحيدة آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي الطبعة الأولى 2007 مطبعة المعارف الجديدة الرباط. ص 290
- <sup>9</sup> د/ علي علي سليمان مذكرات في القانون الدولي الخاص ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1984 ص 84 د/ هشام علي صادق المرجع السابق ص 157
- د/ مسعودي يوسف تنازع القوانين في مسائل الأحوال الزواج والطلاق (دراسة مقارنة) أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه جامعة أوبوكر بلقايد تلمسان 2011/2012 ص 187 وما بعدها

- القانون المدني الجزائري لسنة 1975 المعدل والمتمم سنة 2005
- القانون المدني المصري وفقا لآخر تعديل 1987
- القانون المدني الأردني رقم 43 بسنة 1976
- قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 المعدل والمتمم سنة 2005
- قانون العقوبات الجزائري بسنة 1966 المعدل والمتمم سنة 2006
- أمر رقم 20/70 مؤرخ في 1970/02/09 يتعلق بالحالة المدنية
- code civil français édition dalloz 1999

## دور قواعد الإحالة في حماية النظام العام

NATOURI Karim  
Maitre Assistant (A)  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université A. Mira 06000 Bejaia –Algérie

ناتوري كريم  
أستاذ مساعد قسم "أ"  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة عبد الرحمان ميرة، 06000.  
بجاية، الجزائر

### مقدمة

عرف المجتمع تطورات على مستوى مختلف المجالات استجابةً للتطورات ومتطلبات العولمة، فلم تعد العلاقات القانونية وطنية خالصة، بل تخللها العنصر الأجنبي بسبب نمو العلاقات والتعاملات بين الوطنيين والأجانب وتعدد مصالح وعلاقات الأفراد، ولم يسلم مجال القانون الدولي الخاص من هذه التحولات، إذ كان لزاماً على مشرعي مختلف الدول إعادة النظر في قواعد تنازعها بهدف الحفاظ على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي وضمان استقرارها.

لقد سار المشرع الجزائري على هذا النحو فأحدث تعديلات على قواعد التنازع الجزائرية في 2005 من المادة 09 إلى المادة 24 من القانون المدني<sup>(1)</sup>، لأن المنهج التنازعي يعد الوسيلة الفنية الغالبة لحل مشكلة تنازع القوانين لكنه ليس الوحيد لحل النزاعات الخاصة الدولية، إذ لا يمكن الاستغناء على الاتفاقيات الدولية والقواعد الموضوعية، خاصةً بعد محاولات توحيد هذه الأخيرة في مسائل معينة من القانون الدولي الخاص.

لكن قواعد التنازع في مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق لا تقبل التوحيد بسبب اختلاف النظم القانونية حولها<sup>(2)</sup>، والمشرع الجزائري عندما يقوم بعملية الإسناد لا يعرف مضمون القانون الأجنبي، فهو يسند الاختصاص التشريعي لهذا القانون باعتبار أنّ قاعدة الإسناد الجزائرية أسندت له الاختصاص، وهذا القانون الأجنبي قد لا يكون ملائماً ولا يحقق العدالة، أو يرفض الاختصاص أو يتعارض مع النظام العام الجزائري،

كما أنّ السماح بتطبيق القوانين الأجنبية يتطلب وجود حد أدنى من التقارب بينها وبين قانون القاضي، أما إذا وصل الاختلاف بين الأنظمة القانونية إلى حد التعارض والتنافر فإنّ القانون الأجنبي في هذه الحالة يصبح بمثابة خطر يهدد استقرار السياسة التشريعية الوطنية ويعرض مبادئها وأفكارها الأساسية للتصدع.

لذلك لجأ المشرع الجزائري على غرار مشرعي الدول الأخرى إلى آلية قانونية فعالة يمنع بموجبها تطبيق القوانين الأجنبية المتعارضة مع الأسس الجوهرية للنظام القانوني الجزائري خاصة في مجال الأحوال الشخصية الذي يتميز بحساسية عن غيره من المجالات، ولا شك أنّ النظام العام هو السلاح الذي يضمن عدم تطبيق قوانين أجنبية تتعارض مع الأسس الجوهرية التي تقوم عليها الأحوال الشخصية الجزائرية<sup>(3)</sup>.

ولما كان الأصل في قواعد التنازع أنّها مزدوجة تسند الاختصاص إما للقانون الوطني أو للقانون الأجنبي مما يرتب تنازع إيجابي أو تنازع سلبي بين قواعد التنازع للدول المختلفة، وإذا كان التنازع الإيجابي لا يطرح أي إشكال باعتبار كل قاعدة إسناد تسند الاختصاص لقانونها فالقاضي الذي يعرض عليه النزاع يطبق قانونه الوطني، فإنّ التنازع السلبي يؤدي بنا إلى الوقوع في مشكلة الإحالة لأنّ كل قانون يتخلى عن اختصاصه لقانون آخر، ولما كانت الإحالة في كثير من الحالات وسيلة لتطبيق القانون الجزائري وهي نفس النتيجة في حالة استبعاد القانون الأجنبي نظراً لمخالفة النظام العام، نتساءل عن دور الإحالة في حماية النظام العام الجزائري في مجال الأحوال الشخصية الجزائرية؟

للإجابة على هذه الإشكالية نتناول الإحالة والنظام في قواعد التنازع الجزائرية (أولاً)، ثم نتناول الإحالة في مجال الزواج كنموذج لدور الإحالة في مجال الأحوال الشخصية (ثانياً).

### أولاً: الإحالة والنظام العام في قواعد التنازع الجزائرية

مس تعديل قواعد الإسناد الجزائرية في 2005 قواعد التنازع المتعلقة بالأحوال الشخصية التي كثيراً ما تطرح فكرة النظام العام وفكرة الإحالة، علماً أنّ هذه الأخيرة لم

تحدد بوضوح تاريخياً إلا بموجب القرار الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 جوان 1878 في قضية "فورقو"<sup>(4)</sup>.

وبعد ذلك أخذت التشريعات بقاعدة الإحالة لكن ليس بكل أنواعها بل الإحالة من الدرجة الأولى فقط أي ما يعرف بالرجوع أو الرد الذي يكون في حالة رفض قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي للاختصاص المخول لها من قبل قاعدة الإسناد الوطنية ورده إلى القانون الوطني، مثلاً في قضية "فورقو" قاعدة الإسناد الفرنسية نصت أن الاختصاص يكون لقانون آخر موطن المتوفى بالنسبة للنزاع حول التركة وآخر موطن "لفورقو" هو فرنسا، ونفس الشيء بالنسبة للقانون "البافاري" وهو قانون جنسية "فورقو".

غير أنّ القانونين يختلفان في كون قاعدة الإسناد الفرنسية تعدد بالموطن القانوني وليس الفعلي، بينما قاعدة الإسناد "البافارية" لا تميّز بين الموطن الفعلي والقانوني، لذلك تبنت محكمة النقض الفرنسية قواعد الإسناد "البافارية" التي ردت الاختصاص للقانون الفرنسي الذي قبل الإحالة وترتب على ذلك تطبيق القانون الفرنسي ومنع بالتالي حواشي "فورقو" من التركة لأنها ألت إلى الدولة الفرنسية<sup>(5)</sup>.

ويُعتبر النظام العام أعقد المسائل المهمة في الفكر القانوني، لأنها لا تزال فكرة يكتنفها الغموض من جهة ومفهومها مرناً من جهة أخرى، الأمر الذي يحول دون التمكن من الوصول إلى تعريف دقيق لها، لكن الراجح أنّ النظام العام هو مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بدولة ما أو مجتمع ما تبين الكيان السياسي، الاجتماعي والاقتصادي لتلك الدولة أو ذلك المجتمع، بما يقوم عليه هذا المجتمع من معتقدات اجتماعية، دينية، ثقافية... الخ، تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام مذاهب دينية أساسية معيّنة وعقائد مذهبية اقتصادية. لا يخفى أنّ فكرة النظام العام ظهرت منذ القدم لدى المدارس الفقهية القديمة لكن باصطلاحات وتفسيرات أخرى، مثل الفقيه الإيطالي "بارطول" الذي يميّز بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة التي تستبعد ولا تطبق الشبيهة بالنظام العام<sup>(6)</sup>. وعليه سنبيّن على التوالي كيفية تعامل المشرع الجزائري مع كل من الإحالة والنظام العام، ثم نوضح نقاط التشابه بينهما.

## 1-الإحالة في التشريع الجزائري

قبل تعديل القانون المدني بموجب قانون رقم 05-10 لم يتعرض المشرع الجزائري إلى فكرة الإحالة على غرار مختلف التشريعات التي تباينت مواقفها بين مؤيدين ورافضين لنظرية الإحالة، لكن بعد تعديل القانون المدني في 2005 وضع المشرع الجزائري نصاً صريحاً يقضي بقبول الإحالة من الدرجة الأولى وهو نص الفقرة الثانية من المادة 23 مكرراً 1، بينما يرفض في الفقرة الأولى من نفس المادة الإحالة من الدرجة الثانية " إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحواله عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص"<sup>(7)</sup>.

نلاحظ أنّ المشرع حسم موقفه بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط دون الإحالة من الدرجة الثانية فما فوق، فمثلاً إذا عُرض نزاع على القاضي الجزائري حول أهلية مواطن إنجليزي متوطن بالجزائر، فإنّ القاضي الجزائري سيطبق قانون جنسية هذا الشخص وفقاً للمادة 10 من القانون المدني<sup>(8)</sup>، فيذهب القاضي الجزائري إلى القانون الإنجليزي (قانون جنسية الشخص) ويجد أنّ قاعدة الإسناد الانجليزية تنص على تطبيق قانون الموطن على الأهلية وليس قانون الجنسية، فإنّ القاضي الجزائري في هذه الحالة يطبق القانون الجزائري لأنّ موطن الشخص هو الجزائر وهذه هي الإحالة من الدرجة الأولى أو ما يُعرف بالرجوع أو الرد الذي جسده المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة 23 مكرراً 1، أما إذا فرضنا أنّ موطن الشخص هو فرنسا وليس الجزائر فإنّ القاضي الجزائري لا يذهب إطلاقاً إلى القانون الفرنسي بل يطبق مباشرةً القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي وفقاً للفقرة الأولى من المادة 23 مكرراً 1 من القانون المدني، لأنّ المشرع الجزائري يرفض الإحالة من الدرجة الثانية فما فوق.

نلاحظ أنّه كان على المشرع الجزائري تقديم الفقرة الثانية من المادة 23 مكرراً 1 على الفقرة الأولى لأنّ في هذه الأخيرة يُلزم القاضي بتطبيق مباشرةً القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون النظر في تلك المتعلقة بتنازع القوانين أي يفصل مباشرةً في النزاع بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة



الإسناد الجزائرية. كما انتقد جانب من الفقهاء موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة، ذلك أنّ قبوله غير المشروط للإحالة من الدرجة الأولى يؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية على أزواج أجنبي لا يُدينون بالإسلام، ولا شك أنّ هذا الأمر يتعارض مع رغبة هؤلاء الأجانب في تطبيق قوانينهم الشخصية، وعندئذ يجب رفض الإحالة ولو كانت من الدرجة الأولى<sup>(9)</sup>.

لكن هنا يظهر دور الإحالة في حماية النظام العام والآداب العامة الجزائرية ولو تعلق الأمر بأزواج أجنبي. يجب التذكير أنّه لما يتعلق الأمر بالتصرفات القانونية التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية كالزواج أو الوصية مثلاً فإنّ الإحالة من الدرجة الأولى يُؤخذ بها سواء تعلق الأمر بشكل أو موضوع التصرف.

يظهر جلياً أنّ الإحالة من الدرجة الأولى تؤدي إلى نفس نتيجة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي نظراً لمخالفة النظام العام وهو تطبيق القانون الجزائري، كما أنّه حتى الإحالة من الدرجة الثانية التي يرفضها المشرع الجزائري يطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي (المادة 23 مكرر 1/1)، المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الجزائرية يمكن أن تؤدي إلى استبعاد هذه القواعد الموضوعية الأجنبية لما تكون مخالفة للنظام العام الجزائري، ولقد كان الفقيه "نيبويه" يؤسس نظرية الإحالة على فكرة النظام العام إذ يرى أنّه متى أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبي، ورفضت قواعد الإسناد في هذا الأخير الاختصاص المخول لها، أصبحت العلاقة القانونية المطروحة على القاضي بدون قانون يحكمها، فلا يمكن تركها بدون قانون للفصل فيها لأنّ ذلك إنكار للعدالة، وعليه يستوجب الأمر تطبيق قانون القاضي لأنّه في النهاية هو الأصل وفي حالة تعذر تطبيق الاستثناء "القانون الأجنبي" نعود إلى الأصل "قانون القاضي"<sup>(11)</sup>.

## 2-النظام العام في التشريع الجزائري

اكتفى المشرع الجزائري بالنص على النظام العام في المادة 24 من القانون المدني دون تعريفه، لكن الراجح أنّ النظام يمثل مجموعة المبادئ الأساسية السائدة في دولة معيّنة سواء أكانت هذه المبادئ سياسية، اقتصادية، اجتماعية، دينية أو أخلاقية، وتتميّز هذه الفكرة بأنّها مرنة ونسبية، وطنية وقضائية، فهي نسبية لأنّ ما يُعد من

النظام العام في الجزائر ليس كذلك في غيرها من الدول كمسألة تعدد الزوجات، ومرنة لأنّ النظام العام قابل للتغيير في الدولة الواحدة فالطلاق كان محظوراً في فرنسا سابقاً، والنظام العام وطني وقضائي لأنّ القاضي يُقدر مفهومه فالقاضي الجزائري يجب عليه تقدير مفهومه بالنظر إلى المبادئ العامة السائدة في الجزائر، لكن يجب التمييز بين النظام العام الداخلي والدولي، والقاضي هو الذي يحدد النظام العام معتمداً في ذلك على ضمير المجتمع، ثم هو الذي يخضعه لرقابة المحكمة العليا<sup>(12)</sup>.

نص المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني على ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"<sup>(13)</sup>. ونلاحظ أنّ المشرع الجزائري أضاف في 2005 فكرة الغش نحو القانون، كما أنّه نص على الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام فاستبعاد القانون الأجنبي في مسائل إنشاء الحقوق هو الأثر السلبي وتطبيق القانون الجزائري مكان القانون الأجنبي المستبعد هو الأثر الإيجابي، بينما مسائل الاعتراف بالحقوق يكون فيها الأثر المخفف للنظام العام.

لقد أشار المشرع الجزائري في المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في حالة مخالفة القاضي الجزائري للقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، وأعطت المادة 360 من نفس القانون إمكانية للمحكمة العليا من نقض الحكم من تلقاء نفسها لأحد الأوجه المذكورة في المادة 358 السابقة<sup>(14)</sup>، فالغرض من هذه المادة ليس إلزام القاضي الجزائري بتطبيق القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة بل تشديد رقابة المحكمة العليا على القاضي في قضايا الأسرة حتى لا يُطبق القانون الأجنبي المتعارض مع النظام العام أو مع قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، بالتالي حتى ولو لم يوجد طرف جزائري في العلاقة إلا أنّه يمكن دائماً استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

وهذا منطقي لأنّ فكرة النظام العام تسمح بالتصدي لبعض المخاطر التي تظهر عندما يؤدي تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالمفاهيم الأساسية للنظام القانوني

لدولة القاضي، لكن استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق يجب أن يبقى تدخلاً استثنائياً لأنه يُشكل في حقيقي الأمر خرقاً لمبدأ حياد قاعدة التنازع الذي مفاده أنّ القانون الأجنبي الذي يُعلن مختصاً واجب التطبيق بالاستقلال عن مضمونه<sup>(15)</sup>.

### 3-نقاط التشابه بين الإحالة والنظام العام

انطلاقاً مما ذكرناه سابقاً تبرز لنا مجموعة من النقاط التي تبيّن دور الإحالة في حماية النظام العام، تتمثل في نقاط تقاطع أو تلاقي الفكرتين: مثل تطبيق القانون الجزائري في حالة الدفع بالنظام العام أو في حالة الإحالة من الدرجة الأولى، وكذلك إمكانية تطبيق القانون الجزائري في حالة رفض الإحالة لأنه يمكن الدفع بالنظام العام أيضاً في هذه الحالة إذا كانت القواعد الموضوعية الأجنبية مخالفة للنظام العام الجزائري.

#### أ/-تطبيق القانون الجزائري في حالتي

قبول الإحالة (من الدرجة الأولى) واستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام: تتمثل النتيجة العملية لقبول للإحالة من الدرجة الأولى في تطبيق القانون الجزائري مكان القانون الأجنبي، فإذا كان للنظام العام أثر سلبى يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص وأثر إيجابى يتمثل في تطبيق القانون الجزائري، فإننا يمكن أن نقول أيضاً أنّ للإحالة من الدرجة الأولى أثر سلبى يتمثل في رفض القانون الأجنبي للاختصاص المخول له من قاعدة الإسناد الوطنية وأثر إيجابى يتمثل في تطبيق القانون الجزائري، هذا يعني أنّ الإحالة لعبت دور لا يختلف عن الدفع بالنظام العام خاصة في الحالة التي يكون فيها القانون الأجنبي يشكل مساساً بالنظام العام الجزائري في حالة تطبيقه.

#### ب/-إمكانية تطبيق القانون الجزائري في حالة رفض الإحالة

يرفض المشرع الجزائري الإحالة من الدرجة الثانية فما فوق، فهو لا يقبل إلاّ الإحالة من الدرجة الأولى وفقاً للمادة 23 مكرراً 1، بمعنى أنّ القاضي الجزائري عندما يكون أمام إحالة من درجة ثانية يرفضها ويطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي

الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية، فمثلاً يُعرض نزاع على القاضي الجزائري حول أهلية شخص بريطاني متوطن بهولندا، فالقاضي حسب قاعدة الإسناد الجزائرية المتعلقة بالأهلية يطبق قانون جنسية الشخص وهو القانون البريطاني، لكن قاعدة الإسناد البريطانية ترفض هذا الاختصاص وتنص على تطبيق قانون الموطن وليس الجنسية وموطن الشخص في هذه الحالة هو هولندا، فالقاضي الجزائري لا يذهب إلى القانون الهولندي بل يطبق مباشرةً القواعد الموضوعية في القانون البريطاني، لكن إذا وجد بعد ذلك أنّ تطبيق القانون البريطاني سوف يمس بالنظام العام الجزائري ويتعارض معه سيقوم باستبعاده ويُطبق مكانه القانون الجزائري<sup>(16)</sup>.

إذن رفض الإحالة من الدرجة الثانية ساهم في الحفاظ على النظام العام الجزائري لأنّه في النهاية تم تطبيق القانون الجزائري، ويُمكن افتراض حالة أخرى في نفس المثال السالف وهي التي تكون لما يكون القانون الهولندي مخالف للنظام العام، فرفض الإحالة من الدرجة الثانية أدى إلى تطبيق القانون البريطاني الذي يُفترض أنّه ليس مخالف للنظام العام الجزائري وإلاّ نطبق أحكام المادة 24 من القانون المدني، بمعنى أنّ الإحالة تلعب دور في حماية النظام العام الجزائري حتى ولو تم تطبيق قانون أجنبي.

### ثانياً: إعمال الإحالة على موضوع الزواج

يُعتبر الزواج أفسح العلاقات القانونية لتنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية نظراً لإرتباط هذه الأخيرة بديانات، عادات، تقاليد وثقافات الشعوب المختلفة، وما يهْمُنَا هنا هو الزواج المبرم في إطار القانون الدولي الخاص الذي لا يخرج عن الصور التالية: زواج الأجنبي في الجزائر، زواج مختلط إما بين الجزائريين والأجانب أو بين الجزائريين والأجانب، وزواج بين الجزائريين في الخارج<sup>(17)</sup>، لقد أشار المشرع الجزائري في المادة 221 من قانون الأسرة إلى نطاق تطبيق قانون الأسرة وأقر بأنّه يسري على جميع المواطنين الجزائريين وعلى جميع المقيمين بالجزائر، لكنّه أكد في ذات المادة على ضرورة مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني<sup>(18)</sup>.

ولما كانت قواعد التنازع واردة في القانون المدني كما بيّناه سابقاً وجب تطبيق قواعد التنازع المتعلقة بالزواج على هذا الأخير لما يكون مشتملاً على عنصر أجنبي لأنّ

عدم الخضوع لقواعد تنازع القوانين في هذه المسائل يؤدي إلى إهدار حقوق الأفراد ويمس باستقرار المعاملات الخاصة الدولية<sup>(19)</sup>. سنحاول أن نبيّن الدور الذي تلعبه الإحالة لحماية النظام العام الجزائري في إطار عقد الزواج(1)، ولتوضيح ذلك سنتولى تبيان دور الإحالة في حماية النظام العام عند انعقاد الزواج، ثم نتعرض إلى دورها في شأن آثار عقد الزواج وانحلال الرابطة الزوجية(2).

### 1- دور الإحالة في حماية النظام العام عند انعقاد الزواج

ينعقد الزواج صحيحاً بتوافر شروط شكلية وأخرى موضوعية، أما الخطبة في التشريع الجزائري فلا ترقى إلى درجة العقد حسب المادة 05 من قانون الأسرة<sup>(20)</sup> ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج، أما الأضرار الناجمة عن العدول يُساءل الشخص عنها على أساس المسؤولية التقصيرية وتطبق عليها قاعدة التنازع التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية وهي المادة 1/20 من القانون المدني الجزائري التي مفادها تطبيق قانون مكان وقوع الفعل المنشأ للالتزام<sup>(21)</sup>.

وعليه سنبين الإحالة وحماية النظام العام في مجال القانون الذي يسري على الشروط الشكلية، ثم الإحالة والنظام العام في إطار القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج.

أ- الإحالة والنظام العام في مجال القانون الذي يسري على الشروط الشكلية لعقد الزواج

وضع المشرع الجزائري نص يحكم شكل جميع التصرفات القانونية وهو نص المادة 19 من القانون المدني المعدل في 2005، مفاد هذه المادة أنّ الشروط الشكلية لجميع التصرفات القانونية وعقد الزواج تصرف قانوني تخضع إما لقانون المكان الذي تمت فيه "قاعدة لوكيس"، أو لقانون الجنسية المشتركة للزوجين أو لقانون الموطن المشترك لهما، أو للقانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية<sup>(22)</sup>، إذن المشرع الجزائري ترك سلطة الاختيار بين الضوابط الأربعة للقاضي، لكن لما يختار القاضي أحد هذه الضوابط ويُؤدي الأمر به إلى تطبيق قانون أجنبي كأن يعتد بقانون مكان إبرام العقد وهو القانون

"البلجيكي" مثلاً، ثم ذهب القاضي إلى قاعدة الإسناد البلجيكية ووجدها ترفض هذا الاختصاص وتحيله لقانون آخر، فنكون أمام إحالة من درجة أولى إذا كان القانون البلجيكي يرد الاختصاص للقانون الجزائري وفي هذه الحالة نطبق القانون الجزائري وفقاً للمادة 23 مكرر 1/2 من القانون المدني، أو أمام إحالة من درجة ثانية إذا كان القانون البلجيكي يُحيلنا إلى قانون أجنبي آخر وفي هذه الحالة نطبق القواعد الموضوعية في القانون البلجيكي<sup>(23)</sup>، ففي كلتا الحالتين تكون الإحالة لعبت دور في حماية النظام العام الجزائري، لأنَّ الإحالة من الدرجة الأولى أدت مباشرةً إلى تطبيق القانون الجزائري وهي نفس النتيجة في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي (البلجيكي) نظراً لمخالفة النظام العام، أما الإحالة من الدرجة الثانية فقد تكون القواعد الموضوعية في القانون البلجيكي مخالفة للنظام العام فنكون أما الدفع بمخالفة النظام العام أي نطبق القانون الجزائري، أو يكون القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد البلجيكية مخالف للنظام العام الجزائري وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون البلجيكي المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الجزائرية تنفادى الوقوع في مخالفة النظام العام الجزائري.

وفي كل الأحوال متى كانت القواعد الموضوعية الأجنبية الواجبة التطبيق وفقاً للمادة 23 مكرر 1/1 من القانون المدني مخالفة للنظام العام الجزائري تُستبعد ويُطبق القانون الجزائري على الشروط الشكلية عملاً بأحكام المادة 24 من القانون المدني<sup>(24)</sup>.

ب/- الإحالة والنظام العام في إطار القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج

وضع المشرع الجزائري بالنسبة للقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج أصل في المادة 11 من القانون المدني يتمثل في تطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين فكل طرف يطبق عليه قانون جنسيته، واستثناء في المادة 13 من نفس القانون يفرض تطبيق القانون الجزائري وحده على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، آثاره، انحلاله والانفصال الجسماني في كل الأحوال التي يكون فيها أحد الطرفين جزائري وقت إبرام عقد الزواج باستثناء الأهلية تبقى دائماً خاضعة لقانون الجنسية.

لكن هناك استثناءات أخرى لا يُطبق فيها الأصل وهي حالة وجود اتفاقية دولية نافذة في الجزائر، الإحالة ومخالفة النظام العام، لذلك سنوضح دور الإحالة في حماية النظام العام عند تطبيق الأصل لأنّ الإحالة استثناء على الشروط الموضوعية لعقد الزواج.

يُطبق المشرع الجزائري على صحة الشروط الموضوعية لعقد الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين وفقاً للمادة 11 من القانون المدني، بمعنى كل طرف يخضع للشروط الموضوعية التي يتطلبها عقد الزواج في قانون جنسيته وهذا ما يُعرف بالتطبيق الموزع للقوانين، وعلى هذا الأساس فإنّه عندما لا يوجد طرف جزائري فإنّ الاختصاص حسب المادة 11 يؤوّل لقانون أجنبي أو كل طرف يطبق عليه قانون أجنبي يتمثل في قانون جنسيته، ولما يذهب القاضي الجزائري إلى القانون الأجنبي المختص وفقاً للمادة 11 سواء قانون جنسية الزوجة أو قانون جنسية الزوج أو كليهما، ويجد أنّ قواعد التنازع الأجنبية ترفض الاختصاص المخول لها، فإنّه سيُطبق القانون الجزائري إذا كانت ترد الاختصاص للقانون الجزائري أي الإحالة من الدرجة الأولى عملاً بالفقرة الثانية من المادة 23 مكرراً من القانون المدني، أما في حالة الإحالة من درجة ثانية فإنّه سيُطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الجزائرية إعمالاً للفقرة الأولى من المادة 23 مكرراً، وبالتالي برفض الإحالة من الدرجة الثانية يكون المشرع قد تفادى تطبيق قانون أجنبي آخر من شأنه أن يكون متعارض مع النظام العام، أما إذا كانت القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص بحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج وفقاً للمادة 11 من القانون المدني الجزائري تتعارض مع النظام العام الجزائري فيطبق في هذه الحالة القانون الجزائري نظراً لمخالفة النظام العام وفقاً للمادة 24 من القانون المدني<sup>(25)</sup>.

2- دور الإحالة في حماية النظام العام بشأن آثار عقد الزواج، انحلاله والانفصال الجسماني

نص المشرع الجزائري في المادة 12 من القانون المدني على أنّ القانون الذي يسري على آثار عقد الزواج والانفصال الجسماني هو قانون جنسية الزوج كأصل، علماً أنّ

الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني يفرض نفسه دائماً في كل الحالات التي يكون فيها أحد الطرفين (الزوجين) جزائري عند إبرام عقد الزواج<sup>(26)</sup>، دون إهمال الاستثناءات الأخرى كحالة وجود اتفاقية دولية نافذة في الجزائر، الإحالة والدفع بمخالفة النظام العام<sup>(27)</sup>. ونلاحظ أنّ المشرع الجزائري ميّز بين القانون الذي يطبق على الآثار المالية والشخصية لعقد الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج وفقاً للفقرة الأولى من المادة 12 من القانون المدني، والقانون الذي يطبق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى طبقاً للفقرة الثانية من المادة 12 دائماً<sup>(28)</sup>، بمعنى أنّ المعيار الزمني الذي يُعتد به يختلف.

وتلعب الإحالة عند قبولها وكذلك عند رفضها دور في حماية النظام العام بموجب تطبيق أحكام المادة 12 من القانون المدني لما يؤول الاختصاص لقانون أجنبي سواء أكان الأمر يتعلق بالآثار المالية والشخصية لعقد الزواج (قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج) أو بانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني (قانون جنسية الزوج وقت رفع لدعوى).

#### أ/- دور الإحالة في حماية النظام العام في حالة قبولها

لما يكون القانون الواجب التطبيق سواء كان قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج إذا تعلق الأمر بآثار عقد الزواج أو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى إذا تعلق الأمر بانحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني قانوناً أجنبياً، ويجد القاضي الجزائري أنّ قاعدة الإسناد الأجنبية ترفض الاختصاص المخول لها وترده للقانون الجزائري، فإنّ القاضي الجزائري سيطبق القانون الجزائري أي قبول الإحالة من الدرجة الأولى وفقاً للفقرة الثانية من المادة 23 مكرراً من القانون المدني

. وبهذه الطريقة يتفادى القاضي الجزائري الوقوع في مخالفة النظام العام الجزائري خاصةً إذا تعلق الأمر بحقوق لا يمكن إنشاؤها أمام القضاء الجزائري كالانفصال الجسماني مثلاً، وبهذا فإنّ قبول الإحالة لعب دور في حماية النظام العام الجزائري.



## ب/- دور الإحالة في حماية النظام العام عند رفضها

لما يكون دائماً الاختصاص للقانون الأجنبي على النحو الذي بيّناه عند الحديث على قبول الإحالة، ويجد القاضي الجزائري أنّ قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص ترفض الاختصاص المخول لها من قاعدة الإسناد الجزائرية وتُحيله إلى قانون أجنبي آخر وليس إلى القانون الجزائري، فإنّ القاضي في هذه الحالة سيطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الجزائري إعمالاً للفقرة الأولى من المادة 23 مكرر<sup>1</sup> من القانون المدني أي يرفض الإحالة من الدرجة الثانية<sup>(29)</sup>، وبهذه الطريقة يتفادى القاضي الجزائري البحث في قانون أجنبي آخر ربما يتعارض مع النظام العام الجزائري، أما إذا كانت القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الواجبة التطبيق مخالفة للنظام العام الجزائري وللآداب العامة فسيقوم أيضاً القاضي باستبعادها ويُطبق مكانها القانون الجزائري وفقاً للمادة 24 من القانون المدني حمايةً للنظام العام الجزائري<sup>(30)</sup>.

## خاتمة

نستخلص من كل ما سبق أنّ الإحالة على النحو الذي جسده المشرع الجزائري تلعب نفس دور استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وترتب نفس النتيجة أيضاً وهي تطبيق القانون الجزائري لما تكون الإحالة من الدرجة الأولى، كما أنّ الإحالة من الدرجة الثانية التي يرفضها المشرع الجزائري من شأنها حماية النظام العام الجزائري.

وفي كل الأحوال الدفع بالنظام العام تبقى آلية قانونية فعالة في يد القاضي الجزائري يستخدمها لتطبيق القانون الجزائري في كل حالة يكون فيها النظام العام والآداب العامة الجزائرية في خطر.

ولكي تلعب الإحالة من الدرجة الأولى نفس دور الدفع بالنظام العام يجب أن تتوافر شروطها وهي رفض قاعدة الإسناد الأجنبية للاختصاص المخول لها من القانون الجزائري، وردها الاختصاص للقانون الجزائري، والإحالة تؤدي بنا في بعض الحالات إلى تطبيق القانون الوطني "إحالة من درجة أولى" وهي نفس النتيجة التي نصل إليها في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي نظراً لمخالفة النظام العام لأنّ مشكلة الإحالة تنتج عن

اختلاف في قواعد الإسناد بين الدول وخاصة في مجال الأحوال الشخصية والنظام العام يكون نتيجة التعارض بين الأنظمة القانونية للدول.

كما نستنتج أنّ أخذ المشرع الجزائري بالإحالة من الدرجة الأولى إنّما هو في حقيقة الأمر من بين الاستثناءات على قواعد الإسناد، لأنها ذات طابع أحادي تهدف دائماً إلى تطبيق القانون الجزائري مثل الدفع بالنظام العام، لأنّ المشرع الجزائري حاول قدر الإمكان في قواعد التنازع حماية الطرف الجزائري وحماية النظام العام والآداب العامة الجزائرية.

هذا التوجه نحو تطبيق القانون الجزائري على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي يظهر بوضوح بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10، لكن يجب التذكير أنّ استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وتطبيق مكانه القانون الجزائري بسبب الإحالة من الدرجة الأولى أو بسبب مخالفة النظام العام أو لأي سبب من الأسباب يجب أن يبقى مجرد استثناء كي لا يتم إهدار جوهر تنازع القوانين لأنه يشكل خرقاً لمبدأ حياد قاعدة التنازع الذي مفاده أنّ القانون الأجنبي الذي يُعلن مختصاً واجب التطبيق بالاستقلال عن مضمونه.

## الهوامش

- 1- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج ر ع 44 صادرة بتاريخ 26 جوان 2005.
- 2- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص ص 34-36.
- 3- زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 07.
- 4- لتفاصيل أكثر حول قضية "فورقو" راجع :

-HENRI Batiffol, PAUL Lagarde, Traité de Droit International Privé, 8<sup>ème</sup> Edition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993, p 492.

5- PIERRE Mayer, VINCENT Heuzé, Droit International Privé, 9<sup>ème</sup> Edition , LGDJ, Montchrestien , Paris, 2007, p 160-161. Voir aussi : JEAN Derruppé, Droit International Privé, 13<sup>ème</sup> Edition, DALLOZ, 1999, pp 72-78.

- 6-درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص 90-91.
- 7-أنظر المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05-10، السالف الذكر.
- 8-راجع المادة 10 من المرجع نفسه.
- 9-بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 02، 2008، ص 356.
- 10-هناك بعض الفقهاء الذين يعارضون تطبيق الإحالة على شكل التصرفات القانونية لأن ذلك يؤدي إلى خلق صعوبات في تكييف الشكل مثل الفقمة "جينين ميريك"، أنظر : نادية فوضيل، تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 283-284.
- 11-دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة لتنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، غنابة، 2010، ص 90. ولتفاصيل أكثر حول أنواع الإحالة راجع:
- FRONCOISE Moneger ; Droit International Privé, 3<sup>ème</sup> Edition, Lexis Nexis Litec, 2005, p 33-34.**
- 12-دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص ص 134-136.
- 13-راجع المادة 24 من قانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، السالف الذكر.
- 14-راجع المادتين 6/358 و 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فضيل العيش، قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المدني، وفقاً للقانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25-02-2008، ووفقاً للتعديل الأخير للقانون المدني رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، مطبعة البدر، 2009، ص 42-43.
- 15-عادل بن عبد الله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة الفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، (د س ن)، ص 221.
- 16-راجع المواد 10، 23 مكرر 1 و 24 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.
- 17-مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 20.
- 18-المادة 221 من قانون الأسرة رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02-05، المؤرخ في 27-02-2005، ج ر ع 15 صادرة بتاريخ 27-02-2005.
- 19-مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 07.
- 20-المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.
- 21-المادة 1/20 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.
- 22-المادة 19 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

- 23-المادة 23 مكررا 1، المرجع نفسه. أنظر أيضاً :
- دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 101-102.
- 24-راجع المادتين 23 مكررا 1 و24 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.
- 25-راجع المواد: 11، 13، 21، 23 مكررا 1 و24، المرجع نفسه.
- 26-أنظر المادتين 12 و13، المرجع نفسه.
- 27-راجع المواد 21، 23 مكررا 1 و24، المرجع نفسه. أنظر أيضاً :
- مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 217.
- 28-المادة 12 من القانون المدني، السالف الذكر.
- 29-راجع المادة 23 مكررا 1، المرجع نفسه. أنظر أيضاً :
- دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 101-102.
- 30-المادة 24 من القانون المدني، السالف الذكر. أنظر أيضاً:
- دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 148

## النظام العام والنفوذ الدولي للحق المكتسب في مسائل الأحوال الشخصية

Dr KIHHEL Kamel,  
Maitres de conférences (A)  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université d'Adrar, Algérie.

د. كيجل كمال  
أستاذ محاضر "أ"  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة أدرار، الجزائر.

### مقدمة

تعتبر الأحوال الشخصية من أكثر المسائل التي تثير فكرة النظام العام، كون غالبية القواعد التي تحكمها مستوحاة من الشريعة الإسلامية. تختلف آثار الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحقوق في بلد القاضي عن مرحلة التمسك بآثارها في هذا البلد. ففي المرحلة الأولى ينتج الدفع بالنظام العام آثاره كاملة فيمنع إنشاء العلاقة، أما في المرحلة الثانية فإن الدفع بالنظام العام لا يواجه نشأة الحق أو مدى صحته، وإنما فقط فيما يتعلق بمدى قبول التمسك بآثاره في بلد القاضي. وهكذا، فإن النظام العام في المرحلة الثانية ينتج أثراً مخففاً، والذي تثار بشأنه إشكالات تتعلق بتحديد مضمونه ومدى الأخذ به. فالنظام العام لا يتم إعماله بنفس الدرجة في الحالتين، فحين يراد إنشاء حق في دولة القاضي، ينتج النظام العام أثراً كاملاً، أما إذا أريد التمسك في بلد القاضي بآثار حق نشأ في الخارج، فإن نفاذه لا يعتبر حتماً مخالفاً للنظام العام، فيكون تدخل النظام العام مخففاً لأن الشعور العام في بلد القاضي لم يتأثر بنفس القدر في الحالتين. فالحق الذي نشأ في الخارج في ظل قانون يسمح بإنشائه، وبطريقة تتعارض مع النظام العام في قانون القاضي، فإن آثاره لا تتعارض بالضرورة مع النظام العام في بلد القاضي، لأن الشعور العام في بلده لا يتأثر إزاء حق نشأ في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به إذا أريد إنشاء نفس الحق في دولة القاضي.

غير أن آثار الحق الذي نشأ في الخارج لا يمكن احترامها في جميع الأحوال، لأنها قد تخالف النظام العام في بلد القاضي إلى درجة الخطورة، فيتدخل النظام العام لمنع سريان آثار الحق في بلد القاضي، وهكذا سوف أتناول بالدراسة في هذه المداخلة تطبيقات ومدى الاخذ بفكرة الاثر المخفف للنظام العام في مسائل الاحوال الشخصية؟

### المطلب الأول: مضمون فكرة الأثر المخفف للنظام العام

يتميز الاتجاه الغالب<sup>1</sup> في الفقه والقضاء في فرنسا في مجال أعمال الدفع بالنظام العام بين مرحلة إنشاء حق داخل دولة القاضي، ومرحلة الاحتجاج في هذا البلد بآثار حق اكتسب في الخارج.

ففي المرحلة الأولى يبحث القاضي إذا كان إنشاء الحق في بلده يتعارض مع النظام العام فيها أم لا، فينتج النظام العام هنا كامل آثاره، فإذا كان القانون الأجنبي يمنع أمر ما خلافاً للنظام العام في قانون القاضي، أو على العكس من ذلك إذا كان القانون الأجنبي يجيز إنشاء حقاً خلافاً للنظام العام في قانون القاضي، ففي هاتين الحالتين يستبعد القانون الأجنبي ويحل محله قانون القاضي فيحكم هذا الأخير العلاقة القانونية بدلاً من الأول، بمعنى أن النظام العام ينتج كامل آثاره الإيجابية والسلبية في مرحلة إنشاء الحقوق.<sup>2</sup>

مثلاً إذا عرضت على القاضي الجزائري دعوى إطلاق رفقها زوج مسلم على زوجته، وتبين أن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع بموجب قواعد الإسناد في القانون الجزائري هو قانون دولة لا يجيز قانونها الطلاق، وهو ما يتعارض مع النظام العام في الجزائر، وبالتالي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي ويطبق مكانه القانون الجزائري الذي يجيز الطلاق في هذه الحالة.

أما في الحالة الثانية، فيتم الاحتجاج في دولة القاضي، بآثار حق نشأ في الخارج مخالف للنظام العام في بلد القاضي. فيبحث القاضي هنا فقط ما إذا كان التمسك بآثار الحق الذي اكتسب في الخارج يتعارض مع النظام العام في بلده أم لا.<sup>3</sup>

فالنظام العام لا يتم إعماله بنفس الدرجة في الحالتين، فحين يراد إنشاء مركز

قانوني ابتداءً داخل دولة القاضي، ينتج النظام العام كامل آثاره، أما إذا أريد التمسك في بلد القاضي بآثار حق نشأ في الخارج لا يعتبر نفاذه حتماً مخالف للنظام العام، فيكون أثر الدفع بالنظام العام مخففاً (effet atténué) لأن الشعور العام في بلد القاضي لا يتأثر إزاء حق نشأ في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به إذا أريد إنشاء نفس الحق في دولة القاضي.<sup>4</sup>

ويبرر البعض الأثر المخفف للنظام العام هنا بأن الحق الذي نشأ في الخارج وأريد التمسك بآثاره في بلد القاضي لا يعتبر نفاذه متعارض مع النظام العام، وذلك عندما يكون التعارض بين القانون الأجنبي والنظام العام في بلد القاضي في مرحلة إنشاء الحق يرجع لتعارض الإجراءات أو الظروف الواجب توافرها لإنشاء الحق مع النظام العام، فإذا نشأ الحق في الخارج وفقاً للظروف والإجراءات المطلوبة في البلد الذي نشأ فيه، وأريد التمسك به في بلد القاضي، لما وجد أي مبرر يحرك الدفع بالنظام العام.<sup>5</sup>

فالمركز القانوني أو الحق الذي نشأ في الخارج في ظل قانون يسمح بإنشائه، وبطريقة تتعارض مع النظام العام في قانون القاضي، فإن آثاره لا تتعارض بالضرورة مع النظام العام في بلد القاضي<sup>6</sup>، ويرجع معيار هذا التمييز إلى درجة التسامح التي يقبل بها القاضي الوطني في مخالفة آثار المركز القانوني للنظام العام لدولته.<sup>7</sup>

ويضيف الفقيه الفرنسي باتيفول (BATIFFOL) تبريراً لفكرة الأثر المخفف للنظام العام بأن هذا الأخير يستند على فكرة الحقوق المكتسبة، حيث يرى بناء على ذلك بأن الاعتراف في فرنسا بآثار الحق المكتسب في الخارج يعتبر أقل اصطداماً مع المفاهيم الفرنسية بالمقارنة مع إنشاء الحق نفسه في فرنسا. وتبرر محكمة النقض الفرنسية<sup>8</sup> هذا الأثر المخفف للنظام العام، بأنه توجد مستويات للتدخل ضد مخالفة النظام العام، فمستوى التدخل في مواجهة الحقوق المكتسبة يختلف عن مستوى التدخل في مواجهة إنشاء الحقوق.

**المطلب الثاني: التطبيقات القضائية للأثر المخفف للنظام العام.**

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي لفكرة الأثر المخفف للنظام العام نجد ما يلي:

-فيما يتعلق بالبنوة الطبيعية، قبل تعديل المادة: 40 من القانون المدني الفرنسي سنة 1912م، كان لا يجوز رفع هذه الدعوى في فرنسا لمخالفتها للنظام العام الفرنسي، لكن القضاء الفرنسي كان يعترف بأثار البنوة متى رفعت دعوى البنوة في الخارج.<sup>9</sup>

-كما أمر القضاء الفرنسي بتنفيذ حكم أجنبي بالتطبيق بتراضي الزوجين وفقاً لما يقضي به قانون جنسية الزوج، وإن هذا النوع من الطلاق غير جائز في القانون الفرنسي.<sup>10</sup>

-اعترف القضاء الفرنسي بأثار الزواج الثاني إذا تم صحيحاً في الخارج، رغم كون مبدأ الزوجة الواحدة يعتبر من النظام العام في فرنسا ومن مبادئ الحضارة الفرنسية.<sup>11</sup>

وهكذا اضطرت المحاكم الفرنسية إلى تلطيف مفهوم النظام العام في مواجهة نظام تعدد الزوجات، فاعترفت بأثاره كلما نشأ خارج فرنسا مراعاة للقانون الأجنبي الذي نشأ في ظله، فاعترفت بحق الزوجة في النفقة وبحقها في الميراث، وبغيرها من الآثار.<sup>12</sup>

ولقد سائر القضاء الإنجليزي ذلك، حيث قضى بشرعية الأولاد المولودين من علاقات زوجية يباح فيها التعدد، وبحقهم في الإرث من والدهم، وبحق الزوجات في الإرث من أزواجهن.<sup>13</sup>

ويبرر الفقه هذا القضاء بأن النظام العام في هذه الحالة يصاب بشلل جزئي، لأن القاضي الفرنسي الذي رفعت أمامه دعوى تتعلق بأثار الزواج الثاني، مثل مطالبة الزوجة بالنفقة، لا يمكنه أن يقضي ببطلان الزواج الثاني وهذا رغم مخالفة تعدد الزوجات للنظام العام الفرنسي.<sup>14</sup>

### المطلب الثالث: حدود أعمال الأثر المخفف للنظام العام.

وتجدر الإشارة إلى أن الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني استبعاد الدفع بالنظام العام بالنسبة لأي حق أكتسب في الخارج، إذ قد يتعارض نفاذ الحق الذي أكتسب في الخارج مع النظام العام في دولة القاضي حتى على وجهه المخفف.<sup>15</sup>

فقد رفض القضاء الفرنسي احترام الحق المكتسب في الخارج إذا كان يتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، وكانت له أخطاره المفرطة عليه. ومن القضايا التي لم يجز فيها القضاء الفرنسي التمسك في فرنسا بأثار الحق المكتسب بالخارج نجد ما يلي:



-قضت المحاكم الفرنسية بأنه لا يجوز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية على المنقول، ولو كان هذا الحق قد اكتسب في الخارج وفقاً لقانون الموقع المختص بموجب قواعد التنازع الفرنسية، لأن هذا القانون يجيز نزع الملكية بدون تعويض.<sup>16</sup>

كما قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح طالبي منقولات نقلت من إسبانيا إلى فرنسا بعد أن استولت عليها السلطات الإسبانية دون تعويض، وكان هذا القضاء مراعاة للنظام العام في فرنسا.<sup>17</sup>

-رفض القضاء الفرنسي الاعتراف للزوجة الثانية بأي معونة اجتماعية مرتبطة بالزواج الثاني.<sup>18</sup>

-رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بآثار الزواج الثاني إذا كانت الزوجة الأولى فرنسية أو مقيمة في فرنسا، فينتج الدفع بالنظام العام هنا آثاره كاملة دون أي تخفيف.<sup>19</sup>

-رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بالطلاق بإرادة منفردة الذي تم في الخارج إذا كانت الزوجة المطلقة فرنسية أو مقيمة في فرنسا. ويبرر هذا القضاء الأخير بالرغبة في حماية الفرنسيات أو المقيمات في فرنسا من حالة لجوء أزواجهن إلى بلدانهم ورفع دعوى الطلاق بإرادة منفردة، ثم الرجوع إلى فرنسا للتمسك بآثار الطلاق.<sup>20</sup>

ويبرر الفقيه نبوييه Niboyet<sup>21</sup> تعطيل آثار الحق المكتسب في الخارج بعدم ملاءمة هذه الآثار مع مقتضيات النظام العام كما قد يكون سببه الصياغة القانونية، ويعطي مثلاً على ذلك: إذا كان القانون الأجنبي الذي نشأ الحق في ظلّه يجيز الرهن الرسمي على المنقول، فإنه لا يجوز التمسك في فرنسا بهذا الرهن، لأن القانون الفرنسي لا يعرف هذا النظام.

أما الفقيه باتيفول Batiffol<sup>22</sup> فيرى أن الدفع بالنظام العام كما يمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها قانون القاضي، فهو أيضاً يمنع التمسك في بلد القاضي بآثار الأعمال الصادرة من حكومة أجنبية، ويرى أن القاضي هنا لا يفحص صحة هذه الأعمال من عدمها، وإنما فقط يمنع التمسك بآثارها لتعارضها مع الأفكار الأساسية السائدة في بلده.

وهكذا، فإن فكرة الحقوق المكتسبة في الخارج لا تعني إهدار كل أثر لفكرة النظام العام، باعتباره صمام الأمان اللازم لحماية الأفكار الأساسية في المجتمع. وليس هناك معيار دقيق يبين الحالات التي يعمل فيها النظام العام بأثر مخفف والحالات التي يعمل فيها بأثارة الكاملة فيما يتعلق بأثار الحقوق المكتسبة في الخارج، لهذا ونظراً لغموض كل من فكرة النظام العام وأثره المخفف، فإن المسألة تبقى متروكة للسلطة التقديرية للقاضي تتأثر بمتانة الحق وخطورة آثاره، وبعاملي الزمان والمكان.<sup>23</sup>

#### خاتمة

يتبين من خلال ما سبق أن النظام العام إذا كان يهدف إلى حماية المصالح الحيوية للدولة، فإن ذلك يتحقق في مرحلة إنشاء الحقوق، وبناءً عليه إذا حدثت واقعة إنشاء الحق في الخارج، فإن النظام العام لدولة القاضي لم يمس في شيء، وبالتالي لا مبرر لتدخل النظام العام بعد ذلك في مرحلة التمسك بأثار هذا الحق في بلد القاضي. وتسمح فكرة الأثر المخفف باحترام المراكز القانونية التي تكونت بالفعل، فالعلاقة القانونية التي نشأت صحيحة في الخارج وفقاً للقانون المختص، يجب أن تظل صحيحة في أية دولة أخرى.

ولقد كان لفكرة الأثر المخفف للنظام العام دور إيجابي يتمثل في المحافظة على استقرار المراكز القانونية، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية التي يتدخل فيها النظام العام بحدّة، فأدت هذه الفكرة إلى اعتراف القضاء الفرنسي ببعض الأنظمة التي تنفرد بها الشريعة الإسلامية، مثل الاعتراف بأثار الطلاق بإرادة منفردة الذي تم بالخارج، وبأثار تعدد الزوجات على الرغم من مخالفتها للنظام العام الفرنسي.

غير أن مبدأ الاحترام الدولي للحق المكتسب بالخارج لا يعمل به على إطلاقه، فإذا تبين أن آثار هذا الحق تشكل اعتداءً خطيراً على النظام العام في بلد القاضي، فيتم إعمال الدفع بالنظام العام لينتج كامل آثاره، فيؤدي إلى عدم سريان آثار العلاقة القانونية في بلد القاضي وليس إلى بطلانها.

## الهوامش

- 1- Pierre Mayer, Droit international privé, 5<sup>e</sup> édition, Editions Delta, Liban 1996, N°209, P142; Henri Batiffol et Paul Lagarde, Droit international privé L.G.D.J, Paris, 1974, N°364, P455. وأنظر أيضاً في عرض هذا الاتجاه: سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، ص 237: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص.192
- 2- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، الطبعة التاسعة، 1986، فقرة 148، ص 551-552: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص.211
- 3 - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص –تنازع القوانين-، دار هومه، الجزائر، طبعة 2001، ص.181
- 4 - أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، 1996، ص 614-615؛ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 156 وبعدها.
- Voir aussi: Batiffol et Lagarde, op. cit., N°361, P580; Pierre Mayer, op. cit., N°209, P142.
- 5 - Henri BATIFFOL et Marthe Simon DEPITRE, nouveau guide des exercices pratiques pour la licence en droit, Droit international privé, Editions Montchrestien, Paris, 1958, p88.
- 6 - ديب فؤاد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الخامسة، منشورات جامعة دمشق، 1995، ص.152
- 7 - محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مقال منشور في مجلة الحقوق، العدد 4، ديسمبر 2003، صادرة عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص.1471
- Voir aussi: Dominique HOLLEAUX et Jaques FOYER et Gérard de La PRADELLE, Droit international privé, MASSON, Paris, 1987, N°586 et 589, P290 et s.
- 8 - voir les arrêts cités par: Henri BATIFFOL et Marthe Simon DEPITRE, op. cit., P88 et 89.
- 9 - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 552 الهامش رقم 01.
- 10 - أنظر مثال ذلك: قرار محكمة السين، بتاريخ 22 أكتوبر 1956، مشار إليه في: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 552 الهامش رقم 01.
- 11 - أنظر في عرض هذا القضاء: أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص.182
- 12 - أنظر في عرض هذا القضاء: محمد وليد هاشم المصري، قرار سابق، ص.172
- 13 - أنظر في عرض هذا القرار: حسن الهداوي، مرجع سابق، ص.193
- 14 - أنظر في عرض هذا التبرير: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص.213
- 15 - ديب فؤاد، مرجع سابق، ص 152 وبعدها.

- 16 - أنظر في عرض هذا الموقف القضائي: سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 237؛ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 148، ص. 553
- 17 - أنظر قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 مارس 1939، أشار إليه عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 149، ص 553؛ والذي أشار أيضاً إلى الموقف المخالف للقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية الذي اعتبر أن احترام عمل الحكومة الأجنبية.
- 18 - محمد وليد هاشم المصري، مقال سابق، ص 173-174.
- 19 - أنظر في عرض هذا القضاء: محمد وليد هاشم المصري، مقال سابق، ص. 172.
- 20 - أنظر في عرض هذا القضاء وتبريره: محمد وليد هاشم المصري، مقال سابق، ص. 173.
- 21 - أنظر في عرض هذا الرأي: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 553، الهامش رقم 01.
- 22 - Henri BATIFFOL et Marthe Simon DEPITRE, op. cit., P88.
- 23 - حسن الهداوي، مرجع سابق، ص. 194.

## جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري؟

ASSALI Abdelkrim, Maitre assistant (A),  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –  
Algérie

عسالي عبد الكريم، أستاذ مساعد "أ"،  
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة  
عبد الرحمان ميرة، 06000، بجاية،  
الجزائر.

### مقدمة

لم تعد مسألة تطبيق القانون الأجنبي من طرف القضاة تشكل إخراجا على الأقل في الوقت الراهن، فلا يحول دون تطبيقه سوى مخالفته للنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي وهي الحالة الأولى من حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إضافة إلى حالة ثانية تبنّتها أغلب التشريعات وهي الغش نحو القانون.

إلا أننا نلاحظ حالة ثالثة وردت في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، إذ بعدما أخضع المشرع الجزائري الشروط الخاصة بصحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين في المادة 11، ثم أخضع الآثار التي يربتها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، وأخضع انحلال الزواج إلى القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى في المادة 12.

جاء في المادة 13 باستثناء يتمثل في حالة كون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري سواء بالنسبة للشروط الخاصة بصحة الزواج وكذا بالنسبة للآثار المالية للزواج، وكذلك بالنسبة لانحلال الزواج.

والتساؤل الذي نريد البحث عن جواب له من خلال مداخلتنا هذه هو:

ما جدوى هذا الاستثناء الوارد في المادة 13، ما دام المشرع أورد الحصن المنيع للنظام العام والآداب العامة، عن طريق استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بموجب المادة 24 ق م ؟

## المطلب الأول: خصوصية القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية

سنبرز من خلال هذا المطلب كيف يعامل القانون الأجنبي أما القاضي الوطني، ثم أبرز موقف المشرع الجزائري الذي تبنت معاملته خاصة للقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية أمام القاضي الوطني.

### الفرع الأول: القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني؟

إن الهدف من قاعدة الإسناد هو إرشاد القاضي الوطني المختص بالفصل في النزاع إلى القانون المختص بالفصل في النزاع المعروض أمامه، وقد تشير تلك القاعدة إلى اختصاص قانون القاضي- وهي الحالة التي لا تثير أي إشكال-، كما قد تشير إلى اختصاص قانون أجنبي، وهي الحالة التي تثير مشاكل عدة على اعتبار أن القاضي الوطني يجهل أحكام هذا القانون الأجنبي، إضافة إلى كونه صادر عن سلطة لا تملك حق إصدار أوامر له.<sup>1</sup>

لقد ظهرت عدة محاولات فقهية لتفسير أساس تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، يمكن أن نقسمها إلى اتجاهين:

### الاتجاه الأول: القانون الأجنبي مجرد عنصر من عناصر الواقع

وهو الاتجاه الذي يرى أن القانون الأجنبي مجرد واقعة يجب على أطراف الخصومة إقامة الدليل عليه بكل الطرق القانونية، وهو الاتجاه الذي يتزعمه الأستاذ Batiffol الذي يرى أن كل قاعدة قانونية تتضمن عنصرين، العنصر الأول عقلي ويتمثل في مضمون القاعدة وكونها عامة ومجردة، أما العنصر الثاني فهو عنصر الأمر والإلزام،<sup>2</sup> إلا أن القاعدة القانونية تفقد العنصر الثاني بمجرد تطبيقها في دولة أجنبية،<sup>3</sup> ويترتب عن هذا الاتجاه النتائج التالية:

- القاضي الوطني لا يثيره من تلقاء نفسه، فإذا كان القانون الوطني لا يحتاج إلى إثبات فإن القانون الأجنبي يجب إثباته واعتباره واقعة مادية فلو تم السماح بتطبيق القانون الأجنبي فقد يفاجأ الخصوم بحل غير متوقع، لذا يتعين إثبات القانون الأجنبي كما تثبت الوقائع.

- يتعين على الخصوم إذا ما أرادوا تطبيق القانون الأجنبي التمسك بتطبيقه أمام القاضي، كما يقع على عاتقهم واجب إثبات مضمونه.<sup>4</sup>

- إذا لم يتمسك الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي، فبإمكان القاضي في هذه الحالة الامتناع عن الخوض في البحث عن مضمون ذلك القانون الأجنبي<sup>5</sup>، أي أنه للقاضي لا يجوز للقاضي في أي حال من الأحوال أن يتصدى بعلمه الشخصي للبحث عن مضمون القانون الأجنبي باعتباره واقعة<sup>6</sup>.

- إن الخطأ في تطبيق أو تفسير القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني لا يخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>7</sup>.

### الاتجاه الثاني: احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية

يؤكد أصحاب هذا الرأي على الصفة القانونية للقانون الأجنبي أي أن القاضي يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ويفترض فيه العلم بأحكام القوانين الأجنبية الواجبة التطبيق بموجب قواعد الإسناد الوطنية كما هو الحال بالنسبة للتشريع الوطني<sup>8</sup>.

بترتب عن هذا الاتجاه عدة نتائج:

- يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك به أطراف النزاع.

- لا يجوز للقاضي الوطني التفاوضي عن تطبيق القانون الأجنبي بحجة عدم تمكن الخصوم من إثباته، كما لا يجوز له التخلي عن نظر الدعوى لمجرد أن الخصوم قد فشلوا في إثبات القانون الأجنبي.

- إذا أخطأ القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي أو في تفسيره فإنه يخضع لرقابة المحكمة العليا في هذه المسألة<sup>9</sup>.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري: المعاملة الخاصة للقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية

لعل الإجابة الوحيدة التي يمكن من خلالها استقرار موقف المشرع الجزائري هي ما جاء في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية<sup>10</sup>، والتي عددت لنا حالات الطعن بالنقض أما المحكمة العليا وهي 14 حالة، وجاء في الحالة السابعة: "مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة".

أي أن المحكمة العليا في الجزائر لا تبسط رقابتها على المخالفة أو الخطأ في تطبيق قانون أجنبي غير متعلق بالأحوال الشخصية<sup>11</sup>.

إن هذه الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري للقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية سببها الأساسي يعود إلى ضرورة احترام الأحكام الأجنبية للدول فيما يتعلق بقانون الأسرة الواجبة التطبيق على رعاياها المقيمين بالخارج، حيث تعتبر القوانين المنظمة للحالة الشخصية أمرة لكونها متعلقة بالنظام العام.<sup>12</sup>

إن هذا التمييز بين القانون الأجنبي المتعلق بالحالة الشخصية و القانون الأجنبي المتعلق بمجالات أخرى كان محل انتقاد من البعض، على أساس أن القاضي قد يطبق في بعض الحالات وفي دعوى واحدة قانونا أجنبيا متعلقا بالحالة الشخصية و قانونا أجنبيا غير متعلقا به، و هو ما يوجب على قضاة المحكمة العليا التفريق بينهما و في نفس الدعوى<sup>13</sup>

إلا أنه وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يسمح بموجب المادة 258 للمحكمة العليا، بسط رقابتها على الخطأ في تفسير القانون الأجنبي إذا لم يكن متعلقا بالحالة الشخصية، إلا أنه لا يوجد مانع من بسط رقابتها في حالة التحريف الكامل لمضمون القانون الأجنبي، لأن في ذلك يعد خرق لقاعدة الإسناد الوطنية في حد ذاتها التي أشارت بتطبيق هذا القانون.<sup>14</sup>

لذلك نقول أن المشرع الجزائري عامل القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية معاملة خاصة بعدما جعله في مرتبة القانون الداخلي، وهذا نظرا لارتباطه بمصالح الأجانب والتي يجب إخضاعها لقانونهم الشخصي.

**الفرع الثاني: الأحوال الشخصية: المجال الخصب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على أساس فكرة النظام العام**

إذا كانت فكرة تطبيق القانون خارج حدود دولة المشرع الذي سنّه، أصبحت ضرورة أمثلتها التطورات التي لحقت بالعلاقات القانونية، وبالأفراد الذين لم تعد مسألة الحدود الجغرافية تعيقهم عن إبرام تصرفات ذات طابع دولي على جميع الأصعدة وبالخصوص في مجال الزواج، فإن الفلسفة السياسية السائدة في المجتمع الدولي والقائمة على فكريتي الهيمنة والمصلحة تنعكس إيجابا وسلبا على المنظومة القانونية، خاصة فيما يتعلق



بالأحوال الشخصية لارتباطها بالأسس الدينية والاجتماعية في الدولة،<sup>15</sup> لذلك فإن السّماح بتطبيق القانون الأجنبي لا يعني تماما عدم وجود قيود في ذلك، فقد يكون هذا القانون الذي عيّنته قاعدة الإسناد الوطنية مخالفا للنظام العام الجزائري، وتكون إثارة فكرة النظام العام في الجزائر خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، على أساس أنّ قانون الأسرة قد استلهمت أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية، فهذا يستبعد القانون المراد تطبيقه الذي يمنع تعدّد الزوجات مثلا، ويعتبر أيضا مخالفا للنظام العام القانون الأجنبي الذي لا يسمح بانعقاد الزواج بين زوجين مختلفين في اللون مثلا.<sup>16</sup>

يضطر القاضي الوطني إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي على أساس أن المشرع الجزائري عندما أجاز له العمل بالقاعدة السابقة لم يكن ذلك بصفة مطلقة،<sup>17</sup> بل ربط تطبيقها بشرط ألا يكون مضمونها متعارضا مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع،<sup>18</sup> وهذا بموجب نص المادة 24 من القانون المدني التي جاء فيها: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام أو الآداب العامة....."<sup>19</sup>

يترتب عن الدفع بالنظام العام<sup>20</sup> استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بالفصل في النزاع، وهو ما يسمى بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام، ثم تطبيق أحكام قانون القاضي وهو الأثر الايجابي للدفع بالنظام العام، أما عن موقف التشريع الجزائري فقد كانت المادة 24 من القانون المدني الجزائري قبل سنة 2005 تأخذ بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام، ولكن مع تعديل 2005 ساير المشرع الجزائري الاتجاهات الحديثة بإحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد، وقضت المادة 24 في فقرتها الثانية على ما يلي: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"<sup>21</sup>

إن أبرز حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي يكون في مجال الأحوال الشخصية وهذا نظرا لارتباط هذه المسألة بالجانب الديني، فهي مسألة تتأثر بشكل مباشر بالديانة السائدة في الدولة.<sup>22</sup>

## المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على انعقاد الزواج وأثاره وانحلاله في القانون الجزائري

سنتناول بالدراسة القاعدة الواردة في المواد 11 و12، ثم سنقوم بتبيان الاستثناء الوارد في المادة 13.

الفرع الأول: القاعدة العامة الواردة في المواد 11 و12.

أولاً- القانون الذي يحكم انعقاد الزواج

جاء في المادة 11 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، أي قانون جنسية الزوجين الذي يعتد به وقت إبرام عقد الزواج بحيث لا يتأثر إذا ما تغيرت جنسية أحد الزوجين أو كليهما.

و الحكمة من اشتراط الرجوع لقانون كل من الزوجين واضحة باعتبار أن الزواج يخلق رابطة قانونية بين شخصين منفصلين عن بعضهما البعض، وعليه فمن المنطق أن يؤخذ بعين الاعتبار عند إنشاء نفس الرابطة بقانون الدولة التي ينتمي إليها كل من الزوجين.<sup>23</sup>

إذا كان الزوجان يحملان نفس الجنسية فانه لا إشكال يطرح في هذا المجال، أما إذا كانا مختلفين في الجنسية فهنا تثار مسألة كيفية تطبيق قانون جنسيتهم؟

إن الرأي الراجح في حالة الزواج المختلط هو التطبيق الموزع<sup>24</sup> لقانوني الطرفين أي أنه يطبق على الزوج قانونه و على الزوجة قانونها، فيما يتعلق بسن الزواج و توفر الرضا، على أن القائلين بالتطبيق الموزع لا يطلقون رأيهم، ذلك أن من الشروط الموضوعية ما يتعين بشأنه التطبيق الجامع، فموانع الزواج مثل القرابة و العدة و المانع الديني تسري على الطرفين و لو كان المانع قائماً في أحدهما لأن الهدف هو حماية المصالح الاجتماعية.<sup>25</sup>

إن المقصود في نص المادة 11 هو الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج، بينما تبقى مسألة انعقاد الزواج من الناحية الشكلية خاضعة للقاعدة التي تحكم شكل التصرفات القانونية وهي قانون محل الإبرام،<sup>26</sup> كما أن مسألة تحديد شرط من الشروط هل هو شرط موضوعي أو شكلي، مسألة في غاية الأهمية لأنها تؤثر في تحديد القانون الواجب

التطبيق، وهي مسألة تتعلق بالتكييف مما يجعلها تخضع لأحكام المادة 9 من القانون المدني.

### ثانيا- القانون الذي يحكم آثار الزواج

للزواج آثار شخصية وأخرى مالية<sup>27</sup>، فالشخصية تتمثل في المساكنة والإخلاص، حق الزوج في الطاعة والقرار في منزل الزوجية، ورعاية شؤون البيت، وحق الزوجة في القوامة والتوجيه، والمعاملة الحسنة، أما المالية فهي مرتبطة بالذمة المالية للزوجين وحق المرأة في النفقة<sup>28</sup>.

جدير بالذكر أن تحديد ما يدخل ضمن الآثار الشخصية للزواج وما يدخل ضمن الآثار المالية له يعد مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي، أي أن قانون القاضي هو الذي يحدد مسألة ما إذا كانت تعتبر من الآثار الشخصية أو المالية للزواج.<sup>29</sup>

لقد أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج لضابط إسناد واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بصريح المادة 12 في فقرة 1 من القانون المدني المعدلة، عكس التشريع التونسي لاحتضنا أنه فرق بين الآثار الشخصية والآثار المالية التي يرتبها عقد الزواج، إذ أخضع الآثار الشخصية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، أما الآثار المالية أسندتها لقانون الجنسية المشتركة للزوجين عند انعقاد الزواج وعلى هذا نادى الفقه الحديث، بإخضاع هذه الآثار لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، على أساس أن القانون الذي يحكم هذه الآثار يكون معلوم للأطراف معا.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري حدد ضابط الجنسية بمعيار زمني وهو جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وهو الأمر الذي تعرض للانتقاد على أساس أنه لم يميّز بين الآثار المالية والآثار الشخصية، زيادة على اختياره لقانون جنسية الزوج على حساب قانون جنسية الزوجة.

### ثالثا- القانون الذي يحكم انحلال الزواج

جاء في المادة 12 من القانون المدني الجزائري: " يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتهي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، و الملاحظ أن صياغة المادة بعد تعديلها تضمنت عبارة " الانفصال الجسماني " بالرغم من

أن القانون الجزائري لا يعرف هذا النظام ، إلا أنه في إطار العلاقات الدولية الأسرية قد يكون القانون الذي ينتهي إليه الزوج وقت رفع الدعوى يعرف هذا النظام.<sup>30</sup>

إن المشرع الجزائري أخضع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، دون التمييز بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطرق الأخرى لانحلال الزواج، عكس بعض التشريعات العربية التي أفردت لكل حالة ضابط إسناد خاص بها.<sup>31</sup>

كما أن الأخذ بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يجعل انحلال الزواج يخضع لقانون تجهله الزوجة وقت إبرام الزواج، إذا اكتسب الزوج جنسية أخرى بعد الزواج.

### الفرع الثاني: الاستثناء الوارد في المادة 13

تفاديا للمشاكل التي تترتب على تطبيق القاعدة العامة، أوردت بعض التشريعات استثناء يؤدي إلى التطبيق الأحادي للقانون الوطني، وهو ما جاء في المادة 13 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

### أولاً- تعقيب على الاستثناء حالة بحالة

#### 1- بالنسبة للشروط الموضوعية لصحة الزواج

لقد رأينا سابقاً أنها تخضع للقانون الوطني لكل من الزوج والزوجة، مما يجعل من هذا الاستثناء حماية- حسب اعتقادي- للطرف الجزائري، أي أنه كلما تعلق الأمر بزواج مختلط وكان أحد أطرافه جزائرياً، فإن الشروط الموضوعية لصحة الزواج تخضع للقانون الجزائري وهي تلك الشروط التي حددت في قانون الأسرة، وهذا ما سيجعل الطرف الأجنبي-و الذي قد يكون غير مسلم- في عقد الزواج يخضع لأحكام قانون الأسرة الجزائري، وحسب رأينا فإنه إذا كان هذا الاستثناء سيحمي الزوجة الجزائرية بإخضاع زواجها للقانون الجزائري، فإنه استثناء غير مجدي في حالة كون الزوج هو الجزائري.

#### 2- بالنسبة لأثار الزواج

رأينا أنها تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، لذلك فالاستثناء الوارد هنا أيضا يقصد فقط الحالة التي تكون فيها الزوجة جزائرية، لأنه في حالة كون الزوج هو

الجزائري فان القانون الجزائري هو الذي سيطبق بموجب الأصل (المادة 12-1)، وبالتالي لا جدوى من الاستثناء بالنسبة لهذه الحالة.

### 3- بالنسبة لانحلال الزواج

و يخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أما إذا كان أحد الأطراف جزائريا وقت انعقاد الزواج فسيطبق القانون الجزائري مباشرة، وهنا نلاحظ أن المادة 12-2 تأخذ بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى، بينما الاستثناء الوارد في المادة 13 يأخذ بجنسية الطرف الجزائري وقت انعقاد الزواج،

إن جدوى هذا الاستثناء في الحقيقة لا تظهر إلا إذا كانت الزوجة جزائرية وقت انعقاد الزواج، أما إذا كان الزوج هو الذي يتمتع بالجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى، مما يترتب عنه تطبيق القانون الجزائري في بعض الحالات على الرغم من أن الزوجين أصبحا أجنبيين، إذ قد يغير أحد الزوجين الذي يكون وطنيا جزائريا جنسيته بعد انعقاد الزواج فيصبح هو الآخر أجنبيا ، خلافا لذلك قد لا يطبق القانون الجزائري على أطراف العلاقة الزوجية، على الرغم من اكتساب الزوجة الجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج.

نتيجة للنقد الموجه لهذه المادة هناك إمكانية تبادلي هذا الإشكال بتعديل المادة 13) في فقرة خاصة بانحلال الزواج) بجعل القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان أحد أطراف العلاقة جزائريا وقت رفع الدعوى، أو بتعديل مضمون المادة 12-2 بجعل ضابط الإسناد هو جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وهو الحل- حسب اعتقادنا- الأقرب إلى الصواب، لأنه سيعالج أيضا النقد الموجه للمادة 12-2.

ثانيا- جدوى الاستثناء الوارد في المادة 13 في ظل وجود المادة 24 من القانون المدني يقوم القاضي الجزائري في حالة فصله في نزاع يتضمن طرف أجنبي، بتطبيق قواعد الإسناد الجزائرية والتي ترشده إلى القانون الواجب التطبيق، هذا القانون قد يكون وطنيا وقد يكون أجنبيا، وإذا كان القانون الواجب التطبيق قانونا أجنبيا يتعلق بالأحوال الشخصية، وجب على القاضي الجزائري البحث عن مضمونه وتطبيق أحكامه من تلقاء نفسه، وإذا أخطأ في تطبيقه عدّ مخطأ في تطبيق قانون أجنبي مما يعرض حكمه للنقض أمام المحكمة العليا، وبالتالي يمكن القول أن القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية

له نفس منزلة القانون الجزائري، وبالتالي لا يمكن استبعاد تطبيق أحكام هذا القانون الأجنبي إلا إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو لثبوت وجود غش نحو القانون.

لذلك -وبمفهوم المخالفة- لا يمكن استبعاد تطبيق قانون أجنبي لا يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر، وبصيغة أخرى ما الفائدة من استبعاد تطبيق أحكامه إذا لم يكن مخالفا للنظام العام في الجزائر، لهذه الأسباب يمكن القول أن الاستثناء الوارد في المادة 13 ليس منطقي- حسب اعتقادي- ما دامت المادة 24 تشكل الحصن المنيع للنظام العام والآداب العامة.

### خاتمة

إن تطور العلاقات بين الأفراد والجماعات أدى إلى ضرورة تقبل فكرة تطبيق أحكام قانون أجنبي في دولة القاضي، إلا إذا كان هذا القانون الواجب التطبيق يتعارض مع مبادئ وقيم المجتمع، وخاصة إذا تعلق الأمر بالأحوال الشخصية التي لها خصوصية في جميع دول العالم بسبب طابعها الديني، وبالرغم من ذلك فإن الحل موجود يتجسد في الاستثناء الذي تأخذ به كل التشريعات في العالم عن طريق سن مادة ضمن قواعد الإسناد، تنص على استبعاد تطبيق كل قانون أجنبي يخالف النظام العام والآداب العامة، لذلك يمكن القول أن أي استثناء آخر خارج هذا الإطار، لا يقدم إضافة أكثر من تلك التي يحققها ما ورد في المادة 24 من القانون المدني.

### الهوامش

<sup>1</sup> - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري-تنازع القوانين-، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 137.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 140.

<sup>3</sup> - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 27.

<sup>4</sup> - Cass. Civ., 24- 1- 1984, Rev. Crit. Dr. Int. Pri. 1985.

<sup>5</sup> - نعوم السيوفي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار المستقبل للطباعة، دم ن، 1982، ص 251.

<sup>6</sup> - استبعدت محكمة الاستئناف الفرنسية Caen القانون الإسباني الواجب التطبيق في قضية حادث مرور، وطبقت المادة 1386 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الأشياء، بسبب عدم إثبات

القانون الإسباني من طرف المدعي، باعتبار أنّ القانون الإسباني يجعل المسؤولية المفترضة وأكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارات من أهمها قرار لوتور الصادر في 25 ماي 1948.

<sup>7</sup> Batiffol H. et Lagarde P., Droit international privé, L.G.D.J., Paris, Tome 1, 1981, p 318.

<sup>8</sup> - أنظر: محمد عبد المنعم رياض: مبادئ القانون الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، د س، ص 388، وأنظر أيضا: عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، ج2، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، د س، ص 427 وما بعدها.

<sup>9</sup> - أنظر: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 148 وما يليها، وأنظر أيضا: درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2007-2008، ص 72.

<sup>10</sup> - القانون رقم 09-08، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>11</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 157.

<sup>12</sup> - كمال سمية، " دور النظام العام في علاقات الزواج و الطلاق الدولية"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين، كلية الحقوق، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، ص 3.

<sup>13</sup> Issad Mohand, Droit international privé, O. P. U, T1, 2ème édit, Alger 1983, P 199.

<sup>14</sup> - دريد كمال، "رقابة المحكمة العليا على الخطأ في تفسير القانون الأجنبي"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين، كلية الحقوق، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، ص 15.

<sup>15</sup> - جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 11.

<sup>16</sup> - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 237.

<sup>17</sup> - إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى القانون الواجب التطبيق يتوجب عندئذ العمل بمقتضى القانون الذي قالت به قاعدة الإسناد لتطبق قواعده الموضوعية، غير أن تطبيق القانون الأجنبي وفق قاعدة الإسناد الوطنية ليس معناه التوقيع على بياض.

<sup>18</sup> - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري- تنازع القوانين- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 166.

<sup>19</sup> - نص المادة 24 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 44.الصادرة في 26 يونيو 2005.

<sup>20</sup> - ما يميز النظام العام أنه مفهوم نسبي متطور متغير من زمن إلى آخر ومن مكان إلى آخر حتى أن البعض وصفه بأنه الابن المخيف للقانون الدولي الخاص، أنظر: Weiss, Traite théorique de droit international : francescakis in encyclopédie, 1921,p37. prive,

<sup>21</sup> - أنظر مضمون المادة 24 قبل وبعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10-05.

<sup>22</sup> - وعلى سبيل المثال تعرض القضاء الجزائري لمسألة الدفع بالنظام العام التي تتعلق بإثبات النسب، إذ جاء في إحدى حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا ما يلي: "الاعتراف بتثبيت النسب في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام بالجزائر، لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلاً بالزواج طبقاً لأحكامه السمحة.

<sup>23</sup> - الغوثي بن ملحة، "تنازع القوانين من حيث نظام الأسرة على ضوء القانون المدني الجزائري"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين، كلية الحقوق، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، ص 1.

<sup>24</sup> - ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية بقوله أنه، يشترط ألا يخالف الطرف الجزائري شروط الأساس التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكان عقد الزواج، غير أنه إذا تعلق الأمر بالموانع فيطبق، بشأنها دائما التطبيق الجامع.

<sup>25</sup> - كمال سمية، المرجع السابق، ص 6.

<sup>26</sup> - أنظر نص المادة 19 من القانون المدني والتي جاء فيها: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، و يجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

<sup>27</sup> - ونجد كذلك قانون الأسرة الجزائري، ينص على مجموعة من الحقوق والواجبات بين الزوجين، والتي ورد ذكرها في المادة 36 منه والتي تنص على ما يلي: "يجب على كلا الزوجين:

المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة. - المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم. - التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه، واحترامهم وزيارتهم. - المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف. - زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف."

<sup>28</sup> - أنظر: خليل إبراهيم محمد، "تنازع القوانين في مسألة النفقة"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 11، العدد 40 لسنة 2009، ص ص 73-116.

<sup>29</sup> - أنظر: نص المادة 9 من القانون المدني والتي جاء فيها: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف

العلاقات المطلوب تحديد نوعها، عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه."

<sup>30</sup> - كمال سمية، المرجع السابق، ص 7.

<sup>31</sup> - درية أمين، المرجع السابق، ص 53.



ثانيا/ ملتقى

التحول في فكرة النظام العام: من  
النظام العام إلى الأنظمة العامة

الرئيس الشرفي للملتقى: أ.د/ سعيداني بوعلام رئيس جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية

## اللجنة العلمية

رئيس اللجنة العلمية: أ.د/ زوايمية رشيد، أستاذ التعليم العالي، جامعة بجاية، الجزائر.

### أعضاء اللجنة العلمية:

أ.د. فيليب دلبك، أستاذ التعليم العالي جامعة السربون 1، باريس، فرنسا.

أ.د. تيري ريفي، أستاذ التعليم العالي، جامعة السربون 1، باريس، فرنسا.

أ.د/ لورنس بوا، أستاذة التعليم العالي، جامعة نيس صوفيا انتي بوليس، فرنسا.

أ.د جون ايف شيرو، أستاذ التعليم العالي، جامعة اكس اون بروفونس، مرسيليا 3، فرنسا.

أ.د محمد محمود صالح، أستاذ التعليم العالي، جامعة نواقشط، مورطانيا.

أ.د كحلولة محمد، أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان. الجزائر.

د/بودريوه عبد الكريم، أستاذ محاضر، جامعة بجاية، الجزائر.

أ.د معاشو عمار، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر.

أ.د/ رداق أحمد، أستاذ محاضر، جامعة تيزي وزو، الجزائر.

أ.د/ كاشير عبد القادر، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر.

أ.د طيب السعيد، جامعة الجزائر.

د / خلوفي رشيد، أستاذ بالمدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر

أ.د/ سمار نصرالدين، أستاذ محاضر، جامعة جيجل، الجزائر.

د/آيت منصور كمال، أستاذ محاضر جامعة بجاية، الجزائر.

د/خلفي عبد الرحمان، أستاذ محاضر، جامعة بجاية، الجزائر.

د.قبايلي الطيب، أستاذ محاضر، جامعة بجاية، الجزائر.

أ.د/ كايس شريف، أستاذ محاضر، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر.

د.قريمس عبد الحق، أستاذ محاضر، جامعة جيجل، الجزائر.

د/أحمية سليمان، أستاذ محاضر، جامعة الجزائر،

## رئيس اللجنة التنظيمية

أ. بري نورالدين، أستاذ، كلية الحقوق، جامعة بجاية.

## نائب رئيس اللجنة التنظيمية

أ. عيساوي عزالدين، أستاذ، كلية الحقوق، جامعة بجاية.

## أعضاء اللجنة التنظيمية

- |                       |                     |
|-----------------------|---------------------|
| أ/عشاش حفيظة.         | أ/ثعويلت كريم .     |
| أ/قادري نسيمه.        | أ/بن بركان أحمد.    |
| أ/ميسون يسمينة.       | أ/عسالي عبد الكريم. |
| أ/عطوي حكيم.          | أ/دموش حكيمه.       |
| أ/بن موهوب فوزي.      | أ/بركات جوهرة.      |
| أ/قاسيمي زينة.        | أ/بلول جمال.        |
| أ/قاسيمي يوسف.        | أ/بركاني أعمار.     |
| أ/أبوزيد لامية.       | أ/يوسفى فايزة.      |
| أ/ناتوري كريم.        | أ/معيفي العزيز.     |
| أ/بن عبد الله صبرينة. | أ/صايش عبد المالك.  |
| أ/ابراهي فضيلة.       | أ/أرزقي نبيلة.      |
| أ/مخلوف هبية.         | /أيت وارث حمزة.     |
| أ/حميطوش جمال.        | أ/بن خالد السعدي.   |
| أ/طباش عزالدين.       | أ/ماتسة لامية.      |
|                       | أ/عيدن رزيقة.       |

## إشكالية المتقضى

يعتبر العقد المبرم بشكل صحيح قانونا على المتعاقدين، و تعتبر الحرية الأصل في التعاقد، فيلتزم الطرفين بتنفيذ ما التزما به إلا ما كان منه مخالفا للنظام العام. لكن يبقى النظام العام مفهوم فضفاض مرن ومتغير، إذ يعتبر من المفاهيم التي اختلف الفقه كثيرا في تحديد مضمونه. فلا يزال مفهومه يصعب حصره خاصة، مع التطور الحاصل في مختلف العلاقات القانونية، وتداخل الروابط الاجتماعية والمهنية والاقتصادية في تحديده.

لقد أوجد النظام العام كمفهوم في القانون المدني ليقى كوسيلة يتمكن من خلالها القاضي التصدي لوضع العقود التي قد تشكل خطرا على العلاقات القانونية، بالتالي يقضي بطلانها ولا يسمح بتنفيذها، إذ تنعدم هذه التصرفات ولن يسمح حتى بإنشائها. بالتالي فالنظام العام هو نقيض الحرية التعاقدية.

لذلك ولوقت طويل قُدم النظام العام على أنه ضمان لحماية مصالح الجماعة، وعلى هذا الأساس بُني التعريف الأكثر توافقا لدى الفقه، فيعرف النظام العام على أنه مجموعة من القواعد والأسس الضرورية لقيام المجتمع. لكن مع التطور الحاصل في العلاقات القانونية، لم يعد للعقد وظيفة تحقيق العدالة التعاقدية التي يتغنى بها رجال القانون، إذ أصبح أحد الطرفين في العقد يتمتع بقوة نتيجة ظروف خارجة عنه، فأصبح جدير بحمايته تحقيقا لمصلحة المجتمع، لذا ظهر أن تحقيق مصالح خاصة للأفراد يمكن من خلاله حماية مصلحة المجتمع كله.

أدى هذا التطور إلى تداخل العلاقات القانونية الخاصة مع العلاقات الاقتصادية، وأصبحت الدول ترغب في إرساء السياسات والخطط الاقتصادية التي تخدم مصالحها، لذا أصبحت تسن قواعد قانونية تفرضها على المتعاملين الاقتصاديين. لذا ظهر فرع جديد للنظام العام وهو النظام العام الاقتصادي. يُعرف هذا النوع الجديد للنظام العام أنه إيجابي إذ يهدف إلى تحديد ما يجب أن يتضمنه العقد من أحكام، فلا يكفي للدولة أن تنص ما على ما يجب الامتناع عنه بل ما يجب القيام به أيضا. هذا الفرع الجديد بدوره

ينقسم إلى النظام العام الموجه؛ الذي ظهر بسبب تزايد تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي، قصد إرساء مفهوم معين للصالح العام الاقتصادي والاجتماعي وفق خطة مرسومة، وتوجه الأفراد لتنفيذها، فتدخل الدولة في أنشطتهم وتنظمها.

والنظام العام الحمائي؛ الذي تهدف به الدولة حين تدخلها لحماية الطرف المستضعف في العقد، خاصة من الناحية الاقتصادية، ذلك بفرضها قيودا جديدة وكثيرة على حرية التعاقد. لذلك ينسجم النظام العام الحمائي مع مفهوم الدولة الحارسة، إذ تناط بمهمة تحقيق الرفاهية لأفراد المجتمع وإشباع حاجياته. لذا برز دور آخر يجب أن يؤديه القانون، يتعلق بحماية طرف ضعيف في العلاقة القانونية من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية. بالتالي، ظهرت أحكام في القانون المدني قُدرت لحماية مصلحة طرف في العلاقة القانونية، كيفها المشرع على أنها من النظام العام. لكن خول من قررت تلك الأحكام لصالحه فقط حق استعمالها. لذلك ظهرت قواعد جديدة تكيف أنها من النظام العام، لكن لا تؤدي إلى إنعدام التصرف المبرم إلا إذا قرّر صاحب الحق استعماله. تدخل ضمن هذا النوع الأخير قواعد قانون العمل، حيث تسعى الدولة بتدخلها لتنظيم العلاقات المهنية والاجتماعية لحماية العامل، فقررت مجموعة من الحقوق لا يسمح التنازل عنها، لكن دون الحيلولة من تحسينها والارتقاء بها بموجب اتفاقات خاصة يبرمها الطرفين بشكل فردي في عقد العمل، أو بشكل جماعي بموجب الاتفاقات والاتفاقيات الجماعية. ويجب أن يكون الارتقاء بهذه الحقوق لصالح العامل فقط، بالتالي وُصفت هذه القواعد بأنها من النظام العام الاجتماعي. هذا الأخير يعتبر ميزة قانون العمل الحديث، فهو ذلك الحد الأدنى من الحماية المقررة قانونا والتي لا يمكن لأي أن يحدّ منها، ويقع كل اتفاق على خلاف ذلك باطلا بطلانا مطلقا، لكن الاتفاقات المخالفة بشكل يزيد من الحماية القانونية، فهي جائزة وصحيحة.

أمام هذا الوضع نجد أنفسنا أمام تعدد فكرة النظام العام؛ تم الانتقال من النظام العام الشامل (التقليدي) إلى الأنظمة العامة، فهل هذه الأنظمة الجديدة تمثل تكملة للنظام العام التقليدي، أم نماذج جديدة ومستقلة لفكرة النظام العام؟

## محاوَر الملتقى

### المحور الأول: النظام العام الشامل

- مفهوم النظام العام في القانون الخاص
- النظام العام النصي وسلطة المشرع في تحديده
- النظام العام الفرضي، ودور القاضي في تكيفه
- الجزاءات المترتبة عن مخالفة النظام العام

### المحور الثاني: النظام العام الإقتصادي

- النظام العام التوجيهي ودور الدولة في الضبط الاقتصادي
- النظام العام الحمائي (قانون التأمين قانون الإستهلاك...)
- النظام العام التنافسي.
- النظام العام الضبطي.

### المحور الثالث: النظام العام الإجتماعي

- النظام العام في مفهوم قانون العمل
- النظام العام الاستثنائي
- تطبيق الأحكام الأكثر نفعا للعامل كأثر للنظام العام الإجتماعي.

## البحث عن نظام للنظام العام

AISSAOUI AZEDINE  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université A. Mira 06000, Bejaia –Algérie

عيساوي عز الدين  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة عبد الرحمان ميرة، 06000، بجاية  
الجزائر.

### مقدمة

ظهر النظام العام بالوجه الحديث للفكرة بشكل واضح وجلي لأول مرة في القانون الانتقالي للثورة الفرنسية، إذ تلخص مفهومه في المبادئ الكبرى لإعلان الثورة الفرنسية (الحرية الفردية، المساواة والملكية) وكل اتفاق هدفه المساس بهذه المبادئ يعتبر مخالفا للنظام العام<sup>1</sup>.

بعد ذلك حينما وضع التقنين المدني الفرنسي، اعْتِنِي واضعوه بالمبادئ نفسها، إذ برزت فيه الإرادة كعنصر أساسي في العقد، وهو ما عرف بمبدأ سلطان الإرادة. كان ذلك من أجل خدمة الليبرالية التي بدأت تظهر كخيار اقتصادي تمّ تبنيته من قبل البلدان التي عرفت الثورة الصناعية.

تقرر في هذا التقنين ضرورة حماية الحرية الفردية، وعدم تقييدها إلا ما كان منه لخدمة للحرية الفردية نفسها. غير أنه ضمانا وصونا للحرية الفردية اقتضى الأمر منع بعض الاتفاقات التي تسمى بالمصلحة العليا للجماعة، لأنّ المساس بها يهدد الفرد في حريته الشخصية، لذا تم حصر النظام العام في بعض القواعد المتعلقة بالتنظيم العام للدولة، وحالة الأشخاص، والأسرة، والحريات الفردية والملكية. لذلك كانت تلغي كل الاتفاقات التي من شأنها المساس بالحرية التعاقدية، كاتفاقات عدم التنازل عن الملكية، أو الإيجار المؤبد، فكانت تعتبر على أنها تمس بالنظام العام.

إذا كان البحث عن فكرة النظام العام لم يلقَ أيّ إجماع فقهي إلا أنه يرتكز على فكرة المصلحة العامة العليا التي يستوجب تسبيقها على المصالح الخاصة، أو كما يشير إلى ذلك العميد "كاربونو" المصلحة العامة الاجتماعية.

وترتكز مهمة النّظام العام في القانون الخاص في الحد من الحرية التعاقدية؛ فالنّظام العام هو نقيض الحرية التعاقدية وفقاً لأحكام القانون المدني.

فعرّف النظام العام وفق هذا المنظور من قبل الفقه على أساس أنّه مجموعة من المبادئ والأسس الضرورية لتعايش أفراد الجماعة فيما بينهم<sup>(2)</sup>.

غير أنّ الحرية التعاقدية لم تكن إلاّ شعاراً في حقيقة الأمر، إذ كثيراً ما يكون طرف يتمتع بقوة خاصة من الناحية الاقتصادية هو من يحدد كل بنود العقد، والطرف الآخر يجد نفسه مذعن بتقبل كل تلك البنود. كما أنّ اختيار المتعاقد لم يبق سلطة مطلقة للفرد، بل أجازت القوانين حق الشفاعة وحق الاسترداد. فالعدالة التعاقدية لم تتحقق. فالحرية التعاقدية لم تحقق التوازن الاقتصادي للعقود.

بعد الحرب العالمية الثانية وأثارها على الاقتصاد العالمي، ظهر دور جديد للدولة وأصبحت تتدخل في الحياة الاقتصادية لتوجيه الاقتصاد للنهوض به، أو لحماية الفئات الضعيفة في المجتمع.

فظهر دور جديد للنظام العام، يركز على أساساً على إدخال مبادئ جديدة يمنع على الأفراد مخالفتها، بالتالي تشكلت قواعد النظام العام الاقتصادي<sup>(3)</sup> كبلورة جديدة لأحكام النظام العام التقليدي.

### النّظام العام الاقتصادي

لقد تطورت فكرة النّظام العام وفقاً للتحويلات التي مسّت الإدارة، والتي يمكن تلخيصها من الانتقال من الدولة الحارسة إلى دولة الرفاهية، وبهذا الانتقال، تغيرت هذه الفكرة من حيث الموضوع والدرجة، وكفكرة يمكن أن تشمل مجموع القواعد الآمرة والتي تتدخل الدولة بفضلها في الاقتصاد، وبالتالي لا يعتبر النّظام العام الاقتصادي كاستثناء لكنّ "يشكل التكييف العادي للتشريعات الجديدة"<sup>4</sup>.

في الوقت الحالي العديد من التوسيعات مسّت هذه الفكرة، بالتالي يأخذ النظام العام الاقتصادي وجهين (نظام عام حمائي يرمي لحماية الأطراف الضعيفة كالمستهلك المتعامل، المستأجر...، ونظام عام توجيهي كسياسة الأسعار التي تترجم بقانون المنافسة)<sup>5</sup>.

يلاحظ الأستاذ "مولوري فيليب" تحولات النّظام العام الاقتصادي الفرنسي منذ سن أمر المنافسة لسنة 1986 بتكريس مبدأ المنافسة الحرة، حيث يرى بأنّه "لم يعد قط



نظام عام اقتصادي توجيهي، بل هو نظام عام اقتصادي جديد، فقانون المنافسة يرسي مبدأ اقتصاد السوق، لكن اقتصاد يخضع للرقابة.<sup>6</sup> وبالنتيجة، ظهر تعبير للأستاذ "أنتوان بيروفانو" ليمد فكرة النظام الاقتصادي إلى المنافسة تحت اسم النظام التنافسي.<sup>7</sup> يُسجل قانون المنافسة في نظام ضبط اجتماعي أكثر اتساعاً من هذا القانون نفسه، النظام التنافسي، يساهم هذا النظام في تحويل اقتصاد السوق إلى مجتمع السوق لأنه يهدف إلى تسويق أكثر حصة ممكنة من النشاط الإنساني (مثال: العمل، العملة، الأرض). بل أصبح السوق نتيجة حتمية للتدخل الشديد للدولة، هذه الأخيرة تفرض تنظيم السوق للمجتمع لأغراض غير اقتصادية<sup>8</sup>، إنها العودة القوية إلى فكر "الكسيس توكوفيل" الذي يؤكد أنّ مجتمع التجار لا يتطور إلا إذا صاحبه نمو بيروقراطي وتنظيمي واسع ومستمر.<sup>9</sup> فتسيير السوق يفترض جهاز كبير للضبط. ولا يمكن اعتبار تدخل أجهزة الضبط في المنافسة كتراجع لمجتمع السوق، بل شرط لوجود اقتصاد السوق في مجتمع متقدم.

يجب أن يتشكل نظام المنافسة وينظم عن طريق سياسة أمرية *ordonnatrice* أو "إعادة النظام"، ويتعلق الأمر بإضفاء الطابع المؤسسي على اقتصاد السوق على شكل "الدستور الاقتصادي"<sup>10</sup> وهو في حد ذاته جزء لا يتجزأ من القانون الدستوري الوضعي للدولة، وتصبح بذلك المنافسة كتنظيم دولة.

وفي إطار تحرير النشاطات المفتاح للاقتصاد الشيء الذي أدى إلى ظهور الضبط القطاعي كمظهر لاستعمار القانون الاقتصادي والذي ينذر بمراقبة كلما استطاع تغيرات النظام الاقتصادي، أنه النظام الضبطي.

لم يظهر النظام الضبطي من العدم بل يتبع خطى المنافسة، إنه مجموعة القواعد "الضبطية" التي ترمي إلى ظهور المنافسة، بصيغة أخرى، قواعد ترمي آليات إدخال المرافق العامة في نظام المنافسة، إنه نظام مؤقت يترك المجال للنظام التنافسي إذا رست المنافسة.

## النظام العام الاجتماعي

أثارت فكرة النظام العام الاجتماعي نقاشاً حاداً ومهمًا يرتكز على الخصوصيات الملاحظة أثناء استعمال هذه الفكرة في هذا الفرع من القانون<sup>11</sup>.

يشكل النظام العام عنصراً أساسياً لتشريع العمل كونه يفرض حلولاً ناتجة عن التفاوض بين العامل والمستخدم أي الاتفاقيات الجماعية.

تظهر خصوصية قانون العمل في تعدد مصادر القاعدة القانونية (أحكام تشريعية وتنظيمية، أحكام اتفاقية)، الشيء الذي يستدعي حل مشكل تنازع القواعد.

الحديث عن النظام العام في قانون العمل يحيلنا إلى الحديث عن توافق القواعد الاتفاقية بالنسبة للقواعد القانونية.

العديد من التعابير (المصطلحات) تستعمل للحديث عن النظام العام في قانون العمل: النظام العام الاجتماعي، النظام العام النسبي، النظام العام المطلق، النظام العام الاستثنائي.

أخيراً يرتب القانون جزاء على مخالفة النظام العام، وهذا الجزاء قد يكون البطلان (العقد، اتفاق التحكيم، الوساطة) أو حتى الحكم بعدم الاختصاص في حال القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي.

كل هذه المواضيع تشكل محاور لأشغال هذا الملتقى، وسوف تكون محل مناقشة، والتي نتمنى أن تكون ثرية.

أشكر لكم حسن المتابعة والإهتمام، وأتمنى لكم الاستفادة من أعمال هذا الملتقى.

## الهوامش

<sup>1</sup> - مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 02.

<sup>2</sup> - يرجع بشأن تعريف النظام العام وفق هذه النظرة إلى:

MALAUURIE Philippe, *L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé France, Angleterre, URSS)*, thèse de doctorat, Paris, Matot-Braine, 1953, p. 69; CAPITANT Henri, *Introduction à l'étude du droit civil: Notions générales*, 5<sup>ème</sup> éd., A. PEDONE éditeur, Paris, 1929, p. 61.

سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: في الالتزامات، المجلد الأول في نظرية العقد والإرادة المنفردة، إريبي للطباعة، 1987، ص 138؛ سمير عبد السيد تناغو النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ت

ن، ص 91: حسن كبيرة، المدخل إلى القانون: القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العمة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 48-49.

<sup>3</sup> - أول من تطرق إلى النظام الاقتصادي هو الأستاذ:

RIPERT Georges, «L'ordre public et la liberté contractuelle», in *le droit constitutionnel non écrit*, Mélanges de Gérald François, t 2, 1934, p. 347.

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5433888t/f362.tableDesMatières>

ثم قدم الأستاذ FARJAT دراسة كاملة لمفهوم النظام العام الاقتصادي في سنة 1963، في رسالته للدكتوراه:

FARJAT Gérard, *L'ordre public économique*, LGDJ, Paris, 1963.

<sup>4</sup> -M.M. Mohamed Salah, « Les transformations de l'ordre public économique : vers un ordre public Régulateur ? », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, Paris, 1999, p. 262.

<sup>5</sup> M.C. Vincent-Legoux, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, PUF, (les grandes thèses du droit Français), Paris, 2001, p.349.

<sup>6</sup> P. Malaurie, « La notion d'ordre public économique », *RCC*, n° 83, 1995, p. 48.

<sup>7</sup> -(A.) Pirovano, « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », in R. Charvin et A. Guesmi (dir.), *L'Algérie en mutation : les instruments du passage à l'économie de marché*, Paris L'Harmattan, 2001, p. 129.

<sup>8</sup> - (K.) Polanyi, *La grande transformations*, Paris, Gallimard, 1983, p.321.

<sup>9</sup> - V. (F.) Riem, « Retour sur l'ordre concurrentiel », *RIDE*, n° 4/2013, p.441.

<sup>10</sup> - (J.) Drexl « La Constitution économique européenne- L'actualité du modèle ordo-libéral », *RIDE*, n°4/2011, pp.419 et s.

<sup>11</sup> - Terré François, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX siècle*, Dalloz, Paris, 1996, p.8 ; Pinson Arnaud et Soukpraseuth Delphine, « retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de cassation », *Bulletin de l'infirmerie*, n° 740(Cour de cassation, 15 avril 2011, p.96.

المحور الأول

النظام العام الشامل

## النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور

BELMIHOUB Abdenacer  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université de Djijel, Algérie.

بلمهوب عبد الناصر  
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة  
جيجل، الجزائر.

### مقدمة

قيل أن الإنسان في الحالة الطبيعية يمكنه إبرام كل ما يريده من اتفاقات، إشباعاً لرغباته الشخصية، إذ لا يضايقه في ذلك أي قانون، مثل هذه الاتفاقيات لا يمكن للقانون الذي يخالفه أن يحميها، لكن كيف نظمن أن كل طرف يلتزم بتنفيذ ما تعهد به. بتصادم وتعارض المصالح الشخصية للأفراد، تؤكدوا عدم إمكان تحقيق كل ما يطمحون إليه، فكان هناك سعي لحماية المصلحة الاجتماعية.

لذلك أوجدت القوانين والحكومات فقط من أجل المحافظة على المصلحة الاجتماعية، لأجل ذلك لا يمكن السماح للأطراف مخالفة كل ما من شأنه أن يمس المصلحة الاجتماعية<sup>(1)</sup>، لذلك اعتبر النظام العام مفهوم ملازم للقانون<sup>(2)</sup>.

والنظام العام لغةً يعني النظام الاجتماعي، ويقصد بذلك تنسيق وترتيب الأفراد في المجتمع، إذ لكل فرد مركز في المجتمع يهيم العلاقات العامة أو الخاصة. لذلك فالنظام العام هو تعبير عن المصلحة الاجتماعية<sup>(3)</sup>.

فالإشكالية التي يمكن التطرق إليها: في وحدة أم تعدد النظام العام؟

النظام العام في القانون الخاص أوجد من أجل تقييد الحرية التعاقدية حماية للمصلحة العامة العليا للأفراد في المجتمع لذلك نص في القانون المدني على أن الأفراد حين وضع اتفاقاتهم التي تخدم مصالحهم لا يجب أن يخالفوا قواعد النظام العام (المبحث الأول). غير أن مبدأ العقد قانون المتعاقدين لم يكرس إلا مساواة قانونية، إذ أن العدالة التعاقدية لم يحققها، فهذا التفاوت نتجت عنه مراكز غير متكافئة في العقد، ما ولد ضعف أحد الطرفين مقارنة بالقوة التي يتمتع بها الطرف الآخر، فهناك حاجة إلى حماية مصلحة أحد الطرفين (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: النظام العام التقليدي كقيد للحرية التعاقدية

ليس بأمر جديد القول أن قواعد القانون تُفرض على الطرفين، فهناك التزامات مفروضة من أجل المحافظة على المصلحة العامة للمجتمع. إذ في الأصل الفرد حر حين التعاقد على قبول ما شاء من التزامات.

غير أن هناك أسس يشترك فيها الجميع وعلى عاتقهم واجب حمايتها واحترامها، هذه الأسس هي التي تقيد الحرية التعاقدية<sup>(4)</sup>.

### المطلب الأول: في صعوبة حصر مفهوم للنظام العام

معروف عن النظام العام أنه مفهوم قانوني متغير ونسبي، ولا يمكن حصره ولا تقديم تعريف دقيق له، فتنكر الفقه من ذلك بأن أطلق أوصاف عليه للدلالة على هذه الصعوبة في الخوض في تقديم تعريف له بنص في قصير جامع ومانع.

فعبّر عن ذلك الفقيه PILON بالقول (( إن البحث عن تعريف للنظام العام هي المغامرة على رمال متحركة )) أضاف الفقيه JAPIOT ((النظام العام يستعير جزء من عظمتها من الغموض المحيط به)). ووصفه الفقيه DE VAREILLES-SOMMIERES ((بأنه عذاب حقيق للفكر))، كما نقل القاضي BURROUGH قول الفقه الانجليزي أنه ((وخز حصان وثاب وبعد ذلك لا يمكن معرفة الوجهة التي يوصلنا إليها))، كذلك وصف الفقيه ALGLAVE محاولة تعريف النظام العام ((كالتسير على طريق تكثّر عليه الأشواك))<sup>(5)</sup>.

إن النظام العام هي صفة تلحق مجموعة من القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية الصالح العام بتفضيل المصلحة العامة على حساب المصلحة الشخصية للأفراد.

ونظراً إلى عدم إمكان حصر تعريف واحد للنظام العام، قام الأستاذ MALAURIE Philippe<sup>(6)</sup> بسرد اثنين وعشرين تعريف له، وأضاف هو الآخر تعريفاً خاصاً به، معتبراً إياه أنه: ((السير الحسن للمؤسسات الضرورية للجماعة)).

كذلك عرفه الفقيه Capitant ((النظام في الدولة، بمعنى التنسيق بين مختلف المؤسسات وتنظيم القواعد الضرورية لممارسة وسير الدولة))<sup>(7)</sup>.

ويورد كثير من الفقهاء التعريف التالي: ((النظام العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تعلق على المصلحة الفردية وتهتم المجتمع، سواء أدخلت تلك المصالح في المجال السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي أو الخلقي، ولو لم يرد بهذه

القواعد نص تشريعي<sup>(8)</sup>.

تكمن صعوبة تعريف النظام العام في أن القواعد المتعلقة بالنظام العام ليست تشريعية فقط، بالرغم من أن المشرع يتمتع بسلطة تحديد أي من القواعد تلج مجال النظام العام بشكل صريح بموجب نص تشريعي أو بإشارة منه فقط. لكن بالإضافة إلى النظام العام الشكلي أو النصي، نجد أن القاضي له أيضا سلطة للفصل في طبيعة أي نص ويدخله نطاق قواعد النظام العام، وذلك باستناده إلى نص تشريعي أو أي مبدأ من المبادئ العامة للقانون. أيضا من حيث مضمون القواعد لا يمكن للمشرع حصرها، بل للقاضي سلطة تقديرية أيضا في جعلها أن تمس النظام العام أو غير كذلك.

أكثر من ذلك، يمكن للقاضي في منطقة معينة في الدولة الفصل في أمر على أنه يتعلق بالنظام العام وقاض آخر في منطقة أخرى لا يفصل كذلك، كما أن ذلك قد يتغير من زمن لآخر، كل ذلك جعل من محاولة حصر مفهوم النظام العام صعبة المنال.

#### المطلب الثاني: خصائص النظام العام التقليدي

ينفرد النظام العام التقليدي بتحديد التصرفات غير المقبولة بين الأفراد، التي عليهم واجب احترامها، بما أنها قواعد أمر لا يجوز مخالفتها.

#### • النظام العام التقليدي نظام عام سلمي

قصد واضعو التقنين المدني الفرنسي بتحريرهم لنص المادة 06 منه وضع قيد للأصل العام وهو مبدأ سلطان الإرادة، فينظر للنظام العام على أساس أنه قيد للحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة.

لذلك يقتصر المفهوم التقليدي للنظام العام على بيان التصرفات التي لا يجوز إبرامها<sup>(9)</sup> أو تحديد المجالات التي أن ولجتها اتفاقات الأطراف تصير مخالفة للنظام العام. فقواعد النظام العام بالمفهوم التقليدي في الغالب متعلقة بمرحلة إبرام العقد كما هو وارد في التقنين المدني الجزائري<sup>(10)</sup>، وهو دليل على أن القانون يريد منع بعض التصرفات حفاظا على النظام العام.

● كل قواعد النظام العام التقليدي أمرة: الحقيقة أن هناك جدال فقهي لا يزال قائماً<sup>(11)</sup>، هل القواعد الأمرة وقواعد النظام العام تشكل وحدة واحدة أم أنها مفهوم مختلف.

هناك من يؤيد فكرة وحدة قواعد النظام العام مع القواعد الأمرة، إذ يري الأستاذ Ghestin أن القواعد الأمرة وقواعد النظام العام تشكل فئة واحدة<sup>(12)</sup>، فلا يوجد أي خلاف بينها.

غير أنه، وبالرغم من تزامن كل من القواعد الأمرة وقواعد النظام العام في النصوص، لكن ذلك ليس كلياً، إذ يرى البعض أن مجال تطبيق قواعد النظام العام أوسع من مجال تطبيق القواعد الأمرة<sup>(13)</sup>.

فلو بقينا ضمن المفهوم التقليدي للنظام العام ففعلاً كل قواعد النظام العام أمرة والعكس ليس صحيحاً، إذ كل القواعد الأمرة التي تهدف إلى حماية مصالح شخصية للأفراد لا يمكن اعتبارها من النظام العام، هذا بالرغم من صعوبة التحقق من الفوارق الموجودة بين المصلحة الشخصية للفرد والمصلحة الجماعية.

● أنه يهتم بحماية المصلحة الجماعية (الصالح العام): النظام العام في القانون الخاص أوجد من أجل حماية المصلحة العامة العليا للأفراد في المجتمع، بالتالي ينظر إلى النظام العام على أساس أنه مجموعة من القواعد الضرورية لتعايش الأفراد فيما بينهم. نلاحظ أن جل التعاريف الفقهية التي قدمت كتعريف للنظام العام نجدها مشبعة ومرتبطة أساساً بالهدف الذي تؤديه قواعد النظام العام بالمفهوم التقليدي فقط.

عموماً نجد أن النظام العام بالمفهوم التقليدي يهتم أساساً بثلاثة أمور رئيسية، هي الدولة من خلال تنظيمها وتسيير أمور المجتمع، وحماية العائلة خاصة ما تعلق منها بالحالة الشخصية وبعض الحقوق المالية، والآداب من خلال من كل ما هو سبيل للكسب غير المشروع الذي لا يجب أن يكون في أي مجتمع سوي<sup>(14)</sup>.

● أنه قيد للحرية التعاقدية: نص في القانون المدني على أن الأفراد حين وضع اتفاقاتهم التي تخدم مصالحهم لا يجب أن يخالفوا قواعد النظام العام<sup>(15)</sup>. يترتب على ذلك أن الأفراد حين إبرام اتفاقات خاصة بهم لا يجب عليهم المساس بالقواعد المتعلقة



بالنظام العام.

لذلك، يعتبر الفقه قيد النظام العام أنه القيد التقليدي للحرية التعاقدية<sup>(16)</sup>، وإن كان في حقيقة الأمر أنّ القيود المتعلقة بالنظام تعود أساساً إلى النظام القانوني السائد في كل دولة<sup>(17)</sup>.

● على القاضي أن يثبته من تلقاء نفسه: نعلم أنه وفق لقانون الإجراءات فكل المسائل المتعلقة بالنظام العام على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه، ولو لم تدرج ضمن طلبات أحد الخصوم.

ذلك مرده إلى كون هدف القواعد المتعلقة بالنظام العام هو المحافظة على تعايش الأفراد في المجتمع، وهذا الهدف من صميم اختصاص القاضي، إذ يلتزم بالمحافظة على تناغم حياة الأفراد في المجتمع.

في ظل المفهوم التقليدي للنظام العام لا يعتد إلا بالمصالح العامة والعليا للمجتمع، إذ فقط القواعد التي تخص كل أفراد المجتمع هي التي تمثل أهمية للمحافظة على فرض تطبيقها، وهذه القواعد تتعلق بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع بشكل عام<sup>(18)</sup>.

### المبحث الثاني: النظام العام الاقتصادي لتحقيق العدالة التعاقدية

النظام العام لم يبقى حبيس فكرة تبنيه الأولى في التقنين المدني بل تطور وتنوعت<sup>(19)</sup> أحكامه حسب حاجة المجتمع.

فظهر منذ نهاية القرن التاسع عشر وخاصة خلال القرن العشرين شكل آخر للنظام العام سمي من قبل الفقه بالنظام العام الاقتصادي، جاء أساساً لتكريس وتطوير العلاقات الاقتصادية والاجتماعية<sup>(20)</sup>.

### المطلب الأول: مفهوم النظام العام الاقتصادي وأقسامه

بعد عجز قواعد النظام العام التقليدي لتحقيق العدالة التعاقدية، فبسبب عدم تمكن النصوص عن حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من جهة، وكذا التطور الحاصل على دور الدول الحديثة التي لم تعد الفاعل في الحياة الاقتصادية بل انتقلت إلى مرحلة جديدة لتكون الموجه للحياة الاقتصادية من جهة أخرى. برزت ضرورة وضع قواعد قانونية جديدة آمرة على الجميع احترامها، هدف هذه القواعد أساساً حماية مصالح

خاصة.

لما وضعت قواعد النظام العام بالمفهوم التقليدي لم يكن من المتصور رفض الاتفاقات المخالفة للنظام العام الاقتصادي بما أن الليبرالية في أوج تطبيقاتها، لكن أصبحت مثل هذه القواعد مقبولة بالتدخل المتزايد للدولة في الحياة الاقتصادية في ظل النظام الليبرالي الذي يهدف أساساً إلى حماية المنافسة وحرية التجارة<sup>(21)</sup>.

### تعريف النظام العام الاقتصادي

يعرف النظام العام الاقتصادي بأنه إيجابي يهدف إلى تحديد ما يجب أن يتضمنه العقد من أحكام<sup>(22)</sup>، "فلا يكفي للقانون أن يتضمن ما على ما يجب على الأفراد الامتناع عنه بل ما يجب القيام به أيضاً" كما عبر عنه RIPERT<sup>(23)</sup> وهو أول من تطرق إلى هذا الفرع للنظام العام حين سماه النظام الاقتصادي.

### أقسام النظام العام الاقتصادي

نميز بين النظام العام الاقتصادي التوجيهي والنظام العام الاقتصادي الحمائي.

#### • النظام العام الاقتصادي التوجيهي

يكون المجتمع في بعض الأحيان في حاجة إلى توجيه معاملات وعلاقات الفرد فيجبر على المشاركة لتحقيق هدف اقتصادي أو اجتماعي، وإن كان على مستوى الفرد لا يرغب في ذلك<sup>(24)</sup>.

فالهدف من فهذه القواعد هو توجيه العلاقات الاقتصادية من أجل تحقيق منفعة عامة، لذلك تتدخل الدولة من أجل الحفاظ على تناغم الأفراد في المجتمع بتحقيق رخاء اقتصادي. وهذا التدخل يكون بشكل مباشر في تنظيم المعاملات من أجل حماية المنفعة العامة للأمة من أجل المحافظة على التوازنات الاقتصادية في الدولة.

بدوره يمكن تقسيم النظام العام الاقتصادي التوجيهي إلى النظام العام النقدي والنظام العام التنافسي<sup>(25)</sup>.

#### • النظام العام الاقتصادي الحمائي

يحتاج المجتمع إلى توفير حماية للفرد من تسلط طرف آخر في العقد نتيجة تمتعه بقوة اقتصادية<sup>(26)</sup>. فقواعد النظام العام الحمائي تهدف إلى ترقية والدفاع على حرية

تعاقدية حقيقة لمصلحة متعاقد من المفروض أنه ضعيف في العقد، نظر لتمكن الطرف الآخر من قوة اقتصادية من شأنه أن يؤثر على رضا المتعاقد الضعيف بتقبل شروط تعاقدية أقل ما يقال عنها أنها غير عادلة<sup>(27)</sup>.

الحقيقة أن ضرورة حماية المتعاقد الضعيف في العقد يعبر على الاتجاه المعاصر في القانون وأسنه القانون<sup>(28)</sup>.

بدوره يمكن تقسيم قواعد النظام العام الاقتصادي الحمائي إلى قواعد تهدف إلى حماية أحد المتعاقدين، وأخرى تهدف إلى حماية متعاقد معين في العقد.

- حماية أحد المتعاقدين في العقد: ضمن هذه المجموعة من القواعد، و تحقيقا لرغبة المشرع في حماية التوازن العقدي خاصة في عقود الانضمام أو العقود عموما، يراعي دوما ضعف أحد المتعاقدين أمام المتعاقد الآخر. فقرر حماية رضى هذا المتعاقد بإدراج قواعد خاصة بحماية رضى المتعاقد في التقنين المدني الذي يجب أن يكون خال من عيوب الإرادة.

كما خص حماية للمتعاقد الضعيف حين تقبله بنود تعسفية مثلا، فيتدخل القانون لمحاولة إيجاد نوع من التوازن لهذا العقد.

- حماية متعاقد معين في العقد: على عكس المجموعة السابقة لقواعد النظام العام الحمائي التي يهدف بها المشرع إلى حماية متعاقد في العقد دون تمييز إن كان هو دائن أو مدين، نجد عكس ذلك في نصوص أخرى المشرع يهدف إلى حماية مصلحة طرف ضعيف في العقد مع تعيين هذا الطرف مسبقا سواء كان دائنا أو مدينا.

\* حماية العامل بموجب قواعد النظام العام الاجتماعي: تشكل قواعد قانون العمل نظاما عاما اجتماعيا بما أن أغلبها تضمنت حدا أدنى من الحماية للعامل، فالهدف من قانون العمل هو حماية مصلحة العامل باعتباره طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية في مواجهة صاحب العمل.

والمشرع الجزائري يسمح للطرفين مخالفة هذا الحد الأدنى من القواعد، لكن فقط بشكل إيجابي لمصلحة العامل، بمعنى أن مخالفة قواعد قانون العمل تكون مقبولة في حالة واحدة وهي لما تكون في مصلحة العامل.

يسمح المشرع الجزائري في قانون 90-11<sup>(29)</sup> بذلك بموجب المادة 137 منه التي تنص على: ((يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوق منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية)).

بمعنى أن بنود عقد العمل الفردي لا يمكنها أن تتضمن مخالفة الحقوق الممنوحة للعمال بموجب التشريع باستنقاصها فقط، إِمَّا إن كانت المخالفة بالزيادة في هذه الحقوق فهذه المسألة غير ممنوعة، بل هي الغاية التي يريد المشرع تحقيقها من خلال هذا النص.

نتيجة لذلك فالقواعد التي يتضمنها قانون العمل بمختلف مصادره الدوائية والاتفاقية والمهنية، لا تطبق إلا الأحكام الأكثر نفعاً للعامل، فمعيار ترتيب هذه المصادر ليس درجة قوتها أو سموها بل هو الفائدة التي توفرها للعامل.

حماية المستهلك: فئة أخرى في المجتمع جديرة بالحماية مثل العامل هو المستهلك، نظراً لاختلال العلاقة التعاقدية التي تربط المستهلك بالمحترف. لكن المشرع الجزائري أغفل وضع نص عام يحقق به حماية المستهلك، إذ كلما تحقق القاضي إلى أن العقد لا يحقق مصلحته الشخصية يجب أن يفصل ببطان العقد، بل عمد إلى محاولة تحقيق هذه الحماية عن طريق وضع نصوص خاصة تكفل له حماية في كل المجالات تقريباً.

فكان على المشرع أن يضع نصاً عاماً في القانون المتعلق بالقواعد المتعلقة بحماية المستهلك<sup>(30)</sup>، ينص فيه على أن العقد يكون باطلاً في كل ما خالف قانون حماية المستهلك إلا ما كان في مصلحة المستهلك.

حماية المؤمن له: المشرع الجزائري نظم عقد التأمين ضمن التقنين المدني<sup>(31)</sup>، بالإضافة إلى الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات<sup>(32)</sup>.

بالرجوع إلى الأحكام الخاصة بعقد التأمين الواردة في التقنين المدني نجد نص المادة 625 منه تنص على: ((يكون باطلاً كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو المستفيد)).

الحقيقة، ينظر إلى المؤمن له باعتباره مستهلك، وهو ضعيف بمواجهة المؤمن الذي يفرض شروط عقد التأمين، فالبنود التي يتضمنها عقد التأمين المخالفة لقانون التأمين لا تكون باطلة إذا كانت تحقق مصلحة المؤمن له.

غير أن ذلك لا يجب أن يؤخذ بشكل مطلق إذ لا يجب أن يتعدى ذلك إلى القواعد المتعلقة بالنظام العام التقليدي الواردة في الأحكام العامة لنظرية العقد وكذا قواعد النظام العام المطلق الواردة في قانون التأمين، هذا بالرغم من أن المشرع لم يبين هذا الأمر بل نص على هذا المبدأ بشكل عام.

### المطلب الثاني: خصائص النظام العام الاقتصادي

على عكس قواعد النظام العام التقليدي، فإن النظام العام الاقتصادي كل قواعده أمره يبين للأفراد السلوك القويم الواجب إتباعه. كما أنه يهدف إلى حفظ الحرية التعاقدية وإن كان يضع حدود تقيدها<sup>(33)</sup>، لكن هذه القواعد تهدف أكثر من ذلك إلى تحقيق عدالة تعاقدية لم تتحقق بموجب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

### • النظام العام الاقتصادي نظام عام إيجابي

الحقيقة أن هناك مفهوم محوري للنظام العام وهي مجموعة من القيم والمبادئ كما رأينا التي لا يجب للأطراف المساس بها بموجب اتفاقاتهم الفردية. غير أن قواعد النظام العام الاقتصادي لا تكتفي ببيان السلوك المحظور الذي يجب على الأطراف تفاديته وإلا كانت اتفاقاتهم باطلة، بل هي قواعد تبين السلوك القويم الذي يجب على الفرد أن يسلكه مع فرض هذا السلوك لتحقيق مصالح فردية وجماعية.

### • كل القواعد الأمرة من النظام العام الاقتصادي

هناك من يري أن قواعد النظام العام دوماً أمرة، لكن ليست كل القواعد الأمرة من النظام العام<sup>(34)</sup>.

هذا الكلام كان صحيح إلى حد ما حين كان ينظر إلى النظام العام بالمفهوم التقليدي، إذ صحيح أن قواعد النظام العام بالمفهوم التقليدي تهدف إلى حماية المصلحة الجماعية للأفراد في المجتمع، أما القواعد الأمرة فتهدف إلى حماية المصلحة الجماعية للأفراد ولكنها أيضاً تهدف إلى تحقيق المصلحة الفردية للفرد، ففي الأولى يترتب جزاء البطلان المطلق، أما في الثانية فيترتب البطلان النسبي فقط.

كما أنه ليس صحيحاً أن قواعد النظام العام ترتب جزاء واحد وهو البطلان فقط، إذ نجد قواعد قانونية من النظام العام لكن الجزاء فيها يكون جزائياً، كما في حالة المساس

بالحقوق الأساسية للعامل<sup>(35)</sup>، فكل القواعد القانونية التي تركز هذه الحقوق هي أمرة ومن النظام العام دون شك في ذلك، غير أن مخالفتها يرتب متابعة جزائية.

فكان ينظر إلى أن القواعد الأمرة المتعلقة بحماية المصلحة الجماعية للأفراد هي وحدها المتعلقة بالنظام العام. غير أن هناك خلط وسوء فهم لمفهوم النظام العام<sup>(36)</sup>، إذ أن قواعد النظام العام هي قواعد أمرة كلها، لأن هذه الصفة هي التي تجعلها ملزمة للكافة، ويقع بطلان كل اتفاق مخالف لها، فالقواعد الأمرة الأخرى التي لا تتعلق بالنظام العام بالمفهوم التقليدي تتعلق بالنظام العام الاقتصادي.

كما يجب التمييز بين محل القاعدة القانونية والهدف منها، فصحيح أن القواعد الأمرة المتعلقة بحماية مصلحة فردية محلها وموضوعها يتعلق بخدمة مصلحة شخصية للفرد لكن في الوقت نفسه هدفها تحقيق مصلحة جماعية تعلو على المصالح الشخصية للأفراد<sup>(37)</sup>.

إن النظام العام الاقتصادي هو الذي سمح بلم القواعد القانونية الأمرة سواء كان هدفها تحقيق مصلحة شخصية أو جماعية للأفراد، بالتالي هذا التمييز بين القواعد القانونية الأمرة وقواعد النظام العام لم يعد يهتم به الفقه<sup>(38)</sup>، بعد حصول شبه اتفاق على كون قواعد النظام العام تشمل كل القواعد الأمرة، فهما الآن مفهومان مترادفان لغياب معيار جدي للتمييز بينهما<sup>(39)</sup>.

● النظام العام الاقتصادي يهتم بالمصلحة الفردية الخاصة بأحد المتعاقدين أو بالمصلحة الفردية الخاصة بمتعاقدين ضعيف جدير بالحماية: مبدأ العقد قانون المتعاقدين لم يكرس إلا مساواة قانونية، إذ أن العدالة التعاقدية لم يحققها، غير أن المراكز غير المتكافئة من الناحية الاقتصادية، ولدت ضعف أحد الطرفين مقارنة بالقوة التي يتمتع بها الطرف الآخر، فهناك حاجة إلى حماية مصلحة أحد الطرفين.

● أنه يهدف إلى تحقيق العدالة التعاقدية: يقصد بالعدالة التعاقدية المساواة في البديل<sup>(40)</sup>، بمعنى أنه لا يجب أن يغيب أحد الطرفين حين التعاقد. ولما كانت المساواة الحقيقية في البديل صعبة الإدراك تم تكريس المساواة القانونية، إذ بمجرد رضی الطرفين بالعقد يفترض أن هناك مساواة في البديل.

غير أن القوة التي يمكن لأحد الطرفين التمتع بها خاصة القوة الاقتصادية، جعلت من هذه المساواة مفترضة لا حقيقية، فقواعد النظام العام الاقتصادي الحمائي خاصة إنما تهدف إلى البحث عن توازن حقيقي للعقد دون الاكتفاء بالمساواة القانونية.

● ليس للقاضي سلطة تقديرية في إثارته من تلقاء نفسه: إن كان القاضي ملزم بإثارة كل ما يمس النظام العام بالمفهوم التقليدي من تلقاء نفسه، لأنه مخول بحماية الأسس والمصالح العليا للمجتمع.

غير أنه على القاضي مراعاة مصلحة الطرف الجدير بالحماية، فلا يجب عليه أن يثير ما يمس قواعد النظام العام الاقتصادي من تلقاء نفسه، بل عليه في ذلك التقيد بمصلحة الطرف الجدير بالحماية في العقد.

نورد مثال عن عامل مرتبط بعقد عمل مقترن بفترة التجربة، في الاتفاقية الجماعية للمؤسسة المعنية حددت فترة التجربة للمنصب الذي يشغله العامل بشهرين، وفي العقد الذي ارتبط به العامل تم الاتفاق على خضوعه لفترة تجربة مدتها 4 أشهر. هذه المدة في كل الأحوال لم تتجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه قانوناً بالنسبة لمناصب العمل العادية<sup>(41)</sup>.

الملاحظ هنا أن العقد خالف الاتفاقية الجماعية باستنفاصه للحق الممنوح للعامل بموجب الاتفاقية الجماعية، غير أنه يمكن أن تكون مصلحة العامل في أن يكون في فترة تجربة لمدة أطول حتى يتمكن من إنهاء العقد انفرادياً خلال فترة التجربة بالفسخ، غير أنه لو مرت فترة التجربة فالإنهاء الإرادي يكون بالاستقالة، وعليه في هذه الحالة تحمل عبء احترام فترة الإشعار المسبق<sup>(42)</sup>.

فلا يجب للقاضي أن يثير الأمر من تلقاء نفسه ويحكم ببطلان الاتفاق على فترة التجربة لمدة 4 أشهر لمخالفتها الاتفاقية الجماعية، ما دام العامل لم يطلب بطلان مثل هذا الاتفاق.

## خاتمة

الملاحظ أن النظام العام مفهوم قانوني ورد في التقنين المدني يطبق على فروع القانون الخاص لتحقيق مصلحة المجتمع، سواء كان ذلك بشكل فردي أو بشكل جماعي. من خلال هذه الدراسة تكونت قناعة أنه في القانون الخاص لا توجد هناك "أنظمة عامة" بل هناك نظام عام حصل على تطبيقه تغير وتطور من حيث مفهومه وأسلوب تطبيقه.

إذ هناك تفكير تأسس على أن كل قواعد القانون الأمرة التي تهدف إلى تحقيق وحماية المصلحة العامة تلج مجال النظام العام، وغيرها من القواعد الأمرة لا تلج النظام العام. لكن، نظرا لصعوبة الفصل بين ما هو مصلحة عامة للمجتمع وما هو مصلحة فردية للفرد كان من الضروري تكييف قواعد النظام العام لتمتد إلى حماية المصلحة الشخصية. فنلاحظ أن مفهوم النظام العام قد تطور بشكل ممتد لأجل حماية المصالح الفردية للأفراد تحقيقا للمصلحة العامة للمجتمع.

لذلك، لا وجود لتعارض بين قواعد النظام العام الاقتصادي مع قواعد النظام العام بالمفهوم التقليدي، بل هناك امتداد في تطبيق هذه القواعد، فكلها قواعد أمرة تهدف إلى تحقيق مصلحة المجتمع في النهاية.

على ذلك يمكن القول أن النظام العام هي مجموعة من القواعد أوجدت بهدف حفظ المصالح الفردية والجماعية للأفراد في مجتمع ما، أي كان مصدر هذه القواعد سواء من وضع المشرع أو بتكييف من قبل القضاء.

## الهوامش

- <sup>1</sup> - PORTALIS Jean-Étienne-Marie, «Discours préliminaire du premier projet de code civil», 1801, p. 90. [http://www.mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://www.mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf)
- <sup>2</sup> - ARCHER Delphine, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois)*, thèse de Doctorat d'Etat en droit, université Cergy-Pontoise, 2006, p. 25.
- <sup>3</sup> - DURIEUX André, «La notion d'ordre public en droit privé colonial Belge», mémoire institut royal colonial Belge, Bruxelles, 1953, p. 09.
- <sup>4</sup> - LEVENEUR Laurent, «La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (Autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...)», AJDA, 1998, p. 676.



- <sup>5</sup> - WERY Patrick, *Droit des obligations: V. I, théorie générale des contrats*, éd. Larcier, Bruxelles, 2010, p. 278
- <sup>6</sup> - MALAURIE Philippe, *L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé France, Angleterre, URSS)*, thèse de doctorat, Paris, Matot-Braine, 1953, p. 69.
- <sup>7</sup> - CAPITANT Henri, *Introduction à l'étude du droit civil: Notions générales*, 5<sup>ème</sup> éd., A. PEDONE éditeur, Paris, 1929, p. 61.
- <sup>8</sup> - زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالشرائع الإسلامية والرومانية، الجزء الثالث مكتبة صادر، بيروت، د ت ن، ص 215؛ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول: النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، القاهرة، 1993، ص 79؛ عبد الودود يحي، دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، د ت ن، ص 48؛ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: في الالتزامات المجلد الأول في نظرية العقد والإرادة المنفردة، إرني للطباعة، 1987، ص 138؛ سمير عبد السيد تناغو النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ت ن، ص 91؛ حسن كبيرة، المدخل إلى القانون: القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العمدة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 48-49.
- <sup>9</sup> - LEVENEUR Laurent, Op.cit., p. 676.
- <sup>10</sup> - انظر مثلا المواد 93 و97 من التقنين المدني الجزائري.
- <sup>11</sup> - CLAUDE Nadège, *La variabilité du droit du travail*, thèse de doctorat en droit, université d'Angers, 2010, p. 160 et s.
- <sup>12</sup> - GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, 3ème éd., 1993, p. 91.
- <sup>13</sup> - TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. «Précis», 8ème éd., 2009, p. 266; CATALA Pierre, «Rapport de synthèse», in *L'ordre public: Journées libanaises 1998*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, tome 49, LGDJ, 2001, p. 1- 3.
- <sup>14</sup> - فيلاي علي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 275.
- <sup>15</sup> - Art. 06 du code civil Français qui stipule: ((*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*)).  
<http://www.legifrance.gouv.fr/>
- بالرغم من أن التقنين المدني الجزائري لم يتضمن نص عام يقضي بعدم جواز مخالفة قواعد النظام العام بالاتفاقات الخاصة للأفراد، لكن نص على ذلك في الأحكام الخاصة ببعض العقود كما هو الحال بالنسبة لعقد الصلح، إذ نص بموجب المادة 461 من التقنين المدني الجزائري على: ((لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام...)).

16 - محمد حسين عبد العال، *الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد: دراسة تحليلية مقارنة لاتجاه المجلس الدستوري الفرنسي بحكمه الصادر في 03 أوت 1994*، دار النهضة العربية، 1998، ص 55-56.

17 - مثلاً القيود المتعلقة بحق الشفعة لصالح الدولة أو حتى للأفراد، أو تلك القيود المتعلقة باختيار المتعاقد مثلاً تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص أو رفعا لبعض أنواع التمييز، انظر في ذلك: LEVENEUR Laurent, Op.cit, p. 676.

18 - فيلاي علي، المرجع نفسه، ص 273.

19 - LEVENEUR Laurent, op.cit, p. 676.

20 - IBID.

21 - FLOUR Jacques; AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric, *Droit civil les obligations: l'acte juridique*, 11 éd., Armand Colin Dalloz, Paris, 2004, p. 215.

22 - هذا عكس النظام العام التقليدي عرف أنه سلبى إذ يكتفي بحظر إبرام العقود إن كانت مخالفة له. انظر في ذلك:

FARJAT Gérard, *L'ordre public économique*, LGDJ, Paris, 1963, p. 192.

23 - RIPERT Georges, «*L'ordre public et la liberté contractuelle*», in le droit constitutionnel non écrit, Mél. Gény François, t 2, 1934, p. 347. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5433888t/f362.tableDesMatières>

24 - فيلاي علي، المرجع السابق، ص 281.

25 - HERVIEU Merryll, «*Ordre public économique de direction, ordre public de protection: l'avenir de la distinction*», in au-delà des codes, Mél. PAYET Marie-Stéphane, Dalloz, Paris, 2011, p. 320.

26 - فيلاي علي، المرجع السابق، ص 281.

27 - HERVIEU Merryll, Op.cit, p. 321.

28 - CHAZAL Jean-Pascal, «*La protection de la partie faible chez JOSSERAND, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*», p. 02, [www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/.../chazal\\_protection\\_josserand.pdf](http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/.../chazal_protection_josserand.pdf)

29 - قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أبريل 1990، *متعلق بعلاقات العمل*، ج ر عدد 17، مؤرخة في 25 أبريل 1990، معدل ومتمم

30 - قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فيفري 2009، *يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش*، ج ر عدد 15، صادرة في 08 مارس 2009.

<sup>31</sup> - يرجع في ذلك إلى المواد من 619 إلى 643 من التقنين المدني الجزائري، وإن كانت المواد من 626 إلى 643 ملغاة بموجب قانون رقم 80-07، مؤرخ في 09 أوت 1980، متعلق بالتأمينات، ج ر عدد 33، صادرة في 12 أوت 1980، ص 1206، الملغى.

<sup>32</sup> - أمر رقم 95-07، مؤرخ في 25 يناير 1995، متعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13، صادرة في 08 مارس 1995. معدل ومتمم بالقانون رقم 06-04، المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج ر عدد 15، صادرة في 12 مارس 2006.

<sup>33</sup> - FLOUR Jacques; AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric, Op.cit, p. 214.

<sup>34</sup> - حسن كيرة، أصول القانون، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، 1960-1959، ص 69:

MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, tome I, 2ème éd., 1980, n° 98 et s.

<sup>35</sup> - CLAUDE Nadège, Op.cit, p. 163.

<sup>36</sup> - VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, *L'ordre public, étude de droit comparé interne*, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, p. 17; AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. « Université », 13ème éd., 2010, n° 100.

<sup>37</sup> - VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, Op.cit, p. 17-18.

<sup>38</sup> - ALIPRANTIS Nikitas, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », 1980, p. 47.

<sup>39</sup> - GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ, 3ème éd., 1993, p. 92.

<sup>40</sup> - SMORTO Guido, «La justice contractuelle», RIDC, n° 03, 2008, p. 586.

<sup>41</sup> - تنص المادة 18 من قانون رقم 90-11 على: ((يمكن أن يخضع العامل الجديد توظيفه لمدة تجريبية لا تتعدى ستة (06) أشهر، كما يمكن أن ترفع هذه المدة إلى اثني عشر (12) شهرا لمناصب العمل ذات التأهيل العالي. تحدد المدة التجريبية لكل فئة من فئات العمال أو لمجموع العمال عن طريق التفاوض الجماعي)).

<sup>42</sup> - وفق نص المادة 68 من القانون رقم 90-11، على العامل الذي يرغب إنهاء علاقة العمل بالاستقالة أن يحترم فترة الإشعار المسبق حسب المدة المحددة في الاتفاقية الجماعية. وجاء نص المادة كالتالي: ((الاستقالة حق معترف به للعامل.

على العامل الذي يبدى رغبته في إنهاء علاقة العمل مع الهيئة المستخدمة أن يقدم استقالته كتابة. ويغادر منصب عمله بعد فترة إشعار مسبق وفقا للشروط التي تحددها الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية)).

## إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية

Dr. AMARA Massaouda  
Faculté de Droit et des Sciences politiques  
Université de Blida, Algeria.

د. عمارة مسعودة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة البليدة، الجزائر.

### مقدمة

حسب النظرية التقليدية والتي سادت في القانون الفرنسي القديم خلال القرن التاسع عشر، يعد مبدأ سلطان الإرادة عنصر أساسي في تكوين قواعد القانون المدني عامة والعقد بصورة خاصة الإرادة.

غير لم يعد يلعب نفس الدور الذي لعبه خلال القرنين الماضيين وهذا راجع لعدة أسباب اقتصادية واجتماعية. وهذه الأسباب دفعت المشرع الجزائري إلى أن يكثر من القوانين الآمرة والملزمة للحفاظ على المصالح الأساسية في مجتمعنا، ولحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية.

لهذا نجد حاليا أن بعض العقود أصبحت مفروضة من قبل الم شرع لمتطلبات النظام العام مثل مختلف عقود التأمين الإجبارية، كما أن اختيار المتعاقد الآخر لا يكون حرا في بعض الأحوال كما هو الحال في حق الشفعة و الاسترداد اللذان يمكنان بعض الأشخاص من الحلول محل التعاقد المختار.

فنحن إذن في عهد جديد هو عهد النظام العام

وحتى هذا الأخير يتغير باستمرار، ففي الماضي كان هدفه حماية الفرد بمعنى حماية

الحرية و الملكية الفردية أما حاليا فيهدف لحماية الجماعة.

ومفهوم النظام العام مقيد لمبدأ سلطان الإرادة، فنجده في القانون الخاص يعني

مجموعة القواعد التي لا تستطيع التصرفات القانونية لا تجنبها أو تغييرها لأن العدالة لا تنبثق بطبيعتها عن العقد، ولأن المتعاقدين ليسوا أحرارا و لا متساوين اقتصاديا، وتساويهم الاسمي يخفي عدم تساويهم الفعلي، و كثيرا ما يحدث أن لا تكون التزاماتهم

مقبولة بكل حرية بل يفرضها الطرف القوي على الطرف الضعيف. وكما يقول الفقيه LA  
CORDAIRE " ما بين القوي والضعيف توجد الحرية التي تستعبد و القانون يحجر"<sup>1</sup>  
و هكذا ظهرت الحاجة الملحة إلى لوضع مؤسسة قانونية تحد و تقيد من إطلاق  
الحرية للأشخاص لتتفقا على ما ينفع مصالحهم العقد شريعة المتعاقدين pacta sunt  
servanda فكانت فكرة النظام العام متنفس لهذه الوضعية و بات من الضروري  
الإحاطة بها .

### المبحث الأول: ظهور و تطور فكرة النظام العام

عرفت فكرة النظام العام تطورا في مفهومها ما جعل من الصعوبة تحديد المقصود بها .

#### المطلب الأول: صعوبة تحديد مفهوم النظام العام

من باب أولى تحديد الظهور القانوني الأول لمصطلح النظام العام

#### الفرع الأول : الظهور القانوني لفكرة النظام العام

ظهر مفهوم النظام العام لأول مرة بصفة لا تقبل الجدل، من خلال إعلان الثورة  
الفرنسية الذي جاء بجملة من المبادئ: الحرية الفردية، المساواة الملكية و كل اتفاق  
يهدف للمساس بالمبادئ الكبرى يعتبر مخالفا للنظام العام، و مع سيادة نظرة الليبرالية  
للنظام العام في القرن التاسع عشر أرادت أن تجعله مفهوما قانونيا لذلك طالبت بأن  
يكون تحديد الحواجز التي تحد من الحرية تحديدا دقيقا و قانونيا من خلال حصره في  
بعض القواعد المتعلقة بالتنظيم العام للدولة، حالة الأشخاص، الأسرة و الحريات  
الفردية و الملكية، و تمجيذا للفرد ألغيت كل الاتفاقيات التي تحد من الحرية التعاقدية  
مثل اتفاقية عدم التنازل عن الملك، عقد الإيجار المؤبد، عقد تأجير الخدمات لمدى  
الحياة. فكانت الحرية التعاقدية محددة لضمان الحرية الفردية و اعتبرت هذه الأخيرة من  
النظام العام.

وبعد الحرب العالمية الثانية أخذت الدولة تتدخل في الشؤون الاقتصادية بسنها  
قوانين تحد من الحرية التعاقدية وإخضاع عدة عقود لقوانين أو شروط إلزامية و ذلك  
لأن الحرية التعاقدية لا تحمي الطرف الضعيف. و هذه الحرية لا تحقق المنفعة  
الاجتماعية دائما و لا تحقق خاصة التوازن الاقتصادي في العقود.

وحالياً مع اتساع دور الدولة التي تتدخل أكثر فأكثر في العلاقات الاقتصادية ما بين الأفراد و التجمعات إما لتوجيه الاقتصاد أو لحماية الطرف الضعيف في العقد، تم إتباع النظام العام في كل القواعد القانونية الإلزامية الموجهة للاقتصاد شكلت ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي أما القواعد القانونية الحامية للطرف الضعيف في العقد هي بعينها النظام العام الحمائي

بل يمكننا اليوم الحديث عن نظام عام افتراضي مع ما تحدته الوسائل التكنولوجية من تطوير في القواعد التقليدية<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: إشكالية تعريف النظام العام<sup>3</sup>

إنّ المشرع لم يتحمل عناء تعريف النظام العام، وترك ذلك لكل من الفقه والقضاء، فعرف جانب من الفقه النظام العام بأنه: الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي، والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها . وبعبارة أخرى فإن النظام العام في كل دولة، هو مجموعة المبادئ الرئيسية التي تعتبر أساساً للقانون فيها.

ويرى عبد الرزاق السنهوري أنّ النظام العام يتمثل في مجموعة القواعد، التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية، تتعلق بنظام التمتع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات. لهم مصالح فردية فإنّ المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة كما يرى أنّ فكرة النظام العام لا تقتصر على مجموع القواعد التي تتعلق مباشرة أو بطريقة غير مباشرة بمصالح الجماعة. بل تتجسم في مبادئ عامة يمن على حياة الجماعة ولو لم تتضمنها نصوص القانون... وعلى الخصوص مجموعة من المبادئ الخلقية، وهي مبادئ شبّ الناس على إتباعها وفقاً لناموس أدبي يسود العلاقات الاجتماعية بينهم. وعليه فإنّ فكرة الآداب والمتمثلة في مجموعة الأسس الخلقية للجماعة تحتويها فكرة النظام العام.

ويرى جانب من الفقه أن النظام العام والآداب ليست فحسب تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق النظام في التمتع، أو تحقيق المصلحة العامة، لأن كل قواعد القانون في مجموعها تهدف إلى تحقيق الأغراض السابقة، وأن القواعد المتعلقة بالنظام العام هي التي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه من هذه الأهداف.

وهذا الحدّ يزيد أو ينقص بحسب ما إذا كان الاتجاه الفلسفي السائد في الدولة هو الاتجاه الليبرالي أو الاتجاه الاشتراكي، فدائرة ما يعتبر من النظام العام تتسع كل ما تعلق الأمر بالمنهج الاشتراكي، وتضيق وتنحسر عند تعلقها بالمنهج الليبرالي، لأن المنهج الأخير يطلق الحرية الفردية ويحد من تدخل الدولة.

يستفاد مما سبق أنّ النظام العام يشمل الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يرتكز عليها كيان التمتع كما تحدده القوانين الداخلية، وهو يتسع وينحسر حسب النظام السياسي السائد في الدولة.

والقضاء بدوره لم يخرج عما رسمه الفقه في تعريفه للنظام العام. كما تجدر الإشارة إلى أن النظام العام يتسع ليشمل جميع فروع القانون، وعليه فإن جميع قواعد القانون العام تتعلق بالنظام العام، غير أن قواعد القانون الخاص لا يعتبر متعلقا منها بالنظام العام سوى تلك التي تمس المصلحة العامة

و هكذا النظام العام لدى أهل القانون غير محدد وغير واضح؛ لاعتماده على المعيارية القائمة على المصلحة العامة، والنسبية الزمانية والمكانية، وغالب تعريفاتهم تؤول إلى وصفه بأنه مجموعة من الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية والخلقية التي يقوم عليها كيان المجتمع.

وقد حاول بعض الفقهاء تعريفه فلم يوفقوا فاعتبروا ان هذه المحاولة هي كما قيل "مغامرة على الرمال المتحركة"<sup>4</sup>.

والبعض الآخر تصدى للموضوع فحاول أن يقرب الفكرة من الأذهان إنما لم يتفق على رأي أو تعريف واحد وعرفه جون كربوني ربط مفهوم النظام العام بمعيار "المصلحة العامة" وسيادة المجتمع على الفرد. والنظام العام في رأيه يعبر عن النواة الصلبة للمجتمع وعن إرادة الحياة للمجتمع المهتد ببعض المبادرات الفردية من خلال العقود<sup>5</sup>

وعرفه البعض الآخر بأنه مضاد الحرية<sup>6</sup> و يعرفه ph. Malaurie: " بأنه حسن عمل المؤسسات الضرورية للجماعة"<sup>7</sup>

و هكذا اجمع الفقه على صعوبة تحديد فكرة النظام العام فحسب الفقيه هنري دوباج henry depage هذه الصعوبات هي التي جعلت التشريعات تحجم عن تعريفها وتحديدتها عن طريق عبارات عامة و مجردة<sup>8</sup>

بل و ذهب الفقيه LOUIS LOCK إلى أن: "كل فكرة عن النظام العام متغيرة وعائمة فهي اقرب صلة بالشعور منها بالواقع القانوني"<sup>9</sup>

### الفرع الثالث: تمييز فكرة النظام العام عما يشابهها من مصطلحات

\*الآداب العامة: فيقصد بالآداب العامة في هذا السياق تلك التي تمثل الحد الأدنى من الأفكار والقيم الخلقية التي تواضع عليها الناس، فهي تمثل جزءاً من الأخلاق العامة متفق عليه كحدّ أدنى يراه التمتع واجب الاحترام والتقدير، ويتحدّد هذا الجزء في ضوء العادات والتقاليد والأعراف وأحكام القضاء، وعلى ذلك فليس هناك تطابق بين الآداب العامة والأخلاق العامة .

لأنّ القول بالتطابق يؤدّي إلى اتسام سلطات الضبط الإداري في تقييد الحريات العامة بدعوى المحافظة على الأخلاق العامة ولذلك يتعيّن التأكيد على أنّ الآداب العامة لا تشمل كل مبادئ الأخلاق، بل حدّاً أدنى منها، لأنّ الآداب العامة لو تطابقت مع الأخلاق لأدّت إلى انقلاب الدولة إلى دولة استبدادية يتحول فيها القانون من ضبط السلوك الاجتماعي إلى الرقابة على الضمائر

ويعتبر معياراً للآداب العامة الناموس الأدبي الذي يسود العلاقات الاجتماعية في دولة معيّنة وزمن معيّن، وهو مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها ولو لم يأمرهم القانون بذلك، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس، وإلى جانب ذلك ميزان إنساني يزن الحسن والقبح، ونوع من الإلهام البشري يميّز بين الخير والشر<sup>10</sup>.



## المطلب الثاني: تطور المفهوم التقليدي للنظام العام

إنّ الدولة في عصرنا وجدت نفسها مضطرة تحت الظروف الاقتصادية والاجتماعية إلى التدخل في أوجه النشاط الاقتصادي من أجل تحقيق الصالح العام للأفراد، وقد ترتب على ذلك فرض كثير من القيود على حرية التجارة والصناعة، ويرى الفقه الحديث أن تقرير ذلك يعود إلى السلطة التشريعية.

فإذا كان الأصل أن المشرع هو الذي يقرر التنظيم القانوني للنشاط الاقتصادي الخاص. وذلك من أجل تحقيق السياسة الاقتصادية العامة للدولة، إلا أن الفقه والقضاء يتجهان إلى الاعتراف لبعض الأهداف الاقتصادية بوصف النظام العام الذي يبرر وجود سلطة ضبط إداري مستقلة.

ومن ثم تتسع فكرة النظام العام في حدود معينة لتشمل عنصرا جديدا، هو النظام العام الاقتصادي، الذي يستهدف إشباع حاجات ضرورية أو ملحة، ينتج عن عدم إشباعها حدوث اضطرابات معينة... ويتصل هذا التوسع في مدلول النظام العام بمجموعة من الأهداف الضرورية التي تتعلق بمتطلبات التسعير الجبري، وتوفير المواد الغذائية الضرورية، وتنظيم عملية التصدير والاستيراد، والتعامل بالعملات الحرة والاتجار فيها وإسكان من لا مأوى لهم خاصة في أوقات الأزمات.

ردود وجود النظام العام الاقتصادي *GEORGE RIPERT* وقد أكد جورج ريبير فيقول هذا الأخير أن النظام العام يتجاوز نطاق الهدوء والأمان وأنه يتأثر بالعلاقات الاقتصادية، ومن ثم تخول سلطات الضبط اليوم الحق في أن تضع في الاعتبار بعض غايات اقتصادية معينة. كالأجور والأسعار والتموين وهذه مواد أو متطلبات جديدة للنظام.

وحسب الفقيه بول برنارد Paul Bernard النظام العام التقليدي قاصر نظرا لسلبياته التي تجعله بتوقف عند حد نتيجة المباشرة المتمثلة في عدم وجود اضطراب المادي في المجتمع بل هو نظام حي ديناميكي لأنه نتيجة وثمره لعمل بناء مجهودات كبيرة مدعمة بوسائل كثيرة و موجهة لأهداف متعددة من اجل هدف اجتماعي عام و شامل

فهو تنظيم منسجم لكل العلاقات الإنسانية الاجتماعية الاقتصادية السياسية الفكرية الأخلاقية الكائنة في حياة مجموعة معينة<sup>11</sup>

### المبحث الثاني: تطبيقات النظام العام في مجال القانون الخاص

إنّ القانون الخاص يجمع بين القواعد المكملّة أو المفسرة، والقواعد الأمرّة أي المتعلقة بالنظام العام وعليه فما نصيبه من هذه القواعد الأخيرة. نتعرف على ذلك من خلال الفروع التالية:

#### الفرع الأول: النظام العام في مجال القانون المدني

لقد اتخذ المشرع من النظام العام والآداب معيارا للترقية بين القواعد الأمرّة وغيرها من القواعد، ومن ثم فهي تستخدم في هذا المجال لضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الأمرّة. ومن أبرز تطبيقات فكرة النظام العام في القانون المدني منها تلك المتعلقة بالمعاملات المالية والمرتبطة بمصلحة عامة، كالأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي وطورا تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف، ومن ذلك أيضا الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية.

أما فيما يتعلق بروابط الأحوال الشخصية، والتي تعتبر كقانون مستقل عن القانون المدني في بعض الدول كما هو الشأن بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري الصادر سنة 1984، فإنّ دولا أخرى تعتبره جزء من أحكام القانون المدني، وما يهمننا هو إبراز مدى تعلق قواعده بالنظام العام وتطبيقات ذلك. فالحالة المدنية وقواعد الأهلية، وعلاقة الشخص بأسرته، وما له من حقوقه، وما عليه من واجبات، كلها من النظام العام ويعتبر باطلا كل اتفاق يخالفها، ولا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم.

#### الفرع الثاني: النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص

إنّ فكرة النظام العام كما سبقت الإشارة هي فكرة مرنة، ومتطورة تختلف باختلاف الزمان والمكان. فما يعتبر متعارضا مع النظام العام في دولة لا يعتبر كذلك في دولة أخرى. وما يصطدم بالنظام العام داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمرا منافيا لهذه الفكرة في وقت آخر.

ويستعان بفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون :  
الأجنبي، الذي أشارت إليه قواعد الإسناد، ويتم ذلك بشروط  
أولاً: أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق طبقاً لقواعد التنازع في دولة  
القاضي، فلا يثار هذا الدفع إذا كان القانون الأجنبي يمكن استبعاد تطبيقه لسبب آخر.  
ثانياً: أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختلفاً في حكمه المطلوب مع  
مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، على أن يكون ذلك متروكاً لتقرير القاضي تحت  
إشراف المحكمة العليا.

ثالثاً: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية عند رفع الدعوى ولو كان نشوء الحق  
قد تمدون أن يكون مخالفاً للنظام العام. فإنّ سلطة القاضي التنفيذية على الوجه  
السالف لا تعني ترك الأمر لتقديره الشخصي ومعتقداته الخاصة، وإنما على القاضي أن  
يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة في دولته، وبمعنى آخر يجب أن يكون تقدير القاضي  
موضوعياً يستوفي شعور الجماعة لا شخصياً يترجم مشاعر القاضي.

المشرع الجزائري فقد سكت تماماً عن تحديد مفهوم النظام العام واكتفى بالنص  
عليه ضمن المادة 24 منه المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بقوله " لا  
يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب لنصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام  
والآداب العامة في الجزائر..."

ومما سبق يتبين لنا بأنه وبالرغم من المحاولات لإعطاء مفهوم للنظام العام لم يتم  
التوصل إلى ضبطه ضبطاً دقيقاً، وبالتالي يبقى الأمر متروكاً للقاضي وهو يتمتع فيه بسلطة  
تقديرية واسعة، ففي كل واقعة تعرض عليه لابد أن يقدر ما إذا كان حكم القانون الأجنبي  
يتعارض مع النظام العام في دولته وهذا ما ينطبق على القاضي الجزائري تماماً.

غير أن النظام العام في غالبية الدول الإسلامية يقوم على فكرة عدم مخالفة قواعد  
الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية ومن بينها الجزائر التي يتم العمل فيها  
بقواعد الشريعة الإسلامية في إطار قانون الأسرة.

كما أن هناك من يثير فكرة النظام العام الدولي، لكن الرأي الراجح يقول بأن  
التفرقة بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي تفرقة خادعة وخاطئة، كون النظام

العام في القانون الدولي الخاص يتميز بالوطنية، لأن ما يسمى بالنظام العام الدولي هو في الحقيقة النظام العام الداخلي<sup>12</sup>، وهذا النظام العام يختلف درجة تمدده أو انكماشه حسب مقتضيات الحال أي ما إذا كنا بصدد علاقات خاصة وطنية أم علاقات تتجاوز الحدود .

ويمكن أن تكون فكرة النظام العام الدولي موجودة بالمعنى الصحيح في مجال التحكيم في التجارة الدولية<sup>13</sup> وذلك راجع إلى أنه ليس للمحكمين قانون وطني يرجعون إليه، وهم يحتاجون إلى نظام قانوني له صفة العالمية، يرجعون إليه لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي يفصلون فيها، متى كان ذلك ضروريا .

ثانيا: مراحل تطور فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص  
عرفت فكرة النظام العام تطور في القانون الدولي الخاص

أولا: النظام العام كأداة لتطبيق القانون الإقليمي

بداية يسجل الفقه أن فكرة القانون العام فكرة حديثة في نطاق القانون الدولي الخاص، إذ أن دوره في القديم قد طرح بوصفه أداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، وصاحب لفضل في صياغة فكرة النظام العام بمفهومها الحديث هو الفقيه سافيني<sup>14</sup> .

أما عن نواة اصطلاح النظام العام فكانت من فقه نظرية الأحوال الإيطالي في القرن الثالث عشر ميلادي إذ ميز الفقيه بارتول Bartole بين الأحوال المفيدة أو الملائمة والأحوال البغيضة أو المستهجنة ورأى أن الأحوال الأولى هي التي يمكن أن يمتد تطبيقها خارج الإقليم الذي صدرت فيه فتتبع الشخص أينما ذهب وتسري عليه أينما كان، أما عن الأحوال البغيضة فلا يتصور تطبيقها خارج الإقليم الذي صدرت فيه وتبقى حبيسة حدود هذا الإقليم<sup>15</sup> .

أما الفقيه مانثيني فقد وضع نظريته الشهيرة التي أكد فيها مبدأ شخصية القوانين باعتبار أن القانون قد وضع ليحكم سلوك الأشخاص قبل أن يوضع ليطبق في حدود الإقليم، لكنه أورد على هذه النظرية عدة استثناءات تمثلت في تطبيق قانون الإرادة على العقود، وتطبيق القانون المحلي على شكل التصرفات، وكذلك قواعد القانون العام

والقوانين الخاصة بالأمن المدني وبالملكية العقارية وقد قرر مانشيبي أن هذه القوانين تطبق إقليميا لتعلقها بالنظام العام<sup>16</sup>.

### ثانيا: الدور الإستبعادي للنظام العام للنظام العام

إن كان مانشيبي قد استعمل فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، فقد كان له الفضل في إبراز دور لنظام الاستبعادي للنظام العام<sup>17</sup> في القرن التاسع عشر حيث أوضح أن قواعد الإسناد تعمل في النطاق الذي يسمح به "الاشتراك القانوني بين الدول" ومضمون فكرته أن هناك اشتراكا قانونيا بين الدول المسيحية التي استمدت قوانينها من القانون الروماني، هذا الاشتراك القانوني يسمح بعمل قواعد التنازع بين الدول المسيحية بما يتيح تطبيق كل دولة لقانون غيرها من الدول التي تتفق معها في وحدة المصدر القانوني وعلى النقيض من ذلك فإنه يتعين استبعاد القانون الأجنبي في الحالات التي تنقطع فيها عوامل الاشتراك.

أما الفقه الحديث فقد استفاد من فكرة سافيني إلا أنه لم يأخذ بمعيار وحدة المصدر، بل أصبح يقصد بفكرة الاشتراك القانوني في الوقت الراهن مجرد التقارب بين الأصول العامة في التشريع بما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي متنافرا تنافرا تاما مع الأحكام الموضوعية في قانون القاضي<sup>18</sup> وعلى هذا النحو انتهى تطور فكرة النظام العام إلى اعتبار الدفع بالنظام العام دفعا استثنائيا عاما يقيد من حكم قواعد الإسناد حيث يقصد به استبعاد القانون الأجنبي المختص اختصاصا عاديا طبقا لقاعدة الإسناد في كل حالة يتخلف فيها الاشتراك القانوني بين ذلك القانون وقانون القاضي.

### الفرع الثالث: النظام العام في مجال قانون الإجراءات المدنية

تستخدم فكرة النظام العام في مجال الإجراءات المدنية للتفرقة بين العيوب التي تعترى الإجراء أو الشكل فتصيب صحته وتجعله باطلا بطلانا نسبيا، وبين العيوب التي تصيب صحة الإجراء أو الشكل فتجعله باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام، وترتبط تلك التفرقة بالمواجهة بين أوجه النشاط الفردي وبين الضرورات الاجتماعية، ولتأكيد وحماية المصلحة العامة تتعلق بعض الإجراءات بالنظام العام ومن القواعد المتعلقة بالنظام العام تلك المتعلقة:

## \* بالتنظيم القضائي

\* والقواعد التي تتصل بالمقتضيات الموضوعية للعمل الإجرائي كوجود الخصوم

وأهليتهم وصحة تمثيلهم.

\* كما تعتبر متعلقة بالنظام العام كل الأشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير

القضاء كمرفق عام أو تتصل بالتنظيم العام للخصومة كتقرير بعض المواعيد التي من شأنها وضع حد للنزاع أو احترام حقوق الدفاع.

\* وقد ينص المشرع في بعض الحالات على تعلق القاعدة بالنظام العام مما يستتبع

بطلان الإجراء الذي يخالفها، غير أنه في حالة عدم النص يجب على القاضي أن يقدر المصلحة التي شرعت القاعدة لرعايتها.

وعليه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام سواء كان

من قام بالإجراء أو الموجه إليه الإجراء، فهذا النوع من البطلان لا يقتصر التمسك به على من شرع لمصلحته، ويجوز التمسك به حتى من الخصم الذي تسبب فيه ولا يجوز التنازل عنه لأنه يتعلق برعاية مصلحة عامة كما يثار الدفع المتعلق بالنظام العام في أية حالة تكون. عليها الدعوى ولو قدم لأول مرة أمام المحكمة العليا، و، و المادة 47 و 45 التي اعتبرت لأغيا و عديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين التجار و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو أي دفع بعدم القبول".

ويلاحظ أنّ قانون الإجراءات المدنية والقانون الدولي الخاص، رغم اشتمالهما على

قواعد تنتمي إلى القانون العام وأخرى تنتمي إلى القانون الخاص مما يحلو للبعض أنّ يدرجهما ضمن تقسيم ثالث يسمى " فروع القانون المختلطة".

إلا أننا نؤثر مع غيرنا إدراجهما ضمن القانون الخاص وذلك نظرا لكون الجزء الأكبر

والأساسي من قواعدهما ينتمي للفرع الأخير، أي وثيق الصلة بالقانون الخاص.

## أولاً: علاقة الاختصاص بالنظام العام

يعتبر الاختصاص من أهم مؤسسات قانون الإجراءات المدنية إلى جانب ارتباطه الوثيق بتعدد الأجهزة القضائية داخل الدولة الواحدة، ارتباط النتيجة بالسبب فهو يمثل ظابط يحدد نصيب كل محكمة من القضايا التي يعرفها المجتمع

اذن و من هذا منظور نجد الاتظمة القضائية المقارنة تعرف الاختصاص المحلي والنوعي و الوظيفي باعتبار الأول يوزع الاختصاص على أساس محل الإقامة أو أطراف الدعوى .. الخ في حين الثاني يوزع القضايا على أساس نوعها و قيمتها و الثالث الذي يوزع الاختصاص على أساس طبيعتها و وظيفتها

وبرجع الفقه و هو بصدد البحث عن مدى تعلق فكرة الاختصاص بالنظام العام إلى فكرة عامة أساسية متمثلة في تعلق القاعدة القانونية ما بالنظام العام باعتبار قواعد الاختصاص ضرباً من ضروب القاعدة القانونية

إذن تعتبر القاعدة القانونية من النظام العام إذا كانت أساسية في تنظيم المجتمع حيث يؤدي الإخلال بها إلى الفوضى و الاضطراب الاجتماعي

في حين المقصود بالقاعدة التي يضعها المشرع رعاية مصلحة خاصة و فردية، فلا شك انه يكون من حق من تقررت الرعاية لمصلحته

ومثل هذه القواعد تسمى بالقواعد المكتملة المتممة لإرادة المتعاقدين و لا تتعلق بالنظام العام. أما إذا قصد المشرع بالقواعد التي يضعها عندما يتصدى لتنظيم مسألة معينة تحقق مصلحة عامة لا تهم الأفراد بقدر ما تهم المشرع نفسه، فانه لا يكون من حق الأفراد أن يتنازلوا عنها لأنها تتعلق بفكرة التنظيم العام .

لا برعاية مصالح خاصة لأطراف علاقة قانونية و في مثل هذه الحالة يأبى المشرع على الأفراد أن يتفقوا على مخالفتها، لأنها ليست ملك لهم و تتعلق هذه القواعد بالنظام العام و من هنا عالج الفقه من هذا المنظور الشمولي قواعد الاختصاص علاقتها بالنظام العام و ظهر رأي فقهي يعتبر قواعد الاختصاص بطبيعتها تخضع للنظم العام<sup>19</sup>.

وعليه كلما كان الهدف من تقرير قاعدة اختصاص تحقيق مصلحة عامة كنا أمام قاعدة من النظام العام و إذا كان الهدف تحقيق المصلحة الخاصة كنا أمام قواعد لا علاقة لها بالنظام العام

و يتقرر على تعلق الاختصاص بالنظام العام :

\*يجوز للمحكمة أن تقرره من تلقاء نفسها

\*يجب على المحكمة أن تتأكد من كونها المختصة أو لا تحت طائلة إلغاء الحكم

\*يجب على النيابة العامة أن تثيره من تلقاء نفسها كلما كانت طرفا في الدعوى

المدنية

\*يجوز للأطراف التمسك بالدفع بعدم الاختصاص في أية مرحلة من مراحل

الدعوى و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا

\*لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته و كل اتفاق على ذلك يقع باطل عديم

الأثر

أما إذا كانت القواعد لا علاقة لها بالنظام العام

\*لا يجوز للمحكمة أن تقرره من تلقاء نفسها

\*يجب على المحكمة ألا تتعرض لمسالة الاختصاص طالما لم يثره الخصوم و يبقى

حكمها صحيحا ..الخ. و يجدر هنا التمييز بين الاختصاص النوعي و المحلي و علاقته

بالنظام العام<sup>20</sup>.

ثانيا: الإختصاص النوعي و النظام العام

يتجاذب فكرة الاختصاص و لنظام العام اتجاهان في التشريع المقارن، اتجاه الأول

يعتبرها من النظام العام لان المشرع إذ أوزع العمل بين المحاكم المختلفة لابد أن يكون قد

قرر أن الإخلال بهذا التنظيم يؤدي إلى الاضطراب و الاختلال على نحو يضر بالمصلحة

العامة التي من اجلها تقرر توزيع العمل بين المحاكم بهذا النظام .

أما الاتجاه الثاني فمؤداه أن قواعد الاختصاص النوعي لا ينبغي أن تعتبر من

النظام العام و يبرر أنصار الموقف ذلك بالرجوع إلى الأصل على اعتبار أن الاختصاص

النوعي يرتب المحاكم ترتيبا عموديا فاللجوء مباشرة إلى محكمة أعلى درجة من تلك التي



يجب قانونا الرجوع إليها و هو من باب الرجوع إلى الأصل، و هذا بالإضافة إلى مؤسسة التحكيم التي يعرفها التشريعات المقارنة و التي يبرر بواسطتها رواد الاتجاه موقفهم إذ يعتبرون رفع الدعوى أمام القضاء غير المختص نوعيا في الحقيقة حكما بينهما والأكد إن فالتشريعات المقارنة تميل إلى اعتبار الاختصاص النوعي من النظام العام ولعل ذلك ما يتضح من موقف المشرع الجزائري الذي يعتبر الاختصاص النوعي من النظام العام هذا ما أكدته المادة 36 قانون إجراءات مدنية و إدارية" عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى"<sup>21</sup>.

### ثالثا: فكرة النظام العام و الاختصاص المحلي

من القواعد التقليدية في إطار النظرية العامة عدم تعلق الاختصاص المحلي بالنظام العام، ذلك أن قواعده لم توضع إلا لتحقيق مصالح الأفراد.

هذا و قد واجهت هذه القاعدة بعض الاعتراضات خاصة من بعض الفقه الفرنسي كالأستاذ جارموني و سيزار برو و أعطى في ذلك مثلا : عن ماذا سيكون الحل لو اتفق جميع المتقاضين على التقاضي أمام محكمة السين في فرنسا ؟ و قد أجاب الفقه عن تساؤلها بأنه من المستحيل حدوث ذلك و هو مجرد احتمال مبني على افتراض خيالي و الأكد أن الاختصاص الإقليمي حسب الفقه ليس من النظام العام<sup>22</sup>

و بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري نجد المشرع اعتمد هذه القاعدة قبل تعديل القانون لكن حاليا و بالرجوع إلى نص المادة 45 و 47 منه اعتبرانه يجب اثاره الدفع بعم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو الدفع بعدم القبول<sup>23</sup>.

### الهوامش

<sup>1</sup> - مندي اسيا يسمينة، النظام العام و العقود شهادة ماجستير في العقود جامعة الجزائر كلية الحقوق 2009/2008 ص 01 .

<sup>2</sup> - مندي اسيا يسمينة، النظام العام و العقود، شهادة ماجستير في الحقوق كلية الحقوق جامعة الجزائر 2009/2008 ص 02 .

- <sup>3</sup> - يرجع الفضل للفقيه دوما الذي أعطى فكرة متناسقة عن النظام العام في مرحلة لم تكن المصطلحات المستعملة واضحة وقد أحصى في مرحلة لاحقة الأستاذ فيليب مالوري تعريف النظام العام بـ23 تعريف
- <sup>4</sup> - Philippe Malaurie – les contrats contraires à l'ordre public économique édition 1953 p.033.
- <sup>5</sup> - عبد السلام شعيب النظام العام وقانون العمل في ضوء العوامة ص 1022.
- <sup>6</sup> -Farjat G l'ordre public économique Dijon 1962 N 17/ s .
- <sup>7</sup> -Le bon fonctionnement des institutions indispensables pour la collectivité.
- <sup>8</sup> - شكري احمد السباعي: نظرية بطلان العقود وإبطالها في التشريع المدني المغربي دون دار نشر و دون سنة ص 178.
- <sup>9</sup> - سليمان السعيد النظام العام كهدف و قيد على نشاط الضبط الإداري جامعة الصديق بن يحي جيجل دون سنة ص 07.
- <sup>10</sup> -دايم بلقاسم النظام العام الوضعي و الشرعي و حماية البيئة، نيل شهادة دكتوراه في القانون العام جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2004/2003 ص 172.
- <sup>11</sup> -Paul Bernard notion d'ordre public en droit administratif LGDJ 1962 P 12.
- <sup>12</sup> - فؤاد ديب، تنازع القوانين، المطبعة الجديدة، دمشق، 1986، ص 143.
- <sup>13</sup> -فؤاد الديب المرجع السابق ص 143 .
- <sup>14</sup> - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002 ص 471 و امينة رايس النظام العام و الغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري 2007/2006 ص 6/5.
- <sup>15</sup> - عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق ص 472.
- <sup>16</sup> - هشام علي صادق، في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2003، ص 302.
- <sup>17</sup> - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 473.
- <sup>18</sup> -نفس المرجع أعلاه ص 474.
- <sup>19</sup> -عبد الباسط جمعي نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد دار الفكر العربي 1975 ص 92/90 و جلال محمد امهلول الدفع بعدم الاختصاص و فكرة النظام العام ص 03.
- <sup>20</sup> -عبد الباسط جمعي المرجع السابق ص 100/99 و جلال امهلول المرجع السابق ص 5/4.
- <sup>21</sup> -قانون إجراءات المدنية و الإدارية 09/08 المؤرخ في 2008/2/25 .
- <sup>22</sup> -عبد الباسط جمعي المرجع السابق ص 102/101 و جلال امهلول المرجع السابق ص 5.
- <sup>23</sup> - قانون الإجراءات المدنية و الادارية 09/08 المرجع السابق المادة 47 و 45 .

## مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة

NESSAKH BOULKANE Fatima  
Faculté de droit,  
Université d'Alger 1

د . نساخ بولقن فطيمة  
كلية الحقوق،  
جامعة الجزائر 1

### مقدمة

لقد اعتمد المجتمع العقد كوسيلة للتبادل للسلع والخدمات وهذا هو المفهوم الاقتصادي للعقد، وعرف كذلك مفهوما قانونيا الذي ينحصر في فكرة تبادل الإيرادات قصد ترتيب آثارا قانونية<sup>1</sup>.

فتأثر العقد بجملة من المذاهب الفلسفية منها من كرس الإرادة الفردية، فالأفراد أحرار لهم كل الحرية في إبرام العقد أو عدم إبرامه، لهم الحرية في تحديد المضمون العقدي بما أراداه من شروط، فوفق هذا الاتجاه الأفراد متساوون أمام القانون أي يعتمد هذا الاتجاه المساواة القانونية وساد هذا الاتجاه لما كانت المراكز الاقتصادية بين الأفراد متقاربة من حيث الخبرة والمعرفة والقوة الاقتصادية والقانونية، وإذا كان ثمة تفاوت في المساواة فما هي إلا مساواة طبيعية إلى حد ما، لا تستدعي التفريط بالقوة الملزمة للعقد وحاجة المجتمع للاستقرار لأجلها<sup>2</sup>.

وفي الجانب الآخر اتجاه فلسفي آخر كرس ما يسمى بالمصلحة العامة والمساواة الفعلية، وذلك على اعتبار أن الإرادة الفردية لم تعد قادرة على تحقيق مصالحها، فأصبحت الدولة مسؤولة على حماية الفئات الضعيفة تحقيقا للعدالة الاجتماعية، هذا يؤكد أنه لا بد من تجاوز النظرة الذاتية القائمة على الفرد منعزلا عن مجتمعه، وضرورة اعتماد التصور الموضوعي للعقد أي الاعتراف بالواقع الذي أصبح فيه المجتمع أي الافراد، وذلك للتطور الحاصل والذي أثر سلبا على ممارسة الحقوق من بعض الأفراد.

ووجد اتجاه آخر الذي اعتمد الموقف التوفيقي يعمل على تكريس المصلحة العامة والمصلحة الخاصة أي خدمة للمجتمع و الفرد على حد سواء.

وبين كل اتجاه واتجاه فإن العقد يضل من عمل الإرادة، فالإرادة أساس العقد بغض النظر عن دورها أو عن تقييدها أو ممارسة للحرية .

فالعقد أو العلاقة العقدية عمل المتعاقدين وهذا ما كان يسمى بمبدأ سلطان الإرادة والذي تولد عنه مبدأ الحرية العقدية ومبدأ القوة الملزمة للعقد ومفاهيم أخرى تجسد الدور الذي تؤديه الإرادة في العلاقة العقدية، والتي مع تطور المجتمع في كل المجالات ( الاقتصادية، الاجتماعية، العلمية، الفنية ) تراجع دور الإرادة وانتكس لعدة اعتبارات منها ما يعرف مفهوم النظام العام الذي حقيقة يعد من القيود الواردة على الإرادة في اطار العلاقة العقدية .

أضف إلى ذلك، أنه رغم أن مفهوم غامض ومرن ومتطور وغير دقيق فلا يوجد تعريف عام وشامل لهذا المفهوم، وما يمكن أن نصل إليه أنه مجموعة من القواعد الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع أو أنه مجموعة المقومات الأساسية للمجتمع، السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية.

إن فكرة النظام العام فكرة غير محددة، رغم أنها غامضة وغير محددة فإن الكل يفهمها ومن دون إعطاء تعريف معين لها .

أضف لذلك، إن تطور العلاقات العقدية جعل من الضروري من تحيين القواعد المنظمة للعلاقة العقدية وذلك في اطار ما يسمى بالتشريعات الخاصة والتي في إطارها أوجد المشرع مفاهيم جديدة مواتية للعلاقات العقدية الجديدة والتي تتصف بعامل التفاوت بين الإرادات العقدية، من هنا اصبحنا نلاحظ أنه لم يعد لمبدأ سلطان الإرادة دور، فأصبح البعض يمارس إرادته والبعض الآخر عاجز عن ممارسة الإرادة وذلك لعوامل خارجة عن العقد ومنها عوامل واقعية اثرت على الافراد في ممارسة الحقوق الممنوحة لهم قانونا، في حين البعض يمارس الحقوق الممنوحة لهم بطريقة تعسفية، وما ظاهرة الشروط التعسفية إلا دليل على تلك الممارسة التعسفية من بعض الافراد .

لقد اثبت الواقع المتطور عجز القانون المدني أي الشريعة العامة في السيطرة على مستجدات الواقع، فظهر تشريعا عاجزا وغير ملائم للشروط الاقتصادية والاجتماعية التي اصبحت سائدة في المجتمع رغم أنه كرس مفهوم الحرية العقدية، فكثرت ما يسمى بعقود الإذعان والتي فيها ينعدم عامل المناقشة المضمون العقدي بين الإرادات المتعاقدة

عكس ما هو يعرف في عقود المساومة التي تتمتع فيها كل ارادة متعاقدة بحرية في مناقشة المضمون العقدي على قدم المساواة .

إن التطور الذي عرفه المجتمع من كل النواحي اثر على العلاقة العقدية، فأصبحنا أمام ظاهرة عدم التوازن العقدي بشكل فادح، وهذا لا يعني أن الشريعة العامة لم تتناول حالة عدم التوازن العقدي بل هو موجود وعالجه المشرع في حالات معينة مثل حالة الاستغلال، حالة الظروف الطارئة وغيرها من الحالات، لكن عدم التوازن العقدي عرف مفهومًا واسعًا ينحصر خاصة في مفهوم التعسف وسوء استعمال الحقوق القانونية من البعض اضرارًا بالأغلبية ( الشروط التعسفية)، ونتج عن حالة عدم التوازن انتفاء العدالة العقدية التي كانت تتحقق بمجرد ممارسة الحرية من الافراد، هذا الوضع الذي دفع المشرع بأخذ زمام الامور، واهتم بتحقيق العدالة العقدية عن طريق التدخل التشريعي في العلاقة العقدية تنظيمًا لها خدمة للمصالح العام أو المصلحة الخاصة أو ما يسمى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، من هنا اصبح تحقيق العدالة العقدية يمر عبر سياسة حماية الطرف الضعيف وذلك بإعطاء حقوق للطرف الضعيف فيعيد للعقد توازنه، هذا ما يؤكد أن استقرار العلاقة العقدية يأتي من خارجها .

بين الأخذ والرد في ممارسة الحرية سادت فكرة النظام العام التي تعتبر من الحدود الواردة على الارادة المتعاقدة سواء لتحقيق المصلحة العامة أو تحقيقًا للمصلحة الخاصة أو ما يسمى بالمصالح المحمية .

لقد كان لمفهوم النظام العام الاثر الكبير على العلاقة العقدية، فهي تحديد وتقييد للإرادة المتعاقدة وهذا ما لا شك فيه خاصة في إطار العلاقة العقدية الغير المتساوية الأطراف، لكن في نفس الوقت يعتبر المنفذ الذي يسلكه المشرع للتدخل في العلاقة العقدية لتنظيمها خدمة للمصالح العام وحماية للطرف الضعيف الذي اصبح من اهتمامات المشرع .

مما لا شك فيه أن فكرة أو مفهوم النظام العام عرف تطورًا ملحوظًا وذلك لاقتترانه بمصلحة المجتمع، فكان له مجال تقليدي ينحصر في ثلاث مسائل رئيسية وهي الدولة والعائلة والآداب<sup>3</sup>، وأنتقل إلى مفهوم جديد ذلك لتطور الذي عرفه المجتمع، وأصبح يطلق عليه النظام العام الاقتصادي بمظهره التوجيهي والحماي، فأصبحنا امام مفاهيم

جديدة منها الاقتصادية وأخرى اجتماعية، وانتقلت الدولة من الدور الحارس للقيم في المجتمع للدور المتدخل في الميدان الاقتصادي والاجتماعي، فأخذ مفهوم الطرف الضعيف اهتماما كبيرا خلافا لما هو مقرر في الشريعة العامة (الطرف الضعيف في عقد الإذعان)<sup>4</sup>، فأصبح بذلك أساس حماية الطرف الضعيف يرجع إلى اعتبارات خاصة تتصل ببعض القيم الانسانية والحقوق الاساسية للفرد، فالحرص على صون الحرية والكرامة الانسانية هو مثلا اساس قامت عليه معظم نصوص قانون العمل التي عنت بحماية العامل بوصفه طرف ضعيف<sup>5</sup>، أضف لذلك أنه أصبح تحقيق العدالة العقدية في العلاقات العقدية الغير المتساوية الاطراف من اهتمامات المشرع تحقيقا للعدالة الاجتماعية.

اختلف مفهوم النظام العام في إطار القواعد المنظمة للعلاقة العقدية، فالسؤال الوارد في إطار هذا البحث هو تحديد مفهومه سواء في الشريعة العامة وفي التشريعات الخاصة، فهل له نفس المفهوم مع تطور العلاقات العقدية ووجود العلاقات العقدية الغير المتساوية الاطراف، من هنا مجال الدراسة هو تحديد مفهومه ما بين الشريعة العامة (القانون المدني) والتشريعات الخاصة.

للإجابة على الطرح الوارد ارتأينا تحديد مفهوم النظام العام في فكرتين هامتين كافيتين لتحديد مفهومه وهما أن الحرية العقدية من النظام العام في الشريعة العامة (المبحث الأول)، وأن النظام العام هو أساس ووسيلة لتفعيل الحرية العقدية في إطار التشريعات الخاصة (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: الحرية العقدية من النظام العام في الشريعة العامة

يقوم العقد وفق قانون العقود الذي حدده المشرع على فكرة ممارسة الحرية العقدية تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، فالعلاقة العقدية أساسها التراضي (المطلب الأول)، وأكد المشرع مبدأ سيادة الإرادة على العلاقة العقدية بأنه جعل القواعد المنظمة للعقد في معظمها ذات طابع تكميلي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التراضي أساس التعاقد في الشريعة العامة

لقد اعتمد المشرع الجزائري في إطار تنظيم العلاقة العقدية على فكرة ممارسة الحرية، جسد ذلك في إطار تعريف الذي اعتمده في تعريف العقد وفق المادة 54<sup>6</sup>، ففكرة توافق الإرادات على إحداث أثر قانوني يؤكد من خلالها المشرع أن الإرادة هي جوهر وأساس العقد بدونها لا يقوم للعقد قائمة، فهي تنشئ العقد وهي التي تحدد آثاره، وهذه هي الحرية التعاقدية أو ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة<sup>7</sup>. فالعلاقة العقدية الأصل أن تنظيمها متروك لحرية الأفراد، بحيث تكون القواعد المنظمة للعقد غير متعلقة بالنظام العام، هذا ما كرسه المشرع في قانون العقود في الشريعة العامة حيث نظم المشرع العلاقة العقدية وفق مبدأ حرية التعاقد (المادة 106) وقيد الإرادة إلا في مجالات معينة خدمة للمصلحة العامة تأثراً بقواعد النظام العام التوجيهي.

أضف إلى ذلك، كرس المشرع قاعدة الرضائية في التصرفات القانونية أي أن العقود تتم بمجرد التراضي دون حاجة إلى إفراغ هذا التراضي في شكل معين كالكتابة<sup>8</sup>.

### المطلب الثاني: الطابع التكميلي للقواعد المنظمة للعقد في الشريعة العامة

إن تكريس الحرية العقدية في إطار الشريعة العامة المنظمة للعلاقة العقدية أدى إلى سيادة ما يسمى بالقواعد المكملة أو الطابع التكميلي للقواعد المنظمة للعقد، و يراد بالقواعد المكملة هي تلك التي تمكن الأفراد من تنظيم علاقاتهم وأن يحددوا سلوكا مخالفا لذلك الذي قرره<sup>9</sup>.

فإعتمد بذلك المشرع مبدأ الحرية العقدية في إطار العلاقة العقدية لكن دون المساس بقواعد النظام العام لكن بشكل ضيق عما هو في إطار العلاقة العقدية الغير المتساوية الأطراف والتي نظمت وفق ما يسمى بالتشريعات الخاصة.

يمكن لنا أن نلاحظ هذا الطابع التكميلي للقواعد المنظمة للعقد خاصة في إطار القواعد المنظمة للعقود الخاصة خاصة عقد البيع<sup>10</sup>، فترك المشرع للإرادة المتعاقدة مجالاً واسعاً لممارسة الحرية.

لكن هذا لا يعني أن المشرع لم يعرف مفهوم النظام العام في الشريعة العامة بل عرفه لكن بشكل ضيق عما هو عليه في التشريعات الخاصة، وذلك راجع إلى أن المشرع عمل على تكريس الحرية العقدية واعتبر أن في ممارستها تعتبر من النظام العام، فالنظام العام يعتبر حقيقة قيد على الحرية العقدية ولكن هذا إلا استثناء، إذ الأصل أن كل ما ليس ممنوع مباح، فطالما لا يوجد منع يكون للإرادة سلطان<sup>11</sup>.

ومن جملة القواعد التي كرس المشرع جانباً من النظام العام هو لما اشترط الكتابة الرسمية في بعض العقود (بيع العقار، الرهن)<sup>12</sup>، هذا برهنة أنه خرج عن مبدأ الرضائية لحكمة ما، أضف إلى ذلك أن المشرع حقيقة عرف مفهوم الطرف الضعيف ولو بصفة غير ملفت للانتباه (المادة 70)، وحصر حمايته في إطار المضمون العقدي أي بالتحديد ما يسمى بالشروط التعسفية.

### المبحث الثاني : النظام العام في التشريعات الخاصة تفعيل للحرية العقدية

لا يختلف اثنان أن العلاقة العقدية عرفت جملة من التطورات أثرت سلباً أو إيجاباً، سواء في تحديد الإرادة المتعاقدة وحتى عدم ممارسة للحرية العقدية من طرف البعض من الافراد وهذا هو الجانب السلبي، أما ما أحدثه التطور في إطار العلاقة العقدية من إيجاباً هو تدخل المشرع في العلاقة العقدية الغير المتساوية الأطراف لمساندة الطرف الضعيف.

لذلك كان لا بد للتطرق لمفهوم النظام العام الإقتصادي الحديث وإيضاح صوره والتي من خلالها تمكن المشرع من مساعدة الطرف الضعيف لممارسة الحرية العقدية خاصة بما يسمى بالنظام العام الاقتصادي الاجتماعي (المطلب الأول)، ثم نحدد المجال الذي اكتسحه المشرع لتفعيل ممارسة الحرية العقدية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية الغير المتساوية الأطراف (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : مفهوم النظام العام الاقتصادي

نتناول النظام العام الاقتصادي التوجيهي (الفرع الأول)، ثم نتناول النظام العام الإقتصادي الحمائي (الفرع الثاني)



## الفرع الأول: النظام العام الاقتصادي التوجيهي

إن في تحديد مفهوم النظام العام الاقتصادي التوجيهي نتناول تعريفه (أولا) ثم نتناول أثره على العلاقة العقدية (ثانيا).

### أولا: تعريف النظام العام الاقتصادي التوجيهي

يقصد بالنظام العام التوجيهي تلك الاسس الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع ما، بحيث يرمي إلى تجسيد السياسة الوطنية بتدخل السلطة في حرية الافراد<sup>13</sup>.

ويراد به كذلك تلك القواعد القانونية التي تنظم وتدير الاقتصاد الوطني، فهي تلك القواعد التي تحمي المبادئ الاساسية والمصالح العليا للبلاد في الميدان الاقتصادي والاجتماعي<sup>14</sup>.

فقواعد النظام العام الاقتصادي التوجيهي قواعد يراد بها تحقيق المصلحة العامة، فهي قواعد متغيرة من بلد إلى آخر، قواعد مرتبطة بنظام الحكم القائم، ويهدف من خلال أحكامه تنظيم التبادلات أو النقد الوطني وكذا التجارة الخارجية والاستثمار والإنتاج والتسويق، وتحضير التنمية الاقتصادية والتهيئة العمرانية أي تنظيم كل ما له علاقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة<sup>15</sup>، من جانب آخر إن النظام العام الاقتصادي التوجيهي نظام يؤكد علو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة<sup>16</sup> من جهة، ومن جهة أخرى تعد فكرة المصلحة العامة فكرة نسبية من حيث المضمون أي متغيرة من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر<sup>17</sup>.

لكن غالبا ما يراد بالمصلحة العامة كل أمر يتعلق بالمقوم الأساسي للمجتمع بحيث يرجح على كل مصلحة فردية، ومن ثمّ وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى لو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة<sup>18</sup>، فكان لابد لتجسيد المصلحة العامة وجود كيان مستقل الذي يتمثل في الدولة التي أخذت بنصاب كبير من السلطات باعتبارها تمثل المصلحة العامة، فاحتكرت دور التوجيه والإشراف على الاقتصاد الوطني، وذلك على اعتبار أن الإرادة الفردية غير قادرة على تحقيق هذه الغايات<sup>19</sup> أي المصلحة العامة أو مصلحة المجتمع، ذلك أن المجتمع هو وحدة متضامنة فمن الضروري أن تتضامن الإيرادات ويتكافل الأفراد فيما بينهم تحقيقا لمصلحة المجموع

وتحقيقا للمساواة الفعلية، ونستنتج أن مفهوم المصلحة العامة أثر على الحرية العقدية أو ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة والآثار المترتبة عنه<sup>20</sup>.

إن النظام العام التوجيهي يحمل من الممنوعات مثله مثل النظام العام بمفهومه التقليدي (السياسي) لكن في نفس الوقت له مفهوم إيجابي وهو حمل الأفراد على المشاركة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ولن يكون ذلك إلا بفرض مضمونا للعقد يقع لزاما على الأفراد التقيد به وهذا ما أطلق عليه بالعقود المنظمة والمفروضة وأخرى محظورة ومراقبة<sup>21</sup>.

### ثانيا: أثر النظام العام الاقتصادي التوجيهي على العلاقة العقدية

تعتبر قواعد النظام العام الاقتصادي التوجيهي قواعد أمرة وفي مخالفتها يتقرر البطلان المطلق أي أن كل مخالفتها من طرف الأفراد في إطار علاقاتهم العقدية يترتب البطلان المطلق للعقود المبرمة.

كرس المشرع الجزائري هذا المفهوم في ظل القواعد المنظمة للعلاقة العقدية أي في الشريعة العامة، وقرر جزاء مدني الذي هو البطلان المطلق<sup>22</sup>، وذلك عندما أقر مراقبة مشروعية سبب العقد، فاشتراط أن يكون السبب مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وفي اشتراط المشروعية في سبب العقد هو لاهتمام المشرع بالمصلحة العامة<sup>23</sup>، والتي يراد بها المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع من حريات الافراد وتنظيم المصالح الإدارية ونظام الحكم الذي يجسد في شكل قواعد قانونية في الدستور والقواعد المختلفة<sup>24</sup>.

كان تأثير النظام العام الاقتصادي التوجيهي على العقد ظاهرا في اشتراط أن يكون محل الالتزام غير مخالف للنظام العام، وإذا خالفه يكون مصير العقد البطلان المطلق<sup>25</sup>.

أكد كذلك المشرع مصير العقود المخالفة للنظام العام بمقتضى المادة 102، فأقر البطلان المطلق ومنح لكل ذي مصلحة التمسك به وللقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه<sup>26</sup>.

أضف إلى ذلك إن تحقيق المصلحة العامة عبر قواعد النظام العام الاقتصادي التوجيهي سمح للدولة التدخل في العلاقات العقدية، فنظمت بعض العقود مثل عقد العمل، عقد التأمين، عقد الاستهلاك، وما تدخل الدولة في إطار العلاقات العقدية إلا

نتيجة تطور وظيفتها من الدور الحارس للقيم الهامة في المجتمع إلى الدور المتدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية تحقيقا للصالح العام والمصلحة الخاصة للأفراد على حد سواء، فأصبحت الدولة إذن تلعب الدور التوجيهي للاقتصاد والتبادلات الاقتصادية لتحقيق المنفعة العامة، فجانبا من تدخل الدولة كان دافعه حماية الاقتصاد<sup>27</sup> وتوجيهه إلى تحقيق المصلحة العامة أي مصلحة المجتمع برمته .

### الفرع الثاني : النظام العام الاقتصادي الحمائي

نتناول أولا تعريفه (أولا)، ثم أثره على العلاقة العقدية (ثانيا) .

#### أولا : تعريف النظام العام الاقتصادي الحمائي

عرفت العلاقات العقدية ما بين الأفراد جملة من التطورات أدت إلى تغير مفهومها عما هي عليه في الشريعة العامة، فظهر مفهوم عدم المساواة بين الأفراد بشكل جلي عما عرفه المشرع في الشريعة العامة ( عقود الإذعان)، فأصبح عدم مساواة المتعاقدين من خصائص التعاقد الحديث، فتزامن مع هذا الوضع فكرة عدم توازن العقد وانعدام العدالة العقدية خاصة بانتشار ظاهرة الشروط التعسفية التي تخدم مصلحة محررها وفي الجانب الآخر ترهق الطرف الضعيف وتهضم من حقوقه .

إن مفهوم النظام العام الحمائي الاجتماعي يقدم مفهوم الحماية، فهو تلك القواعد التي تهدف من خلالها حماية فئة معينة في المجتمع، وفي إطار العلاقة العقدية يراد بها الحماية المقررة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ويتأكد هذا المفهوم بشكل جلي بما يسمى بالتشريعات الحمائية العمالية والتشريع الخاص بحماية المستهلك .

أراد المشرع انطلاقا من التشريعات الحمائية حماية المصالح الخاصة للأفراد التي أصبحت تشكل مع تطور المجتمع من أولويات أو اهتمامات الدولة والتي في حمايتها تحقق التوازن في المجتمع بين الأفراد فتحقيقا للعدالة الاجتماعية. وتتجسد هذه الحماية بتقرير جملة من الحقوق تعطى للطرف الضعيف في العلاقة العقدية ليمارسها في مواجهة الطرف القوي المتعاقد معه، من هنا يراد بالحماية التشريعية المقررة للطرف الضعيف إعطائه حقوقا قانونية التي افتقدها في الجانب الاقتصادي<sup>28</sup> .

## ثانياً: أثر قواعد النظام العام الاقتصادي الحمائي على العلاقة العقدية

إن سبب وجود النظام العام الحمائي تحقيق غاية اجتماعية بحثه وهذا مما لا شك فيه، فتحقيق العدالة ما بين الأفراد في المجتمع مبرر كاف لجعلها من النظام العام، هذا الذي جعل المشرع يغير في مفهوم الجزاء في مخالفتها، حقيقة هي قواعد أمرة والمعروف أن القواعد الأمرة لا يجوز مخالفتها وفي مخالفتها يتقرر البطلان المطلق، لكن لا نجد هذا المفهوم للقواعد الأمرة في مخالفة قواعد النظام العام الحمائي، فعامل المشرع قواعد النظام العام الحمائي معاملة خاصة، فهي قواعد أمرة لكن يجوز مخالفتها وذلك إلا إذا كان في مخالفتها تحقيقاً لمصلحة الطرف الضعيف، وهنا يكون المشرع قد اختار الحل المناسب وذلك لان في تقرير البطلان النسبي في مخالفتها يكون قد حقق الغاية المتوخاة من وضع قواعد النظام العام الحمائي، ففي علاقة عقدية غير متساوية الأطراف تكون من مصلحة الطرف الضعيف إبطال الشرط التعسفي أو إعفاءه منه ولكن دون المساس بالعقد أي العقد باق والشرط يلغى أو يعفى منه الطرف الضعيف وبذلك تتحقق الحماية للطرف الضعيف .

حقيقة قواعد النظام العام الحمائي في خدمة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الغير متساوية الاطراف، فتقرير المشرع جملة الشروط التي يعتبرها تعسفية هو تحديد المسبق للمضمون العقدي، فالطرف القوي يجد نفسه أمام حدود لا يمكن له أن يخالفها وبذلك هناك نوع من التحديد حتى في جاني الطرف القوي في العلاقة العقدية لكن هذا التحديد له ما يبرره وهو تحقيق العدالة العقدية، فالعلاقة التي تجمع بين طرفين غير متساويين علاقة منظمة، فالطرف القوي ليس له مثلاً المساس بالحقوق الممنوحة للمستهلك مثلاً الضمان من النظام العام<sup>29</sup>، في حين إذا كنا في ظل عقد مساومة يمكن للمتعاقدين تعديل من أحكام المسؤولية العقدية<sup>30</sup>.

فقواعد النظام العام الحمائي حقيقة في خدمة الطرف الضعيف وذلك في تقرير له جملة من الحقوق لكن في نفس الوقت هي تحديد لإرادة الطرف المتعاقد مع الطرف الضعيف، فهي قيد على الحرية الفردية عند إبرام اتفاقاتهم<sup>31</sup>، فأصبح لزاماً على الأفراد أن يؤدوا دوراً لتحقيق العدالة والأمن والصالح العام عند ممارستهم لحريةهم<sup>32</sup>.

## المطلب الثاني : مجال أعمال قواعد النظام العام لتفعيل ممارسة الحرية العقدية

استعمل المشرع مفهوم النظام العام كوسيلة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، مع العلم أن المشرع عرف مفهوم الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وذلك في الشريعة العامة وهذا المفهوم لا يهمننا في إطار البحث بل يهمننا مفهوم الطرف الضعيف وفق مفهوم النظام العام الحديث أو ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي الحمائي .

لقد اهتم المشرع بحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ذلك بسبب وجود العلاقة العقدية في حالة عدم توازن عقدي بين أداءات المتعاقدين مما رتب انعدام العدالة العقدية، من هنا فاهتمام المشرع بحماية الطرف الضعيف بهدف تحقيق العدالة العقدية في إطار ما يسمى بالعلاقات العقدية الغير متساوية الأطراف، هذا ما يؤكد أن القانون من العلوم الاجتماعية لا يمكن أن يتجاهل التطور الحاصل في المجتمع، فالتطور الحاصل لا بد أن يؤدي إلى تطورا وتجديدا في القواعد المطبقة على العلاقة العقدية<sup>33</sup> .

إن تطور العلاقة العقدية وقيامها على عنصر التفاوت بين اطرافها المتعاقدة، وحتى وإن اختلف سبب التفاوت من تفاوت من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية أو العلمية أو الفنية إجمالا اختلافا صور التفاوت يرتب في كل الحالات عدم توازن عقدي، من هنا يعد هذا التفاوت سبب لإعادة تنظيم العلاقة العقدية من جديد في إطار ما يسمى بالتشريعات الخاصة تحقيقا للعدالة العقدية .

يمكن حصر الحماية أو المسلك الذي سلكه المشرع في تحقيق الحماية للطرف الضعيف وتفعيل ممارسة الحرية العقدية له فاهتم بمراقبة المضمون العقدي، فقرر جملة من الحقوق للطرف الضعيف في شكل قواعد أمره لا يجوز مخالفتها إلا إذا كان في مخالفتها تحقيقا لمصلحة الطرف الضعيف ( الفرع الاول )، وفي الجانب الآخر وفي إطار مراقبة المضمون العقدي حارب وجود الشروط التعسفية في العلاقة العقدية الغير متساوية الاطراف ( الفرع الثاني) .

## الفرع الأول : الطابع الأمر لقواعد النظام العام الاجتماعي مع إمكانية مخالفتها

تنقسم القواعد القانونية المنظمة للعلاقة العقدية إلى نوعان، منها القواعد المكتملة وهي القواعد التي يجوز مخالفتها من طرف المتعاقدين، والغرض من تقريرها هو تنظيم العلاقة العقدية في حالة عدم تنظيمها من طرف المتعاقدين، أما النوع الثاني من القواعد

القانونية وهي القواعد الآمرة وفيها المشرع منع كل مخالفة لها وذلك باعتبارها تمثل المصلحة العامة، وكل اتفاق على مخالفتها يرتب بطلاناً مطلقاً للعلاقة العقدية هذا هو المفهوم للقواعد الآمرة، لكن في إطار قواعد النظام العام الاجتماعي الحمائي خالف المشرع هذا الجزء المقرر، حقيقة تظل قواعد النظام العام الإقتصادي الحمائي قواعد أمرة لكن يجوز مخالفتها وذلك في حالة وحيدة وهي تحقيق مصلحة الطرف الضعيف، فالإتفاق الذي يزيد من مقدار حقوق الطرف الضعيف فإنه يكون صحيحاً ملزماً للأطراف<sup>34</sup>.

يعود سبب تراجع المشرع عن الجزء المقرر في حالة مخالفة قواعد النظام بسبب المصلحة التي يسعى من خلالها في تقرير هذه القواعد، فالمشرع في تقرير قواعد النظام العام الحمائي غرضه تحقيق الحماية للطرف الضعيف، وهذا الغرض لن يتحقق بتقرير البطلان المطلق، فالطرف الضعيف في العلاقة العقدية الغير متساوية الأطراف يهيمه بقاء العقد وليس بطلانه بطلان مطلق، فالشرط التعسفي يهدد مصلحة الطرف الضعيف كالمستهلك في عقد الاستهلاك والعامل في علاقة العمل، في حين انه كليهما يهيمهما بقاء العقد وإبطال أو إعفائهما منه، ومن هنا تتحقق الحماية الجدية للطرف الضعيف.

فأجاز المشرع إذن مخالفة قواعد النظام العام الاجتماعي الحمائي وذلك في حالة واحدة وهي حالة إذا كان في مخالفتها تحقيقاً لمصلحة الطرف الضعيف، وتتحقق هذه الحالة في الزيادة للحقوق الممنوحة للطرف الضعيف دون النقصان منها.

هذا هو المفهوم الجديد المقرر في حالة مخالفة قواعد النظام العام وذلك بالنسبة لقواعد النظام العام الاجتماعي الحمائي التي في وضعها أراد المشرع تحقيق هدف اجتماعي وهو حماية الافراد الضعفاء في العلاقات العقدية التي تتصف أنها علاقات غير متوازنة والتي تكون مجالاً مفتوحاً للتعسف.

ما يمكن أن نلاحظه أن المشرع في إطار العلاقة العقدية الغير متساوية الأطراف تدخل وذلك لتفعيل ممارسة الحرية العقدية للطرف الضعيف، وكان ذلك عن طريق ما يسمى بالزيادة في الحقوق له.

## الفرع الثاني : محاربة الشروط التعسفية في إطار العلاقة العقدية الغير متساوية الاطراف

تعتبر حرية تحديد المضمون العقدي الممنوحة للإرادات المتعاقدة أثر لما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة، فلكل متعاقد أن يشارك في تحرير المضمون العقدي ومناقشته مع المتعاقد الآخر وذلك لتسطير مصالحه المراد تحقيقها من العقد، هذه الحرية أصبحت مجرد شعارا ذلك بسبب التطور الحاصل في المجتمع، ونشأت طبقة من الأفراد تمارس الإرادة بطريقة تعسفية وإرادات أصبحت تقدم تضحيات للاستفادة من محل العقد، فسيطر بالتالي الطرف القوي في العلاقة العقدية وحمل العقد جملة من الشروط التي تحقق مصالحه مهذرا مصالح الطرف الضعيف، وهذا الوضع ولد عدم توازن أداءات المتعاقدين مما استدعى تدخل المشرع لتنظيم هذه العلاقات الغير المتساوية الأطراف وذلك بمحاربة ما يسمى بالشروط التعسفية .

إن محاربة الشروط التعسفية في العلاقة العقدية الغير متساوية الاطراف من طرف المشرع مستعملا ما يسمى بقواعد النظام العام، فاختار وسيلة محاربتها وذلك بتعدادها في إطار التشريعات الخاصة فكانت محاربة الشروط التعسفية بطريقة واسعة (ثانيا)، في حين في الشريعة العامة أي في القانون المدني المنظم للعلاقة العقدية تعرض للشروط التعسفية بمناسبة التطرق لما يسمى بعقود الإذعان، فأجاز للقاضي التدخل بمناسبة الشروط التعسفية لحماية الطرف الضعيف المدعن فكان محاربة وجود الشروط التعسفية بشكل ضيق (أولا).

### أولا : محاربة الشروط التعسفية في إطار الشريعة العامة " محاربة ضيقة "

عالج المشرع وفق الشريعة العامة بمناسبة تناول ما يسمى عقود الإذعان ظاهرة الشروط التعسفية<sup>35</sup>، وتعرف عقود الإذعان بتلك العقود التي يقدم فيها المدعن إذعانا ورضوخا وتسليما لشروط المقررة من الطرف القوي، فتتعدم بذلك مناقشة العقد من طرف المدعن .

فنظرا لطبيعة عقد الإذعان أجاز المشرع للقاضي أن يتدخل في العلاقة العقدية وذلك لتعديل هذه الشروط التعسفية أو إعفاء المدعن منها، فأراد المشرع من هذه

السلطة المعطاة للقاضي في إطار عقود الإذعان تحقيق الحماية للطرف الضعيف وفي نفس الوقت إعادة توازن العقدي الذي اختل بوجود هذه الشروط التعسفية . نستنتج أن المشرع في محاربة ما يسمى بالشروط التعسفية في إطار العلاقة العقدية فيها طرف ضعيف " المذعن " كان عن طريق القضاء أي بتدخل القاضي وذلك تحقيقاً للحماية، في حين محاربة الشروط التعسفية في إطار التشريعات الخاصة سلك المشرع طريقاً آخرًا .

ثانياً: محاربة الشروط التعسفية في إطار التشريعات الخاصة " محاربة واسعة " إن تطور العلاقات العقدية وسيادة عامل التفاوت بين الإرادات العقدية أثر في القواعد المنظمة للعلاقة العقدية أي ما يسمى بقانون العقود، فكان لابد من تحيين هذه القواعد أي كان لابد البحث عن حلول جديدة للأوضاع الجديدة، وهذا ما حققته التشريعات الخاصة على اختلاف أنواعها، فكانت بذلك الحلول لمشاكل العقود ذات الأطراف الغير متساوية خارج التقنين المدني، فكان قانون حماية المستهلك لحماية حقوق المستهلك وفيه أدرج جملة من الحقوق للمستهلك خاصة ما يسمى بالالتزام بالإعلام<sup>36</sup>، فوفر بمقتضاه المشرع للمستهلك حماية جدية في مرحلة إبرام العقد وأكد كذلك هذا الالتزام في قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وفق المادة 5 منه " يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى "، وكانت التشريعات العمالية<sup>37</sup> هي الأخرى مجالاً لحماية العمال، فوفقها قدم المشرع حماية جدية للعامل في مواجهة رب العمل مثل تحديد الحد الأدنى للأجر وتحديد أوقات العمل والمدة القانونية للعمل<sup>38</sup>، وما يمكن أن نلاحظه بالنسبة لعقد العمل وموقف المشرع منه أنه استعمل طريقين لتفعيل الحماية الجدية للعامل، فتدخل بطريقة مباشرة في العلاقة العقدية التي طرفاها العمل ورب العمل وذلك بفرض قواعد موضوعية مرة تحكم هذه العلاقات، إما بطريق غير مباشر وذلك بالاعتراف للنقابات بالشخصية الاعتبارية واستعمالها كل الطرق والوسائل للضغط على أصحاب الأعمال كالإضراب والتفاوض لإبرام اتفاقات العمل الجماعية أو لتحديد الأجور<sup>39</sup>، هذا ما أكدته المشرع في إطار قانون 11/90 الذي يتعلق بعلاقات العمل<sup>40</sup>.



إن ما يجلب أنظارنا في إطار هذه التشريعات الحمائية هو التشريع الخاص بحماية المستهلك<sup>41</sup>، واهتمامنا بهذا التشريع هو من باب أنه التشريع الذي يهتم العامة من الناس فكلنا مستهلكين، فقانون حماية المستهلك مجاله واسع، ويراد بالمستهلك أنه ذلك الشخص الذي يضطر بسبب حاجته الشخصية غير الحرفية أو المهنية إلى الدخول كطرف في عقد لتقديم الأشياء أو الخدمات، وهو بسبب حاجته هذه وبسبب عجزه في نفس الوقت عن التحكم في نظام البيع وتوزيع السلع أو تحديد ثمنها بإرادته يوجد في مركز تعاقد ضعيف يجعله جديرا بالحماية<sup>42</sup>.

أما عن التعريف التشريعي للمستهلك الوارد في قانون حماية المستهلك جاء وفق المادة 3 " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به " .

كما تناول قانون الممارسات التجارية 02/04<sup>43</sup> تعريف المستهلك وفق المادة 3 الفقرة الثانية منه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني " .

أما عن تعريف الشرط التعسفي فهو الشرط الذي يحرر بإرادة منفردة من طرف المتعاقد الطرف القوي والذي يحمل مزايا ومنافع له، ويترتب عن وجود هذا الشرط اختلال التوازن العقدي، وفيه يتحمل الطرف الضعيف التزامات ترهقه أو تهدر مصلحته مما يؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد<sup>44</sup> من تعريف الشرط التعسفي يمكن إجمال مميزاته أنه :

. شرط محرر بإرادة منفردة

. شرط يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد

. شرط يحقق مصلحة محرره ويمس بمصالح الطرف الضعيف في العقد

وانطلاقا كذلك من التعريف التشريعي للشرط التعسفي الوارد في قانون 02/04<sup>45</sup> للممارسات التجارية، حدد فيه تعريف الشرط التعسفي وفق المادة 3 فقرة الخامسة منه " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد "، وحدد وفق المادة 29 منه

الممارسات التعاقدية التعسفية أو ما يسمى بالشروط التعسفية على سبيل المثال، فكيفها بأنها شروط تعسفية وذلك في إطار العلاقة العقدية بين المستهلك والبائع وأكد على حماية مصالح وحقوق المستهلك ومن أمثلة هاته الشروط، الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية أو الشرط الذي يعفي المهني نفسه من الضمان عند التخلف عن تنفيذ التزامه<sup>46</sup>.

بالإضافة إلى التحديد للشروط التعسفية بمقتضى قانون 02/04 المعدل والمتمم<sup>47</sup>، استحدثت المشرع لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم 306.06<sup>48</sup> الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، فحدد المشرع وفق المادة الخامسة منه جملة من الشروط التي اعتبرها شروطا تعسفية مثل حالة احتفاظ العون الاقتصادي بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك، والشرط الذي يدرجه العون الاقتصادي والذي بمقتضاه لا يسمح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض وغيرها من الشروط التي اعتبرها المشرع شروطا تعسفية.

ما يمكن ملاحظته في موقف المشرع أنه انتقل إلى أسلوب جديد لإقصاء الشروط التعسفية من العلاقات التعاقدية الغير متساوية الاطراف، فأخذ بزمام الأمور وانفرد بتحديد ما هي الشروط التعسفية، في حين كان وفق الشريعة العامة الامر متروك لسلطة القاضي.

#### خاتمة

إن مفهوم النظام العام ما بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة يمكن أن نحصره في فكرتين هامتين انطلقا من مبدأ الحرية العقدية الذي يعتبر من النظام العام في الشريعة العامة، وفي الجانب الآخر يعتبر النظام العام وسيلة لتفعيل الحرية العقدية في إطار التشريعات الخاصة، من هنا الاختلاف وارد بين المفهومين.

أضف لذلك قواعد النظام العام تحد من الإرادة المتعاقدة يشمل هذا التحديد كل مظهر من مظاهر النظام العام سواء التوجيهي والحماي على حد سواء، فكليهما تقييد على الإرادة المتعاقدة، رغم أنه يشكل النظام العام الحماي أو الاجتماعي لحماية للمتعاقد الضعيف في العلاقات العقدية الغير المتساوية الأطراف، رغم ذلك فما هو مقرر من

حماية للطرف الضعيف فهو التزام وواجب على عاتق الطرف القوي في العلاقة العقدية الغير المتساوية الاطراف .

أضف إلى ذلك إن تقرير قواعد النظام العام في مختلف مظاهره لا يناعز أحدا أنه تحقيقا للمصلحة العامة وهذا هو الحال بالنسبة لقواعد النظام العام الاقتصادي التوجيهي، والمصلحة الخاصة المتمثلة في حماية الطرف الضعيف وهذا هو حال قواعد النظام العام الاقتصادي الحمائي الاجتماعي .

ما يمكن التوصل إليه أن قواعد النظام العام بمفهومه التقليدي والمفهوم الحديث، سواء في الشريعة العامة ( التقنين المدني) أو في التشريعات الخاصة هو منفذ يتسلل منه المشرع لمراقبة المضمون العقدي و إن كان بشكل ضيق في إطار الشريعة العامة إعمالا بمبدأ الحرية العقدية . فحارب المشرع ظاهرة الشروط التعسفية والتي انتشرت نظرا لتطور قدرات بعض الأفراد في المجتمع، فأصبح الطرف القوي في العلاقة العقدية ينفرد بتحرير المضمون العقدي خدمة لمصالحه، وأصبح الطرف الضعيف يقدم التضحيات بمصالحه، فكان رد الفعل التشريعي وذلك لإعادة التوازن العقدي وذلك بتقرير الحقوق محققا للطرف الضعيف ومصالحته ومنعا لتعسف الطرف القوي خدمة للعدالة العقدية التي أصبحت من اهتمامات المشرع خاصة في إطار العلاقات العقدية الغير المتساوية الأطراف.

حقيقة في دراسة مفهوم النظام العام ما بين الشريعة العامة ( القانون المدني) والتشريعات الخاصة يتضح لنا أن الشريعة العامة كرس مبدأ الحرية العقدية، فنظم المشرع العلاقة العقدية على أساسها والتي اعتبرها من النظام العام، انطلاقا من نص المادة 106 التي تكرر فكرة العقد شريعة المتعاقدين، وأتم هذا التكريس لمبدأ الحرية العقدية بتكريس الطابع التكميلي للقواعد المنظمة للعلاقة العقدية، ويؤكد هذا الوضع سيادة الإرادة الفردية مع العلم أن وجود بعض القواعد الآمرة لكن ليس بشكل واسع، خلاف الأمر نجده في التشريعات الخاصة والتي بمقتضاها المشرع أراد تفعيل ممارسة الحرية العقدية للطرف الضعيف أي تمكين الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الغير متساوية الاطراف من ممارسة الحقوق الممنوحة له والتي فقدتها لظروف خارجة عن العقد، واستطاع المشرع تحقيق هذا التفعيل لممارسة الحرية العقدية بالنسبة للطرف

الضعيف وذلك بمراقبة المضمون العقدي، وكان ذلك بتقرير جملة من الحقوق للطرف الضعيف في شكل قواعد أمر لا يجوز مخالفتها إلا إذا كان في مخالفتها تحقيقاً لمصلحة الطرف الضعيف، من هنا أستعمل مفهوم النظام العام في التشريعات الخاصة كألية لحماية الطرف الضعيف وذلك بتمكينه من ممارسة الحقوق الممنوحة له قانوناً.

## الهوامش

- <sup>1</sup> - المادة 54 (قانون رقم 1005 مؤرخ في 20 يونيو 2005) : العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما .
- <sup>2</sup> - اسماعيل محمد محاقري : الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، مجلة الحقوق، العدد 4، السنة 30، ص 362 .
- <sup>3</sup> - علي فيلاي : الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، 2008، ص 275 .
- <sup>4</sup> - المادة 70 يحصل القبول في عقد الأذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا تقبل المناقشة فيها .
- <sup>5</sup> - محمد حسين عبد العال : مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، 2007، ص 42 .
- <sup>6</sup> - المادة 54 (قانون رقم 1005 مؤرخ في 20 يونيو 2005) : العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو بفعل أو عدم فعل شيء ما .
- <sup>7</sup> - رمضان محمد أبو السعود، همام محمد زهران : مبادئ القانون، المدخل للقانون و الالتزامات )، دار المطبوعات الجامعية، 2005، ص 306 .
- <sup>8</sup> - نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم : مدخل إلى القانون، القاعدة القانونية نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، 120 .
- <sup>9</sup> - علي فيلاي : مقدمة في القانون، موفم للنشر، 2005، ص 103 .
- <sup>10</sup> - أنظر المواد : 377، 368، 365، 383، 384 إلى 392، 395 .
- <sup>11</sup> - توفيق حسن فرج - الأصول العامة للقانون، المدخل للعلوم القانونية . النظرية العامة للالتزام، مكتبة مكاوي، 1975، ص 432 .
- <sup>12</sup> - أنظر المواد 324 مكرر 1، 883،
- <sup>13</sup> - حنان ميريبي : النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، ماجستير، 2005، ص 9 .
- <sup>14</sup> - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 282 .
- <sup>15</sup> - مندي آسيا يسمينة : النظام العام والعقود، ماجستير، 2009، ص 10 .
- <sup>16</sup> - Reynold Ottenhof, le droit pénal et la formation du contrat civil, Paris, LGDJ, p 106 .

- 17 - رشوان حسن رشوان : أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، عرض لفكرة ملائمة العقد للظروف الاقتصادية، دار الهاني لطباعة، الطبعة الأولى، 1994، ص 72 .
- 18 - عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ( القانون المصري و اللبناني و السوري و العراقي و الكويتي و السوداني)، بيروت، دار النهضة العربية، 1974، ص 338.
- 19 - Gérard Farjat, l'ordre public économique, Paris, LGDJ, 1963, p20 .
- 20 : نسخ فطيمة - الوظيفة الاجتماعية للعقد، دكتوراه في القانون الخاص، الجزائر، كلية الحقوق، 2013، ص 43.
- 21 - حنان ميريني، المرجع السابق، ص 26 .
- 22 - المادة 97 : إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلا .
- 23 - Ali Benchneb , le droit Algérien des contrats , donnée fondamentaux, édition AJED,2011,p 162 .
- 24 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 273، 274 .
- 25 - المادة 93 (قانون رقم 10.05 مؤرخ في 20 يونيو) : إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا .
- 26 - المادة 102 إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة .
- 27 - أحمد عبد الحميد عشوش : قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة 1999، ص 53.
- 28 - Martha Halfeld Furtado de Mendoça Schmidt , pertinence et devenir du principe protecteur en droit du travail, université Panthéon Assas (Paris II), année 2004, volume I, p 41,42.
- 29 - المادة 13 يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون .
- 30 - المادة 178 يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة .
- وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .
- ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي.
- 31 - Renè savatier, l'ordre public économique, dalloz1965,huitième cahier, chronique VI.
- 32 - Fathi Abderrahime Abdallah, aspects nouveaux du formalisme dans les contrats, étude comparative, thèse, 1974,p163 .
- 33 - Henry Deguillem , la socialisation du contrat , étude de sociologie juridique , université de Paris , 1944,p 15.
- 34 - د : علي فيلاي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 112.

35 - مادة 110: إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفق لما تقتضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك

36 - المادة 17: يجب على كل متدخل أ يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى.

37 - الأمر 21.96 المؤرخ في 23 صفر 1417 الموافق ل9 يوليو سنة 1996 يعدل ويتمم القانون 11.90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990، والمتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية، العدد 43، السنة 33، ص 7.

38 - أمر 03/97 المؤرخ في 2 رمضان عام 1417، الموافق ل11 يناير 1997، يحدد المدة القانونية للعمل، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 12 يناير 1997، العدد 3، السنة 24، ص 8.

39 - فتحي عبد الرحيم عبد الله: تدخل المشرع في علاقات العمل في القانون السوداني والمصري المقارن، مجلة القانون والاقتصاد، سنة 1969، السنة 39، العدد 3، ص 11.

40 - المادة 5 يتمتع العمال بالحقوق الأساسية التالية ممارسة الحق النقابي؛ التفاوض الجماعي؛ المشاركة في الهيئة المستخدمة؛ الضمان الاجتماعي والتقاعد؛ الوقاية الصحية والأمن وطب العمل؛ الراحة؛ المساهمة في الوقاية من نزاعات العمل وتسويتها؛ اللجوء إلى الإضراب.

41 - قانون 03/09 مؤرخ في 9 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رقم 15، المؤرخ في 2009/3/8.

42 - سعيد عبد السلام: الإيجاب القانوني على التعاقد، مجلة المحاماة، العددين الثالث والرابع، مارس وابريل، السنة الثامنة والستون، ص 84.

43 - قانون 02/04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية 41، ص 3، عدل وتمم بقانون 06/10، الجريدة الرسمية، العدد 46، السنة 47، ص 11.

44 - نسخ فطيمة، المرجع السابق، ص 238.

45 - قانون 02/04 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، السنة 41، ص 3.

46 - المادة 29 تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1. أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك

2. فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد

3. امتلاك حق تعديل عناصر العقد الاساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة

المستهلك

4. التفرد بحق تفسير الشرط أعدة شروط من العقد أو التفرد في إتحداد قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية
5. إلزام المستهلك بتنفيذ إلتزاماته دون أن يلزم نفسه بها .
6. رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالإلتزام أو عدة الإلتزامات في ذمته.
7. التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة
8. تهديد المستهلك بقطع العلاقة العقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.
- <sup>47</sup> - قانون 06.10 مؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق ل15 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم القانون 0204 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، السنة 47، العدد 46، ص 11.
- <sup>48</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 30606 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبند التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56، السنة 43، ص 16.

## التحول في فكرة النظام العام: تطبيق على التجربة المصرية

Dr. MENSSAN Hichem  
Université du Caire -d'Egypte

د. منصان هشام، كلية الحقوق  
جامعة القاهرة - مصر

### مقدمة

تمثل فكره النظام العام احد اهم المبادئ الاساسية التي تشكل الضمير الجمعي لأي شعب بل وتشكل اهم المبادئ التي ترسخ في ما اسميته بالضمير القانوني سواء للقائمين علي عملية التشريع او القائمين علي تطبيق القوانين .

كما ان فكره النظام العام انما تنبع في الاساس من الضمير الجمعي للمجتمع ، وتقوم فلسفته علي صون امن وسكينه المجتمع وحماية معتقداته ومقوماته الأساسية التي تعارف عليها عبر تاريخه القديم والمعاصر .

الا ان تلك الفكرة وان كانت تنبع في الاساس وتتكون عبر عصور مختلفة ، الا انها ليست جامده ، بل علي العكس من ذلك فإنها تتطور بتطور المجتمع ، وهذا علي اعتبار ان القانون لا بد وان يكون مُلائماً لظروف المجتمع وخصوصياته .

وعلي هذا الاساس فان فكره النظام قد لاقت تطورا وتحولا نسبياً ، وهذا التطور والتحول كان علي عده محاور اولها من حيث التنوع والتخصيص ، بحيث شملت تغير في عدد من المفاهيم التي ربما كانت في زمن سابق مجرد افكار لا ترقى بان تكون احد قواعد النظام العام .

تأتي الدراسة المقدمة لتقديمها ضمن الدراسات المقارنة ، ولقد افردت الدراسة لتبيان التحولات والتطورات التي أفرزتها الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وكذلك ما قدمه القضاء بشأن فكرة النظام العام وذلك تطبيقاً علي النظام المصري(1)

وتأتي اهمية الدراسة من منطلق الحرص الدائم علي مراجعة القواعد القانونية بما يتفق مع تطور المجتمع ، ومما لاشك فيه ان العالم في العقد الاخير قد شهد العديد من التحولات المجتمعية التي اثرت علي سلوك الافراد ، وبالتالي تغيرت العديد من المفاهيم التي كانت تمثل قواعد ثابتة في الماضي ثم اصبحت قيد المراجعات في الوقت الحالي .



ولقد شهد عالمنا العربي العديد من التغيرات المجتمعية والسياسية والاقتصادية في ظل ثوره من الاتصالات وعالم اصبح كالقريه الصغيره في ظل العولمة ، كان لها اكبر الاثر في تغيير العديد من المفاهيم وجعلتنا امام حتميه بحث كل تلك التغيرات والتحويلات لتحديدها علي وجه الدقة وتقديمها للجهات المختصة سواء التشريعية او التنفيذية .  
وتهدف الدراسة الي بحث مظاهر التطور والتحول في فكرة النظام العام من حيث التنوع و التخصيص ، وذلك من خلال تلك القواعد التي استحدثها المشرع وكذلك القضاء ابان تطبيقه للقانون ، والتي جاءت استجابة للتطورات الجذرية التي يمر بها المجتمع .

و يتجلى دورنا نحن القانونيين في دراسة تلك التحويلات وبحثها وتحديدها ثم تقديمها للمشرع بقصد مراعاتها والاخذ بها في شتي القوانين ، ومما لا شك فيه ان هذا الامر من شأنه توحيد القواعد القانونية ، علاوة علي تماشيه مع ظروف المجتمع المعاصر وملائمته للتطورات التي يمر بها المجتمع ، وبالتالي يصبح لدينا بنيه تشريعيه سليمه تسمح بمزيد من التقدم للمجتمع .

تقسيم :

لقد رأيت انه من المناسب لعرض هذا الموضوع الهام الذي يتناول احد اهم المبادئ التي يقوم عليها اي تنظيم قانوني ، ان اقسمه الي ثلاث محاول اساسية اتناول في اولها الناحية التشريعيه وكيف لها ان تأثرت وأثرت في ذات الوقت بفكرة النظام العام ، ثم في محور ثاني اتناول فية دور القضاء ابان تطبيقه للقوانين كيف ثائر واثر هو الاخر بفكرة النظام العام وفي محور اخير عن الاثار المترتبة علي مخالفة النظام العام بوضعيته الحديثه والتي ساوضحها من خلال ورقتي البحثية المقدمة ، وساركنز في تلك الورقة البحثية المقدمة علي الحالة المصرية وملك في اطار الدراسات المقارنه ، علي ان تكون المعالجة للموضوع بشكل مكثف ومختصر بما يتناسب والوقت المتاح .

المبحث الأول

فكرة النظام العام وتطورها في التشريع المصري

السلطة التشريعية هي المسؤله عن صياغة القوانين ، وبالتالي فيتحتتم عليها ان تراعى تطبيق فكرة النظام العام للبلاد والذي استقر عليه المجتمع ، ومن الملاحظ ان

السلطة التشريعية ابان القيام باعمالها فإنها ليست المتحكمة في تحديد المقصود بالنظام العام ، بل في حقيقة الامر هي الاخرى ملزمة بتلك القواعد العامة التي اتيح لها من خلالها ممارسه هذا الدور .

اذا فان السلطة التشريعية تؤثر وتتأثر بفكرة النظام العام ويقتصر دورها علي صياغة القوانين بما يتفق مع ما استقر عليه ضمير المجتمع ووفق وثيقه اعلي وهي الدستور الذي يُعد العقد الذي اتفقت عليه كل طوائف الشعب .

والجهة الاصيلة المسؤولة عن التشريع في مصر وفي ظل الدستور المعمول به هو مجلس الشعب ، اذ انه وفي ظل الدستور الاسبق وقبل ثوره 25 يناير 2011م كانت سلطة التشريع منقسمة ما بين مجلسي الشعب والشوري<sup>(1)</sup>

وبذلك فانه وفي ظل الدستور الحالي اكتفي الدستور المصري بأن يقتصر التشريع علي مجلس واحد فقط بدلا من مجلسين في ظل الدستور السابق .

والمتبع لتاريخ التشريع المصري سوف يكتشف بان المشرع المصري ظل لعقود طويله متمسكا بحزمه من القوانين التي تُشكل الأسس العامة والتي يمكن القول بأنها تمثل فكره النظام العام بمفهومه التقليدي .

ولم يلجأ المشرع الي الغاء تلك التشريعات والتي تخطت بعضها الي اكثر من مائه عام او اقل قليلا ، بل اكتفي ببعض التعديلات والقوانين المُكملة بل وفي بعض الاحيان اعتمد علي مذكرات ايضاحيه او قرارات وزارية مُفصله او مُنظمة لبعض الامور .

الا ان المشرع المصري رغم تمسكه بتلك القوانين<sup>(2)</sup> ، ولأسباب كثيره منها اتساع الوظائف التي تقوم به الدولة المصرية والرغبة في الانفتاح علي العالم ، والذي اصبح امر ملحاً لاستحداث قوانين مُتخصصه كانت في الاصل تُمثل ابواب في قوانين قديمة ، بحيث تحولت تلك القوانين القديمة الي تشريعات عامه واصل يتم الرجوع اليه في حاله نقص القوانين المتخصصة .

وبالتالي تطور التشريع المصري وتحول تدريجيا من فكره النظام العام الشامل الي الأنظمة العامة ، اذ انه وحال الاتجاه الي سن تشريعات متخصصة علي سبيل المثال في مجال التحكيم اعتبر المشرع القانون المدني هو الشريعة العامة في حاله وجود أي نقص تشريعي اضافه الي قانوني المرافعات والاثبات في المواد المدنية والتجارية ، كما ان قانون

الاثبات في المواد المدنية والتجارية نفسه في حالة النقص في مواده يتم الرجوع الي القانون المدني .

اما في مجال القوانين ذات الطابع الجنائي استحدثت قوانين ذات طابع عقابي ، ولكنها استندت الي قانوني العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية في حاله التفسير . وبالتالي فإن تلك القوانين العتيقة والتي كانت تستند الي فكره النظام العام بمعناه التقليدي ، اصبحت هي نفسها داخل منظومة النظام العام لتلك القوانين المُستحدثة ، وبالتالي فإن المشرع المصري ، قد اتجه تدريجيا من فكره النظام العام ، الي فكره الانظمة العامة سواء كان نظام عام اقتصادي او نظام عام اجتماعي .

كما ان المشرع وفي سبيله لإقرار النظام العام أيا كان مجاله فانه يُراعي في ذلك نظام عام اشمَل واعم يتمثل في النظام الذي تبناه دستور البلاد والمُستفتي عليه من الشعب ، ثم يقيم المشرع فيما بعد باستلهاً فكره النظام العام الشامل وتطبيقها علي القوانين المختلفة والمستحدثة .

اذا فإن فكرة النظام العام في النظام المصري قد تحولت بفعل التطور الزمني وتعدد وظائف الدولة وتشعب المعاملات علاوة علي تطور العلاقة ما بين المواطن والدولة ادت في النهاية وربما دون قصد الي تحول فكره النظام العام بمعناه التقليدي الي انظمه عامه .

### المبحث الثاني : القضاء المصري ودوره في التحولات بشأن فكره النظام العام

القضاء هو احد اهم دعائم النظام المصري عبر التاريخ ، الا اننا وحينما نتكلم عن القضاء المصري بتنظيمه الحالي فإننا نجد<sup>(3)</sup> ينقسم الي القضاء العادي و القضاء الاداري ، ومنعا للإطالة فإنني سأقتصر عن دور القضاء في التحولات بشأن فكره النظام العام ، ووفقا للتقسيم الذي تبناه النظام المصري فإنه يمكن البحث في هذه التحولات علي النحو التالي :

#### اولاً : دور القضاء العادي في التحولات علي فكرة النظام العام

اذا ما نظرا الي تشكيل القضاء العادي في مصر فسوف نجد علي رأسه محكمة النقض المصرية ويلهما محاكم الاستئناف ثم المحاكم الابتدائية ويدونها المحاكم الجزئية

وبداخل تلك المحاكم دوائر متنوعه بحسب طبيعة النزاعات المعروضة علي القضاء فتنقسم الي دوائر جنائية ودوائر مدنية واخري اقتصادية وتجارية وعمالية .. الخ .

واذا ما تتبعنا دور القضاء العادي فيما يتعلق بفكرة النظام العام ، فإننا سوف نكتشف ام محكمة النقض المصرية وهي علي قمة هذا القضاء ، كان لها دور كبير وقديم جدا في ارساء المبادي التي اسست في البداية فكرة النظام العام الشامل ، ثم التحولات التي اصبحت جلية فيما بعد بفعل تنوع النزاعات المعروضة علي القضاء ، فدور محكمة النقض المصرية في ارساء تلك المبادئ لا ينكره احد ، بل انها اصبحت فيما بعد محلا لدراسة باحثي القانون ، ومبادي اساسية للمحاكم الأدنى منها في الهرم القضائي .

### ثانياً: دور القضاء الاداري في التحولات علي فكرة النظام العام

يشمل مجلس الدولة المصري عدد من المحاكم علي درجات مختلفة وهي المحكمة الادارية العليا والمحاكم القضاء الاداري والمحاكم الادارية والتأديبية .

ونظرا لظروف نشأت مجلس الدولة المصري علاوة علي تكوينه وآليات العمل بداخلة التي اعتمدت الي حد كبير علي منهجية مختلفة تعتمد علي الدراسة والبحث كما ان طبيعة النزاعات التي تنظرها تحتاج الي البحث ليس فقط في القوانين ولكن في كافة النصوص القانونية من قوانين ولوائح وقرارات وزارية وتعليمات ، جعل من مجلس الدولة اشبه بمركز الابحاث الذي ينقي ويصح ويوصي بتعديلات في نصوص تشريعية ، هذه الاليه ادت الي تعاظم دور مجلس الدولة المصري في ناحيتين ، اولهما في استحداث مبادئ جديده للقضاء وثانيا المساهمة في ارساء قواعد جديده في فكرة النظام العام ، ولم يقتصر هذا الامر علي المحكمة الادارية العليا التي توازي محكمة النقض في القضاء العادي ، بل ان محاكم القضاء الاداري بفضل آليات البحث والاعداد التي يعتمد عليها في تحضير الدعاوي ادت هي الأخرى بدورها الي احداث تحولات جذرية وتحولات في فكرة النظام العام .

### ثالثاً: دور المحكمة الدستورية العليا(4) في الرقابة علي تطبيق فكرة النظام العام

للمحكمة الدستورية العليا مكانه كبيرة في النظام المصري ، ذلك ان من ضمن مهامها رقابة التشريعات بكافة دراجاتها وبحث مدي ملائمتها مع النظام العام للبلاد ومدي توافق تلك التشريعات من الدستور ، وبالتالي فإن المحكمة الدستورية العليا هي الجهة

الأصيلة في هذا الخصوص ، ويتضح من هذا انها تعد جهة رقابية علي السلطة التشريعية فيما يتعلق بمراجعة القوانين ، علما بانها تمارس سلطتها الرقابية كرقابة لاحقة وهذا هو الاصل ، الا انه في بعض الاحيان تمارس سلطتها كرقابة سابقة بهذا الخصوص ، الا ان هذا الامر محل نقاش ونقض واسع لا يتسع المقام الي سرده ، ولكن فيما يتعلق بموضوع الورقة البحثية فانه ينبغي التأكيد علي ان المحكمة الدستورية لعبت دور كبير جدا فيما يتعلق بالتحويلات والتطور بشأن النظام العام ، اذا فإنه وبالنظر الي الصلاحيات التي اختص بها الدستور للمحكمة الدستورية يمكنها وبشكل مباشر ان تلعب دور هاماً وبارذا في اعادة صياغة المفاهيم المتعلقة بالنظام العام واحداث تطورات جذرية مستندة في ذلك وضعها الدستوري المتميز .

### المبحث الثالث : الآثار المترتبة علي مخالفة النظام العام في النظام المصري

لتبيان الآثار المترتبة على مخالفة النظام العام وفقا للنظام المصري فإنني وجدت انه من المناسب تحديد الجهة المختصة بفرض جزاءات علي مخالفة النظام العام وفقا للتنظيم القانوني المصري ، ثم تبيان طبيعة تلك الجزاءات ، وذلك علي النحو التالي :

#### اولاً : الجهة المختصة بفرض جزاءات علي مخالفة النظام العام

تتعدد الجهات المختصة بفرض جزاءات علي مخالفه النظام العام أيا كان نوعه ، ويمكن تحديد تلك الجهات علي النحو التالي :

#### أ- المحكمة الدستورية العليا

تعد المحكمة الدستورية العليا هي المسؤولة وبشكل حصري وفقا للدستور المصري علي مراقبة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية من ناحية مدي توافقها مع الدستور والمبادئ العامة التي ترسخ في ضمير المجتمع والتي تجسد ايضا فكرة النظام العام ، اما فيما يتعلق بالآليات التي علي اساسها يتم توقيع الجزاء فلا يتسع المقام لسردها تفصيلاً في هذه الورقة البحثية .

## ب- محاكم القضاء العادي والاداري

محاكم القضاء العادي والاداري وفقا للنظام المصري هي الجهة المختصة اصليا بفرض اي جزاء مترتب علي مخالفة النظام العام لأي اجراء او تصرف انشأ بعيدا عن قواعد النظام العام ، ومن المعلوم بأن المحاكم تقضي في تلك الحالة بالبطان كما سأوضح لاحقا .

ثانياً: طبيعة الجزاءات التي تفرض علي مخالفة النظام العام

يختلف الجزاء المترتب علي مخالفة النظام العام علي حسب طبيعة المخالفة و من وجهة نظري يمكن تقسيم تلك المخالفات الي الاتي :

### أ- مخالفة نص قانوني للمبادي المتعلقة بالنظام العام للدستور

لا يتصور ان يصدر قانون مخالف للمبادي العامة التي جاء بها الدستور او الفلسفة التي قام عليه والتي تكون بدورها احد المبادي التي تجسد في مجموعها فكره النظام العام . الا وارد ان يصدر قانون علي خلاف هذا وبهذا الخصوص فإنه من الملاحظ ان المحكمة الدستورية العليا قد لعبت دور كبير في اعادة ضبط القوانين بما يتوافق والنظام العام وبما يتفق والدستور الدائم للبلاد ، وقد المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية العديد من المواد القانونية بل وعدم دستورية قوانين بأكملها ، وهذا هو الجزاء المترتب علي مخالفة المبادئ التي يقوم عليها الدستور المصري وتمثل في مجموعها النظام العام

### ب- مخالفة الاجراءات والتعاملات التي اعتبرها المشرع من النظام العام

الجزاء المترتب علي اي اجراء او تعاقد ايا كان نوعه اذا ما انشأ او تم بعيدا عن القواعد والمبادئ التي تجسد فكرة النظام العام ، فانه يترتب عليها البطان ، وتقضي به الجهة المختصة كما سبق الاشارة اليه ، كما ان تلك المخالفات المتعلقة بالنظام العام اقضي به المحكمه متي توافرت اسبابه " ولحكمة النقض وللنيابة العامة وللخصوم إثارتها متي توافرت عناصر الفصل فيها من الواقع والاوراق التي سبق عرضها علي محكمة الموضوع ووردت علي الجزاء المطعون فيه من الحكم "

## الهوامش

- <sup>1</sup> - المقصود بمجلسي الشعب والشوي ( البرلمان المصري ) السلطة التشريعية ، وذلك في ظل الدستور المصري الملغي والصادر في 1971 م
- <sup>2</sup> - ومن امثله تلك القوانين ، القانون 25 لسنة 1920 بشأن مسائل الاحوال الشخصية ، والقانون 25 لسنة 1929 م ، القانون 77 لسنة 1942 بشأن المواثيق ، القانون المدني رقم 131 لسنة 1948 ، وقانون العقوبات رقم 58 لسنة 1937 م .
- <sup>3</sup> - يتقسم القضاء المصري الي قضاء عادي ويشمل ( محكمة النقض المصرية ومحاكم الاستئناف العالي والمحاكم الابتدائية ثم المحاكم الجزائية ) وقضاء اداري ويشمل ( المحكمة الادارية العليا و محاكم القضاء الاداري والمحاكم الادارية والمحاكم التاديبية ) اضافة الي المحكمة الدستورية العليا وهي محكمة وحيدة بمصر ، اضافة الي مؤسسات قضائية متخصصة مثل المحاكم العسكرية .
- <sup>4</sup> - المحكمة الدستورية العليا محكمه ذو طبيعه خاصه ، اذ ان من ضمن وظائفها مراقبة مدي ملائمة وتوافق القوانين مع دستور البلاد ، ويمكن القول بانها هي المسؤول الاول عن ارساء المبادئ الاساسية لفكرة النظام العام الشامل ، ولكن لا يمكن اغفال دور باقي المحاكم مثل محكمة النقض المصرية والمحكمة الادارية العليا في ارساء المبادئ الاساسية التي تمثل في جوهرها تأكيدا علي فكرة النظام العام

## النظام العام بين سلطة المشرع والتكليف القضائي

BENEMAAMAR AOUINAT Nadjib,  
Maitre de conférences  
Université de Djandouba, Tunisie.

د. بن عمر عوينات نجيب  
أستاذ محاضر  
جامعة جندوبة، تونس.

### مقدمة

تتعدد الأسباب التي تتخذ مبررا لتقنين الحريات وتنظيمها من نظام إلى آخر، إلا أنه يمكن أن تتلخص بصورة إجمالية إلى أنها تهدف لحماية النظام العام. وإعتبرت الدولة النظام العام أداة قانونية تستعملها لفرض إرادتها ورقابتها على كل ما من شأنه أن يمس من مصالحها

ولا يمكن حصر النظام العام في دائرة محدودة لا تتداخل مع غيرها، ذلك أن هذه الفكرة مرنة وتضيق وتتسع بحسب ظروف كل مجتمع، إذ أنها مسألة نسبية، فلا يمكن وضع قاعدة ثابتة تحدد المقصود بالنظام العام بصفة مطلقة يمكن أن تتفق مع كل زمان ومكان، بالرغم من أن الفقه الحديث مجمع على أهمية فكرة النظام العام ودورها إلا أنه يبقى مختلفا مع ذلك حول تعريفها، ومع ذلك فإن هناك إتفاق حول تحديد هدفها.

كما أن تدخل القاضي لتفسير مفهوم النظام العام قد يعطيه معنى مختلفا حسب طبيعة المصلحة العامة التي يهدف لحمايتها، إذ أنها تعد أساس فكرة النظام العام، هذا الأساس متغير بحسب مفهوم كل دولة لفكرة المصلحة العامة ومصدرها بداية ونهاية<sup>1</sup>. وهذا ما يترتب عنه صعوبة وضع تعريف شامل ودقيق لمفهوم النظام العام مما يجعل من دراسة مفهوم النظام العام بين سلطة المشرع والتكليف القضائي أمرا في غاية الأهمية، إذ أنه ليس من الصعب تبرير تناول النظام العام كمادة لهذا البحث وأهمية هذا الموضوع ليست في حاجة إلى تأكيد، ففكرة النظام العام من الأفكار المحورية التي يركز عليها النظام القانوني كله، فهي ذات وظيفة لا غنى عنها لأي نظام قانوني وضعي، فهو مفهوم حاضر في جميع المنظومات القانونية وهو نسبي وغير قار حيث يتباين من مجتمع لآخر ومتباين من زمن لآخر حتى في نفس الدولة.



وعلى الرغم من الأهمية البالغة لموضوع النظام العام، إلا أنه لم يحظى بالبحث والدراسات الوافية، إذا ما تمت مقارنته بغيره من موضوعات القانون الإداري، وربما يرجع هذا الأمر، إلى كون هذا الموضوع يدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة، التي هي ملزمة بالحفاظ على النظام العام بالدولة و حمايته، ومما لاشك فيه إن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة تعتبر من الأمور الشائكة والصعبة لاسيما في عالمنا العربي.

والمشرع - في أغلب الأحيان - يعطي الإدارة سلطات واسعة من أجل الحفاظ على سلامة النظام العام، بما في ذلك فرض قيود على الحقوق و الحريات ،وهنا يأتي دور الفقه والقضاء من خلال وضع ضوابط يتعين على الإدارة التقيد بها عند ممارسة نشاطها الضبطي من خلال تفسير مفهوم النظام العام على اعتبار أن هذا المفهوم في حد ذاته من المفاهيم الغامضة والفضفاضة في مجال القانون، الأمر الذي جعل البعض يصف الحديث عن النظام العام بأنه عبارة عن غلاف فارغ ومجرد كلام مطاط في إشارة إلى الدينامكية والتطور المستمر في مفهوم النظام العام بكل عناصره<sup>2</sup>. كما يذهب إتجاه من الفقه إلى القول أن فكرة النظام العام ليست فكرة قانونية خالصة إبتدعها علم القانون فأنحصرت فيه وتوقعت داخله، بل تطالعنا خارج عالم القانون لتجد لها مكانا بين العلوم الإنسانية المختلفة، حيث تقع في منطقة التماس بين علم القانون وعلوم السياسة و الإجتماع و الإقتصاد.....، فهي مفصل من مفاصل ربط هذه العلوم ببعض ببعض بإعتبارها إحدى قوى التأثير داخل الدولة والمجتمع<sup>3</sup>.

فكيف يمكن تعريف النظام العام ؟ و ماهو مدلوله ؟ و ما هو دور كل من القانون والقضاء في مسألة تحديد المفهوم المتغير للنظام العام؟

كل هذه النقاط وغيرها والإجابة عليها هي الموضوع الذي نريد الخوض فيه حتى نحيط بمسألة هامة وهي رسم مفهوم النظام العام بين سلطة المشرع والتفسير القضائي معتمدين في ذلك على المنهج المركب من المنهجين التحليلي والمقارن وفق الخطة التالية:

المبحث الأول : صعوبة حصر المشرع لمفهوم النظام العام.

المبحث الثاني : دور القاضي في تطوير مفهوم النظام العام.

## المبحث الأول: صعوبة حصر المشرع لمفهوم النظام العام

يتناول هذا المبحث محاولة الإحاطة بفكرة النظام العام من خلال تحديد ماهيته في

ظل غياب تعريف تشريعي بداية ثم بيان إتساع مفهوم النظام العام.

### المطلب الأول: غياب تعريف تشريعي للنظام العام

يعتبر النظام العام من بين المفاهيم القانونية الأكثر غموضاً و ضبابية، وهو أكثر

المفاهيم التي عرّفت في القانون فما تناوله فقيهه أو دارس قانون إلا وحاول تعريفه، لكن على غزارتها بقيت هذه التعاريف قاصرة وخاصة في غياب تعريف تشريعي له<sup>4</sup>، إذ إنّ المشرع لم يتحمل عناء تعريف النظام العام، كما خلت نصوص القوانين في أكثر الدول من تعريف جامع مانع يحدد المقصود بفكرة النظام العام المعقدة. وقد اختلف الباحثين في تعريف النظام العام وتاريخ ظهوره، ومنهم من أهمل مسألة التعريف تلافياً "لصعوبته مكتفياً" ببحث قواعده وسرد خصائصه وصوره، بينما سعى البعض إلى وضع تعريف محدد وجامع، رغم صعوبة ذلك، إذ أن تحديد هذا المفهوم ينطوي على صعوبات منهجية. إنّ محاولة تعريف النظام العام بمثابة مغامرة في رمال متحركة<sup>5</sup>، لهذا وصفه بعض الفقهاء "بالحصان الجامح الذي ما إن تركب صهوته حتى تصبح عاجزا عن توقع المكان الذي سيأخذك إليه"، وقد أورد الفقه هذا الوصف لأن مفهوم النظام العام من أكثر المفاهيم القانونية غموضاً والذي يجعل منه مفهومًا من الصعب التعرف عليه وحصره في إطار معين و ثابت، لأنّه غير مستقر<sup>6</sup>.

وفي نفس السياق يرى الأستاذ JAPIOT أن النظام العام يستمد جزء من عظمتها من الغموض الذي يحيط به، فالنظام العام فكرة تستعصي بطبيعتها على التحديد، كما أن النظام العام يتسع ليشمل جميع فروع القانون، فهو نظام عام إداري ومدني ودستوري وتجاري ودولي خاص، .. وعليه فإن جميع قواعد القانون تتعلق بالنظام العام<sup>7</sup>.

ولئن أقر بعض الفقهاء بإستحالة تعريف النظام العام،<sup>8</sup> فإن هذه الصعوبات لم تثن البعض من محاولة الوصول إلى تعريف مقنع، فعندما تعرّض الأستاذ MALAURIE لتعريف النظام العام سنة 1953 أحصى 21 تعريفاً أضاف إليها تعريفاً آخر يعتبر النظام العام "حسن تسيير المؤسسات الضرورية للمجموعة"<sup>9</sup>، ففكرة النظام العام تعرّف على أنها الأساس السياسي و الإجتماعي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها وبعبارة أخرى هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم

المجتمع مباشرة أكثر مما تهتم الأفراد، سواء كانت تلك المصالح سياسية، أو إجتماعية، أو إقتصادية، أو خلقية<sup>10</sup>، ويبدو أنّ هذا التعريف لا يختلف عن غيره من التعريفات الأخرى التي تركز على فكرة المصلحة العامة والمجموعة البشرية، فالنظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليماً دون إستقرار هذا الأساس، وبحيث ينهار المجتمع بمخالفة المقومات التي تدخل ضمن هذا الأساس، لذا كانت القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أمراً لا تجوز مخالفتها<sup>11</sup>. وفي هذا السياق يعرفه الدكتور أحمد مسلم إن "النظام العام في دولة ما، ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو إحترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية إقتصادية كالإشتراكية والرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعادات الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك"<sup>12</sup>.

وقد عرفه الدكتور "السنهوري" بقوله ..: "فالنظام العام يقصد به الوسيلة التي تؤدي إلى حماية المصالح العليا العامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية أو أخلاقية أو دينية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو مصلحة الفرد،"<sup>13</sup>

ويمكن في هذا السياق أن نعرف النظام العام بكونه مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية "فقواعد النظام العام هي تلك التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، ويراد بالمصلحة العام كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع بحيث يرجح على كل مصلحة فردية.

ولتفادي التداخل مع غيره من المفاهيم المجاورة المتقاربة، فقد تمت مقارنة النظام العام بقواعد القانون الطبيعي التي تتمثل في قواعد القانون الطبيعي التي تتمثل في "القواعد السلوكية والدينية والأخلاقية والمهنية التي تتقاسم مع القواعد القانونية مهنة تنظيم حياة الفرد داخل المجموعة"<sup>14</sup>، وهي تشكل قواعد مثالية ذات طابع إلزامي مستقرة في الزمان وذات طبيعة مطلقة وعالمية على خلاف النظام العام الذي يتغير من دولة لأخرى ومن زمان لآخر بتغير القيم الإجتماعية السائدة في تلك الفترة.

إن صعوبة حصر تعريف النظام العام في تعريف دقيق تعود كذلك إلى أنه مفهوم متغير في الزمان والمكان فهو مفهوم ذو طابع وطني غير قابل للتدويل، فالنظام العام تعبير عن حالة مجتمع دولة معين في وقت معين يحاول من خلاله فرض تطبيق ما يعتبره مهما ويكاد يكون الاتفاق معدومًا على تبني ضابط مستقر للنظام العام.

إن فكرة النظام العام مرنة ومتطورة يكتنفها الغموض، ويصعب تحديدها على وجه التدقيق، فهي فكرة ذات مفهوم متغير بإختلاف الزمان و المكان، فما قد يعتبر متعارضًا مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنظام العام داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمرًا منافيا لهذه الفكرة في وقت آخر<sup>15</sup>. وفي هذا السياق يقول عبد الرزاق السنهوري: " لا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى فهو شيء متغير، يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينه مصلحة عامة ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل زمان و مكان لأن النظام العام شيء نسبي. وكل ما نستطيعه هو أن نضع معيار مرنا هو معيار المصلحة العامة وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي تصل إليها في حضارة أخرى"<sup>16</sup>.

والمشرع التونسي كمعظم التشريعات الحديثة لم يعرف النظام العام ولم يحدد فكرته بل ترك ذلك للفقهاء والقضاء، إلا أن هذين الأخيرين قد وجدا صعوبة في ذلك، محاولين فقط تعريفه عن طريق وضع مفاهيم عامة لتقريبه من الأذهان نتيجة نسبية فكرة النظام العام، إذ حاولت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 24841 الصادر في 25 أكتوبر 2005 تعريف النظام العام بقولها: "إن المقصود بقواعد النظام العام الداخلي هي جملة القواعد القانونية التي تمثل الأهداف التشريعية العامة ومقاصدها وهي تهدف إلى ضمان العدالة و الأمن، ومن ضمن تلك القواعد المنظمة للسلط والعلاقات بين السلط والقواعد الدستورية المحددة للنظام السياسي وقواعد القانون الجزائي والتنظيم القضائي وكذلك قوانين العملة والصرف والقوانين المنظمة للأسرة ورعاية القصر"<sup>17</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد سكت تماما عن تحديد مفهوم النظام العام وإكتفى بالنص عليه ضمن المادة 24 منه المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005

بقوله " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر....."

كما خلت نصوص كل القوانين العربية تقريبا من تعريف النظام العام، ومنها القانون المدني العراقي في مادته 132 والقانون المدني الأردني في مادته 163، والقانون المدني المصري في مادته 28 التي إشتكرت جميعها في إعتبار النظام العام يتعلق أساسا بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالإنتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف والعقار، غير أن ما ورد فيها لم يكن على سبيل الحصر بل على سبيل المثال. وقد إكتفى المشرع الأردني في المادة 29 من القانون المدني بمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كانت أحكامه تتعارض مع فكرة النظام العام حين نصت على أنه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي أقرته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في" المملكة الأردنية الهاشمية "وهو نص لم يحدد المقصود بالنظام العام، بل ترك ذلك إلى القاضي المختص<sup>18</sup>.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة، يعتبر من النظام العام وفق المادة الثالثة من قانون المعاملات المدنية الإتحادي رقم 5 لسنة 1985، الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث و النسب، والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفكرية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، وبالتالي المشرع الإماراتي لم يعمد إلى وضع تعريف لفكرة النظام العام وإنما حدد حالات أحكاما معينة معتبرا إياها من النظام العام، وهذه الأحكام ليست حصرية، بل هي من قبيل الأمثلة التي عددها المشرع الإماراتي الذي إشتراط أن لا تخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية.

ويتبين لنا مما سبق بأنّ النصوص القانونية المتقدمة الخاصة بالنظام العام جاءت – كما يرى جانب من الفقه- بألفاظ عامة يكتنفها نوع من الغموض، ولذلك ظلت عاجزة عن وضع تعريف دقيق وشامل وجامع لمفهوم النظام العام، بل أشارت إليه كهدف للضبط الإداري دون التطرق لتحديد مضمونه أو محتواه نتيجة إتساع مفهوم النظام العام وصعوبة حصره<sup>19</sup>.

## المطلب الثاني : إتساع مفهوم النظام العام

إن صعوبة حصر مفهوم النظام العام يعود إلى إستعماله في جل المواد القانونية لتحقيق غايات متباينة سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، ففي مجال القانون الداخلي يستعمل النظام العام كوسيلة لعدم الخروج عن أحكام القواعد الآمرة من خلال إستبعاد تطبيق إتفاقات الأشخاص المخالفة لتلك القواعد، أما في مجال تنازع القوانين يقوم النظام العام على إستبعاد قاعدة الإسناد المقررة أصلاً على علاقة ذات عنصر أجنبي عندما يتبين أن تطبيق القانون الأجنبي يؤدي إلى نتيجة تتعارض مع المعتقدات السياسية أو الإقتصادية أو الإجتماعية في دولة القاضي وهو ما يلزمه بإستبعاد تطبيق ذلك القانون<sup>20</sup>، لأنّ في تطبيقه إعتداء على الأركان الأساسية أو المبادئ الجوهرية التي بني عليها نظام مجتمع دولة القاضي. ومن هنا يتجلى أكثر الطابع الاستثنائي أو الخاص لحالة الدفع بالنظام العام لأنها تهدف إلى إستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطني محله بشكل إستثنائي، وفي هذا خروج عن الأصل العام أو القاعدة العامة القاضية بضرورة تطبيق القانون الذي عيّنته قاعدة الإسناد سواء كان وطنياً أم أجنبياً<sup>21</sup>، وبهذا نجد أن مفهوم النظام العام يظهر في مجال تنازع القوانين يعد بمنزلة صمام الأمان الذي يحمي المجتمع الوطني من القوانين الأجنبية التي تتعارض أحكامها مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الوطني<sup>22</sup>. ومن هذا المنطلق يرى مختلف الباحثين والفقهاء في هذا المجال أن النظام العام بهذا المفهوم وبهذا الهدف في مجال تنازع القوانين يصبح بمثابة نقطة تفتيش جمركية لمضامين القوانين الأجنبية ووسيلة أساسية لتقييمها قبل منح تأشيرة الدخول لها لدولة القاضي<sup>23</sup>.

أما في مجال القانون الداخلي، فإن فكرة النظام العام تفقد هذا الطابع الإستثنائي حيث تستعمل للحد من مبدأ سلطان الإرادة دون اعتبار ذلك خروجاً على مبدأ عام، فالمبدأ هنا يقتضي بأن الإرادة حرة في الحدود التي يسمح بها المشرع<sup>24</sup>.

ونستنتج مما سبق إن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص لا تختلف عنها في القانون الداخلي من حيث الغموض و الإستعصاء عن التعريف، فقد قيل أنها تحفظ تخضع له القواعد التي تقضي بتطبيق قوانين أجنبية، وأنها المبدأ الذي تستطيع السلطة الإقليمية بمقتضاه أن تطبق في كل وقت جميع الأحكام التي ترى هذه السلطة إنها ضرورية

لحفظ النظام العام في إقليمها بالنسبة لكل الأشخاص المقيمين في إقليمها دون الأخذ بعين الاعتبار أية قوانين أخرى.

وكما هو الحال بالنسبة للقانون الداخلي فإن هذا التعريف لفكرة النظام العام أو محاولة تقريبها من الأذهان لم يكن كافياً لوضع معيار تام يحدد نطاقها، وإنما يرسم إطاراً مرناً لا يمكن أن يؤدي إلى التحديد<sup>25</sup>.

وينبه الفقهاء في هذا المجال إلى أنه بالرغم من هذا التباين الموجود ما بين النظام العام الداخلي والنظام العام على مستوى القانون الدولي الخاص، إلا أن ذلك لا يؤدي بنا إلى القول بإمكانية وجود نظام عام مشترك بين الدول، حيث أن النظام العام يبقى دائماً بتميز بالوطنية مهما كان وصفه دولي أو داخلي فكلاهما يشكل جزءاً من النظام العام الوطني Ordre Public National وإن اختلفت وظيفته بين العلاقات الداخلية والعلاقات الدولية، كما أن تحديده يبقى دائماً من إختصاص القاضي الوطني<sup>26</sup>، حيث أن فكرة النظام العام الدولي لا يمكن تصورها لأنها تفترض وجود سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام.

إلا أن هذا أمر ما يزال بعيد المنال على الأقل في وقتنا الحاضر، لأن النظام العام يبقى ذو طابع وطني غير قابل للتدويل، بالإضافة إلى كون ميدان النظام العام أخذ في الإتساع، فبعد أن كان ذا طابع سياسي ظهر النظام العام الإقتصادي والنظام العام الإجتماعي مما جعل المشرع عاجز عن تقديم تعريف شامل للنظام العام مما دفع الفقه إلى محاولة تعريف وتحديد محتوى كل فرع من فروع النظام العام على حدى.

بالإضافة إلى أن النظام العام يمكن تقسيمه حسب مصادره إلى نظام عام نصي صريح ونظام عام قضائي ضمني، ففي خصوص الصنف الأول يجد مصدره المباشر في القانون من خلال مجموعة من القواعد التي ينص المشرع صراحة على أنها تنتمي للنظام العام، ففي ما يخص التنظيم القضائي فلا يمكن مثلاً الإتفاق على تغيير الإختصاص القضائي الحكمي أو الترابي كما يمنع المشرع الإتفاقات التي تهدد حرية الفرد وسلامته<sup>27</sup>.

أما الصنف الثاني فهو نظام عام قضائي ضمني ويطلق عليه أيضاً النظام العام القضائي لأن القاضي باعتباره مدعو إلى الدفاع عن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع فإنه قد يعتبر قاعدة معينه من النظام العام دون أن ينص المشرع على ذلك

صراحة<sup>28</sup>، لأنه من الخطأ قصر النظام العام على النصوص القانونية المكتوبة وحدها لأنه لا يوجد في القانون الوضعي وحده وإنما قد تعبر عنه المبادئ التي يعتنقها المجتمع في لحظات معينة حتى ولو لم تتضمنها النصوص المكتوبة<sup>29</sup>، فقد تدخل فقه القضاء التونسي ليكرس الطابع الأمر لكل أحكام مجلة الشغل وذلك بمناسبة قرار تعقيبي صادر في 11 جانفي 1975 جاء فيه أن أحكام مجلة الشغل تهم النظام العام وللمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها وهو ما تم تكريسه لاحقا من خلال قرار مؤرخ في 8 جوان 1987 الذي إعتبر: "أن قانون الشغل عدد لسنة إنها هو قانون إستثنائي يهم النظام العام ولا تنسحب عليه المبادئ القانونية العامة، وهو ما يؤكد تدخل القضاء لتحديد أن أحكام مجلة الشغل تهم النظام العام ولا يجوز الإتفاق على مخالفتها"<sup>30</sup>.

وهو ما يؤكد أن النظام العام ليس من صنع المشرع وحده بل يبقى الأمر متروكا للقاضي وهو يتمتع فيه بسلطة تقديرية واسعة، لأنّ النظام العام فكرة مرنة ومتطورة تختلف باختلاف الزمان والمكان، فما يعتبر اليوم من النظام العام قد لا يعتبر كذلك في المستقبل، وما يعتبر من النظام العام في دولة قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى.

### المبحث الثاني: دور القضاء في تطوير مفهوم النظام العام

إن دراسة دور القضاء في تطوير مفهوم النظام العام يتجلى بالأساس من خلال سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام، لكن أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل مقيدة بعدة ضوابط ومعايير حيث يتقيد القاضي بتفسير وتطبيق النصوص القانونية و يمتلك في ذات الوقت هامشا من حرية الإجتهد.

### المطلب الأول: سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام

إن التدخل الخجول من قبل المشرع في تحديد ماهية النظام العام أظهر قصوراً تشريعيّاً مما فسح المجال أمام القضاء ليلعب تارة دوراً منشئاً وتارة أخرى دوراً معززاً لما أقره المشرع من قواعد وحلول في مجال مختلف القوانين بغية التوفيق بين معطيات الحياة الواقعية ومقتضيات العلاقات الخاصة، إذ أنّ دائرة نشاط القاضي هي أوسع من دائرة نشاط المشرع وأقرب منها الى واقع الحياة في مجال ضبط أسس النظام العام، فالمشرع يضع م القواعد العامة للقانون ليحكم بها سلوك الافراد، ولكن هذه القواعد تتسم بالنقص حتماً وهو نقص يكتشفه القاضي عندما يباشر وظيفته في تطبيق القانون.



إنّ القاضي عبر إجتهاده القضائي قد يحل محل المشرع، ليخلق أحكاماً قانونية، وتارة أخرى يكمل عمل المشرع حين يحاول القاضي أن يستنبط الحلول و الأحكام القانونية، وهي المرونة التي تحصل بإتفاق ضمني ما بين المشرع والقضاء، والتي يسعى المشرع من تقريرها إلى إحداث أو إضفاء طابع المؤامة ما بين الواقع المتحرك وجمود النص بغية مواكبة التطورات والتحويلات في إطار واقع مجتمعي متغير، وهذا الدور نستطيع أن نصلح عليه وبدون تردد بالدور المكمل لعمل المشرع، فمنذ ولادة مفهوم النظام العام كان للقضاء دور حيوي حيث لم ينحصر دوره فقط في التطبيق والتفسير، وإنما حاول منذ البدء أن يمد نشاطه الى أكثر من هذا الحيز القانوني وأخذ يوسع من مفهوم التطبيق، ومما ساعد على نمو هذا الدور هو عدم وجود تقنين متكامل تجتمع فيه النصوص المنظمة للنظام العام، فأغلب قواعده متغيرة ونسبية، مما ولد لدى المشرع هاجس بأنه غير قادر على مواكبة هذا التطور مفضلاً ترك هذا المجال مفتوحاً لصالح القضاء، على أن يكتفي بإيراد الأسس الرئيسية للنظام العام، فالقاضي يقوم أساساً بتطبيق القانون لا بخلق القانون، إذ أن في محاولته إكمال النقص في القانون لا يخلق قاعدة قانونية عامة.

ولكنه يخلق حلاً عادلاً لنزاع ليس له حل في قواعد القانون الوضعي، ولكن القاضي، وهو يخلق هذا الحل إنما يستوحيه من قاعدة عامة إكتشفها عن طريق الرجوع الى جوهر القانون، أو عن طريق الرجوع الى المبادئ العامة للقانون النابعة عن الفكرة العامة السائدة في الدولة التي يباشر فيها القاضي وظيفته<sup>31</sup>، وتكرار الأخذ بهذا الحل في المنازعات المتشابهة من شأنه أن يخلق قاعدة قانونية قضائية، هي القاعدة التي إكتشفها وطبقها الحكم الاول، فبدلاً من الوقوف أمام الوجود المادي للنصي يسعى القاضي لإيجاد الحلول للمنازعات المعروضة أمامه بغية الحفاظ على حالة التعايش السلمي فيما بين النظم القانونية المختلفة، وبدأ دوره هذا ينشط خصوصاً مع حالة النقص الكامن في صناعة وصياغة هذه القواعد من قبل المشرع، ومحاولاً تجاوز حالات الفراغ التشريعي في عدة مجالات لها مساس مباشر بالنظام العام. كما أن إحالة المشرع القاضي إلى المبادئ العامة للقانون لإيجاد حل للمنازعة المعروضة أمامه، يمثل مرحلة إجتهادية تسمح للقاضي بأن يخلق نصوصاً قانونية ويساهم في هذه الصياغة، والمبدأ العام يشكل ركناً من أركان النظام القانوني القائم.

وفي تقديرنا إن هذا الدور الأخير يمثل السلطة التقديرية الكامنة في عمل القاضي، التي يمكن تعريفها بأنها الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون صراحة أو ضمنا من أجل إختيار الحل الأنسب و الأقرب إلى الصواب من بين حلول أخرى.

والسلطة التقديرية تكليف و مسؤولية من خلالها يلتزم القاضي بتحقيق إرادة المشرع من خلال تطبيق النص القانوني على الوقائع المعروضة عليه، لأنّ القاضي مطالب في نهاية الأمر بتطبيق و إحترام القانون، و القاضي هنا ليست له الحرية المطلقة لاتخاذ أي قرار حسب هواه.

لأنّ السلطة التقديرية لا يمكن أن تخرج عن الحدود القانونية المتعلقة بالشكل والمضمون لأن المشرع مهما أوتي من معرفة و مهما صحت تنبؤاته بالوقائع والمشاكل التي يمكن أن تثار فلا يمكنه أبدا تصور كل شيء في دقته و تفاصيله والإحاطة به بطريقة شاملة، لذا كان لزاما على المشرع أن يفوض للقاضي نوعا من الحرية في إختيار الحل الأمثل لأن إمساك الفصل في القضايا بعلّة عدم وجود النص أو غموضه، يعد إنكارا للعدالة وهو يدفعنا للقول أن القاضي إذا لاحظ سكوت أو قصور النص القانوني الواجب التطبيق يخول له أن يركن إلى البحث في مصادر القانون الأخرى من خلال إجتهاده القضائي .

وهكذا لم يعد القاضي كرجل جامد بل أصبح يتصرف في النصوص ليجعلها تتماشى مع الحياة العملية المتصلة بتطور مفهوم النظام العام، إذ لا يستطيع القاضي أن يتذرع أو أن يمتنع عن ذلك بسبب عدم وضوح النص أو عدم وجوده، وقد نتج عن هذا الواقع إنحسار دور المشرع مقابل منح القاضي مساحة واسعة في أن يبدع وابتكر ويحاول صناعة الحلول، وبهذا فالمشرع والقاضي يعمل كلاهما وفقاً لنظرية الامتداد والتكامل، فالأول أمّن بضرورة بقاء دوره منحصراً في رسم أسس النظام العام بسبب عجزه عن الإلمام بكل التفاصيل والوقائع بتفرعاتها وتعقيداتها المتغيرة بإستمرار بتغيير مفهوم المصلحة العامة. والثاني أكدّ أن فكرة النظام العام تنتمي إلى نطاق التفسير القضائي، ذلك أن القاضي بإعتباره فردا يعيش في جماعة يدافع عن قيمها الأساسية تحقيقا للمصلحة العامة، فهو يكاد يكون مشرعا في هذا المجال المتعلق بالمصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية أو أخلاقية<sup>32</sup>، فللقاضي السلطة

التقديرية عند نظر في النزاعات المعروضة عليه أمامه في تحديد مضمون النظام العام<sup>33</sup> ، لذلك أطلق الأستاذ FARJAT على هذا النظام العام الضمني الذي يحتكره القاضي تسمية النظام العام الأساسي<sup>34</sup> ، فمثلا يمكن للقاضي أن يبطل عقدا معيناً أو أحد شروطه لتعارضه مع المصالح الأساسية للمجتمع، إذ يمكن للقاضي أن يؤسس النظام العام الضمني من خلال مراقبة مشروعية كل من المحل والسبب في العقد: فقد اعتبر المشرع التونسي في الفصل 62 من مجلة الإلتزامات والعقود أن المحل يكون غير مشروع إذا تعلق بشيء أو بحق صرح به القانون بمنع التعامل معه وهو ما يخول للقاضي مراقبة مدى إستجابة المحل للنظام العام، لذلك نستطيع القول أن القضاء لعب دوراً مهماً في تفسير مفهوم النظام العام والواقع يشهد على أن القضاء هو مصدر من مصادر القانون في مجال النظام العام ، بل يكاد القضاء يغلب في هذا الفرع من فروع القانون على التشريع لدرجة تسمح بأن نطلق عليه قانوناً قضائياً، لذلك نلاحظ أنه غالباً ما تشير الأحكام القضائية إلى استعمال عبارات مثلاً على سبيل الذكر "القضاء المستقر" أو على "ما جرى عليه قضاؤها" ، ويضيف البعض الآخر تسمية "فقه القضاء"<sup>35</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي في تقديره للنظام العام لا ينطلق من قناعاته الشخصية بل بالرجوع إلى روح القانون والمبادئ العامة التي يركز عليها<sup>36</sup> ، وبالتالي فهو مقيد بعدة ضوابط عند تحديده لمفهوم النظام العام.

**المطلب الثاني : الضوابط والمعايير الواجب على القاضي مراعاتها في تحديد فكرة النظام العام**

إن المشرع يسن القوانين والقاضي يطبقها، وإذا كان المشرع هو الذي يحدد الأسس العامة للنظام العام، إلا أنه لا يستطيع أن يحدد كل الظروف التي تحيط بمدى إعتبار قاعدة من النظام العام، مما يبرر سعيه لمنح القاضي بعض الصلاحيات من أجل التكليف القضائي لمفهوم النظام العام وفق ضوابط ومعايير محددة ، وبالتالي فالقاضي لا يتمتع بسلطان مطلق في هذا الشأن ، بل يجب عليه أن يقدر النظام العام على أسس موضوعية، والقاضي يعمل في مواجهة الواقع مستوحياً آراءه من ظروف كل قضية وملابساتها، وجزئياتها وكلياتها، ومن ثم فهو مدعو للقضاء طبقاً لأحكام المشرع في مجال النظام العام، والقاضي لا يتجاوز حدود القانون ويدخل حرم السلطة التشريعية، وذلك بإصدار حكم

تكون له الصبغة العامة أو يحكم بما لا يقتضيه القانون أو بما يخالفه، ومن المعلوم أنه يحضر على القاضي أن يحكم بغير النص التشريعي، باعتبار أن القاضي يشكل مصدر العمل القضائي في تأويل النصوص وتحري روحها.

إنّ الاجتهاد القضائي فيما يعنيه من بذل القاضي لجهود في إستنباط الأحكام القانونية، والذي له أثره في تعزيز وتطوير القانون بصفة مستمرة، يكون إما بسبب غموض وعدم وضوح النصوص القانونية مما يستلزم إعمال الفكر والمنطق القانوني للوصول إلى أبعاد النص و حدوده، وما ينطبق على وقائع النزاع.

وقد يكون الإجتهد القضائي أيضاً بسبب عدم وجود النص القانوني الذي يحكم الواقعة، فيجتهد القاضي حينها ليصل إلى الحكم القانوني الذي ينظم الموضوع، عبر الاستعانة بأدوات الاجتهاد من طرق التفسير و القياس، وهو الاجتهاد الذي ساهم في إثراء تحديد مفهوم النظام العام، فلقد ساهم عدم وجود تنظيم متكامل ومفصل لقواعد قانونية و الإقتصار فقط على إيراد بعض القواعد و الأحكام في بعض المجالات القانونية تحميل القضاء مسؤولية وضع العديد من القواعد متخذاً من المبادئ العامة في القانون ركيزة لإجتهاده وهذا المنهج يتيح للقاضي أن يبحث عن الحل الذي يحترم توقعات الأطراف المتنازعة ويستطيع كذلك أن يتابع التطورات المستحدثة في القوانين المقارنة التي تميل إلى إتباع منهجية تنازع تتسم بالمرونة في جانب كبير من الحلول.

إنّ الاجتهاد القضائي ليس سوى تأويلاً للقاعدة القانونية المكتوبة وهو يدخل في باب إبتكار القاضي للقاعدة القانونية والهدف منه توضيح غامض وتفصيل مجمل وتقييد مطلق ، و الإجتهد القضائي ليس مستقراً، فهو قابل للتحول وهذا يؤثر لا محالة على الحقوق المكتسبة وعلى الثقة المشروعة للمتقاضي، إذ بعد إطمئنانه لإجتهاد قضائي معين ثابت ومستقر تعامل معه مدة زمنية معينة ونظم دفاعه على ضوءه يتم التراجع فيه فجئياً وبأثر رجعي. ألا يؤثر هذا على الأمن القضائي والأمن القانوني عموماً؟

لقد أجابت محكمة التعقيب الفرنسية بأن «الأمن القانوني لا يمكن من الإعتداد بحق مكتسب بواسطة إجتهاد ثابت، لأنّ تطور الاجتهاد متروك للقاضي في تطبيقه للقانون» ورأت العديد من المحاكم الفرنسية بأنّ الاجتهاد ليس مضراً بالصالح العام و لا يشكل عدم أمن قضائي لأنّ ذلك يحرم القاضي من إعمال العقل و ملائمة القواعد

القانونية مع متطلبات العصر، وبناء عليه يمكن القول بان القانون الحي هو الذي تصنعه المحاكم وبالتالي فإن قابلية التوقع في الحكم القضائي ليست بالسهولة المطلوبة، لكن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أكدت أن السلطة التقديرية *le pouvoir discrétionnaire* للقضاة يجب أن تكون محصورة في مداها و كیفيتها وبالتالي ليست مطلقة<sup>37</sup>، و لذلك فإن تطبيق فكرة النظام العام رغم مرونتها يعتبر عملاً قانونياً يخضع فيه القاضي لرقابة المحكمة التي تراقب حسن تطبيق القانون، فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهب فردياً خاصاً، فلا ينبغي أن يعتبر القاضي مصلحة ما مصلحة خاصة بالجماعة أو مصلحة خاصة بالأفراد بحسب آرائه أو تصوراته الشخصية مهما كانت وجهتها، بل يجب عليه أن ينظر إلى الإتجاه السائد في المجتمع و النظام القانوني الذي يحكمه، سواء إتفق مع رأيه الشخصي أم إختلف عنه. إن معيار النظام العام هو معيار عام ينظر فيه المجتمع وما تواتر عليه الناس، ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يفسر النظام العام بطريقته الخاصة على هواه ووفق المذهب الشخصي الذي يعتنقه، بل يتعين عليه أن يفسر هذا المفهوم بالتفسير الملائم لروح العصر وأدابه في نظر المجتمع ومصالحه العامة، فالقاضي في هذا المجال بمثابة المشرع، فهو الذي يعتبر أمراً مخالفاً للنظام العام أو متفقا معه.

وإذا تابعنا إجتهد القاضي الإداري في مجال تحديد مفهوم النظام العام نجده يبني إجتهداه على أساس تحقيق التوازن بين ضمان حق الأفراد في ممارسة حقوقهم وحرّياتهم من جهة وحفظ النظام العام فيما تقوم به الإدارة من إجراءات ضبطية إذ أن صيانة النظام العام لا تستلزم بالضرورة في معظم الحالات أن يصل إلى حدود تقييد الحرية<sup>38</sup>، إذ أن مهمة التوفيق بين الحقوق والحرّيات الأساسية يعود دور الإدارة فيها إلى تطبيق القانون وتنفيذ القرارات و الأحكام تحت رقابة القاضي الإداري الذي يعتمد على المبدأ التالي " الحرية هي القاعدة أما القيد البوليسي الضبطي هو الإستثناء"<sup>39</sup>.

إن الإدارة لا تستطيع أن تتخذ بمفردها إجراء للإلغاء حق من الحقوق أو حرية من الحرّيات أو تقسيمها، إنما بإمكانها التدخل لتنظيمها، كما أنه بإمكانه إجراء التوافق بين ضرورة حفظ النظام العام وحماية الحقوق والحرّيات الأساسية للأفراد، ونجد أن القاضي الإداري يقوم برقابة مشددة على الشروط التي تعمل بها الإدارة، فهو يراقب مدى

إلتزام الإدارة بالحفاظ على سلامة النظام العام دون السماح لها بمنع التمتع بالحقوق وممارسة الحريات التي أقرها المشرع لأنّ المشرع هو وحده صاحب الحق في إلغاء ممارسة حرية ما أو التضييق فيها أو التوسيع فيها<sup>40</sup>.

ينص الفصل 49 من دستور تونس بتاريخ 26 جانفي 2014 على أن: " يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك"

ويتضح من خلال صياغة هذا الفصل أن المشرع الدستوري التونسي وضع ضوابط بتعين بموجبها أن يتقيد القاضي عند تقدير مسألة حدوث إنتهاك من عدمه في مجال الحقوق و الحريات، فالمشرع في تونس لم يبين على سبيل المثال هل أن مسألة تنظيم إرتداء النقاب داخل الحرم الجامعي في نطاق ممارسة الحريات العامة وخاصة منها تلك ذات الطابع الفردي أو الشخصي هل تندرج ضمن حرية المعتقد وما يتفرّع عنها من حرّية إرتداء اللباس التي يستجيب لمطالباتها؟ أم أن عمداء ومديري مؤسّسات التعليم العالي لهم الحق في إتخاذ التدابير العامة أو الفردية الضرورية لضمان حُسن سير المرفق العمومي وتلافي كل ما من شأنه الإخلال بالنظام العام داخل فضاءاته وإعاقة نشاطه البيداغوجي والعلمي أو الإخلال بنزاهة الامتحانات؟ على أساس مبدأ أن لا حق لأحد في الإنتفاع بالخدمات التي يسديها المرفق العمومي بمقراته المفتوحة للعموم وهو مغطى الوجه وذلك كلما اقتضى حُسن سير المرفق الكشف عن الوجه للتمتع بتلك الخدمات، وأنّ حدود ذلك المنع يجب أن يقتصر على حظر تغطية الوجه بصفة كاملة أو جزئية داخل مكونات الفضاء الجامعي، فحسب ودون أن يمتدّ إلى أي إجراء إضافي من شأنه المسّ من حرّية المعتقد واللباس الراجعة لمستعملي المرفق العمومي.

إن الحرية الشخصية مصونة ومكفولة بنصوص الدستور، والتوقيف مساس خطير بالحرية الشخصية، لذا يجب أن نفسر النظام العام تفسيراً ضيقاً، وأن لا تلجأ الإدارة إلى التوقيف إلا في حالة الضرورة بحيث يكون التوقيف الوسيلة الوحيدة لمواجهة

خطر يهدد النظام العام، و لا نعتقد أن ثمة ضرورة تبرر التوقيف للحفاظ على أهداف الضبط الإداري الأخرى عدا الأمن العام

فلقد بينت المحكمة الإدارية في تونس في قرار قضائي إن ممارسة الإدارة لنشاط الضبط الإداري يخضع إلى مجموعة من الضوابط التي إستقر عليها فقه القضاء الإداري والتي تقتضي ضرورة تقييد الإدارة بالقواعد التشريعية المنظمة للحقوق والحريات وألا تحدّ منها إلا في حدود ضيقة تبررها مقتضيات النظام العام ومستوجبات الضرورة<sup>41</sup>.

وفي تركيا أصدرت المحكمة الدستورية العليا في بداية شهر أفريل 2014 حكما يعتبر قرار الحكومة التركية بحظر موقع تويتر إنتهاكا للحق الدستوري في حرية التعبير الذي يضمنه الفصل 26 من الدستور التركي<sup>42</sup>، وبحسب العديد من الخبراء فإن قرار المحكمة الدستورية العليا يمكن ان يدرج ضمن فقه القضاء في تركيا ويشكل رادعا في المستقبل لأي حكومة تتخذ قرارات بمنع الوصول الى شبكات التواصل الاجتماعي التي يستخدمها على نطاق واسع الشباب التركي.

وفي مجال القانون الدولي الخاص فعلى القاضي أن يأخذ القاعدة القانونية الأجنبية ليس بمفهومها الضيق ولكن بالمفهوم الواسع الذي يشكل القاعدة في حد ذاتها وفق الإجتهاد القضائي في تلك الدولة الأجنبية وهو ما أكدته محكمة العدول الدولية الدائمة منذ قرارها الصادر في 12/7/1929 حين أكدت أنه لا يجوز أن يعطى للقانون الوطني مفهوما آخر غير الذي أعطي له من طرف الإجتهد القضائي في تلك الدولة.

#### خاتمة

أن مفهوم النظام العام شامل لكافة فروع القوانين، إلا أنّ المشرع بين قانون وآخر قد يعطيه معنى مختلفا حسب مضمونه والهدف الذي يسعى لتحقيقه تاركا تحديدا ما يتطابق أو ما يتعارض مع النظام العام للقضاء الذي لعب دورا هاما في إثراء هذا المفهوم الذي يشهد تحولات هامة في ظل تزايد الإهتمام الدولي بحقوق الإنسان، فهل أن إنتهاك الحق في الكرامة الإنسانية يعد مساسا بالنظام العام؟ هل أن إستعمال عبارات عنصرية في بعض التظاهرات يعد إخلالا بالنظام العام؟

## الهوامش

- <sup>1</sup> - ممدوح عبد الحميد : سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992 ص 30 وما بعدها.
- <sup>2</sup> - بشير بلعيد: القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرني، باتنة ، الجزائر، 1988، ص.79.
- <sup>3</sup> - عماد طارق البشري: فكرة النظام العام في النظرية و التطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي، رسالة مقدمة لجامعة الإسكندرية ، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2005، ص.19.
- <sup>4</sup> - سنية الجبري : النظام العام ومراقبة أحكام التحكيم الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود و الإستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2007، ص.3.
- <sup>5</sup> - Tallon denis : Considération sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en Droits anglais, mélanges Savetier, Dalloz, 1965,p.882.
- <sup>6</sup> - طلال ياسين العيسى:دراسة قانونية في علاقة الإختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مجلة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية ، المجلد25، العدد الأول، 2009، ص.318.
- <sup>7</sup> - دايم بلقاسم: النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2004، ص.17.
- <sup>8</sup> -نبيل فرج : النظام العام الإجتماعي : رسالة لنيل شهادة الدراسات في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1997، ص.2.
- <sup>9</sup> PH.MALAUURIE Les contrats à l'ordre public, Thèse Paris 1951, p.3.
- <sup>10</sup> - سليمان مرقص: مدخل للعلوم القانونية، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1952، ص.77.
- <sup>11</sup> - محمد سعيد جعفرور:"مدخل إلى العلوم القانونية- الوجيز في نظرية القانون"،، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر 1999، ص.117.
- <sup>12</sup> - أحمد مسلم : القانون الدولي الخاص المقارن في مصر و لبنان، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص.203.
- <sup>13</sup> - عبد الرزاق السنهوري :الوسيط في شرح القانون الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، 1952، ص.299.
- <sup>14</sup> - محمد بقيق: مدخل عام لدراسة القانون، المطبعة الأساسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2002، ص 2
- <sup>15</sup> - هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، مطبعة الإنتصار، الإسكندرية، 2000، ص.203.
- <sup>16</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص.399.
- <sup>17</sup> -كما عرّفت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 6969 الصادر في 9 مارس 2004 مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص بأنه " مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بالركائز الأساسية للكيان الإجتماعي أو



السياسي أو الإقتصادي وهو الذي يحيي الأسس الجوهرية في مجتمع قاضي النزاع بمنع تطبيق قوانين أجنبية تتعارض مع الأسس المذكورة".

<sup>18</sup> - غالب الداودي و. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، الطبعة الأولى، بغداد، 1988، ص. 184.

<sup>19</sup> - رمضان محمد بطيخ، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص. 736.

<sup>20</sup> - محمد العربي هاشم : مفهوم الدفع بالنظام العام عند القاضي التونسي، المجلة التونسية للقانون، 1976، ص. 14.

<sup>21</sup> - لمزيد التعمق راجع:

Nicolas Nord :Ordre public et lois de police en droit international privé, Thèse pour le doctorat en droit, Université Robert Schuman Strasbourg III , Faculté de droit de sciences politiques et de gestion 2003.

<sup>22</sup> - جنان جاسم مشنت : الإحالة في الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2006، ص. 49 وما بعدها.

<sup>23</sup> - زروتي الطيب : القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، الجزء الأول تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر 2000 ص. 247.

<sup>24</sup> -نادية فضيل : تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2002، ص. 121-122.

<sup>25</sup> - وأشهر مثال لذلك ما حكمت به محكمة الصين في سنة 1930 في قضية أمريكي يسمى نيلسون موريس تزوج ممثلة فرنسية وكانت قد احتفظت بجنسيتها الفرنسية طبقا لقانون الجنسية الفرنسي الصادر سنة 1927. وعندما تزوجها اشترط عليها أن لا تعود إلى التمثيل، ولكنها خالفت هذا الشرط وتعاقدت مع أحد أصحاب الملاهي بباريس على أن تقوم بالتمثيل، ونشر صاحب الملهى إعلانا بذلك وذكر على سبيل الدعاية أن هذه الممثلة ستقوم بالتمثيل على الرغم من إرادة زوجها، فرجع الزوج الأمريكي دعوى ضد صاحب الملهى مطالبا إياه بعدم التعاقد مع زوجته على التمثيل وبتعويض قدره 200 ألف فرنك فدفع صاحب الملهى هذه الدعوى بأن قانون جنسية الزوج، أي القانون الأمريكي الذي تعينه قاعدة الإسناد في قواعد التنازع الفرنسية يعطي للزوجة الحق في التمثيل دون إذن من زوجها، وليس للزوج أن يحتج بأن زوجته قد احتفظت بجنسيتها الفرنسية، لأن العبرة بقانون جنسية الزوج فرضت المحكمة دفع صاحب الملهى واستبعدت تطبيق القانون الأجنبي، وطبقت القانون الفرنسي، وقالت في حكمها أن خضوع المرأة لزوجها هو من النظام العام في فرنسا.

<sup>26</sup> - هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الطبعة الأولى، بيروت، ص. 149.

<sup>27</sup> - سنية الأشهب : القانون الجزائري الإقتصادي و النظام العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2009، ص. 9.

<sup>28</sup> - سنية الأشهب : المرجع السابق، ص. 10.

<sup>29</sup> - فيصل نسيمه ورياض دنس: النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، مارس 2006، ص. 171.

- <sup>30</sup> - تعقيب مدني عدد 17089 في 8 جوان 1975، النشرة 1987، الجزء الأول، صفحة 33.
- <sup>31</sup> - قنديل جود السيد عرابي: النظام العام في العقود المدنية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة بنها، 2011، ص. 13.
- <sup>32</sup> - فيصل نسيغة ورياض دنش: المرجع السابق، ص. 171.
- <sup>33</sup> - عادل السعيد محمد أبو الخير: الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطوابي، القاهرة، 1993، ص. 214.
- <sup>34</sup> - G.FARJAT : L'ordre public économique, Thèse Dijon, 1961, L.G.D.J., Paris, 1963, p.29.
- <sup>35</sup> - جميل عبد نصوب: دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، 2008، ص. 43 وما بعدها.
- <sup>36</sup> - نبيل فرج: المرجع السابق، ص. 10.
- <sup>37</sup> - الطاهر بن تركية: الأمن القانوني والأمن القضائي، مقال منشور بجريدة الشروق التونسية بتاريخ نشر في الشروق يوم 22-05-2011.
- <sup>38</sup> - حنان البراهمي: إجتها القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الإتفاقيات الدولية، مجلة الإجتها القضائي، العدد الرابع، مارس 2008، ص. 338.
- <sup>39</sup> - سعيد الحكيم: الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1987، ص. 407.
- <sup>40</sup> - أمزيان كريمة: دور القاضي الإداري في الرقابة على القرار المنحرف عن هدفه المخصص، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج الخضرم باتنة، 2011، ص. 18.
- <sup>41</sup> - إعتبرت المحكمة الإدارية في حكمها الابتدائي عدد 10722 بين علي بن سالم بوسعيد ضد وزير الداخلية والتنمية المحلية، الصادر في 7 جويلية 2010: "أن إيقاف المدعي بمركز الشرطة مدة أربع ساعات لم يكن يهدف البحث أو التحري في الجريمة أو الوقاية من حصولها وإنما يندرج في إطار الإجراءات الأمنية الضرورية لتحقيق النظام العام والمحافطة عليه بمناسبة زيارة رئيس الجمهورية لمدينة المنستير، وهو ما يعد فاقدا لكل مبرر قانوني وتجاوزا للسلطة" منشور بفقهاء قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2010، ص. 595.
- <sup>42</sup> - دخل حظر تويتير حيز التنفيذ في 20 مارس 2014 بعدما إنتشرت على الموقع تسجيلات صوتية تزعم تورط رئيس الحكومة رجب طيب أردوغان ومحيطه المقرب في فضيحة فساد، وتقول حكومة أردوغان من جانبها أن تويتير الذي عين محاميا للاعتراض على قرار السلطات التركية لم يستجب لمئات الطلبات القضائية بسحب محتويات غير شرعية...، ووصف أردوغان المناهض للمواقع الإجتماعية، تويتير بأنه "تهديد" لأمن البلاد متهما الموقع بالاسهام في تنظيم تظاهرات ضد حكومته العام الماضي.

المحور الثاني

النظام العام الإقتصادي

## L'ordre public européen : transformation d'un ordre public communautaire économique à un ordre public européen pluridisciplinaire

TROUZINE Belkacem  
Maitre de conférence  
université de Mascara

تروزين بلقاسم، أستاذ محاضر  
جامعة معسكر

### Commentaire

1. Dans chaque pays, les autorités ayant compétence pour préserver leurs principes et valeurs nationaux, utilisent « l'ordre public » comme une protection efficace face à tout ce qui peut perturber cette organisation juridique. En ce sens général, l'ordre public est défini « pour un pays donné, à un moment donné, comme un état social dans lequel la paix, la tranquillité et la sécurité publique ne sont pas troublées »<sup>1</sup>. A rajouter qu'au sein d'un ordre juridique, l'ordre public veut dire également « les termes servant à caractériser certaines règles qui s'imposent avec une force particulière (ex. loi ou disposition d'ordre public) et par extension à désigner l'ensemble des règles qui présentent ce caractère »<sup>2</sup>.

2. Le développement de la notion d'ordre public a conduit certainement à d'autres concepts spécialisés, adaptés selon la matière examinée. Tel est le cas par exemple de l'ordre public en droit privé qui consiste dans une norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions<sup>3</sup>. Pareillement, en droit international privé, l'ordre public « atténué » peut se montrer comme un ordre public adouci, reflétant une certaine tolérance, dès lors qu'il s'agit non de créer une nouvelle situation sur le territoire national, mais plutôt de reconnaître au sein de ce territoire une situation déjà créée à l'étranger. Cette hypothèse qui ressemble à la théorie des droits acquis à l'étranger ne fait pas en réalité d'exception quant à l'arrangement de l'ordre public, afin de protéger les intérêts de la partie faible au litige<sup>4</sup>.

3. Nous constatons donc que les exemples portant sur le développement de l'ordre public aboutissant aux ordres publics spécialisés sont multiples. A titre d'illustration, il y a lieu aussi de citer l'ordre public économique et l'ordre public social. Pour ce dernier, les dispositions de celui-ci empêchent la reconnaissance et l'exécution de tout acte privant un employé de ses droits face à son employeur, même s'il apparaît que le premier a renoncé aux desdits droits de son propre gré (consentement). De même, l'ingérence de la matière économique dans l'ordre public empêche dorénavant l'application d'un contrat s'il heurte les règles obligatoires protégeant le consommateur, en tant que partie défavorisée face au professionnel dans un contrat de consommation.

4. A priori, les exemples présentés ci-dessus et qui témoignent de la présence de plusieurs aspects (civil, économique et social), ne portent pas atteinte à l'idée de fidélité de l'ordre public, dans ces deux facettes nationale et internationale, à son propre ordre juridique national comme moyen de protection. Sans trop détailler, ce résultat est bien vérifié lorsque l'aspect international caractérise la situation litigieuse, c'est le cas du droit international privé. Nous illustrons cette situation par le dysfonctionnement de l'option de la validité de la loi choisie par les parties au contrat, lorsque ce choix heurte l'ordre public international de l'État concerné par la reconnaissance et l'exécution.

5. En revanche, cette évolution de notre fameux ordre public n'a-t-elle pas modifié la pureté dudit ordre en tant qu'ordre national propre à chaque pays ?

6. Le rapprochement juridique et judiciaire dans un cadre intégré, cas de l'Union européenne (ci-après UE) et avant la Communauté européenne (CE), a conduit à l'apparition d'une nouvelle notion qui est l'ordre public communautaire, devenu à son tour l'ordre public européen. Les questions entourant la genèse de l'ordre public européen sont multiples. Quelle est le sens de l'ordre public communautaire et/ou européen ? S'agit-t-il d'un ordre propre à l'Union européenne ou bien d'un ordre public communautarisé/européanisé au sein de chaque État membre de l'Union ? Et quel rapport entretient ce nouvel ordre public avec l'ordre public interne et international classiques ? (I). Ensuite, quel est l'organe judiciaire le mieux placé pour évaluer cet ordre public européen : juridictions nationales des États membres de l'UE ou bien la Cour de justice de l'UE ? Enfin, l'effet de l'ordre public européen est-t-il le même lorsqu'il s'agit d'une décision juridictionnelle algérienne, par exemple, devant une juridiction appartenant à un État membre de l'UE, française par exemple ? (II).

## I Emergence de l'ordre public communautaire

7. Nous rappelons que la présente étude se concentre sur un ordre non traditionnel analysé dans le cadre de la CE, devenue UE depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Pour cela, il est important de préciser, dans un premier temps, la notion d'ordre communautaire (A), pour répondre dans un second temps à la question des liens qu'entretient cette nation avec les ordres public nationaux des États membres (B).

### A) Emergence et délimitation de l'ordre public communautaire

L'apparition de l'ordre public communautaire nécessite d'abord de s'arrêter sur le sens de cet ordre (1) et d'analyser les différentes étapes de sa construction (2).

#### 1/ Emergence et définition de l'ordre public communautaire

8. Comme nous l'avons souligné plus haut, les modes d'action du concept ordre public sont de plus en plus variés. A titre de rappel, l'ordre public est défini en droit administratif sur la base de la « trilogie municipale », axée sur la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique<sup>5</sup>. Dans cet enchaînement, en droit civil et

international privé, l'effet de l'ordre public consiste dans le disfonctionnement de la règle du principe de l'autonomie de la volonté, ainsi que de la règle de conflit. Mais qu'en est-il de l'ordre public communautaire ?

**9.** Afin de délimiter la notion de l'ordre public communautaire, il est indispensable de définir le droit communautaire qui est : « l'ensemble des règles matérielles uniformes applicables dans les États membres de l'Union dont la source primaire est constituée par les traités d'institution et la partie dérivée par les règles établies par les institutions communautaires en application des traités »<sup>6</sup>. Par conséquent, le rôle de l'ordre public communautaire se limite à la protection des principes et valeurs inclus dans le droit communautaire dans ses deux volets primaire et dérivé. Cette délimitation de l'ordre public communautaire semble loin de la définition du même concept. En effet, s'agit-il d'un qualificatif qui couvre la valeur d'une règle positive et impérative, ou bien d'un substantif qualifié de mécanisme de protection ?

**10.** Il est difficile de répondre à cette question même s'il paraît parfois inévitable de se rallier à l'une ou l'autre qualification. Toutefois, même s'il y a une certaine ambiguïté dans la compréhension du terme ordre public communautaire, cela n'empêche pas de lui donner une nature indépendante. Nous visons ici la nature « institutionnelle » de cet ordre basée sur la protection des principes et valeurs constituant les piliers du droit communautaire. Bien qu'elle soit abandonnée, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la terminologie droit communautaire reflète le caractère économique de ce droit. Ce constat se justifie par les principes qui figurent dans les premiers traités sur la Communauté dont l'objectif est de protéger le marché intérieur. Ces principes se résument principalement dans la libre circulation des marchandises<sup>7</sup>, des capitaux et des personnes. Nous pouvons aussi citer l'exemple de la liberté d'établissement et des prestations de services<sup>8</sup>. De ce fait, tout acte déloyal du point de vue économique ou commercial exige l'intervention de l'ordre public communautaire, dont la base juridique découle des articles cités ci-dessus. L'ordre public communautaire vise donc l'élimination des discriminations basées sur une nationalité, d'un État membre, et qui empêche la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux en provenance d'un autre État membre de l'Union. En adoptant cette idée purement économique, il est possible de définir l'ordre public communautaire par la mise en œuvre des principes européens empêchant tout obstacle menaçant la concrétisation et la durabilité du marché intérieur.

## 2/ Construction et achèvement de l'ordre public communautaire

**11.** Nous examinons dans cette phase les caractéristiques de cet ordre qui sont attachées voire même déterminées par les étapes de la construction de cet ordre. Ces étapes sont au nombre de deux. La première relative au début de la construction communautaire, en particulier au temps de la CEE, où la notion d'ordre public communautaire n'était même pas dans l'esprit des rédacteurs du traité de Rome instituant les trois communautés<sup>9</sup>. En revanche, nous parlons à l'origine de la réserve

d'ordre public qui jouait en faveur du droit national et au détriment du droit communautaire, c'est-à-dire qu'on était en présence d'un effet similaire à l'ordre public ordinaire qui est l'effet d'éviction. Ce résultat se concrétise par le biais de l'ex-article 30 TCE, qui écarte les dispositions communautaires de libre échange en raison de contradiction avec l'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé, ... de l'État d'accueil des marchandises ou des prestations de services<sup>10</sup>. Dans une étape suivante et à partir de l'Acte unique européenne (AUE), qui a pour objectif l'achèvement du marché intérieur, on a commencé à évoquer l'ordre public communautaire. Mais en réalité c'est la jurisprudence Cassis de Dijon de la Cour de justice de la Communauté (CJCE) qui a dégagé les premiers traits de cet ordre, sans le dire clairement<sup>11</sup>. L'essentiel de cette jurisprudence consiste dans le recul de l'ordre public national d'un État membre, Allemagne dans le cas présent, au profit de l'ordre public communautaire. Et encore, jusqu'à la date de l'arrêt Cassis de Dijon, la distinction ordre public communautaire/ordre juridique communautaire n'était pas encore claire.

**12.** L'originalité de l'ordre public consiste dans son effet dynamique rattaché à la protection du marché commun et à la notion de sa durabilité. Il reste à préciser si cet ordre s'oriente vers le droit public ou bien privé. Pour trancher sur cette question nous remontons à l'origine de cet ordre inspiré du système juridique communautaire sous sa forme primaire. Ces traités reflètent un aspect du droit public qui empêche les autorités de chaque État membre de noyer le bon fonctionnement du marché commun. Toutefois, le développement dudit ordre et surtout le rôle de la Cour européenne de justice du Luxembourg par élargir cet ordre intégré à d'autres matières du droit privé, les règlements Bruxelles sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères en matière civile et commerciale font foi<sup>12</sup>. Nous allons développer cette idée un peu plus loin.

## **B) Les rapports entre ordre public communautaire et ordres publics nationaux des États membres de l'Union**

**13.** A souligner ici que ces rapports vont être étudiés à ce stade entre la Communauté et ses États membres. La remarque principale à faire ici est que l'ordre public dans son apparence traditionnelle internationale, emprunte la technique du conflit pour en finir à l'écart de la loi normalement applicable ou rejeter la décision sollicitant exécution. Si nous confirmons le recours à la méthode conflictuelle pour l'ordre public étatique, il n'est pas certain que l'ordre public communautaire aurait abouti au même procédé. Cette différence est justifiée par la particularité du droit communautaire qui cherche au final à obtenir des résultats sans trop s'intéresser aux moyens utilisés. En ce sens, M. Étienne Pataut avance l'argument de « l'indifférence de ce que le droit international privé s'intéresse avant tout aux méthodes, alors que pour sa part, le droit communautaire se préoccupe du résultat final »<sup>13</sup>. Nous présentons cette différence qui rapproche l'ordre public communautaire des lois de police plus qu'à la notion classique de l'ordre publique étatique, avec réserve. En fait, la présente distinction a été présentée lors de l'émergence de l'ordre public communautaire, en ce moment la notion est encore dominée par le caractère

économique. De plus, le point de vue de monsieur Pataut a été exposé dans le cadre d'une analyse portant sur les lois de police et l'ordre juridique communautaire et non pas l'ordre public communautaire. Cela nous pousse à dire que l'ordre public communautaire n'est plus actuellement une notion embryonnaire, bien au contraire cette notion s'impose aujourd'hui avec plus de clarté en matière de droit privé.

**14.** Face à l'insuffisance du caractère économique et matériel du droit communautaire, nous serons obligés d'examiner les effets des deux ordres national et communautaire, c'est-à-dire la marge d'action de chacun. C'est à travers l'arrêt *Costa c/ Enel*<sup>14</sup> de la Cour européenne de Luxembourg, confirmant la supériorité du droit communautaire vis-à-vis des droits nationaux des États membres, que nous pouvons tirer quelques enseignements concernant les deux ordres. Il est logique que les droits nationaux imposent de temps en temps quelques obstacles techniques face à la libre circulation des marchandises, services et capitaux. Ces gênes qui se répartissent généralement entre taxe d'effet équivalent<sup>15</sup> et imposition intérieure sont écartées par l'ordre public communautaire et défendues par l'ordre public national de l'État d'accueil. Bien sûr c'est l'ordre public communautaire qui aura le dernier mot dans une situation pareille. Les enseignements de cette comparaison se résument dans la conception libérale de l'ordre public communautaire qui a un effet positif au sein de l'Union. Cet ordre aide à concrétiser les principes et les valeurs communs entre les États de l'Union, contrairement aux ordres nationaux qui préservent leurs ordres juridiques internes par des méthodes protectionnistes.

**15.** Pour conclure, l'ordre public communautaire se caractérise par l'idée de reflet du caractère économique intégré. Cet ordre est le fruit de l'idée de l'élaboration du droit communautaire par les institutions communautaires et la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté, devenue Cour de l'Union. Il s'agit donc d'un ordre institutionnalisé de conception libérale qui domine les ordres publics nationaux des États membres par l'effet positif et non suspensif. Et pourtant, l'indépendance de l'ordre public communautaire de l'ordre juridique communautaire n'a pas réglé le problème de la délimitation définitive du premier. Dans ce sens, la spécificité pluridisciplinaire du droit communautaire implique l'adaptation de l'ordre public communautaire et son ingérence dans d'autres matières non économiques du genre de droit privé et surtout de droit international privé. Enfin, si l'ordre public étatique a commencé à s'imposer à l'occasion des conflits de nature privé ou familiale pour passer ensuite à la matière économique, l'ordre public communautaire a suivi un processus plutôt contraire comme nous allons voir dans la deuxième partie de notre recherche.

## **II Appréciation judiciaire de l'ordre public européen : ordre pluridisciplinaire à double effet**

**16.** Nous renonçons dans cette deuxième partie au terme droit communautaire et par conséquent à son corollaire protecteur ordre public communautaire. Le terme européen se montre plus crédible étant donné que le développement du droit communautaire a achevé la matière de droit privé depuis le traité d'Amsterdam. Ce



résultat s'est consolidé par le droit dérivé dans l'exemple des règlements de Bruxelles. Le progrès de l'ordre public a été renforcé encore une fois par la Convention européenne de sauvegarde des libertés et des droits de l'homme (CEDH). Cette dernière ne se contente pas uniquement du droit substantiel, mais aussi du droit procédural qui figure à titre d'illustration dans le titre 6 relatif au procès équitable. A propos de l'organe judiciaire qui valorise le respect de l'ordre public européen, il est clair que la haute juridiction européenne luxembourgeoise a un rôle capital dans l'appréciation de cet ordre, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg. Mais qu'en est-il des juridictions nationales des États membres ? Effectivement le juge européen au niveau de la Cour de justice de l'Union n'est pas le seul gardien du droit européen, ce qui veut dire que cette mission incombe aussi aux juges nationaux des États membres de l'Union. On parle ici de la communautarisation ou plutôt de l'eupéanisation de l'ordre public national (A), qui aura des conséquences sur les décisions juridictionnelles. Ces conséquences diffèrent selon la provenance de ces décisions : intracommunautaire et extracommunautaire (B).

### **A) L'eupéanisation des ordres juridiques nationaux des États membres de l'Union**

17. Avant d'entamer le vif de l'eupéanisation des ordres publics nationaux, nous allons d'abord discuter de la notion d'ordre public européen. L'alignement des droits nationaux à la Convention européenne des droits de l'homme a fait dominer les ordres publics nationaux par le texte de cette convention. Décrit selon l'expression de Jean Foyer « d'ordre public de défense des droits de l'homme »<sup>16</sup>, l'ordre public européen est une notion principalement fonctionnelle. On part ici du même constat de l'ordre public communautaire de tendance économique, c'est-à-dire que la Convention européenne des droits de l'homme constitue l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen. A vrai dire, l'idée de l'institutionnalisation de l'ordre public sur un plan régional, mais surtout intégré, a toujours été présente que ce soit lors de l'émergence de l'ordre public communautaire en référence aux traités sur la Communauté, ou bien au moment de l'élargissement de cet ordre dans un sens matériel, *ratione materiae*, pour couvrir d'autres matières : ordre public européen. La compréhension de l'ordre public européen se fait donc par analogie à l'ordre public communautaire. En plus du caractère privé de l'ordre public européen, le caractère public est aussi présent. En effet, l'État ne respectant pas les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme peut être le sujet d'une requête dirigée contre lui devant la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg. Cette hypothèse s'intègre dans le cadre de l'office du juge européen<sup>17</sup>. Mais au-delà de cette fonction de l'ordre public européen, ce dernier peut aussi être réalisé par le juge national : office du juge national<sup>18</sup>. C'est cette idée qui concrétise le mieux l'eupéanisation de l'ordre public national. Cette opération s'explique par l'insertion des principes et valeurs de la Convention européenne des droits de l'homme dans chaque ordre juridique national des États membres, et par conséquent l'ordre public national eupéanisé se transforme en ordre protecteur, à la fois des principes nationaux et des principes européens. D'ailleurs, c'est cette idée qui explique la présomption de l'équité de la procédure suivie devant les juridictions nationales des

États membres de l'Union. Cette même présomption découle aussi d'une autre disposition juridique qui est les règlements Bruxelles adoptés par ces mêmes pays.

**18.** Sur un plan théorique, la comparaison des trois ordres public : national, communautaire et européen démontre que le troisième est plus large au vu qu'il inclut les différentes branches du droit : privé, international privé, pénal, ... etc. En contrepartie, l'ordre public européen n'a pas forcément le sens positif libéral qui tend vers l'approbation du contrat ou de la décision juridictionnelle étrangère, sujet d'*exequatur*, comme le fait l'ordre public communautaire. La différence de principe réside dans la base de raisonnement de chacun. En effet, si l'ordre public communautaire condamne une disposition nationale discriminatoire empêchant la libre circulation d'une marchandise, en raison de sa nationalité étrangère, l'ordre public européen essaie d'évincer le contrat ou la décision étrangère sur la base d'écarter la discrimination, dont la source consiste dans la différence des sexes par exemple. Toutefois ce résultat ou cette différence n'est pas toujours confirmé dans la pratique car il faut distinguer le rôle de l'ordre public national européenisé selon les situations selon lesquelles ce dernier intervient. Ce point va être examiné dans le cadre de double rôle de l'ordre public européen ou plutôt de l'ordre public national européenisé.

## **B) L'intervention de l'ordre public national européenisé face aux décisions juridictionnelles**

Deux hypothèses font l'objet de cette analyse, à savoir les décisions étrangères entre États membres de l'Union (1) et les décisions tierces à celles-ci (2).

**1/** L'effet de l'ordre public national européenisé face à une décision juridictionnelle d'un État membre de l'Union

**19.** Selon H. Muir Watt, dans certains cas, lorsqu'elle vient au service des intérêts étatiques du *for*, l'exception d'ordre public subirait un contrôle communautaire, dès lors qu'elle est opposée à un autre État membre<sup>19</sup>. Déterminé par le seul *for* d'une juridiction nationale appartenant à l'Union face aux États tiers, le seuil de tolérance du *for* devrait concorder avec le seuil communautaire de tolérance face aux États membres. Cette idée exprime une certaine cohérence des ordres publics nationaux avec l'ordre public européen en raison de l'europeanisation de ces ordres. Nous avons déjà expliqué cette tolérance par la présomption d'équité procédurale entre juridictions nationales des États membres de l'Union<sup>20</sup>. Encore une fois, nous présentons cette idée avec réserve, parce que l'organisation judiciaire dans certains pays de l'Europe centrale et orientale (PECO) n'est pas si développée, c'est le cas de la Bulgarie par exemple.

**20.** Reprenons la conception de l'effet de l'ordre public européen sur un plan intracommunautaire, celui-ci va dans le sens de la facilité de l'accueil des décisions juridictionnelles intracommunautaires. Ce courant, même contesté en partie par l'imposition des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, est soutenu par la simplicité des procédures qui figure dans l'article 293 du traité sur la

Communauté (TCE)<sup>21</sup> qui a servi de base première à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions juridictionnelles en matière civile et commerciale. Le développement de ladite convention en règlements portant le même nom<sup>22</sup>, a conduit non seulement à une imposition clémente de l'ordre public national mais parfois à la suppression de celui-ci au profit de l'ordre européen, dans le cadre du titre exécutoire européen (TEE). Le seuil de tolérance dans l'accueil des décisions juridictionnelles en matière de créances incontestées atteint son apogée dans l'article 5 TEE<sup>23</sup>. L'effacement entier de l'ordre public national au profit de l'ordre public européen est justifié non seulement par la présomption simple de l'équité de la procédure suivie devant le juge national de l'État requérant<sup>24</sup>, mais aussi par le déplacement de la tâche du contrôle des conditions liées à l'*exequatur* du juge requis au juge requérant. On suppose ici que les ordres publics nationaux des deux États membres concernés par la décision juridictionnelle sollicitant exécution, sont en cohérence avec l'ordre public européen.

**21.** L'écart complet de l'effet suspensif de l'ordre public national d'un État membre de l'Union pour quelques matières, comme dans les créances incontestées, n'est pas absolu. En effet, l'ordre public national, étatique, continue comme même à exister à côté de l'ordre public européen. Le premier ne peut altérer le deuxième que dans les cas de contrariété manifeste selon les termes de l'arrêt Krombach de la Cour de justice<sup>25</sup> : « un recours à la clause d'ordre public (...) n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait d'une manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique »<sup>26</sup>.

## 2/ L'imposition de l'ordre public européen face aux États tiers à l'Union

**22.** L'ordre public européen qui facilite plus l'accueil des décisions juridictionnelles européennes entre États membres de l'Union européennes, notamment par référence au droit de Bruxelles, règlements Bruxelles, vat-t-il avoir le même effet sur un plan extracommunautaire ? C'est à cette question que nous devons répondre à ce stade. Une petite précision à faire ici concerne les textes utilisés pour le fonctionnement de l'ordre public européen. A cet effet, la convention européenne des droits de l'homme constitue la seule référence textuelle explicite pour faire activer le volet extracommunautaire de l'ordre public européen. Nous comprenons donc que les textes du droit de Bruxelles, règlements, sont plus ou moins écartés, car ces derniers sont dotés de la territorialité. Cette remarque de la fidélité des règlements Bruxelles à l'espace communautaire de l'Union constitue une règle générale constante, qui n'accepte d'exception qu'à titre d'incident. Sans trop détailler sur ce point, il peut s'agir de la théorie de l'effet réflexe, dont le contenu vise l'élargissement de l'application du droit de Bruxelles en dehors de ses frontières européennes naturelles<sup>27</sup>.

**23.** Afin de résoudre le problème de l'effet externe de l'ordre public européen nous nous limitons à la Convention européenne des droits de l'homme, bien sûr par le biais de l'ordre public national dans chaque Etat membre de l'UE, mais sous sa

version européenne. La jurisprudence française constitue une bonne illustration en la matière. Un phénomène remarquable qui tend vers le rejet, caractérise l'accueil des décisions juridictionnelles tierces à l'Union. Les exemples sont multiples en droit de la famille, nous citons par exemple le refus des institutions religieuses maghrébines sur le sol européen et français en particulier, non seulement en raison de leur contrariété avec les valeurs françaises, mais aussi et surtout à cause du heurt au principe d'égalité des sexes mentionné dans l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et le non respect de l'équité de la procédure de l'article 6 du même texte.

**24.** Pour conclure, l'ordre public européen dissimulé par l'ordre public national européenisé sur un plan extra-communautaire est devenu une réalité dans la pratique juridictionnelle des juridictions nationales européennes, à l'occasion de l'examen d'une décision tierce à l'Union. Cette situation renforce l'idée du double effet de l'ordre public européen, qui se distingue selon les cas examinés par celui-ci : situation intracommunautaire et situation extracommunautaire. Dans cette dernière, l'ordre public intervient comme une deuxième couche de protection qui s'ajoute à l'ordre public national de l'Etat membre de l'UE concerné.

### **Conclusion**

**25.** L'évolution de la notion d'ordre public national a abouti à d'autres ordres spécialisés sur le même plan étatique. Entre autres, si nous avons commencé par la matière de droit privé ou même public, droit administratif surtout, pour achever la matière économique, ordre public économique, nous avons plutôt renversé ce schéma sur un plan régional intégré. Il s'agit ici de l'ordre public communautaire de caractère économique. Ce dernier a connu deux étapes essentielles, la première reflète le début de sa construction à travers les premiers traités sur la Communauté ; la deuxième reflète plutôt son imposition claire en faveur du principe de libre circulation des marchandises, des capitaux et des services au sein de l'espace de l'Union.

**26.** Le développement *ratione materiae* du droit communautaire qui a fini par l'émergence du droit européen pluridisciplinaire, avait comme conséquence l'émergence d'un autre ordre, qui est l'ordre public européen. Ce dernier ressemble à l'ordre public communautaire au vu qu'il reflète l'idée de l'institutionnalisation. Ce nouvel ordre intégré fait référence à deux types de textes, à savoir la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de Bruxelles en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution des décisions juridictionnelles.

**27.** En conclusion, l'ordre public européen qui constitue aujourd'hui une réalité a un double effet, c'est-à-dire un effet de faciliter le libre échange des décisions juridictionnelles, entre juridictions nationales des États membres de l'Union, et un effet plus ou moins protectionniste envers les décisions tierces.

## Notes

<sup>1</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 9<sup>ème</sup> éd. Paris, 2011, p. 714.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Disposition qui lie le résultat indésirable de la non-conformité à l'ordre public aux deux institutions juridiques contractuelle et délictuelle.

<sup>4</sup> V. sur l'ensemble de la question la jurisprudence Rivière : C cass. (Ch. civ., 1<sup>ère</sup> sec.) 17 avril 1953 : *RCDIP*, 1953, p. 412, note Batiffol ; *Clunet*, 1953, p. 860, note plaisant ; *JCP*, 1953, II, p. 7863, note Buchet ; *Rabels Zeitschrift*, 1955, p. 520, note Francescakis. L'arrêt est aussi commenté par B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2006, pp. 232 à 244.

<sup>5</sup> Caroline Picheral, *L'ordre public européen, Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation européenne, Paris, 2001, p. 10.

<sup>6</sup> G. Cornu, *ouvrage précité*, p. 181 et 182. Nous rajoutons que cette définition est dépassée, notamment depuis que l'UE a remplacé la CE avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

<sup>7</sup> Il s'agit des articles 28 et 34 à 37 TFUE (ex-art. 23 et 28 à 31 Tt. CE) relatifs à la libre circulation des marchandises.

<sup>8</sup> Les articles 101 et 102 TFUE (ex-art. 81 et 82 Tt. CE) pour la concurrence.

<sup>9</sup> V. Les trois communautés susmentionnées sont la Communauté économique européenne (CEE), la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEa) *alias* Euratom. Pour plus de détails v. Jean-Claude Gautron, *Histoire des institutions européennes*, cours donnés à l'université Montesquieu – Bordeaux IV, 2003/2004.

<sup>10</sup> Le même principe de la réserve à l'ordre public se réitère dans l'actuel art. 36 TFUE.

<sup>11</sup> Affaire Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein – Q. P. Hessisches Finanzgericht, affaire n° 120/78 dit « Cassis de Dijon », v. R. Kovar, *JDI*, 1981, pp. 106-108 ; J. Cl Mascet, *RTDE*, 1980, n° 4, p. 611 ; A. Mattered, *RMC*, 1980, pp. 505-514 ; A. A. Painter, *Business Law Review*, 1981, pp. 199-200 ; J. Boulouis / R. - M. Chevallier, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, t. 2, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2002, pp. 26-29 ; X., *JOCE*, C 256, pp. 2-3.

<sup>12</sup> V. Le point relatif à l'éviction de l'ordre public du *for* par un ordre public communautaire : Petra Hammje, « L'ordre public international et la distinction entre États membres et États tiers », in *Droit international privé, États membres de l'Union européenne et États tiers*, Lexis Nexis, Paris, 2009, p. 77.

<sup>13</sup> Étienne Pataut, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, p. 117.

<sup>14</sup> CJCE, Costa c/ Enel, 15 juillet 1964, aff. 6/64.

<sup>15</sup> V. l'aff. Rewe-Zentral précité ; aussi l'aff. Keck et Mithouard, CJCE, 24 novembre 1993, 267/91 et 268/91.

<sup>16</sup> Frédéric Sudre, « L'ordre public européen », in *L'ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 109.

<sup>17</sup> Frédéric Sudre, article précité, p. 121.

<sup>18</sup> Frédéric Sudre, article précité, p. 123.

<sup>19</sup> H. Muir Watt et D. Bureau, *Droit international privé*, PUF, Coll. « Thémis », Paris, 2007, t. I, n° 470, p. 467.

<sup>20</sup> *Op. cit.*

<sup>21</sup> L'art. 293 (ex-art. 220 Tt. Rome) parle de la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions ainsi que des sentences arbitrales.

<sup>22</sup> Règlement Bruxelles I (règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000), Bruxelles II bis (règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003), mais surtout le titre exécutoire européen (règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur les créances incontestées).

<sup>23</sup> Dès que nous sommes en présence d'une décision, transaction ou d'un acte authentique certifié en tant que TEE, l'art. 5 du Règlement dispose que ce titre est reconnu et exécuté dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire d'obtenir au préalable l'*exequatur* et sans qu'il soit possible de soumettre le TEE à un contrôle quelconque, notamment par rapport à l'ordre public national.

<sup>24</sup> *Op. cit.*

<sup>25</sup> CJCE, 28 mars 2000, Krombach c/ Bamberski, *in Rev. crit. DIP*, 2000, p. 481, note H. Muir Watt.

<sup>26</sup> Petra Hammje, considérant 37 ; repris dans l'arrêt Renault c/ Maxicar, CJCE, 11 mai 2000, Régie Renault c/ Maxicar, *in Rev. crit. DIP*, p. 497, note H. Gaudemet Tallent.

<sup>27</sup> En réalité c'est la jurisprudence de la CJUE qui a inauguré la question de l'applicabilité du droit européen aux situations externes à l'Union après l'avis 1/03 et l'émergence de la théorie « d'effet réflexe ». Cette théorie est la conséquence de l'application *lato sensu* du droit européen dérivé et non primaire. V. M. Fallon, « L'applicabilité du règlement « Bruxelles I » aux situations externes après l'avis 1/03 », *in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2009, p. 241 ; H. Gaudemet-Tallon, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », *in Mélanges G. Droz*, M. Nijhoff, La Haye, 1996, p. 85 ; G. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Dalloz, Paris, 1972, n° 100.

## حق التراجع عن العقد: القوة الملزمة للعقد واعتبار حماية المستهلكين

Dr. GRIMES Abdelhak  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université de Djijel, Algérie.

د. قريمس عبد الحق  
كلية الحقوق والعلوم السياسية،  
جامعة جيجل، الجزائر.

### مقدمة

تتضمن القواعد العامة للالتزام مجموعة من التدابير التي تهدف إلى ضمان تعبير أي متعاقد عن إرادته في العقد المراد إبرامه في ظروف من النزاهة والشفافية تعطي للتراضي قيمته الحقيقية، من بينها في التقنين المدني الأحكام الخاصة بعيوب الإرادة، وأحكام العلم بالمبيع في عقد البيع، والالتزام بالإعلام في بعض النصوص الخاصة كقانون الممارسات التجارية وقانون حماية المستهلك وقمع الغش.

والملاحظ أن هدف التدابير المذكورة هو محاولة ضمان بيئة مناسبة للتعبير الواعي والمتبصر عن الإرادة من جهة المتعاقد، الذي غالبا ما يكون الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، بحيث يؤدي الإخلال بهذه الأحكام إلى الاعتراف للمتعاقد المعني بإمكانية التحلل من الرابطة التعاقدية، بطلب إبطال العقد مع حق طلب التعويض إن كان له محل. بحيث تكون الجزاءات المذكورة مقابلا لاختلال شروط تكوين التراضي في العقد.

وتقوم فئة ثانية من التدابير، مقررة ضمن التقنين المدني، على فكرة منح فرصة إضافية للمتعاقد الذي يصدر قراره بالتعاقد في ظروف لم تسمح له بالتفكير الجيد في مدى ملاءمة العقد المبرم لظروفه ومصالحته الشخصية، من خلال الترتيب لحق التراجع عن العقد المعني، باعتماد آلية التعاقد بالعربون، أو بإدراج شرط خيار الفسخ.

وفي ذات السياق، يلاحظ تكريس القانون، في إطار التدابير المقررة لحماية المستهلكين، لإجراء يبدو مشابها في غرضه لما سبق ذكره، يتمثل في حق المتعاقد في مجال عمليات القرض<sup>1</sup> وعقود التأمين على الأشخاص<sup>2</sup> في التراجع عن العقد ضمن أجل معين، يصطلح عليه بحق التراجع أو حق العدول عن العقد.

فالتراجع عن العقد صلاحية ممنوحة للمستهلك تسمح له بالرجوع، خلال أجل معين، عن تراضيه في بعض عقود الاستهلاك<sup>3</sup>، وهو تدبير ينظر إليه على أنه يكرس فكرة

النظام العام الحمائي، من خلال تدابير الحماية المقررة لطرفي العقد من أي إخلال بالالتزامات الناشئة عنه.

إن مجرد الحديث عن الحق في التراجع عن العقد من شأنه إثارة حفيظة رجال القانون، لأن معناه قبول تحلل أحد المتعاقدين في العلاقات التعاقدية وعدم احترامه لتعهداته والرجوع عن التزامه الأصلي<sup>4</sup> وهو ما يستدعي التساؤل عن طبيعة هذا الحق وعن قيمته القانونية

تهدف هذه المداخلة إلى تسليط بعض الضوء على الحق في التراجع في مجال بعض العقود، وتكييف طبيعته القانونية بالنظر إلى المبادئ القانونية المستقر عليها في مجال قانون الالتزامات والعقود

### أولاً- الحق في التراجع إخلال بمبدأ الرضائية في العقود

بحسب هذا التصور، ينظر إلى الحق في التراجع باعتباره إجراء يندرج ضمن مرحلة تكوين العقد، ويهدف إلى ضمان حق المتعاقد في أخذ الوقت اللازم للتفكير في العرض المقدم إليه من طرف العون الاقتصادي، بعد التبادل الأولي للتعبير عن الإرادة بين الطرفين

يقدم هذا التكييف في محاولة لنفي فكرة التعارض ما بين حق التراجع ومبدأ القوة الملزمة للعقد، بالقول بأن العقد لم يتم تكوينه بعد، وبأن استعمال حق التراجع يندرج ضمن مراحل تكوين العقد.

### أ-نظرية التكوين التدريجي للعقد

والمقصود بذلك، حسب هذا التصور، أن العقد لا يتكون دفعة واحدة، ولكن بشكل متتابع، ويصل إلى درجة كماله ببلوغ نهاية الأجل المقرر للتراجع.

ويعود أصل هذا الرأي إلى الممارسة المعروفة في القانون الجرمانى باسم Punktation أو punctuation، في سياق المرحلة السابقة على التعاقد، والتي يلجأ إليها في إبرام العقود التي تتطلب تفاوضاً طويلاً ومعقداً، والحاجة إلى تقييم النقاط التي تم الاتفاق حولها<sup>5</sup>، بحيث أن تكوين العقد يتم على مراحل par étapes أو " نقطة بنقطة point par point"، وهو ما يؤدي في النهاية إلى تأخير لحظة تكوين العقد la formation définitive du contrat serait simplement retardée<sup>6</sup>.



وطبقا لهذا التصور، فإن الحق في التراجع لا ينقض عقدا مكتمل التكوين، بل يهيء الظروف للتكوين التدريجي للتراضي، والسماح للمستهلك بتشكيل تراضيه تدريجيا خلال الأجل المقرر للتراجع<sup>7</sup>، وهو ما يتم على مرحلتين، في الأولى، يكون تراضي المستهلك في مرحلته " الجنينية un accord embryonnaire، وفي الثانية، التي قرر فيها حق التراجع، يتدعم مسار تكوين العقد بشكل نهائي بعدم استعمال المستهلك لهذا الخيار، أو ينقطع هذا المسار بتراجع المستهلك.

إن نظرية التكوين التدريجي للعقد تتفق في روحها مع نية المشرع<sup>8</sup> في توفير الظروف الملائمة للمستهلك للتعبير عن إرادته في العقود التي تتم في ظروف غير اعتيادية، مثل البيع عن بعد أو البيع عند العتبة، حيث لا تسمح تلك الظروف للمستهلك باتخاذ قراره بشأن التعاقد مع إحاطة كاملة بمضمون العقد إبرامه، بحيث تكون المحطة الأولية في التعبير عن الإرادة هي الاتفاق الأولى، ولا يترسخ التلاقي النهائي للإرادتين إلا بغياب التراجع من طرف المستهلك خلال الأجل الممنوح له قانونا.

وإذا كان هذا التكييف يسمح بتبرير منع أي وفاء قبل انقضاء أجل حق التراجع، وبحكم أن العقد لم ينعقد بعد، فإنه لم يحظ - في فرنسا- بتأييد محكمة النقض<sup>9</sup>، التي اعتبرت مثل هذا العقد تاما لكنه معلق على شرط فاسخ<sup>10</sup>.  
حق التراجع رفض لعقد وعد من جانب واحد<sup>11</sup>

بالنظر إلى موقع المتعاقد المستهلك في العقود المعنية بحق التراجع، والقرار الصادر عنه في اتجاه المهني بالتراجع أو الاستمرار في " العقد"، يقدم بعض الفقه تصورا للعلاقة التي تجمعهما على أساس أن المستهلك مستفيد في عقد ملزم لجانب واحد هو المهني، اعتبار المستهلك مستفيدا في وعد بالتعاقد ملزم للمهني، الذي يلتزم لوحده دون المستهلك، ويكون "عدم التراجع" شبيه بإعلان الاستفادة من وعد بالبيع أحادي الجانب

إن العلاقة التي تجمع المهني بالمستهلك المستفيد من حق التراجع لا تتجاوز حدود عقد الوعد الملزم لجانب واحد هو المهني، وهو لا يرتب أي التزام على عاتق المستهلك خلال الفترة ما بين الوعد وإعلان الرغبة في الاستفادة من الوعد، الذي يتم بطريقة سلبية، من خلال عدم تراجع المستهلك عن العرض.

إن الغرض من تقديم هذا التكييف هو محاولة إظهار عدم وجود أي رباط تعاقدي يجمع ما بين المني والمستهلك في الفترة ما قبل استعمال حق التراجع، والقول بالتالي بأن عدم استعمال هذا الحق هو التعبير الذي ينبغي الاعتداد به في تكوين العقد المعني، وأن إرادة المستهلك الأولية لا تعدو أن مجرد قبول لعقد الوعد، لا يرتب تكوين العقد الموعود بإبرامه.

إن مثل هذا التكييف يتعارض في الحقيقة مع الألفاظ المستعملة في النصوص التي تكرر الحق في التراجع، مثل "... اكتب تعهدا ... التوقيع على العقد"<sup>12</sup>، و "... لمكتبي عقد التأمين... أن يتراجع عن العقد..."<sup>13</sup>، والتي يستفاد منها بأن المستهلك قد التزم بمقتضى عقد ملزم لجانبين وليس مجرد عقد وعد.

يضاف إلى ما ذكر، أن رفع الخيار في عقد الوعد الملزم لجانب واحد يؤدي إلى تكوين العقد، في حين أن تراجع المستهلك يؤدي إلى زوال العقد *la destruction du contrat*<sup>14</sup>. إن هذا التكييف يشكل مساسا مباشرا بمبدأ الرضائية في العقود ودور الإرادة في وجود العقد، من حيث أنه يرتب القول بتأخير انعقاد العقد- رغم تبادل التعبير عن الإرادة بين الطرفين- إلى حين انقضاء الأجل المقرر للتراجع، خلافا لما تقرره المادة 59 من التقنين المدني: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية".

#### ثانيا- الحق في التراجع إخلال بالقوة الملزمة للعقد

يركز التحليل الثاني لطبيعة الحق في التراجع باعتباره يمثل إخلالا بفكرة " القوة الملزمة للعقد"، والمبدأ الأساسي في مجال قانون العقود " العقد شريعة المتعاقدين" المكرس على مستوى النصوص ضمن المادة 106 من التقنين المدني " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق المتعاقدين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، وهو مبدأ ديني<sup>15</sup> وأخلاقي قبل كل شيء<sup>16</sup>، مؤداه ضرورة التزام المتعاقد بتنفيذ العقد وعدم جواز تعديله أو نقضه<sup>17</sup> بإرادته المنفردة.

ومن هذا المنطلق، ينظر إلى ممارسة المتعاقد لحق التراجع عن العقد بأنه نقض له بالإرادة المنفردة لمن قرر لمصلحته، مما يجعله متعارضا مع فكرة القوة الملزمة للعقد ومبدأ " العقد شريعة المتعاقدين"، ويؤدي إلى "تدمير" عقد مكّون بشكل صحيح.

والفكرة المستقر عليها طبقا لهذا التحليل هي أن العقد الذي يجمع ما بين المهني والعميل الاقتصادي يتم طبقا للنموذج التقليدي للتعبير عن الإرادة بين طرفيه<sup>18</sup>، ليختلف الرأي بعدها حول طبيعة إجراء التراجع عن العقد، بين من يعتبره تطبيق خاص لبعض صور خيار العدول المقررة في القواعد العامة، أو باعتباره شرطا فاسخا تؤدي ممارسته إلى إلغاء العقد من أصله، مع التأكيد على أنه يمثل مهلة للتفكير إبرام العقد من شأنها أن تشوش على الأسلوب التقليدي في إبرام العقد<sup>19</sup>.

موقف محكمة النقض الفرنسية<sup>20</sup>: عقد الاستهلاك المبرم في إطار البيع خارج المحلات démarchage يتكوّن من لحظة تبادل التراضي، مادام أن الطرفين اتفقا على الشيء المبيع والثمن، وهو الاتفاق الذي يتجسد من خلال التوقيع على وصل الطلب le bon de commande

#### أ/ الحق في التراجع صورة لخيار العدول

بالنظر إلى النتيجة المترتبة على استعمال حق التراجع، يمكن مقارنة هذا الأخير بالخيارات التي يمنحها القانون للمتعاقد في القواعد العامة والتي تمكنه من الرجوع في التزامه الناشئ عن العقد، من خلال تقنية التعاقد بالعربون.

فاستنادا لأحكام العربون<sup>21</sup>، يمكن النظر إلى ممارسة حق التراجع عن العقد من قبل المستهلك بوصفه عدولا عن العقد خلال المدة التي تحددها النصوص المكرسة لهذا الحق، ومما دفع الفقه الفرنسي إلى اعتماد هذا التكييف، اعتبار المشرع الفرنسي المبالغ التي يتم تسبيقها في البيع الذي يتم عن بعد، بمثابة عربون، وذلك في غياب الاشتراط المخالف<sup>22</sup>. ومن نتائج الأخذ بهذا التكييف، أن يقيد استعمال المستهلك لحق التراجع بتحمل العبء المالي الناجم عن خسارة المبلغ المقدم كتسبيق، ويمنع الاستعمال التقديري والتحكّمي لهذا الحق.

غير أن هذا التكييف يصطدم بالنصوص التي تمنع على المهني اشتراط قيام المستهلك بأي تسبيق ومنع أي وفاء تحت أي مسمى كان خلال الأجل المقرر للتراجع، وما يؤكد عليه الفقه<sup>23</sup> بشأن مجانية استعمال خيار التراجع وعدم إلزام المستهلك بدفع أي مقابل مالي جراء استعمال هذا الحق<sup>24</sup>. إلى جانب الممارسة التي يلجأ إليها المهنيون للحيلولة دون ترتيب

آثار قرينة اعتبار التسبيق المقدم من المستهلك كعربون بتضمين عقد الاستهلاك بندا يقضي باعتباره جزءا من الثمن<sup>25</sup>.

### ب/ نظرية العقد المعلق على شرط فاسخ

ينظر إلى أسلوب تكوين العقد الذي يعترف فيه لأحد طرفيه بحق التراجع باعتباره معلقا على شرط فاسخ، بحيث يلتزم المستهلك بتراضيه في العقد الذي يجمعه بالمهي، ولكن يتوقف بقاؤه على عدم تحقق الشرط المذكور، وهو استعمال خيار التراجع، مع مراعاة خصوصية أحكام حق التراجع التي تؤجل تنفيذ المستهلك لالتزامه إلى حين انقضاء الأجل المقرر لذلك<sup>26</sup>.

ويمثل لهذا التصور بحالة البيع على شرط التجربة<sup>27</sup>، في الحالة التي يكيف فيها كشرط فاسخ<sup>28</sup>، بحيث يقوم العقد ويبقى مصيره متوقفا على نتيجة التجربة وإعلان المشتري رفض المبيع، الذي يشبه باستعمال حق التراجع من طرف المستهلك.

وقد اعتبر<sup>29</sup> عقد الاستهلاك المقترن بحق التراجع معلقا على شرط فاسخ، مماثل لذلك الموجود في البيع المقترن بخيار الاسترداد، المسمى ببيع الوفاء *vente à réméré*<sup>30</sup>، رغم عدم تضمن اتفاق الطرفين ما يفيد بوجود لنية إعادة الشراء من جهة المهني.

غير أن هذا التكييف تمت المؤاخذة عليه من وجهين:

- طبيعة الوصف الذي يلحق الالتزام ويجعله غير نافذ باعتباره يتعلق بمسألة خارجية عن الالتزام أو بكيفيات وظروف تنفيذه، لكن الأمر يختلف في حالة حق التراجع، حيث أنه يتعلق بوجود التراضي في ذاته، باعتباره ركنا في العقد، ومن ثم لا تكون العملية التعاقدية قائمة بأسرها.

- أن هذا الشرط يكون إراديا محضا من جهة المدين، وهو أمر يحول دون وجود الالتزام أصلا<sup>31</sup>، وهو الأمر الذي انتهت إليه محكمة العدل الأوروبية بالنسبة للحق في التراجع، باعتباره شرطا فاسخا من طبيعة إرادية خالصة، لكونه أحادي الجانب ومجاني

la faculté de rétractation constitue une condition résolutoire purement potestative car unilatérale et gratuite.<sup>32</sup>

وردا على هذا الانتقاد، لوحظ بأنه إذا كان المبدأ هو حظر الشرط الإرادي المحض،

فإن المشرع احتفظ باستثناءات على المبدأ، ويعتبر منها الحق في التراجع المقرر في عقود

استهلاك محددة، بالإضافة إلى أن الشرط المرتبط بالحق في التراجع قد أورده المشرع وليس نتيجة شرط اتفاقي إرادي للمستهلك.

### خاتمة

يبدو الوصف الأنسب للعقد المقترن بحق التراجع اعتباره عقدا تاما من لحظة تبادل التراضي بين طرفيه، ولكن فعاليته son efficacité تعلق خلال أجل التراجع<sup>33</sup>، حيث يستفاد من الألفاظ المستخدمة في النصوص المكرسة لهذا الحق بأن التراضي يصبح تاما من تاريخ التوقيع على العقد، وتتوقف فعاليته من جهة المستهلك إلى حين انقضاء أجل التراجع، دون الحاجة إلى تعبير جديد عن الإرادة من أجل تأكيد التعهد الأصلي، وهو ما يعني اجتماعه لكل عناصر العقد مكتمل الأركان، بما في ذلك التعبير عن تراضي يعتد به قانونا.

إن تبرير هذا الحق بالحاجة إلى إعادة توازن القوى في العقد يسمح بتعطيل القوة التنفيذية للعقد لمصلحة المستهلك إلى حين اكتمال التفكير لديه حول ملاءمة موضوع العقد لحاجاته الشخصية، وهو ما جعل المشرع يضحّي في مثل هذه الأحوال بالقوة الملزمة للعقد، ولو لفترة زمنية معلومة قدرها أجل التراجع، حماية لمصلحة المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

إن هذا الحق يبقى محدودا، للأسباب المذكورة، بالعقود الخطرة أو ذات الطبيعة المعقدة، حتى لا يتحوّل إلى أولوية غير مبررة يتم استعمالها من طرف المستهلك بدون منطق معقول.

إن حق التراجع يمكن استفادته من الاستثناء الذي أورده المشرع في المادة 106 ق.م:

" فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا ... للأسباب التي يقررها القانون.

### الهوامش

<sup>1</sup> - المادة 119 مكرر 03،04/1 من الأمر رقم 03-11 (المؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52 مؤرخ في 27 أوت 2003، معدل ومتمم بأمر رقم 04-10 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50 مؤرخ في 01 سبتمبر 2010): "يمكن أي شخص اكتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد".

<sup>2</sup> - المادة 90 مكرر من الأمر 07-95 مؤرخ في 25 جانفي 1995 يتعلق بالتأمينات (الجريدة الرسمية عدد 13 مؤرخة في 08 مارس 1995، معدل ومتمم بقانون رقم 04-06 مؤرخ في 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 12 مارس 2006): " باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتتي عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين (2) كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط".

<sup>3</sup> - Eric Bazin, le droit de repentir en droit de la consommation, Recueil Dalloz 2008, p. 3028, Dalloz.fr/ La base de données juridiques des éditions Dalloz, 18/01/2014, p. 2.

<sup>4</sup> - Eric Bazin, op. cit., p. 1.

<sup>5</sup> - F.Terré, Ph. Symler et Y. Lequette, Droit civil : les obligations, 7<sup>e</sup> édition, Dalloz 1999, n° 179.

<sup>6</sup> - Eric Bazin, op. cit., p. 2.

<sup>7</sup> - Idem.

<sup>8</sup> - Ibid., p. 3

<sup>9</sup> - Cass. Ire civ., 10 juin 1992 : Contrats, conc. consom. 1992, comm. 195 ; Bull. civ. 1992, I, n° 178.

<sup>10</sup> - Elle condamne ainsi la théorie selon laquelle le contrat se forme de manière successive et ne devient parfait qu'à l'expiration du délai de repentir : Guy Raymond, Crédit à la consommation : Régime de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, J. Cl. Concurrence – Consommation, Fasc. 1100, Cote : 04,2011, Date de fraîcheur : 01 Mai 2011, n° 118.

<sup>11</sup> - Vassili Christianos, Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, Recueil Dalloz 1993, p. 28, n° 3.

<sup>12</sup> - المادة 119 مكرر 03,04/1 من الأمر رقم 11-03 المتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم.

<sup>13</sup> - المادة 90 مكرر من الأمر 07-95 مؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، معدل ومتمم.

<sup>14</sup> - Vassili Christianos, op. cit., p. 28, n° 3..

<sup>15</sup> - الآية الأولى من سورة المائدة: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود".

<sup>16</sup> الفقيه كايبتان: احترام التوقيع، أي الالتزام بفعل ما تعهد به، وتنفيذ الالتزامات التي تم التعاقد حولها بحرية.

يعتبر مسألة أخلاقية إلى جانب كونه مسألة قانونية، هو مبدأ قديم قدم المجتمع ذاته

« le respect de la signature, c'est-à-dire l'obligation de tenir ce qu'on a promis, d'exécuter les obligations que l'on a librement contractées, relève de la morale aussi bien que du droit. C'est un principe aussi vieux que la société ... »

<sup>17</sup> - علي فيلاي، الالتزامات : النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر 2005، ص 286 وما

بعدها.

<sup>18</sup> يمكن الإشارة في هذا الصدد لرأي أحد الباحثين بأن الحق في التراجع جزاء لغيب الإرادة، ولا يوقف تكوين

العقد، ولا يمثل إخلالا بقوته الالزامية.

V. S. Detraz, Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation, CCC, mai 2004, n° 7 ; Eric Bazin, op. cit., p. 2.

<sup>19</sup> - « elle semble bouleverser le mode traditionnel de la conclusion du contrat »: Vassili Christianos, op. cit., n°3.

<sup>20</sup> - Civ. Ire, 10 juin 1992 : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le contrat était formé dès la commande et que la faculté de renonciation était limitée à 7 jours à compter de celle-ci, le

Tribunal a violé le texte susvisé »; Bulletin 1992 I N° 178 p. 121 ; CCC 1992, n° 195, obs. G. Raymond.

<sup>21</sup> - المادة 72 مكرر ق.م.: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقدده. وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر"

<sup>22</sup> - L. 114-1 al. 4 C. Consom. : Sauf stipulation contraire du contrat, les sommes versées d'avance sont des arrhes, ce qui a pour effet que chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double. <http://www.legifrance.gouv.fr/>

<sup>23</sup> - Eric Bazin, op. cit., p. 7.

<sup>24</sup> - يستثنى من ذلك ما أشارت إليه المادة 90 مكرر/02، بشأن تحمل مكاتب عقد التأمين على الحياة لتكلفة عقد التأمين: "يجب على هذا الأخير إعادة القسط الذي تقاضاه، بعد خصم تكلفة عقد التأمين، خلال الثلاثين (30) يوما الموالية لاستلام الرسالة الموجهة من المكتب إلى مؤمنه، والتي موضوعها التراجع عن العقد."

<sup>25</sup> - Eric Bazin, op. cit. p. 6.

<sup>26</sup> - لهذا السبب، هناك تصور يقدم العقد المقترن بحق التراجع باعتباره معلقا على شرط واقف، لعدم تنفيذ الالتزامات الناتجة عنه إلى حين انقضاء الأجل المقرر له، وقد انتقد هذا التكييف على أساس أن التزام المهني يكون باتا من وقت إبرام العقد، ومنه يشرع في تنفيذ التزاماته، بينما يتوقف تنفيذ المستهلك لالتزاماته إلى حين انقضاء أجل التراجع:

Vassili Christianos, op. cit., n° 3.

<sup>27</sup> - Idem.

<sup>28</sup> - م. 02/355 ق.م.: "يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

<sup>29</sup> D. Ferrier, les dispositions d'ordre public visant à protéger la réflexion des contractants, D. 1980, Chron. 186

<sup>30</sup> art. 1659 c. civ. Français

<sup>31</sup> في التقنين المدني: المادة 205 "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم".

32 CJCE 29 avril 1998, JCP 1999. I. 187, chron. M.-C. Boutard- Labarde ; Eric Bazin, op. cit., p. 4.  
33 V. Christianos, p. 2 et s.

## تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

SBAIHI Rabea  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université de Tizi Ouzou, Algérie.

د.صبايحي ربيعة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة تيزي وزو، الجزائر.

### مقدمة

وردت نصوص التشريعات المدنية المختلفة بما يفيد أن العقود تقوم مقام القانون بين أطرافها وهو ما يعد تطبيقا واضحا لمبدأ سلطان الارادة و لمبدأ الحرية التعاقدية، واعمالا لصريح عبارة هذه النصوص قد يبدو أنه يمتنع على القضاء مراجعة مضمون العقود، طالما كانت عبارة هذا العقد و شروطه واضحة و صريحة و لا غموض فيها، و طالما كانت شروط العقد غير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة.

و في ظل هذه النظرة الضيقة لتلك النصوص فان القضاة لا يملكون تعطيل تطبيق أي من شروط العقد بحجة تحقيق العدالة أو السعي نحو تحقيق التوازن العقدي بين الالتزامات إلا في الحالات التي يسمح فيها القانون بذلك كما هو الحال بالنسبة للتعديل التشريعي الخاص بالشرط الجزائي، أو في حدود ما يسمح فيه المشرع من الغاء أو تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الازدعان، أو كما ورد في التشريع الخاص بحماية المستهلك و القانون المنظم للممارسات التجارية من اعطاء القضاء سلطة الغاء الشروط التعسفية الواردة في عقود الازدعان.

اهتم المشرع الجزائري بمسألة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك في ظل سياسة الانفتاح الاقتصادي و من خلال مبادرته لضبط الممارسات التجارية للأعوان الاقتصاديين بما يضمن المنافسة النزيهة و المشروعة و يحفظ حقوق المستهلك.

إن استحضار البعد الحمائي الذي أصبح يطبع القوانين الحديثة بشتى أنواعها خاصة أمام عدم التكافؤ البيّن بين حقوق و إلتزمات أطراف أغلب العلاقات التعاقدية نظرا لاختلال موازين القوة لديها. هذه المداخلة تسلط الضوء على جانب مهم من القانون



الخاص بحماية المستهلك و قمع الغش و كذا القانون المنظم للممارسات التجارية، وهذا من خلال تسليط الضوء على مسألة الخلل في عقود الاستهلاك الناجم عن مبدأ سلطان الارادة و الحرية الاقتصادية (المحور الأول) مع محاولة الوقوف عند دور السلطة القضائية في التصدي للمسألة و التسوية المنصفة للنزاعات المطروحة أمامها مراعية مختلف المصالح المرعية في العلاقات الاستهلاكية و خاصة مصلحة الطرف الأقل خبرة و قدرة من الممارسات التعسفية التي تقع من قبل المتدخلين ، و ذلك منعا من وقوع الضرر و سدا لأبواب الكسب غير المشروع و حماية للسوق من الفوضى و المجتمع من عدم الاستقرار (المحور الثاني).

**المحور الأول: مظاهر الخلل بين حقوق و التزامات أطراف عقد الاستهلاك**

نتناول في هذا المحور محاولة لتأصيل الخلل بين حقوق و التزامات أطراف عقد

الاستهلاك (أولا) ثم مؤشرات الكشف عن الظروف التعسفية و مآلها (ثانيا).

**أولا : محاولة تأصيل ظاهرة الخلل في عقود الاستهلاك**

اتسم ميدان العقود بظهور تقنيات تعاقدية جديدة تبتعد في مفهومها وشروطها وخصائصها عن تلك الواقع تنظيمها صلب مجلة الالتزامات والعقود وأهمّ هذه التقنيات التي تسيطر على العلاقات التعاقدية الحديثة ما اصطلح تسميته بعقود الاذعان. لقد كانت نتيجة التحولات الاقتصادية والاجتماعية بروز قوى وتكتلات اقتصادية أصبحت تفرض قانونها على من يتعاقد معها وغابت بذلك المرحلة التفاوضية التي تميّز تكوين العقد وهكذا نشأ عقد الاذعان وأصبح هو القاعدة بينما أصبح العقد التفاوضي هو الاستثناء، فالشخص يرتبط في حياته اليومية بعقود متعددة، معدّة و محرّرة من طرف المهني بشكل أحادي ن غير قابلة للتفاوض أو التعديل، فإذا ركب المستهلك الحافلة فنه يتقبل تلقائيا النظام المتبع و الاسعار المطبقة، ونفس الأمر يحدث في عقد الكهرباء و التأمين و الايجار بحيث يحرّره المّمون مسبقا، كل هذه العقود تتضمن شروطا للعقد المراد إبرامه، فإذا رفضها المستهلك فانه يكون قد تخلى عن عملية الاقتناء لإشباع حاجاته الشرعية، وعليه فان هذه الأخيرة تملّي عليه الاذعان لها و قبولها.

ولقد كان الفقيه "ساليلاس" هو أوّل من أثار الانتباه لمفهوم عقد الإذعان واعتبر أنّه

عقد يفرضه طرف قوي بأن يملّي شروطه بإرادته المحضبة ولا يكون أمام الطرف الآخر

سوى الخضوع والإذعان وقد أنكر بذلك عنه صفة العقد. ويمكن تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي تكون شروطه الأساسية مفروضة من قبل أحد المتعاقدين بدون مناقشتها بحرية من الطرف الآخر بحيث لا يكون أمام الطرف المدعّن إلا القبول أو الرفض من ذلك مثلا العقود المبرمة من طرف شركات التأمين، عقود القروض البنكية والصناديق الاجتماعية، عقود ادخال الماء والغاز والكهرباء وغيرها.

وعليه فإنّ عقد الإذعان يجمع بين مهني وغير مهني حيث يضع وجهها لوجه طرفين يقف كلّ منهما على طرفي النقيض من حيث مراكز القوى الاقتصادية وأصبح بذلك عقد الإذعان يستخدم من طرف القوى الاقتصادية الخاصة لفرض هيمنتها وسيطرتها وفرض قواعدها عوض القواعد القانونية المكتملة.

وأصبح لها بموجب ذلك سلطة تشريعية خاصة تضاهي السلطة التشريعية وأمام هذا الوضع لم يكن من المستساغ أن يأخذ المشرع موقفا محايدا باعتبار وأنّ المصلحة العامّة معيار النظام العام تدعوه للتدخل لإحلال التوازن العقدي وإعادة العدالة التعاقدية المفقودة في عقود الإذعان.

وفي هذا الصدد تجدر الملاحظة أن الشروط التعسفية تعتبر من أهم الخصائص التي تميّز عقد الإذعان باعتبار أنّ الهدف من التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية هو تدعيم جانب المهني في العقد على حساب غير المستهلك لذلك حرص المشرع على منعها ووضع آليات للحدّ منها إلا أنّه ورغم ذلك فإنّ مكتب عقد الاستهلاك قد لا ينتبه لها عند إبرامه للعقد ولا يعي صبغتها التعسفية إلا بمناسبة تنفيذه، و قد لا يتسنى للمستهلك قراءة شروط العقد و في حالات عديدة فإن المستهلك يوقع العقد بدون أن يحصل على كافة المستندات التعاقدية، وإذا افترضنا تمكن المستهلك من قراءة كافة مستندات العقد و الاطلاع على كل بنوده، فهي غالبا ما ترد على نمط معقد لا توفر العلم الكافي بما ورد بها من التزامات أو لا يستطيع أن يتبين خطورتها أو أثارها و هو في نفس الوقت لا يتمكن من مناقشتها أو يطالب بتعديلها .

## ثانيا : مؤشرات الكشف عن الشروط التعسفية و مآلها

يسعى قانون حماية المستهلك الى إقامة التوازن بين المتدخل و المستهلك باعتبار أن هذا الأخير في وضعية أضعف لحظة توقيع عقد الاستهلاك ، بحيث يمنع القانون البنود التي تعطي امتيازات أكثر للمتدخل و يعتبرها تعسفية .

المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10/09/2006 معدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 30/02/2008 يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي :

-بتقليص العناصر الأساسية للعقود المشار إليها في المادتين 2، 3 من هذا المرسوم.

-إحتفاظ المتدخل بحق تعديل العقد في مدّته أو سعر السلعة أو الخدمة ، كعمّون الانترنت الذي يحتفظ بحقه في تعديل أو إيقاف بعض أوجه الخدمة في أي وقت ، أو احتفاظه بفسخ العقد بصفة منفردة دون تعويض للمستهلك.

-عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلّا مقابل دفع تعويض.

-التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة دون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

-النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلى هذا الأخير عن اللجوء الى أية وسيلة طعن ضده.

-فرض بنود لو يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد ، كعقد إيجار عقار الذي يطبق على المؤجّر موانع الضمان لعقد تأمين مبرم بين المؤجر و شركة تأمينه.

-الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة ما إذا إمتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

-تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ، دون أن يحدّد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم

بتنفيذ وجباته كعقد كراء السيارة الذي ينص على أنه لا حق للمستأجر في أي تعويض إذا لم تكن السيارة جاهزة في التاريخ المحدد.

-فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

-الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بغرض

التنفيذ الاجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

مما تقدم نستخلص أن بنود العقد حتى يعتبرها القاضي تعسفية يجب أن :

- تخص العناصر الأساسية للعقد، ويقصد بها كل عناصر العقد المحددة لاتخاذ

القرار بالنسبة للزبون و هي السلعة أو الخدمة نفسها، السعر، كيفيات التسديد، شرط

التسليم، عقوبات التأخر، كيفيات الضمان و المطابقة، شروط مراجعة البنود، فض

النزاعات و إجراءات الفسخ .

-التسبب في خلل معتبر في العقد على حساب الزبون، و المبدأ جد بسيط هنا: في كل

مرة يمنح البند حقوقا للمني دون منحها للمستهلك، أو في كل مر يفرض بند التزامات على

المستهلك دون الاقرار بالتزامات مماثلة للمني، فهي تعسفية .

ليس هناك الكثير مما يجب القيام به وقت إبرام العقد لأنه على العموم المستهلك

يقبل الشروط العامة جملة نوله الخيار في ان يلجا الى مني آخر يكون العقد عنده أكثر

اتزانا، ولكن هذا ليس ميسور أو ممكن في كل الأحوال .

غالبا بعد فوات الأوان، أي بعد التوقيع و عند التنفيذ يقع مشكل ما نكشف بنودا

تعسفية في العقد، مثال كأن تلغي وكالة السفر تأدية الخدمة دون موافقة المستهلك

وترفض التعويض له بحجة وجود استثناء في مادة الضمان لم يسمع به المستهلك مطلقا .

عليه إذا اعترض المستهلك بندا معتبرا أنه تعسفا بالمفهوم القانوني المتقدم يجب

اعتبارها و كأنها غير موجودة، و إذا أصّر المنني عليها فلا بدّ من معارضة صحتها، ويكون

لجمعيات حماية المستهلكين دورا في استئصال البنود التعسفية و مواجهة التاجر مع

إمكانية تهديده بتقديم شكوى إذا ما أصّر في عدم إرضاء المستهلك، و إذا مسّ هذا الأخير

ضررا معتبرا فإنه لا يبقى أمامه إلا التوجه الى العدالة طبقا للمادة 13/ ف1 من قانون

09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>(20)</sup>، ويتم

معابنة الطابع التعسفي للبند و تحكم ان اقتضت الضرورة بتعويض لتغطية الأضرار الواقعة فعلا .

تطبيقا لما تقدم، يجوز للمستهلك أن يرفع دعوة قضائية لوقف الأعمال الغير المشروعة التي تضر بصحته و ذلك أمام القضاء لاستعجالي، كما يجوز له رفع دعاوى أخرى للمطالبة بالتعويض إما أمام القضاء المدني (كأصل) أو القضاء الجنائي (كاستثناء) ويجوز للمستهلك أن يرفع دعوى قضائية بصفة منفردة للدفاع عن مصالحه أو دعوى جماعية على شكل جمعيات التي أنشأت لغرض الدفاع عن مصالح المستهلك.

يمكن للمستهلك أن يرفع دعوى عمومية في حالة مخالفة أحكام قانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش<sup>(21)</sup> التي تحيل على أحكام قانون العقوبات الجزائري، و من بين المواضيع التي تتضمنها الدعوى التي يرفعها المستهلك إلى القضاء وقف الأعمال غير المشروعة المتدخلين في سوق المستهلك، و التعويض له عن الأضرار الحالة به<sup>(22)</sup>.

وتنص المادة 60 من قانون الممارسات التجارية " تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية" طبقا لهذه المادة فالاختصاص محتكر من قبل القاضي، و السلطة القضائية تمثل السلطة الوحيدة التي لها صلاحية متابعة و قمع المخالفين متى شكلت سلوكا تهم ممارسة تنتهي إلى نوع الجرائم المعاقب عليها جنائيا، إذ يمكن لمصالح رقابة الجودة و قمع الغش أو شبكة المخابر أو جهات حماية المستهلك أو ضباط الشرطة القضائية أن يبلغوا النيابة العامة بالمخالفات الصادرة من جماعة المتعاملين الاقتصاديين خاصة في ظل تزايد الممارسات التجارية غير النزهية، و يتجلى دور النيابة في هذه الحالة في كون أنها تتدخل كصاحبة السلطة في الإقليم التابع لاختصاصها<sup>(23)</sup>.

**المحور الثاني: المفاهيم المتطورة للنظام العام الحمائي التي يعتد بها القاضي للحفاظ على التوازن العقدي في عقود الاستهلاك**

التطورات الاقتصادية و الاجتماعية التي عرفتها العلاقات التعاقدية أدت إلى ظهور "النظام العام الحمائي" أي مجموع القيم و المبادئ التي يجب أن تسود العلاقات التعاقدية بين الأفراد بحيث تضمن المساواة، العدل و الإنصاف، و قد كان لسيادة المنطق الحمائي الفضل في توسيع الالتزامات الملقاة على عاتق المهني، بحيث انسلخت عن ذلك

الإطار التقليدي الهش الذي رسمته الشريعة العامة، فعرفت تمردا كميًا وكيفيًا، تحددت من خلاله معالم نظرية عامة مستحدثة للمسؤولية العقدية للمتدخل، هذه الطفرة لم تنشأ من عبث بل تضافرت فيها مجهودات المشرع و معه القضاء الذي لعب دورا خلاقا من أجل تسوية عادلة ويبرز ذلك من خلال إدراجه مقتضيات خاصة بقضايا الاستهلاك (أولا) و مساهمته في تطوير أسس و مكونات المسؤولية العقدية (ثانيا) و للردع و حفظ الطابع الحمائي لقانون الاستهلاك شكلت العقوبة الجزائية أفضل وسيلة في تقدير القانون و القضاء (ثالثا).

**أولا: أهمّ المقتضيات التي يدرجها القاضي لتفسير وتأويل عقود الاستهلاك**

في إطار القواعد العامة نسجل عدم فعالية قواعد القانون المدني في مجال تفسير وتأويل العقود، و السبب يرجع إلى تشبث هذا القانون بمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية، وعليه فإن مجال تدخل القاضي لن يكون إلا في إطار ما تسمح به القواعد العامة، و هذه الأخيرة لا تمنح للقاضي سلطة تذكّر، بل تلزمه باحترام مبدأ سلطان الإرادة و حرية الأطراف في إبرام العقد، و يبقى للقاضي سلطان رقابة ما إذا كان العقد يعتريه عيب من عيوب الإرادة أم لا، في هذا المقام تنص المادة 2/111 ق م ج "إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ"<sup>(28)</sup>.

ويظهر الدور السلبي للقاضي في تأويل العقد في حالة ما إذا كانت عبارات هذا الأخير واضحة ولا يعترها غموض.

يظهر الدور الإيجابي للقاضي في محاولته البحث عن المقصود الحقيقي لألفاظ العقد من خلال الإرادة المشتركة للطرفين، وكذا من خلال سلطته في تفسير الشروط الغامضة، حيث أنّ غموض عبارات العقد هي المنفذ الوحيد الذي يرخص للقاضي بأداء دوره في مجال التفسير و التأويل<sup>(29)</sup>.

ويعترف الفقه بصعوبة السلطة المخولة للقاضي في الحالات التي تكون فيها ألفاظ العقد صريحة وواضحة لا تحتمل التأويل، فهنا يتعين على القضاة استدراج المقتضيات الجديدة في قضايا الاستهلاك<sup>(30)</sup> و من ذلك ما يلي:

1- قانون الممارسات التجارية في إطار حماية المستهلك يقرر وجوب تعرف القاضي على معنى الشروط التعسفية على حسب مفهوم المادة 5/3<sup>(31)</sup> وكذا الحالات التعسفية الواردة في المادة 29 منه التي وردت على سبيل المثال فقط، كما يستفاد من المادة 30 من نفس القانون، أنّ القاضي الجزائري يتمتع بالسلطة التقديرية في الشرط المتنازع فيه وتقديره فيما إذا كان تعسفيا متى كان جديرا بإحداث إخلال بالتوازن العقدي بين كل من المتدخل و المستهلك<sup>(32)</sup>، وهو ما يوازي السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي الفرنسي ابتداء من 1991 في شأن تكييف شروط العقد و تقدير فيما إذا كانت تعسفية أم لا و يخضع تقديره في ذلك لرقابة محكمة النقض<sup>(33)</sup>، وعليه فإنّ التعرف على هذه الشروط بدقة من طرف القاضي يتطلب منه مراعاة بنود العقد في شموليتها و الظروف المحيطة بزمن إبرام العقد و الشروط التي يتطلبها عقد آخر مرتبط بالعقد محل النزاع.

2- في عقود الإذعان إذا منح المشرع للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها كما تنص على ذلك المادة 110 ق م ج، فالأولى كذلك أن تمنح هذه الإمكانية للقاضي في الحالات التي يكون فيها المستهلك طرفا متعاقدًا في عقد الإذعان و تتضرر مصالحه بسبب الشروط التعسفية المدرجة من قبل المتدخل بحكم تمتعه بالقوة من الناحيتين الاقتصادية و الفنية.

3- و بناء على إلزامية إعلام المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالمنتج، يتعين على القاضي أن يراعي فرضية عدم علم المستهلك بنود العقد (باعتبارها الأصل) لسيطرة المحترف على الجانب الفني للمنتج، وعليه فإذا ادعى المحترف العكس، فإنه يلتزم بإثبات صحة ادعائه انسجاما مع مضمون المادة 2/112 ق م ج التي تنص على أن "الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن (المستهلك)، كما أن المحاكم الفرنسية اعتبرت أن الأشهرات المتعلقة ببعض مواد التجميل كاذبة إذا كان استعمالها لا يرتب النتائج المرجوة بل تقتصر على بعث الأمل لبلوغ النتائج لا أكثر.

4- استدرج إلزامية الضمان و الخدمة ما بعد البيع ضمن مسائل النظام العام، و عليه يلزم المتدخل بالأخذ به طبقا لأحكام المادة 13 من قانون 03-09، ومخالفة أحكامه يخول للقاضي المدني الحكم ببطلان العقد<sup>(34)</sup>.

## ثانيا: مساهمة القضاء في توسيع نطاق و مكونات المسؤولية العقدية

إن قانون الاستهلاك بحكم طابعه الحمائي يكرس مجموعة من المقتضيات الحمائية سواء على مستوى تكوين عقود الاستهلاك، أو على مستوى تنفيذها. ولعلّ أهم مظاهر هذه الحماية الخاصة تشديد قواعد المسؤولية المدنية للمتدخل بصفة عامة، ومسؤوليته العقدية بصفة خاصة وهو أكثر ما يثار عمليا، في حين أن المسؤولية العقدية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف تبقى خاضعة للقواعد العامة وهي نادرا ما تثار.

لعب القضاء دورا فعالا في تأصيل نظرية مستحدثة للمسؤولية عن الفعل الشخصي وهذا بحكم ما له من مهام كمهمة تفسير العقود وإثراء مضمونها، ولعلّ من أهم النتائج التي حققها القضاء في هذا الباب هي إقرار بعض الالتزامات التعاقدية على عاتق المهنيين أو المتدخلين وذلك عن طريق التوسع في تفسير العقود، وفق مبادئ حسن النية، العدل والإنصاف و أبرز مثال يمكن صياغته هنا الالتزام التعاقدى بالأمن والسلامة، والالتزام بالإعلام.

### دور القضاء في توسيع نطاق الضرر المحتمل (الالتزام بالسلامة)

لقد كان الاجتهاد القضائي سباقا إلى إقرار التزام تعاقدى بالأمن على عاتق المتدخل الذي يتعهد بعدم المساس بالسلامة الجسدية للمستهلك خاصة عن الأضرار التي قد تسببها السلعة أو الخدمة التي يعرضها، ولكن هذه النتيجة لم تأت من عبث، وإنما تمخضت عن عملية ولادة عسيرة عرف فيها الاجتهاد القضائي مدا و جزا، فمثلا في عقد البيع أقرت بعد القرارات القضائية على أن هذا العقد لا يحتوي على أي التزام بالأمن لصالح المشتري وهذا ما أدى إلى إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية، ثم عاد القضاء في بعض القرارات ليقرّ أن المسؤولية هي مسؤولية عقدية خاصة إذا وقع الضرر بفعل الشيء المبوع بعد البيع، نفس التردد عرفه القضاء في عقود إيجار خدمة.

حيث ميز بين وقوع الضرر قبل تسلم الخدمة وبعدها، حماية للمشتري اعترف القضاء بالالتزام بالسلامة في المجال العقدي بسبب عجز نظرية ضمان العيب الخفي بشروطها و آثارها عن تحقيق الحماية الكافية، كما أن التطور الذي عرفته المسؤولية التقصيرية في مجال تجزئة الحراسة كان دافعا مؤثرا لإنشاء هذا الالتزام. وهكذا وخلافا لقواعد المسؤولية العقدية كما كرسها الشريعة العامة تتحقق المسؤولية



العقدية للمتدخل بمجرد وقوع الضرر دون البحث إذا كان هذا الضرر متوقعا أو لا أثناء إبرام العقد. إلا أن هذا يعد في نظرنا تطاولا على مجال المسؤولية التقصيرية، لأنها الوحيدة التي تقيم التعويض على وقوع ضرر غير متوقع ما دام أن الخطأ المكون للمسؤولية هو فعل غير مشروع. كل هذا يدفعنا للتساؤل عن مدى مصداقية التمييز بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية عند مساءلة المتدخل؟

### دور القضاء في توسيع نطاق الخطأ السلي (الالتزام بالإعلام)

عدا النصوص الخاصة التي أقرت الالتزام بالإعلام سواء المتعلق بالمنتوج (المواد 17 - 18 من قانون 03-09) أو المتعلق بالأسعار و التعريفات و شروط البيع (المواد من 4 الى 9 من القانون 02-04) فإن الاجتهاد القضائي الجزائري لم يلعب الدور الحاسم في إقرار الالتزام بالإعلام إلا في بعض المواقف المحتشمة التي ترتبط بالعيوب الخفية، و عيوب الرضى، و عليه ارتأينا التطرق إلى دور الاجتهاد القضائي الفرنسي في بلورة الالتزام بالإعلام الواقع على عاتق المتدخل في مختلف المجالات المهنية، سواء تلك التي يكون الإعلام فيها تابع من توبع أداء الخدمة أو متعلق بنقل حق عيني.

والأمثلة التي يكون فيها الاعلام تابع لأداء خدمة معينة: كثيرة و لاتحصى كالتزام الموثق بالإعلام عند إبرام العقد و عند توثيق العقود العرفية، و بمقتضى مجموعة من الاجتهادات القضائية يلتزم كل من المقاول و المهندس بإعلام رب العمل بكل الجوانب و التقنية مثل طبيعة التربة، المواد الأولية، التقنيات... و مختلف النصوص القانونية و الهياكل الإدارية المتدخلة، كما يلتزم الطبيب بإخبار المريض بكل المخاطر المتوقعة و المتعلقة بطبيعة العلاج أو بالعملية التي سيقوم بها، و يجب أن تكون المعلومات واضحة و مبسطة، و أن تتجاوز التفاصيل التقنية المعقدة، و لا يعفى الطبيب من هذا الالتزام إلا إذا كان من شأن هذه المعلومات أن تسبب مضاعفات مرضية للمريض، في هذه الحالة يلزم بإخبار عائلته و دائما عبي الإثبات يقع على عاتق الطبيب.

وأمّا الحالات التي يكون الإعلام فيها تابعا لنقل حق عيني فلدينا البيع نموذجاً. عرف الاجتهاد القضائي المتعلق بالالتزام بالبائع بإعلام المشتري تطورا كما و كيفا أدى إلى ظهور نظرية مستقلة لمسؤولية المنتج و البائع المهنية، فالالتزام بالإعلام يقع على عاتق كل بائع، لا فرق في ذلك بين المنتج أو الموزع أو البائع الحقيقي للشيء، ماهيته في ذلك تسليم

منتوج موافق لحاجيات المستهلك، و بصفة عامة يجب أن تتصف المعلومات بالوضوح و الصحة. و يؤدي الإخلال بهذا الالتزام إلى تحقيق المسؤولية العقدية للمبني الذي يقع على عاتقه عبئ الإثبات.

أما عن دور القضاء في تطوير مسؤولية المتدخل العقدية عن فعل الشيء فإلى وقت قريب ظلت تطبيقات هذه المسؤولية ضيقة لانعدام نظام قانوني واضح المعالم، إلا أننا نلاحظ حاليا أنها أصبحت في تزايد مستمر نتيجة إقبال المستهلكين على اقتناء الأشياء الخطرة و لتزايد رقعة الأسواق المركزية التي يقصدها المستهلكين.

مما قد يتسبب في إلحاق أضرار جسدية أو مالية بهؤلاء، كل هذا حتم على القضاء التشدد في إلزام المهنيين باحترام التزام الأمن و السلامة، في كل العقود التي يضع فيها المتدخل تحت يد المستهلك آلات أو مواد لتنفيذ التزام تعاقدية أساسي. في مجال الخدمات يلتزم الطبيب ببذل الجهد أو استعمال جميع الوسائل التي من شأنها أن تؤدي إلى العلاج دون التعهد بأية نتيجة أما فيما يتعلق بالمواد و الآلات التي يستعملها أثناء العلاج فالالتزامه في هذه الحالة إنما هو التزام بنتيجة يترتب عن الإخلال به المسؤولية العقدية للطبيب.

ثالثا : العقوبات الجزائية دعامة للتنسوية المنصفة و العادلة للنزاعات و حفظ النظام العام الحمائي

إضافة إلى الجزاء المدني المتمثل في بطلان العقد في حالة مخالفة أحكام الضمان، وكذا تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها و التعويض إن كان هناك ضرر يبرره و هو ما تقضى به قواعد النظام العام المطلق، فإن رغبة المشرع في استرجاع التوازن المختل في العلاقة التعاقدية بين المتدخل و المستهلك امتدت إلى تكليف القضاة بمهمة التوازن العقدي و ذلك من خلال تخويلهم سلطة توقيع الجزاء من أجل رفع الغبن و الاستغلال غير المشروع الواقع على المستهلك من قبل المتدخلين في السوق بحيث ترغم هذه الأخيرة على الاعتدال في السوق و الإنصياع إلى قواعد العرض و الطلب و الممارسة التجارية النزهاء، و قد تصل سلطة القاضي إلى الحكم بإقصاء المتدخل نهائيا من السوق.

وتجدر الإشارة أنّ تخصيص الفصل الثاني من القانون 03-09 للمخالفات والعقوبات و المتضمن 18 مادة هو موضوع لمصلحة المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، فكل الجزاءات في عمومها مسلّطة على المتدخلين في عرض و صرف السلع و تقديم الخدمات، لعدم إمكانية تصور فرضية تضرر المتدخل من قبل المستهلك، وهذه الجزاءات نجدها موزعة ومبعثرة بين قانون المنافسة، والقانون المطبق على الممارسات التجارية و قانون حماية المستهلك و قمع الغش، فعلى سبيل المثال وردت الجزاءات في هذا الأخير وفق منطق خاص بحيث أدرج المشرع جزاءات ضد المتدخل عند إتيانه جرائم كالدعاب والتزوير، وجزاءات تتعلق بمخالفة المتدخل للالتزامات القانونية، وأيضاً جزاءات مشددة عندما يترتب على المخالفة أضرار جسيمة للمستهلك.

#### أ) الجزاء المترتب على جنحة الدعاب و التزوير

أحالت المادة 68 من قانون 03-09 في حالات الدعاب و الشرع فيه على المادة 429 من قانون العقوبات التي تعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات و بغرامة من 2000 دج إلى 20.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، و ترفع عقوبة الحبس إلى 5 سنوات و غرامة قدرها 500.000 دج إذا كان الدعاب أو محاولة الدعاب قد ارتكبت بواسطة الوزن أو أدوات مزورة أو طرق وادعاءات تدليسية أو منشورات أو ما يعادلها<sup>(35)</sup>.

و يعاقب بالحبس من سنتين إلى 5 سنوات و بغرامة من 10.000 دج إلى 50.000 دج كل من يزور منتج موجه للاستهلاك الإنساني أو الحيواني أو يعرض منتجاً في السوق وهو يعلم أنه فاسد أو سام أو خطير<sup>(36)</sup>.

#### ب) الجزاء المترتب على مخالفة أحد الالتزامات القانونية للمتدخل

يترتب على مخالفة المتدخل أحد التزاماته القانونية دفع غرامة يتجاوز مقدارها حسب طبيعة الالتزام و أهميته<sup>(37)</sup>، فعلى سبيل المثال الجزاء المترتب على مخالفة الالتزام بالإعلام هي غرامة 100.000 دج إذا انصبت المخالفة على السلع و الخدمات<sup>(38)</sup> أما عند عدم الإعلام بالأسعار و التعريفات فالغرامة تتراوح بين 500 دج إلى 100.00 دج، و غرامة من 10.000 دج إلى 100.000 دج عندما يتعلق الأمر بعدم الإعلام بشروط البيع<sup>(39)</sup>.

و في الحالات التي تكون مخالفة أحد الالتزامات مصحوبة بالتزوير و التدليس، فإنه يتوزع الجزاء بين الغرامة و الحبس، فعلى سبيل المثال المخالفة البسيطة لإجراءات

المطابقة عقوبتها الغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج، أما إذا تمت المخالفة بواسطة التزوير والتدليس (كبيع منتج مشمع) فالعقوبة هي الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة من 500.000 دج إلى 2.000.000 دج<sup>(40)</sup>.

### ج) جزاء مخالفة بنود العقد

إذا خالف المتدخل التزامه بالامتناع عن وضع بنود تعسفية في العقد الذي يبرمه مع المستهلك، فإن العقوبة المسلطة ضده غرامة من 50.000 دج إلى 5.000.000 دج<sup>(41)</sup>.

أما عقوبة إصدار فاتورة مخالفة لأحكام النص القانوني و التنظيمي الخاصين بفوترة بيع السلع فهي غرامة من 10.000 دج إلى 50.000 دج<sup>(42)</sup> على أساس أنّ الفاتورة تعد من الأشكال الجوهرية التي يفرغ فيها العقد بين المتدخل و المستهلك، و لهذا فيحتمل أنّ تتضمن هذه الفاتورة بنودا تضر بالمستهلك خاصة ما يتعلق منها بكمية السلعة أو مقدار السعر أو كيفية دفعه، في هذه الأحوال تطبق غرامة بنسبة 80% من المبلغ الذي كان يجب فوترته مهما بلغت قيمته<sup>(43)</sup>.

### د) مخالفة الالتزام بالأمن المفضي إلى أضرار جسمية

المخالفة البسيطة للالتزام بالأمن عقوبتها غرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج<sup>(44)</sup> و إذا ألحقت المادة الغذائية أو الطبية المغشوشة أو الفاسدة مرضا أو عجزا عن العمل فإنه يعاقب مرتكب الغش، عارض أو بائع السلعة بالحبس من 5 إلى 10 سنوات بغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج<sup>(45)</sup>.

و يعاقب المتدخلون المعنيون (باعتبارهم جناة) بالحبس المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا تسبب المنتج في مرض غير قابل للشفاء أو في فقدان استعمال عضو أو في الإصابة بعاهة مستديمة<sup>(46)</sup>.

وطبقا للمادة 85 من قانون 03-09 تضاعف الغرامات المنصوص عليها أعلاه في حالة العود، ويمكن للجهة القضائية المختصة إعلان شطب السجل التجاري للمتدخل المخالف.

وفي تقييم فعلية الجزاء كآلية لاسترجاع التوازن بين كل من المتدخل والمستهلك، وبناء على طبيعة و مقدار الجزاءات، أصل إلى التأكيد أنّ المشرع لم يضع

الضرر الجسماني الذي يمس المستهلك موضع الاعتبار، بحيث يتواجد هذا الأخير متضررا مرتين و من ناحيتين كمايلي:

1/ اكتفاء المشرع بالنص على البطلان، تعديل أو الإعفاء عن الشروط التعسفية دون تكريس نص يقرر حقه في التعويض المدني لجبر الضرر الذي يصيبه في جسمه وكذا الضرر المعنوي و بهذا ينقلب مبدأ السلامة المنصوص عليه في مقدمة قانون 03-09 إلى مبدأ عدم السلامة، و يبقى المخرج القانوني الوحيد للمستهلك المتضرر جسمانيا الرجوع إلى القواعد العامة للمطالبة بالتعويض على أساس شروط قد تكون تعجيزية بالنسبة له، كحال الاستناد إلى المادة 124 من التقنين المدني التي تتطلب إثبات الخطأ في جانب المتدخل و هو ليس من الأمور الهينة، أو الاستناد إلى المادة 140 مكرر من التقنين المدني التي تقتضي أن يكون المسؤول مجهولا.

2/ على مستوى ثان، فإنّ الجزاءات المنصوص عليها في القانون الخاص بحماية المستهلك و المتمثلة في حبس أو سجن المتدخل أو الشطب من السجل التجاري و جملة الغرامات المنصوص عليها، إذا شكلت موضوع حكم أصدره القاضي فإنها تنال من حرية المتدخل و تؤثر على رأس ماله بخسارة فادحة مما يؤثر على المؤسسة و بالتالي الاضطرار إلى توقفها عن الإنتاج، فمثل هذا الوضع لا يستفيد منه المستهلك بقدر ما يتضرر، لأن التوقف عن الإنتاج لا ينسجم مع مبدأ إشباع المطالب المشروعة و المتزايدة للمستهلك يوم بعد يوم.

3/ مهما بلغ حرص القضاة على توفير الحماية للمستهلك فإنّ قيمة هذه الحماية تبقى نظرية أكثر من واقعية إذا لم يواكبها حركة لتفعيل دور المحاكم في العقاب والردع.

#### خاتمة

إذا كانت حماية المستهلك موضع اهتمام وعناية كلّ الأمم المتحضّرة بما فيها من المنظّمات الدّولية، فإنّ ذلك يرجع لأهمّية الموضوع وضرورته، فعدم التّوازن بين المتدخلين من ناحية والمستهلكين من ناحية أخرى يتعمّق ويتّسع كلّ يوم، الشيء الذي دفع المشرّع للتّدخل من أجل إعادة التّوازن، فهل نجحت محاولات القضاء في تحقيق الهدف المنشود أعلاه؟

والواقع يدلنا على هشاشة الحماية القضائية التي توفرها محاكمنا للمستهلك الجزائري و مرجع ذلك عدة أسباب نذكر منها:

-حدائثة تكوين قضاة في مادة قمع الغش و القضايا الاقتصادية.

-نقص الوعي الاستهلاكي .

و لاعتبار قضايا المستهلك قضايا بسيطة لا تستدعي المتابعة القضائية ، و في القضايا القليلة المرفوعة يكتفي القاضي بتطبيق الغرامات و لهذه الأسباب فإن الحماية القضائية التي توفرها المحاكم تبقى دون المستوى المطلوب، وهو ما يقتضي تفعيلها من خلال تكوين قضاة مختصين وإحداث محاكم مختصة لقمع الجرائم الاقتصادية على مستوى التراب الوطني مع الالتزام بالصرامة في تطبيق القانون و النطق بالأحكام الرادعة في مادة قمع الغش.

### الهوامش

- 1- د/علي فتاك، القواعد الإدارية المطبقة على جميع المنتجات لضمان سلامتها في ظل القانون الجزائري، مجلة مصر المعاصرة العدد 484، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء و التشريع، أكتوبر 2006 ص165.
- 2- المادة 1/1 من المرسوم التنفيذي رقم 97-254 المؤرخ في 08/07/1997 يتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة و التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها النافذ.
- 3- المواد 169-170-174-176 من قانون 85-05 المؤرخ في 15/02/1985- المتعلق بحماية الصحة و ترفيتها ج ر عدد ل 17/02/1989.
- 4- المواد 2-3-5-13-14-18 من المرسوم التنفيذي 97-37 المؤرخ في 14/01/1997 المتعلق بشروط و كفيات صناعة مواد التجميل و التنظيف البدني و توضيها و استيرادها و تسويقها ج ر عدد 4 ل 15/01/1997.
- 5- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 92/65 المؤرخ في 12/02/1992 المتعلق بمراقبة مطابقة المنتجات محليا أو المستوردة ج ر عدد 13 ل 19/02/1992.
- 6- مرسوم تنفيذي رقم 91-53 المؤرخ في 23/02/1991 المتعلق بالشروط الصّحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك، ج ر عدد 09 ل 27/02/1991.
- 7- المادة 29 من قانون 09-03.
- 8- المادة 25 من قانون 09-03.
- 9- المادة 26 من قانون 09-03.
- 10- المادة 1/3 و المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 91/91 المؤرخ في 06/04/1991 المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية للمنافسة و الأسعار ج ر عدد 16 ل 10/04/1991.
- 11- المادة 75 من قانون 90-08 المؤرخ في 07/04/1990 المتعلق بالبلدية ج ر العدد 15 ل 07/04/1990.

- 12- المرسوم التنفيذي رقم 146/87 المؤرخ في 30/06/1987 المتعلق بإنشاء مكاتب الصّحة البلدية ج ر عدد 27 ل 1987/07/01.
- 13- المواد من 35 إلى 38 من قانون 03-09.
- 14- المواد من 6 إلى 8 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، معدل و متمم، ج ر عدد 56 ل 2006/09/11.
- 15- شوقي بناسي، مواجهة الشّروط التعسفية في ضوء القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية – المجلّة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية عدد 2 جامعة الجزائر 2009 ص 141، 142.
- 16- المادة 30 قانون 03-09.
- 17- للتفصيل راجع المواد من 31 إلى 34 قانون 03-09.
- 18- المادة 32- قانون 02-09.
- 19- المادة 31- قانون 02-04.
- 20- ج ر عدد 21 ل 23 أبريل 2008.
- 21- المواد 68-69-70-79-83-84.
- 22- مضمون المادة 26 من قانون 02-04 المؤرخ في 25 فيفري 2004 يتضمن القواعد المطبقة على المماريات التجارية ج ر عدد 41 ل 2004/07/28.
- 23- حملاحي جمال، دور أجهزة الدولة في حماية المستهلك على ضوء التشريع الجزائري و الفرنسي، مذكرة نيل شهادة ماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة أحمد بوقرة بومرداس- 2006 ص 102 .
- 24- المادة 55 من قانون 02-04.
- 25- شهيدة قادة "المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية- 2007 ص ص 254-255.
- 26- المواد 43-44-45 من قانون 03-09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ج ر 15-2009.
- 27- قوبيعى بلحول "الحماية الإجرائية للمستهلك " مذكرة نيل شهادة ماجستير تخصص عقود و مسؤولية- 2008 ص 24.
- 28- المادة 1162 مدني فرنسي.
- 29- محمد شريف كتو، قانون المنافسة و الممارسات التجارية منشورات بغدادي-الجزائر- ص 122.
- 30- CALAI – AULOY –jean ; les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, LGDO. Paris 1991.p209.
- 31 - المادة 5/3 من قانون 02-04 الشرط التعسفي هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق ووجبات أطراف العقد.
- 32 - تنص المادة 30 على أنّه يهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية.
- 33- Davo Hélène, clauses abusives, jurais-classeurs ; Concurrence, Consommation, fascicule 820.1991 p2.

- 34- المادة 13 " يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عقار أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون .....
- يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان ... دون أعباء إضافية يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة".
- 35- المادة 69 من قانون 03-09.
- 36- المادة 70 من قانون 03-09، المادة 431 قانون العقوبات الجزائري.
- 37- المواد من 71 إلى 78 من قانون 03-09.
- 38- المادة 78 من المرسوم التنفيذي 306-06 مؤرخ في 2006/09/10 تحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، معدل و متمم، ج ر عدد 56 ل 2006/09/11.
- 39- المواد 31-32 قانون 02-04.
- 40- المادة 79 من المرسوم التنفيذي 306-06 و المادة 79 من قانون 03-09.
- 41- المادة 38 قانون 02-04.
- 42- المادة 34 قانون 02-04.
- 43- المادة 33 قانون 02-04.
- 44- المادة 73 قانون 03-09.
- 45- المادة 1/83 قانون 03-09 المادة 1/432 قانون العقوبات الجزائري.
- 46- المادة 2/83 قانون 03-09 المادة 2/432 قانون العقوبات الجزائري.



## خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص

Pr. AHMAD MAHMOUD El-haouari  
Faculté de Droit,  
Université de Acharika, Emirats Arabes-Unis.

أ.د أحمد محمود الهواري  
كلية الحقوق، جامعة الشارقة، العربية المتحدة.

### مقدمة

أدى أقول مفهوم القانون الخاص كقانون يتسم بالحيادة وظهور مفهوم جديد له بوصفه أداة توجيه اجتماعي تستهدف تحقيق بعض القيم السياسية والاقتصادية والاجتماعية إلى اجتياح القواعد الآمرة للعديد من فروع القانون الخاص، وظهور فروع جديدة له كقانون العمل وقانون التأمين وقانون المنافسة غير المشروعة ، وجميعها تعبر بجلاء على إدخال القيم الموجهة لحياة الجماعة في تنظيم العلاقات الفردية.

ومن أهم هذه القيم حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية وأيا ما كان مصدر هذه العلاقة ، وهو هدف تجمع عليه كافة النظم القانونية كما يشهد بذلك ما تضمنه هذه النظم من قواعد تهدف لحماية العاقد الضعيف أو المضرور في علاقات المسؤولية التقصيرية والعقدية، أو الدائن بالنفقة وهو التزام مصدره القانون... هذه القواعد الآمرة التي لا يستطيع الأطراف مخالفة أحكامها تشكل في كل دولة ما يعرف بالنظام العام الحمائي بها .

والقانون الدولي الخاص، كأحد فروع القانون الخاص، لا يمكن أن يظل بمنأى عن التأثير بهذا النظام العام الحمائي ، فهو يسهم . بطريقته . في تحقيق نفس الأهداف والغايات التي يصبو النظام القانوني في جملة إلى تحقيقها .

وتأثر القانون الدولي الخاص لأي دولة بنظامها العام الحمائي يظهر دون غموض تجاوز المفهوم التقليدي لهذا القانون كقانون محيل أو تصنيفي تقتصر وظيفته على توزيع

العلاقات القانونية بين مختلف النظم القانونية التي تتنازع حكمها ومن ثم لا يتصور البحث فيه عن أي حكم قيمي بالنسبة للمصالح المختلفة التي يثور التنازع بصدها<sup>1</sup>.

كذلك يظهر تجاوز قواعد الإسناد لحيدتها الموضوعية، ففي عندما تعين القانون الواجب التطبيق لا تفعل ذلك وهي "مغمضة العينين بل على العكس فهي تربط بين عقد الاختصاص لهذا القانون وبين مدى استجابة مضمونه لمقتضيات النظام العام الحمائي للدولة.

أولاً: حماية قواعد القانون الدولي الخاص لنفس المراكز القانونية التي تحميها قواعد القانون الموضوعي

تسمح لنا دراسة القانون الوضعي بالتفرقة بين نوعين من قواعد الإسناد قاعدة الإسناد التركيبية Règle de rattachement localisatrice وقاعدة الإسناد ذات الطبيعة الموضوعية Règle de rattachement à caractère substantiel أو ذات الغاية المادية. والتفرقة بين هاتين القاعدتين يستند إلى سبب تطبيق القانون المختص أو بعبارة أخرى إلى سبب اختصاص هذا القانون فقاعدة الإسناد التركيبية تعين القانون الواجب التطبيق استناداً إلى الصلة التي تربط دولة هذا القانون بالعلاقة أو المركز ذي الطابع الدولي أو بعبارة أخرى استناداً إلى اعتبارات التركيز. وعند قيام قاعدة الإسناد بهذا التعيين لا تولى أية أهمية لمضمون القواعد الموضوعية التي تعقد لها الاختصاص أي أنها تتسم بالحيدة الموضوعية.

أما قاعدة الإسناد ذات الطبيعة الموضوعية فهي تزوج بين منهج التركيز ومنهج القانون الدولي الخاص. فهي وبقصد تحقيق نتيجة مادية تعقد اختصاصاً محتملاً لعدد من القوانين التي تحتفظ بروابط مع المركز أو العلاقة القانونية. ويصبح اختصاص أياً من هذه القوانين نهائياً إذا كان من شأن تطبيقه تحقيق النتيجة التي تسعى إليها قاعدة الإسناد.

يترتب على ذلك أن القانون الواجب التطبيق لا يستمد سبب اختصاصه من اعتبارات التركيز فقط وإنما من اتفاق مضمونه مع النتيجة الموضوعية المستهدفة<sup>2</sup>.

وتشتمل تشريعات القانون الدولي الخاص الحديثة لكثير من الدول علي كثير من قواعد الإسناد ذات الطابع الموضوعي والتي تتعلق بشتى المسائل أو العلاقات القانونية التي تثور بصدها مشكلة تنازع القوانين وقد دفعت هذه الملاحظة جانب من الفقه إلي القول بحدوث انقسام في منهج الإسناد والذي يمكن أن نميز بداخله بين نهجين مختلفتين وفقاً للمنهج الأول يستمد القانون المطبق سند هذا التطبيق من اعتبارات التركيز.

وفقاً للمنهج الثاني يستند تطبيق هذا القانون إلي تحقيقه لنتيجة مادية معينة. ويتأثر هذا المنهج دون أدنى شكك بأفكار المدرسة الواقعية الأمريكية للقانون الدولي الخاص ومن شايعها من الفقهاء الأوروبيين<sup>3</sup>.

إذا كانت قواعد الإسناد ذات الطابع الموضوعي تسعى لتحقيق غايات مادية متعددة فإن الغاية التي تهمنا في معرض بحثنا. هي حماية الطرف الضعيف .

ودراسة بعض الأمثلة المستمدة من القانون الوضعي يوضح أن هذه القواعد تمارس نفس الوظيفة الحمائية التي تمارسها قواعد القانون الموضوعي وفي ذات النطاق الذي تمارس فيه القواعد الأخيرة هذه الوظيفة. أي أن هناك تواز *parallélisme* بين الوظيفة الحمائية لكل من قواعد القانون الموضوعي وقواعد القانون الدولي الخاص. ففي كل مرة تعمل القواعد الأولى علي حماية مركز معين يتسم بالحاجة لحماية صاحبه – إذا ما تكون في الحياة القانونية الوطنية – تسارع القواعد الأخيرة لبطس حمايتها علي نفس المركز إذا نشأ في الحياة الخاص الدولية.

والواقع أن قواعد القانون الموضوعي تمارس وظيفتها الحمائية بصدد عدة مراكز تتسم بالحاجة لحماية أحد أطرافها. فهناك أولاً مراكز تبرز الحاجة لحماية أصحابها بطريقة مجردة ودون اقتضاء ارتباطهم بعلاقات قانونية مع آخرين. فالحاجة للحماية هنا تكمن في حالة الضعف التي تلحق أصحاب هذه المراكز بالمقارنة ببقية أفراد الجماعة الوطنية التي يحيون فيها.

مثال ذلك القصر أو عديمي الأهلية فالقواعد التي تحكم تصرفات هذه الطائفة من الأفراد تهدف حتماً إلي حمايتهم. ولكنها تقدم هذه الحماية بطريقة مجردة ومسبقة بغض النظر عما إذا كان عديم أو ناقص الأهلية قد ارتبط مع شخص آخر بعلاقة يمكن أن يستفيد فيها هذا الأخير من ضعف الأول من جراء انعدام أو عدم اكتمال أهليته.

فهذه القواعد تهدف إلي حماية الفرد في مواجهة المجتمع الذي يحيا فيه مباشرة أو في مواجهة مجموعة معينة فيه، ودون أو تتوقف هذه الحماية علي وجود علاقة قانونية يكون عدم أو ناقص الأهلية أحد أطرافها.

إذا كانت هذه المراكز تحظى بحماية القواعد الموضوعية فهي بالمثل تحظى بحماية مماثلة من قبل قواعد القانون الدولي الخاص إذا ما نشأت في الحياة الخاصة الدولية - ولعل دراسة قواعد الإسناد التي تضمنتها معاهدة لاهاي في 5 أكتوبر، 1971 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق علي حماية القصر والسلطة المختصة باتخاذ هذه الإجراءات توضح ذلك بجلاء فهذه المعاهدة وبعد أن نصت في مادتها الأولى والثانية علي أن القانون الواجب التطبيق علي حماية شخص القاصر وأمواله هو قانون محل إقامته المعتادة، وبأن السلطات المختصة باتخاذ إجراءات هذه الحماية هي سلطات الدولة التي يوجد بها محل الإقامة أضافت في مادتها الرابعة أنه يمكن لسلطات الدولة التي يتبعها القاصر بجنسيته أن تتخذ هذه الإجراءات وفقاً لقانونها إذا ما اقتضت مصلحته ذلك .

وتهدف هذه القاعدة إلي توفير درجة أكبر من الحماية للقاصر من تلك التي يحققها له تطبيق قانون محل إقامته. ويقتضى تطبيقها مقارنة مضموني القانونين لمعرفة ما إذا كان تطبيق الأخير يستجيب لمصلحة القاصر أو يتناقض معها. وهكذا يبدو التوازي في هذا الصدد بين الهدف الحمائي لقواعد القانون الموضوعي والهدف الحمائي لقواعد القانون الدولي الخاص<sup>4</sup>.

وهناك أيضاً مراكز يستفيد أصحابها من قواعد القانون الموضوع دون أن تستند هذه الحماية إلي حالة ضعف تلحق بهم كل ما هنالك أنه في مواجهة المصالح المتعارضة لأطراف

العلاقة القانونية تعمل هذه القواعد علي تغليب إحدى هذه المصالح لأسباب مختلفة. مثال ذلك ما نراه في مجال الالتزام بالنفقة، وهو التزام غالباً ما يكون القانون مصدره ويكون مصحوباً بمجموعة من القواعد التي تسعى إلي تغليب مصلحة الدائن بالنفقة علي مصلحة المدين بها، وذلك بتمكين الاول من الحصول عليها. وبالرغم من أن هذه المعاملة التفضيلية للدائن بالنفقة تؤدي عملاً بدون شك إلي حماية الدائن بالنفقة.

إلا أنه يصعب القول بأن سببها الرئيس هو الإقلال من عدم التكافؤ بين المدين بالنفقة والدائن بها، فهذا السبب يتمثل في ضرورة تأمين حياة كريمة أو مناسبة للدائن بالنفقة. أما في حالة الضعف التي قد تعتريه بالنسبة للمدين بالنفقة فليس لها سوى أهمية ثانوية قد تنعكس علي تقدير مبلغ هذه النفقة.

وعلي صعيد القانون الدولي الخاص يحظى الدائن بالنفقة بنفس الحماية بقصد تقرير حقه فيها. وسنكتفي هنا بالإشارة إلي بعض الأمثلة المستمدة من معاهدة لاهاي بخصوص الالتزام بالنفقة فمثلاً معاهدة لاهاي المبرمة في 24 أكتوبر 1956 والخاصة بالالتزام بنفقة الأطفال تعقد الاختصاص بمقتضى مادتها الأولى كمبدأ عام . وفيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها في المادة الثانية – لقانون محل الإقامة المعتادة للطفل لحكم مسألة الحق في النفقة ومقدارها. فإذا كان هذا القانون لا يقر للصغير بأي حق في النفقة انعقد الاختصاص، وفقاً للمادة الثالثة، للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في الدولة التي تختص محاكمها بالفصل في النزاع المتعلق بالمنفقة. وعلي نفس المنوال تشير اتفاقية لاهاي المبرمة في 2 أكتوبر 1973 بخصوص القانون الواجب التطبيق علي الالتزام بالنفقة.

فهي تتضمن سلسلة من الإسنادات المتعاقبة وبالتالي تعقد اختصاصاً محتملاً لأكثر من قانون . فهناك أولاً قانون محل الإقامة المعتادة للدائن بالنفقة (م4) ثم يأتي في المقام الثاني قانون الجنسية المشتركة للدائن والمدين بالنفقة (م5) ، وأخيراً يأتي قانون السلطة المختصة (أي قانون القاضي) (م6).

وهكذا تعقد هذه القاعدة اختصاصاً محتملاً لأكثر من قانون ويصبح هذا الاختصاص نهائياً للقانون الذي يترتب علي تطبيقه تقرير النفقة للدائن بها، وهذه هي النتيجة الموضوعية التي تبتغيها قاعدة الإسناد لتحقيق للدائن بالنفقة في العلاقة ذات الطابع الدولي نفس الحماية التي تحققها له القاعدة الموضوعية في العلاقة الوطنية.

ومن أمثلة المراكز التي يستفيد أصحابها أيضاً من حماية قواعد القانون الموضوعي دون أن تستند هذه الحماية إلي حالة ضعف تعترتهم مانراه في مجال المسؤولية التقصيرية. فهناك عدد من القواعد التي تهدف إلي تحقيق حماية خاصة للدائن بالتعويض أو المضرور دون ان تستند هذه الحماية بالضرورة الى حالة ضعف تعترتهم.

فهذه الحماية تركز علي فكرة مقتضاها أن من تسبب في إحداث ضرر يجب أن يتحمل آثاره. ففي مواجهة مصلحتين متعارضتين ، تسعى القاعدة الموضوعية إلي تغليب مصلحة المضرور لأسباب تغفل بوجه عام حالة ضعفه، تلك الحالة التي قد تكشف المعطيات الواقعية عن انتفاءها بالنسبة له في كثير من الأحيان.

وتقدم المادة 32 من القانون الدولي الخاص المجري مثلاً عن كيفية تكريس هذه الحماية في علاقات الحياة الخاصة الدولية. وفقاً لهذه المادة يحكم المسؤولية التقصيرية قانون محل وقوع الفعل الضار وذلك كمبدأ عام. إلا أنه يمكن تطبيق قانون محل تحقق الضرر إذا كان أفضل للمضرور وذلك شريطة ألا يكون لمرتكب الفعل الضار والمضرور موطن مشترك.

وأخيراً وإلي جانب الحالات السابقة يمكن تمييز بعض العلاقات القانونية التي تتسم بضعف أحد طرفيها بالنسبة للطرف الأخير. لذلك فهي تتطلب قواعد تعمل علي التقليل من التباين بين مراكز أطرافها. أي أن هذه القواعد تجد سببها المباشر والوحيد في حالة الضعف التي تعترى أحد الأطراف والتي تمكن الطرف الآخر من الاستفادة منها علي حسابه. وهذا هو الحال علي وجه الخصوص بالنسبة للعلاقات العقدية المبرمة بين طرفين غير متكافئين. وهي

العلاقات التي نقصدها علي وجه التحديد عند الحديث عن إمكانية إجحاف الطرف القوي بالطرف الضعيف وعن ضرورة وضع قواعد لحماية هذا الأخير<sup>5</sup>.

ويرجع ذلك إلى أن تنظيم هذه العلاقات يعتمد في المقام الأول علي إرادة الأطراف الذين يملكون حرية كبيرة في تحديد مضمون حقوقهم أو التزاماتهم المتبادلة وذلك خلافاً للعلاقات التي ذكرناها من قبل والتي تتسم أيضا بالحاجة لحماية أحد أطرافها والتي بالرغم من كونها علاقات ملزمة، إلا أن مضمون الالتزام فيها لا يحدده أطراف العلاقة ولكن يحدده القانون.

فحرية الأطراف في تحديد حقوقهم والتزاماتهم في مجال العلاقات العقدية هي التي تسمح للطرف القوي بالإفادة من قوته علي حساب ضعف الآخر بحيث يصبح ممارسة الطرف القوي لحرية العقدية سلباً لحرية الطرف الضعيف الذي سيضطره ضعفه لقبول ما يفرض عليه. فحرية المتعاقدين في تنظيم عقودهم لا تتصور إلا بين الأنداد الذين لهم نفس القوة وذات المقدرة.

فعدم التكافؤ الواقعي بين أطراف علاقة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، تقتضي وضع بعض القيود علي حرية الطرف الأقوى في العلاقة العقدية وتمثل هذه القيود عوضاً لضعف الطرف الآخر حيث تعمل علي الحد من التكافؤ بينهما.

وتمتد الوظيفة الحمائية للقانون الدولي الخاص إلي هذه المجموعة من المركز التي تتسم بالحاجة لحماية أصحابها والناشئة عن العلاقات العقدية بين أطراف غير متكافئة من حيث الوضع الاقتصادي والاجتماعي، إذا تكونت هذه المراكز في الحياة الخاصة الدولية.

إلا أن تحقيق الهدف الحمائي تحوطه بعض الصعوبات الخاصة والتي تعود إلي هيمنة مبدأ سلطان الإرادة علي حلول تنازع القوانين في مادة العقود. لأن هذا المبدأ وكما هو الحال في القانون الداخلي يفتح الباب علي مصراعيه للطرف القوي لأن يجحف بالطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

منتهى القول إذن أن هناك تشابه بين دور القواعد القانونية الموضوعية ودور قواعد القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بحماية الطرف الضيف والأمثلة السابقة تظهر لنا أنه

وإن كانت مهمة تقرير التنظيم الحمائي الواقعي ترجع إلي القانون الموضوعي ، وإن كانت مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق ترجع للقانون الدولي الخاص ، فإن هذا الأخير يجب أن يتجنب عند تعيينه لهذا القانون أن يؤدي اختلاف مستويات الحماية في النظم القانونية، التي تدور في فلكها العلاقة التي تتسم بالحاجة لحماية أحد أطرافها، إلي تقرير حلول جائزة بالنسبة للطرف الضعيف.

وعلي ذلك تتمثل الوظيفة الحمائية للقانون الدولي الخاص، في مجال العقود الدولية في تجنب أن يؤدي تعدد القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية إلي فقدان العاقد الضعيف الحماية الواجبة له. بعبارة أخرى تنحصر هذه الوظيفة في منع الطرف القوي من الاستناد إلي هذه التعددية للإجحاف بالطرف الضعيف<sup>6</sup>.

ثانياً : انحسار دور الإرادة كضابط للإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود بين أطراف غير متكافئة

إذا كان للقانون الدولي الخاص هدف حمائي في مجال العقود كهدف القانون الموضوعي فإن تحقيق هذا الهدف لا بد وأن يستند إلي الفكرة الرئيسية التي سبق أن أشرنا إليها وهي أن لإرادة الأفراد دور جوهري في تنظيم العقود ومن ثم فإن حماية العاقد الضعيف يستلزم سواء في مجال القانون الموضوعي أو في مجال القانون الدولي الخاص تقييد إرادة العاقد القوي في فرض تنظيم معين لهذه العلاقة وذلك بالقدر الذي يتناسب ودرجة عدم التكافؤ بين مركزي طرف العقد، بما يمنع هذا العقد في نهاية الأمر من الإفادة من هذا الوضع للإجحاف بالعاقد الضعيف<sup>7</sup>.

### 1.الهدف الحمائي وتخصيص قاعدة الإسناد

تبين دراسة تشريعات القانون الدولي الخاص الحديثة أن تحقيق هدف الحماية يقتضى وضع قواعد إسناد حمائية خاصة لبعض أنواع العقود التي يفترض أنها تتسم بالحاجة لحماية بعض أطرافه. وهذا هو نهج اتفاقية روما لسنة 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية المبرمة بين الدول أعضاء الاتحاد الاوربي والتي تضمن عدداً



من القواعد الخاصة التي تحكم العقود التي تتسم بالحاجة لحماية العاقد الضعيف فيها، وهي عقود المستهلكين وعقود العمل الفردية<sup>8</sup>.

وهذا أيضاً نهج عدد من تقنيات القانون الدولي الخاص الوطنية مثال ذلك القانون الدولي الخاص الصيني الصادر عام 2010 والقانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في 15 يونيو 1978، وقوانين عدد من الدول التي كانت تعرف بدول الكتلة الاشتراكية والتي تتضمن قواعد إسناد خاصة تطبق علي عقود العمل الفردية وتمثل استثناء علي القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق علي العقود بوجه عام.

وأن منهج قواعد الإسناد الخاصة هذه في ذلك هو تقييد إرادة العاقد القوي، إما كليا وذلك بإستبعاد أي دور لإرادة الأطراف في تعيين قانون العقد والقيام بهذا التعيين وفقاً لضوابط إسناد موضوعية، وإما جزئياً وذلك بعدم الاعتراد باختيار الأطراف لقانون العقد. إذا كان هذا القانون يهدر الحماية التي يكفلها القانون الذي كان سيطبق وفقاً لضوابط إسناد موضوعية عند انتفاء هذا الإختيار.

## 2. حماية العاقد الضعيف عن طريق الاستبعاد الكلي لمبدأ سلطان الإرادة

لما كان مبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح المتعاقدين حرية إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، هو السبب الرئيسي للإجحاف بالطرف الضعيف، فقد يبدو لأول وهلة أن أفضل وسيلة لحماية هذا الطرف في العقود التي تتسم بالحاجة للحماية، هي حرمان الأطراف كلية من مكنة إختيار القانون الذي يحكم العقد. وهو الأمر الذي يؤدي عملاً إلي حرمان الطرف القوي فقط من هذه المكنة، بما يحول دون عسفه بالطرف الضعيف وجوره عليه، ويتم في هذه الحالة تعين القانون المختص وفقاً لضابط إسناد موضوعي- يحدده المشرع أو القاضي.

وترجع أول محاولة لاستبعاد أي دور لإرادة المتعاقدين في تحديد قانون العقد إلي مشروع الإتفاقية الدولية لتوحيد بعض قواعد الإسناد، والذي أعدده International Law

Association في دورة إنعقاد في فيينا عام 1926 والذي تبني إسناداً موضوعياً إلزامياً Impèratif لقانون محل التنفيذ وذلك بالنسبة لعقود العمل<sup>9</sup>.

ومن تشريعات التي سارت على نفس المنوال التشريع المجري، وكذلك تشريع ما كان يعرف بجمهورية ألمانيا الديمقراطية وهو النهج الذي سبق لجانب من الفقه الدفاع عنه<sup>10</sup>.

وإذا كان هذا الحل لا يدعو للدهشة بالنسبة لهذه النظم القانونية التي كانت تستند لأسس أيديولوجية تؤدي إلي تعاضم أهمية تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية وبالتالي تعاضم تدخلها في تنظيم علاقات العمل فإن الذي يثير الدهشة حقاً هو تبني القانون الدولي الخاص السويسري الجديد لنفس الحل بالنسبة لعقود الاستهلاك.

ونرى مع جانب كبير من الفقه أن إلغاء دور الإرادة كلية في تعيين القانون الذي يحكم هذه العقود يتجاوز الهدف المنشود وهو تحقيق حماية الطرف الضعيف، فإذ استبعاد مبدأ سلطان الإرادة ليس ضرورة يقتضيها تحقيق هذه الحماية، لا سيما وأن هذا المبدأ يعد دون نزاع المبدأ العام الذي يجب أن يهيمن علي قانون العقود لما يحققه من أمن قانوني لازم لازدهار وإضطراد هذه العقود بل إن إلغاء دور الإرادة كلية قد يؤدي إلي نتيجة تناقض هدف الحماية.

فإذا كان الطرف القوي في العقد يملئ إرادته، في الأغلب والأعم من الأحوال، فيما يتعلق باختيار قانون العقد وأن الطرف الضعيف لا يملك سوى الإذعان لهذه الإرادة، فإن هناك بعض الأحوال التي لا يثبت فيها صحة هذا الافتراض، عندما يكون طرفي العقد علي قدم المساواة مما يجعل من غير المجدي بل ومن الضار حماية أحدهما.

ويحدث هذا بوجه خاص في عقود العمل الفردية عندما يكون العامل علي درجة عالية من التخصص الفني الدقيق أو عندما يشغل منصباً علي درجة كبيرة من الأهمية كمدير للمشروع أو مستشار له أو مخطط لأنشطته، أو حتى عندما يكون نقابياً ذا نفوذ. في هذه الأحوال يؤدي الاستبعاد التام لمبدأ سلطان الإرادة إلي الإضرار بمصلحة العامل الذي كان

بمقدورة التفاوض علي إخضاع عقده لقانون أصلح له من القانون المعين وفقاً لإسناد موضوعي.

قد يقدر البعض في ذلك بالقول بأنه لا يمكن إعتبار العامل في هذه الحالة بمثابة عاقد ضعيف، لأنه يقف علي قدم المساواة مع الطرف الآخر في العقد، مع التسليم بصحة ذلك بأنه يجب عدم إغفال حقيقة أن حرمان المتعاقدين كلية من إختيار قانون العقد هو الذي يؤدي عملاً، في نهاية الأمر، إلي وضع هذا العامل ذو التخصص النادر أو ذو النفوذ النقابي الواسع في زمرة العمال الذي يفترض ضعفهم وبالتالي تلتمس حمايتهم.

فعلى شاكلتهم لن يستطيع إختيار القانون الأفضل له ليحكم عقده . إلا أن عدم قدرته علي ذلك لا ترجع لضعف ذاتي لصيق به ، ولكن تعود كلية للنهج المتبع في تحديد قانون العقد، فهذا النهج يتسم بشدة جمودة trop rigide وبشدة طابعة التوجيهي trop dirigiste الذي يجعله أحيانا يؤدي لنتائج تخالف حقيقة مقصده<sup>11</sup>.

كذلك يؤدي الاستبعاد التام لمبدأ سلطان الإرادة إلي الإضرار بمصلحة العامل عندما تقود إعتبرات المنافسة إحدى الشركات إلي توفير أفضل ظروف عمل ممكنة للعمال ، بما في ذلك إعطائهم مكنة إختيار القانون الذي يحكم عقودهم، وذلك بقصد تحفيز العمالة الماهرة والمتخصصة علي الإلتحاق بالعمل الديها. في هذه الحالة يكون بمقدور العامل أن يختار لحكم عقد قانوناً أصلح له من قانون محل تنفيذ العمل أو قانون مركز أعمال المشروع.

كذلك قد يؤدي الإستبعاد التام لدور الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم عقود المستهلكين الى الأضرار بمصالح هؤلاء الأخيرين والأضرار بمقتضيات حمايتهم. ويمكن التذليل علي ذلك بالمثال الذي يسوقه الأستاذ Pocar والخاص بعقد البيع بالتقسيط Vente à tempérament الذي يبرمه مستهلك إيطالي مع إحدى شركات التسويق السويدية.

ذلك أن حرمان أطراف العقد كلية من إختيار القانون الذي يحكمه قد يؤدي إلي عقد الاختصاص للقانون الإيطالي، وفقاً لضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك ، وهو أكثر ضوابط الإسناد الموضوعية شيوعاً في هذا الصدد ، بحسبان أن هذا القانون هو قانون

الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه والذي يفترض ارتكابه إليه عند إبرامه للعقد ، في حين أن لو ترك للمتعاقدين تعيين قانون العقد فربما اختارا القانون السويدي .

وشتان بين درجة تطور كل من القانونين فيما يتعلق بحماية المستهلك، فالقانون السويدي يتضمن عددا من القواعد الرامية لتحقيق هذه الحماية التي يجهلها القانون الإيطالي. ومن أهم هذه القواعد تلك التي تعطي للمشتري حق الرجوع عما أقدم عليه من شراء خلال فترة من الزمن. ويهدف تقرير هذا الحق إلي تمكين المستهلك من تدبر مدى حاجته للسلعة التي اشتراها ومدى جدواها بالنسبة له.

بعبارة أخرى تهدف هذه الفترة إلي تخلص المستهلك من آثار انبهاره Effet de surprise بالسلعة، الذي يتعمد البائع إحداثه في نفس المستهلك، والذي يدفعه إلي شراء أشياء لا تلزمه أو تؤدي إلي تحمله التزامات مالية لا قبل له بها.

واختيار القانون السويدي بمعرفة العاقدين لحكم عقد الاستهلاك ليس فرضاً نظرياً بحتاً، فبالرغم من أن هذا القانون يوفر حماية افضل للمستهلك علي حساب من تعاقد معه، فإن هذا الأخير قد لا يجد غضاضة في هذا الاختيار بحسبان أنه يحقق مصلحته في إخضاع جميع عقود نفسه القانون وبغض النظر عن جنسية المستهلك وطنياً كان أم أجنبياً.

علي ضوء الأمثلة التي سقناها، يمكن القول بأن حماية العاقد الضعيف لا تحتم الاستبعاد التام لمبدأ سلطان الإرادة عند تعيين القانون الذي يحكم العقد المتسم بحاجته للحماية. قد يستند هذا الاستبعاد لإعتبارات أخرى مثل تحقيق وحدة القانون الذي يحكم بعض العلاقات القانونية ولكنه لا يستند ، علي وجه التأكيد ، علي اعتبار حماية العاقد الضعيف، بل أنه - وعلي العكس - قد يرتد ضد مصلحة هذا العاقد.

ولعل هذه الخلاصة لم تكن غائبة عن أذهان واضعي مشروع القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1978 والذي أعطى الأفراد حرية اختيار القانون الذي يحكم عقد الاستهلاك، ولم يهدر هذه المكنة إلا عندما تتطلب مقتضيات حماية المستهلك تطبيق معين.

وقد جاء بالتقرير المصاحب لهذا المشروع أنه لا يجب استبعاد اختيار قانون العقد إلا إذا كانت حماية العاقد الضعيف تقتضي تطبيق القانون المختص موضوعياً<sup>12</sup>.

3. حماية العاقد الضعيف عن طريق تقييد إرادة الأطراف بالنصوص الآمرة للقانون الذي ينعقد له الاختصاص حال عدم وجود اختيار لقانون العقد

تعد هذه الوسيلة من أكثر الوسائل استخداماً في مختلف النظم القانونية لحماية العاقد الضعيف، وتستند إلي ملاحظة أن جميع النظم القانونية تفرض بواسطة قواعدها الموضوعية علي الإرادة بقصد حماية أحد أطراف العقد، وتأخذ هذه القيود صورة قواعد *Règles impératives* لا يمكن للأفراد الاتفاق علي ما يخالفها.

ويمكن أن ترد علي التنظيم الموضوعي للعلاقة العقدية أو علي الشكل الذي يجب أن تفرغ فيه هذه العلاقة العقدية أو علي الشكل الذي يجب أن تفرغ فيه هذه العلاقة. والسؤال الذي يثور في هذا الصدد هو كيف يمكن الاعتداد بهذه القواعد الآمرة المقيدة للإرادة علي صعيد القانون الدولي الخاص عند تحديد قانون العقد؟

الواقع أن أثر هذه القواعد يتباين باختلاف درجة أمرية *Imperativite* أو إلزامية القاعدة فالطبيعة الإلزامية أو الآمرة لهذه القواعد يمكن أن تكون من الجلاء والقوة بحيث أنها لا تؤدي فقط- علي صعيد العقود الوطنية- إلي إهدار إرادة الأفراد عندما تنصب علي تنظيم موضوعي مخالفاً لها، ولكنها تحتم أيضاً - وعلي صعيد العقود ذات الطابع الدولي- إلغاء أي دور للإرادة في تحديد قانون العقد، فلا يمكن للأطراف اختيار قانون أجنبي لحكم العقد.

في هذه الحالة تكتسب هذه القواعد صفة القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري أو القواعد التي تحدد بذاتها مجال تطبيقها، وذلك وفقاً للتعبيرات المختلفة التي يستخدمها الفقه<sup>13</sup>.

علي العكس من ذلك فإن بعض هذه القواعد الموضوعية، وبالرغم من أنها تقييد الإرادة علي صعيد العلاقات العقدية الوطنية، فإنها تفقد طبيعتها الآمرة عندما يتعلق الأمر

بالعلاقات العقدية ذات الطابع الدولي بحيث أنها لا تحول دون تطبيق قانون أجنبي . بعبارة أخرى فإن الطبيعة الآمرة لهذه القواعد تقتصر على العلاقات العقدية الوطنية ولا تتعدى هذه النطاق إلى العلاقات العقدية ذات الطابع الدولي والتي يظل لأطرافها حرية اختيار القانون الواجب التطبيق.

وأخيراً فإن دور القواعد الآمرة للقانون الموضوعي قد يتحصل في عدم استبعاد القانون الأجنبي الذي اختاره الأطراف إلا إذا كان من شأن تطبيق هذا القانون المساس بتلك القواعد وبذلك يكون لهذه القواعد نفس أثر الدفع بالنظام العام.

وبالرغم من اختلاف نطاق أعمال الدفع بالنظام العام ونطاق أعمال هذه الطائفة للقواعد الآمرة - لأن مضمون النظام العام بمفهومه الدولي لا يتسع لجميع القواعد الآمرة التي لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها، ولكنه يقتصر فقط على الأسس الجوهرية والمبادئ العليا للنظام القانوني- إلا أن كيفية أعمال كل منهما وأثر هذا الاعمال يكون واحداً .

فإذا كان الدفع بالنظام العام يتوقف على اتفاق أو عدم اتفاق القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام، فإن تطبيق القانون الأجنبي الذي اختاره الأطراف سيتوقف على اتفاقه أو مخالفته للقواعد الآمرة للقانون الموضوعي.

هذا الدور الأخير هو الذي تضطلع به غالباً القواعد الآمرة مقارنةً بدور القواعد ذات التطبيق الضروي وذلك فيما يتعلق - علي الأقل- بحماية العقد الضعيف. ويبدو هنا بوضوح مدى اختلاف هذين الدورين ، فالقواعد ذات التطبيق الضروي ، ونظراً لتعلقها بالتنظيم السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي للدولة ، لا تحتل أية منافسة من قبل القانون الأجنبي ، حتى ولو كان هذا القانون مختصاً وفقاً لقاعدة الأسناد لذا فهي تؤدي إلى استبعاد أعمال منهج الاسناد.

علي العكس من ذلك عندما يتعلق الأمر بحماية العاقد الضيف فإن القواعد الأمر نادراً ما تؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي كلما كان يكفل نفس درجة الحماية أو درجة حماية أكبر للعقاد الضعيف، والقول بغير ذلك يتعارض مع هدف هذه القواعد.

وعلي ذلك ، ففي مجال القانون الدولي الخاص، يصعب أن نستخلص من وجود قاعدة تهدف لحماية العاقد الضعيف ضرورة استبعاد تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف ، والقول بغير ذلك يعني أن تطبيق القاعدة الأمرة يكون محققاً دائماً للحد الأقصى للحماية التي يرجى توفيرها للعاقد الضعيف، وهو ما يخالف حقيقة هدف هذه القواعد وهو توفير الحد الأدنى للحماية الذي يقدر المشرع أنه لا يجوز النزول عنه.

من كل ما سبق يتضح لنا أنه مع عدم استبعاد وجود قواعد أمرة تهدف لحماية العاقد الضعيف. ويصدق عليها وصف القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري ، فإنه ينبغي الحذر عند إسباغ هذه الوصف علي تلك القواعد، بما يضمن عدم تطبيقها خارج النطاق الذي تحدده بنفسها لتطبيقها.

وقد وجد هذا النهج - الذي يتمثل في عدم الاعتداد بإرادة الأطراف في اختيار قانون العقد إلا كان هذا الاختيار لا ينطوي علي أي مساس بالقواعد الأمرة للقانون الذي يفترض تطبيقه عند وجود تعبير عن الإرادة في هذا الصدد - تكريساً في العديد من أنظمة القانون الدولي الخاص.

ومن أمثلة التشريعات الوطنية التي نهجت هذه النهج القانون الألماني والخاص بعقد الإذعان ( AGB- Gesetz ) والذي يقضي بإعطاء آثار لنصوصه حتى ولو كان العقد يخضع لقانون أجنبي، متى توافرت بعض الشروط . كذلك فإن المادة 41 من القانون النمساوي الصادر في 15 يونيو 1978 بخضوع العقود التي يبرمها المستهلكون ، بوجه عام ، لقانون محل الإقامة العادية للمستهلك.

وإذا كان هذا القانون يتضمن نصوصاً أمرة تكفل حماية خاصة للمستهلك ، فإنه لا يعتد بأي قانون آخر يختاره المتعاقدان إذا كان لا يوفر أية حماية للمستهلك أو يوفر درجة حماية أقل، وتأخذ المادة 44 من نفس القانون بحلول مشابهة في مجال عقود العمل.

كذلك يمكن أن تقابل نفس النهج في نظم قانونية غير أوروبية، فعلى سبيل المثال تقرر الفقرة 187 من التقنين الأمريكي الأهلي الثاني Restatement Second أنه لن يعتد بالقانون

الذي اختاره الأطراف لحكم العقد، إذا كان هذا القانون يخالف سياسة جوهرية للولاية التي لها مصلحة أكبر في تطبيق قانونها، بالمقارنة لمصلحة الولاية التي اختار الأطراف قانونها، وذلك لو كان قانون الولاية الأولي هو الواجب التطبيق عند عدم تعبير الأطراف عن إرادتهم في هذا الصدد.

وبالرغم من أن الفقرة 187 قد صيغت بطريقة عامة تحول دون قصر حكمها علي القواعد التي تهدف فقط إلي حماية العاقد الضعيف، لأن مصلحة أية ولاية في تنظيم العلاقة العقدية وفقاً لقانونها قد يستند لاعتبارات عديدة أخرى، فإن التعليق الذي صاحب هذه الفقرة يؤكد أن السياسة الجوهرية التي تكون سبباً لعدم الاعتراف بإرادة الأطراف يمكن أن توجد في قانون يهدف إلي حماية العاقد الضعيف من إجحاف وجور الطرف القوي في العقد<sup>14</sup>.

وإستناد لهذا النهج – وفي مجال عقد التأمين – تقرر الفقرتان 192، 193 عدم صحة اختيار المتعاقدين إذا أدى لعقد الاختصاص لقانون يكفل للمؤمن له حماية أقل من تلك التي يوفرها له القانون الذي يفترض تطبيقه حالة إنتفاء هذه الاختيار<sup>15</sup>.

ولم يقتصر اعتناق هذا النهج لحماية العاقد الضعيف علي التشريع فقط، ولكنه أمتد أيضاً إلي القضاء في العديد من الدول. ففي حكم لمحكمة النقض الإيطالية، كان النزاع يتعلق بعقد عمل مبرم بين عامل إيطالي الجنسية وشركة إيطالية يلتزم بمقتضاه الأول بالقيام بالعمل في الأرجنتين وكان القانون الذي اختاره الطرفان لحكم عقد العمل هو القانون الأرجنتيني، بينما كان القانون الواجب التطبيق عند عدم إجرائهم لهذا الاختيار هو القانون الإيطالي بوصفه قانون محل إبرام العقد.

ولما كان القانون الأرجنتيني لا يعرف مكافأة نهاية الخدمة، بخلاف القانون الإيطالي الذي يعتبرها أحد حقوق العامل عند إنتهاء عمله، فإن محكمة النقض الإيطالية، ودون سند تشريعي، قضت بعدم صحة إختيار القانون الذي اجراه الطرفان وذلك لأن تطبيق هذا القانون يستتبع رفض حق العامل في المكافأة وأن العقد يخضع بالنسبة لهذه المسألة للقانون



الإيطالي ، وهو القانون الذي يفترض تطبيقه حال عدم قيام الأطراف بإختيار قانون لحكم عقدهم<sup>16</sup> .

وقد نهجت محكمة النقض الفرنسية نفس النهج – ولكن بطريقة غير مباشرة - في حكمها في قضية Soc Royal Air Maroc C-Consorts Bertin<sup>17</sup> . ففي هذا الحكم قضت المحكمة بتطبيق القانون الفرنسي – بوصفه قانون الإرادة الضمنية - علي عقد عمل أبرم في باريس بين فرع لشركة إير فرانس وعدد من الطيارين الذين ندبوا بعد ذلك للقيام بالعمل لدي شركة الخطوط المغربية .

وقد استندت في ذلك إلي كون القانون الفرنسي محققاً لمصلحة العامل بطريقة أفضل من القانون الذي كان سينعقد له الاختصاص إذا لم توجد هذه الإرادة الضمنية ، وهو القانون المغربي. ومنذ صدور هذا الحكم توالى أحكام القضاء الفرنسي التي تعتد بإرادة الأطراف طالما اتجهت لاختيار قانون لا يمس بالحماية التي يوفرها القانون المختص وفقاً لضوابط إسناد موضوعية<sup>18</sup> .

وإذا كان تحقيق حماية العاقد الضعيف في الحكمين المتقدمين قد تم عن طريق تطبيق قانون القاضي، فإن ذلك لا ينبغي أن يدفع إلي الاعتقاد بتأثر محكمتي النقض الفرنسية والإيطالية في نهجها بفكرة النظام العام بمفهومه التقليدي . فالحكمان يستندان بصورة جوهرية إلي فكرة أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يكون صحيحاً إلا إذا كان لا يشكل مساساً بالنصوص الآمرة للقانون الواجب التطبيق بفرض عدم وجود هذا الاختيار.

وقد وجد هذا النهج تكريساً أيضاً في عدد من المعاهدات الدولية الخاصة بالعقود الدولية، فمشروع الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق علي بعض بيوع المستهلكين . والذي أقره مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص سنة 1980 ، لايعتد باختيار الأطراف لقانون العقد إذا كان من شأنه حرمان المستهلك من الحماية التي تكفلها له القواعد الآمرة في

قانون محل إقامته المعتادة والذي كان سينعقد له الاختصاص عند عدم تعبير الأطراف عن إرادتهم بالنسبة لهذا الاختيار.

كذلك فإن اتفاقية روما في 19 يونيو 1980 تقر بصدد عقود العمل الفردية وعقود الاستهلاك أن تعبير الأطراف عن إرادتهم فيما يتعلق باختيار القانون الذي يحكم هذه العقود لا يكون صحيحاً إذا كان القانون المختار يتعارض مع النصوص الأمرة للقانون الواجب التطبيق وفقاً لضوابط اسناد موضوعية.

يتضح من كل ما سبق أن هناك نهجاً عاماً يمكن استخلاصه مما جرت عليه تشريعات القانون الدولي الخاص الوطنية، ومما جرت عليه المعاهدات الدولي بقصد حماية العاقد الضعيف.

وتمثل هذا النهج في الابقاء علي دور الإرادة في تعيين قانون العقد، فهي لا تزال تمارس وظيفتها في إسناد العقد لقانون معين، إلا أن هذه الوظيفة لم تعد مطلقة وإنما أصبحت مقيدة بعدم تعارض القانون الذي تتجه إليه هذه الإرادة مع القواعد الأمرة للقانون المختص وفقاً لضوابط موضوعية.

ومما لا شك فيه أن هذا النهج يوفر حماية فعالة للعاقد الضعيف، فهذا الأخير- وفي نفس الوقت الذي يتمتع فيه بحد أدنى من الحماية ويوفرها لها القانون المختص وفقاً للإسناد الموضوعي- قد تتاح له إمكانية التمتع بحماية أفضل يسبغها عليه قانون الإرادة، إذا كان هذا القانون أكثر حماية لمصالحه من القانون الأول.

ومع ذلك فقد وجهت لهذا نهج إنتقادات عديدة: فهو يخل بالأمان القانوني للعلاقات العقدية ويتوقعات الأفراد بالنسبة للقانون الذي يحكم عقودهم؛ وذلك لصعوبة معرفة القانون الأصلح للعاقد الضعيف بطريقة مسبقة. ولصعوبة معرفة ما إذا كان مضمون القانون المختار يتفق أو يتعارض مع القواعد الأمرة للقانون المختص موضوعياً كذلك فإن هذا النهج يؤدي إلي تجزئة العقد morcellement du contrat وإخضاعه لأكثر من قانون.

مع الاعتراف بصحة هذه الانتقادات ، فليس من شأنها استبعاد هذا النهج لحماية العاقد الضعيف في العلاقات العقدية ذات الطابع الدولي . فمشكلة المقارنة بين قانونين من حيث مضمونيهما ، بقصد استبعاد تطبيق احدهما كلية أو جزئيا ليست بالمشكلة الجديدة أو بالأمر غير المعروف في القانون الدولي الخاص. على العكس من ذلك إن القاضي لا يمكنه تحرى اتفاق القانون الأجنبي المختص مع مقتضيات النظام العام في دولته إلا بعد مقارنة القواعد الموضوعية لهذا القانون مع القواعد الموضوعية التي تعبر عن الأسس الجوهرية والمبادئ العليا لنظامه القانوني، وهي مقارنة قد تفضي إلي تطبيق القانون الأجنبي كلية، أو تطبيقه هو وقانون القاضي علي العلاقة المعنية تطبيقا جزئيا ، وفي هذه الحالة تكون هذه المقارنة مصدراً لمفاجأة الأطراف وللإخلال بتوقعاتهم وربما كان وجه الحداثة في المقارنة التي يتطلبها أعمال هذا النهج لحماية العاقد الضعيف أنها لا تكون دائماً بين قانونين اجنبيين وذلك عندما لا يختار الأطراف قانون القاضي ولا يكون هو القانون المختص وفقاً لضابط الإسناد الموضوعي.

من ناحية أخرى فإن مزايا هذا النهج الذي يؤمن حماية العاقد الضعيف ومن ثم يقارب بين حلول القانون الموضوعي وحلول القانون الدولي الخاص. تجب ما يوجه إليه من نقد.

وأخيراً فإنه لا ينبغي المغالاة في تقدير ما يؤدي إليه هذا النهج من إخلال بالأمن القانوني للعقود التي تتسم بحاجة خاصة لحماية أحد أطرافها، لأن تعدد القوانين التي ينبغي الاعتداد بها يرجع في المقام الأول لاختيار العاقد القوى. لذا فلا تثيرب إذا طوالب هذا العاقد بالتيقن من مضمون كل من هذه القوانين وتقييم الآثار التي تترتب علي تطبيق أيّ منهم.

**ثالثاً: التطبيق المباشر لبعض القواعد الحمائية وإهمال منهج الإسناد**

سبق أن ذكرنا أن الطبيعة الإلزامية أو الأمرة لبعض القواعد الحمائية يمكن أن تكون من الجلاء والقوة، بحيث أن احترامها لا يؤدي فقط- علي صعيد العقود الوطنية- إلي إهدار إرادة الأفراد عندما تنصب علي تنظيم موضوعي مخالفاً لها، ولكنها تحتم أيضاً – وعلي صعيد

العقود ذات الطابع الدولي- إلغاء أي دور للإرادة في تحديد قانون العقد، فلا يمكن للأطراف اختيار قانون أجنبي لحكم العقد. فهذه القواعد، ونظراً لتعلقها بالتنظيم السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي للدولة، لا تحتل أية منافسة من قبل القانون الأجنبي، حتى ولو كان هذا القانون مختصاً وفقاً لقاعدة الإسناد لذا فهي تؤدي إلى استبعاد أعمال منهج الإسناد، في هذه الحالة تكتسب هذه القواعد صفة القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري أو القواعد التي تحدد بذاتها مجال تطبيقها، وذلك وفقاً للتعبيرات المختلفة التي يستخدمها الفقه.

### 1. القواعد ذات التطبيق المباشر في قانون القاضي

وهذه القواعد ذات التطبيق المباشر قد توجد في قانون دولة القاضي، إلا أنه يجب القول أنه يصعب أن نستخلص من وجود قاعدة تهدف لحماية العاقد الضعيف ضرورة استبعاد تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف، والقول بغير ذلك يعني أن تطبيق القاعدة الأمرة يكون محققاً دائماً للحد الأقصى للحماية التي يرجى توفيرها للعاقد الضعيف، وهو ما يخالف حقيقة هدف هذه القواعد وهو توفير الحد الأدنى للحماية الذي يقدر المشرع أنه لا يجوز النزول عنه.

لذلك تتسم القواعد التي تسعى لتحقيق هدف الحماية وتكتسب هذا الوصف بالندرة لحد كبير لأنها لا توفر - في أغلب الأحوال - سوى الحد الأدنى للحماية التي يرى المشرع أنه لا يمكن النزول عنه وقد يقل هذا الحد عن مثيله المقرر في القانون الأجنبي المختص وفقاً لقاعدة الإسناد. لذلك فإن إسباغ وصف القواعد ذات التطبيق المباشر على جميع القواعد الأمرة الهادفة لحماية العاقد الضعيف يتعارض حتماً مع هذا الهدف لأنه يؤدي إلى حرمان هذا العاقد من أية حماية أعم وأشمل قد توفرها له قواعد القانون المختص.

في ضوء هذه الملاحظة وفي مجال علاقات العمل يصعب إسباغ وصف القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري على القواعد التي تقرر حقوقاً للعمال<sup>19</sup> لأن وجود هذه القواعد في قانون القاضي لا يستبعد بالضرورة تطبيق القواعد المقابلة للقانون الأجنبي المختص والتي

تمنح قدرًا أكبر من هذه الحقوق. فقط تستبعد قواعد هذا القانون الأجنبي إذا كانت لا توفر للعامل نفس درجة الحماية التي توفرها له القواعد الآمرة في قانون القاضى.

عندئذ تطبق هذه الأخيرة ولكن ليس بوصفها قواعد ذات تطبيق مباشر، أى كقيد على أعمال منهيح الإسناد – لأن هذا التطبيق لم يتم إلا في مرحلة لاحقة على تطبيق قاعدة الإسناد وتحديد القانون المختص ومعرفة مضمونه – وإنما بوصفها قيدًا لاحقًا على تطبيق القانون الأجنبي.

وفي مجال العقود التي يبرمها المستهلكون يصعب أيضًا إسباغ وصف القواعد ذات التطبيق المباشر على القواعد الرامية لتحقيق حماية المستهلك. وقد انقسم الفقه في ألمانيا بخصوص المادة 12 من القانون الألماني الخاص بعقود الإذعان والتي تفرض إعطاء أثر للقانون الألماني حتى ولو انعقد الاختصاص بحكم العقد لقانون أجنبي.

فبينما ذهب جانب من الفقه إلى اعتبارها قاعدة ذات تطبيق مباشر أو ضرورى تعطل تطبيق قاعدة الإسناد يرى جانب آخر بحق أن هذه المادة تمثل قيدًا على تطبيق القانون الأجنبي ويستند في ذلك إلى صباغتها فهي لا تقتضى تطبيق القانون الألماني وإنما فقط ترتيب أثر له، وهي تفترض أن ترتيب هذا الأثر لا يكون إلا بعد معرفة مضمون القانون الأجنبي والتأكد من أنه لا يكفل للمستهلك درجة الحماية التي يوفرها القانون الألماني. وبالتالي فإن لم يستجب القانون الأجنبي لهذا المقتضى تعين استبعاده وتطبيق القانون الألماني فهي تمثل قيدًا سلبياً على تطبيق القانون الأجنبي مماثلاً للقيد الذى يمثله النظام العام.

غنى عن البيان أخيراً أنه حتى في الحالات القليلة التي تعتبر فيها القواعد الآمرة الحامية للعاقدين الضعيف من قبيل القواعد ذات التطبيق المباشر في النظام القانونى لدولة ما، فإن تحقيق هذه الحماية عن طريق الأعمال المباشر لهذه القواعد يفترض ضمناً ثبوت الاختصاص القضائى الدولى لمحاكم هذه الدولة.

## 2. القواعد ذات التطبيق المباشر في القوانين الأخرى التي ترتبط بالعلاقة

قد تتحقق حماية العاقد الضعيف عن طريق تطبيق القواعد الأمرة في النظام القانوني المختص والتي تعتبر – من وجهة نظر هذا النظام – قواعد ذات تطبيق مباشر. ولا يثير هذا التطبيق أية مشكله لان الاختصاص إذا انعقد لنظام قانونى معين طبقت جميع قواعده حتى الأمرة منها.

وقد توجد القواعد الأمرة في قانون دولة تحتفظ برابطة مع العقد دون أن يكون قانون القاضى أو قانون العقد. وقد تأكدت ضرورة تطبيق القواعد الأمرة التي لا تشكل بعضاً من القانون الواجب التطبيق أصلاً في بعض الأحكام القضائية.

نذكر مثلاً حكم محكمة النقض الهولندية الصادر في 13 مايو 1966 والذي قضى بأنه "قد يحدث بالنسبة لدولة أجنبية أن يكون مراعاة بعض قواعدها حتى خارج إقليمها ذا أهميه بحيث يجب على القاضى الهولندى أن يأخذها في الاعتبار بل ويطبقها بالأفضلية على قانون دول أخرى يكون قد اختاره الأطراف ليحكم عقدهم"<sup>20</sup>.

وتشهد الاتفاقيات الدولية في مجال العقود وكذلك التشريعات الوطنية الحديثة على تكريس تطبيق القواعد الأمرة التي لا تشكل جزءاً من القانون المختص إذا اكتسبت في النظام القانوني الذي تنتمي إليه وصف القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري.

فقد نصت اتفاقية لاهى المبرمة في 14 مارس 1978م، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوكالة في المادة 16 منها على أنه عند تطبيق الاتفاقية يمكن أن يعطى أثر للنصوص الأمرة لكل دولة تحتفظ معها العلاقة برابطة جدية إذا كانت هذه النصوص وفقاً لقانون تلك الدولة واجبة التطبيق أيًا ما كان القانون الذى عينته قواعد الإسناد فيها<sup>21</sup>.

كذلك لا تكتفى المادة 7 من اتفاقية روما على تأكيد التطبيق الضرورى للقواعد الأمرة في قانون القاضى (فقرة 2) ولكنها تقرر أيضًا أنه "عند تطبيق قانون دولة معينة يمكن أن يعطى أثرًا للنصوص الأمرة في قانون بلد آخر تحتفظ معه العلاقة برابطة وثيقة إذا كانت

هذه النصوص وفقاً لقانون هذا البلد الأخير واجبة التطبيق أيّاً ما كان القانون الذى يحكم العقد<sup>22</sup>.

وتوضح هذه المادة الضوابط التى تعين القاضى فى تقرير الاعتداد بهذه القواعد أو عدم الاعتداد بها بقولها "ولتقرير ما إذا كان يجب إعطاء أثر لهذه النصوص يؤخذ فى الاعتبار طبيعتها وموضوعها وكذلك النتائج التى تترتب على تطبيقها أو عدم تطبيقها...".

وقد انتهج القانون الدولى الخاص السويسرى نفس النهج القائم على تعيين هذه القواعد الآمرة وفقاً لقاعدة إسناد منفردة فى المادة التاسعة عشرة له والتى تقضى بان للقاضى تطبيق نص أمر فى قانون آخر غير ذلك الذى انعقد له الاختصاص وفقاً لقواعد الإسناد السويسرية إذا كانت هناك مصالح مشروعة وفقاً للمفهوم السويسرى للقانون وواضحة بجلاء تقتضى ذلك، شريطة ارتباط العلاقة أو المركز القانونى الذى يثور بصده التنازع بهذا القانون برابطة وثيقة بدرجة كافية.

وحتى يقرر القاضى تطبيق هذا النص فإنه يعتد بهدفه وبالأثار المترتبة على تطبيقه أو عدم تطبيقه.

ويتضح مما سبق أن القاضى عند تقديره للقواعد الآمرة فى غير القانون المختص، والتى تحمى العاقد الضعيف، سيكون عليه أن يعتد بصفة جوهرية بمدى الأثر الحمائى لهذه القواعد بالنسبة للمركز الواقع فى محل النزاع وبالتالى لن يكون بمقدوره إعطاء أثر لهذه القواعد إلا إذا كانت تحمى العاقد الضعيف بدرجة تفوق درجة الحماية التى يمنحها له القانون الذى انعقد له الاختصاص وفقاً لقاعدة الإسناد. أما إذا كانت هذه القواعد أقل حماية للعاقد الضعيف من قانون العقد فلا يجب عليه الاعتداد بها.

من كل ما سبق أن نقول أن النهج الذى يسمح بإمكانية إسناد العقد الذى يتسم بالحاجة لحماية أحد أطرافه - بمقتضى قاعدة إسناد منفردة - إلى القواعد الآمرة لأى قانون يحتفظ مع هذا العقد برابطة، من شأنه تحقيق هذه الحماية، وهى هدف قد لا

يحققه إعمال قاعدة الإسناد . وذلك متى كان لهذه القواعد، في النظام القانوني الذي تنتهي إليه، طبيعة القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر.

### خاتمة

كان لتكريس هدف حماية العاقد الضعيف أثرًا بالغًا في دور الإرادة في تعيين قانون العقد، ففي قاعدة الإسناد التي تحكم العقود التي لا تتسم بحاجتها لحماية بعض أطرافها تمارس الإرادة وظيفتها في الإسناد بطريقة كاملة. فقانون العقد هو القانون الذي يختاره الأطراف ولا يتم تعيين هذا القانون وفقًا لضوابط إسناد موضوعية – أو بعبارة أخرى وفقًا لإرادة المشرع – إلا عند عدم وجود إرادة للأطراف في هذه الصدد. وهكذا يتسم الإسناد الموضوعي للعقد بطابعه الاحتياطي بالنسبة للإسناد الشخصي والذي يعد الإسناد الرئيسي أو الأصلي.

على العكس من ذلك فقد رأينا أن بعض قواعد الإسناد الخاصة لا تعرف هذا الأساس المزدوج لتعيين قانون العقد. فهذا التعيين لا يتم إلا وفقًا لإرادة المشرع (أو القاضي)، أي وفقًا لإسناد موضوعي. في هذه القواعد تستبعد وظيفة الإرادة في إسناد العقود التي تتسم بحاجة للحماية. وهناك بعض القواعد الأخرى – والتي تجسد المنهج الغالب لحماية العاقد الضعيف – والتي تعرف هذا الأساس المزدوج لتعيين قانون العقد فهي تمنح الأطراف مكنة تحديد قانون العقد، فإذا انتفت هذه الإرادة تم هذا التعيين وفقًا لإسناد موضوعي، إلا أن هذا الأساس المزدوج لتعيين قانون العقد يتسم بخصوصيته في قواعد الإسناد الحمائية الخاصة.

فالإسناد الموضوعي للعقد (وفقًا للإرادة المشرع أو القاضي) ليس إسنادًا احتياطيًا ولكنه الإسناد الرئيسي. فالقانون المختص بحسب الأصل قد يكون قانون محل إقامة المستهلك بالنسبة لعقود الاستهلاك أو قانون محل تنفيذ العمل أو مقر النشأة التي تعاقدت مع العامل بالنسبة لعقود العمل . ومع ذلك تظل للأفراد – بشروط – مكنة اختيار قانون العقد. أي أن العلاقة بين ضوابط الإسناد الموضوعية (محل إقامة المستهلك أو محل تنفيذ



العمل) والإرادة كضابط إسناد شخصي قد عكست في الأمثلة السابقة، فإرادة الأطراف أصبحت ضابط الإسناد الاحتياطي.

كذلك فإن الإرادة لا تمارس إلا وظيفة مشروطة في الإسناد لأن اختيار قانون العقد لن ينتج آثاره إلا بشرط عدم حرمان العاقد الضعيف من الحماية التي توفرها النصوص الآمرة للقانون الواجب التطبيق وفقاً لضابط الإسناد الموضوعي أى أن القانون المختار يصبح تابعاً للقانون المختص موضوعياً ومقيداً بعدم مخالفته.

هذه التبعية بين الإسناد الشخصي وفقاً لإرادة الأطراف والإسناد الموضوعي وفقاً لإرادة المشرع أو القاضى تظهر أن حماية العاقد الضعيف ترجع في المقام الأول على القانون المختص موضوعياً ، وهو الأمر الذى يحتم تعيين هذا القانون وفقاً لضوابط إسناد تتسم بالفعالية في تحقيق هذه الحماية . وتكون هذه الضوابط كذلك عندما تتفق مع تلك التى تستخدمها التشريعات الحمائية للقانون الموضوعى الداخلى . وهكذا تضمن قاعدة الإسناد تطبيق هذه التشريعات فى النطاق المكانى الضرورى لتحقيق أهدافها فى العلاقات العقدية ذات الطابع الدولى وتبدو عندئذ وكما لو كانت قد أدمجت بين جنباتها الأهداف التى تسعى لتحقيقها القواعد الموضوعية الحامية للعاقد الضعيف.

وتظهر هذه التبعية أيضاً أن قواعد الإسناد الخاصة التى تبقى على دور مقيد للإرادة فى تعيين قانون العقد قد تجاوزت حيدتها الموضوعية لأن تحديد قانون العقد يقتضى مقارنة المضمون الموضوعى لكل من القانون المختار والقانون المختص موضوعياً ، وهى مقارنة تتسم بصعوبتها. كذلك تظهر هذه التبعية صعوبة تطبيق قواعد الإسناد الحمائية الخاصة بالنسبة لقواعد الإسناد العادية وكذلك صعوبة توقع نتائج هذا التطبيق ، وهو الأمر الذى يؤثر حتماً بطريقة سلبية تفى اعتبار الأمن القانونى.

إلى جانب القيود التى ترد على وظيفة الإرادة فى إسناد العقود التى تتسم بالحاجة لحماية بعض أطرافها والتى يكون مصدرها قاعدة الإسناد فإن هناك قيوداً أخرى ترد على

هذه الوظيفة، وتجيء هذه المرة من المنهج الذى يكمل منهج الإسناد فى حل المشكلات الحياة الخاصة الدولية وهو منهج القواعد ذات التطبيق الضرورى أو المباشر.

فالدور المقيد للإرادة فى تعيين قانون العقد يتم إهداره من خلال إهدار تطبيق قاعدة الإسناد ذاتها نتيجة تطبيق القواعد الأمرة الحامية للعائد الضعيف والى تكتسب فى غير القانون المختص بحكم العلاقة وصف القواعد ذات التطبيق الضرورى أو المباشر. وهكذا تضاف إلى صعوبة تطبيق قواعد الإسناد الحماة صعبية معرفة ما إذا كانت للقواعد الأمرة الحامية للعائد الضعيف والى ترتبط بالعلاقة العقدية صفة القواعد ذات التطبيق المباشر فى النظم القانونية التى تنتهى إليها، وهى صعوبات تزيد من التأثير السلبى للهدف الحماة على قدرة أطراف العقد على توقع القانون الذى يحكمه.

ومع ذلك لا ينبغى أن تقدر هذه الصعوبات فى أهمية تكريس القانون الدولى الخاص لهدف حماية العائد الضعيف، فهذا هو الثمن غير الباهظ الذى يتعين دفعه لخروج هذا القانون من العزلة التى فرضها على نفسه بإسم خصوصية مفاهيمه ونظرياته ليعامل مع الإنسان ومشاكله. ولعل هذا التكريس يظهر إلى أى مدى أصبح هذا القانون منفتحاً على القيم الاجتماعية السائدة فى بقية فروع القانون الأخرى. ولعل خير ما ننبى به هذه الدراسة هو أن نؤكد على أنه فى هذا العالم الذى تزداد فيه مظاهر القسوة والتجرد من الإنسانية حيث تأخذ القيم الإنسانية فى الانهيار يجب على رجل القانون أن يتحمل مسئولية الجسمة فى الدفاع عن الإنسان ضد ما يحيق به من ظلم وجور بسبب ما قد يعتريه من ضعف ولعل القارئ يجد فى هذا الواجب الاخلاقى السبب الرئيسى الذى دفعنا للقيام بهذه الدراسة.

## الهوامش

- <sup>1</sup> -NUSSBAUM. "Deutsches Internationales privatrecht." Tubingen, 1932. P XI  
NIBOYET "Traité du droit international privé français". T III. Paris, 1944. No. 844.  
"Le droit international privé est la branche du droit que recherche dans chaque cas la loi l'autorité ou la juridiction compétentes C'est un simple droit de classement qui ne donne, par lui-même, aucune décision matérielle et qui ne termine rien mais qui se contente d'aiguiller vers une source du droit, vers une autorité ou vers une juridiction déterminée".  
DOLLE Gegenwärtige – aufgaben der der deutschem wissenschaft Vom IPR. Gegenwartsfragen der IPR (5 Beiheft zur DRZ. 1948 ).P. 5 no. 10.  
GUTZWILLER: 'Le développement historique du droit international privé' Rec. des cours. No 29. (1929 IV).p.376
- <sup>2</sup> -PATOCCHI:" Règles rattachement localisatucis et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects recents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe", Genève 1985 pp.318 et ss.
- <sup>3</sup> -JUENGER : "Zum Wendel des internationalen Privatrecht", Karlsruhe, 1974, pp.5-34  
"General course on private international law", Rec. des cours, n° 193 (1985-IV), pp.121-387
- <sup>4</sup> -YVES LEQUETTE : " Protection familiale et protection étatique des incapables " , Paris . dalloz , 1976 . MOSCONI : "La tutela dei minori in diritto internazional privato " , Milane , 1965 , pp 379 et ss .; KROPHOLLER : " Das Haagir Abkommen uber den Schutz Minderjahriger , Bielefeld , 1966 , pp 120 et ss
- <sup>5</sup> - GILLIERON: " La protection du faible dans les contrats." Revue de droit suisse, 1979. I. p. 237: "La liberté contractuelle repose sur la prémise de deux partenaires également capables "
- <sup>6</sup> - POCAR: "La protection de la partie faible en Droit international privé", Rec des Cours, 1984 V p. 357.
- <sup>7</sup> - NEUHAUS: "Die Grundbegriffe des internationalen Privatrecht", Tubingen 1976, p257.  
"die parteiautonomie verliert ihren Sinn-ebenso wie die materiellechtliche vertragsfreiheit, wenn sie zur Herrschaft des Starkeren uber Schwachen wird"
- <sup>8</sup> - Contract conflicts the EEC convention on the law applicable to contracrual obligations. A comparative study, New York – Oxford, 1982.; FLETCHER:"Conflict of law and European community law", 1982, Ch.5; LASOK-STONE:"Conflict of law in the European Community", London, Ch.9 ; RIGAUX:"Examen de quelques questions laissées ouverte par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", Cah.dr.eur., 1988, p.306 ; P.R.WILLIAMS:"The EEC convention on te law applicable to contractual obligations", ICLQ, 1986, pp.159.
- <sup>9</sup> (1) I.L.A. Report of the 34 th conference. 1926. P. 512
- <sup>10</sup> - PHILIP: Contracts of Employment in the law of Conflict of Laws of Laws of the EEC. In Internationae Recht und Wirtschafts ordnung op. Cit. P. 265 ; HEPPLER: Conflict of laws on Employment Relationships within the EEC. In Harmonization of Private International law by te EEC. Ect by k. Lipstein Londen. 1978 . pp. 45 –p 46. 1975 ; SZASZY "International labour law. A comparative Survey of the conflict rules affecting labour legislation and regulation, leyde, 1968, pp.13, 96, 100, 110.

<sup>11</sup>- PATTOCHI: “Règles de rattachement...” op cit.no 287; “une certaine autonomie de la volonté peut servir les intérêts du travailleur lui – même lorsqu’il se trouve dans une position suffisamment forte pour négocier ses conditions de travail”.

<sup>12</sup>- VISCHER ET VOLKEN Rapport explicatif, loi fédérale sur le droit international privé, projet de la loi de la commission d’experts et Rapport explicatif, zurich, 1978.

<sup>13</sup>-وقد كانت هذه القواعد موضوعاً لألف دراسة ودراسة – انظر علي سبيل المثال:

FRANCESCAKIS; “Quelques précisions sur les “loi d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois: Rev. critique. 1966. P. I. s. Y- a- t- il du nouveau en matière d’ordre public Dr com. dr inter privé 1966- 1969. P. 189 . ss. “Lois d’ application immédiate et droit du travail. L’affaire du comité d’entreprise de la compagnie Wagons lits” Rev Crit., 174. P. 673. Et ss.

GRAULICH: “Règles de conflit et règles d’application immédiate Mélanges J. Dabin Paris. Sirey, t. II. P. 629 ss.

KARAQUILLE: “Etude de quelques manifestations des lois d’ application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé” These Limoges. 1973 ecl., P.U. F. 1977.

SENECHAL – L’HOMME . “Les critères des lois de police”. Etude de Droit international privé These Paris. 1981.

<sup>14</sup>- Restatement of the law 2<sup>nd</sup> conflict of laws, par.187.commentary 9.

<sup>15</sup>- LANDO “Consumer contracts and Party Autonomy”

<sup>16</sup>-حكم رقم 5924 في 9 نوفمبر 1981 منشور في مجلة القانون الدولي الخاص وقانون المرافعات سنة 1982.

ص 619- حول هذا الاتجاه لمحكمة النقض الإيطالية انظر:

POCAR “Labour Relations in Italian Private international law”, Italian National Reports to the XI<sup>th</sup> international congress of comparative law, Milan, 1982, pp.177 ss.

<sup>17</sup>- حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 31 مارس 1978، منشور في المجلة الانتقادية سنة 1979

ص 709-703 مع تعليق A-lyon Caen. وفي هذا الحكم أيدت محكمة النقض قضاة الموضوع فيما

ذهبوا إليه من أن إرادة الأطراف الضمنية قد اتجهت لاختيار القانون الفرنسي لأن هذا القانون:

“était plus avantageuse pour le salarié que la loi marocaine. Même si celle- ci avait été normalement applicable.”

<sup>18</sup>-انظر علي سبيل المثال:

Cass Soc., 25 . I 1984. Revue. 1985. P 329. Paris . 8 . 9. 1981. Clunet. 1983. P. 132. Note Lagarde. Cass Soc 8101987. J. C. P. 1987. IV . p. 379. Paris. 3. 2. 1988. Clunet. 1989. P. 378. Note fieschi Vivet.

وانظر أيضا حكم محكمة باريس في 27 /11 /1986 (منشور في المجلة الانتقادية 1988 ص 314) والتي

تم فيها تطبيق أحكام إتفاقية روما قبل دخولها حيز التنفيذ في فرنسا ويرى الاستاذ A lyon CEAN

تعليقه علي هذا الحكم أن المحكمة قد اعتدت بقانون الإرادة لأن هذا القانون لا يتعارض مع الحماية التي يوفرها القانون المختص موضوعاً للعقود الضعيف.

وانظر أيضاً بالنسبة لآخر مراحل تطور القضاء الفرنسي في هذا الصدد عشية تطبيق اتفاقية روما.

FIESCHI-VIVET “La règle de conflit applicable au contrat du travail international”, Dalloz, 1987, I.p 255; Gaudemet-Tallon “La loi applicable au contrat de travail international”, Cah.dr. de l’entreprise, 1986, n°4 pp.2 et ss; P.RODIERE “Conflit de lois en droit de travail” J C Dr.Int., fase 573 I n°6 et ss.

<sup>19</sup>- لن نتعرض في هذا الصدد للقواعد المنظمة للتأمينات الاجتماعية للعمال، لأن الحقوق التأمينية لا تكتسب طابعاً عقدياً بقدر ما تكتسب طابعاً تنظيمياً، لذلك فإن القواعد المقررة لهذه الحقوق تندرج في حظيرة القانون العام لحد كبير.

انظر في هذا الصدد بوجه عام: د. أحمد عبد الكريم سلامة “التأمينات الاجتماعية عبر الحدود – القاهرة – دار النهضة العربية 1989م.

<sup>20</sup>- Le Hoge Raad. 13 Mai 1966, Rev Crit. 1967. p727 note struyecken.

<sup>21</sup>- راجع نصوص الاتفاقية منشورة في المجلة الانتقادية سنة 1977م، ص 639، مع تعليق للأستاذ Lagarde في نفس الدورية، سنة 1978م ص 31 وما بعدها.

<sup>22</sup>- Contract conflicts the EEC convention on the law applicable to contracrual obligations. A comparative study, New York – Oxford, 1982.;FLETCHER:”Conflict of law and European community law”, 1982, Ch.5;LASOK-STONE:”Conflict of law in the European Community”, London, Ch.9;RIGAUX:”Examen de quelques questions laissées ouverte par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, Cah.dr.eur., 1988, p.306;P.R.WILLIAMS:”The EEC convention on te law applicable to contractual obligations”, ICLQ, 1986, pp.159

## حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي

MEKHTOUR Dalila  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université de Tizi-Ouazou, Algérie.

مختور دليلة  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
جامعة تيزي وزو، الجزائر.

### مقدمة

تختلف القواعد المنظمة للمنافسة باختلاف أهدافها، فهناك قواعد المنافسة غير المشروعة المنصوص عليها بموجب القانون التجاري، والتي هي أقدم أشكال قواعد المنافسة، والتي تهدف إلى حماية التاجر من كل تصرف غير نزيه صادر عن تاجر آخر، ثم هناك قانون المنافسة الذي نظمه الأمر رقم 04 – 02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم<sup>(1)</sup> و يطلق عليه البعض تسمية " قانون المنافسة الصغير" و الذي يهدف إلى حماية التوازن بين المتعاملين الاقتصاديين، هذا النوع الثاني من قواعد المنافسة تهدف إلى خلق التوازن في العلاقة التعاقدية التي تجمع المؤسسات.

أخيرا هناك قانون المنافسة الحرة المنصوص عليه بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم<sup>(2)</sup> و الذي يهدف إلى حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي، و يتحقق ذلك من خلال ضبط السوق، فأهم ما يميز هذا النوع الأخير من قواعد قانون المنافسة عن غيره من القواعد المنظمة للمنافسة هو أنه نظام القانون العام، الذي يهدف إلى فرض توجيه خاص للاقتصاد الوطني و القضاء على كل ما يمكن أن يتعارض مع هذا التوجه، و عليه من خلال هذه الدراسة سنتعرض إلى أهم ما يميز قانون المنافسة، فهو قانون اقتصادي جاء لتكريس مبدأ حرية الصناعة والتجارة (المبحث الأول) و لكن لا يهدف هذا القانون إلى حماية مصالح المتعاملين الاقتصاديين، بل يهدف حماية النظام العام الاقتصادي و ضبط السوق من خلال تدخل الدولة في شكل خاص، أي من خلال الاستعانة بسلطة ادارية مستقلة لتحقيق هذا الهدف (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: قانون المنافسة قانون اقتصادي

قانون المنافسة قانون اقتصادي لأنه يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تسمح للسلطات العامة بالتدخل بهدف خلق التوازن في السوق من خلال تنظيم المصالح المتناقضة للمتعاملين الاقتصاديين و هذا لتحقيق هدف أسمى و هو حماية المصالح الاقتصادية العامة.

لقانون المنافسة علاقة وطيدة بالعلوم الاقتصادية لأن للثنين هدف واحد و هو سير السوق في نظام حرية التجارة و الصناعة (المطلب الأول)، كما أن قانون المنافسة يتخذ من المؤسسة معيار لتطبيقه (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: أهداف قانون المنافسة في نظام اقتصاد السوق

استعملت فكرة المنافسة مبكرا في القاموس الاقتصادي لأن المنافسة تسعى إلى تحقيق أهداف اقتصادية في ظل نظام اقتصاد السوق (الفرع الأول) هذا النظام الاقتصادي الذي يركز على مبدأ حرية التجارة و الصناعة الذي كرسه المشرع الجزائري دستوريا و الذي يقتضي بالضرورة تكريس مبدأ المنافسة الحرة و تحرير الأسعار (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: ارتباط قانون المنافسة بالعلوم الاقتصادية

قانون المنافسة قانون اقتصادي لأنه يسعى إلى تحقيق أهداف اقتصادية و هي السير الحسن للسوق و بصفة عامة يستعان بفكرة المنافسة في المجال الاقتصادي بأشكال مختلفة:

### أولا: قانون المنافسة كوسيلة للتحليل الاقتصادي

المنافسة هي الوسيلة التي من خلالها تتشكل الأسعار في السوق المرجعية عن طريق العرض والطلب الصادر عن أشخاص مستقلة بعضهم عن البعض و تكون هذه المنافسة تامة أو كاملة إذا ما كانت كل مؤسسة حرة في التموين من طرف الممون الذي تختاره بمحض إرادتها و حصولها على شروط بيع مطابقة لتلك الممنوحة لمنافسها، كما أنه يتم تحديد سعر إعادة البيع بكل حرية<sup>(3)</sup> ، غير أن وضعية المنافسة التامة لا تدوم طويلا بسبب اتفاق بعض المؤسسات على عرقلة السوق أو بسبب تعسف أحد أو مجموعة من المؤسسات بسبب تمتعها بالقوة الاقتصادية، و على هذا الأساس يجب تدخل الدولة من

خلال خلق قواعد قانونية لخلق التوازن في السوق ، و في هذا الصدد نجد نظريتين مستقلتين:

النظرية الأمريكية التي تعتبر حرية المنافسة الوسيلة الناجعة لتحقيق التطور الاقتصادي و تعتبر أن حرية المنافسة الشرط الأساسي لتحقيق اقتصاد متوازن (Théorie de la concurrence-condition) ، و على هذا الأساس بموجب "sherman Act" لسنة 1890 تحظر كل الاتفاقات دون أي استثناء، خاصة الاتفاقات التي تهدف أساسا الحد من المنافسة والتي تسمى بـ "hard core cartel" و لكن للتقليص من حدة "sherman Act" ظهرت فكرة قاعدة المعقولية "Ruel of reason" والتي يقصد بها عدم حظر الاتفاقات التي رغم آثارها المنافية للمنافسة فهي من جهة ثانية تؤدي إلى تعزيز المنافسة في السوق وتشجيعها، ومن الأكد أن تعزيز المنافسة وتشجيعها يؤديان إلى التطور الاقتصادي<sup>(4)</sup>.

استعملت فكرة قاعدة المعقولية بعد ذلك من طرف القضاء الأوروبي الذي أخذ بها في قضية "Metro"<sup>(5)</sup> لسنة 1977، حيث رأت الهيئة القضائية للمجموعة الأوروبية أن أنظمة التوزيع الانتقائي، تعتبر عامل من العوامل المؤثرة على المنافسة، وليس بالتصرف المحظور، لكن شريطة أن يتم اختيار الموزعين وفقا لمعايير موضوعية ومعايير الكفاءة<sup>(6)</sup>، وكان رأيها مماثلا في قرار "Remia" عندما اعتبرت شرط عدم المنافسة مشروعا كونه يؤدي إلى تدعيم وتشجيع المنافسة<sup>(7)</sup>.

النظرية الثانية تعتبر المنافسة الوسيلة لتحقيق التطور الاقتصادي (Théorie de la concurrence-moyen) و قد اعتنق هذا المفهوم القانون الأوروبي الذي نص بموجب المادة 85 من اتفاق روما سابقا و المادة 101 TFUE<sup>(8)</sup> حديثا على حظر الاتفاقات التي يمكن أن تؤثر على التجارة بين الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية، والتي يكون لها غرض أو هدف منع المنافسة في السوق أو تضيقها أو عرقلتها، و لكن في نفس الوقت سمحت بالاتفاقات التي يمكن أن تحقق التطور و التقدم الاقتصادي<sup>(9)</sup>.

أما المشرع الجزائري فهو يرى أن قانون المنافسة وسيلة لتحقيق هدف اقتصادي و هو زيادة الفعالية الاقتصادية، و تحقيق هدف اجتماعي و هو تحسين معيشة المستهلكين، هذا ما يتضح من نص المادة الأولى من الأمر المنظم للمنافسة<sup>(10)</sup>.



### ثانيا: المنافسة كمعيار لتكييف هيكل السوق

تعتبر المنافسة معيار أساسي لتكييف هيكل السوق، و يتم ذلك مثلا من خلال التمييز بين وضعية المنافسة و حالة الاحتكار بالرغم أن حاليا نادرا ما نكون أمام وضعية احتكار، و عادة ما تكون الهيمنة الفردية نتيجة الاحتكار أي وجود مؤسسة واحدة منفردة بإنتاج سلعة (أو سلع) لا يوجد لها بدائل جيدة، أي ليس بإمكان مؤسسات جديدة الدخول إلى هذه الصناعة و إنتاج سلع مماثلة<sup>(11)</sup>.

ويستوي أن يكون هذا الاحتكار فعليا أو قانونيا<sup>(12)</sup> و يمكن أن يكون نتيجة حق ملكية فكرية، كما يمكن أن يكون نتيجة منح الدولة حقوق خاصة أو حق امتياز لمؤسسة معينة، كأن تقوم الدولة بمنح براءة اختراع لمؤسسة و تمنع أي شخص آخر من انتاج تلك السلعة، مما يتيح للمؤسسة وضعا احتكاريا.<sup>(13)</sup> كما يمكن أن يكون نتيجة سيطرة مؤسسة ما على المواد الخام الرئيسية اللازمة لإنتاج إحدى السلع، مما يجعل تلك المؤسسة هي المنتج الوحيد أو المحتكر لتلك السلعة. فنتيجة للاحتكار تكون المؤسسة مهيمنة للسوق و إذا ما تم التعسف في هذا الوضعية بشكل يؤثر سلبيا على المنافسة نكون بصدد ارتكاب مخالفة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، هذه الممارسات المنافية و المخلة بالمنافسة و التي نصت عليها غالبية تشريعات المنافسة بما فيها التشريع الجزائري.<sup>(14)</sup>

المنافسة كذلك شكل من أشكال التصرف في السوق، اذ يجب النظر في السوق و تحليل التصرفات الصادرة عن المتعاملين الاقتصاديين لتمييز ما هو منافي للمنافسة (ارتكاب أحد الممارسات المحظورة بموجب قانون المنافسة) و بين ما هو ممارسة مشروعة.

### ثالثا: أهمية تحديد السوق المرجعية في بعض الممارسات المقيدة للمنافسة

فكرة السوق بصفة عامة و السوق المرجعية<sup>(15)</sup> بصفة خاصة عنصر أساسي عند النظر في بعض الممارسات المقيدة للمنافسة فتحديد السوق المرجعية ضروري لتطبيق قواعد قانون المنافسة فهو يسمح بتقدير القوة الاقتصادية للمؤسسة داخل حيز جغرافي محدد. هذا التحديد للسوق المرجعي، يمكن من تقدير درجة الضغط التنافسي الذي تخضع له المؤسسة أو مجموعة من المؤسسات، كما أنه يسمح بمعرفة المنافسين الحاليين

و المستقبلين، و ذلك لأجل تقرير ضرورة تدخل سلطات المنافسة لرقابة أو معاقبة المؤسسات التي تنشط في تلك السوق المرجعية<sup>(16)</sup>. لكل هذه الأسباب لا يمكن الفصل بين قانون المنافسة و القانون الاقتصادي، فقانون المنافسة بحاجة للتحليل الاقتصادي و دراسة هيكله بمناسبة النظر في الممارسات المقيدة للمنافسة.

### الفرع الثاني: قانون المنافسة و مبدأ حرية الصناعة التجارة

تجد أحكام قانون المنافسة جذورها في مبدأ حرية التجارة و الصناعة الذي يهدف إلى تحرير النشاط الاقتصادي وإلغاء القيود التي تحول دون ممارسة النشاط الصناعي والتجاري بكل حرية، و هذا المبدأ تبناه دستور 1996 بموجب المادة 37 منه و التي تنص أن حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون، فبموجب هذا النص أكد المشرع الجزائري تبني نظام الاقتصاد الحر.

ومن نتائج تبني مبدأ حرية التجارة و الصناعة، تكريس المشرع مبدأ المنافسة الحرة، لذلك عرف قانون المنافسة على أنه "القواعد التشريعية و التنظيمية التي تهدف إلى ضمان احترام مبدأ حرية التجارة و الصناعة، و أن دوره يكمن خاصة في إلزام المؤسسات بالقيام بعملية التنافس و تحملها"<sup>(17)</sup>.

كرس المشرع الجزائري المنافسة الحرة بموجب القانون رقم 89 – 12 المتعلق بحرية الأسعار<sup>(18)</sup> الذي كرس بالإضافة إلى مبدأ حرية الأسعار، مبدأ حرية المنافسة، فاعتمد في أغلب أحكامه على قانون المنافسة الفرنسي<sup>(19)</sup>، ألغي القانون رقم 89 – 12 المتعلق بالأسعار بموجب الأمر رقم 95 – 06 المتعلق بالمنافسة<sup>(20)</sup> و الذي ألغي بدوره بموجب الأمر رقم 03 – 03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم<sup>(21)</sup>، فمبدأ المنافسة يقتضي بالضرورة عملية تحرير الأسعار الذي يندرج في نظام اقتصاد السوق، بحيث وجب على الدولة التخفيف من دعم الأسعار لأسباب سياسية أو اجتماعية و اخضاعها لقانون العرض و الطلب ، فالمبدأ العام هو تمتع كل متعامل اقتصادي بحرية تحديد أسعار المنتجات والخدمات التي يعرضها للبيع<sup>(22)</sup> إلا أنه استثناءً يمكن للدولة تقييد هذا المبدأ ولكن في حالات محددة قانوناً<sup>(23)</sup>.

تكريس المشرع لمبدأ المنافسة الحرة كنتيجة لمبدأ حرية التجارة و الصناعة ، لا يعني تطبيقه دون حدود، لأن ذلك سيؤدي إلى زوال المنافسة بسبب الترخيص بالاتفاقات المقيدة للمنافسة أو من خلال وضعية الاحتكار، و على هذا الأساس يمكن للمنافسة أن تقتل المنافسة<sup>(24)</sup> و على ذلك نجد أن قانون المنافسة قد كرس حرية المنافسة و الأسعار من جهة، و من جهة ثانية حد من هذا المبدأ، لكن هذا الحد لا يجب الاسراف فيه، فيكون مبرر و ضروري لأجل حماية النظام العام، كما يكون مناسب فلا يتجاوز الحدود الضرورية، و هذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة النظر في أحد القضايا المعروضة أمامه<sup>(25)</sup>.

بموجب فالأمر رقم 03 - 03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، حظر المشرع الجزائري الاتفاقات و الممارسات المقيدة للمنافسة لأنها تؤدي إلى الإخلال بالسوق و عرقلته، و بالتالي المساس بالنظام الاقتصادي بأكمله، هذا الإخلال يتخذ عدة أشكال، فقد يكون بسبب الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه<sup>(26)</sup>، و قد يكون نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها العون الاقتصادي، و ان كانت القوة الاقتصادية في حد ذاتها ليس بالتصرف المحظور و لا المخل بالمنافسة، إلا أن الاستغلال التعسفي لهذه القوة الاقتصادية هو التصرف المحظور بموجب قوانين المنافسة. قد تظهر هذه القوة الاقتصادية في شكل التحكم الكلي أو الجزئي للسوق، و استغلال المؤسسة لهذه القوة الاقتصادية في شكل مجحفة على الطرف الضعيف عند ابرام العقد، و هذا ما يشكل مخالفة التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية التي نظمها المشرع الجزائري عندما حظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو جزء منها<sup>(27)</sup>.

قد تظهر هذه القوة الاقتصادية كذلك، ليس من خلال التحكم الكلي للسوق و لا في جزء منه، بل فقط من خلال القوة النسبية التي يتمتع بها العون الاقتصادي، أي قوته في اطار العقد المبرم بين الطرفين، فيكون أحد الأطراف في وضعية تبعية اقتصادية تجاه الطرف الثاني، و في هذه الوضعية إذا ما تعسف الطرف القوي في العلاقة بسبب وضعيته نكون بصدد التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية و التي نظمها المشرع عندما حظر

على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعيتها التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة<sup>(28)</sup>.

يحظر أيضا البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، أي تعتبر ممارسة مخلة بقانون المنافسة عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج و التحويل و التسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق<sup>(29)</sup>.

يمنع قانون المنافسة أخيرا اندماج أو تجمع المؤسسات التي تؤدي إلى خلق أو تعزيز وضعيتها الهيمنة الاقتصادية و التي يمكن أن تعرقل أو تشل المنافسة، فكل الممارسات المحظورة بموجب قانون المنافسة لا يمكن منعها أو المعاقبة عليها إلا إذا تضمنت شرط أساسي و هو الاخلال بالسوق و عرقلته، و يعود ذلك في كون قانون المنافسة يهدف حماية السوق، أي النظام العام الاقتصادي.

#### المطلب الثاني: المؤسسة كمعيار لتطبيق قانون المنافسة

أهم ما يميز قانون المنافسة عن القانون التجاري هو أن القانون التجاري يهدف التاجر أما قانون المنافسة فلا يميز بين المؤسسة التجارية و المؤسسة المدنية بل يطبق حتى على الحرفيين و ممارسي المهن الحرة و أكثر من ذلك يمارس على المؤسسات العمومية عند قيامها بنشاط اقتصادي منفصل عن امتيازات السلطة العامة. فقانون المنافسة يهدف المؤسسة بمفهومها الواسع، سواء كانت مؤسسة خاصة (الفرع الأول) أو مؤسسة عامة (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: المؤسسة الخاصة

يطبق قانون المنافسة على المؤسسة وفقا لما جاءت به المادة 03/أ من قانون المنافسة المعدل و المتمم التي تنص أنه:

« يقصد في مفهوم هذا الأمر بما يأتي:

أ - المؤسسة: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة، نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات»<sup>(30)</sup>.

وبالتالي يطبق هذا النص القانوني بصفة عامة على المؤسسة، و التي هي كيان يمارس نشاط اقتصادي ، بغض النظر عن نظامها القانوني و طريقة تمويلها<sup>(31)</sup>، فقانون

المنافسة يطبق على المؤسسة ليس بالنظر إلى طبيعتها، بل بالنظر إلى نشاطها الاقتصادي، و الذي يعتبر المعيار الأساسي المعتمد لتكييف الكيان على أنه مؤسسة خاضعة لقانون المنافسة، و ان كان هذا هو الأصل إلا أن حتى هذا المعيار له استثناءات. فالمبدأ أنه لما قام كيان معين بنشاط اقتصادي، بصفة دائمة و مستمرة، بإنتاج أو توزيع سلع أو خدمات، و تعريض نفسه للمخاطر عند القيام بذلك، ينطبق عليه مفهوم المؤسسة و يخضع لأحكام قانون المنافسة، و لكن استثناء يخرج عن هذا المبدأ العام ممارسة امتيازات السلطة العامة، فالمؤسسات العمومية ليست مؤسسات بمفهوم قانون المنافسة، متى مارست امتيازات السلطة العامة في اطار تسيير مرفق عام<sup>(32)</sup>.

هناك استثناء ثان نص عليه القضاء الأوروبي و المتعلق بممارسة نشاط اجتماعي محض، و هذا ما قرره في قضية « Poucet » حيث اعتبر القاضي أن الهدف من هذه الهيئات ليس الغرض الاقتصادي، متى قامت بمهمة اجتماعية محضة و أن نشاطها قائم على أساس التضامن الاجتماعي و ليس لها هدف البحث عن تحقيق الأرباح، و أن الأقساط المدفوعة لها مشروعة<sup>(33)</sup>، و في أحد قراراته طبق مجلس المنافسة الفرنسي المادة 1-420 L من القانون التجاري والمتعلقة بالاتفاقات المقيدة للمنافسة<sup>(34)</sup>، على اتفاق مبرم بين عدة نقابات، و اعتبر أن النقابات تدخل ضمن مفهوم المؤسسة الذي يهدف إليه قانون المنافسة<sup>(35)</sup>.

### الفرع الثاني: إخضاع المؤسسة العمومية لقانون المنافسة

تنص المادة 02 من الأمر رقم 03 – 03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم أنه:

« بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي: ... – الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية<sup>(36)</sup> ».

كما تنص المادة 06 من نفس الأمر :

« تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية، عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى: ...

### -السماح بمنح صفقة عمومية، لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة».

من خلال هذين النصين تتأكد رغبة المشرع الجزائري في إخضاع المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون المنافسة، كما أنه يتم تطبيق قانون المنافسة في إطار الصفقات العمومية منذ الإعلان عن الصفقة حتى المنح النهائي. فالدولة لا يحق لها إعاقة حرية المنافسة من خلال فروعها الممثلة لها، فيجب عليها حماية قواعد المنافسة عندما تتدخل كمتعامل اقتصادي، كما لا يجب أن تعيق حرية المنافسة من خلال مساعدات الدولة التي تمنحها إلى المؤسسات العمومية التي تواجه صعوبات، فالمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تتدخل في السوق، يجب أن تخضع إلى نفس الأحكام التي تخضع لها المؤسسات الخاصة<sup>(37)</sup>.

خضوع الدولة لقانون المنافسة أدى إلى نشأة فرع جديد من القانون ألا وهو القانون العام للمنافسة، والذي يمكن تعريفه على أنه قانون تأثير الإدارة على حرية المنافسة و بالخصوص في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة<sup>(38)</sup>، وقد طرحت مسألة مدى خضوع الأشخاص العامة لقانون المنافسة في فرنسا في قضية مدينة بامي «ville de Pamier»<sup>(39)</sup> حيث أن القانون الفرنسي يعتبر أن الأشخاص العمومية معنية بقانون المنافسة، المهم أن تمارس هذه الأخيرة نشاط الإنتاج والتوزيع والخدمات، وإن كانت هذه الأنشطة من حيث الأصل ليست داخلية في مهامها، فهي تخضع لمتابعة المحاكم القضائية العادية وللمجلس المنافسة، لكن إذا ما استعملت امتيازات السلطة العامة المرتبطة بوظيفة المرفق العام، فهي تخضع للمحاكم الإدارية، لكن خضوع المؤسسات العمومية لقانون المنافسة قد يثير تساؤلات خاصة وأن الأشخاص العامة التي تنتهي إليها، من حيث طابعها، سلطاتها، ومهامها، خارجة عن المنافسة، ولكن في نفس الوقت، المؤسسات العمومية ما هي إلا مؤسسات اقتصادية، أي أعوان اقتصاديين، وعلى هذا الأساس فمن المنطقي أن تخضع كغيرها من المؤسسات الخاصة إلى قانون المنافسة<sup>(40)</sup>، لكن هذا الخضوع لقانون المنافسة، له استثناءات، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 02 من قانون المنافسة، والتي تنص أنه تطبق أحكام قانون المنافسة، لكن لا يجب أن تعيق هذا التطبيق أداء مهام المرفق العام، أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.

لذلك يجب التمييز بين التصرفات الصادرة عن هذه المؤسسات العمومية، فإذا دخلت ضمن نشاطات الإنتاج والتوزيع، فهذه الأخيرة تخضع إلى قانون المنافسة. وبالتالي النزاعات التي قد تنشأ بمناسبة ممارسة هذه النشاطات، يختص بالنظر فيها مجلس المنافسة والهيئات القضائية العادية، أما إذا ارتبطت تصرف الإدارة باستعمال امتيازات السلطة العامة، فلا يمكن تطبيق قانون المنافسة، بل يكون النظر في النزاع من اختصاص القاضي الإداري<sup>(41)</sup>، وفي إطار هذا التمييز نجد قضية مطار باريس «Aéroports de Paris» و التي هي شركة عمومية مكلفة بتسيير دومين عام<sup>(42)</sup> و التي صدر بشأنها قرار محكمة التنازع الفرنسية الشهير في 18 أكتوبر، 1999<sup>(43)</sup> و الذي بموجبه ميزت المحكمة بين من جهة النشاطات التي تدخل ضمن صلاحيات السلطة العامة وتسيير الدومين العام و التي تدخل في إطار تحقيق المصلحة العامة وامتيازات السلطة العامة، و التي لا يختص بها مجلس المنافسة بل أن الاختصاص يرجع للقاضي الإداري و من جهة ثانية بين التصرفات المرتبطة بالإنتاج و التوزيع و الخدمات و التي ليس لها علاقة باستعمال امتيازات السلطة العامة وتحقيق المصلحة العامة و بالتالي يرجع الاختصاص فيها إلى مجلس المنافسة و الهيئات القضائية العادية<sup>(44)</sup>.

### المبحث الثاني: دور قانون المنافسة في حماية النظام العام الاقتصادي

يهدف قانون المنافسة إلى حماية السوق لا المصالح الخاصة للمتعاملين الاقتصاديين الذين لهم سبل أخرى لحماية مصالحهم الخاصة، لذلك و صف قانون المنافسة على أنه قانون النظام العام (المطلب الأول) و قد اعتمد المشرع على فكرة ضبط السوق كوسيلة لحماية هذا النوع الخاص من النظام العام مستعينا بسلطة ادارية مستقلة و المتمثلة في مجلس المنافسة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: النظام العام التنافسي بين التوجيه و الحمائية

النظام العام مفهوم واسع اهتم به القانون الاداري منذ القدم و لكن التطورات الاقتصادية أدت إلى خلق إلى جانب النظام العام بمفهومه التقليدي نظام عام جديد سمي بالنظام العام الاقتصادي و يندرج قانون المنافسة ضمن هذه الفئة الجديدة، و لكن هل يندرج قانون المنافسة ضمن النظام العام الاقتصادي التوجيهي؟ (الفرع الأول) أو النظام العام الحمائي؟ (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: قانون المنافسة و فكرة النظام العام التوجيهي

تعددت تعاريف النظام العام بسبب اختلاف مفهومه من حيث الزمان و المكان، و لكن هناك اتفاق على العناصر المكونة له و المتمثلة في الأمن العام ( أي كل ما يطمئن الانسان على ماله و نفسه)، الصحة العامة ( أي حماية المواطن من الأخطار التي تهدد صحته و حمايته من الأوبئة) و أخيرا السكينة العامة ( و هي منع مضايقة و ازعاج المواطن).

و عرف عموما على أنه "القواعد القانونية التي تعبر عن النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى و تعلق على مصلحة الأفراد"<sup>(45)</sup>.

إلا أن فكرة النظام العام بمفهومه التقليدي تطورت و أدخلت أشكال جديدة للنظام العام بسبب تطور مفهوم الدولة التي يمكنها توجيه الحياة التعاقدية للمنفعة الاجتماعية و حماية الطرف الضعيف من هيمنة الطرف القوي، ظهر هذا المفهوم الجديد للنظام العام في المجال الاقتصادي، و هذا ما أدى إلى ظهور فكرة "النظام العام الاقتصادي" و داخل النظام العام الاقتصادي جاء الفقه بمفهوم النظام العام الاقتصادي الحمائي و النظام العام الاقتصادي التوجيهي، الأول يهدف إلى توجيه الاقتصاد و حماية الصالح العام، أما الثاني يهدف إلى ضمان حماية الطرف الضعيف في العقد، و هذا ما ذهب إليه CARBONNIER<sup>(46)</sup> عندما ميز بين النظام العام الحمائي «ordre public de protection» الذي يهدف إلى حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في العقد و النظام العام التوجيهي «l'ordre public de direction» الذي يهدف إلى اقتراح توجيه خاص للاقتصاد الوطني و القضاء على كل ما يمكن أن يتعارض مع هذا التوجه، ففكرة النظام العام في القانون الخاص تحد من حرية التعاقد و تكيف مجموع القواعد التي لا يمكن للمتعاقدين مخالفتها<sup>(47)</sup>.

بالنظر إلى قانون المنافسة يظهر أن كل الممارسات المحظورة تشتت توفّر عنصر أساسي و جوهري و هو الاخلال بالسوق و عرقلته، فلا يمكن حظر الممارسة سواء كانت في شكل الاتفاق أو في شكل تعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية أو التبعية الاقتصادية ما لم يكن هناك إخلال بالسوق، و هذا يرجع إلى أن قانون المنافسة لا يهدف إلى حماية



المصالح الخاصة للمتعامل الاقتصادي (الذي ما عليه إلا الاستناد إلى الأحكام المنصوص عليها في القانون التجاري و قانون الممارسات التجارية للمطالبة بحقوقه في حالة انتهاكها) بل يهدف حماية السوق و المنافسة الحرة، و ان تمت حماية مصالحه استنادا إلى الأحكام المنصوص عليها بموجب قانون المنافسة، فلا يتم ذلك إلا بصفة عرضية، لذلك و صف قانون المنافسة بقانون النظام العام الاقتصادي التوجيهي لأنه يتضمن تحديا كبيرا و المتمثل في تحرير السوق من جهة و من جهة ثانية تدخل الدولة لتنظيم و حماية نظامها الاقتصادي.

فأهم ما يميز قانون المنافسة هو أنه نظام القانون العام، و فكرة النظام العام التنافسي تستجيب لفكرة النظام العام الاقتصادي لأنه يهدف إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية و وضع سياسة حقيقية للمنافسة و حمايتها من خلال ابطال كل الممارسات المعرقله و المقيدة للمنافسة<sup>(48)</sup>.

وأن كان نظام السوق يهدف تحقيق المصالح الخاصة و المباشرة للمتعاملين الاقتصاديين، و لكن في نفس الوقت يهدف تحقيق المصالح العامة، فكل متعامل اقتصادي يبحث عن مصلحته الاقتصادية الخاصة، أما الدولة تبحث عن خلق التوازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين و مصالح الدولة، لذلك يجب أن يكون الهدف الأساسي لقواعد قانون المنافسة ضمان هذا التوازن المعروف ب "النظام العام الاقتصادي"، و اتاحة الحرية، و فسخ المجال لآليات العرض و الطلب لتمضي بسهولة بين المنتجين و المستهلكين، و لضمان حسن آليات اقتصاد السوق، و حرية النفاذ إلى السوق و للتداول و التعامل بمقتضى النزاهة و الشفافية.<sup>(49)</sup>

فقانون المنافسة، يوحي لنا بأن الدولة لم تتخل كلية عن الميدان الاقتصادي، بل تراقب العديد من النشاطات الاقتصادية، فدورها تحول من دولة متدخلة إلى دولة ضابطة متدخلة فقط عن طريق تحديدها لقواعد اللعبة، لتترك المجال مفتوحا للمنافسة، لذا قانون المنافسة لا يدخل فقط في اطار النظام العام، بل أكثر من ذلك يشكل حصة الأسد في النظام العام الاقتصادي التوجيهي، و هو جوهر القانون الاقتصادي المعاصر لأن التطورات التي شهدتها قانون المنافسة أدت إلى الربط بين الاقتصاد و القواعد القانونية، و تكون حماية النظام العام الاقتصادي التنافسي من

خلال حظر الاتفاقات و الممارسات المخلة بالمنافسة و مراقبة عمليات تجميع المؤسسات الاقتصادية، و عليه قانون المنافسة مشكل من مجموع القواعد التي تهدف إلى ضمان السير الجيد للسوق في ظل اقتصاد تنافسي، فهذا القانون ليس هدفه الحال حماية المؤسسة بل حماية شروط المنافسة<sup>(50)</sup>.

### الفرع الثاني: قانون المنافسة و فكرة النظام العام الحمائي

وصف قانون المنافسة بالقانون العام الاقتصادي، لا يثير أي جدل، لكن اعتباره نظام عام اقتصادي توجيهي لم يعد واضحاً خاصة بسبب ربط قانون المنافسة بالعقد، خاصة و أنه لا يقتصر التعامل و التبادل التجاري بين المتعاملين الاقتصاديين على استعمال تقنية العقد، بل أن المنافسة يمكن أن تجد تنظيم جديد من خلال العقد المبرم بين المؤسسات، ثم أن العقد هو الوسيلة الأكثر شيوعاً في الاتفاق المقيد للمنافسة و حتى التعسف في وضع القوة الاقتصادية يمكن أن يعبر عنه من خلال البنود التعاقدية<sup>(51)</sup>، فلا يمكن الفصل بين المنافسة و العقد لأن السوق التنافسي يقتضي حصة من الملكية الخاصة و حركة السلع و الخدمات بمقابل نقدي من خلال ابرام عقد الزامي بين صاحب العرض و صاحب الطلب، و عليه لا يمكن أن يكون هناك سوق تنافسي من دون عقد.

يندرج حظر الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن النظام العام و هذا ما يحد من حرية التعاقد، فحرية التعاقد لم تكن أبداً مطلقة فهي تصطدم بقواعد عامة، دون أن يتوقف النظام الاقتصادي من كونه ليبرالي « La liberté contractuelle peut se heurter à des règles générales sans que l'économie cesse d'être libérale. »<sup>(52)</sup>

قواعد النظام العام الاقتصادي الحمائي أكثر وضوحاً في مجال حماية المستهلك أو حماية العامل، أما في مجال المنافسة هناك تردد بين النظام العام الحمائي و النظام العام التوجيهي و نميز بينهما بالنظر إلى المصلحة المحمية، المصلحة العامة بالنسبة للنظام العام التوجيهي، و حماية المصالح المشروعة لمجموعة من الأشخاص التي لا تملك القدرة لحماية مصالحها بمفردها بالنسبة للنظام العام الحمائي، و لكن بما أن قانون المنافسة لا يحمي المتنافسين بل المنافسة، أي السوق، باستعمال معايير التحليل التي يستند عليها القانون العام، فقانون المنافسة يؤكد أنه قانون النظام العام التوجيهي، لكن قانون

المنافسة في تطور مستمر فلو نظرنا مثلا في مخالفة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية نتساءل أليس هناك نظام عام حمائي؟

مع العلم أن عند التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية تستغل المؤسسة قوتها الاقتصادية النسبية، أي قوتها في اطار العقد مع المتعاقد الثاني و المتواجد في وضعية حرجة، فتفرض امتيازات و بنود تعسفية و غير مبررة، نفس الشيء مثلا بالنسبة لبعض بنود العقد الملزمة في عقد التوزيع كشرط الاعلام المسبق الواجب توافره في بعض عقود التوزيع تطبيقا لنص المادة الأولى من قانون "Doubin" التي تم إدماجها في القانون التجاري الفرنسي بموجب المادة 3 - L 330<sup>(53)</sup>.

المبدأ العام هو أن قانون المنافسة لا يهدف و لا يمكن أن يهدف إلى إعادة التوازن في العقود، بل أن قانون المنافسة يهدف تنظيم السوق، فالمتعاملين الاقتصاديين بالنسبة لهذا القانون مؤسسات من المفروض أنها حرة في تحديد سياستها التجارية في السوق، و لا يهم أن يكون العقد المبرم بين الموزع و الممون قد احترم التوازن في الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي العقد، و مع ذلك يمكن لبعض البنود المخلة للتوازن في العلاقة التعاقدية أن تؤثر على السوق، و على هذا الأساس فقط يمكن لقانون المنافسة أن يسمح بصفة غير مباشرة بتنظيم العقد لحماية السوق<sup>(54)</sup>

ومن الأمثلة التي يمكن تقديمها في مجال تنظيم العقد لحماية السوق أنظمة الاعفاءات الأوروبية التي تحولت إلى وسيلة فعلية لإعادة التوازن في العقود و هذا ما يلاحظ مثلا في نظام الاعفاءات التي يستفيد منها توزيع السيارات، فيعتبر هذا النظام نوع ما عقد اطار لتنظيم توزيع السيارات، لأنه يعالج عدة بنود في العقد لأجل تحقيق نوع من التوازن في عقد التوزيع، فمثلا النقطتين السابعة عشر و الثامنة عشر من النظام تنصان على هذه الحماية من خلال منع المنتج من إلزام مصالح السيارات المعتمد باستعمال بصفة حصرية قطع غيار من صنع منتج السيارة للقيام بعملية التصليح في حالة وجود خلل، بما أن للمصالح إمكانية الحصول على قطع غيار مناسبة و قد تكون أقل تكلفة، كما لا يحق لمنتج السيارة أن يمنع منتج قطع الغيار المستعملة في السيارة، أو منتج جزء من السيارة قبل تركيبها (كصانع العجلات الذي قد يكون منتج آخر متميز عن منتج

السيارة) من وضع علامته التجارية على هذا الجزء الخاص من السيارة أو في قطع الغيار المستعملة عند تركيب السيارة...<sup>(55)</sup>

عموما يمكن القول أن تنظيم السوق يعتبر الهدف الأول و الأساسي في قانون المنافسة أما تنظيم العقد ما هو إلا هدف ثانوي<sup>(56)</sup>، كما يمكن القول أن النظام العام التنافسي يستجيب لفكرة النظام العام الاقتصادي بصفة عامة لأنه:

- من جهة النظام العام التوجيهي لأنه يهدف البحث على الفعالية الاقتصادية،
- من جهة ثانية النظام العام الحمائي لأنه يهدف إلى خلق التوازن من خلال تحقيق أهداف المصلحة العامة.

#### المطلب الثاني: مجلس المنافسة شكل جديد لتدخل الدولة لضبط السوق

ان انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي من دولة متدخلة إلى دولة ضابطة لا يعني نهاية تدخل الدولة في الساحة الاقتصادية، بل أن تدخلها جاء في شكل جديد لاستعانتها بسلطات تقوم بتأطير النشاط الاقتصادي، البعض منها تضع قواعد النشاط، أما البعض الآخر يقتصر على مراقبة تطبيق و احترام القواعد القانونية و هذا هو الأمر بالنسبة لمجلس المنافسة الذي سنعرف به في الفرع الأول، و سنقوم بإبراز دوره في ضبط السوق و بالتالي حماية النظام الاقتصادي في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: التعريف بالمجلس

تم انشاء مجلس المنافسة سنة 1995 بموجب الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة، هذا النص القانوني وضع قواعد المنافسة الحرة ونظم حمايتها ليس فقط من خلال حظر الممارسات المنافية و المعرقة للمنافسة، بل كذلك من خلال إنشاء سلطة لضبط السوق و المتمثلة في "مجلس المنافسة".

كلف مجلس المنافسة بمراقبة تطبيق الأحكام المنصوص عليها بموجب قانون المنافسة، و معاقبة كل خرق لهذه القواعد، و عليه أخذ المجلس محل القاضي الجزائي لردع كل الممارسات التي تخل بالسوق و تمس به، و أكد الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم بدوره هذا الاختصاص الممنوح إلى مجلس المنافسة فتنص المادة 2/44 منه: « ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه، أو تستند على المادة 9 أعلاه ».

فمجلس المنافسة يمارس السلطة العامة و المتمثلة في احترام الأحكام التشريعية و التنظيمية المطبقة على الاعوان الاقتصاديين، و حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي، فهو اختصاص اخذ من السلطة التنفيذية لاسيما الوزير المكلف بالتجارة لنقلها إلى هيئة إدارية مستقلة.<sup>(57)</sup>

لكن مجلس المنافسة لا يملك سلطة تحديد قواعد النشاط التجاري على المتعاملين الاقتصاديين، بل يسهر على احترام هذه القواعد الموجودة لأجل تحقيق الشفافية، أي مراقبة درجة مطابقة ممارسات المتعاملين الاقتصاديين لقانون المنافسة.<sup>(58)</sup>

يتمتع مجلس المنافسة بسلطات واسعة عند أداء مهامه، فبعد إخطاره من طرف الأشخاص المنصوص عليها بموجب المواد 44 و 35 فقرة ثانية<sup>(59)</sup> ينظر في الملف و يكلف بمهمة اجراء التحقيق، و خلال القيام بمهمته يتمتع بسلطات واسعة تشبه تلك المخولة لقاضي التحقيق ، كما يتمتع بسلطة اتخاذ الأوامر المعللة التي ترمي إلى وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة، و كذا التدابير المؤقتة و فرض العقوبات المالية، كما يمكنه تكملة لهذه العقوبات أن ينشر القرار الصادر عنه و عن مجلس قضاء الجزائر و عن المحكمة العليا و كذا مجلس الدولة و المتعلقة بالمنافسة، في النشرة الرسمية للمنافسة، كما يمكنه أخيرا نشر مستخرجات من قراراته و كل المعلومات الأخرى بواسطة أي وسيلة إعلامية أخرى.<sup>(60)</sup>

### الفرع الثاني: دور مجلس المنافسة في ضبط السوق

يهدف قانون المنافسة إلى حماية النظام العام الاقتصادي من خلال ضبط السوق و يعتبر مجلس المنافسة الجهاز المكلف لتحقيق هذا الغرض، هذه الوظيفة التي تؤديها سلطة مستقلة في قطاع معين و هي ما يسمى ب "التنظيم القطاعي" « La régulation sectorielle » تنطبق على مفهوم الوظيفة العامة التي تؤديها الدولة تجاه النظام الاقتصادي بصفة عامة و التي تسمى ب "التنظيم العام" « La régulation générale ».<sup>(61)</sup>

وقد يستغرب التناقض بين دور التنظيم و فكرة الليبرالية الاقتصادية، اذ أن التنظيم يفسر تدخل الدولة لأجل السماح للسوق أن يقرر بكل حرية، فالتنظيم يحمل في

طياته تناقض ظاهري لأن الهدف منه يتمثل في الحرية الي يطمح الوصول إليها من خلال تدخل هيئة عمومية<sup>(62)</sup>.

تقبل استعمال مصطلح "الضبط" في المجال القانوني حديث، لأنه قبل دخول هذا المصطلح المعجم القانوني، كانت فكرة التنظيم معروفة عند الاقتصاديين الليبراليين و الذين أخذوها بدورهم من الدول الأنجلوسكسونية، و في مجال القانون استعمل المصطلح بمناسبة ظهور نظرية إزالة التنظيم<sup>(63)</sup>، فيعرف الضبط الاقتصادي على أنه تلك المهمة التي ينتظر منها تحقيق التوازن بين حقوق و واجبات كل طرف و ذلك من خلال وضع قواعد لعبة تحكمهم، و كذلك من خلال مراقبة مدى احترام هذه القواعد التي تسطرها الدولة<sup>(64)</sup>. و قد عرف المشرع الجزائري الضبط الاقتصادي على أنه:

**هـ الضبط: كل إجراء أيا كانت طبيعته، صادر عن هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم و ضمان توازن قوى السوق، و حرية المنافسة، و رفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها و سيرها المرن، و كذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف انواعها و ذلك لتطبيق أحكام هذا الأمر<sup>(65)</sup>.**

فضبط القطاع الاقتصادي يعني ايجاد التوازن بين حقوق و التزامات كل طرف في السوق، و يقوم بهذه المهمة هيئات جديدة مكلفة بضبط القطاع الاقتصادي التي يطلق عليها تسمية الهيئات الادارية المستقلة، و التي شملت أغلب القطاعات الاقتصادية. أثارت السلطة التنظيمية الممنوحة لبعض السلطات الادارية جدلا من حيث مشروعيتها غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد فصل في الأمر بموجب قراره الصادر في 17 جانفي 1989 حول الإعلام، فنص أنه لا يوجد مانع في منح السلطات الادارية المستقلة سلطة التنظيم، لكن يجب احترام بعض الشروط، منها أن تكون هذه السلطة تهدف إلى تطبيق نص تشريعي، و على هذا الأساس يجب عند تأدية هذه السلطة مهامها ان تحترم كل النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالمجال المعني، كما أن هذه السلطة يجب أن تكون محدودة من حيث النطاق و المضمون و بالتالي يمكن القول أن هذه السلطة الممنوحة للسلطات الادارية المستقلة من نوع خاص و متخصص<sup>(66)</sup>.

تظهر سلطة الضبط التي يمارسها مجلس المنافسة في عدة مجالات أهمها الترخيص بعمليات التجميع الاقتصادي، إذ يمكن لمجلس المنافسة أن يرخص بالتجميع أو يرفضه

بقرار معلل بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة و الوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع، كما يرخص بتجميع المؤسسات الناتج عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي<sup>(67)</sup>، و يرخص المجلس كذلك بالتجميعات و الاتفاقات و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها انها تؤدي إلى تطور تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق<sup>(68)</sup>، كما يمكن للمجلس أن يقرر عدم التدخل بناء على طلب المؤسسات المعنية، و اعتمادا إلى المعلومات المقدمة بخصوص اتفاق ما أو عملا مدبرا أو اتفاقية أو تعسف ناتج عن وضعية هيمنة في السوق<sup>(69)</sup>.

أخيرا يمكن لمجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، وتتعاون في الاسراع بالتحقيق فيها و تتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المحظورة بموجب قانون المنافسة<sup>(70)</sup>. فضبط المنافسة من طرف المجلس لا يعني انتقاء المؤسسات والأعوان الاقتصاديين من خلال منح تراخيص للدخول إلى السوق، ثم متابعتها ميدانيا كما تفعل بعض سلطات الضبط القطاعية الأخرى، فالصلاحيات الممنوحة لمجلس المنافسة لضبط المنافسة لا ترمي إلى وضع قيود أمام الدخول إلى السوق، بل ترمي إلى تحقيق الأهداف المسطرة لقانون المنافسة، و لتحقيق ذلك يجب تدخل مجلس المنافسة لإعادة الأمور إلى مجراها الطبيعي<sup>(71)</sup>.

لا تدخل أيضا ضمن مهام مجلس المنافسة سن قواعد قانونية، حتى و إن ساهم في ذلك بطريقة غير مباشرة عند ابداء استشارته، على عكس بعض السلطات التي تحل محل السلطة التنفيذية<sup>(72)</sup>، و في فرنسا اعتبر الفقه أن بعد تحول مجلس المنافسة إلى سلطة المنافسة، دوره لم يعد يقتصر على العقاب فقط، بل أعطاهم وظيفة أكثر أهمية فاقتربت إلى سلطة التنظيم، فبالإضافة إلى الاخطار التلقائي للسلطة الذي يؤكد أنها ليست مجرد عنصرا سلبيا من خلال توقيع العقاب فقط، بل عنصر ايجابي، و أكثر من ذلك اقتربت من التنظيم من خلال سلطة التوصيات و سلطة العفو خاصة<sup>(73)</sup>.

## خاتمة

في الأخير يمكن القول أن قانون المنافسة قانون اقتصادي يهدف إلى حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي، مستعينا بمجلس المنافسة الذي يمارس السلطة العامة من خلال فرض احترام الأحكام التشريعية و التنظيمية المنصوص عليها بموجب الأمر المنظم للمنافسة، فهو يهدف البحث على الفعالية الاقتصادية وخلق التوازن من خلال تحقيق أهداف المصلحة العامة.

تتجسد حماية النظام العام الاقتصادي التنافسي من خلال حظر الاتفاقات والممارسات المخلة والمقيدة للمنافسة ومراقبة عمليات تجميع المؤسسات الاقتصادية، وبصفة عامة من خلال ضمان السير الجيد للسوق في ظل اقتصاد تنافسي، فهذا القانون ليس هدفه الحال حماية المؤسسة بل حماية شروط المنافسة والبحث عن الفعالية الاقتصادية وخلق التوازن لتحقيق المصلحة العامة.

## الهوامش

<sup>1</sup> - قانون رقم 04 - 02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، الصادر في 27 يونيو 2004، المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> - أمر رقم 03 - 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، الصادر في 20 يوليو 2003، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، جريدة رسمية عدد 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008 و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 46 الصادر في 18 غشت 2010.

<sup>3</sup> - MALAURIE VIGNAL Marie, Droit de la concurrence, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2003, p.27.

<sup>4</sup> - AUGUET Yvan, Droit de la concurrence, éditions Ellipses, Paris, 2012, p.130 ; KOVAR Robert, "Droit communautaire de la concurrence et règle de raison", RTD. EUR, n° 1, janvier-mars 1987, pp. 235 - 238, voir p. 237.

<sup>5</sup> - « *Certaines restrictions sont admissibles lorsqu'elles sont indispensables à la réalisation de ces objectifs et n'aboutissent pas à éliminer la concurrence pour une partie substantielle du marché commun* », Arrêt de la Cour du 25 octobre 1977 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes. Systèmes de distribution sélective, <http://eur-lex.europa.eu/>

<sup>6</sup> - KOVAR Robert, "Droit communautaire de la concurrence et règle de raison", op.cit p. 237-238.

<sup>7</sup> - Arrêt de la cour (cinquième chambre) du 11 juillet 1985, Remia BV et autres contre Commission des Communautés européennes, <http://eur-lex.europa.eu/>

<sup>8</sup> - *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.*

<sup>9</sup> - L'article 101 (TFUE) qui remplace l'article 81-1 du traité communauté européenne (CE) et qui lui-même a remplacé l'ancien article 85 du traité de Rome, <http://eur-lex.europa.eu/>

<sup>10</sup> - المادة الأولى من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.



11 - إسماعيل عبد الرحمن و حربي عريقات، مفاهيم و نظم اقتصادية، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، 2004، ص 193.

12 - الاحتكار القانوني هو الاحتكار الذي ينشأ عن طريق القانون كحق الاختراع أو الامتياز، فلا يسمح بموجب القانون لمنتج آخر من إنتاج السلعة أو الخدمة، و نكون أمام احتكار فعلي عندما تكون تكاليف الإنتاج باهظة، فتبقى هذه السلع و الخدمات حكرا في أيدي أصحاب رؤوس الأموال الضخمة و لا يستطيع منتجون آخرون من إنتاجها، أنظر إسماعيل عبد الرحمن و حربي عريقات، المرجع السابق، ص 194.

13 - عبد الله الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية و التجارية، دار وائل للنشر، عمان، 2005، ص 94.

14 - أنظر المواد 07 و 11 من الأمر رقم 03\_03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، مرجع سابق.

15 - تعرف المادة 03/د من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم السوق المرجعية على أنها:

"ب- السوق: كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة و كذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لاسيما بسبب مميزاتها و أسعارها و الاستعمال الذي خصصت له، و المنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية".

16 - « la délimitation u marché sert à mesurer le degré de pression concurrentielle pesant sur une où plusieurs entreprises, à identifier les concurrents actuels, voir potentiels, l tous visant à décider si les autorités de la concurrence doivent intervenir pour contrôler ou sanctionner les entreprises agissant sur le marché ainsi délimité. », BOUTARD-LABARDE Marie-Chantal, CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuelle, MICHEL-AMSELLEM Valérie et VIALENS Jérémie, *L'application en France u droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGJ, Paris, 2008, p.10.

17 - VOGEL Louis, *Traité de droit des affaires, Du droit commercial au droit économique*, Tome 1, 19<sup>ème</sup> édition, LGDJ collection, Paris, 2010, p.118.

18 - قانون رقم 89 - 12، مؤرخ في 05 يوليو 1989، يتعلق بالأسعار، جريدة رسمية عدد 29، الصادر في 19 يوليو 1989 (ملغى).

19 - Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, codifiée par l'ordonnance n° 2000 - 912 du 18 septembre 2000, relative à la partie législative du code de commerce, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

20 - أمر رقم 95 - 06، مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 09، الصادر في 22 فيفري 1995. (ملغى)

21 - الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

22 - « تحدد أسعار السلع و الخدمات بصفة حرة وفقا لقواعد المنافسة الحرة و النزيمية.

تتم ممارسة حرية الأسعار في ظل احترام احكام التشريع و التنظيم المعمول بهما و كذا على أساس قواعد الإنصاف و الشفافية، لاسيما تلك المتعلقة بما يأتي:

- تركيبة الأسعار لنشاطات الإنتاج و التوزيع و تأدية الخدمات و استيراد السلع لبيعها على حالها،

- هوامش الربح فيما يخص انتاج السلع و توزيعها أو تأدية الخدمات،

شفافية الممارسات التجارية"، المادة 4 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

23 - « تطبيقا لأحكام المادة 4 أعلاه، يمكن أن تحدد هوامش و أسعار السلع و الخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع و الخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم.

تتخذ تدابير تحديد هوامش الربح و أسعار السلع و الخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها على أساس اقتراحات القطاعات المعنية و ذلك للأسباب الرئيسية الآتية:

\_ تثبيت استقرار مستويات أسعار السلع و الخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع، في حالة اضطراب محسوس للسوق،

\_ مكافحة المضاربة بجميع أشكالها و الحفاظ على القوة الشرائية للمستهلك،

\_ كما يمكن اتخاذ تدابير مؤقتة لتحديد هوامش الربح و أسعار السلع و الخدمات أو تسقيفها، حسب الأشكال نفسها. في حالة ارتفاعها المفرط و غير المبرر، لاسيما بسبب اضطراب للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التمويل داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الاحتكار الطبيعية»، المادة 2/4 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>24</sup> \_ BLAISE Jean – Bernard, *Droit des affaires*, 5<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J – Montchrestien, Paris, 2009, p.323.

<sup>25</sup> \_ L'autorité administrative peut limiter la liberté du commerce et de l'industrie pour des motifs d'ordre public, mais par des mesures « nécessaires et proportionnées » :

« *Considérant, en deuxième lieu, que dès lors que l'exercice de pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence ; qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier la légalité de ces mesures de police administrative en recherchant si elles ont été prises compte tenu de l'ensemble de ces objectifs et de ces règles et si elles en ont fait, en les combinant, une exacte application...* », Décision Conseil d'État du 15 Mai 2009, Société Compagnie des Bateaux Mouches, <http://www.easydroit.fr/>

<sup>26</sup> - المادة 06 من الأمر رقم 03 – 03 ، يتعلق بالمنافسة ، المعدل و المتمم ، مرجع سابق.

<sup>27</sup> \_ المرجع السابق.

<sup>28</sup> \_ المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>29</sup> \_ المادة 12 المرجع السابق.

<sup>30</sup> - المادة 3 فقرة أ من نفس المرجع.

<sup>31</sup> \_ « *La notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* », CJCE, 23 avril 1991, <http://www.pearson.fr/>

<sup>32</sup> \_ LEHUEDE Pascal, *Droit de la concurrence*, éditions Bréal, Paris, 2012, pp.40-41.

<sup>33</sup> \_ « *La notion d'entreprise au sens des articles 85 et 86 du Traité (actuels art.81 et 82) ne vise pas les organismes chargés de la gestion de régime de sécurité sociale* », Arrêt de la Cour du 17 février 1993, Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, <http://eur-lex.europa.eu/>

<sup>34</sup> \_ Article L.420-1 du code de commerce, op.cit.

<sup>35</sup> \_ BLAISE Jean-Bernard, *Droit des affaires*, op.cit, p.450.

<sup>36</sup> \_ الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق، المادة 02.

<sup>37</sup> \_ ZOUAIMIA Rachid, *Le droit de la concurrence*, Editions Belkeise, Alger, 2012, p.07.

<sup>38</sup> \_ « *Le droit public de la concurrence peut donc se définir comme le droit de l'influence de l'administration sur le jeu de la concurrence et plus particulièrement sur les pratiques*

*anticoncurrentielles.* », voir NICINSKI Sophie, *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J-Montchrestien, Paris, 2005, p.14.

<sup>39</sup> - تعد قضية « Pamier » لسنة 1989 سابقة شهيرة في تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العامة في فرنسا، حيث تتلخص وقائع القضية، في أن بلدية « ville de Pamier » قررت إنهاء عقد الامتياز الذي أبرمته مع مؤسسة توزيع المياه، فقررت منحه إلى مؤسسة أخرى منافسة لها. نتيجة لهذا القرار، قررت المؤسسة المبعدة إخطار مجلس المنافسة، مدعية أن قرار بلدية مدينة بامبي يشكل اتفاقا محظورا مبرما بين البلدية ومؤسسة المياه الجديدة التي منح لها عقد الامتياز، وبالتالي طالبت بإلغاء هذا القرار وتطبيق أحكام قانون المنافسة المنصوص عليها في الأمر رقم 1243 - 86 والمتعلق بحرية الأسعار والمنافسة وبالتحديد المادة 07 منه. وصلت القضية إلى محكمة التنازع التي رأت أن الأشخاص العامة متى قامت بنشاط الإنتاج والتوزيع والخدمات، يخضع هذا النشاط إلى قانون المنافسة، لكن اعتبرت خلال هذه القضية أنه لا يتعلق الأمر بإنتاج وتوزيع السلع والخدمات، وبالتالي أكدت عدم اختصاص مجلس المنافسة للنظر في النزاع، وأقرت أن التصرف الذي صدر عن بلدية مدينة بامبي مشروع، ورغم هذا القرار الذي انتقده الفقه الفرنسي، إلا أن هذه القضية تعتبر سابقة مهمة جدا، باعتبار أنها أكدت تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العامة، متى قامت هذه الأخيرة بنشاط اقتصادي.

Voir CHARBIT Nicolas, *Secteur public et droit de la concurrence*, éditions Joly, Paris, 1999, pp.16-22, DESTOURS Stéphane, *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*, Litec, Paris, 2000, voir également BAZEX Michel, « *Le droit public de la concurrence* », RFDA , n° 3, juillet-Aout 1998, pp.781-808, SEILLER Bertrand, « *Droit public de la concurrence et séparation des autorités* », RFDA n°1, 1999, pp.189-194.

<sup>40</sup> - AUSTIN Jean-Louis, « *Personnes publiques et concurrence* », Cah.dr.Ent, n° 03, 1994, p.04, MESCHERIAKOFF Alain-Serge, « *Le droit applicable aux interventions économiques de l'Etat* », Revue con.consom, n° 96, Mars-Avril 1997, p.40.

<sup>41</sup> \_ Voir CLAMOUR Guylan, *Intérêt général et concurrence*, Thèse de doctorat en droit, soutenue à l'université de Montpellier le 18/12/2004, p.37, COLSON Jean-Philippe, *Droit public économique*, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J, Paris, 2001, pp. 470-473.

<sup>42</sup> - فيما يخص تسيير الدومين العام من طرف أشخاص خاصة في الجزائر سواء تم ذلك بطريقة اتفاقية أو عقدية، أنظر:

ZOUAIMIA Rachid, *La délégation de service public*, éditions Belkeise, Alger, 2012

<sup>43</sup> \_ Tribunal des conflits, Aéroports de Paris et Air France C / TAT European, conflit positif, 18 Octobre 1999, n° 3174, <http://www.lexinter.net>

<sup>44</sup> - « *Considérant en revanche, que sont détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, les pratiques d'aéroports de Paris susceptible de constituer un abus de position dominante consistant dans l'obligation faite à la compagnie TAT European Airlines d'utiliser les services d'assistance en escale de cet établissement public en substitution à ses personnels, que c'est par suite à tort que l'arrêt de conflit à revendiqué pour la juridiction administrative la connaissance desdites pratique...* », Tribunal des conflits, Aéroports de Paris et Air France C / TAT European, op.cit.

<sup>45</sup> \_ عبد الرزاق السهوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1952، ص. 134.

<sup>46</sup> \_ CARBONNIER Jean, *Droit civil*, tome 2, p.388, cité par CLAUDEL Emmanuelle, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse pour le doctorat en droit, Présentée et soutenue à l'université de paris X-Nanterre le 14 décembre 1994, p.10.

<sup>47</sup> *Retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de cassation* cour de cassation, bulletin d'information, 15 avril 2011, <http://www.courdecassation.fr/>

<sup>48</sup> \_ voir CHARBIT Nicolas, *Secteur public et droit de la concurrence*, op.cit, pp.122-123 ; RAMBAUD Romain, *L'Institution juridique de régulation, Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, éditions l'Harmattan, Paris, 2012, pp.542-543.

<sup>49</sup> \_ تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، مرجع سابق، ص 266، الماحي حسين، *حماية المنافسة، دراسة مقارنة*، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع، المنصورة، 2007، ص ص 12-13.

<sup>50</sup> \_ BLAISE Jean-Bernard, *Droit des affaires*, op.cit, p.322

<sup>51</sup> \_ FRISON-ROCHE Anne-Marie, *Contrat, concurrence, régulation*, Revue trimestrielle de droit civil, n° 03, juillet septembre 2004, pp. 451-470.

<sup>52</sup> \_ Ibid, p.457.

<sup>53</sup> - L'article 01<sup>er</sup> de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, dite "Loi Doubin" insérée au code de commerce article L330-3 , <http://legifrance.gouv.fr/>

<sup>54</sup> \_ BEHAR – TOUCHAIS Martine et VIRASSAMY Georges, *Traité des contrats : le contrat de la distribution*, op.cit, pp.93-94.

<sup>55</sup> \_ « 17. De plus, pour assurer une concurrence effective sur les marchés de la réparation et de l'entretien, et pour permettre aux réparateurs d'offrir aux utilisateurs finals des pièces de rechange concurrentes, l'exemption par catégorie ne doit pas couvrir les accords verticaux qui, tout en respectant les dispositions du règlement (UE) no 330/2010, restreignent néanmoins la faculté d'un fabricant de pièces de rechange de vendre ses produits à des réparateurs agréés membres du système de distribution d'un constructeur automobile, à des distributeurs indépendants de pièces de rechange, à des réparateurs indépendants ou à des utilisateurs finals. Cela n'affecte pas la responsabilité civile des fabricants de pièces de rechange, ni la faculté des constructeurs automobiles d'exiger des réparateurs agréés de leur circuit de distribution qu'ils utilisent exclusivement des pièces de rechange d'une qualité équivalente aux composants utilisés pour l'assemblage d'un véhicule automobile donné. De surcroît, comme les constructeurs automobiles ont une responsabilité contractuelle directe en cas de réparations sous garantie, d'entretiens gratuits et d'actions de rappel, l'exemption doit être applicable aux accords imposant au réparateur agréé l'obligation d'utiliser exclusivement les pièces de rechange fournies par le constructeur automobile pour ces réparations.

18. Enfin, afin de permettre aux réparateurs agréés et indépendants, ainsi qu'aux utilisateurs finals, d'identifier le fabricant des composants ou pièces de rechange des véhicules automobiles et de choisir entre des pièces de rechange alternatives, l'exemption par catégorie ne doit pas être applicable aux accords en vertu desquels un constructeur automobile limite la capacité d'un fabricant de composants ou de pièces de rechange d'origine d'apposer effectivement et visiblement sa marque ou son logo sur ces pièces », règlement (UE) N° 461/2010 de la commission concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, points 17 et 18, op.cit.

<sup>56</sup> \_ IDOT Laurence, « La régulation communautaire des réseaux de distributions », les petites affiches, 6 mars 1996, n° spécial, « Fournisseurs et distributeurs : dépendance ou partenariat ? », Rapport du colloque du centre de droit des contrats de l'université de Lille II, du 17 novembre 1995, 1996, pp.35-38.

<sup>57</sup> \_ Voir ZOUAIMIA Rachid, *Le droit de la concurrence*, op.cit, pp.30-31, ZOUAIMIA Rachid, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, Editions Houma, Alger, 2005.

<sup>58</sup> \_ ZOUAIMIA Rachid, *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, Editions Belkeise, Alger, 2012, p.195, DANET Didier, *La nature juridictionnelle du conseil de la concurrence*, thèse de doctorat en sciences de gestion, Université de Renne I, 1990, p.448, CHEVALIER Jacques, « *Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés* », Revue justice et économie, n° 01, janvier-juin 1995, pp.81-90.

<sup>59</sup> \_ الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>60</sup> \_ المادة 45 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>61</sup> \_ NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, Montchrestien-Lextenso édition, Paris, 2010, p.11.

<sup>62</sup> - DAURY-FAUVEAU Morgane, « *Le partage enchevêtré des compétences de la régulation* », in *Le désordre des autorités administratives indépendantes, l'exemple du secteur économique et financier*, mélanges sous la direction de DECOOPMAN Nicole, presses universitaires de France, Paris, 2002 pp.149-165, voir p.153.

<sup>63</sup> \_ Ibid.

<sup>64</sup> \_ GUEDON Marie-José, *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Paris, 1991, p.21, DUMEZ Hervé et JEUNEMAITRE Alain, "Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques modèles de référence", *Revue Internationale de droit économique*, n° 1, 1999, pp. 11-30.

<sup>65</sup> \_ المادة 03/03 هـ من الأمر رقم 03\_03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>66</sup> \_ « ... les dispositions de l'article 21 ne font pas obstacle à ce que le législateur confère un pouvoir réglementaire à une AAI. Toutefois, il a posé des conditions :

- il doit s'agir d'un pouvoir réglementaire d'application des lois et non d'un pouvoir réglementaire autonome et ce pouvoir doit s'exercer dans le respect des lois et des décrets.

- ce pouvoir ne doit porter que sur « des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu », Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 relative à la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

<sup>67</sup> \_ المادة 19 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق.

<sup>68</sup> \_ أنظر المواد 09 و 12/2 مكرر من المرجع السابق.

<sup>69</sup> \_ المادة 08، المرجع السابق.

<sup>70</sup> \_ المادة 60، المرجع نفسه.

<sup>71</sup> \_ كتو محمد الشريف، *الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)*، أطروحة لنيل

دكتوراه دولة في القانون، جامعة تيزي وزو، 2004 – 2005، ص 253.

<sup>72</sup> - voir CHEVALIER Jacques, « *Les enjeux de la déréglementation* », Revue de droit public, n° 1-6, Janvier et février 1987, pp. 281-319, voir également TEITGEN-COLLY Catherine, « *Les instances de régulation et la constitution* », Revue de droit public, n° 01, 1990, pp. 153-259 .

<sup>73</sup> \_ DAHN Thierry et LEMAIRE Christophe, « *Portrait de l'autorité en jeune fille, l'autorité de la concurrence issue de la loi LME : Entre aboutissement et nouveau départ* », Revue juridique de l'économie publique, n° 683, février 2011, pp.08-10, BRIAND-MELEDO Danièle, « *Autorités sectorielle et autorité de concurrence : acteurs de la régulation* », Revue internationale de droit économique, n°03, 2007, pp.345-371.

## قانون المنافسة بين النظام التنافسي والأمن القانوني

DEFFAS Adnan  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université de Djijel , Algerie.

دفاص عدنان  
كلية الحقوق والعلوم السياسية،  
جامعة جيجل، الجزائر.

### مقدمة

دعه يمر دعه يعمل، لطالما عبرت هذه المقولة لأدم سميث عن الاتجاه الفكري الذي كان ينادي بالحرية الاقتصادية بدون أي قيد، فالسوق حسب مفهومهم هو ظاهرة طبيعية وكل ما يتولد عن ذلك من سلوكات وتكتلات ما هو إلا نتيجة طبيعية للعادي للسوق، فهذا الأخير قادر على تنظيم نفسه بنفسه، لكن ومع مرور الوقت أتيت هذه الفكرة محدوديتها، لاسيما عقب لأزمة العالمية الاقتصادية لسنة 1929، والتي أتيت بما لا يدع مجالاً للشك أن السوق يحمل في طياته عوامل تهدمه نتيجة الإفراط في الحرية الفردية وظهور سلوكات باسم الحرية- أدت إلى القضاء على هذه الحرية- مما دفع بالتركيز من المفكرين لا سيما الألمان منهم إلى ضرورة تدخل السلطة العامة من أجل ترشيد عمل السوق.

وكان السؤال المطروح فيها هو ما العمل من أجل أن تكون الحرية عامل لتأسيس وتحديد عمل السلطة العامة؟ وتحت هذا الإطار يبرز القانون كوسيلة تدخل قادرة على تصحيح مسار تهديم السوق لذاته، فالحرية الاقتصادية وإن كانت دائما هي نظام دعمه يمر فإنها ليست حتما نظام دعمه يعمل، وعليه فالفقه مقتنع بأنه لا بد من وجود إمكانيات واسعة لتدخل السلطة العامة.

فالسوق في حاجة إلى قواعد في مجال المنافسة من شأنها أن ترسي مبادئ النظام التنافسي، من خلال وضع ضوابط موضوعية وإجرائية وإنشاء هيكل إدارية مزودة بوسائل القهر والقمع، وهنا تبرز إشكالية التوفيق بين تدخل السلطة العامة في الاقتصاد وارساء النظام التنافسي من خلال وضع ضوابط لسلوكات المؤسسات من جهة، و من جهة أخرى ضرورة حماية حقوق وحرية هذه المؤسسات في السوق، والحفاظ على أمنها

القانوني، فما العلاقة بين النظام التنافسي، والأمن القانوني هل هي علاقة تكامل أم تناقض؟ الإجابة تكمن في قانون المنافسة.

### المبحث الأول: النظام التنافسي

إن النظام التنافسي هو نظام يحمل في طياته معنى أن المنافسة يجب أن تكون مراقبة ومحا للضبط، ومؤطرة بمجموعة من القواعد الأمرة والجبرية، ويجمع بين فكري الدولة والقانون من جهة والاقتصاد من جهة ثانية، بحيث يجتمع المنطق القانوني مع المنطق الاقتصادي<sup>1</sup>.

فالسوق بحاجة إلى قواعد قانونية ترمي إلى حماية عناصره المكونة له، أي قواعد قانونية تضمن الملكية الخاصة والحرية التعاقدية ولعبة التنافس، ووجود هذه الأمور يتطلب تدخل الدولة حتما فبدون الدولة والقانون لا يوجد نظام تنافسي ولكن هذا الكلام لا يلغي بشكل مطلق الفارق بين النظام التنافسي والنظام العام التقليدي، لذلك لا بد من البحث أولا في ظروف ظهور النظام التنافسي ثم علاقته بالدولة.

### المطلب الأول: ظهور النظام التنافسي

الحقيقة أنه لا يمكن أن تعطي لفكرة النظام التنافسي معنى واضح إلا من خلال العودة إلى ظهور قانون المنافسة كمؤطر للنظام التنافسي.

### الفرع الأول: ظهور قانون المنافسة كضابط للنظام التنافسي

ظهر قانون المنافسة في أوروبا نتيجة تأثير اتجاه تنظيم اللبرالية ordolibéralisme<sup>2</sup>، فهم يرون أن السوق يجب معايته من نفسه، أي تحريره من كل تأثير سواء من الدولة أو من المؤسسات فعقب الأزمة المالية العالمية لسنة 1929 تلقى العالم بأسره درسا مفاده أن السوق تحمل بين طبيعتها عوامل تهدمها، وأن كل ما هو مؤسس يتناقض مع كل ما هو غير منظم ومتفرق ومنفرد غير دائم ومؤقت<sup>3</sup>.

وتم الاتفاق على أن الحاجة إلى قواعد في مجال المنافسة، قادرة على مراقبة كل مظاهر الاحتكار بتدخل الدولة، وأنتج هذا الاتجاه الكثير من الأفكار التي أصبحت فيما بعد ركائز لقانون المنافسة مثل النظام الاقتصادي، النظام التنافسي، اقتصاد السوق الاجتماعي، التحليل الاقتصادي.

وبذلك أصبح لقواعد قانون المنافسة وجود حقيقي، تعكس الحاجة إلى الجمع بين المنطق القانوني والمنطق الاقتصادي والانتقال من فكرة اقتصاد السوق إلى فكرة اقتصاد القانون<sup>4</sup>، حيث يتعين على القاضي أن يراعي العوامل الاقتصادية في تطبيقه للقواعد القانونية، فالاقتصاد ليس فقط علم الاختيار العقلاني، والتوزيع الأمثل للموارد النادرة ولكنه علم الممارسات والعادات الجيدة والسيئة والتصرفات الجماعية للملاك والتجار ورجال الأعمال والعمال وغيرهم عند توزيعهم الجماعي للموارد النادرة، فيكون هناك "تنافس على الندرة" وهو التصور الأساسي المشترك بين علم القانون وعلم الاقتصاد، فالاقتصاد يجب أن يعمل وفق مبادئ أخلاقية ونرى في حالات عديدة ضرورة التدخل الحمائي للدولة، فأنصار اتجاه تنظيم الليبرالية كانوا يحاولون الإجابة عن تساؤل وهو بأية وسيلة يمكن الوصول إلى إمكانية إعادة إدماج الدولة في فضاء اجتماعي تسيطر عليه الحرية الاقتصادية؟ وذلك من خلال البحث عن حل لمشاكل النظام الرأسمالي عن طريق مؤسسات وآليات ليبرالية لأن المنافسة لديها منطقتها الخاص بها وأثارها التي لا يمكن تصورها إلا باحترام هذا المنطق، ولكن هذا المنطق كذلك يقتضي وجود الدولة بما يخدم السوق<sup>5</sup>، وذلك من خلال قواعد قانونية تعتبر حصن يضمن حياد الدولة في مواجهة السوق وتحمي الدولة من تأثير السوق، هذه القواعد تضبط المنافسة وتحمي النظام التنافسي من نفسه<sup>6</sup>، وتحقق ثلاث أهداف أساسية:

- حماية السوق من التدخل المفرط للدولة.
- تحقيق الأمن القانوني من خلال تطويع قوى السوق.
- فهم طريقة عمل السوق وضبطه إدارياً.

#### الفرع الثاني: تصور فكرة النظام التنافسي

الحقيقة أنه لا يمكن إعطاء تعريف دقيق لفكرة النظام التنافسي، ولكن يمكن إعطاء تصور أكثر قرباً من خلال الرجوع إلى أصوله الفلسفية، فالوصول إلى فكرة المنافسة الفعالة هو ضرب من الخيال القانوني، لأن هذه العملية تتعلق في الوقت الحالي بوجود اتفاق بين قوى السوق الخاصة والعامة مما يجعل المنافسة نظام تفاوضي ومتطور، وتفترض نوع من المثالية في التعامل<sup>7</sup>.



فقانون المنافسة يبحث أساساً على منع المؤسسات في السوق عندما تهدف إلى التأثير على كفاية الموارد والمنتجات والابتكارات بما ينعكس سلباً على منافع المستهلك ومنه الرخاء العام، وهذا ما جعل المنافسة صعبة التقبل اجتماعياً، في صورتها الليبرالية، بالرغم من أن منافعها لا يمكن إنكارها، حتى وإن جاءت متأخرة، فاكشاف الممارسات المقيدة للمنافسة دام سنوات عديدة<sup>8</sup>، وهذا الاعتقاد الخاطئ الذي أنشأته المنافسة أتي بالضرورة من التعارض الواضح بين قوة مستلزماتها ومتطلباتها من جهة وقيمة وجودها من جهة ثانية، وعليه طرحت فكرة تحويل المنافسة إلى نظام هذا النظام لا ينتج آثاراً خادعة للعين بل يجعل المنافسة ممكنة أي فعلية وليست فعالة<sup>9</sup>، وبعبارة أوضح يسترجع النظام التنافسي قوة مستلزماته في نفس الوقت الذي يتخلى فيه عن المنافسة الفعالة. إذ تكفي إمكانية وجود المنافسة بالنسبة للقانون<sup>10</sup>.

هذه القواعد ترمي إلى تشجيع المؤسسات وحثهم على التنافس وليس جبرهم على ذلك، لأن المنافسة ليست وضعية أو حالة طبيعية، فوجودها لا يكون صدفة، بل يتعين على قانون المنافسة أن يوفر الظروف التي تسمح للسوق بالعمل وفق نسق تنافسي، بمعنى جعل المنافسة ممكنة حتى ولو باستعمال طريق التفاوض<sup>11</sup>، فتتحول المنافسة من وسيلة إلى غاية يتم الوصول إليها عن طريق النظم التنافسي المؤطر والمدروس والذي يعبر عن نوع من النظام والمنطق والعقلانية والذي يدفع إلى توسيع مجال المنطق التجاري إلى أوسع من الروابط الاقتصادية الضيقة، ولكن كذلك في ظل الرقابة والتنظيم، فالنظام التنافسي يكشف من جهة شمولية السوق وتوسعه ومن جهة ثانية يكشف كذلك ضرورة تحديد وتطويع هذا السوق<sup>12</sup>.

وبمعنى آخر فإن النظام التنافسي يعبر عن توسع المنطق التنافسي ليغزوا أكبر قدر ممكن من الأنشطة الإنسانية بحيث يصبح بالإمكان إعطاء تقييم اقتصادي للأشياء وحتى للأشخاص، إذ أصبح بالإمكان تقييم حياة الإنسان وقيمة أعضائه، وكذا القيمة الاجتماعية لتلوث الجو والحفاظ على التنوع البيئي، وهي أمور بطبيعتها ليست موضوعاً للنشاط الاقتصادي<sup>13</sup>، كما يعبر هذا النظام كذلك على توسيع المنطق السوقي المبني على التحليل الاقتصادي العلمي وآليات التسيير الفعال، فالتحليل الاقتصادي يساهم في

الوصول الى تقييم ايجابي للسوق أما التسيير الفغال فيعتبر معيارا لمعرفة ما هو خارج منطق السوق<sup>14</sup>.

### المطلب الثاني : علاقة النظام التنافسي بالدولة

بدون الدولة و القانون لا يوجد نظام تنافسي و هذا الأخير لا يمكن فصله عن آلية السوق، فلا سوق بدون منافسة و لا منافسة بدون سوق تمارس فيه، والكل مرتبط بتدخل الدولة من أجل ضمان التطور، هذا الأخير ينتج عن التوازن في السوق باعتباره الوسيلة المثلى لتنظيم العلاقات الاجتماعية<sup>15</sup> مما يخلق ما يعرف مجتمع السوق Société de marche، و في الوقت الراهن يمكن أن نتصور صورتين للعلاقة بين النظام التنافسي و الدولة:

#### الفرع الأول: الدولة كضامن للنظام التنافسي

إن القول بأن النظام التنافسي يكون نفسه بنفسه دون حاجة إلى عوامل خارجية من أجل تأطيره هو كلام عار من الصحة ومجرد خيال، فتدخل الدولة لا يمكن الاستغناء عنه، ليس فقط من أجل وضع نظام تنافسي و تكوينه و لكن حتى من أجل ضبط عمله.

**أولاً: وضع النظام التنافسي**

الفكرة التي ترى بأن ظهور اقتصاد السوق في ظل النظام التنافسي كان نتيجة التطور الطبيعي للمعاملات هو كلام لا معنى له، فالسوق يضبط نفسه هي فكرة سوق لها الفكر الليبرالي عبر "دعه يعمل دعه يمر"، و حتى هذه الأخيرة ليست خاضعة لطبيعة الأمور، فالأسواق الحرة لم تكن لترى النور لو تركنا الأمور لطبيعتها، فالدولة هي التي فرضت فكرة "دعه يعمل"، ومن يرى غير ذلك فليعد إلى ما ترتب على الأزمة الاقتصادية العالمية و الكساد الكبير<sup>16</sup>.

صحيح أن النظام في السوق يكون عادة تلقائي و هذا ما يعكس بحق فكرة الحرية، و لكنه دائماً في حاجة إلى قوانين و قواعد محددة مسبقاً، ثابتة، مجردة، عامة، تسمح بتحديد الأشياء و بيان أصحابها، و ليس كما تريده الطبيعة، هذه القوانين تضع شروط الاكتساب و التنازل و حماية الملكية، لذلك لا وجود للسوق بدون تنظيم النشاط الاقتصادي<sup>17</sup>، بما يعني أن السوق و النظام التنافسي ليسوا ظواهر طبيعية<sup>18</sup>.

## ثانياً: ضبط المنافسة

تتدخل الدولة بشكل دائم من أجل تحديد قواعد اللعبة التنافسية، فالنظام التنافسي الذي تهدف الدولة إلى إرسائه بواسطة قانون المنافسة، يتميز بنوع من التوازن المعقد بين حرية المنافسة من جهة والأخذ بعين الاعتبار اعتبارات أخرى تدخل في إطار النظام العام والمصلحة العامة فنجده:

1- يحمي حرية المنافسة كهدف أساساً من قانون المنافسة، من خلال مكافحة الممارسات المقيدة للمنافسة<sup>19</sup>، التي تقضي على المنافسة<sup>20</sup>، وكذا من خلال مراقبة التجمعات الاقتصادية، وخلق أجهزة خاصة تتولى ذلك، مثل مجلس المنافسة<sup>21</sup>، وبذلك تظهر الدولة كضامن للنظام التنافسي الذي تؤسسه.

2- يوظف المنافسة، وذلك من خلال تصحيح آلية التنافس عن طريق فرض اعتبارات أخرى على المؤسسات مثل حماية المستهلكين ومتطلبات النظام الاجتماعي، مثل إعفاء بعض الاتفاقات من الحظر<sup>22</sup>، فهي ترمي إلى إعطاء أهمية لاعتبارات اجتماعية في النظام التنافسي<sup>23</sup>.

3- تمنع المنافسة إذ يمكن للدولة أن تلغي كلية للعبة المنافسة سواء عن طريق المرافق العامة، أو تركز حقوق الاستغلال والامتياز وكذا تشجيع التجميعات الاقتصادية والترخيص لها<sup>24</sup>.

## الفرع الثاني: الدولة كخاضع للنظام التنافسي

أدت عوامة الأسواق إلى التأثير على العلاقة بين النظام التنافسي والدولة، فالنظام التنافسي تجاوز الحدود الدولاتية وظهرت قوانين دولية تنظم المبادلات العالمية وتمنع كل مساس بالمنافسة، مما جعل الدولة تفقد سلطانها الذي كانت تملكه على النظام التنافسي، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد فقط، بل أصبحت الدولة نفسها خاضعة لهذا النظام التنافسي الدولي، وتحولت من ضابط إلى مضبوط<sup>25</sup>.

كما تم اختراق المنطق التنافسي للدولة وترجم ذلك في سلسلة إنهاء الامتيازات الحصرية وتحرير المرافق العامة وإخضاعها إلى فكرة النشاط الاقتصادي<sup>26</sup>، وأصبح يهدد حتى تلك التي كانت تعتبر تقليدياً خارج مجال السوق كالضمان الاجتماعي والأمن، وحتى في

حالة انشاء مرافق عامة جديدة فإن النظام التنافسي يتطلب أن يكون ذلك في ظل المساواة مع المؤسسات الخاصة وعليه يستحسن أن يكون التسيير خاصاً<sup>27</sup>.

ومن بين الأسباب التي أدت إلى إنشاء نظام تنافسي دولي نجد ذلك التنازع بين القوانين والسلطات المكلفة بالمنافسة على المستوى الدولي مما خلق جو من اللأمن قانوني، وإضافة إلى هذا المبرر توجد هناك أسباب أخرى ساهمت في إنشائه ومنها:

1- الحاجة إلى البحث عن توازن بين الحرية التجارية وضبط المنافسة على المستوى العالمي: حيث كانت هناك جهود كبيرة من أجل تفكيك الحواجز أمام المبادلات العالمية، ولكن هذه الجهود اصطدمت بحواجز أخرى فرضتها القوى الاقتصادية الخاصة داخل الدول، ونظراً لغياب معايير دولية في مجال المنافسة، انطلقت جهود كبيرة في إطار المنظمة العالمية للتجارة من أجل وضع سياسة موحدة في مجال المنافسة في إطار متعدد الأطراف، تلتزم فيه الدول بتحسين قوانينها الداخلية في مجال المنافسة<sup>28</sup>، وبذلك تجد الدولة نفسها مجبرة على تطبيق نظام تنافسي نشأ بعيداً عن إرادتها وأصبحت خاضعة له<sup>29</sup>.

2- تدويل الممارسات المقيدة للمنافسة: حيث أدت عوامة المبادلات التجارية إلى دفع المؤسسات الناشطة على مستوى السوق الدولية إلى إعادة النظر في استراتيجياتها والبحث في تحالفات تضمن لها الوصول إلى حجم كاف يمكنها من التنافس والحفاظ على حصتها في السوق، مما أدى إلى ظهور ممارسات مقيدة للمنافسة على المستوى الدولي<sup>30</sup>، وهناك ثلاث مؤسسات دولية تعني بمسألة المنافسة على المستوى الدولي وهي:

- منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE.

- مؤتمر الأمم المتحدة حول التجارة والتنمية CNUCED.

- منظمة التجارة العالمية OMC.

مبحث ثاني: الأمن القانوني في مجال المنافسة.

لقد سبق القول بأن النظام التنافسي هو نتاج قانون المنافسة الذي يهتم أساساً بالممارسات المقيدة للمنافسة، وكذا مراقبة التجميعات الاقتصادية، وذلك من أجل المحافظة على وضعية تنافس فعلية بين المؤسسات وضمان هذه الوضعية منوط بنشاط سلطة الضبط الممثلة في مجلس المنافسة الذي يتمتع بكل الصلاحيات

والوسائل ذات الطابع القهري، ولاسيما توقيع العقوبات المالية، وهنا يكون الأمن القانوني للمؤسسات المعنية محل تهديد جدي، وعليه لا بد أولاً من تأصيل فكرة الأمن القانوني تم تطبيقها في مجال المنافسة.

مطلب أول: فكرة الأمن القانوني.

يقول موريس هوريو أن " كل قانون هو رصيف عمومي مرصص بإحكام بحيث يمكننا المشي عليه بكل أمان"<sup>31</sup>، فالأمن القانوني هو مبدأ قانوني يرمي إلى حماية المواطن من التأثيرات الثانوية الضارة للقانون لا سيما عدم التناسق أو التعقيد وكذا التعديل والتغيير بشكل مطرد.

هذا المبدأ ظهر تاريخياً في ألمانيا ووجد الاعتراف الدولي به بعد اجتهاد محكمة العدل الأوروبية منذ 1962، وعليه فالمبدأ إذا قديم نوعاً ما أعيد تفعيله مجدداً في مواجهة تضخم وعدم استقرار القوانين وهذا ما عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي سنة 1991:

« Quand le droit bavarde le citoyen ne lui prête qu'une oreille distraite »  
 عندما يثرثر القانون فإن المواطن لا يعيره أي اهتمام"<sup>32</sup>، ويجد هذا المبدأ أساسه القانوني في المواد 2، 4 و16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وهو من المفاهيم التي لا يمكن إخضاعها إلى الدراسة في ظل نظرية على غرار فكرة النظام العام والمصلحة العامة والظروف الإنسانية، وأعمال السلطة العامة، على الرغم من أن هذه الفكرة تغدي مجموع فروع القانون لأن القانون يهدف بالأساس إلى تحقيق الأمن بالمجتمع واستقراره"<sup>33</sup>، وهذا المبدأ لا يمكن كذلك دراسته بشكل مستقل عن بقية المبادئ الأخرى على غرار عدم رجعية القوانين، حماية الحقوق المكتسبة، حماية الحقوق الأساسية للأفراد، ولهذا يطلق عليه بعض الفقهاء بالمبدأ الفدرالي"<sup>34</sup>، لذلك تتعدد مظاهر هذا المبدأ، بين:

- الحاجة إلى وضوح النص القانوني.
- معرفة الآثار القانونية.
- الحاجة إلى الاستقرار في المراكز القانونية.
- الحق في الطعن"<sup>35</sup>.

ولكن المتفق عليه بالنسبة لمجلس الدولة الجزائري هو أن الأمن القانوني يبرز من خلال قيام هذا المجلس بأداء وظيفته الاستشارية أثناء معالجة مشاريع القوانين<sup>36</sup>، وتركيزه على فكرتي: خصائص وجودة النص القانوني، و كذا احترام التدرج الهرمي، فمجلس الدولة يعتبر حارساً للأمن القانوني إلى جانب المجلس الدستوري.

**فرع أول: خصائص وجودة النص القانوني.**

من بين أهم متطلبات الأمن القانوني هو ضرورة تحرير النص القانوني بلغة واضحة ومفهومة من طرف أكبر شريحة من القراء، لا سيما تلك النصوص الرامية إلى إعادة هيكلة السلوكات الاجتماعية والاقتصادية، والتي تتطلب إعداد تصورات جديدة لممارسات يجب إرساؤها وأخرى يتعين قمعها وأحسن مثال على ذلك تلك النصوص المتعلقة بالضبط الاقتصادي التي حققت الفعالية والنجاعة من حيث المرونة والسرعة في معالجة القضايا المطروحة، إلا أنها تطرح إشكال من حيث الوضوح والدقة، ومن بين هذه النصوص نجد قانون المنافسة كما سنرى لاحقاً.

#### **الفرع الثاني: احترام التدرج الهرمي**

من بين أهم مظاهر الأمن القانوني الحرص على ألا تكون قوانين مخالفة لقوانين أخرى أعلى منها قوة، سواء تعلق الأمر بدستورية القوانين من خلال عدم مخالفة قواعد الدستور وكذا عدم مخالفة المعاهدات الدولية بالإضافة إلى عدم مخالفة قانون عادي لأحكام قانون عضوي<sup>37</sup>، انطلاقاً من هذه الأفكار كلها يمكن القول بأن الأمن القانوني يترجم في شكل دولة القانون<sup>38</sup>.

#### **المطلب الثاني: ثغرات قانون المنافسة**

إن الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والذي أرسى قواعد النظام التنافسي، اعترته بعض الثغرات التي من شأنها أن ترهن فعليته وبالنتيجة فعالية النظام التنافسي نفسه، هذه الثغرات منها ما يتعلق بوضوح النص ومنها ما يتعلق باحترام التدرج الهرمي ومنها يتعلق باحترام الحقوق الأساسية للمؤسسات أثناء التحقيق وتوقيع العقاب من طرف مجلس المنافسة.

## الفرع الأول: عدم وضوح بعض القواعد

من بين أهم القواعد القانونية التي تضمنها الأمر 03-03 والتي اعترافاً نوع من الغموض وعدم الوضوح، نجد نص المادة 63 المتعلقة بطرق الطعن في قرارات مجلس المنافسة، والتي جاء فيها "تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهراً واحداً ابتداءً من تاريخ استلام القرار".

هذا النص وإن كان يكرس حق الطعن في قرارات مجلس المنافسة التنافسية كحامي للنظام التنافسي، وهو أمر يتماشى مع مبدأ الأمن القانوني، إلا أنه من جهة أخرى يبقى غير واضح من حيث عدم تحديده لطبيعة هذا الطعن، هل هو طعن بالإلغاء أم أنه طعن قضاء كامل، وهل الأمر يتعلق باستئناف أم لا، خاصة وأن الأمر 06-95 المتعلق بالمنافسة الملغى كان يعتبره استئنافاً، وبعبارة أخرى هل هذا الطعن يخول الغرفة التجارية بمجلس قضاء الجزائر العاصمة مجرد إلغاء القرار أم أنه يمنحها إمكانية تعديله واستبداله<sup>39</sup>، هذا الغموض يجعل هذا النص يشكل مماساً بالأمن القانوني للمؤسسات الناشطة في السوق لأنه يجعل هذه القاعدة غير فعالة و يفتح تأويلات مختلفة في سبيل تفسيرها، فيصبح المركز القانوني للمؤسسة صاحبة الحق في الطعن غير مستقر.

كما يطرح إشكال كذلك من حيث مدى مسؤولية مجلس المنافسة عن أخطاءه التي تمس بحقوق المؤسسات المعنية بالعقوبة وكذا الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى المسؤولية، هل هي القضاء العادي أم القضاء الإداري، فبدون الإجابة الصريحة عن هذه التساؤلات يبقى النظام التنافسي المكرس ناقصاً، ويؤثر على الأمن القانوني للمؤسسات.

من جهة ثالثة، نعلم جيداً بأن النظام التنافسي له خصوصياته ومصطلحاته، فقانون المنافسة لا تتحدد معالم تطبيقه إلا من خلال ضرورة وجود سوق تنافسية وكذا مؤسسة بالمفهوم الذي حدد قانون المنافسة.

فالسوق وقف قانون المنافسة ليست شيء مادي أو فيزيائي ولكنها عبارة عن بناء اجتماعي أسس وحدد من طرف القانون، فالمشرع يخلق سوقا من خلال فتح قطاع ما على المنافسة ثم تأطيره بنصوص قانونية<sup>40</sup>، لذلك فالنظام التنافسي بالنسبة للسوق يمثل التنافس بين العارضين لأشياء في مواجهة من يريدون اكتسابها، وهذا النظام يخلق السوق باعتباره الوسيلة الفعالة من أجل إشباع رغبة البيع والشراء<sup>41</sup>، ولقد حاول المشرع أن يعطي للسوق تعريفا إلا أن الأمر بقي غامضا<sup>42</sup>، لأن فهم طبيعة السوق وما اذا كانت تنافسية من عدمه يحتاج إلى تحليل اقتصادي وخبرة، فالقاعدة القانونية في مجال المنافسة لا يمكن تطبيقها على واقعة ما بدون التحليل للعوامل المحيطة بها، مما يحتم إدخال التحليل الاقتصادي في المنطق القانوني<sup>43</sup>، هذا المقتضى وإن كان مجلس المنافسة يضم التخصص لدى أعضاء الخبرة المهنية والميدانية لهم، إلا أنه لا يتوفر لدى قضاة الغرفة التجارية لدى مجلس قضاء الجزائر العاصمة.

أما فكرة المؤسسة فهي كذلك مفهوم غير محدد بدقة، بالرغم من غايته الوظيفة، إذ من خلاله يتحدد مجال تطبيق قانون المنافسة وكذا تكييف التصرفات و التعرف على الكيان المسؤول عن الممارسة المقيدة للمنافسة ومعاقبته<sup>44</sup>، الحقيقة أن فكرة بهذه الأهمية كان يتعين على المشرع أن يولمها أهمية أكبر من خلال تدعيم مفهوم المؤسسة بضرورة اعطاء مدلول أكثر وضوح لفكرة النشاط الاقتصادي بصوره الثلاث من انتاج وتوزيع وخدمات<sup>45</sup>، خاصة في غياب أي اجتهاد في هذا المجال من جهة، ومن جهة ثانية غزو المنطق الاقتصادي للمنطق القانوني، واتساع دائرة النظام التنافسي ليشمل أنشطة انسانية مختلفة.

وفي رأيي فان هذا الغموض كان نتيجة عدم استشارة مجلس الدولة على أساس أن قانون المنافسة صدر بموجب أمر<sup>46</sup>، وهنا تكمن المفارقة العجيبة، فقانون بحجم وأهمية قانون المنافسة وما يتضمنه من أحكام قد تمس بالحقوق الاقتصادية للمؤسسات يتم اصداره بموجب أمر بعيدا عن كل مظاهر الرقابة وكان يتعين اشراك الجميع في ذلك من مهنيين ونواب وخبراء.



### الفرع الثاني: عدم احترام التدرج الهرمي

بالعودة مرة أخرى إلى نص المادة 63 المذكورة سابقاً، نجد أن المشرع قد أعطى الاختصاص بالنظر في الطعون المقدمة ضد قرارات مجلس المنافسة التنازعية، إلى القضاء العادي وليس القضاء الإداري ممثلاً في مجلس الدولة. وهذا يشكل خرقاً لنص المادة 153 من الدستور والتي جاء فيها «يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، وعملهم واختصاصاتهم الأخرى»، فاختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله محددة بموجب القانون العضوي 01/98، ولا يجوز لقانون عادي وهو الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة أن ينص على اختصاص جديد لمجلس الدولة ولا حرمانه عن اختصاص محدد بموجب هذا القانون العضوي<sup>47</sup>، خاصة وأن المجلس الدستوري

عبر في كثير من المناسبات بأن القانون العضوي أقوى من القانون العادي<sup>48</sup>، فهذا اعتداء على أحكام الدستور التي تحدد للقانون العضوي مجاله وللقانون العادي مجاله، والسبب في هذا الأشكال هو بالأساس ذلك النقل الميكانيكي لأحكام التشريع الفرنسي المتعلق بالمنافسة، دون مراعاة لهذه الخصوصيات.

وبالفعل نجد أن الأمر 03-03 هو قانون عادي، لا يمكنه أن يعدل أحكام قانون عضوي، على اعتبار أن منازعات مجلس المنافسة يختص بها مجلس الدولة على اعتبار أن مجلس المنافسة هو هيئة إدارية وطنية، وما يعزز ذلك هو أن قرار رفض التجميع الصادر عن مجلس المنافسة نفسه يكون قابلاً للطعن أمام مجلس الدولة تطبيقاً للمعيار العضوي<sup>49</sup>.

### الفرع الثالث: احترام الحقوق الأساسية

على الرغم من المتطلبات اللبرالية والنيولبرالية التي ميزت السنوات الأخيرة والتي ترجمت على أرض الواقع، إلا أنه يلاحظ تعدد طرق تدخل السلطة العامة في الحقل الاقتصادي، بحيث أصبحت الإدارة تتمتع بصلاحيات استثنائية سمحت لها ليس فقط بتطبيق أنماط و معايير معدة مسبقاً، وإنما كذلك بإعمال سلطاتها في التقدير والحكم و توقيع العقاب، هذا التحول في ادوار الدولة خلق أزمة مؤسسية وقانونية يتطلب الوصول إلى حلها استحداث تقنيات جديدة للرقابة.

فالأمن القانوني كمفهوم حديث يقتضي ألا تظهر الإدارة بمظهر صاحبة سلطة العقاب لأن في ذلك مساس بالمبادئ العامة التي تحكم دولة القانون ، وتطبيق فكرة الأمن القانوني - ويقصد بها أمن الأشخاص ضد تعسف الإدارة والسلطة العامة - سيؤدي لا محالة إلى إحداث تغيير جذري في المبادئ الخلقية والسياسية.

فبعد أن كانت الإدارة لا تتمتع مبدئياً بسلطات الفصل في النزاعات و توقيع العقوبات-حيث كانت الجهات القضائية(القاضي الجنائي) هي صاحبة الاختصاص الأصيل باعتبارها الوحيدة التي توفر للمتقاضي الضمانات الأساسية التي يحتاجها- أصبحت مع مرور الوقت وتحت ذريعة الفعالية معترفا لها بتلك الصلاحيات لاسيما في المجال الاقتصادي و المالي أين انحصر دور القضاء فاسحا المجال للعديد من سلطات الضبط الإدارية للتدخل والاستحواذ على اختصاصاته ، هذا التعدد في صور تدخل السلطة العامة والتهديدات التي تشكلها على حقوق وحرريات الأشخاص قد دفع برجال القانون والمشرعين إلى العمل على إخضاع نشاط هذا النوع من الإدارات إلى ضمانات إجرائية تكون في العادة مماثلة لتلك التي كان يوفرها القاضي الجزائي كحامي للحقوق و الحريات بما يعزز فكرة الأمن القانوني في التقاضي أمام هذا النوع من السلطات الإدارية ولا سيما مجلس المنافسة موضوع هذه الدراسة، خاصة وأن الإدارة عادة ما تكون مستعدة للتعسف في ممارسة صلاحياتها<sup>50</sup>.

و على اعتبار أن مجلس المنافسة، يتمتع بسلطة القمع - التي كانت من اختصاص القاضي الجزائي وكانت مقترنة بحقوق الدفاع التي كان يضمنها قانون الإجراءات الجزائية - التي يتطلبها النظام التنافسي، فإنه يتعين أن يترافق نقل الاختصاص ونزع التجريم بجميع الضمانات التي كانت تتمتع بها هذه المؤسسات أمام القاضي الجزائي ولا سيما: الاستقلالية ، وحماية السر المهني والحق في الإطلاع على الملف والاستعانة بمحامي والوجاهية في الإجراءات أمام مجلس المنافسة، وتبليغ القرارات.

فمثلا بالنسبة الى الاستقلالية نجد أن هذه الضمانة هي السمة المميزة لمجلس المنافسة عن الهيئات الإدارية التقليدية<sup>51</sup>، فهي ضمانه أساسية بالنسبة للمتقاضي أمامه، حيث تساهم في خلق الثقة، كما ان هذه الاستقلالية تجعله غير خاضع ولو نظريا لأية اكرهات و ضغوطات في مواجهة السلطة التنفيذية، وعليه فان الاستقلالية هنا

تتطلب أنه لا يمكن لمجلس المنافسة أن يتلقى أية تعليمات من أي شخص أو أية هيئة أخرى، كما أنها تجعله غير قابلة للتصنيف ضمن الهرم الإداري للسلطة التنفيذية<sup>52</sup>، ولا حتى ضمن أي من السلطات العامة الثلاث<sup>53</sup>.

كما أن الاستقلالية وترجمتها في مبادئ الحياد والتنحي تعتبر من بين أهم حقوق الدفاع التي يتعين الاعتراف بها للمؤسسات أمام مجلس المنافسة، ولكن فكرة الاستقلالية بالنسبة لمجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة لا يمكن المرور عليها دون إثارة نقطة التناقض في المصطلحات، إذ يمكن أن نتساءل عن كيف يمكن لسلطة ذات طابع إداري أن تتمتع باستقلالية فعلية<sup>54</sup>؟، لذلك نجد مثلاً أن المجلس الدستوري الفرنسي لا يعترف بهذه الاستقلالية إلا إذا كانت هذه السلطة الإدارية المستقلة تتمتع بصلاحيات توقيع العقوبات<sup>55</sup>.

#### خاتمة

تركزت هذه الدراسة على تحليل العلاقة بين فكرتي النظام التنافسي والأمن القانوني، ولقد سبق القول بأن النظام التنافسي هو نتاج قانون المنافسة الذي يهتم أساساً بالممارسات المقيدة للمنافسة، وكذا مراقبة التجميعات الاقتصادية، وذلك من أجل المحافظة على وضعية تنافس فعلية بين المؤسسات وضمان هذه الوضعية منوطاً بنشاط سلطة الضبط الممثلة في مجلس المنافسة الذي يتمتع بكل الصلاحيات والوسائل ذات الطابع القهري، ولاسيما توقيع العقوبات المالية، وهنا يمكن أن يكون الأمن القانوني للمؤسسات المعنية محل تهديد جدي، ولقد خلصت إلى النتائج التالية:

- إن النظام التنافسي هو نظام يحمل في طياته معنى أن المنافسة يجب أن تكون مراقبة ومحلا للضبط، ومؤطرة بمجموعة من القواعد الآمرة والجبرية، ويجمع بين فكرتي الدولة والقانون من جهة والاقتصاد من جهة ثانية، بحيث يجتمع المنطق القانوني مع المنطق الاقتصادي.
- فالأمن القانوني هو مبدأ قانوني يرمي إلى حماية المواطن من التأثيرات الثانوية الضارة للقانون لا سيما عدم التناسق أو التعقيد وكذا التعديل والتغيير بشكل مطرد، وهذا المبدأ لا يمكن كذلك دراسته بشكل مستقل عن بقية المبادئ الأخرى

على غرار عدم رجعية القوانين ، حماية الحقوق المكتسبة، حماية الحقوق الأساسية للأشخاص، ولهذا يطلق عليه بعض الفقهاء بالمبدأ الفدرالي.

- النظام التنافسي يحقق كثيرا من الأمن القانوني بالنسبة للمؤسسات من خلال عمله على تطويع قوى السوق الخاصة والعامة، وحملها على عدم اتيان ممارسات تضر بهذه المؤسسات التي تريد أن تشارك في الانتفاع بمنافع السوق، ولكنه من جهة أخرى يحمل تهديدا لها على أساس انه أعطى لمجلس المنافسة - وهو سلطة ادارية- صلاحية خطيرة وهي سلطة توقيع العقاب.

- الأمن القانوني في مجال المنافسة يتطلب حماية الحقوق الاقتصادية للمؤسسات من خلال ضرورة أن تكون قواعد قانون المنافسة - التي تؤطر النظام التنافسي- أكثر وضوحا ،ومفهومة من طرف أكبر شريحة من المخاطبين به، وعلى رأسها المؤسسات المتواجدة على مستوى السوق ويتعين تدارك تلك الثغرات المرتبطة بنص المادة 63 من الأمر 03-03، سواء من حيث ازالة الغموض الذي يكتنفها أو تميمها بحيث تحدد مسؤولية مجلس المنافسة، كما يتعين كذلك تعديل القانون العضوي 01-98 المتعلق بصلاحيات وتنظيم وعمل مجلس الدولة بما يسمح باستثناء صلاحية النظر في الطعون ضد القرارات التنازعية لمجلس المنافسة من اختصاصه، وهو أمر من شأنه أن يجعل الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة مطابقا للدستور.

- مقتضيات الأمن القانوني نجدها من جهة تعزز متطلبات النظام التنافسي وتتفق معه لا سيما من حيث ترشيد عمل السوق وتطويعه من خلال العمل على تكريس مبدأ حرية المنافسة والمساواة بين المؤسسات في الاستفادة من منافع المنافسة، وتجنب الممارسات المقيدة لها.

- مبدأ الأمن القانوني من جهة ثانية يعتبر حارس للحريات الاقتصادية للمؤسسات من التي يمكن أن يلحقها مساس وتأثير في سبيل اقامة نظام تنافسي، لذلك لا بد ان يتعزز دور مجلس المنافسة القومي بضمانات لا تقل عن تلك التي كانت مكرسة امام القاضي الجزائري.

- لذلك اعتبر أن المبدأين يسيران بالتناسق بغية الوصول الى فكرة المواطنة بالنسبة للمؤسسات.

## الهوامش

<sup>1</sup> - CHEVALLIER Jacques, « Etat et ordre concurrentiel, in L'ordre concurrentiel mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO », *Edition frison- roche*, 2003, p61.

<sup>2</sup> - ordo كلمة لاتينية وتعني النظام، وتنظيم اللبرالية هو اتجاه فكري نشأ خلال الجلاب العالمية الثانية يخالف أفكار الاتجاه النيولبرالي، ويرمي الى تدعيم التدخل القوي للدولة من أجل حماية السوق من كل أنواع الاحتكارات، ولكن عن طريق آليات قانون السوق ذاته.

- ZEVOUNOU Lionel, *Le concept de concurrence en droit*, Thèse pour le Doctorat en droit public, Université Paris ouest Nanterre la défense, 8 décembre 2010, p 34.

<sup>3</sup> - ZEVOUNOU Lionel, op.cit, p 407.

<sup>4</sup> - KIRAT Thierry, « L' ordre concurrentiel au sein de la science juridique :L' analyse économique du droit », in L' ordre concurrentiel », mélanges en l' honneur d' Antoine Pirovano ,Editions Frison-Roche,2003 p347.

<sup>5</sup> - ZEVOUNOU Lionel, *Le concept de concurrence en droit*, op.cit, p 412.

<sup>6</sup> - FRISON-ROCHE Marie-Anne, «valeur marchandes et ordre concurrentiel», in L'ordre concurrentiel mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO, *Edition frison- roche*, 2003, p 228.

<sup>7</sup> - RIEM Fabrice, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *RIDE*, n°1, 2008, p68.

<sup>8</sup> - RIEM Fabrice, Ibid, p70.

<sup>9</sup> - تختلف المنافسة الفعلية concurrence effectif عن المنافسة الفعالة concurrence efficace في كون أن الأولى يقصد بها ان تكون المنافسة موجودة فعلا على أرض الواقع وترتب آثارا، بينما الثانية يقصد بها أن ترتب المنافسة الآثار المتوقعة منها بدقة.

<sup>10</sup>-RIEM Fabrice, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *RIDE*, n°1, 2008, p70.

<sup>11</sup> - مثلا بالنسبة للمشرع الجزائري، نجده كرس فكرة التفاوض مع المؤسسات المحقق معها في اطار قمع الممارسات المقيدة للمنافسة، من أجل تفعيل عمله، أنظر المادة 60 من الأمر رقم 03 03 المتعلق بالمنافسة.

<sup>12</sup>- IDOT Laurence, «La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel, in l'ordre concurrentiel, mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO », *Editions Frison-Roche*, Paris 2003, p423.

<sup>13</sup> - KIRAT, p339

<sup>14</sup> - فبالنسبة الى المرافق العامة التي تنشؤها الدولة يتطلب النظام العام التنافسي واعمالا لمقتضيات المساواة أن يتبع في تسيير هذه المرافق طرق التسيير الفعالة البعيدة عن التسيير المباشر للدولة.

<sup>15</sup>-CHEVALLIER Jacques, « Etat et ordre concurrentiel, in L'ordre concurrentiel mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO », *Edition frison- roche*, 2003, p61.

<sup>16</sup> - CHEVALLIER Jacques ,Ibid. p63.

<sup>17</sup> -CHEROT Jean Yves ;Forces et limites de l ordre concurrentiel dans le droit de l union européenne le cas du droit des services d intérêt économique général , p130.

<sup>18</sup> - راجع المادة 3/ب أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جوان 2003 يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، ج.ر عدد 43 صادر في 20 جوان 2003، حيث قدم المشرع تعريفا للسوق .

- <sup>19</sup> - المواد 06.07.10.11.12 من الأمر 03-03.
- <sup>20</sup> - المنافسة تنتج القوة التي تسمح بإتيان ممارسات و تصرفات من شأنها أن تقضي على المنافسة.
- <sup>21</sup> - الدولة لم تضبط المنافسة عن طريق الإدارة التقليدية، و لكن وفق آليات تتماشى مع اقتصاد السوق و تحقق الفعالية دون أن يثار في مواجهتها مبدأ الحياد.
- <sup>22</sup> - المادة 2/9 من الأمر رقم 03-03.
- <sup>23</sup> -CHEVALLIER Jacques, « Etat et ordre concurrentiel, in L'ordre concurrentiel mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO »,op. cit , p64.
- <sup>24</sup> - المادة 19 من الأمر 03/03.
- <sup>25</sup> -CHEVALLIER Jacques ,op cit , p65.
- <sup>26</sup> -Ibid. p130.
- <sup>27</sup> -CHEVALLIER Jacques ,op .cit , p.72 .
- <sup>28</sup> -أنظر المواد 40 و 41 من الامر 03-03.
- <sup>29</sup> -ABDELGAWADE Walid, Jalons de l' internationalisation du droit de la concurrence :Vers l' éclosion d un ordre juridique mondial de la lex economica, *RIDE*, n° 02 ,2002, p165.
- <sup>30</sup> - Ibid, p165.
- <sup>31</sup> -Cité par : FENNICHE Kamel, « La jurisprudence du conseil d Etat et le concept de sécurité juridique », *JCP G*, supplément au n° 27,1 juillet 2013, p 28.
- <sup>32</sup> -FENNICHE Kamel, op.cit, p28.
- <sup>33</sup> -DJEBBAR Abdelmadjid, « Le conseil constitutionnel et la sécurité juridique », *JCP G*, supplément au n° 27,1 juillet 2013, p23.
- <sup>34</sup> - Idem.
- <sup>35</sup> - LE ROY Thierry, « La sécurité juridique au point de vue du droit administratif », *JCP G*, supplément au n° 27,1 juillet 2013, p 32.
- <sup>36</sup> - المادة 119 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996 ج.ر عدد09، صادر في 8 ديسمبر 1996.
- <sup>37</sup> - FENNICHE Kamel, « La jurisprudence du conseil d Etat et le concept de sécurité juridique »,op .cit, p 29.
- <sup>38</sup> -LEDADE Anne, «Propos introductifs : La sécurité juridique», *JCP G*, supplément au n° 27,1 juillet 2013, p 8.
- <sup>39</sup> -ZOUAIMIA Rachid, *Le droit de la concurrence*, Maison d'édition Belkeise ,2012, p 234.
- <sup>40</sup> - KIRAT Thierry, « L' ordre concurrentiel au sein de la science juridique :L' analyse économique du droit , in L' ordre concurrentiel » ,mélanges en l' honneur d' Antoine Pirovano ,Editions Frison-Roche,2003 p340.
- <sup>41</sup> -FRISON-ROCHE Marie-Anne, «valeur marchandes et ordre concurrentiel», in L'ordre concurrentiel mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO , *Edition frison- roche*, 2003, p 224.
- <sup>42</sup> - المادة 3/ب من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.
- <sup>43</sup> -CANIVET Guy, « L'expertise en droit de la concurrence, in FRISON-ROCHE Marie-Anne et MAZEAUD Denis », *Edition Dalloz*, 1995, p51.
- <sup>44</sup> - IDOT Laurence, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel, in l'ordre concurrentiel», mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO , *Editions Frison-Roche*, Paris 2003, p423.
- <sup>45</sup> - المادة 3/أ من الأمر 03-03 والتي جاء فيها يقصد في مفهوم هذا الأمر بما يأتي: المؤسسة: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الانتاج أو التوزيع أو الخدمات.

<sup>46</sup> - المادة 124 من الدستور.

<sup>47</sup> - ZOUAIMIA Rachid, Le droit de la concurrence, op.cit, p 230.

<sup>48</sup> - رأي رقم 02 \ ر. ق. ع \ م. د \ 04 مؤرخ في 22 أوت 2004 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور، ج.ر عدد 57، صادر في 8 سبتمبر 2004.

- رأي رقم 01 \ ر. ق. ع \ م. د \ 05 مؤرخ في 17 أوت 2005 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن التنظيم القضائي للدستور، ج.ر عدد 51، صادر في 20 جويلية 2005.

- رأي رقم 02 \ ر. ق. ع \ م. د \ 11 مؤرخ في 06 جويلية 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتم للقانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات وتنظيم وعمله مجلس الدولة للدستور القانون الأساسي للقضاء للدستور، ج.ر عدد 43، صادر في 03 أوت 2011.

<sup>49</sup> - تنص المادة 19 \ 3 من الأمر رقم 03-03 على أنه يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة.

<sup>50</sup> - PLIAKOS Asteris, Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence, édition bruylant, Belgique, 1987. PP 1.2,

<sup>51</sup> - « Les règles relatives à l'indépendance sont logiquement un volet essentiel du régime juridique des A.A.I puisque c'est cette indépendance qui leur confère une originalité dans l'appareil d'Etat ». -voir : GUEDON M.J., *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Paris, 1991, p. 62.

<sup>52</sup> - Voir : -ROHLFING Stéphanie, *Investigations et sanctions en droit de la concurrence, étude de droit comparé*, thèse pour le Doctorat en droit, université Paris1 panthéon-Sorbonne, 1993, p 25.

-EPRON Quentin, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, N°5, 2011, P 1007.

<sup>53</sup> - هناك من يرى بأن السلطات الإدارية المستقلة تجمع بين مهام المساهمة في السلطات الثلاث في الدولة وهي السلطة التنفيذية و السلطة التشريعية والسلطة القضائية:

" les autorités de régulation assurent une mission qui les fait participer des trois fonctions de l'État.

Par leur pouvoir de décision individuelle ou même, dans certains cas, par leur pouvoir réglementaire, elles participent au pouvoir exécutif. Mais, par les avis qu'elles donnent sur des projets de loi les concernant, par les instructions ou les recommandations, par l'ensemble de ce « droit mou » dont elles sont souvent productrices, elles participent également du pouvoir législatif ; et par leur pouvoir de sanction, de médiation ou de transaction, elles participent du pouvoir juridictionnel." -Voir: EPRON Quentin, op.cit., P 1007.

<sup>54</sup> - Ibid

<sup>55</sup> -DOUVRELEUR Olivier, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles*, Edition L.G.D.J, Paris, 2000, p94.

## خصوصية النظام العام في قطاع التأمين

Dr IRZIL El-kahina  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,  
Université de Tizi Ouzou , Algerie.

د.إرزيل الكاهنة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة تيزي وزو، الجزائر.

### مقدمة

تهدف الدولة لغرض بسط سلطتها على الإقليم الذي تمارس فيها نشاطها إلى فرض سلطان القانون وإخضاع الجميع له وكذا التدخل لحماية حقوق وحرية جديدة بالحماية ذلك يدخل في إطار فرض النظام العام بموجب نصوص قانونية صارمة. ومع تطور المجتمعات عملت البلدان على تطوير بسط نظامها العام على شتى القطاعات الاقتصادية والاجتماعية من أبرزها قطاع التأمين الذي يهدف إلى مساعدة الأفراد في المجتمع على مواجهة شتى الأخطار التي قد يتعرضون لها في حياتهم اليومية في مختلف المجالات وقد عرف تطورا كبيرا في السنوات الأخيرة بالنظر إلى المكانة التي يحتلها. فالتأمين يعتبر بالنسبة للأفراد الوقاية الكبرى من الأخطار التي قد يتعرضون لها في شخصهم أو في مالهم، وبالنسبة للدولة يمثل جزءا من النشاط الاقتصادي في جلب رؤوس الأموال التي تساهم بشكل كبير في التنمية الشاملة. فالتأمين بهذا المعنى يلعب دور أساسي في حماية الأشخاص والممتلكات وجمع الادخار وتوجيهه نحو المجالات الأكثر فعالية ومردودية داخل الاقتصاد الوطني.

لذا عمدت مختلف التشريعات من بينها المشرع الجزائري على تنظيمه وفق أسس وقواعد قوامها كيفية الاستفادة من التأمين من خلال تدخل شركات التأمين وإعادة التأمين لاقتراح خدماتها على الأفراد ضمن ما يطلق عليه عقود التأمين، من جهة. وفرض الرقابة الصارمة على ممارسة نشاط التأمين من خلال الحفاظ على مصالح الأفراد من الممارسات غير المشروعة التي قد تمارسها تلك الشركات، من جهة أخرى. من هذا المنطلق تظهر ملامح وجود نظام عام في مجال التأمين من خلال تواجد قواعد أمره ضمن نصوص قوانين التأمين واجبة التنفيذ عدم احترامها قد يؤدي إلى تطبيق المزيد من الأحكام. لذا



لابد من التساؤل حول مدى فرض النظام العام في مجال التأمين والفائدة المنتظرة من وجوده؟ للإجابة عن ذلك لابد من إبراز أحكام النظام العام في مجال التأمين (المبحث الأول) والنتائج المترتبة عن ذلك (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: أحكام النظام العام في مجال التأمين

يعرف النظام العام من الناحية القانونية على أنه تولى السلطة التشريعية وضع قواعد أمره واجبة التطبيق لا يجب الاتفاق على مخالفتها حفاظا على المصلحة العامة من جهة، وتحقيق رغبات وإرادة الأفراد من حيث حماية حرياتهم من جهة أخرى. وفي بداية وضع هذه القواعد كآلية لفرض النظام العام ارتكزت على المجالات الحيوية للمجتمع والمتمثلة في الصحة والأمن والسكينة العامة، لكن مع تطور المجتمعات والأنشطة المختلفة عرف تطبيق النظام العام مجالات واسعة من أبرزها المجال الاقتصادي للدولة بالنظر إلى الحيوية والمرونة والتطور السريع التي يعرفها. وباعتبار نشاط التأمين من بين تلك الأنشطة الاقتصادية الهامة للدولة فقد عرف هو الآخر تطبيق النظام العام من حيث النصوص الصادرة في هذا الشأن الأمر الذي يستدعي توضيح الأحكام المميزة لتطبيق النظام العام في مجال التأمين والذي يمكن إبرازه من خلال تبيان الرابطة الموجودة بين نشاط التأمين والنظام العام ومجالات تطبيقه.

يعرف التأمين من الناحية القانونية على أنه عقد يبرم بين طرفين يطلق على الطرف الأول شخص المؤمن المتمثل في شركة التأمين وبين طرف ثان يسمى المؤمن له المتمثل في الفرد كشخص طبيعي أو كشخص معنوي، يتولى المؤمن تغطية الخطر ودفع التعويض في مقابل تولى المؤمن له دفع الأقساط<sup>(1)</sup>. بهذا المعنى فعقد التأمين الذي يعبر عن ممارسة نشاط التأمين كإحدى النشاطات الاقتصادية يكرس وجود سلوك بين طرفين أقل ما يقال عنهما أنهما طرفان غير متناسين وغير متوازنين من الناحية الاقتصادية لوجود فجوة فارقة بينهما (المطلب الأول). لذا ومن أجل إعادة التوازن إلى هذا العقد التأميني كان لزاما إصدار نصوص قانونية تهدف إلى تجسيد فكرة النظام العام نتساءل في مدى قوة الإلزام لها من عدمها (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: صفات عقود التأمين وضرورة احترام النظام العام

إن وجود الفجوة الاقتصادية بين المؤمن والمؤمن لهم في عقد التأمين تظهر من خلال وجود شركات التأمين في مراكز القوة بالمقارنة مع المؤمن لهم، الأمر الذي يجعل من عقد التأمين يوصف بأنه من عقود الإذعان (الفرع الأول) ومن عقود الاستهلاك (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: إذعانية عقد التأمين

يعتبر المؤمن لهم أطراف ضعيفة في عقود التأمين يتطلب معه الأمر التدخل لحمايتهم بالنظر لوجود الفارق بينهم وبين المؤمنين من جهة وكذا من التعسف الذي قد يلجأ إليه المؤمن من جهة ثانية. لذا فبالرجوع إلى نصوص التقنين المدني في مجال تنظيم العقود بشكل عام نجد النص على ضرورة احترام الطرف الضعيف في العقد بشكل عام خاصة عند وصف العقد بأنه من عقود الإذعان<sup>(2)</sup>. فعقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يقبل فيه أحد الأطراف بالشروط التي يعرضها عليه الطرف الآخر دون إمكانية مناقشتها، خلافا لعقود المساومة التي تتاح فيها الفرصة للطرفين وعلى قدم المساواة لمناقشة لجميع الشروط التي سيتضمنها<sup>(3)</sup>. ويتحقق هذا الوصف لإذعانية عقد التأمين في تحقق الشرطان التاليين هما:

- 1- وضع شروط التعاقد مسبقا من أحد الأطراف وعرضها على الجمهور في شكل موحد. وهو ما نجده بالفعل في عقد التأمين من خلال تلك الشروط العامة المسبقة التي تضعها شركات التأمين وما على المؤمن له إلا قبولها أو رفضها.
- 2- تسليم الطرف الآخر بكل شروط العقد دون إمكانية مناقشتها<sup>(4)</sup>. بمعنى صدور الإيجاب لكافة الأشخاص وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر ولمدة غير محدودة في شكل مطبوع تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب، وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر<sup>(5)</sup>.

بهذا المعنى فصفة الإذعانية في عقد التأمين تظهر من خلال تولي شركات التأمين عرض نماذج لعقود التأمين التي تقترحها بعد حصولها على اعتماد مسبق من قبل الهيئات المختصة وتحديد دور المؤمن لهم في التسليم والانضمام للعقد دون إمكانية مناقشته أو تعديله نظرا للقوة الاقتصادية والفنية التي تتمتع بها شركات التأمين والتي تخول لها فرض

شروطها باعتبارها الطرف القوي في العقد بحكم احترافها وخبرتها، الشيء الذي يجعلها والذبون في وضعية غير متكافئة ومتناقضة على اعتبار أن الأول له دراية وحنكة بموضوع العقد والثاني لا يهيمه من العلاقة إلا الآثار القانونية والاجتماعية للعقد<sup>(6)</sup>. فشركات التأمين مثلا تتوفر على خبراء قانونيين بشكل يجعلها تتوفر على كل المعطيات القانونية والاقتصادية للعملية التعاقدية لدراسة عقود التأمين من حيث الشروط القانونية للعقد واحتمالات وقوع الحوادث طبقا لعلم الإحصاء، وتحدد على ضوءه أقساط التأمين ومبلغ التأمين، في حين نجد الطرف المؤمن له يجهل كل هذه الأمور التقنية التي أخذت بعين الاعتبار أثناء إبرام العقد، فضلا عن عدم تمكنه من فهم لغة وثائق التأمين التي تتسم ببالغ التعقيد مما يكون له انعكاسات خطيرة على مصالحه الاقتصادية.

لذا ولهدف حماية هذا الطرف الضعيف في عقود التأمين تدخل المشرع لحماية حرية وإرادة المؤمن لهم في عقود التأمين من خلال تدخله لتنظيم عقود التأمين بقواعد أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تمنع الجانب القوي المتمثل في شركات التأمين من التعدي على الطرف الآخر عبر حماية رضا الطرف الضعيف في العقد بإلزام المؤمن بإعلامه بشروط العقد وبأحوال السقوط وانعدام التأمين وكذا بمنعه من إدراج الشروط التعسفية في العقد. وهو ما تؤكدته نصوص قانون التأمين الجزائري في المواد 7 إلى 11 من خلال إلزام المؤمن بإجبارية التوقيع على عقد التأمين وتضمينه لشروط جوهرية في حالة مخالفته تطبق جزاءات مقررة لذلك. ذلك يعبر عن وجود نظام عام في مجال التأمين عندما يتعلق الأمر بعقود التأمين وبصفة إلزامية لا مجال لمخالفتها.

فنصوص القانون المدني لم تعد كافية لتوفير الحماية المناسبة للمؤمن لهم في عقود التأمين ومن ثمة تطبيق النظام العام لذا تم إخراج تنظيم عقود التأمين في الجزائر بصفة شبه كلية من القانون المدني ووضع لها نصوص خاصة<sup>(7)</sup>. وبطريقة أخرى فنصوص القانون المدني لم تعد تستوعب متطلبات الحياة الاقتصادية في توفير الحماية الكافية للأشخاص الضعفاء في بعض العقود من بينها عقد التأمين كون هناك ظاهرة اقتصادية تتغلب على الظاهرة القانونية لعقد التأمين، وعليه الخروج عن النظام العام التقليدي المنصوص عليه في القانون المدني والتحول إلى نظام عام حمائي خاص بموجب نصوص خاصة أمره مصحوبة بجزاءات غير تلك المنصوص عليها في القانون المدني.

## الفرع الثاني: صفة الاستهلاكية في عقد التأمين

يعرف عقد الاستهلاك بأنه ذلك العقد الذي يبرم بين شخص يسمى المهني وبين شخص المستهلك يسمح لهذا الأخير بالحصول على سلعة أو خدمة لغرض تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية. وهناك عدة أنواع من عقود الاستهلاك من بينها عقد التأمين والتي هي موضوع الدراسة كونه يتضمن شخص المهني باعتباره متعامل اقتصادي والمتمثل في شركات التأمين أو إعادة التأمين، وبين شخص المؤمن لهم باعتبارهم مستهلكين. فعقد التأمين يعبر عن ميزة تدخل شركات التأمين لتقديم خدمات كندشاط اقتصادي في شكل عمليات مالية تتداول بشأنه رؤوس الأموال يسمح لشخص المستهلك من الاستفادة منها لتلبية حاجاته الخاصة له ولعائلته والمتمثلة في الضمان من شتى الأخطار التي قد يتعرض لها في شخصه أو في ماله.

والدليل على اعتبار عقد التأمين أنه صنف من عقود الاستهلاك كونه يتضمن تدخل شركات التأمين لتسويق منتجاتها للمستهلكين تحت شكل سلسلة من الضمانات. بمعنى تعلق عقد التأمين بسلع ومرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين المتمثلين في المؤمن لهم كمستهلكين واحتكار شركات التأمين وإعادة التأمين لتلك السلع والمرافق قانونيا وفعليا أو على الأقل سيطرتها عليها تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق<sup>(8)</sup>.

بالنظر إلى هذه الصفة لعقد التأمين فهو من حيث النصوص وفيما يتعلق بحماية المؤمن لهم بوصفهم مستهلكين يخضع لنصوص قوانين الاستهلاك لاسيما الحماية من الشروط التعسفية التي تفرضها شركات التأمين بوصفها متعاملة اقتصادية وفرض جزاءات في حالة استخدامها والخضوع لهيئات الرقابة المكلفة بالسهر على تطبيق نصوص قوانين الاستهلاك والتي تعتبر في الحقيقة نصوص أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها والتي تعتبر تجسيدا واضحا لفكرة النظام العام في مجال الاستهلاك وامتدادها إلى مجال التأمين. وعليه يمكن الإقرار بتعدد النصوص الأمرة التي تحمي المؤمن له في عقود التأمين إلى نصوص مقررة في قوانين التأمين ونصوص مقررة في قوانين الاستهلاك وحتى قوانين أخرى من أبرزها قوانين المنافسة<sup>(9)</sup> وقوانين الممارسات التجارية<sup>(10)</sup>.

## المطلب الثاني: في إلزامية النظام العام في مجال التأمين

بالعودة إلى مختلف النصوص القانونية المنظمة للتأمين سواء في القانون الجزائري أو في القوانين الأخرى نجد أنها نصوص تحمل في طياتها الإلزامية ونوع من الصرامة والذي يتجلى في عدة مسائل أهمها الصرامة والتشدد فيما يتعلق بإبرام عقود التأمين (الفرع الأول) وإجبارية اللجوء إلى شركات التأمين للمطالبة بالضمان في أحيان أخرى يضاف إلى جزاءات توقع في حالة عدم تنفيذ الالتزامات الواردة في تلك النصوص (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التشدد في تنظيم عقود التأمين

تنص المادة الأولى من قانون التأمين الجزائري على أن القانون الصادر يعتبر قانونا خاصا يهدف إلى تنظيم عقود التأمين وكذا بعض التأمينات الإلزامية ومسألة الرقابة، وتضيف المادة 625 من التقنين المدني: «**يكون باطل كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد**». كما أن المادة الثالثة (3) من مدونة التأمينات المغربية تنص على أنه: «**لا يمكن تغيير مقتضيات مدونة التأمينات الصادر بموجب اتفاق باستثناء تلك التي تمنح للأطراف حرية التعاقد**»<sup>(11)</sup>. مسألة تؤكد الصفة التنظيمية لعقود التأمين والتي تركز في الحقيقة فكرة النظام العام في مجال التأمين.

فتدخل المشرع في هذا الإطار لتنظيم عقود التأمين مرده التدخل لحماية هذه العقود من أشكال التحايل والتعسف التي قد تلجأ إليها شركات التأمين أو إعادة التأمين والذي يعتبر في الحقيقة حماية للحريات والحقوق من جهة وفي بعض الأحيان تقييد لهذه الحريات من جهة أخرى. يتعلق الأمر بحماية مبدأ سلطان الإرادة للطرف الضعيف في عقد التأمين من عدم قدرته على التفاوض حول شروط العقد والبيانات التي تعرضها شركات التأمين أو إعادة التأمين كون تلك الشروط قد تكون متعسف فيها والتي ترهق من الناحية المالية والاقتصادية المؤمن لهم والذي يعتبر تعديا على الحرية التعاقدية وخرقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. لذا فتدخل المشرع في هذا الإطار هو ضرورة لفرض نظام عام خاص في مجال التأمين لفائدة الطرف الضعيف في عقد التأمين ولو أنه من جهة أخرى يعتبر تقييدا لحرية المؤمن في مجال وضع الشروط المناسبة لعقد التأمين مادام هو صاحب المبادرة إلى إبرام العقد كونه المحترف والمالك للخبرة والفنية في مجال التأمين.

وعليه فعقد التأمين بهذا المفهوم أصبح يستمد إلزاميته من إرادة المشرع لا من إرادة الأطراف، وبالنتيجة أن الخواص إذا كانوا يسعون إلى تحقيق الأهداف الشخصية ويتمسكون بالحرية التعاقدية فإن المتطلبات الاجتماعية تدعو إلى تدخل الدولة لتنظيم ما علق بالمجال التعاقد من تعسف، لذا فقد تم التصريح بان عقد التأمين باعتباره من عقود الإذعان إنما هو مركز قانوني منظم يجب أن يعني في تطبيقه لصالح العامة أولاً ثم بما يستحق الحماية من صالح كل طرفي العقد<sup>(12)</sup>.

فالنصوص الأمرة هي تعبير عن ترجيح المصلحة العامة على الإرادات الفردية، ومن هنا أدى التدخل التشريعي في عقد التأمين إلى بروز شكل جديد من أشكال العقود المنظمة *Les contrats réglementés* أو العقود الجبرية *Les contrats forcés* يتجاوز تنظيم بعض بنود العقد إلى محتوى العقد بإجماله، فهي لم تعد منحصرة في فرض التعاقد أو المتعاقد وإنما تجاوزت ذلك إلى فرض أساس العقد ومضمونه. والدليل على ذلك النص صراحة على مشتملات العقد وإلزام الطرفين بالتوقيع عليه وإلا تم اللجوء إلى صيغة البطلان والذي يؤكد عدم تطبيق القواعد العامة في التقنين المدني التي تنص على اتفاق الأطراف على العناصر الجوهرية للعقد دون تحديدها قانوناً. ويمتد هذا الأمر حتى إلى تنفيذ العقد حيث يجبر أطرافه على احترام بنود العقد وفي حالة المخالفة يتم توقيع الجزاءات خاصة على المؤمنين من شركات التأمين أو إعادة التأمين في الحالة التي يتم التأكد من تعرض مصالح المؤمن لهم للخطر أو لجوء هذه الشركات إلى أساليب التحايل والتدليس في التنفيذ لعقود التأمين.

فالعلاقة القانونية تنشأ مباشرة من القانون أو بصفة غير مباشرة من القضاء، فالنظام التعاقدى أصبح لا يطبق إلا قياساً، فمن التهديد القانوني في تكوين العلاقة التعاقدية إلى استثناء العلاقة التعاقدية من مصدر قانوني. فالنظام العام الحمائي أو التوجيهي أصبح هو المرتكز التشريعي في جميع أنواع عقود الاستهلاك بما فيها عقود التأمين. هذا يؤكد صرامة النظام في مجال عقود التأمين والذي سيؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة الاقتصادية للدولة من خلال المحافظة على شرعية العمليات التأمينية والحفاظ على مصالح المؤمن لهم.

## الفرع الثاني: إجبارية التأمين

ما يميز تطبيق النظام العام في مجال التأمين هو إقرار المشرع لإجبارية اللجوء إلى شركات التأمين وإعادة التأمين من قبل الأشخاص عندما يتعلق الأمر ببعض المجالات والذي يبين مرة أخرى حتمية تدخل الدولة بواسطة النصوص القانونية لحماية ليس فقط الطرف الضعيف في التأمين وإنما حماية حياة وممتلكات الأشخاص في إطار الدور السيادي للدولة في المجال الاقتصادي. يتعلق الأمر بوجود نصوص قانونية سواء داخل قوانين التأمين العادية أو قوانين خاصة تجعل عدم اللجوء إلى بعض التأمينات مصحوب جزاءات وبأخطار جمة يتعرض لها الشخص في حياته أو ماله، فمن باب الوقاية ورعاية للمصلحة العامة تجبر الدولة حتمية إبرام عقود تأمين.

بالعودة إلى القانون الجزائري نجد تطبيق إجبارية التأمين مقررة في قانون التأمين من جهة وفي قوانين خاصة من جهة ثانية. بالنسبة لقانون التأمين يتعلق الأمر بالمجالات التالية:

1- تأمينات المسؤولية المدنية: يتعلق الأمر بإلزام المؤسسات الاقتصادية وكذا المستغلين للمحلات التجارية أو الثقافية أو الرياضية وكذا المستغلين للموانئ والناقلين العموميين للمسافرين والبضائع وكذا الصناعيين والمبتكرين للمواد في مسائل الإنتاج والأطباء وشبه الأطباء والصيادلة والمستوردين، باكتتاب عقود تأمين لدى شركات التأمين ولهذا لتأمين المسؤولية اتجاه الغير وكذا لفائدة المستهلكين عندما يتعلق الأمر باستعمال مواد الاستهلاك والمستعملي المرافق التجارية والصناعية والرياضية والثقافية<sup>(13)</sup>. ويترب عن عدم اكتتاب هذه العقود يتم توقيع جزاءات على المعنيين باكتتاب عقود التأمين<sup>(14)</sup>.

2- تأمين الحريق والتأمين البري: ينصب الوضع على إلزام الهيئات العمومية بالتأمين ضد خطر الحريق الذي قد تتعرض له المنشآت العمومية باكتتاب عقود التأمين في هذا الشأن. أما فيما يتعلق بالتأمين البري فهو التزام المقاول والمهندس المعماري والمراقبين التقنيين وكذا أي شخص يتدخل في عمليات البناء للمساكن أو المحلات التجارية باكتتاب عقود التأمين مع شركات التأمين للحماية ضد الأشغال التي تنجز داخل الورشات.

3 - تأمين المسؤولية المدنية للصيد وتأمين السيارات: يلزم أيضا القانون التأمين ضد خطر استعمال آلات الصيد حيث يجبر القانون الصيادين بضرورة اكتتاب عقود التأمين

في هذا الصدد. كما يجبر القانون أصحاب السيارات باكتتاب عقد تأمين ضد الحوادث التي تحدث عن استعمالها واستغلالها. مع التذكير فقط أنه في حالة عدم الاكتتاب يتعرض أصحابها لعقوبات جمة مقررة في قانون التأمين وفي القانون رقم 74-15 المتعلق بالزامية التأمين على المراكب البرية.

4- التأمين البحري والتأمين البحري: يلتزم أصحاب السفن والناقلين البحريين للمسافرين والبضائع باكتتاب عقود التأمين لدى شركات التأمين المعتمدة في الجزائر بصفة إجبارية، نفس الوضع ينطبق على أصحاب الطائرات أو مستأجرها أو الناقلين الجويين للمسافرين أو البضائع.

كما نجد نصوص خاصة لتأمين على بعض الإخطار بصفة إلزامية ويتعلق الأمر على وجه الخصوص بـ:

1- التأمين ضد الكوارث الطبيعية: يتعلق الأمر باكتتاب عقود التأمين ضد الزلازل أو الفيضانات أو البراكين التي يتعرض لها الأشخاص في ممتلكاتهم. وفي هذا الشأن تم إصدار قانون خاص بالزامية التأمين ضد الكوارث الطبيعية سنة 2003 تنص المادة الأولى منه على إلزام ملاك العقارات والمباني وكذا الممارسين للنشاط الصناعي أو التجاري في المنشآت الصناعية والتجارية باكتتاب عقود التأمين لدى شركات التأمين<sup>(15)</sup>.

2- التأمين ضد حوادث السيارات: بالإضافة إلى النص على إلزامية تأمينها في قانون التأمين فقد تم وضع نص خاص في مجال التأمين عليها بموجب الأمر رقم 74-15 حيث تنص المادة الأولى منه على: «كل مالك مركبة ملزم بالاكتتاب في عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير و ذلك قبل إطلاقها للسير، وتعني كلمة مركبة في هذا النص، كل مركبة برية ذات محرك و كذلك مقطوراتها أو نصف مقطوراتها و حمولاتها»<sup>(16)</sup>.

ما يلاحظ على إجبارية التأمين الواردة في قانون التأمين أنها مصحوبة بمعظمها بجزاءات عقابية ضد المخالفين لأنها تهدف إلى حماية مصلحة عامة تتمثل في الحفاظ على أمن وسلامة الأشخاص من جهة وحماية ممتلكات الأشخاص من جهة أخرى. كحماية الأشخاص من السلع المضرة بالصحة ومن المركبات التي تتعرض للحوادث باعتبارها قوة قاهرة وكذا من أخطار العمل داخل الورشات وهو أمر يتعلق بالنظام العام عموماً



المتعلقة بالصحة والأمن والسلامة كأصل في فرض النظام العام في المجال الاجتماعي والاقتصادي. فالمصلحة المراد حمايتها من خلال إجبار الأشخاص على التأمين هي مصلحة عامة تتمثل في حمايتهم ووقايتهم من أخطار قد تتدخل إرادتهم في تحققها أو تعود إلى أسباب خارج إرادتهم. ويعتبر ذلك الاستثناء عن الأصل في مجال التأمين الذي يجعل الشخص هو الذي يختار الضمان المناسب له وذلك لمتطلبات النظام العام لاعتبارات اجتماعية أو لاعتبارات وقائية أو لاعتبارات خطيرة ممارسة بعض الأنشطة.

### المبحث الثاني: نتائج تطبيق النظام العام في مجال التأمين

من خلال المعطيات المذكور سلفا نصل إلى نتيجة أساسية وهي أن النظام العام في مجال التأمين هي ضرورة أملتها خصوصية نشاط التأمين باعتباره نشاطا حيويا واقتصاديا يهدف إلى الموازنة بين المصالح الخاصة للأشخاص من جهة وبين المصلحة العامة من جهة ثانية، لذا تم وضع نصوص قانونية خاصة في المجال. ومن النتائج المترتبة على تطبيق فكرة النظام العام في مجال التأمين هي فرض الرقابة الصارمة على ممارسة نشاط التأمين (المطلب الأول) وإرفاق عدم احترامه بجزاءات تتخذ أوصاف متعددة (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: فرض الرقابة الصارمة

تعرف الرقابة بشكل عام على أنها النشاط الذي تقوم به الإدارة لمتابعة تنفيذ السياسات الموضوعة وتقييمها والعمل على إصلاح ما قد يعترضها من ضعف حتى يمكن تحقيق الأهداف المنشودة<sup>(17)</sup>. ومن زاوية التأمين فهي عملية إدارية تهدف بالدرجة الأولى إلى التأكد من أن شركات التأمين أو إعادة التأمين تحترم الأحكام التشريعية والتنظيمية وكذا القواعد المحاسبية والوقائية واحترام مصالح الزبائن الذين تتعامل معهم. وتمثل الرقابة في مجال التأمين إحدى الأهداف والقواعد المنظمة لنشاط التأمين (الفرع الأول) تشرف على تطبيقها هيئات رقابية متعددة (الفرع الثاني) وفق آليات معينة (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول: في ضرورة الرقابة الصارمة

إن الرقابة في قطاع التأمين بشكل عام تشكل إحدى الأسس التي تلجأ إليها الدولة لتحقيق النظام العام والتأكد من تطبيق تلك النصوص الآمرة. ويتعلق الأمر بـ:

- 1- ضمان تحقيق الأهداف الاقتصادية بالدرجة الأولى بالنسبة لنشاط التأمين بصفة عامة بقصد الحفاظ على المدخرات الوطنية وموارد العملات الصعبة من التهريب.

2- مراقبة مدى احترام شركات التأمين وإعادة التأمين للنصوص القانونية، التشريعية منها والتنظيمية، المنظمة لها بالدرجة الثانية والتأكد من أنها قادرة على الوفاء بالتزاماتها اتجاه المؤمن لهم. وهو هدف أساسي مكرس في مختلف القوانين بما فيها القانون الجزائري<sup>(18)</sup>.

وقد تم إقرار الرقابة في مجال التأمين كآلية لفرض النظام العام بعد أن اثبت تطور نشاط التأمين نجاعتها. إذ سابقا قبل تدخل التشريعات لفرض الرقابة في مجال التأمين، كانت شركات التأمين وإعادة التأمين متعسفة في فرض شروطها على المؤمن لهم، الأمر الذي سمح لها باللجوء إلى أساليب التحايل والغش مما أثر بشكل كبير على اقتصاديات الدول. مسألة جعلت الرقابة في مجال التأمين أكثر من ضرورة وأولية الأولويات المفروضة على الدولة من خلال تدخل سلطتها التشريعية لوضع النصوص القانونية اللازمة.

وحسب الأستاذان Picard و Besson فالرقابة في مجال التأمين تجد معناها في آلية التأمين في حد ذاتها والتي تعبر عن خصوصية تسمى « بقلب دورة الإنتاج *l'inversion du cycle de production* » والذي يتجسد عمليا بدفع الأقساط مسبقا من قبل المؤمن لهم لشركات التأمين وإعادة التأمين الأمر الذي يجعل هذه الأخيرة لا تتدخل لتنفيذ التزامها إلا بعد تحقق الخطور، بمعنى أن تدخل المؤمن لتتنفيذ التزامهم اتجاه المؤمن لهم يكون بالنسبة للمستقبل في حين تحصل على الأقساط سلفا أو مسبقا<sup>(19)</sup>، مع التذكير أن هذه الأقساط هي لغرض محدد وهو دفع الأضرار. وعليه فلتفادي سوء التسيير من قبل شركات التأمين وإعادة التأمين لهذه الأقساط المدفوعة سلفا من حيث إمكانية تحويلها إلى أغراض أخرى والتأكد من وفائها بالتزاماتها المستقبلية تم التفكير في خلق رقابة عليها من قبل المشرع.

كما أن الغرض من فرض هذه الرقابة هي التأكد من النهاية الحسنة للوضع المالية لشركات التأمين وإعادة التأمين من حيث التأكد من يسرها اتجاه الأشخاص الذين منحوها الثقة في التعامل معها من خلال الاستعانة بخدماتها. وتزداد أهمية هذه الرقابة في مجال التأمين عندما يتعلق الأمر بالتأمينات الإجبارية التي بموجبها تفرض على الأشخاص إلزامية التأمين على بعض الأخطار والتي تفرض عليها ليس فقط واجب

تحديد الالتزامات عليهم وإنما جعل هذه الالتزامات واجبة التنفيذ وفعالة. فالحماية تعتبر هدف التأمين والتي لا تتحقق إلا بفرض الرقابة كآلية للتعبير عن وجود النظام العام في مجال التأمين والتي توصف بأنها *رقابة تقنية ومالية*<sup>(20)</sup>.

### الفرع الثاني: الهيئات المكلفة بالرقابة

لغرض تجسيد الرقابة عمدت التشريعات إلى إنشاء هيئات متخصصة لممارستها تتمثل في هيئات الضبط الاقتصادي إلى جانب السلطة التنفيذية تختلف مهمتها ودورها من قانون إلى آخر إضافة إلى هيئات أخرى. في القانون الجزائري يتعلق الأمر بـ:

#### 1- هيئات الضبط الاقتصادي: ينصب الأمر على كل من:

أ- لجنة الإشراف على التأمينات: وهذا بصريح عبارة المادة 209 من قانون التأمين التي تنص على: «*تنشأ لجنة الإشراف على التأمينات التي تتصرف كإدارة رقابة*...». وتكيف هذه اللجنة وتطبيقا للنصوص القانونية التي تنظم صلاحياتها وبإسقاط مفاهيم السلطة الإدارية المستقلة<sup>(21)</sup> على أنها *سلطة ضبط اقتصادية* في مجال التأمين. وهي التي تعبر حقيقة على تطبيق فكرة النظام العام في مجال التأمين كونها تسهر على تحقيق المصلحة العامة الاقتصادية للدولة من خلال الحفاظ على تداول رؤوس الأموال التي تتعامل بها شركات التأمين وإعادة التأمين من جهة، وتحفظ المصلحة الخاصة للمؤمنين لهم من تعسف تلك الشركات وإمكانية انحرافها عن أداء التزاماتها اتجاههم من جهة ثانية. و يفهم ذلك عند تدخل هذه اللجنة لتسير قطاع عام اقتصادي للدولة يسمى بقطاع التأمين كإحدى المصالح الكبرى يضاف إلى باقي المصالح المالية الأخرى على غرار القطاع المصرفي.

فندشاط التأمين يؤدي دور اقتصادي كبير في جمع المدخرات وتداول رؤوس الأموال للدولة من حيث كونه أحد مكونات القطاع الخدماتي المكون للاقتصاد، إذ تختص شركات التأمين ببيع منتج أو خدمة ذات طبيعة مميزة و خاصة والمتمثلة في خدمة الوعد بالتعويض. كما يؤدي التأمين دور في تجمع المدخرات المالية من حيث تجميع الموارد المالية المتأتية من تحصيل أقساط التأمين من المؤمن لهم ثم إعادة استثمارها في

مجالات عديدة كـشراء الأوراق المالية والعقارات وتقديم القروض. وعليه فتدخل اللجنة بهدف إلى الحفاظ على هذا الدور لنشاط التأمين.

### ب- مجلس المنافسة

يمكن أن يلعب مجلس المنافسة دورا رياديا في حماية مستهلكي خدمات التأمين إما بصفة مباشرة من خلال محاربة عرقلة تكوين الأسعار عن طريق الآليات الحرة للسوق بافتعال ارتفاعها أو بصفة غير مباشرة من خلال محاربة عرقلة المنافسة بوجه عام أو الحد منها أو تحريف سيرها في سوق ما لضمان الشفافية والنزاهة في العلاقات التجارية. وذلك بتطبيق المواد المقررة في قانون المنافسة فيما يتعلق بحماية المستهلك بشكل عام باعتباره هيئة ضبط لجميع الأنشطة الاقتصادية بما فيها نشاط التأمين.

2- الوزير المكلف بالمالية: تعتبر الوزارة المكلفة بالمالية هي الوزارة الوصية على قطاع التأمين باعتبارها الجهة المكلفة بمنح الاعتماد لشركات التأمين وإعادة التأمين وكذا إجراء المراقبة اللازمة فيما يخص ممارسة نشاطها وذلك عندما النص على إبقاء صلاحيات الرقابة ضمن اختصاصاته نذكر منها منع الاعتماد وسحبه<sup>(22)</sup>.

3- السلطة القضائية: إستادا إلى نصوص قانون التأمين والقانون المدني يمكن للسلطة القضائية أن تؤدي دورا في الرقابة على عقود التأمين لأن القواعد المنظمة لها تعبر قواعد أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كونها من النظام العام. أي أن تعلق بعض القواعد القانونية بالنظام العام المطلق يقتضي بدهاء وجوب إثارة خرقها، لكون القاعدة تكتسي صبغة أمر سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للقاضي. ويعتبر عدم إثارتها من طرف محكمة الموضوع كسبب يمكن اعتماده للطعن بالنقض على اعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية. وإذا كانت الصبغة الأمر لمقتضيات قانون التأمين كأصل عام بالنسبة للمتعاقدين لا جدال فيها، فإن النقاش سيتمحور أساسا في علاقة الصبغة الأمر بالقاضي.

في هذا الإطار فالقانون لا يلزم صراحة القاضي بإثارة تطبيق تلك القواعد القانونية من تلقاء نفسه كقاعدة عامة، إذ يتوجب على القاضي تطبيق أحكام العقد وما أرادته المتعاقدون دون أن يتدخل في إرادتهم التعاقدية فليس له أن يلغي أي شرط تعاقدية ولا

أن يعدله حتى لو كان تعسفياً أو مجافياً استناداً إلى قاعدة العقد شريعة التعاقدين<sup>(23)</sup>. غير أنه مادام الأمر يتعلق بعقد تأمين الذي يعتبر عقد إذعان ذي صفة اقتصادية فالقاضي ملزم في ظل غياب نصوص تشريعية صريحة تضمن التوازن العقدي بالتدخل من أجل تطوير القواعد التقليدية التي تحكم العقود لتساير تطور المجتمع. فالقاضي يستطيع أن يتدخل لتفسير مضمون العقد عندما يكون الشرط غامضاً حيث يستخدم سلطة للتفسير ببند العقد، كما يقع التساؤل عن سلطات القاضي للتدخل لتعديل الشروط الجزائية.

في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15/02/2000 أكدت أن خرق النصوص المشار إليها وإن تعلق بالنظام العام لا يمكن إثارتها إلا من طرف الشخص موضوع الحماية بحيث لا يمكن للقاضي أن يثير عدم مشروعية هذه الاتفاقيات من تلقاء نفسه التزاماً منه بمبدأ الحياد طالما أن عدم الإثارة يفيد تنازله عن الحماية. لكن محكمة العدل للمجموعة الأوروبية وفي قرار أصدرته بتاريخ 27/6/2000 سارت في اتجاه مخالف في قرارها معتبرة أنه يحق للقاضي إثارة بطلان الشروط التعسفية من تلقاء نفسه و"لم يطلب الأطراف ذلك صراحة". وهذا الاتجاه من شأنه دعم وتقوية حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين عن طريق ضمان فعالية تطبيق المقتضيات الحمائية، لأن التدخل القضائي لا غنى عنه لضمان حماية المستهلك.

والملاحظ أن منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه يجعل منه معاوناً للطرف الضعيف، لكنه إذا كانت مبادئ العدل والإنصاف تسعى إلى إزالة التعسف وتحقيق التوازن الاقتصادي في العقد، فإن نفس المبادئ تستلزم أن يكون هذا التدخل إجبارياً متعلقاً بالنظام العام في مفهومه المطلق. مع التذكير فقط أنه لتفعيل دور هذه السلطة القضائية ومادام الأمر يتعلق بعقد من عقود الاستهلاك فإن القاضي يمكن أن يتدخل لإنصاف المؤمن لهم عن طريق جمعيات حماية المستهلك وذلك من خلال تأسيسها كطرف مدني<sup>(24)</sup> في حالة وجود شروط تعسفية في عقد التأمين.

4- لجنة البنود التعسفية: هي لجنة مستحدثة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وهي لجنة ذات طابع استشاري تابعة مباشرة لوزارة التجارة.

تتكون من ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، وممثل عن وزير العدل وعضو من مجلس المنافسة، زائد عضوين عن الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة وعضوين عن جمعيات المستهلكين ذات الطابع الوطني<sup>(25)</sup>. ويعتبر إنشاء هذه اللجنة تطبيقاً لما هو موجود في القانون الفرنسي كآلية لرد الاعتبار للتوازن العقدي بشكل عام وفي مجال العقود الخاصة كعقد التأمين، غالباً ما تنتهي في العلاقة لصالح المتعامل الاقتصادي<sup>(26)</sup>.

### الفرع الثالث: آليات فرض الرقابة

لهدف تطبيق النظام العام في مجال التأمين من خلال أسلوب الرقابة تلجأ لهيئات المذكورة سلفاً إلى آليات وأساليب تختلف حسب دور كل هيئة.

#### 1- آليات هيئات الضبط في الرقابة على نشاط التأمين:

تتمثل الآليات في:

أ- مراقبة خصائص عقد التأمين المبرم من طرف شركات التأمين ومدى تطابق الوثائق المكتتب فيها مع المواصفات القانونية للعقود من أجل تسهيل عملية المقارنة بين متغيري العملية الإنتاجية السعر- الجودة<sup>(27)</sup>. في هذا الشأن تنص 210 من قانون التأمين المعدلة على تدخل لجنة الإشراف على التأمينات على الرقابة في مدى تنفيذ هذه الهيئات التأمينية لالتزاماتها المبرمة في إطار عقود التأمين ولاسيما القدرة على الوفاء<sup>(28)</sup>.

ب- مراقبة الملاءة المالية لشركات التأمين حيث يقتضي من هذه الأخيرة وجوب تكوين هامش معين من السيولة النقدية لتوجيهها إلى حماية نشاطها من مختلف المخاطر خاصة تلك المتعلقة بارتفاع مبالغ التعويضات وتسديد التزاماتها المختلفة، بالإضافة إلى مراقبة الميزانية والتي تتضمن مراقبة عملية تكوين المخصصات التقنية و تقييم جميع مكونات أصول الشركة ومر دودية استثماراتها، كل هذه المراجعات تهدف إلى حماية المركز المالي للشركة ومن ثم ضمان الاستمرارية لنشاطها. في هذا الشأن تنص المادة 210 من قانون التأمين أن تدخل لجنة الإشراف على التأمينات يكون من خلال مراقبة شركات التأمين وإعادة التأمين ووسطاء التأمين للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتأمين وإعادة التأمين وكذا التحقق من المعلومات حول مصدر الأموال التي أنشئت بها شركة التأمين أو إعادة التأمين، وكذا تلك التي زادت من أرباحها<sup>(29)</sup>. وفي سبيل أداء هذا الاختصاص منح

القانون صلاحية للجنة من أجل التدخل لإلزام محافظي شركات التأمين وإعادة التأمين أو أحد فروعها بتقديم المعلومات الضرورية حول هذه الهيئات التي يعملون بها<sup>(30)</sup>.

ج- ضمان شفافية سوق التأمين و قوانين المنافسة وتكيفها مع الاتجاهات الحديثة لتسويق الخدمات التأمينية إقليمية و دولية) توضيح و تنظيم دور الوسطاء (بالإضافة إلى الدور الذي تلعبه الدولة في إعلام المستهلكين بالتنوع في عقود التأمين و الأسعار المعروضة لتسهيل عملية المفاضلة بين شركات التأمين المحتمل الاكتتاب فيها. وهو المقصود من المادة 209 بتدخل لجنة الإشراف على التأمينات لترقية و تطهير السوق الوطنية للتأمين قصد إدماجها في النشاط الاقتصادي والاجتماعي.

## 2- آليات تدخل الوزير المكلف بالمالية

يتعلق الأمر بتدخل الوزير المكلف بالمالية بمنح الاعتماد لشركات التأمين وإعادة التأمين بممارسة النشاط بعد استشارة المجلس الوطني للتأمينات<sup>(31)</sup>. وكذا منح الاعتماد لمكاتب تمثيل شركات التأمين وإعادة التأمين الأجنبية لممارسة النشاط في الجزائر<sup>(32)</sup>، وهو ما يطلق عليه بشروط الالتحاق بالمهنة أو النشاط. كما يتدخل للتأشير على كل الشروط العامة المعدة لوثائق التأمين من قبل شركات التأمين حيث يمكن له أن يفرض شروط نموذجية في هذا الإطار. كما يمكن له أن يتدخل لتعديل الوثائق التجارية التي ترفع إليه من قبل تلك الشركات<sup>(33)</sup>. وكذا تحديد المقاييس والتعاريف المتعلقة بتسيير الأخطار.

## 3- آليات تدخل لجنة البنود التعسفية

أولت لها مهمة البحث في كل العقود التي يحزرها الأعوان الاقتصاديين مع المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، وإذا لاحظت وجود مخالفات تصدر توصيات ترفع إلى وزير التجارة. أيضاً من مهامها إمكانية لجوءها إلى القيام بدراسات وخبرة تتعلق بكيفية تطبيق تلك العقود. غير أن ما يميز تدخل هذه اللجنة هو عدم وجود الإلزامية لأرائها، فالوزير قد يأخذ بتوصيات اللجنة كما لا يأخذ بها وهو ما لا يكفل الصرامة في تحقيق التوازن بين المتعامل الاقتصادي والمستهلك في مجال إبرام العقود ويمتد الأمر إلى عقد التأمين.

## 4-آليات تدخل القضاء

يظهر دور القاضي في الرقابة في مجال التأمين من زاويتين هما:

### أ-تدخل القاضي لتفسير عقد التأمين

إن غموض عبارات العقد هو المجال الذي تسمح فيه نظرية سلطان الإرادة للقاضي بالاضطلاع بدورة الأكثر إيجابية في ميدان التأويل فالشروط التعسفية عادة ما تكون غامضة في العقود المحررة مسبقا حتى لا ينتبه إليها المتعاقد الآخر. والحالات التي تستدعي تدخل القضاء لتفسير مقتضيات العقد هي التي يكون الهدف منها هو إظهار النية الحقيقية للطرفين عند غموض عبارات العقد ووضوح الإرادة وحالة غموض الإرادة ووضوح العبارة، ثم غموض العبارة والإرادة معا والحالة التي تثير الشك في مدى اللزام المتولد عنه.

### ب- دور القاضي في مواجهة الشرط الجزائي

يعرف الشرط الجزائي على أنه الاتفاق الذي يعين الطرفان بمقتضاه مقدما مبلغ التعويض الذي يستحق أحدهما قبل الآخر عند الإخلال بالالتزام الملقى على عاتقه سواء كان ناتجا عن عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخير تنفيذه. لكن إذا استغل أحد طرفي العقد مركزه وخبرته الفنية أو القانونية لفرض شروط جزائية الهدف منها الحصول على مزايا وتحقيق الأرباح على حساب الطرف الآخر، فإن الوظيفة الأصلية للشرط الجزائي تتحول من وظيفة تعويضية إلى وظيفة تهديدية ووسيلة للاستغلال والإثراء بلا سبب على حساب التوازن العقدي الأمر الذي يؤدي إلى اعتبار مثل هذه الشروط شروط تعسفية. من هذا المنطلق متى تضمن الشرط الجزائي شرط تعسفي يجوز للقاضي التدخل من أجل تعديله إذا ما طالب العاقد الآخر بتنفيذ التزامه أن يمتنع عنه إلى أن يقوم هذا الأخير بتنفيذ ما التزم به ، طالما أن هذه الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء المادة.

### المطلب الثاني: توقيع الجزاء

يعتبر الجزاء الأسلوب الذي يكفل للنص القانوني التطبيق الإلزامي خاصة عندما يتعلق الأمر بالقواعد القانونية الآمرة. ومادام قانون التأمين يتضمن القواعد الآمرة الملزمة للمتدخلين لممارسة نشاط التأمين وكألية لفرض النظام العام فهو يترب عنه عدة جزاءات لا بد من توضيح طبيعتها(الفرع الأول) وحدودها (الفرع الثاني).



## الفرع الأول: طبيعة الجزاء

بالعودة إلى النصوص القانونية المنظمة لنشاط التأمين نستنتج طبيعة الجزاء المقرر في مجال التأمين والذي يتنوع إلى جزاء إداري (1) وجزاء عقابي (2) إضافة إلى جزاء مدني (3).

### 1-الجزاء الإداري: يتمثل في الجزاءات إلي تفرضها كل من لجنة الإشراف على

التأمينات والوزير المكلف بالمالية. وتتمثل في:

أ- **العقوبات غير المالية:** تتمثل في العقوبات غير المالية في الإنذار والتوبيخ، وهذا دون تحديد الحالات التي يتم فيها القيام بذلك. وفي هذا الشأن نلاحظ أنّ المشرع الجزائري في تعديله للمادة 241 من الأمر رقم 07-95 قد أسقط عبارة "عقوبات تأديبية" على هذا النوع من العقوبات، وهو خطأ فعله لأنه لا يمكن وصفها إلا كذلك.

ب - **العقوبة المالية:** العقوبة المالية هي تلك العقوبة التي تلحق الذمة المالية للشخص المخالف فهي تتلاقى مع الغرامة الجزائية، إذ تعتبر مبلغا ماليا يدفع إلى الدولة عن طريق الخزينة العامة<sup>34</sup>. في مجال التأمين تطبق في الحالات التالية:

- لم تنفذ شركات التأمين وإعادة التأمين التزامها برفع التقارير السنوية وفق الأجل المحدد لها كآخر أجل 30 جوان من كل سنة إلى لجنة التأمينات فإنها تفرض عليها غرامة تأخير تقدر بـ 10.000 دج.

- إذا منحت لها فرصة الاستفادة من تمديد لهذه المهلة، ورغم ذلك لم تلتزم بإرسال تلك التقارير فإن الغرامة تضاعف إلى 100.000 د ج.

- في حالة عدم إبلاغ لجنة الإشراف على التأمينات بمشاريع تعريفات التأمينات الاختيارية قبل تطبيقها، تتعرض شركات التأمين وإعادة التأمين إلى غرامة قدرها 1.000.000 د ج .

- غرامة تقدر بـ 1.000.000 د ج في حالة عدم حصول شركة التأمين وإعادة التأمين على تأشير لوثائقها التأمينية.

- عند مخالفة شركة التأمين وإعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية لتسعيرة التأمينات الإجبارية تتعرض لغرامة لا تتعدى 1 % من رقم الأعمال.

- عندما تخالف شركة التأمين أو إعادة التأمين أو فروع شركات التأمين الأجنبية الأحكام القانونية المتعلقة بالمنافسة فإنه تطبق غرامة تقدر بـ 10 % من رقم الأعمال.

2-الجزاء العقابي: يتعلق الأمر بالعقوبات المخولة للقاضي الجزائي تطبيقها والمقررة في قانون التأمين وفي القوانين الأخرى لاسيما قانون الممارسات التجارية. وتتمثل في:

- تتعلق بالعقوبات التي وقع على الأشخاص في حالة عدم التزامهم بالتأمينات الإجبارية المقررة في قانون التأمين والتي تتراوح بين الغرامات والحبس تطبيقاً لما تنص عليه المواد من 183 إلى 191. مع الإشارة أن الغرامات تدفع أغلبها لفائدة الخزينة العمومية وتحصل كما تحصل الضرائب المباشرة.

- تتعلق بالعقوبات المقررة في قانون الممارسات التجارية في حالة إدراج شركات التأمين وإعادة التأمين باعتبارها متعاملة اقتصادية للبنود التعسفية وكون ذلك يدخل في الممارسات غير النزيمية. وفي هذا الشأن تم إقرار عقوبة لا تتجاوز الغرامة من 50.000 دج إلى 5.000.000 دج عندما يتعلق الأمر بمخالفة العون الاقتصادي لالتزامه بعدم وضع بنود تعسفية في العقد الذي يبرمه مع المستهلك<sup>(35)</sup>.

3- الجزء المدني: يتعلق الأمر بالبطلان وهذا بصريح نص مواد قانون التأمين ومواد التقنين المدني التي تنص صراحة على بطلان كل عقد يحتوي على شروط تعسفية أو غير تلك المنصوص عليها قانوناً في بعض الحالات. فعلى سبيل المثال تنص المادة 622 من التقنين المدني على: يقع باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشّروط الآتية:

- الشّروط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت هذا المخالفة على جنابة أو جنحة عمدية. يبرّر هذا البطلان على أساس أن غالبية حوادث السيارات مثلاً تنجم عن مخالفة القوانين والنظم أي اللوائح. كما أنه من المسلم به هو جواز مسائلة المؤمن عن الخطر إذا وقع بخطأ المؤمن له غير العمدية أو نتيجة قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، وعدم جواز مساءلته عمّا يقع من المؤمن له عمداً أو غشّاً، ولو اتفق على غير ذلك.

- الشّروط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول. فهذا الشّروط أبطله المشرع في حالة وروده في وثيقة التأمين، ويبطل هذا الشّروط أياً كانت الصورة التي يرد عليها، أي سواء ورد ضمن الشّروط العامة المطبوعة أو في صورة

اتفاق خاص أو وضع بشكل ظاهر وواضح. فهذا الشرط يعد باطلا في جميع الحالات لأنه ينطوي على التعسف.

- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط. على أن يقتضي ذلك أن يطبع مثلا بحروف مغايرة وكبيرة إذا ورد في الشروط المطبوعة، أو بوضع خط تحته أو أن تكون مطبوعة بالأحمر.

- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

### الفرع الثاني: حدود الجزاء

من خلال الجزاءات المذكورة آنفا يتبين لها أهميتها خاصة في سبيل إعادة التوازن إلى عقد التأمين والقضاء على كل أشكال التحايل على القانون من قبل شركات التأمين وإعادة التأمين. فهذه الجزاءات يمكن اعتبارها أسلوب وقائي وعلاجي في نفس الوقت للحفاظ على النشاط التأميني وحيوية العمليات المالية التي تؤدي، ذلك هو المطلوب للحفاظ على النظام العام في المجال الاقتصادي. لذا فحدود هذه الجزاءات مرهون بطبيعة المخالفات المرتكبة والتي يمكن حصرها في:

1- الحد من ممارسة النشاط: وهذا عند التدخل لسحب التراخيص والاعتماد من شركة التأمين أو إعادة التأمين أي منعها من المواصلة في ممارسة النشاط. يعتبر هذا الإجراء من أخطر الإجراءات المتخذة في مجال التأمين، لأنها تقضي تماما على حياة شركات التأمين أو إعادة التأمين بوصفها أعوان اقتصادية في السوق، لذا فقد أحاطه المشرع بجملة من الشروط وحصره في حالات محددة هي مخافة تلك الشركات للأحكام القانونية وأن وضعيتها المالية غير مريحة أو أنها ستؤدي إلى إفلاسها أو عدم اكتتابها لعقود التأمين أو توقفه عن ممارسة النشاط أو نقص شرط من شروط الاعتماد بعد اكتشاف ذلك لاحقا<sup>(36)</sup>.

2- التقليل من النشاط: يعد التقليل من النشاط من الإجراءات المنفردة التي هي محصورة في بعض قطاعات النشاطات الاقتصادية على غرار قطاع التأمين والقطاع المصرفي، والذي يقصد به تدخل لجنة الإشراف على التأمينات لتفحص الأساليب

المستخدمة من قبل شركات التأمين في تسيير عقود التأمين وتقييم الأخطار والأنظمة المحاسبية المستخدمة<sup>(37)</sup>، وهذا في حالة التأكد من سوء استخدامها والتي ستضر بالمؤمن لهم.

3- الحد من حرية التصرف: يتعلق الأمر بغل يد شركات التأمين أو إعادة التأمين أو فروع شركات التأمين الأجنبية عن التصرف من أموالها في شكل الأصول التي تأسست عليها. من أمثلتها الأموال والسندات و القيم المنقولة يضاف إليها الأصول العقارية العينية التي تمتلكها شركات التأمين على التراب الوطني. وبالمقارنة هذا التدبير بالتدبير السابق المتعلق بتقليص النشاط نجد أنه لا يرقى إلى مرتبة التواصل في السوق وإنما يتعداها إلى مرتبة حظر حرية تلك الشركات في التصرف في أموالها التي تستخدمها للقيام بنشاطها لذلك فهو تدبير أكثر خطورة لأنه قد يقتضي تماما على مصير الشركة وإقصائها من التواجد في السوق كعقود اقتصادي. لكن ذلك يعد أمر طبيعي لأن المسألة تتعلق بمصالح المؤمن لهم وانتفاء الهدف من وجود تلك الشركات في السوق وهي مساعدة الأفراد على مواجهة مختلف الأخطار التي قد يتعرضون لها في شخصهم أو أموالهم.

4- محاولة التصدي لشروط العقد: يتعلق الأمر بتدخل القاضي لمحاولة إعادة التوازن إلى العقد من خلال تطبيق الجزاءات المقررة في حالة إدراج البنود التعسفية والمذكورة أعلاه.

### خاتمة

من خلال الدراسة نتوصل إلى نتيجة أساسية وهي أن النظام العام في مجال التأمين مسألة مفروضة من قبل التشريعات نظرا لأهمية التأمين في اقتصاديات الدول كمنشأ مالي حيوي، والدليل على ذلك أن أغلب نصوص قانون التأمين نصوص أمر واجب التطبيق والتنفيذ الأمر الذي يجعل مخالفتها مصحوب جزاءات ذي طبيعة شبه مشددة إن صح التعبير. وما يميز هذا النظام العام هو إرفاق تطبيق نصوصه بالرقابة التي توصف بأنها مشددة نوعا ما من خلال تدخل هيئات غير مألوفة ويتعلق الأمر بالسلطات الإدارية المستقلة إضافة إلى الهيئات التقليدية كالوزارة والقضاء مسألة تعبر عن تطبيق نظام عام قانوني اقتصادي استثنائي وحمائي الهدف منع ردع المخالفات والتأكيد على إخضاع الأشخاص إلى سلطان القانون.

يزداد إرفاق هذا النظام العام بجزاءات هي الأخرى تخضع الأشخاص إلى الأحكام القانونية بكل معطياته. غير أن ما يميز هذه الجزاءات هو استئثار العقوبات المالية الأمر الذي يتناسب مع خصوصية النشاط الاقتصادي إذ يثري خزينة الدولة بالأموال الأمر الذي يؤدي إلى إنعاشها. والحكمة من تغليب العقوبات المالية هو كون مرتكبها يخالفون الكسب المشروع ويلجئون إلى الكسب غير المشروع لذا فهذه العقوبات هي كبيرة وشديدة للخزينة المالية لمرتكب المخالفات سواء بالنسبة لشركات التأمين أو إعادة التأمين أو بالنسبة للأشخاص الملزمين بالتأمين.

غير أن ما يرهن تطبيق هذا النظام العام في مجال التأمين هو عدم تطبيقه من الناحية العملية بالنسبة لبعض مجالات التأمين خاصة التأمينات الإلزامية لاسيما التأمين ضد الكوارث الطبيعية إذ تم التصريح بعدم وجود ثقافة التأمين للمواطن الجزائري في التأمين ضد هذه الكوارث الطبيعية مسألة تجعل من تطبيق النظام العام مسألة نسبية وغير فعلية في أرض الواقع.

## الهوامش

- <sup>1</sup> - وقد ورد تعريف التأمين في القانون الجزائري في المادة الثانية من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بتأمينات، معدل ومتمم، ج ر العدد 13.
- <sup>2</sup> - وقد ورد تعريف التأمين في القانون الجزائري في المادة الثانية من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بتأمينات، معدل ومتمم، ج ر العدد 13.
- <sup>3</sup> - جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص.37.
- <sup>4</sup> - وهو ما تؤكد عليه المادة 70 من التقنين المدني التي تنص على: « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيه » أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26/09/1975، يتعلق بالقانون المدني، معدل ومتمم، [www.joradp.dz](http://www.joradp.dz).
- <sup>5</sup> - عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقد التأمين: حقيقته ومشروعيته، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص.264.
- <sup>6</sup> - تنص المادة 110 من التقنين المدني على: « إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما يقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ». أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

- 7 - حيث تم ترك ستة مواد فقط في إطار التقنين المدني وهي من المادة 519 إلى المادة 525 تولت تعريف عقد التأمين وبعض الشروط والأحكام البسيطة تاركة التفاصيل الأخرى للقوانين الخاصة بالتأمين.
- 8 - عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، مرجع سابق، ص. 264.
- 9 - فالمادة الأولى من قانون المنافسة الجزائري تنص صراحة على أن الهدف من إصدار النص هو تشجيع المنافسة وحماية المستهلكين. أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، ج ر العدد 43.
- 10 - حيث تم بموجب قانون الممارسات التجارية الجزائرية تخصيص فصل كامل تحت عنوان "الممارسات التعاقدية التعسفية". قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23/06/2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، معدل ومتمم، ج.ر العدد 41، ل 27/06/2004.
- كما تم إنشاء لجنة للبند التعسفية بموجب المرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10/09/2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبند التي تعتبر تعسفية، معدل ومتمم، ج.ر العدد 56 لـ 11/09/2006.
- 11 - ظهير شريف رقم 1-02-238 صادر في 03 أكتوبر 2002 بتنفيذ قانون رقم 99-17 المتعلق بمدونة التأمينات.
- 12 - عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، مرجع سابق، ص. 265.
- 13 - المواد من 163 إلى 173 من الأمر رقم 95-07، مرجع سابق.
- 14 - المادة 184 من الأمر نفسه.
- 15 - أمر رقم 03-12 مؤرخ في 26 غشت سنة 2003 يتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض الضحايا، ج ر العدد 52.
- 16 - أمر رقم 74-15 مؤرخ في 30 يناير سنة 1974 يتعلق بالزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار، معدل ومتمم، ج ر 15.
- 17 - عبد الغني بيوني عبد الله، أصول علم الإدارة العامة، دراسة الأصول ومبادئ علم الإدارة العامة في الإسلام والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا ومصر ولبنان، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص. 404.
- 18 - المادة 210 التي تنص على: «...تتأكد من أن هذه الشركات تفي بالتزاماتها ومازالت قادرة على الوفاء بالالتزامات التي تعاقدت عليها اتجاه المؤمن لهم»، الأمر رقم 95-07، مرجع سابق.
- 19 - BIGOT Jean, Droit des assurances : Entreprise e Organismes d'assurance, 2<sup>ème</sup> Edition, DELTA, 2000, P. 418.
- 20 - Idem.
- 21 - لمزيد من التفاصيل حول طبيعة لجنة الإشراف على التأمينات وعملها: راجع كل من: - إرزيل الكاهنة، دور لجنة الإشراف على التأمينات في ضبط سوق التأمين، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول لسنة 2011، من ص. إلى ص.
- ZOUAMIA Rachid, Les autorités de régulation financière en Algérie, Belkeise édition, Alger, 2013
- 22 - المادة 218 من الأمر رقم 95-07، مرجع سابق.

- 23 - تنص المادة 110 من التقنين المدني الجزائري على: «إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المدعى منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك». أمر رقم 58-75، مرجع سابق.
- 24 - تنص المادة 23 من قانون الاستهلاك على: عندما يتعرض مستهلك أو عد مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن جمعيات حماية المستهلك أن تتأس كطرف مدني. أمر رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد 15.
- 25 - المواد من 6 إلى 8 من مرسوم تنفيذي رقم 06-306، مرجع سابق.
- 26 - حملاجي جمال، دور أجهزة الدولة في حماية المستهلك على ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة أمجد بوقرة، بومرداس، 2005 - 2006، ص 41.
- 27 - برغوتي وليد، تقييم خدمات جودة التأمين وأثرها على الطلب في السوق الجزائرية (1995-2009) -دراسة تطبيقية للشركة الجزائرية للتأمينات -SAA-، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاد التنمية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013-2014، ص. 25.
- 28 - المادة 210 من قانون رقم 04-06 مؤرخ في 20/02/2006، يعدل ويتم الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات، ج ر العدد 15.
- 29 - المادة 210 المعدلة بموجب القانون رقم 04-06، مرجع سابق.
- 30 - المادة 212 مكرّر المدرجة بموجب القانون رقم 04-06 المعدل للأمر رقم 95-07، مرجع سابق.
- 31 - المادة 218 من القانون نفسه.
- 32 - المادة 204 مكرر 3 من القانون نفسه.
- 33 - المادة 227 من الأمر رقم 95-07، مرجع سابق.
- 34 - BUISSON J., « Sur le recouvrement des sanctions pécuniaires infligées par une A.A.I », R.F.D.A, N° 4, 1991, p. 633 et 634.
- 35 - المادة 38 من قانون رقم 02-04، مرجع سابق.
- 36 - المادة 220 من الأمر رقم 95-07، مرجع سابق.
- 37 - بلال نورة، ضبط قطاع التأمينات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق وز العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص.ص. 81-82.

## موافقة وزير المالية على أنظمة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة حفاظا على النظام العام المالي

Dr. TOUATI Nacira  
Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques, Université de Bejaia, Algérie.

د. تواتي نصيرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية،  
جامعة بجاية، الجزائر.

### مقدمة

بعد إحتكار الدولة للنشاط الإقتصادي، وقبل تبني الإصلاحات الإقتصادية، كانت الدولة عن طريق سن ووضع القوانين من طرف أجهزتها هي صاحبة الإختصاص في وضع ما يعتبر من النظام العام بمفهومه العام والتقليدي والسهر على الحفاظ عليه، لكن أمام التحولات العديدة التي عرفها دور الدولة و ظهور السلطات الإدارية المستقلة التي تتولى مهمة ضبط عدة قطاعات إقتصادية ومالية، نجد تغير وتحول في النظام العام التقليدي و ظهور أنظمة عامة متعددة في قطاعات مختلفة .

فبعد إنفراد السلطة التنفيذية بسلطة إصدار أنظمة تتمتع بطابع إلزامي، حيث يلتزم المخاطبين بها بضرورة مراعاتها والخضوع لها بعد نشرها في الجريدة الرسمية، نجد إمكانية ممارسة السلطة التنظيمية من طرف جهات أخرى غير السلطة التنفيذية، تتمثل في بعض من السلطات الإدارية المستقلة .

من بين هذه السلطات الإدارية المستقلة التي خولها المشرع الجزائري سلطة إصدار أنظمة نجد كل من مجلس النقد والقرض في المجال المصرفي ولجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة في المجال البورصي .

يرجع هدف ممارسة السلطة التنظيمية من طرف الوزير الأول ورئيس الجمهورية إلى حماية المصلحة العامة، كما يتبلور هدف سلطات الضبط المستقلة من خلال ممارستها للسلطة التنظيمية في السهر على حسن سير المعاملات أي حماية مصلحة السوق وحماية المتعاملين تبعاً لطبيعة مجال ضبط هذه السلطات.

على ضوء هذه المعطيات نتساءل عن كيفية مساهمة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات

البورصة في وضع معالم النظام العام المالي و طرق حمايته؟



## المبحث الأول : وجود نظام عام مالي في مجال سوق الأوراق المالية

بالرجوع إلى الوضع في فرنسا وإلى غاية 1988 ، لم يكن للنظام العام المالي أي وجود، حيث كان مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية ترتب مسؤولية مدنية، كما كان القاضي يفضل تطبيق القانون الخاص في مجال البورصة<sup>1</sup>.  
لكن إبتداء من 1988، تمّ الإعتراف من طرف المحاكم بوجود نظام عام مالي وذلك عبر عدة قرارات قضائية صادرة في الموضوع<sup>2</sup>.

يمكن إعتبار الأنظمة الصادرة في مجال سوق الأوراق المالية من نظام عام خاص يسمى بالنظام العام المالي ، إذا كانت هذه القواعد ضرورية ولإلزامة لضمان حماية المبادئ القانونية التي يعتمد عليها السير الحسن لأسواق الأوراق المالية، من بين هذه المبادئ نذكر مبدأ المساواة بين المستثمرين أمام المعلومة المالية ( المطلب الأول) ومبدأ الشفافية (المطلب الثاني) ، ومبدأ الوساطة (المطلب الثالث).

**المطلب الأول : الطبيعة الآمرة لمبدأ المساواة في معاملة المستثمرين أمام المعلومة المالية**  
بالرجوع إلى القانون المنظم لبورصة الأوراق المالية ، نلمس عدة قواعد قانونية من طبيعة آمرة ، لا يمكن الإتفاق على مخالفتها ، وفي حالة وجود مثل هذا الإتفاق تترتب جزاءات وعقوبات على مخالفتها.

تتولى لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة مهمة تنظيم سوق القيم المنقولة ومراقبتها ، بالسهر خاصة على :

- حماية الإدخار المستثمر في القيم المنقولة أو المنتوجات المالية الأخرى التي تتم في إطار اللجوء العلني للإدخار.

- السير الحسن لسوق القيم المنقولة وشفافيتها<sup>3</sup>.

بمعنى هذه المهام هي التي تترجم وجود نظام عام مالي .

تعتبر القواعد القانونية المجسّدة لمبدأ المساواة أمام المعلومة المالية من النظام العام المالي لأنها ضرورية ولإلزامة لضمان فعالية المعاملات على مستوى السوق المالية ويترب على الإخلال بها ترتيب جزاء أو عقوبة على مخالفتها .

## الفرع الأول: مضمون مبدأ المساواة أمام المعلومة المالية

يرتبط مبدأ المساواة بين المستثمرين بالمعلومة المالية، فالمصدر ملتزم تجاه الجمهور بمعنى - المدخرين - بالالتزام خاص بالمعلومة، فتعتبر إذن عملية نشر معلومة كاملة حول القيم المنقولة و مصدرها، بمثابة وسيلة فعالة لتقوية وزيادة ثقة الجمهور من جهة، وتحقيق السير الحسن وتطوير الأسواق المالية من جهة أخرى<sup>4</sup>.

يندرج هذا المبدأ ضمن النظام العام الحمائي، حيث الهدف منه هو حماية الطرف الضعيف والمتمثل في صغار المساهمين.

يتضمن مبدأ المساواة أمام المعلومة المالية توجيه نفس المعلومة المالية للجميع دون تمييز، بمعنى مهما كانت صفة أو طبيعة المستثمر، وكذلك يجب أن يوجه الإعلام إلى الجمهور في نفس الوقت كذلك<sup>5</sup>، بمعنى مراعاة عنصر حجم المستثمرين ومراعاة عنصر الزمن.

تم تكريس هذا المبدأ في تعليمة "transparente"، كما تمّ ذكره في عدة مناسبات، ضمن النظام العام لسلطة سوق الأوراق المالية الفرنسية "AMF"<sup>6</sup>، وتجسيدها مبدأ المساواة في معاملة المستثمرين تجاه المعلومة المالية، تمّ تجريم كلّ إستغلال في معلومة إمتيازية.

### الفرع الثاني: موضوعية وخصوصية نظام جنحة إستغلال المعلومة الإمتيازية كأثر لخرق مبدأ المساواة بين المستثمرين

لقد كرّس المشرع الجزائري جريمة إستغلال المعلومة الإمتيازية في ظل المرسوم التشريعي رقم 10-93، وأبقى المشرع عليها حتى في إطار القانون رقم 04-03، ويعود ذلك إلى شدة خطورتها وتأثيرها على حماية مصالح المستثمرين والإدخار العام و مصلحة السوق بأكمله.

ككّل جريمة، وتطبيقا للمبادئ العامة في القانون الجنائي، فكل جريمة تقوم على ثلاث أركان، الركن الشرعي، الركن المادي، الركن المعنوي.

### أولا - الركن الشرعي

يجد الركن الشرعي لجريمة استغلال معلومات إمتيازية أساسه في أحكام المادة 60 من المرسوم التشريعي رقم 10-93 معدّل ومتمّم والتي تجرّم الفعل.

يتمثل الغرض من تجريم هذا الفعل في حماية السوق من الإختلالات التي قد تحدث بسبب التلاعب بهذه المعلومات وحماية المستثمرين خاصة صغار المدخرين.

### ثانيا - الركن المادي

يتمثل الركن المادي للجريمة في إنجاز عملية أو عدة عمليات في السوق المالية أو التعمّد بالسماح بإنجازها إمّا مباشرة أو عن طريق شخص مسخر لذلك بعد الإطلاع على معلومات إمتيافية ، تحصل عليها بمناسبة ممارسة مهنته أو وظيفته.

### ثالثا - الركن المعنوي

يعتبر الركن المعنوي في جنحة استغلال معلومات إمتيافية مفترض، حيث لا يطلب القاضي إثبات القصد الجنائي بل يفترض سوء نية المستغل بمجرد إتجاهه لإصدار أمر بالبيع أو الشراء إثر علمه بالمعلومات الإمتيافية التي لم تصل بعد إلى علم الجمهور، وهذا ما يظهر جليا في أحكام المادة 60 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 "كل شخص تتوفر له... فينجز بذلك عملية أو عدة عمليات...".

بجانب جنحة استغلال معلومات إمتيافية، تتواجد جنح أخرى لا تقل أهمية عنها، نظرا لخطورتها وأثارها على السوق المالية ككل.

### المطلب الثاني: الطبيعة الأمرة لمبدأ الشفافية

تمّ النص على هذا المبدأ، ضمن أحكام المادة 2-222 من النظام العام لسلطة سوق الأوراق المالية الفرنسية، ويعود تطبيق هذه الأحكام ووضعها حيّز النفاذ إلى صلاحيات سلطات الضبط، حيث تتولى سلطة سوق الأوراق المالية الفرنسية السهر على إعلام المستثمرين، وتراقب مدى تنفيذ مصدري الأوراق المالية لالتزامهم بالإعلام والمعلومة الموجهة للجمهور<sup>7</sup>.

### الفرع الأول: إلزام مصدر الأوراق المالية بالإعلام

إنّ عمليات الإعلان العلني للإدخار سواء كانت الإدخال في البورصة أو الرفع من رأسمال الشركة ترتب على عاتق الأشخاص الذين يقومون بها إلزام خاص بالإعلام.

## أولاً : إلزام المصدر بتقديم بيان إعلامي حسب القانون المالي الفرنسي

يشترط هذا البيان بمناسبة كل عمليات الإعلان العلني للإدخار، يقدمها المصدر بالآليات المنصوص عليها حسب تعليمات سلطة سوق القيم المنقولة، تخضع لرقابتها وينشر بين الجمهور.

يتضمن البيان الإعلامي، كل المعلومات اللازمة للمستثمرين لمعرفة نشاط، الوضعية المالية، نتائج المصدر والحقوق المتعلقة بالأوراق المالية. يخضع البيان الإعلامي للرقابة السابقة لسلطة سوق الأوراق المالية عن طريق منح التأشيرة، ولهذه السلطة صلاحيات طلب تفسيرات، توضيحات، وأي تعديل من طرف الشخص المصدر.

## ثانياً : إلزام المصدر بتقديم مذكرة إعلامية حسب قانون البورصة الجزائري

وضع المشرع الجزائري هو الآخر على عاتق الشخص المصدر إلزام بالإعلام، نظراً لما تلعبه المعلومات من دور هام في سبيل حماية المستثمرين في الأوراق المالية، وضمان الشفافية والسير الحسن لسوق رؤوس الأموال، وتظهر أهمية هذه المعلومات خاصة في مساعدة المستثمرين في اتخاذ قرارهم المتمثل في عرض رؤوس أموالهم وفوائض سيولتهم داخل البورصة لاستثمارها، كما تساعد اللجنة في اتخاذ قراراتها، خاصة في مواجهة المصدرين سواء بالقبول أو بالرفض.

إشترط المشرع الجزائري في المعلومات المقدمة للجمهور أن تكون صحيحة، دقيقة وواضحة، فيشترط القانون على كل شركة أو مؤسسة عمومية، تقوم بإصدار قيم منقولة باللجوء العلني إلى الإدخار، وضع مذكرة ترمي إلى إعلام الجمهور، من بين أهم المعلومات التي تحتويها المذكرة الإعلامية تلك المتعلقة بالوضعية المالية للمصدر، تطور نشاطه موضوع العملية المزمع إنجازها... الخ<sup>8</sup>.

أجاز القانون للجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة إمكانية توجيه طلب للمصدر بغية توضيح المعلومات المقدمة، وتعديلها، وإتمامها، أو تحيينها، كلما اقتضت حماية المستثمر ذلك<sup>9</sup>.

## الفرع الثاني: ترتيب مسؤولية المصدر عند إخلاله بالالتزام بالإعلام

إنّ إخلال الشخص المصدر بالالتزام القانوني المتعلّق بالإعلام، يسمح لسلطات ضبط السوق من توقيع عقوبات عليه، وتختلف طبيعة مسؤولية المصدر، لتتراوح بين المسؤولية الإدارية، الجنائية وحتى المدنية.

### أولاً: المسؤولية الإدارية للمصدر

إنّ إخلال المصدر بالالتزام بالإعلام، مسألة تمسّ بحماية المستثمرين والسير الحسن للسوق، باعتبار أنّ هذا الالتزام المفروض على المصدر والمتعلّق بالإعلام يهدف إلى ضمان حماية المستثمرين والسير المنتظم لمعاملات السوق.

بالرجوع إلى أحكام التقنين النقدي والمالي الفرنسي نجد أنّ المشرّع الفرنسي حوّل لسلطة السوق المالية "AMF" سلطة توقيع عقوبات على كل شخص مقيم على الإقليم الفرنسي أو في الخارج، قام أو حاول القيام بكل فعل قد يمسّ بحماية المستثمرين والسير الحسن للسوق مثل نشر معلومات خاطئة وسط الجمهور، كل مناوره يهدف عرقلة السير المنتظم لسوق القيم المنقولة من خلال تظليل الغير.

تترتب مسؤولية المصدر كلّما كانت المعلومة الواجب نشرها وسط الجمهور غير صحيحة ولا دقيقة وغير صادقة، بمعنى أنّ المصدر خالف أحكام المادة 223-1 من النظام العام لسلطة السوق المالية، كما تنشأ مسؤولية المصدر عندما لا يقوم بإيصال وإرسال المعلومة ونشرها وسط الجمهور.

### ثانياً: المسؤولية الجزائية للمصدر

إنّ إخلال الشخص المصدر أو أعضائه بالالتزام المتعلّق بالإعلام أمر من شأنه ترتيب مسؤوليتهم الجزائية إذ كوّن هذا الإخلال جنحة معاقب عليها، مثل عدم مطابقة الحسابات السنوية للشركة لنتائج أعمالها، ولوضعيتها المالية. بجانب هذه الجنح المتعلّقة بتقديم حسابات غير دقيقة وغير صحيحة، يمكن للشركات المصدرة وأعضائها أن يكونوا مرتكبين لجرائم أخرى مصنفة ضمن تلك المتعلّقة بالتعصّف في السوق abus de marché

### المطلب الثالث: الطبيعة الأمرة لمبدأ الوساطة

إضافة إلى كل من مبدأي المساواة والشفافية السابق الإشارة إليها ، يعتمد تنظيم سوق الأوراق المالية على مبدأ آخر ذو طابع إلزامي والمتمثل في مبدأ الوساطة المالية والذي يعتبر جوهر النظام العام المالي<sup>10</sup>.

#### الفرع الأول: إلزامية مبدأ الوساطة

إن تواجد كل من المصدر والمستثمر على مستوى سوق الأوراق المالية ، أمر غير كاف لإجراء المعاملات على الأوراق المالية، وإنما لابد من ضرورة وجود شخص ثالث يتوسط بين الطرفين السابقين، هذا الشخص يتمثل في الوسيط، يسمح بتلاقى المتدخلين، وكذا بحركة القيم المنقولة مقابل عمولة. فالإلتزام بالوساطة مسألة مفروضة على كل شخص يرغب في إجراء عمليات تداول أوراق مالية على مستوى البورصة<sup>11</sup>.

وعليه فلا يمكن تصور قيام معاملات على مستوى السوق المنظمة دون وساطة ، حيث كل معاملة تمت دون وسيط تعتبر باطلة ولا أثر لها أي مخلة بالنظام العام المالي .

#### الفرع الثاني: إتجاه الوساطة إلى حماية مصلحة السوق

لا تنحصر أهمية الوساطة في توفير السيولة المالية للمستثمرين فقط، وإنما تتعدى ذلك، حيث تساهم في تسهيل ومرونة المعاملات، وتخفيض الأسعار<sup>12</sup>.

#### أولاً: حماية المستثمرين

إن اللجوء إلى الشخص الوسيط قصد تنفيذ عملية بيع وشراء قيم منقولة على مستوى البورصة يشكل ضماناً للمستثمرين، هؤلاء الذين يفتقدون إلى الخبرة الكافية في مجال الاستثمار في القيم المنقولة، فحتى لا يقعوا ضحية المضاربين المحترفين، أوجبت قوانين البورصة ضرورة تدخل أشخاص يتمتعون بهذه الخبرة – الوسطاء – تحكمهم قوانين خاصة تضبط قواعد ممارستهم لمهامهم<sup>13</sup>.

#### ثانياً: حماية الإقتصاد

يساهم الوسيط كذلك في تحقيق أهداف أخرى، أهمها حماية الإقتصاد، عن طريق حماية المستثمرين الممولين للمشروعات الإنتاجية في المجالات المختلفة، بالإضافة إلى تقوية الثقة في البورصة، بتشديد عمل الوسطاء – بعد أن منحت لهم بعض الحقوق – للوفاء بالإلتزامات المفروضة عليهم في المواعيد المحددة.

### الفرع الثالث: ترتيب عقوبات عند الإخلال بالالتزام الوساطة

ما يدعّم كذلك إعتبار الإلتزام بالوساطة ضمن النظام العام المالي، ترتيب جزاءات على الشخص الوسيط عند عدم مراعاته للإلتزامات الواقعة على عاتقه، سواء كانت هذه الأخيرة منظمة عن طريق النصوص التشريعية والتنظيمية أو من قواعد أخلاقيات المهنة . إذن تتواجد ضمن الأنظمة الصادرة من لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة عدة أحكام تفصيلية لنصوص تشريعية صادرة ، تبين وجود نظام عام مالي ، إلا أن هذا النظام العام المالي ومسألة الحفاظ عليه لا تنفرد بها فقط سلطات ضبط الأسواق المالية ، بحجة أن الدولة تتدخل دائما في تطبيق مهمة الضبط لتشارك في وضع والحفاظ على النظام العام المالي ، لكن بدرجات متفاوتة بين التشريعات .

المبحث الثاني: مساهمة وزير المالية على أنظمة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة حفاظا على النظام العام المالي عن طريق إجراء الموافقة

لقد خوّل المشرع الجزائري للجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة سلطة إصدار أنظمة في مجال بورصة القيم المنقولة وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة<sup>1</sup> ، وفعلا عمدت لجنة البورصة إلى إعداد وإصدار العديد من الأنظمة في هذا المجال.

إلا أن هذه القواعد التي تضعها و تعدّها لجنة البورصة لا تكتسب صفة الأنظمة إلا بعد إجراء الموافقة الذي يبديه وزير المالية ، بمعنى دون هذا الإجراء تبقى النصوص مجرد مشاريع أنظمة وليست أنظمة بمعناها الحقيقي .

وقبل دراسة كيفية مساهمة وزير المالية في الحفاظ على النظام العام المالي لا بأس أن نتعرض إلى خصوصية السلطة التنظيمية للجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة .

#### المطلب الأول: خصوصية السلطة التنظيمية للجنة البورصة

ما يميّز السلطة التنظيمية التي تمارسها لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة في القطاع البورصي ومجلس النقد والقرض في القطاع المصرفي هو تحديد وحصر مجالها خلافا لتلك التي يمارسها الوزير الأول التي يمتد مجالها إلى عدة قطاعات ، الأمر الذي جعل بعض المؤلفين يصفون الطابع الخاص للسلطة التنظيمية التي تمارسها السلطات

## الإدارية المستقلة والطابع العام بشأن السلطة التنظيمية التي يمارسها الوزير الأول في الدولة<sup>2</sup>

من بين المجالات التي سمح المشرع الجزائري للجنة البورصة إصدار أنظمة نذكر:

- رؤوس الأموال التي يمكن استثمارها في عمليات البورصة.
  - اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة والقواعد المهنية المطبقة عليهم.
  - نطاق مسؤولية الوسطاء ومحتواها والضمانات الواجب الإيفاء بها تجاه زبائنهم.
  - الشروط والقواعد التي تحكم العلاقات بين المؤتمن المركزي على السندات والمستفيدين من خدماته.
  - القواعد المتعلقة بحفظ السندات وتسيير وإدارة الحسابات الجارية للسندات.
  - القواعد المتعلقة بتسيير التسوية وتسليم السندات.
  - شروط التأهيل وممارسة نشاط حفظ وإدارة السندات<sup>14</sup>.
- ونشير في هذا الصدد إلى أنّ المشرع الجزائري لم يكتف بهذه المجالات، إنّما أبقى على تلك المجالات المذكورة سابقا ضمن المادة 31 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، وذلك عن طريق إصدار إستدراك في هذا الشأن يتضمن المجالات التالية:
- الشروط الخاصة بأهلية الأعوان المرخص لهم بإجراء مفاوضات في مجال البورصة الإصدار في أوساط الجمهور .
  - قبول القيم المنقولة للتفاوض بشأنها وشطبها وتعليق تحديد أسعارها .
  - تنظيم عمليات المقاصة.
  - الشروط التي يتفاوض ضمنها حول القيم المنقولة في البورصة ويتم تسليمها.
  - تسيير حافظات القيم المنقولة وسنداتها المقبولة في البورصة.
  - محتوى الشروط الإلزامية الواجب إدراجها في عقود التفويضات بين الوسطاء في عمليات البورصة وزبونهم.
  - العروض العمومية لشراء القيم المنقولة.
  - القيام دوريا بنشر المعلومات التي تخص الشركات المحددة أسعار قيمتها<sup>15</sup>.



إذن خارج هذه الدائرة لا تملك اللجنة أي وجه حق في إصدار أنظمة، الأمر الذي يجعل من سلطتها التنظيمية الطابع الخاص أو المحدّد أو المحصور والمقيّد .

وما يدعّم كذلك الطابع الخاص للسلطة التنظيمية التي تمارسها لجنة البورصة ضرورة خضوع أنظمة هذه الأخيرة لإجراء الموافقة الذي يبيده وزير المالية ، الأمر الذي لا نجده على مستوى السلطة التنظيمية العامة التي يمارسها الوزير الأول في الدولة .

#### المطلب الثاني : البعد القانوني لإجراء الموافقة

تختلف التشريعات في المصطلح المستعمل ، ففي حين نجد المشرع الفرنسي يستعمل عبارة المصادقة "homologation" ، نجد المشرع الجزائري يستعمل عبارة الموافقة والتي تقابلها باللغة الفرنسية تسمية "approbation" . مع الإشارة إلى أن كل مفهوم يختلف عن الآخر .

#### الفرع الأول : إختلاف موقف التشريعات بشأن إتخاذ تسمية المصادقة أو الموافقة

يعتبر كل من إجراء المصادقة من جهة ( homologation ) والموافقة من جهة أخرى ( approbation ) آليات أولى لممارسة الرقابة على السلطة التنظيمية المخولة لسلطات الضبط .

#### أولاً: موقف المشرع الفرنسي

لا يمكن تصوّر فرض وإلزامية النظام العام لسلطة السوق المالية "AMF" على المتدخلين في السوق، دون تدخل وزير الإقتصاد .

بالرجوع إلى القانون الفرنسي وبالخصوص المادة 6-621 من التقنين النقدي والمالي منه نجد أنّ سلطة السوق المالية AMF تتخذ نظاماً عاماً، ينشر في الجريدة الرسمية بعد المصادقة عليه بموجب قرار من طرف الوزير المكلف بالإقتصاد .

وتجدر بنا الإشارة في هذا الموضوع إلى عدم إعتبار آلية المصادقة بمثابة تقنية جديدة في المجال المالي، حيث كان كل من مجلس السوق المالي (CMF)، وقبله كل من مجلس بورصة القيم (CBV) ومجلس السوق لأجل (CMT) يخضعون إلى إجراء المصادقة من طرف وزير الإقتصاد والمالية، عند إعدادهم لنظامهم العام<sup>16</sup> .

كما كانت أنظمة لجنة عمليات البورصة (COB) تخضع كذلك إلى ضرورة مصادقة وزير الإقتصاد والمالية على أنظمتها، وذلك طبقا لنص المادة 6-621 من التقنين النقدي والمالي<sup>17</sup>.

نفس الوضع أبقى عليه المشرع الفرنسي عند إنشائه لسلطة السوق المالية "AMF" بموجب قانون الأمن المالي لسنة 2003.

### ثانيا: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى أحكام القانون المنشئ لبورصة القيم المنقولة الجزائرية، نجد أنه تتم الموافقة على اللوائح التي تسنها اللجنة عن طريق التنظيم، وتُنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مشفوعة بنص الموافقة<sup>18</sup>.

وفعلا تم إصدار التنظيم المتعلق بمثل هذه الأحكام، حيث تطبيقا للمادة 32 من المرسوم التشريعي رقم 10-93، السابقة الذكر، فإن أنظمة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، يوافق عليها الوزير المكلف بالمالية<sup>19</sup>.

هكذا إذن يعتبر تدخل الوزير المكلف بالمالية عن طريق إبداء موافقته على الأنظمة التي تعدّها اللّجنة بمثابة رقابة سابقة، إذ بإمكان هذا الوزير رفض الموافقة على تلك الأنظمة خاصة إذا لم تحترم اللجنة المجالات المخصصة لها.

الأمر الذي يؤدي إلى زوال أثرها وعدم دخولها حيّز النّفاذ، بحجة أنّ دون اجراء موافقة وزير المالية، تبقى النصوص التنظيمية التي وضعتها اللجنة مجرد مشاريع غير قابلة للتطبيق ولا للتنفيذ ومجرّدة من أية قوّة إلزامية.

وعلى ضوء هذه المعطيات نتوصل إلى مشاركة ومساهمة وزير الإقتصاد حسب التشريع الفرنسي ووزير المالية حسب القانون الجزائري في الحفاظ وحماية النظام العام المالي كما يمكن للقاضي المساهمة في تطبيق النظام العام المالي .

### الفرع الثاني: تمييز إجراء المصادقة عن المصطلحات المشابهة له

يتساءل كل من MERKIN و SAINT MARS على الحقيقة التي تخفيها تقنية المصادقة، فهل يعتبر إجراء المصادقة مجرد تسجيل (enregistrement) أم، هو بمثابة حق الفيتو يستعمله الوزير؟

توصل المؤلفين المذكورين أعلاه، بعد دراسة وتحليل إلى إستبعاد كل من التسجيل وحق الفيتو ضمن مفهوم آلية المصادقة .

#### أولاً: تمييز المصادقة عن التسجيل

حسب رأي المؤلفين المذكورين أعلاه ، فلا تعتبر تقنية المصادقة مجرد تسجيل ، لأنّ الوزير يراقب ويتأكد من جهة، بأنّ سلطة السوق المالية "AMF" تتصرّف في إطار إختصاصها باتخاذ نظام عام، ومن جهة أخرى، نلمس مطابقة النظام العام للمبادئ العامة المتعلقة بالمساواة ومراعاة الصالح العام، المفروضة على الإدارة.<sup>20</sup>

#### ثانياً: تمييز المصادقة عن حق الفيتو

لا يمكن تشبيه "المصادقة" بحق الفيتو، بحجة أنّ القانون يؤهل AMF لوحدها في اتخاذ النظام العام ، وأن رفض المصادقة من طرف وزير الإقتصاد أمر لا يسمح لهذا الأخير من إنتزاع وسحب السلطة التنظيمية من يد سلطة السوق المالية (AMF).<sup>21</sup>

#### ثالثاً: تمييز المصادقة عن الموافقة

لا وجود لمعيار حاسم وفعال لتمييز كلا المفهومين ، لكن رغم التشابه القريب جدا بين كلا المصطلحين إلا أننا نلمس بعض الفوارق بينهما ، حيث يصنف إجراء المصادقة في آخر درجة من تدرج أعمال رقابة السلطة العامة<sup>22</sup> ، أما الموافقة فهو أكثر تقييد منه، حيث يبقى إجراء المصادقة ضروري لدخول النص أو النظام حيّز النفاذ ، عن طريق نشره في الجريدة الرسمية ، بينما غياب إجراء الموافقة يجعل النص مجرد مشروع نظام ولا يرتق إلى درجة النظام بشكل فعلي وحقيقي، بالتالي عدم إمكانية تطبيقه ولا نشره في الجريدة الرسمية

كما تجدر بنا الإشارة إلى أن إجراء الموافقة أو المصادقة يجتمعان في كون أن الجهة التي تمنح إحدى هذين الإجراءين لا تملك الحق في تعديل القواعد المعروضة عليها ، بل تتمتع بسلطة القبول أو الرفض فقط<sup>23</sup> .

#### رابعاً: تمييز المصادقة عن الإعتماد

يفرض إجراء الإعتماد ضرورة إلزام القيام بعمل لفائدة المخاطب به ، ويبرز هذا الإجراء خاصة عند الرغبة في الإلتحاق ببعض الوظائف أو المهام ، مثل ضرورة الشخص

الحصول على إتماد قصد ممارسة أعمال الوساطة في بورصة الأوراق المالية ، خلافا للمصادقة الذي لا يستوجب مثل هذه الأحكام .

#### خامسا: تمييز المصادقة عن الترخيص

يعتبر إجراء الترخيص من بين آليات الرقابة القبلية ، حيث يمنح هذا الإجراء دائما مسبقا ، خلافا لإجراء المصادقة الذي يستلزم إتباعه بعد إعداد ووضع الأنظمة. ضف إلى ذلك فإن إجراء المصادقة في الغالب يمنح للإتحاق بالسوق مثل ضرورة حصول الشخص المصدر على ترخيص قصد إصدار قيمه المنقولة في السوق الأولية أو قبول قيمه المنقولة للتداول في بورصة الأوراق المالية .

#### خاتمة

من خلال ما سبق عرضه ، نتوصل إلى أن الأنظمة التي تصدرها سلطات ضبط الأسواق المالية تساهم بقدر كبير في تحقيق وحماية النظام العام المالي ، وذلك لوجود تلك القواعد القانونية ذات الطبيعة الأمرة والتي يترتب على مخالفتها ترتيب جزاء ومن أهم هذه القواعد تلك التي تجسد مبدأ الشفافية والنزاهة في عمليات البورصة ومبدأ المساواة بين المستثمرين أمام المعلومة المالية .

لكن هذه النصوص والقواعد القانونية التي تضعها لجنة البورصة حسب التشريع الجزائري لا ترتق إلى صيغة الأنظمة بمعناها الفعلي والحقيقي وبالتالي مساهمتها في الحفاظ على النظام العام المالي أو البورصي إلا بعد تدخل ومشاركة وزير المالية عن طريق إبداء موافقته على ذلك .

هكذا إذن نلمس مساهمة وزير المالية عن طريق إجراء الموافقة على مشاريع أنظمة لجنة البورصة في الحفاظ على النظام العام المالي وكذا مساهمة وزير الإقتصاد الفرنسي عن طريق إجراء المصادقة على أنظمة سلطة السوق المالية الفرنسية .

مع الإشارة إلى إعتبار أن دور سلطة السوق المالية الفرنسية أكثر بروز وفعالية في تجسيد وحماية النظام العام المالي مقارنة بلجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة الجزائرية التي لا تزال تعتمد على تدخل الدولة في الحفاظ على هذا النظام .

إذن نتوصل إلى القول أن رغم تغيير دور الدولة ورغم إنشاء سلطات تتولى مهمة ضبط الأسواق عن طريق الإعتراف لها بعدة وظائف ورغم إمكانية خلق نظام عام مالي، إلا أن الدولة تبقى تتدخل في إنشاء هذا النظام وفي الحفاظ عليه .

## الهوامش

<sup>1</sup> -SIMON François-Luc , Le juge et les autorités du marché boursier, LGDJ, Paris, 2004, p. 458 .

<sup>2</sup> -Du côté des tribunaux , le premier signe annonciateur résulte de l'affaire Télémeccanique où la cour d'appel de Paris a pu retenir le caractère « impératif » de la réglementation boursière . Voir SIMON François-Luc, Le juge et les autorités du marché boursier, Ibid

<sup>3</sup> -المادة 14 من القانون رقم 04-03، المؤرخ في 17 فيفري 2003، المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة، جريدة رسمية عدد 11، صادر في 19 فيفري 2003.

<sup>4</sup> -POULLE Jean – Baptiste, « La régulation par l'information en droit des marchés financiers », Petites affiches, 21 Janvier 2009, n°15, p. 09.

<sup>5</sup> - PELTIER Frédéric, Marchés financiers et droit commun, Edition d'Organisation, Paris, 1997, p. 132.

<sup>6</sup> -Autorité du Marché Financier .

<sup>7</sup> -BOUTHINON – DUMAS Hugues, Le droit des sociétés cotées et le marché boursier, LGDJ, Paris, 2007, pp. 222-223.

<sup>8</sup> -المادة 03 من نظام اللجنة رقم 02-96، مؤرخ في 22 جوان 1996، يتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات والهيئات التي تلجأ علانية إلى الإدخار عند إصدارها قيما منقولة، جريدة رسمية عدد 36، صادر في 01 جوان 1997.

<sup>9</sup> -المادة 05 من نظام اللجنة رقم 02-96، مؤرخ في 22 جوان 1996، يتعلق بالإعلام الواجب نشره.....، نفس المرجع.

<sup>10</sup> - <http://juliettemeadel.fr/lodre-public-existe-t-il-sur-les-marchés-fin...>

<sup>11</sup> - هذا المشرع الجزائري حذو معظم تشريعات العالم، حيث اشترط أن يتم تنفيذ العمليات داخل البورصة عن طريق الوسطاء، وذلك في المادة 05 من المرسوم التشريعي رقم 10-93 التي تنص على ما يلي " لا يجوز اجراء أية مفاوضة تتناول قيما منقولة في البورصة، إلا داخل البورصة ذاتها وعن طريق وسطاء في عمليات البورصة". لكن هذه المادة عدلت بموجب الأمر رقم 10-96، المؤرخ في 10 يناير 1996، المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 10-93، المؤرخ في 23 ماي 1993، والمتعلق ببورصة القيم المنقولة، جريدة رسمية عدد 03، الصادرة في 14 يناير 1996.

وجاء نص التعديل كما يلي: " غير أنه يمكن أن تتم عمليات التداول على السندات المسعرة في البورصة التي تصدرها الدولة والأشخاص الآخرون التابعة للقانون العام، وكذلك شركات الأسهم، خارج البورصة وفقا لاجراء التراضي بين المتدخلين في السوق، تحدد لائحة اللجنة شروط تحقيق عمليات التداول هذه، وكذلك صفة المتدخلين"

<sup>12</sup> -VALLET Jean-Paul, Droit de la régulation des marchés financiers, Gualino éditeur, Paris, 2005, p. 77.

<sup>13</sup> - نشئ سليمان سليم " شروط ومهام الوسطاء الماليين في البورصة ، وإطارها القانوني في الجزائر " ، مجلة الإصلاحات الاقتصادية والإندماج في الإقتصاد العالمي ، عدد 07 ، 2009 ، ص 42 .  
<sup>14</sup> - المادة 31 من المرسوم التشريعي رقم 10-93 ، المؤرخ في 23 ماي 1993 ، المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، بعد تعديلها وتميمها بموجب المادة 15 من القانون رقم 04-03 ، المؤرخ في 17 فيفري 2003 ، المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 10-93 ، المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، مرجع سابق .  
<sup>15</sup> - المادة 31 من المرسوم التشريعي رقم 10-93 ، المؤرخ في 23 ماي 1993 ، المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، بعد تعديلها وتميمها بموجب المادة 15 من القانون رقم 04-03 ، المؤرخ في 17 فيفري 2003 ، المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، (استدراك).

<sup>16</sup> - BLANCHET Jean-Hubert , Contribution à la théorie générale des autorités administratives indépendantes : la commission des opérations de bourse , thèse de doctorat en droit , université paris 5 , avril 1997 , p. 109.

<sup>17</sup> - DE VAULPLANE Hubert, BORNET Jean-Pierre, Droit des marchés financiers, Litec , Paris, p. 135.

<sup>18</sup> - المادة 32 من المرسوم التشريعي رقم 10-93 ، المؤرخ في 23 ماي 1993 ، المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، مرجع سابق .

<sup>19</sup> - المادة 32 من المرسوم التشريعي رقم 10-93 ، مؤرخ في 23 ماي 1993 ، المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، نفس المرجع .

<sup>20</sup> - TEYSSIER David, La régulation des marchés financiers, thèse de doctorat en Droit, Université Paris I – Panthéon – Sorbonne, 2008, pp. 69-70.

<sup>21</sup> - TEYSSIER David, La régulation des marchés financier, op. cit. p. 70.

<sup>22</sup> - ZOUAIMIA Rachid, Les autorités de régulation en Algérie, Belkeise édition , Alger, 2013, p. 109 .

<sup>23</sup> - SETA Virginie, « Le contrôle des décisions des autorités de régulation », 2003, www.lexinter.net/

## ظاهرة الحد من العقاب (التحول من العقاب الجنائي إلى العقاب الإداري)

Dr. KHELFI Abderahmane  
Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques, Université de Bejaia, Algérie.

د. خلفي عبد الرحمان  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة بجاية، الجزائر.

### تقديم

لقد استحوذ القانون الجنائي على الكثير من المجالات، وأضحى يتدخل في حماية كل ماله علاقة بالحياة الاجتماعية والاقتصادية، وأزعج هذا الوضع الكثير من الفقه الجنائي الحديث الذي يرى من الضروري وضع حد لهذا التدخل تحت مسمى "الحد من العقاب" لأنه من اللازم إيمان التشريعات أن التدخل الجنائي هو الوسيلة الأخيرة وليس الوحيدة لتوفير الحماية لمختلف المصالح، ولا يتم اللجوء إلى الحل الجنائي إلا بعد أن يثبت عجز الحلول القانونية الأخرى.

وكان من بين الحلول المطروحة كبديل للعقوبات الجزائية هو تفعيل دور الإدارة نحو مشاركتها في ضبط النظام العام الاقتصادي عبر تدخلها في وضع عقوبات إدارية لزرع السلوكات المخالفة للحياة الاقتصادية، في إطار ما يعرف بالعقوبات الإدارية، بحيث تختص بها سلطات إدارية مستقلة كل واحدة في مجال القطاع المكلفة بضبطه؛ مثل المجلس الأعلى للإعلام، ومجلس المنافسة وغيره.

نحاول من خلال هذا التدخل تبرير سياسة المشرع عبر سلطات الضبط الاقتصادي في بيان تبريرات الأخذ بالعقوبات الإدارية باعتبارها تستجمع في ذاتها كل عناصر العقوبة الجزائية، وتتميز عنها في فعاليتها وتبنيها للبدائل الحديثة للعقوبة الكلاسيكية.

### المبحث الأول: تحديد فكرة الحد من العقاب

بعد الحرب العالمية الثانية مباشرة سعت الدول إلى مواجهة أشكال جديدة من الإجرام ناتجة عن المرحلة التي كانت تعيشها هذه الأخيرة، فوسعت من مجال التجريم ليشمل بالخصوص العديد من المصالح الاجتماعية والاقتصادية.

لكن هذا التوسع نتج عنه تدخل للقانون الجنائي في مجالات ليست من الضرورة التي تحتم ذلك، بحيث أصبح الفقه يتحدث عن ظاهرة التضخم في قانون العقوبات<sup>(1)</sup> على نحو عطل من مصالح الأفراد وضيق في سلوكياتهم.

هذا التضيق تولد عنه ضرورة البحث عن متنفس، كي يجد له مجالاً أحسن من مجال الحد من العقاب، بحيث يصبح الجزاء الإداري بديلاً عن التدخل الجنائي في أنواع كثيرة من الجرائم، خاصة تلك التي يمكن تحقيق أغراضها بعيداً عن مساوئ الحبس. لكن التشريعات المقارنة في سبيل استحداث بدائل متنوعة للعقوبات الجزائية، لم تكتف بالجزاء الإداري ضمن ما يعرف بالحد من العقاب، بل لجأت إلى وسائل أخرى نحاول تمييزها عن موضوع دراستنا حتى لا يختلط معه، مع بيان مزايا العمل بالجزاء الإداري كي نبرر أسباب الأخذ به.

#### المطلب الأول: المقصود بالحد من العقاب

ليس من السهل الوقوف على مصطلح تداوله الفقه حديثاً، خاصة وأنه يتداخل مع مصطلحات أخرى تؤدي تقريباً إلى نتائج متقاربة ومتشابهة وأحياناً متماثلة، لذا سنسعى إلى توضيح جملة من الفروض يمكن من خلالها الوقوف على المصطلح المناسب، وتبعاً لذلك سنعمد إلى دراسة مستقلة لظاهري الحد من التجريم و التحول الإجرائي لكن ليس بعد أن نضع الصور المتكاملة لظاهرة الحد من العقاب وفقاً للآراء الفقهية المتعددة.

#### الفرع الأول: مفهوم الحد من العقاب

من الخطأ الجزم بأن الحد من العقاب يتشكل في صورة واحدة، لأننا من المؤكد سنصطدم بمواقف فقهية مغايرة تحاول كل منها التأكيد على وجود أحوال أخرى أقرب إلى العمل القضائي وتحقق أغراضه على النحو الذي تبتغيه السياسة الجنائية المعاصرة، لذا سنقوم بذكر أربع صور تتقارب وتتشابه وتؤدي إلى نفس النتائج، نحاول تبينها على النحو التالي؛ فتكون الصورة الأولى؛ حين يسعى المشرع إلى إلغاء نص التجريم والاعتراف كلية بمشروعيته، أي أن الفعل الذي كان مجرماً في قانون العقوبات أصبح مباحاً وبشكل واضح وصريح، وهذه الصورة هي التي يطلق عليها الفقه مصطلح الحد من التجريم. أما الصورة الثانية؛ فهي عندما يسعى المشرع إلى الإبقاء على التجريم لكن مع التخفيف من صرامته، أي التخفيف داخل النظام الجنائي<sup>(2)</sup>، وذلك بالتخفيف من العقوبات المشددة



نحو العقوبات المخففة، أو عقوبة الحبس طويلة المدة نحو عقوبات الحبس قصيرة المدة؛ هذه الأخيرة التي سببت خلافا كبيرا في المنظومة العقابية، بحيث تم التفكير في بدائل لها، تحقق أغراضها بعيدا عن مساوئها؛ مثل نظام وقف التنفيذ والاختبار القضائي وغيرها من البدائل.

أما الصورة الثالثة؛ فتتمثل في الإبقاء على تجريم الفعل لكن مع التحول عن الإجراء الجنائي، أي التوقف عن المتابعة الجزائية، واللجوء إلى خيارات إجرائية غير جزائية؛ مثل تعويض المجني عليه والعمل للنفع العام.

أما الصورة الرابعة والأخيرة؛ والتي تتمثل في التحول تماما من القانون الجنائي لصالح نظام قانوني آخر، أي أن الفعل يصبح مباحا لا يشكل جريمة ولكن يبقى غير مشروع في إطار قانوني آخر سواء كان القانون المدني أو الإداري، ولكن المجال الأوفر حظا هو القانون الإداري.

وتمثل الفرضية الأخيرة الصورة المثلى للحد من العقاب، والتي تعني "أن يرفع عن الفعل المكون لجريمة جنائية صفة الجريمة، وتقرر عدم مشروعيته القانونية في قانون آخر، ثم يقرر له جزاء إداري، يتمثل على الغالب في الجزاءات الإدارية المالية"<sup>(3)</sup>. ورغم تقديم كل هذه الصور التوضيحية، إلا أنه يستحسن دراسة الصورتين الأخيرتين الأقرب من الحد من العقاب بشكل أكثر تفصيلا؛ سواء تعلق الأمر بالحد من التجريم أو التحول الإجرائي.

#### الفرع الثاني: تمييزه عن الحد من التجريم

إن كانت فكرة الحد من العقاب تتلخص في التخلي عن القانون الجنائي لصالح قانون آخر<sup>(4)</sup>، فإن الحد من التجريم يفيد أن المشرع تخلى كلية عن عدم مشروعية الفعل بحيث لا يخضع لأي نوع من أنواع الجزاءات<sup>(5)</sup>.

وتبدو هذه التفرقة بسيطة وواضحة في ظاهرها، لكنها جاءت نتيجة لخلافات فقهية واسعة ومعقدة لعل أهمها ما جاء به الفقيه لكلارك، الذي يرى بأن الحد من التجريم يعني إلغاء التجريم، وبالتالي إلغاء العقوبة<sup>(6)</sup>، وإن كانت العقوبة هي جراء جريمة ما، فإن الحد من العقاب في معناه المطلق يفيد إلغاء تلك العقوبة، وهي ما تعرف

بالحد من العقاب الموضوعي على خلاف الصور التي تظهر فيها تدابير الأمن وتدابير حماية الأحداث أو المجانين التي تعرف بالحد من العقاب الشخصي.

أما اللجنة الأوروبية للمشكلات الجنائية؛ فترى بأن الحد من التجريم قد يكون قانونيا، والذي يعني سحب الاختصاص من القانون الجنائي عن طريق المشرع، مثل إلغاء جريمة الإجهاض والزنا والشذوذ في الكثير من الدول الأوروبية<sup>(7)</sup>، وقد يكون فعليا، كان يسعى المشرع إلى التخفيف التدريجي للتدخل الجنائي، والتي تكون عادة عندما يخلو وجود ضحية في الجريمة.

أما الحد من العقاب فهو مجرد التدرج داخل النظام الجنائي؛ كان تكون جنائية فتنزل إلى جنحة أو جنحة فتنزل إلى مخالفة، وتبعاً لذلك تنزل العقوبة بحسب كل صورة<sup>(8)</sup>.

ويرى بعض الفقه الايطالي، أن الحد من التجريم يعني رفع صفة الجريمة عن سلوك معين كان محل عقوبة سابقا<sup>(9)</sup>. أما الحد من العقاب فيعني تحول الفعل من جريمة جزائية إلى جريمة إدارية أو مدنية، وهو رأي يتوافق مع بعض الفقه الفرنسي، الذي يرى بأن الحد من التجريم يعني الاعتراف القانوني والاجتماعي لسلوك كان مجرماً، ويفترض هذا الاعتراف مشروعية سلوك في الحياة، أو أنه اختفاء قانون العقوبات بحيث لا يخرج سلوك المجرّم من دائرة القانون الجنائي فقط بل من دائرة القانون بصفة عامة<sup>(10)</sup>.

### الفرع الثالث: تمييزه عن التحول الإجرائي

تعرف التشريعات المقارنة مصطلح آخر له نتائج متقاربة مع ظاهرة الحد من العقاب، لكن دائماً تبقى في إطار النظام الجنائي، بحيث تتوقف المتابعة الجزائية، ويتم البحث عن وسائل أو إجراءات غير جنائية تساعد المخالف على الاندماج في المجتمع، أو تحل النزاع الذي تسبب في الجريمة، وتبعاً لذلك يتم تجنب صدور حكم بالإدانة<sup>(11)</sup>.

ويعرف هذا الإجراء بالتحول الإجرائي، ويشترك هذا الأخير مع الحد في العقاب في أن كلاهما يستهدف فعلاً غير مشروع يستوجب الرد، وفي المقابل لا يتم عقاب المخالف لأسباب مختلفة.

أما مواطن الاختلاف فهي متنوعة أهمها؛ أن الحد من العقاب يلغي التجريم عن الفعل فيصبح مشروعاً من الناحية الجنائية، بينما التحول الإجرائي يُبقى الصفة الجرمية على الفعل ولكن يلجأ إلى رد فعل غير جزائي<sup>(12)</sup>.

ويمكن تبين صور التحول الإجرائي في توقف تحريك الدعوى العمومية على قرار من المجني عليه يتمثل في الشكوى، مثل الكثير من الجرائم العائلية في التشريع الجزائري وأغلب التشريعات المقارنة، أو تدخل المجني عليه لوقف المتابعة الجزائية مثل بعض جرائم الشرف والاعتبار، أو أن يقوم المتهم بتعويض المجني عليه قبل تحديد جلسة المحاكمة<sup>(13)</sup>، بحيث تقوم المحكمة بإعفاء المتهم من العقوبة، أو أن يتدخل القاضي ويعين وسيطاً قضائياً ليحل الخلاف القائم بين المتهم والمجني عليه في إطار ما يعرف بالوساطة الجنائية أو الصلح، وتنتشر هذه الوسائل في التشريع المقارن، وأكثرها تطبيقاً لها الأنظمة الانجلوسكسونية.

#### المطلب الثاني: مبررات الحد من العقاب

كثيرة هي المبررات التي دفعت التشريعات إلى اختيار سبيل الجزاء الإداري عوض الجزاء الجنائي، وإن كانت الممارسة تختلف من تشريع إلى آخر، وهي محتشمة جداً في التشريع الجزائري. وفي كل الأحوال تشترك مبررات الأخذ بظاهرة الحد من العقاب في نقاط ثلاثة مهمة هي؛

#### الفرع الأول: فعالية الجزاء الإداري

لعل التدخل الجنائي في الكثير من المجالات اثر وبشكل لافت على المنظومة التشريعية التي أفرزت تضخم تشريعي جنائي، مما أعطى الانطباع بعدم فعاليته في تحقيق الأهداف المرجوة منه في الردع، خاصة وأن أغلب صورته عبارة عن عقوبات مخففة غير مالية<sup>(14)</sup>.

لذا الحديث عن عقوبات إدارية يُشكل ضرورة ملحة خاصة في المجال الاقتصادي الذي يكون فيه تدخل السلطات الإدارية المستقلة ملائماً لقمع المخالفات الاقتصادية عن طريق ممارسة وظيفة الضبط.

بل إن الجزاء الإداري يواكب أكثر العوامل الاقتصادية نظراً لكونه يستبعد التدخل المباشر للسلطات العمومية، ويترك مهمة ضبط النشاط للعاملين في ذات القطاع، مما

يجعله أكثر مرونة لأنه يستعمل الأمور التقنية، وأكثر فعالية لأنه نابع عن تخصص سلطات الضبط المختلفة.

بالإضافة إلى ذلك نجد أن الاقتصاد الحديث يقوم على عدم تدخل الدولة المباشر عن طريق الإدارة، وغير المباشر عن طريق تجريم التعاملات الاقتصادية، بل يقوم على اسناد عملية الزجر لجهات ادارية مستقلة تضع في حساباتها نمط العقوبة الملائمة وفقا لعوامل تقنية؛ مثل غلق المؤسسة، أو سحب رخص الاعتماد، أو المنع من القيام ببعض الممارسات التجارية، وغيرها من الجزاءات التي تلائم طبيعة كل متعامل اقتصادي<sup>(15)</sup>.

### الفرع الثاني: الجزاء الإداري بديل عن مساوئ عقوبة الحبس قصيرة المدة

توجهت التشريعات الحديثة إلى تبني سياسة عقابية حديثة تجعلها تتجنب العقوبات السالبة للحرية نحو جزاءات أخرى سالبة للحقوق، أو فقط محددة للحرية، في إطار ما يعرف ببدائل العقوبة، هذه البدائل تسمح بتحقيق أغراضها المتمثلة في الردع والتهذيب، بعيدا عن مساوئها التي تزيد من الاجرام عبر اختلاط المساجين ببعضهم البعض داخل المؤسسات العقابية، ولكن هذه البدائل تبقى معالجة حديثة داخل المنظومة الجزائية وليس خارجها، تبحث عن تطابق بين شكل الجريمة ونوعية الجزاء.

وفي ذات الإطار الذي نبحت من خلاله عن مدى تطابق بعض الجزاءات مع السلوكات المختلفة، تم اللجوء إلى بعض الجزاءات خارج إطار المنظومة العقابية، مثل العقوبة الإدارية التي تتماشى أكثر مع المعاملات الاقتصادية في بغية تفادي سلبات عقوبة الحبس قصيرة المدة.

### الفرع الثالث: استيفاء الجزاء الإداري لضمانات حقوق الدفاع

بالرجوع إلى القوانين المنظمة لسلطات الضبط الاقتصادي نجدها تشير وبوضوح إلى ضرورة مراعاة حقوق الدفاع، من بينها الشفافية، والوجاهية، والعلانية، والحق في التمثيل، بالإضافة إلى تلك المبادئ الراسخة في قانون العقوبات؛ وهو مبدأ الشرعية، ومبدأ الشخصية، حيث لا يمكن الحديث عن مخالفة إلا بنص، ولا يمكن إدراج عقوبة غير تلك الواردة في النص.

ويشترط أن يتوافر في المخالفة الإدارية ما يمكن أن يتوافر في الجريمة الجزائية، من ضرورة تحقق عناصر الركن المادي والركن المعنوي.

وإن مخالفة هذه المبادئ وهذه الحقوق يترتب عنها إمكانية إبطال إجراءات سلطات الضبط، والعقوبات الصادرة عنها، من قبل الجهات القضائية التي تملك الفصل في الطعون المرفوعة ضد قرارات العقاب الإداري<sup>(16)</sup>، وجميع هذه الضمانات ستكون محل دراسة مستفيضة في الجزء الثاني من الموضوع.

### المبحث الثاني: ضمانات توقيع الحد من العقاب

لا يخلو الجزء الإداري من وجوب احترام الحقوق والمبادئ المقررة في الدستور والقانون الجنائي مثلها مثل العقوبة الجزائية، وتنوع هذه الضمانات بين ما هو اجرائي له علاقة بالتحقيق والمحاكمة مثل مبدأ الوجاهية، الحق في الدفاع، ومنها ما هو موضوعي مثل مبدأ الشرعية ومبدأ التناسب والاحتياط. وسيتم التطرق إلى هذه الضمانات بشيء من التفصيل؛

#### المطلب الأول: الضمانات الإجرائية

بالرجوع إلى القواعد الإجرائية في القانون الجنائي، فإننا نجد أن المشرع يفصل بشكل قاطع بين سلطات الضبط والمتابعة والتحقيق والمحاكمة، وهذا الفصل يعد مبدأ مهما في تطبيق الإجراءات الجزائية، ويسهر على ضمان استقلالية كل وظيفة على حدا، بحيث لا يجوز للنياحة العامة التي تولت الاتهام ولا لقاضي التحقيق الذي تولى التحقيق أن يجلس للحكم فيها، وهذا لضمان الحياد والنزاهة والاستقلالية، و بالتبعية ضمانا لحرية الأفراد وحماية حقوقهم.

إلا أن هذا الوضع يختلف في القانون الجنائي الإداري بحيث ستأثر الإدارة بالضبط والتحقيق والحكم، وهذا ما يُحتم على الإدارة المستقلة البحث عن أكبر قدر من الضمانات، وهي النقاط التي سنسعى إلى توضيحها؛

#### الفرع الأول: في مجال التحقيق

يتميز طريق الجزاء الإداري عن الجزاء الجنائي بخصوص البحث عن المخالفة والحكم فيها، بحيث تجتمع سلطات الضبط والتحقيق وإعلان الجزاء في يد عضو إداري واحد، وتبرير ذلك موجود في الطبيعة المميزة للجريمة الإدارية، التي تتطلب البساطة والسرعة، مثلما يقع في المخالفات الاقتصادية وحماية المستهلك والمرور والبيئة<sup>(17)</sup>.

ويعهد التحقيق في الجريمة إلى موظف ينتهي إلى سلطة إدارية مستقلة، يستمد مهامه مباشرة من القانون، وفي حالة عدم تحديد الموظف المكلف بذلك تتكفل بذلك السلطات المحلية أو الوزير المختص أو من يفوضه لذلك<sup>(18)</sup>.

ويقوم الموظف بتحرير محضر بالمخالفة يحوز الرسمية والحجية، ولا يمكن دحضه إلا بالدليل الكتابي، وفي بعض الحالات لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير بحسب الحالة. ويمكن لهؤلاء الموظفين الانتقال إلى الأماكن محل التحقيق<sup>(19)</sup>، ودخول المنشآت، والاطلاع على الوثائق والمستندات، وأخذ بعض العينات، وحجز الأشياء محل المخالفة، ووضع الأختام، وهي في الحقيقة مهام لا تختلف عن مهام الضبطية القضائية في إثبات الجرائم الجنائية. وتخضع لنفس الأحكام من حيث ضرورة الحصول على إذن مكتوب بغرض الدخول إلى الأماكن، ويتم الحصول عليه في المجال الاقتصادي من طرف وزير الاقتصاد أو مجلس المنافسة أو رئيس المحكمة بحسب كل حالة<sup>(20)</sup>.

### الفرع الثاني: في مجال حقوق الدفاع

تقوم الضمانات بين دعامتين رئيسيتين، قرينة البراءة واحترام حقوق الدفاع، وتقتضي قرينة البراءة أن يتمتع الشخص محل المتابعة بالجريمة الإدارية بالبراءة من الفعل محل المتابعة كما هو الحال تماما عندما تحرك المتابعة بالجريمة الجنائية، وإن كان الفقه ينكر وجود هذه القرينة في المجال الإداري بشكل مباشر<sup>(21)</sup>، وينتج عن ذلك أن عبء الإثبات يقع على الإدارة موجهة الاتهام.

أما عن الحديث عن احترام حقوق الدفاع فيجربنا أولا للتطرق لمبدأ المواجهة الذي يتعين على السلطات الإدارية احترامه قبل القيام بتوقيع الجزاء، فمن الضروري تنبيه الشخص بأنه من حقه أن يتمكن من الاستعلام عن طبيعة الاتهام وسببه، وأن يحظى بمهلة كافية تُمكنه من إعداد دفاعه وتقديم ملاحظاته إما كتابيا أو شفويا<sup>(22)</sup>.

واحترام حقوق الدفاع مسألة استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي في مجال الجزاء الإداري، واعتبر أن إنكار ضمانه للدفاع أو الانتقاص منه لا يعدو أن يكون إخلالا بالحقوق الدستورية لكل مواطن<sup>(23)</sup>، وتبعاً لذلك يقتضي هذا الحق إعلام المخالف بالوقائع المنسوبة إليه خلال مدة معقولة تؤهله لتحضير نفسه، ثم القيام بالتحقيق أمام جهة معينة، سواء كان ذلك أما لجنة أو شخص واحد.

كما أنه يشترط إعلام المخالف بالعقوبة الإدارية التي تقررت في حقه<sup>(24)</sup>، حتى يتمكن من ممارسة الحق في اللجوء الى القضاء للطعن في القرار، وهو أحد أهم الضمانات المقررة للأفراد في مواجهة الإدارة في نطاق قانون الجزاء الإداري<sup>(25)</sup>.

### المطلب الثاني: الضمانات الموضوعية

إلى جانب القواعد الإجرائية المتطلبة كضمانة لتطبيق الجزاء الإداري، أفردت التشريعات المقارنة مبادئ موضوعية استمدتها من الجزاء الجنائي، وان كان الفقه<sup>(26)</sup> يشتكي من صعوبة وضع إطار قانوني موحد للجرائم والجزاءات الإدارية نظرا للتنافر الواقع بين مجالاته المختلفة.

ولعل المتفق عليه تقريبا هو مبدأ الشرعية الذي يفيد ألا يوقع الجزاء إلا بموجب نص قانوني، ومبدأ التناسب الذي يفيد ضرورة تناسب الجزاء مع الفعل محل المخالفة.

### الفرع الأول: الالتزام بمبدأ الشرعية

جاء مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات الإداري تدريجيا، بحيث لم يكن المشرع يلزم الإدارة بالاحترام الدقيق لهذا المبدأ، لكن فيما بعد تقرر ضرورة احترام هذا المبدأ بموجب نصوص خاصة في التشريع الألماني والإيطالي<sup>(27)</sup>، كما تشدد مجلس الدولة الفرنسي مع الإدارة وحظر عليها أن توقع جزاء غير منصوص عليه، أو على خلاف ما هو وارد في النص<sup>(28)</sup>، كما أكد على ضرورة احترام المبدأ ليس فقط في مجال العقوبة الجزائية بل على كل العقوبات التي تتسم بالخاصية العقابية، ولو تم الإعلان عنه من طرف جهة ليست قضائية<sup>(29)</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن قيام البرلمان بتحويل مسألة تحديد نوع المخالفة إلى سلطة لائحية أمر لا يتعارض مع مبدأ الشرعية، فهو من قبيل التفويض التشريعي المعمول به في مجال الجزاء الإداري، لكن بشرط ألا يكون التفويض مطلقا<sup>(30)</sup>.

ويقتضي مبدأ الشرعية الجزائية في الجزاء الإداري ليس فقط وجود نص قائم<sup>(31)</sup>، بل يجب أن يكون له طابع تشريعي، وألا يرجع تطبيقه إلى الماضي إلا ما كان منه أقل شدة، كما يقتضي أن يحدد هذا النص أركان الجريمة بوضوح لا لبس فيه ولا غموض<sup>(32)</sup>.

لكن مجلس الدولة الفرنسي أجاز في حالات عديدة العمل على تفسير نصوص غامضة، وأن تحدد بنفسها عناصر الجريمة، على شرط أن يتم ذلك تحت رقابة القضاء،

وتأيدت هذه الفكرة عند الفقه الذي أجاز أن يكون تعريف الجريمة أقل وضوحا عنه في قانون العقوبات لأن المصدر القضائي في مجال القانون الإداري الجزائي يحتفظ بمكانة تفسير أسى دائما بالمقارنة بالتجريم التشريعي الذي ينافسه<sup>(33)</sup>.

### الفرع الثاني: الالتزام بمبدأ التناسب

الأصل أن الالتزام بمبدأ التناسب يقع على المشرع الذي يستوجب عليه مراعاته عند إقرار الجزاء، الذي من الضروري أن يتناسب مع خطورة السلوك، وتبعاً لذلك لا يمكن أن تنصور التصدي لخرق هذا المبدأ إلا من طرف المجلس الدستوري، وكثيرة هي النصوص خاصة في فرنسا أين قضى هذا الأخير بعدم دستوريتهما على أساس عدم تناسب الجزاء مع ما يقع من مخالفة للقانون.

لكن يمكن تفويض سلطات الضبط بغرض مراعاة مبدأ التناسب، وذلك عند إقرارها للجزاء بتطبيقها الظروف المخففة، وفي الإطار الذي يسمح به القانون، كان تراعي. عند تحديد الغرامة المحكوم بها. الثروة التي يملكها المتهم، أو القضاء بتجزئتها أو وقفها<sup>(34)</sup>، أي من اللازم أن نتخير ما هو ضروري وملائم للمخالفة الإدارية، وما قد يترتب عليها من أثار في إطار المعقولية<sup>(35)</sup>.

وتبعاً لمضمون مبدأ التناسب المطبق في إطار قانون العقوبات الإداري، أنه يجب على المشرع ثم القاضي الالتزام بما يلي: الالتزام بالمعقولية حين يتم اختيار الجزاء، وهذا الالتزام يقتضي مراعاة قدر معين القيم والمصالح الاجتماعية المحمية، وقدر معين من الخطورة وحجم الضرر المحقق و بين الجزاء المقدر للمخالفة.

الالتزام بعدم جواز معاقبة المخالف على نفس الفعل مرة أخرى، لأن المتهم يكون قد نال جزاءه، فمن الظلم معاقبته مرة ثانية، وفي ذلك انتهاك لمبدأ التناسب، ما عدا في حالات مذكورة على سبيل الحصر وفقاً لما أكده المجلس الدستوري الفرنسي، كأن يكون الجزاء الآخر ينتمي إلى نظام قانوني آخر، أو أن يكون الجزاء الثاني تكميلي والأول أصلي، أو إذا استمر المخالف على نفس المخالفة فيمكن عقابه مرة أخرى طالما لم يتوقف عن الفعل<sup>(36)</sup>.



## خاتمة

تعد فكرة الحد من العقاب في إطار قانون العقوبات الإداري حديثة نسبيا في القانون، ولم تأخذ نصيبها في التطبيق في التشريعات المقارنة بما في ذلك المشرع الجزائري، ورغم ذلك هناك توجه واضح في السياسة الجنائية المعاصرة نحو ضرورة تفعيل الجزاءات الإدارية كبديل للعقوبات الجزائية، أو بمعنى آخر نحو تجنب تدخل المشرع الجنائي في الكثير من المجالات البعيدة عن اختصاصه، وقد برزت النتائج الحسنة لهذه السياسة و أفرزت قبولا عند المجتمع والفقهاء بوجه خاص.

والجزاءات الإدارية في التشريع الجزائري هي قليلة التطبيق، وأثارها لم تتضح بعد على النحو المرجو منها، ولذا نأمل أن يتم إدراجها بشكل معمق في الكثير من الحالات، ولما لا اعتماد قانون إداري جنائي مستقل، يتم من خلاله مراعاة أقدس المبادئ الدستورية؛ مثل مبدأ الشرعية والشخصية والتناسب، كما يتم من خلاله احترام حقوق الدفاع ومبدأ الوجاهية، وان يسند الفصل في المخالفات الادارية الى سلطات ضبط تتمتع بالاستقلالية والحيدة لضمان عدالة نزيمه، و كل ذلك سيساعد من دون شك في التقليل من التدخل الجنائي الردعي لصالح الجزاء الإداري الذي يتسم بالتسامح و التوافق.

## الهوامش

- (1) مشار إليه عند محمد سعد فودة، النظرية العامة (دراسة فقهية قضائية مقارنة) دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 36.
- (2) أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري (ظاهرة الحد من العقاب) دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2013، ص 32.
- (3) أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 39.
- (4) محمد سعد فودة، المرجع السابق، ص 39.
- (5) أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 43.
- (6) (Toute décriminalisation est une Dépenalisation) رأي الفقيه G.LECLERCQ وورد عند أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 19.
- (7) محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 15.
- (8) أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 23.
- (9) الأستاذ M . REALE وقد كان وزير العدل في إيطاليا سنة 1970، رأيه وورد في المرجع السابق، ص 25.
- (10) مثل الأستاذين M.DELMAS Marty و J. Pradel أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 27.
- (11) المرجع نفسه، ص 50.

- (12) المرجع والصفحة نفسها.
- (13) محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 39.
- (14) محمد سعد فودة، المرجع السابق، ص 47.
- (15) غناي رمضان، منافع العقاب الإداري كطريق بديل للدعوى الجزائية، مقال منشور على الصفحة الإلكترونية بعنوان منتديات الحقوق والعلوم الإدارية، تمت زيارته بتاريخ 3 أبريل 2014 على الساعة 16. على الموقع [www.droit-dz.com](http://www.droit-dz.com)
- (16) غناي رمضان، الموقع السابق.
- (17) أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 284.
- (18) المرجع نفسه، ص 285.
- (19) GEORGES Dellis, DROIT PENAL ET DROIT ADMINISTRATIF (L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif) Iéré éd, Librairie générale de droit et de jurisprudence E.J.A Paris, 1997, Note 465, p 337.
- (20) محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 226.
- (21) GEORGES Dellis, Op.cit., Note 479, p 346.
- (22) محمد عبد القادر الجاسم، العقوبات الإدارية في القانون الفرنسي، منتدى جسر المعرفة، مقال إلكتروني منشور على الموقع ([www.joussou.org](http://www.joussou.org)) تمت زيارته بتاريخ 2014/4/4 على الساعة 9 صباحا
- (23) حكم بتاريخ 1995/12/2 تحت رقم 15 لسنة 7، مشار إليه عند محمد سعد فودة، المرجع السابق، ص 179.
- (24) GEORGES Dellis, Op.cit., Note 476, p 345.
- (25) محمد سعد فودة، المرجع السابق، ص 195.
- (26) محمد سام الشوا، المرجع السابق، ص 141.
- (27) المادة الأولى والثالثة من قانون العقوبات الإداري الألماني (OWIG) الصادر سنة 1975، والمادة الأولى من قانون العقوبات الإداري تحت رقم 689 الصادر سنة 1981.
- (28) محمد سام الشوا، المرجع السابق، ص 143.
- (29) محمد سعد فودة، المرجع السابق، ص 205.
- (30) قرار المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 29 جويلية 1989 الذي قضى بعدم دستورية التعديل الوارد في القانون 1988 المتعلق بهيئات التوظيف الجماعي لبورصات الأوراق المالية لمخالفته المادتين 34 و 38 من الدستور الفرنسي، مشار إليه عند محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 145.
- (31) Rapport présente par M.R. LASCHENA, Conseiller d'état d'Italie sur le thème de La sanction en matière administrative dans le droit italien, p 315.
- (32) GEORGES Dellis, Op.cit., Note 318, p 230 .
- (33) من الفقه: MOURGEON مشار إليه في المرجع نفسه، ص 151.
- (34) أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 62.
- (35) محمد سعد فودة، المرجع السابق، ص 205.
- (36) استثناءات واردة عند محمد سعد فودة، المرجع السابق، ص 211.

المحور الثالث

النظام العام الإجتماعي

## النظام العام الاجتماعي في مفهوم قانون العمل

Dr. BENAZOUZ Bensaber  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,  
Université de Mostaganem, Algérie.

د.بن عزوز بن صابر  
كلية الحقوق والعلوم السياسية،  
جامعة مستغانم، الجزائر.

### مقدمة

يتميز القانون الاجتماعي بالصفة الأمرة لقواعده، فمعظم أحكامه من النظام العام حيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، والسبب في ذلك أن قانون العمل يهدف إلى حماية العامل، ولم يكن ليحقق هذه الغاية إلا إذا كانت قواعده أمرة، فبغير هذه الصفة كان بمقدور صاحب العمل نظرا لما له من سلطة اقتصادية أن يفرض من شروط العمل ما يشاء على العامل، وليس في وسع هذا الأخير الذي لا يملك إلا قوة ساعديه، إلا أن يقبل تحت ضغط الظروف الاقتصادية هذه الشروط حتى ولو كانت تتضمن انتقاصا لما يقرره القانون له من ضمانات، غير أن قانون العمل يضل متميزا من حيث أسلوب استخدامه للقواعد الأمرة، فمن جهة يضي الطابع الاجتماعي لهذا القانون على قواعده الأمرة صيغة خاصة، ومن جهة أخرى يستخدم هذه القواعد الأمرة على نحو يحد به من حرية التعاقد المقررة وفق القواعد العامة، بقصد العمل على ضمان أكبر حد من الحماية للعامل تتميز الصفة الأمرة لقواعد العمل بمفهوم خاص، فلا يجوز مخالفة أحكامها إذا كانت المخالفة تؤدي إلى المساس بالحقوق الأساسية المقررة للعامل بمقتضى هذه القواعد، أما إذا قصد بالمخالفة تقرير ضمانات أكثر للعامل، أو الزيادة في الحقوق التي يقررها له القانون، فإن المخالفة في هذه الحالة تكون جائزة لأنها تؤدي لتأكيد الهدف الذي تقررت من أجله " القاعدة الأمرة " والتي تسعى قواعد القانون الاجتماعي إلى تحقيقه ألا وهو حماية العامل<sup>1</sup>.

يعتبر مصطلح النظام العام الاجتماعي مصطلح حديث أطلقه فقهاء القانون الاجتماعي<sup>2</sup>، كما أن مفهومه ومضمونه نسبي، يتغير بحسب التحولات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يمر بها المجتمع، فالجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا مرت بمرحلتين مختلفتين، عرفت الأولى الممتدة ما بين 1971 إلى غاية 1989 بمرحلة النظام

اللائحي التي جاءت لتكرس المبادئ التي يقوم عليها الاقتصاد الموجه ( النظام الاشتراكي ) القائم على تدخل الدولة المطلق في تنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية، أما المرحلة الثانية عرفت بمرحلة النظام التفاوضي أو التعاقدية، والتي تم تكريسها بعد صدور دستور 1989 الذي تبنت بموجبه الجزائر النظام الليبرالي القائم على انسحاب الدولة من تنظيم علاقة العمل، مع بقاء تدخلها في المسائل المتعلقة بحماية الحد الأدنى من الحقوق المكرسة للعمال المرتبطة بالنظام العام الاجتماعي<sup>3</sup>.

إن الأحكام المرتبطة بالنظام العام الاجتماعي في قانون العمل تسعى إلى تحقيق التوازن بين مصلحتين متناقضتين المصلحة الاجتماعية للطبقة العاملة من جهة، والمصلحة الاقتصادية لأرباب العمل من جهة أخرى، وسوف نركز في مداخلتنا على بعض الأحكام المرتبطة بالنظام العام الاجتماعي من خلال العنصر الأول، ونخصص العنصر الثاني للآثار المترتبة على مخالفة الأحكام المرتبطة بالنظام العام.

#### أولاً: الأحكام المرتبطة بالنظام العام في قانون العمل

إن الأحكام المرتبطة بالنظام العام في مجال قانون العمل كثيرة ومتنوعة لا يمكن التطرق إليها جميعها من خلال مداخلتنا، لذلك سوف نحصر مداخلتنا في بعضها من خلال النصوص التشريعية المختلفة أهمها القانون رقم 04-19 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل هذا النص الذي ألزم صاحب العمل التصريح بالمناصب الشاغرة لدى الوكالة الوطنية للتشغيل والقانون رقم 83-14 المؤرخ في 2 يوليو 1983 المعدل والمتمم المتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي مع العلم أن هذا القانون ألزم صاحب العمل بالتصريح بالعمال لدى هيئة الضمان الاجتماعي في ظرف 10 أيام التي تلي تشغيلهم كما ألزم المشرع الجزائري صاحب العمل بأن يدفع للعمال أجراً شهرياً لا يقل عن الأجر الوطني الأدنى المضمون طبقاً لنص المادتين 87 و 87 مكرر من القانون رقم 90 - 11 المتعلق بعلاقات العمل . كما ألزم القانون رقم 81 - 10 المؤرخ في 11 جويلية 1981 المتضمن كفاءات وشروط تشغيل الأجانب، بحماية اليد العاملة الوطنية من منافسة اليد العاملة الأجنبية .

## 1/ إلزامية صاحب العمل تصريح بالمناصب الشاغرة لدى وكالة التشغيل

لم تعد لأصحاب العمل الحرية في اختيار العمال الذين يتعاقدون معهم وبصفة مباشرة، بل عليهم اللجوء إلى وكالات التشغيل، ولعل السبب الذي دفع المشرع إلى تقييد حريتهم في التعاقد مباشرة مع طالبي الشغل هو تكريس مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في مجال التشغيل<sup>4</sup>. الجزائر ليست الدولة الوحيدة التي عمدت على إنشاء هيئة وطنية عليا في مجال التشغيل، فالمشرع المغربي خصص الكتاب الرابع من مدونة الشغل للوساطة في الاستخدام، ويقصد بالوساطة في تشريع العمل المغربي: "جميع العمليات الهادفة إلى تسهيل التقاء العرض والطلب في مجال التشغيل، وكذا جميع الخدمات المقدمة لطالبي الشغل والمشغلين من أجل إنعاش التشغيل وتنشيط الإدماج المهني"<sup>5</sup>، أما المشرع الفرنسي خصص الكتاب الثالث لتنصيب العمال، وأسند هذه المهمة للوكالة الوطنية للتشغيل<sup>6</sup>.

أنشأ المشرع الجزائري على غرار التشريعات العمالية المقارنة الوكالة الوطنية للتشغيل بهدف وضع "استراتيجية للتشغيل"، والاستفادة إلى أقصى حد من فرص العمل المتاحة أيا كان مكانها، داخل الوطن أو خارجه عن طريق جمع عروض العمل وطلباتها وصولاً لعملية التنصيب<sup>7</sup>، ومن ثم فإن هذا الجهاز يسعى للحد من تفاقم ظاهرة البطالة<sup>8</sup>.

ألزم المشرع الجزائري الهيئات المستخدمة خاصة كانت أم عامة بتقديم عروض العمل لدى الوكالة تتضمن عروض العمل، المناصب الشاغرة لدى المؤسسة والشروط الواجب توافرها في المترشحين لهذه المناصب<sup>9</sup>. كما يجب على الوكالة تلبية العروض المقدمة من قبل الهيئة المستخدمة في أجل أقصاه 21 يوما من تاريخ تسجيله، وفي حالة عدم تلبية العرض، يمكن للهيئة المستخدمة اللجوء إلى التشغيل المباشر مع إعلام الوكالة بذلك فوراً<sup>10</sup>.

منح المشرع الجزائري للمصالح المختصة التابعة للإدارة المكلفة بالتشغيل، وفي حدود اختصاصها السهر على احترام تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتنصيب العمال<sup>11</sup>، وذلك من خلال الزيارات الميدانية للهيئات المستخدمة، والإطلاع على

جميع السجلات والدفاتر المتعلقة بتشغيل العمال، وعلى رأسها سجل العمال الذي يتضمن المعلومات التالية اسم ولقب العامل نوع الجنس تاريخ الميلاد، العنوان العائلي، منصب العمل المشغول، تاريخ التشغيل، تاريخ إنهاء علاقة العمل، سبب إنهاء العلاقة رقم التسجيل في هيئة الضمان الاجتماعي، طبيعة علاقة العمل<sup>12</sup>.

## 2 / الأحكام المتعلقة بتشغيل العمال الأجانب

وضعت مختلف التشريعات العمالية المقارنة بما فيها التشريع الجزائري مبدأ يقضي توفير الحماية القانونية لليد العاملة الوطنية من منافسة اليد العاملة الأجنبية<sup>13</sup>، إذ لا يعقل أن توفر الدولة مناصب عمل للأجانب، وتترك مواطنها بدون عمل<sup>14</sup>. يقصد بالأجنبي كل من لا يتمتع بالجنسية الجزائرية، فهو يحمل جنسية دولة أجنبية أوروبية كانت أو عربية، كما يعد أجنبيا أيضا الشخص عديم الجنسية، قيد المشرع الجزائري تشغيل العمال الأجانب بشروط شكلية وأخرى موضوعية .

### 1-2 / الشروط الشكلية لتشغيل الأجانب

من المقرر قانونا أنه يجب على كل أجنبي يرغب في ممارسة نشاط مدفوع الأجر بالجزائر، أن يكون حائزا على جواز أو رخصة للعمل المؤقتة تسلمها له المصالح المختصة، يقصد بالمصالح المختصة المديرية الولائية للتشغيل المختصة إقليميا<sup>15</sup>، ولا يجوز لهذه المصالح تسليم رخصة أو جواز العمل للأجنبي ما لم تقدم الهيئة المستخدمة التي ترغب في تشغيل العامل الأجنبي طلبا مرفقا بالتقرير المعلل مرفقا برأي ممثلي العمال يتضمن اسم الهيئة المستخدمة وعنوانها الاجتماعي، متطلبات منصب العمل المطلوب شغله، ووصف المهام المطلوب القيام بها ونوع الأشغال الواجب إنجازها، وكذا الأسباب التي تبرر استخدام هذا العامل الأجنبي، لاسيما الأسباب المتعلقة بمؤهلاته وشهادته أو كفاءته المهنية . يتضمن الجواز أو الرخصة المعلومات المتعلقة بحالة العامل الأجنبي المدنية وجنسيته، واسم الهيئة المسموح له بشغل منصب لديها أو عنوانها الاجتماعي، ومنصب العمل المعين فيه والولاية التي يوجد بها مكان هذا المنصب، ومدة الوثيقة المسلمة وصلاحياتها، كما يجب على الهيئة المشغلة أن تتأكد لدى مصالح التشغيل أن منصب العمل المراد تعيين العامل أجنبي فيه لا يمكن أن يشغله عامل جزائري<sup>16</sup>.

كما اشترط المشرع أن تكون علاقة العمل التي تربط العامل الأجنبي بالهيئة المستخدمة محددة المدة، ولا يمكن أن تتجاوز مدة جواز العمل سنتين، يتم تجديد هذا الجواز إذا كان منصب العمل والمؤهلات المهنية اللازمة للوظيفة الواجب شغلها، كما أنه لا يجوز للمصالح التابعة لوزارة العمل قبول تجديد رخصة العمل ما لم يكن مرفوقا بالتقرير المعلن من الهيئة صاحبة العمل والمتضمن رأي ممثلي العمال، ولا يجوز أن تتحول هذه العلاقة إلى مدة غير محددة مهما تعدد تجديدها.<sup>17</sup>

### 1-2 / الشروط الموضوعية لتشغيل الأجانب

حصر المشرع الجزائري الشروط الموضوعية لتشغيل الأجانب في شرطين أساسيين، يتمثل الشرط الأول في إثباته لمستوى التأهيل المطلوب، والثاني في السلامة والصحة البدنية ففيما يتعلق بالشرط الأول منع المشرع الجزائري تسليم جواز أو رخصة العمل للأجنبي، إذا كان منصب العمل المتوفر يمكن شغله من قبل عامل جزائري، سواء بواسطة الترقية الداخلية أو عن طريق التشغيل الخارجي، كما اشترط المشرع أن يكون العامل الأجنبي حائزا على الشهادات والمؤهلات المهنية اللازمة للمنصب الواجب شغله.<sup>18</sup> يمنع على كل مستخدم أن يشغل عمالا أجانب لا يتمتعون بمستوى تأهيل وهو ما ذهبت إليه الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا في إحدى قراراتها.<sup>19</sup> كما اشترط المشرع الجزائري في العامل الأجنبي أن يتمتع بصحة وسلامة بدنية<sup>20</sup>، فالعامل الأجنبي يخضع عند تشغيله للفحص الطبي الأولي الذي يقوم به طبيب العمل.

### 3 / وجوب صاحب العمل منح العامل أجرا لا يقل عن الأجر الوطني الأدنى المضمون

لم يعرف المشرع الجزائري الأجر الوطني الأدنى المضمون، بينما عرفه المشرع الفرنسي على أنه: " الحد الأدنى الذي يضمن لذوي الأجور المتدنية أو الضعيفة قدرة شرائية ومساهمة في التنمية الاقتصادية للأمة"<sup>21</sup> وعرفه المشرع المغربي على أنه: " يقصد بالحد الأدنى القانوني للأجر القيمة الدنيا المستحقة للأجير، والذي يضمن للأجراء ذوي الدخل الضعيف قدرة شرائية مناسبة لمسايرة تطور مستوى الأسعار، والمساهمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتطوير المقاوله"<sup>22</sup>.



يتبين من خلال التعريفين السالفين الذكر، أن الهدف من تدخل التشريعات العمالية في تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون ليس اجتماعي، فحسب بل اقتصادي أيضا، ومن ثم فإن التدخل يهدف إلى تحقيق نوع من التوازن بين المصلحتين المتناقضتين، المصلحة الاجتماعية للطبقة العاملة من جهة، و المصلحة الاقتصادية لأرباب العمل من جهة أخرى . فالأجر الوطني الأدنى المضمون يساعد ذوي الدخل المحدود على اقتناء المواد الاستهلاكية الضرورية التي تضمن لهم العيش الكريم، فهو الذي يغطي نفقات المعيشة في حدودها الإنسانية، دون الإخلال بالتوازن الاقتصادي الواجب بين الأجور والأسعار<sup>23</sup> . بالإضافة إلى البعد الاجتماعي يساهم الأجر الوطني الأدنى المضمون في تنمية وتطوير المؤسسة اقتصاديا من خلال إقبال المواطنين بما فيهم ذوي الدخل المحدود على المنتج وهو ما يسعى أرباب العمل إلى تحقيقه، بل إن الأجر الوطني الأدنى المضمون له بعد وطني إذ يساهم في التنمية الاقتصادية للبلاد من خلال تطوير اقتصاد المؤسسات .

### 3-1/ معايير تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون

نصت المادة 87 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل على انه: " يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون المطبق في قطاعات النشاط بموجب مرسوم يعد بعد استشارة نقابات العمل والمستخدمين والتنظيمات النقابية الأكثر تمثيلا . ويراعى عند تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون تطور ما يأتي: متوسط الإنتاجية الوطنية المسجلة، الأرقام الاستدلالية لأسعار الاستهلاك، الظروف الاقتصادية العامة " . استقراء لنص المادة يتضح أن المشرع الجزائري حدد كفاءات وإجراءات تحديد الأجر الوطني المضمون من خلال الفقرة الأولى، والمعايير الواجب مراعاتها عند تحديده في الفقرة الثانية . يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون حسب نص المادة 87 الفقرة الأولى في إطار اجتماع تشاوري يضم الثلاثية أي المنظمة الأكثر تمثيلا للعمال، ومنظمة أرباب العمل، والحكومة ركز المشرع الجزائري من خلال نص المادة 87 فقرة 2 من القانون رقم 90-11 على ثلاثة معايير أساسية يجب مراعاتها عند تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون يتمثل المعيار الأول في تطور متوسط الإنتاجية الوطنية المسجلة، والثاني في الأرقام الاستدلالية

لأسعار الاستهلاك وهي تشمل الغذاء واللباس والمسكن والتعليم والصحة<sup>24</sup>، والثالث في الظروف الاقتصادية العامة .

حدد المشرع الجزائري الأجر الوطني الأدنى المضمون الموافق لمدة عمل قانونية أسبوعية قدرها 40 ساعة، وهو ما يعادل 173,33 ساعة في الشهر (18.000 دج ) في الشهر أي ما يعادل 69,23 دينار لساعة عمل وذلك ابتداء من 1 جانفي 2012<sup>25</sup>، أما إذا كان عدد الساعات المؤدات أقل من 40 ساعة في الأسبوع فلا يمكن للعامل التمسك بالحد الأدنى من الأجر الوطني المضمون، بل يمنح أجرا حسب مدة العمل الفعلي<sup>26</sup>.

ثانيا: الآثار المترتبة على مخالفة الأحكام المرتبطة بالنظام العام الاجتماعي

عمل المشرع الجزائري على كفالة احترام القواعد الآمرة المرتبطة بالنظام العام عن طريق فرض جزاءات جزائية وعدم الاكتفاء بالجزاء المدني، كما أنه نظم الجزاء المدني تنظيما خاصا راعى فيه طبيعة علاقات العمل<sup>27</sup>، مخالفا بذلك القواعد العامة<sup>28</sup>.

### 1/الجزاء المدني

يختلف مفهوم البطلان في قانون العمل عن المفهوم الوارد في القانون المدني (الشريعة العامة)، ففي القانون المدني البطلان هو الجزاء المترتب عن تخلف ركن من أركان العقد<sup>29</sup>، ومن أمثلة البطلان في القانون المدني ما نصت عليه المادة 96 ق.م.ج: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا"، وما نصت عليه المادة 97 ق م ج: " إذا التزم المتعاقدان لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا". أما البطلان في قانون العمل لا يقتصر على تخلف ركن من أركان العقد فحسب، بل يترتب أيضا إذا كانت علاقة العمل مخالفة وغير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به<sup>30</sup>. ومن أمثلة إقرار المشرع سن أدنى للتشغيل، والذي لا يمكن أن يقل في أي حال من الأحوال عن 16 سنة، إلا في الحالات المقررة في إطار عقد التمهين<sup>31</sup>، غير أن بعض الاتفاقيات الجماعية حددت السن الأدنى بثمانية عشر 18 سنة كاملة<sup>32</sup>.

في اعتقادنا أن هذا الشرط ينقص من الحقوق التي كرسها القانون، ومن ثم فهو مخالف للتشريع، ويمس بالحقوق القانونية المكرسة للعمال، مما يتعين عرضه على الجهة القضائية المختصة لبطلانه<sup>33</sup>. الأجدر بالاتفاقيات الجماعية التي حددت سن أدنى أعلا

من السن المحددة في القانون، أن تنقيد بالسن القانوني للتشغيل كمبدأ عام، واستثناء عن المبدأ العام، وعند الضرورة تضع سنا أعلا يتناسب مع خصوصية بعض مناصب العمل التي تتميز بنوع من الخطورة أو المضرة بالصحة<sup>34</sup>.

إن الصفة الأمرة لقواعد قانون العمل لا تمنع من تقرير حقوق أو مزايا أفضل للعمال من الحقوق والمزايا المقررة في النصوص التشريعية والتنظيمية، ومن ثم فإن الحقوق الأكثر نفعا للعمال المقررة في عقود العمل الفردية أو في الاتفاقيات الجماعية أو في الأنظمة الداخلية، لا تعتبر باطلة ولا مخالفة لأحكام قانون العمل، ومن أمثلة ذلك أن تمنح عقود العمل الفردية أو الاتفاقيات الجماعية للعمل أجرا أكثر من الأجر الوطني الأدنى المضمون، أو أن تمنح للعمال الحق في راحة أسبوعية لمدة يومين بدل يوم واحد.

يحق للعامل ذي مصلحة أن يتمسك بحقه في بطلان علاقة العمل، وفق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني<sup>35</sup>، يترتب على البطلان في قانون العمل كقاعدة عامة رجوع المتعاقدين أي العامل وصاحب العمل إلى الحالة التي كانا عليها قبل نشأة علاقة العمل وفق القواعد العامة<sup>36</sup>، ومن ثم يتحرر كل من العامل والمستخدم من تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقهما المحددة في عقد العامل<sup>37</sup>. غير أن عقد العمل يعد من العقود الزمنية، التي يستحيل فيها تطبيق مبدأ الأثر الرجعي للبطلان، فلا يمكن لصاحب العمل رد ما قدمه العامل من جهد بمقتضى ذلك العقد<sup>38</sup>، ومن ثم فلا يمكن أن يؤدي بطلان العلاقة إلى فقدان العامل للأجر المستحق عن الفترة التي عمل فيها<sup>39</sup>.

## 2 / الجزء الجزائي

خصص المشرع الجزائري الباب الثامن من القانون رقم 90 - 11 المتعلق بعلاقات العمل للأحكام الجزائية المترتبة على مخالفة القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام الاجتماعي<sup>40</sup>، مع العلم أن طبيعة هذه الجرائم كقاعدة عامة عبارة عن مخالفات، والقليل منها جنح خفيفة.

منح المشرع لمفتش العمل سلطة الضبطية القضائية، فإذا لاحظ مفتش العمل المختص إقليميا خرقا سافرا للقواعد الأمرة يلزم صاحب العمل الامتثال إليها في أجل لا يمكن أن يتجاوز 8 أيام من تاريخ إخطاره، وفي حالة عدم تنفيذ صاحب العمل هذا الالتزام

خلال الآجال المحدد، يحرم مفتش العمل محضرا ويخطر الجهة القضائية المختصة<sup>41</sup>، كما يعتبر محضر المخالفة محضرا رسميا لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير . لكن من خلال عملنا الميداني لاحظنا أن مفتش العمل كثيرا ما يلجا إلى تحرير محاضر المخالفة، دون توجيه إعدار لصاحب العمل، وفي رأينا أنه في مثل هذه الحالة يمكن لصاحب العمل التمسك أمام الجهة القضائية المختصة ببطلان محضر المخالفة لبطلان الإجراءات، مع العلم أن الإجراءات في المواد الجزائية من النظام العام لا يجوز مخالفتها.

رتب المشرع الجزائري عقوبات جزائية، تلحق المستخدم في حالة مخالفته للقواعد الآمرة المرتبطة بالنظام العام كتلك المتعلقة بعدم تبليغ وكالة التشغيل المؤهلة بالمنصب الشاغرة لدى هيئته المستخدمة، بعدم إرسال المعلومات التي نص عليها القانون إليها بغرامة تتراوح بين 10.000 دج إلى 30.000 دج عن كل مخالفة وفي حالة العود تضاعف الغرامة الوكالة أو عدم تبليغ المستخدم الوكالة المؤهلة أو البلدية أو الهيئة الخاصة المعتمدة بالمنصب الشاغرة لدى مؤسسته التي يريد شغلها<sup>42</sup>، أو تلك المتعلقة بدفع أجر يقل عن الحد الأدنى الوطني المضمون، فكل مستخدم يقوم بهذه الجريمة يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1000 دج إلى 2000 دج وتضاعف العقوبة حسب عدد المخالفات . وفي حالة العود، تتراوح الغرامة المالية من 2000 إلى 5000 دج<sup>43</sup>

كما رتب المشرع الجزائري عقوبات جزائية تتراوح بين 5.000 دج و 10.000 دج في حالة تشغيل عامل أجنبي لا يحوز على رخصة أو جواز العمل المؤقت، أو إذا كان حائزا على رخصة سقطت صلاحيتها، أو تشغيله في منصب عمل غير المنصب الوارد في الوثيقتين المذكورتين<sup>44</sup>.

الملاحظ أن العقوبات السالفة الذكر غير ردية إذا ما قرناها مع جسامه وخطورة الجريمة المرتكبة، مع العلم أن هذه العقوبات تم إقرارها بين سنتي 1981 و 1990 مع صدور القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل ولم يتم مراجعتها إلى غاية إنجاز هذا البحث، لذلك نرى ضرورة تدخل المشرع للنظر في الأحكام الجزائية في مجال قانون العمل لتكييفها مع التحولات الاقتصادية والاجتماعية، على غرار العقوبة التي أقرها ضد صاحب العمل الذي لا يقوم بالتصريح بالعمال لدى هيئات الضمان الاجتماعي في ظرف

10 أيام التي تلي تشغيل العامل بموجب التعديل الذي طرأ على القانون رقم 83-14 بالقانون رقم 98 - 12 المؤرخ في 31 ديسمبر 1998 المتضمن قانون المالية لسنة 1999 والذي ارتفعت فيه الغرامة المالية بين 10.000 دج و 20.000 دج عن كل عامل غير مسجل، وعقوبة الحبس من 2 شهرين إلى 6 أشهر أو إحدى هاتين العقوبتين، وفي حالة العود ترفع الغرامة ما بين 20.000 دج إلى 50.000 دج وعقوبة الحبس من شهرين إلى 24 شهراً<sup>45</sup>.

#### خاتمة

يتبين مما سبق تحليله، أن مفهوم النظام العام توسع في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية إلى أنواع من الأنظمة العامة، منها النظام العام الاجتماعي، والذي هو عبارة عن مجموعة من القواعد الآمرة التي تعرض إليها المشرع في كل من قانون العمل والضمان الاجتماعي، والتي لا يجوز لأطراف علاقة العمل الاتفاق على مخالفتها وكل اتفاق على مخالفة أحكامها يعد باطلاً وعديم الأثر. إن مفهوم البطالان في قانون العمل أوسع عن مفهومه في القانون المدني، فإذا كان البطالان في القانون المدني هو جزاء تخلف ركن من أركان العقد، فإن البطالان في قانون العمل يكون زيادة على ذلك نتيجة مخالفة بنود عقد العمل أو الاتفاقية الجماعية للعمل أو النظام الداخلي للمؤسسة للنصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بهما.

إذا كانت الآثار المترتبة عن البطالان في القانون المدني رجوع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد فإن بطلان علاقة العمل لا يحرم العامل حقه في الأجر عن الفترة التي عمل فيها. إذا كانت القواعد الآمرة هي تلك القواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فإنه في مجال قانون العمل يجوز مخالفة تلك القواعد بموجب الأحكام الواردة في عقد العمل أو الاتفاقية الجماعية أو النظام الداخلي، متى منحت تلك الأحكام حقوق وامتيازات أكثر نفعاً للعامل.

إن مخالفة القواعد الآمرة في القانون المدني، يترتب عليه جزاء مدني فقط وهو بطلان العقد، فإن مخالفة القواعد الآمرة في قانون العمل يترتب عليه جزاء مدني، وجزاء جنائي، وهي خاصية يمتاز بها قانون العمل عن سائر فروع القانون الخاص، غير أن

العقوبات الجزائية في مجال قانون العمل لا تعد ردعية مما يستلزم تدخل المشرع حتى يجعل من تلك العقوبات مطابقة لجسامة الخطأ وخطورته .

## الهوامش

- <sup>1</sup> - أحمد حسن البرعي - الوجيز في شرح قانون العمل - دار النهضة العربية - طبعة 2003 ص 94 .
- <sup>2</sup> - Christophe Radé – Droit du travail 3e édition Montchrestien 2004 p.13
- <sup>3</sup> - بن عزوز بن صابر - الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري - الكتاب الأول مدخل إلى قانون العمل الجزائري - دار الخلدونية للنشر والتوزيع - الجزائر الطبعة الأولى 2009 ص 42 .
- <sup>4</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 90 - 259 المؤرخ في 18 صفر عام 1411 الموافق 8 سبتمبر 1990 المحدد مهام الوكالة الوطنية للتشغيل وتنظيمها وسيرها جريدة رسمية عدد 39 لسنة 1990 المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06 - 77 المؤرخ في 19 محرم عام 1427 الموافق 18 فبراير 2006 جريدة رسمية عدد 09 لسنة 2006 .
- <sup>5</sup> - نظر المادة 475 من الظهير الشريف رقم 1.03.194 المؤرخ في 14 رجب 1424 الموافق 11 سبتمبر 2003 الصادر بتنفيذ القانون رقم 99 - 65 المتعلق بمدونة الشغل - جريدة رسمية رقم 5167 الصادرة يوم 8 سبتمبر 2003 .
- <sup>6</sup> - Article . L . 311-1 du code de travail Français: « Le service public du placement est assuré par l'Agence nationale pour l'emploi » .
- <sup>7</sup> - بن عزوز بن صابر الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري - الكتاب الثاني - نشأة علاقة العمل الفردية والآثار المترتبة عنها - دار الخلدونية للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 2010 ص 26 .
- <sup>8</sup> - انظر أحمد حسن البرعي - الوسيط في القانون الاجتماعي - الجزء الثاني - شرح عقد العمل الفردي دار النهضة العربية القاهرة طبعة 2003 ص 368
- <sup>9</sup> - انظر المادة 18 من القانون رقم 04 - 19 المؤرخ في 13 ذي القعدة 1425 الموافق 25 ديسمبر 2004 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل جريدة رسمية عدد 83 لسنة 2004 .
- <sup>10</sup> - انظر المادة 14 من القانون رقم 04 - 19 المذكور أعلاه .
- <sup>11</sup> - انظر المادة 22 من القانون رقم 04 - 19 من نفس القانون .
- <sup>12</sup> - انظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 96 - 98 المؤرخ في 17 شوال 1416 الموافق 6 مارس 1996 المحدد لقائمة ومحتوى السجلات والدفاتر الخاصة الملزمة للمستخدمين - جريدة رسمية عدد 17 لسنة 1996 .
- <sup>13</sup> - المادة 21 من القانون رقم 90 - 11: " يجوز للمستخدم توظيف العمال الأجانب عندما لا توجد يد عاملة وطنية مؤهلة، وحسب الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما " . ويقصد بالتنظيم المعمول به في إطار تشغيل العمال الأجانب القانون رقم 81 - 10 المؤرخ في 11 جويلية 1981 المتضمن كفاءات وشروط تشغيل الأجانب . جريدة رسمية عدد 28 المؤرخة في 14 جويلية 1981 ص 946، والقرار المؤرخ في 26 أكتوبر 1983 الذي يحدد خصائص جواز العمل ورخصة المؤقتة للعمال الأجانب .
- <sup>14</sup> - انظر أحمد حسن البرعي - شرح عقد العمل الفردي - المرجع السالف الذكر ص 405 و 406 .

- <sup>15</sup> - المادة 2 من القانون رقم 81-10 المؤرخ في 11 جويلية 1981 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب: " مع مراعاة الأحكام المخالفة التي تنص عليها أية معاهدة أو اتفاقية أبرمتها الجزائر مع دولة أجنبية يجب على كل أجنبي مقبل على ممارسة نشاط مدفوع الأجر بالجزائر، أن يكون حائزا جوازا أو رخصة للعمل المؤقت تسلمها المصالح المختصة التابعة للسلطة المكلفة بالعمل طبقا لأحكام هذا القانون " المادة 6 فقرة 1 من المرسوم رقم 82 - 510 المؤرخ في 9 ربيع الأول 1403 الموافق 25 ديسمبر 1982 يحدد كيفيات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب: " تقدم طلب تسليم أو تجديد جواز العمل ورخصة العمل المؤقت إلى مصالح التشغيل المختصة إقليميا الهيئة المشغلة التي تنوي توظيف عامل أجنبي ". للإطلاع على شكل وخصائص جواز ورخصة العمل المؤقت للأجانب ارجع إلى الملحق المذكور في المادة 2 من القرار المؤرخ في 26 أكتوبر 1983 .
- <sup>16</sup> - انظر المواد 2 و 3 و 7 من المرسوم رقم 82 - 510 المذكور أعلاه.
- <sup>17</sup> - انظر المواد 4-10-5 من القانون رقم 81-10 المتعلق بشروط تشغيل الأجانب السالف الذكر.
- <sup>18</sup> - نظر المادة 5 فقرة 1 و 2 من القانون رقم 81 - 10 المؤرخ في 9 رمضان 1401 الموافق 11 يوليو 1981 المتعلق بشروط تشغيل الأجانب.
- <sup>19</sup> - انظر القرار الصادر عن الغرفة الاجتماعية رقم 47289 المؤرخ في 27 جوان 1988 قرار غير منشور .
- <sup>20</sup> - انظر المادة 5 فقرة 3 من القانون رقم 81 - 10 المذكور أعلاه .
- <sup>21</sup> - Art . L . 141 - 2: « Le salaire minimum de croissance assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles la garanties de leur pouvoir d'achat et une participation au développement économique de la nation ».
- <sup>22</sup> - نظر المادة 358 فقرة 1 من مدونة الشغل المغربية الصادرة بالقانون رقم 65.99 ظهير الشريف رقم 1.03.194 بتاريخ 11 سبتمبر 2003.
- <sup>23</sup> - المختار أعمرة - التنظيم القانوني للحد الأدنى للأجر في ظل المتغيرات الاقتصادية - دار النهضة العربية القاهرة طبعة 2006 ص 48 و 49.
- <sup>24</sup> - Franklin (N.N): The concept and me asurement of minimum living standards . Int .Lab. Rev.Vol , N°4 April 1967.P.271.
- <sup>25</sup> - انظر المادتين 1 و 3 من المرسوم الرئاسي رقم 06 / 395 المؤرخ في 12 نوفمبر 2006 المحدد للأجر الوطني الأدنى المضمون .
- <sup>26</sup> - انظر ذيب عبد السلام قانون العمل الجزائري والتحولت الاقتصادية - دار القصبه للنشر والتوزيع طبعة 2003 ص 289 .
- <sup>27</sup> - انظر الباب السابع من القانون رقم 90 - 11 حالات البطلان المواد من 135 إلى 137 .
- <sup>28</sup> - انظر محمد عزمي بكري - مدونة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد - الجزء الأول القاهرة 1985 ص 294. وانظر كذلك محمد لبيب شنب - شرح قانون العمل الطبعة الرابعة 1987 القاهرة ص 28 .
- <sup>29</sup> - الدكتور محمد صبري السعدي: (شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول - التصرف القانوني - الطبعة الأولى 1991 - 1992 ص 251.

- <sup>30</sup> - المادة 135 فقرة 1 من قانون 90-11 المتضمن علاقات العمل: (تعد باطلة وعديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به).
- <sup>31</sup> - المادة 15 فقرة 2 من القانون رقم 90 - 11 المتعلق بعلاقات العمل: " لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن 16 سنة، إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين، التي تعد وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما " .
- <sup>32</sup> - Article 33 de la convention collective de SONATRACH: "L'âge minimum , requis pour un recrutement , est fixé à 18 ans révolus , sauf dans du contrat d'apprentissage.
- <sup>33</sup> - المادة 134 من القانون رقم 90 - 11: " إذا لاحظ مفتش العمل أن اتفاقية جماعية أو اتفاق جماعي مخالف للتشريع المعمول بهما، يعرضها (يعرضه) تلقائيا على الجهة القضائية المختصة.
- <sup>34</sup> - بن عزوز بن صابر . نشأة علاقة العمل الفردية في التشريع الجزائري والمقارن - دار حامد للنشر والتوزيع عمان الأردن - طبعة 2011 ص 24 .
- <sup>35</sup> - المادة 102 من القانون المدني: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها..."
- <sup>36</sup> - انظر المادة 103 فقرة 1 من القانون المدني .
- <sup>37</sup> - ناصري حفناويزي- تكوين وانتهاء علاقة العمل في القانون الجزائري- مطبعة زكريا 1992 صفحة 73.
- <sup>38</sup> - الدكتور محمد صبري السعدي نفس المرجع المذكور أعلاه بند 250 ص 269.
- <sup>39</sup> - المادة 135 فقرة 1 من القانون رقم 90 - 11: " غير أنه لا يمكن أن يؤدي بطلان العمل إلى ضياع الأجر عن عمل تم أدائه "
- <sup>40</sup> - انظر المواد 138 إلى 155 من القانون رقم 90 - 11 المتعلق بعلاقات العمل .
- <sup>41</sup> - انظر المادة 12 من القانون رقم 90-03 المؤرخ في 6 فبراير 1990 المتعلق بمنفثشية العمل المعدل والمتمم جريدة رسمية عدد 36 المؤرخة في 12/06/1990 .
- <sup>42</sup> - انظر المادتين 24 و 25 من القانون رقم 04 - 19 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل جريدة رسمية عدد 83 لسنة 2004.
- <sup>43</sup> - المادة 149 من القانون رقم 90 - 11 السالف الذكر: " يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1000 دج إلى 2000 دج كل مستخدم يدفع لعامل أجرا يقل عن الأجر الوطني الأدنى المضمون أو الأجر الأدنى المحدد في اتفاقية جماعية أو اتفاق جماعي للعمل وذلك دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في التشريع المعمول به، وتضاعف العقوبة حسب عدد المخالفات . وفي حالة العود، تتراوح الغرامة المالية من 2000 إلى 5000 دج وتضاعف حسب عدد المخالفات "
- <sup>44</sup> - المادة 19 من القانون رقم 81-10 المتعلق بشروط تشغيل الأجانب . من نفس القانون المذكور أعلاه.
- <sup>45</sup> - انظر المادة 41 فقرة 2 من القانون رقم 98 - 12 المؤرخ في 31 ديسمبر 1998 المتضمن قانون المالية لسنة 1999 المعدل للقانون رقم 83 - 14 السالف الذكر جريدة رسمية عدد 98 لسنة 1998 .



## تأثير الظروف الاقتصادية في بروز نظام عام إستثنائي في قانون العمل

Dr. MAACHOU Feta  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,  
Université de Tizi Ouzou , Algérie.

د. معاشو فطة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة، تيزي وزو، الجزائر.

### مقدمة

إن تشريع العمل الذي يحكم علاقات العمل لا يظهر فقط في صورة نظام قانوني، بل أيضا في صورة إتفاقات العمل الجماعية التي تعد تنظيما لائحيا للمهنة من جهة ويؤدي إلى تغليب فكرة الديمقراطية الإجتماعية على الديمقراطية السياسية من جهة ثانية. إعتبرت الإتفاقيات الجماعية في الدول المتقدمة أداة إقتصادية للتقدم الإجتماعي، وفي بعض الأخرى بمثابة تنظيم من النظام العام، على خلاف بعض الكتاب والفقهاء ك P. DURAND الذي نادى بإزدواجية الطبيعة القانونية للإتفاقية الجماعية، فمتى كان الإتفاق الجماعي قانون مهني فلا يجوز أن يخالف القواعد القانونية للآمرة إنقاصا لحقوق العامل بل يجوز ذلك متى كانت أكثر فائدة سواء في مسألة الأجر أو التعويضات التي تشكل النظام العام الإجتماعي.

ففي ظل الفوارق الإجتماعية والإقتصادية الكبيرة بين طرفي علاقة العمل، لم يكن التنظيم القانوني لعلاقات العمل أن يقف على أرضية العدالة المجردة بل العمل على تجسيد فكرة الإجتماعية التي أثمرت قواعد ذات طبيعة خاصة هدفها ضمان الحد الأدنى من الحماية الذي لا يمكن النزول عنه إلا لتقرير ما هو أصح وأنفع للعامل.

وهو ما دعمه قانون العمل رقم 11/90 في كثير من مواده خاصة 135، 136، 137 تستبعد وجود نظام عام إستثنائي، إلا أن ثمة مبررات أدت إلى التساؤل عن البعد الحقيقي أو الواقعي لهذا المنع، في ظل الظروف الاقتصادية التي يفرضها واقع التنمية من جهة، وواقع المؤسسة في الكسب والبقاء من جهة ثانية، خاصة أن الوضع القانوني يؤكد على عدم وجود أساس دستوري لمبدأ الشرط الأفضل للعامل، بما يبرر إمكانية وجود نظام عام إستثنائي (المحور الأول)، والذي يمكن إبرازه من خلال بعض تطبيقات هذا النظام في مجال علاقات العمل سواء في حالة إبرام العقد، أو في حالة تقليص عدد

العمال الذي يتجسد بإلغاء نظام الرقابة السابقة وإحلال التفاوض مكانه، من خلال الخطة الإجتماعية حيث تخلق قواعد إستثنائية تكون أقل نفعاً للعمال (المحور الثاني).

### المحور الأول: فكرة النظام العام الإستثنائي

في ظل تغيير الطبيعة القانونية لعلاقات العمل بتحويلها من الطابع التنظيمي إلى الطابع التعاقدية، إعتبرت الإتفاقيات الجماعية بمثابة دستور علاقات العمل. إمكانية إحلال القاعدة التفاوضية مكان القاعدة القانونية وذلك ببرز تنظيم جديد وتدرج جديد لمصادر قانون العمل وإعطاء الإتفاقية الجماعية مكانة أعلى من التشريع وجواز مخالفتها له إذا ما كانت أحكامها أكثر نفعاً للعمال.

مع ذلك أمام الإنفتاح الإقتصادي والبحث عن التنمية الإقتصادية ومنح المستخدم السلطة لبحث عن الفعالية الإقتصادية والربح والمنافسة قيد ذلك بوجود التفاوض عند تغيير أمام قانون العمل سواء كانت أكثر أو أقل نفعاً للعمال وربط ذلك بتبرير الظروف التي أدت إلى تقرير هذه الأحكام.

فبسبب أن مبدأ الأصلح للعامل ليس له قيمة دستورية فليس هناك ما يمنع المشروع أن يضع أحكام تخالف هذا المبدأ و بما أن هناك مبدأ النظام العام المطلق الذي يمس به من جهة مخالفة.<sup>(1)</sup>

### أولاً: ظهور النظام العام الإستثنائي

ظهور هذا النظام الذي هدد الحماية العمالية في القانون الفرنسي منذ قانون AROUX 16 جانفي 1982 خاص بمدة العمل والعطل مدفوعة الأجر، والذي رخص للمتعاملين الإجتماعيين بتقليص حقوق العمال، ثم جاء قانون FILLON في 03 جانفي 2003، خاص بالتفاوض الجماعي Dialogue social خول الإتفاقية الجماعية الخاصة بإجراءات التسريح الإقتصادي التي تتصف بأقل نفعاً للعمال كما هو منصوص قانوناً، ثم مخالفة مبدأ تدرج الإتفاقيات الجماعية بمنح إستقلالية للتفاوض وإمكانية مخالفة إتفاقية المؤسسة لإتفاقية الفرع.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص صراحة عن وجود النظام العام الإستثنائي بينما أجاز في حالة وجود أحكام أنفع وأصلح للعمال<sup>(2)</sup> لأن الإصلاحات التي شرعت فيها الدولة الجزائرية منذ سنوات 1988، كانت غايتها تغيير النسيج القانوني السائد بنسيج

مرن عن طريق تقنية إزالة التنظيم الذي يكون أساسه البحث عن التنمية الاقتصادية في إطار الاقتصاد العالمي<sup>(3)</sup> خاصة بعد تخلي الدولة عن دورها التدخلي في معظم المجالات الاقتصادية والاجتماعية والتأكيد من خلال قانون 90-11 عن مرونة التنظيم الذي يحكم علاقات العمل بالإعتراف للمتعاملين الاجتماعيين وكذا المستخدم إمكانية التفاوض كلما دعت الضرورة إلى ذلك، فتطبيق السياسة الجديدة ترتب عنها عدة نتائج خاصة إقامة مؤسسات تستهدف الربح وإقامة علاقات العمل على أساس تعاقدية.

### ثانيا: مفهوم النظام العام الإستثنائي

ظهر النظام العام الإستثنائي بظهور الإتفاقيات الإستثنائية في مجال علاقات العمل بشكل محسوس مع ذلك بقي مفهومها غامض لأغلبية الكتاب.

#### 1) تعريف النظام الإستثنائي

حاول أغلبية الفقه بإعطاء تعريف للنظام العام الإستثنائي في مجال قانون العمل. وكانت مختلف هذه التعاريف متشابهة تحتوي على نفس العناصر ولقد عرف على أنه: " إتفاق يتضمن قواعد قانونية ليس في صالح العامل لا تحسن من الشروط و ظروف عمله<sup>(4)</sup> . كما عرف أنه: " تقنية قانونية يتم من خلالها إستبعاد قاعدة قانونية سارية المفعول"<sup>(5)</sup>.

وعرفه آخرون على أنه: "عملية قانونية يتم من خلالها إحلال قاعدة مكان قاعدة أخرى بالنتيجة نشوء قاعدة إستثنائية"<sup>(6)</sup>.

كما أن هناك من يرى أن إستعمال مصطلح الإستثناءات dérogation قد يكون لترجمة أحكام أنفع أو أحكام أقل نفعا للعمال تؤدي إما إلى تحسين وضعهم أو إلى تدهور حالاتهم المعيشة، كما هو الإتفاق حول مهلة الإخطار في القانون الفرنسي.

لقد ندد الفقه على تدهور وضع العمال نتيجة ظهور الإتفاقيات الإستثنائية في مجال قانون العمل وهو ما يؤكد أن الإتفاقيات الجماعية لا تهدف دائما إلى تحسين وضع العمال بل يمكن ان تنقص منه و تؤدي إلى تدهور حالتهم الإجتماعية<sup>(7)</sup>.

ولهذا لقد منح المشرع الفرنسي حق للممثلين النقابيين الموقعين على الإتفاق الإستثنائي حق الاعتراض على تطبيقه من خلال ما جاء في المادة 26 – L132 والتي تم إلغائها بموجب قانون 04 ماي 2004.

وعليه فالقاعدة القانونية الملزمة يجوز مخالفتها وإما بوضع إستثناءات قانونية كما هو الحال بالنسبة للنظام العام الإجتماعي أو بتمكين أو ترخيص المتعاملين الإقتصاديين سلطة إستثنائية مع بقاء القاعدة الأصلية سارية المفعول إذا لم يستبعدها هؤلاء المرخص لهم، وما هو ما تضمنته المادة 1-220 من القانون الفرنسي التي رخصت لاتفاق الجماعي بتقيل من ساعات الراحة اليومية، والتي تحددها بـ 11 ساعة في اليوم، أما إذا كانت القاعدة مكلمة فاللجوء إلى الإتفاق الإستثنائي غير ضروري<sup>(8)</sup>.

## 2) الفرق بين القاعدة الإستثنائية و القاعدة المكلمة

كثير من الكتاب لا يفرقون بين قواعد النظام العام التي يجوز فيها الإتفاق الإستثنائي، و القواعد المكلمة التقليدية مع أن هناك فرق بينهما.

إن لجوء المشرع إلى تنظيم قانون العمل بقواعد مكلمة يفسر فكرة إنسحاب الدولة من التنظيم الأمر من جهة ومن جهة أخرى، توسيع سلطة المتعاملين الإقتصاديين. فالقاعدة المكلمة لا تفرض قواعد ملزمة بل تمنح حق إستبعادها بإختيار أسلوب الحرية التعاقدية تبقى القاعدة القانونية قائمة كأصل و هو موقف الكثير من الفقهاء. حسب مازو MAZEAUD قبل المشرع وضع بين قوسين النظام العام الإجتماعي لتصبح القاعدة القانونية مكلمة بواسطة الإتفاق الجماعي.

« Le législateur a accepté une mise entre parenthèses l'ordre public social la loi devenant en ce domaine supplétive d' accord collectif »

أما My Robineau يرى إن العملية القانونية الإستثنائية تتعلق بتحويل قواعد كانت أمرة إلى قواعد مكلمة.

L'opération juridique de dérogation consiste à transformer une norme au paravent impérative entant que plancher en une norme supplétive

بينما DJ Barthelény يقرر أن تقنية النظام العام الإستثنائي تجعل القانون عملية مكلمة للإتفاق.

« La technique de la dérogation fait de la loi une solution supplétive de l'accord »<sup>(9)</sup>

وعليه إذا كانت القاعدة القانونية من النظام العام المطلق فلا مجال لتدخل المتعاملين الإجتماعيين لأنها تمنع الإستثناء، إلا في حالة النظام العام الإجتماعي كما هو الحال بالنسبة للمادتين 118 والمادة 137 من قانون 11/90 حيث يتدخل المشرع لغرض حماية للعمال.

أما في حالة قيام ظروف الإقتصادية يجوز مخالفة القواعد القانونية و إقامة إستثناء عليها حتى وإن لم تكن أصلح للعامل.

لأن المشرع يضع قاعدة مرجعية يجوز مخالفتها من المتعاملين الإجتماعيين من جهة ومن جهة أخرى تضع الحدود التي يتعين على هؤلاء إحترامها وعدم تجاوزها كما فعل المشرع الفرنسي بالنسبة لساعات الراحة المادة 1-220 L. السالفة الذكر<sup>(10)</sup>.

أما المشرع الجزائري لم يتطرق في أين نص من النصوص لا صراحة ولا ضمنيا فكرة إمكانية وجود إتفاقات الإستثنائية المنقصة لحقوق العمال، وهذا لسببين لأنه من جهة أقام علاقات العمل على الحرية التعاقدية التفاوضية، ومن جهة أخرى إعتبر قانون العمل 90-11 قانون انتقالي جاء لتغيير وضع قانوني قائم يجسد إنسحاب الدولة من المجال الاقتصادي والاجتماعي.

### 3) مميزات النظام العام الإستثنائي

بعد إستعراض مفهوم النظام الإستثنائي يمكن إستخلاص بعض المميزات التي يتميز بها.

- إنشاء هذا النظام بواسطة التفاوض الجماعي بين الممثلين الإجتماعيين.
- مضمونه إنقاص ضمانات منصوص عليها في القانون والتنظيم والإتفاقيات الجماعية وكذا العقد الفردي والنزول على الحد الأدنى المقرر قانونا.
- عدم تكريس الدستوري لمبدأ مساومة حقوق العمال بالأضعف ولا بالأقل نفعا وهو ما يجيز وجود هذا النظام.
- يجوز فقط بموجب القانون (كما هو الشأن في القانون الفرنسي fillon Aroux Anbry) فتغير طبيعة القاعدة القانونية الأمرة لتصبح مكملة.
- أنه نظام غير مطلق يجوز للنقابات أن تعارض تطبيقه.<sup>(11)</sup>

## ثانيا: مبررات ظهور النظام العام الإستثنائي

لم يعرف التنظيم القانوني لعلاقات العمل خاصة التشريع الجزائري هذا النوع من الإتفاقات إلا بعد الإصلاحات الاقتصادية رغم أن معظم النصوص التي تعاقبت المنظمة لعلاقات العمل إعتبرت بالإتفاقية الجماعية كآلية لتنظيم علاقات العمل.

إلا أن البحث عن الأسباب التي أدت إلى ظهور هذا النوع من الإتفاقيات الإستثنائية في مجال علاقات العمل هي تنتج عن التحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر بإنتهاج النظام الليبرالي ويهدف إلى البحث عن الفعالية الاقتصادية والمردودية لضمان البقاء على ساحة المنافسة الداخلية والخارجية وكذا إقامة علاقات عمل على أسس مرنة تفاوضية.

### 1) تخويل المستخدم سلطة تنظيم و تسيير المؤسسة الاقتصادية

إن توسيع المشرع من سلطات المستخدم في مجال تنظيم إدارة و تسيير مؤسسة في المجال المالي والإقتصادي ترتب عن ذلك توسيع صلاحياته في ضبط مستويات الشغل فيها من خلال ما يضعه من أحكام في النظام الداخلي بعد المصادقة عليه من ممثلي العمال وكذا ما تتوصل إليه المفاوضات الجماعية في الموازنة بين المصلحة الاقتصادية للمستخدم والمصلحة الإجتماعية للعمال.

### 2) إنسحاب الدولة و التراجع عن دورها التداخلي الجماعي

إنطلاقا من صدور قانون 01/88، و كذا صدور الدستور 1989، تم تكريس تراجع الدولة عن التسيير الإقتصادي والإجتماعي وقطعها مع النظام التداخلي السابق، لتغييره بنظام الضبط الإقتصادي وكذا الحرية التعاقدية وتخليها عن دورها كطرف في علاقة العمل خوصصة المؤسسات الاقتصادية و ثم صدور قانون 11/90 السالف الذكر لضبط الإطار العام والذي يشكل الحد الأدنى للحقوق المضمونة للعمال في إطار النظام العام الاجتماعي أو الحمائي الذي يفتح قوس حول إمكانية تقرير أحكام وإتفاقات أنفع للعمال.

3) تأثير النظام العام الإجتماعي بالمتغيرات الاقتصادية للمؤسسة و إمكانية التفاوض على أحكام الأقل نفعا

إن تسيير المؤسسة وفق مقتضيات إقتصاد السوق يعرضها إلى تقلبات مستمرة ظرفية إقتصادية مالية هيكلية تكنولوجية يفرض عليها التنبؤ والدراسة المستمرة لوضعية الشغل حيث كلما طرأت أسباب تبرر إعادة النظر في تنظيم علاقات العمل سواء

بالنسبة للنوعية للعقد، مدته، مضمونه، وأثاره كما جاء في العديد من المواد من قانون 11/90 منها 9، 13، 20، 62، 63، 69، 70، 4/73، 5/73، 74، 87، و 118 و كذا ما جاء في المرسوم التشريعي 09/94 بشأن إمكانية إنهاء علاقات العمل لأسباب لا إرادية إقتصادية كل هذه المواد تسمح للمستخدم بإمكانية التفاوض على أحكام أقل نفعا للعامل لأن هذه المواد تبين التنظيم المرن لمضمونها ثم إمكانية مخالفة هذه المواد كلما كانت أسباب تبرر ذلك والتي يتم عن طريق التفاوض الجماعي.

وعليه لم ينص المشرع الجزائري صراحة عن وجود هذه الإتفاقات الإستثنائية التي تمس بالنظام العام الإجتماعي إلا أنه يفهم من خلال الصلاحيات التي منحت لصاحب العمل في التنظيم والتسيير كما سبق الإشارة إليه.

على أن يتم عن طريق التفاوض والإرادة المشتركة للأطراف المعنية أو الممثلين النقابيين إبرام إتفاقات إستثنائية يكون مضمونها مخالف لأحكام القانونية وأحكام الإتفاقات الجماعية بحيث تقلص من حقوق و ضمانات العمال خاصة عند اللجوء إلى تقليص عدد العمال حيث يوضع المخطط الإجتماعي الذي يحتوي على إجراءات تنفيذ هذه العملية على أساس تنازلات يقبلها العامل ويرضخ لها.

### المحور الثاني: بعض تطبيقات النظام العام الإستثنائي

كما سبق الذكر لم يحتو قانون العمل الجزائري صراحة إجازة اللجوء إلى تقرير أحكام أقل نفعا للعمال، كما فعله بالنسبة للمبدأ الأنفع للعامل عكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حينما أصدرت عدة قوانين تجيز ذلك كقانون AUBRY - FILLON - AROUX<sup>(12)</sup> بينما بصدور قانون 11/90، كرس مبدأ التفاوض و مبدأ الموازنة بين الحقوق الإقتصادية لصاحب العمل والحقوق الإجتماعية للعمال وأكدها في المراسيم التشريعية 1994 على إمكانية التفاوض على أحكام أقل إذا ما بررت ذلك أسباب مشروعة سواء في نشوء علاقة العمل أو في إنهاءها.

### أولا: الإتفاقات الخاصة بتأقيت عقد العمل

إن تكريس المشرع للنظام التعاقدية في تنظيم علاقات العمل، و من خلال كثير من المواد منها، 8، 9، 11، 12 من قانون 11/90 تؤكد أن عقد العمل يقوم على أحكام تحمي فيها الحد الأدنى المضمون، وإخضاع تفاصيل مضمونها للتفاوض الجماعي وهذا ما لا

يؤدي دائما إلى وضع أحكام في صالح العمال لأن المصلحة الاقتصادية تغلو المصلحة الإجتماعية سواء في العقد غير محدد المدة أو المحدد المدة.

### 1) بالنسبة للعقد غير محدد المدة

بالرغم أنه أداة تكريس ديمومة علاقة العمل إلا أن الأحكام التي تحكمه تتسم بالمرونة سواء من حيث شروط التوظيف أو مدة التجربة أو مدة العقد<sup>(13)</sup>. إن المادة 13 من قانون 11/90 والمرسوم التنفيذي رقم 473/97 يمكن المستخدم بإبرام عقد غير محدد المدة بالتوقيت الجزئي وما يترتب عنه من تقرير حقوق للعامل متناسب والحجم الساعي الذي يؤديه خاصة بالنسبة للأجر ما للمستخدم من سلطة إنهاء هذا العقد خاصة بتقرير صور عديدة للتقاعد العادي والنسبي والمسبق حيث يهدد العامل في مناصب عملهم كلما طرأت أسباب تسمح للمستخدم الإستغناء عن بعض العمال، وله أيضا أن يتفق مع العمال المعنيين بالذهاب الإتفاقي التفاوضي والإرادي، وإلا عن طريق إتباع إجراءات التسريح الإقتصادي، بالتفاوض حول خطة إجتماعية مع الممثلين النقابيين.

2) أما بالنسبة للعقود المحددة المدة مبدئيا فإن اللجوء إلى هذه العقود يكون إستثنائيا بإحترام الحالات المحددة قانونا وذلك في المادة 12 من قانون 11/90<sup>(14)</sup> إلا أن أصبحت هذه الصيغة هي أكثر إتباعا في إنشاء علاقات العمل، إلى حتما يكون مضمونها يحوي على إتفاقات إستثنائية وذلك لعدة أسباب:

أ) إن هذه الحالات عامة لم بمنح لها المشرع تفسير أو توضيح، هذا ما يسهل على المستخدم الخروج عنها، وتوقيع عقود محددة المدة بحالات أخرى دون أن يتعرض لجزاء مخالفة القانون.

ب) عدم تحديد مدة العقد قانونا ولا كيفية تجديده.

ج) عدم تحديد طرق إنهاء هذا العقد و بالتالي فهو يخضع للقواعد العامة في القانون المدني.

وهذا ما هو إلا دليل على عدم إستقرار حقوق العمال في عقد العمل محدد المدة كما أن ذلك يعد إجحافا في حق العامل الذي يحق له إبرام عقد العمل غير محدد المدة الأصلح والأنفع له.



2) أما بالنسبة لعقود التشغيل: المقررة بموجب قانون رقم 128/08 لجأت إليه الدولة كصيغة جديدة لمحاربة والقضاء على البطالة، وتحقيقا للإستقرار الإجتماعي خاصة بالنسبة لفئة الشباب خري الجامعات الذين يصعب عليهم الإلتحاق بمناصب عمل خاصة أمام صعوبات ومنافسة سوق العمل إلا أن هذا النوع من العقود يعد عقدا نموذجيا من حيث شكله وأطرافه بأحكام مجحفة للعمال الذين يرمون مثل هذه العقود سواء من حيث الأجر الذي يقل في كثير من الأحيان الأجر الوطني الأدنى المضمون أو من حيث مساومة العامل من أجل إبرام العقد النهائي غير محدد المدة أو من حيث إخضاع حالات إنهاء إلى صيغة الجديدة من الفسخ دون تعويض في أي حال من الأحوال، مع وجوب تقديم تبرير من العامل إن كان الفسخ من جانبه، حتى لا يفقد حقه في الإستفادة من مثل هذه المساعدة!

ثانيا: تغيير نظام الرقابة الإدارية بالتفاوض الجماعي حول إنهاء علاقة العمل لأسباب إقتصادية

كان نظام الرقابة الإدارية في حالة لجوء المستخدم إلى تقليص عدد العمال هو السائد قبيل تغيير الطبيعة القانونية لعلاقة لعمل وإتخاذ نظام المرونة للقواعد القانونية التي تحكمها، فهي ضمان للعامل من تعسفات صاحب العمل في إستعمال سلطة التسريح ولقد تم إلغاء هذا النظام في القانون الفرنسي منذ 1986 وفي القانون جزائري بعد صدور قانون 11/90 وبعدها لم ينص عليها في المراسيم التشريعية 1994، ويترب عن هذا النظام عدة نتائج:

#### 1) توسيع سلطة المستخدم في التسريح:

بعدها كان الترخيص الإداري شرط إلزامي للقيام بعملية التسريح الإقتصادي خاصة في القانون الفرنسي نددت نقابات أرباب العمل بضرورة إعادة النظر في دور السلطة الإدارية التي تعيق صلاحياته في التسيير الإقتصادي والمالي للمؤسسة ثم تقليص دور مفتشية العمل في القانون الجزائري بعدما كان رأيها إلزامي.<sup>(15)</sup>

2) إخضاع مشروع إجراء التسريح للتفاوض الجماعي مع ممثلي العمال وذلك تبعا لعدد التسريحات المقرر إجراؤها وكذا عدد العمال الذي تحتوي عليه المؤسسة، وذلك بتقرير إجماعات قبل إتخاذ قرار التسريح ثم بعد إتخاذ قرار التسريح من أجل تقديم

النقابات رأيتها في ذلك حيث يتم تحرير محضر إجتماع تدون فيه الإتفاقات حتى وإن لم تكن في مصلحة العامل.

### 3) الدور الإعلامي للسلطة الإدارية :

بصدور قانون 03/90 حصر وقلص دور مفتشية العمال في سلطة تقديم الملاحظات الكتابية والإعذارات وإثبات المخالفات وتحرير المحاضر بشأنها لذا أصبح لا يشترط الحصول على ترخيص مسبق، وبإل يتعين على صاحب العمل في القانون الفرنسي إحاطة مديرية قسم العمل والتشغيل كلما قام بعملية التسريح فردي أم جماعي.

فهذا الإعلام يسمح لها فقط القيام بالإحصائيات وإبداء الرأي في مدى إحترام التسريح كما هو منصوص عليه في المادة 11 و R.362 والتأكد من قانونية إجراءات التشاور والتدابير المرفقة لها.

كما لها سلطة تحرير محضر معاينة عند تخلف إجراءات الإستشارة دون أن تتفحص نتائج هذه الإستشارة إن كانت في مصلحة العمال أم تقلص من حقوق لهم. بل تمنح فرصة لمجلس المؤسسة أو ممثلي العمال المطالبة بإجتماع لإعادة النظر في الخطة الإجتماعية مع ذلك تم إلغاء هذه الصلاحية لمفتشية العمل، بقانون 2005/02/18 بقيت آرائها مهمة في تنبيه المستخدم الذي له أن يتخذ تدابير مخالفة حتى وإن كانت إستثنائية لا تخدم مصلحة العمال.<sup>(16)</sup>

### ثالثا: الخطة الإجتماعية أداة لتجسيد الإتفاقات الإستثنائية

ظهرت الخطة الإجتماعية في القانون الفرنسي من خلال قانون 1989/08/02 بتقييد المستخدم بإعدادها كلما لجأ إلى تقليص عدد المعال عن طريق التسريح و في القانون الجزائري جاء بها المرسوم التشريعي 09/94 السالف الذكر يحدد من خلالها الإجراءات السابقة واللاحقة لعملية تقليص عدد العمال لأسباب لا إرادية إقتصادية.

### 1) تعريف الخطة الإجتماعية

هي مجموعة من التدابير المتعاقبة لعمليتي التسريح وإعادة الإدراج تهدف إلى تحقيق هدفين، يتعلق الأول بتقليص عدد العمال، والثاني بالتقليل من النتائج السلبية له على العمال<sup>(17)</sup>.

والمشرع الجزائري نص على الخطة الإجتماعية لكن دون أن يعرفها لا في قانون رقم 11/90 ولا في المرسوم التشريعي رقم 09/94.

1) طريقة فرض التدابير المتضمنة إنقاص حقوق العمال بالنزول عن الحد الأدنى :

إن الطريقة المجحفة التي توضع بها الخطة الإجتماعية تظهر من خلال النقاط التالية:

أ) إنفراد صاحب العمل بوضع الخطة او المخطط الإجتماعي إن تعد تصرف بإرادة منفردة، ولو أخضعها المشرع إلى التفاوض والتشاور حول مضمونها مع ممثلي العمال التي تنفذ عبر مرحلتين تجسد حتى النظام العام الإستثنائي في إنهاء علاقات العمل<sup>(18)</sup>.

ب) إحتواء الخطة الإجتماعية على تدابير وقائية أقل حماية بسبب التسريح الإقتصادي كالإحالة على التقاعد والتقاعد المسبق وإعادة تنظيم ساعات العمل إلغاء العمل الإضافي و الليلي إعادة دراسة أشكال المرتبات ونظام التعويضات تجميد الترقية التقليل من ساعات العمل الأسبوعية خاصة أمام المادة 22 من قانون 11/90 التي تضع إستثناءات وتؤكد فيها إمكانية إنقاص ساعة العمل أو رفعها حسب الحاجة خاصة بعد صدور المرسوم 03/97 ثم تابعه المرسوم التنفيذي رقم 473/97 بشأن تنظيم العمل بالتوقيت الجزئي.

- كما تحتوي الخطة الإجتماعية على تحديد مناصب عمل المعينة بالتقليل ومختلف المعايير التي على أساسها إختيار العمال الذين يتم تسريحهم .

- بعد كل هذا يتوقف المستخدم عن التوظيف وعدم تجديد العقود لأن ذلك يتناقض وإجراءات التقليل(المادة 69 من قانون رقم 11-90)

- كما يتعين عليه إعادة توزيع العمال كإجراء وقائي لتفادي التسريح و لكن بما يترتب عنه من إتفاقات مجحفة في صالح العمال تنقص من حقوقه خاصة أمام مبدأ المرونة الذي تتصف بهم مناصب العمل وحركية اليد العاملة سواء في منصب العمل الذي يشغله العامل إذ يمكن أن يحال على منصب أدنى من الذي كان يشغله، أو يمكن أن يحول إلى مكان آخر أي تحول جغرافي لأن إعادة التوزيع قد يكون داخل المؤسسة أو خارجها ما يترتب عنه كذلك من نتائج سلبية على العامل.

### 3) الدور السلبي للمشاركة العمالية بشأن الخطة الإجتماعية

رغم ما للجنة المشاركة من أهمية في إتخاذ قرارات تفاوضية جماعية إلا أن الإجتماعات والمفاوضات التي تجريها هي من اجل الوصول إلى وضع إتفاقات إستثنائية تطبق على العمال المعنيين.

فالدور السلبي لهذه اللجنة يظهر خاصة في قلة عدد ممثلي العمال الذين يشاركون في تفاوض والذي يحدد حسب حجم عمال المؤسسة من 01 إلى 13 ممثل، ثم عدم قوة النقابات التي تقوم بهذا التفاوض، في تصدي موقف صاحب العمل أمام الإعتبارات الاقتصادية التي تسيروها المؤسسة (الفعالية الاقتصادية، الربح، المنافسة).

ثم لجوء المؤسسات إلى التفاوض حول إنهاء علاقات العمل بالتراضي عن طريق الفسخ والإستقالة (الذهاب الإرادي) يعد حيلولة قانونية وما يترتب عنها من حقوق مجحفة للعمال، فالتفاوض يكون حول المبلغ الذي يعرضه المستخدم لكل عامل يجد نفسه أمام الأمر الواقع.<sup>(19)</sup> تنتهي هذه المفاوضات بالتخلي عن منصب العمل مقابل المبلغ المقترح عليه رغم أنه يعلم أن ليس هناك تعويض يقوم مقام مصدر رزقه وعيشه وإنما ما هو إلا تطبيق لما حق المستخدم في تسيير وإدارة مؤسسة حتى وأن كان بواسطة الإتفاقات الإستثنائية لأنها تأخذ بعين الإعتبار المصلحة الاقتصادية عن المصلحة الإجتماعية.

#### خاتمة

كما سبقت الإشارة إليه فإن الفوارق الاقتصادية والإجتماعية الكبيرة التي تسود علاقة العمل أدى إلى زيادتها وتوسيعها في ظل التسيير الاقتصادي للمؤسسات.

أمام ما كرس للمستخدم من سلطات في التسيير والتنظيم أدى إلى تغيير طبيعة الأحكام التي تنظم علاقات العمل، على أساليب مرنة يجوز تغييرها ومخالفتها تبعاً للظروف الاقتصادية والمالية التي قد تطرأ على المؤسسة (المستخدم) والذي يتم بما كرس كذلك المتعاملين الإجتماعيين في التفاوض للبحث عن إتفاقات وإتفاقيات جماعية تحقق الموازنة بين مصالح صاحب العمل أو المستخدم ومصالح العمال، سواء الواردة في القانون أو الأحكام الإتفاقية أو في العقد الفردي، ليشكل النظام العام الإجتماعي الذي ينتج النظام الأنفع للعامل. لكن الأحكام الأنفع للعامل قد تتحول إلى أحكام أقل نفعا

لإعتبارات إقتصادية فيشكل النظام العام الإستثنائي، فتفرض تنازلات تفاوضية جماعية لحقوق العامل المكرسة قانونا أو إتفاقا على مختلف المستويات وما يمكن إستنتاجه هو: - أن القانون لا ينظم العلاقة بين مختلف مستويات الإتفاقيات إلا إذا لم يتم تناولها ضمن الإتفاقية الأعلى درجة التي تقرر إمكانية مخالفة الإتفاقية الأدنى درجة للإتفاقية الأعلى منها.

- إن تنظيم المشرع للقواعد القانونية المكملّة، أو اللجوء إلى تقنية الإتفاقيات الإستثنائية تؤدي إلى نتيجة واحدة وهي تحقق الإستثناء للقواعد الأمرة لكن ما يختلف هو أن الإتفاقيات الإستثنائية تفرض ولها الأولوية على القاعدة المكلمة التي يجوز إستبعادها. بالنتيجة إن وجود وظهور الإتفاقيات الإستثنائية يعد خروجاً عن المبدأ في تطبيق القاعدة أو الحكم الأنفع للعامل. الذي تقرر بوجود نظام عام إجتماعي في نصوص قانون العمل، لكن عدم دستورية هذا المبدأ يجعل جزءاً مخالفته في حقيقة الأمر ليس البطلان المطلق كما جاء في مواد قانون العمل بل تعد هذه الأحكام قابلة للإبطال إذا ما تمسك بها من تقرر لمصلحته ذلك وهم العمال والنقابة لأن هذه الأحكام تمس بمصلحة خاصة للأشخاص محددين بالمكان والزمان من جهة ومن جهة ثانية لا يجوز إثارها من تلقاء نفس المحكمة.

وعليه إرتبط وجود الإتفاقيات الإستثنائية بمرونة أحكام تنظيم علاقات العمل وتأثيرها بالظروف الإقتصادية التي إن كانت تنقص من حقوق العمال فهي لا تلغها فهي إذا تبقى أنفع لهم.

### الهوامش

(1) BOUNNECHER (M), L'ordre public en droit du travail, ou la légitime du droit du travail à la flexibilité, droit ouvrier, Avril 1988, p.p 171-192.

(2) بينما نجد مبدأ الأنفع للعامل في عديد من قرارات المجلس الدستوري الفرنسي خاصة قرارات DC 388-97 و DC 383-96 و بتاريخ 1996/11/06 و 1997/05/20.

Voir JEAMMAND (A), Le principe de faveur survenue règle émergente, droit social N°2 fevrier 1999 p.p 115-124.

(3) معاشو نبالي فطة، إزالة التنظيم في قانون علاقة العمل وحماية العمال المسرحين لأسباب إقتصادية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2008.

(4)(5)(6)(7) BOUCQUILLON (F), loi susceptible de la dérogation et loi supplétive, Les enjeux de la distinction en droit du travail, Recueil dalloz, 2005.

(8) BOUCQUILLON (F), op. cit.

(9) BOUCQUILLON (F), op. cit.

(10) BOUCQUILLON (F), op. cit.

(11)(12) DALAFFON (F), Travail et emploi mise en ligne 21.04.2004.

(13) أصدر الأمر رقم 893/05 في أوت 2005 التي أصبحت يخضع تحديد مدتها للإتفاقيات الجماعية و التي لا يعني أنها تكون أنفع للعامل و هو ما حدث في فرنسا عندما أصدر قانون بشأن عقود العمل بالتوظيف الجديد التي حددت مدة التجربة بستين والانهاء دون إخطار ودون تعويض و ذلك تنديدا من نقابات أرباب العمل ومطالبتها بالمرونة في قانون العمل وهو ما أثار غضب شعبي أدى إلى إلغاء هذا القانون في نفس السنة.  
Voir BOUBLI (B), trente ans après, un nouveau visage du licenciement DR, social, paris 2009, p. 296.

(14) نص المادة 12 من قانون العمل رقم 11/90.

(15) KORRICHE (NE) Nouveau regime juridique de la compression défectif RAT N° spécial INT Alger 1998 p. 45.

- أنظر المادتين 94، 95 من قانون 12/78 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل ج.ر عدد 7.

- المادتين 52، 56 من المرسوم 302/82 يتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل، ج.ر عدد 35.

(16) PELISIER (J) SUPIOT (A) JEAMMAND (A), Droit du travail, 23 ed. Dalloz, Paris 2006 p. 572.

(17) و هو ما قامت به مؤسسة الأشغال العمومية بتيزي وزو قرار تخفيض ساعات العمل إلى 35 ساعة في الأسبوع بتاريخ 1993/11/03 وكذا مؤسسة إنتاج الحليب ومشتقاته ORAC حين حددته بـ 40 ساعة في الأسبوع نقلا عن معاشو نبالي فطة، المرجع السابق، ص 362.

(18) PELISIER (J) SUPIOT (A) JEAMMAND (A), Droit du travail, 23eme ed. Dalloz, Paris 2006 p. 578.

(19) KORRICHE (NE), op. cit. P. 45 et suite.

## Ordre public social en droit algérien du travail entre protection des salariés et flexibilité des relations de travail

YACOUB Zina

Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques Université A. Mira 06000  
Bejaia –Algérie

يعقوب زينة

كلية الحقوق والعلوم السياسي  
جامعة عبد الرحمان ميرة، 06000،  
بجاية الجزائر

### Introduction

En matière de droit du travail, il est admis que, dans un contexte d'économie de marché accès sur la flexibilité de la main d'œuvre, la première finalité du maintien des règles d'ordre public social est d'apporter une protection satisfaisante aux salariés confrontés aux méfaits des exigences économiques des entreprises.

Fondamentalement, l'ordre public en droit social se manifeste dans les règles de sécurité d'hygiène et de santé mais aussi par la promotion de la négociation collective à travers la convention collective, aspect primordial de la participation des travailleurs à la détermination des règles conventionnelles applicables sur les relations de travail, individuelles et collectives, sachant que la convention collective, centrées sur le principe de faveur, ne peut apporter que des avantages supplémentaires aux salariés comparée à la législation du travail.

Plus précisément, en matière de protection de l'emploi, les règles protectrices prévues en matière de licenciement ainsi que celles réglementant le recours aux CDD de sorte à consacrer la stabilité des relations de travail sont d'ordre public social dont on ne peut déroger par voie conventionnelles que par des règles plus favorables salariés. Certaines règles en la matière, par leurs propres termes, s'avèrent même carrément intangibles et ne laisse aucune place à la voie conventionnelle.

Le législateur algérien des relations de travail semble pourtant, dans bien des cas, hésiter entre l'idéologie de l'Etat mécène héritée du régime socialiste et la flexibilité requise par les besoins économiques des entreprises dans un contexte d'économie de marché.

Par exemple, en matière de licenciement, après avoir légiféré tout un arsenal de règles protectrices pour les salariés, le législateur offre une issue de sortie à l'employeur en lui conférant la possibilité de se sortir indemne d'un licenciement abusif sans être tenu par la réintégration du salarié abusivement congédié. Cette même hésitation se ressent dans les dispositions organisant la durée de la relation du travail. En effet, tout en posant comme principe la pérennité des relations de travail à travers l'article 11, l'article 12 vient déstabiliser ce principe, non seulement à travers ses dispositions lacunaires mais aussi par l'omission de poser toute limite au renouvellement des CDD.

En somme, si les dispositions législatives et réglementaires présentent un caractère d'ordre public en ce qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux auxquels on ne peut déroger conventionnellement que dans un sens plus

favorable aux salariés, il semblerait plutôt que les chefs d'entreprises, faute d'une législation qui réponde à leur besoin de flexibilité, aient tendance à malmener la loi à leur bon escient sans que le mythe de l'ordre public social, bien que superficiellement prépondérant, puisse y changer quelque chose.

Il s'agit en ces termes de poser cette équivoque entretenue entre la protection nécessaire des salariés à travers les règles d'ordre public social et la flexibilité requise par les entreprises pour aboutir à des perspectives d'une meilleure conciliation entre objectifs économiques et besoins sociaux de sorte à donner à l'ordre public social toute son efficacité.

## **I- Ordre public social protecteur des intérêts des salariés dans un contexte d'économie de marché**

Il est du rôle protecteur du droit du travail que la convention ou l'accord collectif ont normalement pour but et pour effet d'améliorer la situation des salariés et ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public que lorsqu'il est légalement possible d'y déroger dans un sens plus favorable aux salariés. L'ordre public, en ce sens, est constitué par le minimum social protecteur : salaire minimum, congés payés légaux, procédure de licenciement, délai de préavis, indemnité minimale de licenciement...etc<sup>1</sup>. L'ordre public social, dans ses domaines spécifiés, se trouve être au centre de la problématique de la protection de l'emploi.

### **1 / Domaine de l'ordre public social**

Fondamentalement, en droit du travail, l'ordre public social est évoqué dès lors qu'il s'agit de règles juridiques d'ordre public auxquelles il n'est possible de déroger que par voie conventionnelle et que dans un sens plus favorable aux salariés. Mais parallèlement à cette définition médiane, d'autres notions plus ou moins contingentes définissent des aspects différents de l'ordre public en droit du travail. Il s'agit de l'ordre public absolu, et son opposé, l'ordre public dérogoire.

L'ordre public en droit social se manifeste essentiellement dans les règles de sécurité d'hygiène et de santé. Ces règles ne peuvent en effet faire l'objet de concession par les salariés eux même et ne suscitent pas de négociations à partir du moment que le législateur y a été dans les détails, ne laissant aux conventions que le soin de déterminer les aléas de leur mise en œuvre.

Certaines règles de droit du travail relèvent ainsi de l'ordre public absolu auquel il n'est permis de déroger dans aucun cas et dans aucun sens. Alors que les critères selon lesquels la loi est dite d'ordre public absolu ne sont pas clairement délimités en droit algérien, la jurisprudence française a pris le soin de cerner le domaine de l'ordre public absolu.

En effet, selon un avis du Conseil d'Etat Français du 22 mars 1973, les textes d'origine étatique s'imposent de façon absolue, au regard des conventions collectives, lorsqu'ils débordent (franchissent) le domaine du droit du travail. Il en est ainsi pour l'interdiction générale des indexations fondées sur le SMIC ou sur le niveau général des prix. Ont également un caractère d'ordre public absolu les principes ou les règles concernant des avantages ou garanties échappant, par nature, aux rapports conventionnel. Il en est ainsi, tel qu'il est mentionné expressément par le Conseil



d'Etat, de la compétence des agents publics et juridictions et des incriminations pénales<sup>2</sup>.

A titre d'exemple, les partenaires sociaux peuvent organiser un système de protection contre le licenciement par voie conventionnelle mais ils ne peuvent en aucun cas soumettre la licéité du licenciement à une autorisation administrative, en dehors des situations dans lesquelles les textes officiels organisent eux même l'intervention administrative. Cette interdiction trouve son fondement dans la norme qui prohibe aux personnes privés de déterminer la compétence des agents publics. Pour la même raison, en cas de litige individuel de travail, le droit de saisir le Conseil de prud'hommes est traité en jurisprudence comme une protection intangible du salarié<sup>3</sup>.

En droit algérien, le domaine de l'ordre public absolu n'est pas délimité de façon expresse et n'a pas non plus suscité l'intérêt de la jurisprudence. Mais certaines normes ne laissent, par leurs propres termes, aucune faculté aux partenaires sociaux d'exercer leur pouvoir normatif. Il en est ainsi par exemple lorsque la loi limite l'amplitude journalière de travail ou lorsqu'elle détermine les cas de recours aux CDD<sup>4</sup>. Nous savons aussi, bien évidemment, que les règles définissant la compétence et l'organisation des juridictions sociales sont des règles d'ordre public dit « absolu » auxquelles il n'est point possible de déroger. Il n'est pas toujours facile, pour autant, de dire si une règle légale est absolument intangible ou si, sans perdre son caractère impératif, elle laisse une possibilité d'amélioration par voie de la convention collective<sup>5</sup>.

Quant à l'ordre public dérogatoire, il concerne la possibilité qui peut être conférée par la loi de déroger à des règles d'ordre public dans un sens moins favorable aux salariés. En droit algérien, les seules dérogations possibles font parties en réalité de ces normes qui renvoient expressément à la convention collective pour fixer, par rapport à une règle générale, des conditions particulières d'application.<sup>6</sup> Il en est ainsi par exemple lorsque la loi fixe la période d'essai à 6 mois et permet à la convention collective de la porter à 12 mois pour les postes de travail de haute qualification<sup>7</sup>.

Mais le pivot de l'ordre public social se trouve dans l'espace conventionnel auquel il est permis d'améliorer les règles légales et réglementaires à travers le principe de faveur. La négociation collective étant l'aspect primordial de la participation des travailleurs à la détermination des règles conventionnelles applicables sur les relations de travail, la convention collective, outre son rôle d'éclairer objectivement l'application de la loi, ne peut, en règle générale, apporter que des avantages supplémentaires aux salariés comparée à la législation et à la réglementation du travail.

L'ordre public social est qualifié de relatif en ce qu'il se limite à fixer des minimas de protection sociale en dessous desquels il n'est point permis de descendre<sup>8</sup>. Il en découle que le contrat, la convention collective ou même le règlement intérieur, ne peuvent valablement restreindre les droits des salariés qui leurs sont conférés par la loi.

Le principe de faveur, ainsi défini, illustre parfaitement le caractère protecteur du droit du travail dans la mesure où les dispositions législatives et réglementaires présentent un caractère d'ordre public en ce qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux dont il n'est possible de déroger que par des règles conventionnelles qui leur seraient plus favorables<sup>9</sup>. En d'autres termes, alors que l'application du droit commun interdirait que les clause d'une convention puissent contrarier des règles d'ordre public, en droit du travail, le respect de l'ordre public est essentiellement orienté vers la protection des salariés<sup>10</sup>

Le principe de faveur en droit algérien trouve son fondement dans les articles 118 et 62 de la loi relative aux relations de travail. L'article 118 permet implicitement à la convention et à l'accord collectifs de contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles édictées par des normes qui lui sont hiérarchiquement supérieure et impose à l'organisme employeur de s'y soumettre dès lors qu'il a souscrit ou adhéré à ladite convention ou accord. En même temps, lorsque le contrat de travail introduit une clause plus favorable que la règle conventionnelle, c'est cette clause contractuelle qui va s'imposer à l'organisme employeur<sup>11</sup>. Aussi, pour assoir cette position, l'article 62 de la même loi stipule que le contrat de travail est modifié lorsque la loi, la réglementation, les conventions collectives ou les accords collectifs énoncent des règles plus favorables aux travailleurs que celles qui y sont stipulées.

Au final, selon les textes de loi, le principe de faveur ne s'apprécie pas qu'au niveau de la convention collective, il s'agit d'appliquer la règle la plus favorable au salarié dans la hiérarchie des normes qui organisent les relations de travail.

## **2/ Ordre public social et protection de l'emploi**

Si le rôle protecteur d'un droit du travail se conjugue aux garanties qu'il octroie en matière de licenciement et aux règles qui consacrent la stabilité des relations de travail, l'ordre public social est censé mettre en place un dispositif de protection susceptible d'assurer au maximum la continuité de l'appartenance à l'entreprise des travailleurs dits permanents, en multipliant les garanties dont ils bénéficient durant l'exécution et l'extinction des obligations contractuelles<sup>12</sup>.

Ainsi, s'agissant de la protection de l'emploi, les règles protectrices prévues en matière de licenciement ainsi que celles réglementant le recours aux CDD de sorte à consacrer la stabilité des relations de travail sont d'ordre public social dont on ne peut déroger par voie conventionnelles que par des règles plus favorables aux salariés.

En effet, le législateur protège le salarié de la rupture abusive de la relation de travail à travers un arsenal de règles juridique organisant la mesure du licenciement et le processus de compression d'effectifs pour raisons économiques.

En matière de licenciement disciplinaire, il faut noter que le législateur de 1990 avait abandonné les règles dites d'ordre public social organisant le régime disciplinaire, au sein du règlement intérieur, document établi par l'employeur qui détermine, entre autre, les fautes disciplinaires, les sanctions y afférentes et la procédure disciplinaire. Mais en 1991, le législateur, ayant pris conscience de la gravité d'avoir laissé autant de liberté à l'employeur dans un domaine aussi sensible que celui du régime disciplinaire, est intervenu pour retirer la sanction la plus grave

qui puisse être infligée au travailleur, le licenciement, du domaine du règlement intérieur et l'introduire dans le domaine législatif.

C'est ainsi que la loi 90-11 modifiée et complétée dans son articles 73 et ses différents paragraphes énumère désormais les fautes graves susceptibles d'engendrer le licenciement disciplinaire sans délai congé ni indemnité, fait obligation à l'employeur de respecter les procédures législatives et réglementaires dans la mise en œuvre du licenciement et prévoit la sanction du licenciement abusif.

Quant à la compression d'effectif pour raison économique, elle est soumise au décret législatif 94-09 qui prévoit une série de mesures à mettre en œuvre dans le cadre d'un volet social ayant pour objectif d'éviter ou de réduire autant que possible le nombre de licenciements économiques aux quels la compression peut aboutir. La loi 90-11 comme le décret législatif 94-09 relatif à la protection des salariés susceptibles de perdre de façon involontaire leur emploi<sup>13</sup>, font en sorte que le licenciement soit l'ultime solution dans le processus de réajustement des niveaux de l'emploi dans le cadre de la restructuration de l'entreprise en difficulté.

Ainsi, la possibilité de déroger à ces règles dans le contexte algérien ne peut se concevoir dans un sens défavorable pour les salariés. Sera donc de nul effet une convention collective qui permettra à l'employeur de licencier les salariés sans qu'il ait à justifier son licenciement même si la loi le permet implicitement. Serait aussi de nul effet toute convention qui imposerait aux salariés d'accepter le départ volontaire en cas de difficultés économiques de l'entreprise, aussi courante soit cette pratique.

En matière de pérennité des relations de travail, la vision sécuritaire héritée de la politique du plein emploi, conjuguée aux engagements internationaux sur le respect du droit au travail contractés dans le cadre de l'OIT et autres, ont fait que le législateur maintienne le principe de pérennité des relations de travail en stipulant que le contrat de travail doit être conclu pour une durée indéterminée et en ne prévoyant le recours aux CDD que dans des cas qui doivent être limitativement interprétés<sup>14</sup>.

En ce sens, serait de nul effet toute convention collective qui légaliserait le recours aux CDD dans l'entreprise en dehors des cas cités par la loi. Il appartient d'ailleurs à l'inspecteur de travail de vérifier la compatibilité de tout Contrat de travail à durée déterminée aux cas cités par l'article 12 de la loi 90-11 modifiée et complétée<sup>15</sup>.

De telles conventions qui dérogeraient aux règles protectrices en matière de licenciement ou bien encore au principe de pérennité des relations de travail peuvent être aisément qualifié d'ordre public dérogatoire, à la seule condition d'être autorisée par la loi, L'ordre public dérogatoire est une notion bien connue dans les pays développés tels que la France et la Belgique<sup>16</sup>.

## **II-Ordre public social confronté aux enjeux de la flexibilité de l'emploi**

L'ouverture des économies, voire la mondialisation, constitue l'élément déclenchant à partir duquel l'ensemble des dispositifs de sécurités en matière de droit du travail, mis en place par l'État providence, va être remis en cause et va jusqu'à faire l'objet d'une déconstruction<sup>17</sup>.

L'ordre public social, certes, a pour objectif de protéger les salariés des excès du libéralisme économique en dressant un obstacle à toute exploitation du travail et progrès social, mais cette protection sociale suscitée par les réformes et les concessions faites par les Etats au profit des salariés s'avère néfaste pour les entreprises et les milieux patronaux accusent les règles protectrices d'entraver l'embauche et de freiner toute initiative de création d'entreprises et d'investissements. La revendication de la flexibilité par les chefs d'entreprises vient ainsi déstabiliser l'ordre public social.

### **1/La remise en cause de l'Etat providence et sa conception sécuritaire**

La notion d'Etat-providence signifie au sens strict la monopolisation par l'Etat des notions de solidarité sociale. Mais plus généralement, l'Etat-providence est toujours une réalisation partielle puisqu'il existe, internationalement, des degrés très variables de l'étatisation de la solidarité et de la reconnaissance des droits sociaux<sup>18</sup>.

En tout état de cause, la flexibilité comme la rigidité d'un droit social est tributaire du degré d'interventionnisme de l'Etat en matière sociale. Plus l'Etat monopolise la solidarité sociale, moins il est laissé aux acteurs sociaux la liberté de concevoir leur propre solidarité et de retracer leurs droits et obligations.

En effet, tel que l'exprime à juste titre un auteur, dans le modèle de l'Etat providence, la sphère des intérêts privés est subordonnée au respect des valeurs universelles qui s'exprime dans la sphère publique. Il en résulte que la liberté d'entreprendre ne s'exerce que dans le cadre et selon les limites tracées par le droit national<sup>19</sup>.

Au cours de l'âge d'or de la sécurité sociale, les responsabilités principales étaient assumées par l'Etat qui partage souvent une partie de ses prérogatives avec les acteurs sociaux. S'agissant de l'intérêt général, l'Etat devait être l'organisateur légitime naturel<sup>20</sup>.

Le consensus de l'Etat providence, édifié au lendemain de la révolution française, est aujourd'hui remis en cause. Les modes traditionnels de gestion des partenaires privés sont indispensables. La nouvelle conception de la bonne gouvernance est celle dans laquelle l'Etat se met à l'écart et devient modeste jusqu'à travailler en réseau avec des intérêts et des groupes privé, en qualité de partenaire à peine supérieur à eux<sup>21</sup>. Il s'agit, en matière sociale, de renoncer au mode de régulation étatique et laisser les acteurs sociaux, devenus autonome, conjuguer les besoins sociaux aux intérêts des entreprises.

L'expérience a d'ailleurs démontré qu'un large interventionnisme de l'Etat a des répercussions négatives sur l'emploi des ressources, plus encore, il se caractérise par l'éminence du galvaudage et l'accroissement des dépenses<sup>22</sup>. Certains vont même jusqu'à identifier l'étatisme à la régression et le marché au développement pour clamer la suppression de toute entrave au jeu du marché<sup>23</sup>

Mais encore, le mythe absurde du travailleur pleinement satisfait de la bienveillance de l'Etat-providence est destitué par l'image d'un travailleur enfermé dans l'entreprise socialiste qui peine à traiter les contradictions sociales et exploitée aux seules fins de politisation de l'économie. En effet, en uniformisant la classification des postes de travail et corrélativement les rémunérations, le SGT, bien

qu'il constituait un grand progrès du point de vue technique, a figé l'évolution professionnelle des travailleurs en supprimant la possibilité de mise en place de systèmes d'évolution des carrières<sup>24</sup>.

Ainsi, devant l'ampleur de la crise de l'Etat-providence et face à un champ socio-économique de plus en plus complexe, la désadaptation du système étatique de régulation, perçue comme un handicap, suscite la remise en cause du rôle de l'Etat dans le processus de régulation tant du champ économique que du champ social qui s'exprime par le phénomène de déréglementation<sup>25</sup>.

En droit du travail, la solution préconisée était de rompre avec l'esprit de la gestion socialiste et du Statut général du travailleur par l'édification d'un droit du travail moins statutaire, voire moins rigide, et davantage contractuel, voire plus flexible. Avec la réforme de 1990, l'encadrement juridique des relations de travail est en effet marqué par le recul significatif de l'hétéronomie à plus d'autonomie pour les partenaires sociaux<sup>26</sup>.

La flexibilité décidée par l'Etat dans le cadre de l'ouverture économique comprend essentiellement la diversification des formes juridiques d'emploi, l'assouplissement du contenu du contrat de travail et la liberté de mettre fin à la relation de travail.

L'ordre public social demeure le moyen à travers lequel sont maintenus les minima légaux de protection des salariés contre les pratiques abusives que génère le libéralisme économique. Mais la revendication ascensionnelle de la flexibilité par les milieux patronaux conjuguée à l'incompatibilité des règles de protection aux besoins économiques font que l'ordre public social ne soit pas d'une utilité pertinente en matière de protection de l'emploi.

## **2/ Perplexité des règles d'ordre public social en matière de la protection de l'emploi : hésitation du législateur entre protection et flexibilité**

Avec le recul de l'Etat providence et le processus de déréglementation, les règles et les protections sociales apparaissent désormais comme des pièges empêchant les individus d'accéder au marché du travail. Alors que la protection était installée au cœur de l'emploi au cours des années 80, emploi et protection sont devenus antinomiques. La protection écraserait et finirait par « tuer » l'emploi, c'est pourquoi, dans les pays économiquement avancés, les programmes du marché du travail accès sur les politiques d'activation sont devenus la nouvelle manière d'assurer la sécurité<sup>27</sup>.

En Algérie, comme dans les pays en voie de développement, la situation n'est pas des plus simples. La protection de l'emploi est sujette à des propensions contradictoires dans un environnement économiques et social en mutation incessantes.

Tel que nous l'avons déjà souligné, en matière de protection de l'emploi, les règles organisant la rupture de la relation de travail, notamment par le licenciement ainsi que celles réglementant le recours aux CDD de sorte à consacrer la pérennité des relations de travail sont d'ordre public social dont on ne peut déroger par voie conventionnelles que par des règles plus favorables aux salariés. Nous pouvons

même évoquer l'ordre public absolu lorsque le législateur énonce des dispositions intangibles qui ne laissent aucune possibilité d'intervention à la voie conventionnelle.

Alors que les règles présumées d'ordre public sont superficiellement prépondérantes, le législateur algérien des relations de travail semble toutefois, dans bien des cas, hésiter entre l'idéologie protectrice héritée du régime socialiste et la flexibilité requise par les besoins économiques des entreprises dans un contexte d'économie de marché.

Par exemple, en matière de licenciement, après avoir légiféré tout un arsenal de règles protectrices pour les salariés, le législateur offre une issue de sortie à l'employeur en lui conférant la possibilité de se sortir indemne d'un licenciement abusif sans être tenu par la réintégration du salarié abusivement congédié. L'article 73-4 de la loi 90-11 modifiée et complétée, accorde, en cas de licenciement abusif, aux deux parties la possibilité de choisir entre l'indemnisation et la réintégration et nous savons pertinemment qu'un employeur qui a décidé de se « décharger » d'un salarié à travers un licenciement abusif préférera certainement l'indemnisation à la réintégration, d'autant plus que les sommes d'indemnisation arrêtées par les juges sont le plus souvent dérisoires<sup>28</sup>.

Mais plus encore, l'article 73 qui énumère les cas de fautes graves susceptibles de légitimer un licenciement disciplinaire sans délai congé ni indemnité, semble, en même temps, consentir à l'employeur la possibilité de licenciement sans faute, donc abusif, pour peu qu'il s'acquitte envers lui d'une indemnité de licenciement et d'un délai-congé. Il est permis de se demander dans ces conditions s'il ne serait pas préférable au salarié de négocier un licenciement indemnisé plutôt que d'intenter une action en justice qui ne lui confèrera, à la fin d'une procédure très longue, qu'une indemnité de licenciement, probablement moins élevée que celle qu'il aurait perçue conventionnellement. D'ailleurs, sans être encadrée par la loi, cette pratique est courante et prend le nom de départ volontaire. Nous pouvons d'ailleurs l'assimiler à ce qui est connu en droit français sous le nom de « rupture conventionnelle de la relation de travail ».

En tout état de cause, si les règles protectrices en matière de licenciement sont d'ordre public social, ces mêmes règles permettent, sans l'avouer, de « déroger » à cette protection par des pratiques abusives, certes, mais qui échappent à toute réprimande légale ou judiciaire en ce qu'elles impliquent une possibilité de contourner la loi au seul profit des employeurs. L'ordre public social, dans ce domaine, n'est point en mesure d'accomplir sa mission protectrice, il est, au contraire, au service des manœuvres patronales pour se délier des relations de travail qui entravent la bonne marche de l'entreprise.

Cette même hésitation se ressent dans les dispositions organisant la durée de la relation du travail. En effet, tout en posant comme principe la pérennité des relations de travail à travers l'article 11, l'article 12 vient déstabiliser ce principe, non seulement à travers des dispositions lacunaires qui permettent une large interprétation de la notion du travail temporaire, mais aussi par l'omission de poser toute limite au renouvellement des CDD. Ce dernier peut en effet être renouvelé autant de fois que le justifient les raisons citées par l'article 12, sans que cela n'entraîne la transformation

du CDD en CDI tel que le prévoyait la législation antérieure<sup>29</sup>. Entre le caractère exceptionnel, voire temporaire du CDD et la possibilité accordée à l'employeur de renouveler celui-ci autant de fois qu'il le souhaite, la contradiction est énorme.

Il aurait été possible, dans ces conditions, d'attendre que la jurisprudence intervienne pour mettre terme à une telle contradiction, mais ce qui est d'autant plus étonnant c'est que la Cour suprême a fait assoir cette position équivoque en affirmant que la conclusion de contrats de travail à durée déterminée et leur renouvellement à plusieurs reprises ne pouvait en cas faire prétendre à une relation de travail permanente<sup>30</sup>.

Mais ce qui illustre encore mieux l'hésitation du législateur entre la pérennité et la dépermanisation, ce sont les textes promulgués dans le cadre de la lutte contre le chômage. En effet, après avoir donné un sens restrictif au recours au CDD, faisant de cette pratique une exception dictée par les besoins de l'entreprise, il revient dans d'autres textes pour faire paraître le CDD comme une pratique légitime. Le législateur tend d'ailleurs à encourager le recrutement par tous les moyens, y compris le CDD. Ceci est nettement observé dans la loi 06-21 relative aux mesures d'encouragement et d'appui à la promotion de l'emploi qui fait bénéficier l'employeur d'un abattement de la part patronale de la cotisation de sécurité sociale au titre de chaque demandeur d'emploi recruté pour une durée égale au moins à douze mois. L'employeur bénéficie de cet abattement tant que la relation de travail est maintenue, dans la limite de trois années<sup>31</sup>. Cette technique prend le nom de « contrat de travail aidé » tant que l'Etat continue à subventionner les cotisations patronales, mais à l'échéance de ce type de contrat, qui ne saurait aller au-delà de trois ans, il est permis à l'employeur de se délier du salarié en question même si le poste qu'il occupait n'avait rien de temporaire. N'est ce pas là une destitution légale avérée aux dispositions des articles 11 et 12 de la loi 90-11 considérés pourtant comme des règles d'ordre public social.

Tout semble comme si le législateur, avec des pensées non avouées, autorise une pratique dont l'entreprise ne peut plus se passer dans une conjoncture qui exige mobilité et flexibilité des relations de travail, pourvu que cela contribue à l'absorption du chômage<sup>32</sup>.

Au demeurant, si les règles d'ordre public social, malgré toute l'acuité de leur articulation, ne semblent pas en mesure de garantir efficacement la protection de l'emploi, c'est en raison de la limite qui se trouve dans l'essence même du principe de faveur qu'il préconise. Il faut bien reconnaître en effet que ce principe de protection du travailleur ne présente un intérêt que dans la mesure où il est mis en œuvre par les partenaires sociaux, et ce en concluant des accords ou conventions collectives plus favorables aux salariés<sup>33</sup>.

Mais dans la pratique, le principe de faveur ne touche pas souvent aux dispositions décisives de la relation de travail et desquels dépend le sort des salariés. Il en est ainsi pour les règles protectrices légiférées en matière de conclusion et de rupture de la relation de travail.

L'hésitation du législateur entre le maintien du rôle protecteur du droit du travail et l'adoption de règles adaptées aux attentes des entreprises en souplesse et en

flexibilité a abouti à des situations équivoques. Tout en se conservant une posture protectrice, le législateur offre aux chefs d'entreprises, à travers les lacunes et vides juridiques, les moyens de contourner la loi à leur bon escient<sup>34</sup>. Convenir dans un sens plus favorables aux salariés c'est supposer renoncer à ces issues avantageuses de la loi pour cantonner leurs alternatives au seul profit des salariés et ce cas de figure n'est que peu envisageable.

En somme, les mutations que vit l'économie algérienne, d'économie planifiée à une économie de marché, ne permet que la négociation de situations précaires et de suppressions d'emplois, ne laissant aucun espace aux revendications salariales. La seule négociation possible, souvent avec l'ex syndicat unique qui n'est pas juridiquement représentatif et manque d'assise sociale dans le secteur économique, est une négociation qui privilégie les objectifs économiques des entreprises et trépigne les intérêts des salariés<sup>35</sup>. Il en est ainsi pour les négociations de départs volontaires, authentifiés par la jurisprudence de la Cour suprême<sup>36</sup>, malgré toute la difficulté à reconnaître la légalité de ce mode de rupture dans le contexte global de la législation algérienne du travail.

### **3/ Emergence de l'ordre public dérogoire en faveur de la flexibilité**

Pour aller plus loin dans la réflexion autour de l'amplitude de l'ordre public social, il peut être admis aujourd'hui, sans doute dans un souci de flexibilité, que des conventions ou accords collectifs puissent contenir des dispositions moins avantageuses que celles édictées par la loi dans les domaines fixés par celle-ci. Il s'agit là de ce qui est communément appelé « ordre public dérogoire ». A cet égard, la loi reste impérative au regard du contrat individuel, mais elle n'est que supplétive au regard de la convention collective<sup>37</sup>.

#### **a) L'ordre public dérogoire dans les pays économiquement avancés**

En France, la première intervention du concept de l'ordre public social dérogoire remonte à 1982, année de la promulgation de l'Ordonnance Auroux du 16 janvier 1982 relative à la durée de travail et aux congés payés. Cette loi autorise en effet, à conclure des conventions réduisant les droits des salariés dans les domaines stipulés. Alors que l'Ordonnance plafonne le nombre d'heures de travail supplémentaire possibles sans autorisation obligatoire de l'inspection du travail à 130 heures, le même texte autorise les partenaires sociaux à négocier un contingent d'heure supplémentaires supérieur à ce plafond sans qu'une autorisation administrative ne soit requise<sup>38</sup>.

Aussi, sachant que le temps de travail est un sujet pertinent de flexibilité, en Belgique, la loi de redressement du 22 janvier 1985 a introduit un mécanisme de flexibilité qui permet aux employeurs de mieux gérer les périodes de pointe et les périodes creuses en ayant comme avantage que pendant les période de haute activité, les limites normales de la durée du travail peuvent être dépassées sans qu'un sursalaire ne soit dû. Ce mécanisme de flexibilité doit être introduit dans l'entreprise par le biais d'une convention collective ou, à défaut, d'une adaptation du règlement de travail<sup>39</sup>.

Nous pouvons facilement qualifier ce cas de figure d'ordre public dérogoire si l'on sait que les dispositions légales concernant l'organisation du temps de travail



et du droit au repos sont d'emblée d'ordre public social auquel il ne convient communément de déroger que dans un sens plus favorable aux salariés. Plus que cela encore, ce texte belge permet de déroger à la loi organisant le temps de travail non seulement par voie de convention mais aussi à travers le règlement intérieur.

Mais l'ordre public dérogoire ne s'est pas arrêté à la flexibilisation du temps de travail, comme l'exprime à juste titre un auteur, l'Ordonnance Auroux de 1982 en France a « ouvert l'appétit » tant au législateur qu'aux partenaires sociaux pour s'engouffrer dans cette brèche<sup>40</sup>.

En effet, la loi Fillon I du 03 janvier 2003 relative à la relance de la négociation collective en matière de licenciement économique confère aux partenaires sociaux la possibilité de conclure des accords sur le déroulement de la procédure de licenciement tout en admettant l'éventualité que ceux-ci puissent être désormais moins favorable que la loi envers les salariés. Par la suite, la loi Fillon II de Mars 2004 relative à la formation professionnelle et au dialogue social vient asseoir cette démarche en permettant que les accords d'entreprises puissent déroger dans un sens comme dans l'autre aux accords de branche, bouleversant ainsi la hiérarchie des normes en droit du travail<sup>41</sup>.

Interrogé sur la conformité de ces dispositions avec le principe de faveur, le Conseil Constitutionnel français a estimé que ce principe ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la république mais seulement comme un principe fondamental du droit du travail dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée. Aussi, au regard du Conseil Constitutionnel, la consécration du principe majoritaire dans la conclusion des accords d'entreprise, dérogoires ou non, constitue une garantie suffisante pour justifier l'extension du champ de dérogations possibles à ce niveau<sup>42</sup>.

Il faut toutefois rappeler que, compte tenu de la gravité de l'atteinte qu'elle porte à l'ordre public social, la conclusion et l'application des accords dérogoires en France comme en Belgique obéissent à des règles rigoureuses. Non seulement les partenaires sociaux doivent se limiter dans leurs dérogation conventionnelle, aux domaines fixés par la loi, mais il est aussi permis au syndicat majoritaire dans une entreprise de s'opposer à l'application d'un accord dérogoire.

En tout état de cause, l'ordre public dérogoire prend de plus en plus d'ampleur, à tel point qu'il devient légitime de se demander si les accords dérogoires ne vont pas prendre le dessus sur le principe de faveur. Néanmoins, ces accords prennent souvent des appellations susceptibles de mythifier leur posture de sorte à paraître tout à fait légitime. Il en est ainsi pour ce qui est appelé en France « l'adaptation négociée des effectifs » qui traduirait en réalité, sous une forme euphémistique et politiquement correcte, des licenciements collectifs négociés, voire dans un vocabulaire plus direct, des dégraissages d'effectifs. La négociation des adaptations serait un moyen de rendre plus acceptables les compressions d'effectifs quelles que soient leur motivation ou leur finalité<sup>43</sup>. Ceci n'enlève en rien la nature dérogoire de ces accords tant ils enfreignent l'ordre public social et le principe de faveur qu'il préconise.

Il faut reconnaître au final que le principe de faveur est aujourd'hui frappé dans son essence et est utilisé par certains employeurs comme un moyen de marchandage, répondant ainsi à un grand besoin de flexibilité. Les exemples de VALEO en France et MERCEDES en Allemagne illustrent parfaitement cette tendance. Ces deux entreprises avaient en effet obtenu par voie de négociation d'un accord dérogatoire, que les salariés travaillent 40 heures par semaine (alors que la durée légale de travail est fixée à 35 heures) sans augmentation de salaire, faute de quoi elles seraient dans l'obligation de délocaliser certaines branches de leurs activités<sup>44</sup>.

Au demeurant, les limites prévues par le droit français pour la conclusion d'accords dérogatoires semblent aujourd'hui bien dépassées si l'on sait qu'un syndicat, même majoritaire dans une entreprise, ne peut réellement s'opposer à son application lorsque cette opposition signifierait la fermeture de l'entreprise.

En tout état de cause, l'évolution récente du droit du travail dans les pays économiquement avancés, comme la France, va dans le sens de la relativisation du principe de faveur dans le rapport entre le tissu conventionnel et la loi. Cette évolution va, aujourd'hui, jusqu'à poser la question de la réalité nouvelle de l'ordre public en droit du travail si d'exception prévue par la loi, la dérogation devient la règle dans le tissu conventionnel<sup>45</sup>.

#### **b) L'ordre public dérogatoire dans le contexte algérien**

En droit algérien, l'ordre public dérogatoire n'est pas une notion connue malgré son existence laconique dans des cas bien précis où l'accord dérogatoire devient plus une nécessité qu'une aubaine de dérogation.

Nous avons vu d'ailleurs que des conventions ou accords collectifs qui dérogeraient aux mesures de licenciement dans un sens défavorables, qui imposeraient aux salariés de procéder systématiquement au départ volontaire en cas de difficultés économiques ou qui feraient du CDD une alternative au licenciement abusif... seraient de nul effet dans le contexte algérien. Cela n'empêche pas pourtant l'existence de ces pratiques abusives sans que cela se passe dans un cadre conventionnel. Elles prennent ainsi la notion de l'abus alors que certaines d'entre elles prennent le concept de l'ordre public dérogatoire dans le contexte français par exemple.

Nous avons également assisté à la négociation d'accords collectifs qui dérogent à la loi algérienne dans un sens défavorable pour les salariés mais sans que cela ne soit autorisé par la loi. Dans certains cas, sans forcément évoquer l'ordre public dérogatoire, c'est la jurisprudence qui autorise des accords dérogatoires sans que la loi l'ait préalablement permis.

Par exemple la jurisprudence a consenti plus d'une fois la technique du départ volontaire comme mode de rupture de la relation de travail à la seule condition qu'elle soit préalablement introduite par le biais d'une convention collective<sup>46</sup>. La question est de savoir si de telles conventions peuvent prendre le sens d'ordre public dérogatoire si elles étaient expressément autorisées par la loi.

Aussi, dans le cadre de la mobilité professionnelle, alors que les cas de suspension de la relation de travail sont limitativement énumérés par l'article 64 de la loi 90-11, modifiée et complétée, la Cour suprême, dans l'un de ses arrêts, légalise la

suspension de la relation de travail en cas de changement de lieu de travail induit par l'employeur à la condition que cette suspension intervienne dans le cadre d'un accords ou d'une conventions collective<sup>47</sup>.

Mais outre ces dérogations authentifiées par la jurisprudence, d'autres accords qui pourraient parfaitement illustrer l'ordre public dérogatoire mais qui échappent autant à la loi qu'à la jurisprudence sont également conclus. A titre exemple, un accord collectif conclu entre les travailleurs et l'entreprise pour le développement de la construction Ouest prévoyait, suite aux difficultés financières que traversait l'entreprise, la modification de la relation de travail de durée indéterminée à durée déterminée moyennant paiement d'une indemnité en faveur du travailleur. Cet accord de 1998 qui a pourtant été appliqué sans entrave, n'était conforme ni du point de vue juridique ni sur le plan social. En effet, le décret législatif 94-09 comme la loi 90-11 fait obligation à tout employeur qui décide de recourir à des compressions d'effectifs pour raisons économiques d'inscrire sa démarche dans un dispositif de protection et de tenter toutes les solutions possibles en vue d'éviter ou de réduire le nombres de licenciement proprement dits. La modification de la relation de travail ne figure pas parmi ces solutions et même s'il était possible de la légitimer à travers la négociation collective, une telle clause n'est juridiquement possible que dans l'hypothèse d'une clause contractuelle plus favorable au travailleur. Finalement, cet accord non seulement n'améliore pas les minimas légaux mais il déroge à la norme conventionnelle supérieure<sup>48</sup>.

En somme, sans même légiférer la possibilité de déroger au principe de faveur, les partenaires sociaux algérien ne se privent pas de l'opportunité de négocier des accords dérogatoires tant que cette dérogation s'avère bénéfique pour l'entreprise et ses salariés en ce qu'elle constitue souvent une alternative à la perte de l'emploi.

D'ailleurs, il ne s'agit pas là de condamner de tels agissements, en ce qu'ils sont contraires à la loi, mais de mettre l'accent sur l'utilité de promouvoir le climat conventionnel, même dans un sens dérogatoire, par un encadrement juridique plus efficace. Tel que l'exprime à juste titre un auteur, même en positionnant le débat sur le seul terrain de la fonction protectrice du droit du travail, celui-ci gagne en efficacité s'il est conçu pour contribuer aussi à l'optimisation du fonctionnement de l'entreprise<sup>49</sup>.

### **Conclusion**

Devant toute l'ampleur de la crise de l'entreprise qui perdure alors que l'économie algérienne a l'air de prendre un nouveau souffle, l'incompatibilité des textes juridiques aux mutations économiques se pose avec acuité et devient de plus en plus pertinente. Loin d'être un accident de parcours, les lacunes d'une loi, dans laquelle les règles d'ordre public social semblent pourtant sommairement prépondérantes, reflète l'hésitation du législateur entre un besoin accrue de flexibilité pour les entreprises et le souci incontournable de ne pas déroger à la finalité première du droit du travail : la protection des salariés.

En réalité, l'interventionnisme de l'Etat est perçu aujourd'hui plus comme un obstacle à la promotion de l'entreprise que comme une garantie des droits des salariés. Cet interventionnisme génère des rigidités destructrices des emplois qui

freinent toute initiative de création d'entreprise et d'investissement. Il est donc illusoire de prétendre faire un choix entre ordre public social visant à protéger les salariés et flexibilité requise par les chefs d'entreprises. Bien qu'opposés, les intérêts propres des salariés et des employeurs entretiennent une certaine solidarité si l'on sait qu'il est de l'intérêt des salariés d'appartenir à une entreprise qui réalise des profits et qui leur offre un plan de carrière. Aussi, les employeurs n'ignorent pas qu'un salarié accepte facilement sa subordination et devient plus « rentable » lorsqu'il est satisfait des conditions de travail.

Certes l'ordre public social a pour but de protéger les salariés des excès du libéralisme économique en dressant un obstacle à toute exploitation du travail. Le principe de faveur se trouve être le pilier de cette protection.

Mais, paradoxalement, il semblerait que la notion nouvelle d'ordre public dérogoire, qui permet de déroger aux minimas de protection dans un sens moins favorables aux salariés, semble offrir une solution rationnelle à la problématique de la conciliation entre flexibilité pour les entreprises et sécurité pour les salariés si l'on admet qu'un salarié qui convient de déroger à des règles de protection dans un sens qui lui serait moins favorable aurait déjà pesé le rapport bénéfice – risque de son consentement et a pris conscience des avantages à long termes des concessions qu'il pourrait faire.

Au final, la recherche d'un juste équilibre entre la protection nécessaire des salariés à travers des règles d'ordre public, certes incontournables mais rationnelles, et l'intérêt économique des entreprises par la promotion de la flexibilité nécessaire au progrès tant économique que social n'est pas des plus facile. Mais l'instauration d'un meilleur climat au processus conventionnel à travers la consécration de la liberté syndicale et l'élargissement du champ de la négociation collective semblent permettre un avenir plus prometteur à la protection de l'emploi.

## Notes

<sup>1</sup> -AUZERO Gilles, DOCKES Emmanuel ; Droit du travail (à jour de la loi relative à la sécurisation de l'emploi), 28<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris 2014, pp. 1341-1343

<sup>2</sup> -JEAMMAUD Antoine, PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, Droit du travail, 24<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, Paris, 2008, p. 1319.

<sup>3</sup> - JEAMMAUD Antoine, PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, Droit du travail, op.cit., p. 1320.

<sup>4</sup> - KORICHE Mahammed Nasr-Eddine, Droit du travail, les transformations du droit algérien du travail entre statut et contrat, relation d'emploi et de travail : une contractualisation relative, Tome 1, OPU, Alger, 2009, p. 48.

<sup>5</sup> - Ibid, p. 49.

<sup>6</sup> - Ibid., p. 48.

<sup>7</sup> - Voir l'article 18 de la loi 90-11, modifiée et complétée, op.cit.

<sup>8</sup> - BOUKLI-HACENE Chakib, « Ordre public social et flexibilité en matière de contrat de travail », colloque national sur l'impact des réformes économiques en matière des relations de travail en droit algérien, Université de Jijel, Mars 2010.

- <sup>9</sup>- SAMAR Nasreddine, « Ordre public social et principe de faveur », Revue des Sciences Juridiques et Administratives, Faculté de Droit, Université Abou Bekr BELKAID, Telemcen, n°04/2006, p. 18.
- <sup>10</sup>- KORICHE Mahammed Nasr-Eddine, Droit du travail...op.cit., p. 48.
- <sup>11</sup>- Article 118 de la loi n° 90- 11 du 21- 04 - 1990 relative aux relations de travail, JORA n° 17 du 25-04-1990. modifiée et complétée
- <sup>12</sup>- BOUKLI-HACENE Chakib, « Ordre public social et flexibilité en matière de contrat de travail », op.cit.
- <sup>13</sup>- Décret législatif n° 94-09 du 26-05-1994 portant préservation de l'emploi et protection des salariés susceptibles de perdre de façon involontaire leur emploi, JORA n° 34/ 1994.
- <sup>14</sup>- Art 11 et 12 de la loi 90-11 du 25-04-1990 relative aux relations de travail, modifiée et complétée.
- <sup>15</sup>- Art 12 bis de la loi 90-11, op.cit
- <sup>16</sup>- Voir infra, p.
- <sup>17</sup>- MEDA Dominique, « Flexicurité, quel équilibre entre flexibilité et sécurité ? », Revue Droit Social, n° 7 /8, 2009, pp. 763-764.
- <sup>18</sup>- MERRIEN François-Xavier, L'Etat-providence, Collection Que Sais-Je ? 3<sup>ème</sup> édition, Presse Universitaire de France (PUF), Paris, 2007.
- <sup>19</sup>- SUPIOT Alain, Critique du droit du travail, Editions PUF, Paris, 2011, p. 19.
- <sup>20</sup>- MERRIEN François-Xavier, L'Etat-providence, op.cit., p. 101
- <sup>21</sup>- Ibid.
- <sup>22</sup>- ZEGHIB S. ; KHIRI Z., Privatisation et développement économique en Algérie : bilan et perspectives, Colloque international sur la privatisation et le nouveau rôle de l'Etat, Université de Sétif, 2004, pp. 175-176.
- <sup>23</sup>- LE GOFF Jacques, Du silence à la parole, une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours), Collection L'Univers des normes, Editions Presses Universitaires de Rennes (PUR), Rennes, 2004, p. 450.
- <sup>24</sup>- BENAMROUCHE Amar, le nouveau droit du travail en Algérie, Editions Hiwarkoum, p. 09.
- <sup>25</sup>- ZOUAÏMIA Rachid, le processus de déréglementation de la relation de travail, Note introductive au colloque national sur l'impact des réformes économiques en matière des relations de travail en droit algérien, Université de Jijel, Mars 2010.
- <sup>26</sup>- KORICHE Mahammed Nasr-Eddine, « Droit du travail : persistance du statut légal et émergence de la contractualisation », colloque national sur l'impact des réformes économiques en matière des relations de travail en droit algérien, Université de Jijel, Mars 2010.
- <sup>27</sup>-MEDA Dominique, « Flexicurité, quel équilibre entre flexibilité et sécurité ? », op. cit., p. 763.
- <sup>28</sup>- Voir pour plus de détails, notre mémoire de magistère « De l'insuffisance de la protection du travailleur en matière de licenciement en droit algérien », Mémoire pour l'obtention du Diplôme de Magistère en Droit, option : Droit des Affaires, Université de tizi-Ouzou, Juillet 2007, p....
- <sup>29</sup>- Voir la loi 82-06 du 27-02-1982 relative aux relations individuelles du travail, JORA n° 06 du 02-03-1982, (art. 26 à 36).
- <sup>30</sup>-قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا رقم 320010 مؤرخ في 2005/10/05، نشرة القضاة، 2006، العدد 59، ص. 223. عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في المادة الاجتماعية، قرارات المحكمة العليا، مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، الطبعة الأولى 2013، الجزء الثاني، منشورات كليك، الجزائر 2013، ص. 1000-1001.
- <sup>31</sup>-Loi 06-21 du 11-12-2006 relative aux mesures d'encouragement et d'appui à la promotion de l'emploi, JORA n° 08/2006, art. 04.
- <sup>32</sup>- Voir notre communication intitulée « La dépermanisation des relations de travail en droit algérien, enjeux économiques et protection de l'emploi », Colloque national sur le thème de l'impact

de la conjoncture économique sur les relations de travail en droit algérien, Pôle universitaire Tassoust, Université de Jijel, 10 et 11 Mars 2010.

<sup>33</sup>- SAMAR Nasreddine, « Ordre public social et principe de faveur », op.cit., p. 19.

<sup>34</sup>- Voir pour plus de détails, notre mémoire de magistère : De l'insuffisance de la protection du travailleur en matière de licenciement en droit algérien, op.cit., p....

<sup>35</sup>- HAMDAN Leïla, « De quelques obstacles à la négociation collective en Algérie », Revue internationale de Droit Comparé, n° 03/1999, pp. 650-651.

<sup>36</sup> - انظر على سبيل المثال:

قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا رقم 265708، مؤرخ في 2003/12/09، نشرة القضاة، 2006، العدد

57، ص. 204. عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في المادة الاجتماعية، المرجع السابق، ص. 991.

<sup>37</sup>- JEAMMAUD Antoine, PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, Droit du travail, op.cit., p. 1319.

<sup>38</sup>- F. SARAMITO, les accords dérogatoires, Dr ouvrier 1989, p. 347 ; in : SAMAR Nasreddine, « Ordre public social et principe de faveur », op. cit., p. 24.

<sup>39</sup>- ROULS Vincent, TRAN Michèle ; « Le temps de travail : quel outil de flexibilité », in : La flexibilité en droit du travail, Actes de Colloque, collection les Ateliers des FUCAM, Editions Anthemis, Belgique, 2012, p. 93.

<sup>40</sup>- : SAMAR Nasreddine, « Ordre public social et principe de faveur », op. cit., p. 24.

<sup>41</sup>- SAMAR Nasreddine, « Ordre public social et principe de faveur », op. cit., p. 24.

<sup>42</sup>- AUZERO Gilles, DOCKES Emmanuel ; Droit du travail, op. cit., pp. 1345-1346.

<sup>43</sup>- VERKINDT Pierre-Yves, « Conclusion : L'adaptation négociée des effectifs : l'œuvre palimpseste », Revue Droit Social, n° 06 Juin 2011, p. 670.

<sup>44</sup>- SAMAR Nasreddine, « Ordre public social et principe de faveur », op. cit., p. 25.

<sup>45</sup>- BARTHELEMY Jacques et CETTE Gilbert ; Refonder le droit social, mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, éditions La Documentation Française, Paris, 2011, p. 60.

<sup>46</sup>- قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا رقم 314065، مؤرخ في 2005/10/05، نشرة القضاة 2010، العدد 65، ص.

297. عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في المادة الاجتماعية، المرجع السابق، ص. 1115، 1116.

<sup>47</sup>- قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا رقم 628543، مؤرخ في 2011/06/02، مجلة المحكمة العليا 2011،

العدد 2، ص. 216. عن: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في المادة الاجتماعية، المرجع السابق، ص. 1147،

1148.

<sup>48</sup>- HAMDAN Leïla, « De quelques obstacles à la négociation collective en Algérie », op. cit., p. 653.

<sup>49</sup>- BARTHELEMY Jacques et CETTE Gilbert ; Refonder le droit social, mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, op.cit., p. 14.

## **Le droit conventionnel et l'ordre public dérogoire : entre le principe de faveur et « l'intérêt de l'entreprise ».**

BOUANAKA Essaïd  
Faculté de droit, Université de  
Constantine, Algérie

بوعناقة سعيد  
كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر.

### **Introduction**

Le droit du travail est largement conçu pour protéger le salarié. Il a été dominé, en Algérie, par le rôle éminent conféré à l'Etat dans la réglementation de la relation de travail. La réforme de la législation du travail de 1990 a consacré le recul de la loi qui a laissé place au droit conventionnel tout en changeant de nature.

Le droit du travail algérien demeure, toutefois, un droit unilatéral conçu pour lutter contre les effets prévisibles de la loi du marché. Il constitue l'exemple même de l'ordre public de protection. Certaines règles légales protectrices des travailleurs n'imposent qu'un minimum social garanti par l'Etat à tous. Le droit conventionnel (convention collective ou contrat de travail) peut, dès lors, prévoir des dispositions plus favorables aux salariés que celles prévues par les lois et règlements. La règle la plus favorable s'applique et l'on parle de principe de faveur ou d'ordre public social. Ce principe de faveur n'est, toutefois, pas érigé en règle générale par la loi. Il ne constitue qu'une règle spéciale dérogeant à l'ordre public strict institué par le Code civil ( I ).

Mais, si le droit conventionnel ne peut déroger à la loi qu'in melius, il existe, dans certaines circonstances, des lois supplétives auxquelles il est possible de déroger dans un sens défavorable aux salariés ( dérogations in pejus ). Il en est ainsi lorsque, sur fond de crise de l'emploi et de difficultés économiques des entreprises, la négociation et l'accord collectif vont porter non pas sur les revendications des salariés mais sur les concessions que ceux-ci doivent consentir devant une menace de licenciements collectifs ou pour préserver l'outil de production. Dans un tel contexte, « l'intérêt de l'entreprise » prime toute autre considération et la question de norme plus favorable est, dans ce cas, remise en cause ( II )

### **I – Le principe de faveur en tant que règle dérogoire à l'ordre public strict :**

L'ordre public, en droit du travail, peut avoir une double signification. Celle d'établir des règles intangibles et impératives ne laissant aux partenaires sociaux aucune possibilité d'y déroger ( A ) et celle d'assurer un minimum social auquel il est permis à la convention collective de déroger à la loi en dépassant ce minimum ( B ).

#### **A- Le caractère d'ordre public strict de certaines règles du droit du travail**

Les règles légiférées du droit du travail ont un caractère d'ordre public. A preuve, la place des dispositions pénales dans les différentes lois adoptées depuis la réforme de 1990. Le manquement à maintes dispositions de ces lois est incriminé. Le domaine de ces règles d'ordre public est relativement étendu.

Il en est ainsi du respect de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité, du paiement d'un salaire inférieur au SNMG, de l'entrave à la liberté syndicale et à l'exercice du droit syndical ou de l'entrave à la liberté du travail dans l'exercice du droit de grève. Il en est de même lorsque la loi détermine les cas de recours aux contrats à durée déterminée.

Les règles relatives à ces matières ne permettent pas par leurs termes mêmes aux partenaires sociaux d'exercer leur pouvoir normatif. Elles sont intangibles et relèvent de la compétence exclusive de la loi. Leur application directe est impérative.

Le caractère d'ordre public n'est, cependant, pas réservé aux seules règles assorties de dispositions pénales. Aux termes de l'article 97 du Code civil algérien<sup>1</sup>, le caractère d'ordre public semble doter ces règles d'une impérativité absolue.

De façon exceptionnelle, le législateur autorise des dérogations sous le contrôle d'une autorité administrative habilitée. C'est le cas de l'interdiction absolue faite à l'employeur de faire travailler de nuit des femmes sauf dérogation spéciale accordée par l'inspecteur du travail<sup>2</sup>.

S'agissant de la durée légale de travail fixée à 40 heures par semaine, si la loi autorise l'employeur à recourir aux heures supplémentaires en cas de « nécessité absolue de service »<sup>3</sup>, l'ordre public lui impose une durée effective maximale de 48 heures pour préserver la sécurité des travailleurs et assurer la protection de leur santé. De même, la loi fixe et limite l'amplitude journalière de travail qui « ne doit en aucune façon dépassé douze heures »<sup>4</sup>.

On peut mentionner également le caractère d'ordre public du congé annuel auquel il ne peut être dérogé par accord individuel du salarié. En effet, l'article 39 de la loi 90-11 est clairement explicite sur ce point : « tout travailleur a droit à un congé annuel rémunéré par l'employeur. Toute renonciation par le travailleur à tout ou partie de son congé est nulle et de nul effet ». L'employeur est donc formellement obligé d'attribuer à chaque salarié le congé annuel sans pouvoir lui substituer une indemnité. La prohibition faite au travailleur de ne pas exercer, durant son congé annuel, une activité rémunérée, prévue dans l'ancienne législation, <sup>5</sup>n'a pas été maintenue par la réforme de 1990. Pourtant, la protection de la santé qui s'attache à l'institution du congé annuel justifierait parfaitement cette interdiction d'autant plus que la convention de l'OIT n° 132 sur les congés payés ( non ratifiée par l'Algérie ) vise les cas d'incompatibilité d'une activité rémunérée durant le congé annuel du salarié et l'objet de ce congé. Toutefois, en cette matière et en articulation avec les dispositions légales un rôle est reconnu depuis la réforme de 1990 aux conventions collectives. Dans cet ordre d'idée, la convention collective cadre du secteur privé a pu entériner les dispositions de la législation antérieure en décidant que « durant sa période de congé payé, le salarié ou l'apprenti ne doit exercer aucune activité rémunérée »<sup>6</sup>.

Les règles légales précédentes relèvent de l'ordre public absolu puisque on ne peut y déroger par le droit de source professionnelle, même dans un sens favorable aux salariés. En revanche, certaines règles du droit du travail revêtent un caractère d'ordre public relatif ou « social » et il est possible de déroger à ces règles, mais uniquement dans un sens favorable aux salariés.



## **B- Le caractère d'ordre public « social » de certaines règles du droit du travail : le principe de faveur**

La place des conventions et accords collectifs depuis la réforme de 1990 s'est élargie au dépend des sources étatiques (lois et règlements). Les termes de ces normes étatiques indiquent bien qu'elles ne constituent au regard de l'objectif de protection des salariés qu'un minimum social. Par conséquent, la convention ou l'accord collectif peut y ajouter dans la matière concernée des avantages supplémentaires à ceux prévues par la norme légale. On dit alors que les conventions collectives peuvent déroger en plus favorable à la loi.

Certains auteurs sont critiques quant à l'utilisation du terme « déroger » : par exemple une convention collective peut prévoir un salaire supérieur au minimum légal. Verser un tel salaire n'est pas « déroger » à ce minimum légal, mais le respecter pleinement<sup>7</sup>. De même, la formule de « principe de faveur » a été rejetée par un auteur<sup>8</sup>.

En tout état de cause, la négociation collective a pour vocation non seulement d'assurer une vraie discussion des conditions de travail ( chose que le salarié ne peut négocier lors de la conclusion du contrat d'adhésion qu'est le contrat de travail ) mais, aussi d'améliorer ces conditions par rapport au minimum légal. La possibilité d'amélioration doit être envisagée au cas par cas suivant la teneur de chaque norme légale. Il en est ainsi lorsque la convention collective établit une hiérarchie des salaires ( par catégories professionnelles ) au dessus du plancher légal qu'est le SNMG. En matière de licenciement, la convention collective peut restreindre le pouvoir de l'employeur en imposant une procédure garantissant mieux les droits de la défense du salarié que ne le fait la loi en prévoyant notamment la saisine d'une commission de discipline ou d'une instance paritaire. De même, la convention collective peut intervenir pour étendre le droit au maintien de la rémunération à d'autres motifs d'absences que ceux prévues par la loi.

Parfois, la possibilité d'amélioration résulte expressément des dispositions légales. C'est le cas lorsque la loi accorde aux travailleurs exerçant dans certaines conditions un congé supplémentaire en renvoyant à la convention collective la fixation des modalités de cette amélioration.

Dans leurs rapports avec la loi et la convention collective, les contrats individuels ne peuvent y déroger. Cette règle est consubstantielle au droit du travail. En effet, c'est contre le contenu des contrats individuels jugés trop déséquilibrés et injustes que le droit du travail s'est construit. Le contrat individuel de travail ne peut déroger aux lois d'ordre public. Il ne peut non plus, sauf dispositions contraires, déroger aux conventions collectives. La convention collective a le même effet que le droit étatique sauf en ce qui concerne les lois d'ordre public absolu car il n'existe pas de convention collective « d'ordre public absolu ». Cet effet n'affecte pas, toutefois, les clauses du contrat de travail plus favorables au salarié<sup>9</sup>. Inversement, en application de l'article 62 de la loi 90-11, toute clause moins favorable du contrat se trouve modifiée. Ainsi, dans les rapports entre convention collective et contrat individuel de travail, c'est le principe du respect mutuel qui s'impose. Celle-ci ne peut détruire les avantages de celui-là, et inversement.

Mais, si le droit conventionnel ne peut déroger à la loi qu'in melius, il peut, en principe, imposer aux salariés des sujétions que la loi ne prévoit pas mais ne prohibe pas. Ce cas de figure est envisageable dans un contexte où l'intérêt de l'entreprise prime la protection des salariés.

## **II- « l'intérêt de l'entreprise » et la remise en cause de l'ordre public de protection**

Des circonstances économiques peuvent contraindre les partenaires sociaux à adopter des conventions et accords collectifs imposant des clauses désavantageuses pour les salariés (A) ou à conclure des accords fragilisant l'emploi (B).

### **A- Les conventions et accords collectifs imposant des règles désavantageuses pour les salariés :**

En cas de silence de la loi, la question de la validité des règles conventionnelles mettant à la charge des salariés des obligations, s'est posée. Il semble que, dans certaines circonstances, l'intérêt de l'entreprise justifierait l'insertion dans une convention collective des clauses imposant aux salariés certaines sujétions. La convention peut ainsi prévoir une clause de mobilité ou mettre à la charge de tout salarié une obligation de non-concurrence durant une période suivant la cessation de la relation de travail. Mais, pour s'imposer, la clause de la convention collective doit être impérative et le travailleur mis au courant de son application lors de son recrutement à défaut d'être incluse dans son contrat de travail. Ainsi donc l'insertion dans le contrat de travail d'une clause de mobilité, en principe licite, peut être invoquée lorsque son usage est justifié par l'intérêt de l'entreprise. S'agissant de la clause de non-concurrence, la législation algérienne actuelle ne l'impose au salarié qu'en cours d'exécution de la relation de travail<sup>10</sup>. Son application après la rupture du contrat de travail n'est ni prévue ni prohibée par la loi d'une façon générale car cette obligation mise à la charge du salarié par une convention collective serait contraire aux principes de la liberté de travail du commerce et de l'industrie et au droit au travail<sup>11</sup>.

Cependant, une ordonnance de mars 2007<sup>12</sup> est venue définir les incompatibilités et les obligations particulières de certains fonctionnaires ou salariés du secteur public, aussi bien en cours d'activité ou postérieurement à la cessation de la relation de travail, pour quelque motif que ce soit, s'ils envisagent d'exercer une nouvelle activité chez un employeur de droit privé.

Au-delà des objectifs évidents attachés à une telle mesure<sup>13</sup>, les pouvoirs publics instituent, en quelque sorte, au moyen de dispositions légales, l'équivalent d'une clause contractuelle de non-concurrence sans contrepartie pécuniaire dont la violation est sévèrement réprimée au plan pénal<sup>14</sup>. Les dispositions de l'ordonnance ont, en tout cas, été dénoncées comme portant atteinte à la liberté de travail et la liberté contractuelle des cadres du secteur public.

A titre comparatif, la Cour de cassation en France, qui a longtemps admis la licéité des clauses de non-concurrence<sup>15</sup>, affirme aujourd'hui que leur validité est subordonnée à la réunion de différentes conditions<sup>16</sup>.

Ces clauses imposant des obligations aux salariés et contenues dans les accords et conventions collectives ne peuvent, toutefois, être opposées aux salariés recrutés antérieurement à leur adoption. Le consentement des syndicats à ces accords et conventions collectifs ne vaut pas consentement des salariés. Il en résulte qu'une convention ou un accord collectif ne saurait en aucun cas détruire un avantage que le salarié tient de son contrat de travail.

La notion d'intérêt de l'entreprise est un standard, par nature indéterminé dont la grande souplesse ne s'oppose pas à son utilisation. Les références à ce standard ou à celui de « sauvegarde de la compétitivité » de l'entreprise semblent se multiplier pour permettre le contrôle juridictionnel du pouvoir de l'employeur. L'intérêt de l'entreprise peut être défini non pas comme un outil de conciliation de différents intérêts catégoriels, souvent fuyants, mais comme un instrument permettant de dépasser ces intérêts particuliers pour accéder à un intérêt supérieur.

L'intérêt de l'entreprise comme dépassement des intérêts particuliers est en définitive la finalité recherchée par la négociation et le droit conventionnel en face des contraintes économiques.

## **B- Le droit conventionnel comme instrument d'adaptation aux contraintes économiques**

Le droit conventionnel a subi l'attraction de l'ordre public économique. Celui-ci se caractérise par son pragmatisme qui l'oblige à évoluer en permanence. Désormais, la lutte contre le chômage inspire toute la législation du travail. L'objet de la négociation est moins les revendications des salariés que celles des entreprises. L'intérêt de l'entreprise prime la protection des salariés. Devant la menace des licenciements économiques, on va négocier plutôt les concessions. Il s'agit de négocier la sauvegarde des emplois contre la réduction des salaires.

Le droit conventionnel n'a plus pour vocation exclusive d'améliorer la situation du salarié. Il peut servir également à adapter le droit légal aux contraintes économiques.

En matière de compression des effectifs en droit algérien, on peut relever une articulation entre l'encadrement législatif et l'action normative autonome des parties à la relation collective de travail. Cette action est privilégiée aussi bien par le décret n°94-09 du 26 mai 1994 portant préservation de l'emploi et protection des salariés susceptibles de perdre de façon involontaire leur emploi que par la législation du travail adoptée en 1990 et modifiée en 1991. Paradoxalement, les règles régissant la suppression des emplois ont pour fondement le principe de leur préservation. Mais, l'emploi est appréhendé, ici, par l'analyse économique dans un sens global et dynamique.

Aux termes du décret législatif 94-09, la compression des effectifs ne peut être envisagée par l'employeur que lorsque toutes les mesures de réorganisation du travail susceptibles de l'éviter auront été examinées et se seront avérées inopérantes ou insuffisantes pour obtenir l'adéquation nécessaire entre d'une part les résultats

économiques et financiers recherchés pour assurer la survie de l'entreprise ou son développement.

Les mesures sociales constituant le « volet social » doivent faire l'objet d'une négociation avec les représentants syndicaux à l'effet de conclure un accord collectif. Le contenu du volet social doit porter sur l'ensemble des mesures à même de faire prévaloir le principe de la préservation de l'emploi. Si, malgré tout, l'emploi ne peut être préservé, des mesures doivent être envisagées afin de faciliter le reclassement ou le redéploiement des salariés touchés.

On peut distinguer quatre types de mesures prévus par la loi<sup>17</sup> selon l'objectif à atteindre. Tout d'abord, les mesures susceptibles d'éviter la suppression d'emploi. Il en est ainsi de la réduction du montant des primes et indemnités et même si nécessaire, de leur suppression, de la réadaptation des formes de rémunération à la nouvelle situation économique, de la réduction des salaires y compris de ceux des cadres dirigeants, du gel des avancements en raison de leur incidence financière, de la réduction du temps de travail.

Ensuite, les mesures qui tendent à éviter la réduction des effectifs bien qu'il y ait suppression d'emploi. Il en est ainsi de l'introduction du travail à temps partiel (partage du travail), de la formation reconversion des salariés menacés de perdre leur emploi en vue de leur reclassement dans des emplois nouvellement créés.

D'autres mesures tendent à éviter les licenciements, même si des ruptures de contrats de travail sont nécessaires. Il en est ainsi du transfert de salariés vers d'autres entreprises ou filiales d'un groupe de sociétés, de la mise à la retraite et de la retraite anticipée.

En dehors de ce que prévoit la loi, les partenaires sociaux peuvent négocier les conditions de mise en œuvre du « départ volontaire ».

Enfin, certaines mesures sont destinées à faciliter le reclassement externe, après licenciement. Il en est ainsi de certaines mesures prévues à l'article 27 du décret législatif 94-09 : l'aide au placement des travailleurs licenciés dans des emplois salariés ou l'aide à la création d'activités pour propre compte.

Le volet social a la force obligatoire de l'accord collectif et l'employeur est tenu d'exécuter les mesures qui y sont prévues.

En fin de compte, les mesures entrant dans le cadre du volet social tendent, certes, à préserver l'emploi mais fragilisent en même temps la situation des salariés menacés de licenciement.

### **Conclusion**

En définitive, l'ordre public social spécifique au droit du travail est en régression constante. La crise de l'emploi et les mutations économiques et technologiques ont contraint les partenaires sociaux à l'abandon de certains acquis, à plus de flexibilité. L'analyse économique du droit s'est développée non sans révéler quelques incompréhensions. Les notions d'utilité et de concurrence pure et parfaite se heurtent parfois aux normes du droit du travail. Mais, le rapprochement est source de progrès, particulièrement en droit du travail où les coûts apparaissent plus rapidement que les avantages que retire l'entreprise de son existence.

## Notes

<sup>1</sup> -« Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

<sup>2</sup> Art. 29 al. 2 de la loi 90-11 du 21 avril 1990 complétée et modifiée.

<sup>3</sup> - ibid., art. 31.

<sup>4</sup> - Art. 7 de l'ordonnance 97-03 du 11 janvier 1997.

<sup>5</sup> - Loi 81-08, art. 4

<sup>6</sup> - Art. 41

<sup>7</sup> - Emmanuel DOCKES , Droit du travail, Dalloz, 2007, p. 66

<sup>8</sup> - G. LYON-CAEN a estimé qu'« il faudrait absolument rejeter la formule ( qui ne figure dans aucune loi ) d'un « principe de faveur » qui donne à penser qu'une sorte de bienfaisance paternaliste doit être accordée aux salariés. Il faudrait revenir à l'appellation traditionnelle : une loi est d'ordre public dans le Code du travail en ce sens qu'elle fixe un minimum de droits subjectifs individuels ou collectifs, minimum auquel il est toujours loisible à la convention d'ajouter un complément. Faveur il n'y a pas, pas plus que protection. C'est l'intérêt général qui est à la source de l'ordre public et qui tranche le conflit des normes » Cf. G. LYON-CAEN, L'état des sources du droit du travail ( agitations et menaces ), Dr.soc. 2001, p. 1031.

<sup>9</sup> - Art. 118 de la loi 90-11 « les dispositions les plus favorables contenues dans les différents conventions et accords collectifs auxquels l'organisme employeur a souscrit ou adhéré s'imposent à lui et s'appliquent aux travailleurs de l'organisme employeur concerné sauf dispositions favorables contenues dans les contrats de travail avec l'entreprise ».

<sup>10</sup> -Art. 7 al.7 de la loi 90-11.

<sup>11</sup> -Art. 37 et 55 de la Constitution de 1996.

<sup>12</sup> -Ord. 07-01 du 01 mars 2007 relative aux incompatibilités particulières attachées à certains emplois et fonctions.

<sup>13</sup> -Lutte contre la corruption, volonté de mettre fin aux départs massifs des cadres du secteur public vers le secteur privé national et étranger.

<sup>14</sup> -La violation de l'interdiction est punie d'un emprisonnement de 6 mois à 1 an et d'une forte amende de 100 000 à 300 000 DA.

<sup>15</sup> -Soc. 13 octobre 1988, D.1989.122, note Y. Serra.

<sup>16</sup> - la clause doit être limitée dans le temps et dans l'espace en tenant compte des spécificités de l'emploi du salarié, être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière ( Soc. 10juillet 2002, les grands arrêts du droit du travail, 3<sup>e</sup> éd.,Paris, Dalloz, 2004, n°45 ).

<sup>17</sup> - Décret législatif n° 94-09, art. 7, 8, 9 t 27 et loi 90-11, art.70

## مبدأ الأفضلية و فكرة النظام العام الاجتماعي (دراسة مقارنة)

Dr. ABASSA Djamel  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques  
Université de Mostaganem, Algérie.

د.عباسة جمال  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة، مستغانم، الجزائر.

### مقدمة

يهدف قانون العمل في كل الدول باختلاف توجهاتها السياسية و الاقتصادية والاجتماعية الى تحقيق التوازن بين المؤسسة أو المستخدم من جهة والعمال الأجير من جهة أخرى، و ذلك عن طريق تحديد حقوق والتزامات كل طرف في العلاقة التعاقدية . هذا و ان كان يعتبر عقد العمل من العقود المدنية التي تخضع لمبدأ سلطان الارادة ( حرية التعاقد)، إلا أن هذا المبدأ بدأ يتراجع في كل العقود و لاسيما عقد العمل بعد تدخل التشريعات المختلفة للحد منه عن طريق ظهور القواعد الآمرة التي أسست لمفهوم النظام العام التقليدي.

وهنا ينبغي أن نشير الى أن قانون العمل يتميز عن بعض فروع القانون الخاص بمعناه التقليدي بخاصية حماية الطرف الضعيف في علاقة العمل ألا وهو العامل، مادام أن عقد العمل يصنف من بين عقود الاذعان.

على هذا الأساس جاء الفقه الفرنسي بمبدأ يقرر هذا التوازن عن طريق البحث عن مبادئ جديدة تعد جوهر و أساس قانون العمل أدى الى ظهور مفهوم جديد يتمثل في مبدأ قاعدة الشرط الأفضل للعامل أو الأحكام الأكثر نفعا للعامل La notion de disposition plus favorable، بشرط عدم مساسها بالنظام العام الذي تنص عليه القوانين و الأنظمة .

لقد تأثر المشرع الجزائري بهذه القاعدة و كرسها بموجب المادتين 62 و 118 من القانون 11/90 المؤرخ في 21/04/1991 المتعلق بعلاقات العمل. المعدل و المتمم.

لذلك سيتمحور موضوع مداخلتنا حول الاجابة عن الاشكال القانوني الآتي : الى أي مدى يمكن لمبدأ و قاعدة الشرط الأفضل للعامل أن يحقق التوازن بين المصالح

الاقتصادية للمستخدم و المصالح الاجتماعية للعمال؟ في ظل وجود قواعد أمره يغلب عليها الطابع الحمائي عن طريق تدخل الدولة بصفة مستمرة لحماية الطرف الضعيف في عقد العمل؟

للإجابة على هذه الاشكالية رأينا تقسيم المداخلة الى قسمين، نتناول في القسم الأول الصفة الأمرة لقواعد قانون العمل أما القسم الثاني فخصصناه لدراسة مبدأ الشرط الأنفع للعامل (مبدأ الأفضلية).

### القسم الأول: الصفة الأمرة لقواعد قانون العمل

ان من بين أهداف قانون العمل هو حماية العمال عند الاختلال أو عدم التوازن في العلاقات التعاقدية، ولذلك جاء هذا القانون بالصفة الأمرة أو الاتهامية التي أسست لمفهوم النظام العام الاجتماعي.

تتميز قواعد قانون العمل بالصفة الأمرة التي تجعل قواعده تتعلق بالنظام العام التي لا يجوز مخالفتها أو الخروج عنها، والسبب في ذلك أن قواعد العمل كما أسلفنا الذكر في المقدمة وجدت لحماية العامل باعتباره الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، كما أن السلم و الأمن الاجتماعيين لا يتحققان الا بحماية العامل عن طريق ضمان الحد الأدنى لحقوقه. و لأن قواعد قانون العمل بدون الصفة الأمرة، تجعل رب العمل في مركز أقوى من العامل الذي يمكنه من فرض شروط على العامل و ليس أمام العامل سوى هذه الشروط و خاصة في ظل الظروف الاقتصادية. و بالتالي فان مصلحة المجتمع تقتضي المحافظة على طرفي العملية الانتاجية ( العمال و أرباب العمل) و لايتحقق ذلك الا بالتوازن بين مصالح الطرفين، الأمر الذي يترتب عليه ازدياد الانتاج داخل المجتمع.<sup>1</sup>

### الفرع الأول: بطلان الشرط المخالف لقانون العمل

يعتبر هذا الجزاء جزاء مدنيا يترتب على مخالفة أحكام قانون العمل، و قد نص المشرع الجزائري صراحة على هذا الجزاء في المادة 136 من القانون 11/90 و التي نصت على ما يلي: (يكون باطلا و عديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما. و تحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون)<sup>2</sup>.

ومن خلال هذا النص، يمكن ملاحظة أنه اذا تضمن عقد العمل المبرم بين العامل وصاحب العمل أو المستخدم شروطا أو أحكاما تخاف قاعدة أمره من قواعد قانون

العمل، فإن هذا الشرط يقع باطلا و عديم الأثر و تحل محله القاعدة القانونية التي وقع الشرط مخالفا لها. كأن يتفق الطرفين المتعاقدين على منح العامل أجرا يقل عن الأجر الوطني الأدنى المضمون أو التنازل عن الراحة القانونية هامش أو الانتقاص من المدة القانونية للعمل أو الاتفاق على التسريح دون اتباع الاجراءات التي نص عليها القانون. كما أن عدم احترام خاصية الحمائية و الذي أسس لمفهوم النظام العام الاجتماعي يؤدي الى تقرير مجموعة من الأحكام الجزائية التي يقرها قانون العمل. والتي أقرها المشرع من المواد من 138 الى 155 من القانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل السابق ذكره وهذا ما ذهبت ايه أغلب التشريعات و منها التشريع الفرنسي<sup>3</sup> والمغربي<sup>4</sup> و الأردني<sup>5</sup> والمصري<sup>6</sup>.

وهنا ينبغي أن نشير الى أن بطلان الشرط المخالف يسري على المستقبل و لا يكون له أثرا رجعيا و ذلك أخذا بمبدأ فورية القوانين المتعلقة بالنظام العام، و لقد نص المشرع الجزائري على هذه القاعدة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لفروع القانون بخلاف المشرع المصري و الأردني اللذين نصا على هذه القاعدة في قانون العمل<sup>7</sup>.

#### الفرع الثاني بطلان تنازل العامل عن حقوقه

بداية يجب التذكير أن المشرع الجزائري لم يتعرض صراحة الى هذه الصورة لكونها عامة و متعلقة بأحكام النظام العام الاجتماعي بخلاف التشريعات الأخرى، الا أنه تعرض الى صورة واحدة من صور هذا التنازل في العطلة السنوية، و التي أكدت على أن كل تنازل من العامل عن عطلته أو عن بعضها يعد باطلا و عديم الأثر و هذا ما جاء في أحكام المادة 39 من القانون 11/90 السابق ذكره.

#### 1- بطلان عقد العمل

كما رتب قانون العمل الجزائري نتيجة البطلان ونص على بطلان كل بند في عقد العمل ينقص من حقوق العمال المنصوص عنها قانونا أو بموجب الاتفاقيات أو اتفاقات العمل الجماعية.<sup>8</sup>

#### 2- بطلان النظام الداخلي

وهنا رتب المشرع في قانون العمل الجزائري نوعا آخر من البطلان و الذي يعتبر من نوع خاص على أساس بطلان الشروط الواردة في النظام الداخلي اذا قامت بالغاء



أوانتقاص أو الحد من حقوق العمال مخالفة للقواعد الآمرة لقانون العمل و الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية للعمل.<sup>9</sup>

### القسم الثاني مبدأ الشرط الأنفع للعامل (مبدأ الأفضلية)

يعتبر الشرط الأنفع أو الأفضل للعامل أو ما يسمى بالأحكام الأكثر نفعاً للعامل هو استثناء من القاعدة العامة المتمثلة في الطبيعة أو الصفة الآمرة لقواعد قانون العمل أي استثناء لفكرة النظام العام الاجتماعي . و لقد أورد المشرع الجزائري هذا الاستثناء في المادتين 62 و 118 من القانون المتعلق بعلاقات العمل، المعدل و المتمم المذكور سابقا. وبالرجوع الى هذين النصين نجد أن المشرع الجزائري أورد استثناء على القاعدة التي مفادها صحة كل شرط يخالف قاعدة من قواعد قانون العمل اذا كان يحقق نفعاً للعامل أكثر من القاعدة القانونية التي تمت مخالفتها. و الحكمة من اباحة الشرط المخالف لقاعدة من قواعد قانون العمل اذا كان يحقق نفعاً للعامل أكثر من ذلك الذي يتضمنه القاعدة التي تمت مخالفتها، هي أن قانون العمل وضع أصلاً لتحقيق مصلحة العامل، الأمر الذي يبرر الاتفاق المخالف اذا كان يوفر حماية أكثر من الحماية التي يوفرها قانون العمل.<sup>10</sup> وهنا ينبغي أن نشير الى أن تطبيق هذا المبدأ لا يقتصر على عقد العمل فحسب، بل يمتد الى اتفاقيات و اتفاقات العمل الجماعية. و لهذا سيتم تفريع هذا القسم الى فرعين نتناول في الفرع الأول مسألة تطبيق مبدأ الأفضلية على عقد العمل، أما الفرع الثاني فخصصناه لدراسة تطبيق هذا المبدأ على اتفاقيات و اتفاقات العمل الجماعية.

### الفرع الأول تطبيقات مبدأ الأفضلية على عقد العمل

لقد سبق الذكر أنه من بين خصائص قانون العمل اعتبار قواعده قواعد تقنية اجتماعية مستمدة من معطيات اجتماعية و اقتصادية و التي تعتبر أحكامها من النظام العام<sup>11</sup> إلا أنه لا يمكن تطبيق فكرة النظام العام أو هذه القاعدة اذا كانت هذه الشروط المخالفة أنفع و أصلح للعامل و التي سماها الفقه بالشرط المخالف الأنفع للعامل، و هذا ما ذهب اليه جميع التشريعات المختلفة ومنها تشريع العمل الجزائري<sup>12</sup> الذي أجاز تعديل عقد العمل اذا كانت النصوص القانونية تشريعية أو تنظيمية، أو اتفاقيات أو اتفاقات العمل الجماعية تحتوي على قواعد أكثر نفعاً للعامل من تلك التي نص عليها

قانون العمل، و هذا ما جاء صراحة في أحكام المادة 62 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل.

(يعدل عقد العمل اذا كان القانون أو التنظيم أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية تلمي قواعد أكثر نفعا للعمال من تلك التي نص عليها قانون العمل)

ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة استوحى هذا النص من أحكام المادة 135 فقرة 02 من قانون العمل الفرنسي و التي مفادها أنه اذا كان العامل مرتبط بشروط اتفاقية أو اتفاق عمل جماعي، فان هذه الشروط تطبق على عقد العمل المتفق عليه، باستثناء الأحكام الأكثر نفعا للعامل<sup>13</sup> و هذا ما ذهب إليه القانون المغربي<sup>14</sup> و المصري و الأردني.

#### - تعديل عقد العمل

بالرجوع الى نص المادة 62 من القانون رقم 11/90 السابق ذكره، نجد أن المشرع وبخلاف التشريعات الأخرى أورد عبارة تعديل العقد و مفادها أنه اذا اتفق الطرفين المتعاقدين في عقد العمل على شروط معينة، ثم جاءت أحكام القانون أو قاعدة من قواعد قانون العمل أو القانون الاتفاقي (اتفاقيات أو اتفاقات العمل الجماعية) بما يحقق نفعا للعامل أفضل من الشروط أو البنود الواردة في عقد العمل، ففي هذه الحالة يعدل عقد العمل وفقا لمبدأ الأفضلية. وهنا ينبغي ملاحظة أنه اذا افترضنا وقوع نزاع بين المستخدم و العامل فيما يتعلق بهذه المسألة، فهنا وبمفهوم المخالفة لنص المادة 62 الساق ذكرها يجوز للعامل أن يرفع دعوى أمام القضاء الاجتماعي ليطلب بتعديل عقد العمل اذا توافرت قاعدة الأفضلية، و هنا يجب على القاضي المختص أن يقوم بتعديله ما دام أن النص جعله وجوبيا وليس اختياريا.

أما التشريعات المقارنة فلم تستعمل عبارة "تعديل العقد" و قد أصابت في ذلك، بل استعمل الفقه الفرنسي مبدأ الأفضلية أو الأصلح و الأنفع للعامل Principe de faveur أما المشرع الفرنسي فقد استعمل عبارة الأحكام الأكثر نفعا للعامل في نص المادة 2/135 من تقنين العمل الفرنسي<sup>15</sup> بينما استعمل المشرع المغربي المقتضيات الأكثر فائدة للأجراء في نص المادة 1/113 من مدونة الشغل.<sup>16</sup> أما المشرع المصري فقد استعمل في المادة 1/05

من قانون العمل المصري عبارة مزايا أو شرط أفضل في عقود العمل الفردية أو الجماعية<sup>17</sup>.

أما القانون الأردني فكانت صياغته واضحة و لا تحتاج الى أي تأويل فاستعمل عبارة الحقوق الأفضل للعامل بينما استعمل الفقه الشرط الأصح للعامل وهذا في نص المادة 04 فقرة أ التي نصت على ما يلي: ( لا تؤثر أحكام هذا القانون على أي حق من الحقوق التي يمنحها للعامل أي قانون آخر أو عقد عمل أو اتفاق أو قرار، اذا كان أي منها يرتب للعامل حقوقا أفضل من الحقوق المقررة له بموجب أحكام هذا القانون )<sup>18</sup>.

وهنا يمكن القول أنه كان على المشرع الجزائري في نص المادة 62 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل أن يورد نصا عاما وليس خاصا يقرر هذه الحماية ضمن القواعد و الأحكام التي تكون أكثر نفعاً للعمال كما ذهب الى ذلك المشرع الأردني كما تم بيانه. وبالتالي يجب تعديل هذه المادة بما يتوافق مع هذا المسعى.

#### الفرع الثاني تطبيقات مبدأ الأفضلية على اتفاقيات و اتفاقات العمل الجماعية

تعتبر اتفاقيات و اتفاقات العمل الجماعية من أهم المصادر المهنية لقانون العمل، نظرا لما يتمتع به من مكانة معتبرة في التشريعات العمالية المقارنة، و ما يمتاز به من امكانية ادخال أحكام و مبادئ و قواعد أكثر فائدة للعمال، نظرا لاستقلاليتها عن السلطات الرسمية عند وضعها و تنفيذها، لكونها تخضع للارادة الحرة و المستقلة للعمال و أصحاب العمل، دون أن تمس هذه الاستقلالية و الحرية في اتخاذ ما يتناسب و مصالح الطرفين في حدود ما يسمح به النظام العام ( النظام العام الاجتماعي).

وتترجم هذه الأهمية المكانة و الريادة لهذه الاتفاقيات في أسلوب التفاوض الحر الذي تبرم بواسطته و الذي يتم بين ممثلي العمال من جهة و أصحاب العمل أو ممثلهم من جهة ثانية، حتى يتراضى الطرفين بكل حرية و استقلالية على كافة الأحكام و الشروط التي تتضمنها الاتفاقية الجماعية، الأمر الذي يعطيها أكثر مصداقية و شرعية و التزام من قبل الطرفين، لأن أحكامها نابعة عن ارادتهم مفروضة عليهم، مما يقلل تعرضها للإخلال بها أو عدم تنفيذها<sup>19</sup>.

وهنا يمكن الملاحظة أن مبدأ الأفضلية أو الأحكام الأكثر نفعاً للعامل لا تطبق فقط على عقد العمل الفردي بل تمتد الى عقد العمل الجماعي اي اتفاقيات أو اتفاقات العمل

الجماعية، حيث أباح المشرع لهذه الاتفاقيات امكانية ادراج أحكام أكثر فائدة للعمال من تلك التي حددتها القوانين و الأنظمة، و أن تطبق الأحكام الواردة في الاتفاقيات التي تنظم اليها المؤسسة اذا كانت هذه الأخيرة تمنحها امتيازات و حقوق أكثر من تلك الواردة في القانون، الا اذا كانت أحكام أنفع في عقد العمل المبرم بين الطرفين و هذا ما ذهبت اليه المادة 118 من القانون 11/90 السابق الذكر التي نصت على مايلي: (تفرض على المؤسسة المستخدمة الأحكام الأكثر نفعاً الواردة في مختلف الاتفاقيات الجماعية (الاتفاقات الجماعية) التي اكتتبت بها هذه الهيئة أو انضمت اليها و تطبق على عمالها، إلا اذا كانت هناك أحكام أنفع مضمنة في عقود العمل المبرمة مع المستخدم). وبالرجوع الى أحكام المادة 118 من هذا القانون، فان الصياغة جاءت ركيكة ناقصة اذ كان ينبغي على المشرع أن ينص على تطبيق الاتفاقيات التي تحمل أحكاماً أكثر نفعاً للعمال من تلك التي تنص عليه القوانين سواء كانت تشريعية أو تنظيمية دون ذكر الأحكام و الشروط الأصلح للعامل و الواردة في عقد العمل وهذا ما ذهب الى ذلك المشرع الفرنسي في المادة 4/132 من تقنين العمل الفرنسي والتي نصت في فحواها على أنه يمكن الاتفاقيات أو اتفاقات العمل الجماعية أن تتضمن أحكاماً أكثر نفعاً للعمال من تلك التي نصت عليها القوانين و الأنظمة، شريطة ألا تخالف النظام العام<sup>20</sup>.

#### خاتمة

يمكن في الأخير أن نشير من خلال هذه المداخلة الى أن مبدأ الأفضلية كاستثناء لفكرة النظام العام الاجتماعي يعمل على تحقيق التوازن بين مصلحتين متناقضتين، المصلحة الاجتماعية للعامل من جهة و المصلحة الاقتصادية للمؤسسة أو المستخدم من جهة أخرى، ما دام أن الأحكام الأكثر نفعاً للعامل التي نجدتها في عقود العمل أو اتفاقيات واتفاقات العمل الجماعية لا تتم الا باتفاق بين الطرفين المتعاقدين. ومن هنا جاز مخالفة القواعد الآمرة لقانون العمل أو فكرة النظام العام الاجتماعي مادام أنها أصلح و أنفع للعامل ما دام أن قانن العمل يهدف دائماً الى حماية العامل باعتباره الطرف الضعيف المذعن في علاقة العمل.

ومن خلال بحثنا المتواضع توصلنا الى النتائج الآتية:

- 1- مراجعة و تعديل المادة 62 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم عن طريق حذف عبارة تعديل عقد العمل اذا كان القانون أو اتفاقيات واتفاقات العمل الجماعية تنص على أحكام أفضل للعامل من عقد العمل،
- 2- مراجعة المادة 118 من القانون 11/90 من نفس القانون، اذ كان ينبغي على المشرع أن ينص على تطبيق الأحكام الأكثر نفعاً للعامل في الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية للعمل دون الاشارة الى الأحكام الأصح للعامل في عقد العمل اذ لا حاجة لذكرها اطلاقاً ما دام أننا نتجه دائماً الى تطبيق مبدأ الأفضلية.
- 3 - دمج المادتين 62 و118 في مادة واحدة تفادياً للتكرار ما دام أن هذين النصين يؤديان نفس المعنى، وهو تطبيق الأحكام الأكثر نفعاً للعامل من تلك التي تنص عليها القوانين أو عقود العمل أو الاتفاقيات واتفاقات العمل الجماعية وذلك تأسيساً بالتشريعات المقارنة و لاسيما ما نص عليه قانون العمل الأردني في المادة 04 فقرة أ .

## الهوامش

- <sup>1</sup> - سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي، مكتبة دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى، 2004، ص44 .
- وفي نفس المعنى: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، عقد العمل الفردي، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2008، ص07.
- <sup>2</sup> - راجع المادة 17 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 11/04/21 و المتعلق بعلاقات العمل.ج رقم 21 مؤرخة في 1990
- 3 - Jean -Luc KOEHL, Droit du travail et droit social, édition Ellipses, Paris, 1994,p.26 .
- <sup>4</sup> - Abdellah BOUDAHRAIN, Le droit du travail au Maroc, Al Madariss, Tome 2,2ème édition,Casablanca,2010,p.4  
و راجع: مدونة الشغل، مطبعة دار النشر المغربية، الرباط، الطبعة الثالثة، 2001 .
- <sup>5</sup> - سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص45.
- <sup>6</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص08 .
- <sup>7</sup> - سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص17 و18.
- <sup>8</sup> - المادة 137 من القانون رقم 11/90 السابق الذكر.
- <sup>9</sup> - المادة 78 من نفس القانون.

<sup>10</sup> - سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص 47-48

<sup>11</sup> - Jean PÉLISSIER , Alain SUPLOT et Antoine JEAMMAUD , Droit du travail , Dalloz-Delta , 20 ème édition , Paris, 2001 p.36.

12 - Tayeb et Djamel BELLOULA , Rupture de la relation de travail, édition Dahlab, Alger, 1999.p.11.

13 - Jean PÉLISSIER , Alain SUPLOT et Antoine JEAMMAUD ,op.cit,p.36.

14 - Abdellah BOUDAHRAIN,op.cit,p.430.

15 - Jean PÉLISSIER , Alain SUPLOT et Antoine JEAMMAUD ,op.cit,p.110.

V. Jean -Luc KOEHL, op.cit..p.24 .

<sup>16</sup> - راجع المادة 113 من مدونة الشغل المغربية، السابق ذكرها.

<sup>17</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، شرح قانون العمل الجديد والتأمينات الاجتماعية، منشأة المعارف، مصر، 2008. ص35.

<sup>18</sup> - سيد محمود رمضان، المرجع السابق، ص 45-46.

<sup>19</sup> - أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، مبادئ قانون العمل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998. ص 91-92.

V.Tayeb BELLOULA, Droit du travail, édition Dahlab, Alger,1994.p.489.

<sup>20</sup> -Jean PÉLISSIER , Alain SUPLOT et Antoine JEAMMAUD ,op.cit,p.110 .

## Le principe de faveur en droit du travail et les normes RSE

Dr BOUAKLI HACENE Chakib  
Faculté de Droit et des Sciences  
politiques, Université, Saïda Algérie.

د. بوعقلي حسن شكيب  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة سعيدة، الجزائر.

### Introduction

L'Algérie à l'instar de beaucoup d'autres pays, a fait le choix de réglementer, à l'aide de normes juridiques impératives, tout le contenu de la relation de travail, depuis sa formation jusqu'à son extinction, ne laissant à la liberté contractuelle qu'un champ très restreint. Cela a abouti à l'émergence de l'ordre public social, qui se caractérise, d'une part, par son protectionnisme vis-à-vis de la classe ouvrière, et d'autre part, par son relativisme car il permet de déroger aux contenus de ses règles impératives dès lors que cette dérogation soit favorable aux salariés. C'est se que la doctrine appel communément « le principe de faveur ».

A côté de cet ordre public social et son principe de faveur, l'Etat algérien encourage les entreprises à prendre en considération de nouvelles normes appelées « Normes de la responsabilité sociétale et environnementale (RSE) », en particulier dans le cadre d'ISO 26000. Ces nouvelles normes ne reposent pas sur la base d'une obligation purement juridique assortie d'une sanction civile ou pénale, mais sur une adhésion volontaire et une obligation purement morale dépourvue de toute sanction juridique.

A cet effet, l'intervention que je propose porte, en premier lieu, sur la détermination de la valeur juridique des normes RSE et plus particulièrement des normes ISO 26000 adoptées dernièrement en Algérie (A). Puis, deuxièmement, il s'agira de voir s'il serait possible de déroger aux normes légales, réglementaires et conventionnelles régissant les relations du travail en Algérie, en cas de conflit, par des normes ISO 26000 car comportant des dispositions plus avantageuses pour les salariés (B).

### A – La place des normes ISO 26000 dans la hiérarchie des normes juridiques du travail en Algérie

La notion de responsabilité sociale des entreprises est apparue pour la première fois aux USA au XX<sup>e</sup> siècle et elle fut formalisée par H. R. Bowen en 1953<sup>1</sup>. Bien que ses origines remontraient aux pratiques sociales d'industriels européens du XIX<sup>e</sup>ème proches de la doctrine sociale de l'Eglise. Elle ne serait pour ainsi dire qu'un nouvel habillage d'une vieille idée fondée sur la morale et la religion dans un contexte pluridisciplinaire à caractère économique.

C'est le Livre vert de la commission « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » de juillet 2001, qui a marqué la consécration de la notion de la « responsabilité sociale des entreprises » et elle reste pour autant, la définition de référence en Europe et au-delà<sup>2</sup>.

Il s'agit de « *l'intégration volontaire par des entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales (...). A cet effet, les entreprises adoptent un comportement socialement responsable en allant au-delà des prescriptions légales et elles s'engagent dans cette démarche volontaire parce qu'elles jugent qu'il y va de leur intérêt à long terme* »<sup>3</sup>. C'est donc une démarche d'affirmation volontaire, par les entreprises, de leur responsabilité sociale - ou sociétale - qui se traduit par des engagements qui vont au-delà des exigences réglementaires et conventionnelles auxquelles elles sont soumises<sup>4</sup>.

Il est indéniable que cette définition recèle en son sein un double intérêt. Elle propose, en premier lieu, une articulation entre la RSE et le droit en vigueur à partir de la conception du rôle du droit dans les sociétés européennes. Ces normes RSE sont selon les auteurs du Livre vert un complément du droit, celui-ci étant considéré comme étant et comme devant rester le mode privilégié de régulation des relations sociales, politiques et économiques. Par ailleurs, cette définition, pose le problème de la juridicité des normes RSE du fait du caractère volontaire de leur engagement<sup>5</sup>. Et c'est ce dernier qui est la cause principale des réserves formulées par les juristes vis-à-vis de la RSE, ne la considérant pas comme une règle de droit apparue entière<sup>6</sup>.

Suite à cette brève introduction, il est nécessaire d'orienter l'étude actuelle vers la détermination du contenu de la RSE en matière de droit du travail, en se focalisant sur l'ISO 26000 (1), puis en recherchant la juridicité de ses normes, et cela dans le cadre de la législation du travail algérienne (2).

### **1- Le contenu des normes ISO 26000 en matière de droit du travail et leur application en Algérie :**

Il est à préciser que l'ISO 26000 n'est pas précurseur dans l'élaboration des normes RSE. Les organisations internationales, comme l'ONU avec son Pacte Mondial, et aussi la CNUCED, l'OIT et l'OCDE, l'ont tous précédés dans ce domaine. Il est même la résultante ou l'aboutissement de toutes ces initiatives de normalisation de la RSE. Il n'en demeure pas moins que l'ISO 26000 avec ses lignes directrices relatives à la RSE donne un nouvel élan aux efforts qu'ont mené et que mènent encore, ces différentes organisations internationales, pour la simple raison qu'il ne se restreint pas aux sociétés multinationales, il cherche plutôt à étendre son influence aux entreprises et organisations locales afin de promouvoir les principes universels à l'échelle intérieure de chaque pays de part le monde, et en particulier les pays en voie de développement<sup>7</sup>. A cet effet, cette intervention se propose d'étudier les normes RSE en matière de relations de travail à travers l'ISO 26000.

Cette norme RSE est le fruit d'une association internationale de droit privé, l'Organisation Internationale de Normalisation, plus connue sous son sigle anglophone ISO (*International Standard Organisation*), qui a tenté de donner officiellement un cahier des charges de la responsabilité sociale des entreprises<sup>8</sup>. Ce projet a été initié par des organisations de consommateurs américains inquiets face aux pratiques de certaines multinationales et des conséquences que cela pouvait avoir sur les conditions de travail et de vie des populations. Par le biais du Comité ISO chargé des relations avec les consommateurs (COPOLCO), il a été convenu de la réalisation d'une étude de faisabilité sur la normalisation de la RSE. A la suite de



cette étude un groupe consultatif stratégique (SAG) composé des parties prenantes divers a émis des recommandations pour finalement déboucher sur une décision d'action : ainsi est née l'ISO 26000<sup>9</sup>.

Il est à préciser que l'ISO 26000 n'est pas une « norme » *stricto sensu*, il s'agit plutôt de « lignes directrices » (*guidance*). L'ISO ayant assez rapidement mené un partenariat renforcé avec l'Organisation Internationale du Travail et, dans une moindre mesure, avec le Pacte Mondial et l'OCDE, les lignes directrices s'appuient sur des textes substantiels (conventions de l'OIT, lignes directrices de l'OCDE, principe du Pacte Mondial). Ces textes ont une valeur normative internationale supérieure à la sienne mais ils s'adressent aux Etats et non directement à des organisations privées. ISO 26000, elle, interpelle les organisations privées.

Les employeurs avaient mis deux conditions à leur participation : que la norme ne soit pas certifiable et qu'elle concerne toutes les organisations<sup>10</sup>. Des clauses restrictives ont été imposées par les Etats-Unis (qui ont quand même voté contre au final) parmi lesquelles : ISO 26000 ne peut pas être invoqué devant les tribunaux, il ne s'agit pas d'une norme au sens des accords de Marrakech de l'OMC<sup>11</sup>.

Par ailleurs, il est à noter qu'ISO 26000 aborde sept questions centrales de responsabilité sociétale définie dans la norme, il s'agit de la gouvernance de l'organisation, des droits de l'homme, des relations et conditions de travail, de l'environnement, de loyauté des pratiques, des questions relatives aux consommateurs et enfin de communauté et développement local. Mais au vu du sujet traité dans cette étude, seule la question centrale relative aux relations et conditions de travail, sera prise en compte. Cette question centrale englobe en son sein cinq domaines d'action, il s'agit : d'emploi et relation employeur/employé, conditions de travail et protection sociale, dialogue social, santé et sécurité au travail et enfin développement du capital humain<sup>12</sup>. Delà il est facile de constater la concordance totale entre ces domaines d'action relative aux relations et conditions de travail de l'ISO 26000 et les conventions, déclarations et normes de l'Organisation Internationale du Travail (OIT). La seule différence, est que les normes ISO 26000 concernent les entreprises et les organisations, et non pas les Etats comme c'est le cas pour l'OIT.

Dans cette perspective l'Algérie figure parmi les premiers pays de la région MENA (Moyen-Orient et Afrique du Nord) à adopter les normes RSE dans le cadre du programme pilote encouragé par l'Organisation Internationale de Normalisation (ISO) et financé par l'Agence Suédoise de Développement International (ASDI). Ce programme a permis dans sa première phase en 2011, l'implantation de la norme ISO 26000 au niveau de deux entreprises, publique et privée, L'entreprise privée NCA-ROUIBA et Le laboratoire public CETIM-BOUMERDES. Puis dans une deuxième phase qui s'est échelonnée jusqu'en 2014, et où ce programme a pu toucher treize autres entreprises nationales<sup>13</sup>.

Suite à cette introduction de la norme ISO 26000 dans la sphère intérieure des entreprises et organisations algériennes, sachant que cette norme comporte en son sein des lignes directrices touchant aux relations et conditions de travail, il serait utile de rechercher la juridicité de ces normes dans le cadre du droit du travail algérien.

## 2- La juridicité des normes ISO 26000 dans le cadre du droit du travail algérien

Au regard du droit civil, il est peu probable que la norme ISO 26000 constitue une norme juridique *stricto sensu*. En effet cette norme est dépourvue de caractère obligatoire et coercitif propres à la règle juridique<sup>14</sup>, ce qui en fait un simple code de conduite reposant essentiellement sur la responsabilité morale qui est, aux dires de certains, manifestement insuffisante<sup>15</sup>. Mais en poussant plus loin l'analyse et en sortant du carcan de la théorie générale du droit, il serait possible de concevoir la norme ISO 26000 comme une source du droit en matière sociale. Il est vrai que le droit social, y compris en Algérie, se caractérise par ses sources, du fait qu'il reconnaît des normes comme source de droit là où les autres branches du droit, et en particulier le droit civil, ne les considèrent guère comme telle.

Il reste à savoir sur quelle base peut-on considérer la norme ISO 26000 comme une source de droit du travail jouissant ainsi de la force d'une norme juridique à part entière ? Cette base peut être décelée de deux manières suivantes : ou bien l'ISO 26000 empreinte sa force juridique des autres normes dont il s'inspire, ou alors la norme ISO 26000 constitue une source de droit autonome<sup>16</sup>.

La norme ISO 26000 peut être considérée comme une source juridique hétéronome s'appuyant sur les normes internationales, ce qui lui confère une force juridique d'emprunt. En effet, en matière de gouvernance, la norme ISO 26000 fait référence au guide de l'ONU et de la conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement des bonnes pratiques en matière d'information sur la gouvernance d'entreprise de 2006.

La norme ISO 26000 prévoit de surcroît, des dispositions sur les droits de l'homme et les droits fondamentaux qui doivent être respectés dans l'entreprise. Leur formulation est directement inspirée de celle figurant dans la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et des deux pactes de 1966 sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques et sociaux et culturels. Aussi la norme ISO 26000 fait référence à un grand nombre de conventions et recommandations de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) ainsi que la déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT de 1977 amendée en 2006.

Malgré cette influence certaine aux normes internationales, il n'en reste pas moins, comme démontré plus haut, que la norme ISO 26000 s'adresse non pas aux Etats ou aux multinationales, mais plutôt aux entreprises et organisations à l'intérieur de chaque pays. L'originalité de la norme ISO 26000 est donc de créer un système de RSO (organisations) ou RSE qui peut être autonome : de la norme ISO 26000 que les organisations et les entreprises adoptent, ces dernières élaborent à leur tour une norme RSO ou RSE applicable au sein de chacune d'elles. Par conséquent, Cette nouvelle norme RSO ou RSE propre à l'organisation ou à l'entreprise qui l'a élaboré et appliqué, trouve sa source normative dans la norme ISO 26000<sup>17</sup>.

L'articulation entre la norme ISO 26000 et les normes des organisations ou des entreprises obéit à la distinction entre la norme de structure et la norme de conduite. Toute règle de droit supplétive comporte en son sein des règles de conduite et des

règles de structure du fait de son caractère dérogatoire. En effet, une règle dérogatoire postule par définition l'existence d'une autre règle à laquelle celle-là déroge. Autrement dit, la dérogation ne peut se concevoir sans une règle de référence sur laquelle elle repose<sup>18</sup>. Car la supplétivité de la règle consiste à donner l'opportunité aux sujets de droit, ou bien d'écarter la règle de référence en disposant par leur volonté autrement, ce qui donne une règle de structure, ou alors leur volonté ne se manifeste pas et dans ce cas de figure la règle de conduite édictée par la loi rentre en compte<sup>19</sup>.

La transposition entre la règle de droit supplétive et la norme ISO 26000 n'est pas aussi parfaite qu'elle ne paraît, car cette dernière ne prévoit que de simples lignes directrices. En l'absence de normes qui émanent de l'organisation ou de l'entreprise sur la RSO ou la RSE, la norme ISO 26000 ne prévoit pas de dispositions applicables de manière supplétive. Les normes de l'organisation ou de l'entreprise sont donc indispensables pour assurer la mise en œuvre de la norme ISO 26000 en qualité de norme de structure dispositive ou facultative<sup>20</sup>. Par conséquent, la norme ISO 26000 ne constitue pas au regard de ce qui précède une source de droit autonome en matière sociale. Elle reste dépendante de la norme qui émane de l'organisation ou de l'entreprise.

A cette raison il serait plus opportun de rechercher le caractère juridique des normes RSO ou RSE, non pas dans l'ISO 26000, mais plutôt dans les normes produites par les organisations ou les entreprises qui trouvent leurs sources dans les normes de l'ISO 26000. Donc la question qui se pose à ce stade de l'étude est de savoir si les normes RSO ou RSE émanant des organisations ou des entreprises puissent constituer une source de droit du travail ?

La réponse est par l'affirmative puisque le droit du travail reconnaît depuis fort longtemps un authentique pouvoir normatif à l'employeur. Ce pouvoir se concrétise essentiellement dans l'élaboration et l'application du règlement intérieur par la volonté unilatérale de l'employeur. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 77 de la loi 90-11 relative aux relations de travail en stipulant que « *le règlement intérieur est un document par lequel l'employeur fixe obligatoirement les règles relatives à l'organisation technique du travail, à l'hygiène, à la sécurité et à la discipline ...* ».

De plus, on constate l'existence d'autres éléments régulateurs issus de la volonté unilatérale de l'employeur, qui se créent en dehors de tout cadre législatif ou réglementaire, mais qui gouvernent pourtant les rapports et les actions à l'intérieur de l'entreprise, dans de nombreux domaines de l'organisation du travail et de la gestion du personnel. Il s'agit parfois de produits d'une négociation informelle ou implicite entre la direction et le personnel, le plus souvent de « mesures » unilatérales de l'employeur<sup>21</sup>.

Dans ce contexte, on peut concevoir les normes RSE édictées par un engagement unilatéral de l'employeur comme des normes privées régissant les relations et conditions de travail au sein de l'entreprise. Ces normes là diffèrent des normes de l'ISO 26000 dont elles s'inspirent, du fait de leur caractère obligatoire et

coercitif. En effet, en droit algérien, et suite à l'amendement du Code Civil en 2005 par la loi n° 05-10 du 20/06/2005, l'engagement par volonté unilatérale est devenu une source générale de l'obligation civile. C'est ce qui ressort de l'article 123 bis du Code Civil qui énonce dans son premier paragraphe que l' « *on peut s'engager par sa volonté unilatérale tant que le tiers n'est point obligé* ».

Etant donné que les normes ISO 26000 qui constituent une source réelle aux normes unilatérales édictées par l'entreprise, ne contiennent point d'obligations vis-à-vis des travailleurs (des tiers) mais plutôt une reconnaissance de leurs droits sociaux fondamentaux et universels, l'entreprise du fait de son engagement à respecter les lignes directrices de l'ISO 26000, se trouve engagée légalement conformément à l'article 123 bis du Code Civil par sa volonté unilatérale. Cet engagement confère à la norme produite par l'entreprise une force juridique obligatoire que les travailleurs peuvent s'en prévaloir pour réclamer leurs droits. A ce titre il convient de dire que la norme RSE de l'entreprise constitue indéniablement une source professionnelle de droit en matière sociale émanant de la volonté unique de l'employeur.

## **B – L'articulation des normes RSE (ISO 26000) aux normes juridiques du travail en Algérie et le principe de faveur :**

Partant du postulat que les normes RSE, issues de l'engagement unilatéral de l'employeur et inspirées des normes ISO 26000, constituent de manière indéniable une source professionnelle de droit du travail, il serait utile de rechercher en cas d'articulation entre ces normes RSE avec d'autres normes juridiques régissant les relations et conditions de travail en Algérie, la possible application du principe de faveur dans ce cas de figure (2). Mais avant d'entreprendre cette quête, il faut tout d'abord clarifier le principe de faveur en droit du travail algérien dans le cadre de l'ordre public social (1).

### **1- Le principe de faveur et sa reconnaissance par le droit du travail algérien :**

Le « principe de faveur », autrement dénommé « principe du plus favorable » ou principe d'application de la disposition la plus favorable » permet de régler les conflits de normes au profit de la disposition la plus avantageuse pour les salariés. Ce mode d'articulation des normes, que l'on explique généralement par le caractère protecteur de droit du travail et aussi par l'ordre public social dérogoaire, apparaît, en droit français comme en droit algérien, comme un principe consubstantiel à cette branche du droit<sup>22</sup>, sinon comme son âme même selon Y. Chalaron<sup>23</sup>.

Dès 1967, le Conseil constitutionnel français a mis en exergue le « principe de faveur en le qualifiant de « principe fondamental du droit du travail »<sup>24</sup>. Cinquante ans plus tard l'expression « principe de faveur » fait partie du vocabulaire du tout praticien de droit et est même reconnu comme un principe général du droit en France et dans une moindre mesure en Algérie.

En effet, le droit positif algérien a adopté ce principe à travers deux articles de la loi 90-11 relative aux relations de travail. Il y a l'article 62 qui énonce que « *le contrat de travail est modifié lorsque la loi, la réglementation, les conventions ou accords collectifs énoncent des règles plus favorables aux travailleurs que celles qui*

y sont stipulées ». Cela veut dire que le législateur, et contrairement au principe civiliste de la hiérarchisation des normes, a mis sur un pied d'égalité la loi et les règlements qui émanent de l'autorité publique avec les conventions et accords collectif qui sont le fruit de la volonté commune des partenaires sociaux. Et en cas de conflit de règles de droit, le choix portera obligatoirement sur la règle la plus favorable bien qu'elle soit inférieure hiérarchiquement aux autres règles, en l'occurrence les conventions ou accords collectif.

Il y a aussi l'article 118 de la même loi qui élargie le principe de faveur aux contrats de travail, en énonçant que « *les dispositions les plus favorables contenues dans les différents accords collectifs auxquels l'organisme employeur a souscrit ou adhéré s'imposent à lui et s'appliquent aux travailleurs de l'organisme concerné sauf dispositions favorable contenues dans les contrats de travail avec l'entreprise* ».

En dépit de cette reconnaissance législative, le droit positif algérien restreint la possibilité de déroger aux règles légales et réglementaires qu'à travers des normes conventionnelles, à savoir les conventions et accords collectifs et les contrats de travail. Ceci ne permet pas de considérer cette autorisation de dérogation légale comme un principe général de droit. Il faudrait pour cela que le principe de faveur puisse englober toutes les sources du droit du travail nonobstant leur valeur juridique.

Il se peut que cette exigence soit exaucée par une décision de la Cour suprême dans sa Chambre sociale datée du 07/01/1997, du fait qu'elle a expressément préféré une disposition du règlement intérieur de l'employeur qui prévoyait qu'une sanction du deuxième degré n'entraînant pas le licenciement disciplinaire du salarié fautif à l'article 73 de la loi 90-11 qui énumère les cas de licenciement disciplinaire et qui prévoyait pour l'espèce de licencier le mis en cause sans indemnités ni préavis<sup>25</sup>.

Bien qu'on déplore le fait que cette jurisprudence soit un cas unique dans les annales de la justice sociale algérienne, il n'en demeure pas moins qu'elle soit d'une importance primordiale. En effet, la Chambre Sociale de la Cour Suprême a reconnu à travers cette décision que le droit du travail algérien repose sur un ordre public relatif et non pas absolu, car il ne fait que fixer à l'aide de règles légales un seuil minimum de protection sociale au profit des salariés, en dessous duquel il est interdit de descendre. Mais il est possible, selon cette décision, de déroger aux règles législatives ou réglementaires par toute sorte de norme juridique qu'elle soit conventionnelle ou voire même émanant de la volonté unilatérale de l'employeur, dès lors qu'elle soit plus favorable aux salariés<sup>26</sup>. A partir de cette décision on peut dire que « le principe de faveur » gagne à être considéré comme un principe général de droit en Algérie.

## **2 – L'application du principe de faveur aux normes RSE en droit du travail algérien :**

Suite à tout ce qui a précédé comme étude et au vu des résultats obtenus, il nous est permis de dire qu'il est possible de concevoir l'application du principe de faveur aux normes RSE que les entreprises s'engagent de leur propre chef à respecter. Il est vrai que les normes ISO 26000 ne sont pas prises en compte par le principe de faveur du fait qu'elles ne sont pas sujet à certification tel que démontré dans la première partie de l'intervention. En revanche, les normes RSE que les entreprises développent

en adhérant à l'ISO 26000 sont indéniablement prises en compte par ce principe à partir du moment qu'elles constituent une source juridique en matière de conditions et relations de travail.

En effet, quand l'entreprise Danone Djurdjura Algérie s'engage à consolider la couverture santé des collaborateurs Danone ainsi qu'à leurs familles en complétant la couverture sociale légale en vigueur<sup>27</sup>, celle-ci crée une norme RSE du fait de son engagement unilatéral qui va s'articuler forcément avec les règles légales de la sécurité sociale. Et comme les normes Danone sont à priori plus favorables aux salariés de l'entreprise que ne le sont les règles légales de la sécurité sociale, il est évident que l'employeur soit contraint d'appliquer les normes RSE.

En conclusion, on constate que les normes RSE jouissent en Algérie d'une valeur juridique certaine du fait de la reconnaissance de l'acte juridique unilatéral comme une source générale de l'obligation civile. Et c'est ce qui permet d'appliquer le principe de faveur aux normes RSE en droit du travail algérien en cas d'articulation avec d'autres sources juridiques.

## Notes

<sup>1</sup> - H. R. Bowen, *Social Responsibility of the Businessman*, Harper and Brother, New York, 1953, cité par I. Daugareilh, Responsabilité sociale des entreprises transnationales : Analyse critique et prospective juridique, publié en langue espagnole in Cuadernos de relaciones laborales, n°1, vol.27, p. 94.

<sup>2</sup> -I. Daugareilh, art. précité, p. 95.

<sup>3</sup> -Commission européenne, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Bruxelles, Livre vert, juillet 2001.

<sup>4</sup> - F. G. Trébulle, Responsabilité sociale des entreprises (Entreprises et éthique environnementale), Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, mars 2003, p. 6.

<sup>5</sup> - I. Daugareilh, art. précité, p. 95.

<sup>6</sup> -V. dans ce sens : J. Ph. Robé, La responsabilité sociale des entreprises, Revue de Droit du Travail, 2010, pp. 413-415.

<sup>7</sup> -V. dans ce sens : Pacte mondial de l'ONU et normes internationales ISO 26000 « Lignes directrices relatives à la responsabilité sociale », United Nations, Global Compact, p. 1.

<sup>8</sup> -V. La missive de gestion attentive, n° 43 – novembre 2010.

<sup>9</sup> -V. le site internet : [www.afnor.org](http://www.afnor.org).

<sup>10</sup> - Cela explique la transformation de la RSE en RSO, v. dans ce sens I. Daugareilh, l'ISO à l'assaut du social : risques et limites de l'exercice de normalisation sociale, in I. Daugareilh, Responsabilité de l'entreprise transnationale dans la globalisation de l'économie, éd. Bruylant/LGDJ, Bruxelles, 2009.

<sup>11</sup> - V. La missive de gestion attentive, n° 43 – novembre 2010.

<sup>12</sup> - V. Questions centrales et domaines d'action de responsabilité sociétale traité dans ISO 26000, in ISO, 2010, ISBN 978-92-67-20538-0.

<sup>13</sup> - V. le site internet : [www.ianor.dz](http://www.ianor.dz)

<sup>14</sup> -H., L., j. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. 1/ 1<sup>er</sup> V. Introduction à l'étude du droit, 11<sup>ème</sup> éd. Par F. Chabas, Ed. Montchrestien, Paris, 1996, p. 17.

<sup>15</sup> -J.-Ph. Robé, article précité, pp. 413-414.

<sup>16</sup> -F. Laronze, La norme ISO 26000, une source de droit en matière sociale ? L'apport de la théorie du droit à la réflexion sur les normes de la RSO, Dr. Soc., 2013, pp. 346-347.

<sup>17</sup> - F. Laronze, art. précité, p. 348.

<sup>18</sup> - S. Frossard, La supplétivité des règles en droit du travail, Revue de droit du travail 2009, p. 83.

<sup>19</sup> - Cette conception est corroborée par la définition de l'adjectif « supplétif » qui figure dans un ouvrage lexicographique de référence dans le domaine du droit : « qui remplace, s'applique à défaut de..., comble une lacune. 1 : Se dit d'une règle applicable à défaut d'autres dispositions (légalles ou conventionnelles) », v. G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 1987.

<sup>20</sup> - F. Laronze, art. précité, p. 349.

<sup>21</sup> - M. Véricel, Sur le pouvoir normateur de l'employeur, Dr. soc. 1991, p. 120.

<sup>22</sup> -F. Bocquillon, Que reste-t-il du « principe de faveur » ?, Dr. soc. 2001, p. 255.

<sup>23</sup> - Y. Chalaron, L'application de la disposition la plus favorable, in « Les transformations du droit du travail », Etudes offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz, Paris, 1989, p. 243.

<sup>24</sup> - Décision n° 67-46 L du 12 juill. 1967, cité par S. Laulom, N. Merley, La fabrication du principe de faveur, Revue de droit du travail 2009, p. 219.

<sup>25</sup> - Cour Sup., ch. soc., arrêt du 07/01/1997, in La Revue Judiciaire, n°1-1997, p. 63.

<sup>26</sup> - C. Boukli-Hacène, Ordre public social et flexibilité en matière de contrat de travail, in Revue des Sciences Juridiques et Administratives, Université de Sidi-Bel-Abbès, n°6-2009, p. 95.

<sup>27</sup> - V. le site internet <http://www.rse-algerie.org>.

## خصوصية جزاء مخالفة النظام العام في قانون العمل

Dr. FETHI Ouardia,  
Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques, Université de Tizi  
Ouazou , Algerie.

د. فتحي وردية  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة تيزي وزو، الجزائر.

### مقدمة

لاشك أن أول أنواع النظام العام ظهورا هو النظام العام الكلاسيكي (السياسي) الهادف إلى الدفاع على ركائز المجتمع، وهو النظام الذي يتماشى مع مفهوم الدولة الحارسة إلا أن تزايد تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي وضرورة حماية الأطراف الضعيفة في العقود أدى إلى بروز النظام العام الاقتصادي الذي عرّفه FARJAT بأنه « مجموعة القواعد الإلزامية التي تنظم العلاقات التعاقدية الخاصة بالنظام الاقتصادي والعلاقات الاجتماعية والتوازن الداخلي للعقد »<sup>(1)</sup>. ويقسمه الفقهاء إلى نظام العام توجيهي ونظام عام حمائي، فيهدف الأول إلى تنظيم العقود لجعلها غير متعارضة مع السياسية الاقتصادية، أما الثاني فيتكون من مجموع القواعد التي تهدف إلى حماية أحد أطراف العقد ضمنا للعدالة العقدية، فتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف سببه انخراط التوازن بين المتعاقدين حيث أن المتعاقد الأقوى قد يعتمد إلى فرض شروط مجحفة على الطرف الضعيف<sup>(2)</sup>.

إنّ هذا التطور ترجمه أحد فروع القانون، وهو قانون العمل، الذي وجد أساسا لتحقيق توازن في علاقة عقدية ميزتها الاختلال الاقتصادي والاجتماعي البارز بين طرفيها، لذا جاءت قواعده من النظام العام، بل أن أغلب قواعده من النظام العام الاجتماعي الذي يعبر عن فكرة المرور من النظام العام التقليدي إلى الأنظمة العامة المنفردة بخصوصياتها. فلقد طوع قانون العمل مفهوم النظام العام لجعله متلائما مع خصوصياته وأهدافه، فأوجد ما يسمى بالنظام العام الاجتماعي استجابة للحاجة إلى تخصص النظام. فالنظام العام التقليدي عاجز عن تحقيق حماية الطرف الضعيف اقتصاديا أي العامل، فكان من الضروري تطويع مفهوم هذا النظام ليراعي طبيعة وخصوصية هذه العلاقة، فانفرد بذلك قانون العمل عن فروع القانون الأخرى بالنظام العام الاجتماعي، الذي يعرّف على أنه



« مجموع قواعد قانون العمل الآمرة التي توفر حدا أدنى من الحماية للعامل والتي يمكن مخالفتها عن طريق الاتفاقيات الجماعية والعقود الفردية من أجل تطوير هذه الحماية وتحسين وضعية الأجير »<sup>(3)</sup>. وهو نظام يوحي إلى الدور الذي يقوم به قانون العمل في إرساء قواعد السلم والأمن الاجتماعيين بتنظيم هذه العلاقة الخاصة وتحقيق العدالة الاجتماعية. أكثر من ذلك، فإنّ مضمون هذا النظام يعمل في اتجاه واحد وهو مصلحة العامل وحمايته<sup>(4)</sup>.

وما يميز هذا النظام عن النظام العام التقليدي من حيث المبدأ هو إمكانية الانفكاك عنه باتفاقات متى كانت أكثر فائدة للعامل، الأمر الذي يدعم استقلاليته.

إنّ هذا الاستقلال وهذه الخصوصية للنظام العام الاجتماعي فرضت التمييز والتخصص على مستوى جزاء مخالفته، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن مظاهر الطابع الخصوصي لجزاء مخالفة النظام العام في قانون العمل وأثار ذلك؟ وهو ما سيتم الكشف عنه بالوقوف ابتداء عند الطابع الخصوصي لجزاء البطلان لمخالفة النظام العام في قانون العمل الجزائري (المطلب الأول) ثم عند الجزاء الجنائي وخصوصيته في هذا المجال (المطلب الثاني)، وهذا كله بغرض تقييم الحاجة إلى الخروج عن النظام العام التقليدي وفعالية ذلك.

**المطلب الأول: الطابع الخصوصي لجزاء البطلان لمخالفة قواعد النظام العام في قانون العمل**

لا ريب أن قواعد قانون العمل قواعد أمرة من النظام العام، إنما لا ريب أيضا إن كان أغلبها منتميا إلى النظام العام الاجتماعي الهادف إلى ضمان الحد الأدنى من الحماية للعامل الأضعف اقتصاديا، فإنما منها أيضا قواعد تنتمي إلى النظام العام التقليدي ذي الأغراض السياسية والأمنية والأخلاقية والاجتماعية.

لذا فمن الأهمية تحديد تصنيف كل قاعدة من قواعد قانون العمل بحسب انتمائها إلى أي من الأنواع السابقة المكونة للنظام العام بمعناه الواسع. فالنظام العام بهذا المعنى ينطوي تحت لوائه جميع القواعد القانونية التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لاتصالها بمصلحة جوهرية من المصالح اللازمة للحفاظ على بقاء المجتمع أو كيانه أو تقدمه ورقبه،

ومنها بطبيعة الحال المصالح التي يحميها قانون العمل سواء تبلورت في تحقيق الحماية العادلة والضرورية والفعالة للعمال من ناحية أم في الحفاظ على دعائم المجتمع وأسس سلامه وأمنه المدنيين. فهي من النظام العام الكلاسيكي ذي الأغراض العادية، فيقع باطلا بطلانا مطلقا الاتفاق المخالف لحكمها، حتى ولو كان في مصلحة العامل تماما. أما قواعد قانون العمل المنتمية إلى النظام العام الاجتماعي الحامي للطرف الضعيف، فإنّ لشق التكليف فيها طبيعة متميزة، فهي في الحقيقة قواعد تحقق مباشرة مصلحة العامل، وبطريقة غير مباشرة مصلحة المجتمع متبلورة في تحقيق العدل والسلم الاجتماعيين.

أمام هذا التمييز في قانون العمل، بين قواعد من النظام العام التقليدي وقواعد من النظام العام الاجتماعي، تتضح خصوصية قواعد هذا القانون، التي تمتد إلى جزاء مخالفتها لتتنوع صوره من بطلان كلي وبطلان جزئي (أولا) ولينفرد بآثار خاصة تكشف عن ذاتية هذا الجزاء وخروجه عن الآثار العامة للبطلان (ثانيا).

#### أولا - تنوع صور جزاء البطلان في قانون العمل

أكد المشرع الجزائري على أن مخالفة قواعد النظام العام في قانون العمل يؤدي إلى فرض جزاء البطلان على غرار ما هو مقرر في القواعد العامة، وذلك سواء كانت المخالفة تمس قواعد النظام العام المطلق، أو قواعد النظام العام الاجتماعي، وهو ما يظهر بصفة خاصة من خلال أحكام المواد 135، 136، و137 من قانون رقم 90-11<sup>(5)</sup> على أن هذا الجزاء ينفرد بخصوصيات من خلال تنوع صوره، فالإ جانب البطلان الكلي المعبر عن البطلان المطلق هناك البطلان الجزئي المتميز في أحكامه وفي الآثار الخاصة به والناجمة عن مخالفة قواعد النظام العام الاجتماعي. وهو ما سيتم توضيحه بإبراز تنوع صور جزاء البطلان في قانون العمل (1) ثم الطابع الخصوصي لآثار هذا البطلان لما يتضمنه من خروج عن الآثار العامة للبطلان وانفراده بآثار خاصة تتلاءم مع طبيعة العلاقة التي تعمل قواعد النظام العام الاجتماعي على ضمان بقائها (2).

#### 10 - البطلان الكلي

لم يتول المشرع الجزائري تحديد القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز مخالفتها، إنما اختار وضع مبدأ عام مفاده بطلان كل علاقة عمل غير مطابقة للأحكام

التشريعية أو التنظيمية المعمول بها، سواء كانت أحكام عامة مستمدة من القواعد العامة للتقنين المدني أو أحكام خاصة مكرسة في قانون العمل، وفي هذا الصدد نصت المادة 1/135 من القانون رقم 90-11 على أنه « تعد باطلة وعديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به ».

يتبين من خلال هذا النص أن أي مخالفة للنصوص المتعلقة بعلاقات العمل تؤدي إلى بطلان علاقة العمل، وهو ما يؤكد تعلق قواعد هذا القانون بالنظام العام. كذلك أكد هذا النص على أن جزاء البطلان يمس كل مخالفة لأحكام التشريع المعمول به، فيشمل بذلك حالتين حالة مخالفة الأحكام العامة لصحة العقود وكذا الأحكام الخاصة بالمنظمة لعلاقات العمل. كما يترتب سواء كانت المخالفة ايجابية أو سلبية، أي سواء كانت المخالفة في صالح العامل أو ضده، فيقع كل اتفاق على مخالفتها باطلا ولو انطوت على رفع مستوى الحماية المقررة للطرف الضعيف في علاقة العمل.

على هذا الأساس، تتعدد حالات البطلان الكلي لمخالفة قواعد النظام العام التقليدي لتشمل تلك الواردة في القواعد العامة أو أحكام قانون العمل، وهو ما أكدته العديد من نصوص قانون علاقات العمل، منها نص المادة 15 من القانون رقم 90-11 التي تمنع تشغيل القصر في الأشغال الخطيرة أو التي تنعدم فيها النظافة أو تضر بصحته أو تمس بأخلاقياته، كذلك تلك الأحكام الخاصة بمدة العمل، حيث تؤكد المادة 2 من الأمر رقم 97/03<sup>(6)</sup> على أنه « تحدد المدة القانونية الأسبوعية للعمل بأربعين ساعة في ظروف العمل العادية. توزع هذه المدة على خمسة أيام على الأقل ».

فكل مخالفة لقاعدة من هذا النص تعتبر باطلة لأنه من النظام العام المطلق، فلا تجوز مخالفته ولو كان ذلك لمصلحة العامل، كذلك الوضع بالنسبة لأحكام المادة 19 من القانون رقم 90-04<sup>(7)</sup> التي تلزم العامل بعرض نزاعه على المصالحة قبل عرضه على القضاء، فلا يمكن لهذا الأخير الاتفاق على مخالفته، وإن كان ذلك لصالحه لأن هذا النص أيضا من النظام العام المطلق. إضافة إلى هذا تعبر أحكام المادة 28 عن ذلك بنصها على أنه « لا يجوز تشغيل العمال من كلا الجنسين الذي يقل عمرهم عن تسع عشر (19) سنة كاملة في أي عمل ليلي ». أكثر من ذلك يمنع المستخدم تشغيل العاملات في أعمال ليلية إلا

بشروط خاصة، هذا إلى جانب أحكام عديدة تؤكد على فرض جزاء البطلان في حالة مخالفة قواعد النظام العام المطلق التي يعتبر مجالها ما زال قائما في قانون العمل. وعليه يمنع الاتفاق على منع اللجوء إلى المحاكم، أو مخالفة قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم الاجتماعية، أو النص على مخالفة قاعدة معينة تعاقب جزائيا، وأيضا الاتفاق على إخضاع مشروعية التسريح لرقابة السلطة الإدارية<sup>8</sup>.

ولا يتميز بهذا جزاء البطلان الكلي في طبيعته عن أحكامه المقررة في القواعد العامة غير أنّ خصوصيته تظهر في آثاره كما تصرح بها أحكام المادة 2/135 التي يتم تفصيلها فيما يأتي.

## 2 - البطلان الخاص كجزاء لمخالفة النظام العام الاجتماعي

يمثل النظام العام الاجتماعي تقنية خاصة بقانون العمل تمنح العمال أو الأجراء جملة من الامتيازات غير التعاقدية، بوصفهم الطرف الأضعف في العقد، فهو الذي يضمن الحد الأدنى من الحماية لصالح هذه الفئة، بل يضع حدا مشترك لجميع العمال<sup>(9)</sup>. فهو كما يعبر عنه بعض الفقهاء "القانون الأصلح للأجير أو العامل"<sup>(10)</sup>.

لذلك فالنظام العام الاجتماعي يترجم الصبغة الحمائية لقانون العمل، من خلال ثنائية الدور الذي يلعبه، فلا يكتفي بدوره المانع بل يتجاوز ذلك ليلعب دورا دافعا لغاية تحقيق ما هو أفضل للعامل. وهو ما يكشف عن خصوصيته إذ بالرغم من بطلان كل اتفاق على خلافها إلا أن ذلك جائز في حالة واحدة وهي الزيادة من الحماية القانونية المقررة للعامل أي متى كان الاتفاق يحقق له مزايا أفضل من تلك المقررة قانونا. وهو ما لا نجده في النظام العام التقليدي، إذ أي مخالفة لقاعدة من قواعده تؤدي إلى البطلان مهما كان شكل المخالفة، الأمر المخالف بالنسبة لقواعد النظام العام الاجتماعي حيث لا يترتب البطلان عن مخالفتها إن كانت هذه الأخيرة تحقق مصلحة العامل.

هذا الأساس فإن أحكام النظام العام الاجتماعي تمنع النزول عن الحد الأدنى الذي يضمنه القانون أو الاتفاقيات الجماعية، لذا كل استنقاص منها يقع باطلا. فجزاء مخالفة قواعد النظام العام الاجتماعي ودوره المانع هو البطلان فتقضي المادة 136 من قانون علاقات العمل الجزائري على أنه « يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون ».

معنى هذا النص أن الشرط المخالف لقاعدة تحمي العامل بضمان حد أدنى له من الحقوق يكون باطلا أي عديم الأثر قانونا، وهو ما أكدته العديد من التشريعات كقانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003 في مادته الخامسة<sup>(11)</sup>. فالحد الأدنى من الحماية القانونية المقررة للعامل لا يجوز الانتقاص منها<sup>(12)</sup>.

فلا ريب في أن الشرط المخالف للنظام العام في شقه المنصب على حماية العامل يقع باطلا عديم الأثر قانونا، ويعتبر كأن لم يكن ما لم يكن أصلح للعامل طبقا لمعيار موضوعه يستلهم روح القاعدة الأمرة وغاياتها وحكمتها<sup>(13)</sup>. ومبرر ذلك قواعد النظام العام الاجتماعي، تشكل الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز الانتقاص منها بأي حال من الأحوال تحت طائلة البطلان، على أن هذا البطلان خاص، فهو جزاء متميز عن جزاء مخالفة النظام العام التوجيهي، واصطلاح عليه تسمية البطلان الجزئي الذي يمس كل شرط يخالف هذا الحد الأدنى من الحقوق الممنوحة للعامل<sup>(14)</sup>.

فالبطلان في هذه الحالة جزاء خاص يصيب كل شرط مخالف لقاعدة تحمي العامل ويقلل من الحد الأدنى من الحقوق الممنوحة له المترجم للنظام العام الاجتماعي، وهو ما أكده المشرع الجزائري بموجب المادة 137 من القانون رقم 90-11 التي تنص على أنه « يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية ».

بهذا يكون المشرع الجزائري قد كرّس نوع خاص من البطلان كجزاء لمخالفة قواعد النظام العام الاجتماعي رغبة منه في الحفاظ على بقاء عقد العمل وتوفير حماية خاصة للعامل، فالإبقاء على العقد أولوية مفروضة<sup>(15)</sup>، وذلك على الرغم من أنه احتوى على شرط باطل. فقصر البطلان فقط على الشرط المخالف وحده. وفي هذا تأكيد على حرص المشرع على ضمان الحد الأدنى من الحماية للعامل وتجسيد مضمون النظام العام الاجتماعي الحمائي.

يتضمن هذا النوع من البطلان في الحقيقة خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي ببطلان العقد في جملته إذا ما تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال. فلا يجري الأمر في قانون العمل على هذا المنوال، لأنه إذا كان الشرط الباطل الذي

ما كان العقد ليتم بدونه ينطوي على مخالفة لقاعدة من قواعد النظام العام الاجتماعي، فإنّ العقد يظل صحيحاً وقائماً ويبطل الشرط المخالف فقط. وهذا تأكيد على أن قواعد النظام العام الاجتماعي من النظام العام إذ يحصر المشرع دائماً على الحفاظ على الحد الأدنى المقرر قانوناً، فلا يمكن النزول عنه في أي حال من الأحوال.

كذلك أكد المشرع الجزائري على امتداد جزاء البطلان في حالة الانتقاص من الحماية المقررة للعامل بموجب الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، فعبرت عن ذلك وبصورة صريحة أحكام المادة 137 من قانون رقم 90-11<sup>(16)</sup> التي تقضي ببطلان بنود عقد العمل التي تستنقص من حقوق العمال المقررة في الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، متجاهلاً بذلك الاختلاف الموجود بين المصادر الرسمية والمصادر الاتفاقية التي تهدف أساساً إلى تطور الحماية التشريعية، أي تطوير الحد الأدنى من الحماية المقررة قانوناً. كذلك فإنّ مثل هذا الموقف يتناقض مع الهدف من تنويع مصادر القانون واستقلالها.

تتدعم كذلك خصوصية جزاء البطلان لمخالفة قواعد النظام العام الاجتماعي من خلال الآثار الخاصة التي يترتبها، فهي غير مألوفة في الأحكام العامة.

ثانياً - استقلال جزاء البطلان لمخالفة قواعد النظام العام في قانون العمل بآثار خاصة

تكشف دراسة مختلف الجزاءات المطبقة في حالة مخالفة أحكام النظام العام بأن جزاء البطلان كجزاء مبدئي لعدم احترام هذا النظام يطبق بصورة موحدة على كل فروع القانون الخاص، وهو الوضع بالنسبة لقانون العمل، على أن ذلك لا يكفي للقول بقيام تشابه في جزاء البطلان في قانون العمل مع القوانين الأخرى بل لا بدّ من اتحادها في الآثار.

غير أنه بالرجوع إلى قانون علاقات العمل ننفى ذلك، انطلاقاً من الخروج عن الأحكام المتعلقة بالأثر الرجعي لجزاء البطلان إلى تلك الآثار الخاصة المتضمنة لإلغاء أو بتر الشرط الأسوأ، الذي يسمح بإخضاع العقد لقواعد قانونية من النظام العام إلى جزاء إيجابي مفاده الحلول الآلي أو التلقائي لقواعد النظام العام الاجتماعي تحقيقاً لمصلحة العامل وضماناً لاستمرارية عقد العمل، وتطبيقاً في ذات الوقت للنظام العام المطلق.

أ - الخروج عن الآثار العامة للبطلان

يترتب عن مخالفة قواعد النظام العام حسب القواعد العامة للالتزام البطلان، وينجم كذلك عن تطبيق آثاره على هذه العلاقة التعاقدية إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد أي إلى حالتها الأصلية، وإن كان ذلك مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل، وهو ما يستفاد من نص المادة 103 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه « يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل ». وأفضل طريقة لإرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد هي الاسترداد العيني وإن استحال ذلك جاز الاسترداد بمقابل أي التعويض<sup>(17)</sup>. عليه فالتصرف الباطل تعدم آثاره، فهو كأن لم يكن على الإطلاق، وذلك تطبيقاً لمبدأ الرجعية<sup>(18)</sup>.

غير أنه في قانون العمل لا يطبق هذا الأثر، فإن كان بطلان عقد العمل يقتضي إلزام العامل برد الأجور التي تحصل عليها وبالمقابل رد المستخدم للعمل المؤدى من العامل، إلا أن مثل هذا الاسترداد غير معقول وغير متصور، إذ من المستحيل إلزام الأطراف بالاسترداد المتبادل، بالنظر لطبيعة عقد العمل التي تمنع ترتيب الآثار العادية للبطلان، ليس لأنه عقد مستمر، بل يتضمن التزام بالقيام بالعمل غير قابل للاسترداد لأن طبيعة هذا الالتزام تتعارض مع ذلك، إذ أن موضوعه ليس ناتج عمل الأجير إنما قبل كل شيء الجهد الذي بذله الذي لا يمكن لصاحب العمل رده بتنفيذ عمل مماثل لحساب العامل. أمام هذه الاستحالة للاسترداد المتبادل، لا بد تقوم ضرورة تبني قاعدة تمكن العامل من الاحتفاظ بالأجور التي قبضها أو المطالبة بما لم يقبضه<sup>(19)</sup>.

هذه هي وجهة المشرع الجزائري التي تستفاد من المادة 2/135 من قانون رقم 90-11 التي تنص على أنه: «... غير أنه لا يمكن أن يؤدي بطلان العمل إلى ضياع الأجر المستحق عن عمل تم أدائه».

يتضح من هذا النص أن المشرع وإن فرض جزاء البطلان لكل علاقة عمل غير مطابقة للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما أي مخالفة لقواعد من النظام العام، إلا أنه أورد استثناء على أثر البطلان الأصلي حيث كرس حق العامل في الاستفادة من الأجر المستحق، وفي هذا خروج عن القواعد العامة للالتزام التي تؤكد في مثل هذه الحالة على

وجوب تقديم تعويض معادل لهذا العامل نتيجة أدائه للعمل بموجب علاقة عمل باطلة، إذ أن تطبيق أحكام المادة 103 من القانون المدني، سالف الذكر، تستوجب في حالة استحالة الاسترداد العيني تقديم تعويض معادل، غير أن المشرع الجزائي وبموجب نص خاص أكد على استحقاق العامل لأجره حماية له. خلافا لموقف غالبية الفقه الذين ذهبوا إلى أن العامل الذي أدى في مثل هذه الحالة عملا دون أن يقبض أجرا عليه لا يستحق أجرا بالمفهوم القانوني للأجر، وإنما يستحق تعويضا عادلا عن تلك الفترة وعماداه، ويرجعون أساس هذا التعويض إلى المسؤولية التقصيرية والبعض إلى أحكام الإثراء بلا سبب، تاركين مقدار احتسابه للمحكمة وفقا للقواعد العامة ومقتضيات العدالة<sup>(20)</sup>.

وحسنا فعل المشرع في هذه المسألة وترتيبه مثل هذا الأثر، وعدم الإجحاف في حق العامل وسده الطريق أمام أصحاب العمل الذين يستغلون إعلان بطلان عقد العمل للتخلص من تنفيذ الالتزامات المفروضة عليهم لاسيما التزامهم الرئيسي بدفع الأجر للعامل ولا شك أن مثل هذه الخصوصية لجزاء البطلان من شأنها أن تدعم الحماية المقررة للعامل، وهو من مقتضيات النظام العام في قانون العمل.

#### ب - ترتيب آثار خاصة

في غياب بطلان عقد العمل، يتدخل القانون بطريقتين، بطريقة سلبية وذلك بتقرير بطلان الشرط المخالف لقواعد النظام العام في قانون العمل وذلك بتر الشرط الأسوأ للعامل، وبطريقة إيجابية وذلك بالامتثال لمقتضيات النظام العام، ويكون ذلك بإحلال تلك القواعد محل البنود الباطلة، وفي بعض الأحيان يكون الأمر متميز بحيث يمتد إلى تعديل التصرف القانوني المخالف للنظام العام<sup>(21)</sup> ويكون تفصيل ذلك على النحو التالي.

#### ب - 1 - بتر الشرط الأسوأ للعامل

تطبيقا لأحكام المادتين 136 و137 من القانون رقم 90-11، فإنه متى تقرر بطلان بند في عقد العمل لمخالفة قواعد النظام العام ولاستنقاصه من الحقوق المقررة للعامل في التشريع أو التنظيم أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، فإن عقد العمل يبتر منه هذا الشرط، ومعنى ذلك أن الشرط الباطل يلغى مع بقاء عقد العمل بدون هذا الشرط الذي



يعتبر كأن لم يكن بقوة القانون. وهكذا يعتبر عندئذ عقد العمل قد انعقد مبدئياً منه هذا الشرط عديم الأثر؛ فيكون للقانون وحده سلطانه الأمر في تنظيم عقد العمل فتحل القواعد الحامية للمصلحة الخاصة للطرف الضعيف التي يحرص عليها المجتمع، محل هذا الشرط غير المشروع. لا يرد البطلان على هذا الأساس إلا على البند أو الشرط المخالف للقانون، ويبقى العقد فيما عداه ملزماً لطرفيه<sup>(22)</sup>، فيكون البند باطلاً ويبقى العقد صحيحاً وذلك حفاظاً على العمل.

يفسر هذا الأثر الخاص خصوصية النظام العام الاجتماعي الذي يترتب عن مخالفة أحكامه البطلان، على أن ذلك لن يقع إلا إذا كانت المخالفة ضد مصلحة العامل، أما إذا كانت المخالفة في صالحه استبعد هذا الجزاء. فبهذا فإن قواعد هذا النظام العام الخاص تنتمي إلى النظام العام مع خصوصية مفادها أنه يقيد الحرية التعاقدية جزئياً ويسمح بل ويشجع مخالفة قواعده بشكل يحقق مصلحة العامل.

## ب - 2 - الحلول التلقائي أو الآلي للقاعدة القانونية

النظام العام الاجتماعي نظام خاص متميز في أحكامه، مما فرض تمييز جزاء مخالفته، فالوقوف عنده يكشف نوع خاص من الجزاء يتماشى مع مضمون هذا النظام إذ يكرس حماية خاصة للعامل لا يجوز النزول عنها مع تفضيل الحماية الأنفع له، وهو ما يترجم من حيث الأثر، فيإلى جانب بطلان البند الذي ينزل عن الحد الأدنى من الحماية، يكون الحلول التلقائي للقاعدة المتعلقة بالنظام العام الاجتماعي.

يسجل على هذا الأساس أثر آخر خاص مفاده امتثال التصرف القانوني لمقتضيات النظام العام وهو ما ترجمته أحكام المادة 2/136 من قانون 90-11 بتأكيدا على مسألة الحلول التلقائي أو الآلي للنص القانوني محل البند الباطل، فتتص على أنه « وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون ». فبطلان علاقة العمل لا يؤدي إلى زوال أثرها كلياً بل تعوض الأحكام الاتفاقية المخالفة بالقواعد القانونية الآمرة. فما دام أن البطلان لا يمس إلا الأحكام الاتفاقية المخالفة للقانون فإن العقد يبقى قائماً لكن لإمكان تطبيقه يتم إحلال القواعد القانونية السارية محل الأحكام الاتفاقية الباطلة. وهنا يكون المشرع الجزائري قد اعتنق فكرة الحلول الآلي لأحكام القانون تفادياً لأثار البطلان المترتب عن مخالفة أحكام

علاقة العمل الفردية، حرصا منه على ضمان استمرارية عقد العمل التي تعتبر أولوية. الحقيقة أنه ليس هناك مجال إعمال قاعدة المادة 104 من التقنيين المدني الجزائري<sup>(23)</sup> التي تنظم نطاق البطلان تنظيما، روعي فيه احترام الإرادة التعاقدية، بل أن الحماية التي تسبغها قواعد النظام العام على العامل تأتي إلا أن تكون حماية كاملة<sup>(24)</sup>، ومن ثم جعلنا في مجال تعديل العقد المخالف في شرط منه لها تعديلا مأمورا به بقوة القانون ولا يكون للقاضي فيه أن يقدر ما إذا كان هذا التعديل متعارضاً مع الإرادة المشتركة للطرفين، سواء الحقيقية أو المحتملة، بل أن هذا التعديل يفرض نفسه على القاضي بقوة القانون، ومتى تبين له أن هذا الشرط يستنقص من الحد الأدنى من الحماية المقررة للعامل فإنه يعمل نص المادة 62 من قانون علاقات العمل<sup>(25)</sup>.

بهذا متى كان شق في عقد العمل يخالف قواعد النظام العام الاجتماعي، فإن هذا الشق يبطل وتحل القاعدة محله وتصبح واجبة الإعمال في العقد، فتحديد أجر أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا يبطل كبنده في العقد ويحل محله الحد الأدنى المقرر قانونا، وحرمان العامل من الحق في العطلة أو أجرها يبطل كبنده في العمل ويعتبر لاغيا ويحل نص محله القانون، فعقد العمل يبرئ منه الشرط الأسوأ المخالف للنظام العام مخالفة سلبية، غير محققة لميزة أفضل للعامل، فيستبعد هذا الشرط الذي يعتبر كأن لم يكن بقوة القانون، ليكون بذلك للقانون وحده سلطانه الأمر في تنظيم عقد العمل، فتحل تلقائيا القواعد العامة المقررة للمصلحة الخاصة للطرف الضعيف محل الشرط الباطل، وفي هذا الصدد يجب التأكيد على أن هذا الحل التلقائي الذي يكون بقوة القانون يسحب من القاضي سلطته التقديرية في تقدير الشرط المتنازع عليه<sup>(26)</sup>.

يمتد الجزاء ذاته إلى البنود الواردة في الاتفاقية التي تخالف الحد الأدنى المقرر بموجب التشريع فهي باطلة وفقا لأحكام القانون رقم 90-11.

يؤكد هذا الأثر الوظيفية المزدوجة للنظام العام الاجتماعي الذي لا يقتصر هدفه في حماية العامل، إنما يمتد إلى تحقيق السلم ومنع التفهقر الاجتماعي.

بالإضافة إلى هذه الآثار الخاصة ذات الطابع السلبي والإيجابي، رتب المشرع الجزائري أثرا خاصا للبطلان في قانون العمل مفاده إعادة تكييف العقد الباطل، وهو ما يستخلص

من نص المادة 14 من قانون رقم 90-11 التي جاء فيها « يعتبر عقد العمل المبرم لمدة محدودة خلافا لما تنص عليه أحكام هذا القانون، عقد عمل غير محدود، دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في القانون ». فيعتبر عقد العمل المبرم لمدة محددة خلافا للأحكام التشريعية المنظمة له باطلا، غير أن آثار البطلان الواردة في القواعد العامة للالتزام لا تطبق عليه ذلك أن المشرع رتب أثرا خاصا مفاده إعادة تكييف هذا العقد الباطل على أنه عقد غير محدد المدة. وتبرير ذلك أن مثل هذا البطلان يؤدي إلى المساس بمصالح العامل. وإعادة التكييف هذا لا يجد مصدره في الحرية التعاقدية وإنما في النظام العام<sup>(27)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن التقنية القانونية الخاصة بإعادة التكييف تتناسب بصفة خاصة في قانون العمل غير أنها تجد مجالات أخرى للتطبيق في مختلف فروع القانون الخاص. يتضح من خلال ما سبق أن جزاء البطلان لمخالفة النظام العام في قانون العمل يجد مجال للتطبيق بطريقة مماثلة مقارنة بالفروع الأخرى للقانون الخاص، على أن خصوصيته تظهر بصورة جلية من حيث آثاره الخاصة التي تؤكد على ضرورة الحرص على بقاء عقد العمل وضمنان حماية خاصة للعمال، أكثر من ذلك فإن هذه الذاتية تؤكد على أن مفهوم النظام العام قد تطور فلم تعد غايته إعدام التصرف المخالف له، إنما تجاوزت ذلك لحماية الطرف الضعيف في علاقة العمل، والوصول إلى التوازن العقدي.

**المطلب الثاني: فرض جزاء جنائي على مخالفة قواعد النظام العام في قانون العمل**  
تتدعم الصبغة الأمرة لقواعد النظام العام في قانون العمل بتدخل المشرع لحمايتها جنائيا فيتميز هذا القانون بأن مخالفة أهم أحكامه تكون جريمة جنائية، فالباب الثامن من قانون العمل يتضمن مواد التجريم والأحكام الجزائية التي يبلغ عددها 19 مادة.

يستهدف المشرع من ذلك توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للعامل، وبصفة خاصة ضمان الحد الأدنى من الحماية المقررة والمترجمة من خلال قواعد النظام العام الاجتماعي. واللجوء إلى قانون العقوبات في الحقيقة يستهدف حماية النظام العام بأكثر الوسائل ردعا وهو الجزاء الجنائي<sup>(28)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الحماية الجنائية للقواعد القانونية لا يختص بها النظام العام الاجتماعي لوحده وإنما هي من مميزات النظام العام الاقتصادي، كذلك فجل قواعد هذا

الأخير تقرر عقوبات جنائية لمن يخالفها. فبالنسبة للنظام العام التوجيهي تبدو العقوبة الجنائية ضرورية لحماية الاقتصاد الوطني من إمكانية اتفاق طرفين على تنفيذ عقد مخالف لهذا النظام، وامتناعهما عن المطالبة ببطلان العقد في ظل انعدام مصلحتهما من إثارة هذا البطلان، أما بالنسبة للنظام العام الحمائي فإن الطرف الضعيف عادة ما يتعرض لضغوط من الطرف المتعاقد معه تمنعه من إثارة القاعدة الحمائية، لذلك تدخل المشرع لحماية هذه القواعد بعقوبات جنائية، وقد أشار الأستاذ FARJAT إلى أنه " في قانون العمل تبرز الخصوصية في قانون جنائي يهدف إلى حماية مصالح خاصة"<sup>(29)</sup>. وفعلا جل مخالفات قواعد العمل معاقب عليها جزائيا كما هو بارز في قانون 90-11 والعديد من المراسيم التشريعية، وقانون الضمان الاجتماعي مما يؤكد الصفة الأمرة لتلك القواعد.

فقانون العمل وعموما القانون الاجتماعي ينص على عدد كبير من الجرائم. وقد كانت كلها في بداية ظهورها موجهة ضد الأجير أو العامل<sup>(30)</sup>، كتلك التي تنص على تجريم الإضراب غير الشرعي. لكن تطور الطابع الحمائي لقانون العمل جعل العدد الأكبر من النصوص المجرمة توجه ضد المستخدم، مما أثار جدلا فقهيًا حول ضرورة هذا الكم الهائل من الجرائم ومدى تلائم ذلك مع خصوصيات المناخ الذي يتدخل فيه القانون الجنائي للعمل. مما يجعل من الضروري إبراز أهمية هذا الجزاء في المحافظة على الحد الأدنى المقرر من الحماية للعامل - النظام العام الاجتماعي- التطرق إلى الأسس التي يقوم عليها مبدأ التجريم ومعاينة مخالفة قواعد النظام العام الاجتماعي (أولا) ثم مدى تأثيره بخصوصيات قانون العمل وذلك بالوقوف عند خصوصية الجزاء الجزائي (ثانيا).

#### أولا - أسس تجريم مخالفة قواعد النظام العام في قانون العمل

أثارت مسألة وجود نصوص تجرم عدم احترام الحد الأدنى من الحماية الضرورية للعامل، وتفرض عليها جزاء جنائيا جدلا فقهيًا منذ زمن بعيد وبرزت ثلاث اتجاهات فقهية. الاتجاه الأول: يعتبر هذا الاتجاه أن العقوبة الجنائية ضرورية لأن قواعد قانون العمل تستمد قوتها من هذه العقوبة، ولأنها تمنع المستخدمين أو أصحاب العمل من التهرب من تطبيق قواعد النظام العام الاجتماعي خاصة في ظل موقف الضعف الذي يوجد فيه العمال والناج عن وضعيتها التبعية القانونية والاقتصادية<sup>(31)</sup>.

الاتجاه الثاني: يدعو هذا الاتجاه إلى إلغاء العقوبة الجنائية في قانون العمل لأنها تشكّل حاجزا أمام تطور العلاقات المهنية. فعوض أن يكون المستخدم محاورا ومفاوضا، تجعله هذه العقوبة في موضع المجرم، كما تؤدي إلى انحراف العمل الجماعي للأجراء عن مساره الطبيعي المتمثل في التفاوض. وهذا الاتجاه في حقيقة الأمر يؤيد الاتجاه الفقهي الذي يعتبر بصورة عامة أن تطوير ظروف الأجراء لا يمكن أن يتم بتدخل الدولة إنما بتطوير تقنية التفاوض<sup>(32)</sup>.

ويلتقي مع هذا الاتجاه بعض فقهاء القانون الجنائي الذين يعتبرون العقوبة الجنائية ضرورية عند دخول قاعدة قانونية جديدة للحياة الاجتماعية، ليقاس بعد ذلك مدى تطور القاعدة وترسخها بمدى قدرتها على التخلص من العقوبة الجنائية، لذا نجد أن الفقه المقارن، يذهب إلى أنه قد آن الأوان ليتراجع دور الجزاء الجنائي في قانون العمل.

فمن ناحية لم تعد قواعد قانون العمل جديدة، بل رسخت في المجتمع وفي نفوس الطبقة العمالية ويصعب مخالفتها دون رد فعل عنيف في المجتمع وقد تعود أصحاب الأعمال على هذه القواعد، إذ أصبح احترامها من الأمور المسلم بها<sup>(33)</sup>. ومن ناحية أخرى فقانون العمل شأنه شأن أي فرع جديد من فروع القانون يحتاج إلى الجزاء الجنائي خلال فترة نموه، فإذا اكتمل نموه فإنه يخلق لنفسه جزاءات من طبيعة مناسبة تكفل الاحترام والفاعلية لقواعده.

لذا تقوم ضرورة إعادة النظر في الجزاءات الجنائية بشكل يؤدي إلى الاستغناء عن العديد منها بالجزاءات الجديدة التي ابتدعها قانون العمل<sup>(34)</sup>.

فقانون العمل قد تطور وترسخت أقدامه بحيث يجب أن تتاح الفرصة لإعمال جزاءات خاصة به وتطويرها بدلا من الارتكاز كلية على الجزاء الجنائي الذي لا يمثل دائما السبيل الناجح لاحترام القانون وبصفة قواعد النظام العام، فيفضل الاستغناء عن الجزاء الجنائي حين يظهر جزاء غير جنائي تبدو فاعليته في احترام القانون<sup>(35)</sup>، وكذا ضمان حد أدنى من الحماية القانونية، كما أنّ الجزاء الجنائي يجب أن يكون متناسبا مع الجريمة.

الاتجاه الثالث: يتفق هذا الاتجاه مع الاتجاه الثاني في اعتبار العقوبة الجنائية في قانون العمل أمرا غير مرغوب فيه نتيجة التطورات التي عرفها هذا الأخير وترسخ قواعده، لكن مع

هذا يرى أن التخلي عنه سابق لأوانه لأنه « الوسيلة الوحيدة التي تضيي الفاعلية على القواعد التي تحمي الأجراء ». لذلك يدعو هذا الاتجاه لا للتخلي عن هذا الجزاء الجنائي، وإنما إلى الحد من نزعة التجريم المسيطرة حاليا على قانون العمل وانتقاء عدد معين من المسائل ذات الأهمية وإخضاعها وحدها لمبدأ التجريم<sup>(36)</sup>، الذي يبقى أكثر الوسائل ردعا وكفالة لاحترام هذه القواعد المتعلقة بالنظام العام.

يلاحظ من هذه الاتجاهات الموقف المشترك للاتجاهين الأخيرين حول ضرورة استبعاد أو على الأقل التقليل من أحكام وقاعد العمل المحمية جنائيا، وهو بلا شك ما يؤدي إلى إضعاف الصفة الآمرة للقواعد التي تضمن الحد الأدنى من الحماية للعمال، وبالتالي يدعم الحماية التعاقدية في هذا المجال. ولئن تنسجم هذه الدعوة مع ضرورة دعم الطابع التفاوضي لقانون العمل، فإنها تتغاضى عن موقف الضعف الذي يجعل من الضروري انطلاق التفاوض من حد أدنى من حقوق العامل لا يمكن النزول تحته، لذلك تبقى العقوبة الجنائية ضرورة في هذا الإطار لأنها من جهة تؤكد الصفة الآمرة لقواعد قانون العمل\* نهاية وتعلقها بالنظام العام، كما لا يمكن الاستغناء عنها في ظل عدم الجزاءات الأخرى في فرض تطبيق تلك القواعد<sup>(37)</sup>.

على هذا الأساس فإن إقرار العقوبة الجنائية في قانون العمل لا يتناقض مع خصوصيته وخاصة طابعه التفاوضي، إنما يتكامل معه بما أنه يحمي الحد الأدنى من حقوق العمال لكن هذا لا يمنع القانون الجنائي للعمل من التأثير بهذه الخصوصيات ويجعل هذا الجزاء الخاص متميز بذاتيته التي سنفصل فيه في النقطة الموالية.

### ثانيا - الطابع الخصوصي للجزاء الجنائي عن مخالفة النظام العام في قانون العمل

أول ما يسلم به هو أن المشرع الجزائري لم يستغن عن الجزاء الجنائي، فنظرا لتعلق أحكام قانون العمل بالنظام العام، فقد عمل على كفالة احترامها عن طريق أكثر الوسائل ردعا وهو الجزاء الجنائي، وبذلك يزع المشرع بالجزاء الجنائي ما لا يزع الجزاء المدني.

غير أنّ سياسة قانون العمل في العقاب وفرض الجزاء عن مخالفة قواعد النظام العام اتسمت بخصوصية تكشف عن ذاتيته التي تتلاءم مع طبيعته الخاصة. ويمكن حصر أهمها فيما يلي:

1 - يميل المشرع لتوقيع الجزاء عن طرف واحد "الأقوى اقتصاديا"، أي صاحب العمل، رغم أن القواعد العامة تقضي بتوقيع الجزاء على كل من يخالف أحكام القانون سواء كان فاعلا أصليا أو كان شريكا في ارتكاب المخالفة. وحجة المشرع في ذلك أن حاجة العامل الاقتصادية قد تدفعه إلى مشاركة صاحب العمل في ارتكاب المخالفة تحت ضغط هذا الأخير<sup>(38)</sup>.

2 - تعدد الغرامة بتعدد العمال الذين وقعت في شأنهم المخالفة، وهو تعدد وجوبي على المحكمة، وهذا التعدد يعتبر استثناء من نص المادة 32 من قانون العقوبات الجزائري. والقصد من تعدد الغرامة هو ردع صاحب العمل بتشديد العقوبة. وأمثلة ذلك عديدة منها ما جاء في المادة 141 من قانون رقم 90-11 التي تنص على أنه « يعاقب كل من ارتكب مخالفة لأحكام هذا القانون المتعلقة بظروف استخدام الشباب والنسوة بغرامة مالية تتراوح من 2000 إلى 4000 دج وتطبق كلما تكررت المخالفة المعايينة ». كذلك نص المادة 143 الذي جاء فيه « يعاقب كل من خالف أحكام هذا القانون المتعلقة بمدة العمل القانونية الأسبوعية واتساع فترة العمل اليومية والحدود في مجال اللجوء إلى الساعات الإضافية والعمل الليلي، فيما يخص الشبان والنسوة بغرامة مالية تتراوح من 500 دج إلى 1000 دج، وتطبق العقوبة عن كل مخالفة معايينة وتكرر بحسب عدد العمال المعنيين »<sup>(39)</sup>.

- غالبا ما يقرر المشرع مضاعفة العقوبة في حالة العود، وهو أمر وجوبي على القاضي وليس جوازيا وذلك على خلاف ما نصت عليه المادة 54 مكرر 10 من قانون العقوبات<sup>(40)</sup>، وهو ما جاء في المادة 139 من قانون رقم 90-11 التي تنص على أنه « تضاعف الغرامة في حالة العود، فيما يخص المخالفات. ويعتبر عودا إذا أدين المخالف بسبب مخالفة مماثلة خلال الإثني عشر (12) شهرا السابق للواقعة الملاحقة ». وأكدت ذلك المادة 149 من القانون نفسه إذ نصت على أنه يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1.000 دج إلى 2.000 كل مستخدم يدفع لعامل أجرا يقل عن الأجر الوطني الأدنى المضمون أو الأجر الأدنى المحدد في اتفاقية جماعية أو اتفاق جماعي للعمل وذلك دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في التشريع المعمول به، وتضاعف العقوبة حسب عدد المخالفات. وفي حالة العود، تتراوح الغرامة المالية من 2.000 دج إلى 5.000 دج وتضاعف حسب عدد المخالفات ».

- كذلك ما يدعم خصوصية الجزاء الجنائي، هو تبني المشرع في هذا المجال لتقنية المخالفات، فأغلب صور الإخلال بقواعد النظام العام في قانون العمل بما في ذلك النظام العام الاجتماعي، تكيف كمخالفة في هذا القانون، والمخالفة جريمة مادية يكفي إثبات الركن المادي لقيامها دون الحاجة إلى إثبات قصد الإضرار لتوقيع العقوبات الجنائية، فهي تكتمل بمجرد مخالفة النصوص التشريعية أو التنظيمية بذلك يصبح توقيع العقاب أو الجزاء الجنائي أليا بمجرد وجود هذه المخالفة طبقا للمتطلبات القانونية، وهو ما دفع إلى القول بأن تبني تقنية المخالفات يكون وجها من وجوه الجزاء الآلي<sup>(41)</sup> ولعل المشرع قد قصد بهذه التقنية تسهيل مهمة تتبع وعقاب مخالفة أحكام قانون العمل، وهو ما يبرز بصفة خاصة من خلال أحكام المواد 139، 140، 141، 142، 143، 143 مكرر، 144، 149 وغيرها من القانون رقم 90-11. وكذا المواد 37، 38، 39، من قانون رقم 88-07<sup>(42)</sup> وغيرها.

- يمتد التجريم والجزاء الجنائي لكل مخالفة للقواعد الاتفاقية أو الاتفاقات الجماعية وهو ما أكدته المادة 153 من قانون رقم 90-11 بنصها على أنه « تعتبر كل مخالفة مما نصت عليه الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية من مخالفات تشريع العمل ويعاقب عليه طبقا لأحكام هذا القانون ». فإن كان من البديهي القول أن الاتفاقيات الجماعية لا يمكن أن تنص على عقوبات جنائية للأفعال التي تشكل خرقا للقواعد التي تضعها، باعتبار ذلك كنتيجة حتمية لمبدأ شرعية العقوبة، إلا أنّ هذا المبدأ لا يمنع المشرع من التنصيص على عقوبات جنائية على الإخلال بالتزامات ذات مصدر اتفاقي. وهو ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 153، سالف الذكر، وأيضا ما دعمته المادة 149 من القانون نفسه بنصها على أنه « يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1.000 دج إلى 2000 دج كل مستخدم يدفع العامل أجرا يقل عن الأجر الوطني الأدنى المضمون أو الأجر الأدنى المحدد في اتفاقية جماعية أو اتفاق جماعي للعمل، وذلك دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في التشريع المعمول به، وتضاعف العقوبة حسب عدد المخالفات.

وفي حالة العود، تتراوح الغرامة المالية من 2000 دج إلى 5000 دج وتضاعف حسب عدد المخالفات ». يؤكد هذا النص صراحة على معاقبة المستخدم جزائيا عند دفعه لأجر أقل من ذلك الذي تنص عليه الاتفاقيات الجماعية، لكن ماذا لو لم ينص المشرع صراحة



على جزاء جنائي لقاعدة يمكن تطبيق العقوبة التي نص عليها القانون عند مخالفة النص الإتفاقي الأكثر نفعاً القانون؟

أثارت هذه الإشكالية جدلاً في الفقه الفرنسي، فاعتبر اتجاه أول<sup>(43)</sup> أن في تطبيق العقوبة الجنائية على صاحب العمل خرق لمبدأ الشرعية، فلو أراد المشرع معاقبة مخالف القواعد الاتفاقية جزائياً لنص على ذلك صراحة. أما الاتجاه الثاني<sup>(44)</sup> فلا يرى في تطبيق العقوبة الجنائية على المستخدم في مثل هذه الحالة خرق لمبدأ الشرعية، لأن الردع الجنائي يفترض التزاماً أي قاعدة تفرض سلوكاً معيناً وتجرئاً يمنع مخالفة ذلك الالتزام وعقوبة توقع على من يخرق ذلك الالتزام. ومبدأ الشرعية يتعلق فقط بقواعد التجريم والعقاب، ولكن موضوع هذا الالتزام يمكن أن يحدده القانون أو غيره من المصادر كالاتفاقيات الجماعية أو حتى العقد الفردي<sup>(45)</sup>، بالتالي يمكن تطبيق العقوبة الجنائية في هذه الحالة على المستخدم أو صاحب العمل لأن خرق الالتزام الاتفاقي هو جزء من الركن القانوني للجريمة وحسب بذلك هذا الجدل بموجب المادة 1-2263 من تقنين العمل الفرنسي، ولا شك أن مثل هذا الجدل تصدى له المشرع الجزائري بموجب الحكم العام الوارد في المادة 153 من قانون رقم 90-11، حيث اعتبر كل مخالفة لأحكام الاتفاقيات الجماعية بمثابة مخالفات لتشريع العمل، ويفرض على ذلك ذات الجزاء الجنائي المقرر بموجب هذا القانون. ومن شأن ذلك أن يدعم الصفة الأمرة لأحكام الاتفاقيات الجماعية.

تتدعم بهذا الصبغة الأمرة لقواعد النظام العام في قانون العمل بتدخل المشرع لحمايتها جزائياً، وفي ذلك تكريس غير مباشر للدور المانع لهذا النظام العام، وبصفة خاصة للنظام العام الاجتماعي، وهذا رغم أن الاتجاه الحديث يدعو إلى ضرورة إعادة النظر في الجزاءات الجنائية، بحيث يمكن الاستغناء عن العديد منها بالجزاءات الجديدة التي ابتدعها قانون العمل مثل الجزاءات المالية المتمثلة في مضاعفة اشتراكات صاحب العمل في مجال قانون التأمين الاجتماعي، منع الشركات التي لا تراعي أحكام قانون العمل من الدخول في المناقصات التي تعلنها الدولة أو شركات القطاع العام، وهي ما تعرف بالجزاءات المهنية. غير أن هذا لا يمنع من التسليم بأهمية الجزاء الجنائي في فرض احترام قواعد النظام العام في قانون العمل، وكل ما في الأمر هو وجوب تطويرها لتتلاءم مع طبيعة هذا القانون.

عموما فإن تقرير مثل هذا الجزاء يؤكد على أن قواعد قانون العمل من النظام العام، أكثر من ذلك فإن هذا الجزاء يكشف عن الطابع الخصوصي لهذا النظام العام وذاتية جزاء مخالفة قواعده.

### خاتمة

استغل قانون العمل صلابة مفهوم النظام العام كحد على حرية التعاقد، لحماية الحد الأدنى من حقوق العامل، إلا أنه أضفى عليه خصائص جديدة جعلت من غير الممكن إدراجه ضمن أحد الفروع المتعارف عليها للنظام العام، ليعرف بالنظام العام الاجتماعي، المتميز بكونه تقنية تمنع مبدئيا الاتفاقات التي تنزل عن الحد الأدنى لحماية الأجراء الذي تضمنته القواعد القانونية والاتفاقية الأمرة، وتسمح بمخالفة هذه القواعد القانونية في اتجاه تحسين هذه الحماية، وتندسق بين مصادر قانون العمل لتمكين العامل من الاستفادة بالقاعدة الأفضل له.

دعمت خصوصية هذا النظام بخصوصية على مستوى جزاء مخالفته التي تتناسب مع ذاتيته التي طوعها لتحقيق غاية أساسية وهي الحفاظ على مصلحة العامل، إذ أن إقرار جزاء خاص لمخالفة النظام العام الاجتماعي يسمح في الحقيقة بتطبيق الأحكام الأكثر نفعاً للعامل والوصول لأحسن حماية له.

تظهر خصوصية هذا الجزاء بصفة خاصة بالنسبة للنظام العام الاجتماعي حيث أقر المشرع أحكاماً متميزة تتماشى وطبيعة هذه العقود الخاصة، فتقنية الحلول التلقائي وبقوة القانون مثلاً لا تجد لها مجالاً للتطبيق في القواعد العامة. كذلك سجل الجزاء الجنائي دوره في دعم هذه الحماية المقررة للعامل الطرف الضعيف اقتصادياً. وهو ما يجسد أيضاً ذاتية النظام العام في قانون العمل.

غير أن هذه الجزاءات وإن كانت تدعم الحماية التي يتكفل النظام العام الاجتماعي إلى جانب النظام العام التقليدي بتحقيقها، إلا أنها تبقى مجردة من كل فعالية في ظل تكريس إمكانية الخروج عنها بما يسمى بالنظام العام الاستثنائي الذي يسمح بالنزول عن الحد الأدنى من الحماية دون أن يترتب عن ذلك أي جزاء، وهو ما يدفعنا للتساؤل عن مصير هذا النظام العام الاجتماعي، وعن فعالية هذه الجزاءات. ولا نعني بذلك السلبية المطلقة لمثل

هذا الخروج إذ قد يكون مفروضا ومبررا بظروف اقتصادية، هدفه تحقيق مصلحة عليا مفادها الحفاظ على استمرارية العمل، لذلك فإن المطلوب هو التأكيد على ضرورة تقييد هذا الاستثناء وتضييق حالاته، تجنباً لتوسع الفجوة الاقتصادية والاختلال العقدي. كذلك فإن التخلي عن هذه الحماية المقررة من خلال قواعد النظام العام وبصفة خاصة النظام العام الاجتماعي لاعتبارات المرونة التي اشتدت الدعوات إليها، مسألة لا بد من التمعن فيها، فهي بمثابة التيار الجارف، فمتى خرجت عن تلك المرونة التوفيقية قضت عن الطابع الحمائي لقانون العمل الذي يتكفل هذا النظام بتحقيقه، وعدنا إلى نقطة الانطلاق ليكرر التاريخ نفسه. فالمرونة المطلوبة إذن هي المرونة التوفيقية أو الحمائية التي لا يمكن في ظلها الاستغناء عن هذه الجزاءات ولا يمكن تجاهل الاعتبارات الاقتصادية ولا التخلي عن المكتسبات الاجتماعية.

كما لا يمكن التسليم باستبعاد الحماية القانونية للعامل، التي يتجسد مظهرها في الأحكام الخاصة بهذا النظام وذاتية هذه الجزاءات، وإخضاعها للتفاوض الجماعي، وذلك لانعدام التكافؤ بين الطرفين بل ولعدم قدرة الطرف الضعيف على التفاوض.

عموماً فإن خصوصية الجزاء تؤكد على استقلالية و خصوصية النظام العام الاجتماعي، على أن هذه الاستقلالية لا تعني الاستغناء عن النظام العام التقليدي الهادف إلى تحقيق مصلحة المجتمع، ولا شك أن استمراريته في قانون العمل ضمان هامة للعامل. وفي هذا كله تغليب لإرادة المشرع على إرادة الأطراف لضمان التوازن العقدي بين طرفي هذا العقد الخاص، وأبعد من ذلك محاولة تقليص الفجوة الاقتصادية بينهما. لذا فالغاية الأساسية لتدخل المشرع لضمان الحد الأدنى من الحماية من خلال هذا النظام العام الخاص، هي تغطية عجز القواعد العامة للقانون المدني عن استيعاب هذه العقود الخاصة التي تحمل مفاهيم خارجة عن نطاقه.

رغم الأهمية التي يحققها الطابع الخصوصي لجزاء مخالفة النظام العام عي قانون العمل إلا أن ثمة نقائص اكتنفت جزاء البطلان، ولم يفصل فيها المشرع لاسيما ما يتعلق بالأطراف التي يحق التمسك به. كذلك الوضع بالنسبة للجزاء الجنائي الذي ينحصر في الغرامات المالية البسيطة التي لا تضمن ردع المخالف، إضافة إلى أن فرضها يتوقف على

معاينة المخالفة من طرف مفتشية العمل وتحرير محضر بذلك وإحالة الملف إلى النيابة العامة. أكثر من ذلك فإن ما يعدم فعالية هذا الجزاء في تكريس الدور المانع للنظام العام الاجتماعي هو إمكانية الصلح بخصوص هذه المخالفات وهو ما تؤكد المادة 155 من القانون رقم 90-11، الأمر الذي يدفعنا إلى التصريح بهشاشة هذا الجزاء. فرغم كثرة المخالفات المعاقب عليها في قانون لعمل الجزائري إلا أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في السياسة الجزائية التي تبناها، لذا فإن الوضع يستوجب استبدال هذه الجزاءات بجزاءات أخرى أكثر فعالية، تفرضها مباشرة السلطة الإدارية المختصة بالسهر على تطبيق هذه القواعد الخاصة مثل الغلق، الحل، التقييد من النشاط. وهو بدوه ما يسمح بإعطاء هذه الإدارة (بصفة خاصة مفتشية العمل) دورا أساسيا في الإشراف على تحقيق النظام العام الاجتماعي، والنظام العام بصورة عامة.

## الهوامش

<sup>1</sup>- FARJAT (G), L'ordre public économique, L.G.D.J, paris, 1963, p38.

<sup>2</sup>- كوثر شقرون، تأثير العوامل الاقتصادية على العلاقات الشغلية، مذكرة لإحراز شهادة الدراسات المعمقة في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس III، 1995-1996، ص 171.

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص 172.

<sup>4</sup>- عبد السلام شعيب، النظام العام وقانون العمل في ضوء العولمة، العدل، مجلة نقابة المحامين، بيروت، العدد الثالث، السنة الواحدة والأربعون، بيروت، 2008، ص 1024.

<sup>5</sup>- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17 صادر بتاريخ 25 أبريل 1990، المعدل والمتمم.

<sup>6</sup>- أمر رقم 03/97 مؤرخ في 11 جانفي 1997، يتعلق بالمدة القانونية للعمل، ج ر عدد 03، صادر بتاريخ 12 جانفي 1997.

<sup>7</sup>- قانون رقم 90-04 مؤرخ في 06 فيفري 1990، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر عدد 06، صادر بتاريخ 07 فيفري 1990، المعدل والمتمم.

<sup>8</sup>- ذيب عبد السلام، قانون العمل الجزائري والتحول الاقتصادي، دار القصبية، الجزائر، 2003، ص 220.

9 - BONNECHERE Michèle, L'ordre public en droit du travail, ou légitime résistance du droit du travail à la flexibilité, Droit Ouvrier, avril 1988, p171.

<sup>10</sup>- جواهر شقرون، تكلفة القانون الاجتماعي داخل المؤسسة الاقتصادية، مذكرة لإحراز شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس III، ص 102.

- <sup>11</sup> - جواهر شقرون، المرجع نفسه، ص 273.
- <sup>12</sup> - محمد عرفان الخطيب، "الحرية التعاقدية في تشريع العمل، أزمة عقد العمل، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 47، 2011، ص 273.
- <sup>13</sup> - عصام أنور سليم، أصول قانون العمل الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 272.
- <sup>14</sup> - د. جعفر المغربي، أحكام بطلان عقد العمل في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 2، العدد 4، الأردن، 2010، ص 142.
- <sup>15</sup> - راجع المادة 137 من قانون رقم 90-11، مرجع سابق.
- <sup>16</sup> - MEYER Nadège, L'ordre public en droit de travail, LGDJ, Paris, 2006, p 291.
- <sup>17</sup> - فيلاللي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 345.
- <sup>18</sup> - DJOUDI Djamel, Les nullités dans les relations de travail, Recueil Dalloz, paris, 1995, p.192.
- <sup>19</sup> - DJOUDI Djamel, Op.cit, p192.
- <sup>20</sup> - بهاء الدين محمد أحمد طلافحة، بطلان عقد العمل وأثر على حقوق العامل في ظل القانون الأردني، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة، الأردن، 2010، ص 149.
- <sup>21</sup> - Voir sur la question, MEYER Nadège, op.cit, pp 291 – 293.
- <sup>22</sup> - محمد محمد أحمد عجيز، ذاتية قانون العمل وأهم تطبيقاتها، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 109.
- <sup>23</sup> - تنص المادة 104 من التقنين المدني الجزائري على أنه « إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم يغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله ».
- <sup>24</sup> - عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص 281.
- <sup>25</sup> - تنص المادة 62 من قانون رقم 90-11 على أنه « يعدل عقد العمل إذا كان القانون أو التنظيم أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية تملئ قواعد أكثر نفعا للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل ».
- <sup>26</sup> - BONNECHERE Michèle, Op.cit, p171.
- <sup>27</sup> - NADEGE Meyer, op.cit, pp 308 – 309.
- <sup>28</sup> - حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون العمل، مطبعة وفاء وهبه حسان، القاهرة، 1991، ص 85.
- <sup>29</sup> - نقلا عن: نبيل فرج، النظام العام، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، III، 1997، ص 37.
- <sup>30</sup> - LYON CAEN Antoine, Sur la fonctions du droit pénal dans les relations de travail, Droit social, 1984, p 438.
- <sup>31</sup> - نبيل فرج، مرجع سابق، ص 38 – 39.
- <sup>32</sup> - المرجع نفسه، ص 39.
- <sup>33</sup> - د. محمد محمد أحمد عجيز، ذاتية قانون العمل وأهم تطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 113.

## مداخلة ختامية: نظام عام واحد تسميات متعددة

Dr. SAICHE Abdelmalek  
Faculté de Droit et des Sciences  
Politiques Université A. Mira 06000  
Bejaia –Algérie

د. صايش عبد المالك  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة عبد الرحمان ميرة، 06000  
بجاية الجزائر.

## مقدمة

لطالما كان الصراع محتدما بين السلطة ( سلطة الدولة ) والحريات، وذلك منذ أقدم العصور، ففي بريطانيا أسفرت عن استحواذ الشعب عن طريق البرلمان على كافة السلطات، وفي دول غربية أخرى قادت الشعوب للثورة على حكامها على غرار فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية.

ومعلوم أن ميدان التعايش بين المتضادين، أي السلطة والحريات، هي الدساتير التي تقيد الأولى بتحديد مختلف الوظائف التي تمارسها هيئات الدولة، وتكرس الثانية وتعززها وتضع مختلف الضمانات التي تكفل حمايتها، ثم يأتي التشريع ويفصل في ذلك ويدعمه، لكن القانون الذي هو وسيلة الدولة قد يكون قييدا للحريات، وليس في ذلك حرج طالما أن الهدف من ورائه هو تحقيق النظام العام، وهذا الأخير بدوره هو أداة تستعمله الدولة لفرض وجهة نظرها حول ما يجب أن تكون عليه العلاقات التي تثور بين أفراد المجتمع.

ولا شك في أن النظام العام في حد ذاته يؤثر على الحريات ويتأثر بها، وقد يفهم من ذلك أنه عندما يتقدم النظام العام "شبرا" إلى الأمام تتراجع الحريات ذراعا إلى الوراء، خصوصا لما يتعلق الأمر بالحريات الفردية، على أساس أن النظام العام يحمي بشكل أكبر المصلحة العامة، ولكن المتمعن في الوجه الثاني من العملة يجد أن النظام العام لما يتقدم تقبل الحريات هرولة إليه لأنه بكل بساطة إنما هو حارسها الأمين.

## 1. نظام عام واحد

ربما الاشكال الأول المطروح يتعلق بمدى تعارض النظام العام مع الحريات الفردية؟ على أساس أن الطرح الذي قدمناه مسبقا يوحي بأن النظام العام يهدف لحماية المصلحة العامة، ومنه لحماية الحريات العامة على حساب الحريات الفردية، لكن هل بمقدور هذه الأخيرة أن تعيش بدون ضوابط وحدود؟

أكد أن الاجابة ستكون بالسلب لأنه في هذه الحالة الحرية ستقتل الحرية، وأبسط مثال على ذلك هو مجتمع صغير بحجم السوق، الذي لا يستطيع أن ينظم نفسه بنفسه، وعليه فأفراد المجتمع إذا كانوا كلهم أحرارا بحسب المفهوم الذي يضعونه للحرية، فهذا سيولد الصراع بين كل هذه الحريات، فيتحول المجتمع من حالة الاستقرار إلى حالة الفوضى، التي ستقضي على كافة أنواع الروابط الاجتماعية إذا استمرت تحكم علاقات أفرادها، ومن هنا بالضبط يمكن للمجتمع أن يدرك قيمة النظام العام، مما يدفعهم حسب روسو إلى إنشاء الدولة (الحارسة) التي تتكفل بتنظيمه وحماية حقوق أفرادها، وبتعبير أبسط نقول إننا قد لا نفهم معنى النظام العام إلا لما نفقده.

والحقيقة أن أولى المفارقات التي تستوقف المرء لدى دراسته لفكرة النظام العام هي اختلاف الفقهاء حول تحديد مفهومه، والعكس من ذلك فهم يتفوقون على صعوبة ذلك وعلى أن مفهوم غامض، نسبي، متحرك، متطور، متقلب، متجدد ومتغير...إلخ، وهذه صفات تترجم تماما التشبيه الذي أورده اللورد "دينينغ" (Lord Denning) إذ شبه النظام العام بالحصان الهائج أو الجامح (Unruly horse) نظرا لتعذر الوصول إلى تعريف دقيق له، لذلك قد نقول أن كل مسعى يهدف لتحديد مفهوم النظام العام إنما هو محاولة لترويض هذا الحصان الذي لا يقبل السيطرة.

ويمكن الذهاب أبعد من ذلك للقول إن أي محاولة لإعطاء تعريف دقيق، جامع ومانع يتناقض مع روح النظام العام وجوهره، الذي ينبني من مجموعة من "الحالات" المقبولة بدرجات متفاوتة من قبل الأفراد، بل أكثر من ذلك قد يقضي عليه تماما، فإذا نرى اسهاب في الحديث عن النظام العام الاقتصادي والنظام العام الاجتماعي، ثم البيئي والسياسي والدولي

وربما الرقبي أيضا، سببها وجود مفهوم فضفاض ووساع له، إذ كلها تتمحور حول الهدف الأساسي له والمتمثل في المحافظة على المبادئ الأساسية التي يقوم عليه المجتمع، مما يجعل النظام العام خاصة بمفهومه الكلاسيكي هو مفهوم عام بغض النظر عن المجال الذي يستعمل في إطاره أو المصلحة التي يسعى لتحقيقها سواء كانت فردية أو اجتماعية، وبغض النظر أيضا عن التسمية التي تطلق عليه بما أن التطورات الحديثة للقانون الوضعي اتجهت نحو توسيع مفهوم النظام العام لتتعدد تسمياته.

## 2. تسميات متعددة والهدف واحد

أحيانا يستغرب المرء هل الدولة تريد حماية المجتمع بالنظام العام أم تريد حماية النظام العام من المجتمع أو على الأقل من أفرادها، لكن لا أحد ينكر أن وجود المجتمع، ومنه وجود الدولة مرتبط به.

فحتى المبادئ العميقة التي رفعها المجتمع الغربي استنباطا من أفكار آدم سميث، على تجذرها فيه، تغيرت بفضل النظام العام، خصوصا فيما يتعلق بالحرية الاقتصادية، حيث ساهم في دعم الدور الكلاسيكي للدولة والمتمثل في حراسة العلاقة التعاقدية لكي تكون قائمة على أساس قاعدة قانونية طبيعية تقول أن "العقد شريعة المتعاقدين"، إلى التدخل في مجال إرادة الطرفين لكي تقوم بتعديلها وفقا لمقتضيات النظام العام الاقتصادي، الذي ساهم في ظهور الدور التنظيمي للدولة.

فالفضل كل الفضل يعود للنظام العام بخصوص قدرة الدولة على التدخل لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، لتزيل الاختلال في التوازن فيما يخص الأعباء التعاقدية أو حتى لكي تنهي العلاقة برمتها، فكما يقول الفقيه (La cordaire): «ما بين القوي والضعيف توجد الحرية التي تستبعد، والقانون يحرر».

ثم إن النظام العام الاقتصادي وفي إطار المنافسة في السوق التي تهدف لحماية المستهلك، ساعد في ميلاد نظام عام تنافسي يهدف إلى حماية المنافسة وضمانا لعدم انتشار الممارسات التي قد تعيق بشكل أو بآخر هذه الخاصية الأساسية التي يقوم عليها السوق، وبه نستشف أنه تارة يميل لحماية الفرد من المجتمع وتارة أخرى يحيي هذا الأخير من الفرد.



وغير بعيد عن الحقل الاقتصادي نلتمس أيضا تدخل الدولة في مجال علاقات العمل، وبالخصوص من أجل حماية العامل الذي يمثل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، لكن الخصوصية بالنسبة للنظام العام الاجتماعي تكمن في اعتباره مجموعة من القواعد المتعلقة بالعمل والتي تهدف إلى حماية العامل، والتي لا يمكن مخالفتها إلا إذا كانت تلك المخالفة تزيد من الحماية المقررة للعامل، وبتعبير أدق إلا إذا كانت هذه المخالفة هي الأصلح للعامل.

والفكرة الأساسية التي يمكن الخروج بها هي أن النظام العام التقليدي يهدف إلى حماية المقومات الأساسية للمجتمع، ممثلة في تحقيق الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، لكنه توجه نحو الفرد بعد مختلف التطورات التي طرأت عليه، وبالتالي انتقلنا من فكرة النظام العام نحو الأنظمة العامة والتي يختص كل نوع منها بمجال من المجالات، غير أن الهدف يبقى واحد وهو حماية النسق الذي يجب أن تسير عليه العلاقات التي تثور بين أفراد المجتمع، هذا النسق قد يحدده التشريع الساري المفعول وقد تحدده السلوكات العفوية للأفراد والمؤسسات.

ومن خلال ذلك تتحقق خاصية التطور ذلك أن النظام العام قد يتحدد قبل أن يتدخل المشرع لتقنينه، من خلال صورة معينة للعلاقات الاجتماعية تتبلور بفعل سعي الأفراد أو المؤسسات إلى تحسين نمط عيشهم أو الخدمات التي يقدمونها، وهذا ما يتجلى من خلال قيام كثير من المؤسسات للترويج عن خدماتها باحترامها للصحة والبيئة، مما جعل النظام العام للبيئة أحد الفروع التي باتت تفرض نفسها تدريجيا على أساس المخاطر المحدقة بها في ظل ما خلفته الصناعات الحديثة.

وفي هذه الحالة فإن الدور الأساسي سيلعبه القاضي للكشف عن مدى وجود إخلال بالنظام العام، من خلال العودة إلى الجوهر الذي يقوم عليه، ومن ثم نستشف أن النظام العام الذي، كما ذكرنا، هو فكرة مرنة ومتطورة قد لا يستطيع حتى المشرع أن يدركه بالنصوص التي تمتاز بالثبات والاستقرار، والتي قد تحتاج مراحل عدة وتطلب ظروف وشروط كثيرة حتى يتم تشريعها.

ومن جانب آخر يمكن أن نلاحظ أن فكرة النظم العامة قد اتجهت حديثا صوب تحقيق العدالة وهو الهدف الذي يبتغيه القانون، ولذلك تم تفرغ النظام العام في شكل قواعد قانونية مرة لا تستطيع ارادة الأفراد مخالفتها.

### 3. وحدة أهداف الأنظمة العامة

مما لا شك فيه أن النظام العام مرتبط بالدولة وبالوظيفة المسندة إليها، فلما كانت مهام الدولة (الوظيفة الكلاسيكية لها) تنحصر فقط في حفظ الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة كان مفهوم النظام العام ينحصر فيها فقط، وهذا ما يعرف بالمفهوم السلبي أو المادي للنظام العام، لأن هدف الدولة من خلاله لا يخرج عن إطار حماية المجتمع من مختلف الاضطرابات التي قد تعكر سكينته، من دون التدخل في حياة الافراد لأن ذلك بدوره يسبب اخلالا نوعا ما بالنظام العام لما يسببه من تقييد للحريات الفردية.

وهذه الفكرة بالذات هي التي عبر عنها موريس هوريو بقوله أن: «... النظام العام حالة فعلية معارضة للفوضى...»، ومما لا شك فيه أن هذا التعريف يكتفي فقط بالحد الأدنى من النظام العام إذ يشمل فقط الجانب المادي له، ولكن هل يكفي هذا الحد الأدنى في ظل تعدد وتشعب مهام الدولة الحديثة، وفي ظل حاجة الأفراد لأن تكون الدولة حاضرة لتدير وتحمي شؤونهم تارة، وأن تكتفي بدور المراقب والساهر على عدم اختلال التوازن في العلاقات الاجتماعية تارة أخرى.

إن الأستاذ جون ايفس شيروت يقول أن «النظام العام هو النظام الطبيعي الذي يجب حمايته وصيانته وليس النظام الذي تعمل الدولة على اقامته»، ومعنى أن الدولة لا تحدد النظام العام كما قد يفهمه البعض، بل لا يجب أن تحدده هي بنفسها بل النظام العام قائم باستقرار العلاقات التي تقوم بين الأفراد، ولذلك يفضل البعض أن يسميها النظام الخاص وليس العام على أساس أن منبعها هي إرادة الأفراد، وأي خروج عن هذه العلاقات العادية يعتبر مساسا بالنظام العام.

إذن فالفكرة الأساسية يبنينا عليها النظام العام تتمثل في حماية المجتمع من مختلف المؤثرات التي قد تزرع الفوضى وسطه، وتعكر صف العلاقات التي تقوم بين أفرادها، وذلك

من خلال المحافظة على سكينته العامة وأمنه العام وصحته العامة، ولما توسعت نواحي الحياة لتشمل مجالات متنوعة كان لا بد أن يتوسع معها النظام العام، بل إن بعض الفقهاء على غرار بول برنار يعتبرون النظام العام الكلاسيكي أنه قاصر نظرا لسلبياته التي تجعله يتوقف عند جد النتيجة المباشرة المتمثلة في عدم وجود أي نوع من أنواع الاضطراب المادي الذي قد يصيب المجتمع، بل إن النظام العام «هو نظام ديناميكي لأنه نتيجة وثمره لعمل بناء ومجهودات كبيرة مدعمة بوسائل كثيرة ومجهودات لأهداف متعددة من أجل هدف اجتماعي عام وشامل، فهو تنظيم منسجم لكل العلاقات الإنسانية، الاجتماعية، الاقتصادية، السياسية، الفكرية والأخلاقية الكائنة في حياة مجموعة ما.»

ويتفق معه مورييس هورويو حين يقول أنه إلى جانب النظام العام المادي يوجد النظام العام الخلفي الذي يرمي إلى المحافظة على معتقدات وأحاسيس وأفكار المجتمع، فإذا كان هناك اضطراب خلقي خطير يهدد كيان النظام العام المادي يستوجب تدخل سلطات الضبط الإداري لوضع حد لذلك، أكثر من ذلك جاء قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 1936 في قضية اتحاد نقابات المطابع والنشر يؤكد حق سلطات الضبط اصدار لوائح للمحافظة على المظهر الجمالي العام، والذي كرسه فيما بعد المشرع الفرنسي، وكرسه المشرع الجزائري من خلال المرسوم رقم 81-267 ثم أكدت عليه الكثير من القرارات الصادرة عن الجهات القضائية الادارية.

ومهما يكن فإن تحليل هورويو وقبله بول برنار بتمييزهم ما بين النظام العام بالمفهوم الكلاسيكي المادي والذي تجاوزه الزمن والمفهوم الإيجابي الحديث له هو كلام فيه نظر، وكذلك بالنسبة للنظام العام الاجتماعي أو النظام العام الاقتصادي، فكلها لا تخرج عن مفهوم الاضطراب الذي قد يعيق السير الحسن للعلاقات الإنسانية، فحتى وإن كان مفهومه قد خرج عن إطار الأمن العام والسكينة والصحة العامتين، إلا أن المحافظة على استقرار وتوازن العلاقات الاجتماعية لا يتغير وهو الهدف الذي تسعى التشريعات لتحقيقه من وراء إقرار فكرة النظام العام.

## خاتمة

إن وجود الدولة مرتبط بتنظيم المجتمع وإذا عجزت عن ذلك فلا ضرورة لوجودها، وتنظيم المجتمع من غير الممكن أن يتحقق إلا إذا تحقق النظام العام، على الرغم من أن هذا النظام من صنع المجتمع برسوخ علاقاته واتفاق أفراده على قواعد ثابتة تسيّر سلوكهم، إلا أن الدولة يجب أن تتدخل من أجل حمايته، ذلك أن الأفراد قد يعتمدون أحياناً الخروج عن مقتضيات النظام العام، فتأتي سلطات الضبط الإداري لإعادة الأمور إلى نصابها.

والملاحظ أن اهتمام الباحثين بالنظام العام جعلهم يبدعون فيه ويسعون مجالاته إلى ما لم يكن معروفاً كنظام عام، ولكن الحقيقة أن فكرة النظام العام تبقى واحدة ولا تتغير سوى التسميات بما أن الهدف منه هو دائماً نفسه، أي منع الاضطراب، إنما تعددت تسمياته لتبيان أهمية حماية بعض المصالح في بعض الأحيان سواء كانت مصالح فردية أم جماعية.

## المراجع

أولاً: باللغة العربية

- زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، مطبعة رياض، دمشق، 1979.
- فيصل نسيغة، رياض دنش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، ص ص 165-181.
- مندي أسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2009.
- موريس هورويو، مطول القانون الإداري، باريس، 1950.

## باللغة الفرنسية

- **Antoine Delblond**, Droit administratif: Droit français 1<sup>er</sup> édition, Larcier, 2009, p 239.
- **Bernard Baudry et Virgile Chassagnon**, « Ordre public versus ordre privé. Une approche critique de la conception williamsonienne des relations de travail aux États-Unis », Revue économique 2012/6 (Vol. 63), p. 1037-1054.
- **BERNARD Paul**, Notion d'ordre public en droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1962.

- **BUCHER, A.** L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, RCADI, 1993-II, tome 239.
- **Charles de Secondat de Montesquieu**, De l'esprit des lois, Éditions Gallimard (édition électronique), Paris, 1995.
- **CHEROT Jean Yves**, « La notion d'ordre public dans la théorie de l'action administrative », In La police administrative existe-t-elle ?, sous la direction de LINOTTE Didier, Edition Economica, Paris, 1985, p 30.
- **CHICOT Pierre-Yves**, « La notion d'ordre social dans la pensée de Maurice Hauriou. Contribution à l'étude de son oeuvre », in Revue Française de Droit Administratif, n° 1 du 12- 01-2009, p 419.
- **J.J. ROUSSEAU**, Du Contrat social ou Principes du droit politique ; Livre Premier, Chapitre VIII. [lire en ligne](#)
- **Thierry Revet et al**, L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Dalloz, Paris, 1996.
- **VINCENT-LEGOUX Marie- Caroline**, l'ordre public, étude de droit comparé interne, thèse pour le doctorat en droit, université de Bourgogne, faculté de droit et de sciences politiques, 1996.