تعارض المادة 13 مكرر1 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري مع النظام العام الوطني

تاريخ إرسال المقال : 2017/03/04 تاريخ قبول المقال للنشر : 2017/05/04

محمودي فاطمة / جامعة وهران2 محمد بن أحمد

الملخص :

أن تطبيق المادة 13مكرر1 الفقرة الثانية سالفة الذكر على إقليم الدولة الجزائرية يصطدم مع النظام العام الداخلي و ذلك لتعارضها مع أحكام القاعدة الدستورية التي تنص على أن الإسلام دين الدولة و التي تعتبر من المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري. وكذا تناقضها مع المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري التي حرمت التبني تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية ، و كذلك المادة 22 الفقرة الثانية (المعدلة)من القانون المدني الجزائري التي غلبت تطبيق الجنسية الجزائرية إذا كان المتبني يحمل عدة جنسيات من بينها الجزائرية ، واصطدامها مع المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على خلو الحكم الأجنبي ما يخالف النظام العام والآداب العامة ، و عليه لا يمكن للقاضي الوطني منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية لكي يطبق على إقليم الدولة الجزائرية إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة .

الكلمات المفتاحية : التبني ، الكفالة ، المتبني ، المتبنى ، النظام العام ، قانون الجنسية، الإذن، الطفل، تنازع القوانين.

Résumé:

A travers cet article, nous concluons que l›application du deuxième paragraphe de l'article 13 bis 1 sur le territoire algérien est en contradiction avec l›ordre public interne et contredit les dispositions de la règle constitutionnelle qui stipule que l›islam est la religion de l›Etat, qui est considéré l›un des principes généraux régissant la société algérienne. Il est aussi en contradiction avec l›article 46 de la loi algérienne de la famille qui interdit l›adoption selon les dispositions de la loi islamique, ainsi que le deuxième alinéa de l›article 22 (amendé) du droit civil algérien, qui prévaloit l›application de la nationalité algérienne si le titulaire du droit de recueil a plusieurs nationalités, y compris la nationalité algérienne. Il entre également en contradiction avec l›article 605 de la loi de procédure civile et administrative all-

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

gérienne qui stipule que les décisions judiciaires ne doivent pas être contraires à l›ordre public et à la morale publique, de sorte que le juge national ne peut exécuter un jugement étranger sur le territoire algérien si Celui-ci va à l›encontre de l›ordre public et de la morale publique.

Mot clé : Adoptions, caution, adoptif, l›ordre public, adoptant, enfant, la loi de la nationalité, autorisation conflit des lois.

مقدمة :

اعتمدت الجزائر في قوانينها على منهج القوانين الوضعيةالمعاصرة حيث استمدت جل قوانينها من القوانين الغربية وخاصة القانون الفرنسي، ونذكرعلى سبيل المثال القوانين المدنية والإدارية والتجارية والجنائية ...الخ.

ما عدا قانون الأسرة[1]فمصدره الشريعة الإسلامية،إضافة إلى استناده إلى ما تم الاتفاق عليه عالميا مما لا يتعارض وأحكام شريعتنا السمحة.

لقد انضمت الجزائر إلى اتفاقية حقوق الطفل[2]، والتي جعلت التبني صورة من صور رعاية الطفل وذلك في المادة 3/20 من اتفاقية حقوق الطفل.

ومن بين المواضيع التي حرمها قانون الأسرة الجزائري موضوع التبني،واعتبره نظاما خاطئا لا يمكن في أية حالة من الحالات أن يكون من الأسباب التي تثبت بها الأنساب، وترتب عليه الحقوق المترتبة عن البنوة الشرعية وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 46من قانون الأسرة الجزائري: «منع التبني شرعا وقانونا.»

فحوى نص المادة 46 من القانون المدني الجزائري جاء متطابقا مع أحكام الشريعة الإسلامية إذا قال الله تعالى في كتابه الكريم، «ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا[3].»

وفي قول رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله وسَلَّم: «لَيْسَ مِنْ رَجُلٍ ادَّعَى لِغَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُهُ إِلاَّ كَفَرَ»[4]، وفي حديث آخر: «مَنِ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوِ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ المُتَتَابِعَةُ إِلَى يَوْمِ القِيَامَةِ»[5]، وفي قوله صَلَّى اللهُ عليه وآله وسَلَّم -أيضًا-: «مَنِ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوْ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ وَالمَلاَئِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ، لاَ يَقْبَلُ اللهُ مِنْهُ يَوْمَ القِيَامَةِ صَرْفًا وَلاَ عَدْلاً.»[6]

لكن باعتبار القانون مرآة عاكسة للمجتمع فهو يواكب كل المستجدات التي تحدث في

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المجتمع وعليه لم تبقى المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري[7] على إطلاقها بل أصبحت نسبية وهذا على إثر انضمام الجزائر إلى اتفاقية حقوق الطفل[8] وتعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم له[9]. إذ نصت المادة 13 مكرر 01 (القانون رقم 10/05) على ما يلي: «يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ويسري على آثرها قانون جنسية الكفيل.

وتطبق نفس الأحكام على التبني.»

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري تعامل مع التبنّي في مجال قواعد الإسناد نفس معاملته للكفالة (فكلاهما يخضعان لنفس الأحكام من حيث تنازع القوانين)، إذ تحيل المادة 13مكرر1 القاضي الوطني الجزائري إلى القانون الواجب التطبيق عندما يكون في عقد الكفالة طرفا أجنبيا والتي تلزم القاضي الوطني أن يراعي قانوني الطرفين في عقد الكفالة عند إبرام العقد. إلا أنه يختلف الأمر فالكفالة هو النظام الوحيد في قانون الأسرة الجزائري.

وبموجب المادة 13 مكرر1/2 من القانون المدني الجزائري أصبح القاضي الجزائري يأذن بالتبني ويبرم عقد التبني ولكن بشروط، وإن وردت هذه الأخيرة بصورة ضمنية في المادة 13 مكرر1 من القانون المدني الجزائري لكونها وردت في الفصل الثاني المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان، فهي من قواعد الإسناد والتي تعتبر المؤشر الذي يضعه المشرع ومن خلاله يساعدنا في تحديد القانون الذي يحكم الفكرة المسندة[10].

وعليه فإن المادة 13مكرر1/2 من القانون المدني الجزائري تثير الإشكالية التالية:

هل إدراج المادة13مكرر1/2 في القانون المدني الجزائري يعتبر اعترافا من المشرع الجزائري بالتبنّي ولو ضمنيا وبالتالي خالفت أحكام المادة46 من قانون الأسرة الجزائري،أو جاءت فقط للحفاظ على الحقوق المكتسبة التي نشأت في إطار العلاقات الخاصة ذات طابع دولي؟

نحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال تحليل المادة 13 مكرر1/2 من القانون المدني الجزائري مع تبيان مدى تعارضها لنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري من خلال النقاط التالية:

أولا) تعريف التبني.

ثانيا) تطبيق قانون جنسية الطرفين على صحة التبنّي وقت إجرائه.

ثالثا) إخضاع آثار التبني إلى قانون جنسية المتبني.

الخاتمة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا) تعريف التبني :

للتبني معنيين أحدهما لغوي والآخر اصطلاحي .

1) المعنى اللغوي:

البنوة في الأصل اللغوي هي نسبة مولود لمن ولد له عنه، فإن اعتبرت من جانب الأب كانت أبوة وإن اعتبرت من الابن كانت بنوة[11].

جاء في لسان العرب لابن المنظور، التبني: من بني جمع ابن مضافا إلى النفس، ويقال: تبنيته أي ادعيت بنوته. وتبناه: اتخذ ابنا، وقال الزجاج: تبنّى به يريد تبّناه، وفي حديث أبى حذيفة: أنه تبنى سالما أي اتخذه ابنا[12].

2) المعنى الاصطلاحي:

عرف الدكتور فضيل إدريس[13] التبني، هو عملية إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقينا أنه ليس منه وهي علاقة بين طرفين أحدهما وهو الشخص الكبير امرأة أو رجل يسمى المتبني، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنى.

وعرفه الأستاذ عبد العزيز سعد[14] على أنه، تزييف النسب (التبني) هو ادعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه وإعطائه نسب شخص أخر.

أما الدكتور بلحاج العربي[15]، عرف التبني: هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف النسب ابنا له .

كما عرف جانب من الفقه[16] التبني هو أن يعمد رجل إلى ولد معروف النسب إلى أبيه فينسبه إلى نفسه.

وعرفته الجمعية العامة للأمم المتحدة[17] في المادة 13 من الفصل المتعلق بالتبني، الغرض الأساسي من التبني هو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لا يتمكن والداه الأصليان من توفير الرعاية له.

مهما اختلفت التعاريف الفقهية إلا أن المعنى واحد كون رجل يتخذ ولدا ليس من صلبه وينسبه إليه. فهو أحد هذه العادات الشائعة إما لتجاوب مع النزعة الفطرية في حب الأولاد حال العقم أو اليأس من الإنجاب وإما لاستلطاف الولد أو لاستحسان ولد أو بنت الآخر، فيجعل الولد متبنى مع العلم أنه ولد الأب الآخر الحقيقي وليس ولد للمتبني في الحقيقة. وربما كان سبب التبني أو الباعث هو رعاية ولد لقيط أو مفقود أو مجهول النسب أو لا عائلة له ولا مربي له فيقوم بتبنيه حفاظا عليه من الضياع[18].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد يقع خلط عند البعض بين التبني وبعض المصطلحات الشبيه به مثل الإقرار والحضانة والكفالة.

أ)الإقرار[19] بالبنوة وبين التبني: يعتبران تصرف واحد، إلا أنه هناك فرق كبير بينهما. فالإقرار بالبنوة هو ادعاء رجل أنه أب لغيره، أو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول فيعتبر بذلك الابن المقربه ابنا للمقروأنه خلق من مائه سواء أكان اعتبر آثما في هذا الادعاء، ويسمى الإقرار بالبنوة أيضا استلحاقا فالإقرار أو الاستلحاق ليس من الأسباب المنشئة للنسب وإنما هو طريق لإثباته وظهوره، والنسب الحقيقي هو الولادة بالنسبة للمرأة والاتصال الجنسي بالنسبة للرجل[20].

والإقرار إذا توافرت شروطه يترتب عليه كل ما يترتب عن البنوة الشرعية من حقوق وواجبات، ولثبوت النسب يجب أن يثبت بموجب حكم قضائي بعد إجراءات التحقيق ويجوز له اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، عكس التبني الذي منعه المشرع الجزائري منعا باتا.كما حددت المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري قانون الواجب التطبيق والمحدد بقانون جنسية الأب وقت الميلاد في حالة النسب والاعتراف به وإنكاره. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

ب) الكفالةوالتبني[21]: يفهم من خلال فحوى المادة، الكفالة هي التزام تطوعي يقوم به الشخص الكافل برعاية المتكفل به وحفظه والسهر على تربيته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ابنه.

تجدر الإشارة أن الكفالة تحافظ وتحمي الأنساب إذ المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة، كما أوضحت ذلك المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري على أن الكفالة تعمل على حماية الحقوق الميراثية وتمنع التعدي على حقوق التركة إذ لا يحق للمكفول الميراث فيه بالمقابل له الحق في الهبة أو الوصية في حدود الثلث (1/3)، ويبطل عقد الهبة أو الوصية إذا تجاوز هذا الحد إلا إذا أجازه الورثة الشرعيين.

أما التبني يمنح حق اكتساب الولد المتبنى لقب الأب المتبني، وبالتالي له الحق في الميراث مثله مثل الابن الصلبي وهذا يعتبر تعدى على حد من حدود الله والمتمثل في الميراث هذا من جهة، ومن جهة أخرى يؤدي التبني إلى اختلاط في النسل الأسري وهذا يؤدي إلى المساس بقدسية الأسرة التي ينتمي إليها.

ج) الحضانة[22] والتبني: الملاحظ أن تعريف الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري جاء عامة لاحتوائه على أهداف وأسباب الحضانة، حيث جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.

نظام الحضانة قائم بذاته الحضانة فهو يؤدي الغرض المحدد دون المساس بنسب القاصر

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المحضون حيث لا يفقده نسبه الأصلي من والديه الشرعيين ولا يلحقه بنسب الحاضن، إذ العلاقة تبقى دائما في إطار الحضانة لا غير، إذ يمكن إسقاط الحضانة وانقضائها وفقا لما هو مقرر في أحكام الحضانة[23].

وهذا عكس النظام التبني فيكون إما على شخص معلوم النسب أو مجهوله ، كما يرتب النسب جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات كحرمة الزواج واستحقاق الميراث، أما الحضانة فلا ترتيب شيئا من ذلك إذا كانت بيد غير الوالدين.

ثانيا) تطبيق قانون جنسية الطرفين على صحة التبنّي وقت إجرائه :

أخضعت المادة 13مكرر1/2من القانون المدني الجزائري أحكام التبنّي لنفس الأحكام التي تسري على صحة الكفالة،وعليه يندرج في مجال صحة التبني مختلف الشروط الموضوعية التي يتطلبها عقد التبني.

مثلا يشترط التشريع التونسي[24] أن يكون طالب التبني راشدا، وأن يتمتع بالأهلية القانونية وأن يكون متزوجا أو توفيت زوجته أو طلّقها، وأن يكون الطفل المتبنَّى قاصرا سواء كان ذكرا أم أنثى، كما اشترط ألاّ يقل فارق السنّ بين طالب التبني والمتبنى عن 15 سنة يوم إصدار الحكم بالتبني، مع ضرورة حضور والدي المتبني أو ممثل السلطة الإدارية إذا كان المُتبنَّى مودعا لدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية أمام مكتب القاضي وكذلك الأمر بالنسبة لطالب التبنّي وزوجه.

وفي تحديد القانون الواجب التطبيق على صحة التبني راعى المشرع الجزائري في المادة 13مكرر1/2مسألتين[25]:

1) إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري يتعلق بصحة التبني، يتعين عليه تطبيق قانون جنسية كل من الطرفين،فيخضع المتبنى لقانون جنسيته ويخضع المتبني لقانون جنسيته،ومادام الأمر يتعلق بإنشاء علاقة قانونية بين الطرفين وتتمثل في عقد التبني وحتى يكون هذا الأخير صحيحا لابد من الرجوع إلى قانون جنسية كل طرف في العقد[26]. وبالتالي نكون في مثل هذه الحالة أمام التطبيق الموزع للقوانين.

وعليه نستبعد التطبيق الجامع للقوانين بسبب اختلاف فحوى كل قانون من دولة إلى أخرى، ومعناه أن عقد التبني المبرم لا يكون صحيحا موضوعيا إلا إذا استوفى كل من المتبني والمتبنى الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون جنسيتهما[27]، ضف إلى ذلك أن التبني ينتمي إلى الأحوال الشخصية التي تعتبر موضوعا متعلقا بالنظام العام[28].

2)بموجب المادة 13 مكرر1 من القانون المدني الجزائري ألزم المشرع الجزائري القاضي الوطني بالرجوع إلى "وقت إجراء التبني"، وهو المعيار الزمني الذي يتطلب الرجوع إلى تطبيق قانون الجنسية التي كان يتمتع بها كل طرف وقت إجراء التصرف القانوني و هو إبرام العقد.

يستنتج من خلال تحليل المادة 13 مكرر1 أن المشرع الجزائري تبنى نظرية النفاذ الدولي للحق

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في مجال التنازع المتحرك[29] الذي قد يثار بخصوص التبني، مثل ما فعل في المادة 17مكرر الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري وكذا المادة 17مكرر1 من نفس القانون.

النتيجة التي نتوصل إليها،أن القاضي الوطني الجزائري يرخص بالتبني حسب ما يسمح به قانون جنسية الأطراف،فإن كان قانون جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني فإن القاضي الوطني الجزائري يرفض طلب التبني، وعليه فإن هذه المادة تطرح عدة احتمالات[30]أمام القاضي الوطني الجزائري.

1)في حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبنى والمتبني لا يسمحان بالتبني فإن القاضي الجزائري يرفض الإذن بالتبني على أساس القانون الداخلي للأطراف الأجانب.

2) في حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبني يسمح بالتبني، وقانون جنسية المتبنى لا يسمح بذلك مثال عن ذلك المتبنى شخص تونسي والمتبني قاصر من جنسية جزائرية فإنه لا محال القاضي الجزائري برجوعه إلى المادة 46 من قانون الأسرة لا يأذن بالتبني، إذن مضمون المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري احترم من قبل القاضي الداخلي.

3)حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبني يسمح بالتبني في حين قانون جنسية طالب التبني لا يسمح له بذلك، فإن القاضي الجزائري لا محال يرفض الإذن بالتبني.

4)في حالة كلا القانونيين أي قانون جنسية الأطراف يسمح بالتبني فإن القاضي الجزائري ملزم بالفصل في صحة التبني والإذن به.

هناك جانب من الفقه الجزائري[31]، يرى أن المادة 13 مكرر2/1 من القانون المدني الجزائري تعتبر من قواعد الإسناد التي تلزم القاضي الداخلي عندما تقوم أطراف أجنبية بالبحث عما إذا كانت القوانين الداخلية تسمح أو لا تسمح بالتبني، فإن هذا المنع يحترم من طرف القاضي الجزائري لكون المنع في هذه المادة منصب على الجزائريين طبقا لقواعد الإسناد المنصوص عليها في المادة 13 مكرر2/1.

هذا الرأي صحيح من حيث مبدأ شخصية القوانين الذي جاء استثناءا على مبدأ إقليمية القوانين، ولكن بالمقابل يصطدم هذا الرأي مع شرط أساسي وهو أن تطبيق مبدأ شخصية القوانين أوامتداد القوانين، إذ يجب أن لا يتعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع النظام العام والآداب العامة في دولة الإقليم وهذا الشرط جسده المشرع الجزائري في المادة 24(المعدلة بقانون رقم 10/05)من القانون المدني الجزائري[32].

وقد يثار السؤال التالي، هل المشرع الجزائري لما أدرج المادة 13مكرر2/1 ضمن قواعد الإسناد كانت نيته تتجه إلى نظام تبني بسيط المنصوص عليه في القانون المدني الفرنسي المعدل والمتمم[33]على أن هذا الأخير شبيه بنظام الكفالة؟

للجواب عن هذا السؤال لابد أن نميز بين حالتين من التبني حسب ما جاء في نص المادة 3/370 فقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحالة الأولى) التبني البسيط L›adoption simple[34]:يكون قابلا للإلغاء[35]لأسباب خطيرة تتعلق بالمتبني أو المتبنى[36] كما لم يشترط المشرع الفرنسي في هذا النوع من التبني السن كشرط أساسي مع إبقاء الاتصال بأسرته الحقيقة(والديه بالدم)[37]، كما أن للطفل المتبنّى نفس الحقوق و الواجبات كالطفل البيولوجي من حيث : (انتقال الميراث ، كما تؤول السلطة الأبوية للوالدين بالتبني) بالمقابل يحتفظ المتبنّى بحقوقه في الميراث من عائلة أصلية[38]. مع إمكانية إضافة لقب المتبنى إلى لقبه الأصلي أو يتم استبداله وهذا بموجب قرار قضائي.أما بخصوص اكتساب الجنسية الفرنسية، فلا يستطيع المتبني الحصول عليها من خلال التبني البسيط إلا بعد تقديم طلب إلى السلطات الفرنسية.

الحالة الثانية) التبني الكامل L'adoption plénière :التبني الكامل غير قابل للإلغاء[39] كما تنقطع علاقة المتبنى مع أسرته بالدم تماما ويحمل الطفل المتبنى مباشرة لقب وجنسية المتبني. هذا النوع من التبني لا يمنح إلا للأطفال دون خمسة عشرة (15 سنة) والموجودين في مراكز التبني منذ ستة أشهر(6 أشهر) على الأقل[40].

إذا كانت نية المشرع الجزائري من خلال المادة 13مكرر2/1 تتجه إلى اتباع نظام التبني المطبق في فرنسا ولو كان نظام التبني البسيط، لأن هذا الأخير يبّقي نسب الطفل المتبنى لأسرته الأصلية لكن هذا لا يعني أن التبني البسيط شبيه بنظام الكفالة[41]، لأن نظام التبني البسيط يمنح للطفل المتبنى حقوقا وواجبات على كلتا العائلتين، وبالتالي له الحق في الإرث كما أشرنا إليه سابقا (ما لم يحرم من طرف جديه بالتبني)، وهذا محرم شرعا لأنه يعتبر أجنبي عن الأسرة المتبنية.

أما الوارث في حكم الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري[42]هو كل من له قرابة بالهالك و يشترط فيه أن يكون حيا و لو كان جنينا و أن لا يوجد مانعا من موانع الإرث .

أما القضاء الفرنسي كان منذ تاريخ 10-05-1995 يسمح للزوجين الفرنسيين بتبني ولد من جنسية دولة لا تعترف أو ترفض صراحة نظام التبني . إذا نشأ التبني في مثل هذه الحالة و فقا للشروط الموضوعية التي تطلبها القانون الفرنسي[43].

فما هو موقف القضاء الجزائري بخصوص مسألة التبني؟

فلابد أن نميز ما بين مرحلتين :

1) المرحلة قبل صدور قانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري :

أصدرت المحكمة العليا[44]في العديد من قراراتها بإلغاء التبني و إبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة سواء كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية و ذلك بسبب مخالفتها للنظام العام الجزائري .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2) المرحلة ما بعد صدور قانون رقم 10/05 المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري[45]:

تطبيقا لأحكام القانون المدني الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 370-3 أنه يخضع التبني لقانون جنسية المتبني ، نفترض أن هذا الشخص يحمل جنسية فرنسية و هو قانون يعترف بالتبني كنظام فيتبنى ولدا من جنسية جزائرية مولودا في فرنسا أو يعيش فيها ، وهذا تطبيقا للاستثناء المنصوص عليه في المادة 370-3 فقرة 2 التي تجيز ذلك رغم معارضة دولة الولد لهذا النظام.

فإذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري (بخصوص العلاقة التي نشأت ما بين المتبنى جزائري والمتبني فرنسي)يرجع في صحة التبني إلى قانون جنسية الطرفين طبقا لنص المادة 13مكرر1/2 من القانون المدني الجزائري ، و المتبني في هذه الحالة من جنسية جزائرية فحتى و إن تعددت جنسيته وكانت الجنسية الفرنسية هي الفعلية،يتعين على القاضي الجزائري تطبيق القانون الجزائري تماشيا مع نص المادة 2/22 من القانون المدني الجزائري[46] (المعدلة بموجب القانون رقم 10/05)والنتيجة المترتبة عن تطبيق القانون الجزائري عدم الاعتراف بصحة التبني على أساس أن هذا النظام مرفوض في القانون الجزائري.

ولا يطرح نفس المشكل بالنسبة لأثار التبني إذا كان المتبني وقت رفع الدعوى جزائريا،إذ من المفروض أن يخضع هذا الشخص لأحكام القانون الجزائري. ومن المنطق أن تخضع أثر التبني لقانون جنسية المتبني وإذا ما فضل الجنسية الجزائرية فعليه أن يخضع لأحكام القانون الجزائري، لاسيما أن الآثار مستمرة لمدة طويلة[47].

وعليه يستنتج انه ما دامت المادة 13 مكرر 01 تعتبر من قواعد الإسناد التي تلزم القاضي الداخلي عندما تكون أطراف أجنبية حتى ولو كانت مقيمة على الإقليم الجزائري بالبحث عما إذا كانت القوانين الداخلية الأجنبية تسمح أولا تسمح بالتبني.

ولكن بالرجوع إلى نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، هل جاءت محصورة على الجزائريين فقط دون الأجانب المقيمين على الإقليم الجزائري؟

إن نطاق تطبيق المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري من حيث الأشخاص يمتد ليشمل الجزائريين، لا يمكن لأي مواطن جزائري إبرام عقد التبني على إقليم الدولة الجزائرية، وهذا المنع يشمل أيضا الأجانب المقيمين في الجزائروالذين يسمح لهم قانونهم الداخلي بالتبني، وعليه فلا يجوز لهم المطالبة أمام القاضي الجزائري أو موثق إبرام عقد التبني أو الإذن به.

إذن المادة46 من قانون الأسرة الجزائري جاءت عامة لا تقبل الاستثناء، وكل قرار بغير ذلك يعد مخالفا للنظام العام الجزائري ويتعرض لعقوبة جزائية المنصوص عليها في المادة1/217 من قانون العقوبات الجزائري[48] : «يعاقب بالحبس من سنة(1) إلى خمس سنوات(5) وبغرامة من20.000 إلى 100.000دج كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم انه غير مطابق للحقيقة».

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعليه فإن المادة 13 مكرر1/2 من القانون المدني الجزائري التي سمحت إما بالاعتراف للقاضي الوطني بإصدار الحكم بالإذن للأجانب المقيمين على إقليم الدولة الجزائرية بالتبني أو اعتراف بحق مكتسب عن عقد تبني أبرم بالخارج جاء مخالفا تماما لنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، مما خلق مشكل تعارض أحكام ما بين منظومتين تشريعيتين (القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري).

أما نطاق تطبيق حكم المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري من حيث الموضوع يتمثل في التبني، وهو نظام محرم في الجزائر بقوة القانون وبمقتضى حكم الشريعة الإسلامية باعتبارها دين الدولة الجزائرية بحكم الدستور الجزائري[49]، وزيادة على ذلك تعتبر المصدر الثاني الذي يحكم المسائل المعروضة على القضاء عملا بنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

إذن لا يمكن تطبيق نظام التبني على إقليم الدولة الجزائرية تحت أي غطاء وهذا طبقا لفحوى نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاءت تؤكد ما جاء في نص المادة 41 من نفس القانون على أن نسب الولد يلحق لأبيه لا لغيره متى توافرت أركان وشروط الزواج الشرعي.

فبموجب المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري عمل المشرع الجزائري على محاربة فكرة تحريف وتزييف الأنساب، فلا يمكن إلحاق أي طفل سواء كان معلوم الأب أو مجهول النسب وكان ابن الزنا إلى نسب الغير ولو أبدى رضاه بذلك، إذ يعتبر تعديا على ألقاب الغير.

وبما أن المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري تمنع التبني فان هذا المنع يحترم من طرف القاضي الوطني.

هل يعتبر تطبيق المادة 13مكرر1 الفقرة الثانية مخالفا للنظام العام في حد ذاته؟

إن فكرة النظام العام[50] معروفة في القانون الداخلي،فجميع المسائل التي نظمها المشرع بقواعد آمرة تعتبر من النظام العام الداخلي ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها. وإذا رجعنا إلى المسائل التي ينظمها قانون الأسرة الجزائري فالنظام العام هنا يتميز بخصائص يمكن تحديدها فيما يلي :

1) يعتبر النظام العام نظام ثابت لأن المشرع الجزائري استمد أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية وحدها، بل وأنه ينص بصريح العبارة في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أن كل حكم ورد غامضا بهذا القانون أو رود ناقصا به فإنه يرجع بشأنه للشريعة الإسلامية وحدها لأن الأمر هنا يتعلق بقواعد العبادات.

2) قواعد النظام العام موحدة مادام أن الجزائر لا تعرف نظام التعدد الديني.

وطبقا لهذه الخصائص، فإن النظام العام في مجال الأحوال الشخصية يبقى نظاما واضحا ومحددا في الجزائر[51].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

غير أن فكرة النظام العام معروفة في القانون الداخلي تختلف في هدفها عن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص،فإذا كان هدف النظام العام في القانون الداخلي هو استبعاد تطبيق اتفاقات الأطراف المخالفة للنصوص الآمرة، فإن هدفها في القانون الدولي الخاص هو استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية إذا كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بالأسس وركائز دولة القاضي من النواحي الاقتصادية والاجتماعية والدينية والثقافية...الخ[52]، والمساس بالسياسة التشريعية لدولة القاضي المعروض عليه النزاع.

وقد أخذ القانون الجزائري بالدفع بالنظام العام بوصفه دفعا عاما وذلك في نص المادة 24 من القانون المدني (المعدلة بموجب قانون رقم 10/05) إلا أنه لم يعط تعريفا جامدا للنظام العام وإنما تركه لتقدير القاضي يستخلصه من مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام الوطني[53].

المشرع الجزائري حينما أشار في قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي لم يقصد أن يطبق هذا القانون أيا كانت النتيجة المترتبة على ذلك،وإنما يتعين ألا يمس ذلك التطبيق بمقتضيات النظام العام في دولته ويترك للقاضي المختص تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولته وله أن يسترشد في ذلك بعدم تعارض القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية للنظام القانوني الوطني كما تحميه النصوص والقواعد الآمرة المنظمة للسياسة الاقتصادية والاجتماعية والدينية ....الخ لدولته.

لتحريك هذا الدفع والامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص أو الاعتراف بما نشأ تحت سلطانه من آثار لابد من أن يتوافر مقتضى من مقتضيات النظام العام،ويقتضى من هذا الشرط بداهة أن يكون القانون الأجنبي مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في قانون القاضي اختلافا جذريا كليا أو جزئيا.

حالة التدخل الجزئي للنظام العام فإن أثره يقتصر فقط على استبعاد جزء من القانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام في دولة القاضي المعروض عليه النزاع، أما التدخل الكلي للنظام العام يؤدي لاستبعاد القانون الأجنبي بكامله[54].

وهذا القول الأخير ينطبق على المادة 13مكرر1/2 من القانون المدني الجزائري التي جاءت مخالفة للنظام العام الجزائري بصفة كلية بخصوص نظام التبني،والذي يعتبر محرما قانونا وشرعا وذلك بحكم المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري.

وبالتالي في مثل هذه الحالة هل يجوز للقاضي الوطني أن يمتنع عن تطبيق أحكام المادة 13مكرر1/2بسبب انتفاء الاشتراك القانوني بين قانونه والقانون الأجنبي المختص؟

يتحقق عدم الاشتراك القانوني لا بمجرد تخلف وحدة الأحكام المقررة بين القانونين الأجنبي و الوطني فاختلاف كهذا هو أمر طبيعي ينجم عن الاستقلال التشريعي لكل دولة فليس

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من المستبعد أن يكون هناك اختلاف في تحديد سن التمييز أو تعيين شروط الحضانة،ولكن في اللحظة التي يصل فيها الاختلاف إلى الأصول العامة للقوانين بحيث تصطدم الأحكام الأجنبية بمبدأ جوهري يقرره قانون القاضي فإن الحد الأدنى للاشتراك القانوني ينعدم أو يتصدع، فاعتبار الزواج ما بين المثليين صحيحا في التشريع الفرنسي هذا الاختلاف يعتبر شذوذا مما لا يمكن للقاضي الجزائري مثلا العمل به وتطبيقه على إقليم الدولة الجزائرية.ونفس الحكم ينطبق على نظام التبني الذي يعتبر محرما في حد ذاته في الجزائر.

وفي مثل هذه الحالة يكون أمام القاضي الوطني سوى حل وحيد وهو إعمال الأثر الإيجابي للنظام العام وذلك بتطبيق نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري سالفة الذكر.

ثالثا) إخضاع آثار التبني إلى قانون جنسية المتبني:

باعتبار عقد التبني تصرف قانوني ينتج عنه أثار قانونية وتتمثل في حقوق والتزامات متساوية تقع على عاتق كلا طرفي العقد، فالتبني يعطي للمتبنى الحق في لقب الأب المتبني، وله الحق في الإرث من المتبني وفي نفس الوقت يقع على عاتقه واجبات مثل الابن الشرعي،أما المتبني فيقع عليه التزام برعايته وحسن تربيته وتعليمه كما له الحق في ممارسة السلطة الأبوية على المتبنى[55].

وطبقا لنص المادة 13مكرر1/2 من القانون المدني الجزائري، أخضع المشرع الجزائري آثار التبني إلى قانون جنسية المتبني لأنه من غير الممكن إخضاع الآثار لكلا من القانونين[56].

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يركز على المعيار الزمني لتحديد القانون الواجب التطبيق على آثار التبني،إلا أنه يفهم من خلال فحوى النص أنه أخذ بعين الاعتبار جنسية المتبني وقت رفع الدعوى.

قد تنشأ حقوق مكتسبة من جراء التبني في الخارج بمقتضى القانون الأجنبي المختص ويتم رفع نزاع أمام القاضي الوطني الجزائري بخصوص الاعتراف بهذه الحقوق المكتسبة التي نشأت عن علاقة التبني.

بموجب المادة 13مكرر1/2 من القانون المدني الجزائري فعلى القاضي الوطني الجزائري الرجوع إلى قانون جنسية المتبني لتطبيقه على الآثار الناجمة عن التبني.فهل يمكن استبعاد هذه الحقوق المكتسبة التي نشأت في ظل القانون الأجنبي المختص بموجب الدفع بالنظام العام؟

يختلف أثر الدفع بالنظام العام بحسب ما إذا تعلق الأمر بإنشاء مركز قانوني في بلد القاضي أو بالتمسك في بلد القاضي بمركز قانوني نشأ في الخارج ونتج عنه حقوق مكتسبة، ذلك أن الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر إزاء مركز أو علاقة تكونت في الخارج ويراد الاعتراف ببعض آثارها في هذه الدولة بنفس القدر الذي يتأثر به إذا ما أريد إنشاء نفس المركز أو العلاقة داخل إقليم دولة القاضي.

وقد عبر الفقه عن أثر النظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج بالأثر المخفف للنظام العام لأن النظام العام لا يسمح بنشوئها في دولة القاضي ولكن يمكن قبول الاحتجاج

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بها لو أن نشوئها تم في الخارج.

فقد يكون إنشاء الحق في دولة القاضي وفقا لقانون أجنبي متعارض مع النظام العام في بلد القاضي في حين أن ذات الحق إذا نشأ في دولة أجنبية فلن يكون الاحتجاج بآثاره متعارضا مع النظام العام ولتوضيح ذلك نضرب المثال الآتي :

- النظام الفرنسي ينفر من فكرة تعدد الزوجات، وعلى ذلك فان الأجنبي لا يجوز له أن يعقد زواجا ثانيا في فرنسا إذا كان زواجه الأول لم ينحل، حتى ولو كان قانونه الشخصي يسمح له بذلك، حيث أن القاضي الفرنسي يعتبر أن إنشاء هذا الزواج متعارضا مع النظام العام لأنه يمس بالأسس التي يقوم عليها نظام الأسرة في فرنسا، غير أن قيام هذا الأجنبي بإبرام هذا الزواج خارج فرنسا وليكن في الجزائر مثلا سيترتب عليه إمكانية الاحتجاج بآثار هذا الزواج في فرنسا.

ويتضح من هذا المثال أنه على الرغم من كون إنشاء العلاقة (الزواج بالأخرى مع عدم انحلال الزواج الأول) يعد متعارضا مع النظام العام في فرنسا، إلا أن التمسك بآثار زواج ثاني تم خارج فرنسا لا يتعارض مع النظام العام، مثل الحق في المطالبة بنفقة الزوجية أمام المحاكم الفرنسية. وهذا الحكم يعتبر امتدادا لقرار Bulkley الصادر بتاريخ 1860/02/28أين أعطى شبه حصانة للمراكز التي تنشأ في الخارج في مواجهة النظام العام، لأن الرقابة تنحصر على الآثار التي لم تترتب بعد من المراكز المكتسبة في الخارج وهي آثار ناذرا ما تتعارض مع النظام العام[57] مثل النفقة الغذائية وقسمة تركة لزواج متعدد أبرم في الخارج.

يستفاد من ذلك أن الأثر المخفف للنظام العام يعني انه إذا كان إنشاء العلاقة متعارضا مع النظام العام فان التمسك بآثارها لا يكون بالضرورة متعارضا مع النظام العام.

ومع ذلك نشير إلى أن فكرة الأثر المخفف للنظام العام لا يعطي حصانة مطلقة للمراكز القانونية التي تنشأ في مواجهة النظام العام خصوصا في مبادئه العالمية،ومثال على ذلك زواج المحارم الذي تم بصورة قانونية في الخارج والذي يطالب بآثاره المترتبة عن هذه العلاقة في دولة القاضي.

زواج تم بين اثنين من اليهود « شخص وابنة أخيه » خارج إنجلترا – كان الزوجان متوطنان وقت الزواج في مصر – وعندما ثار النزاع حول هذا الزواج أمام القضاء الإنجليزي فانه لم يعمل فكرة النظام العام المخفف ورفض تمسك الزوجان بآثار العلاقة،ولذلك فانه إذا ترتب على إعمال النظام العام في دولة القاضي بطلان العلاقة فالنتيجة المترتبة على ذلك هو عدم سريان آثار العلاقة في دولة القاضي.

وعليه يتعين أن نقصر تطبيق مبدأ الأثر المخفف للنظام العام على المسائل التي لا علاقة لها بقانون الأسرة الجزائري لأن النظام العام في الجزائر يبقى مستقرا في مسائل الأحوال الشخصية لكون أحكامها مستمدة من الشريعة الإسلامية.

وهذا القول ينطبق على المادة 13 مكرر1/2 من القانون المدني الجزائري، والتي جاءت

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مخالفة للمادة 46 من قانون الأسرة الجزائري كما أشرنا سابقا، وقد تصطدم بالمادة 605 الفقرة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[58] التي نصت على خلو الحكم الأجنبي ما يخالف النظام العام والآداب العامة.

وهذا الشرط يضم مسألتين وهما، سلامة الإجراءات المتبعة أمام قضاء الدولة مصدرة الحكم الأجنبي زيادة على ذلك عدم تعارض هذا الحكم الأجنبي مع النظام العام والآداب العامة الجزائري[59]، حتى يمكن للقاضي الوطني منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية لكي يطبق على إقليم الدولة الجزائرية.

الخاتمة :

منع المشرع الجزائري الأخذ بنظام التبني على الجزائريين، لكنه عملا بموجب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل والمصادق عليها أجاز للقاضي الداخلي عندما يكون أطراف العلاقة أجانب موجودين على إقليم الوطني أن يطبق التبني معتبر في ذلك القاضي ما هو إلا عبارة عن سلطة فقط تقوم بتطبيق القانون الأجنبي على أفراد أجانب لا غير دون اعتراف منها بتبني هذا النظام وتطبيقه على مواطنها.

ولكن رغم ذلك يبقى تطبيق المادة 13مكرر1/2 سالفة الذكر يصطدم مع النظام العام والآداب العامة الجزائري الذي يحرم تطبيق التبني على المقيمين بالجزائر سواء كانوا أجانب أو جزائريين وهذا ما جاء في نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي يشكل النظام العام حجة لعدم الاعتراف بآثارها وعدم السماح بسريانها في دولة القاضي الوطني مادامت على درجة من الاستهجان والشذوذ.

فيبقى السؤال مطروح لماذا المشرع الجزائري نص على المادة 13 مكرر1/2 من القانون المدني الجزائري كقاعدة إسناد، فلا يوجد أي مبرر لإدراج هذه المادة لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة، ولو أنها تطبق إلا على الأجانب دون الجزائريين، ولكن يكفي أن الجهاز القضائي الجزائري الذي يمثل سيادة الدولة الجزائرية يعترف بصحة عقد التبني وبالحقوق المكتسبة فقد خالف القاعدة الدستورية التي تعتبر من المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، والتي نصت على أن دين الدولة الجزائرية هو الإسلام.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الهوامش:

1 قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005،الجريدة الرسمية/ العدد15،المؤرخة في 27-02-2005.

2 تاريخ اعتماد اتفاقية حقوق الطفل 1989/11/20،تاريخ دخولها حيز التنفيذ 1990/09/02.

3 سورة الأحزاب الآية 5.

4 أخرجه البخاري في « صحيحه » كتاب المناقب ، باب نسبة اليمن إلى إسماعيل: (3317)،و مسلم في « صحيحه » كتاب الإيمان باب بيانح الإيمان من قال لأخيه المسلم: يا كافر: (217)،من حديث أبي ذر رضي الله عنه.

5 أخرجه أبو داود في «سننه»كتاب الأدب،باب في الرجلين تعي إلى غير مواليه : (5115)،من حديث أنس رضي الله عنه. والحديث صححه الألباني في « صحيح الجامع »: (5987).

6 أخرجه مسلم في « صحيحه » كتاب الحج ، باب فضل المدينة ودعاء النبي فيها بالبركة : (3327) ،و الترمذي في « سننه » كتاب الولاء والهبة ،باب ما جاء في من تولى غير مواليه: (2127)،و أحمد في « مسنده »: (616)،من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

7 لقد درج المشرع الجزائري المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري في الفصل الخامس تحت عنوان النسب.

8 تاريخ انضمام الجزائر و المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل 1992/12/19،الجريدة الرسمية / العدد 91،المؤرخة في 1992/12/23.

9 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005.

10 محمد حبار،القانون الدولي الخاص،دار الرؤى للنشر و التوزيع،الجزائر، 2013،ص. 50.

11 حكيمة الحطري ، مداخلة بعنوان كفالة الأطفال المهملين بين الضوابط القانونية و الواقع المعاش ،ألقيت في المناظرة المتوسطية التي انعقدت بطنجة (المغرب) أيام 21-22-23 أكتوبر 2010. في موضوع « الأطفال في وضعية صعبة و أطفال الهجرة السرية مجلة الفقه و القانون 7 فبراير (2011)، ص 4.

12 محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل ، لسان العرب ، الطبعة الثانية ، دار صادر، بيروت ، مجلد 14، ص 91.

13 فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج و الطلاق ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجزائرية ،الجزائر(1989) ص 15.

14 عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على الأسرة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، 2002 ،ص 151.

15 بالحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج و الطلاق) ، الجزء 1، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،(2004) ،ص 200.

16 محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى ، دار الكتاب العربي ، مصر، (1989) ، ص 387.

17 الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية و القانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة و التبنّي على الصعيدين الوطني و الدولي اعتمدوا نشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 41/85 المؤرخ في 3 كانون الأول/ ديسمبر (1986).

18 أمال علال ، التبني و الكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي)،رسالة ماجستير في القانون تخصص: قانون الأسرة ، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان- كلية الحقوق،(2008-2009)،ص 18.

19 أنظر المادة 40 (المعدلة) من قانون الأسرة الجزائري ، حيث نظم المشرع الجزائري الإقرار في الفصل الخامس تحت عنوان النسب .

20 حكيمة الحطري ،المرجع السابق،ص 5.

21 تنص المادة 166 من قانون الأسرة الجزائري على أن: « الكفالة على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي.»

22 تنص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن : « الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا.»

23 فضيل سعد،المرجع السابق،ص 224.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

24 القانون عدد27 لعام 1958 المؤرّخ في 4 مارس 1958 المتعلّق بالولاية العمومية و الكفالة و التبنّي.

- أنظر من الفصل 8 إلى الفصل 12 من القانون المتعلّق بالولاية العمومية و الكفالة و التبنّي.

25 كمال آيت منصور : إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني و التبني ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، جامعة عبد الرحمان ميرة ،كلية الحقوق ، بجاية ، مجلة سداسية ، العدد الثاني ، (2010) ، ص152.

26 و هو ما كرس في المادة 11من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالشروط الموضوعية لصحة الزواج.

27 محمد حبار،المرجع السابق ،ص 122.

28 كمال آيت منصور ،المرجع السابق ،ص 153.

29 تعريف التنازع المتحرك : نكون أمام تنازع متحرك حينما يتعلق الأمر بحقي تنازعه قانونان أو أكثر . و يثار ذلك حينما نكون بصدد حقي نشأ في دولة تسمى بدولة الإنشاء ثم يتم نقله إلى دولة أخرى تسمى بدولة النفاذ ، فيثار هنا تساؤل يتعلق بتحديد مدى قدرة هذا الحق الذي نشأ في دولة الإنشاء على ترتيب آثاره في دولة النفاذ . أنظر: محمد حبار، المرجع السابق ، ص 85.

30 طالبة مالك ، التبني و الكفالة ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،الجزائر، (2003-2004)،ص 13.

31 أمال علال ، المرجع السابق ، ص 54.

- طالبة مالك ، المرجع السابق،ص 14.

32 المادة 24(المعدلة بموجب القانون رقم 10/05) من القانون المدني الجزائري تنص : « 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 القانوني طبقا لقانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة ».

33 Ordonnance n° 2016- 131 du 10 février (2016).

34 Article 360 du code civil Français, (ordonnance n° 2016-131).

35 Hélène Gaudemet, Tallon, Le droit Français de l'adoption internationale, Revue internationale de droit comparé, (1990), volume 42/N° 2/ p.569.

36 Article 370/1du code civil Français,(ordonnance n° 2016-131).

37 H Christèle clément, L'adoption, Fiche de niveau3. Droit de la famille/ Filiation/ juillet (2007) [www. France- jus. ru/ upload/fiches_fr/L%20adoption.pdf]. p.1, (2007).

38 Article 364du code civil Français, ordonnance n° 2016-131

39 Hélène Gaudemet, Tallon, Op. Cit, p.569.

40 Article 354du code civil Français,(ordonnance n° 2016-131).

41Récemment, la Cour de cassation a rappelé que la Kafala ne peut pas être assimilée à une adoption, même simple car celle-ci est prohibée par le droit algérien. Cette prohibition résulte expressément de l'article 46 du Code de la famille algérien, et d'autre part implicitement des articles 40 à 45 du même Code qui énoncent limitativement les modes d'établissement de la filiation admis par le droit algérien.

- voir, Cass. civ. 1re, 10 octobre 2006, n°06-15265.

42 أنظر المادتان 126، 128 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم.

43 كمال آيت منصور،المرجع السابق ،ص 154.

44 رقم القرار 23949،الصادر بتاريخ 18-01-2000 ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث للمحكمة العليا ، المجلة القضائية ، العدد الخاص ،2001 ، الصفحة 3،4.

حيث انه من المقرر قانونا إن إبطال العقود الخاطئة (شهادة الحالة المدنية) عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها يقدم الطلب أما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل في العقد وإما بصفة فرعية إمام المحكمة التي رفع إليها النزاع الذي تناول العقد المشوب بالبطلان.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- ومتى تبين – في قضية الحال- الطاعن قدم إمام قضاء الموضوع شاهدي نذاكر إبان المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة سنة 1997 و بذلك فان قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف وبرفض الدعوى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشهود في إبطال عقد الميلاد باعتباره عقدا رسميا أخطئوا في تطبيق القانون و عرضوا قراره ملل قصور في التسبيب . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

-رقم القرار 103232،الصادر بتاريخ 02-05-1995،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث للمحكمة العليا المجلة القضائية ، العدد الخاص ،2001 ،ص 5،6.

دعوى إبطال التبني – تكيفها على أنها دعوى نفي النسب – خطأ في تطبيق القانون و الشريعة) إن قاعدة الولد للفراش لا تطبق إلا في إثبات دعوى نفي النسب. ومن ثم قضاء الموضوع لما الغوا الحكم القاضي بإبطال التبني بدعوى عدم وجود الصفة للطاعنين مع أنهم قدموا الدليل على أنهم أبناء عمومة مثبتين دعواهم بشهادة الشهود ، حسب المحضر المؤرخ في 1985/12/24 و ناقشوا دعوى إبطال التبني كأنها دعوى نفي النسب و طبقوا عليها قاعدة الولد للفراش مع انه لا يوجد أي فراش في التبني ، فبقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون .

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه قرار رقم 246925،الصادر بتاريخ 2000/11/21 ، عن غرفة الأحوال الشخصية و المواريث للمحكمة العليا، المجلة القضائية ، العدد الثاني، 2001،صادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، (2002) ، ص 297.

موضوع القرار تبني – شهادة الشهود – عدم إبطال عقد التبني – مخالفة القانون.

المبدأ : يمنع التبني شرعا و قانونا.

إن تكييف القضية على أنها تبني دون إبطال عقد الميلاد للمتبني هو مخالفة للقانون .

- قرار رقم 256259 ، الصادر بتاريخ 2001/01/23 ، عن غرفة الأحوال الشخصية و المواريث للمحكمة العليا ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، 2002 ، صادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، 2004 ، ص 453.

موضوع القرار تبني- إثباته- طلب إبطاله- رفض الدعوى- تزوير- براءة- خطأ في تطبيق القانون.

المبدأ: تبطل العقود عند ما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها و لو أن العقد فيحد ذاته كان صحيحا شكلا ، و يجوز أيضا إبطال العقد عندما يكون محرر بصفة غير قانونية و لو كان تبياناته صحيحة.

45 لم نجد أي حكم / قرار قضائي سواء على مستوى المحاكم أو المجالس القضائية أو المحكمة العليا عالج مسألة التي تناولتها المادة 13 مكرر1 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري.

46 تنص المادة 2/22 من القانون المدني الجزائري : « غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية ، و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.»

47 كمال آيت منصور : المرجع السابق ،ص 155.

48 المادة 217 المعدلة بالقانون رقم 06-23،المؤرخ في 20-12-2006،المعدل و المتمم لأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتعلق بقانون العقوبات الجزائري.

49 المادة الثانية (2) من رقم 1/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن تعديل الدستور ، الجريدة الرسمية ، العدد 14 الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

50 عرفه الدكتور أحمد مسلم « فإن النظام العام في دولة ما هو إلا الكيان السياسي و الاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن ،و الحرية ، و الديمقراطية ، و معتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون، أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية أو اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار كالعدالة الاجتماعية و تكافؤ الفرص وغير ذلك «. أنظر: أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن ، دار النهضة العربية، مصر، (1990)،ص 203.

51 محمد حبار،المرجع السابق ،ص 103.

52 نسرين مباركي: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني ، مذكرة التخرج من معهد القضاة الجزائر الدفعة السابعة عشر (17)، (2009)،ص13.

- أنظر كذلك،أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)،الجزء الأول،دار هومة ،الطبعة الثامنة ، (2006) ص 174،175.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

53 نسرين مباركي : نفس المرجع ، منقول عن زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، (2010) ، ص 242.

54 محمد حبار ، المرجع السابق،ص 103.

55 Terre François et Fenouillet Dominique : Droit Civil :Les personnes, la famille, les incapacités 6édition, Dalloz, Paris,(1996),page.511 et 512.

56 وهو ما منصوص عليه في المادة 1/12 من القانون المدني الجزائري أين أخضع المشرع آثار عقد الزواج لقانونية جنسية الزوج وقت إبرام العقد . أنظر كمال آيت منصور ، المرجع السابق ،ص 154.

57 Daniel Gutmann, Droit international privé, Paris, Dalloz, (1999), p. 93.

58 قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ،الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أبريل (2008).

59 محمد حبار،المرجع السابق،ص 242.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com