

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

تاريخ قبول المقال للنشر : 2017/05/04

تاريخ إرسال المقال : 2017/03/04

محمودي فاطمة / جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

الملخص :

أن تطبيق المادة 13 مكررا الفقرة الثانية سالفه الذكر على إقليم الدولة الجزائرية يصطدم مع النظام العام الداخلي وذلك لتعارضها مع أحكام القاعدة الدستورية التي تنص على أن الإسلام دين الدولة والتي 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 ، وكذلك 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 ، وعليه لا يمكن للقاضي الوطني منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية لكي يطبق على إقليم الدولة الجزائرية إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة .

الكلمات المفتاحية : التبني ، الكفالة ، المتبني ، المتبني ، 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 prévalait l'application de la nationalité algérienne si le titulaire du droit de recueillir 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

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 الوضعية المعاصرة حيث استمدت جل قوانينها من القوانين الغربية وخاصة القانون الفرنسي، ونذكر على سبيل المثال القوانين المدنية والإدارية والتجارية والجنائية... الخ.

ما عدا قانون الأسرة¹ فمصدره الشريعة الإسلامية، إضافة إلى استناده إلى ما تم الاتفاق عليه عالميا مما لا يتعارض وأحكام شريعتنا السمحة.

لقد انضمت الجزائر إلى اتفاقية حقوق الطفل²، والتي جعلت التبني صورة من صور رعاية الطفل وذلك في المادة 3/20 من اتفاقية حقوق الطفل.

ومن بين المواضيع التي حرّمها 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 46 من 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 لِأَبَائِهِمْ 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 عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لَيْسَ مِنْ رَجُلٍ ادَّعَى لِغَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُهُ إِلَّا كَفَرَ»⁴، وفي حديث آخر: «مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوْ انْتَهَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ الْمُتَتَابِعَةُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ»⁵، وفي قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ -أيضا-: «مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوْ انْتَهَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ، لَا يَقْبَلُ اللَّهُ مِنْهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ صَرْفًا وَلَا عَدْلًا»⁶.

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

المجتمع وعليه لم تبقى المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري⁷ على إطلاقها بل أصبحت نسبية وهذا على إثر انضمام الجزائر إلى اتفاقية حقوق الطفل⁸ وتعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم له⁹. 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 أثرها قانون جنسية الكفيل».

وتطبق نفس الأحكام على التبني.»

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري تعامل مع التبني في مجال قواعد الإسناد نفس معاملته للكفالة (فكلاهما يخضعان لنفس الأحكام من حيث تنازع القوانين)، إذ تحيل المادة 13 مكرر1 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 المسندة¹⁰.

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

هل إدراج المادة 13 مكرر1/2 في القانون المدني الجزائري يعتبر اعترافا من المشرع الجزائري بالتبني ولو ضمنا وبالتالي خالفت أحكام المادة 46 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 التبني وقت إجرائه.

ثالثا) إخضاع آثار التبني إلى قانون جنسية المتبني.

الخاتمة.

أولا) تعريف التبني :

للتبني معنيين أحدهما لغوي والأخر اصطلاحى .

(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 بنوة¹¹.

جاء في لسان العرب لابن المنصور، التبني: من بني جمع ابن مضافا إلى النفس، ويقال: تبنيته أي ادعيت بنوته. وتبناه: اتخذ ابنا، وقال الزجاج: تبى به يريد تبناه، وفي حديث أبي حذيفة: أنه تبى سالما أي اتخذ ابنه¹².

(2) المعنى الاصطلاحي:

عرف الدكتور فضيل إدريس¹³ 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 المتبني.

وعرفه الأستاذ عبد العزيز سعد¹⁴ على أنه، تزييف النسب (التبني) هو ادعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه وإعطائه نسب شخص آخر.

أما الدكتور بلحاج العربي¹⁵، عرف التبني: هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف بالنسب ابنا له .

كما عرف جانب من الفقه¹⁶ التبني هو أن يعمد رجل إلى ولد معروف النسب إلى أبيه فينسبه إلى نفسه.

وعرفته الجمعية العامة للأمم المتحدة¹⁷ 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 متبني 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 مربى له فيقوم بتبنيه حفاظا عليه من الضياع¹⁸.

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

(أ) الإقرار¹⁹ 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 المقرب ابنًا للمقر وأن خلق من مائه سواء أكان اعتبر أتما 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 للرجل²⁰.

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) الكفالة والتبني²¹: يفهم من خلال فحوى المادة، الكفالة هي التزام تطوعي يقوم به الشخص الكافل برعاية المتكفل به وحفظه والسهرة 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 أجازته الورثة الشرعيين.

أما التبني يمنح حق اكتساب الولد المتبني لقب الأب المتبني، وبالتالي له الحق في الميراث مثله مثل الابن الصلبي وهذا يعتبر تعدي 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 بقُدسية الأسرة التي ينتمي إليها.

(ج) الحضانة²² 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

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 الحضانة²³.

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 ترتب شيئا من ذلك إذا كانت بيد غير الوالدين.

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

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

مثلا يشترط التشريع التونسي²⁴ أن يكون طالب التبني راشدا، وأن يتمتع بالأهلية القانونية وأن يكون متزوجا أو توفيت زوجته أو طلقها، وأن يكون الطفل المتبني قاصرا سواء كان ذكرا أم أنثى، كما اشترط ألا يقل فارق السن بين طالب التبني والمتبني عن 15 سنة يوم إصدار الحكم بالتبني، مع ضرورة حضور والدي المتبني أو ممثل السلطة الإدارية إذا كان المتبني مودعا لدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية أمام مكتب القاضي وكذلك الأمر بالنسبة لطالب التبني وزوجه. وفي تحديد القانون الواجب التطبيق على صحة التبني راعى المشرع الجزائري في المادة 13 مكرر1/2 مسألتين²⁵:

1) إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري يتعلق بصحة التبني، يتعين عليه تطبيق قانون جنسية كل من الطرفين، فيخضع المتبني لقانون جنسيته ويخضع المتبني لقانون جنسيته، ومادام الأمر يتعلق بإنشاء علاقة قانونية بين الطرفين وتتمثل في عقد التبني وحتى يكون هذا الأخير صحيحا لا بد من الرجوع إلى قانون جنسية كل طرف في العقد²⁶. 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 والمتبني الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون جنسيتهما²⁷، ضف إلى ذلك أن التبني ينتهي إلى الأحوال الشخصية التي تعتبر موضوعا متعلقا بالنظام العام²⁸.

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 وهو إبرام العقد.

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

في مجال التنازع المتحرك²⁹ الذي قد يثار بخصوص التبني، مثل ما فعل في المادة 17 مكرر الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري وكذا المادة 17 مكرر1 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 احتمالات³⁰ أمام القاضي الوطني الجزائري.

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

(2) في حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبني يسمح بالتبني، وقانون جنسية المتبني لا يسمح بذلك مثال عن ذلك المتبني شخص تونسي والمتبني قاصر من جنسية جزائرية فإنه لا محال القاضي الجزائري يرجوعه إلى المادة 46 من قانون الأسرة لا يأذن بالتبني، إذن مضمون المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري احترام 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 الجزائري³¹، يرى أن المادة 13 مكرر1/2 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 طبقاً لقواعد الإسناد المنصوص عليها في المادة 13 مكرر1/2.

هذا الرأي صحيح من حيث مبدأ شخصية القوانين الذي جاء استثناء على مبدأ إقليمية القوانين، ولكن بالمقابل يصطدم هذا الرأي مع شرط أساسي وهو أن تطبيق مبدأ شخصية القوانين أو امتداد 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 الجزائري³².

وقد يثار السؤال التالي، هل المشرع الجزائري لما أدرج المادة 13 مكرر1/2 ضمن قواعد الإسناد كانت نيته تتجه إلى نظام تبني بسيط المنصوص عليه في القانون المدني الفرنسي المعدل والمتمم³³ على أن هذا الأخير شبيهه بنظام الكفالة؟

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

الحالة الأولى) التبني البسيط³⁴ L'adoption simple: يكون قابلا للإلغاء³⁵ لأسباب خطيرة تتعلق بالمتبني أو المتبني³⁶ كما لم يشترط المشرع الفرنسي في هذا النوع من التبني السن كشرط أساسي مع إبقاء الاتصال بأسرته الحقيقية (والديه بالدم)³⁷، كما أن للطفل المتبني نفس الحقوق والواجبات كالطفل البيولوجي من حيث: (انتقال الميراث، كما تؤول السلطة الأبوية للوالدين بالتبني) بالمقابل يحتفظ المتبني بحقوقه في الميراث من عائلة أصلية³⁸. مع إمكانية إضافة لقب المتبني 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 للإلغاء³⁹ كما تنقطع علاقة المتبني مع أسرته بالدم تماما ويحمل الطفل المتبني 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 الأقل⁴⁰.

إذا كانت نية المشرع الجزائري من خلال المادة 13 مكررا 2/1 تتجه إلى اتباع نظام التبني المطبق في فرنسا ولو كان نظام التبني البسيط، لأن هذا الأخير يَبقى نسب الطفل المتبني لأسرته الأصلية لكن هذا لا يعني أن التبني البسيط شبيه بنظام الكفالة⁴¹، لأن نظام التبني البسيط يمنح للطفل المتبني 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 الجزائري⁴² هو كل من له قرابة بالهالك ويشترط فيه أن يكون حيا ولو كان جنينا وأن 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 وفقا للشروط الموضوعية التي تطلبها القانون الفرنسي⁴³.

فما هو موقف القضاء الجزائري بخصوص مسألة التبني؟

فلا بد أن نميز ما بين مرحلتين:

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

أصدرت المحكمة العليا⁴⁴ في العديد من قراراتها بإلغاء التبني وإبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة سواء كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية وذلك بسبب مخالفتها للنظام العام الجزائري.

(2) المرحلة ما بعد صدور قانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري⁴⁵:

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

إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري (بخصوص العلاقة التي نشأت ما بين المتبني جزائري والمتبني فرنسي) يرجع في صحة التبني إلى قانون جنسية الطرفين طبقا لنص المادة 13 مكرر 2/1 من القانون المدني الجزائري ، والمتبني في هذه الحالة من جنسية جزائرية فحتى وإن تعددت جنسيته وكانت الجنسية الفرنسية هي الفعلية، يتعين على القاضي الجزائري تطبيق القانون الجزائري تماشيا مع نص المادة 2/22 من القانون المدني الجزائري⁴⁶ (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 أثار التبني لقانون جنسية المتبني وإذا ما فضل الجنسية الجزائرية فعليه أن يخضع لأحكام القانون الجزائري، لاسيما أن الأثار مستمرة لمدة طويلة⁴⁷.

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 الجزائر والذين يسمح لهم قانونهم الداخلي بالتبني، وعليه فلا يجوز لهم المطالبة أمام القاضي الجزائري أو موثق إبرام عقد التبني أو الإذن به.

إذن المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري جاءت عامة لا تقبل الاستثناء، وكل قرار بغير ذلك يعد مخالفا للنظام العام الجزائري ويتعرض لعقوبة جزائية المنصوص عليها في المادة 1/217 من قانون العقوبات الجزائري⁴⁸ : «يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس سنوات (5) وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم انه غير مطابق للحقيقة».

وعليه فإن المادة 13 مكررا 1/2 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 تشريعتين (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 الجزائرية بقوة القانون وبمقتضى حكم الشريعة الإسلامية باعتبارها دين الدولة الجزائرية بحكم الدستور الجزائري⁴⁹، 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 13 مكررا 1 الفقرة الثانية مخالفا للنظام العام في حد ذاته؟

إن فكرة النظام العام⁵⁰ معروفة في القانون الداخلي، فجميع المسائل التي نظمها المشرع بقواعد أمرت 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 الجزائر⁵¹.

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 الأمرة، 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... الخ⁵²، 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 الأمرة 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 لا بد من أن يتوافر مقتضى من مقتضيات النظام العام، ويقضى 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 بكامله⁵⁴.

وهذا القول الأخير ينطبق على المادة 13 مكرر1/2 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 13 مكرر1/2 بسبب انتفاء الاشتراك القانوني بين قانونه والقانون الأجنبي المختص؟

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

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 جوهرى يقرره قانون القاضي فإن الحد الأدنى للاشتراك القانوني ينعدم أو يتصدع، فاعتبار الزواج ما بين المثليين صحيحا في التشريع الفرنسى 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 أعمال الأثر الإيجابي للنظام العام وذلك بتطبيق نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

ثالثا) إخضاع آثار التبني إلى قانون جنسية المتبني:

باعتبار عقد التبني تصرف قانوني ينتج عنه آثار 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 المتبني⁵⁵.

وطبقا لنص المادة 13 مكرر1/2 من القانون المدني الجزائري، أخضع المشرع الجزائري آثار التبني إلى قانون جنسية المتبني لأنه من غير الممكن إخضاع الآثار لكلا من القانونين⁵⁶.

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 13 مكرر1/2 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 بنشئها في دولة القاضي ولكن يمكن قبول الاحتجاج

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 بأثاره متعارضا مع النظام العام ولتوضيح ذلك نضرب المثال الآتي :

- النظام الفرنسي ينفر من فكرة تعدد الزوجات، وعلى ذلك فإن 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 متعارض 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 بأثاره هذا الزواج في فرنسا.

ويتضح من هذا المثال أنه على الرغم من كون إنشاء العلاقة (الزواج بالأخرى مع عدم انحلال الزواج الأول) يعد متعارض مع النظام العام في فرنسا، إلا أن التمسك بأثارزواج 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 1860/02/28 أين 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 العام⁵⁷ مثل النفقة الغذائية وقسمة تركة لزوج متعدد أبرم في الخارج.

يستفاد من ذلك أن الأثر المخفف للنظام العام يعني انه إذا كان إنشاء العلاقة متعارض مع النظام العام فان التمسك بأثارها لا يكون بالضرورة متعارض 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 بأثاره 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 بأثار العلاقة، ولذلك فانه إذا ترتب على أعمال 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

مخالفة للمادة 46 من قانون الأسرة الجزائري كما أشرنا سابقا، وقد تصطدم بالمادة 605 الفقرة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵⁸ 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 الجزائري⁵⁹، 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 أجنبيا موجودين على إقليم الوطني أن يطبق التبني معتبرا في ذلك القاضي ما هو إلا عبارة عن سلطة فقط تقوم بتطبيق القانون الأجنبي على أفراد أجنبيا لا غير دون اعتراف منها بتبني هذا النظام وتطبيقه على مواطنها.

ولكن رغم ذلك يبقى تطبيق المادة 13 مكررا 2/1 سالفه الذكر يصطدم مع النظام العام والآداب العامة الجزائري الذي يحرم تطبيق التبني على المقيمين بالجزائر سواء كانوا أجنبيا 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 مكررا 2/1 من القانون المدني الجزائري كقاعدة إسناد، فلا يوجد أي مبرر لإدراج هذه المادة لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة، ولو أنها تطبق إلا على الأجنبيا 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.

الهوامش:

- 1 قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية/العدد 15، 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 تهي 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)، وأحمد 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 والمصادقة على اتفاقية حقوق الطفل 1992/12/19، الجريدة الرسمية / العدد 91، المؤرخة في 23/12/1992.
- 9 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005.
- 10 محمد حبار، القانون الدولي الخاص، دار الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 50.
- 11 حكيمة الحطري ، مداخلة بعنوان كفالة الأطفال المهملين بين الضوابط القانونية والواقع المعاش ، أقيمت 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 والقانون 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 والطلاق ، 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 والطلاق) ، 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 والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي اعتمدا ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 41/85 المؤرخ في 3 كانون الأول/ ديسمبر (1986).
- 18 أمال علال ، التبني والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون 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 التبوع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي.»
- 22 تنص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن: « الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا.»
- 23 فضيل سعد، المرجع السابق، ص 224.

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

- 24 القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.
- أنظر من الفصل 8 إلى الفصل 12 من القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.
- 25 كمال آيت منصور : إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، كلية الحقوق ، بجاية ، مجلة سداسية ، العدد الثاني ، (2010) ، ص 152.
- 26 وهو ما كرس في المادة 11 من 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. ويثار 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 والكفالة ، 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 370/1 du code civil Français, (ordonnance n° 2016-131).
- 37 H Christèle clément, L'adoption, Fiche de niveau 3. Droit de la famille/ Filiation/ juillet (2007) [www. France- jus. ru/ upload/fiches_fr/L%20adoption.pdf]. p.1, (2007).
- 38 Article 364 du code civil Français, ordonnance n° 2016-131
- 39 Hélène Gaudemet, Tallon, Op. Cit, p.569.
- 40 Article 354 du code civil Français, (ordonnance n° 2016-131).
- 41 Récemment, 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 والمتمم.
- 43 كمال آيت منصور، المرجع السابق ، ص 154.
- 44 رقم القرار 23949، الصادر بتاريخ 18-01-2000 ، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث 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 أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع الذي تناول العقد المشوب بالبطلان.

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

- ومتى تبين - في قضية الحال- الطاعن قدم إمام قضاء الموضوع شاهدي نذاكر إبان المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة سنة 1997 وبذلك 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 وعرضوا 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 الموارث للمحكمة العليا المجلة القضائية ، العدد الخاص ، 2001، ص 5،6.

دعوى إبطال التبني - تكييفها على أنها دعوى نفي النسب - خطأ في تطبيق القانون والشريعة (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 24/12/1985 وناقشوا دعوى إبطال التبني كأنها دعوى نفي النسب وطبقوا عليها قاعدة الولد للفراش مع انه لا يوجد أي فراش في التبني ، فبقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه قرار رقم 246925، الصادر بتاريخ 21/11/2000 ، عن غرفة الأحوال الشخصية و الموارث 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 وقانونا.

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

- قرار رقم 256259 ، الصادر بتاريخ 23/01/2001 ، عن غرفة الأحوال الشخصية و الموارث 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 ولو أن العقد فيحد ذاته كان صحيحا شكلا ، و يجوز أيضا إبطال العقد عندما يكون محرر بصفة غير قانونية ولو كان تبنياته صحيحة.

45 لم نجد أي حكم / قرار قضائي سواء على مستوى المحاكم أو المجالس القضائية أو المحكمة العليا عالج مسألة التي تناولتها المادة 13 مكررا 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 والمتمم 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 والاجتماعي 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 كالاقتصادية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ 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 الجزائريين الدفعة السابعة عشر (17)، (2009)، ص 13.

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

تعارض المادة 13 مكررا 1 الفقرة الثانية من القانون المدني
الجزائري مع النظام العام الوطني

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 6^{édition}, 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 والإدارية ، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أبريل (2008).

59 محمد حبار ، المرجع السابق، ص 242.