

التبني بين التحريم الشرعي والقانوني والاعتراف بصحته وإقرار آثاره في قواعد الإسناد

Adoption between religious and legal prohibition
and recognition of its validity and recognition of its effects in the rules of attributionخالدي صفاء هاجر¹

جامعة غرداية

khaldi.safahadjer@univ-ghardaia.dz

تاريخ الوصول 2022/07/18 القبول 2022/11/09 النشر على الخط 2023/01/15

Received 18/07/2022 Accepted 09/11/2022 Published online 15/01/2023

ملخص:

رغم النص على تحريم التبني شرعا وقانونا في العديد من الدول الإسلامية، إلا أننا نجد البعض منها أقرت صحته وترتيب آثاره في بعد القانون الدولي الخاص، وذلك تحسبا لوجود العنصر الأجنبي المقيم في إقليمها، كما فعل المشرع الجزائري من خلال المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، وعليه بات من الممكن اللجوء إلى القاضي الجزائري للوقوف على صحة العلاقة عند المنازعة بشأنها، وصار بإمكان ذوي المصلحة التمسك بآثار هذه العلاقة أمامه.

وإزاء هذا الموقف الغريب من المشرع الجزائري برزت إشكالية الدفع بالنظام العام في مسألة التبني سواء في الإقرار بصحته أو ترتيب آثاره، خاصة إذا علمنا أن التشريع الداخلي لدولة القاضي حرم التبني شرعا وقانونا من خلال المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، ومن جهة أخرى حتى ولو فرضنا ان العلاقة نشأت صحيحة في بلدها المقر بها فالأكيد أنه يترتب عليها آثار وحقوق، وهنا تطرح فكرة الحقوق المكتسبة الواجبة الاعتبار في بُعد القانون الدولي الخاص، لكن من شأن هاته الحقوق المساس بمبادئ المجتمع كموانع الزواج والإرث والنفقة فما مصير فكرة الدفع بالنظام العام في مسألة التبني عموما؟

الكلمات المفتاحية: التبني - النظام العام - قواعد الإسناد - الحقوق المكتسبة.

Abstract:

Despite the text prohibiting adoption in many Islamic countries, we find that some of them have been validated in private international law, as the Algerian legislator did through Article 13 bis 1 of the Civil Code. Accordingly, stakeholders can adhere to the effects of this relationship before the Algerian judge. The strange position of the Algerian legislator The problem of pushing public order in the matter of adoption arose, especially since he prohibited adoption through Article 46 of the Algerian Family Code. Here the idea of acquired rights is raised in the dimension of private international law, which affects the principles of society, so what is the fate of the idea of pushing public order in the issue of adoption generally?

Keywords: Adoption - public order - rules of attribution - acquired rights.

1. مقدمة:

لا يعد التبني من المسائل القانونية الحديثة، ولا يكاد يخلو تشريع غربي من تنظيمه، لكنه كان ومازال يطرح جملة من المشكلات في الدول العربية ذات المرجعية الإسلامية التي لا تُقر قوانينها هذا النظام، وتعدد أوصاف التبني بين التبني الدولي والوطني، والذي يهمنا في دراستنا هو التبني الدولي أي الذي له أبعاد دولية، والذي يثير مشكلة القانون الواجب التطبيق عليه لوجود العنصر الأجنبي في العلاقة، وإذا كان القانون الواجب التطبيق يعترف بالتبني، فإن الأمر يجزنا إلى مدى الاعتراف بآثار علاقة التبني في البلد الذي لا يعترف به (الدول الإسلامية) والتي يمكن أن يصطدم فيها بفكرة النظام العام في دولة القاضي.

ولكن ما آثار التساؤل هو أنه من المعروف أن المشرع الجزائري حرم التبني صراحة في قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 46 ق إ ج¹: " التبني محرم شرعا وقانونا"، والمادة 605 قانون إجراءات مدنية وإدارية² التي تمنع تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، لكنه نجد بالمقابل تناول تنظيمه من خلال قواعد الإسناد في القانون المدني الجزائري، من خلال نص المادة 13 مكرر 1:

" يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والكفول وقت إحرائها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل. وتُطبق نفس الأحكام على التبني"، وعليه، ومن خلال النص ألا نلاحظ أن تنظيم المشرع لمسألة التبني هو ضرب وتجاوز لمبادئ النظام العام، عندما يجد القاضي الوطني نفسه يُطبق القانون الأجنبي المعترف بالتبني في بلده الذي يعتبر الاعتراف به مساسا بالنظام العام، والمعلوم أن الأمر لا يقف هنا مادام الاعتراف به يترتب عليه آثارا أخرى كثبوت نسب الإرث، ونفقة ومانع زواج وجنسية... وأمام هاته الخطوة التي اتخذها المشرع الجزائري من خلال تعديله للقانون المدني، ألا يجد القاضي نفسه في صراع بين تحريم التبني من جهة، وبين إجبارية تنظيم أحكام صحته والاعتراف بآثاره في بلده من جهة أخرى، فلم هذا التناقض في أحكام التبني، وحتى وإن قلنا أن الاعتراف به على سبيل المجاملة الدولية وضرورة فرضتها العلاقات الدولية، أيستحق هذا الأمر خرق النظام العام وفي بلد إسلامي؟ ألا يجزنا الأمر للاعتراف مستقبلا بنظم قانونية شاذة في دولة القاضي كالزواج المثلي ونسب ولد الزنا؟ وبكل هذا ألا يجزنا الأمر لإلغاء فكرة الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية متى كانا طرفي العلاقة أجنبيا ويُقر قانونهما الشخصي هذه الممارسات؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن المناسب لتحليل النصوص القانونية ومقارنة حكم الشريعة في مسألة التبني مع ما جاء في قانون الأسرة الجزائري وقواعد الإسناد.

2. تعريف التبني: يعد التبني مسألة معروفة عند القدماء، فقد عرفه اليونانيون والرومانيون والفرس والمصريون القدماء وحتى لدى الآشوريين والبابليين، كما عُرف عند العرب قديما في الجاهلية، حيث كانوا يجعلون للابن المتبني من الحقوق ما للابن الشرعي،

¹ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 جوان 1984 م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005.

² القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق ل 25 فيفري 2008 م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية عدد 21 ، 2008م.

كالميراث¹، وبقي نظام التبني معترف به إلى وقتنا الحالي عبر مختلف التشريعات خاصة الغربية، وبالمقابل حرّمته الدول ذات المرجعية الإسلامية عدا تونس.

1.2 . تعريف التبني لغة:

جاء في لسان العرب التبني من بني جمع ابن مضاف إلى النفس، ويقال تبنيته إذا ادّعى بنوته، وتبناه اتخذه ابناً، ومن المعنى اللغوي للتبني يوجد فرق بين بين قوله ادّعى بنوته واتخذه ابناً، فأما ادّعى بنوته فهو أن يدعي شخص بنوة غلام مجهول النسب، فالادّعاء إخبار يحتمل الصدق أو الكذب، أما اتخذه ابناً فهو أن يتخذ شخص غلاماً معروفاً نسبته ابناً له، فالإتخاذ افتعال من الأخذ، وهو استثناء لا يحتمل الصدق أو الكذب.²

2.2 . تعريف التبني اصطلاحاً:

هو عقد يُنشئ بين شخصين علاقات صورية ومدنية محضة لأبوة وبنوة مفترضة، ولذلك يكون فيمن له أبوان معروفان، فهو يماثل ما كان عند العرب في الجاهلية وقضى عليه الإسلام³، وجاء في المادة 20 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1980 في الفقرتين "ب" و "ج" :

ب- تضمن الدول الأطراف وفقاً لقوانينها الوطنية رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.

ج- يمكن أن تشمل هذه الرعاية في جملة أمور كالحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي أو التبني أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال... إلخ.

وهنا جاء قوله تعالى " وَمَا جَعَلَ أَذْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ"⁴ وقوله تعالى " ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ"⁵.

ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواله فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين"⁶.

3. تمييز التبني عما يشاكله من المصطلحات

يحظى الطفل بأنواع من الرعاية حسب وضعيته كالكفالة والحضانة والإقرار والتبني، وقد يحدث أن تتشابه وتتداخل هاته المصطلحات في أمور معينة، لكن تجب الإشارة إلى وجود بون واسع بين هاته الأنظمة كالتالي:

¹ بليغ حمدي محمود الخياط، النظام القانوني للتبني وأثره في مواجهة النظام العام، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، جمهورية مصر العربية، المجلد 4، العدد 2، 2018، ص 6.

² ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، ط 1، ج 1، ص 756.

³ أنس محمد حسن ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 207.

⁴ سورة الأحزاب، الآية 4.

⁵ سورة الأحزاب، الآية 5.

⁶ ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، كتاب الحدود، باب من ادّعى إلى غير أبيه، حديث رقم 2599، المكتبة العلمية، بيروت، ج 8، ص 34.

1.3. الفرق بين الكفالة و التبني:

جاء في قانون الأسرة الجزائري: الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابه، وتتم بعقد شرعي، وما تجدر الإشارة إليه أن الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلومه¹، فإذا كان الولد المكفول معلوم النسب ودب أن يحتفظ بنسبه الأصلي، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية²، ومن مواد الكفالة وتطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية فإن المكفول يبقى أجنبياً عن الأسرة التي تكفلها فلا يحق له إرث ويبقى له الوصية أو التبرع في حدود الثلث من الكفيل³، لكن بالمقابل فإن التبني يمنح الإبن المتبني حقوق الإبن الشرعي من ميراث وغيره وهذا ما فيه مساس بحد من حدود الله، كما يؤدي التبني إلى اختلاط في النسل والمساس بقدسية الأسرة التي ينتمي إليها⁴.

2.3. الفرق بين التبني والحضانة:

يُراد بالحضانة تربية الطفل وتدريب شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانوناً وحمايته ووقايته مما يضره⁵، والملاحظ أن الحضانة الحضانة إن كانت تنشأ بحكم قضائي إلا أنه لا يترتب عنها فقدان المحضون لنسبه الأصلي.

3.3. الفرق بين التبني والإقرار:

عرف ابن حزم الإقرار: "الإقرار هو إخبار بحق ذكره وليس عطية ولا وصية"⁶، وبوقوع الإقرار يثبت النسب وتجب جميع واجبات الأبناء والآباء والعكس من توارث ونفقة وأجرة ورضاع وحضانة وحرمة مصاهرة وغيرها، أما التبني فلا يعترف به الإسلام ولا يثبت أبوة ولا أي علاقة شرعية بين المتبني والمتبني⁷.

4. شرح المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري

تكلت المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري عن التطبيق الموزع فيما يخص صحة التبني وعن قانون جنسية المتبني فيما يتعلق بآثار التبني.

1.4. التطبيق الموزع على صحة التبني وقت إجرائه:

يقصد بالتطبيق الموزع هو قانون جنسية كل من طالب التبني والمطلوب تبنيه، فالبنوة بالتبني تتصل بحالة كل من طرفي رابطة التبني، وهنا لا وجه لتغليب قانون أحدهما على الآخر، وفي هذا السياق يكون للقانونين كلاهما صلاحية حكم رابطة التبني، وهو الرأي الذي طبقته جل التشريعات بما فيه من ضمان لحقوق طرفي التبني، وعند تطبيق هذين القانونين، فيجب تطبيقهما تطبيقاً موزعاً، بحيث يكفي لاعتبار التبني صحيحاً أن تتوفر في كل طرف منهما الشروط التي يتطلبها قانونه الشخصي، وهذا التطبيق

¹ المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

² راجع قانون الحالة المدنية المادة 64 منه.

³ المادة 123، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

⁴ محمودي فاطمة، تعارض المادة 13 مكرر الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري مع النظام العام الوطني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 2، العدد 6، جوان 2017، ص 192.

⁵ نبيل اسماعيل رسلان، حقوق الطفل في القانون المصري مقارنة بالشريعة الإسلامية، 1998، ص 91 وما بعدها.

⁶ أبي محمد علي ابن أحمد ابن سعيد ابن حزم الظاهرين الحلي شرح المجلى، تحقيق أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1997، ج 9، ص 63.

⁷ راجع أنس محمد ناجي، مرجع سابق، ص 194-207.

التوزيعي هو الذي يكفل تطبيق قانون كل من الطرفين في وقت واحد، وفي ذلك ضمانا لحماية الطرفين ورعاية مصالحهما، لكن هذا لا يمنع من اللجوء إلى تطبيق الجامع عندما يتعلق الأمر بموانع التبني، كاختلاف الدين وغياب الأبوة والأمومة الطبيعية، فإتمام التبني هنا يكون مستحيلا في هذه الحالات، والتطبيق الجامع هو إدماج أحكام قانون طرفي علاقة التبني وتطبيقهما مجتمعة على كل من طالب التبني والمطلوب تبنيه، إلا أن هذا الحل يثير الصعوبة بالنظر لاختلاف مضمون القوانين بين الدول والذي يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشددا¹.

وإعمالا للمادة 13 مكرر 1 فإنه يطبق على التبني نفس أحكام الكفالة، وبالتالي يسري على صحة التبني قانون جنسية كل من المتبني والمتبني وقت إجراءاتها (التطبيق الموزع)، وعليه حتى يكون العقد صحيحا لا بد على القاضي المعروض أمامه النزاع الرجوع إلى قانون جنسية كل من الطرفين واستيفاء الشروط الموضوعية فيهما، وعليه، فعندما يُعرض نزاع ذو عنصر أجنبي فعلى القاضي الجزائري وإعمالا للمادة 13 مكرر 1 أن يقضي بما يلي:

أ- إذا كان قانون جنسية طرفي علاقة التبني يرفض التبني، فإن القاضي الجزائري يرفض كذلك الإذن بالتبني حسب قانون جنسيتهما.

ب- إذا كان قانون جنسية أحد طرفي علاقة التبني يقبل بالتبني والآخر يرفضه، فهنا يكون القاضي الجزائري رفض التبني إعمالا لقانون جنسية رافض التبني.

ج- في حالة كون كل من جنسية طرفي علاقة التبني يسمح بالتبني، فإنه على القاضي الجزائري وإعمالا للمادة 13 مكرر 1 قبول التبني والسماح به.²

لكن نلاحظ أنه بإعمال هذا العنصر الأخير وقيام القاضي بتطبيق الحكم الأجنبي الذي يعترف بالتبني، فما محل المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو يثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

ونطاق إعمال هذا القانون ينصرف إلى الشروط الموضوعية اللازمة لصحة انعقاد التبني وكذلك الشروط الشكلية، مادامت هذه الشروط تعتبر متممة للأهلية، ومفادها أن يستند طلب التبني إلى سبب مشروع، وأن تترتب عليه مزايا للمطلوب تبنيه، وأن لا يقل عمر طالب التبني عن سن معينة، وأن يكون الفارق بين عمره وعمر المطلوب تبنيه قدرا معينا من السنوات، وأن لا يكون لطالب التبني ذرية شرعية ولا يكون المطلوب تبنيه ولده الشرعي، كما يشترط موافقة الزوج الآخر إذا كان طالب التبني متزوجا، وأن يوافق أبواه أو أحدهما على التبني إذا كانا على قيد الحياة، وأن التوكيل لا يجوز في الموافقة على التبني، كما لا يجوز الرجوع فيه، وأن لا يُبنى شخص لأكثر من واحد إلا أن يكون طالبا للتبني زوجين، كما يبين عقد التبني الحقوق والالتزامات المترتبة عليه.³

¹ راجع فراس كارم، أسلم سالم عبد الكريم، تنازع القوانين في التبني (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، 2017، ص 276-275.

² فاطمة محمودي، مرجع سابق، ص 194.

³ راجع: بليغ حمدي، مرجع سابق، ص 47.

2.4 . إخضاع أثر التبني لقانون جنسية المُتبني حسب المادة 13 مكرر 1:

باعتبار التبني تصرف قانوني، فإنه يُرتب جملة من الحقوق والواجبات على عاتق طرفيه، أي يُرتب آثارا معينة، فتقع على المتبني كل الواجبات والالتزامات التي تقع على الولي، وبالمقابل يكون للمتبنّي الحق في النسب واللقب وإرث متبنيه، كما يعتبر التبني مانعا من موانع الزواج وغيرها¹، وجاء في المادة 13 مكرر 1 أنه يسري على آثار التبني قانون جنسية المتبني، وذلك بهدف توحيد هذا القانون وتركيزه في رب العائلة على نحو ماهو متبع بشأن آثار الزواج.

5. التبني وفكرة النظام العام في دولة القاضي

التساؤل الذي يطرح نفسه إلى أي مدى يمكن التدخل باسم النظام للحيلولة دون نشأة علاقة التبني، أو حتى ترتيب آثارها؟ تعد فكرة النظام العام الفصيل في العديد من الأمور التي قد تزعزع استقرار وأمن المجتمع، وعليه فعندما يقر القاضي إزاء الفصل في نزاع معين ذا عنصر أجنبي أعمال القانون الأجنبي أن يراعي عدم تعارض أحكام هذا القانون مع النظام القانوني في دولته، ولا المساس بالمبادئ والقيم الجوهرية في دولته وذلك تحت مُسمّى عدم التعارض مع النظام العام.

1.5 . مفهوم النظام العام:

أ- المقصود بالنظام العام: يعرف النظام العام بأنه مجموع الأسس والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع في وقت معين من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية، وعليه ففكرة النظام العام فكرة نسبية مرنة تختلف في الزمان والمكان ولا يمكن إعطاؤها تحديدا دقيقا.

ويكون جزاء مخالفة النظام العام استبعاد القانون الأجنبي المختص كلياً أو جزئياً في حدود المخالفة، سواء فيما يُنشؤه ذلك القانون من مراكز قانونية جديدة، أو يقره من اعتراف بحقوق مكتسبة، ومبدأ الدفع بالنظام العام مبدأ مقرر في كل الأنظمة القانونية، ولكن يتم التخفيف من آثاره إذا كانت المخالفة غير مباشرة تحت فكرة الأثر المخفف للنظام العام²، وعليه، وتطبيقاً للمادة 24 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر، هل يمكن الدفع بالنظام العام واعتبار مسألة التبني مسألة جوهرية تمس كيان المجتمع وخاصة أنه محرم شرعا وقانونا بالمادة 46 من قانون الأسرة الجزائري؟.

ب- استحالة تحديد مجال الدفع بالنظام العام: يعد من الصعوبة بمكان تحديد مختلف الحالات التي يتم فيها الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي، فمن الفقهاء من اعتبر أن القانون الأجنبي يعد مخالفا للنظام العام إذا اشتمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي، مسألة التبني التي نص المشرع على حرمتها وبرمتها ودون تفصيل فيها، واعتبره آخرون مخالفا للنظام العام إلا تعارض مع السياسة التشريعية للدولة، وآخرون إذا كان يصطدم بمبادئ القانون الطبيعي³.

وما يمكن قوله هنا أن فكرة النظام العام هي مسألة نسبية تأخذ أشكالا مختلفة من دولة لأخرى، وهو أمر طبيعي نظرا لاختلاف الدين والقيم والأفكار وفلسفة الحياة والنظام الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي، ومثاله اعتبار القانون الجزائري الذي يحرم زواج المسلمة بغير المسلم مخالفا للنظام العام الفرنسي.

¹ جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، بدون بلد، 1962، ص 406.

² الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، بدون بلد، ط1، 2010، ص 13-14.

³ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 170 - 171.

وقد تتغير ظروف الدولة وأوضاعها وتبعاً لذلك يتغير مفهوم النظام العام، فلا يعد ما كان مخالفاً للنظام العام سابقاً مخالفاً للنظام العام في الحاضر، والعكس كذلك صحيح، ففكرة النظام العام تمتاز بعدم الاستقرار والثبات والخصوبة والمرونة والقابلية للتطور¹، وهذه النسبية في مفهوم النظام العام تدفع القاضي إلى الاعتداد به في وقت الفصل في النزاع وليس وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع، وهنا يمكن القول بأن مسألة النسبية في مفهوم النظام العام بتغير الزمن والوضع لا يمكن تطبيقه في موقف القاضي من تعديل المادة 13 مكرر 1 وإقحام مادة التبني وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه سواء بالنسبة لصحته أو لآثاره، ففكرة تحديد القانون الواجب التطبيق عليه لا يعد اعترافاً منه بالتبني والمادة 46 م القانون المدني الجزائري مازال معمول بها.

ج- التمييز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي: يكمن الفرق بينهما في أن الهدف من النظام العام الداخلي هو استبعاد تطبيق اتفاقات الأفراد المخالفة للنصوص الآمرة، أما في بُعد القانون الدولي الخاص، فالهدف من إعمال النظام العام استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية إذا كان في تطبيقه مساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني². ويجدر القول أن معيار الدفع بالنظام العام يجب أن يتوافق مع المنطق والضرورة، وأن يراعي عند استعماله خصوصيات المعاملات الدولية وحاجاتها، ويتعين على القاضي أن يكون متفتحاً على القانون الأجنبي ومتفهماً لدور قاعدة الإسناد الوطني ودور الدفع بالنظام العام حتى لا يُبالغ في استعماله³.

2.5. مدى إمكانية الدفع بالنظام العام في صحة التبني وآثاره في القانون الجزائري:

أ- خضوع صحة التبني لقانون جنسية كل من المتبني والمتبني وفكرة الدفع بالنظام العام: يعد التعديل الذي عرفه القانون الجزائري في قواعد الإسناد خاصة المادة 13 مكرر 1، نلاحظ أنه مسألة التبني يصعب إعمال هذا الدفع وذلك نظراً لاعتراف المشرع بإمكانية نشأة هاته العلاقة، ومثل هذا التنظيم يحول دون التدخل باسم النظام العام للحيلولة دون نشأته، إذا كان القانون الشخصي لطرفي العلاقة يبيحه، ويبقى للقاضي الدفع به للحيلولة دون نشأة هذه العلاقة متى كان قانون أحد أطراف العلاقة يجرمه. لكن هذا لا يمنع من إعمال فكرة النظام العام إذا تعارض إنشاء هذه العلاقة مع النظام العام بالمعيار الإسلامي، فلو كان أحد أطراف العلاقة مسلماً فإنه لا يجوز الإقرار بهذا التبني حتى ولو كان قانونه الشخصي يسمح بذلك⁴، ويرى البعض أن إعمال التبني على الأجانب دون الجزائريين، ذلك أن القانون الجزائري يمنع التبني شرعاً وقانوناً حسب المادة 46 من قانون الأسرة، هذا الموقف وضع به المشرع نفسه في حرج عند تطبيق حكم التبني الذي يجرمه قانونه الداخلي متأثراً في ذلك بالأنظمة الغربية ومراعاة لمصالح الأجانب نتيجة للدعاءات الدولية⁵.

¹ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، ج 1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، 2000، ص 242.

علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1، 1993، ص 149.

² أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 174.

³ الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 243.

⁴ يحي زكريا الشامي، التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ص 381.

بليغ حمدي، مرجع سابق، ص 98.

⁵ عمار عمارة، محاضرات في مقياس تنازع القوانين في مسائل الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020،

2021، ص 47.

وإزاء هذا الوضع الشاذ الذي وضع المشرع فيه نفسه كان الأجدر به إبقاء مسألة التبني من الأمور التي فيها مساس بالنظام العام، وذلك إعمالاً لقوله تعالى: "وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ"¹، وتفسيراً للآية الكريمة أنه إذا كان اليهود أو النصارى موجودين في دولة مسلمة قائمة بأمر الله فإذا أثبتت مسألة فيها حكم الله واضح وجلي، فإنه يحكم بينهم بما أنزل الله تعالى، ومثاله إذا تحاكم اليهود أو النصارى لقاض مسلم في امرأة ورجل زنيا يقيم عليهما فيها حكم الله من حيث الاستثبات من الشهود ومن حيث الحد الذي يطبق، ودل على ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في اليهوديين الذين زنيا بأن يُرجمَا، والشاهد هنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بما تفيد شريعة المسلمين وأمورهم الخاصة يحال فيها إلى قضائهم، أما عند التقاضي أمام القاضي المسلم، فيحكم بينهم بما أنزل الله².

وجاء في قول لحفص ابن غياث عن مجالد ابن سعيد عن الشعبي عن جابر ابن عبد الله رضي الله عنهما "أن اليهود جاءوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم برجل منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اثنوني بأربعة منكم يشهدون"³.

ب- خضوع آثار التبني للقانون الوطني للمتبني وفكرة الدفع بالنظام العام: حسب المادة 13 مكرر 1 فإن آثار التبني يحكمها قانون جنسية المتبني وذلك إسقاطاً على الكفالة وقد كان لهذا النص مثيل في القانون المصري، فقد جاء في المادة 34 من مشروع القانون المدني المصري على أنه يرجع في المسائل المتعلقة بصحة التبني إلى قانون بلد من المتبني والمتبني، وفي المسائل المتعلقة بآثار التبني إلى قانون بلد المتبني، ولكن ألغيت هذه المادة وتم الاكتفاء بالمادة 911 من قانون المرافعات الصادر سنة 1949، التي عمدت إلى نفس القول، حيث أخضعت صحة التبني لقانون جنسية كل من المتبني والمتبني، وسكتت عن القانون الذي يخضع له آثار التبني، وإذا كان المشرع الجزائري أقر بصحة قيام التبني على إقليمه متى قانون كل من جنسية الكفيل والمكفول يسمح به، فإنه وبطريقة آلية سيُعترف بآثار هاته العلاقة من نفقة وإرث وموانع زواج وجنسية، وما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال قوله "يسري على آثارها قانون جنسية الكفيل وتطبق نفس الأحكام على التبني".

لكن السؤال الذي يُطرح هنا هل أن الإقرار بهاته الآثار يكون على إطلاقه، وبالتالي لا مجال لفكرة الدفع بالنظام العام أم أن للأمر ضوابط يجب الوقوف عندها؟

إن الإقرار بالتبني ينجر عنه الاعتراف للطفل المتبني بكل حقوق الإبن الشرعي، وعليه يترتب عنه ما يترتب على البنوة الشرعية من آثار.

¹ سورة المائدة، الآية 49.

² انظر مصطفى العدوي، سلسلة آيات الأحكام، تفسير آيات الأحكام، قوله تعالى "وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ"، انظر الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.youtube.com/watch?v=WXUTMQJRSik> عرض يوم 2017/01/3، تم الاطلاع عليه يوم 2022/04/7 سا 16.00.

- محمد بن صالح العثيمين، تفسير سورة المائدة. انظر الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.youtube.com/watch?v=p2-MlG8zWJU> تم الاطلاع عليه يوم 2022/04/9 سا 11.00.

³ راجع: شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2013، ص 216.

ب-1 - الحق في الإرث: بما أنه ينجر عن التبني لحق نسب المتبني بالمتبني فإنه يترتب عن الأمر الحق في الإرث والذي يقصد به انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية¹ ، وبالتالي يكون للقانون الوطني للمتبني المرجعية في معرفة أسباب الإرث وتحديد الورثة والأنصبة والموانع... إلخ، وبما أن المشرع الجزائري أقر بنشوء هاته العلاقة، فإنه لزاما على القاضي الإقرار بحق الإرث للمتبني على إقليمه، إذا كان قانون جنسية المتبني يقر بحق الإرث للمتبني، وبالتالي لا مجال للدفع بفكرة النظام العام هنا.

وهو الأمر الذي يترتب عنه شيوع أمورا لا تمت لقيمنا بصلة على إقليم دولة القاضي المسلم، فلو افترضنا أن المتبني تونسي مسلم وحدث نزاع بينه وبين ورثته المسلمين والشخص المتبني، فإعمالا للقانون التونسي المادة 15 منه التي تجعل الابن بمنزلة الابن الشرعي، فإن له الحق في الإرث، ويكون القاضي الجزائري حسب قانون جنسية المتبني مجبرا على الإقرار بحق الإرث للمتبني، وحرمان الورثة الشرعيين حسب قواعد الشريعة الإسلامية، ويكون القاضي هنا مجبرا على العمل بما يخالف عقيدته الإسلامية، ولا يمكنه الدفع باستبعاد القانون التونسي تحت غطاء مخالفة النظام العام، لأن المشرع الجزائري أقر بآثار التبني ومن ضمنها الإرث وأخضعها لقانون جنسية المتبني.

ب-2- موانع الزواج كأثر من آثار التبني: حتى ينعقد الزواج صحيحا يجب أن يكون كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤيدة أو المؤقتة، كالحرمات بسبب القرابة أو المصاهرة أو بسبب الرضاع، والحرمات مؤقتة كالحصنة والمعتدة والجمع بين الأختين أو المرأة وعمتها أو المرأة وخالتها أو زواج المسلمة مع غير المسلم²، لقوله تعالى " وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ"³، ولقد تناول المشرع الجزائري موانع الزواج في الفصل الثاني من الباب الأول من المادة 23 إلى المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري⁴، وموانع الزواج من الأحكام التي لا تختلف اختلاف الزمان والمكان ولا تقبل التغيير ولا التبديل وليس فيها مجال للاجتهاد⁵.

وإذا كانت موانع الزواج من آثار التبني في الدول التي تجيزه، فإن القاضي الجزائري يجد نفسه ملزم بتحريم الزواج بين المتبني والمتبني في إقليمه، ولا يمكنه إعمال فكرة الدفع بالنظام العام لإقرار هذا الزواج، إذ الأصل أنه لا علاقة للتحريم بين طرفين العلاقة ويجوز زواجهما وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وهنا يجد القاضي نفسه مضطرا لإعمال قواعد شاذة عن عقيدته وعن إقليمه ومخالفة لمبادئه وتكوينه الشرعي، ويخالف بذلك أحكام الشريعة الإسلامية مخالفة صريحة، وهي التي تقر هذا الزواج، ومثاله لو أراد فرنسي الزواج بابنته بالتبني أمام موثق جزائري واعترض من له هذا الحق، فإن القاضي الجزائري مطالب بقبول هذا الاعتراض، لأن

¹ محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص34.

² راجع سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الأصاله، الجزائر، ط2، 2012، ص 63-67.

³ سورة النساء، الآية 24.

⁴ راجع قانون الأسرة الجزائري.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، مقدمة الخطبة والزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002،

القانون الفرنسي يقر التبني وآثاره التي من بينها أنه يعد مانعا من موانع الزواج¹، لكن قبول هذا الاعتراض يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية على إقليم دولة القاضي المسلم.

ب-3- النفقة على المتبنى: بما أن علاقة التبني تفرض علاقة أبوة وبنوة مفترضة فإنه يترتب على هاته العلاقة وجوب الإنفاق على المتبنى، والمقصود بالنفقة هو ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن، وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج²، وتناول المشرع الجزائري مسائل النفقة بين الأب والولد في المواد من 75 إلى 80 من قانون الأسرة الجزائري³، وبما أن النفقة من آثار التبني، فإن قانون جنسية المتبنى هو المرجع في تحديد مستحقي النفقة وشروط استحقاقها وغيره من الأمور المرتبطة بها، وتعد مسألة النفقة مسألة حساسة، والقول بفكرة الدفع بالنظام العام فيها في علاقة التبني أقل حدة، فيمكن للقاضي الجزائري فيها اعتبارها مسألة ضرورية متعلقة بحياة إنسان على أرض دولته.

ب-4- جنسية المتبنى: إن الإقرار بعلاقة التبني يفرض على القاضي الإقرار بآثارها المتعلقة بجنسية المتبنى، إذا قد يأخذ فيها المتبنى جنسية المتبنى إذا كان قانون جنسية هذا الأخير يجيز ذلك.

6. خاتمة:

لقد فرض توسع العلاقات الدولية دخول علاقات قانونية جديدة وهجينة على أقاليم دول أخرى، تحرم في الأصل هاته النظم القانونية ومن بينها التبني ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى جملة من النتائج :

- التبني كنظام قانوني يفرض علاقة أبوة مفترضة بين طرفيه وبها ينزل المتبنى منزلة الإبن الشرعي له ما له من حقوق وعليه ما عليه من واجبات.
- تأثير علاقة التبني في بُعد القانون الدولي الخاص العديد من الإشكالات والصراعات بين الدول تقره والدول الإسلامية التي تحرمه.
- إقرار المشرع الجزائري للتبني من خلال المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري متى كان القانون الوطني لطرفي علاقة التبني يجيزه، إذ جعل صحة التبني يخضع لقانون جنسية كل من المتبنى والمتبنى وقت إجرائها، وعلى آثاره قانون جنسية المتبنى وذلك إسقاطا على الكفالة.
- تحريم التبني شرعا وقانونا من خلال المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، وإقرار صحته وآثاره في بُعد القانون الدولي الخاص من خلال المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، وذلك تحسبا لقيام هاته العلاقة بين أجنبى تقرر قوانينهم الوطنية هاته العلاقة وهم يقيمون على إقليم الدولة الجزائرية.
- إلغاء فكرة الدفع بالنظام العام فيما يتعلق بصحة التبني وآثاره متى كان قانون جنسية طرفي العلاقة يبيحها.

¹ راجع بليغ حمدي محمود الخياط، مرجع سابق، ص 136.

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 169.

³ راجع المواد من 75 إلى 80 من قانون الأسرة الجزائري.

وأمام موجة من الأنظمة القانونية الغربية والشاذة عن مجتمعنا، بات على المشرع الجزائري التدخل والرجوع إلى ما كان الأمر عليه قبل التعديل من جعل مسألة التبني من المسائل التي فيها مساس بالنظام العام، وذلك لحرمته الصريحة من جهة ولفتح الباب أمام العديد من الأمور غير الأخلاقية من الولوج إلى مجتمعنا كالزواج المثلي والإقرار بنسب ولد الزنا، وغيرها من الأمور التي تقرها الشرائع الغربية، لذلك كان لابد من :

- اعتبار التبني من المسائل التي فيها مساس بالنظام العام.
 - إقرار المشرع الجزائري حرمة في إقليمه، وإن كان طرفي علاقة التبني يبيع ذلك.
 - إغلاق الباب أمام أي ممارسات غريبة أو أنظمة قانونية شاذة على مجتمعنا كالتبني وإقرار نسب ولد الزنا والزواج المثلي.
 - تفعيل دور الدفع بفكرة النظام العام إزاء كل هاته الممارسات.
- وهنا أذكر نفسي وإياكم بقوله عز وجل " وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ".

7. قائمة المراجع:

المؤلفات:

- 1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 170 - 171.
- 2- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، كتاب الحدود، باب من ادعى إلى غير أبيه، حديث رقم 2599، المكتبة العلمية، بيروت، ج 8، ص 34.
- 3- ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، ط 1، ج 1، ص 756.
- 4- أبي محمد علي ابن أحمد ابن سعيد ابن حزم الظاهرين المحلى شرح المجلى، تحقيق أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1997، ج 9، ص 63.
- 5- الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، بدون دار النشر، بدون بلد، ط 1، 2010، ص 13-14.
- 6- الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، ج 1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، 2000، ص 242.
- 7- أنس محمد حسن ناجي، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 207.
- 8- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، مقدمة الخطبة والزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 76.
- 9- بليغ حمدي محمود الخياط، النظام القانوني للتبني وأثره في مواجهة النظام العام، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، جمهورية مصر العربية، المجلد 4، العدد 2، 2018، ص 6.
- 10- جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، بدون بلد، 1962، ص 406.
- 11- سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الأصالة، الجزائر، ط 2، 2012، ص 63-67.
- 12- شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2013، ص 216.
- 13- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1، 1993، ص 149.

- 14- عمار عمارة، محاضرات في مقياس تنازع القوانين في مسائل الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، 2021، ص 47.
- 15- فراس كارم، أسلم سالم عبد الكريم، تنازع القوانين في التبني (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، 2017، ص 275-276.
- 16- محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 34.
- 17- محمودي فاطمة، تعارض المادة 13 مكرر الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري مع النظام العام الوطني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، المجلد 2، العدد 6، جوان 2017، ص 192.
- 18- نبيل اسماعيل رسلان، حقوق الطفل في القانون المصري مقارنة بالشريعة الإسلامية، 1998، ص 91 وما بعدها.
- 19- يحي زكريا الشامي، التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ص 381.
- مواقع الانترنت:
- مصطفى العدوي، سلسلة آيات الأحكام، تفسير آيات الأحكام، قوله تعالى " وَأَنَّ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ"، انظر الرابط الإلكتروني التالي:
<https://www.youtube.com/watch?v=WXUTMQJRSik> عرض يوم 2017/01/3، تم الاطلاع عليه يوم 2022/04/7 سا 16.00.
- محمد بن صالح العثيمين، تفسير سورة المائدة. انظر الرابط الإلكتروني التالي:
<https://www.youtube.com/watch?v=p2-MlG8zWJU> تم الاطلاع عليه يوم 2022/04/9 سا 11.00.
- نصوص قانونية:
- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 جوان 1984 م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق ل 25 فيفري 2008 م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية عدد 21 ، 2008م.