

إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني

الدكتور كمال أيت منصور

أستاذ محاضر - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

عدلت قواعد الإسناد في سنة 2005⁽¹⁾ وأراد المشرع من خلال ذلك الحفاظ على مختلف المصالح الخاصة ذات البعد الدولي استجابة للتحويلات التي عرفها المجتمع الجزائري في مختلف المجالات، وكان لا بد أن تعدل هذه النصوص التي استمرت لمدة ثلاثون سنة. ويعد موضوعي الانفصال الجسماني والتبني من بين المسائل محل اهتمام المشرع بموجب القانون رقم 05-10 والذان لم يرد بشأنهما نص من قبل حول القانون الواجب التطبيق عليهما عند تنازع القوانين، إذ كان حتى الكلام عنهما أمر غير مقبول ومخالف للنظام العام في دولة تستمد الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية.

يتمثل الانفصال الجسماني *la séparation de corps* في وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة، مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة، وتتخذ بعض القوانين الحديثة هذا النظام كمرحلة مؤقتة تسمح للزوجين باختيار احد الطريقتين إما الصلح أو التطلاق⁽²⁾ وكل ذلك يتناقض مع أحكام قانون الأسرة إذ تنتج العلاقة الزوجية حقوقا وواجبات متبادلة، ويبقى الالتزام بها قائما طوال استمرار الرابطة الزوجية التي تتحل بالوفاة أو الطلاق⁽³⁾.

أما التبني *l'adoption* فهو نظام تعرفه بعض التشريعات، عبارة عن اتفاق بمقتضاه يتخذ الشخص ولد غيره كولده، وإعطائه كل حقوق الولد الشرعي⁽⁴⁾ وهو أمر مخالف للنظام العام إذ أكد المشرع على موقفه في المادة 46 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يمنع التبني شرعا وقانونا"

وعلى أساس ما سبق، لا يتعلق الأمر في قواعد الإسناد بإنشاء هذين الحقين، فهذا الموضوع يثير مخالفة النظام العام، فأراد المشرع تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاع يطرح أمام القاضي الجزائري حول الانفصال الجسماني والتبني كحقوق مكتسبة، وقبل التعديل إذا طرح النزاع أمام القاضي الجزائري حول هذه الحقوق، فلا نتصور وليس من

المعقول تجاهلها أو إنكارها على أساس التعارض مع النظام العام، إذ يتعلق الوضع فقط بالتمسك بالحق وأثره، وهو ما استقر عليه فقها و قضاء تحت مفهوم الأثر المخفف للنظام العام⁽⁵⁾ إلا انه يبقى المشكل مطروح بالنظر ليس إلى الحق بحد ذاته والاعتراف به بل إلى النزاع الذي يطرح بشأن صحته وآثاره، وهو العائق أمام القاضي الجزائي، لاسيما انه قبل سنة 2005 لم يرد نص في قواعد الإسناد يمكنه من تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في المسائل التي لم يرد بشأنها نص في قواعد تنازع القوانين، وهي مسائل كرسها المشرع بموجب المدة 23 مكرر 2 التي تنص على انه: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيم لم يرد بشأنها نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

لذا تفتن المشرع للمشكل وحدد القانون الواجب التطبيق على الموضوعين، إلا انه لا يكف وليس المهم فقط وضع قواعد إسناد، بل لابد من وصول المشرع إلى حل ملائم للحفاظ على الحقوق المكتسبة.

واستنادا إلى ذلك، يتمحور الموضوع في البحث عن مدى فعالية وملائمة قواعد الإسناد المتعلقة بالانفصال الجسماني والتبني للحفاظ على الحقوق المكتسبة في إطار ما يخدم العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي.

وعلى أساس ذلك قسمنا البحث إلى:

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على التبني.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني.

تنص المادة 2/12 من القانون المدني على انه: "... ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"⁽⁶⁾.

وقد اختلفت قوانين الدول حول القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني، منها من تعتمد على ضابط الجنسية، مع اختلافها في كيفية التعامل معه، وفي ذلك دول تمنح الأفضلية للجنسية المشتركة مقارنة بالضوابط الأخرى ذات الطابع الاحتياطي كالقانون التونسي الذي ينص على انه "الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها..."⁽⁷⁾ ودول أخرى ترجح جنسية الزوج مثل القانون الأردني، السوري والمصري، إذ تنص قوانينها على " ويسري على التطليق

والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى⁽⁸⁾ وهو الحل نفسه المكرس من المشرع الجزائري.

وجانب آخر من الدول تعتمد على ضابط الموطن المشترك، كالقانون الانجليزي⁽⁹⁾ وقد رعى المشرع الفرنسي كلا من الضابطين في المادة 309 من القانون المدني⁽¹⁰⁾. ولتحديد مدى فعالية الحل المعتمد من طرف المشرع الجزائري، يتطلب الأمر البحث عن مضمون قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (1) والتي ستبرز المشاكل التي تعرقل العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي (2) وعلى أساس ذلك نتوصل إلى تقديم مجموعة من الاقتراحات (3).

1- مضمون قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى:

تثير دراسة مضمون القاعدة المعتمدة من المشرع الجزائري إلا وهي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، البحث عن محتوى النص بإبراز الضابط المعتمد ثم بيان مجال تطبيق القاعدة.

أ - محتوى الضابط المعتمد:

في تحديد القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني اعتمد المشرع على ضابط الجنسية إذ ينتمي الموضوع إلى الأحوال الشخصية أين فضل ضابط الجنسية على ضابط الموطن، وهو ما تبينه قواعد الإسناد من المادة 10 إلى المادة 16 من القانون المدني. رجّح المشرع جنسية الزوج على جنسية الزوجة، فلم يعتمد على تطبيق كلا من القانونين، والمكرس لإنشاء العلاقة الزوجية وفق نص المادة 11 من القانون المدني، وهو حل منطقي على أساس أن هذا التطبيق قد يعرقل تسوية النزاعات، وتفضيل جنسية الزوج ليس موقف جديد من طرف المشرع فقد لجأ إلى ذلك في المادة 1/12 المتعلقة بآثار عقد الزواج، على اعتبار أن الزوج هو رب الأسرة.

كما رعى المشرع المعيار الزمني والمتمثل في " وقت رفع الدعوى " فننظر في الانفصال الجسماني إلى جنسية الزوج لكن وقت رفع الدعوى، وبذلك فقد تكفل المشرع بحل مشكلة التنازع المتحرك الذي يمكن أن ينشأ عن التغيير في ضابط الإسناد. وأخيرا لم يعتمد المشرع على ضابط الموطن سواء كحل آخر ملائم مثلما ذهب إليه المشرع الفرنسي أو كحل احتياطي مثل القانون التونسي.

ب - مجال تطبيق القاعدة

على القاضي أن يراعي مجال تطبيق قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أي تحديد مضمون الفكرة المسندة في المادة 2/12 ، وفي ذلك نميز بين المسائل الموضوعية والمسائل الإجرائية.

- **تطبيق القاعدة على المسائل الموضوعية:** تطبق القاعدة على نوعان من المواضيع محل النزاع ، أولا إذا تعلق الأمر بصحة الحق المكتسب، فهو نزاع يتمحور حول سبب الانفصال الجسماني والشروط الموضوعية لإعماله مثل الزنا أو إذا كان احد الزوجين يشكل خطرا جسيما على الزوج الثاني، وثانيا إذا تعلق الأمر بآثار الانفصال الجسماني التي تنقسم بدورها إلى الآثار المتعلقة بالعلاقات الشخصية بين الزوجين كنفقة الزوجة وتحديد مدة الانفصال، والآثار المتعلقة بالعلاقات المالية مثل تصفية النظام المالي⁽¹¹⁾.

- **عدم تطبيق القاعدة على المسائل الإجرائية:** لا تخضع المسائل الإجرائية للنزاع المتعلق بالانفصال الجسماني لأحكام المادة 2/12، إذ قد تقتضي المحافظة على المصالح المختلفة للزوجين والأولاد اتخاذ بعض التدابير الضرورية أو المستعجلة مثل تحديد محل إقامة الزوجة أو رعاية الأولاد، والمتفق عليه تشريعا، فقها وقضاء خضوع المسائل الإجرائية لقانون قاضي رفع الدعوى، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في 2005 بموجب المادة 21 مكرر التي تنص على أنه: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"، وارجع الفقهاء الفرنسيين تطبيق القانون الفرنسي على الإجراءات إلى أساس آخر ثاني وهو تعلق المسالة بالأمن المدني وهو موضوع يتعلق بالنظام العام⁽¹²⁾ وقد أكد المشرع التونسي خضوع الإجراءات التحفظية في النزاع المتعلق بالانفصال الجسماني إلى أحكام القانون التونسي في الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التي تنص على أنه: "... وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى."

ويقع على القاضي الجزائري تكليف المسالة إذا ما كانت من الموضوع وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لأحكام المادة 2/12 أو إذا كانت من المسائل الإجرائية أين يطبق القانون الجزائري وفق أحكام المادة 21 مكرر، ويتحدد التكليف وفق القانون الجزائري أعمالا بالمادة 09 من القانون المدني التي تنص على أنه: " يكون القانون

الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

2- مشاكل قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

يثير الحل المكرس من المشرع الجزائري وبعض التشريعات مثل القانون الأردني، السوري والمصري عدة مشاكل تنتج عن إعمال القاعدة وهو ما يؤثر بصفة سلبية على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي التي تطلبت النص على قاعدة إسناد خاصة بالانفصال الجسماني، ويمكن حصر هذه المشاكل في:

أ - الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة

المساواة بين الجنسين مبدأ دستوري كرسه المؤسس الجزائري⁽¹³⁾ كما تم الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في سنة 1996⁽¹⁴⁾.

إلا أنه يعبر ترجيح جنسية الزوج على جنسية الزوجة في المادة 2/12 على عدم تكريس المشرع لمبدأ المساواة، وهو ما تعاد عليه مختلف التشريعات التي تأخذ بنفس القاعدة، يختلف الوضع لو تم الاعتماد على الجنسية المشتركة في حالة اتحاد الجنسية كموقف المشرع التونسي، أو حتى تقرير ضابط الموطن المشترك كحل احتياطي في حالة غياب الجنسية المشتركة، ولا يعد ذلك مساسا بالموقف الأصلي للمشرع في الأحوال الشخصية والمتمثل في اعتماده على ضابط الجنسية.

ب - المساس بمصلحة الزوجة

يثار المعيار الزمني المعتمد من طرف المشرع " وقت رفع الدعوى " وهو الوضع نفسه بالنسبة للقوانين التي أخذت حل مماثل إشكالية المساس بمصلحة الزوجة، وقد يتحقق ذلك في حالتين:

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

الحالة الثانية: تتمثل في تغيير الزوج لجنسيته حتى يتغير القانون الواجب التطبيق والذي لا يخدم مصلحته على خلاف مثلا قانون جنسيته أثناء عقد الزواج الذي لا يقدم له ضمانات في حالة الانفصال الجسماني مقارنة بحقوق الزوجة، وفي هذه الحالة يطبق القانون

الجديد المتمثل في قانون جنسيته وقت رفع الدعوى، لا سيما إذا كان من الصعب إثبات حالة الغش نحو القانون لاستبعاد القانون الواجب التطبيق المقرر في المادة 24 من القانون المدني.

ج- إمكانية تطبيق القانون الجزائري

يتحقق تطبيق القانون الجزائري على النزاع الذي يطرح بشأن الانفصال الجسماني إما على أساس أن الزوج وقت رفع الدعوى جزائري الجنسية، وإما على أساس أن أحد الزوجين كان جزائرياً وقت عقد الزواج.

- إذا كان الزوج جزائري وقت رفع الدعوى: في هذه الحالة تطبق القاعدة الأصلية وفق حكم المادة 2/12، ويسري القانون الجزائري حتى وإن كان الزوج يحمل في الوقت نفسه جنسية

- دولة أخرى، ولو كانت هذه الأخيرة جنسية فعلية، وهذا إعمالاً بأحكام المادة 2/22 من القانون المدني.

وتتحقق هذه الحالة إذا نشأ انفصال جسماني في دولة أجنبية، ووفق أحكام القانون الأجنبي، سواء في حالة ما إذا كان الزوج جزائري وطبق في تقرير الانفصال الجسماني قانون الموطن المشترك للزوجين مثل القانون الفرنسي إذ قررت المادة 309 من القانون المدني الفرنسي إمكانية تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن المشترك، أو في حالة ما إذا كان الزوج أجنبي وبعد الحكم بالانفصال الجسماني اكتسب الجنسية الجزائرية.

ويطرح في هذين الافتراضين مشكل إخضاع الانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهو القانون الجزائري الذي لا يعرف هذا النظام، وقد يكون الأمر مقبولا في الافتراض الثاني الذي اكتسب الزوج الجنسية الجزائرية، إذ يمكن القول أنه رضي أن يخضع لأحكام القانون الجزائري.

- إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت الزواج: يطبق القانون الجزائري استناداً إلى

المادة 13 من القانون المدني، وهي قاعدة إسناد ذات طابع انفرادي قررتها مختلف التشريعات السابقة الذكر⁽¹⁵⁾ التي تأخذ بضابط الجنسية في الأحوال الشخصية وبقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في النزاع المتعلق بالانفصال الجسماني، وتتص المادة 13 على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 أعلاه إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

وعلى أساس ذلك، يسري القانون الجزائري على النزاع المتعلق بالانفصال الجسماني،

وهو قانون لا يعرف هذا النظام، وحتى وإن تقررّت المادة ذات الطابع الاستثنائي لحماية الطرف الجزائري، فقد يكون الموقف معقول ومنطقي إذا ما زال هذا الشخص سواء الزوج أو الزوجة يحمل جنسية جزائرية وقت رفع الدعوى، لكن العكس لو تخلى عن الجنسية الجزائرية بعد عقد الزواج، فلا يوجد ما يربطه بالجزائر، وتطرح في هذه الحالة مدى قيمة نص المادة 13 لا سيما عندما تطبق من طرف القاضي.

3- الحلول المقترحة

ينتج عن المشاكل السابقة المساس أو حتى إهدار مصلحة المتعاملين في العلاقات الدولية، أيضا استقرار المعاملات والمراكز الخاصة ذات البعد الدولي، ويكون الأمر أكثر تعقيدا إذا تعلق بحقوق مكتسبة كالانفصال الجسماني، أضف إلى ذلك انتمائه إلى الأحوال الشخصية التي تعد موضوع جد حساس ومتعلق بالنظام العام.

والمشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات اعتمد على ضابط الجنسية في الأحوال الشخصية وكرسه حتى خلق العديد من المشاكل، لذا لا بد من اختيار حل ملائم وهو ما تهدف إليه مشكلة تنازع القوانين وصياغة قواعد الإسناد.

وعلى أساس مختلف المشاكل السابقة، لا نتوقف عند الحلول المقدمة سابقا سواء من طرف الباحثين في المجال أو من طرف القضاء والتمسك فقط بها، إنما يمكن اقتراح حلا آخر قد يكون ملائما لحل النزاع المتعلق بالانفصال الجسماني، ويتمثل ذلك في:

أ- إخضاع صحة الانفصال الجسماني للقانون الذي انشأ الحق

لا يمكن في القانون الجزائري أن نقرر قاعدة إسناد تطبق على صحة الانفصال الجسماني بنفس الموقف المعتمد في بعض الدول مثل فرنسا وإنجلترا وحتى مصر باعتبارها دولة عربية، على أساس أنه جاءت المادة 2/12 في القانون الجزائري لمواجهة النزاع المتعلق بحق مكتسب، بينما يمكن في الدول الأخرى السابقة الذكر تطبيق النص حتى لإنشاء الحق أي تقرير الانفصال الجسماني من طرف القاضي، وينطبق الوضع حتى في القانون المصري إذ هو نظام تعرفه الشرائع غير الإسلامية في هذه الدولة.

بينما يطرح أمام القاضي الجزائري نزاع حول صحة الانفصال الجسماني كحق مكتسب نشأ في دولة أجنبية ووفقا لأحكام القانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام، وبذلك فمن المنطق أن يطبق القاضي أحكام هذا القانون الذي انشأ هذا الحق، مثال ذلك إذا طرح أمام

القاضي الجزائري نزاع يتعلق بصحة انفصال جسماني نشأ وفق القانون الفرنسي، فيتعين على هذا القاضي الرجوع إلى القانون الفرنسي.

ب - تقرير حلول مختلفة لآثار الانفصال الجسماني

من الأفضل إلا نعامل النزاع المتعلق بآثار الانفصال الجسماني نفس المعاملة مع النزاع المتعلق بصحة هذا النظام، على أساس أن الآثار تمتد لمدة طويلة وهي تلك المقررة من القاضي أثناء الحكم بالانفصال.

وفي ذلك إما أن تخضع للقانون الذي انشأ هذا الحق لاسيما إذا لم تبق مدة طويلة لانتهاء الانفصال الجسماني، وإما الاعتماد على الجنسية المشتركة للزوجين، كحالة ما إذا اكتسبا جنسية دولة ما، أو الموطن المشترك لكليهما وفي كلتا الحالتين يظهر ارتباط وانتماء الطرفين إلى الدولة.

وهي حلول ينص عليها المشرع في قاعدة الإسناد التي تحكم آثار الانفصال الجسماني، ويقع على عاتق القاضي اختيار القانون الملائم مراعاة لما يخدم مختلف المصالح بما فيها الحفاظ على الحقوق المكتسبة.

وحتى تتحقق فعالية الحلول السابقة سواء في القانون الواجب التطبيق على صحة الحق أو الذي يحكم آثاره، لا بد من عدم تطبيق أحكام المادة 13 فيما يتعلق بالانفصال الجسماني.

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على التبني

تنص المادة 13 مكرر 1 على أنه "يسري إلى صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل .

وتطبق نفس الأحكام على التبني"، يتضح من النص أن المشرع الجزائري لم يضع نص خاص بالتبني إذ حدد القانون الواجب التطبيق على الكفالة ثم نص على تطبيق نفس الأحكام التي تخضع لها الكفالة على التبني.

وتباينت مواقف الدول العربية حول الموضوع، إذ حدد البعض منها القانون الواجب التطبيق على التبني مثل القانون الدولي الخاص التونسي الذي ينص على أنه "تخضع شروط التبني لقانون التبني والمتبني كل فيما يتعلق به، تخضع آثار التبني للقانون الشخصي للمتبني، إذ قام بالتبني زوجان من جنسية مختلفة فإن آثار التبني ينظمها قانون مقرهما المشترك، وتخضع الكفالة لنفس الأحكام⁽¹⁶⁾ بينما لم تحدد الدول الأخرى⁽¹⁷⁾ قاعدة إسناد للتبني، وقد يكون موقفها على أساس أنها لا تعرف هذا النظام أو ترفضه، إلا أنه موقف منتقد، إذ هذا

النظام معروف في دول أخرى ويمكن أن تعرض نزاعات أمام قضاء هذه الدول حول التبني باعتباره حق مكتسب ولا يجد القاضي أمامه قاعدة إسناد تبين القانون الواجب التطبيق، وقد يكون الأمر معقدا حتى ولو رجع القاضي إلى مبادئ القانون الدولي الخاص وفق ما تقرره قواعد الإسناد لهذه الدول.

وتتطلب دراسة فعالية موقف المشرع الجزائري حول القانون الواجب التطبيق على التبني كحق مكتسب، شرح أحكام المادة 13 مكرر 1 التي ميز فيها المشرع بين القانون الذي يحكم صحة التبني والذي يحكم أثره (1) ووفق ذلك تتبين لنا مختلف المشاكل التي يثيرها هذا النص (2) وهو ما يجعلنا نقدم أو نقترح حلول للحفاظ على هذا الحق المكتسب (3).

1- تمييز المشرع بين صحة التبني وأثره :

على أساس المادة 13 مكرر 1 يمكن صياغة النص المتعلق بالتبني كالتالي "يسري على صحة التبني قانون جنسية كل من المتبني والمتبني وقت إجرائه، ويسرى على أثره قانون جنسية المتبني"، ومن خلال النص، ميز المشرع بين القانون الواجب التطبيق على صحة التبني والقانون الذي يحكم أثره، وهي مسألة طرحت لدى الفقهاء الفرنسيين، إذ يرى جانب منهم بأنه ليس من السهل في كل الأحوال تطبيق قوانين مختلفة على كل من الشروط والآثار⁽¹⁸⁾.

وعلى العموم اعتمد المشرع في تحديد القانون الواجب التطبيق على التبني على الضابط المؤلف في الأحوال الشخصية وهو ضابط الجنسية، إلا أنه ميز في كيفية التعامل معه إذا كان النزاع متعلق بصحة التبني أو إذا كان متعلق بأثره.

أ- تطبيق على صحة التبني قانون جنسية الطرفين وقت إجرائه :

يدخل في نطاق صحة التبني مختلف الشروط الموضوعية التي يتطلبها العقد، سواء تلك المتعلقة بالمتبني مثل السبب المشروع للتبني، أو تلك المتعلقة بالمتبني مثل السن وتقديم المزايا⁽¹⁹⁾.

وفي تحديد القانون الواجب التطبيق على التبني، رعى المشرع الجزائري في المادة 13 مكرر 1 مسألتين :

أولا - التطبيق الموزع للقوانين : إذ يتطلب من القاضي الجزائري في النزاع المتعلق بصحة التبني تطبيق قانون جنسية كل من الطرفين، فيخضع المتبني لقانون جنسيته ويخضع المتبني لقانون جنسيته، لأن الأمر يتعلق بتكوين علاقة قانونية بين الطرفين وتتمثل في عقد

التبني، وحتى يكون هذا العقد صحيحا لا بد من الرجوع إلى قانون جنسية كل طرف في العقد (20) إذ أنه ليس من المعقول الإعتماد على التطبيق الجامع للقوانين بسبب اختلاف مضمونها من دولة إلى أخرى، لاسيما أن التبني ينتمي إلى الأحوال الشخصية التي تعد موضوع يتعلق بالنظام العام.

ثانيا - مراعاة التنازع المتحرك : رعى المشرع مشكلة التنازع المتحرك التي يمكن أن تثار عند تطبيق قانون جنسية الطرفين، إذ اشترط الرجوع 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 عقد التبني.

وقد اختلفت الدول حول القانون الواجب التطبيق على صحة التبني، البعض منها أخذت بالحل الذي كرسه المشرع الجزائري وهو تطبيق قانون جنسية كل من الطرفين مثال ذلك القانون التونسي بموجب نص المادة 53 السابق الذكر، القانون التركي (21) الذي ينص "يحكم القانون الوطني لكل طرف وقت التبني أهلية وشروط التبني"، وهو الموقف الذي ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي (22) وذلك قبل تكريس النص المتعلق بالتبني من طرف المشرع الفرنسي، وهو ما يؤدي بنا إلى إثارة الموقف الثاني للدول الذي يتمحور حول تطبيق قانون جنسية المتبني، وهو ما يتضمنه كأصل القانون المدني الفرنسي منذ سنة 2001 (23) وقد كرس المشرع الفرنسي الحل الذي ذهب إليه القضاء من قبل (24) أيضا القانون الألماني بموجب المادة 22 من القانون المدني التي تنص على أنه "يحكم التبني قانون الدولة التي ينتمي إليها الراغب في التبني وقت إجراء التبني".

ولو أردنا الموازنة بين الموقفين السابقين ، نرى أنه الأخذ بقانون جنسية المتبني سيحقق وحدة القانون الواجب التطبيق على التبني إذ سنرى لاحقا أنه تنادي أغلبية المواقف بتطبيق على آثار التبني قانون جنسية المتبني، إلا أنه لا بد من النظر أيضا إلى طبيعة النزاع المطروح والقانون الملائم الذي يحكمه وفي ذلك من الأجدر أن يطبق على صحة التبني قانون جنسية كلا من الطرفين، فهو تصرف قانوني ونبحث في مدى صحته بالنظر إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها كل طرف العلاقة.

ب - تطبيق على آثار التبني قانون جنسية المتبني :

يدخل في نطاق التبني باعتباره تصرف قانوني ينتج عنه حقوق والتزامات متساوية لكلا

من الطرفين أثار مختلفة مثال ذلك الحق في لقب الأب، الالتزام برعاية الولد وتعليمه، ميراث الولد لأبيه، السلطة الأبوية (25)

أخضع المشرع الجزائري أثار التبني لقانون جنسية المتبني، فلا يمكن أو لا تحتمل الآثار أن تخضع لكلا من القانونين (26)، أي قانون جنسية المتبني وقانون جنسية المتبني، الذي يتطلب الأمر التفضيل بينهما، وقد رجح المشرع قانون جنسية المتبني على أساس أن هذا الشخص هو الذي يتحول الالتزامات التي تنتج عن عقد التبني، وهو الموقف السائد لدى تشريعات العديد من الدول مثل القانون التونسي الذي أورد استثناءا على القاعدة حيث أنه إذا قام زوجان بالتبني وهما من جنسيات مختلفة فإنه يطبق على الآثار قانون المقر المشترك للزوجين، أيضا القانون التركي في المادة 2/18 التي تنص على أنه "تخضع أثار التبني لقانون جنسية المتبني...".

لم يعتمد المشرع في المادة 13 مكرر 1 على المعيار الزمني لتحديد القانون الواجب التطبيق على أثار التبني، إلا أنه يفهم من خلال النص الأخذ بعين الاعتبار جنسية المتبني وقت الدعوى.

2 - المشاكل التي يطرحها النص :

يثير موقف المشرع الجزائري حول القانون الواجب التطبيق عل التبني كحق مكتسب مشكلتين:

أ- كأن النص يتعلق أيضا بإنشاء التبني :

تعامل المشرع مع التبني في قواعد الإسناد نفس معاملته للكفالة، فكلاهما يخضعان لنفس الأحكام في حالة تنازع القوانين، إلا أنه يختلف الأمر بالكفالة نظام مشروع نظم المشرع أحكامها في قانون الأسرة (27) ففي التبني لا نبحث أيضا على صحة الشروط لإنشاء العلاقة، بل النزاع أمام القاضي الجزائري حول صحة تبني نشأ في دولة أجنبية ووفقا لأحكام القانون الأجنبي، بينما يتمحور النص المتعلق بالكفالة، وهو نفس الوضع بالنسبة للمادة 11 المتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج، أيضا بإنشاء الحقوق، وحتى ينشأ الحق يتطلب الأمر الرجوع إلى قانون أطراف العلاقة.

ويكون الأمر أكثر تعقيدا إذا نشأ تبني في دولة أجنبية وفق قانون معين لا يأخذ بجنسية الطرفين لإنشاء العلاقة، أو وفق قانون جنسية أحدهما، مثال ذلك القانون الفرنسي الذي يأخذ أصلا بجنسية المتبني في صحة وإنشاء التبني، ومن هنا وفي إطار هذه الحالة إذا طرح نزاع

أمام القاضي الجزائري حول هذا الحق المكتسب فيتعين عليه تطبيق أحكام المادة 13 مكرر 1 التي ترجعه في صحة التبني إلى قانون جنسية كلا الطرفين وقت إنشاء العقد أي قانون جنسية المتبني وقانون جنسية المتبني، إلا أنه جنسية هذا الأخير لم تؤخذ بعين الاعتبار أثناء إنشاء الحق، وهو أمر غير منطقي، وقد ينتج عن ذلك عدم الاعتراف بهذا الحق المكتسب وذلك في حالة ما إذا كان قانون المتبني لا يعترف أو يرفض هذا النظام.

ب- إذا كان أحد الأطراف جزائرياً :

يمكن أن ينشأ تبني في دولة أجنبية بين شخصين وأحدهما جزائري، مثال ذلك وتطبيقاً لأحكام القانون الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 370-3 أنه يخضع التبني لقانون جنسية المتبني وتتصور أن هذا الشخص يحمل جنسية فرنسية وهو قانون يعرف نظام التبني، فيتبني ولدا من جنسية جزائرية مولودا في فرنسا أو يعيش فيها، وهذا تطبيقاً للاستثناء المنصوص عليه في المادة 370-3 فقرة 2 التي تجيز ذلك رغم معارضة دولة الولد لهذا نظام⁽²⁸⁾ ، إذ تنص على أنه :

« L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né ou réside habituellement en France ».

وفي هذه الحالة، نشأ التبني وفق للشروط الموضوعية التي تطلبها القانون الفرنسي.

وعلى أساس هذه الحالة إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري يرجع في صحة التبني إلى قانون جنسية الطرفين، والمتبني في هذه الحالة من جنسية جزائرية فحتى وإن تعددت جنسياته

ونتصور أن الجنسية الفرنسية هي الفعلية يتطلب من القاضي تطبيق القانون الجزائري إعمالاً بأحكام المادة 22 من القانون المدني.

وينتج عن تطبيق القانون الجزائري عدم الاعتراف بصحة التبني على أساس أن هذا النظام مرفوض في القانون الجزائري.

وقد لا يطرح نفس المشكل بالنسبة لآثار التبني إذا كان المتبني وقت الدعوى جزائرياً، إذ من المفروض أن يخضع هذا الشخص لأحكام القانون الجزائري وفق العادات والقيم التي يتطلبها المجتمع. ومن المنطق أن تخضع آثار التبني لقانون جنسية المتبني وإذا ما فضل الجنسية الجزائرية فعليه أن يخضع لأحكام القانون الجزائري، لا سيما أن الآثار مستمرة لمدة طويلة.

3- الحلول المقترحة :

ينتج عن تطبيق أحكام المادة 13 مكرر 1 فيما يتعلق بصحة التبني المشاكل السابقة الذكر والتي لا تتلاءم مع العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي. لدى على المشرع إعادة النظر في قاعدة الإسناد والتي تحكم هذا النظام كحق مكتسب، ويتحقق ذلك بالرجوع إلى القواعد التي أنشأت هذا الحق، و وفق ذلك إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري حول صحة تبني كحق مكتسب فيبحث عن القانون الذي بموجبه تم إنشاء العقد ويطبقه.

خاتمة:

من خلال الدراسة السابقة، بينت قواعد الإسناد المتعلقة بموضوعي الانفصال الجسماني والتبني، سواء الاعتراف النسبي أو إهدار هذه الحقوق، وهو ما يثير سؤال حول مدى جدية موقف المشرع الجزائري أو حتى التشريعات المقارنة التي تأخذ بنفس الحلول للحفاظ على الحقوق المكتسبة، أيضا جدوى مثل هذه النصوص في دولة لا تعترف أو ترفض مثل هذين النظامين.

وعلى المشرع الجزائري إعادة النظر في القواعد التي تحكم الانفصال الجسماني والتبني، ويتعامل معهما كحقوق مكتسبة، لهدف الاستجابة للغرض الذي وضعت من أجله والمتمثل في الحفاظ على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، أضف إلى ذلك تكريس الأثر المخفف للنظام العام.

ولا يمكن الأخذ بنفس حلول التشريعات الأخرى أو التي ينادي بها قضاء دول تعرف هذين النظامين، ولغرض توحيد الحلول بشأن النزاعات المطروحة في صحة الحقين، من الملائم الرجوع إلى القوانين التي أنشأتها.

الهوامش:

¹ - بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جر عدد 44 مؤرخة في 2005/06/26.

² - للتفصيل في الموضوع راجع:

TERRE François et FENOUILLET Dominique , Droit civil : les personnes , la famille , les incapacités, 6ed, Dalloz, Paris, 1996,p511 et 512.

³ - راجع: نص المادتين 36 و 47 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون

الأسرة، ج ر عدد 31 مؤرخة في 31-07-1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15 مؤرخة في 27-02-2005.
4 - راجع في ذلك

TERRE François et FENOUILLET Dominique, op. cit. , p133.

5 - حول الموضوع راجع:

NIBOYET J-P, Cours de droit international privé français, 2eme ed, Recueil Sirey, Paris, 1949, p498 et 499.

6 - وكانت قبل التعديل تنص على ما يلي : "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"

7 - الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، انظر في ذلك:

www.ar.jurispedia.org/index.

8 - المادة 14 / 2 من القانون المدني الأردني، المادة 2/14 من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18/05/1949، منتدى الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية، المادة 2/13 من القانون المدني المصري، رقم 131 لسنة 1948..

9 - واستقر الفقه الانجلوسكسوني على تطبيق قانون القاضي باعتباره قانون الموطن المشترك للزوجين، راجع في ذلك :

MAYER Pierre, Droit international privé, 5^e éd, Delta, Paris, 1996, p378.

10 - تنص المادة على ما يلي:

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

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

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

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

11 - ويقرر القانون الفرنسي التسوية بين الطلاق والانفصال الجسماني في الأحكام من حيث الأسباب دون الآثار، للتفصيل في الموضوع، راجع:

TERRE François et FENOUILLET Dominique, op. cit. , p512 et 513.

12 - انظر في ذلك :

NIBOYET J-P, op. cit., p546.

13 - المادة 29 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم، ج ر عدد 76 مؤرخة في 8/12/1996.

14 - مرسوم رئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 حانفي 1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج ر عدد 6 مؤرخة في 24/1/1996.

15 - المادة 15 من القانون المدني السوري، والمادة 14 من القانون المدني المصري، المرجعين السابقين ذكرهما.

- ¹⁶ - الفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص، مرجع سابق
- ¹⁷ - مثال ذلك: القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 بتاريخ 1949/05/18 والقانون المدني المعرب رقم 131 لسنة 1948، المرجعين السابقين الذكر.
- ¹⁸ - انظر :
- MEYZEAUD-GARAUD Marie-Christine, Droit international privé, édition Bréal, France, 2002, p101.
- ¹⁹ - للتفصيل في الموضوع راجع :
- TERRE François et FENOUILLET Dominique, op.cit ; p 753 -767.
- ²⁰ - وهو ما تتضمنه القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية في القانون المدني الجزائري، راجع المادة 11 المتعلقة بالزواج.
- ²¹ - المادة 18/ 1 من القانون الدولي الخاص التركي ، أنظر في ذلك :
- TEZCAN Durmus, «A propos de la nouvelle loi relative au droit international privé et la procédure civile internationale en Turquie », p117, www.jafbase.fr/docaasie/turquieconflit.pdf
- ²² - راجع في ذلك :
- NIBOYET J.P, op.cit, P559
- ²³ - أنظر في ذلك نص المادتين 3-370 و 4-370 من القانون المدني الفرنسي التي استحدثت في سنة 2001 بموجب :
- Loi du 6 février 2001, www.legifrance.gouv.fr.
- ²⁴ - أنظر :
- COURBE Patrick, droit international privé, édition DALLOZ, Paris, 2000, P 252.
- ²⁵ - للتفصيل في الموضوع راجع :
- TERRE François et FENOUILLET Dominique, op.cit, PP772- 780
- ²⁶ - وهو ما كرس في المادة 1/12 المتعلقة بآثار عقد الزواج التي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت العقد.
- ²⁷ - المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق الذكر.
- ²⁸ - وكان القضاء الفرنسي منذ تاريخ 10 ماي 1995 يسمح للزوجين الفرنسيين بتبني ولدا من جنسية دولة لا تعرف أو ترفض صراحة نظام التبني، راجع في ذلك
- COURBE Patrick, op. cit. p254.