النظام القانوني للتبني
وأثره في
مواجهة النظام العام

دكتور
بليغ حمدى محمود الخياط
مدرس القانون الدولى الخاص
بكلية الحقوق – جامعة طنطا

تقديم:

التبنــي بوصـفة تصـرفاً قانونيـاً لـيس بالظـاهرة الحديثـة او المسـتحدثة، فقـد عرفتـه الحضارات القديمة، واهتمت به القوانين الحديثة خاصة في الدول الغربية التي لا يكاد يخلو منها تشريع ينظم مسألة التبني[1]

وعلي الرغم من ذلك لا يزال موضوع التبني محوراً للعديد من المشكلات، لا سيما في الدول العربية ذات المرجعية الإسلامية حيث لا تقر قوانينها هذا النظام[2]، ومن ناحية أخرى نلحظ اهتماماً مفرطاً من جانب الاتفاقيات الدولية بحقوق الطفل بصفة عامة، والتبني بصفة خاصة[3]، وذلك بتأكيدها علي ضرورة ان يحقق التبني المصلحة الفضلي للطفل المتبنيَ في إطار عائلي مناسب، بيد أنها تركت للمشرع الوطني في كل دولة مهمة تحديد أطر هذه العلاقة، في ضوء الخصوصيات الاجتماعية والثقافية والعقائدية لكل منها.

---

(1) تناولت التبني بالتنظيم العديد من القوانين من امثلة ذلك القانون الإنجليزي لعام 1976، والقانون النمساوي لعام 1960، والقانون البرتغالي لعام1977، والقانون الفرنسي لعام 2016، والقانون الإيطالي بالقانون عام 1983، والقانون البلجيكي 1969، والقانون السويسري لعام 1972، والقانون الالماني لعام 1976.

(2) من امثلة تلك التشريعات التشريع المصري، والجزائري، والمغربي، والليبي، والسوداني، اما تونس فقد اخذ مشرعها في مجلة الأحوال الشخصية بنظامي الكفالة والتبني.

(3) اثمرت الجهود الدوليه عن ابرام الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1989، الاتفاقية الدولية بشان حماية الأطفال والتعاون في مجال التبني علي الصعيد الدولي1993 ، راجع د/ اشرف عبد العليم الرفاعي – التبني الدولي – دار الفكر الجامعي – 2011 ص236 وما بعدها، وراجع د/ فارس كريم تنازع القوانين في التبني – مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية – العدد الرابع – السنة التاسعة 2017 ص 268 وما بعدها.

وتتنوع أوصاف التبني إلي العديد من الاوصاف، فهناك التبني الدولي، والتبني الوطني، وهناك التبني الكامل، والتبني البسيط، وهناك التبني المفتوح والتبني المغلق، كما ان هناك التبني الحكومي والتبني الخاص.

بيد أن اهم ما يعنينا في هذا الصدد هو التبني الدولي والذي يجري إما بين أطراف مختلفي الجنسية، أو ذلك الذي تتعدى اثاره حدود الدولة الواحدة. فهذا النوع من التبني يثير مشكلتين علي درجة كبيرة من الأهمية، تتعلق اولاهما بالقانون الذي يحكم علي علاقة التبني، وتثيرالثانية مسألة الاعتراف بآثار علاقة التبني والتي غالبا ما تواجه بفكره النظام العام في دولة القاضي. ذلك ان احترام الحقوق المكتسبه علي نحو صحيح في الخارج وان كانت من القواعد المستقرة في اطار مادة التنازع، الا ان ذلك لا يعني اطلاق مداها دون حسيب او رقيب. فالنظام العام من ناحية، والقواعد ضرورية التطبيق من ناحية اخرى قد يحولان دون ترتيب أثارها كلها او بعضها.

والدول في تناولها لنظام التبني وقفت بين طرفي نقيض، فهناك من يجيزه وهو حال دول الغرب وهناك من يحظره وهو حال الدول الاسلاميه، وبين هذا وذاك هناك من ينظمه رغم تحريمها له، وهو حال المشرع المصري و الجزائري. الامر الذي يطرح علي بساط البحث التساؤل عن مدي تعلق موضوعه بالنظام العام. ومن ناحيه اخري يفرز التبني العديد من الاثار كحق النسب والارث تبعاً له، واعتباره مانعاً للزواج، وموجباً للنفقة. ومثل هذه الاثار وان كانت واجبة الاعتبار بحسبان انها حقاً أكتسبه المتبني بموجب علاقه التبني، الا ان مطالبته بتفعيلها علي ارض الواقع قد يصطدم بالنظام العام في دولة القاضي.

وبهذه المثابة سوف نعرض لهذا الموضوع من خلال ثلاثه فصول، نتناول في الاول المرجعية القانونية للتبني والصعوبات التي تواجهها، ونخصص الثاني لدور النظام العام في

شأن التبني، ونناقش في الثالث حدود الاعتراف بأثار التبني في دولة القاضي، علي ان يسبق ذلك مبحث تمهيدي عن ماهيه التبني ومداه في القوانيين الوضعيه والاتفاقيات الدوليه وذلك علي النحو التالي :-

مبحث تمهيدي :- ماهية التبني، ومداه في القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية

الفصل الأول: المرجعية القانونية للتبني، والصعوبات التي تواجهها.

الفصل الثاني : دور النظام العام في شأن التبني.

الفصل الثالث : حدود الاعتراف بأثار التبني في دوله القاضي.

مبحث تمهيدي

ماهية التبني ومداه

في القوانين الوضعيه والاتفاقيات الدولية

مقدمة :-

يعد التبني شكلا من اشكال النظم العالمية المتوارثة. فقد عرفه المصريون القدماء[1]، كما عرفه اليونانيين[2]، وايضا الرومانيين[3]، وكذا الفرس[4]. وكان شائعاً عند البابليين والآشوريين ولدي حمورابي[5]. وقد استمر التبني زمناً طويلاً عند العرب في الجاهلية، حيث كانوا يورثون الابن بالتبني ويجعلون له من الحقوق ما للابن الشرعي[6]. وقد أشار القرآن الكريم الي التبني في قولة تعالي "وقالت امرأت فرعون قرة عين لي ولك لا تقتلوه عسي ان ينفعنا او نتخذه ولدا "

وتحت تأثير المتغيرات البيولوجية، والاجتماعية التي أحاطت بالعديد من الدول الأوربية لا سيما في اعقاب الحرب العالمية الثانية، برز موضوع التبني ليحتل مكاناً في

---

(1) راجع د/ فتحي المرصفاوي – دراسات في تاريخ القانون المصري– دار الفكر العربي 1980 ص136 .

(2) راجع د/ صوفي أبو طالب – القانون الروماني – دار النهضة العربية 1960 ص20 .

(3) راجع د/ عبد المنعم السيد بدراوي، محمد بدر – مبادئ القانون الروماني– ص215.

(4) راجع د/ عبد المجيد الحفناوي – تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية – 1985– ص270.

(5) راجع د/ محمود السقا – فلسفه وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية – دار الفكر العربي 1978 ص303.

(6) راجع د/ محمد محمد فرحات – احكام التركات والمواريث والوصايا والاوقاف في الفقه الإسلامي والقانون – دار النهضة العربية 2001 ط5 ص178.

تشريعات مختلف هذه الدول[1]. ومنذ عام 1960 لم يعد التبني محصوراً في الدول الاوربية وحدها، بل أصبح ظاهرة عالمية قلما يخلوتشريع من موضوع التبني، حتي في اندونيسيا[2]، والهند وعلي الرغم من اقرارهما للتبني الا انهما يتشددان في اجرائه[3].

وعلي الرغم من أهمية التبني في العديد من الدول، الا ان الدول العربية ذات المرجعية الإسلامية لا تقره[4]، بل وتحرمه، باستثناء دولة عربية وحيده هي تونس ،تأسياً بالثقافة الفرنسية، وامتثالا للاتفاقيات الدولية لعدم ابدائها أي تحفظ عليها بشأن هذا الموضوع.

وسوف نعرض لهذا الموضوع من خلال مطلبين، نتناول في الأول تعريف التبني، وتمييزه عما قد يختلط به، ونخصص الثاني لرؤية التبني في القوانين الوضعيه والاتفاقيات الدولية وذلك علي النحو التالي :-

المطلب الأول : تعريف التبني، وتمييزه عما قد يختلط به.

المطلب الثاني : رؤية التبني في القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية.

---

(1) راجع د/ اشرف عبد العليم الرفاعي – مرجع سابق – ص12 وما بعدها.

(2) انظر:

G.vanbueren: the international law on the rights of the child, 1995, p96

(3) د/ ماهر جميل أبو خوات – الحماية الدولية لحقوق الطفل – دار النهضة العربية 2005 ص75.

(4) نلحظ ذلك في بعض الدول كمصر، ولبنان أن شرائع الطوائف الملية تعرف هذا النظام في صورته البسيطة راجع د/ جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – دار النهضة العربية 1962 ص403 وما بعدها، د/ جمال محمود الكردي – تنازع القوانين – منشأة المعارف بالإسكندرية 2005 ص345.

المطلب الأول

تعريف التبني، وتمييزه عما قد يختلط به

تعريف التبني :-

علي الرغم من كثره التعريفات التي قيلت في شان التبني[1]، الا انها تقف علي معني واحد قوامه أن يتخذ الرجل ولدًا ليس من صلبه بحيث ينسب إليه، يستوي ان يكون المتبنَي معلوم النسب او مجهول النسب.

وقد عرفته الجمعية العامة للأمم المتحدة، في ضوء الغاية المرجوة منه، بأنه نظام غرضه توفير اسرة دائمه للطفل الذي لم يتمكن والداه الاصليان من توفير الرعاية له[2].

---

(1) يري جانب من الفقة ان التبني هو اتفاق أو تصرف قانوني بموجبه يتبني شخص ما، أو زوجان غالباً ولد الغير بحيث يحصل هذا الأخير مع كل حقوق الولد الشرعي، علي الرغم من كونها بنوه مصطنعة بين شخصين او اكثر لا تقوم بينهما رابطة الدم، راجع، د/ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين – منشأه المعارف بالإسكندرية – 2005 ص344، د/ فؤاد رياض – ساميه راشد – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية ص234، د/ عز الدين عبدالله – القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني – دار النهضة العربية 1969 ص324 وما بعدها، د/ احمد عبد الكريم سلامه – التنازع الدولي للقوانين – دار النهضة العربية – ص898، د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق ص403 ، د/توفيق حسن فرج – احكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين – الدار الجامعية للطباعة والنشر 1980 ص697 وراجع ايضاً:

Kerry O`Halloran : the politics of adoption, international perspectives on law, policy and practice – third edition – 2016, p.4.

(2) لمزيد من التفاصيل راجع:

European conference on nationality, Nationality and the child, starsbourge 2004, p.54 .

وعلي الرغم من وضوح موضوع التبني، فان هناك مجموعة من الشروط يتعين تحققها سواء في طالب التبني، او في المطلوب تبنيه، حتي يمكن إتمام علاقة التبني علي نحو صحيح. وهذه الشروط تختلف من بلد الي اخر حسب ظروف كل منها[1].

بيد أن من أوضح هذه الشروط ضرورة ان يكون المتبنَيَ قاصراً ذكراً كان ام انثي، وان يكون المتبنِي شخصاً راشداً، وان يكون بينهما فارقاً في السن، كما انه يغلب عليه الطابع الشكلي والاجرائي، وانه يتم بموجب حكم قضائي بعد إجراءات مطولة غايتها رعاية مصلحة الطفل المتبنيَ الفضلى[2]

ويفرز التبني مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة بين كل من المتبنِي، والمتبنيَ، وذلك في ضوء التنظيم القانوني السائد في الدولة، وما إذا كانت تأخذ بنظام التبني الكامل، ام تقتصر علي صورته البسيطة[3]، الامر الذي يقتضي التعرف علي أنواع التبني.

أنواع التبني :-

يتنوع التبني بحسب النظام القانوني السائد – الي أنواع شتي ابرزها التبني الكامل والتبني البسيط. وقد يكون التبني مغلقاً وقد يكون مفتوحاً. وبحسب اطرافه قد يكون التبني وطنياً وقد يكون دولياً، كما قد يكون حكومياً، وقد يكون خاصاً. وسوف نلقي الضوء علي كلا منها فيما يلي:-

---

(1) راجع: Kerry o` Halloran – op - cit, p 1

(2) ليس هناك ما يمنع من إمكانية تبني أي طفل بغض النظر عن جنسيته شريطه ان يكون هناك اتفاق عقائدي بين طرفي التبني. راجع / طه العلوانى – مفاهيم التبني والكفاله – منشور في مجلة الاهرام – العدد 44541– 2008/9/17، ص133 وما بعدها.

(3) راجع: Kerry O` Halloran : op. cit, p 242

التبني الدولي، والتبني الوطني :-

يتنوع التبني بالنظر الي جنسية اطرافه، إلي دولي، وتبني وطني.والتبني الدولي هو ذلك الذي يجري بين طرفين مختلفين في الجنسية[1]، او كان يقتضي انتقال المتبنيَ من دولته الاصلية الي دولة المتبنيٍ والتي يتم فيها اجراء التبني. كما يعد دوليا ذلك التبني الذي تنظمه اتفاقيه دولية والتي يتم بموجبها اجرائه. وهذا النوع من التبني يثير العديد من الإشكالات القانونية بشأن مدي امتداد آثاره خارج حدود دولة الابرام[2]. وعلي عكس التبني الدولي يعد التبني وطنياً اذا كان ينتمي بكل عناصره سواء من حيث الأطراف، او مكان التبني، او القانون المطبق الي دولة بعينها[3].

التبني الحكومي، والتبني الخاص :-

يتنوع التبني بحسب كيفية اجرائه الي تبني حكومي او عام، وتبني خاص أو شخصي. ويلزم في التبني الحكومي تدخل وكالة او مؤسسه حكومية متخصصة في العناية بالاطفال. وهذا النوع من التبني ترتفع أسهمه يوما بعد يوم لدرجة ان اغلب حالات التبني في

---

(1) ينص الفصل 10 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية علي انه " للتونسي ان يتبني أجنبياً " ويقرر القانون االنرويجي علي انه اعتبارا من 1 سبتمبر 2006 يحصل الطفل الذي لم يبلغ 18 عاما والذي تبناه مواطنون نرويجيون علي الجنسية النرويجية تلقائيا وفي الحالات التي يتم فيها تبني الأطفال خارج النرويج تكون موافقة الحكومة النرويجية مطلوبة، وهذا هو ما سار عليه المشرع الإيطالي، والألماني، والتركي، والاسباني، والفرنسي مع اختلاف في الشروط.

(2) راجع : Kerry o' Halloran: op.cit, p ,264

(3) يذهب جانب من الفقه الي ان التبني قد يكون محايدا، لان القول بان التبني وطني او اجنبي يستلزم بالضرورة إضفاء جنسيته مع هذا النظام راجع:

Bartan : princips de droit international prive selon la loi et le jurisprudence francaise, paris, 1930, p 217

مشار اليه لدي د/ اشرف الرفاعي – المرجع السابق – ص

الولايات المتحدة الامريكية تجري عن طريق هذه المنظمات الحكومية. وعلي العكس من ذلك يجري التبني الخاص او الشخصي بصورة مباشرة بين راغبي التبني، والآباء الأصليين، او الوكالات الخاصة المعنية بموضوع التبني. واظهر صور هذا النوع من التبني ان يتبني الزوج او الزوجة ولد الزوج الاخر الذي ليس من صلبه ليتولى الانفاق عليه وتحمل مسؤولياته[1]

التبني المفتوح والتبني المغلق :-

يكون التبني من النوع المغلق اذا انعدم فيه الاتصال بين أصول المتبنَّي والمتبنِّي سواء اثناء عملية التبني او بعدها. وعلي العكس من ذلك يكون التبني من النوع المفتوح متي كان الاتصال بين أصول المتبنَّي، والمتبنِّي قائماً، بحيث يستطيع كل طرف الوقوف علي حقيقة علاقة التبني ومدي جدواها في المستقبل. وقد ينتهي هذا الاتصال اما الي إتمام عملية التبني، او علي العكس الاحجام عنها[2].

التبني البسيط، والتبني الكامل[3] :-

في التبني البسيط، تكون وضعيه المراد تبنيه محل اعتبار، حيث لا ينفصل المتبنَّي عن عائلته، وتقتصر اثار التبني علي كفالة المتبنِي لأعباء المتبنَّي المالية فقط، وبحيث يظل الطفل محتفظا بلقبه وبصلته بأسرته الاصلية. وهذا النوع من التبني يقترب الي حد كبير من نظام الكفالة التي تجيزه كافة الدول بما فيها الدول ذات المرجعية الإسلامية.

---

(1) راجع، د/ اشرف الرفاعي – المرجع السابق – ص27 وما بعدها.

(2) د/ اشرف الرفاعي – المرجع السابق – ص26 .

(3) تضمن التشريع الفرنسي من خلال القانون المدني الجديد 2016 وتعديلاته كلا النظامين، حيث نظمت المواد 356 ،357، 358 التبني الكامل، وتكفلت المواد 360، 363، 364 التبني البسيط.

وعلي العكس من ذلك يعد التبني كاملا حيث يتم ضم الطفل الي العائلة الجديدة، وتنقطع صلته بعائلته الاصلية، وتكون علاقته بأسرته الجديدة ذات العلاقة التي تكون للولد الشرعي، فيحمل لقبها، ويحق له ميراثها[1]. وهذا النوع من التبني يثير العديد من الإشكالات– علي نحو ما سنري – خاصة في مجال الاعتراف به، او بآثاره داخل البلدان التي لا تجيز نظام التبني.

تمييز التبني عن الأنظمة الأخرى :-

يوجد الي جوار نظام التبني، العديد من الأنظمة الأخرى التي ترمي الي رعاية الطفل وضمان رفاهيته. ورغم وحدة الهدف الا انها تختلف فيما بينها علي نحو يجعل من كل منها نظاما مستقلاً قائما بذاته، له شروطه واحكامه التي تميزه عن غيره.

فالكفالة، والحضانة، والاقرار بالبنوة، انظمه تختلط في بعض جوانبها بالتبني، ومع ذلك يبقي الأخير منفردا بسمات لا تنطلي عليها وذلك علي النحو التالي :-

التبني والكفالة :-

مضت الإشارة الي ان التبني هو تصرف قانوني يؤدي الي خلق بنوه مصطنعة بين شخصين لا تقوم بينهما رابطة الدم[2]، ويرتب التبني العديد من الآثار ابرزها اكتساب المتبنَّي النسب العائلي للمتبنِي، والميراث، والنفقة، وحرمة الزواج.

ولئن حرمت الشريعة الإسلامية والقوانين الاخذة بها نظام التبني، الا انها علي العكس اباحت نظام الكفالة سواء لليتيم اواللقيط[3] .

---

[1] لمزيد من التفاصيل – د/ اشرف الرفاعي – المرجع السابق ص 22 وما بعدها.

[2] د/ فؤاد رياض، سامية راشد – مرجع سابق ص234.

[3] لمزيد من التفاصيل راجع د/ اشرف الرفاعي – المرجع السابق ص209 وما بعدها.

والكفالة في القانون المدني عبارة عن عقد يتكفل بمقتضاه شخص بتنفيذ التزام معين اذا لم يقم المدين نفسه بتنفيذه[1].

وفي قانون الأحوال الشخصية تعني– الكفاله – التزام علي وجه التبرع بالقيام علي شئون ولد الغير من نفقة، وتربيه، ورعاية، وتتم بموجب عقد شرعي.

والكفالة بهذا المعني صورة من صور الرعاية البديلة التي اجازتها الشريعة الإسلامية لمن فقد والديه سواء كان معلوم النسب او مجهولة. واذا كانت غاية الكفالة وهدفها هو توفير اسره بديله للمكفول ،. الا ان ذلك لا يعني انتساب المكفول للكافل.

فهي لا تنشئ أي علاقة ابوه أو بنوه بينهما[2] وعلي الرغم من ذلك قد يختلط مفهوم الكفالة، بمفهوم التبني في صورته البسيطة والمعروف في فرنسا، حيث يبقي الطفل محتفظاً بلقبه، وصلة قرابته بأسرته الاصلية، ويحتفظ تجاهها بكافة الحقوق لا سيما حقوقه الوراثية[3].

---

(1) لمزيد من التفاصيل راجع ا/ سعاد توفيق سليمان ابو مشايخ – عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه – رساله ماسيجتير – جامعة النجاح الوطنية – فلسطين 2006 – ص 102 ومابعدها.

(2) لمزيد من التفاصيل راجع، د/ علي محمد عبد الحافظ – الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي ط1 – دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2008 صـ23 وما بعدها، وراجع حكم محكمة القضاء الإداري – في الدعوي رقم 26411 لـ 72 قضائية، الدائرة الثانية في 2019/1/20. وفي استلحاق المكفول بالكافل في التشريع الجزائري راجع– د/ بوزيد خالد – الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائري – كلية الحقوق – جامعة وهران – مجلة قانون العمل والتشغيل العدد الرابع – 2017 صـ255 وما بعدها.

(3) راجع نص المادة 364 مدني فرنسي والتي تنص علي انه " يبقي المتبني في عائلته الاصليه، ويحتفظ بجميع حقوقه هناك، ولاسيما حقوقه الوراثيه....." .

التبنـي والحضـانة :- يراد بالحضـانة تربية الطفل، وتدبير شؤونه من قبل من لـه الحق في ذلك قانوناً، والمحافظة علي من لا يستطيع تدبير اموره بنفسة، وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره[1].

وبهذا يكمن الفارق بين التبنـي – بالمفهوم السابق – والحضـانة فـي أن الأخيرة وان كانت تنشأ بموجب حكم قضائي، الا انه لا يترتب عليها فقدان المحضون لنسبه، حيث لا يلحقه نسب الحاضن[2].

كمـا لا ترتـب الحضـانة مـا يفرزه التبنـي مـن آثـار كحرمـة الـزواج واسـتحقاق الإرث، حتي ولو كانت بيد غير الابويين[3].

و تختلط الحضانة بالكفالة بالنظر الي وحده الغاية في كلاً منهما، ومع ذلك توجد ثمة فروق بينهما، حيث تكون الكفالة تبرعيه، علي عكس الحضانة التي قد تكون بأجر.

---

(1) راجع د/ نبيله إسماعيل رسلان – حقوق الطفل في القانون المصري مقارنا بالشريعة الإسلامية – ط . 1998 صـ91 وما بعدها. وحق الطفل في الحضانة كفلته القوانين والشرائع المختلفة ومنها احكام الفقه الإسلامي، راجع، د/ الشحات إبراهيم منصور – حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية – دار النهضة العربية 2001 صـ1 وما بعدها. وقد خلت اكثر القوانين العربية من تعريف الحضانة تعريفاً جامعاً مانعاً. راجع أ/محمد عليوي ناصر – الحضانة بين الشريعة والقانون – رسالة ماجستير – جامعة بغداد – كلية الشريعة 1998 صـ 19 وما بعدها. وراجع نص م57/4 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 21 لـ1978.

(2) راجع د/ عبد العزيز عامر – الاحوال الشخصيه في الشريعة الاسلامية – ط 1 دار الكتاب العربي – 1961 – ص 111 ومابعدها.

(3) لمزيد من التفاصيل، راجع د/ زكبه حميدو – مصلحه المحضون في القوانين المغاربية للأسره – دراسه مقارنه – رساله دكتوراه – كليه القانون – جامعة تلمسان – 2005 ص 101 ومابعدها.

كما ان الكافل قد يكون أجنبيا عن المكفول، في حين ان للحضانة مراتب حددها القانون[1].

التبني والاقرار بالنسب :-

يقصد بالإقرار بالنسب ذلك الإقرار الصادر صراحة من شخص، بأن شخصاً معيناً ابناً له بنسب صحيح، الا ان الظروف اجلت هذا الإقرار. ومن أمثلة ذلك ان يعترف الاب بعد انكاره بنسب ولد له من امرأه بعقد تم بينهما دون تسجيله[2] وبهذا يكمن الفارق بين التبني، والاقرار بالنسب في ان النسب بين المتبنيٍ والمتبنَّي ليس حقيقياً وانما هو نسب صوري مصطنع، في حين ان النسب في حالة الإقرار به هو نسب حقيقي وشرعي ويبقي التساؤل عن رؤية القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية للتبني. هذا ما سنعرض له فيما يلي.

المطلب الثاني

رؤية التبني في القوانين الوضعية

والاتفاقيات الدولية

مقدمة :-

حسمت الشريعة الإسلامية والدول الاخذه باحكامها، موقفها من التبني بتحريمه مطلقاً، وذلك لقوله تعالي في كتابه العزيز "ما جعل ادعياءكم ابناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا اباءهم فإخوانكم

---

(1) لمزيد من التفاصيل راجع أ/ منيره حريزي – التبني والكفالة – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير – كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بو ضياف المسيلة – 2016 صـ28، 29.

(2) راجع د/ عبد الرحمن الصابوني – شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – الطلاق وآثاره – حـ 2 – طـ 8 – منشورات جامعة دمشق – 2001 صـ193 وأيضا د/ محمد زكريا البرديسى – الاحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية ط2 دار النهضة العربية – 1967 صـ587.

في الدين ومواليكم[1] ". كما ورد التحريم بالسنة النبوية الشريفة لقوله علية الصلاة والسلام " من انتسب الي غير ابيه، او تولي غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين[2].

وعلة التحريم فيه واضحة، وان النسب لا يثبت الا بالولادة الطبيعية الحقيقية الناشئة عن نكاح شرعي صحيح[3].

بيد أن الشرائع الأخرى غير الإسلامية كاليهودية، والمسيحية لها موقفها من التبني وهو ما سنعرض له فيما يلي :-

موقف الشرائع غير الإسلامية من التبني :-

موقف الشريعة اليهودية يقترب كثيرا من موقف الشريعة الإسلامية حيث لا تعرف هذه الشريعة نظام التبني، فهو محرم لديها. وعندما تُقدم اسره يهودية علي ضم قاصر اليها، فلا تنطلي عليه حقوق الأبناء كرابطة النسب، أو الحضانة، او الالتزام بالنفقة، ولا حتي اللقب العائلي. ولا يؤثر هذا الضم علي مسألة التحريم بشأن الزواج، كما لا يجيز التوارث.

بيد أن هذا التحريم لا يحول دون رعاية القصر المهملين، او مجهولي النسب، اذ تجيز الشريعة اليهودية ضم الضعفاء من القصّر ورعايتهم في ظل نظام يقترب من الكفالة[4].

---

(1) سورة الأحزاب – الآية 4-5.

(2) اخرجة ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني – كتاب الحدود باب من ادعي الي غير ابيه – حديث رقم 2599 – المكتبة العلمية – بيروت – ج 8 صـ34.

(3) للمزيد راجع د/ يحي زكريا الشامي – التبني في الإسلام واثره علي العلاقات الخاصة الدولية – مكتبة الوفاء القانونية – الإسكندرية – 2016 صـ14 وما بعدها، د/ يوسف القرضاوي – الحلال والحرام في الإسلام – مكتبة وهبه للنشر والتوزيع – القاهرة – 2013 – صـ215 وما بعدها.

(4) راجع د/ محمد صبحي نجم – محاضرات في قانون الاسرة – سلسلة دروس العلوم القانونية – ط 3 – جامعة عنابة – الجزائر – ديوان المطبوعات الجامعية صـ56.

وعـن موقـف المسـيحية مـن التبنـي نلحـظ ان الانجيـل – بوصـفه الشـريعة العامـة للمسيحيين – وكذا الفقه الكنسي لم يتطرقا الي نظام التبني، الا انه في عام 1917 صدر عن البابا في روما مجموعة خاصه بالطائفة الكاثوليكية بالغرب، وفي عام 1949 صدرت مجموعة خاصة بالطائفة الكاثوليكية بالشرق، وجاء بكلتا المجموعتين احكام بالإحالة الي القانون المدني في كل دولة – في شأن مسألة التبني – وذلك في كل دولة توجد فيها الطائفة الكاثوليكية.

وبهذه المثابة فإن الكنسية سوف تبيح التبني طالما كان قانون الدولة يجيز ذلك[1]

ولئن كان موقف الشرائع السماوية – علي النحو السابق – فيه من الوضوح، الا ان التساؤل يثار عن صدي ذلك في القوانين الوضعية، والاتفاقيات الدولية.

موقف القوانين الوضعية من التبني :-

باستقراء التشريعات العربية، وتلك التي تأخذ بالشريعة الإسلامية كأساس لقوانينها نجدها حظرت نظام التبني[2]، باستثناء تونس، حيث سمح مشرعها بالتبني بالمخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بالقانون رقم27لـ1958 الصادر في 4 مارس سنة1958 بنصه علي انه "يجوز التبني حسب الشروط المبينة في الفصول الآتية". ثم عدد هذه الشروط من خلال الفصل التاسع والعاشر والحادي عشر[3].

---

[1] راجع د/ محمد صبحي نجم – المرجع السابق – صـ56

[2] تنص م4 من قانون الطفل المصري رقم 12 سـ 1996 وتعديلاته علي انه " لا يجوز ان ينسب الطفل الي غير أبيه.... ويحظر التبني "، وهو موقف المشرع المغربي في المادة 149 من مسطرة الأحوال الشخصية بقولها " يعتبر التبني باطلا ولا ينتج عنه أي آثر من آثار البنوة الشرعية "، وكذا التشريع الليبي، والسوداني، والعماني، والأردني، والكويتي والعراقي.....الخ .

[3] اشترط المشرع التونسي ان يكون طالب التبني راشداً، متزوجاً، أو توفيت زوجته او طلقها، واشترط في المطلوب تبنيه ان يكون قاصراً حتي ولو كان اجنبيا مسلما، وان فارق السن بينهما

ولئن حظر المشرع المصري نظام التبني باعتباره من مسائل النظام العام الإسلامي، الا ان شرائع غير المسلمين من المسيحيين، تذهب إلي غير ذلك حيث يباح التبني فيها طبقاً للائحة الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لعام 1938، والتي الغيت في عام 1955 ليتم اسناد اختصاصاتها للمحاكم العامة[1] ولم تدرج الطائفة الانجيلية نظام التبني في لائحتها الصادرة عام 1902. والامر علي هذا النحو يوحي بان النظام العام المسيحي يسمح بالتبني في مصر، خاصة وان المادة الثالثة من الدستور توحي بذلك بقولها ان مبادئ شرائع المصريين المسيحيين واليهود المصدر الرئيسي للتشريعات المنظمة لأحوالهم الشخصية وشئونهم الدينية" وكذا نص م64 التي تقرر أن " حرية الاعتقاد مطلقة. وحرية ممارسة الشعائر الدينية....."

فضلا عن ذلك فقد تناول المشرع جانباً من نظام التبني من خلال نص المادة911 من قانون المرافعات – علي ما سيجئ بيانة الامر الذي يوحي بإمكان الحديث عن نظام عام إسلامي، وآخر مسيحي شريطة الا يصل الامر بينهما لحد الصدام الصارخ علي ما سنري فيما بعد[2] خاصة فيما يتعلق بالميراث، وموانع الزواج.

وساير المشرع الجزائري نظيره المصري بتناوله لمسألة القانون الواجب التطبيق علي التبني وكذا اثاره، بما يسمح معه القول بان المشرع الجزائري لا يمانع في اجرائه او

لا يقل عن 15 سنه، وضرورة موافقة الزوج الاخر ان كان المتبني متزوجاً، وضرورة حضور والدي الطفل او ممثل جهة الإدارة امام القاضي.

(1) تنص م3 من القانون رقم 1 لسنة 2000 الخاص بالأحوال الشخصية المصري علي أنه..... ومع ذلك تصدر الاحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية منظمة في 31 ديسمبر 1955 طبقاً لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام.

(2) هذا التعارض دعي الاقباط الي فتح باب النقاش بشان التبني لدرجة اقتراحهم لمشروع قانون موحد يجيز التبني ويخول للمتبني الحق في ان يلقب بلقب متبنيه، ولا يرث المتبني الا بوصية.

الاعتراف بآثاره عند الحد الذي لا يتعارض فيه امتداد هذه الآثار مع النظام العام الجزائري[1].

ويغاير الوضع غير الإسلامي في لبنان نظيرة في مصر في شأن التبني، اذ يقف حد النظام العام هناك عند تعارض الحق سواء في نشأته او عند الاعتراف به مع النظام العام اللبناني بكل طوائفه، ومن ثم لا يعد الاعتراف بالتبني، واعمال آثاره متعارضا مع النظام اللبناني بحسبان ان الطوائف اللبنانية غير الإسلامية تعترف به[2].

واذا انتقلنا الي التشريعات الغربية نجد جلُها يقر نظام التبني. كالمشرع الفرنسي، والألماني، والنرويجي، والدنماركي، والأمريكي، والانجليزي، والاسباني والتركي..الخ. ويكفي للدلالة علي توغل نظام التبني داخل المجتمعات ذات المرجعية المسيحية او حتي المجتمعات الآسيوية كاليابان، والفلبين، والهند، والصين، وأيضا في استراليا وكندا، تلك الاعداد من الأطفال الذين تم تبنيهم تبنياً دولياً[3] فنظام التبني في هذه الدول مسموح به في ظل الأطر القانونية التي صاغها مشرعها.

واذا كان ذلك هو موقف جانباً من التشريعات الوضعية بكل طوائفه فماذا بشان المجتمع الدولي والاتفاقيات الدولية المعقودة في هذا الشأن. وهذا ما سنعرض له.

---

[1] راجع نص المادة 13 مكرر من قانون الأحوال الشخصية الجزائري والتي تنص علي انه " يسري علي صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت اجرائها، ويسري علي أثارها قانون جنسية الكفيل، وتطبق نفس الاحكام علي التبني ".

[2] راجع الفصل الخامس في التبني من قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية، من المواد 98: 118 حيث تنص المادة 98 علي أن " التبني عقد قضائي ينشئ بين شخصين روابط مدنيه لأبوه وبنوة شرعيين".

[3] للمزيد حول هذا الموضوع د/ اشرف الرفاعي – المرجع السابق – صـ29 وما بعدها.

الاهتمام الدولي بالتبني :-

التبني كما عرفته الحضارات القديمة، نال أهتمام المجتمع الدولي المعاصر. هذا ما تبرهن عليه العديد من المؤتمرات، والاعلانات، والاتفاقيات الدولية.

وقد بدأ الاهتمام الدولي بحقوق الطفل منذ اعلان جينيف سنة 1924[1]، وتلاه الإعلان العالمي لحقوق الانسان والذي اقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في العاشر من ديسمبر لعام 1948. وأبرز ما جاء فيه ما نصت عليه المادة السادسة من أن لكل انسان أينما وجد ان يعترف بشخصيته القانونية[2] .

وفي عام 1950 اعلن المجلس الأوروبي عن العديد من حقوق الطفل ضمن الميثاق الاجتماعي الأوروبي والذي صار ملزماً للدول التي صدقت عليه اعتبارا من عام 1962. وبحلول عام 1959 صدر الإعلان العالمي لحقوق الطفل والذي دعي فيه الحكومات الي الاعتراف بحقوق الطفل التي اشتمل عليها الإعلان. كما صدر عام 1979 ميثاق حقوق الطفل العربي لمواكبة الإعلانات والمواثيق الدولية الصادرة في هذا الشأن ومؤكداً علي حقوق الطفل في أن يعرف باسم وجنسية معينه منذ مولدة[3].

---

(1) يعد اعلان جينيف أول وثيقة تعترف بحقوق الطفل حيث ورد بها " إن البشرية مدينة للطفل بأفضل ما يمكن منحه له من حقوق وضمانات ". راجع د/ محمود شريف بسيوني – حقوق الانسان – ج2- دار العلم للملايين – بيروت – 1989 – صـ334 وما بعدها، د/ محمد عبد الجواد – حماية الامومة والطفولة في المواثق الدولية والشريعة الإسلامية – منشأة المعارف بالإسكندرية – 1994 صـ25.

(2) حول الأسباب التي دعت الي الاهتمام بحقوق الانسان في مختلف انحاء العالم راجع – د/محمد المجذوب – الانسان العربي وحقوق الانسان – مجلة الفكر العربي – بيروت – معهد الانماء العربي – عدد 65 – 1991صـ 69 وما بعدها.

(3) لمزيد من التفاصيل راجع أ/ محمد عبده الزعير، والاستاذة عبلة إبراهيم – دراسة تحليلية نقدية لميثاق حقوق الطفل العربي – أبحاث مؤتمر اتحاد المحامين العرب 1997 صـ6 وما بعدها.

وفي عام 1989 توجت هذه الجهود بإقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة لاتفاقية حقوق الطفل، والتي تعد ترجمة حقيقية لحقوق الطفل، ولترسي للدول مناهج العمل الوطني للطفولة. بيد أن ما يهمنا ما جاء بنص المادة 20 من الاتفاقية التي اكدت علي التزام الدول الأعضاء بتوفير رعاية بديلة للطفل المحروم من بيئته العائلية كالحضانة او الكفالة أو التبني.... الخ، كما أوضحت المادة 20 اطر هذا التبني[1].

وفي عام 1993 اقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية الأطفال والتعاون في موضوع التبني الدولي والتي دخلت حيز النفاذ عام 1993[2] ولئن

---

[1] تنص المادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 علي انه :-

أ- للطفل المحروم بصفة مؤقته او دائمة من بيئته العائلية او الذي لا يسمح له، حفاظا علي مصالحه الفضلي، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرها الدولة.

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

ج- يمكن ان تشمل هذه الرعاية في جملة أمور كالحضانة او الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، او التبني، او عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال..... الخ .

وتنص المادة 21 من ذات الاتفاقية علي انه تضمن الدول التي تقر او تجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلي الاعتبار الأول والقيام بما يلي..

أ- تضمن الا تصرح بتبني الطفل الا السلطات المختصة..... الخ.

ب- تعترف بأن التبني في بلد اخر يمكن اعتباره وسيلة بديلة لرعاية الطفل.... الخ.

ج- تضمن بالنسبة للتبني في بلد اخر ان يستفيد الطفل من ضمانات ومعايير تعادل تلك القائمة فيما يتعلق بالتبني الوطني.

د- .....

هـ- .....

[2] لمزيد من التفاصيل راجع د/ اشرف الرفاعي المرجع السابق 40 وما بعدها.

تعددت الجهود الدولية المبذولة لحماية حقوق الطفل بصفة عامة، والتبني بصفة خاصة، فإن ما يسترعي الانتباه ان منظمة الأمم المتحدة الزمت الدول الموقعة علي هذه الاتفاقية بضرورة اتخاذ إجراءات تشريعية داخلية تكفل رعاية مصلحة الطفل وحضانته، وفي حالة تعذر إيجاد اسرة متبنيه في الدولة، فإن الهيئة أعطت صلاحية إيجاد اسرة بديلة خارج بلدة الأصلي، مع اعطائه كامل الحقوق كالإبن الشرعي وكذا حقه في جنسية الاسرة المتبنية[1]

وإزاء هذه الهجمة الشرسة الساعية نحو شرعنة التبني، فإنه يتعين التعرض قدر المستطاع لهذا النظام لبيان الموقف القانوني منه، وتقدير رؤية المشرع تجاهه ،كيما نستطيع الإحاطة بجوانب القصور التشريعي وندق الاجراس للتنبيه علي خطورة هذا الوضع الامر الذي يقتضي التعرض للمرجعية القانونية للتبني والصعوبات التي تواجهها.

---

[1] راجع صـ 12، وأيضا أ/ منيرة حريزي التبني والكفالة – رسالة ماجيستير في الحقوق الجزائر – 2016 صـ 34 وما بعدها.

الفصل الأول

المرجعية القانونية للتبني والصعوبات التي تواجهها

مقدمة

مضت الإشارة الي ان التبني هو اتفاق او تصرف قانوني، بموجبة يتبني شخصا ما – رجل او امرأه – او زوجان – غالباً ليس لديهما أولاد – ولد الغير – المعروف او المجهول النسب – وبحيث يحصل هذا الأخير علي كل حقوق الولد الشرعي من حيث نسبة للرجل او المرأة أو الزوجان، وذلك علي الرغم من كونها بنوه مصطنعة بين شخصين – الرجل او المرأة والولد – او ثلاثة اشخاص – الزوج والزوجة والولد – لا تقوم بينهما رابطة الدم[1].

ويثير التبني – علي هذا النحو – العديد من المسائل، فمن ناحية يتعين الوقوف علي المرجعية القانونية التي تحدد شروطه الشكلية، ومن ناحية اخري يجب تحري شروطه الموضوعية في ضوء مرجعيتها القانونية، زد علي ذلك انه يلزم تحري اثاره وفق مرجعية قانونية تحظي بالاتفاق.

بيد أنه يجب علي القاضي المعروض عليه امر المنازعة، ادراك حقيقتها، كيما يتمكن من حسمها. ويطلق علي ذلك النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في هذا الصدد عملية التكييف. فالوقائع علي كثرتها ليست مثالية، بل لا متناهيه وقد تتداخل، وتختلط بالكثير من الأنظمة المشابهة في اغلب من الأحيان.

---

[1] راجع د/ جمال محمود الكردي – تنازع القوانين – منشاة المعارف بالإسكندرية سنة 2005 صـ344.

فالتبني قد يكتسي بالكفالة، او بالاقرار بالنسب، او بالبنوة غير الشرعية في الكثير من الأمور. الامر الذي يقتضي من القاضي الالمام بكل هذه الأنظمة حتي يصل في النهاية الي التكييف الصحيح لحقيقة الواقعة.

ولئن كان من المقرر ان المرجعية القانونية بشأن التكييف هي لقانون القاضي، الا ان ذلك لا يحول دون الاستعانة بالقانون المقارن والقوانين ذات الصلة بموضوع النزاع[1]. وتزداد صعوبة المسألة فيما لو تم الاسناد الي قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، حيث يجب علي القاضي تعيين الشريعة الداخلية التي تحكم المسألة. ويدق الامر أيضا فيما لو أشار القانون المختص – من خلال قواعد الاسناد – الي قانون دولة اخري تكون له المرجعية للمسألة محل النزاع، الامر الذي يثيرفي الاذهان فكرة الإحالة.

وفي ضوء ما تقدم سوف نعرض لهذا الفصل من خلال مبحثين، نعرض في الأول للقانون الذي يحكم مراحل التبني، ونخصص الثاني، للمشكلات التي تواجه الاسناد في التبني، وذلك علي النحو التالي :-

المبحث الأول :- القانون الذي يحكم مراحل التبني.

المبحث الثاني :- العقبات التي تواجه إعمال قانون التبني.

---

(1) لمزيد من التفاصيل راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص123 وما بعدها، د/هشام صادق – المرجع السابق – ص53 وما بعدها، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ 70 وما بعدها- وانظر في – الاتجاهات المختلفة حول القانون الواجب التطبيق علي التكييف – د/ إبراهيم احمد – القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – دار النهضة العربية – 2002 – صـ88 وما بعدها.

المبحث الأول

القانون الذي يحكم مراحل التبني

مقدمة

التبني – كما سبق القول – هو تصرف قانوني يرتب اثاراً قانونية، وكأي تصرف قانوني يلزم لصحته اشتماله علي الشروط الشكلية، والموضوعية علي النحو الذي يقرره القانون المختص. فاذا ما تم التبني صحيحاً علي هذا النحو رتب آثاره في مواجهة كل من طالب التبني، والمطلوب تبنيه. وقد تتعرض علاقة التبني للانقضاء وفق الاحكام المقررة في القانون المختص.ويغدو التساؤل عن القانون الواجب التطبيق علي التبني في كافة مراحله ضرورة ملحه.

بيد ان الامر ليس بهذه البساطة اذ يسبق عملية الاسناد هذه عملية لا تقل عنها أهمية وهي عملية التكييف علي النحو المعروف في فقه القانون الدولي الخاص. وسوف نعرض لكل ما سبق خلال مطلبين، نتناول في الأول لعملية التكييف، وتخصص الثاني للقانون الواجب التطبيق بشأن التبني وذلك كما يلي :

المطلب الاول :– التكييف القانوني للتبني

المطلب الثاني :– القانون الواجب التطبيق بشأن التبني

المطلب الأول

التكييف القانوني للتبني

اهمية التكييف

يتعين لتحديد القانون الواجب التطبيق بشان التبني، تكييف العلاقة محل النزاع. والتكييف هو استجلاء حقيقة الواقعة، تمهيداً لادراجها تحت احد الأفكار المسندة، للوصول الي القانون الواجب التطبيق من خلال الضابط الذي تشير به قاعدة الاسناد[1].

واذا كانت عملية التكييف تبدو سهله في اغلب الأحيان، الا انها في شان التبني تحتاج الي مزيد من التأمل. فالتبني – كما سبق القول – يختلط في مقصودة بالكثير من الأنظمة القانونية الأخرى، كالكفالة، والحضانة، والإقرار بالبنوة[2].

بيد أن الثوابت المعتمدة في شأن التبني تكفي للوقوف علي حقيقته. فالحاق نسب المتبنَّي القاصر، بالمتبنِي واعتباره في منزلة الابن الشرعي بما له من حقوق، وما عليه من التزامات هي عماد التبني. وبهذه المثابة يغدو التبني كواقعه واضحة لا لبس فيها ولا غموض. فقد يري القاضي المطروح امامة النزاع ان فحوي الواقعة لا علاقة لها بالتبني، وان

---

(1) راجع د / عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ 111 وما بعدها، راجع د/ هشام صادق – تنازع القوانين – دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة – 2013 – صـ 47 وما بعدها، د/عكاشة عبد العال – تنازع القوانين – دراسة مقارنة – 2007 دار الجامعة الجديدة صـ103 وما بعدها، د/ جمال محمود الكردي – مرجع سابق – صـ 70 وما بعدها، د/حفيظة الحداد – محل التكييف في القانون الدولي الخاص – دراسة تحليلية انتقادية للاتجاهات الفقهية واحكام القضاء – دار الجامعة الجديدة 1992 صـ36 وما بعدها.

(2) راجع ما سبق صـ

تعلقت بالاقرار بالبنوة[1]، وعلي العكس قد تكون الواقعة في ظاهرها نوع من الكفالة، الا ان آثارها تؤدي الي اعتبارها نوعا من التبني.

ولئن تيسر للقاضي الوقوف علي طبيعة المسألة، فان الاختلاف في تكييف شروط التبني الشكلية او الموضوعية يؤدي بالتبعية الي الاختلاف في القانون الواجب التطبيق[2]. فلو تم تكييف منازعة متعلقة بتحرير عقد التبني في صيغة رسمية علي انها واقعة ضمن شروطه الشكلية واجراءاته، فتكون قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق في هذه الحالة هي التي تسند الشكل لقانون محل الابرام، الا انه قد يتم تكييفها ضمن الشروط الموضوعية للتبني، مما يسيتتبع تطبيق قاعدة الاسناد التي تخضع الشروط الموضوعية لقانون طرفا التبني، او قانون احدهما. حسبما تشير بذلك قواعد الاسناد في قوانين اطراف العلاقة [3]. ولا شك ان قانون دولة القاضي سيكون محل اعتبار في هذا الشأن، خاصة اذا كانت احكام قانونه مستمدة من الشريعة الإسلامية، ومن ثم سوف ينتهي الي رفض الدعوي متي بان له ان اطراف علاقة التبني، أو احدهما كان مسلماً وذلك لاصطدام الواقعة بالنظام العام الإسلامي في دولته [4]. والمرجعية في شأن التكييف هي لقانون القاضي المطروح امامه المنازعة حسبما أشار بذلك " بارتان " ومن قبله " كاهن ". بيد أن ذلك لا يحول دون الاستعانة بالقوانين الأجنبية ذات الصلة للوقوف علي حقيقة العلاقة [5].

---

[1] انظر في ذات المعني د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ557.

[2] راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ116.

[3] راجع د/ هشام صادق – تنازع القوانين – طـ 3 – منشأة المعارف بالأسكندرية – 1974 – صـ209.

[4] راجع د/ منصور مصطفي منصور – مذكرات في القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – دار المعارف – 1957 صـ142.

[5] راجع ما سبق – صـ

واذا كان من المسلم به ان الاختلاف في التكييف يؤدي الي الاختلاف في قاعدة الاسناد، ومن ثم القواعد واجبة الاعمال بشأن العلاقة، فإن من المسلم به أيضا ان اختلاف جهة القضاء المطروح امامها النزاع سوف يؤدي هو الآخر الي التباين في تكييف ذات المسألة [1]، ذلك ان لكل قاضي مفاهيمة القانونية التي يستمدها من النظام القانوني السائد في دولته، وتلك المفاهيم تختلف من دولة الي اخري حسب الثوابت الاجتماعية والعقائدية السائدة في مجتمعها، ويمر القاضي في ادراكه لحقيقة المسألة، وانزال حكم القانون عليها بمراحل ثلاثة، أولها الوقوف علي حقيقة الواقعة، فاذا ما تبين له انها علاقة تبني، انتقل الي المرحلة الثانية وذلك بتحديده محور المنازعة وما اذا كانت تتعلق بصحة التبني، او بطلانه او بترتيب آثاره، فاذا مافرغ منها انتقل الي مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق، سواء تعلق الامر بشكل العلاقة، او موضوعها، او آثرها. وذلك علي النحو الذي سنعرض له فيما بعد

تكييف التبني في الأنظمة التي لا تجيزه :-

السؤال الذي يطرح نفسة يتعلق بموقف التشريعات الوضعية ذات المرجعية الإسلامية من مسألة التبني ؟ وعلة هذا التساؤل تكمن في تلك المرجعية التي تعين القاضي علي ادراك حقيقة هذا النظام، ومن ثم التكييف، واخيراً إنزال حكم القانون.

فالمشرع التونسي علي سبيل المثال نظم التبني من كل جوانبه من خلال الفصول من 8 – 17. الامر الذي يسهل كثيرا من مهمة القاضي في تفهم طبيعة المسألة [2]

بيد أن الوضع يزداد تعقيداً خاصة في الدول التي ينظم مشرعها مسائل الأحوال الشخصية علي نحو مركب كمصر ولبنان، حيث توجد مسائل كالميراث، و الولاية علي

---

[1] راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ600 .

[2] راجع ا/ طلبة مالك – التبني والكفالة – رسالة ماجستير – كلية الحقوق – جامعة وهران – 2006 – صـ11.

المال يخضع لها الكافة مسلمين، وغير مسلمين رغم انها مستقاه من الشريعة الإسلامية [1]، وعلي العكس من ذلك هناك من المسائل المتعلقة بالاسرة أيضا كالزواج والطلاق تناولها المشرع بالتنظيم علي نحو طائفي. بمعني ان المشرع افسح المجال بشأنها لأعمال الشرائع غير الإسلامية فيما لو اتحد الأطراف في الطائفة والملة [2]

ويدق الامر في شأن التبني، حيث لم يجز المشرع المصري وكذلك القضاء هذا النظام [3]، في الوقت الذي اجازته ونظمته شريعة الاقباط الارثوذكس، والأرمن الأرثوذكس وغيرها من الطوائف المسيحية [4]. وتثير هذه الازدواجية في التناول التساؤل عن إمكانية استلهام مفهوم التبني علي النحو الوارد بشرائع غير المسلمين خاصة وان المشرع المصري غض الطرف عن تنظيم هذه المسألة لتعلقها بالنظام العام الإسلامي [5] . وعلي الرغم من ذلك، ونزولاً علي مقتضي المادة العاشرة من القانون المدني، فانه ليس هناك ما يمنع القاضي المصري من الاستعانة بالنظم الطائفية للتحقق من طبيعة المسأله، بحسبان ان القانون المصري في جملته هو المرجح بشأن التكييف [6].

---

[1] راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ566.

[2] في نفس المعني د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ80.

[3] ورد النص علي التحريم بالمادة 4 من قانون الطفل 112 لسنة 1996 المعدل بالقانون رقم 126 لسنة 2008 بقوله " لا يجوز ان ينسب الطفل الي غير ابية..... ويحظر التبني ".

[4] تنص المادة 112 من لائحة الاقباط الأرثوذكس لسنة 1938 علي انه " يحصل التبني بعقد رسمي يحرره كاهن الجهة التي يقيم فيها راغب التبني....." وذلك بعد ان قررت المادة 110 من اللائحة ان " التبني جائز للرجل والمرأة.....".

[5] وذلك لتعلق المسألة بنص قطعي ورد بالقرآن الكريم، كما جاء بالاحاديث النبوية الشريفة ما يؤكد تحريمه.

[6] تنص المادة 10 من القانون المدني المصري علي انه " القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات.....".

ولا شك ان شرائع غير المسلمين تعد جزءاً من النظام القانوني المصري حسبما اشارت بذلك المادة 3 من الدستور[1].

ويؤيد جانب من الفقه تساندة احكام القضاء هذا المسلك، حيث يفضل الرجوع الي الشرائع الطائفية لتفسير العلاقات التي لا تعرفها الشريعة الإسلامية بوصفها صاحبة الولاية العامة في مسائل الأحوال الشخصية. ويعد التبني من هذه العلاقات التي تنفرد بتنظيمها الشرائع غير الإسلامية، خاصة اذا ما تعلقت هذه العلاقة بأجانب لا يدينون بالإسلام، ومقيمين علي الإقليم المصري.

وإزاء عدم احاطة التنظيم القانوني الوطني لكل ما يتعلق بمسائل التبني، فلا اقل من الاستئناس بالتنظيم الوارد في الشرائع الطائفية، فضلاً عن الاستعانة بالقانون الذي يثيره الأطراف. وهذا ما أكد علية الفقه الغالب في فرنسا من انه يجب علي القاضي الاعتماد علي القانون الذي يتمسك الخصوم بإعماله بوصفة احد اهم الركائز للوقوف علي حقيقة المسألة المطروحة تمهيداً لإمكان تكييفها، ومن ثم ادراجها تحت احد الأفكار المسندة في قانونه، تمهيداً لإنزال حكم القانون الملائم والمناسب بشأنها [2].

---

[1] تنص المادة 3 من الدستور المصري علي ان " شرائع المصريين من المسيحيين واليهود المصدر الرئيسي للتشريعات المنظمة لأحوالهم الشخصية وشئونهم الدينية....."الخ ، وتنص المادة 3 من قانون الأحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000 "..... ومع ذلك تصدر الاحكام في المنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة في 31 ديسمبر لسنة 1955 طبقاً لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام ".

[2] د/ عكاشة عبد العال – الوجيز في تنازع القوانين – دراسة مقارنة – 2014 – دار الجامعة الجديدة – صـ73.

ولعل في موقف المشرع الموريتاني ما يؤيد هذا النظر[1]، فبعد ان قرر ذلك المشرع ان استلحاق الولد من غير الاب يقع به الارث اذا لم يكن ثمة وارث ثابت النسب[2]، نجده يقطع ببطلان التبني بعد ذلك وعدم ترتيبه لاي اثر من اثار البنوة. والامر علي هذا النحو يوقع في الحيرة، ويثير الشك حول موقف القاضي عند تكييفه لعلاقة الارث فيما لو طورحة عليه.

ويقترب موقف المشرع الجزائري من نظيره المصري. فبعد ان قرر بنص المادة 46 من قانون الأحوال الشخصية الجزائري ان التبني محظور شرعا وقانونا،

أجاز من خلال نص المادة 13 مكرر اجراء التبني امام القاضي الجزائري متي سمحت قوانين اطراف العلاقة بذلك . الامر الذي يستفاد منه ضرورة الرجوع الي القانون الجزائري في جملته، والقوانين ذات الصلة للوقوف علي طبيعة العلاقة.

نجده يجيز اجرائه من خلال نص المادة 13 مكرر من القانون المدني امام القاضي الجزائري متي سمحت قوانين اطراف العلاقة بذلك[3]. الامر الذي يستفاد منه ضرورة الرجوع الي القانون الجزائري في جملته، والقوانين ذات الصلة للوقوف علي طبيعة العلاقة.

وينفرد المشرع اللبناني بموقف خاص، حيث يعتمد التعددية الطائفية في شأن مسائل الأحوال الشخصية ومن بينها التبني[4]. فبينما لا تجيزه الشريعة الإسلامية، فإن شرائع غير

---

(1) راجع نص الماده 65 من القانون رقم 52 لسنه 2001 في 19 اغسطس 2001.

(2) القانون رقم 25 لسنة 2001 والصادر في 19/ 9 / 2001 حيث تقرر الماده 72 ان "التبني باطل ولا يترتب عليه اثر من اثار البنوه ".

(3) تنص المادة 46 من قانون الاسرة الجزائري و المعدل في 2005 علي انه "يمنع التبني شرعا و قانونا ".وتقضي المادة 13 مكرر علي" انه يسري علي صحه الكفالة قانون جنسيه كل من الكفيل و المكفول وقت اجرائها ويسري علي اثارها قانون جنسيه الكفيل، وتطبق نفس الاحكام علي التبني ".

(4) راجع د/بشير البيلانى – قوانين الأحوال الشخصية في لبنان – دار العلم للملاين – ص203 وما بعدها .

المسلمين قد اجازته، وحددت شروطه، واثاره المترتبة عليه. وتتضمن حاليا مختلف انظمه الأحوال الشخصية لدي الطوائف المسيحية احكاما متشابه في تنظيم التبني[1].

وبهذه المثابة لن يألوا القاضي اللبناني جهدا في الوقوف علي حقيقة العلاقة في ضوء الشرائع المسيحية اللبنانية وضوابطها[2].

تلك نظرة خاطفة بشان موقف الأنظمة القانونية التي لا تجيز التبني كقاعدة عامة. وكيف ان نظامها القانوني لا ينكر التبني لدى بعض طوائفة.

والامر علي هذا النحو يسمح بادراك حقيقة العلاقة في ضوء هذه الأنظمة. اذ القول بغير ذلك فيه مجافاه للمرونة الواجب اضفاؤها علي احكام القوانين الداخلية لتلائم واقع الحياه الخاصة الدولية.وتلك مساله تتطلب من القاضي قدرا كبيرا من الاجتهاد[3]

ويبقي التساؤل عن اثر هذا التكييف ؟ والاجابة علي هذا التساؤل ستكون من خلال الوقوف علي القانون الواجب التطبيق علي نظام التبني في مختلف مراحله وهو ما سنعرض له فيما يلي :-

---

[1] راجع د/اكرم ياغي – قوانين الأحوال الشخصية لدي الطوائف الإسلامية والمسيحية – ط2 – منشورات زين الحقوقية – ص195 .

[2] تضمن قانون 2 نيسان 1951 شروط التبني حيث وردت في المواد التالية :-
المادة 98 "التبني عقد قضائي احتفالي ينشئ بين شخصين روابط مدنية لابوة و بنوة شرعيين "
المادة 100 "ان المتبني قد تجاوز الأربعين سنه من عمره وان يكون الفرق بين عمره وعمر المتبنَي يزيد علي 18 سنه، وان لا يكون له نسل شرعي وقت التبني.....الخ " .
المادة 103 "يجب موافقه الزوجين علي التبني.....الخ ".
المادة 101 "اذا كان طالب التبني كاثوليكيا ،يجب ان يكون المتبني كذلك ".
المادة 112 "لا يصح التبني الا بقرار من المحكمة الكنسية يصدقه مطران الأبرشية ".

[3] راجع د/عز الدين عبدالله – المرجع السابق – ص239، د/ عكاشه عبد العال – المرجع السابق – ص311 وما بعدها.

المطلب الثاني
القانون الواجب التطبيق
بشان التبني

مقدمه :-

اذا ما فرغ القاضي من تكييف العلاقة المطروحة امامه ،امكنه بعد ذلك ادراجها تحت احد الأفكار القانونية الوصول للقانون المختص والذي تشير به قاعدة الاسناد الوطنية، خاصه اذا كانت من العلاقات التي تثير تنازع القوانين. ويتحقق ذلك فيما لو اختلفت جنسيه طالب التبني، عن جنسيه المطلوب تبنيه، كما يتحقق ذلك أيضا في الفرض الذي تتحد فيه جنسيه الأطراف وكان قانونهما الشخصي يجيز هذه العلاقة متي اريد ابرامها في دوله اخري.

ولئن عنيت النظم الغربية التي تجيز التبني بمساله القانون الواجب التطبيق علي كافه مراحله، فانه علي العكس من ذلك اغفلت جل القوانين العربية ذات المرجعية الإسلامية مثل هذا التنظيم لتعارضه مع النظام العام الإسلامي في الدولة.

بيد ان هذا الاغفال لم يكن مطلقا، فالمشرع المصري علي سبيل المثال تناول جانبا من هذا التنظيم من خلال المادة 911 من قانون المرافعات المصري[1] وكذا المادة 13 مكرر من التشريع الجزائري[2].

---

[1] تنص المادة 911 من قانون المرافعات المصري علي انه " اذا كان قانون بلد الشخص الذي يريد التبني، وقانون بلد الشخص المراد تبنيه يجيزان التبني، يثبت التبني بمحضر يحرر لدي رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن احدهما.....".

[2] تنص المادة 13 مكرر من قانون الأحوال الشخصية الجزائري علي انه " يسري علي صحه الكفالة قانون جنسيه كل من الكفيل والمكفول..... ويسري علي اثرها قانون جنسيه الكفيل، وتطبق نفس الاحكام علي التبني ".

وقد خلا القانون المدني المصري من نص ينظم موضوع التبني – علي عكس ما هو متبع بشان مسائل الأحوال الشخصية الأخرى – بحسبان تعارضه مع الشريعة الإسلامية، بيد ان هذا التبرير ليس كافيا، مادامت مشكلاته – التبني – محتمله العرض علي القضاء الوطني سواء بالنسبة للأجانب، او بالنسبة للوطنيين انفسهم من غير المسلمين[1] – الامر الذي يقتضي تدارك هذا الاغفال.

والتبني بوصفه تصرفا قانونيا، يلزم لصحته وترتيب اثاره توافر مجموعه من الشروط الشكلية، والموضوعية حسبما يشير بذلك القانون المختص، الامر الذي يقتضي من القاضي اسناد العلاقة محل النزاع لهذا القانون للوقوف علي صحتها.

ولا يستطيع القاضي الوطني التذرع باسم النظام العام في كافه الأحوال لرد الدعوي او رفضها، ما لم يكن هناك مبررا لهذا التدخل علي النحو الذي سنراه فيما بعد.

---

(1) يحتل موضوع التبني اهميه بالغه سواء من الناحية النظرية، او من الناحية العملية، فمن الناحية النظرية ،فان واقع الحياه الخاصة الدولية افرز العديد من الأنظمة القانونية التي تناولت هذا الموضوع علي نحو مفصل بما يقتضي اخذها في الحسبان وبعين الاعتبار، ومن الناحية العملية، يثير موضوع التبني اشكاليه التوارث فيما بين المتبِني، والمتبنَي، وتلك مشكله مطروحة امام ساحه القضاء المصري في واقعه تتلخص في ان مصريا مسيحيا يحمل الجنسية الفرنسية، تزوج من إيطالية وتبني طفلتها من زوج اخر، وتوفي المتبِني في الخارج عن ثروة عقاريه في مصر ،وسارع ورثته في الحصول علي اعلام شرعي لم يدرج به اسم الفتاه المتبناة والتي استحصلت هي الأخرى علي تصديق بالوفاة من الخارج وباعتبارها الوريثة الوحيدة للمتوفي، وقد انتهي القضاء المصري الي ابطال مادة الوراثة التي لم تدرج فيها هذه الفتاه، وصدرت احكاما باتة في هذا الشأن بالاعتراف بواقعه التبني، واعتبارها وريثا للمتوفي 0 والامر علي هذا النحو يثير مسألة مدي اعتراف القاضي المصري بالتبني، ومن ثم بأثاره في ضوء فكره الأثر المخفف للنظام العام. راجع الدعوي رقم 120 لسنه 2018 اسرة الازبكيه الدائرة 53 اسرة الازبكيه، الدعوى رقم 4604 لسنه 2008 مدني كلي شمال القاهرة، والدعوى رقم 1920 لسنه 13ق الدائرة 88 محكمة استئناف القاهرة.

وبهذه المثابة يتعين الوقوف علي القانون الواجب التطبيق بشان الشروط الشكلية، والموضوعية، وكذا اثار هذا التبني. وهو ما سنعرض له فيما يلي :-

الفرع الاول

القانون الواجب التطبيق

علي شكل التبني

يقصد بشكل التصرف بصفه عامه، ذلك الاطار العام الذي يتم فيه افراغ الإرادة واظهارها للعالم الخارجي[1]

والتبني بوصفه تصرفا قانونيا، يلزم فيه اتباع شكليات لازمه لإشهاره، وتوثيقه، والتصديق عليه، حتي صدور حكم قضائي به[2].

والقاعدة المستقرة لدى غالبيه النظم القانونية هي اخضاع شكل التصرف لقانون بلد ابرامه. هذا ما تؤكده المادة 20 من القانون المدني المصري، والمادة 26 من القانون العراقي، والمادة 5/9 من القانون الاسباني[3].....الخ.

---

[1] راجع د/ عز الدين عبدالله – المرجع السابق – ص483، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – ص532، د/ هشام صادق – المرجع السابق – ص235 وما بعدها، د/ عكاشه عبد العال – المرجع السابق – ص320، د/ فؤاد رياض، ساميه راشد – المرجع السابق – ص317.
، جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – ص499.

[2] راجع : Dr - Firas Kareem : conflict of laws in Adopetion
بحث منشور في مجله المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية – العدد الرابع – السنه التاسعة –2017، راجع د/ احمد عبد الكريم سلامه – الأصول في التنازع الدولي للقوانين – دار النهضة العربية ص904.

[3] راجع د/ جابر جاد عبد الرحمن– المرجع السابق – ص503، وفي الأصل التاريخي لهذا القاعدة راجع د/ جمال الكردي – المرجع السابق – ص530 وما بعدها.

وإزاء اغفال مشرعي العديد من الدول النص علي قاعده اسناد خاصه بشكل التبني[1]، فلا بأس – والحال كذلك – من مد إعمال قاعده الاسناد الخاصة بشكل التصرفات القانونية عموما، ليطال تطبيقها شكل التبني بوصفه تصرفا قانونيا[2] مع إعطائها نوعا من المرونة بما يتناسب طبيعة التبني ويدخل في مضمون فكره شكل التصرف عموما. الأوضاع واجبه الاتباع سواء في سبيل انعقاده، او في سبيل اثباته، دون تلك المتعلقة بإشكال المرافعات او العلانية[3].

---

(1) هناك نظم قانونية نصت صراحه علي القانون الواجب التطبيق بشأن شكل التبني، من ذلك نص المادة 5/9 من القانون الاسباني التي تنص علي انه " يجب ان تكون اشكال التصرف متفقه مع قانون مكان التبني "، ونص المادة 44 من القانون اليوغوسلافي التي تنص علي انه " يخضع شكل التبني لقانون دوله المكان الذي يتم فيه التبني ".

(2) فالمشرع الفرنسي علي سبيل المثال اغفل النص علي الشروط الشكلية للتبني، حيث نص في المادة 3/370 من القانون المدني الجديد علي ان " تخضع شروط التبني للقانون الوطني للمتبني، وفي حاله التبني من قبل كلا الزوجين، تخضع هذه الشروط للقانون الذي يحكم اثار علاقتهم، ولا يمكن النطق بالتبني اذا كان القانون الوطني لكلا الزوجين يحظره ولا يمكن تبني قاصر اجنبي اذا كان قانونه الشخصي يحظره، ما لم يكن هذا القاصر قد ولد ويعيش في فرنسا" .

ولعل ما يؤكد قاعدة " خضوع التبني لقانون بلد ابرامه " نص المادة 5/370 بقولها " ينتج التبني المنظم في الخارج اثار التبني الكامل في فرنسا حيث ينهي الابوة الموجودة مسبقا تماما وبصورة لا رجعه فيها....." الخ. والبادي من هذا النص ان المشرع الفرنسي اعتمد التبني واثاره الحاصل في الخارج شريطة ان يكون صادرا في بلد تنظم احكام التبني".

(3) راجع د/ هشام صادق– المرجع السابق – ص237، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – ص532 وما بعدها، د/عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص481 وما بعدها، د/ فؤاد رياض، ساميه راشد – المرجع السابق – ص317 وما بعدها، د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – ص502 وما بعدها.

ويثار التساؤل عن جدوى استئثار التبني بقاعدة شكليه، حيث غالبا ما تختلط شروطه الشكلية، بتلك الموضوعية اللازمة لتمام انعقاده.

ويعزي سبب التساؤل الي تنوع الاشكال اللازمة لانعقاد التصرف، الي اشكال متعلقة بذات التصرف، وأخرى متممه للأهلية، بالإضافة الي الاشكال المتعلقة بالتنفيذ، او تلك المتعلقة بالعلانية[1].

واذا كان لكل شكل مما سبق قاعده اسناد خاصه به، الامر الذي يقتضي إخراجها من مجال القاعدة التي تحكم شكل التبني . هذا ما أكدته المذكرة الايضاحية للقانون المدني بقولها " ان اختصاص القانون الذي يسري علي الشكل لا يتناول الا عناصر الشكل الخارجية، اما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي التي تعتبر ركنا لانعقاد التصرف.....فلا يسري عليه الا القانون الذي يرجع اليه للفصل في التصرف من حيث الموضوع[2]. و بهذه المثابة سوف ينحصر شكل التبني في الاطار الضيق المتعلق بأوضاعه الخارجية.

وهذا القول مردود في شأن التبني، خاصه وان اتفاقيه لاهاي 1965 المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف بالمراسيم المتعلقة بالتبني اشارت في

---

(1) لمزيد من التفاصيل راجع د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – ص500.
وما بعدها، د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص481 حيث يقرر سيادته ان الاشكال ليس نظاما واحدا، فهناك اشكال تستلزم لوجود التصرف الارادي او لمجرد اثباته، واشكال يلزم اتخاذها لاعلان هذا التصرف وشهره حتي يحتج به علي الغير، وهناك اشكال يلزم توافرها لصحه صدور التصرف الارادي من ناقص الاهلية او نائبه، وهناك أخيرا اشكال خاصه بالمرافعات.

(2) مجموع الاعمال التحضرية للقانون المدني – ح1 – ص296.

مادتها الثالثه الي اختصاص قانون الدولة التي يقيم المتبنَي فيها عادة، او الي قانونه الشخصي وذلك فيما يتعلق بشروط التبني الشكلية.

ويبدو ان هدف واضعي الاتفاقية باعتمادها قانون موطن، او جنسيه المتبني يتجه نحو وحده القانون الذي يحكم الشكل، والموضوع، خاصه وان قانون الموطن، وقانون الجنسية من بين القوانين القابلة للتطبيق علي موضوع التبني وذلك امعانا في ضمان سلامه عمليه التبني.

وهو ماكدته اتفاقيه لاهاي 1993 المتعلقة بحمايه الأطفال و التعاون في مجال التبني علي الصعيد الدولي حيث نصت في المادة الرابعة من الفصل الثاني منها علي ضرورة تطبيق القوانين الوطنية لأطراف التبني فيما يتعلق بالشكل القانوني المطلوب[1]

وقد ساير الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الفرنسيين هذا النظر، وذلك بترجيحها تطبيق القانون الخاص بالشروط الموضوعية علي الشكل والإجراءات الخاصة بالتبني [2]

ولئن كانت غايه القاعدة المتعلقة بشكل التصرف وهدفها يكمن في التيسير علي المتعاقدين، فهذا القول وان كان مقبولاً في اطار التصرفات المالية ([3]، فانه غير مقبول في شأن التبني. وعله ذلك تكمن في مدى الاعتراف به، وبأثاره امام الأنظمة القانونية المعنية.

---

(1) راجع Dr – firas kareem : op.cit, p, 274, 273

(2) راجع د/ اعراب بلقاسم – القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين –2002–ص234

(3) لمزيد من التفاصيل راجع د/ عز الدين عبدالله – المرجع السابق – ص 476 ومابعدها، د/ هشام صادق – المرجع السابق – ص 227 ومابعدها، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – ص 528 ومابعدها، د/ جابر جاد عبدالرحمن – المرجع السابق – ص 504 ، د/ فؤاد رياض – د/ ساميه راشد – المرجع السابق – ص 315 ومابعدها ، د/ احمد عبدالكريم سلامه – المرجع السابق – ص 602 ومابعدها.

وبهذه المثابة نري ضرورة إنفراد التبني بقاعدة شكليه قوامها ان " تجري علاقه التبني وفق قانون الدولة المراد ابرامه فيها مع مراعاه الاشكال والأوضاع المقررة في القانون الشخصي لاطرافها . وبذلك تضمن صحه التبني ليس فقط امام النظام القانوني لبلد الابرام ،وانما أيضا في مواجهه كافه الأنظمة القانونية المعنية الأخرى.

ولعل في موقف القوانين، والاتفاقيات الدولية ما يؤيد هذا النظر. فالمشرع المصري ذكر من بين ما ذكر ضابطين للاسناد بشأن شكل التصرف، وهما ضابط بلد الابرام، وضابط القانون الواجب التطبيق علي الموضوع. فإذا ما كان ضابط بلد الابرام موضع استقرار واتفاق بين مختلف النظم القانونية، فلا اقل من ان يضاف اليه ضابط القانون الموضوعي خاصة وانه محتمل التطبيق دائماً امام القاضي المصري[1].

واذا تاملنا موقف المشرع الفرنسي نجده يسير في هذا الاتجاه بإقراره اعتماد الإجراءات المنصوص عليها في القانون الأجنبي فيما لو عقد التبني بين أجانب علي الأراضي الفرنسية[2]، فالمشرع الفرنسي بسماحة اجراء التبني بين الأجانب علي الأراضي الفرنسية وفق ما هو متبع في قانونهما الشخصي من قواعد وإجراءات، سوف يحقق الغاية المطلوبة من قاعدة التنازع، والمتمثلة في حماية علاقة التبني [3] ويضفي فريداً من الشرعية بشأن الاعتراف بها.

---

[1] تنص المادة 20 من القانون المدني المصري علي انه " العقود مابين الاحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز ايضاً ان تخضع للقانون الذي يسري علي احكامها الموضوعيه، كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين، او قانونهما الوطني المشترك" .

[2] راجع :

DR - Firas kareem : op.cit, p, 273, J.G. collier : conflict of laws Cambridge studies in international and compaRative law – 1987, p. 311 ets.

[3] قرب من ذلك د/ عكاشة عبد العال – تنازع القوانين – دراسة مقارنة – 2007 – دار الجامعة الجديدة – صـ 686.

واذا تأملنا موقف الاتفاقيات الدولية – علي النحو السابق[1] – نلحظ ان اتفاقية 1993 راحت تتلمس الشرعية، والحماية لعلاقة التبني في مواجهة كافة الأنظمة القانونية. آيه كذلك اعتدادها بالقانون الشخصي لأطراف العلاقة ليس فقط في الوقوف علي صحة التبني من الناحية الموضوعية، وانما أيضا من الناحية الشكلية. وبيان ذلك ان دولة الابرام لن تقدم علي تشييد علاقة تناهضها القواعد الإجرائية سواء في قوانينها الداخلية او حتي في القوانين الشخصية لأطرافها.

واذا كان القانون الواجب التطبيق مع شكل التبني قد آثار ما آثار من أفكار واطروحات، فماذا بشأن القانون الواجب التطبيق علي موضوعه. هذا ما سنعرض له فيما يلي :-

الفرع الثاني

القانون الذي يحكم شروط التبني الموضوعية

لا صعوبة في الأمر اذا اتحدت جنسية كل من طالب التبني والمطلوب تبنيه، اذ يتعين في هذه الحالة تطبيق قانون جنسيتهما المشتركة.

بيد أن الأمر يدق فيما لو اختلفت جنسية كل من الطرفين، حيث يثار التساؤل عن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، أهو قانون المتبنَي، أم قانون المتبنِي، أم قانونهما معاً، ام قانون بلد ابرامه.....الخ.

أختلفت الآراء وتباينت التشريعات في سبيل الإجابة علي هذا التساؤل، فبينما يذهب جانب من الفقه، تسانده احكام القضاء وتؤيده النصوص، الي اعمال القانون الشخصي للمتبِي، يتجه جانب آخرنحواِعمال القانون الشخصي للمتبنَّى مع اختلاف في التطبيق،

---

[1] راجع ما سبق – صـ

يضاف الي ذلك ما اتجه اليه مشرعى بعض الدول من الاعتداد بقانون الدولة التي يتم فيها التبني[1].

فالمشرع الفرنسي علي سبيل المثال أثر تغليب قانون طالب التبني ليحكم شروطه الموضوعية، بحيث لا يرجع لقانون المراد تبنيه الا بخصوص سماح او موافقة هذا الاخير لنظام التبني[2]. هذا ما تؤكده المادة 3/370 من القانون المدني الفرنسي [3]، ويمكن تبرير هذا الحل من خلال ما هو مشاهد في اغلب حالات التبني الفرنسية من اتحاد موطن او محل إقامة طرفية، كما ان هذا الحل سوف يضمن وحدة القانون المطبق علي عملية انشاء علاقة التبني، فضلا عما يفرزه التبني من آثارعائلية في حق طالبه، يقتضي تغليب قانونه في هذا الصدد [4]، ومن التشريعات التي انحازت لهذا الاتجاه التشريع الإيطالي، والتشريع اليوناني، والتشريع النمساوي، التشريع البولندي، والتشريع الألماني[5].

---

[1] راجع د/ احمد عبد الكريم سلامه – المرجع السابق – صـ899.

[2] المرجع السابق – صـ900.

[3] تنص المادة 3/370 من القانون المدني الفرنسي الجديد علي انه " تخضع شروط التبني للقانون الوطني للمتبِني، وللقانون الذي يحكم علاقة الزواج اذا كان المتبني هما الزوجان ولا يمكن النطق بالتبني اذا كان القانون الوطني لكلا الزوجين يحظره، ولا يمكن تبني قاصر اجنبي اذا كان قانونه الشخصي يحظره، الا اذا ولد هذا القاصر وكان يعيش في فرنسا واياً كان القانون المعمول به يتطلب التبني موافقة الممثل القانوني للطفل ".

[4] راجع د/ اشرف وفا – الوسيط في القانون الدولي الخاص – طـ1 – دار النهضة العربية – صـ370، د/ احمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – صـ900 .

[5] تنص المادة 22 من القانون المدني الألماني علي انه " يحكم التبني قانون الدولة التي ينتمي اليها الراغب في التبني وقت تمام التبني..... " وتنص المادة 20 من القانون المدني الإيطالي لسنة 1973 علي انه " مبدئياً فان قانون الشخص المتبِني يحكم كل العلاقات بين الشخص

ولئن كان هذ الاتجاه ينسجم مع المنطق القانوني لضمان وحدة القانون في العائله، حيث يكتسب المتبنيَّ جنسية المتبنَي مع ما يترتب علي علاقة التبني من آثار، الا انه لا يضمن صحة التبني في جميع الاحوال، خاصة في الفرض الذي تختلف فيه جنسية المطلوب تبنيه عن طالب التبني، اذا يجب لضمان فاعلية علاقة التبني، ومن ثم الاعتراف بها في بلد المتبنّي السابقة إيلاء قانون هذا الطفل الاعتبار حال انشاء هذه العلاقة. ويبدو ذلك واضحا فيما لو كان قانون المتبنَّي، يرتب مزايا تفوق تلك التي يقررها قانون المتبنِي، او كان يتطلب لضمان صحته شروطاً غير مرعية في قانون طالب التبني[1]. ونتيجه لذلك ذهب اتجاه فقهي الي تطبيق القانون الشخصي للطفل المراد تبنيه للوقوف علي صحة انشائه. ومرد ذلك يكمن في ان التبني يتعلق بحالة المطلوب تبنيه أكثر من تعلقه بحالة طالب التبني نفسه، الامر الذي يتعين معه تطبيق قانونه الشخصي لما فيه من مراعاة للمصلحة الفضلي للطفل، ولما يحدثه من اثر في حالته الشخصية والاسرية[2].

المتبنيَّ والطفل المتبنيِّ....." ولمزيد من التفاصيلراجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ325، 326 وايضاً:

E.Grobbier : l`adoption en Droit international prive compare rev – crit, 1976, p, 603 ets.

(1) راجع : Kerry O`Halloran : op. cit, p.525 ets

(2) راجع د/ سامي بديع منصور، د/ عكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص – دار الجامعة الجديدة – 2002 – صـ 299 وقد اتجه الفقه الايرلندي الي الاعتداد بقانون المتبنَّي الشخصي، علي اعتبار ان قانون الطفل سيزودنا بحقيقة علاقة التبني، علاوة علي ان الطفل لن يكون بالكبر الكافي و المطلوب كي يصون ويدير اموره الشخصية، فهو سبب إضافي لإختيار قانون الطفل " مشار اليه في تقرير لجنة اصلاح وتعديل القانون الايرلندي المتعلق بالقانون الدولي الخاص – موضوع التبني– 1989.

ولئن ساير هذا الاتجاه موقف الاتفاقيات الدولية من تأكيدها علي مصلحة الطفل الفضلي[1]، الا انه لا يضمن سلامة عملية التبني في مواجهة النظام القانوني لدولة المتبنِى، وان احتمال زعزعته ما تزال قائمة في مواجهة النظم القانونية الأخرى[2] ولهذا وعلي جانب من الفقه الي ضرورة الاعتداد بالقانون الشخصي لطرفي عملية التبني. بحسبان ان ضمان سلامة عملية التبني تفرض مراعاة الشروط الموضوعية المقررة في القانون الشخصي سواء لطالب التبني، او للمطلوب تبنيه، لما في هذا التطبيق الجمعي من تحقيق مصالح طرفيه، وضمان الاعتراف به – التبني– في دولة كل منهما.

ويتسم هذا الاتجاه بالواقعية، علي اعتبار واقعة التبني تتصل بحالة كل من طرفيها، ولا وجه لتغليب قانون علي آخر، اذ يكون لكليهما صلاحية حكم رابطة التبني[3] وقد اخذ بهذا الاتجاه القانون الدولي الخاص المجري رقم 25 لسنة 1979 في الفقرة الاولي من المادة 43، والقانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982[4].

---

(1) تنص المادة 21 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 ال ان " تضمن الدول التي تقر، او تجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلي الاعتبار الأول....."، كما تنص المادة 16 من اتفاقية لاهاي لعام 1993 علي انه " علي السلطات المركزية في دولة الطفل المتبني التحقق من احترام مصلحة لطفل العليا....."

(2) راجع : Kerry : op. cit, p. 528 ets

(3) راجع د/ إبراهيم احمد – القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – دار الفكر الجامعي – 1997 – صـ503

(4) تنص الفقرة الاولي من المادة 18 من القانون الدولي الخاص التركي علي ان " يحكم القانون الوطني لكل طرف وقت التبني اهليه وشروط التبني. " وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة علي انه " اذا لم يتم تحديد الاحكام المتعلقة بالقانون الأجنبي علي الرغم من جميع التحقيقات يطبق القانون التركي ".

وفي مصر يتجه الفقة الغالب نحو تطبيق قانون طرفي التبني فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لصحته وانعقاده[1]، مستنداً في ذلك الي روح النظام المصري ونصوص قانون المرافعات الحالي[2]. هذا ما تبرهن عليه المادة 911 من قانون المرافعات المصري بقولها " اذا كان قانون بلد الشخص الذي يريد التبني، وقانون بلد الشخص المراد تبنيه، يجيزان التبني، يثبت التبني بمحضر يحرر لدي رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن احدهما....." وقد ساير المشرع الجزائري نظيرة المصري في هذا الشأن، من خلال نص المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تشير الي ضرورة الرجوع لقانون كل من المتبَّني، والمتبنِي لصحة اجرائه[3].

ومن جانبنا ننحاز لهذا الاتجاه، ليس فقط لقناعة المرتكزات التي يتكئ عليها، وانما أيضا لمسايرته وتجاوبه مع مقتضي الاتفاقيات الدولية الساعية نحو إيلاء مصلحة الطفل الفضلي الاعتبار الأول في عملية التبني.

---

[1] راجع في ذلك د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق– صـ225، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ348، د/ فؤاد رياض – د/ سامية راشد – المرجع السابق – صـ327، د/جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ405 وما بعدها، د/ احمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – صـ901 وما بعدها.

[2] كانت المادة 29 من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة تنص علي أنه " يرجع في المسائل المتعلقة بصحة التبني الي قانون بلد كل من المتبنِي، والمتبنَّي، وفي المسائل المتعلقة بآثار التبني الي قانون الي قانون بلد المتبنِى. وجاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدني تعليقاً علي هذا الحكم، ان التبني تصرف من نوع خاص فيجب ان ينعقد صحيحاً وفقاً لقانون كل من الطرفين، وقد حذفت هذه المادة بناء علي اقتراح لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بزعم انها تعالج نظاماً لا يعرفه القانون المصري، وان في القواعد العامة في القانون الدولي الخاص ما يغني عن ايراد هذه المادة. مجموعه الاعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء الأول – صـ266.

[3] راجع المادة 1/13 مكرر جزائري.

يبقي ان تشير الي ان هناك اتجاهاً، تؤيده النصوص القانونية، يميل نحو اعمال قانون بلد الابرام بشأن شروط التبني الموضوعية. هذا ما تؤكده المادة 77 من القانون الدولي الخاص السويسري بشان القانون الواجب التطبيق علي صحة التبني بقولها ان " شروط التبني الذي يتم في سويسرا تخضع للقانون السويسري[1] ". وسنده في ذلك، أن من يرد تبني شخص معين في دولة ما، يكون له مقام ثابت بها[2]، فضلاً عن ضمان وحده القانون المطبق سواء علي الإجراءات الشكلية، او الشروط الموضوعية، بما يضمن في النهاية صحة التبني وضمان فاعليته.

بيد أن هذا الاتجاه وان كان مبرراً بأن أغلب حالات التبني التي تتم في سويسرا تظل إقامة طرفيه فيها، الا ان هذا التبرير لن يحقق مصلحة الطفل الفضلي علي النحو الذي أكدت عليه الاتفاقيات الدولية[3]، ويبدو ذلك فيما لو كان قانونه الشخصي يقتضي متطلبات

---

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة 77 من القانون الفيدرالي الخاص بالقانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 1987/12/18 " تخضع متطلبات مرسوم التبني في سويسرا للقانون السويسري، وحيث يبدو انه لن يتم الاعتراف بالتبني في دولة موطن، او الدولة الوطنية للمتبنّي او المتزوجين المتبنين، وان ضرراً جسيما قد ينتج عنه، يجب علي السلطة المختصة ان تأخذ بعين الاعتبار المتطلبات المنصوص عليها في قانون هذه الدولة وفي الحالة التي يبدو فيها ان الاعتراف غير مضمون فلا يجوز التبني ويخضع اجراء الغاء مرسوم التبني في سويسرا للقانون السويسري، ولا يجوز ابطال التبني الصادر في بلد أجنبي في سويسرا ما لم يكن هناك سبب للإلغاء بموجب القانون السويسري ".

(2) د/ احمد عبد الكريم سلامه – المرجع السابق – صـ900، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ347

(3) ابرز هذه الاتفاقيات في هذا الشأن اتفاقية حقوق الطفل المبرمة في 20 نوفمبر سنة 1989، واتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية الأطفال والتعاون الدولي في موضوع التبني الدولي. لمزيد من التفاصيل راجع د/ اشرف الرفاعي – المرجع السابق – صـ54 – وما بعدها.

تبغي تحقيق مصلحته، او كان يفرز من الآثار المميزة ما يفوق تلك التي ينتجها قانون بلد الإبرام[1].

تلك هي ابرز الاتجاهات التي قيلت في شأن القانون الواجب التطبيق علي شروط التبني الموضوعية. ويبقي ان نشير الي ان نطاق إعمال هذا القانون تنصرف الي الشروط الموضوعية اللآزمه لصحة انعقاد التبني، وكذلك الشروط الشكلية مادامت هذه الشروط تعتبر متممه للأهلية، ومن ذلك مثلاً " أن يستند طلب التبني الي سبب مشروع، وان تترتب عليه مزايا للمطلوب تبنيه، والا يقل عمر طالب التبني عن سن معين، وان يكون الفرق بين عمره وعمر المطلوب تبنية قدراً معيناً من السنوات، والا يكون لطالب التبني ذريه شرعيه، والا يكون المطلوب تبنيه ولده الشرعي، واشترط موافقة الزوج الآخر ان كان طالب التبني متزوجاً، وان يوافق ابواه او احدهما علي التبني اذا كانا علي قيد الحياة، وان التوكيل لا يجوز في الموافقة علي التبني، وأنه لا يجوز الرجوع فيه، والا يتبني شخص لاكثر من واحد الا ان يكون طالبا التبني زوجين، واشتراط ان يمثل المطلوب تبنيه وصيه اذا كان قاصراً او عمره اقل من سن معينه، ومدي ما يجوز ان يشمله عقد التبني من الحقوق، والالتزامات المترتبة عليه[2] ".

---

[1] راجع: Kerry : op – cit, p104 ets

[2] راجع د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ406، 407، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ348 ،349، د/ احمد عبد الكريم سلامه – المرجع السابق – صـ904،905 ، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – المرجع السابق – صـ327،
وايضاً: Kerry – op- cit, p, p.93 ets

الفرع الثالث

القانون الذي يحكم آثار التبني[1]، وانقضائه

يرتب التبني، باعتباره تصرفاً قانونياً، مجموعة من الحقوق والواجبات علي عاتق طرفيه. إذ يصبح المتَبنِي ولياً علي المُتبنَّي ويجب عليه كل ما يجب الولي من الالتزامات القانونية، وتسري عليه الاحكام الخاصة بإسقاط الولاية والحد منها، كما يصح ان تمتد آثار التبني إلي ذريه احد الطرفين أو زوجته او اقربائه[2]، وبالمقابل يحق للمتبنَّي ان يحمل اسم متبنيه، وارثه عند وفاته، وحقه في الاتصال بعائلته الاصلية[3]، فضلاً عن حقة في الدخول في جنسية متبنيه[4]. بالإضافة الي اعتباره مانعاً من موانع الزواج[1]. وازاء اهمية ما يفرزه التبني من اثار، يثار التساؤل عن المرجعية القانونية التي تحكم كل هذه الآثار.

---

[1] انظر ما يلي صـ

[2] راجع د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ406

[3] راجع د/ احمد عبد الكريم سلامه المرجع السابق – صـ905، د/ جمال الكردي المرجع السابق صـ349

[4] قرر المشرع الفرنسي منح الجنسية الفرنسية بالتبني بيد انه يفرق بين التبني الكامل، والتبني البسيط ففي النوع الأول يكتسب المُتبنَّي الجنسية الفرنسية فور إتمام عملية التبني باعتبارها اثراً من آثار البنوة الكاملة، اما في حالة التبني فلا يمنح المُتبنَّى سوي الجنسية الفرنسية الطارئة شريطة ان يكون مقيماً في فرنسا، طبقاً للمادة 3/21 من القانون المدني، وفي القانون الاسباني يكتسب الطفل المُتبنَّى الجنسية الاسبانية فور تبنيه طبقاً للمادة 19 من القانون رقم 54 لسنة 2007 المتعلق بالتبني الدولي، وهو ما قرره القانون التركي حيث فيه " يصبح الطفل الذي يتبناه المواطن التركي تلقائياً مواطناً تركياً اذا كان عمره اقل من 18 سنة في تاريخ تقديم طلب التبني، وهو ما قرره المشرع النرويجي اعتباراً من 1 سبتمبر 2006 بأن يحصل الطفل الذي لم يبلغ سن 18 سنه والذي تبناه مواطنون نرويجيون علي الجنسية النرويجيه تلقائياً وفي الحالات التي يتم فيها تبني الأطفال من خارج النرويج تكون موافقة الحكومة النرويجية مطلوبة، وهو

وتهون الإجابة في الحالة التي يكرس فيها المشرع قاعدة إسناد تخص هذه المسألة، حيث يكون القانون الذي تشير به هو الواجب التطبيق. هذا ما تؤكده المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري[2]، والفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998[3]. ويهون الامر كذلك في الفرض الذي يمكن معه الوصول الي هذه القاعدة بمزيد من التأمل. فالمشرع الفرنسي علي سبيل المثال لم يشر صراحة الي قاعدة اسناد خاصة بآثار التبني، بيد أنه يمكن الوصول اليها من خلال نص المادتين 3/370، 4/370 من القانون المدني الفرنسي. وبيان ذلك أن المادة الاولي تخضع شروط التبني الموضوعية لقانون المتبِّني، بينما تتحدث الثانية عن خضوع آثار التبني المعقود في فرنسا للقانون الفرنسي. ويفهم من كلا المادتين أن القانون الذي يحكم آثار التبني المعقود في فرنسا يكون لقانون المتبِنى متي كان فرنسياً، وفي الفرض الذي يكون فيه التبني معقوداً بين غير

ما قرره المشرع الألماني بقوله " يصبح الطفل الذي يتبناه مواطن الماني تلقائياً المانياً اذا كان عمره اقل من 18 سنة في تاريخ تقديم طلب التبني، وبالتالي يكون مزدوج الجنسية، وهو ما قرره المشرع الإيطالي بقوله " يحصل علي الجنسية الإيطالية من تبناه مواطن إيطالي بعد اقامته 5 سنوات لاحقة علي التبني بإيطاليا " .

راجع : Kerry – op – cit, p. 312, ets.

(1) انظر ما يلي صـ

(2) تنص المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري علي انه " يسري علي صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت اجرائها، ويسري علي آثرها قانون جنسية الكفيل، وتطبق نفس الاحكام علي التبني ".

(3) ينص الفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998 علي انه " تخضع آثار التبني لقانون المُتبَّني، والمُتبنَّي كل فيما يتعلق به – واذا قام بالتبني زوجان من جنسية مختلفة، فإن آثار التبني ينظمها قانون مقرهما المشترك ".

فرنسيين علي الإقليم الفرنسي سوف ينعقد الاختصاص بشأن هذا التبني للقانون الفرنسي ايضاً باعتباره قانون البلد المعقود فيه هذا التصرف[1].

وفي الفرض الذي يكون فيه التصرف – التبني – معقودا من جانب زوجين، فإن المرجعية بشأن أثاره تكون للقانون الذي يحكم آثار علاقة الزوجية بينهما. والمستفاد مما تقدم ان المشرع الفرنسي لم يحدد ضابطاً واحداً بشأن القانون الواجب التطبيق علي اثار التبني، وانما عدد هذه الضوابط علي نحو يفسح المجال امام تطبيق قانون المتبني أو القانون الذي يحكم آثار الزواج، او قانون بلد الابرام. ويقترب موقف المشرع السويسري من نظيره الفرنسي، وذلك باعتماده قانون بلد الابرام ليطبق علي عملية التبني بأكملها[2]. آية ذلك نص المادة 1/77 من القانون الدولي الخاص الصادر في 18 ديسمبر لعام 1987 وتعديلاته في 1 يناير لعام2017 التي تقرر انه حيث يكون التبني معقوداً في سويسرا، وهو غالبا ما يتم بين وطنيين من أصل سويسري، تكون المرجعية للقانون السويسري وفي الفرض الذي ينعقد فيه التبني علي الأراضي السويسرية بين غير السويسريين، تكون المرجعية أيضا للقانون السويسري، مع مراعاة المتطلبات الموضوعية لقانون طرفي العلاقة، وذلك درءاً لعدم الاعتراف بها امام الأنظمة القانونية المعينة. ومما يدل علي ان القانون السويسري هوالمرجع بشأن آثار التبني المعقود في سويسرا ،ان المشرع السويسري ذاته قررعدم جواز الاعتراف بإبطال مرسوم التبني الصادر في بلد أجنبي، امام السلطات السويسرية، ما لم يكن

---

[1] تنص المادة 3/370 من القانون المدني الفرنسي علي أنه " تخضع شروط التبني للقانون الوطني للمتبني، وفي حالة التبني من قبل زوجين، فبموجب القانون الذي يحكم آثار علاقتهم....." وتنص المادة 4/370 علي انه " آثار التبني المعلن عنها في فرنسا هي آثار القانون الفرنسي.....".

[2] راجع د/ احمد عبد الكريم سلامه – المرجع السابق – صـ899.

سبب الإلغاء معروفاً بموجب القانون السويسري[1]. الأمر الذي يسمح بالقول بأن النظام القانوني السويسري المراد التمسك امامه بآثار التبني الحاصل في الخارج، هو المرجع بشأن الوقوف علي آثار هذا التبني.

وعلي صعيد آخر نجد من التشريعات التي اعتدت بقانون المتبِني وحده فيما يرتبه التبني من آثار[2]، من ذلك نص المادة 2/18 من القانون الدولي الخاص التركي رقم 5718 الصادر في 2007/12/12 بقولها " تخضع آثار التبني للقانون الوطني للمتبِني، وذلك في حالة التبني من جانب زوجين حيث تخضع هذه الآثار للقانون الذي يحكم آثار الزواج[3] ".

---

(1) تنص المادة 1/77 من القانون الدولي السويسري علي أنه " تخضع متطلبات مرسوم التبني في سويسرا للقانون السويسري " ثم قررت المادة 2/77 أنه " عندما ان يبدو التبني لن يعترف به في دولة موطن، او جنسية من يريد التبني، او الزوجة الراغبة في التبني، وسينتج عنه ضرر خطير بالمراد تبنيه، فعلي السلطة المختصة ان تأخذ في الاعتبار الشروط التي يقررها قانون الدولة المعنية، واذا كان الاعتراف بالتبني لن يكون مضموناً فلا يجب اتمامه، ولا يجوز ابطال مرسوم التبني الصادر في الخارج ما لم يكن هناك سبب للإلغاء بموجب القانون السويسري ".

(2) راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ325، د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ405.

(3) Article 78/2 : ” the National laws of the spouses shall be jointly applicable to adoption with respect to the consent to the adoption of the other spouse ” .

والمستفاد من النص انه في حاله التبني من جانب زوجين، تكون المرجعيه بشأن اثاره لقانون الزوج بوصفه الواجب التطبيق علي اثار الزواج.

ومن ناحية أخري اتجهت بعض التشريعات نحو اخضاع آثار التبني لقانون المتبنَّي وحده، كالتشريع اليوناني رقم 4538 لسنة 2018، وذلك لإضفاء مزيداً من الحماية والرعاية لمصلحة المتبنَّي، ولأن علاقة التبني لا تبغي سوي ضمان رفاهيته وإسعاده[1].

وبهذه المثابة يمكن حصر الاتجاهات بشأن القانون الواجب التطبيق علي آثار التبني ما بين قانون بلد الابرام، وقانون المتبنِّي، وقانون المتبنَّى.

بيد أن المشكلة تدق في الفرض الذي يغفل فيه المشرع الوطني عن ذكر مثل هذه القاعدة، وهو حال المشرع المصري، حيث لم يشر القانون المدني الي نص يتم بموجبه حكم هذه المسألة. حقاً ان المشرع المصري أورد قاعدة اسناد بشأن الشروط الموضوعية لعلاقة التبني حيث اخضعها للقانون الشخصي لطرفي العلاقة بموجب نص المادة 911 من قانون المرافعات[2]، الا انه غض الطرف عن مثل هذه القاعدة بشأن الآثار. وقد جاء بالمذكرة الايضاحية تعليقاً علي هذه المادة ما نصه انه " من المسلم ان التبني يخضع من حيث الشروط الواجب توافرها لانعقاده، وصحته، والآثار التي تترتب عليه لأحكام قانوني بلد الطرفين ". وفي هذا الشأن ذهب جانب فقهي تعليقاً علي ما جاء بها الي انه ليس من المسلم خضوع آثار التبني لقانون الطرفين، اذ الراجح هو اخضاع آثار التبني لقانون واحد وهو قانون المُتبنِّي[3].

---

[1] راجع د/ محمد وليد المصري– الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص. ط3 – 2016 دار الثقافة للنشر والتوزيع صـ 176.

[2] تنص المادة 911 مرافعات مصري علي أنه " اذا كان قانون بلد الشخص الذي يريد التبني، وقانون بلد الشخص المراد تبنيه يجيزان ذلك يثبت التبني بمحضر يحرر لدي رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن احدهما.....".

[3] راجع د/ عز الدين عبدالله – المرجع السابق – صـ325 وما بعدها، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ349، د/ فؤاد رياض – د/ سامية راشد – المرجع السابق – صـ235.

بيد أن هناك رأياً فقهياً له وجاهته نادي بإخضاع آثار التبني لقانون الطفل المتبنَّى باعتبار ان التبني يمس حالة هذا الطفل اكثر مما يمس حالة متبنيه، خاصة اذا لوحظ انه يترتب علي التبني في بعض التشريعات زوال نسب الطفل المتبنَي علي صلة الدم[1].

ولئن كان الاتجاه الذي يرجح قانون دولة المتبِني واعمال مقتضاه بشأن آثار علاقة التبني يهدف الي توحيد هذا القانون وتركيزه في رب العائلة علي نحو ما هو متبع بشأن آثار الزواج[2]، فإن الرأي الثاني انحاز لمصلحة الطفل المتبنَي علي نحو ما اتجهت اليه الاتفاقيات الدوليه[3]. ونحن في معرض المفاضلة بينهما لن ننحاز لأي منهما – علي قدرهما – وانما يرتكن تفضيلنا علي ما هو مشاهد علي الساحة الدولية. فالاتفاقيات الدولية سواء المتعلقة بحقوق الطفل، او تلك المعلقة بالتبني الدولي راعت، وبالدرجة الاولي، المصلحة الفضلي للطفل المتبنَي، الامر الذي يقتضي ان يكون قانونه الشخصي محل

---

[1] راجع د/ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص – الطبعة الثانية 1985 – صـ556 .

[2] تكاد تجمع قوانين مختلف الدول علي اخضاع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج لحظة انعقاد الزواج، من ذلك المشرع المصري حيث نص في المادة 1/13 مدني علي انه " يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج علي الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من آثر بالنسبة للمال ".
وهو ما نص عليه المشرع الكويتي في المادة 39 من القانون الدولي الخاص الكويتي، والمادة 2/19 مدني عراقي، والمادة 12 من القانون المدني الجزائري، والمادة 14 من القانون المدني الأردني، وفي فرنسا اعتد المشرع بقانون الموطن المشترك للزوجين، وكذلك الحال في القانون الإنجليزي. لمزيد من التفاصيل راجع د/ احمد عبد الكريم سلامه – المرجع السابق – صـ898 وما بعدها.

[3] حرصت الاتفاقيات الدولية بحقوق الطفل، وتلك المتعلقة بالتبني الدولي علي التركيز علي مصلحة الطفل الفضلي.

اعتبار دائم، ليس نزولاً فقط علي احترام هذه الاتفاقيات وما أرسته من قواعد ملزمه للحكومات في هذا الشأن، وانما رعاية لمصلحة هذا المتبنَّى.

ومن ثم نري إعمال النظام القانوني الذي يحقق الغاية من التبني، فإن كان قانون المتبنِّي يقرر آثارا تفوق في أهميتهما عن تلك التي يقررها قانون المتبنَّى، فلا بأس من اعمال قانونه في هذا الشأن، وان كان قانون المتبنِّى يفوق في مزاياه عما هو مقرر في قانون المتبنِّي، فلا ضير من إعمال قانونه.

والمسألة في نهاية المطاف متروكه لقاضي الموضوع في ضوء الحالة المعروضة أمامه. فيجب إذن ان يكون اختيار هذا القانون علي نحو واقعي[1].

يبقي ان نشير الي القانون الواجب التطبيق بشأن انقضاء علاقة التبني. فالمشرع المصري اعلن عن موقفه صراحه بالاعتداد بقانون بلد الطرفين بشأن نظر دعوى بطلان التبني او الرجوع فيه[2]، وهذا الموقف من المشرع المصري نعتقده يتسم بالواقعية والتقدمية في نفس الوقت[3] وذلك بحسبان ان مصلحة المتبنَّى هي السبب الجوهري والرئيسي نحو عقد التبني، وهذا العقد شأنه شأن سائر العقود يمكن الرجوع فيه لفقدانه سواء لمقوماته الشكلية او الموضوعية.

---

(1) لمزيد من التفاصيل حول الاختيار الواقعي للقانون الواجب التطبيق راجع د/ احمد عبد الحميد عشوش – تنازع مناهج تنازع القوانين – صـ 92 وما بعدها.

(2) تنص المادة 918 من قانون المرافعات المصري علي انه " تختص المحكمة التي أصدرت الحكم بالتصديق علي التبني بنظر الدعوي ببطلان التبني أو التصديق عليه، وبدعوي الرجوع في التبني، وتفصل المحكمة فيها وفقاً للأحكام والشروط التي ينص عليها قانون بلد الطرفين.....".

(3) حيث ينسجم هذا الموقف مع نص المادة 2/77 من القانون الدولي الخاص السويسري التي تقرر انه لا يعتد بالإبطال الحادث في الخارج ما لم يكن متفقا مع القانون السويسري.

أما عن القانون الواجب التطبيق في شأن الانقضاء، وعلي غرار ما انتهينا اليه بالنسبه للشروط الموضوعيه والاثار، فإن قانون كل من طرفي العلاقه يصلح للاعمال مع إعطاء الأولوية لكل ما يحقق مصلحة الطفل المتبنَي. يبقي ان نشير الي انه بتمام عمليه التبني علي نحو قانوني صحيح. سوف تستقر عملية التبني وتنتج آثارها علي نحو لا رجعة فيه، ولا اعتبار لاي حكم قد يصدر بالإبطال في هذا الشأن[1]. بيد أن ذلك لا يحول دون وجود عقبات قد تصادف إعمال هذا القانون وهو ما سنعرض له.

المبحث الثاني

العقبات التي تواجه إعمال قانون التبني

مقدمه

قد يواجه القاضي، وهو في سعيه لإعمال مقتضي احكام القانون المختص بحكم علاقة التبني، بالعديد من العقبات، أولها مسألة التكييف، وقد عرضنا فيما سبق لهذه المسألة فنحيل اليها منعاً للتكرار[2]، وحسبنا الاشارة الي اختلاف هذا التكييف من قاض لآخر في ضوء النظام القانوني السائد عملاً بقاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي، وثانيهما مشكلة الإحالة، اما الثالثه فتتعلق بالاسناد لقانون دولة تعدد فيها الشرائع، واخيراً مشكلة آليه إعمال القانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد.

وتعد مشكلة الإحالة واحدة من العقبات التي قد تصادف القاضي اذا ما اشارت قاعدة الاسناد في قانونه بأعمال قواعد قانون أجنبي تسمح احكامه بالاحالة، ويثار التساؤل حينئذ عما اذا كان مفروضا عليه عدم لأخذ بها تروِلاً علي مقتضي احكام قانونه، ام علي العكس

---

(1) فتنص المادة 359 من القانون المدني الفرنسي علي انه " التبني لا رجعه فيه "، وتنص المادة 1/370 علي انه " يجب الغاء الحكم الصادر بإبطال التبني.....".

(2) أنظر ما سبق – صـ

يتوجب عليه ان يستنير بها، خاصة وأنها صارت نظاماً قانونياً مستقراً لدي العديد من النظم القانونيه، واضطردت عليها احكام القضاء.

كما تعد مشكلة الاسناد الي قانون دولة تتعدد فيها الشرائع هي الأخرى عقبه امام القاضي، فأنىَّ له بالوصول الي الشريعة واجبة الاعمال.

بيد أن أهم ما يعيق إعمال القاضي للقانون المختص اذا ما فرغ من مشكلة الإحالة، والاسناد لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع، هي آليه هذا الاعمال، بمعني انه اذا اشارت قاعدة الاسناد بتطبيق قانوني طرفي العلاقة، وهو امر محتمل بالنسبة للشروط الموضوعية للتبني، او لآثاره، او لانقضائه فهل يقوم القاضي بالتطبيق الموزع لكلا القانونين، ام انه علي العكس سوف يسعي نحو التطبيق الجامع لهما. وسوف نعرض فيما يلي لكل هذه العقبات كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

"قانون التبني ومشكلة الإحالة"

اذا كان من المستقر عليه ان التبني يعد تصرفاً قانونياً ينشئ علاقة أبوه مصطنعة، فإن من المستقر عليه ايضاً انضواء هذه المسألة ضمن علاقات الأحوال الشخصية بصفة عامه[1]. واذا كانت القاعدة بشأن هذه الاخيرة هى خضوعها للقانون الشخصي لأطراف العلاقة والذي يتأرجح ما بين قانون الجنسية لدي البعض، وقانون الموطن لدي البعض الآخر من القوانين، فإن مؤدي هذا الخلاف في المنظور إمكانيه إثارة ما يعرف بمشكلة

---

[1] لمزيد من التفاصيل راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ168 وما بعدها، د/جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ404 وحاشيتها.

الإحالة[1]. بل ان الإحالة قد تفرض نفسها في كثير من الأحيان، ويكون من المتعذر تجاهلها او استبعادها بوصفها نظاماً قانونياً مستقرا لدي الكثير من النظم القانونية[2].

ولسنا هنا في معرض تعريف الإحالة، او موقف الفقه بين قبولها او رفضها، فتلك مسألة تذخر بها المكتبات والمؤلفات علي مختلف انواعها[3]. بيد أن ما نود الإشارة اليه هو أهمية إعادة النظر في تناول موضوعها، وذلك بالنسبة للدول التي يرفض مشرعييها الأخذ

---

(1) يقصد بالإحالة بصفة عامة، ايكال آمر الفصل في النزاع لقانون غير الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد الوطنية، نزولاً علي مقتضي قاعدة الاسناد الأجنبية. لمزيد من التفاصيل راجع:
Batifol.H, LAGARD.P: LE droit international prive, T.I.l.G, paris,1975, p. 259 ets.

(2) تنص المادة 1/4 من القانون الدولي الخاص الألماني علي أنه " اذا تم تعيين قانون دولة اجنبية، فإنه يجب ان تطبق أيضاً قواعد الاسناد المعنية الموجوده فيه بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الاسناد الألمانية، ويجب ان تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني اذا احالت قواعد الاسناد الأجنبية الي القانون الألماني، كذلك تنص المادة 35 من القانون الدولي الخاص التشيكي علي انه " اذا عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما، وأحالت نصوص هذا القانون الأخير الي القانون التشيكي، او الي قانون دولة اخري في حالة الإحالة من الدرجة الثانية، فإن تلك الإحالة يمكن قبولها اذا كان ذلك القبول يؤدي الي حل مقبول وعادل للعلاقة المعنية " ولمزيد من التفاصيل راجع د/صالح مهدي كحيط – مفهوم الإحالة بين النسبية والاطلاق واحكام الحل الوظيفي – دراسة مقارنة – صـ259 وما بعدها.

(3) لمزيد من التفاصيل راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ139 وما بعدها ، د/ فؤاد رياض – د/ سامية راشد – المرجع السابق – صـ 113 وما بعدها، د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ90 وما بعدها، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ114 وما بعدها، د/ محمد كمال فهمي – المرجع السابق – صـ417 وما بعدها، د/ احمد عبد الحميد عشوش – القانون الدولي الخاص – المكتبة القانونية العربية 2012 صـ74 وما بعدها.

بها. ونقطة الانطلاق لدينا تبدأ من زاوية إمكان تفضيل قانون الموطن ،علي قانون الجنسية الواجب الاعمال في بعض الفروض. فالمشرع المصري أشار من خلال نص المادة 1/11 من القانون المدني الي ان " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم ". وإمعاناً في الانتصار لقانون الجنسية، قرر في المادة 1/25 من القانون المدني علي انه " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد ". واكد ذلك في الفقرة الثانية منها بقولها علي ان " الأشخاص الذين ثبتت لهم في وقت واحد بالنسبة الي مصر الجنسية المصريه، وبالنسبة الي دولة اجنبية اوعدة دول اجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه ".

والمستفاد فما تقدم أن المعول عليه بشأن حالة الأشخاص المدنية في مصر هو قانون جنسيتهم، وبطبيعة الحال سوف ينطلي هذا الامر أيضا بالنسبة للتبني[1].

والامر علي هذا النحو قد يؤدي الي حلول غريبة. فلو أن انجليزياً يرغب في تبني تونسياً وكليهما من غير المسلمين، ومتحدي الطائفة والمله ومتوطنين في مصر في هذا الفرض ونزولاً علي نص المادة 911 من قانون المرافعات السابق الإشارة اليها، سوف ينتهي القاضي المصري الي تحرير عقد التبني بحسبان ان قانون جنسيتهما يسمح بذلك، في حين يصعب علي الأطراف اجراء التبني علي هذا النحو امام القاضي الإنجليزي بهذه الوضعية، بحسبان ان المرجعية لدي هذا الأخير ستكون لقانون الموطن وهو القانون المصري في جملته والذي يحول النظام العام فيه دون ابرام هذا العقد، او علي الأقل سوف تتحقق ذات النتيجة كأثر للوقوع في الحلقة المفرغة ما بين قانون الموطن، وقانون الجنسية.

---

(1) يذهب جانب من الفقه الي ان نظام الأحوال الشخصية في مصر أوسع منه في الكثير من البلاد الأوروبية وبخاصة فرنسا. راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ168 وما بعدها.

ومؤدي ذلك ان الاخذ بالإحالة سوف يستحيل معه في هذا الفرض اجراء التبني سواء امام القاضي المصري، او امام نظيرة الإنجليزي. الأمر الذي يوجب ويقتضي رفض الاخذ بالإحالة[1]، نزولاً علي مقتضي العدالة الواقعية مادامت القوانين الشخصية لأطراف العلاقة تسمح بذلك.

بيد أنه في فروض أخري، يتعين علي القاضي ان يولي أمر الإحالة كامل الاعتبار لإمكان اجراء التصرف، او علي الأقل لمجرد إمكان الاعتراف به[2]. فلو رغب مصرياً مسيحياً ارثوذكسياً متوطناً بفرنسا ان يتبني طفلاً إنجليزياً بروتستاتياً متوطناً بإنجلترا، وذلك امام المحاكم الإنجليزية. فإن القاضي الإنجليزي سوف ينتهي الي إعمال مقتضي احكام القانون الفرنسي بوصفه القانون الشخصي لراغب للتبني، وأيضاً مقتضي احكام القانون الإنجليزي للمطلوب تبنيه، وسينتهي إلي اجراء التبني، دون ان يعر قاعدة التنازع الفرنسية التي تشير بأعمال قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية وهو القانون المصري، والذي يرفض بدوره اجراء مثل هذه العلاقة أي إعتبار[3].

وسوف يؤدي ذلك الي نتيجة في غاية الغرابة مؤداها، صحة التبني الحاصل في إنجلترا، وعدم صحته فيما لو اجري امام القاضي الفرنسي، او القاضي المصري بحسبان ان القانون الشخصي – وهو قانون الجنسية – يمنع ذلك. حقا أن في مسألة الاعتراف بالحقوق

---

(1) لمزيد من التفاصيل راجع د/ عصام الدين القصبي – الوجيز في القانون الدولي الخاص – دار نصر للطباعة الحديثة 2013/2012 – صـ195.

(2) أخذ القضاء الفرنسي بالإحالة من الدرجة الاولي رغم خلو النص الفرنسي من الاشاره اليها، كما اخذ بها القضاء الإنجليزي والبلجيكي. لمزيد من التفاصيل راجع د/ صالح مهدي كحيط – المرجع السابق – صـ249، د/ هشام خالد – الإحالة " دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي – دار الفكر الجامعي 2014 – صـ37 وما بعدها.

(3) راجع نص المادة 77 فقرة 1 فقرة 2 من القانون الدولي الخاص السويسري التي تولي الاهتمام بالقوانين ذات الصلة لإمكان إجراء عملية التبني.

المكتسبة في الخارج، وفكرة النظام العام المخفف سوف تتكفلان بحل جانباً من المشكلات التي قد يثيرها مثل هذا التعارض، بيد أن ذلك لا يحول دون القول بضرورة الاعتداد بقواعد الاسناد في القانون المحال اليه. الامر الذي يقتضي ويوجب الاخذ بالإحالة في مثل هذا الفرض لضمان علاقة تحظي بالقبول من جانب الأنظمة القانونية المرتبطة بها[1] وتتبدد المخاوف بشأن تجاهل الإحالة في شأن التبني، اذا ما علمنا ان معظم الأنظمة القانونية، سواء تلك التي تجيزه، او تلك التي تحظره تولي الاعتبار للقانون الشخصي لطرفي العلاقة، بيد أن ذلك لا يحول دون اثارة هذه المخاوف، خاصة في الأنظمة التي تعتد بقانون بلد الابرام للوقوف علي صحته. هذا ما تبرهن عليه المادة 1/77 من القانون السويسري والتي اناطت مهمة تحري شروط صحة التبني لقانون بلد الابرام.

ولعل في موقف المشرع المصري، وغيره من المشرعين، من الانصياع لما يحيله القانون الأجنبي المختص، الي شرائعه الداخلية من اجل الوقوف علي الشريعة الخاصة الداخلية، وذلك عندما يتعلق الامر بدولة تتعدد فيها الشرائع ما يدعو الي التساؤل عما اذا كان من شأن اعمال قاعدة التفويض ما يؤيد الاخذ بالإحالة. فلئن كان السبب وراء صياغة قاعدة التفويض علي هذا النحو هو تحري سلامة الحلول، فان السبب ذاته يدفعنا الي التقرير بضرورة الاخذ بالإحالة في هذا الشأن.

وعلي الرغم من الفارق الكبير بين الإحالة علي النحو المعروف في القانون الدولي الخاص والاحالة الداخلية، الا ان دوام الحال من المحال، وسوف تجئ اللحظة التي تتغير فيها النظرات والآراء، ليس فقط نزولا علي موجبات التطور،وانما أيضا نزولاً علي اعتبارات

---

[1] ولعل ذلك هو ما دفع جانب من الفقه الي القول بأن " اتخاذ موقف معين من الإحالة قبولا او رفضاً يجب ان يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الاسناد، والهدف الذي تسعي الي تحقيقه، بحيث يكون قبول الإحالة او رفضها نتيجة لبحث مدي ملاءمتها لتحقيق وظيفة قاعدة الاسناد والهدف منها ذلك ان الإحالة لا تعدو ان تكون احدي الأساليب الممكن اتباعها في اعمال قاعدة التنازع ". للمزيد راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ 246 ومابعدها.

العدالة الواقعية[1]. والملحوظة الأخيرة تقودنا الي القاء الضوء علي القانون الواجب التطبيق علي التبني في ظل دولة تتعدد فيها الشرائع وهو ما سنتناوله فيما يلي :-

المطلب الثاني

التبني في ظل قانون دولة تتعدد فيها الشرائع[2]

قد تشير قاعدة الاسناد الوطنية في دولة القاضي الي تطبيق قانون دولة تعدد فيها الشرائع، سواء كان هذا التعدد اقليمياً[3]، كالمانيا وسويسرا وأمريكا، أو كان تعدداً

---

(1) في منهج البحث عن العدالة في كل حالة علي حده، وان الحلول الناجمة عن تطبيق هذا المنهج سوف يصعب تكرارها او تعميمها، كما يندر ان تؤدي الي خلق سوابق قضائية. راجع د/ احمد عشوش – تنازع مناهج تنازع القوانين – صـ104.
وقد كرس القضاء الأمريكي هذا المفهوم، من خلال قضية تتخلص وقائعها في ان شاباً فلسطينياً تزوج من فتاه أمريكية في غزة عام 1983، واستمرا في الإقامة بها حتي 1991، وبعد أن انجبا طفلاً سافرا لأمريكا، وحدث بينهما انفصال فعاد الزوج لغزة ورفع دعوي اما المحكمة الشرعية بغزة وحصل علي حكم بحقة في الحضانة. وفي نفس الوقت حصلت الزوجة علي حكم من محكمة نيوجيرسي بحقها في الحضانة. وحينما طلب الزوج تنفيذ حكمه رفضت المحكمة الامريكية علي أساس ان صدور الحكم بالإستناد الي السن يعد تحكميا واساس تلقائي، وانه يخالف قانون ولاية نيوجيرسي الذي يؤسس الحضانة علي تحقيق افضل مصلحة للطفل، وأن هذا الأساس هو الذي يحقق الامن والسعادة والعيش الطيب للطفل. راجع في ذلك د/ عزت البحيري – القانون الواجب التطبيق علي الحضانة – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي – مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية العدد 25 لسنة 2007 – جامعة قطر – هامش صـ468.

(2) لمزيد من التفاصيل راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ179 وما بعدها، د/هشام صادق – المرجع السابق – صـ 119 وما بعدها، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – ص98 ومابعدها، د/ عكاشه عبدالعال – المرجع السابق – ص125 ومابعدها، د/ سامي بديع منصور – الوجيز في القانون الدولي الخاص – بيروت –ط1 1994 – ص77 ومابعدها، د/ محمد السيد عرفه – القانون الدولي الخاص – دار الفكر والقانون – المنصورة – 2013 ص 376 ومابعدها.

(3) يقصد بالتعدد الإقليمي في اطار القانون الدولي الخاص ذلك التعدد الحاصل في بلد يضم العديد من الولايات يجمعها اتحاد بحيث تستقل كل منها عن الأخرى تشريعياً مع خضوعها لدستور وقانون اتحادي يمثل السلطة العليا للاتحاد.

شخصياً[1] كمصر ولبنان وسائر الدول العربية عدا السعودية. وحينئذ يثار التساؤل عن الشريعة الداخلية واجبة الاعمال.

فلو رغب المانيين غير مسلمين، احدهما من ولاية ميونخ والآخر من ولاية فرانكفورت في ابرام عقد التبني في مصر، ولو ان سويسريين احداهما من مدينة بازل، والأخر من زيورخ وارادا عقد التبني بينهما في مصر، وبالمثل لو ان أمريكيين يريدان عقد التبني بينهما في مصر وكان احدهما من ولاية نيوجيرسي، والآخر من ولاية بنسلفانيا، والأمثلة السابقة تتعلق بالتعدد الإقليمي، وقد عنيت المادة 26 من القانون المدني المصري بحل مشكلة هذا التعدد بايكال امر تعيين الشريعة الداخلية لقانون كل دولة معنية علي النحو السابق[2]، وينطلي نفس الحل فيما لو كنا بصدد تعدد شخصي، كما لو أراد لبنانيين غير مسلمين عقد التبني بينهما في مصر، او كان فرنسيين، أو يونانيين..... الخ.

ولئن تكفلت قاعدة التفويض بالتصدي لهذه المعضلة، الا ان الامر يدق في الكثير من الأحيان، يستوي ان يكون التعدد اقليمياً أو شخصياً.

---

(1) يقصد بالتعدد الشخصي في اطار القانون الدولي الخاص، ذلك التعدد الحاصل في بلد تتعدد شرائعه الشخصية بتعدد طوائفه مع وجود شريعة غالبة تمثل شريعة الدولة.

(2) تنص المادة 26 من القانون المدني المصري علي انه " متي ظهر من الاحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اي شريعة من هذه يجب تطبيقها ". وراجع نص المادة 28 من القانون المدني السوري، والمادة 27 من القانون المدني الكويتي، والمادة 31 من القانون الدولي العراقي، والمادة 28 من القانون المدني الليبي. ومن التشريعات الغربية التي اخذت بقاعدة التفويض القانون الاسباني لعام 1974 حيث تنص المادة 5/12 علي انه " حينما تعين قاعدة التنازع تشريع دولة يتعايش داخلها عديد من الأنظمة التشريعية فان تحديد ايهما واجبا التطبيق يتم وفقاً لتشريع تلك الدولة " ولمزيد من التفاصيل راجع د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ102 وما بعدها.

ففي شأن التعدد الإقليمي، حيث يمكن تركيز العلاقة مباشرة داخل هذه البلدان دون حاجة الي استشارة قواعد اسنادها الداخلية، الا ان المشكلة ماتزال محتملة الحدوث وبيان ذلك انه من المستقر عليه أن القانون الشخصي لطرفي العلاقة هو المعول عليه في الوقوف علي صحتها، وان الشريعة الداخلية قد تكل الامر لا الي قانون الجنسية وانما الي قانون الموطن، او محل الإقامة لأطرافها[1]، فإذا لم يكن لأي منهما لا موطن، ولا محل إقامة في الولاية او الدولة التي ينتسبون اليها، فما هو موقف القاضي المصري في هذه الحالة، مع الاخذ في الاعتبار، أن القانون المصري يرفض الاخذ بالإحالة.

ولا يختلف الامر في شأن التعدد الشخصي في الكثير من الفروض، فمن ناحية نجد ان المشرع المصري يعول علي ضابط الجنسية كمرجعية لحالة الأشخاص، في حين قد يعول القانون المشار اليه الي ضابط الموطن او محل الاقامة فماذا يكون الحل ؟. ومن ناحية اخري، تثار ذات المشكلة فيما لو خلا القانون المختص من ثمة قاعدة تعين علي اسناد العلاقة الي الشريعة الخاصة.

وفي سبيل التصدي لمثل هذه المشكلات نبادر الي القول بانه آن الأوان لتصحيح مسار قواعد الاسناد في شأن مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة، والتبني بصفة خاصة. ففكرة الاسناد القطعي لم تعد تناسب تطورات هذا العصر، وانه من الاوفق في ظل جثو

---

(1) باستقراء ما يجري عليه العمل في المجتمع الدولي يتضح ان فريقا من الدول اخذ بالمبدأ القاضي بأعمال ضابط الموطن لحالة الأشخاص كالقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1984، والقانون الدولي الخاص البيروني لعام 1984، والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي، والقانون الكندي، والقانون الأسترالي. لمزيد من التفاصيل حول الاختيار بين قانون الجنسية وقانون مقام الشخص راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ654 وما بعدها، د/ جمال الكردي – المرجع السابق –صـ 257 وما بعدها، د/ حفيظة الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – صـ218 وما بعدها، د/ جابر جاد عبدالرحمن – المرجع السابق – ص257 ومابعدها.

الاتفاقيات الدولية وتكالبها في التركيز علي أمر التبني، ان تكون القواعد المادية في بلدان اطراف العلاقة محل اعتبار دائم، وليس في قولنا هذا ما يناهض ما استقرت عليه النظم العربية من تحريمها للتبني، بل كل القصد هو الوصول الي نتيجة – بشأن العلاقة – تلقي الاستحسان من كافة النظم القانونية المعنية.

اما عن مشكلة " التعدد الإقليمي " والتي تبدو في الفرض الذي يتضح فيه ان اطراف العلاقة لم يسبق لهما التوطن او الإقامة او الوجود في الدولة التي ينتسبون اليها، وهو فرض محتمل، فلا مفر من الرجوع الي شريعه الوحدة الإقليمية الكائنة بها العاصمة، او العائلة[1].

ولا شك ما قد يفضي اليه هذا الاستدلال من الوصول الي علاقة تبني قد تبدو شرعية في نظر قانون الدولة التي تتعدد شرائعها، وقد تكون غير شرعية في بلد الإقامة الفعلية لأطراف العلاقة، الامر الذي يؤدي الي عدم استقرار هذه العلاقة.

وبخصوص مشكلة التعدد الشخصي[2]، حيث يعول قانون القاضي علي ضابط الجنسية، في حين يأخذ القانون الشخصي لأطراف العلاقة بضابط الموطن، فلا مفر والحال كذلك، من اعمال قواعد القانون الشخصي الذي تشير به قاعده الاسناد نزولا علي مقتضي نص المادة 27 مدني[3] دون الاعتداد بما يسفر عنه هذا الاعمال من احتمال صحة العلاقة في نظر نظام قانوني، وعدم صحتها امام النظام الآخر.

---

(1) لمزيد من التفاصيل راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ183 وما بعدها، د/عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ130 وما بعدها، د/ جمال الكردي – المرجع السابق صـ104 وما بعدها، د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ121 وما بعدها، د/محمد كمال فهمي – المرجع السابق – صـ432 وما بعدها.

(2) انظر المراجع المشار اليها أنفاً

(3) تنص الماده 27 من القانون المدني المصري علي انه " اذا تقرر ان قانوناً اجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه الا احكامه الداخليه دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص ".

تبقي مشكلة خلو القانون المشار اليه من قواعد اسناد داخلية بشأن التعدد الشخصي. وهنا يعين القاضي الشريعة الواجبة التطبيق بالاستعانة بالأسس التي يقوم عليها هذا التعدد في الدولة وهي في الغالب أسس مستمدة من الدين او الجنس[1].

ودرءاً لهذه المشكلات نري ضرورة التدخل التشريعي لتعديل نص المادة 1/11 من القانون المدني بإضافة كلمة " او موطنهم " بحسب الأحوال، لضمان سلامة الوقوف علي حقيقة العلاقة امام كافة الأنظمة المعنية، وكذلك تعديل نص المادة 27 من القانون المدني بإضافة عبارة " مع الاخذ في الاعتبار للقواعد المادية في القوانين ذات الصلة " وبهذه المثابة يمكن تحقيق فكرة التعايش المشترك بين مختلف النظم القانونية وثيقة الصلة بالعلاقة، فضلا عن القاء مزيداً من الضوء علي اهمية الحل الوظيفي لقواعد الاسناد بما يضمن في النهاية مسايرة الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص.

يبقي ان تشير الي ما قد يصادفه القاضي من عقبة اعمال قانوني طرفي علاقة التبني وهو ما سنعرض له فيما يلي.

المطلب الثالث

قانون التبني بين التطبيق الجامع، والتطبيق الموزع

إشكالية الاعمال:

اذا ما تمكن القاضي من الوصول الي القانون الواجب التطبيق علي النحو السابق، وجب عليه اعمال مقتضي احكامه بشأن واقعة التبني المعروضة. بيد أن المشكلة التي قد تصادفه في هذا الصدد تتعلق بآلية إعمال هذا القانون.

وقد مضت الإشارة الي ان الاتجاه الغالب في التشريعات الوطنية، مؤيدة في ذلك برأي الفقه الراجح هو اعتماد قانوني طرفي العلاقة بشأن شروطها الموضوعية[2].

---

[1] راجع د/ هشام صادق – المرجع السابق – ص 129.

[2] راجع د/ جابر عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ405، د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ325، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ348، د/ فؤاد رياض – د/سامية

ولا يخفي ما يتضمنه كلا القانونين من تعداد لهذه الشروط مثل ضرورة ان يستند التبني الي سبب مشروع، وان يضمن هذا الاجراء المصلحة الفضلي للطفل المتبني، وأن يكون بين طرفيها فارقاً في السن، وضرورة استطلاع رأي المتبنَّى[1].....الخ وازاء تعدد هذه الشروط وتفاوتها شدة، وتسامحاً من قانون لاخر، ان ثار التساؤل عن اليه إعمال كلا القانونين. ويهون الامر فيما لو إتحدت جنسيه الاطراف، حيث يتكفل قانونهما الشخصي ببيان هذه الشروط، كما لو كان راغبي التبني فرنسيين، او تونسيين، او المانيين.... الخ.

ويدق الأمر فيما لو اختلفت جنسية الأطراف، كما لو كان طالب التبني فرنسياً، والمطلوب تبنية ألمانياً. فهل يرجع القاضي لكلا القانونين معاً للوقوف علي صحة العلاقة طبقاً لأحكامهما وهو ما يطلق علية بالتطبيق الجامع ،ام علي العكس يكتفي بتطبيق القانون الشخصي لكل طرف علي انفراد وهومايطلق عليه بالتطبيق الموزع.

وإزاء خلو اغلب التشريعات من بيان أمر هذه المسألة، ان تفرق الرأي بشأنها بين التطبيق الجامع، والتطبيق الموزع اسوة بما هو مستقر عليه بشأن شروط صحة الزواج الموضوعية[2]. حيث ارتأى البعض، ان الزواج، ومثله التبني، لا يكون صحيحاً الا اذا

راشد – المرجع السابق – صـ234، د/ إبراهيم احمد – القانون الدولي الخاص – دار الفكر الجامعي – 1997 – صـ503، د/ محمد السيد عرفه – المرجع السابق – ص 500 ومابعدها.

(1) انظر ما سبق – صـ

(2) لمزيد من التفاصيل راجع د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ299، د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ261 وما بعدها، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ280 وما بعدها، د/ احمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – صـ777، د/ محمد كمال فهمي – المرجع السابق – صـ539، د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ314، د/عز الدين عبد العال – المرجع السابق – صـ243 وما بعدها، د/ محمد عرفه – المرجع السابق – ص 501 .

اعتبر كذلك وفقاً لكلا القانونين، الزوج والزوجة معاً وهو ما لا يتحقق الا باستيفاء كافة الشروط المقررة في قانوني كل منهما. وحجتهم في ذلك ان كل واحد من القانونين لا يهدف الي حماية وطنييه بقدر ما يهدف الي حماية الرابطة او العلاقة ذاتها[1]. وهو ما ينطلي علي التبني، وقد مال القانون الدولي الخاص المجري لهذا الاتجاه من خلال نص المادة 1/43 التي تنص علي انه " يحكم شروط التبني علي نحو جامع القوانين الشخصية للمتبنِّي، والمتبنَّى وقت التبني[2] ".

بيد أن التأمل في هذا الرأي يقود الي نتيجة مؤداها ان القانون الذي سيطبق فعلاً هو ذلك الذي تجّب احكامه تلك التي يقررها القانون الآخر، فضلاً عما يسفر عنه هذا الاعمال المزدوج من صعوبة ابرام مثل هذا التصرف في كثير من الأحيان نظراً لاشتراط احدهما شروطاً قد يجهلها القانون الآخر.

ونتيجة لذلك ان ساد الرأي نحو تطبيق قانوني طرفي العلاقة علي نحو موزع[3]، وهو ما كرسته بعض التشريعات المقارنة كالتشريع التركي حيث نصت المادة 1/18 من القانون الدولي الخاص رقم 5718 الصادر في 12 ديسمبر 2007 علي أن "يحكم قانون جنسية كل طرف في وقت التبني أهلية الأطراف القانونية، وايضاً شروط التبني[4].

---

(1) راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ315، د/ احمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – صـ907، د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ405.
وراجع ايضاً: Collier. op. cit, p, 253

(2) – Keery : op – cit, p 674

(3) يكاد يجمع الفقه تؤيده احكام القضاء علي ضرورة العمل بالتطبيق الموزع.

(4) Article 18 : the relevant national law of each of parties at the time of an adoption shall govern the legal capacity and conditions all adoption.

بيد أن ذلك لا يحول دون الاخذ بالتطبيق الجامع اذا ما تعلق الامر بموانع التبني كاختلاف الدين مثلاً. وعلة ذلك تبدو في ان آثار هذا المانع سوف تطال كلا الطرفين، ولو كان مقرراً في قانون احدهما دون الآخر، الامر الذي يتعين معه الاعتداد بهذا المانع لضمان صحه وسلامة هذه العلاقة، بحسبان هذا المانع يرمي الي حماية مصالح اجتماعية معينة[1].

واذا كان لنا من تعليق بشأن آلية إعمال القانون الشخصي لطرفي علاقة التبني، فانه ينبع من سهولة الالمام بالقواعد المادية في القوانين الوضعية ذات الصلة فضلا عن الاتفاقيات الدولية. ومن ثم فان الإحاطة بقانون كل من طالب التبني، والمطلوب تبنيه ستكون امرا ميسوراً. بيد أن قانون موطن طرفي العلاقة يجب ان يكون هو الآخر موضع اعتبار، ويتحقق ذلك في الفرض الذي يقيم فيه اطراف العلاقه في دولة غير تلك التي ينتمون اليها او تلك التي تم انشاء العلاقة فيها. ذلك ان احترام كافة القوانين ذات الصلة سوف يكون له ابلغ الأثر سواء في الاعتداد بهذه العلاقة، او بإنتاج آثارها فى مواجهة الانظمة القانونية ذات الصلة.

يبقي ان تشير الي الوقت الذي يتعين فيه الاعتداد بجنسية اطراف العلاقة، ومن ثم بقانونهما الشخصي الواجب التطبيق بشأن ابرام علاقة التبني. ورغم اغفال الكثير من مشرعي الدول عن النص علي هذا الوقت، الا ان مثل هذا الاغفال لا يثير ادني صعوبة، اذ ليس ثمة شك في الاعتداد بلحظة ابرام التصرف، لأنه الوقت الذي يتعين معه وجود قانون تنشأ الرابطة في ظله ووفق احكامه، نزولاً علي ما هو مستقر بشأن سريان القانون من

---

[1] راجع د/ احمد عبد الكريم سلامه – المرجع السابق – صـ908، د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ250، د/ عامر الكسواني – تنازع القوانين – طـ1. دار الثقافة للنشر والتوزيع – 2010 صـ176.

حيث الزمان[1]، وهو ما كرسته قوانين بعض الدول مثل التشريع التركي، والمجري، والاسباني، والألماني[2].

تبقي من الصعوبات التي تواجه اعمال قانون التبني فكرة النظام العام، والتي قد يكون من شأنها الحيلولة بين انشاء علاقة التبني، او ترتيب آثارها. ونظراً لأهمية هذا الموضوع فقد آثرنا عرضه علي نحو مستقل كما يلى .

---

[1] راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ249

[2] راجع د/ احمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – صـ909

الفصل الثاني

دور النظام العام في شأن التبني

مقدمة :-

إزاء اختلاف نظرة مشرعي الدول تجاه نظام التبني، بين مؤيد يجيزه، ومعارض يحظره[1]، ان برز النظام العام كصمام آمان للحيلولة دون نشأته، او ترتيب آثاره، اذا كان من شأن ذلك مناهضة القيم والمفاهيم الأساسية السائدة داخل المجتمع.

بيد أن فكرة النظام العام في حد ذاتها من الافكار الغامضه، والتي يختلف آثر اعمالها بحسب ما اذا كانت العلاقة وطنية، ام ذات طابع دولي. والي جوارها وجدت فكره أخري لا تقل عنها أهمية وهي ما يطلق عليها بقواعد الامن المدني او البوليس، او القواعد ضروريه التطبيق.

والسؤال الذي يطرح نفسة، الي أي مدي يمكن التدخل باسم النظام العام، وما هي موجهات ومرتكزات هذا التدخل، سواء للحيلولة دون نشأة العلاقة او ترتيب آثرها.

ذلك أنه من المتصور ان تنشأ علاقة التبني في الخارج، ويراد الاحتجاج بآثارها امام القاضي الوطني، ونتساءل مره اخري عما اذا كانت حدة النظام العام حال نشأته هي ذاتها واجبة الاعتبار حال الاعتداد بآثاره.

---

(1) تتجه اغلب التشريعات الغربية الي تنظيم التبني، واعتباره احد السبل الاجتماعية لتكوين الأسرة، وتابعتها في ذلك معظم دول القارة الامريكية، والعديد من دول القارة الآسيوية، وأستراليا، بينما لا تجيز الدول العربية ذات المرجعية الإسلامية هذا النظام عدا دولة تونس، وحلت محله نظام الكفالة كبديل عن هذا النظام – لمزيد من التفاصيل راجع د/ اشرف عبد العليم الرفاعي – المرجع السابق – صـ103 وما بعدها.

وعلي الرغم من الصعوبات التي قد تواجه القاضي في هذا الصدد نتيجه المرونه العاليه التي تتمتع بها فكره النظام العام، الا ان ذلك لا يحول دون ضروره اعمالها كلما لزم الامر، ومن ثم يتعين علي القاضي التحقق من توافر شروط ومقتضي التدخل باسم النظام العام، فضلاً عن مراعاة موجهات ومرتكزات هذا الاعمال. فمن ناحيه عليه ان يتأكد من توافر الرابطة بين المنازعه، واقليم دولته علي نحو يبرر هذا التدخل، كما ان عليه مسئوليه تحري موقف قانونه من نظام التبني كيما يتسني له اتخاذ موقف قانوني منه.

سنحاول فيما يلي استجلاء دور النظام العام بشأن التبني خلال مبحثين، نعرض في الاول لجوهر فكرة النظام العام، ونخصص الثاني لاطر التدخل باسم النظام العام وذلك علي النحو التالي.

المبحث الأول :- جوهر فكرة لنظام العام.

المبحث الثاني :- اطر التدخل باسم النظام العام.

المبحث الأول

جوهر فكرة لنظام العام

مقدمة :-

اذا اشارت قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق قانون اجنبي معين، فهل يعني ذلك الزام القاضي الوطني بتطبيقه حتي في الفرض الذي تتعارض فيه احكام هذا القانون مع النظام القانوني في دولته[1].

فالمشرع الوطني اذ يسمح بتطبيق القوانين الأجنبية علي اقليمه، انما يقيد ذلك بالا يكون من شأن تطبيقها المساس بتلك المبادئ الاساسيه والقيم الجوهريه السائدة في قانونه[2] والا تعين عليه استبعادها، ووسيلته في ذلك تكمن في فكرة النظام العام[3].

---

[1] راجع د/ فؤاد رياض – د/ سامية راشد – المرجع السابق – صـ129.

[2] راجع د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ186.

[3] راجع د/ جمال الكردي – المرجع السابق– صـ183.

بيد أن اعمال هذه الفكرة محوط بالحذر لما يترتب عليها من تعطيل لقاعدة الاسناد الوطنية، الامر الذي يقتضي تحديد نطاق إعمالها علي نحو يحقق التعايش بين مختلف النظم القانونية ذات الصلة[1].

وإزاء غموض فكرة النظام العام، ومرونتها، ان التبست بفكرة اخري يطلق عليها القواعد ضرورية التطبيق، او قواعد الامن المدني، او قواعد البوليس. وتزداد اهميه هذه الاخيره فيما تؤدي اليه من فرض قانون القاضي علي علاقة النزاع أيا كانت طبيعتها. وبهذا تتحد الفكرتان في نتيجة الاعمال وان اختلفتا في ألية التعاطي مع الوقائع

وفي ضوء ما تقدم سنعرض لجوهر فكرة النظام العام من خلال مطلبين نخصص الاول لمفهوم النظام العام واساس اعماله، ونتناول في الثاني لمدي التباس قواعد البوليس بفكرة النظام العام وذلك علي النحو التالي.

المطلب الأول :- مفهوم النظام العام واساس إعماله.

المطلب الثاني :- مدي التباس قواعد البوليس بقواعد النظام العام.

المطلب الأول

مفهوم النظام العام واساس إعماله

صعوبة ضبط الفكرة:

قد يشكل السماح بتطبيق القانون الأجنبي في دولة القاضي قفزة في المجهول، لما قد يؤدي اليه من مخاطرة المساس بالمفاهيم والقيم الأساسية السائدة في النظام القانوني لدولة القاضي. حينئذ يبرز النظام العام كحائط صد للدفاع عن تلك القيم، وهذه المفاهيم[2].

---

[1] للمزيد راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ576 ومابعدها.

[2] – BATiffol. H & laggard. P : le droit international prive, tome, II, J, G.D. 1976, P, 410

بيد أن الوقوف علي حقيقة النظام العام من الصعوبة بما كان لنسبيته، وتباينه من مجتمع لآخر، ومن زمن لآخر حتي داخل الدولة الواحدة[1]. وأن أي محاولة لتعريفة تعريفاً منضبطاً هي ضرب من الخيال، ومحفوفة بالمخاطر[2].

ويسلم الفقه الفرنسي بصعوبة وضع تعريف منضبط لهذه الفكرة، اذ يري البعض ان كل محاولة في هذا الخصوص هي كالخوض فوق رمال متحركة[3]، او كالسير علي طريق ملئ بالأشواك[4].

وأشار البعض الي اثنين وعشرين تعريفاً، وإنتهي الي صعوبة التعريف بعبارات عامة مجردة، مقترحاً تعريفة بأنه " حسن سير المؤسسات الضرورية للمجتمع، او اللأزمة للجماعة[5]، ويعرفة اخرون بأنه " مجموعة القواعد الهادفة في بلد معين الي المحافظة علي حسن سيراًداء المرافق العامة، والأمن والأداب ومعاملات الافراد والتي لا يمكن لهؤلاء استبعادها في علاقتهم، فهو نظام الدولة[6] ".

وفي شأن مادة تنازع القوانين، يكاد يجمع الفقه علي تعريفه بأنه، وسيلة قانونية يستبعد بها، في النزاع المطروح امام القاضي، الاختصاص العادي للقانون الأجنبي، متي تعارضت

---

(1) راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ523 وما بعدها، د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ561، د/ محمد عرفه – المرجع السابق – ص 438.

(2) راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ560.

(3) راجع د/ أيمن مكرم البسيوني – اثر فكرة النظام العام علي احكام عقد العمل – رسالة دكتوراه – حقوق طنطا – 2018 – صـ12

(4) راجع د / اشرف عبد العليم الرفاعي – النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – رسالة دكتورة – حقوق عين شمس – 1996 – ص16.

(5) – ALGLAVE, Definition de l`ordes public en matière civil, R.P.D.A, 1968, P, 444 ets

(6) راجع د / ايمن البسيوني – المرجع السابق – صـ14.

احكامه مع المبادئ الأساسية، والمفاهيم الراسخة، والقيم العليا التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد هذا القاضي[1].

ولئن كانت أي محاولة للتعريف لن تحط بمضمون وعمق هذه الفكرة، ولن تحظي بالنجاح[2]، ويبقي مداها عند حد بيان اثرها في ضوء قناعات المجتمع وثقافاته ومعتقداته، الا أنه – مع ذلك – يمكن نعتها بالفكرة الحضارية التي تجسدها قيم ومفاهيم وقناعات المجتمع في حقبة زمنية معينة[3]، و يوكل أمر إثارتها للقاضي في كل مرة يبدو فيها ان إعمال القانون الأجنبي سيكون مناهضاً لها.

وإزاء ذلك درجت كتابات الفقهاء، واحكام القضاء في سبيل بيان هذا المفهوم علي إرساء بعض الموجهات العامة، التي تعين القاضي في الكشف عن الملامح الرئيسية لهذه الفكرة الوظيفية. ويغدو التساؤل عن اساس إعمال هذه الفكره ملحاً. هذا ماسنجيب عليه فيما يلي.

---

[1] راجع د/ فؤاد رياض..... المرجع السابق – صـ141، د/ عز الين عبد الله – المرجع السابق – صـ524، د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ560. وقد اكدت محكمة النقض علي هذا المعني في حكمها الصادر في 26 ابريل لسنة 1982 بقولها " انه لا يمكن استبعاد القانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة 28 من القانون المدني الا في حالة مخالفته للنظام العام المصري، مخالفة للأسس الاجتماعية، والسياسية، والاقتصادية، او في مخالفته للأخلاق، او مساسه بالمصلحة العامة للمجتمع المصري ".

[2] راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ560.

[3] راجع د/ عبد الرازق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام – الجزء الأول – طبعة 2007 – صـ332.

"أساس إعمال فكرة النظام العام" :

يمكن رد أساس إعمال النظام العام الي فكرة الاشتراك القانوني التي قال بها سافيني[1]. بمعني ان وجود حد أدني من التقارب والالتقاء بين الأصول القانونية للقانون الأجنبي، وقانون دولة القاضي سوف يسمح بتجاوز هذا القانون حدود إقليمة ليطبق داخل إقليم دولة القاضي[2] اما حيث يظهر للقاضي ان نتيجة إعمال هذا القانون سوف تسفر عن نتائج مناهضة لقيم المجتمع وقناعاته الثابتة في دولته فإن علية استبعاده لعدم توافر حد الاشتراك المطلوب[3]. فالتبني علي سبيل المثال منظم في القانون الفرنسي، كما تعرض له المشرع المصري بنص المادة 911 من قانون المرافعات. بيد أن هذا الأخير وإن تناوله بالتنظيم الا انه لا يرمي الي فرض اثاره تلقائياً، وانما كان غرضه التجاوب مع طبيعة العلاقات الخاصة الدولية، ولهذا لا يمكن القول بقبول القاضي المصري لكافة آثار هذا التبني، كحرمة المصاهرة، والنسب والميراث علي النحو الوارد بالقانون الأجنبي المختص.

فالنظامان من هذه الوجهة قد يتعارضان بما يبرر التدخل باسم النظام العام علي النحو الذي سنراه فيما بعد[4].

---

(1) مهد سافيني لفقه تنازع القوانين بفكرة الاشتراك القانوني التي تعني ان البلاد التي تربطها وحدة الثقافة القانونية والفكر القانوني كما هو الشأن في البلاد التي ورثت القانون الروماني وسادت فيها الديانة المسيحية تكون فكرة العدالة عندها واحدة. للمزيد راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ527، د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ560.

(2) راجع د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ196.

(3) للمزيد من التفاصيل راجع د/ جابر جاد عبدالرحمن – المرجع السابق – ص560 ومابعدها، د/ جمال الكردى – المرجع السابق – ص71 ومابعدها.

(4) انظر ما يلي – صـ

وبهذه المثابة تتضح منهجية إعمال مقتضي الدفع بالنظام العام، حيث يبدأ القاضي بتحليل العلاقة لمعرفة قاعدة اسنادها، ومن خلالها يقف علي القانون الواجب التطبيق. فإذا بان له قبول نظامة القانوني حكم هذا القانون الأجنبي انزل احكامه، وان بدا له تعارض تلك الاحكام مع نظامه القانوني وجب عليه استبعاده. بيد ان ذلك لا يحول دون اختلاف اثر اعمال فكره النظام العام بحسب طبيعه ونوع هذه العلاقه.

النظام العام الداخلي، والنظام العام الدولي :-

بأن مما تقدم ان النظام العام يستخدم كدفع يحول دون تطبيق القانون الأجنبي في الحدود السابق الإشارة اليها، وفي الوقت نفسة يستخدم كوسيلة لتأييد سياسة تشريعية معينة[1].

بيد أن الدور الاستبعادي للنظام العام يتوقف علي طبيعة ونوع العلاقة. فحيث تكون العلاقة من العلاقات الخاصه الدولية، فان اثر الاستبعاد ينصب علي احكام القانون الأجنبي جزئياً، او كلياً، في حين يقتصر أثر هذا الاستبعاد علي الاتفاقات المناهضة للقانون الداخلي وابطالها، وتنتهي مهتمة عن حد تأكيد هذا القانون وإعمال احكامه[2].

ومن ناحية اخري، فإنه يترتب علي الاستبعاد في إطار نظرية التنازع إحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد، ومثل هذا الأثر لا محل له في شأن العلاقات الوطنية حيث يقتصر دورة علي سيادة حكم القانون[3].

---

[1] راجع د/ احمد عبد الحميد عشوش – القانون الدولي الخاص – 2012 – صـ254.

[2] لمزيد من التفاصيل راجع د/ عكاشة عبد العال المرجع السابق – صـ571، د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ 197 وما بعدها، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ195 وما بعدها، د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ555 وما بعدها، د/ فؤاد رياض – المرجع السابق – صـ 130، د/ عصام القصبي – المرجع السابق – صـ247 وما بعدها.

[3] حول الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام راجع د/ محمد عرفه – المرجع السابق – ص 438 ومابعدها.

بالإضافة الي ما تقدم، فإن نطاق إعمال الدفع في إطار نظرية التنازع، اضيق منه في مجال العلاقات الوطنية. فليس كل ما يعد مخالفاً للنظام العام في القانون الداخلي يعد كذلك مخالفاً للنظام العام في مادة التنازع، والعكس صحيح، بمعني أن كل ما يعد مخالفاً للنظام العام في مادة التنازع، يعد بالضرورة مخالفاً للنظام العام في القانون الداخلي[1]. فالقانون الذي يبيح زواج المسلمة بغير المسلم، والذي يحل الزواج بين الخال وأبنة اخته او اخية، وذلك الذي يسمح بالتبني بالنسبة للمسلم، يتعارض مع النظام العام بمفهومة الدولي، وبالأحرى يتعارض مع النظام العام الداخلي بمفهومة الداخلي.

ويعارض جانب من الفقه وجود ما يسمي بالنظام العام الدولي، او المشترك او العالمي. فإذا كانت النظم القانونية تشترك فيما بينهما بحد أدني من المبادئ الجوهرية او الأساسية، كتلك المرتبطة بحقوق الانسان، وعدم التمييز بين الافراد بسبب العرق او المعتقدات، فإن هذه القيم، والمثل تعد جزءاً لا يتجزأ من النظام العام الداخلي للدول علي الرغم من صفتها العالمية[2].

وبهذه المثابة يعد مفهوم النظام العام واحداً، سواء كنا بصدد علاقة ذات طابع دولي، او بصدد علاقة وطنية. فمن العبث ان نغير المفهوم لمجرد المغايرة في حدود ونطاق الاعمال. فغاية النظام العام واحدة في كلا الحالين. فصيانة المجتمع وحمايته، والمحافظة علي قناعاته الجوهرية هي هدف النظام العام بغض النظر عن مجال الإعمال، أو آثاره[3].

---

[1] راجع د/ احمد عشوش – المرجع السابق – صـ356.

[2] راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ572، د/ جمال الكردى – المرجع السابق – ص 191 ، د/ هشام صادق – المرجع السابق – ص199 ، د/ عز الدين عبدالله – المرجع السابق – ص 522.

[3] راجع د/ عكاشه عبد العال – المرجع السابق – ص569

يبقي ان نشير الي ان مؤدي اعمال الدفع بالنظام العام باستبعاد القانون الأجنبي علي هذا النحو، قد يختلط بفكرة لا تقل عنه أهمية، وتفرض الاستبعاد مسبقاً، وهي فكرة القوانين ضرورية التطبيق، او قواعد الأمن اوالبوليس، فما هي حقيقه هذه الفكرة.

هذا ما سنعرض له فيما يلي.

المطلب الثاني

مدي التباس قواعد البوليس[1]، بفكرة النظام العام

ظهرت في خمسينات هذا القرن نظرية[2] تدعو الي تطبيق العديد من القواعد التي يتضمنها قانون القاضي في كل مرة يتضح فيها ان هذه القواعد تبلغ حداً من الأهمية، بحيث لا يسمح بدخولها في منافسة مع غيرها من القوانين الأجنبية[3].

ومؤدي هذه النظرية ان النظام القانوني الوطني يتضمن مجموعة من القواعد، تستدعي أهميتها ضرورة فرض إعمالها[4] علي كافه العلاقات، بغض النظر عما اذا كانت

---

(1) يقصد بقوانين البوليس " مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني، والتي يتعين تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون النظر الي تصنيفها او انتمائها الي القانون العام او القانون الخاص، بل ودون حاجة كذلك الي اعمال منهج التنازع " راجع د/ جمال الكردي – قرار المحكم في المنازعة حول شرط المقاطعة الوارد في عقد دولي – صـ72.

(2) تنسب هذه النظرية الي الأستاذ " فرانسيساكيس " حيث عرض لها لأول مرة في رسالته للدكتوراه باللغة الفرنسية بعنوان " نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص
Francescakis. PH : la theorie du renvoi et les conflits de systemes en droit international preiye, edition sirey, 1958
مشار اليه لدى د/ احمد قسمت الجداوى – نظريه القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجيه تنازع القوانين – مجله العلوم القانونية والاقتصادية – العدد الاول – والثاني – السنه الرابعه والعشرون – 1982 – ص .

(3) راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ534.

(4) نتيجة لزيادة السياسة التدخلية للدولة، وما ترتب علي ذلك من اتجاه العديد من مشرعي الدول المختلفه الي وضع قواعد آمرة واجبة التطبيق في معظمها علي كافة الروابط كالقوانيين المحدده

تلك العلاقة وطنية، او ذات عنصر أجنبي، وبغض النظر ايضاً عن تصنيفها، ودونما حاجة الي إعمال منهج التنازع[1].

ويرتكز اعمال هذه الفكره علي تحليل القواعد الموضوعية الوطنية للكشف عن مدي أهميتها، فإذا اتضح للقاضي ضرورة القاعدة، وآمريتها في آن واحد، انفد حكمها، ولو تعلقت المنازعة بعلاقات القانون الدولي الخاص[2].

وعند غياب مثل هذه القواعد، سوف يستعين القاضي بقواعد الاسناد للبحث عن القانون الواجب التطبيق[3]. وفي الفرض الأخير من المتصور ان يتجلى الدفع بالنظام العام لاستبعاد أحكام القانون المشار اليه لمناهضته لأسس وقيم المجتمع الجوهرية[4].

للاسعار، وقوانين الرقابه علي النقد، وعمليات البنوك، وأسعار الفائدة....." راجع د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ73.

(1) راجع د/ احمد عبد الكريم سلامة – القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص – المجلة المصرية للقانون الدولي – المجلد الاربعون – 1984 – صـ174.

(2) في هذا المعني راجع د/ عصام القصبي – المرجع السابق – صـ252، د/ احمد قسمت الجداوي – المرجع السابق – صـ9.

وأنظر:

MAYER. P ; l'interference de lois de Police l’appote de la jurisprudence arbitral de la cci, 1986, P. 34. V. aussi BATIFFOL.H ; les contrats en droit international, Prive compare. McGill – unvensity, institut de droit compare, 1981, P. 130.

(3) راجع د/ هشام صادق – المرجع السابق – ص194.

(4) راجع – د/ فؤاد رياض..... المرجع السابق – صـ144، د/ احمد قسمت الجداوي – المرجع السابق – صـ17.

وبمزيد من التأمل سوف نلحظ التقاء كلا الفكرتين في النتيجة[1]، وان اختلفتا في طريقة التعاطي[2]. وبيان ذلك ان منهج القواعد الضرورية يغلق الباب مسبقاً أمام أية مزاحمة للقوانين الأجنبية في مواجهة احكام قانون القاضي الضرورية، في خصوص المسألة المطروحة، وبحيث يلزم إعمالها بصورة انفرادية. في حين ان منهج التنازع سوف يسعي نحو تطبيق احكام القانون الأجنبي، وقد يواجه باستبعاده كآثر للدفع بالنظام العام بمفهومة الدولي، نتيجة لتعارض اعماله مع الأسس الجوهرية في مجتمع القاضي. الامر الذي يقتضي تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة، كأثر لهذا الاستبعاد في اغلب الاحيان.

وهكذا يتضح ان ثبوت الاختصاص لقانون القاضي في ظل نظرية القواعد الضرورية يعد مسلمة وفرضية، اذ لا محل للدفع بالنظام العام، في حين ان ثبوت هذا الاختصاص في ظل منهج التنازع جاء كأثر للدفع بالنظام العام.

وبهذه المثابة تبدو نظرية القوانين الضرورية كما لو كانت عودة للإعتداد بالدور التقليدي للنظام العام كأداة لتثبت الاختصاص لقانون القاضي. وهنا يكمن الخطر، حيث يكون من شأن تزايد نطاق هذه القواعد الضرورية، تقليص إعمال منهج التنازع، الأمر الذي قد يثير في الاذهان فكرة الإقليمية المطلقة[3]. ولا يقدح من ذلك ما ساقة أنصارها من قولهم

---

(1) يقتضي طبيعة الهدف الذي تسعي اليه قواعد البوليس ان تطبق تطبيقاً إقليمياً، وتفلت بذلك من مجال التنازع. راجع د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ194.

(2) مؤدي منهج التنازع هو الاعتداد بتحليل العلاقة المطروحة امام القضاء، وردها الي احد الأفكار المسندة تمهيداً لتطبيق القانون المختص، في حين ان منهج القواعد الضرورية أي التي تنتمي لقانون القاضي تنطبق مباشرة علي النزاع لا بمقتضي قاعدة اسناد مزدوجة لما لهذه القواعد من طبيعة خاصة تقتضي تطبيقها مباشرة علي كل من يقطنون الإقليم راجع د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ191، 192.

(3) لمزيد من التفاصيل راجع د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ191 وما بعدها، د/ احمد قسمت الجداوي – المرجع السابق – صـ17 حيث يقرر سيادته " ان نظرية القوانين ضرورية

بأن نطاق هذه القواعد ليس من الاتساع بما يسمح لها بالتغول علي هذا النظام بصورة شاملة[1].

ورغم ذلك فان التطورات المتلاحقة للتشريعات، وإيمانها بجملة من الحقوق اللآزمه للوطنيين وغيرهم في العديد من المجالات، ادت إلي إفراز حزمة من القوانين تعد ضرورية بالنظر الي الهدف الذي يصبو اليه[2]. الأمر الذي يمكن معه القول باتجاه هذه النظرية صوب طرح منهج التنازع والاستغناء عنه رويداً رويدا، وقد تكون بمثابة القبر الذي تنتظره هذه النظرية[3].

ولعل مما يقلل من حدة التخوف من سيادة هذه النظرية، وضرورة اعمالها بالتلازم مع نظرية التنازع[4]، ما هو مشاهد في خصوص علاقات العمل حيث يحظى العامل بعناية التشريعات الوطنية. فلو أن القانون الوطني يقرر حداً أدني من الحماية، في الوقت الذي تقرر فيه أحكام القانون الأجنبي المختص حماية تفوق في مزاياها تلك التي يقررها ذلك

التطبيق، وان لم تصل في تحليلها الي اعتناق تطبيق الإقليمية المطلقة فهي لا ينقصها الا القليل لتصل اليه ".

(1) راجع في ذلك د/ احمد قسمت الجداوي – المرجع السابق – صـ18.

(2) لمزيد من التفاصيل راجع د/ احمد شرف الدين – فكرة القانون الاقتصادي – دار النهضة العربية – 1988 – صـ70 وما بعدها.

(3) قرب من هذا المعني – المرجع السابق – نفس الموضع

(4) يذهب جانب من الفقه الي القول بأنه " لا يمكن اعمال قوانين البوليس، دون اللجوء لفكرة الاسناد، وعلي ذلك، تجد ر الملاحظة، انه عند تحديد قوانين البوليس، لا يمكن اغفال مشكلة الاسناد، فالواقع انه اذا كان هناك مجال لتطبيق قانون البوليس الوطني، فذلك لوجود رابطة بين العلاقة التي ثار بشانها النزاع، وبين قانون البوليس لدولة القاضي، والا ادي غياب هذه العلاقة الي جعل تطبيق هذا القانون فارعاً من أي معني" للمزيد راجع د/ احمد عبد الحميد عشوش – تنازع مناهج تنازع القوانين – دراسة مقارنة – صـ77 وما بعدها.

القانون الوطني، ولو أن الحد الأقصى لسعر الفائدة المقررة في القانون الأجنبي تقل عن تلك المقررة في التشريع الوطني، ولو أن القانون الأجنبي يزيد من مدة الضمان العشري في مقابل المدة المحددة في التشريع الوطني[1].

في كل هذه الأمثلة التي تتعلق موضوعاتها بقوانين ضرورية التطبيق، يثار التساؤل عن الأولي بالأعمال، هل قواعد البوليس المقررة في قانون القاضي، ام تلك التي قد يفرزها اعمال القانون الأجنبي. الإجابة في عقدي ان تحقيق الهدف المراد من سن هذه القواعد يف الي اعمال القانون الأجنبي لتمشيه مع السياسية الحماية التي يتغياها المشرع، فضلا عن إتساقه مع الغاية المرجوة من سن مثل هذه القواعد[2].

وفي عقدي أيضا أنه لا استغناء عن منهج التنازع، وان في إعمال فكرة النظام العام، علي غموضها، ما يجَب، ويُغني ولو جزئيا عن إعمال مقتضي نظرية القوانين الضرورية[3].

---

(1) Lagarde. P : Les clauses limitatives ou exoneratoires de responsability en droit international prive en les clauses de responsability en europen actes du colloque des 13 et 14 decempre ,1990, L.G. D..1990, p. 35.
وفي هذا الشأن يذهب جانب فقهي الي القول بأن " منطق القوانين الضرورية..... يمكن ان يؤدي الي النقيض او الي عكس المطلوب..... وهذا ما قد يحدث في كل حالة يبدو فيها الحل الذي تملية تلك القوانين اقل تحقيقاً لهدف النظام القانوني الوطني... بالمقارنة بالحل الذي كان يمكن الوصول اليه بتطبيق القانون الأجنبي..... فالقانون الوطني ليس كتاباً منزلاً او مقدساً لا يضاهيه او يفضله أي قانون آخر " راجع د/ احمد قسمت الجداوي – المرجع السابق – صـ55.

(2) قرب من ذلك د/ احمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – صـ146 وما بعدها.

(3) يذهب جانب من الفقه الي القول بأن " منهجية الاسناد تستطيع بإمكانياتها الذاتية ان تحجز للقانون الوطني مكاناً راجحاً في التطبيق بالنسبة لتلك الحالات الاستثنائية دون حاجة لاقامة نظرية عامة في الانفرادية تجعل من القانون الوطني اساساً في الانطلاق

وتجدر الإشارة الي انه ليس في الحسبان تجريد هذه النظرية من أهميتها، وانما المراد التركيز علي فكرة النظام العام في حد ذاتها. وبيان ذلك ان المشرع يصوغ من القواعد التي تبغي اهدافاً اقتصادية واجتماعية محددة، ولا يُسمح بالخروج عليها نزولاً مع مقتضي النظام العام الداخلي وايضاً لما يقتضيه اعمال منهج القوانين الضرورية.

وعلي القاضي ان يدرك حقيقة النزاع، قبل ان يدرك غاية القاعدة، فإن بان له ان في قواعد القانون الأجنبي ما تسعي نحو تلك الغاية اكثر من تلك المقررة في القانون الوطني، وجب علية اعمال احكامه، وعلي العكس اذا كانت قواعده الوطنية تفيض من هذه الزاوية، طرح القانون الأجنبي باسم النظام العام الداخلي، مؤكداً بذلك علي ضرورية هذه القواعد. وللقاضي من الفطنة والكياسة ما تمكنه من صياغة الأسباب التي تؤدي الي تلك النتيجة[1].

ويبقي التساؤل عما اذا كان نظام التبني يعد من نافلة تلك القواعد الضرورية التي يتعين علي القاضي اعمال قواعده الآمرة بشأنها تلقائياً أسوة بما هو عليه الحال بالنسبة للمادة 14 من القانون المدني، أم علي العكس لا يستقيم اعتباره من بين تلك القواعد، بحسبان ان النظام القانوني المصري في شأن الأحوال الشخصية هو نظام مركب فإلي جوار الشريعة الإسلامية، توجد شرائع غير المسلمين.

ولئن حرمت الشريعة الاسلامية هذا النظام، فإن الشرائع الأخرى لم تحظره. الأمر الذي يقطع بأن التبني لا تتعلق قواعده بتلك المسماة بالقواعد الضرورية. واساس ذلك ان

داخل هياكل غامضة او غير محددة المعالم....." راجع د/ احمد قسمت الجداوي – المرجع السابق – صـ36 وما بعدها.

(1) قرب من ذلك د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ75.

ضرورة القاعدة تنبع من عمومية وشمولية تطبيقها، والأمر علي غير ذلك في شأن التبني علي ما سنري فيما بعد[1]، ويثار التساؤل عن الادوات التي تعين القاضي في اعمال مقتضي فكره النظام العام هذا ما سنلقي الضوء عليه فيما يلي.

المبحث الثاني

أطر التدخل باسم النظام العام في شأن التبني

مقدمة

يجمع الفقه، والقضاء، والتشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية، علي ضرورة استبعاد القانون الأجنبي اذا كان من شأن إعماله، مناهضة النظام العام بمفهومة الدولي في قانون دولة القاضي[2]. هذا ما تبرهن عليه المادة 28 من القانون المدني المصري بقولها " لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي عينته النصوص السابقة اذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب في مصر". وهذا الحل مستقر عليه حتي في البلدان التي لا تنص تشريعاتها عليه صراحة، حيث يجري القضاء فيها علي ذات النهج[3] ولم يدنو المشرع المصري – ولا غيره

---

(1) انظر لاحقاً صـ

(2) راجع نص المادة 27 من قانون المعاملات الاماراتي، والمادة 28 من القانون الليبي، والمادة 30 من القانون السوري، والمادة 32 من القانون العراقي، والمادة 29 من القانون الأردني، والمادة 24 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1 من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة 12 من القانون الاسباني لسنة 1974، والمادة 5 من القانون التركي لسنة 1982، والمادة 6 من القانون الألماني لسنة 1986، والمادة 17 من القانون السويسري لسنة 1987.

(3) هذا الحل مستقر عليه في فرنسا، إنجلترا، وامريكا حيث يطبقه القضاء في اجماع وتواتر وهذا الحل كرسته ايضاً الاتفاقيات الدولية، هذا ما تنص عليه المادة 2/7 من اتفاقية روما المتعلقة

– من تحديد فكرة النظام العام، كما لم يضع لها ضوابط، او امارات محددة تسمح بالكشف عنها، تاركاً للفقه والقضاء مهمة الاجتهاد في إرساء بعض الموجهات التي تعينه في الاهتداء اليها[1]. فمن غير المقبول ان يضع المشرع هذه الفكرة في إطار نظري جامد، رغم علو شأنها في حماية النظام القانوني الداخلي[2].

وإذ يقع علي القاضي عبء تقدير مدي تعارض احكام القانون الأجنبي مع النظام العام في دولته سواء في مرحله نشأة الحق، او في مرحله الاعتداد بأثاره، فإن علية أن يبني هذا التقدير علي أسس موضوعية، بعيداً عن رأية الشخصي، خاضعاً في ذلك الرقابة المحكمة العليا[3].

وتجدر الاشارة الي ان عرضنا لأطر التدخل باسم النظام العام سوف يقتصر علي بيان الشروط اللازم توافرها لهذا التدخل، والموجهات الواجب مراعاتها في هذا الشأن " مطلب اول "، بالاضافه الي مرتكزات هذا التدخل وأثاره " مطلب ثان ". تاركين مسأله مدي تعلق

بالقانون الواجب التطبيق علي الالتزامات التعاقدية الدولية بقولها " أن احكامها لا تحول دون تطبيق القواعد القانونية في بلد القاضي التي تحكم بصورة آمرة المسألة المطروحة وذلك أيا كان القانون الواجب التطبيق علي العقد ".

[1] راجع د/ فؤاد رياض – د/ سامية راشد – المرجع السابق – صـ144 وما بعدها، د/ صلاح الدين عبد الوهاب – الدفع بالنظام العام في مواريث الاتراك في مصر – مجله المحاماه لسنة 37، العدد 9 فبراير 1957 صـ5 وما بعدها.

[2] راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ558.

[3] راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ533، د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ557، د/ فؤاد رياض.....– المرجع السابق – صـ141، د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ566.

موضوع التبني بالنظام العام في مصر، ومصير حق التبني المكتسب في الخارج للفصل الثالث والاخير من هذه الدراسه وذلك علي النحو التالي:

المطلب الاول : شروط وموجهات التدخل باسم النظام العام.

المطلب الثاني : مرتكزات التدخل واثاره.

المطلب الاول

شروط وموجهات التدخل باسم النظام العام[1]

شرطان للتدخل :

يعد النظام العام احد اهم الأسس التي إتبني عليها القانون الدولي الخاص، فتناولته الأقلام، وطبقته المحاكم علي اختلاف درجاتها، حتي أنه لا تكاد تمضي قضية تتنازع بشأنها القوانين، الا وتمسك الخصوم فيها بهذا الدفع.

بيد انه يشترط لأعمال الدفع بالنظام العام شرطان، الأول يتعلق بسلامة تطبيق القانون الأجنبي الذى تشير به قاعدة الاسناد الوطنية. مع الأخذ في الاعتبار ان مقصود هذا القانون لا يقف عند حد نصوصه الموضوعية فقط، بل يمتد ليشمل الاعمال الحكومية، والأحكام القضائية في الدول الأجنبية المعنية[2].

---

[1] في شروط اعمال الدفع راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ532 ومابعدها، د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ 190 ومابعدها، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ 199 ومابعدها، د/ فؤاد رياض.....– المرجع السابق – صـ135 ومابعدها، د/جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ563 ، د/ احمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – صـ602، د/ محمد عرفه – المرجع السابق – ص 442.

[2] راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ557.

ويتعلق الشرط الثاني بانطواء القانون المشار بأعماله علي قواعد واحكام تصطدم مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانونى لدولة القاضي. وبتوافر كلا الشرطين، تبدو الطبيعة الاستثنائية للدفع في استبعاد هذا القانون. ومع ذلك يصعب في شأن التبني اعمال هذا الدفع، ويبدو ذلك في الفرض الذي يعترف فيه النظام القانوني لدوله القاضي بإمكان نشأه هذه العلاقه. فالمشرع المصري علي سبيل المثال نظم التبني من خلال قانون المرافعات، ومثل هذا التنظيم يحول دون التدخل باسم النظام العام للحيوله دون نشأته خاصه فيما بين الاجانب علي اقل تقدير.

وعلي العكس من ذلك، سوف يحول النظام العام دون نشأه هذه العلاقه متي كان احد اطرافها مسلماً، ولو كان قانونه الشخصي يجيز التبني. ومع ذلك تبقي مسأله مدي تعلق التبني بالنظام العام غير الاسلامى، وما اذا كان من الجائز للوطنيين من غير المسلمين اجراء مثل هذه العلاقه امام القاضي المصري موضوعاً مطروحاً للنقاش. وسوف نري – فيما بعد – كيف ان التبني لا يتعلق بالنظام العام غير الاسلامي، ومن ثم يغدو إمكانيه إجرائه بين المصريين من غير المسلمين محلاً للتساؤل.

وايا ما كان وجه الرأى في هذا الموضوع، فإن الذي لا شك فيه ان الفقه، والقضاء كانا، ولا يزالان، في سعي دائم نحو صياغه العديد من الموجهات التي يسترشد بها القاضي حال استخدامه للدفع بالنظام العام. فما هي حقيقه هذه الموجهات ؟. هذا ما سنحاول القاء الضوء عليه فيما يلي.

موجهات التدخل :-

اجتهد الفقه من اجل إيجاد بعض الموجهات التي تعين القاضي في الوقوف علي مدي تعارض احكام القانون الأجنبي المختص مع النظام العام في دولته[1].

---

[1] يري جانب من الفقه أنه " بغية الوصول الي اضيق الدوائر لإعمال هذا الدفع نشير الي ضرورة الا نحمل احكاماً مسبقة عن قوانين بعنيها، فالدفع بالنظام العام ينبغي إعماله بطريقة

فيجب بداءة تحري صحة الإسناد للقانون الأجنبي، وتلك مسألة لا صعوبة فيها في أغلب الأحيان، وحتي في الحالات التي يلتبس فيها الأمر، للقاضي الاستعانة بالمبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، فضلاً عن القوانين المقارنة ذات الصلة. وبانتهاء هذه المرحلة، تبدأ مرحلة السعي لإدراك مضمون فحوي احكام القانون الواجبة التطبيق بشأن المسألة المطروحة. وللقاضي في سبيل ذلك الاستعانة بالخصوم وبكافة الوسائل الممكنة التي تعينه علي بلوغ هذا الهدف[1].

فاذا ما تمكن من ذلك، وجب علية ان يوازن بين أثر إعمال تلك القواعد، وما قد تواجهه من ردة فعل النظام القانوني لدولته لحظة الفصل في الدعوي[2]. أخذ في اعتباره أنه من العصي الارتكان الي السوابق القضائية في هذا الشأن، فقد لا يسعفه البحث عن إيجاد حلول مناظرة، وتلك مسألة منطقية لتنوع المنازعات من ناحية، ولمرونة وغموض فكرة النظام العام ذاتها من ناحية اخري، ومن ثم فإن التدخل باسم هذا الدفع يجب ان يكون علي نحو واقعي[3]. زد علي ذلك انه يجب الإحاطة بحقيقة ووضعية الدفع بالنظام العام في اطار العلاقات ذات الطابع الدولي، فهو لا يعدو ان يكون دفعاً استثنائياً يجب الحد منه، وعدم

عقلانية تقوم علي معالجة حالة بحاله. راجع د/ عصام الدين القصبي – المرجع السابق – صـ256

[1] لمزيد من التفاصيل حول طبيعة القانون الأجنبي، ودور القاضي في تطبيقه – راجع د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ137 وما بعدها، د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ562 وما بعدها، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ136 وما بعدها، د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ355 وما بعدها.

[2] راجع د/ عصام الدين القصبي – المرجع السابق – صـ256.

[3] راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ589 وما بعدها.

التوسع فيه، وان غايته تقتصر علي منع المساس بالقواعد والمفاهيم الأساسية السائدة في نظامه قانونه[1].

بالإضافة الي ما نقدم يجب ان يقَر في ذهن القاضي ان الذي يتعارض مع النظام العام في دولته ليس مضمون القانون الأجنبي في ذاته، وانما يبدو التعارض عند تطبيقه في حالات معينة مع هذه الفكرة[2]. ونتيجة لذلك فإن حكمة التشريع تقضي الا يستبعد من احكامه الا ما يتعارض فعلاً مع مقتضيات النظام العام في دولته، مع التسليم بأن قانونه الوطني هو الواجب التطبيق في هذه الحالة[3].

---

[1] راجع د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ202، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – المرجع السابق – صـ139، د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ524، د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ567.

[2] راجع د/ هشام صادق – المرجع السابق – صـ202، راجع د/ فؤاد رياض – د/ سامية راشد – المرجع السابق – صـ142 حيث يقرر سيادتهما ان " دور القاضي لا يقف عند حد التحقق من كون القانون الأجنبي يتنافى مع النظام العام ام لا من الناحية النظرية، بل ان هذا الدور يمتد الي حيث النتيجة العملية التي تترتب علي تطبيق القانون الأجنبي فعلاً علي النزاع المطروح أمامه.

[3] لمزيد من التفاصيل حول الأثر السلبي للدفع بالنظام العام المتمثل في استبعاد القانون المختص كلياً، او جزئياً، وفي الأثر الإيجابي للدفع والمتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد راجع د/ هشام صادق – المرجع لسابق – صـ200 وما بعدها، د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ535 وما بعدها، د/ فؤاد رياض – د/ سامية راشد – المرجع السابق – صـ144 وما بعدها، د/ جمال الكردي – المرجع السابق– صـ202 وما بعدها، د/عصام القصبي – المرجع السابق – صـ257 وما بعدها، د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ596 وما بعدها، د/ محمد كمال فهمي – المرجع السابق – صـ515 وما بعدها، د/ احمد عشوش – المرجع السابق – صـ365 وما بعدها، د/ محمد عرفة – القانون الدولي الخاص – صـ وما بعدها.

كما يتعين علي القاضي في سبيل احترامه للحقوق المكتسبة في الخارج، أن يدرك مدي تعارض ما يؤدي اليه نفاذها، او الاعتداد بآثارها مع النظام العام في دولته، بحيث اذا بان له هذا التعارض، كان الجزاء لا بطلان العلاقة، وانما عدم سريان آثارها في بلده[1].

تلك هي ابرز الموجهات التي قد تعين القاضي في الاهتداء الي حقيقة الدفع، ويسترشد بها سواء في اثارتة، او في عدم إثارته. فهو مشرع تلك الدائرة المرنة، ويخضع تقديره لرقابة المحكمة العليا[2].

ويبقي التساؤل عما اذا كان لزاماً علي القاضي ان يتدخل باسم النظام العام ولو لم يكن هناك ارتباط بين النزاع وقانون دولته، وماذا ايضاً لو كان قانون هذا القاضي ينظم تلك المسألة محل الدفع علي نحو او آخر.، وماهي اثار هذا التدخل. هذا ما سنعرض له فيما يلي.

المطلب الثاني

مرتكزات التدخل واثاره

لا يكفي للتدخل باسم النظام العام مجرد وجود تعارض بين الحل الذي يشير به القانون المختص، وبين النظام القانوني لدولة القاضي، وانما يجب التأكد من توافر رابطة جدية بين النزاع، ودولة هذا القاضي. ذلك ان توافر تلك الرابطة هي المبرر للتدخل بهذا

---

[1] راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ541.

[2] ويخلق بالقاضي ان يتحرز من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام او الآداب فالواجب يقتضية أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة باسرها لا مذهبهاً فردياً خاصاً، راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدني في مجموعة الاعمال التحضيرية جـ2 – صـ223، وراجع د/ السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام – دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنان صـ409 وما بعدها، د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ533.

الدفع. وعلي العكس من ذلك فإن انتفاء هذه الرابطة تجعل من التدخل باسم النظام العام غير ذي جدوي.

وحتي في الفرض الذي تكون فيه هذه العلاقة محلاً للتنظيم القانوني في دوله القاضي، فإن الاستبعاد يكون غير ممكناً اذا ما كان النظام القانوني المعني ذاته قد تناول تلك المسألة محل النزاع بالتنظيم علي نحو أو آخر [1]، الأمر الذي يستفاد منه عدم إمكان تصور حدوث تعارض في هذه الحاله. وسوف نعرض لكلا الامرين بشئ من التفصيل.

1- ارتباط العلاقة بالنظام القانوني لدولة القاضي :-

قد ترتبط علاقة التبني بالنظام القانوني لدولة القاضي اذا كانت دولته محلاً لنشأة هذه الرابطة[1] او كان احد الوطنيين طرفاً فيها[2]، وكذا الحالة التي يراد الاعتداد فيها بآثار تلك العلاقة داخل هذا الإقليم[3]. فمحل نشأة العلاقة كاف لتوافر الرابطة الجدية ،ومن ثم الاستيثاق من تمشيها، او تعارضها مع النظام العام في دولة القاضي، فإذا ما عرضت علي القاضي المصري مثلا مسألة ابرام عقد تبني بين فرنسيين متوطنين او مقيمين علي الإقليم

---

(1) يرجع الفضل للفقيه الألماني KAHN في نهاية القرن التاسع عشر في طرح هذه الفكرة، ومفادها أن الدفع بالنظام العام يتم إعمالة بحزم يتناسب مع درجة الارتباط بين المسألة القانونية المطروحة، وإقليم دولة القاضي. لمزيد من التفاصيل راجع د/ عادل بن عبد الله – الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام – مجلة الفكر – العدد الثالث– كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة محمد خيضر – الجزائر – صـ224

(2) فالنظام العام يتم إعماله بشكل واضح متي كان احد الوطنيين، او المقيمين هو المعني بصورة شخصية ومباشرة بالوضعية غير المقبولة.

راجع:

Daniel Gutmann : Le droit international prive, Paris, Dalloz, 1999, P.92
V.aussi, Francais Melin : Droit international prive, P, 133. ets.

(3) راجع ما يلي صـ

المصري. فإن اطراح فكرة النظام العام لها ما يبررها. فالقاضي المصري لن يتدخل باسم النظام العام في هذه الحالة، بحسبان ان المشرع ذاته لم يشأ تجميد هذه العلاقة باسقاط المفاهيم الوطنية عليها، وانما تناولها بنوع من المرونة لتعلقها باجانب[1]، ومن ثم لن يكون النظام العام محلاً للاعتداء، بل أن دورة سيقف عند حد التسامح مع تلك العلاقة باجازتها مادام مشرعه يسمح بذلك. هذا ما كرسته المادة911 مرافعات مصري، وكذا المشرع الجزائري من خلال نص المادة 13 مكرر القانون المدني[2].بيد أن هذا الأمر سيصير الي غير ذلك فيما لو كان أحد اطراف هذه العلاقة وطنياً[3].

---

(1) ولعل هذا ما دفع الفقه المعمد الي انتقاد اغفال المشرع عن تنظيم هذه المسألة من خلال القانون المدني بحسبان ان في القول بأن القانون المصري لا يعرف نظام التبني هو قول فيه كثير من التجاوز حيث ان بعض الطوائف الدينية المصرية غير الإسلامية تعرف ذلك النظام كالشريعة الارثوذكسية، اضف الي ذلك ان أمر التبني لا يخص المصريين وحدهم، فهناك الأجانب الذين تعرض منازعتهم علي المحاكم المصرية، ويخضعون في احوالهم الشخصية طبقاً لقواعد التنازع المصرية لقوانينهم التي تعرف التبني، وكان حري بالمقنن ان يجنب المحاكم التخبط في اعمال القواعد العامة للقانون الدولي الخاص، والخوض في الترجيح بين النظريات الفقهية والحلول القضائية المعقدة والمتضاربة احياناً راجع د/ احمد عبد الكريم – المرجع السابق– صـ902، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – صـ345 ،346، د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ325.

(2) تنظم المادة 911 من قانون المرافعات المصري وكذا المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري مسألة القانون الواجب التطبيق بشأن التبني.

(3) هناك من التشريعات ما تجعل من رابطة الجنسية في بعض الفروض معياراً للتدخل باسم النظام العام، علي نحو ما فعلة المشرع المصري من خلال المادة 14 من القانون المدني، وماجرت علية احكام المحاكم الفرنسية. فكون أحد اطراف العلاقة وطنياً مدعاة للتدخل باسم النظام العام. راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ581 وما بعدها.

ويهون الامر فيما لو كان احد أطرافها مسلماً حيث يبدو الطابع الاستثنائي للدفع في هذه الحالة نزولاً علي احكام ومبادئ الشريعة الإسلامية[1] فضلا عن نص المادة الرابعة من قانون الطفل التي لا تجيز التبني[2].

بيد أن صعوبة المسألة تبدو فيما لو كان طرفيها يدينان بغير الإسلام، اذ القول بالتدخل باسم النظام العام في هذه الحالة يبدو شكوكاً فيه لسبق تناول المشرع لمسألة التبني بالتنظيم بما يعني عدم تعلقه بالنظام العام الاسلامي[3]. فضلا عن عدم ممانعة الشرائع الخاصة واجبة الاعمال من جريان مثل هذه العلاقة نزولاً علي مقتضي المادة الثالثة من الدستور التي تقرر سريان شرائع غير المصريين علي احوالهم الشخصية[4]. وتزداد حدة

---

(1) يري جانب من الفقه بأن هناك من القواعد ما يعد متعلقاً بالنظام العام الإسلامي بالنسبة للمسلم وغير المسلم علي سواء ..... ومن ذلك حرمة زواج المسلمة بغير المسلم، وحظر التوارث بين المسلم وغير المسلم ..... وهناك قواعد تعد متعلقة بالنظام العام للمسلمين وحدهم دون غيرهم كتعدد الزوجات..... والطلاق بالإرادة المنفردة – راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ566.

(2) جاء بعجز المادة الرابعة من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996 المعدل بالقانون رقم 126 لسنة 2008 "..... ويحظر التبني ".

(3) راجع د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ566 حيث يقرر سيادته " أن التبني كان مخالفاً للنظام العام حتي سنة 1937، وقد أصبح غير مخالف له منذ هذا التاريخ ".

(4) تنص المادة 5 من لائحة الاقباط الأرثوذكس لعام 1938 وتعديلاتها في 2008 علي أنه " يحظر التبني الا في حالة اتحاد الدين، ويحظر مطلقاً التبني بين مسلم وغير مسلم او العكس " وتنص المادة 12 علي أنه " يقع باطلاً مطلقاً كل تبني يخالف نص المادة الخامسة ".
والملاحظ ان نص المادة 3 من الدستور التي تقرر احتكام غير المسلمين لشرائعهم، ولما كانت هذه الأخيرة تسمح بالتبني، فقد تم فتح باب النقاش، والحوار، في امر التبني. وسوف تطالعن الأيام المقبله بما يسمح لهؤلاء بالتبني.

التدخل فيما لو كان المطلوب من القاضي ترتيب آثار هذه العلاقة داخل الإقليم الوطني. ورغم تعلق هذه المسألة بفكرة الأثر المخفف للنظام العام علي ما سيجيئ بيانة، الا انه تجدر الإشارة الي ان حدة الدفع سوف تظهر أيضا في بعض الفروض. وبيان ذلك ان التبني يفرز آثاراً ملفوظة من جانب المشرع والمجتمع المصري علي السواء مثل نسبة المتبنَّى الي المتبنِّي، وحق المتبنَّى في الإرث، وترتيب حرمة الزواج. ومثل هذه الآثار – علي ما سنري – لا يمكن الاعتراف بها داخل الإقليم المصري لتعارضها مع الشريعة الإسلامية، وغير الإسلامية علي السواء[1].

ولئن كان ارتباط العلاقة بالنظام القانوني الوطني علي النحو السابق مدعاة للتدخل باسم النظام العام علي النحو السابق، فان غرابة المسألة عن هذا النظام مدعاة للتدخل أيضا وهو ما سنعرض له.

إعتراف النظام القانوني لدولة القاضى بالتبني :-

من المعايير المقترحة للتدخل باسم النظام العام، ان يشتمل القانون المختص علي نظم قانونية غير معروفة في قانون دولة القاضي[2]. ولكن هل يكون للنظام العام ذات الأثر اذا كان القانون الوطني ينظم بشكل او بآخر هذه العلاقة.

---

[1] فشريعة الاقباط الأرثوذكس علي سبيل المثال تحظر التوارث بين المتبنِّي، والمتبنَّى، وانما اجازت فقط مجرد الوصية. اما فيما يتعلق بحق الإرث، وموانع الزواج فهما أمران يتعارضان بشدة مع النظام العام الذي يسري علي الكافة مسلماً، او غير مسلم، وطنياً، كان ام غير وطني – قرب من ذلك ، د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ566.

[2] راجع د/ جمال الكردي – النظام العام الدولي العربي – حلم حقيقة ام خيال الطبعة الاولي 2010 صـ89، د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – صـ531، د/ فؤاد رياض – د/سامية راشد – المرجع السابق – صـ139.

ويغدو التساؤل عن آثر حظر المشرع للعلاقة علي الرغم من تناوله بالتنظيم لبعض جوانبها. اذا كانت الإجابة بان هذه المسألة تتعلق بمن تسمح تشريعاتهم بأجرائها، نبادر بالقول بان مجرد التنظيم التشريعي لهذه المسألة يوحي بعدم ممانعة السياسة التشريعية لدولة القاضي في اجراء مثل هذه العلاقة، بما يبرر عدم التدخل باسم النظام العام[1]، بل ويطرح إمكانية اجرائها بين غير المسلمين من الوطنيين المتحدي الطائفة والملة. علي بساط البحث والنقاش. فالمسألة اما ان تتعلق بالنظام العام او لا تتعلق به، ولا معني للسماح بأجرائها بالنسبة للأجانب، وحظرها عن أولئك الذين تسمح معتقداتهم الدينية من الوطنيين غير المسلمين بذلك. هذا ما تبرهن عليه المادة 911 مرافعات مصري، والمادة الثالثة، وأربعة وستون من الدستور المصري[2]. بيد أن التدخل باسم النظام العام حتي في هذه الحالة مازل مطروحاً وله ما يبرره، ذلك ان تعارض الأثر المترتب علي هذه العلاقة مع النظام العام لا يزال قائماً. فلئن اعترف المشرع المصري بإمكانية اجراء التبني علي اقليمه، الا ان ذلك ليس معناه الاعتراف التلقائي بآثار هذا التبني. فمازال البون شاسعاً بين السماح بنشأة العلاقة نزولاً علي مقتضي تعايش النظم القانونية، وبين الاعتداد بأثار هذه العلاقة داخل الإقليم الوطني علي نحو يناهض النظام العام بصورة واضحة[3].

فالنظام القانوني لدولة القاضي سيكون منتهكاً، بما يستجدي التدخل باسم النظام العام اذا كان في السماح بتطبيق القانون الأجنبي المختص ما يؤدي الي نتائج غير مرغوب فيها في دولة القاضي. وبيان ذلك ان مجرد مطالبة المتبنَّي بالنفقة المفروضه علي المتبنِّى ليس فيها ما يبرر التدخل بالدفع، وان حق المتبنِّي في ممارسة حق التأديب والولاية علي المتبنَّى ليس فيها ما يدعو للتدخل باسم النظام العام. بيد أن في مطالبة المتبنَّي بحقة في الإرث،

---

(1) Loussourem. y & Bourel. p : droit international prive 5e, ed, cujas, 1998, p, 290 ets.

(2) قرب من ذلك د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق– صـ566 ،570.

(3) انظر ما يلي صـ

او حقة في الاعتراض علي زواج ابنة المتبني مثلاً[1]، ما يستدعي التدخل باسم النظام العام لتعارض مثل هذه الاثار بحدة مع النظام العام في دولة القاضي.

يبقي ان نشير الي نتيجه واثار هذا التدخل، وهو ما سنعرض له فيما يلي :

اثر التدخل :-

يترتب علي التدخل باسم النظام العام اثرين متلازمين، احدهما سلبي والاخر ايجابي، ويزداد عليهما مايسمي بالاثر المخفف.

اما عن الاثر السلبي، فقد سبقت الاشاره الي وجوب استبعاد القانون الاجنبي المختص المخالف للنظام العام في دولة القاضي. ذلك ان غايه الدفع في هذه الحاله تتمثل في وقاية النظام القانوني الوطني من اسباب الضعف التي عساها ان تتسرب اليه من الانظمه القانونيه الاجنبيه[2].

وعن نطاق الاستبعاد، فان الفقه الغالب تؤيده احكام القضاء يتجه صوب الاستبعاد الجزئي لاحكام القانون الاجنبي دون تلك التي لا تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي[3]. ومع ذلك يذهب جانب من الفقه الفرنسي الي وجوب الاستبعاد الكلي، حتي ولو كان المتعارض مع قانون القاضي هو حكم واحد او جزء معين[4].

---

(1) لمزيد من التفاصيل راجع :-
Heidi Schwarz wald, Elizabeth collins, susan Gillespie, Adiaba Frankline: international Adoption and clinical practice, p. 65 ets.

(2) راجع د/ جمال الكردي – النظام العام – مرجع سابق – ص127، وقرب من ذلك د/ محمد وليد المصري – محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي – بمفهوم القانون الدولي الخاص – مجله الحقوق – الكويت – عدد 4 لسنه 2003 – ص 165.

(3) لمزيد من التفاصيل راجع د/ جمال الكردي – المرجع السابق – ص131 ومابعدها، د/عبد المنعم زمزم – الوسيط في القانون الدولي الخاص – دار النهضه العربيه – 2010 – ص199.

(4) راجع د/ عبده جميل غصوب – دروس في القانون الدولي الخاص – المؤسسه الجامعية للدراسات والنشر – بيروت – 2008 – ص214، د/ محمد عرفه – المرجع السابق – ص454.

وقد لقي الاستبعاد الجزئي صداه في أروقة المحاكم. فمحكمة النقض الفرنسيه اكدت علي ان احكام الشريعه الاسلاميه التي تقضي بعدم التوارث بين المسلم وغير المسلم وان كانت واجبة الاستبعاد لتعارضها مع النظام العام الفرنسي، الا ان ذلك لا يعني استبعادها في شأن تعيين الورثه ومراتبهم وتحديد انصبتهم حيث تبقي خاضعة لاحكام الشريعه الاسلامية[1]. وهو ما ذهبت اليه محكمه استئناف الاسكندرية دائره الاحوال الشخصية حين قررت انه " ليس صحيحاً ان مطلق وجود حكم في القانون الاجنبي يخالف النظام العام في مصر يرتب ابطال العمل بالقانون المذكور برمته و احلال القانون المصري محله. فان هذا المذهب ليس له من القانون المصري سند "[2].

بيد ان ذلك لا يحول دون الاستبعاد الكلي اذا ما تعذر الفصل بين الاجزاء المتعارضه مع تلك غير المتعارضه مع النظام العام بان كانت مترابطة علي نحو يتعذر معه الاستبعاد الجزئي[3].

ويثار التساؤل عما اذا كان يتعين علي القاضي المعروض عليه امر منازعة التبني، استبعاد احكام القانون الاجنبي المختص لتعارض مضمونها مع النظام العام في مصر، ام علي العكس يجب عليه الاعتراف بها لسبق تناوله لهذا الموضوع بالتنظيم.

مضت الاشاره الي انه يصعب التدخل باسم النظام العام في الفرض الذي يعرف فيه النظام القانوني لدوله القاضي هذه العلاقه، بل وتدخله بتنظيمها. ومع ذلك، لايزال مجال

---

(1) راجع د/ هشام صادق – تنازع القوانين – دراسه مقارنه في المبادئ والحلول الوضعيه المقرره في التشريع المصري – منشأه المعارف – الاسكندريه – ط3 – 1974 – ص326، د/ جمال الكردي – المرجع السابق – ص131 .

(2) راجع د/ هشام صادق – المرجع السابق – ص325.

(3) راجع د/ جمال الكردي – المرجع السابق – ص134، د/ محمد عرفه – المرجع السابق – ص454.

النظام العام مفتوحاً، ومحلاً للاعمال خاصة اذا تعارض انشاء هذه العلاقه مع النظام العام بمفهومه الاسلامي. فلو كان احد طرفي العلاقه مسلماً، فلا يجوز اجراء هذا التبني حتي ولو كان قانونه الشخصي يسمح بذلك[1]. ويستطيل ذات الاثر رغم انتفاء هذا التعارض بان كان طرفي العلاقه غير مسلمين، ويتحقق ذلك اذا كان المطلوب من القاضي هو الاعتداد باثارها علي نحو يخالف النظام العام، كما لو طالب المتبنَّي بحقه في ارث متبنيه علي النحو الذي ستراه فيما بعد[2].

ومع ذلك يتعين علي القاضي قبل ان يقوم بالاستبعاد ان يتحري ظروف الدعوي وملابساتها فضلاً عن دراسه النظام الاجنبي ذاته[3].

ولئن كان الاستبعاد سواء كان جزئياً او كلياً لاحكام القانون الاجنبي يجسد الاثر السلبي للتدخل باسم النظام العام في دوله القاضي، فان احلال قانون هذا الاخير محل القانون المستبعد كلياً او جزئياً يمثل في نظر الاكثريه الغالبه من الفقه، تؤيدها احكام القضاء، الاثر الايجابي لهذا التدخل. ذلك ان مهمة القاضي لا تقف عند حد الاستبعاد فقط، والا عَّد منكراً للعداله، بل تتعداها الي ايجاد الحل البديل، وذلك باحلال قانونه صراحة او ضمناً محل القانون المستبعد كلياً او جزئياً. ويكون الاحلال صريحاً اذا قرر قانون القاضي

---

(1) راجع د/ يحيى زكريا الشامي – التبني في الاسلام واثره علي العلاقات الخاصه الدوليه – مكتبه الوفاء القانونيه – الاسكندريه – ص381.

(2) انظر مايلي – ص

(3) يشير جانب من الفقه الي هذا الوضع بمثال يتعلق بتبني احد الهنود لشخص اخر كاخ له، وانه يجب علي القاضي الفرنسي الاعتراف بهذا التبني رغم تعارضه مع الافكار الاساسيه في المجتمع الفرنسي، الا انه بالرجوع الي النظام القانوني الهندي نجده لا يقيم نظام الاسره علي رابطه الدم فقط، بل يعتمد فيها ايضاً وبصفه اساسيه علي فكره التبني، الامر الذي يرتب السماح بقبول هذا الوضع في فرنسا بالنسبه للهنود. راجع د/جمال الكردي – المرجع السابق – ص99.

انشاء علاقة يمنع القانون الاجنبي نشوئها. كما لو كان القانون الاجنبي يحظر الطلاق بينما يبيحه قانون القاضي، او كان القانون الاجنبي يمنع الزواج بسبب اللون او الجنس بينما يسمح به قانون القاضي. في مثل هذه الاحوال نلحظ انه يترتب علي استبعاد القانون الاجنبي، حلول قانون القاضي محله مباشرة محل القانون المستبعد وسماحه بانشاء تلك العلاقات التي يحظرها القانون المستبعد.

في حين يبدو الاحلال الضمني عندما يسمح القانون الاجنبي بنشأة علاقة لم يكن ليسمح بها قانون القاضي، كزواج مسلمه بغير مسلم، او باجراء التبني بين تونسي مسلم واخر اجنبي يسمح قانونهما الشخصي بالتبني. في مثل هذه الحالات وغيرها نجد ان القاضي المصري سيقف عند حد رفض الدعوي، دون ان يتعدي ذلك الي تطبيق القانون الوطني[1].

وعلي الرغم من قبول غالبيه الفقه لحلول قانون القاضي محل القانون المستبعد، الا ان ذلك لا ينفي وجود محاولات نحو اقصاء هذا التوجه، بيد انها لم تنل من هذا من المبدأ او سيادته[2].

يبقي ان نشير الي فكره الاثر المخفف للنظام العام، والتي تدور حول امكانية الاعتراف في دولة القاضي بالحقوق المكتسبة في الخارج رغم معارضة نفاذها كلها او بعضها للنظام العام في دولته، وهذه المسألة وان كانت محلاً للدراسة خلال الفصل الثالث من هذا البحث، الا ان حسبنا الاشارة الي فضل القضاء الفرنسي في نشأة هذه الفكره، حيث يفرق هذا القضاء بين مسألة نشأة الحق، ومسألة نفاذ هذا الحق مقرراً انه رغم ان النظام

---

(1) لمزيد من التفاصيل راجع د/ جمال الكردي – تنازع القوانين – المرجع السابق – ص 205 ومابعدها.

(2) لمزيد من التفاصيل حول مقترحات بشأن القانون الاخر راجع د/ جمال الكردي – النظام العام – المرجع السابق – ص 136 ومابعدها.

العام الفرنسي يحول دون نشاة العلاقة علي الاقليم الفرنسي نتيجة ردة الفعل الصادمه التي يحدثها النظام العام، الا ان ذلك لا ينفي امكانية الاعتداد باثار الحق الذي تفرزه هذه العلاقة داخل الاراضي الفرنسية بحسبان ان الشعور العام الفرنسي لن يتأذي بذات الدرجة عند مطالبته بانشائها[1].

وسوف نري فيما بعد كيف ان الوضع في مصر خاصة بشأن التبني يسير عكس ما اتجه اليه القضاء الفرنسي، فبينما يمنع هذا الاخير نشأة علاقه كتعدد الزوجات مثلاً لتعارضها مع النظام العام الفرنسي، الا انه لا يمانع في الاعتداد باثارها كلها او بعضها متي اكتسبت علي نحو صحيح في الخارج[2].

في حين إعتد المشرع المصري بداءة بامكانيه نشأة علاقه التبني علي الاقليم المصري، الامر الذي يستصحب بالضرورة الاعتداد باثارها علي النحو الذي لا يتعارض مع النظام العام المصري. ونتيجة لذلك فان القاضي المصري مطالب باحترام حقوق المتبنَّي المكتسبه في الخارج بالقدر الذي لا يتعارض مع النظام العام المصري بمفهومه الشامل او المشترك.

ويبقي التساؤل عن حدود اعتراف القاضي المصري باثار التبني المعقود في الخارج. هذا ما سنعرض له فيما يلي.

---

(1) لمزيد من التفاصيل راجع د/ عز الدين عبدالله – المرجع السابق – ص 540 ومابعدها، د/جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – ص551 ، د/ محمد كمال فهمي – المرجع السابق – ص 518 ، د/ جمال الكردى – المرجع السابق – ص 210 ومابعدها، د/ هشام صادق – المرجع السابق – ص 209، د/ محمد عرفه – المرجع السابق – ص 448 .
ولمزيد من التفاصيل:
Jean. Derrpe : Droit international prive, Dalloz, paris, 1999, p. 77 ets

(2) – رفض القضاء الفرنسي اعمال فكرة الاثر المخفف بالنسبه لاثار الزواج الثاني داخل فرنسا متي كانت الزوجه الاولي فرنسيه او مقيمه في فرنسا. للمزيد راجع د/ محمد وليد هاشم المصري – المرجع السابق – ص 173،
راجع ايضاً : Jean. Derrpe : op. cit, p. 85.

الفصل الثالث

حدود الاعتراف باثار التبني في دولة القاضى

مقدمة:

ليس بمقدور القاضي الوطني ان ينكر مقدما واقعة التبني المعقودة في الخارج ،حتي ولو كان قانون دولتة لا يدين بالتبني. اذ يتعين عليه احترام ذلك الحق المكتسب في الخارج، نزولا علي مقتضي القاعدة الدولية التي تقضي بضرورة احترام هذة الحقوق.

بيد أن كفالة الاحترام الواجب لهذا الحق يستلزم من القاضي التحقق من اكتسابة علي نحو صحيح، وفق احكام القانون المختص دوليا، والذي يتم تحديدة علي ضوء ماتشير به قاعدة الاسناد الوطنية.

ولئن توقف مصير هذا الحق علي ماينتهي اليه القاضي من اعمال احكام ذلك القانون، الا انه لا يستطيع التقرير بنفاده، او ترتيب اثاره علي نحو تلقائي.

ذلك انه من المتصور ان يكون من شان الاحتجاج باثار هذا الحق مايشكل تعارضا واضحا مع النظام العام في دولتة.

ويغدو التساؤل عما اذا كان من الممكن التعامل مع هذا الحق، او اثاره علي نحو يتجاوب مع طبيعة العلاقات الخاصه الدوليه، ويؤدي في الوقت ذاته الي تحقيق الانسجام بين مختلف النظم القانونية.

هذة المهمة الصعبة الملقاه علي عاتق القاضي يمكن التعاطي معها بداءة من خلال الوقوف علي مصير حق التبني المكتسب في الخارج "مبحث اول"، فاذا مافرغ منها انتقل لمرحلة النظر في امكانية الاعتراف باثار هذا التبني في مواجهة النظام العام في دولتة " مبحث ثاني " وذلك علي النحو التالي :

المبحث الاول : مصير حق التبني المكتسب في الخارج.

المبحث الثاني : اثار التبني في ميزان النظام العام.

المبحث الاول

مصير حق التبني المكتسب في الخارج

مقدمة :

اذا مانشأت علاقة التبني في الخارج، واريد الاحتجاج بها ،او باثارها داخل النظام القانوني لدوله القاضي، فان مدار الحديث يتعلق بمدي امتداد اثار هذا الحق خارج حدود الدولة التي نشأ فيها[1]. فلو ان واقعه تبني حدثت في فرنسا مثلا بين فرنسي واخر ايطالي، وكان المتبنِي يمتلك اموالا في مصر، فهل بمقدور المتبنَي، ان يطالب بحقه في ارث متبنيه كاثر من اثار التبني. الاجابه علي هذا التساؤل تطرح علي بساط البحث مساله الوقوف علي مصير الحق الذي اكتسب في الخارج. فمن المستقر عليه في شان مادة التنازع وجوب النظر الي هذه المساله وفق احدي القواعد الرئيسيه والمستقرة في القانون الدولي الخاص وهي قاعدة وجوب احترام الحقوق المكتسبه[2]. بيد ان هذه القاعدة ليست مطلقة من كل قيد، ففضلا عن ضرورة الاستيثاق من نشوء هذا الحق علي نحو صحيح، فانه قد يكون من شان اعمال مقتضاه حدوث تصادم مع النظام العام في دولة القاضي، الامر الذي قد تفض الي طرحها كليا او جزئيا، ومن ناحية اخري، قد يتعطل نفاد هذا الحق في دولة القاضي لنشوء حق مضاد يتعذر معه كفاله اثارة.

وازاء اهمية هذه القاعدة يتعين التعرض لشروط الاعتداد بها " مطلب اول "، ثم لحدود اعمالها " مطلب ثاني " وذلك علي النحو التالي :

المطلب الاول : شروط الاعتداد بالحق المكتسب في الخارج.

المطلب الثاني : حدود اعمال قاعدة الحق المكتسب.

---

[1] راجع د/جابر جاد عبدالرحمن – المرجع السابق – ص544.

[2] راجع د/ جابر عبدالرحمن – المرجع السابق – ص548 ومابعدها.

المطلب الاول
شروط الاعتداد بالحق المكتسب في الخارج

تعدد الشروط :

تولي الانظمة القانونية عنايتها بتوفير الحماية القانونية لجميع انواع الحقوق، حيث تبين بوضوح شروط اكتساب الحق، والحماية التي يتمتع بها صاحبه. ومن ثم تستقر المراكز القانونية، ويشيع الامن والامان القانونين، ومن هنا نشات فكرة الحقوق المكتسبه[1]، حيث يراد بها وجوب تمتع الحق – ومن ثم صاحبه – متي نشأ صحيحا بقوة قانونية مستمرة حتي في ظل المتغيرات التشريعية من الناحيتين الزمانية، والمكانية، وتمنح صاحبة مكنة الاحتجاج به سواء داخل البلد الذي نشأ فيه، او امام الانظمة القانونية الاخري[2]. فغاية القاعدة هي الحفاظ علي المراكز القانونية واستقرارها. وبدون هذه القاعدة سوف تنهار الثقة في القانون ذاته. ولهذا ليس للمشرع المساس بها، كما ان من واجبات القاضي مراعتها.

ولئن كان سند هذه الفكرة في القانون الداخلي يرتكن الي قاعدة الاثر الفوري للقانون وعدم رجعتيه[3]، فان دواعي، وضرورات قيام العلاقات الدوليه والايمان بحتمية تحقيق الانسجام بين النظم القانونية هما عمادها في اطار مادة تنازع القوانين[4].

---

(1) يقول " ديسي " ان الاعتراف بالحقوق المكتسبة في ظل قوانين اجنبيه هو المبدا الرائد للحضارة الحديثة.
DICEY.(A):digest of the law of England with reference to the conflict of laws, London,stevens,&sons, 3rd, 1922, p-24:25.
مشار اليه لدي د/ عصام الدين القصبي – الوجيز في القانون الدولي الخاص – ص109.

(2) في نفس المعني راجع د/ جمال محمود الكردي – تنازع القوانين – ص147، د/ جابر جاد عبدالرحمن – المرجع السابق – ص544.

(3) لمزيد من التفاصيل حول مفهوم، واساس مبدأ عدم رجعيه القوانين راجع د/ رجب محمود طاجن – ملامح عدم الرجعيه في القضاءين الدستوري، والاداري – بحث منشور في مجله القانون والاقتصاد – كليه الحقوق – جامعه القاهره – العدد 85 – 2012 – ص 531 ومابعدها.

(4) لمزيد من التفاصيل راجع د/ رمزي الشاعر – الحقوق المكتسبه في ظل الانظمة المعاصرة – دار النهضة العربية – ص315 ومابعدها، د/ احمد الميرغني – الحقوق المكتسبه في القانون المقارن – دار النهضة العربية – ص 415 ومابعدها.

وبهذه المثابه سوف ترتكز تلك القاعدة الي اعتبارات المصلحة المتبادلة فيما بين مختلف النظم. فعدم اعتراف الدولة بالتصرفات التي تمت علي نحو صحيح في الخارج، سيعرض تصرفاتها بالمثل لنفس المصير امام الدول الاخري. الامر الذي يؤدي الي اهدار الحقوق، ويعرض اصحابها لعدم استقرار مراكزهم القانونية[1].

بيد ان ذلك مشروط بضرورة توافر ما يتطلبه القانون بشأن هذه الحقوق. وهوما سنعرض له.

شروط اعمال القاعدة :

يشترط للاعتداد بحق التبني المعقود في الخارج، ومن ثم امكانية الاحتجاج باثاره في دولة القاضي توافر شرطين هما :

الشرط الاول : ان يكون الحق قد اكتسب بالفعل علي نحو صحيح طبقا لقانون بلد المنشأ[2].

وبموجب هذا الشرط يتعين للاعتداد بالحق المراد التمسك به، او باثاره في بلد القاضي، ان يكون قد تم اكتسابه صحيحا بالفعل[3]. ويعد الحكم القضائي الصادر بالتبني، كما هو الحال في اغلب البلدان التي تجيزه، وكذا القرار الاداري الذي تصدره الجهات المختصه في هذا الشأن خير دليل علي حدوث هذا الاكتساب[4].

---

(1) حول مبررات العمل بهذه القاعدة راجع د/ جابر جاد عبدالرحمن – المرجع السابق – ص547

(2) راجع في نفس المعني د/ جابر جاد عبدالرحمن – المرجع السابق – ص 548

(3) راجع د/ محمد كمال فهمي – اصول القانون.....– مرجع سابق – ص384

(4) يعد التبني من النظم المؤسسية في البلدان التي تجيزه، ومن ثم لا ينشأ الا بموجب حكم قضائي كما هو الحال في فرنسا، واسبانيا، وتركيا، واغلب دول الغرب ،
Jacques. foyer : repertoire de droit international ,adoption 2003,p76.ets.
وحتي في البلدان التي لا تجيزه، عني المشرع فيها بتكريس أليه لجريانه كالمشرع المصري، والجزائري، وفي كلا البلدين لا ينشأ الا بحكم قضائي متي توافرت شروط اجرائه.

بيد انه يتعين قبل صدور هذا الحكم، او ذلك القرار ان يستوثق مصدره من توافر شروط الحق الموضوعية والشكلية لامكان اجرائه. ولهذا عنيت مختلف النظم القانونية التي تجيز التبني باستلزام العديد من الشروط الواجب مراعاتها في هذا الشأن. فالمشرع الفرنسي علي سبيل المثال كرس للتبني بنوعيه البسيط والكامل المواد من 343 حتي 370 من القانون المدني الفرنسي[1]

وذلك لامكان اجرائه والاعتراف به وترتيب اثاره سواء في فرنسا، او خارجها[2].

وهو ما سار عليه المشرع التونسي بتخصيصه الفصول من 8 حتي 16 من القانون المتعلق بالولايه العموميه والكفاله والتبني[3]. وقد خلت كافه التشريعات ذات المرجعيه

---

(1) استوجب المشرع الفرنسي ضرورة توافر جملة من الشروط لامكان اجراء عقد التبني، فيجب ان توجد اسباب تبرر التبني لصالح الطفل المتبنَي، وان يكون الفارق العمري بينهما لا يقل عن 15 سنه، والا يقل عمر طالب التبني عن 35 عام، وضرورة موافقة الزوج الاخر، والا يكون للمتبنِّي خلف شرعي وقت التبني. لمزيد من التفاصيل راجع د/ منيره حريزي – التبني والكفاله دراسه مقارنه – رساله ماجستير – جامعة محمد بوضياف – الجزائر – 2016 – ص46 ومابعدها.

(2) يري جانب من الفقه انه اذا اكتسب شخص ما حقا في دوله معينه ووفقا لقانونها، وجب الاعتراف بهذا الحق وبصحه اكتسابه من جانب النظم القانونية للدول الاخري، راجع د/ جمال محمود الكردي – المرجع السابق – ص147.

(3) صدر القانون رقم 27 لسنه 1958 في 4 مارس لسنه 1958 والمتعلق بالولايه العموميه والكفاله والتبني وابرز مافيه نص الفصل 8 التي تقضي بجواز التبني حسب الشروط الوارده في الفصب 9 وابرزها ان يكون المتبنِي شخصاً رشيداً.....، وقضت المادة 10 بوجوب ان يكون الفارق العمري بينهما 15 سنه علي الاقل، وجاء الفصل 14 ان المتبنَي يحمل لقب المتبنِي، وجاء بالفصل 15 ان للمتبنَي نفس حقوق الابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات، لمزيد من التفاصيل راجع / منيره حريزي – المرجع السابق – ص480 ومابعدها .

الاسلاميه من مثل هذا التنظيم بالنظر لحرمه التبني، وان اكتفي بعضها برسم أليه إنعقاده امام المحاكم الوطنيه وفق الاحكام المقرره بقانونها[1].

وباستجماع الحق للشروط التي يقررها القانون المختص، يمكن القول بنسؤ حق مكتسب للمتبنِي، والمتبنَي علي السواء. بيد ان هذا الحق وان كان محلا للاعتراف، وترتيب اثاره من جانب النظم القانونية التي انشأته، الا ان هذه السمه لن تتوافر له تلقائيا في مواجهه الانظمه القانونية الاخري، حيث تشترط هذه الاخيره علاوه علي ذلك، ان تكون تلك العلاقه قد نشأت علي نحو صحيح طبقاً للقانون المختص، والذي تشير به قواعد الاسناد الوطنيه السائده فيها.

الشرط الثاني : ان يكون الحق قد نشأ علي نحو قانوني صحيح في نظر قانون القاضي.

ومقتضي هذا الشرط ان يكون الحق المراد الاحتجاج به، وباثاره قد اكتسب علي نحو صحيح طبقاً لقواعد القانون المختص دولياً في بلد نشأته[2]، حسبما تشير بذلك قواعد الاسناد في قانون دوله القاضي[3].

---

(1) رسم المشرع المصري أليه إنعقاد التبني من خلال نص المادة 911 ومابعدها من قانون المرافعات، كما تولي المشرع الجزائري هذا الامر من خلال المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري.

(2) يري " بيليه " ان التنازع بين القوانين لا ينشأ الا في مرحله اكتساب الحق، اما اذا اكتسب الحق اكتساباً صحيحاً واريد الاعتراف له باثاره خارج حدود الدوله التي نشأ فيها فان المسأله حينئذ لا توصف بانها مسأله تنازع بل هي مسأله متميزة..... وتكون موضوعاً قائماً بذاته..... وهي مسأله الاحترام الدولي للحقوق المكتسبه. راجع في انتقاد هذه الفكرة د/محمد كمال فهمي – المرجع السابق – ص386 .

(3) – يري " سافيني " انه " لكي نعترف بما اذا كان حقاً معيناً قد تم اكتسابه فعلاً ام لا فانه يجب ان نعرف اولا القانون الواجب الرجوع اليه لتقدير ذلك" راجع د/ عصام القصبي – المرجع السابق – ص 113.

فالمشرع الفرنسي علي سبيل المثال يُخضع شروط التبني لقانون المتبنِي شريطة ان يجيز قانون المتبنَي هذه العلاقه. فلو تبني فرنسياً طفلاً ايطالياً في فرنسا، فإن المرجعيه ستكون للقانون الفرنسي في الوقوف علي صلاحيه هذا العلاقه، شريطه ان يجيزها ايضاً القانون الايطالي. فاذا ما اريد الاحتجاج باثار هذه العلاقه امام القاضي المصري، فان الاخير مطالب بالاستيثاق من صحتها في ضوء قاعدة الاسناد الوطنية والتي تكل هذا الامر لقانون طرفيها، وكلاهما يجيز التبني. وبالرجوع لاحكام القانون الفرنسي نجده يكرس قانون المتبنِي لامكان اجراء هذه العلاقه[1]. وبهذه المثابه سوف ينتهي القاضي المصري الي الاعتراف بهذه العلاقه لجريانها وفق احكام القانون المختص دولياً اي القانونين الفرنسي والايطالي، حسبما اشارت بذلك المادة 911 من قانون المرافعات المصري، الامر الذي يسمح له بالانتقال لمرحله حدود الاعتداد باثار هذا التبني حسبما يصبو اليه الاطراف.

بيد ان هذا الحل سيكون مغايرا فيما لو تمت علاقه التبني بين فرنسي، واخر جزائري مولود ومقيم في فرنسا. اذ سوف نلحظ صحه التبني الحاصل في فرنسا علي نحو ما جري به القانون الفرنسي الذي يجيز التبني في هذه الحاله، علي الرغم من عدم اجازته – اي التبني – وفق احكام القانون الجزائري[2]. ووجه المغايرة يكمن في ان مؤدي اعمال القواعد الساريه في قانون دوله القاضي سوف يقود الي تطبيق قانون كلا الطرفين. وبقليل من التأمل سوف ينتهي الي عدم صحه هذه العلاقه بحسبان ان قانون المتبنيَ وهو القانون الجزائري

---

[1] راجع:

Jacques Foyer : Repertoire de droit international, Adoption ,2003, p.100 ets.

[2] تنص المادة 370 فقره 3 من القانون المدني الفرنسي علي انه " من غير الممكن اعلان التبني اذا كان القانون الوطني لاحدهما يحرمه، وان تبني القاصر الاجنبي لا يمكن اعلانه اذا كان قانونه الشخصي يحظر هذه المؤسسه مالم يكن هذا القاصر مولوداً ومقيماً بصورة اعتياديه في فرنسا". وهذا التوجه من المشرع الفرنسي يرتكن الي الحفاظ علي مصالح الطفل الفضلي، راجع د/ محمد خالد الترجمان – القانون الدولي الخاص – ص73.

لايجيز ذلك. وسوف تتكرر ذات النتيجه فيما لو تمت علاقه التبني في اسبانيا. ففي احدي الاقضيه التي عرضت علي محكمه محافظة برشلونه بتاريخ 2008/7/8 قبلت المحكمه طلب تبني طفل قاصر مغربي مقيم باسبانيا، من جانب سيده اسبانيه، وقد استنتجت المحكمه من اختصاصها بتأسيس علاقه التبني ان القانون الاسباني هو الواجب التطبيق لكونه قانون محل الاقامه المعتاد للطفل لحظه التبني، وانه – اي الطفل المتبني – سيكتسب الجنسيه الاسبانيه بحكم التبني[1] . ولئن كانت علاقه التبني قد نشأت صحيحه وفق احكام القانون الاسباني، الا انها لن تكون كذلك امام النظام القانوني للقاضي المصري الذي يشترط لصحه هذه العلاقه. فيما لو تم اثارتها امامه، ان تكون كذلك وفق القانون الشخصي لطرفيها. ولما كان القانون المغربي لا تجيز هذه العلاقه، فان حال الدعوي المرفوعه بشأنها سيكون الرفض[2].

صفوه القول انه يجب لاحترام الحق المكتسب من الناحيه الدوليه ان يكون قد نشأ صحيحاً طبقاً للقانون المختص الذي تشير به قواعد واحكام قانون دوله القاضي. ذلك ان مسأله تعين القانون المختص تتعلق بالسيادة، ولا يمكن ترك مسأله خطيره كهذه لقانون اخر غير قانون دوله القاضي[3].

يبقي ان نشير الي وسيله القاضي في التعرف علي مضمون القانون الذي نشأ الحق في ظله. وهو ما سنعرض له فيما يلي.

---

[1] راجع المستشار / حسن ابراهيمي – اتفاقيتي لاهاي 1980، 1996 – نظره عامه من واقع التجربه وافاق المستقبل في المغرب – مؤتمر مالطا الرابع – حمايه الاطفال وقوانين الاسره في النزاعات العابره للحدود – مالطا من 5:2 مايو 2016.

Diapositine 1-H22H.

[2] تنص الماده 149 من مدونه الاسره المغربيه للاحوال الشخصيه الصادره في 2004/2/3 علي انه " يعتبر التبني باطلاً ولا ينتج اي اثر من اثار البنوه الشرعيه ".

[3] راجع د/ محمد كمال فهمي – المرجع السابق – ص384.

كيفية التعرف علي مضمون القانون المختص :

ذخرت المكتبات، وتناولت اقلام الفقها. هذه المسأله بالعديد من المؤلفات، وحسبنا الاشاره الي ان مهمه القاضي في هذا الصدد سوف تتحد في ضوء طبيعه القانون المراد التعرف علي احكامه، فان قيل بانه مجرد واقعه[1]، الُقي عبءاثباته علي الخصوم، وان عدَ قانوناً[2]، وجب علي القاضي اثبات مضمونه، دون الاخلال بحقه في الاستعانه بالخصوم كلما استوجب ذلك. والراجح ان القانون الاجنبي يحتفظ بطبيعته كقانون، ومن ثم يتعين علي القاضي اعمال احكامه ان كان عالما بها[3]، ولا يحول ذلك دون الاستعانه بالخصوم في الفرض الذي يتعذر عليه ذلك. هذا ما اكدته المادة 142 من اصول المحاكمات اللبناني بقولها " ان اثبات مضمون القانون الاجنبي يطلب ممن يتمسك به مالم يكن القاضي عالما به[4] ".

---

[1] يذهب جانب من الفقه الفرنسي الحديث الي ان " القاضي الوطني يطبق بالفعل القانون الاجنبي ولكن ليس بوصفه كالقانون الفرنسي وانما باعتباره فحسب عنصراً واقعياً مثله في ذلك مثل عناصر الواقع التي تثور بصددها المنازعه ذات الطابع الدولي " لمزيد من التفاصيل راجع د/ جمال محمود الكردى – المرجع السابق – ص148ومابعدها .

[2] لمزيد من التفاصيل حول اندماج القانون الاجنبي في النظام القانوني لدوله القاضي راجع د/جمال الكردى – المرجع السابق – ص150 ومابعدها .

[3] لمزيد من التفاصيل حول موقف النظم القانونية من وضعيه القانون الاجنبي امام القاضي الوطني راجع د/ جمال الكردي – المرجع السابق – ص 157 ومابعدها حيث يقرر سيادته" انه لا محل للتمسك بالقاعدة التقليديه السابقه، وهي ان القانون الاجنبي مجرد واقعه يتعين اثباتها، فيما لو كان القاضي يعلم مضمون ذلك القانون الاجنبي حيث يقع عليه حينئذ عبء تطبيقه من تلقاء نفسه إذعاناً لامر المشرع بمقتضي قاعده الاسناد. ص163.

[4] راجع د/ عكاشه عبدالعال – المرجع السابق – ص376.

وهو ما قررته محكمه النقض المصريه في حكمها الصادر1984[1]، وسبقتها في ذلك محكمه التميز الفرنسيه[2].

وعن وسائل اثبات مضمون القانون الاجنبي، فان المرجعيه بشانها تكون للقاضي نفسه، وله في سبيل ذلك الاستعانه بكافه الطرق الممكنه عدا الاعتراف واليمين. ومن ثم له الاستعانه بالشهادات العرفيه المحرره – بواسطه الجهات الرسميه الاجنبيه – بلغة القاضي، او من خلال المختصين المدركين لاحكام القانون الاجنبي، وكذا الاطلاع علي تراجم نصوص هذا القانون وتفسيراته، وايضا المؤلفات الفقهيه والاحكام القضائيه السابق صدورها في منازعات مماثله[3].

واذا ما استوثق القاضي من وجود الحق المكتسب علي النحو السابق، تعين عليه الوقوف علي نطاق اعماله، وهو ما سنعرض له فيما يلي.

---

(1) راجع حكم محكمه النقض في الطعن رقم 983 لسنه 49ق والصادر بتاريخ 1984/2/6 وانظر تعليق استاذنا الدكتور/ هشام صادق – التعليق علي احكام محكمه النقض في مسائل القانون البحري – دار الجامعه 1985 – ص 13 ومابعدها.

(2) لمزيد من التفاصيل راجع استاذنا الدكتور / هشام صادق – المرجع السابق – ص162 ومابعدها، د/ محمد عرفه – المرجع السابق – ص 427.

(3) لمزيد من التفاصيل حول وسائل اثبات القانون الاجنبي راجع د/ عز الدين عبدالله – المرجع السابق – ص 580 ، د/ جابر جاد عبدالرحمن – المرجع السابق – ص 609، د/جمال الكردي – المرجع السابق – ص 164، د/ هشام صادق – المرجع السابق – ص 154، د/عكاشه عبد العال – المرجع السابق – ص 169 ومابعدها.

المطلب الثاني

حدود اعمال قاعدة الحق المكتسب

توقف قوه الحق المكتسب في الخارج:

لن يكون للحق المكتسب في الخارج من قوه نفاد ذاتيه الا في الحدود التي يسمح بها قانون القاضي[1]. فمن غير المستبعد ان تتعطل قوه هذا الحق، إما لتعارض قوة نفاده مع مقتضيات النظام العام في دوله القاضي، واما لنشوء حق مضاد في الدوله التي يراد التمسك بنفاده فيها[2].

اما عن تعطل قوة الحق لتعارضه مع النظام العام في دولة القاضي، وان كانت موصعا للدراسه خلال المطلب التالي[3]، فحسبنا الاشاره الي ما جري عليه القضاء المصري في هذا الشأن. ففي احدي الاقضيه المعروضه علي محكمه شمال القاهره الابتدائيه والتي تتحصل وقائعها في ان مصرياً مسيحياً يحمل ايضاً الجنسيه الفرنسيه، تبني في فرنسا ابنه زوجته الايطاليه المقيمه بفرنسا، وتم اجراء التبني امام المحاكم الفرنسيه بتاريخ 1978/12/15. وبتاريخ 21 نوفمبر 1984 استحصلت المتبناه من المحاكم المصريه علي امر بتنفيذ حكم التبني الصادر من المحكمه الكليه في يونفيل محافظه هوت سافوا بفرنسا[4]. واسست المحكمه قضاءها علي سند من انه " لا يصح تعميم قاعدة بطلان التبني في الاسلام لتسري علي غير المسلمين " وانه " وان كانت الشريعه الاسلاميه حرمت قواعد

---

(1) قرب من ذلك د/ عصام القصبي – المرجع السابق – ص114.

(2) راجع د/ عز الدين عبدالله – المرجع السابق – ص109، د/ محمد كمال فهمي – المرجع السابق – ص384.

(3) انظر مايلي ص

(4) راجع حكم محكمه استئناف القاهرة الدائره 23 مدني في القضيه رقم 6693 لسنه 99 ق والصادر حكمها بتاريخ 21 نوفمبر لسنه 1984 – غير منشور.

التبني علي سند من ان الشخص المتبنيَ يعتبر اجنبياً عمن تبناه، لا يحل له الاختلاط باهله، او الاطلاع علي عوراتهم، او اطلاعهم علي عورتها ات كانت فتاه، الا ان المستأنفه هي ابنه زوجة المتبنيٍ، فهي له كإبنته، وتحرم عليه، ومن ثم فقد تحقق الغرض المقصود من تطبيق الشريعه الاسلاميه ". ورغم ان هذا الحكم يقف عند حد الاعتراف المجرد بعلاقه التبني الحاصله في فرنسا، وانه يقع صحيحاً فيما انتهي اليه، سيما وان من بين شرائع غير المسلمين ما يجيز هذه العلاقه، الا ان تجاوز حد الاعتراف المجرد بهذا الحق الي مرحله طلب الاحتجاج باثاره، وهو امر غير مقبول، خاصه وان من اثار التبني كحق الارث[1]، وموانع الزواج[2] مايتعارض مع النظام العام في دوله القاضي علي النحو الذي سنراه فيما بعد.

وفي عقدي ان المحكمه قد جانبها الصواب في استنتاجها الاعتراف بحق التبني المعقود في الخارج عن طريق القياس والاستنتاج، وكان الاولي بها ان تؤسس حكمها علي عدم ممانعه النظام القانوني المصري في انشاء علاقه التبني علي الاقليم المصري ابتداءاً، متي توافرت الشروط التي يستلزم القانون تحققها لجريانها، ومن ثم فلا محل لانكار تلك العلاقه التي نشأت في الخارج برغم مخالفتها للشريعه الاسلاميه. وكان حرياً بهذا القضاء الاعتراف بمثل هذا الحق نزولا علي مقتضي الاستنتاج من باب اولي، وليس نزولاً علي مقتضي الاثر المخفف للنظام العام لعدم توافر مقتضي اعماله[3].

---

[1] انظر ما يلي ص

[2] انظر مايلي ص

[3] تنطلق فكرة الاثر المخفف للنظام العام من مقدمه مؤدها، ان النظام القانوني لدوله القاضي يمنع نشوء الحق لتعارضه مع النظام العام، بيد ان هذا الحق الذي نشأ صحيحاً في الخارج يمكن ترتيب اثاره كلها او بعضها في دوله القاضي احتراما لقاعدة وجوب احترام الحقوق المكتسبه في الخارج. ولهذا قيل بان النظام العام سوف يتعاطي مع اثار هذا الحق بنوع من التخفيف او التلطيف. ومع ذلك لا يجوز السماح بنفاد اثار هذا الحق فيما لو تعارضت بشكل واضح مع

تبقي مسأله تعطيل قوة نفاد الحق المكتسب في الخارج لنشوء حق مضاد في دوله القاضي. وسوف نعرض لها في ضوء احدي الاقضيه التي اثارتها علاقه التبني المعقودة في فرنسا السابق الاشاره اليها[1]. حيث توفي المتبنيٍ في عام 2007 تاركاً ثروة عقاريه في مصر، ولم يترك من ورثته الشرعيين سوي ابن عمه الذي بادر بالحصول علي اعلام شرعي في مادة وراثه بانحصار ارث المتوفي فيه. وقضت له المحكمه بما اراد، الا ان ورثة الابنه بالتبني – زوجها واولادها – استأنفوا هذا الحكم علي سند من ان الحكم الصادر في دعوى الامر بالتنفيذ والصادر عام 1984 يقطع بغير ذلك، فضلاً عن ان مورثتهم هي الوريثه الشرعيه للمتبنيٍ المتوفي بموجب اعلام موثق قانوني صادر عن السلطات الفرنسيه يفيد بان المتبناه مؤهله لان يتم اعتبارها وارثه او صاحبه حق علي كافه الممتلكات علي اساس الملكيه التامه حيث تحوز صفه الوارثه الشرعيه.

وانتهت المحكمه الي ابطال الاعلام الشرعي المستأنف لخلوه من ذكر اسم المتبناه باعتبارها احد الورثه[2].

والبادي من وقائع هذه القضية انه وان نشأ حق لاحد الورثه الشرعيين بموجب الاعلام الشرعي، فقد قابله حق مضاد لورثه المتبناه، ادي الي اهدار قوته. والفرض العكسي محتمل دائماً خاصه وان الاعلام الموثق القانوني الصادر لصالح ورثه المتبناه خلا من ذكر الوريث

النظام العام في دولة القاضي. لمزيد من التفاصيل حول فكره الاثر المخفف للنظام العام راجع د/ عز الدين عبدالله – المرجع السابق – ص540 وما بعدها ، د/ محمد كمال فهمي – المرجع السابق – ص517 وما بعدها، د/ جمال محمود الكردي – النظام العام..... – المرجع السابق – ص 210 وما بعدها.

[1] انظر ماسبق ص

[2] راجع حكم محكمه الازبكيه لشئون الاسره للولايه علي النفس – الدائره 53 اسره الازبكيه – في الدعوي رقم 120 لسنه 2018 اسره الازبكيه – الصادر بتاريخ 2018/11/28 – غير منشور .

الشرعي الاخر، ومن ثم سيبادرهذا الاخير الي طلب الغائه لخلوه من ذكره بوصفه وريثاً شرعياً.

والافت للنظر ان المحكمه اسست حكمها بابطال الاعلام الشرعي المستأنف علي سند من " انه اغفل ابنته بالتبني " واستطردت المحكمه بقولها "ان الاعلام الشرعي حجه مالم يصدر حكم علي خلافه ". فالمحكمه استندت في حكمها علي ذلك الحكم السابق صدوره بالامر بتنفيذ حكم التبني السابق الاشاره اليه، بحسبان ان قضائه – اي حكم الامر بالتنفيذ – هو المعول عليه ولو خالف وماورد بالاعلام الشرعي محل الاستئناف.

وفي عقدي ان المحكمه وقعت في الخلط، ولم تحط بحقيقه المسأله، حيث لم تدرك انها بحكمها قد اعتبرت المتبناه وريثاً شرعياً بالمخالفة لقواعد الميراث المتعلقه بالنظام العام الشامل او المشترك[1] علي نحو ما سنري فيما بعد[2]، ولم تفرق – المحكمه – بين الاعتراف المجرد بالحق، وهو متحقق بموجب حكم الامر بالتنفيذ، وبين المطالبه بتفعيل اثار هذا الحق – حق الارث – وهو ما يناهض النظام العام. ولعل الذي اورث اللبس لدي المحكمه هو ذلك الحكم الانتهائي الصادر بالامر بالتنفيذ والحائز علي الحجيه. وكان الاولي بالمحكمه ان تزن قضائها، وتستوعب حقيقه المسأله، وتستجلي طبيعتها من خلال التفرقه بين الاعتراف المجرد بحق التبني وهو متحقق من خلال حكم الامر بالتنفيذ احتراماً للحق المكتسب في الخارج، وبين الاعتداد باثار هذا الحق وترتيب حق الارث لورثه المتبناه.

---

[1] – ان النظام العام في مادة الميراث يجب ان يقوم علي فكره مختلطه تستمد وجودها من مجموع الاحكام التي تتضمنها الشرائع الدينيه السائده في مصر، سواء كانت الشريعه الاسلاميه او غيرها من الشرائع الاخري. بحيث لا يجوز للقاضي استبعاد القانون الاجنبي الا اذا تعارض مع النظام العام وفقا لمفهومه المشترك والمستخلص من الشرائع الدينيه المتعدده التي تحكم الاحوال الشخصيه في مصر. راجع د/ هشام خالد – محاضرات في القانون الدولي الخاص – مطبعه جامعه طنطا – 2001 – ص668.

[2] راجع مايلي ص

وبهذه المثابه تكون المحكمه قد جانبها الصواب في حكمها الصادر بالغاء الحكم المستأنف في مادة الوراثه لتعارضه ومضمونه مع النظام العام في القانون المصري، فلا ينبغي لهذا القضاء – ولا لغيره – ان يقر بحق المتبنيَ في ارث متبنيه لما يشكله من افتئات علي قواعد تحديد الورثه علي النحو الوارد بالشريعه الاسلاميه، وشرائع غير المسلمين من المسيحيين.

وكان الاولي بالمحكمه ان تؤسس حكمها علي ضوء ماهو ثابت في شأن قواعد الارث، ومن ثم ترفض اعتبار المتبناه وريثاً شرعياً للمتبنيٍ[1].

يبين مما تقدم انه يتعين للاعتداد بالحق المكتسب في الخارج فضلا عن نشأته صحيحاً طبقاً لاحكام القانون المختص، الا يكون متعارضاً مع النظام العام في دوله القاضي، والا يثور بشأنه حق مضاد ينال من قوته.

وعلي الرغم من ذلك فانه من غير المستبعد ايضاً ان تتعطل قوة الحق المكتسب في الخارج نتيجة لعدم علم قانون القاضي بمثل هذا الحق وهو ما سنعرض له فيما يلي:

---

[1] ليس في الاعتراف المجرد بالحق ما يحمل في طياته قوه النفاذ الذاتيه لهذا الحق – فرغم صدور امر بتنفيذ الحكم الاجنبي الصادر بالتبني، الا انه لا يعدو ان يكون كاشفاً عن حاله التبني التي استقرت بالخارج، دون ان يتجاوز ذلك الي حد الالزام باداء معين، كتقرير حق المتبناه في ارث متبنيها نصيب مفرز، اذ في هذا الفرض الاخير سوف يتدخل النظام العام الشامل او المشترك لمنع ترتيب مثل هذا الاثر. ولا يقدح من ذلك القول بان حيازه حكم الامر بالتنفيذ للحجيه تعلو علي النظام العام، بل هي من دواعي المحافظة علي النظام العام ذاته. ذلك ان الذي حاز علي الحجيه هو واقعه الاعتراف دون واقعه ترتيب الاثار. فالاخيرة تحتاج الي مطالبه جديدة وسوف تكون محلا للتصدي باسم النظام العام.

عدم معلوميه قانون دوله القاضي بالحق المدعي به :

من غير المستبعد ان يغفل النظام القانوني لدوله القاضي الاحاطه بموضوع الحق المكتسب في الخارج والمراد الاعتراف به او الاحتجاج باثاره في دولته[1]. يدلل علي ذلك ما هو مشاهد في الكثير من دول الغرب التي تسمح نظمها القانونيه باقامة علاقات زوجية فيما بين المثليين، بل والسماح لهما بتبني طفل الشريك الاخر. ففي الولايات المتحده الامريكيه مثلا، منحت العديد من الولايات حق التبني الكامل للازواج المثليين. وفي النمسا صدر قانون يسمح بتبني المثليين ابناء شركائهم، وهناك اكثر من ثلاثه عشر دوله اوربيه تنتهج ذات النهج.

ومن المتصوران يُعرض علي القاضي المصري امر الاعتراف بعلاقة زوجية فيما بين المثليين، ومثل هذا الامر سوف يوقعه في الشك والحيرة، بحسبان انه مطالب بان يوازن بين دواعي احترام الحقوق المكتسبه، وبين مقتضيات النظام العام، ويزداد الامر تعيقداً فيما لو تبني احدهما او كليهما طفلاً علي نحو يتفق مع نظامهما القانوني الشخصي. فهل يقبل من القاضي الوطني الاعتراف المجرد بهذه العلاقه او تلك علي نحو يستقيم مع قاعده وجوب احترام الحقوق المكتسبه في الخارج. وماذا لو اراد الطرفان، احدهما او كليهما انشاء علاقه تبني امام القاضي المصري علي سند من ان المشرع المصري ذاته لا يمانع في انشاء هذه العلاقه متي سمح القانون الشخصي لطرفيهما باقامتها، والفرض هنا انه يسمح بجريانها. تجيب علي هذه التساؤلات ردة الفعل التي يحدثها النظام العام في دوله القاضي.

فازاء جهل النظام القانوني لدوله القاضي بمثل هذه العلاقات، فان من واجبه الالتفات عن هذا الحق المراد الاعتراف به ولو مجرداً، و من باب اولي اثاره، كما ان عليه الامتناع

---

[1] قرب من ذلك د/ جابر جاد عبدالرحمن – المرجع السابق – ص551 .

عن انشاء علاقه التبني المطلوب اجرائها امامه[1]، نزولا علي دواعي احترام النظام العام بمفهومه الشامل او المشترك[2]. بيد ان ذلك مشروط بتوافر ثمة صله بين تلك العلاقه المراد الاعتراف بها، او المزمع انشائها، وبين النظام القانوني لدولة القاضي، صلة تبرر هذا التدخل باسم النظام العام سواء لانكارها وتجاهل اثارها، او لمنع نشوئها[3]. وفي الحالة التي لا تتوافر فيه هذه الصلة، وهو فرض نظري بحسبان ان مجرد ثبوت الاختصاص للمحاكم الوطنيه في حد ذاته كاف لتحقق الارتباط[4]، فانه يتعين التفرقه بين الاعتراف المجرد بالحق، اي الكشف عن وجوده مسبقاً، وبين المطالبه بترتيب اثاره. ذلك ان مقتضيات التعاون الدولي، وضروره تحقيق الانسجام والتناسق بين مختلف النظم القانونيه تفرضان

---

(1) يضع الاستاذ " بيليه " قيدين علي القاعده التي بسطها في شأن الاحترام الدولي للحقوق المكتسبه وهما : اولا، انه لايمكن الاحتجاج بالحق المكتسب في دوله ثانيه متي كان الحق غير موجود اي مجهولا في قانون هذه الاخيره، راجع د/ عز الدين عبدالله – المرجع السابق – ص 63 .

(2) اذا كان النظام القانوني لدوله القاضي يرفض نشأه مثل هذه العلاقه ابتداءأ، وكان من شأن الاحتجاج باثارها مايتنافي مع النظام العام الوطني، يتعين اعمال الدفع بشأنها. بحيث لو طلب قرار التنفيذ من المحكمه وجب عليها الاعراض عنه دون ان تتعرض للموضوع من جديد وفقا لقانونها. قرب من ذلك راجع د/ جابرعبدالرحمن – المرجع السابق – 550 ومابعدها، د/ جمال الكردى – النظام العام الدولي العربي – ص157 .

(3) تشترط بعض احكام القضاء الفرنسي وجود رابطه ما بين القضيه المطروحه لاسيما في مسائل الاحوال الشخصيه المتعلقه بالزواج والطلاق والبنوه والتبني، وقانون القاضي، لكي يقوم باعمال الدفع بالنظام العام. لمزيد من التفاصيل حول اشتراط توافر رابطه بين النزاع ودوله القاضي راجع د/ جمال محمود الكردى – النظام العام الدولي العربي – منشأه المعارف بالاسكندريه – 2010 –ص 114 ومابعدها د/ عكاشه عبدالعال – المرجع السابق – ص583 ومابعدها .

(4) راجع د/ عكاشه عبدالعال – المرجع السابق – ص580، وفي انتقاد هذا الراي راجع د/ هشام صادق – تنازع القوانيين – منشأه المعارف بالاسكندريه – ص311 وراجع د/ عنايت عبدالحميد ثابت – اطراح فكره الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص – دار النهضه العربيه – القاهرة – 1996 – ص 5 ومابعدها، د/ احمد عبد الكريم سلامه – المرجع السابق – ص600 ومابعدها.

الاعتراف المجرد بالحقوق المكتسبه في الخارج، متي توافرت شروط هذا الاكتساب علي النحو السابق[1]. وعلي العكس من ذلك سوف تثور ثائره النظام العام فيما لو طُلب الاحتجاج باثار هذا الحق امام النظام القانوني لدولة القاضي، لما يمثله ذلك من خرق وتصدع لقيم المجتمع وقناعاته بما يستوجب رفض الدعوي[2].

ولئن كان هذا الاستنتاج مقبولا في شأن الاعتراف بالتبني الحاصل في الخارج، او المراد اجرائه امام القاضي المصري لسابقه العهد بنظامه من ناحيه، ولتولي المشرع امر تنظيمه علي نحو ماكرسته الماده 911 من قانون المرافعات ومابعدها من ناحيه اخري، الا انه في شأن علاقات المثليين، فلن يكون مقبولا من القاضي الاعتراف بمثل هذه العلاقه ولو بصوره مجرده، ومن باب اولي يصعب ان لم يكن من المستحيل الاحتجاج باثارها. فجهل النظام القانوني لدوله القاضي بمثل هذه العلاقه او غيرها، واستهجان المجتمع بكافه طوائفه لها، تفرضان الاعراض عنها ورفض كل ما يترتب عليها من اثار وبهذه المثابه سوف يتدخل النظام العام بصوره جاده لاستبعاد القانون المختص، واحلال قانون القاض محله لرفض الدعوي في كل مره يتضح فيها ان العلاقه محل التداعي لا يعرفها النظام القانوني لدولته[3].

يبقي ان نشير الي انه وان كان متصورا ان يعترف القاضي بحق التبني، الا انه يصعب عليه ترتيب كامل اثاره داخل نظامه القانوني علي النحو الذي سنعرض له فيما يلي:-

---

(1) لمزيد من التفاصيل راجع د/ جابر جاد عبدالرحمن – المرجع السابق – ص547 ومابعدها .

(2) راجع د/ محمد كمال فهمي – اصول القانون الدولي الخاص – الطبعه الثانيه – 1985 – ص510.

(3) في هذا المعني راجع د/ هشام صادق – المرجع السابق –ص ، د/ عكاشه عبدالعال – المرجع السابق – ص524 ومابعدها، د/ جمال الكردى – المرجع السابق – ص 127 ومابعدها .

المبحث الثاني

اثار التبني في ميزان النظام العام

مقدمه :

مضت الاشاره الي ان حق التبني المكتسب في الخارج سيكون محلا للاعتراف في دوله القاضي، متي توافرت الشروط التي يتطلبها القانون المختص، والذي تشير به قاعده الاسناد الوطنيه. بيد ان ما يبغيه صاحب الحق لن يقف عند حد التقرير بوجوده، او الاعتراف به مجردا، بل يتعداه نحو السعي لترتيب اثاره. واذ تتعدد هذه الاثار مابين اعتباره سبباً للارث، ومانعاً من موانع الزواج، وموجباً للنفقه، ومكسباً للجنسيه.....الخ، فان التساؤل المطروح يتعلق بموقف القاضي الوطني من هذه الاثار اذا ما طلب منه تفعيلها علي ارض الواقع.

وقد سبقت الاشاره الي ان البون مايزال شاسعاً بين الاعتراف المجرد بالتبني، وبين المطالبه بترتيب اثاره. فلئن كان من الممكن الاعتراف بالتبني المعقود صحيحاً بالخارج، الا ان المطالبه بتفعيل اثاره علي نحو يناهض النظام العام في دوله القاضي يبدو امراً مشكوكاً فيه. الامر الذي يثير التساؤل عن مدي تعلق حق التبني بالنظام العام في مصر، وهو ما سنعرض له في " المطلب الاول "، كما يثار التساؤل ايضا عن تلك الاثار التي يجوز، او لا يجوز التسامح معها باسم النظام العام، وهو ماسنتناوله في المطلب الثاني، وذلك علي النحو التالي :

المطلب الاول : مدي تعلق التبني بالنظام العام في مصر.

المطلب الثاني : اثار التبني في ضوء فكرة النظام العام.

المطلب الاول

مدي تعلق التبني بالنظام العام في مصر

نحن نسلم جميعا بان نظام التبني محظور في الشريعه الاسلاميه حسبما دلت علي ذلك الايات القرأنيه، والاحاديث النبويه الشريفة[1]. الامر الذي يسمح بتدخل النظام العام سواء لعدم الاعتراف به، او لمنع ترتيب اي اثر من اثاره. هذا ما اكده المشرع المصري بنص المادة الرابعه من قانون الطفل رقم 12 لسنه 1996، والمعدل بالقانون رقم 126 لسنه 2008[2]، وما سطره الدستور من خلال نص الماده الثانيه منه[3]، وهو ما قرره ايضاً المشرع المغربي من خلال نص الماده 149 من مدونه الاحوال الشخصيه الجديده[4].

بيد ان معرفه النظام القانوني لدوله القاضي بامر التبني، وتوليه أمر تنظيمه بنصوص واضحه، من شأنه ان يثير الشك حول التأكيد علي تعلق تلك المسأله بالنظام العام

---

(1) حرمت الشريعه الاسلاميه التبني لقوله تعالي " ما جعل ادعياءكم ابناءكم ذالكم قولكم بافواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا اباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم....." سورة الاحزاب – الايه 5 كما جاء بصحيح البخاري ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال " من ادعي الي غير ابيه وهو يعلم انه غير ابيه فالجنه عليه حرام " وجاء بصحيح مسلم قوله عليه الصلاه والسلام " من ادعي الي غير ابيه او انتمي الي غير مواليه فعليه لعنه الله والملائكه والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامه صرفاً ولا عدلاً " ولمزيد من التفاصيل راجع د/ فواز اسماعيل محمد – التبني وبدائله – مجله كليه العلوم الاسلاميه جامعه الموصل – المجلد السابع – العدد 13 –2013 – ص4 ومابعدها.

(2) تنص المادة الرابعه من قانون الطفل رقم 12 لسنه 1996 المعدل بالقانون رقم 126 لسنه 2008 علي انه " للطفل الحق في نسبه الي والديه الشرعيين، والتمتع برعايتهما، وله الحق في اثبات نسبه الشرعي اليهما..... ويحظر التبني ".

(3) تنص المادة الثانيه من دستور 2014 المعدل في 2018 علي انه " الاسلام دين الدوله واللغه العربيه لغتها الرسميه، ومبادئ الشريعه الاسلاميه المصدر الرئيسي للتشريع ".

(4) تنص الماده 149 من مسطره الاحوال الشخصيه الصادره في الثالث من فبراير لعام 2004 علي انه " يعتبر التبني باطلاً..... " وهو ما نصت عليه ايضا الماده 46 من قانون الاسره الجزائري بقولها " يمنع التبني شرعاً وقانوناً ".

بمفهومه الشامل او المشترك. فمعرفه النظام القانوني لدوله القاضي لتلك المسأله، وتنظيمه إياها مدعاة لعدم التدخل باسم النظام العام في مواجهتها بالكامل[1]. فمن العبث ان يسمح القاضي بجريان احكام التبني بين اولئك الذين يقيمون او يتوطنون علي اقليم دولته من الاجانب، متي سمح قانونهم الشخصي بذلك[2]، ويحجبها عن غيرالمسلمين من الوطنيين والتي تسمح شرائعهم بهذا النظام[3].

فالتبني معتقد ديني، قبل ان يكون نظام قانوني، محظور علي المسلم، غير محظور علي غير المسلم[4]. الامر الذي يقتضي التفرقة بين الاعتراف المجرد بالتبني، سواء بالنسبة

---

(1) قرب من ذلك:

MALAURIE. PH&AYNESL,: cours de droit civil, les obligations, cujas.1998,8e ed, no 511 ,TERRE. F., SIMLER. PH & lequettey: Droit civil, les obligations, Dalloz, 1996, 6e ed, no 595, p. 489.

(2) وذلك علي نحو ماجرت به الماده 911 من قانون المرافعات المصري التي تقرر انه " اذا كان قانون بلد الشخص الذي يريد التبني، وقانون بلد الشخص المراد تبنيه يجيزان التبني يثبت التبني بمحضر يحرر لدي رئيس المحكمه الابندائيه التابع له موطن احدهما.....الخ "

(3) تنص المادة 110 من لائحة الاقباط الارثوذكس الصادرة بموجب قرار المجلس الملي العام لسنة 1938 علي ان " التبني جائز للرجل والمرأة متزوجين كانا او غير مزوجين " وقد كان القضاء في مصر مستقراً حتي عام 1955 علي صحة اجراء التبني متي توافرت شروطة هذا ما اكدتة محكمة الاسكندرية الابتدائية – دائرة الاحوال الشخصية بحكمها الصادر في 1953/12/29 بصحة تبني ارثوذكس لقبطية ارثوذكسية طبقا للشريعة الارثوذكسية. راجع الاستاذ– محمود كامل المحامي – التنبي – في القانون المقارن وتنازع بعض احكام التبني في قوانين الولايات المتحدة الامريكية – مجلة المحاماه – لسنة 39 – العدد 4 – 1958/12/4 – صـ 517.

(4) يذهب جانب من الفقه الي ان هناك قواعد هي من النظام العا م الاسلامي ولكن الخطاب فيها موجه للمسلم وحدة، وفي شأن هذا النوع من القواعد يقررالقضاء المصري ومعه غالبية الفقه ان المبدأ الاساسي الذي يجب اعتمادة هو عدم المساس بحقوق المسلم ايا كانت جنسيتة، فلا

للاجانب، او للوطنيين غير المصريين، وبين المطالبة بتفعيل آثاره علي ارض الواقع. إذ بمزيد من التأمل سوف نلحظ عدم تعلق الاعتراف المجرد بالتبني بالنظام العام غير الاسلامي[1]. هذا ما يؤكدة جانب من الفقة في معرض تبريرة للتدخل باسم النظام العام بقولة " فحيث تكون احكام القانون الاجنبي مرفوضة في ضمير المجتمع، ملفوظة من العامة والخاصة، مستهجنة، مبغوضة من جميع طوائف الجماعة الوطنية يجب استبعادها، لما تنطوي عليه من ضرر وخطر يهدد بناء الدولة الأجتماعي والسياسي والاقتصادي[2]. وكأن هذا الجانب الفقهي يستلزم للتدخل باسم النظام العام أن تكون المسألة غير ذات اعتبار في النظام القانوني لدولة القاضي وبالنسبة لجميع طوائف المجتمع باسرها ايا كانت توجهاتها و انتمائتها الدينية. الامر الذي يستفاد منه عدم تعلق المسألة بالنظام العام متي اجازتها طائفه دون اخري[3]. هذا ما سبقت اليه محكمة التمييز اللبنانية بقولها " أما اذا كانت جميع انظمة

يصح ان نحرم علي المسلم ما احلتة الشريعة ولا ان نحلل عليه ما حرمتة الشريعة، ولو كان قانون دولتة الاجنبية يقرر حكماً مخالفاً.

(1) كان التبني في مصر مخالفاً للنظام العام حتي سنة 1937، وقد اصبح غير مخالف له منذ هذا التاريخ راجع د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ566 فقرة181، د/ خولة بوخلخال – التبني في القانون الدولي الخاص – جامعة قاصدي مرباح – الجزائر – 2017 – صـ29.

(2) راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ524.

(3) قرب من ذلك جانب من الفقة بقولة " ان تعدد الشرائع الداخلية في شأن الزواج في مصر علي اساس فكرة الديانة لم يمنع من استخدام النظام العام كوسيلة لاستبعاد القوانين الاجنبية في فروض متعددة تدور جميعها حول فكرة رعاية حقوق المسلمين. راجع استاذنا الدكتور / هشام صادق – المرجع السابق – صـ267. وجدير بالذكر ان فريق من الفقه المصري يري عدم جواز الاعتراف بنظام التبني في مصر اذا كان احد اطراف العلاقة يدين بالسلام ولو كان قانون جنسيتة يجيز ذلك. راجع د/ فؤاد رياض – د/ سامية راشد – المرجع السابق – صـ236.

الطوائف الشرقية في لبنان تجمع علي مسألة عامة وتخضعها لحكم واحد يخالفة القانون الاجنبي بشكل صارخ يمس احدي القيم الاساسية التي يقوم عليها المجتمع اللبناني والتي تلتقي عليها جميع طوائفه، فإن هذا الاجماع يعتبر بمثابة نظام عام لبناني[1] " ومما يدل علي صحة ذلك، أن التبني من مسائل الاحوال الشخصية[2] التي يسري بشأنها ليس فقط احكام الاحوال الشخصية للمسلمين، وانما ايضاً مبادئ الاحوال الشخصية لغير المسلمين اذا ما تعلق الامر بهم، وتوافرت شروط اعمالها هذا ما تؤكدة المادة الثالثة من دستور 2014 وتعديلاتة في 2018 بقولها " أن مبادئ شرائع المصريين من المسحيين واليهود المصدر الرئيسي للتشريعات المنظمة لأحوالهم الشخصية.....". وهو ما يتسق مع حكم المادة الاولي من الدستور التي تقيم نظام الحكم علي اساس المواطنة، وما كرستة المادة 64 من الدستور التي تكفل حرية الاعتقاد، وما سطرتة المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000 بقولها "..... ومع ذلك تصدر الاحكام في المنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة، وكانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتي 31 ديسمبر 1955 طبقاً لشريعتهم، فيما لا يخالف النظام العام ". واللافت للنظر ان عبارة " فيما لا يخالف النظام العام " جاءت بصيغة العموم التي

---

(1) حكم محكمة التمييز اللبنانية الصادر في 1973/12/27 مشار اليه عند د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق– صـ526.

(2) راجع د/ ختام عبد الحسن شنان – التبني وآثارة في القانون الدولي الخاص – مجلة الفرات – العدد 38 صـ259، د/ محمودي فاطمة – تعارض المادة 13 مكرر الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري مع النظام العام الوطني – مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية – 2017 – الجزائر – صـ189.

تنطلي علي المسلم، وغير المسلم، بما يعني ان المقصود بها هو النظام العام الشامل او المشترك بشقية الاسلامي، وغير الاسلامي[1].

ولعل ما يؤكد ذلك ايضاً ان المشرع عني بتنظيم موضوع التبني من خلال المواد 911 حتي 918 من قانون المرافعات رقم13 لسنة 1986، حيث سمح للقاضي المصري باجراء التبني في مصر متي اجازالقانون الشخصي لطرفية ذلك، رأسماً اجرائة، وكيفية انقضائة. ومما يزيد الطين بلة ما جاء بنص المادة 914 التي اوجبت شمول الحكم علي بيان باسماء الطرفين والقابهم والاسم واللقب الجديدين للمتبنَّى[2].الامر الذي يستفاد منه – ايضاً – ان المشرع المصري لا يمانع في نسبه المتبنَّي الي المتبنِّي، وهو ما يناهض ما جاء باحكام الشريعة الاسلامية، ويجافي نص المادة الثانية من الدستور.

من جماع ما تقدم يغدو المتبني غير متعلق بالنظام العام غير الاسلامي، وان تعلق بالنظام العام الاسلامي علي نحو ماجرت به نصوص الدستور والقوانين ذات الصله.

ولا يقدح من ذلك القول بأن التنظيم الذي اوردة المشرع لا يسري الا علي الاجانب، دون المصريين. فهذا القول مردود بخلو التشريع المصري من تنظيم مماثل لما فعلة بشأن التبني بخصوص زواج الاجانب من المثليين، والشواذ. ولعل الاجابة تجليها ما يستتبعه مثل هذا التنظيم من نفور واستهجان كامل من المجتمع بكل طوائفه وديانانة لمثل هذا الأمر، وذلك علي خلاف التبني.

---

(1) لمزيد من التفاصيل حول النظام العام الاسلامي ذي الطابع الديني راجع د/ عكاشة عبد العال – المرجع السابق – صـ562 وما بعدها.

(2) تنص المادة 914 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1986 علي انه " يجب ان يشتمل الحكم الصادر بالتصديق علي التبني علي بيان الاسماء الطرفين، والقابهم والاسم واللقب الجديدين للشخص المتبنَي ".

وتكمن علة هذا الاستنتاج فيما كان علية موقف القضاء في مصر قبل عام 1955، حيث صدرت العديد من الاحكام بشأن التبني[1]. فسابق العهد بهذا النظام من ناحية، ومؤدي النصوص القانونية الحالية من ناحية اخري، مدعاة للاحجام عن التدخل باسم بالنظام العام في هذا الصدد.

بهذه المثابة لن يمانع القاضي المصري من مباركة عقد التبني والتصديق عليه فيما لو قام به فرنسيان مقيمان بمصر، او كنديين رغبا في ذلك، او امريكيين اقدما عليه، وبالمثل تونسيين، ولبنانيين وهكذا.....الخ، متي توافرت الشروط التي يتطلبها المشرع. واذ يسمح المشرع المصري بنشأة هذا الحق علي اقليمة الوطني، فان ذلك يحمل في طياتة عدم تعلق هذا الاجراء بالنظام العام[2]، و ما دام الامر كذلك، فلا اقل من السماح لمن تجيزة شرائعهم من غير المسلمين من المصريين باجرائة ايضا وفق الشروط والاطر التي لا تثير حفيظة النظام العام بمفهومة الشامل او المشترك.

واساس ذلك ان التدخل باسم النظام العام مبني علي افتراض مؤداه ان نشأة الحق، او الاحتجاج باثاره سوف يصطدم بشدة مع مقتضي هذه الفكرة. ومادام المشرع يسمح ابتداءاً

---

[1] راجع حكم محكمة النقض في القضية رقم 5 /22 قضائية والمعروفة بقضية محمد جمعة او ديمتري ليمونيا – مجموعة الاحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية لمحكمة النقض السنة الرابعة – العدد الثاني – صـ607 وما بعدها، وحكم محكمة القاهرة الابتدائية في الدعوي رقم 67 لسنة 1958 احوال شخصية، وحكم محكمة الاستئناف القاهرة الدائرة 23 مدني في الدعوي رقم 6693 لسنة 99 ق والصادر حكمها في 21 نوفمبر 1984 – ولمزيد من التفاصيل راجع د/ جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – 409 وما بعدها، د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق صـ326، أ/ محمود كامل المحامي – المرجع السابق – صـ516 وما بعدها.

[2] راجع د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ 566، أ/ خولة بوخلخال – التبني في القانون الدولي الخاص – صـ 29.

بجريان التبني علي اقليمة، فان منطق الامور يقضي – ازاء تسامحة في اجرائة –، الي الاعتداد باثاره بالقدر الذي لا يتعارض مع النظام العام الشامل أو المشترك[1].

وليس في قولنا هذا مناصرة لنظام التبني، فالتحريم فيه قاطع، ولكن مؤدي النصوص القانونية يوحي بغير ذلك. ولهذا حري بالمشرع المصري ان يتدخل بعبارات واضحة لا لبس فيها ولا غموض بعدم اجازتة داخل حدود القطر المصري نزولا مع مقتضي المادة الثانية من الدستور. وبحيث يقف الحديث عند حد الحقوق المكتسبة في الخارج[2]. اما مسأله الاعتداد بأثار هذه العلاقه داخل القطر المصري فمرجعيتها تكون لفكره النظام العام الشامل او المشترك.

والي ان يتحقق ذلك، ونزولا علي مقتضي قاعدة وجوب احترام الحقوق المكتسبه في الخارج، يتعين علي القاضي المصري الاعتراف المجرد بالتبني الحاصل في فرنسا بين مصري مسيحي يحمل الجنسيتين المصريه و الفرنسية وبين طفل فرنسي، وذلك الذي يجري في انجلترا بين مصري مسيحي يحمل الجنسية الانجليزية واخر انجليزي.

ولعل الذي يدفعنا الي ذلك هو موقف المشرع المصري من اعترافه بنشأه هذا الحق علي اقليمه علي نحو مايجري به قانون المرافعات، والذي يجعله في موضوع أسوأ من نظيرة

---

(1) يذهب جانب من الفقة ال ان اثار الحق لا يمكن احترامها بالكامل في بلد القاضي في ظل وجود النظام العام. راجع د/ كحيل كمال – النظام العام والنفاذ الدولي للحق المكتسب في مسائل الاحوال الشخصية – المجلة الاكاديمية للبحث القانوني – الجزائر – 2015 – صـ350.

(2) يذهب " بيل " في نظريتة للحقوق المكتسبة الي ان الحق في معناه الشخصي هو خلق مفتعل ولكن متي وجد هذا الحق فإنة يشكل واقعة طبيعية لابد وان تكون محلاً لاعتراف قانوني عام. راجع

Beale : Aslelection of cases on the conflict of laws ,111 ,1902, P.502.ets

مشار اليه لدي د/ احمد عبد الحميد عشوش – تنازع مناهج تنازع القوانين – هامش /صـ93.

الفرنسي الذي لا يعترف بامكانية نشأة طائفة من الحقوق علي اقليمة كتعدد الزوجات مثلا او الطلاق بالارادة المنفردة، ومع ذلك يعترف هذا القضاء الفرنسي بآثار هذه العلاقات متي وقعت بالخارج[1].

واذا كان الامر كذلك، فعلي المشرع المصري والذي يسمح نظامة القانوني بنشأة علاقة التبني مع إقليمة ابتداءاً، فإن علية الاعتداد من باب اولي بآثارها علي النحو الذي يجيزة النظام العام بمفهومة الشامل او المشترك.

بيد أن ذلك لا يعني الاعتداد الكامل بآثار هذا الحق، اذ من بين هذه الآثار مالا يجوز السماح بنفادة او تفعيلة داخل الاقليم الوطني لما يمثلة ذلك من تعارض بين مع النظام العام السائد في المجتمع خاصة فيما يتعلق بحق الارث مثلاً.

هذه الملحوظة الاخيرة تقودنا الي ضرورة الوقوف علي تلك الآثار التي لا يجوز التسامح معها، وتلك التي يمكن غض الطرف عنها.

وهو ما سنعرض له فيما يلي :-

المطلب الثاني

آثار التبني في ضوء فكرة النظام العام

مقدمة:

تتعدد الآثار التي يمكن ان يفرزها عقد التبني، بوصفة يخلق بنوه مصطنعة ترتب كل ما ترتبة النبوة الشرعية من آثار. وتختلف هذه الآثار حسب طبيعة علاقة التبني ذاتها. فبينما يرتب التبني الكامل في فرنسا كل ما يمكن ان ترتبة النبوة الشرعية من آثار، كحق

---

[1] لمزيد من التفاصيل راجع د / جمال الكردي – النظام العام..... صـ152 وما بعدها.

الأرث، وواجب النفقة، وامور الولاية، وموانع الزواج، وحق اكتساب الجنسية..... الخ، فإن التبني البسيط يقتصر علي بعض هذه الآثار دون البعض الآخر.

وسوف نعرض فيما يلي لجانب من آثار التبني لنري كيف يمكن العاطي معها في ظل فكرة النظام العام، ولبيان مدي إمكانية التسامح معها، او علي العكس التعامل معها بحزم وحدة.

حق المتبنَّى في الأرث:

من الآثار التي يرتبها التبني الكامل حق المتبنَّى في الانتساب إلي المتبنِّي، بما يستتبعه من حقة في الارث. وعلي الرغم من إفراد المشرع في سائر البلدان لقاعدة اسنادة خاصة الارث، الا ان التشريعات الوطنية تباينت بشأن هذه القاعدة، وذلك بحسب النظرة الي تلك المسألة[1]. فمن يعتبرها من مسائل الاحوال الشخصية يعتد بشأنها بالقانون الشخصي[2]، ومن يعتبرها من مسائل الاحوال العينية يعتمد بشأنها بقانون موقع المال[3].

---

[1] راجع د/ تريكي دليلة – القانون الواجب التطبيق علي قضايا الميراث والتصرفات المضافة الي ما بعد الموت في القانون الجزائري – المجلة الاكاديمية للبحث القانوني – الجزائر – 2015 – صـ256 وما بعدها.

[2] راجع نص المادة 17 من القانون المدني المصري، والمادة 47 من القانون الدولي الخاص الكويتي والمادة 22 من القانون المدني العراقي، والمادة 18 من القانون المدني الاردني، والمادة 16 من القانون المدني الجزائري، في هذه التشريعات اعتد المشرع بضابط الجنسية بشأن مسألة الميراث. وهناك من التشريعات التي إعتدت بضابط الموطن كالقانون الدولي الخاص السويسري 1978. ويلاحظ ان المشرع المصري سار علي غرار بعض التشريعات الاجنبية، وعلي هدي اتفاقية لاهاي 1928، اذ قضت جميعها باعتبار المواريث وما تعلق بها من وصايا وهبات من مواد الاحوال الشخصية. راجع – د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ449.

[3] لمزيد من التفاصيل راجع د/ جمال محمود الكردي – المرجع السابق – صـ392.

علي ان بعض التشريعات تجري علي التفرقة بين ميراث العقار حيث تخضعة لقانون موقعة، وبين ميراث المنقول حيث تخضعة لقانون الموطن[1]. وقد خص المشرع المصري الميراث بقاعدة اسناد كرستها المادة 17 من القانون المدني[2]، حيث اعتد بشأنه بجنسية المورث وقت الوفاة. ومن ثم فلا محل للأخذ بجنسية الورثة، فقد يتعددون وتتعدد جنسياتهم، فتعدد القوانين واجبة التطبيق، فيتعزر الاعمال[3].

وبمزيد من التأمل سوف نلحظ أنه يستوي لدي القاضي المصري إعتبار ميراث المتبنَّى مسألة قائمة بذاتها، او كونها اثراً من آثار التبني. اذ في كلا الحالين ستكون المرجعية لقانون واحد وهو قانون المتبنِّي. ومن ثم سوف تلتقي القاعدتان قاعدة الميراث، وقاعدة الآثار عند قانون واحد[4].

ويري جانب من الفقه اخضاع ميراث المتبنَّى للقاعدة العامة للميراث[5]. ونري خلافاً لذلك[6]، ضرورة اعتبار مسألة إرث المتبنَّي اثراً من آثار التبني، ومن ثم يتعين خضوعها

---

(1) من أمثلة النظم القانونية التي اخذت بهذه التفرقة النظام القانوني الفرنسي، والانجليزي.

(2) تنص المادة 17 من القانون المدني المصري علي أنه " يسري علي الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الي ما بعد الموت قانون المورث او الموصي..... وقت موته "

(3) راجع د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ450

(4) هذه القاعدة سوف تختلف بحسب نظرة المشرع لهذه المسألة. ففي فرنسا يخضع المشرع آثار التبني لقانون المتبنِّي، ولكنة يخضع الميراث في العقار لقانون موقعة، ولموطن المتوفي بالنسبة للمنقول. ومن ثم يصعب تصور تحقق هذه النتيجة الا في خصوص ميراث المنقول وبشرط ان تكون فرنسا هي آخر موطن للمتوفي.

(5) راجع د/ ختام عبد المحسن – التبني وآثارة في القانون الدولي الخاص – صـ268.

(6) لا صعوبة فيما لو كانت قاعدة الاسناد الخاصة بالميراث تشير الي القانون الشخصي للمتوفي سواء كان هذا القانون هو قانون الجنسية، او قانون الموطن. وتبدو الصعوبة فيما لو كان القانون المسند اليه هو قانون الموقع بالنسبة للعقارات، اذ يتعين والحال كذلك اعتبار القانون الذي يحكم آثار التبني في الحسبان، فمن غير المستبعد ان يتضمن هذا القانون قواعد مغايرة لتلك التي يعتمدها قانون الموقع خاصة فيما يتعلق بتحديد الورثة واسباب الارث وموانعة، وذلك تحقيقاً لوحدة النظام القانوني للتركة فيما لو تعددت العقارات في اقليم اكثر من دولة.

لقانون المتبنِي، فتكون له المرجعية في بيان سبب الارث، وتحديد الورثة، ونصيب كل وارث، وموانع الارث..... الخ. ذلك ان خصوصية الارث في شأن التبني تفرض نفسها في هذا الصدد. فعلاقة التبني هي التي خلقت واقعة الارث، ومن المنطقي الاعتداد بها في كل ما يتعلق بشأنة، وذلك مع عدم الاخلال بقانون موقع العقار متي تعلقت التركة بعقارات كائنة بالخارج[1].

وبعيداً عن هذا الخلاف القاعدي، فإن الذي يعنينا هو مدي قبول النظام العام في دولة القاضي لهذه المسألة. فلو ان واقعة تبني جرت في تونس بين تونسيين، وكان للمتبنِي اموالا عقارية في مصر، واراد المتبنَّى التمسك بحقه في الارث نزولاً مع مقتضي نص المادة 15 من القانون التونسي[2]، امام القاضي المصري، لوجود أموال التركة كلها او بعضها بها او لإفتتاحها امام المحاكم المصرية[3].

في هذا الفرض سوف نلحظ الصدام واضحاً بين النظام العام الشامل او المشترك في دولة القاضي، وبين القانون الواجب التطبيق وهو القانون التونسي، يستوي في ذلك اعتبار واقعة الارث قائمة بذاتها، او بوصفها اثراً للتبني. ووجه الصدام يبدو فيما تقرره المادة 15 من القانون التونسي والتي تنزل المتبنَّى منزلة الابن الشرعي فيما له من حقوق ومن بينها حق الارث، ومن ثم فإن تحديد سبب الارث، والورثة ومراتبهم ستكون مرجعيتها للقانون التونسي علي نحو يخالف سواء احكام الشريعة الاسلامية، او مبادئ الاحوال الشخصية

---

(1) لمزيد من التفاصيل حول تدخل قانون موقع المال بشأن قاعدة الاسناد المتعلقة بالميراث راجع د/ جمال محمود الكردي – المرجع السابق– صـ400، د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ453 وما بعدها، د/ هشام صادق– المرجع السابق– صـ315 وما بعدها.

(2) ينص الفصل 15 من قانون 1958 التونسي علي انه " للمتبنَّى نفس الحقوق التي للأبن الشرعي، وعلية ما عليه من الواجبات، وللمتبنِى ازاء المتبنَّي نفس الحقوق التي يقررها القانون للأبوين الشرعيين، وعلية ما يفرضة من واجبات عليهما ".

(3) لمزيد من التفاصيل حول اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الارث والتركات راجع مؤلفنا – الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية صـ 109 وما بعدها.

لغير المسلمين[1]. وبهذه المثابة يبدو النظام العام بمعناه الشامل او المشترك في حالة صدام مع ما يقررة القانون الاجنبي من احقية المتبنَّى في ارث متبنيه.

الامر الذي يفرض علي القاضي استبعاد هذا القانون ليحل قانونه محلة ويطبق بطريقه ضمنيه برفضه حق الارث استناداً الي هذا السبب[2].

نفس الحل سوف يفرض نفسة فيما لو نازع ورثة المتبنِي – المورث – في احقية المتبنَّى في هذا الارث[3]، بحسبان ان الشريعة الاسلامية عددت اولئك الذين ينحصر فيهم الارث دون سواهم، متي تحقق في شأنهم السبب الموجب للارث، مع انتفاء موانعة.

---

[1] حددت الشريعة الاسلامية اسباب الارث، وانصبة الورثة، وموانع الميراث علي نحو ثابت بالكتاب، والسنة، وباراء الصحابة. لمزيد من التفاصيل راجع د/ اشرف عبد الرازق ويح – احكام المواريث والوصايا في التشريع الاسلامى – ص 132 ومابعدها، د/ عبد الفتاح محمد ابو العنين – احكام الميراث في الشريعة الاسلامية – كلية الحقوق جامعة المنصورة – ص 68 ومابعدها، المستشار الدكتور – كمال حمدي – المواريث والهبة والوصية – منشأة المعارف بالاسكندرية – 1998 – ص 106 ومابعدها. كما ان شرائع غير المسلمين من المصريين التي تجيز التبني قضت بالا توارث بين المتبنَّى والمتبنِّي الا من خلال وصية، فشريعة الاقباط الارثوذكس بعد ان حظرت التبني بين المسلم وغير المسلم او العكس قررت بأن المتبنَّى لا يرث الا بوصية. راجع نصوص لائحة 1938.

[2] راجع د/ أقرونة زبيدة – القانون الواجب التطبيق علي منازعات الميراث – المجلة الاكاديمية للبحث القانوني – الجزائر 2015 – صـ279.

[3] تثير هذه المنازعة حول احقية المتبني في ارث متبنية مسألة أولية تتعلق بصحة واقعة التبني ذاتها. اذ تعد هذه الاخيرة مسألة اولية يجب حسمها قبل التعرض لمسألة الميراث. ويثار حينئذ التساؤل عن القانون الواجب التطبيق شأنها وعما اذا كانت المرجعية في هذا الصدد ستكون للقانون الذي يحكم المسألة الرئيسية، ام تكون لقانون دولة القاضي. لمزيد من التفاصيل راجع د/ احمد عبد الحميد عشوش – تنازع مناهج تنازع القوانين – صـ151 وما بعدها.

ويغدو التساؤل عن مآل الحق المكتسب في الخارج ؟.

وفي معرض الاجابة علي هذا التساؤل – علي نحو ماسبق – يتعين التفرقة بين فرضين، الاول يبدو حينما يقتصر طلب المتبنَّى علي مجرد الاعتراف بحق التبني مجرداً، وهنا يتعين علي القاضي الاعتراف بهذا الحق، بحسبان ان عدم الاعتراف بهذه الواقعة سوف توقعنا في الشك، وتثير عدم الثقة في نصوص القانون التي تسمح للقاضي باجراء التبني علي اقليمة متي سمح قانون طرفيه بذلك، فلا محل اذن لحجب الاعتراف عن هذا الحق متي نشأ صحيحاً في الخارج، خاصة وان من غير المستبعد ان يكون قد سبق لهذا القاضي القيام بانشاء علاقة تبني حسبما يشير قانونه بذلك. والنتيجة المنطقية المترتبة علي ذلك هو عدم جواز التدخل باسم النظام العام في هذه الحالة.

بيد أن الأمر سيكون مختلفاً حينما يكون المطلوب من القاضي تفعيل آثار التبني باقرار حق المتبنَّى في ارث متبنية، وفي هذا الفرض سيحول النظام العام في دولة القاضي بمفهومة الشامل او المشترك دون ترتيب مثل هذا الاثر[1].

وسوف يتأكد الدور المزدوج للنظام العام فيما لو تم التبني، وكان قانون احد اطرافة لا يجيز ذلك. فالمشرع الفرنسي يسمح باجراء التبني في فرنسا بين فرنسي، وآخر لا يجيز قانونة هذا التبني متي كانت فرنسا هي محل الميلاد والاقامة للطفل المتبنَّى[2]. يبقي ان نشير الي انه في كثير من الاحيان قد يدرك المتبنِي هذا المأل فيعمد منفرداً، اوبالاتفاق مع متبنية علي التحايل علي احكام الميراث المقررة بالشريعة الاسلامية بالسعي نحو ابرام عقد

---

(1) انظرما سبق – صـ

(2) انظر ما سبق – صـ

هبه، او وصية للمتبنَّى تكون عوضا له عن الميراث، او يسارع بالاقرار بنسب المتبنَّى رغبة منه في إمتداد عقد الايجار في حقة بعد وفاتة.

في مثل هذه الفروض لن نكون بصدد واقعة ميراث، وإنما سنكون امام واقعة هبه[1]، او وصية، او امتداد قانوني لعقد الايجار حسب الاحوال[2]، ولا مفر والحال كذلك من الاعتراف بمثل هذه التصرفات واعمال مقتضاها متي استجمعت شروطها الشكلية والموضوعية الصحيحة طبقاً للقانون المختص، وستكون بمثابة السند القانوني للحكم للمتبنَّي بطلباته، لا باعتباره متبنياً ولكن بوصفة صاحب مركز قانوني آخر حسب طبيعة العلاقة

---

[1] في احدي الاقضية المعروضة علي محكمة شمال القاهرة الابتدائية والتي تتخلص وقائعها في وفاة مصري مسيحي يحمل ايضاً الجنسية الفرنسية بعد ان تبني في فرنسا إبنة زوجتة، وقام بكتابة عقد هبه للمتبناه بعقار يقع في مدينة القاهرة، وقامت الاخيرة باتخاذ كافة الاجراءات القانونية حيال عقد الهبه الذي تم بتاريخ 1996/3/13، علماً بأن المتبنَّي توفي بتاريخ 2007/11/3 ونازع وريث الاخير في هذا العقد، فرفع دعواه طالباً الحكم برد وبطلان عقد الهبه بدون عوض.. وانتهت المحكمة الي رفض الدعوي تأسيساً علي انه " وحيث أنه من المقرر ان عقد الهبه في الاصل عقد شكلي، وهبة العقار في مصر لا تتم الا بورقة رسمية " واستطردت المحكمة " وحيث ان مورث المدعي قام بابرام عقد هبه بدون عوض للمعلن اليها الاولي (الأبنة بالتبني) وذلك بعد ان تم افراغ ذلك العقد في محتواه الرسمي..... ليصبح بتلك الاجراءات القانونية اللآزمة لإبرام عقد الهبه اصبح عقداً رسمياً..... " راجع حكم محكمة شمال القاهرة الابتدائية الدائرة 49 في الدعوي رقم 2008/4604 كلي شمال – غير منشور.

[2] راجع في ذلك حكم محكمة النقض الصادر بجلسة 1997/3/17 في القضية رقم 27 لسنة 63 قضائية، وراجع حكمها الصادر في القضية رقم 753 لسنة 58 قضائية بجلسة 5 نوفمبر 1992.

القانونية الجديدة. ولا محل للحديث عن التدخل باسم النظام العام في مثل هذه الفروض مالم يكن هناك مقتضي اخر يوجب هذا التدخل.

واذا كان حق الارث سوف يواجه بحزم نتيجه اعمال النظام العام بمفهومه الشامل او المشترك علي النحو السابق، الا انه ليس الاثر الوحيد الذي يقتضي هذا التعامل، فهناك اثر اخر للتبني لا يقل عنه اهميه وسوف يلقي ذات المصير ايضا وهو المتعلق باعتباره مانعاً من موانع الزواج. وهو ما سنعرض له فيما يلي :

التبني كمانع من موانع الزواج :

تتعدد الموانع التي تقف في سبيل انعقاد الزواج صحيحاً، كتلك المستمدة من الدين، او درجة القرابه، او الناتجه عن اختلاف اللون[1]. ولئن كانت درجه القرابه بصفه عامه[2]، وقرابه التبني بصفه خاصه تعد مانعاً للزواج في البلدان التي تجيزه، فانه من غير المتصور انعقاد الزواج صحيحاً فيما لو تحقق هذا المانع في شأن احد طرفيه[3].

---

(1) لمزيد من التفاصيل حول موانع الزواج راجع د/ عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص248 ، د/ هشام صادق – المرجع السابق – ص262 ، د/ جمال الكردى – المرجع السابق – ص280، د/ فؤاد رياض – د/ ساميه راشد – المرجع السابق – ص196 ، د/عكاشه عبدالعال – المرجع السابق – ص، د/ جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق – ص 299، د/ هشام خالد – المرجع السابق – ص 611، د/ عصام الدين القصبي – المرجع السابق – ص 847.

(2) يعد المانع المستتر من موانع الزواج لدي غير المسلمين، وهو الذي لا يمكن الكشف عنه او إثباته امام القضاء كالقرابة غير المشروعة. لمزيد من التفاصيل راجع د/ محمد محي الدين ابراهيم سليم، د/ محمد احمد المعداوي – احكام الاحوال الشخصيه للوطنين غير المسلمين – ص 333 ومابعدها.

(3) يقرر القانون البولوني صراحه عدم جواز ابرام عقد الزواج بين المتبنَي، والمتبنِي، واذا كانت المتبناه بنتأ بلغت سن الرشد، فإن المتبنِي لا يجوز له عقد الزواج عليها. كذلك تبقي موانع الزواج بسبب القرابه المحرميه قائمه بين المتبنَي واسرته الاصليه، حيث لا يجوز له اذا رشد ان يتزوج باحد اقاربه من المحرمات. راجع طلبه مالك – التبني والكفاله – رساله ماجستير – الجزائر – 2006 – ص10.

ومرد ذلك يكمن في ألية تطبيق قاعدة الاسناد الخاصه بالشروط الموضوعيه للزواج. فاذا كان التطبيق الموزع لقانون الزوجين هو عماد الاستيثاق من صحته، فان التطبيق الجامع هو المعول عليه بشأن موانع الزواج[1]. ومن ثم لن ينعقد الزواج علي وجهه الصحيح فيما لو تحقق هذا المانع في شأن احد طرفيه او كليهما. فلو ان فرنسياً بالتبني يرغب في الزواج من إبنة متبنيه امام موثق مصري، وعارض من له حق المعارضه في اتمام هذا الزواج[2]، علي سند من ان القانون الفرنسي الواجب التطبيق في هذه الحاله لا يجيز هذه الزيجه، فان القاضي المصري مطالب بالرد علي هذا الدفع قبولاً، او رفضاً وذلك في ضوء فكره النظام العام السائد في دولته.

ويظل هذا الاعتراض قائماً فيما لو بادر من له حق رفع الدعوي بابطال هذا الزواج امام القاضي المصري. ويثير هذا الوضع مسألتين علي قدر كبير من الاهميه، تتعلق اولاهما بموقف القاضي المصري ازاء هذا الاعتراض، او ذلك الدفع المبدي امامه، وتثير ثانيهما مصير هذه الزيجه امام القضاء الاجنبي المختص فيما لو سمح باجرائها القاضي المصري.

اما عن المسأله الاولي، فان موقف القاضي رهين بما يسفر عنه اعمال فكره النظام العام في دولته. ونزولاً علي مقتضي هذه الفكره يتعين رفض الاعتراض، ورفض الدفع المبدي نحو ابطال هذه الزيجه، واساس ذلك يكمن في ان التبني وان كان مانعاً للزواج طبقاً لاحكام القانون المختص وهو القانون الفرنسي، الا انه لا يعد كذلك طبقاً لاحكام الشريعه الاسلاميه، ونزولاً علي هذا المقتضي يجب الالتفات سواء عن الاعتراض او الدفع المبدي

---

(1) لمزيد من التفاصيل راجع د/ عز الدين عبدالله – المرجع السابق – ص248، د/ محمد كمال فهمي – المرجع السابق – ص538 ، د/ احمد عشوش – المرجع السابق – ص118.

(2) لمزيد من التفاصيل – راجع مؤلفنا في تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتطبيق الاحكام الاجنبيه – ص103.

في هذا الشأن، من خلال استبعاد القانون المختص، واحلال قانون القاضي محله، والانتهاء الي اتمام هذه الزيجه.

بيد ان ذلك مشروط بالا يكون من بين شرائع غير المسلمين ما يجعل من التبني مانعا من موانع الزواج، اذ يصعب في هذه الحاله تحقق مايسمي بالنظام العام الشامل او المشترك، وحينئذ يغدو الاعتراض مقبولاً، والدفع مجدياً في عدم المضي في اجراء هذه الزيجه[1].

ويدق الامر بالنسبه للمسأله الثانيه التي تتعلق بمصير هذه الزيجه امام السلطات الفرنسيه. فمن غير المستبعد ان يتمسك صاحب الشأن ببطلان هذا الزواج امام القضاء الفرنسي مستندا في ذلك الي فكره الغش نحو القانون الفرنسي، ويبدو ذلك من سعي اطراف

---

(1) تعد القرابه مانعاً من موانع الزواج في المسيحيه، فالي جانب قرابه الدم، وقرابه المعاهده، والقرابه الروحيه توجد القرابه القانونيه اي التبني. فعند السريان الارثوذكس يكون التبني مانعاً من موانع الزواج بشرط ان يصاحبه رضاع. وعند الاقباط الارثوذكس لا يجوز الزواج بين المتبنَي والمتبنِي وفروعه، وعند الكاثوليك لا يجوز الزواج بسبب او الوصايه او التبني. وقد نظمت الفصول من الثاني حتي السادس من الباب الاول لقانون الاحوال الشخصيه لغير المسلمين زواج الاقباط الارثوزكس، ولم يرد التبني من بين هذه الموانع، وبهذه المثابه يغدو النظام العام الاسلامي مظهرا للنظام العام الشامل او المشترك. بيد انه من المقرر "الا يكلف غير المسلم بماله صفه تعبديه او دينيه في نظر الاسلام مثل الجهاد والزكاه. وليس للحاكم المسلم ان يمنعهم مما احله لهم دينهم وقد حرمه الاسلام كشرب الخمر واكل الخنزير، ولايتدخل القاضي المسلم في ما يعتقدون حله من قضايا الاحوال الشخصيه كالزواج والطلاق والميراث والوصيه وغيرها من مسائل الاحوال الشخصيه " راجع د/ تريكي فريد – منازعات الاحوال الشخصيه للاجانب في الفقه الاسلامي. ومادام الخمر، والخنزير حلال علي غير المسلم فلا اقل من حل التبني وجريانه فيما بينهم. زد علي ذلك ماورد بالدستور والقانون وفهما علي نحو يؤدي الي تلك النتيجه.

العلاقه الي عقد زيجتهم امام الجهات المصريه المختصه هرباً من احكام القانون الفرنسي المختص الذي يرفض اجرائها. ويثير هذا الوضع في الاذهان القضيه الشهيرة المعروفه بقضيه " دي بوفرمون "[1] والتي انتهي فيها القضاء الفرنسي بحكمه الشهير في 18 مارس لسنه 1878 الي عدم الاعتراف بالتطليق الحاصل في الخارج، وبطلان الزواج الثاني الذي انعقد بالمخالفه لاحكام القانون الفرنسي. واضافت المحكمه ان الزواج الاول لا زال قائماً عملاً باحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق بعد استبعاد القانون الاجنبي. ويؤيد هذا النظر ما اتجه اليه الفقه الحديث من عدم قصر مجال اعمال الدفع بالغش علي حالات التهرب من احكام القانون الوطني، بل يمتد ليطال القانون المراد التهرب من احكامه ايا ما كان هذا القانون وطنياً كان اما اجنبياً. وبهذه المثابه فإن الزواج الذي يبرمه الفرنسي خارج

---

(1) تتلخص وقائع هذه القضيه في ان اميره فرنسيه ارادت الطلاق من زوجها الفرنسي لكي تتزوج من امير روماني، ولما كان القانون الفرنسي يحظر الطلاق، سعت للتجنس بالجنسيه الالمانيه كيما تحصل علي حكم بالتطليق، وبالفعل تم لها ما ارادت، وتزوجت من الامير الروماني، وعلي اثر ذلك رفع زوجها الاول دعوي امام القضاء الفرنسي مطالباً ببطلان هذه الزيجه الاخيره، فقضت محكمه النقض الفرنسيه في 1878/3/18 بانه لا اثر لتجنسها بالجنسيه الالمانيه في فرنسا، ومن ثم فان التطليق وما اعقبه من زواج مجرد من الصحه في فرنسا. لمزيد من التفاصيل راجع د/ عزالدين عبدالله – المرجع السابق – ص 559 ، د/ هشام صادق – المرجع السابق – ص 212 ، د/ جابر جاد عبدالرحمن – المرجع السابق – ص 577 ، د/احمد عبدالكريم سلامه – المرجع السابق – ص 540، د/ جمال الكردى – المرجع السابق – ص222، د/ احمد عبدالحميد عشوش – المرجع السابق – ص276 ، د/ عكاشه عبدالعال – المرجع السابق – ص209 ، د/ فؤاد رياض، د/ ساميه راشد – المرجع السابق – ص158، د/ محمد عرفة، المرجع السابق، ص 452.

فرنسا يعد باطلاً متي خالف الاحكام الاساسيه المقرره في القانون الفرنسي[1]. هذا ما اكدته محكمه استئناف باريس بابطالها عقد زواج فرنسيه من كاميروني متزوج علي الرغم من ان القانون الكاميروني يسمح بتعدد الزوجات[2].

ونتيجه لما تقدم، سوف يحجم القضاء الفرنسي عن الاعتراف بمثل هذا الحق المكتسب في الخارج لتعارضه، ولتعارض الاعتداد باثاره مع قاعده من القواعد الاساسيه التي يقوم عليها القانون الفرنسي.

بيد انه وعلي ما جري عليه هذا القضاء، من محاوله ابتداع الحلول في سبيل الاعتراف بالحق المكتسب في الخارج، كما هو الحال بالنسبه لتعدد الزوجات، والطلاق الصادر بالاراده المنفرده[3]، يمكن القول بتسامح هذا القضاء في امر الاعتراف بصحه هذه العلاقه وترتيب اثارها اذا ما اسفرت عن تكوين اسره بالمعني الحقيقي. وسنده في ذلك هو نص الماده 366 من القانون المدني التي تجيز لرئيس الجمهوريه امكانيه رفع مثل هذا

---

(1) راجع ا/ بومراو سفيان – تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج – دراسه مقارنه – المجله الاكاديميه للبحث القانوني – 2015 – بجايه الجزائر – ص115.

(2) BATIFFOl. H & lagarde. P. : droit international prive, tom l, 7eme, L.g.D.i, paris, 1983, p 414.

(3) يجري القضاء الفرنسي في مجال الدفع بالنظام العام الي التفرقه بين نشأه الحق وبين الاعتداد بأثار هذا الحق في فرنسا. فلئن كان من غير الممكن نشأه مثل هذه الحقوق في فرنسا لتعارضها مع النظام العام الفرنسي، الا ان ذلك لا يحول دون الاعتداد بأثار هذه العلاقات كلها او بعضها متي امكن ذلك. واساس ذلك يكمن في ان رده الفعل تجاه هذه الاثار تختلف عن حدته بصدد انشاء الحق. لمزيد من التفاصيل راجع د/ جمال الكردى – النظام العام..... – مرجع سابق – ص 152 ومابعدها.

الحظر. وبغير هذا النص يصعب تصور الاعتراف بمثل هذا الحق، لما يمثله من تعد واضح علي احد المفاهيم الاساسيه التي يقوم عليها المجتمع الفرنسي [1].

وعلي الرغم من استبعاد القاضي المصري لما ترتبه علاقه التبني من اثر سواء بالنسبه للميراث، او باعتباره مانعاً من موانع الزواج نزولاً علي مقتضي فكرة النظام العام في دولته، الا ان حده هذه الفكرة سوف تأخذ في الأفول بشأن مايرتبه التبني من اثر بالنسبه لواجب النفقه، وهو ما سنعرض له فيما يلي :

حق المتبنَّي في النفقة :

من الاثار التي يرتبها عقد التبني واجب النفقه. فحيث يكون للابن بالتبني نفس الحقوق التي للابن الشرعي، فإنه يقع علي عاتق المتبنِي واجب الانفاق عليه وقد عنيت العديد من التشريعات الوضعيه بافراد قاعده اسناد خاصه بالقانون الواجب التطبيق بشأن هذه

---

[1] تنص الماده 366 من القانون المدني الفرنسي علي انه " تمتد العلاقه الناتجه عن التبني الي اطفال الطفل المتبنَي، والزواج ممنوع :

1- بين المتبنِي، والمتبنَي ونسله.

2- بين المتبنَي وزج المنبنِي، وبالتبادل بين المتبنِي وزوج المتبنَي.

3- بين الاطفال بالتبني من نفس الفرد.

4- بين المتبنِي واولاد المتبنَي.

ومع ذلك يمكن رفع الحظر المفروض علي منع الزواج في الفقره 3،4 بالاعفاء من رئيس الجمهوريه اذا كانت هناك اسباب خطيره، ويمكن رفع الحظر المفروض علي الزواج في الفقره الثانيه. تحت نفس الشروط اذا ما توفي الشخص الذي خلق التبني.

النفقه[1]. وهو ماكده المشرع المصري من خلال نص الماده 15 من القانون المدني بايكال امرها لقانون المدين بها[2]. وأيا ما كان الرأي بشأن هذه الصياغه، فأن الذي تجدر الاشاره اليه هو التقاء قانون الملتزم بالنفقه، مع ذلك الذي يحكم اثار التبني، وانحصاره في قانون المتبنِي. وبهذه المثابه يستوي لدي القاضي المصري تكييف هذه المسأله علي اعتبارانها مسأله متعلقه بالنفقه استقلالاً، او كونها اثراً من اثار التبني[3]. وسوف تكون المرجعيه لهذا القانون بشأن بيان مستحقي النفقه، وشروط استحقاقها، وكيفيه تقديرها، وجزاء عدم الوفاء بها[4].

ويثار التساؤل عن موقف القاضي المصري فيما لو عرض عليه امر نفقه المتبنَي ؟.

في الحقيقه سوف يجد القاضي نفسه امام احد امرين :

الاول : ان ينظر القاضي الي هذه النفقه بوصفها اثراً من اثار التبني، ومن ثم يرفض الدعوي نزولاً علي مقتضي فكره النظام العام بحسبان ان الشريعه الاسلاميه لا تجيز التبني، الامر الذي يقتضي استبعاد احكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق، واحلال قانون القاضي محله، مع الاخذ في الاعتبار ما تجري عليه شرائع غير المسلمين.

---

(1) كرست الماده 45 من القانون الدولي الخاص الكويتي قانون المدين بالنفقه كقاعده اسناد، وذهب الي ذلك المشرع الاردني في الماده 16 من القانون المدني، وكذا المشرع الجزائري في الماده 14 من القانون المدني، وكذا المشرع العراقي في الماده 21 من القانون المدني.

(2) تنص الماده 15 من القانون المدني المصري علي انه " يسري علي الالتزام بالنفقه فيما بين الاقارب قانون المدين بها "

(3) انظر ماسبق ص

(4) لمزيد من التفاصيل حول النفقه بين الاقارب – راجع د/ جمال محمود الكردى – المرجع السابق – ص 351 ومابعدها.

الثاني : ان يعتبر القاضي ان هذه النفقه تمثل ضروره عاجله لانسان متوطن او مقيم علي ارض الدوله، ومن ثم تعد من المسائل اللازمه لحياه الانسان بصفه عامه، شأنها في ذلك شأن التزام الكافل بالانفاق علي من يكفله، الامر الذي يقتضي اجابه المتبنَي الي طلبه[1].

وفي معرض المفاضله بين الامرين، نجدنا ننحاز لاعتبار النفقه من الضروريات اللازمه لحياه الانسان، ولهذا لن يكون في التزام المتبِني بالانفاق علي متبنيه ما يتعارض مع النظام العام في دوله القاضي بمفهومه الشامل او المشترك، بل ان مقتضيات النظام العام تقتضي هذا الالتزام، حتي يسود السلم والامن الاجتماعي. هذا ما اكده القضاء الفرنسي من ان تدبير النفقه الصروريه العاجله لانسان موجود علي ارض الدوله امر يتعلق بالسلام العام فيها[2].

وفي ضوء ماتقدم سوف يتسامح القاضي المصري في شأن نفقه المتبنَّي بغيه الحفاظ علي حياه الانسان الذي يعد أحد اهم غايات ومقتضيات النظام العام، فالاخير لن يضار لمجرد تقرير نفقه لانسان هو في اشد الحاجه اليها، خاصه وان في شرائع غير المسلمين مايجيز ذلك.

وبهذه المثابه يتعين علي القاضي المصري الرجوع لاحكام النفقه المقرره في التشريع الاجنبي الواجب التطبيق واعمال احكامها بشأن الدعوى المنظوره امامه.

---

(1) يمكن تأسيس حق النفقه في هذه الحاله في ضوء الماده 49 من مجله الاحوال الشخصيه التونسيه، حيث ينص الفصل 49 علي ان " من التزم بنفقه الغير كبيراً كان او صغيراً لمده محدده، لزمه ما التزم به، واذا كانت المده غير محدوده فالقول قوله في ذلك ". والمستفاد من هذا النص، ان من تعهد بالانفاق علي شخص لا يلزمه القانون بالانفاق عليه، يصبح مجبراً علي ذلك الي ان تنتهي المده المتفق عليها، او تلك التي يحددها الملتزم بها.

(2) راجع د/ عزالدين عبدالله – المرجع السابق – ص328.

وهكذا نكون قد عرضنا لجانب من الاثار التي ترتبها علاقه التبني، وهناك غيرها الكثير، ورأينا كيف ان دور النظام العام في دوله القاضي يختلف في التعاطي معها حده، وتسامحاً. ويبقي ان نشير الي اثر هذه العلاقه علي جنسيه المتبنَي. مع الاخذ في الاعتبار ايضاً ان هذا الاثر رهين باراده المشرع، بمعني انه اذا كان للاراده دور خلاف في نشأه علاقه التبني، فان دورها في شأن الجنسيه يقف عند حد تحريك النظام القانوني السائد في الدوله المعنيه[1].

وقد تباينت مواقف التشريعات الوطنيه في هذا الصدد، فالبعض منها قرر صراحه عدم اعتباره سبباً لتغيير الجنسيه بصوره تلقائيه كالقانون الروماني، والبعض الاخر اجاز للمتبنَي اكتساب جنسيه المتبِني كسباً طارئاً، والبعض الاخر قرر حق المتبنَي في كسب جنسيه متبنيه الاصليه كما هو الحال بشأن التبني الكامل في فرنسا[2].

---

(1) لمزيد من التفاصيل حول الطبيعه القانونيه لرابطه الجنسيه – راجع د/ احمد مسلم – القانون الدولي الخاص في الجنسيه مركز الاجانب وتنازع القوانين – الجزء الاول في الجنسيه ومركز الاجانب – الطبعه الثانيه 1955– مكتبه النهضه المصريه – ص83 ومابعدها.

(2) باستقراء التشريعات التي تجيز نظام التبني نلحظ سكوت بعضها عن ترتيب ثمه اثر للتبني علي الجنسيه كقاعدة عامه، وهناك من التشريعات ما نصت علي ذلك صراحه. راجع د/ محمد وليد المصري – مذكره في التبني واثارها في القانون الدولي الخاص – ص 269. وهناك من التشريعات ما جعلت من التبني سببا لاكتساب جنسيه المتبني الاصليه كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي حيث قررت الماده 18 هذا الاثر بشأن التبني الكامل، وفي شأن التبني البسيط قررت الماده 21 من القانون المدني علي اعتباره سبباً لكسب الجنسيه الطارئه. وفي المانيا، يصبح الطفل الذي يتبناه مواطن الماني مواطناً المانياً تلقائياً اذا كان عمره اقل من 18 سنه في تاريخ تقديم طلب التبني، وبالتالي يتم منحه الجنسيه المزدوجه. وهو ماسار عليه المشرع التركي، والنرويجي. اما المشرع الايطالي فلم يجعل من التبني سبباً لكسب جنسيه المتبِني الايطالي الا بعد اقامته 5 سنوات لاحقه للتبني بايطاليا.

الخاتمة

لم يعد نظام التبني بالغريب، او المستغرب، فقد عرفه الشرق قبل الغرب. وكان شائعاً في الجاهلية قبل الاسلام، وظل فيه فترة من الزمان، الي ان حرمه المولي عز وجل، كما حرمتة من قبل الشريعة اليهودية وبعض الطوائف المسيحية.

وذاع صيت التبني في الاونة الاخيرة، فصار محلاً لاهتمام العديد من الاتفاقيات الدولية، كما تناولته التشريعات الغربيه بالتنظيم، كسبيل لحماية الاطفال المحرومين من الرعاية، ولمواجهة حرمان العديد من الاسر من القدره علي الانجاب، فتعددت انواعه واشكاله مابين وطني ودولي، وحكومي وغير حكومي، ومفتوح ومغلق، وكامل وبسيط.

والتبني كنظام قانوني ينشئ علاقة ابوة مصطنعة فيما بين طرفيه، وينزل الابن المتبنَّي منزلة الابن الشرعي فيما له من حقوق، وما عليه من التزامات وذلك حسب طبيعة التبني المراد اجرائه.

وتثير علاقة التبني العديد من الاشكاليات التي تكفلت بحلها النظم القانونية التي تجيزه، كما ساهم الفقه والقضاء في التصدي لما اغفلته هذه التنظيمات، كتلك المتعلقه بنشأته، او التي تحكم موضوعه، او التي تحدد اثاره وانقضائه.

ولئن كانت الدول ذات المرجعية الاسلامية لا تدين بالتبني، الا ان البعض منها لم يغفل تنظيم بعض جوانبه تحسباً لجريانه بين الاجانب الذين يقيمون او يتوطنون علي إقليمها كما فعل المشرع المصري، ونظيره الجزائري. بل ان دولة عربية كتونس تجاوزت ذلك فإعترفت به، ونظمته علي غرار ماسارت عليه دول الغرب تحت مظلة الوفاء بتعهداتها الدولية.

وازاء سهولة الانتقال، وتيسيير سبل الاقامة في ارجاء المعمورة، صار من المتصور امكان انشاء علاقة التبني امام القاضي الذي لا تدين دولته بالتبني، وصار من غير المستبعد ايضاً ان يتمسك ذووا الشأن بأثار هذه العلاقة امام ذلك القاضي الوطني.

وبهذه المثابة سوف تحتاج هذه العلاقة عند المنازعه، ان يقف القاضي علي حقيقتها، شأنها في ذلك شأن سائر الوقائع والعلاقات القانونية الاخري. والمستقر في النظم القانونيه ان مرجعية القاضي في هذا الصدد ستكون لقانون دولته، فاذا ما فرغ من مهمته امكنه ادراجها تحت احد الافكار القانونيه المناسبة توطئة للوصول الي القانون الواجب التطبيق بشأنها.

انئذ يبرز النظام العام ليلعب دوراً لا يمكن انكاره سواء في نشأة هذه العلاقة، او في ترتيب اثارها، وذلك حسب رؤية النظام القانوني السائد في دولة القاضي. فاذا كان هذا الاخير لا يدين بالتبني بكل طوائفه فعليه الامتناع عن جريانه، ورفض كل اثر يترتب عليه. وعلي العكس من ذلك سيكون موقف القاضي محيراً اذا كان نظامه القانوني يسمح بنشأة هذه العلاقة، ويزداد الامر تعقيداً فيما لو سمحت بعض طوائفه باجازة هذا النظام. في مثل هذا الفرض سوف نشكك كثيراً في امكانيه التدخل باسم النظام العام لعدم الاعتراف بتلك العلاقة، ولهذا يجب ان تكون مواجهة النظام العام لحق التبني المكتسب في الخارج مخففاً ولطيفاً. فاحترام تلك الحقوق المكتسبة صارت قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص المستقرة، وواجبة الاعتبار. بيد ان ذلك لا يحول دون التدخل بارهاصات النظام العام لوءد تلك الاثار التي من شأنها المساس بقيم المجتمع وقناعاته علي كافة مستوياته كالميراث، وموانع الزواج مثلاً. اما تلك التي ترمي الي سد الحاجة كواجب النفقة فلا ضير من اقرارها بحسبان انها لا تعدو ان تكون نوعاً من الكفالة لإغاثة المحتاج ايا كانت صفته، ووضعيته، وديانته.

وتجدر الاشارة الي اننا لا نبغي من هذه الأطروحة تأصيل فكرة التبني، او الالتفات عما قرره المولي عز وجل، وما اكدته السنة النبوية الشريفة من تحريم قاطع للتبني، بل أن ماحاولت الوصول اليه او الاحاطة به هو مجرد رصد لحركة التبني في الداخل والخارج، ورأيت كيف أن الاتفاقيات الدوليه تجثوا جثوا نحو هذا النظام، لدرجة انها غازلت النظم ذات

المرجعية الاسلامية فمارست ضغطاً ادبياً لتفعيله من زواية تتفق ومقاصد الشريعة الاسلامية توطئه لطلب المزيد.

ورأيت كيف ان المشرع المصري تناقض في احكامه حال تناوله لهذا الموضوع، فتارة ينص علي تحريمه علي نحو ما اورده بقانون الطفل، وتارة يدركه وينظمه من خلال قانون المرافعات، وتارة يستجدي الفقه والقضاء لبسط قوه النظام العام بشأنه. ولكن لا هذا بمجد، ولا ذاك بشافع.

فازاء قيام المشرع بتنظيم أمر التبني علي نحو ما جاء بقانون المرافعات بدءأ من الماده 911 حتي الماده 918، يصعب ان نطالب القاضي بعدم الاعتراف به او بآثاره متي كانت بعض طوائف المجتمع تدين به بل وتجيزه كشريعة الاقباط الارثوذكس مثلاً. ذلك ان معيار النظام العام الواجب الاعتبار آنئذ يجب ان يكون شمولياً مشتركاً تجتمع عليه جميع طوائف المجتمع ودياناته. ولعل ذلك هو الدافع لدينا في عدم الاعتداد بحق الارث، او موانع الزواج التي يرتبها حق التبني.

ولن يكون مقبولاً من المشرع تذرعه بهذا التنظيم لجريانه فقط بين الاجانب المقيمين او المتوطنين او العابرين لدولته، فذاك امر يثير في الاذهان ما كان عليه العمل قبل سنه 1955، كما ان ردنا علي ذلك يسير، فامام ناظري المشرع العديد من الانظمة المستهجنة والملفوظة والتي باتت غير خافيه علي احد كزواج المثليين مثلاً، فلماذا لا يتدخل المشرع بتنظيمها علي نحو ما فعل بشأن التبني، وحصر جريانها أيضا فيما بين الاجانب من المقيمين، او المتوطنين في دولتة، سيما وان شرائعهم الشخصية تجيز هذه العلاقة، واني لمتحد ان يجرؤ المشرع علي فعل ذلك.

ان ما اردت التنبيه اليه لهو مطلب ليس علي المشرع بعزيز، بان يعلن موقفه من التبني بوضوح كامل، متناولاً كافه جوانبه، محدداً اثاره، وآلية انقضائه وحدود إعماله، وبدون

ذلك سوف يجعل الباب مفتوحاً، والاجتهاد مطروقاً امام امكانية اجرائه بين طوائف الوطنيين الذين لا يدينون بالاسلام، وتجيز شرائعهم هذا النظام.

ولا يسعني الا ان انهي خاتمتي بمقوله العماد الاصفهاني " اني رأيت انه لا يكتب انسان كتاباً في يومه الا قال في غده : لو غير هذا لكان احسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان اجمل، وهذا من اعظم العبر، وهو دليل علي استيلاء النقص علي جملة البشر ".

قائمة المراجع

أولاً: المرجع باللغة العربية:

1- د/ إبراهيم احمد – القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – دار النهضة العربية – 2002.

2- د/ احمد الميرغني – الحقوق المكتسبه في القانون المقارن – دار النهضة العربية.

3- د/ احمد شرف الدين – فكرة القانون الاقتصادي – دار النهضة العربية – 1988.

4- د/ احمد عبد الحميد عشوش – تنازع مناهج تنازع القوانين – 1977.

د/ احمد عبد الحميد عشوش – القانون الدولي الخاص – المكتبة القانونية العربية 2012.

5- د/ احمد عبد الكريم سلامة – القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص – المجلة المصرية للقانون الدولي – المجلد الاربعون – 1984.

د/ احمد عبد الكريم سلامه – التنازع الدولي للقوانين – دار النهضة العربية – الأصول في التنازع الدولي للقوانين – دار النهضة العربية.

6- د/ احمد قسمت الجداوى – نظريه القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجيه تنازع القوانين – مجله العلوم القانونية والاقتصادية – العدد الاول – والثاني – السنه الرابعه والعشرون – 1982.

7- د/ احمد مسلم – القانون الدولي الخاص في الجنسيه مركز الاجانب وتنازع القوانين – الجزء الاول في الجنسيه ومركز الاجانب – الطبعه الثانيه 1955- مكتبه النهضه المصريه.

8- د/ اشرف عبد الرازق ويح – أضواء النبراس فى علم الميراس – طنطا .2001

9- د/ اشرف عبد العليم الرفاعي – التبني الدولي – دار الفكر الجامعي – 2011.

د / اشرف عبد العليم الرفاعي – النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – رسالة دكتورة – حقوق عين شمس – .1996

10- د/ اعراب بلقاسم – القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين –.2002

11- د/ أقرونة زبيدة – القانون الواجب التطبيق علي منازعات الميراث – المجلة الاكاديمية للبحث القانوني – الجزائر .2015

12- د/اكرم ياغي – قوانين الأحوال الشخصية لدي الطوائف الإسلامية والمسيحية – ط2 – منشورات زين الحقوقية.

13- د/ الشحات إبراهيم منصور – حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية – دار النهضة العربية .2001

14- د/ أيمن مكرم البسيوني – اثر فكرة النظام العام علي احكام عقد العمل – رسالة دكتوراه – حقوق طنطا – .2018

15- د/بشير البيلانى – قوانين الأحوال الشخصية في لبنان – دار العلم للملاين.

16- د/ بوزيد خالد – الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائري – كلية الحقوق – جامعة وهران – مجلة قانون العمل والتشغيل العدد الرابع – .2017

17- ا/ بومراو سفيان – تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج – دراسه مقارنه – المجله الاكاديميه للبحث القانوني – .2015

18- راجع د/ تريكي دليلة – القانون الواجب التطبيق علي قضايا الميراث والتصرفات المضافة الي ما بعد الموت في القانون الجزائري – المجلة الاكاديمية للبحث القانوني – الجزائر – 2015.

19- د/توفيق حسن فرج – احكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين – الدار الجامعية للطباعة والنشر 1980.

20- د/ جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – دار النهضة العربية 1962.

21- د/ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين – منشأه المعارف بالإسكندرية – 2005.

د/ جمال محمود الكردي – قرار المحكم في المنازعة حول شرط المقاطعة الوارد في عقد دولي.

د/ جمال محمود الكردي – النظام العام الدولي العربي – حلم حقيقة ام خيال الطبعة الاولي 2010.

22- المستشار/ حسن ابراهيمي – اتفاقيتي لاهاي 1980، 1996 – نظره عامه من واقع التجربه وافاق المستقبل في المغرب – مؤتمر مالطا الرابع – حمايه الاطفال وقوانين الاسره في النزاعات العابره للحدود – مالطا من 2-5 مايو 2016.

23- د/ حفيظة الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – بيروت – منشورات الحلبى الحقوقية 2003.

د/حفيظة الحداد – محل التكييف في القانون الدولي الخاص – دراسة تحليلية انتقادية للاتجاهات الفقهية واحكام القضاء – دار الجامعة الجديدة 1992.

24- د/ ختام عبد الحسن شنان – التبني وآثارة في القانون الدولي الخاص – مجلة الفرات – العدد 38.

25- د/ خولة بوخلخال – التبني في القانون الدولي الخاص – جامعة قاصدي مرباح – الجزائر – 2017.

26- د/ رجب محمود طاجن – ملامح عدم الرجعيه في القضاءين الدستوري، والاداري – بحث منشور في مجله القانون والاقتصاد – كليه الحقوق – جامعه القاهره – العدد 85 – 2012.

27- د/ رمزي الشاعر – الحقوق المكتسبه في ظل الانظمة المعاصرة – دار النهضة العربية.

28- د/ زكبه حميدو – مصلحه المحضون في القوانين المغاربية للأسره – دراسه مقارنه – رساله دكتوراه – كليه القانون – جامعة تلمسان – 2005.

29- د/ سامي بديع منصور – الوجيز في القانون الدولي الخاص – بيروت – 1994.

د/ سامي بديع منصور، د/ عكاشة عبد العال – القانون الدولي الخاص – دار الثقافة للنشر والتوزيع – 2016.

30- ا/ سعاد توفيق سليمان ابو مشايخ – عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه – رساله ماسيجتير – جامعة النجاح الوطنية – فلسطين 2006.

31- د/صالح مهدي كحيط – مفهوم الإحالة بين النسبية والاطلاق واحكام الحل الوظيفي – دراسة مقارنة.

32- د/ صلاح الدين عبد الوهاب – الدفع بالنظام العام في مواريث الاتراك في مصر – مجله المحاماه لسنة 37، العدد 9 فبراير 1957.

33- د/ صوفي أبو طالب – القانون الروماني – دار النهضة العربية 1960.

34- أ/ طلبة مالك – التبني والكفالة – رسالة ماجيستير – جامعة وهران – الجزائر – الدفعة 14 – 2006.

35- أ/ طـه العلـوانى – مفـاهيم التبنـي والكفالـه – منشـور فـي مجلـة الاهـرام – العـدد 44541- 2008./9/17

36- د/ عادل بن عبد الله – الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام – مجلة الفكر – العدد الثالـث- كليـة الحقـوق والعلـوم السياسـية – جامعـة محمد خيضـر – الجزائر.

37- د/ عامر الكسواني – تنازع القوانين – ط1. دار الثقافة للنشر والتوزيع – .2010

38- أ/ عبلـة إبراهيم – دراسـة تحليليـة نقديـة لميثـاق حقوق الطفل العربـي – أبحـاث مؤتمر اتحاد المحامين العرب .1997

39- د/ عبـد الـرازق السـنهوري – الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني – مصـادر الالتـزام – الجزء الأول – طبعة .2007

40- د/ عبد الرحمن الصـابوني – شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – الطـلاق وآثاره – حـ 2 – ط 1 – منشورات جامعة دمشق – .2001

41- د/ عبد العزيز عامر – الاحوال الشخصيه في الشريعة الاسلامية – ط 1 دار الكتاب العربي – .1961

42- د/ عبد الفتاح محمد ابو العنين – احكام الميراث في الشريعة الاسلامية – كلية الحقوق جامعة المنصورة.

43- د/ عبد المجيد الحفناوي – تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية – 1985.

44- د/ عبد المنعم السيد بدراوي، محمد بدر – مبادئ القانون الروماني – بدون سنة نشر.

45- د/ عز الدين عبدالله – القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني – دار النهضة العربية 1969.

46- د/ عزت البحيري – القانون الواجب التطبيق علي الحضانة – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي – مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية العدد 25 – جامعة قطر – 2007 .

47- د/ عصام الدين القصبي – الوجيز في القانون الدولي الخاص – دار نصر للطباعة الحديثة .2012

48- د/عكاشة عبد العال – تنازع القوانين – دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة – .2007

د/ عكاشة عبد العال – الوجيز في تنازع القوانين – دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة – .2014

49- د/ علي محمد عبد الحافظ – الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي ط[1] – دار الفكر الجامعي الإسكندرية .2008

50- د/ عنايت عبدالحميد ثابت – اطراح فكره الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص – دار النهضه العربيه – القاهرة – .1996

51- د/ فارس كريم تنازع القوانين في التبني – مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية – العدد الرابع – السنة التاسعة .2017

52- د/ فتحي المرصفاوي – دراسات في تاريخ القانون المصري- دار الفكر العربي .1980

53- د/ فواز اسماعيل محمد – التبني وبدائله – مجله كليه العلوم الاسلاميه جامعه الموصل – المجلد السابع – العدد 13 – لسنة .2013

54- د/ فؤاد رياض – ساميه راشد – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية.

55- د/ كحيل كمال – النظام العام والنفاذ الدولي للحق المكتسب في مسائل الاحوال الشخصية – المجلة الاكاديمية للبحث القانوني – الجزائر – 2015.

56- المستشار الدكتور – كمال حمدي – المواريث والهبة والوصية – منشأة المعارف بالاسكندرية – 1998.

57- د/ ماهر جميل أبو خوات – الحماية الدولية لحقوق الطفل – دار النهضة العربية 2005.

58- د/ محمد السيد عرفه – القانون الدولي الخاص – دار الفكر والقانون – المنصورة – 2013.

59- د/ محمد خالد الترجمان – القانون الدولي الخاص – بدون سنة نشر.

60- د/ محمد زكريا البرديسى – الاحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية ط2 دار النهضة العربية – 1967.

61- د/ محمد صبحي نجم – محاضرات في قانون الاسرة – سلسلة دروس العلوم القانونية – ط 3 – جامعة عنابة – الجزائر.

62- د/ محمد عبد الجواد – حماية الامومة والطفولة في المواثق الدولية والشريعة الإسلامية – منشأة المعارف بالإسكندرية – 1991.

63- أ/ محمد عبده الزعير، أ/ عبلة إبراهيم – دراسة تحليلية نقدية لميثاق حقوق الطفل العربي – أبحاث مؤتمر اتحاد المحامين العرب 1997.

64- أ/محمد عليوي ناصر – الحضانة بين الشريعة والقانون – رسالة ماجستير – جامعة بغداد – كلية الشريعة – 1998.

65- د/ محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص – الطبعة الثانية 1985.

66- د/ محمد محمد فرحات – احكام التركات والمواريث والوصايا والاوقاف في الفقه الإسلامي والقانون – دار النهضة العربية .2001

67- د/ محمد محي الدين ابراهيم سليم، د/ محمد احمد المعداوي – احكام الاحوال الشخصيه للوطنين غير المسلمين.

68- د/ محمد وليد المصري- الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص. ط3 –دار الثقافة للنشر والتوزيع – 2016.

د/ محمد وليد المصري – محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي – بمفهوم القانون الدولي الخاص – مجله الحقوق – الكويت – عدد 4 لسنه .2003

69- د/ محمود السقا – فلسفه وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية – دار الفكر العربي 1978.

70- الاستاذ/ محمود كامل المحامي – التنبي – في القانون المقارن وتنازع بعض احكام التبني في قوانين الولايات المتحدة الامريكية – مجلة المحاماه – لسنة 39 – العدد 4 – 1958/12/4 .

71- د/ محمودي فاطمة – تعارض المادة 13 مكرر الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري مع النظام العام الوطني – مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية – .2017

72- د/ منصور مصطفي منصور – مذكرات في القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – دار المعارف – .1957

73- د/ منيره حريزي – التبني والكفاله – دراسه مقارنه – رساله ماجستير – كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة محمد بوضياف – .2016

74- د/ نبيلـه إسـماعيل رسـلان – حقـوق الطفـل فـي القـانون المصـري مقارنـا بالشـريعة الإسلامية – 1998.

75- د/ هشام خالد – محاضرات في القانون الدولي الخاص – مطبعه جامعه طنطا – 2001.

76- د/ هشام صادق – تنازع القوانين – دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة – 2013، ط .2014

77- د/ يحيى زكريا الشامي – التبني في الاسلام واثره علي العلاقات الخاصه الدوليه – مكتبه الوفاء القانونيه – الاسكندريه – .2016

78- د/ يوسف القرضاوي – الحلال والحرام في الإسلام – مكتبة وهبه للنشر والتوزيع – القاهرة – 2013.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية :

1- ALGLAVE, Definition de l`ordes public en matière civil, R.P.D.A, 1968.

2- BARTAN : princips de droit international prive selon la loi et le jurisprudence francaise, paris, 1930.

3- Batifol.H, LAGARD.P: LE droit international prive, T.i.l.G, paris,1975.

4- BATIFFOL.H ; les contrats en droit international, Prive compare. McGill – unvensity, institut de droit compare, 1981.

5- Daniel Gutmann : Le droit international prive, Paris, Dalloz, 1999.

6- DICEY.(A): digest of the law of England with reference to the conflict of laws, London,stevens,&sons, 3rd, 1922.

7- E.Grobbier : l`adoption en Droit international prive compare rev – crit, 1976.

8- Firas Kareem : conflict of laws in Adopetion.

9- Francescakis: la theorie du renvoi et les conflits de systemes en droit international preiye, edition sirey, 1958.

10- Francais Melin : Droit international prive, Alger, 2001.

11- Heidi Schwarz wald, Elizabeth collins, susan Gillespie, Adiaba Frankline: international Adoption and clinical practice, Houston, Texas, U S A, 2015.

12- MAYER. P ; l'interference de lois de Police l'appote de la jurisprudence arbitral de la cci, 1986.

13- MALAURIE. PH&AYNESL,: cours de droit civil, les obligations, cujas.1998.

14- Jacques. foyer : repertoire de droit international ,adoption 2003.

15- Jean. Derrpe : Droit international prive, Dalloz, paris, 1999.

16- J.G. collier : conflict of laws Cambridge studies in international and compaRative law – 1987.

17- Kerry O`Halloran : the politics of adoption, international perspectives on law, policy and practice – third edition – 2016.

18- Lagarde. P : Les clauses limitatives ou exoneratoires de responsability en droit international prive en les clauses de responsability en europen actes du colloque des 13 et 14 decempre ,1990, L.G. D.J.1990.

19- Loussourem. y & Bourel. p : droit international prive 5^{e}, ed, cujas, 1998.

20- TERRE. F., SIMLER. PH & lequettey: Droit civil, les obligations, Dalloz, 1996.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
النظام القانوني للتبني واثره في مواجهة النظام العام	**3**
تقديم	3
مبحث تمهيدي : ماهية التبني ومداه في القوانين الوضعية والاتفاقات الدولية	**7**
المطلب الاول: تعريف التبني وتمييزة عن ما قد يخطله بيه	**9**
المطلب الثاني: رؤية التبني في القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية	**16**
الفصل الاول : المرجعية القانونية للتبني والصعوبات التي تواجهها	**25**
المبحث الاول : القانون الذي يحكم مراحل التبني	**27**
المطلب الاول : التكييف القانوني للتبني	**28**
المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق بشأن التبني	**35**
الفرع الاول : القانون الواجب التطبيق علي شكل التبني	**37**
الفرع الثاني : القانون الذي يحكم شروط التبني الموضوعية	**42**
الفرع الثالث : القانون الذي يحكم اثار التبني وانقضائه	**94**
المبحث الثاني : العقبات التي تواجه اعمال قانون التبني	**56**
المطلب الاول : قانون التبني ومشكلة الإحالة	**57**
المطلب الثاني : التبني في ظل قانون دولة تتعدد فيها الشرائع	**62**
المطلب الثالث : قانون التبني بين التطبيق الجامع ، والتطبيق الموزع	**66**
الفصل الثاني : دور النظام العام في شأن التبني	**71**
المبحث الاول : جوهر فكرة النظام العام	**72**
المطلب الاول : مفهوم النظام العام واساس إعماله	**73**
المطلب الثاني : مدى إلتباس قواعد البوليس بفكرة النظام العام	**79**

المبحث الثاني : أطر التدخل باسم النظام العام في شأن التبني	**85**
المطلب الاول : شروط وموجهات التدخل باسم النظام العام	**87**
المطلب الثاني : مرتكزات التدخل واثاره	**91**
الفصل الثالث : حدود الاعتراف بأثار التبني في دولة القاضي	**103**
المبحث الاول : مصير حق التبني المكتسب في الخارج	**104**
المطلب الاول : شروط الاعتداد بالحق المكتسب في الخارج	**105**
المطلب الثاني : حدود إعمال قاعدة الحق المكتسب	**113**
المبحث الثاني : اثار التبني في ميزان النظام العام	**121**
المطلب الاول : مدى تعلق التبني بالنظام العام في مصر	**122**
المطلب الثاني : اثار التبني في ضوء فكرة النظام العام	**129**