وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق.

التبني بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص:قانون أسرة

اعداد الطالب(ة): طلول سليمة

بإشراف.الدكتورة :كرتوس أنيسة

لجنة المناقشة:

1) الدكتور : قرمال بوعلام رئيسا.

2) الدكتورة:كرتوس أنيسة مشرفا و مقررا.

3) الدكتور:شكيرين ديلمي عضوا ممتحنا.

السنة الجامعية :2020/2019

﴿وما جعل أدعيائكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم﴾

قال عليه الصلاة والسلام:
"من إدعى إلى غير أبيه أو إنتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة و الناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا"

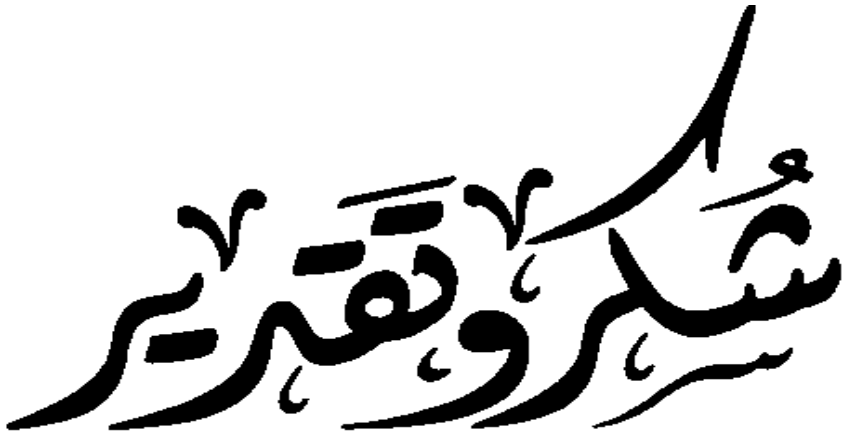
رواه أبو داود

نحمد الله حمدا كثيرا يليــق بجلاله و كمال صفاته الذي وفقنا و أعاننا على إتمام هذه الدراسة و إخراجها إلى النور. و نصلي و نسلم على من لا نبيّ بعده معلم هذه الأمة و مرشدها.

أهدي هذا العمل الذي كان نتيجة مثابرة من طرفنا و اشراف و توجيه من طرف استاذتي المشرفة التي أكن لها كل الاحترام و التقدير التي لم تبخل علي بإرشاداتها ونصائحها التي ساهمت إلى حد كبير في إنجاز هذا العمل المتواضع.

كما أتقدم بالإهداء الى روح والدي الطاهرة و أمي العزيزة أطال الله عمرها وحفظها وكل أفراد عائلتي و كل من كان له الفضل لوصولي لهذه الدرجة .

سليمة



أتقدم أولا بالحمد والشكر لله سبحانه وتعالى الذي وفقني لإنجاز هذا البحث

كما أتقدم بخالص شكري وفائق تقديري لأستاذتي الفاضلة كرتوس أنيسة التي تفضلت بالإشراف على مذكرتي.

والتي وجهتني و شجعتني على مواصلة هذا البحث و إتمامـــــه

وأتوجه بخالص الشكر والعرفان للجنة المناقشة و إلى كافة الذين ساعدوني من قريب أو من بعيد لانجاز هذا البحث.

مقـــــدمـــــــة

مقدمـــــــــــة

تحظى الأسرة بعناية كبيرة باعتبارها أساس المجتمع، فقد وجهت الشريعة الإسلامية قسطا كبيرا من عنايتها نحو تدعيم الأسرة،ثم إهتمت التشريعات الوضعية بها هي الأخرى وأحاطتها بما يكفل لها الصلاح والاستقرار.

لقد لقيت الأسرة إهتماما بالغا،سواء بأسس تكوينها أو بأسباب دوام ترابطها،و هذا يعود لعوامل أساسية منها على وجه الخصوص تلبيتها للفطرة البشرية ،لأن الإنسان دائم الحرص على أن يكون له إبن يحمل إسمه من بعده ، ذلك أن الحياة نشوء وإنتماء نشوء بواقعة الميلاد و انتماء بثبوت النسب.

و يعتبر النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة،و يرتبط بها أفرادها برباط دائم الصلة ،تقوم على أساس وحدة الدم،إذ من الله عز و جل على عباده بالنسب و الصهر.

لقوله تعالى:﴿وَ الله جعل لكم من أنفسكم أزواجا و جعل لكم من أزواكم بنين و حفدة و رزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون و بنعمت الله هم يكفرون﴾[1]

كما يعد التبني ظاهرة قديمة عرفت قبل الاسلام،و اتى الاسلام ونهى عنها،إلا ان بعض الديانات أقرتها ورحبت بها،لكن يبقى المفهوم العام للتبني:الوضع الاجتماعي و الوضع النفسي،وواقع المتبنى و المتبني معا،و يعتبر التبني بالمفهوم العام هو كل عائلة أخذت على عاتقها ولدا أو بنتا او الاثنين معا بغاية تربيتهما تماما كأبناء هذه العائلية،و أحيانا يلجأ الى التبني من لا ينجب اطفالا،وقد يكون التبني حتى عند بعض العائلات التي لديها أطفال.

و قد أولت الشريعة الإسلامية لمسألة الأنساب عناية خاصة،و أحاطتها بسياج منيع من الأحكام لضمان إثباته و حفظه وجودا وعدما،فشرع الإسلام الزواج و رغب فيه و عده السبيـل المشروع لإيجاد الذرية و إبتغاء النسل،كما ضبط أركانه و عين شروطه و فصل

[1] أنظر القرآن الكريم،سورة النحل ،الآية 72.

أحكامه حتى لا يترك لأهواء الناس ونزعاتهم،فجعله عقدا ينبني على التأييد و الدوام حتى يقطع الطريق أمام التلاعب بالأعراض،و حتى ينشأ الأبناء في أحضان والديهم و في كنف أسرة مستقيمة تحيطهم بالحنان و الأمان.

فالأبناء هم ركيزة المجتمع،إذا كانت نشأتهم سوية كانوا فعالين في المجتمع،أما إذا نشؤوا في كنف أسرة غير مستقرة فإنه سيكون الدافع لإنحراف والضياع مما يكون الباعث في تكوين السلوك الإجرامي لديهم.

لذلك فإننا نجد الشريعة الإسلامية قد ألغت كل نسب خارج إطار العلاقة الشرعية ،و أوجبت الحد على مرتكب الفاحشة،وعدتها من كبائر الإثم والمعاصي التي يتوجب سخط الله ومقت العباد،و شددت العقوبة عليها،وما هذا إلا نوع من الحصانة و الحماية للمجتمع حتى لا تستفحل فيه الفاحشة و مايعقبها من الفساد الذي يكون أدناه انتشار أطفال لا نسب لهم.

وأمام إنتشار ظاهرة الأولاد مجهولي النسب أو معلومي النسب و الدين تم التخلي عنهم وجد المجتمع نفسه أمام أطفال أحياء لا يمكنه إنكارهم،و لا يمكنه البقاء كمتفرج عليهم فما عليه إلا أن يعتني بهم و يبحث لهم عن طرق ووسائل تمكنه من رعايتهم و حمايتهم.

وقد ظهرت الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 التي أكدت و أجبرت أشخاص المجتمع الدولي على إيجاد مؤسسات و أنظمة قانونية ترعى شؤون الطفل.

وخاصة الحالات التي يوجد فيها الولد كما يلي:

-إذا كان الولد من أبوين مجهولين.

-إذا كان يتيما أو عجزا أبويه على رعايته و توفير وسائل معيشية مشروعة.

-إذا كان أبويه منحرفين و لا يقومان بواجبهما في رعاية الولد و تربيته و توجيهه.

-إذا سقطت الولاية الشرعية عن أبويه.

إن كل هذه الحالات حتمت على أشخاص القانون الدولي إيجاد حلول قانونية و ذلك بانشاء مؤسسات قاونية تقوم برعاية هذه الفئة قصد نشأتها ورعايتها،وهو الشيئ الذي أدى الى اختلاف الدول في اختيار هذه الانظمة والمؤسسات القانونية،فمنهم من إختار مؤسسات قانونية تقوم بإحضان الولد ومنحه الاسم وتمكينه من الارث ،ومنهم العكس نصت على معاملته معاملة الابن لكن لا ينسب اليه ولا يرثه وانما يجوز التبرع له و هناك من الدول من جمعت بين النظامين معا.

و يتضح لنا أن التبني رغم تلبيته لحاجات الانسان خاصة الفئة المحرومة من الاولاد نظرا لنتيجة ظروفها،فله أيضا مفاسد سلبية و جعل لد بديل عنه و هو الكفالة لتحقيق المقاصد المرجوة و تلبية رغبة الافراد و أجازها القانون و حث عليها المشرع الجزائري قد سلك أحسن طريق من خلال منع نظام التبني واخذ بحكم الشريعة الاسلامية.

أسباب إختيار الموضوع:

وبما أن التبني يعتبر من الانظمة التي أولت لها الشريعة والقانون اهتماما خاصا واعتنت بهذه الفئات،فقد وقع اختياري لهذا الموضوع و ذلك للأسباب التالية:

– التعرف على مدى التقارب أوالتباعد بين قانون الاسرة والشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالتبني و توضيح مفهوم التبني من منظور الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري و تجنب المشاكل التي تقع نتيجة مخالفة أمر الشرع،و توضيح معني التبني في القانون .

– التأكيد على رجحان و عدالة الاسلام في موقفه من التبني من خلال بحث حكم التبني من جهة و البدائل التي أباحها الاسلام كبديل عن التبني من جهة أخرى

–موضوع التبني من الموضوعات التي لم تنل قسطا وافرا من البحث والدراسة .

–جهل الكثير من المسلمين بالأحكام الشرعية التبني.

–وجوب بيان الاحكام الصحيحة للتبني وفق منهج القرأن والسنة،لتجنيب المجتمع الاسلامي الوقوع في مشاكل او لبس.

أهداف الدراسة:

- بيان موضوع التبني و حقيقته وفق الشريعة الاسلامية و أدلة تحريمه بالكتاب والسنة و كذا القانون الوضعي.
- توضيح موضوع التبني وحقيقته ووجوب فهمه من قبل الناس لتجنب الوقوع في المشاكل التي تؤدي الى ضرر كبير خصوصا في مسالة الارث و النسب.
- التعرف على موقف المشرع الجزائري من هذا النظام وتوضيح كيفية التعامل الواقع القانوني في الجزائر.

الإشكـــاليـة :

لمعرفة محتوى هذا النظام و أهم اثاره ارتاينا طرح الاشكالية التالية:

ما هو موقف الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي الجزائري من نظام التبني ؟

و في هذا السياق تطرح عدة تساؤلات :

هل وضعت الشريعة الاسلامية و القوانين الوضعية بدائل أخرى لرعاية في الفئات ؟

وماهي الاسس التي إعتمدتها القوانين الوضعية في إختيار نظام الرعاية المناسب؟

المنهج المتبع:

فيما يخص المنهج المتبع في هذا البحث اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي من طرف مفاهيم التبني مع شرح و عرض موقف الشريعة والقانون .

خطة البحث:

بهدف معالجة جوانب هذا الموضوع تم تقسيم هذا الموضوع الى فصلين:

نتناول في الفصل: ماهية التبني و موقف الشريعة الاسلامية منه،و قد قسمنا هذا الفصل الى مبحثين،في المبحث الاول تناولنا مفهوم التبني وتمييزه عن الانظمة المشابهة لـــه .

و تناولنا في المبحث الثاني :التبني في الشريعة الاسلامية .

أما في الفصل الثاني فتطرقنا الى :التبني في القانون الوضعي ،و قد قسمنا هذا الفصل ايضا الى مبحثين فتناولنا في المبحث الاول :التبني في القانون الجزائري و في المبحث الثاني:التبني في القوانين الوضعية.

و اعتمدنا هذه الخطة لدراسة موضوعنا لتبيان نظام التبني بين الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي و البدائل المتوصل اليها كلا على حدى.

صعوبات البحث:

-ندرة في المراجع ،و نقص في الدراسات المتخصصة و البحوث العلمية الجامعية.

الفصـــــــل الأول

مـــــــاهيـــــة التـــبـــني

و مـــــوقـــف الشـــــريعة

الإسلاميـــة منـــــه

الفصل الاول: ماهية التبني و موقف الشريعة الاسلامية منه

المبحث الأول:مفهوم التبني و تمييزه عن الانظمة المشابهة له.

لقد عرف التبني كنظام لدى الشعوب العابرة منذ القدم،و تبنته العديد من الدول المعاصرة و خضعت له آليات تنظمه في حين نجد بعض الدول حرمته و أخرى أقرته، فنحن ننظر اليها بشئ من الحذر،وتبقى هذه العملية على الصعيد الاجتماعي غير محبذة نظرا لتحريم الشريعة الاسلامية لها وحذت حذوها جل البلدان العربية و سنتاول في هذا المبحث مفهوم التبني و تمييزه عن الانظمة المشابهة له بحيث يحتوي على المطلب الاول على تعريف التبني ويتفرع الى الفرع الاول على التعريف اللغوي والفرع الثاني على التعريف الاصطلاحي والفرع الثالث خصائصه المطلب الثاني أثاره و المطلب الثالث تمييزه عن الانظمة المشابهة له.

المطلب الأول:تعريف التبني

التبني يفيد انشاء رابطة غير حقيقية بين شخصين لا يوجد بينهما أبوة أو بنوة حقيقية و ترتب أثار العلاقة الحقيقية عليه و ان للتبني معنين احداهما لغوي و الاخر اصطلاحي

الفرع الاول: تعريف التبني

أولا :لغـــة:

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى العريف اللغوي للتبني:

–التبني لغة من فعل تبنى ،فلانا،إتخذه إبنا ،و يقال تبنيته، أي إدعيت بنوته،ولقد غلب في إستعمال العرب لفظ "إدعا" على التبني، مثل "إدعى فلانا فلانا "،و منه الدعي ،أي المتبني و الدعي المتهم في نسبه و المنسوب إلى غير أبيه ،جمع أدعياء.[1]

[1] بودومي عبد الرحمن،التبني و الكفالة في االشريعة الإسلامية وقانون الأسرة،أطروحة دكتوراه ،قسم قانون الخاص، الجزائر ،2016، ص 51.

بخلاف ما إذا كان ولد معروف نسبه و تبناه رجل غير أبيه فهذا التبني لا يثبت به من نسب من المتبني لأن النسب الثابت كما قدمناه لا يقبل الفسخ و على هذا لا يكون لمتبني "و يسمى الدعي" إبنا لمن تبناه و لا يجب لأحد منهما على الآخر حق الابوة و لا البنوة .

قال تعالى في سور الأحزاب ﴿وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم﴾ [1]

– جاء في لسان العرب لابن منظور:(التبني :من بني جمع ابن مضافا الى النفس،و يقال :تبنيته أي إدعيت بنوته ،و تبناه اتخذه ابنا ،و قال الزجاج : التبني به يريد تبناه .و في حديث أبا حذيفة:إنه تبنى سالما ،أي اتخذه إبنا) .[2]

ثانيا: إصطـــــلاحا:

لا يخرج استعمال الفقهاء للفظ التبني عن المعنى اللغوي.

فقد جاء في تفسير الطبري :التبني هو اذا ادعى رجل رجلا و ليس بابنه [3].

و عرفه عبد العزيز سعد:"تزييف النسب (التبني)هو إدعائه بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه الى أبيه و إعطائه نسب شخص ".[4]

وقد عرفه الدكتور بلحاج العربي:"هو أن يتخذ الانسان إبن غيره المعروف نسبه إبنا له"[5]

---

[1] عبد الوهاب خلاف،أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية،دار القلم للنشر ولتوزيع ،كويت 1990ص 189

[2] جمال الدين محمد بن كرم بن منظور،لسان العرب،الطبعة الثانية،دار صادر، بيروت،مجلد 14،ص91.

[3] أبي جعفر محمد بن جرير،جامع البيان عن تأويل اتلقران المعروف بتفسير الطبري،ضبط و تعليق شاكر محمود(الجزء 21)،الطبعة 1،دار إحياء التراث العربي،بيروت،ص 137

[4] عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على الاسرة،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،2002،ص 151.

[5] العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري،الجزء01(الزواج و الطلاق)،الطبعة 03،ديوان المطبوعات الجامعية،الساحة المركزية بن عكنون،الجزائر ،2004،ص200 .

و عرفه الدكتور يوسف القرضاوي :"و هو أن يضم الرجل طفلا الى نفسه مع علمه أنه ولد غيره ومع هذايلحقه بنسبه وأسرته و يثبت له كل أحكام البنوة وأثارها مع اباحة اختلاط وحرمة الزواج و استحقاق الميراث".[1]

إضافة إلى ذلك فقد عرفه الدكتور مصطفى شلبي: "استلحاق شخص معروف النسب إلى أب أواستلحاق مجهول النسب، مع التصريح بأن يتخذ ولدا وليس بولد حقيقي[2].

عرفـــــه الأستـــاذ فضيل سعد:" التبني هو عملية إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مـجهول".

مع علمه يقينا أنه ليس منه وهي علاقة بين الطرفين أحدهما وهو الشخص الكبير، إمرأة أو رجل ويسمى المتبنى، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنى."[3]

والمتبنى إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسبي كاللقيط.

كما عرفه الدكتور توفيق حسن فرج" :بأنه تصرف قانوني ينشئ بين شخصين علاقة أبوة وبنوة صورية ومدنية بحتة ." [4]

أما محمد محي الدين عبد الحميد فقد عرفه:أن يعمد رجل ما إلى ولد معروف النسب إلى أبيه،فينسبه إلى نفسه،أو تعمد إمرأة ما إلى ول معروف النسب إلى أمه، فتنسبه إلى نفسها،ويسمى الولد المتبنى على هذه الصورة:دعيا،وجمعه أدعياء [5].

---

[1] يوسف القرضاوي،الحلال والحرم في الاسلام،الطبعة 13،دار البعث،قسنطينة،الجزائر، 1980م،ص 218

[2] محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفري والقانون، الطبعة4، الدار الجامعية، بيروت1983،ص723

[3] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1 ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1993، ص224 .

[4] توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1980 ، ص697 .

[5] محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية،المكتبة العلمية،بيروت،2007،ص 387.

أما المستشار معوض عبد التواب :التبني هو استحقاق شخص معروف النسب أو مجهول له مع التصريح بأن يتخذه ولدا مع أنه ليس ولده الحقيقي.[1]

كما عرّفه الشيخ حماني:" التبني هو أن يعلن المرء أما الملإ أن" فلان الفلاني "إبنه ومن تلك اللحظة يصبح في أعين الناس إبنه، يجرى عليه جميع أحكام البنوة " .[2]

وقد عرفته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها على إثر الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي في المادة13 من الفصل المتعلق بالتبني،الغرض الأساسي من التبني هو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لم يتمكن والداه الأصليان من توفير الرعاية له.

و لمعنى التبني في الشريعة الإسلامية صورتان:

إحداهما– صورة التبني المشروع :

وهي أن يضم الرجل الطفل الذي يعرف انه ابن غيره إلى نفسه، فيعامله معاملة الأبناء دون أن يلحق به نسبه فلا يكون إبنا شرعيا ولا يثبت له شيء من أحكام البنوة، والتبني بهذا المعنى يلجأ إليه بعض المحسنين وأرباب الخير الذين يرون فيه قربة إلى الله.

والثانية–التبني المحضور :

وهي المفهومة من كلمة تبني عند إطلاقها وفي عرف الشرائع وماهو متعارف بين الناس بأنه أن ينسب الشخص إلى نفسه طفلا يعرف أنه ولد غيره وينسبه إلى نفسه نسبة الإبن الصحيح ويثبت له أحكام البنوة الصحيحة والحقيقية[3].

---

[1] المعوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج1 ، ط4 ، دار الوفاء، مصر، 1988 ، ص159 .

[2] الشيخ أحمد حماني، استشارات الشرعية ومباحث فقهية، ج4 ، المؤسسة الوطنية المطبعية، الجزائر، 1993 ، ص . 515

[3] الامام محمود شلتوت الفتاوى ،الاسلام عقيدة وشريعة ، طبعة 1،دار البعث قسنطينة،د.ت.ط.ص 213.

وعليه نستخلص أن التبني هو اتخاذ ابن الآخرين بمثابة الابن من النسب الصحيح أو الأصيل، فهو أحد هذه العادات الشائعة، إمّا لِتجاوب مع النزعة الفطرية في حب الأولاد حال العقم أو اليأس من الإنجاب، وإما لإستلطاف الولد أو للإستحسان ولد أو بنت الأخر، فيجعل الولد متبني مع العلم أنه ولد الأب الآخر الحقيقي وليس ولد للمتبني في الحقيقة .وربما كان سبب التبني أو الباعث هو رعاية ولد لقيط أو مفقود أو مجهول النسب أو لا عائلة له ولا مربىّ له فيقوم بتبنّيه حفاظا عليه من الضياع أو الموت أو الهلاك.

الفرع الثاني :خصائص التبني

أخذ التبني مكانة في للتشريعات التي اتخذته نتيجة لخصائص عديدة من شانها أضفت عليه ما يمييزه بين الانظمة المشابهة له و من بين هذه الخصائص نذكر:

* التبني نظام قديم عرف في العصور العربية في الجاهلية كما عرفته المجتمعات غير العربية كالرومان واليونان.
* التبني مقنن في ظل المجتمعات الحديثة في قوانين داخلية وبرتوكولات دولية.
* ينص التبني على القصر دون سواهم ذكرا كان أم أنثى .
* يتميز التبني بإلحاق نسب المتبنى القاصر بنسب المتبني واعتباره إبنا شرعيا.
* تنزيل المتبنى منزلة الابن الصلبي بمساواته في الحقوق معه .
* يكون المتبني شخصا راشدا ذكرا أم أنثى كان.
* إمكانية تبني أي طفل بغض النظر عن جنسيته.

* يغلب على التبني الطابع الشكلي والإجرائي فهو بمثابة عقد بين المتبني والأشخاص والهيئات الراعية للطفل المرشح للتبني.
* التبني يعطى للمتبنى الحق في الإرث من المتبني وفي نفس الوقت يلقي عليه واجبات مثل الابن الشرعي.
* ان مضمون التبني يشمل الولاية التامة علي نفس ومال المتبنى من رعاية وتربية وتمثيل قانوني في إدارة وتصرف في الأموال وكل ذلك من قبل المتبني،وعليه يمتاز التبني بإلحاق نسب المتبنى ومنح اللقب،الولاية على نفس ومال القاصر المتبنى،تمكينه من الإرث،حقوق وواجبات متبادلة بين المتبني والمتبنى،يثبت بموجب عقد أوحكم قضائي إمكانية إسقاط التبني، المتبنى شخص مجهول النسب أو معلوم أو لقيط بغض النظر عن الجنسية.

المطلب الثاني: تمييز التبنى عن الأنظمة المشابهة له.

قد يختلط بالتبني أنظمة أخرى تتشابه معه فيجب التفريق بين التبني وبين هذه الأنظمة التي قد تتداخل معه.

الفرع الأول : التبني والإقرار بالنسب

يظن بعض الناس أن نظام الإقرار بالنسب يشبه نظام التبني والحقيقة أنه لا صلة بين النظامين ولا تشابه،فالتبني هو أن يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب أو مجهول النسب مع علمه بأنه ليس بابنه من صلبه .

أما الإقرار بالنسب إقرار الشخص صراحة أن شخصا معينا إبنا له،بنسب صحيح وحقيقي ولكن ظروف معينة أجلت هذا الإقرار، كعقد تم دون تسجيله بين زوجين وأنجبا ولـــدا،أو أنكر الأب الولد فترة معينة ثم عاد واعترف بأن عقدا شرعيا ئم بينه وبين امرأة نتج عنه ولد شرعيه،وليس الإقرار بالنسب هو التبني المعروف،لأن الإقرار لا ينشئ النسب وإنما هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب،فهو يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائه فيكون إبنا له ثابت النسب منه،وليس له نسب آخر يتساوى مع إبنه الثابت نسبه بالفراش، إذ تثبت له كافة الحقوق الثابتة للأبناء من النفقة والإرث وحرمة المصاهرة، واحتمال أنه كاتب في الواقع لا يلتفت إليه، لأنه لا يوجد ما يثبت كذبه، فالظاهر يصدقه، والله يتولى سرائره[1].

فالإختلاف إذن بين الإقرار بالنسب والتبني يظهر في عنصرين أساسيين:

-الإقرار إعتراف بنسب حقيقي والتبني تصريح بنسب صوري .

-الإقرار يثبت النسب والتبني منشئ للنسب.

[1] محمد مصطفى شلبي،المرجع السابق ،ص 723

الفرع الثاني : التبني والحضانة

إذا كان التبني هوعقد ينشئ بين شخصين علاقة صورية ومدينة محضة بالأبوة والبنوة المفترضة،كما يمكن أن يكون نتيجة نزع طفل من أبوين معلومين وإلحاق نسبه إلى المتبنى، في حين الحضانة هي" رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته علي دين أبيه، والسهر على حمايتة وحفظه صحة وخلقا"[1].

وتكمن أهم الاختلافات بينهما في:

* ان الحضانة تمارس على طفل معلوم النسب؛أما التبني فيكون إما على شخص معلوم النسب أو مجهوله .
* من المحضون يحتفظ بنسبه،على خلاف المتبني الذي يأخذ نسب العائلة المتبنية،ومن ثم فما التبني إلا تزييف للنسب.
* يسقط زواج الحاضنة حقها في الحضانة، كقاعدة عامة؛على نقيض التبني الذي يشترط في المتبني أن يكون متزوجا .
* يرتب التبني جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات كحرمة الزواج واستحقاق الميراث والنفقة مثلا، أما الحضانة، فلا ترتب شيئا من ذلك إذا كانت بيد غير الأبوين.

الفرع الثالث : التبني والكفالة

ظاهرايا لا يوجد فرق بين الكفالة والتبني لأن كلاهما يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا وضمه إلى أسرة أخرى ليست أصلية لكن الشيء المتعارف عليه في التفرقة بين التبني والكفالة هوأن التبني يؤثر في النسب إذ يحدث تعب جديد اعتباري و هو النسب بالتبني هذا من جهة، ومن جهة أخرى يؤثر في العلاقة الميراثية بسبب النسب الاعتباري لا يصبح وارث هو كذلك متى توافرت شروط الميراث.

[1] المادة 62 من قانون الاسرة الجزائري

الفرع الرابع: التبني و البنوة اناتجة عن التلقيح الاصطناعي:

إذا كان التبني هو الحاق شخص مجهول النسب أو معروف النسب مع التصريح بأن يتخذه ولدا مع أنه ليس ولدا حقيقيا في حين إن البنوة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي خاضعة الى شروط محددة في قانون الاسرة الجزائري تتمثل فيما يلي:

- أن يكون الزواج شرعيا
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة الرحم الزوجة دون غيرهما.
- لا يجوز اللجوء الى التلقيح الاصطناعي باستعمال الام البديلة [1]

و عليه فإنه يعتبر نسب شرعي حقيقي و ينتج جميع أثاره المتعلقة بالبنوة و الابوة و لا يعتبر تبني .

وعليه " إن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين داخل الرحم أو خارجه ،إنما شرع لتحقيق واحد،و هو التغلب على مشكلة العقم عند أحد الزوجين أو كليهما حينما يستعصي علاجه بالطرق ووسائل العلاج الطبية التقليدية "[2]

وعليه يعتبر المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي ذات نسب شرعي و حقيقي ،و لا يعتبر تبني ،لأن الولد المتبنى معروف أنه للغير ينشأ عن ماء أبيه ويلحق بأسرة علما أنه ليس عنصر منها .

الفرع الخامس:المتبني واللقيط:

"التبني معروف عند العرب قبل الاسلام ولكن الاسلام ابطله و ألغى أثاره ،و على هذا لا يجوز ولا يصح تبني المسلم لقيطا أو غيره،بأن يجعله إبنه و هو يعلم أنه ليس إبنه"[1]

---

[1] المادة 45 مكرر من القانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو 2005

[2] تشوار جيلالي،رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي،مجلة العلوم القانونية و الادارية ،العدد 4،2006، ص56

"وهذا بخلاف اللقيط الذي يثبت نسبه ممن إدعاه ،فيكون إبنا شرعيا لمن إدعاه،و يكون لكل منهما على الاخر ما للأب على إبنه ،و ما على الإبن لأبيه، وهذه الدعوى إقرار نسبه"[2] .

و هكذا لا يثبت النسب بالتبني ،و لو كان الولد المتبنى مجهول النسب ،بعكس إدعاء بنوة اللقيط حيث يصدق المدعى ويثبت نسبه منه على إعتبار أن اللقيط،إبنه حقيقة لا على أساس الاعتراف بنظام التبني الذي أبطه الإسلام."[3]

[1] مريم أحمد الدغستاني،أحكام اللقيط في الاسلام،طبعة 1،د.م.ط.1992.ص 122

[2] بلحاج العربي،المرجع السابق،ص 201.

[3] مريم أحمد الدغستاني ،المرجع السابق،ص 122.

المبحث الثاني : التبني في الشريعة الإسلامية

لقد أوضحت الشريعة الإسلامية أن اللعب لا يثبت إلا بالولادة الحقيقية الناشئة عن النكاح الشرعي، ولقد أعطت بدائل وحلول مناسبة من أجل تفادي تحريف وتزييف النسب

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التبني

كما هو معروف أنه كان للعرب في الجاهلية عادات وتقاليد حاول الإسلام تهذيب الصالح منها وإبطال الفاسد والمضر ومن أهم ما أبطله: "التبني"[1].

فلقد عرف العرب قبل الإسلام نظام التبني فكان الرجل إذا ما أعجبه فتى لوسامته أو حبا في الرفعة والانتساب إلى ولد شريف الأصل أو ذي عزة وجاه،تبناه وألحقه بنسبه وأعطاه كل الحقوق مثل الأولاد الصليبيين وله نصيب في الميراث و ينسب إلى المتبني لذلك يقال فلان بن فلان [2].

وتماشيا مع هذه الظاهرة تبنى محمد بن عبد الله قبل أن يصبح رسولا بالرسالة الإلهية شابا من بلاد الشام، إشتراه حكيم بن حزام بن خويلد، ثم وهبة إلى عمته خديجة زوجة النبي ثم وهبته إلى النبي صلى الله عليه وسلم بعد أن تزوجته ولما عرف أبوه وعمه مكانه وطلباه من النبي صلى الله عليه وسلم، خيَره النبي صلى الله عليه وسلم، فما كان منه إلاأن اختار رسول الله صلى الله عليه وسلم على أبيه وعمه، فأعتقه وتبناه، وأشهد على ذلك القوم،وعرف منذ ذلك الحين بإسم "زيد إبن محمد" [3].

وهذا الوضع المتعلق بالتبني كشأنه في كثير من الأوضاع والمسائل التي ظلت سائدة فترة زمنية بعد ظهور الإسلام مثل الخمر والربا وبعض عادات الجاهلية، ثم حرم الإسلام التبني تحريما صريحا لأن رسالة الإسلام والقرآن الإصلاحية كانت تعالج أوضاع

[1] دليلة فركوس، تاريخ النظم، الجزء1 ،مطبعة الاطلس للنشر ،1993،ص 214

[2] محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة سلسلة دروس العلوم القانونية،الطبعة 03،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992 ، ص 55

[3] يوسف القرضاوي، مرجع سابق، ص 215

المجتمع العربي تدريجيا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم :"إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق".

"وفي السنة الخامسة للهجرة أبطل الله جلت حكمته التبني وحرمه" .[1]

وأصبح حكم الشريعة في التبني كغيره من الأحكام مبني على حكم ومقصد شرعي والأدلة على تحريم التبني كثيرة .

أولا : التحريم بالكتاب :

حرم القرآن الكريم التبني تحريما باتا،وذلك في قوله تعالى: ﴿وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل﴾. [2]

حيث أن الإسلام نفى التبني وصحة ما كانوا يعملون في الجاهلية،فلا يكون التبني مشروعا في الإسلام،إنما أمرنا الإسلام بأن ننسب الأدعياء إلى أبائهم،إذا كانوا معروفي الأباء فقال تعالى ﴿أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله﴾ أما إذا كانوا غير معروفي الآباء فلا تنسبهم إلى أحد وإنما هم إخواننا في الدين ومواليا فقال تعالى ﴿ فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم﴾ وليسوا ابناءا [3] .

وقد ورد في تفسير ابن كثير في قوله تعالى: ﴿ أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ﴾ هذا أمر ناسخ لما كان في ابتداء الإسلام من جواز ادعاء الأبناء الأجانب، وهم الأدعياء، فأمر الله تعالى برد نسبهم إلى آبائهم في الحقيقة ، وأن هذا هو العدل والقسط[4] .

---

[1] محمد صبحي نجم،المرجع السابق،ص 59.

[2] القرآن الكريم،سورة الأحزاب، الآية 4

[3] يحي أحمد زكريا الشامي،التبني في الاسلام واثره على العلاقات الخاصة الدولية،دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2009 ،ص 27.

[4] اسماعيل ابن كثير القرشي الدمشقي،تفسير القران العظيم،الجزء3،المكتبة التوفيقية،ص 466.

﴿والله يقول الحق وهو يهدي السبيل﴾ يقول الحق المطلق الذي لا يلابسه باطل ،ومن الحق إقامة العلاقات على أساس الولادة الحقيقية وليس على أساس التبني)[1]

وهكذا يتضح من النص القرأني قطعية حرمة التبني وإبطاله بما لا يدع مجالا للإجتهاد في مقابل صراحة وقطعية النص القرآني .

﴿ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين﴾[2]

ففي هذه الأية دلالة واضحة على التأكيد على حرمة التبني وأنها أصبحت عزيمة لا عودة فيها أبدا،فقد كان أهل الجاهلية يدعون زيدا ابن محمدا(ص)فلما تزوج مطلقته زينب بنت جحش قالوا إن محمدا تزوج زوجة إبنه،ولم يكن ذلك شأنا معهودا عندهم،فأنزل الله تعالى هذه الأية بيانا بأن الإسلام لا يقر التبني [3]

والآية جاءت لإباحة ما كان محرما في الجاهلية،من تحريم زواج المتبني من زوجة متبناه ،فجعله عز وجل حلالا طبيا ورفع الحرج عن المتبني في الزواج بها، واعتبارها من محارمه مع أنها أجنبية عنه في الأصل [4]

ثانيا : التحرير بالسنة النبوية الشريفة:

ما رواه أبو ذر (رضي الله عنه) أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول (ليس من رجل أدعي لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر بالله ومن أدعي قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار) وعن واثلة بن الأصقع قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن من أعظم الفري أن يدعي الرجل إلى غير أبيه أو يري عينيه ما لم تريا،أو يقول على رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لم يقل)[5] .

[1] يحي أحمد زكريا الشامي، مرجع سابق، ص 29.

[2] القرآن الكريم،سورة الأحزاب،الآية 40.

[3] المرجع نفسه،ص29.

[4] محمد حدة،سلسلة فقه الاسرة،الطبعة 2،اطلس للنشر،الجزائر،1993،ص416.

[5] محمد بن اسماعيل البخاري ،فتح الباري يشرح صحيح البخاري،مطبوع مع شرحه ،دار الفكر العربي،بيروت 1996.

ومنها ما رواه ابن عمر قال بأن زيد بن حارثة رضي الله عنه مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كنا ندعوه إلا زيد بن محمد حتى نزل قوله تعالى:(أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله)أخرجه مسلم والترمذي والنسائي عن طريق موسى بن عقبة (أخرجه البخاري في صحيحه–مكتبة الإيمان كتاب التفسير باتي أدعوهم لأبائهم ص1008) .

وكانوا يعاملونهم معاملة الأبناء من كل وجه ولهذا قالت سهيلة بنت يعار الأنصارية إمرأة أبي حذيفة رضي الله عنها يا رسول الله إنا كنا ندعو سالما إبنا لنا وإن الله قد أنزل ما أنزل وأنه كان يدخل علي وإني أجد في نفس أبي حذيفة من ذلك شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أرضعيه تحرمي عليه) (*رواه مسلم في صحيحه كتاب الرضاعة باب رضاعة الكبير ص700*).

لقد أبطل التبني بالتشريع العملي بعد التشريع القولي ولم يكن هذا الأمر سهلا على الناس فقد كان التبني نظاما إجتماعيا عميق الجذور في حياة العرب،فشاءت حكمة الله ألا يكتفي في هدمه وإهدار أثاره بالقول وحده بل بالقول والعمل جميعا،واختارت الحكمة الإلهية لهذه المهمة رسول الله صلى الله عليه وسلم في نفسه لكي يزيل كل شك وبدفع كل حرج عن المؤمنين في إباحة زواج مطلقات أدعيائهم،لكي يوقنوا أن الحلال ما أحل الله والحرام ما حرم الله[1]

المطلب الثاني : الحكمة من تحريم التبني في الشريعة الإسلامية

من الواجب أن يعرف المسلمون الحكمة من إيطال وهم آثارة وذلك لبيان مدى حرص الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب والحقوق الأسرية ومنع ضياعها، فبذلك نتساءل ماهي الغاية من تحريم التبني في الشريعة الإسلامية؟

تتجلى الأهمية من تحريم التيني في النقاط التالية:

[1] يوسف القرضاوي،مرجع سابق، ص 217

أولا : التبني اعتداء على الأنساب

أن النسب يثبت عادة من الآباء للأبناء نتيجة لرابطة شرعية قانونية ليس لأحد أن يتعداها بحيث يتصرف فيها بكل حرية، فيعطى لهذا اسمه أو نسبه بغير وجه حق .

إذ أنه يدمج شخصا أجنبيا غريبا في الأسرة يشاركهم في حياتهم يسلبهم حقوقهم بغير حق ويتعدى على نسبهم، غير أن ذلك لا يخوله أن يتمتع بحقوق المودة والرحمة وهي حقوق معنوية لا يتحقق إلا في صلة الدم واللحم،ولا يمكن تجسيدها في نسب أو قرابة مصطنعة بل بالعكس تؤدي إلى توليد نوع من التنافر تؤثر على هذا الطفل نفسيا، ومن جهة أخرى فإن تجريد هذا الطفل من نسبه الأصلي إن كان معلوم النسب دون رضاه أو بغير علمه سيولد له اعتقادا بأنه ينتمي إلى تلك العائلة، لكن يكتشف هذا التزوير فيتحول حبه لوالديه الذين تبنياه كرنا واحتقارا لهما[1]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة في المادة 77 منه، والتي هي مستمدة من الشريعة الإسلامية تنص:"يجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث". فمن خلال نص المادة نجد بأن هناك حقوق وواجبات على أفراد العائلة فيما بينهم، فإذا أضيف فرد آخر فيكون دخيلا عليهم، يغتصب حقوقهم وينقص من أخرى كالإرث مثلا إذ أن تحريم التبني هو غاية في حد ذاته إذ يمنع توريت من ليس له حق الإرث لأن الميراث له شروطه وأحكامه منها القرابة مثلا، وفي تحريمه عدم الإعتداء على حقوق الغير لأن إقرار التبني وثبوت التوريث يجعل منه تعدي على تركة الغير بغير وجه حق وهذا من شأنه أن يثير الحقد بين الأقارب الحقيقيين بسبب هذا الدخيل وبالتالي قطع الأرحام وباعتبار أن الدين الإسلامي هو دين الحق والعدل وأيضا دين رحمة وتكافل،لم يمنع تربية الطفل وتعليمه،ثم تركه عند بلوغه سن الاعتماد على نفسه وادراك مسؤولياته تجاه المجتمع والأمة، وبالتالي إحياء النفس كان هلاكها ممكنا.[2]

[1] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق ص 724.

[2] وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته الأحوال الشخصية،الجزء 7،دار الفكر،سوريا،1985،ص 675

ثانيا : التبني إنتهاك للحرمات

إن المعاملة التي يتلقاها الابن المتبنى على أنه أخ لبنات المتبني وابن لزوجته،فهو يأخذ مرتبة المحارم مع أنه يعتبر أجنبيا عنهم ولا يباح له ما يباح للإبن الصلبي هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذا الشخص يحرم من حقه في الزواج من هؤلاء الأجنبيات،التي تعتبر أنه أح لهن،وهو يعتبرهن أخواته، غير أنه قد يحدث ويتزوج هذا الشخص المتبنى بأخواته الصلبيات وهو محرم عليه،لذلك تختلط الأنساب، ويصبح المجتمع يقوم على نظام فاشل ضعيف الأسس.

وقد يؤدي التبني إلى الوقوع في أمور كثيرة كالنظر إلى العورات من المحرمات ومهما يكن من أمر فإن التبني لا يمكن أن يحصل عنه ما يحدث من البنوة الحقيقية فالميل الحسي مثلا لا يمكن أن يكون من الأم نحو ابنها الحقيقي ولكنه يمكن نحو المتبنى.

و أشهر مثل على هذا قصة نبي الله يوسف عليه السلام التي وردت في القرآن الكريم فإذ بالأمومة المصنوعة تؤتي ثمارها وتتكشف عن حقيقتها، وإذ بالشهوة تنطلق نحوه ونسيت بنوتها له،ولولا أنه نبي معصوم لوقع في الخطأ[1] .

المطلب الثالث:بدائل التبني في الشريعة الإسلامية

لقد جابت الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح العباد وتكثيرها،ودرء المفاسد عنهم وتقليلها، وتتخذ في سبيل هذا الوسائل الكفيلة بتحقيق ذلك، إذ لم يحرم الإسلام شيئا وفطرة الإنسان بحاجة إليه إلا وجعل له بدائل، وقد دعت فطرة الإنسان إلى قضاء غريزته الجنسية إلا أن قضاءها بالزنا لها آثار سلبية كبيرة فحرمه الشرع وجعل بديله النكاح الذي تتحقق به مصالح العباد وكذلك حرم الربا وجعل بديله البيع لتحقيق الكسب الحلال، ولما كان التبني يلبي بعض احتياجات الإنسان بيد أن فيه مفاسد كثيرة وخطيرة ، فقد حرمه

[1] يحي أحمد زكريا الشامي،مرجع سابق ،ص 37

الشرع وجعل له بدائل تحقق المقاصد المرجوة من التبني وتجنينا الآثار السلبية المتولدة منه وعلى النحو الآتي :

أولا: كفـــالة اليتيـــم

وضحت وبرزت عناية الإسلام باليتيم والحث على تربيته ،والمحافظة على نفسه وماله في القران الكريم والسنة النبوية الهادية،لقد إهتم الإسلام بشأن اليتيم إهتماما بالغا من حيث تربيته ورعايته ومعاملته وضمان العيش الكريم له، حتى ينشأ عضوا نافعا في المجتمع المسلم قال تعالى:﴿ فأما اليتيم فلا تقهر ﴾[1]

وقال تعالى:﴿أرأيت الذي يكذب بالدين* فذلك الذي يدع اليتيم﴾[2] .

وهاتان الآيتان تؤكدان على العناية بالبيت والشفقة عليه كي لا يشعر بالنقص عن غيره من أفراد المجتمع فيتحطم ويصبح عضوا دائما في المجتمع المسلم [3]

ومما يؤكد على حرص التشريع الإسلامي على اليتيم والتأكيد المستمر على العناية به وحفظه،أمر الله عز وجل بحفظ أموال الأيتام وعدم التعرض لها بسوء وعد ذلك من كبائر الذنوب وعظائم الأمور ورتب عليه أشد العقاب .

قال تعالى :﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا ﴾[4].

وقال تعالى:﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا﴾[5] .

---

[1] القرآن الكريم،سورة الضحى،الآية 9.

[2] القرآن الكريم،سورة الماعون،الآية 1-2

[3] عبد الله بن ناصر عبد الله السرحان،كفالة اليتيم،السعودية،2000،ص 15.

[4] القرآن الكريم،سورة النساء ،الاية 10.

[5] القرآن الكريم،سورة الإسراء ،الاية 34

وقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بكفالة اليتيم ، وضمه إلى بيوت المسلمين وعدم تركه بلا راع في المجتمع المسلم فلقد أخرج البخاري في صحيحه أن رسول الله قال(أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيأ)(متفق عليه)

ثانيا: الهبـــــــــة:

إتفق فقهاء المذاهب على أن الهبة في تمليك العين بلا عوض حال الحياة تطوعا" أي أن يتبرع الشخص لغيره ويملكه ما تبرع له به، وذلك يكون في حال حياة المتبرع وليس بعد وفاته وأن يكون هذا التبرع بلا مقابل وهي مشروعة بعموم نصوص القرأن الكريم لقوله تعالى: ﴿ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا﴾[1].

فالأية تمتدح الذين يحبون أن يطعموا المعوزين الطعام الذين يحبونه هم،وذلك على سبيل الهية والهدية ، (القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن 128/19) إذ تعد الهبة خيارا أخر لإعانة المتبنى.

ثالثا : الوصيـــــــة:

الوصية في الشرع هي تبرع مضاف لما بعد الموت،كأن يوصي شخص ببعض ماله لمن هم غير الورثة ، على أن يعطي لهم هذا المال بعد وفاته.

والوصية مشروعة بالكتاب والسنة وذلك على النحو التالي:

من الكتاب: بقوله تعالى﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين﴾[2]

من السنة : عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال : جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعودني، وانا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التي فاجر منها، قال: يرحم الله ابن عفراء، قلت: يا رسول الله أوصى بمالى كله؟ قال: لا،قلت:فالشطر؟ قال: لا، قلت: الثلث، والثلث كثير، إنك أن تدع ورثتك أغنيا،خير من أن تدعهم عالة، يتكففون الناس

[1] القرآن الكريم،سورة الإنسان،الاية 8.

[2] القرآن الكريم،سورة البقرة،الاية 180.

في أيديهم، وانك مما أنفقت من نفقة في صدقة حتى اللقمة ترفعها إلى في امرأتك، وعسى الله أن يرفعك، فينتفع بك ناس ويضر بك اخرون، ولم يكن له يومئذ إلا ابنة)[1]

وقد دل اللسان السابقان على إستحباب الوصية وأن الإنسان يستحب له أن يتبرع بما يصرف بعد موته للمعوزين والمحرومين ،فاليتامى أحق الناس بأن يوصى لهم .

رابعا :مسؤولية الجماعة عمن لا عائل لهم:

إن المجتمع الإسلامي وحدة متكاملة ربط الإيمان بين القلوب وألفها ، والفروع التي فقدت أصولها لا يمكن أن تضيع في مجتمع يدعوه دينه إلى التكامل والتكافل ، فإذا كان اليتيم له قريب فتجب نفقته على ذلك القريب الغني وذلك لأن صلة الرحم واجبة و صلة الرحم الإنفاق على القريب المحتاج،وخصوصا إذا كان فقيرا،أما إذا لم يكن لليتيم قريب ينفــق عليه ولم يكن له أب معروف، أو كان لقيطا فإن نفقته تكون في بيت مال المسلمين[2] .

[1] محمد بن اسماعيل البخاري،صحيح البخاري،كتاب الوصايا،باب أن يترك ورثته أغنياء خيرا من أن يتكففوا الناس.

[2] يحي احمد زكريا الشامي،مرجع سابق،ص 57.

الفصـــــل الثـــانـي

التبنـي في القانون الجزائري

و بعض القوانين الوضعية

الفصل الثاني: التبني في القانون الجزائري و بعض القوانين الوضعية

المبحث الأول:التبني في التشريع الجزائري

المطلب الاول :موقف المشرع الجزائري من التبني

قضى المشرع الجزائري بما قضت به الشريعة الإسلامية إذ نص صراحة في المادة 46 من قانون الأسرة على تحريم التبني و ثبوت النسب به.

إذن فالمشرع الجزائري ثابر على محاربة فكرة تحريف و تزييف الأنساب،إذ أنه لا يمكن الحاق أي طفل،سواء كان معلوم الاب أو مجهول النسب،أو كان ابن زنا الى نسب الغير و لو أبدى رضاه بذلك،لان في ذلك يعتبر تعديا على ألقاب الغير وأكد القضاء الجزائري في عدة مناسبات متعلقة بحالات التبني على هذا الموقف،إذ أصدرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على إلغاء التبني و إبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة،سواء كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أوعن جهات رسمية أجنبية وذلك بسبب مخالفتها للنظام العام الجزائري.[1]

لقد نصت المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري صراحة على تحريم التبني، إذ يفهم من هذه المادة أنه لا يمكن للأفراد إبرام عقد التبني ولا يجوز للقاضي أو الموثق إبرامه والإذن به إذ أن هذه المادة جاءت على إطلاقها،إذ أن حتى الأجانب المقيمين على الإقليم الجزائري والذين يسمح لهم قانونهم الداخلي بالتبني غير جائز لهم المطالبة بذلك أمام القاضي الجزائري،و لكن هذه القاعدة أصبحت نسبية وهذا على إثر تعديل القانوني المدني بمقتضى القانون 05-07 الصادر بتاريخ 2007/05/13.

[1] علال أمال،التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي،رسالة ماجستير،جامعة تلمسان،2009،ص59.

الفــرع الأول:مركز المـــــادة 13 مكرر1 من القانون المدني الجزائري،من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة:

على إثر تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 05-07 الصادر بتاريخ 2007/05/13.

واضافة المادة 13مكرر1،إذ أصبح القاضي الجزائري،يأذن بالتبني ويبرم عقد التبني، لكن بشروط، وأن هذه الشروط واردة ضمنيا في نص المادة 13مكرر 01 لكونها وردت في الفصل الثاني المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان،فهي قواعد إسناد تبين القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي الداخلي،عندما يكون أحد أطراف النزاع أو طرفي النزاع أجنبي على الاقليم الجزائري اذ أن مضمونها نص على أن صحة انعقاد التبني يخضع الى قانون جنسية كل طالب التبني والمتبني وقت اجرائه ،فالقاضي الداخلي يأذن بالتبني حسب ما يسمح به قانون جنسية الاطراف،فان كل قانون جنسية الاطراف لا يسمح بالتبني فان القاضي الداخلي يرفض طلب التبني،وعليه فان هذه المادة تطرح عدة احتمالات أمام القاضي الداخلي الجزائري [1].

* في حالة ما إذا كان قانون جنسية طالب التبني والمتبني لا يسمحان بالتبني فإن القاضي الداخلي الجزائري يرفض الإذن بالتبني على أساس القانون الداخلي للأطراف الأجانب.

* في حالة ما إذا كان قانون جنسية طالب التبني يسمح بالتبني، وقانون جنسية المتبني لا يسمح بذلك مثل:طالب التبني شخص تونسي والمتبني قاصر من جنسية جزائرية، فإن القاضي الجزائري برجوعه إلى المادة 46 من قانون الأسرة يجد"لا يؤذن بالتبني"، إذن لابد من إحترام مضمون المادة 46 من قبل القاضي الداخلي .

[1] المرجع نفسه،ص 52.

* في حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبني يسمح بالتبني، في حين قانون جنسية طالب التبني لا يسمح له بذلك، فإن القاضي الجزائري لا محال برفض الإذن بالتبني.
* في حالة كلا القانونيين أي قانون جنسية الأطراف يسمح بالتبني فإن القاضي الجزائري ملزما بإبرام والإذن بالتبني.

وعليه يستنتج أنه "ما دامت المادة 13 مكرر 01 تعتبر من قواعد الإسناد التي تلزم القاضي الداخلي عندما تكون أطراف أجنبية بالبحث عما إذا كانت القوانين الداخلية الأجنبية تسمح أو لا تسمح بالتبني، وأنه مادمت المادة 46 ق.أ تمنع التبني فإن هذا المنع يحترم من طرف القاضي الجزائري لكون المنع في هذه المادة منصب على الجزائريين ولا يمتد إلى غير الجزائريين طبقا لقواعد الإسناد السالفة الذكر في المادة 13 مكرر 01 .

الفرع الثاني:مركز المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام التبني.

إن هذا المرسوم طرح عدة تساؤلات لدى المختصين في القانون وكذالك لدي عامة المجتمع الجزائري متسائلين ما إذا كان هذا المرسوم المتعلق بإعطاء اللقب للمكفول من قبل الكامل يؤدي إلى إلحاق النسب أم لا؟

بمعنى هل يعتبر هذا الإجراء بمثاية تبني أم يبقى دائما في نطاق الكفالة؟

* <u>الفريق الذي يعتبر غير اللقب في إطار المرسوم 24/92 تبنيا:</u>

وهي الفئة التي رفضت تطبيقه على ارض الواقع عند صدوره لكونهم كيفوا هذا المرسوم تبنيا بطريقة غير معلن عنها صراحة،ذلك لأن فيه تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول مجهول الأب،مع العلم أن ضابط الحالة المدنية يعطي لهذه الفئة مجهولة الأبوين الأسماء وتسجل في سجلات الحالة المدنية،أما الولد معلوم الأم ومجهول الأب فـــإن اللقب يكون بلقب الأم،وعليه يرون أن المصادقة على طلب تغيير اللقب فيه تغيير

في النسب والحاق نسب ولد إلى نسب شخص جديد، وهذا يرجعنا إلى العصر الذي كان فيه العرب في الجاهلية يبيحون التبني ويرون أن مثل هذه الحالة تؤدي إلى اختلاط الأنساب، وفيه تعدي على اللقب العائلي لعائلة أخرى.

كما أنهم يبرزون أن مضمون هذا المرسوم يحمل في طياته تناقض مع أحكام المادة 120 من قانون الأسرة:" أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول السب، تطبق عليه أحكام نص المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

إذن هذا الفريق يؤكد على ضرورة احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي وبالتالي استبعاد تطبيق هذا المرسوم والاحتكام إلى أحكام الشريعة الإسلامية[1].

***<u>الفريق الذي لا يعتبر محتوي هذا المرسوم تبنيا بل يبقى دائما في إطار كفالة :</u>**

وهو الرأي السائد حاليا وبموجبه أزال الغموض واللبس وعليه فإنهم يرون ضرورة للاستجابة إلى هذه الطلبات والمتعلقة بتغيير اللقب وبدون أي تخوف،إذا أعتمد هذا الرأي في حجته على:

نص المادة 05 مكرر من المرسوم السالف الذكر والتي تقضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد وكل العقود ومستخرجات الحالة المدنية، اين استخلص من هذا الرأي ومن هذه المعطيات أن اللقب الأصلي يبقى دائما محفوظ وأن هذا الاسم هو إضافي فقط وهو حق استعمال شخصي له لأنه لا يمكن إخفاء الاسم الأصلي عند إبرام الزواج، ولا يمكن استعماله في الميراث،ومن ثمة رأوا أن هذا المرسوم هو حفظ لكيان ونشأة الطفل داخل المجتمع ومكمل لنصوص الكفالة لا أكثر ولا أقل، إذ لا يلحق بموجبه النسب للكافل.

[1] المرجع نفسه، ص 36

ومن ثمة فإن موانع الزواج لا تتقرر بموجب هذا اللقب، إذ أنه يمكن للكافل أن يتزوج بمن كفلها حسب مقتضيات قانون الأسرة،بل يبقى حقه في الإرث وموانع الزواج قائمة مع عائلته الشرعية إذا كان معلوم الأم[1] .

الفرع الثالث:كيفية ابطال التبني والتكييف الجزائي له في ظل التشريع الجزائري:

بعد تفحص النصوص القانونية يتضح أنه لا توجد من الناحية النظرية دعوى تسمى إبطال التبني،لكن يستخلص عمليا أن المحاكم تتصدر أحكام بإبطال التبني، وهو الشيء الذي يؤكد وجود دعوى إبطال التبني كمصطلح، وهذا ما نلاحظه في العديد من القضايا الفضائية منها:

* م.ع،ع.أ.ش(المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية)،1995/05/02،ملف رقم :103232 عدد خاص،ص 152،م، ق(المجلة القضائية)،1995، عدد2، ص 99.

إن قاعدة الولد للفراش لا تطيق إلا في إثبات دعوى أو نفي النسب ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما ألغوا الحكم القاضي بإبطال التبني بدعوى عدم وجود الصلة للطاعنين مع أنهم قدموا الدليل على أنهم أبناء عمومة مثبتين دعواهم بشهادة الشهود ، حسب المحضر المؤرخ في 1985/12/24 وناقشوا دعوى إبطال التبني كأنها دعوى نفي النسب وطبقوا عليها قاعدة الولد للفراش مع أنه لا يوجد أي فراش في التبني، فبقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون،ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون ضده [2].

* م .ع.غ .أ. ش (المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية)،2000/11/21، ملف رقم: 246924،م، ق(المجلة القضائية)،2001 ،عدد 2،ص 298 .

[1] بلحاج العربي،قانون الاسرة وفقا لأحداث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال اربع واربعين سنة 1966-2010،الطبعة 4،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2012،ص 190

[2] المرجع نفسه،ص 36.

حيث أن الأوجه التي أثارها الطاعن،كلها ترمي إلى مناقشة موضوع النسب مع أن القضية تتعلق بالتبني الذي أقامه المرحوم(ر– ب) للطاعن وتسجيله بالحالة المدنية على أن ابنه الشرعي مع زوجته المرحومة (ب–ف).

حيث ثبت من شهادة الشهود بأن الزوجين المذكورين لم ينجبا في حياتهما أي مولود وغاية ما في الأمر أن المرحوم(ب) قد تسلم طفلا مسعفا إسمه (س–ف) عمره ثمانية أشهر بتاريخ 1979/06/17 من مصلحة الحماية الإجتماعية لولاية الجزائر وسجله بنفس التاريخ كونه قد ولد له إبنا ذكرا قد إختار له اسم محمد.

حيث أن ما قام به المرحوم(ر–ب) يعتبر تبنيا بكل وضوح الأمر الذي تمنعه الشريعة منعا قاطعا لقوله تعالى: ﴿أدعوهم الأبائهم﴾.

حيث أن التصريحات التي أدلى بها المرحوم(ر–ب)إلى ضابط الحالة المدنية تعتبر غير صحيحة وينبغي إلغاؤها طليقا للمادتين 46–47 من الأمر 70–20 المؤرخ في1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية.

حيث أن القرار المنتقد بعدما كيف القضية تكييفا سليما على أنها قضية تبني إلا أنه لم يبطل هذا التبني بإلغاء عقد الميلاد الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس .[1]

* م. ع، غ، أ. ش ،1994/06/28 ملف رقم:122761،إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص 155 ومتى تبين –في قضية الحال– أن المطعون ضده لم يكن إبنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث، لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا وعليه فإن قضاء الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني،على أساس أن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبني، لقد أخطئوا في تطبيق القانون، ذلك أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

[1] المرجع نفسه،ص 192.

*م. ع ، غ. أ. ش ،2000/01/18 ،ملف رقم: 234949،إ.ق.غ.أ.ش،عدد خاص ص 158 .

من المقرر قانونا،أن إبطال العقود الخاطئة(شهادات الحالة المدنية)عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها،يقدم الطلب إما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل فيه العقد ،وإما يصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها نزاع تناول العقد المشوب بالبطلان.

ومتى تنين –في قضية الحال– أن الطاعن قدم أمام قضاة الموضوع شاهدين ،ذاكرا بأن المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة سنة 1997 ،وبذلك فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف وبرفض الدعوى على أساس عدم جواز الإعتماد على الشهود في إبطال عقد الميلاد بإعتباره عقدا رسميا، أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

لهذا سنحاول أن نتطرق إلى هذه الدعوى في ظل القانون الجزائري لكونها تحرم التبني بموجب قانون أحكام الأسرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى نحاول البحث عن التكييف الجزائي لفعل التبني مع العلم أنه لا يوجد نص عقابي محدد في قانون العقوبات الجزائري يعاقب على مثل هذا الفعل.

أولا :دعوى إبطال التبني

إنه من المقرر قانونا، أن أي دعوى ترفع أمام القضاء تستوجب شروط وإجرا وات مقررة في القانون وهو الشيء الذي ينطبق على هذه الدعوى باعتبارها كذالك دعوى قضائية،لهذا يمكن أن نتطرق إلى إجراءات رفع دعوى التبني وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع وتحديد أطراف النزاع وسلطة القاضي في النظر في الدعوى.

[1] المرجع نفسه ،ص 191

01/ أطراف الدعوى

ونعني في قضية الحال المدعي والمدعى عليه،فعملا بأحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الدعوى لا تقبل أمام الجهات القضائية إلا إذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة وعلى هذا الأساس فإنها تقتضي كذلك توافر المصلحة لأن في المسائل الماسة بالنظام العام،تتسع المصلحة إذ للنيابة العامة الحق في رفع مثل هذه الدعاوي، إن مناسبة رفع هذه الدعاوي عادة ما تكون مقترنة بالنزاعات المتعلقة بالميراث إذ ورثه المتبني يعملون جاهدين على إخراج هذا الدخيل لكونه ليس بابن شرعي حتى يسد في وجهه باب الإرث، فلا تكون لهم أية وسيلة سوى وسيلة دعي التبني أوالدفع بالتبني أثناء سير الدعوى الأصلية، وعليه نستخلص أن أطراف الدعوى هم النيابة العامة طبقا للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة، ومن جهة ثانية الشخص الذي يزعم أنه المتبني أو من جهة أخرى لكل صاحب مصلحة لاسيما الورثة الشرعيين.

02/ المحكمة المختصة وسلطاتها في النظر في الدعوى:

إن الاختصاص النوعي يؤول إلى جهات القضاء المدني، قسم الأحوال الشخصية، أما الاختصاص المحلي فهو خاضع إلى القواعد العامة في الاختصاص، حيث أن رافع الدعوى يرفع عريضته محددا الوقائع والطلبات ومؤيدا بذلك بالحجج والأسانيد،هذا كدعوى أصلية وهذا ما جاء في ملف رقم 122761 قرار بتاريخ1994/06/28 التي رأيناها سابقا[1] .

أوالدفع أثناء سير الدعوى، فالقاضي بعد عرض النزاع عليه والتأكد من صحة الإجراءات يباشر إجراءات التحقيق مستعينا بشهادة الشهود مثلا أو يستعين بالتقارير الطبية إذا كانت تثبت عقم الزوجين،أوالاستعانة بالطرق العلمية كاللجوء إلى ADN أو إقرار المتبني.[2]

[1] علال أمال،المرجع السابق،ص 100.

[2] جيلالي تشوار،الزواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ديوان المطبوعات الجامعية 2001

أما سلطة القاضي في النزاع المعروض فهي لا تقتصر على إبطال التبني فحسب بل إبطال حتى عقد الميلاد المتبنى وهو الشيء الذي أكدته المحكمة العليا في اجتهادها القاضي بموجب القرار الصادر بتاريخ 2000/01/18 ملف رقم 234949 السالف الذكر الذي أكد على ضرورة إبطال عقود الميلاد الباطلة بعد إبطال التبني.

03 /قابلية أحكام التبني للطعن:

إذ أن الأحكام الصادرة عن المحكمة الدرجة الأولى في هذه المسألة هي إبتدائية وليست نهائية وبالتالي يمكن الطعن فيها بالطرق العادية بالمعارضة والاستئناف والطرق الغير عادية كالطعن بالنقض والتماس إعادة النظر.

ثانيا:التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له

1/التكييف الجزائي:

على الرغم من أن الفعل الذي يقوم به الشخص القائم بالتبني يكون في حد ذاته مساس بالنظام العام، لأنه يحدث نزاعات عرقية وعائلية داخل المجتمع لكون هذا الطفل المتبني يعتبر دائما دخيلا على الأسرة الحاملة للقلب العائلي الذي اعتدى عليه، والذي يعتبر تعديا على حقوق الغير المتجسد في التعدي على لقب الغير، لكون اللقب تشرك في عدة عائلات.

إلا أن المشرع الجزائري لم يجرم هذا الفعل بحد ذاته، لكن بالرجوع إلى طبيعة هذا الفعل نجده يكون في عناصره نوع من التحايل على القانون ويتمثل في ذلك الإقرار والإدلاء بالتصريحات لدى ضابط الحالة المدنية غير مطابقة للحقيقة بدليل أن الطفل ليس ابنه الشرعي، وعلى هذا الأساس فإنه يمكن تكييفه بعد الرجوع إلى نص المادة 34 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أن كل شخص ورد ذكره في الوثيقة ولم تكن

تصريحاته حقيقية يتعرض للعقوبة المنصوص عليها في نص المادة 217 قانون العقوبات .[1]

[1] تنص المادة217 من قانون العقوبات الجزائري:"يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 1000 دينار كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم أنه غير مطابق للحقيقة"

02 /العقوبة الجزائية المقررة لفاعل التبني :

وطبقا لنص المادة 217 قانون العقوبات فإن العقوبة المقررة للقائم أو الذي أدلى أمام ضابط الحالة المدنية بتصريح بطفل على أساس أنه ابن له قصد تسجيله بالحالة المدنية مع علمه بأن هذا التصريح مخالف للواقع والحقيقة، بكونه ليس ابنه من صلبه، فلقد شدد المشرع في هذه الجنحة إذ وضع الحد الأدنى لها سنة والحد الأقصى 05 سنوات وبغرامة من 500 إلى 1000 دج كل ذلك لأن الشخص أضفي نسبه على طفل معلوم النسب أو مجهول النسب أوابن زنا،وهذا يعتبر فعل مخالف للحقيقة وتعديا على اللقب العائلي للغير.

المطلب الثاني: بدائل التبني في التشريع الجزائري:

إن المشرع الجزائري و حفاظا على هذه الطائفة من الأطفال قرر تنظيم لهم كما فعلت من قبله الشريعة الإسلامية، حق الحماية من خلال توفير لهم رعاية بديلة، تتمثل في إيجاد لهم أسر جديدة تتولى كفالتهم، و إلا تتكفل الدولة نفسها حمايتهم بوضعهم في مؤسسات الرعاية.

الفرع الأول: مشروعية الكفالة

إن المشرع الجزائري مع نظام التبني، إلا أنه أقر نظام الكفالة،وقد عرف هذا النظام تطور على مرتين:

– في سنة 1984 ، نص عليه قانون الأسرة من المادة 116 إلى المادة 125 ، و الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي (المادة 116 ق آج).

وتنص المادة 119 قانون الأسرة الجزائري :"الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم االنسب"،و كذا نص المادة 120 قاأج"يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب،وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية [1] .

كما تضيف المادة 121 على أنه تحول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي، كما أنه يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة (المادة 123قاج).

[1] المادة 64 من قانون الحالة المدنية،الصادر بأمر رقم 70–20 تنص على أنه:يعطى ضابط الحالة المدنية نفسه الاسماء الى الاطفال اللقطاء والاطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء،يعين الطفل بمجموعة من الاسماء تأخذ أخرها كلقب عائلي"

وفي 13 جانفي 1992 ، صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-24 والمتعلق بتغيير اللقب إذ يجيز للشخص الذي كفل في إطار كفالة ولدا قاصرا مجهول النسب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي[1] .

فهذا الإجراء ما هو إلا دليل على مراعاة المشرع مصلحة الطفل،إذ يسمح له من حمل لقب لا يظهر ظروف ولادته ويسهل اندماجه داخل الأسرة الكافلة والحياة الاجتماعية حرصا من المشرع بناء على توصيات منظمة اليونيسيف على رعاية مصلحته الفضلى[2]

لكن يعاب على هذا المرسوم أنه و لو سلمنا بأن المكفول يكتسب لقب الكافل ونكتب على الهامش عبارة مكفول ولا يرتب أي أثر من الآثار المترتبة على الإبن الصلبي، فماذا نكتب على وثائق أبناء المكفول الذين سيولدون؟ هل يحتفظون بلقب أبيهم علما أنه قد اكتسبه عن طريق الكفالة؟ وهل يجب التأشير كذلك على عقودهم أن أباهم مكفول[3] .

وإذا كان والدا المكفول معلومان، يمكنهما القانون من طلب عودته إلى ولايتهما، فبالنسبة للولد المميز،يخير في الالتحاق بهما، وإذا كان غير مميز لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول، و هذا ما جاءت به المادة 124 قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني :إنتقال رعاية الطفل إلى الدولة

إذا فقد الطفل والديه، و لم يجد أسرة تتكفل به ينتقل واجب رعايته إلى الدولة، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 125 قانون الأسرة الجزائري:" وفي حالة الوفاء تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة "

---

[1] بلحاج العربي،مرجع سابق،ص 203

[2] بن عصمان نسرين إيناس،مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري،رسالة ماجستير جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،2009،ص 108.

[3] المرجع نفسه،ص 108.

وهو ما أكدت عليه المادة 20 من الإتقافية الدولية لحقوق الطفل.

فالأطفال التي تتراوح أعمارهم بين 0 و 6 سنوات، يوضعون في 12 ديار الحضانة الموجودة على المستوى الجزائري، و هذا في انتظار كفالتهم.

في حالة عدم وجود أية عائلة كفيلة، فالأطفال الذين تتروح أعمارهم ما بين 6 إلى 19 سنة يوضعون في مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة التي تقوم باستقبال، وإيواء وتربية الأطفال ربائب الدولة .

هذه المؤسسات تضمن إجراءات إدماج أو إعادة الادماج العائلي للطفل :

- بإرجاعه إلى عائلته الأصلية، إذا كان هذا ممكنا.
- بوضعه في عائلة كفيلة.
- بالتكفل بإجرابات الكفالة.

المبحث الثاني: موقف بعض القوانين العربية والأجنبية من التبني

المطلب الأول: التبني في القانون الفرنسي

وردت أحكام التبني في المواد عن 343 إلى 37 من القانون المدني وقد أدخلت عدة تعديلات على نصوص هذه المواد بقوانين لاحقة خاصة حينما وجدت فرنسا في نظام التبني حلا عاجلا للأوضاع التي نشأت عقب الحرب العالمية الأولى والثانية [1].

الفرع الأول: أنواع التبني في القانون الفرنسي

أولا :التبني الكامل (L ' adoption pleniere)

لقد نظم المشرع الفرنسي أحكام التبني الكامل في المواد من 343 إلى 359 من القانون المدني الفرنسي، فهر ينشأ رابطة النسب بين المتبني والمتبنى [2]

فيمكن أن يطلب زوجين غير منفصلين جسمانيا تبني طفل ،ويتعلق إلا بالأطفال الذين لا يتجاوز سنهم 15 سنة، والموجودين في مراكز التبني منذ ستة أشهر 06 أشهر على الأقل المادة 345 (قانون مدني فرنسي)

التبني الكامل ينشئ نسب للطفل الذي لا أصل له، ويحرم من كل علاقة مع عائلته الأصلية، وللطفل المتبني نفس حقوق وواجبات الطفل الشرعي المادة(356 قانون مدني فرنسي) ويمكن للطفل المتبنى الحصول على اسم وجنسية العائلة التي تبنته ويتحصل على شهادة ميلاد جديدة بكل حق كأي طفل شرعي أو طبيعي تحمل اليوم والساعة ومكان الإزدياد ذكر أم أنثي .

أيضا بالنسبة للمتبني (اسم، لقب ومكان الازدياد) الصورة طبق الأصل لهذه الشهادة (شهادة الميلاد) تحمل خصائص الحكم (تعين المحكمة وتاريخ الحكم).

---

[1] محمد صبحي نجم الدين،محاضرات في قانون الاسرة،الطبعة 3،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1992، ص61.

[2] Yamina Houhou, thèse la kafala En Droit algérien et ses effets en droit FRANCAIS Université D. PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR. 2014.p196

ثانيا: التبني الناقص (بسيط) (L ' adoption simple):

في هذا النوع من التبني لا يعتبر السن شرط أساسي إذ لا يؤخذ بعين الاعتبار(طبقا للمادة 360 من القانون المدني الفرنسي)، كما أن هذا الأخير يرجع إلى المتبني كل الحقوق الأبوية والطفل يبقى على إتصال بعائلته البيولوجية الأصلية)، وانه يحتفظ بحقوقه حتى فيما يخص الإرث(المادة 364 من القانون المدني الفرنسي)

الطفل المتبنى بالتبني الناقص له حقوق وواجبات علي كلتا العائلتين، لكن إذا كان يحمل اسم عائلته المتبنية(أو حتى على اتصال باسمه) لا يمكن له أخذ جنسيتهم تلقائيا، ويمكن لجديه بالتبني أن يحرماه من الميراث لكن يمكن له الحصول عليها عنليا حتى بلوغه سن الرشد المواد 12 إلى 21 من القانون المدني الفرنسي)، ولا يحصل على اسم المتبنى بكامل حقوقه المادة 363 ق.م.ف).

يمكن سحب التبني الناقص لأسباب خطيرة يطلب من المتبني أو المتبنى ، الطفل المتبنى بالتبني الناقص من طرف شخص فرنسي الجنسية، يمكن له حتى بلوغه سن الرشد أن يعلن الجنسية الفرنسية، إذا كان في تلك الفترة يقطن بفرنسا كما يمكن للطفل الحصول على الجنسية الفرنسية إذا:

أحتضن في فرنسا لمدة 5 سنوات، ومتربي عند شخص فرنسي الجنسية أو أرسل إلى المصالح الاجتماعية للطفولة

أحتضن في فرنسا وتلفي حين تكوينا فرنسيا لمدة 5 سنوات على الأقل إما عن طريق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة يحمل الخصائص المحدد من طرف مجلس الدولة [1].

[1] أمال علال،المرجع،السابق،ص 48.

الفرع الثاني : شروط وإجراءات التي في القانون الفرنسي

أولا: شروط التي في القانون الفرنسي

أن تكون هناك أسباب معقولة تدفع إلى السيتي، وتقدير هذه الأسباب متروك للمحكمة أوجب القانون الفرنسي شرط السن في طالب التي كحد أدنى إذ يجب أن لا يقل سنه على35 عاما .

* ضرورة وجود فارق في السن بين طالب التبني والمتبنى إذ يشترط أن لا يقل عمره عن 15سنة.
* ضرورة موافقة الزوج الأخر إذا كانت الرابطة الزوجية قائمة .
* ضرورة موافقة الولي الشرعي للمتبنى
* ضرورة وجود مصلحة وفائدة للمتبني .
* عدم وجود خلف شرعي للمتبني يوم االتبني .
* ليس لطالب تبني طفل دون السادسة عشر من عمره أن يتبناه إلا إذا كفله مدة ستة أشهر على الأقل قبل بدء إجراءات التبني ويقتضي إتمام بعض الإجراءات الشكلية[1]

ثانيا: إجراءات التبني في القانون الفرنسي:

-إجراءات تحرير عقد التبني:

* بعد توفر الشروط السالفة الذكر يتم تحريرعقد البيني في وثيقة وهذا بعد إجراء التحقيق.
* تقوم الجهات القضائية المختصة بتحرير حكم قضائي من خلاله تقرر عقد التبني .
* الحكم الذي يصدر يكون غير نهائي وقابل للطعن .

[1] محمد صبحي نجم الدين،المرجع السابق،ص 62،61

* يجوز لكل ذي مصلحة أن يرفع طعنا ضد الحكم القاضي بالتبني.
* يجوز للنيابة العامة مراعاة للمصلحة العامة، أن ترفع طعنا ضد الحكم القاضي بالتبني.
* يجوز لكل من لحقه ضررا نتيجة الحكم القاضي باليني أن يطعن فيها[1]

2- إجراءات إصدار الحكم القاضي التبني:

* تقديم طلب إلى القاضي المختص.
* حضور كل من طالب التبني وزوجه وكذلك حضور والد المتبني إن وجد أوممثل السلطة الإدارية إلى مكتب القاضي.
* ضرورة موافقة زوج طالب التبني.
* ضرورة إجراء تحقيق مع مراعاة مصلحة الطفل الفضلي .

[1] المرجع السابق ،ص 63

المطلب الثاني : التبني في القانون التونسي:

نظم المشرع التونسي التبني من خلال القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني والكفالة و ذلك من الفصل الثامن إلى الفصل السادس عشر ، وقد أجاز المشرع التونسي التبني وحدد له شروط[1].

الفرع الأول: شروط التي في القانون التونسي :

أولا : الشروط الخاصة بالمتبني :

ينص الفصل الثامن من قانون 4 مارس 1953 المذكور أعلاه على أنه" يجوز التبني حسب الشروط المبينة بالفصول الاتية"وبين الفصل التاسع الشروط الواجب توفرها للراغب في التبني ينبغي أن يكون المتبنى شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى متزوجا متمتعا بحقوقه المدنية ذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون المتبني.

ويمكن للحاكم إعفاء طالب التبني الذي فقد زوجه بالموت أو بالطلاق من شرط التزوج إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك.

وفي هذه الصورة للحاكم سماع كل من يرى فائدة في سماعه لتحقيق الظروف والأسباب التي تضمن المصلحة المذكورة.

أما الفصل العاشر فينص على:" أنه ينبغي أن يكون الفرق بين عمر المتبني وعمر المتبنى خمس عشر سنة على الأقل، إلا في الصورة التي يكون فيها المتبني ابن زوج المتبني ،وللتونسي أن يتبني أجنبيا"-

حدد إذن المشرع الشروط الواجب توفرها في الزراعيين في التبني والمذكورة أعلاه والمتعلقة بتحديد السن وهو سن الرشد والحالة الصحية والأخلاقية والإجتماعية للزوجين والجنسية وكذلك الزواج ويمكن إعفاء طالب التي من شرط الزواج إذا كان أرمل (ة) أو مطلق (ة) إذا رأى الحاكم أن ذلك يتماشى مع مصلحة الطفل .

[1] القانون المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة والتبني التونسي،1958،الفصل الثامن.

فبالنسبة للسن حدد المشرع سن الرش كسن دنا للمتبني على أن لا يتجاوز الفرق بين المتبني والمتبنى خمسة عشر سنة إلا إذا كان المتبنى ابن زوج المتبني،واختيار هذا السن أخذ بعين الإعتبار الأهلية القانونية للتعاقد على إعتبار أن التبني له صبغة تعاقدية دون غيرها من المسائل المتعلقة بالنضج النفسي والعاطفي التي يجب توفره للقيام بدور الأم أو الأب على خلاف المشرع الفرنسي فإنه عندما حدد السن الدنيا بثماني وعشرون سنة قد أخذ بعين الإعتبار هذه المسائل وهو ما من شأنه أن يوفر أكثر حظوظ اللطفل للعيش مع أسرة بالتبني أكثر قدرة على تحمل المسؤولية تجاهه[1].

أما السن القصوى فلم يحددها المشرع التونسي وترك المجال لإجتهاد القاضي حسبما تقتضيه مصلحة الطفل .

أما بخصوص شرط الــزواج فقد أوجب المشرع من خـــلال الفصل 11 من قانـون 4 مارس 1958 الذي ينص على أنه "يجب في جميع الصور مصادقة زوج المتبني مع مراعاة الفقرة الثانية والثالثة من الفصل 9" ولكنه أعطى إمكانية إعفاء المطلقين والأرامل منه إذا رأى الحاكم مصلحة للطفل في ذلك.

ثانيا : الشروط الخاصة بالمتبنى :

لم يعرف المشرع التونسي الطفل القابل للتبني وفتح المجال لتبني الأطفال المهملين والموضوعين تحت رعاية الدولة والأطفال الخاضعين لولاية والديهم سواء منهم الشرعيين أو الطبيعيين ولكنه وضع شروط خاصة بالمتبني حيث ينص الفصل 12: ينبغي أن يكون المتبني طفلا قاصرا تكرا أو أنثى" .

غير أنه يرخص بصقة انتقالية لمدة لا تتجاوز موفي ديسمبر 1959 التبني لأبناء الرشداء إذا ثبت أنهم كانوا مكفولي طالبي التبني من قبل رشدهم إلى الآن وصرحوا بموافقتهم على نبنيهم".

[1] عائة اليرمان غربال،مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض لمسائل الاسرية–تونس مثلا–رسالة ماجستير،الجامعة البنانية،2006/2005،ص 81.

ومن ناحية أخرى جعل الفصل 13 عن مصادقة والدي الطفل أو الولي العمومي على التبني في الجلسة التي يعقدها حاكم التاحية شرط أساسي لإصدار حكم التبني.

الفرع الثاني: أثار التبني في القانون التونسي:

يمنح التبني للطفل المتبنى جميع الحقوق التي يتمتع بها الإبن الشرعي إذ ينص الفصل 14 من قانون 1958 على "يحمل المتبنى لقب المتبني ويجوز أن يبدل إسمه وينص على ذلك بحكم التبني يطلب من المتبني. " ويضيف الفصل 15 أنه " للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما. والقانون التونسي بإعطاء الطفل المتبنى المكانة القانونية للطفل الشرعي يمكنه من جميع الحقوق ويحمل والديه بالتبني جميع الواجبات المحمولة عادة على الأبوين سواء تلك المتعلقة بالجوانب المعنوية أو المادية بما في ذلك الإرث .

فالطفل المتبنى له الحق في النسب بما يحتويه من عناصر هوية وجنسية وكذلك الحضانة والولاية على نفسه وماله والنفقة وحسن المعاملة والتربية بما يقتضيه العرف والعادة[1]

كما يحمل القانون واجبات للطفل المتبنى يتحملها تجاه والديه بالتبني من إحترام والتزام بقواعد التربية داخل الأسرة كما تستوجب وضعيته الإنفاق على والديه عند كبرهما وحاجتهما إلى ذلك ،وحسب ما تنص عليه مجلة الأحوال الشخصية في الفصل 43 في مستحقي النفقة وهم الأبوان والأصول من جهة الأب وإن علوا ، ومن جهة الأم في الطبقة الأولى.

وضمانا لعدم إختلاط الأنساب وانسجاما مع أحكام الشريعة الإسلامية بنص الفصل 15من قانون 1958 على" إلا أنه في الصورة التي يكون فيها أقارب المتبنى معروفين

[1] عائدة اليرماني غربال،مرجع سابق،ص 89

تبقى موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول 14 – 15 – 16 – 17من مجلة الأحوال الشخصية قائمة.

وبما أن وضع الطفل المتبني في تونس مطابق لوضع الإبن الشرعي على مستوى الحقوق لا يمنع الدولة من التدخل لحمايته من إنتهاك تلك الحقوق من طرف الأسرة وذلك من ذلك خلال سحب الحضانة من الأسرة المتبنية.

فقد يقصر الوالدان بالتبني بالقيام بواجباتهم تجاه الطفل مما يعرضه إلى التهديد والخطر ويضر بنمائه سواء البدني أو النفسي ولحماية الطفل من هذه التهديدات وبالرغم من أن حكم التبني نهائي فإن المشرع تدخل لحماية الطفل منها وفصل الطفل عن عائلته بالتبني مراعاة لمصلحته، وينص الفصل 13 من القانون عدد 27 لسنة 1958 المـــؤرخ في 04 مارس 1953 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني علي "ويصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني بعد التحقق من توفر الشروط القانونية ومن مصادقة الحاضرين وحكمه هذا يكون نهائيا"

اذ عبارة حكمه هذا يكون نهائيا في منطوق الفصل المذكور تحيل إلى أهمية هذا الحكم وتأثيره في حياة ومستقبل الطفل وما تتطلبه رعايته من إستقرار نفسي واجتماعي يحرص المشرع على تحقيقه من خلال التبني[1]

وينص الفصل 16 من قانون 1958 يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من وكيل الجمهورية أن تحكم بنزع الحضانة من المتبني وإسنادها إلى شخص آخر حسبما تقتضيه مصلحة المتبنى، وذلك إن اتضح أن المتبني أخل بواجباته إخلالا فادحا"

وحسب الفصل 16 فإن مصلحة الطفل تتضرر متى أخل المتبني بواجباته إخلالا فادحا مثل تقصير الوالدين في التربية والرعاية أو العجز عن مواصلة تأمين حماية الطفل أو تعريضه إلى شتى الإعتداءات وسوء المعاملة أو الإستغلال الجنسي أو الإقتصادي

[1] المرجع نفسه،ص 91.

ومن ناحية أخرى فإن الفصل 16 لا يذكر إذا كان من حق العائلة إسترجاع حضانة الطفل وهو أمر ذو أهمية في تحديد مستقبل الطفل واستقراره .

المطلب الثالث : التبني في القانون المصري:

الفرع الأول : التبني بالنسبة للمصريين المسلمين :

بالنسبة للمشرع المصري فقد حرم التبني تحريما قاطعا في حق المسلمين المصريين .

فقد نصت المادة 354 من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية بقولها:

الدعي ليس إبنا حقيقيا ، فمن تبنى ولدا معروف النسب فلا يلزمه نفقته ولا أجرة حضانته ولا تحرم عليه مطلقته ويتصاهران ولا يتوارثان.

وكذلك المادة الثانية من دستور 1971 بعد التعديل الذي تم في 22 ماي 1980 أصبحت تنص على أن ا(لإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع).

أما المادة 4 من قانون الطفل المصري (للطفل الحق في نسبه إلى والديه الشرعيين والتمتع برعايتهما، وله الحق في إثبات نسبه الشرعي اليهما بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة، وعلى الوالدين أن يوفرا الرعاية و الحماية الضرورية للطفل وعلى الدولة أن توفر رعاية بديلة لكل طفل حرم من رعاية أسرته ويحظر التبني).

وبما أن المصدر الرئيسي للتشريع في مصر في الشريعة الإسلامية التي حرمت التبني مما يعني بطلان أي قانون يبيح للمسلمين التبني أو يعترف بأي أثر من أثاره فيما بين المسلمين.

الفرع الثاني : التبني بالنسبة للمصريين الغير المسلمين :

المقصود بالمصريين الغير مسلمين هنا هم النصارى واليهود فقط دون غيرهم وبعض هذه الطوائف تجيز التبني وبعضها لا يعرف نظام التبني[1] .

[1] يحي احمد زكريا الشامي،ص 64

وتوجد شروط التطبيق شريعة غير المسلمين ذكرها القانون 462 لسنة 1955 :

اتحاد الخصوم في الملة والطائفة.

- أن تكون للخصوم وقت صدور هذا القانون جهات قضائية منتظمة.
- عدم تعارض حكم شريعة المتخاصمين من غير المسلمين مع النظام العام في مصر. الذي يهم البحث من الأحوال الشخصية هو التبني الذي يتم بين غير المسلمين من الوطنيين ومدى موافقته أو مخالفته للنظام العام.

يوجد تجاه فقهي يرى مخالفة التبني للنظام العام المصري يقوم هذا الإتجاه على عدة أسانيد في :

* لا يجوز قيام علاقة تبني بين المصريين لأن نظام التبني لا وجود له في القانون المصري اذ لا يكفي لقيام علاقة التبني إنفاق الأطراف على إنشائه بل لابد أن يعترف به القانون.
* إن التبني نظام قانوني يخرج عن نطاق الأحوال الشخصية ويدخل ضمن مسائل الحالة التي وضع المشرع المصري لها تنظيما خاصا يخضع له جميع المصرين مسلمين وغير مسلمين .
* التبني مخالف للنظام العام المصري وذلك لأن التبني مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ومخالفته للشريعة الإسلامية تمنع وجوده في القانون المصري
* قضاء محكمة النقض المصرية بأن التبني في الشريعة الإسلامية حرام وباطل ولا يرتب عليه أثر أو حكم شرعي[1] .

[1] المرجع نفسه،ص 68

أولا– شروط التبني في الشرائع الملية:

بعض الشرائع الملية في مصر تجيز التبني ،و البعض الآخر لا يجيزه، فشرائع الأقباط الأرثوذكس والأرمن الأرثوذكس والروم الأرثوذكس والأقباط الكاثوليك تجيز التبني بينما لا تنظمه باقي الطوائف الكاثوليكية وكذلك طوائف البروتستانت.

شروط التبني عند الطوائف التي تجيزه:

* رضا المتبني أو وليه وإذا كان مجهول النسب فيجب موافقة ولي النفس وإلا فموافقة الرئيس الديني .
* أن توجد أسباب تبرر التبني وتعود بفائدة على المتبني ويترك تقدير تلك القاضي الموضوع.
* موافقة زوج المتبني على التبني.
* يجب تحرير وثيقة التبني في شكل رسمي بحضور الطرفين ويحرر العقد الرسمي لدى رئيس المحكمة الإبتدائية التابع لها موطن المتبنى أو موطن المتبني ويحرر محضر بذلك، صدور حكم بالتبني.

ثانيا : أثار التبني في الشرائع الملية:

يرتب التبني لدى أصحاب الشرائع الملية في مصر جملة من الأثار بعضها لا يمانع القانون المصري فيه والبعض الآخر لا يعترف ولا يسمح به .

* المانعية من التزاوج بينهما ومحارمهم والقانون المصري لايقر التبني ولا يعتبره مانعا من الزواج.
* حمل المتبنى لقب المتبني وهذا يعتبر من أبرز أثار التبني بين غير المسلمين ويعتد بهذا الأثر،وبرغم هذا الأثر فإن التبني لا يخرج المتبنى من عائلته الأصلية، ولا يحرم من حقوقه منها .

التوارث بسبب التبني بعض الطوائف تجيز الميراث بسبب التبني ، والبعض الآخر لا يجيز التوارث ،والمشرع المصري وحد مسائل الإختصاص بالمواريث فتنص المادة 875 من القانون المدني " تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وانتقال أموالهم التركة إليهم تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنه"

خـــــــاتمـــــــة

خاتـــمـــة :

بعد دراسة موضوع التبني، والذي يعتبر من بين الأنظمة التي وجدت من أجل رعاية الطفل وحسن تنشئته، لاسيما الفئة المحرومة من الأبوة والأمومة لسبب ما يتضح لنا جليا ما للموضوع من أهمية بالغة تتمحور أساسا في الآثار الوخيمة التي قد تنعكس على الطفل والمجتمع ككل ،وبناءا قمنا بإستخلاص بعض النتائج نلخصها في ما يلي:

- أن عملية التبني هي تحريف وتزييف للحقيقة، والشريعة الإسلامية لا تقر بالتبني وتحرمه صراحة، لأن الحكمة من تحريمه الحفاظ على الأنساب ومنع اختلاطهم وكذلك منع التعدي على تركة الغبره.
- إن المشرع الجزائري قد سلك أحسن الطرق من خلال منع نظام التبني وأخذ بحكم الشريعة الإسلامية وذلك في المادة 46 من قانون الأسرة
- كذلك المشرع المصري تبنى كذلك حكم الشريعة الإسلامية في تحريمه للتبني .
- بالمقابل هناك دول سبق أن أشرنا إليها كفرنسا وتونس أخذتا بنظام التبني وجعلت له شروط ورتيت عليه آثار.

وخلافا لهذا النظام ، وضعت الكفالة كحل أمثل لحماية هؤلاء الضحايا الأبرياء المحرومين، فالكفالة بهذه الصورة تعتبر بديلا جائزا وملائما شرعا وقانونا من التبني، رغم أن الشريعة الإسلامية لم تنص صراحة على الكفالة ، وذلك لقوله تعالى "وكفلها زكرياء" أي أنه قام برعايتها والعناية بها وتربيتها.

هناك بعض الدول التي أخت بنظام التبني وإلى جانبه نظام الكفالة لأجل مصلحة الطفل العليا ولطالب الرعاية الاختيار بين الأنظمة كي يتسنى له ترتيب الأثر الذي يريده لفائدة الولد الذي يريد أن يرعاه.

وبالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم -92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بمنح اللقب للمكفول أي أنه يسمح للأسرة الكفيلة أن تمنح للطفل لقبها العائلي، فمن خلاله

ينشأ الطفل بصورة طبيعية ويوفر الحماية له داخل المجتمع بشرط مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية لاسيما عدم اختلاط الأنساب وعدم المساس بحقوق الغير.

و كذلك بموجب هذا المرسوم أراد المشرع أن ينظم وضعية الاولاد المجهولي النسب بموجب قواعد شكلية أخرى موضوعية حتى يضمن لهم حياة مستقرة داخل العائلة المتكفلة بهم خاصة،وداخل المجتمع بصفة عامة و ذلك بتغيير لقبهم و تنسيبهم للكافل.

فهدفه الوحيد هو حماية هؤلاء الأبرياء و دمجهم في المجتمع و حمايتهم من الانحراف، لان قلة مراكز الحماية تجعل هؤلاء عرضة للانحراف و للاجرام لان مجتمعنا ينظر اليهم نظرة عدوانية رغم عدم ارتكابهم أي ذنب.

و في الاخير نرى أن المشرعان الجزائري و المصري بتبنيهما موقف الشريعة الاسلامية في مسألة تحريم التبني ،قد سلكا الطريق الصحيح من أجل إستقرار الأسرة و المجتمع.

و بناءا على هذا قمنا باستخلاص بعض النتائج التي نلخصها في مايلي:

النتائـــج والتوصيـــات:

- حرمت الشريعة الاسلامية باعتباره بنوة صورية غير حقيقة نتائجها وخيمة و لايحمد عقباها.
- إن عملية التبني هي استلحاق أو نسب ولد مجهول الابوين مع علمه أنه ولد غيره،فهي تزييف للواقع.
- الشريعة الاسلامية تحرم هذا الفعل و تعتبره من المعاصي،لان الحكمة من تحريمه الحفاظ على الانساب و حمايتها من الاختلاط.
- إن أغلب البلدان العربية سلكت طريق الشريعة الاسلامية فهي تمنع نظام التبني إلا أن هناك من البلدان العربية التي تجيزه وفقا لشروط و ترتب عليه أثار كدولة تونس.
- إن المشرع الجزائري حذا حذو الشريعة الاسلامية في نظره للتبني و ذلك وفقا للمادة 46 من قانون الاسرة .

- إن القانون الواجب تطبيقه على شروط انعقاد التبني هو جنسية المتبني و المتبنى و القانون الواجب التطبيق على أثاره هو قانون المتبني وحده.
- ضرورة حصول على التبني بعقد رسمي و أمام المحكمة وأن التبني يتم وفقا لشروط .
- خلافا لهذا النظام و ضعت الكفالة كبديل شرعي أمثل عن التبني لحماية هؤلاء الاطفال الابرياء من الضياع و التشتت و هذا البديل جائز شرعا و قانونا .
- إن نظام إنتقال رعاية الطفل الى الدولة يعد كذلك بديل عن التبني و يرى مصلحة الاطفال فيحظى باهتمام بالغ من الدولة بدل العائلة الاسرية .

و في الاخير يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد سلك أحسن الطربق من خلال منع نظام التبني و أخذ بحكم الشريعة الاسلامية ،و خلافا لهذا النظام و ضعت الكفالة كحل أمثل لهؤلاء الضحايا ،فالكفالة بهذه الصورة تعتبر بديل جائز و ملائما شرعا و قانونا عن التبني .

قـــــائمة المصـــادر

و المراجـــــــع

قائمـــة المصـــادر والمراجـــع

قائمة المصادر

1/ القرآن الكريم

2/إبن كثير اسماعيل القرشي الدمشقي،تفسير القرآن العظيم،الجزء 3،المكتبة التوفيقية.

3/أبي جعفر محمد بن جرير جامع البيان عن تأويل القرآن المعروف بتفسير الطبري، ضبط وتعليق شاكر محمود (الجزء 21)،الطبعة(1)،دار إحياء التراث العربي، بيروت.

4/البخاري محمد إبن اسماعيل ،فتح الباري بشرح صحيح البخاري مطبوع مع شرحه 1996،بيروت،دار الفكر العربي.

القوانين والمراسيم:

5/الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

6/الأمر 84/11 المؤرخ في 1984/06/09 المتعلق بقانون الأسرة المعدل و المتمم.

7/القانون رقم 58/27 المؤرخ في 1958/03/04 ،المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي .

8/القانون رقم 1179/76 المؤرخ في 1976/12/22 القانون المدني الفرنسي.

قائمة المراجع:

باللغة العربية:

الكتب:

9/أحمد محمد داود ، الأحوال الشخصية،الجزء الثالث والرابع،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،طبعة 1،2009.

10/أحمد فراج حسين ،أحكام الأسرة في الإسلام،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2004.

11/أمين حسين يونس،أثر الزاني في مسائل الأحوال الشخصية، الطبعة 1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،2010.

12/أسامة السيد عبد السميع،الإسم كحق من حقوق الطفل ومدى التعويض عنه في الاعتداء عليه دراسة مقارنة ،دار الكتب القانونية،مصر،2010.

13/أشرف عبد العليم الرفاعي، التبني الدولي ومبدأ إحترام مصلحة الطفل ،دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2011

14/بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء 1 الزواج والطلاق، الطبعة4 ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005.

15/بلخير سديد ،الاسرة وحمايتها في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري دراسة مقارنة الطبعة 1،دار الخلدونية،الجزائر،2009

16/بن مكرم بن منظور الافريقي المصري أب الفضل جمال الدين محمد ،لسان العرب، الإمام ،الطبعة2 ،دار صادر ،بيروت ،مجلد 14.

17/ممدوح عزمي،دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2004.

18/محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية،المكتبة العلمية،بيروت،2007.

19/تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان .المطبوعات الجامعية،2001

20/توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر،1980.

21/فضيل سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلا ق،ج 1،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ،الجزائر،1993.

22/معوض عبد التواب ،موسوعة الاحوال الشخصية ،ج 1،ط 4،دار الوفاء،مصر 1988.

23/أحمد حماني،استشارات الشرعية ومباحث فقهية ،ج 4،المؤسسة الوطنية المطبعية، الجزائر ،1993.

24/محمود شلتوت الفتاوى،الاسلام عقيدة وشريعة،ط 1،دار البعث ،قسنطينة،د،ت،ط.

25/مريم أحمد الدغستاني،أحكام اللقيط في الاسلام،ط 1،د،م،ط،1992.

26/محمد الشافعي،قانون الأسرة في دول المغرب العربي(الجزائر،تونس،المغرب، ليبيا، موريتانيا)سلسلة البحوث القانونية،الطبعة 1،المطبعة والوراقة الوطنية،مراكش،2009.

27/محمود علي السرطاوي،فقه الأحوال الشخصية(الزواج والطلاق)،الطبعة1،دار الفكر عمان،2007.

28/محمد محده،سلسلة فقه الاسرة،الطبعة2،اطلس للنشر ،الجزائر ،1993

29/محمد مصطفى شلبي،أحكام الاسرة في الاسلام ،دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة و المذهب الجعفري والقانون ،الطبعة4،الدار الجامعية،بيروت،1983.

30/ساسي بن حليمة ،محاضرات في قانون الأحوال الشخصية،مركز النشر الجامعي، تونس،2011.

31/صادق موريس ،موسوعة الأحوال الشخصية لغير المسلمين،الخطبة والزواج،والطاعة والطلاق ،للطوائف المسيحية ،الأقباط،دنيا القانون للتوزيع والمعارض،الاسكندرية،1998.

32/عبد المطلب عبد الرزاق حمدان،الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الاسلامية،طبعة 1،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2005.

33/عمر عبد الله ،محمد حامد قمحاوي ،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية،2003.

34/وهبة الزحيلي،الفقة الاسلامي وأدلته ،جزء 7 الأحوال الشخصية،دار الفكر الجزائر 1992.

35/يحي أحمد زكريا الشامي،التبني في الاسلام :أثره على العلاقات الخاصة الدولية ،دار الجامعة الجديدة ،الازارطية،الاسكندرية،2009

المذكرات والرسائل الجامعية:

36/فطيمة مومن،أحكام اللقيط بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري،مذكرة ماجستير، باتنة،2005-2006.

37/حميد بوزكية،مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للاسرة (دراسة مقارنة)،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق،تلمسان،2004-2005.

38/بودومي عبد الرحمن،التبني والكفالة في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة،أطروحة دكتوراه،قسم قانون الخاص،الجزائر ،2016.

39/علال آمال،التبني والكفالة(دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي) مذكرة ماجستير ،حقوق ،قانون الاسرة،تلمسان،2009

باللغة الفرنسية:

1/Houhou Yamina, thèse la kafala en droit algérien et ses effets en droit français ;université de Pau et des pays de l'Adour ;2004.

مواقع الانترنت:

1/ download-pdf-ebooks.net/159-1-library-book.

2/ www.dit.cerit.dz./fnt.

3/ download-pdf-ebooks.org/

4/ www.joradp.dz.

ملخص:

التبني نظام قديم عرفته كل المجتمعات ومنها العربية منذ الجاهلية، ويتميّز بإلحاق نسب المتبنى القاصر بنسب المتبني واعتباره إبنا شرعيا ويأخذ منزلة هذا الأخير، كما أنه يؤثر في الميراث، لهذا فهو محرم بالكتاب والسنّة والإجماع لما يحدثه من خلط في الأنساب وانتهاك للحرمات، وأخذ بهذا التحريم القانون الوضعي الجزائري طبقا لنص المادة **46** من قانون الأسرة الجزائري فإذا كانت الشريعة الإسلامية أغلقت باب التبني فإنها فتحت أبوابا أخرى تضمن حماية أكثر للأطفال مجهولي النسب وحتى معلوميه، وذلك بما يعرف بالكفالة كبديل ملائم للتبني، وهكذا فالكفالة تضمن حماية الأنساب وعدم اختلاطها عن طريقها يمكن منح اللقب للطفل المكفول طبقا للمرسوم التنفيذي رقم **24/92** ليندمج في المجتمع بصفة أحسن.

الكلمات المفتاحية :الطفل، النسب، التبني، الكفالة، النظام العام.

RÉSUMÉ :

L'adoption est un système ancien connu par l'ensemble des sociétés, parmi elles : les sociétés arabes depuis l'époque antéislamique. Elle se caractérise par la procédure à unir l'adopté mineur à l'adoptant, et à le considérer "Enfant" légitime (il prend la place de ce dernier), et lui permettre de postuler à l'héritage.

Cependant cette procédure était bannie selon le livre saint (Coran), la Sunna du Prophète et le Consensus (Idjmaâ) parce qu'elle engendre le mélange des liens de filiation, de même qu'elle encourage les dépravations des mœurs; ce qui a poussé le droit positif Algérien à "bannir" et 'interdire" le principe de cette adoption selon l'article 46 du code de la famille algérien.

Toutefois, si la législation Islamique a fermé les voies de l'Adoption, elle a

formulé d'autres solutions pour protéger plus d'enfants issus de filiation inconnue ou reconnus illégitimes, ou enfants
abandonnés. Cette institution est qualifié de recueil légal: "Kafala". Elle a été conçue comme solution alternative convenable pour l'ex. adoption, et qui a pu répondre à la Charia et à la législation algérienne.
Cette dernière formule garantit la protection de la filiation légitime et empêche les mélanges "interdits".
La Kafala permet à l'adopté de porter le nom de l'adoptant et de le prendre en charge, selon le décret
d'application numéro 92/24 pour une meilleure intégration dans la société.
Les mots clés: L'enfant, la filiation, l'adoption, le recueil légal, l'ordre public.

الفهرس :

مقدمة : ----------6

الفصل الأول : ماهية التبني و موقف الشريعة الإسلامية منه -------8

المبحث الأول:مفهوم التبني و تمييزه عن الانظمة المشابهة له. ---------- **8**

المطلب الأول:تعريف التبني----------8

الفرع الاول: تعريف التبني ----------8

الفرع الثاني :خصائص التبني ----------12

المطلب الثاني: تمييز التبنى عن الأنظمة المشابهة له. ----------14

الفرع الأول : التبني والإقرار بالنسب ----------14

الفرع الثاني : التبني والحضانة----------15

الفرع الثالث : التبني والكفالة ----------15

الفرع الرابع: التبني و البنوة اناتجة عن التلقيح الاصطناعي:----------16

الفرع الخامس:المتبني واللقيط: ----------16

المبحث الثاني : التبني في الشريعة الإسلامية ---------- **18**

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التبني ----------18

المطلب الثاني : الحكمة من تحريم التبني في الشريعة الإسلامية----------21

المطلب الثالث:بدائل التبني في الشريعة الإسلامية ----------23

الفصل الثاني : التبني في القانون الجزائري و بعض القوانين الوضعية--28

المبحث الأول:التبني في التشريع الجزائري ---------- **28**

المطلب الاول :موقف المشرع الجزائري من التبني ----------28

الفـرع الأول:مركز المــادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري،من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة: ----------29

الفرع الثاني:مركز المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام التبني. -- 30
الفرع الثالث:كيفية ابطال التبني والتكييف الجزائي له في ظل التشريع الجزائري -------- 32
المطلب الثاني: بدائل التبني في التشريع الجزائري:---------- 39
الفرع الأول: مشروعية الكفالة ---------- 39
الفرع الثاني :إنتقال رعاية الطفل إلى الدولة---------- 40
المبحث الثاني: موقف بعض القوانين العربية والأجنبية من التبني ---------- 42
المطلب الأول: التبني في القانون الفرنسي---------- 42
الفرع الأول: أنواع التبني في القانون الفرنسي ---------- 42
الفرع الثاني : شروط وإجراءات التي في القانون الفرنسي ---------- 44
المطلب الثاني : التبني في القانون التونسي: ---------- 46
الفرع الأول: شروط التي في القانون التونسي : ---------- 46
الفرع الثاني: أثار التبني في القانون التونسي ---------- 48
المطلب الثالث : التبني في القانون المصري:---------- 51
الفرع الأول : التبني بالنسبة للمصريين المسلمين---------- 51
الفرع الثاني : التبني بالنسبة للمصريين الغير المسلمين :---------- 51
خاتمة:----------55
مصادر ومراجع:----------59
فهرس----------66