جامعة 20 اوت 1955- سكيكدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

التبنـــــــي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص : قانون الأحوال الشخصية

من تقديم الطالب(ة) :

ثابت سارة

تحت إشراف الدكتور(ة) :

د. عتيق نظيرة

لجنة المناقشة

1/ أ. لعديسية فوزي ..... رئيسا

2/ د. عتيق نظيرة ..... مشرفا و مقررا

3/د. رواق أمال ..... مناقشا

دورة جوان 2018

شكر وعرفان

أولا و قبل كل الشيء, اشكر الله عز و جل الذي أنعم علي بنعمة العقل و الدين و وفقني في عملي هذا.

و أثني ثناء حسنا, و وفاء و تقديرا للأساتذة الكرام, و أخص بالذكر الأستاذة المشرفة **"عتيق نظيرة"**, صاحبة الفضل في توجيهي لتجميع المادة العلمية بخصوص بحثي هذا.

فإن أصبت فالفضل يعود إليها, و إن كنت لم أصب فالتقصير مني.

اشكر كل من ساعدني لاجتياز عقبات البحث, من عمال مكتبة كلية الحقوق, وكل من شارك و ساهم في انجاز العمل من قريب أو من بعيد.

الإهداء

إلى رمز الحب و بلسم الشفاء, إلى بسمة الحياة و سر الوجود

إلى منبع الحنان و رمز العطاء, إلى من كانت لي سر نجاحي, إلى أعظم إنسانة في الوجود, إلى **أمي**.

إلى من كان لي سندا في الحياة, إلى من أحمل اسمه بكل افتخار, إلى القلب الكبير **أبي**.

إلى القلوب الطاهرة و النفوس البريئة, إلى من بوجودهم أكتسب قوة بلا حدود
إلى من شاركوني حنان الوالدين, إلى إخوتي" **هدى, صابر, فيصل**".

إلى براعم أسرتنا الصغيرة, إلى أبناء إخوتي" **بشرى, أكرم, عبد الرؤوف اسكندر, ميرال**".

إلى الأخوات اللواتي لم تلدهن الغالية, إلى صديقاتي العزيزات, اللواتي رافقنني طيلة مشواري الجامعي, أتمنى لهن النجاح, إلى صديقاتي" **شهرزاد, منال, سناء فايزة, نسرين, رانيا**".

إلى زملائي و زميلاتي الأعزاء, إلى طلاب قسم الأحوال الشخصية, أهدي لهم تحياتي, أسأل الله التوفيق .

قائمة المختصرات:

1/ (د.ط): دون طبعة.

2/ (د.ت): دون تاريخ.

3/ ط : طبعة.

4/ ج : جزء.

5/ ص : صفحة.

6/ ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

7/ ق.ح.م : قانون الحالة المدنية.

8/ ق.م : قانون مدني.

9/ ق.ع : قانون العقوبات.

10/ غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

11 / Op cit : ouvrage précité.

12/ P : page.

مـقـدمـة

مقدمة:

تقوم الأسرة على أسس راسخة باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع, فقد حازت على الاهتمام في جل الشرائع الدينية و حتى القانونية, و نظمت قوانينها بما يحقق هناءها و بقاءها و كان الزواج هو الحجر الأساسي الذي به تُبنى الأسرة, بما يحقق الأهداف المرجوة التي تتمثل في تكثير النسل و حفظه, و تهيئته لمستقبل زاهر.

فعلى هذا الاعتبار كان الإسلام أولى الشرائع و أصدقها في تنظيم الأسرة و المحافظة على متانتها و وحدتها, فقد اهتم بها اهتماما بالغا من خلال ترغيب الزواج, و حرصه على دوامه

حتى يسلم المجتمع الإسلامي من التفكك الأسري, و الفساد الذي قد يطاله, و بالتالي إبقاء النوع البشري على الوجه الشرعي, و كذا المحافظة على النسب الذي أولته الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية عناية فائقة, إذ رسخت أحكام خاصة بالنسب و كل ما يتعلق بالطفل من حين تدب فيه الحياة إلى أن يصبح في ريعان شبابه.

إن مسألة النسب تحظى بقدر من الأهمية, باعتبار أن الأسرة تقوم على أساس رابطة الدم, و منه تجنب اختلاط الأنساب, فقبل مجيء الإسلام كان النسب يقوم على عدة أسس كالزنا و الإدعاء و التبني, فأقامت الشريعة الإسلامية الحد لذلك بتحديد أسس إثبات النسب بالفراش و الإقرار و البيّنة و القيافة, بقوله صلى الله عليه وسلم" **الولد للفراش و للعاهر الحَجر**".

ففي غياب الإطار الشرعي الذي يضمن للأبناء نسب طاهر يثبت آليا, يكون فيه الطفل الطرف الضعيف من العلاقة الانتهازية التي تجعل هذا الصغير بدون نسب, يؤثر سلبا على حياته حاضرا و مستقبلا, لهذا السبب نظمت التشريعات و الاتفاقيات الدولية نظم خاصة بالطفل لإغاثته من نظرة المجتمع إليهم, حيث أقامت نظام التبني الذي هو موضوع البحث و أنظمة أخرى تهدف إلى حماية أطفال مجهولي النسب, فقد صادقت الدول على الاتفاقية المتعلقة بحماية الطفل, حتى الدول الإسلامية و تحفظت على ما يخالف الشريعة كالتبني.

حيث ظهرت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في سنة 1989 و التي لعبت دورا هاما في إرساء بعض القواعد و المبادئ التي تتضمن حماية حقوق الطفل, و التي تشمل بالدرجة الأولى الرعاية اللازمة له, و اتخاذ كافة التدابير لتحقيق بنود الاتفاقية باعتبارها حقوقا أساسية لجميع الأطفال على حد سواء دون تمييز عرقي أو اثني أو ديني, و كشرط أول للرعاية نصت المادتين 20 و 21 من الاتفاقية, على ضرورة تأمين بيئة عائلية متوازنة

مع احترام حق الحضانة و نظام التبني حسب الشرائع, مع مراعاة مصلحة الطفل الفضلى.

بالرغم من أن الأمم المتحدة تنادي بحقوق الإنسان و المرأة و الطفل, و تعتبر نفسها القدوة في ذلك و صانعة السلام في العالم, لكن الحقيقة خلاف ذلك, فإن الإسلام الأسبق في معالجة أوضاع الأمة و تنظيم حقوقها, بإعطاء كل ذي حق حقه سواء المرأة فقد عززها و كرمها أحسن تكريم, و كذا الطفل مذ نفخ فيه الروح.

و أمام التطور الحاصل في المجتمع و مخلفات هذا التطور السلبية, فقد يصطدم بما هو محرم شرعا بموجب أحكام الشريعة الإسلامية, كنظام التبني الذي تجيزه أغلب الدول و تنادي به باسم حقوق الطفل, كما هو معروف لدى المجتمع الإسلامي أن التبني محرم شرعا, و بنصوص صريحة قطعية لا مجال للشك فيها أو مناقشتها, إذ جاء التحريم في نصوص القرآن الكريم و أحاديث النبيّ عليه الصلاة و السلام و سُنته المؤكدة, نظرا لما فيه من مفاسد و اعتداء على هوية الصغير, بقوله تعالى " **أُدعوهم لآبَائهم هو أقسط عند الله**", فكان هذا التحريم قاطعا و ليس لأحد بعد النص الصريح أن يقترح حكما آخر غير حكم الله تعالى, فهو أرحم و أعلم بعباده و لم يشرع لهم إلا ما فيه خيرهم و مصلحتهم و إن خُفيت تلك المصلحة على كثير من الناس, لقوله عز و جل " **و ما كان لمؤمن و لا مؤمنة إذا قضى الله و رسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم و من يعص الله و رسوله فقد ضلّ ضلالا مبين**".

ففي مثل الأوضاع الحاصلة في المجتمعات الدولية, حتم على أشخاص القانون الدولي إيجاد حلول قانونية تتماشى و مصلحة الطفولة, مما أدى إلى اختلاف الدول في اختيار الأنظمة و المؤسسات القانونية و التي تتماشى مع النظام العام, فهناك من الدول التي انتهجت النظام

الذي يرمي إلى إحتضان الطفل و انتسابه لحاضنه و منحه الإسم و حتى مشاركته في الميراث, و منهم من رأى عكس ذلك باحتضان الولد دون انتسابه لحاضنه و معاملته معاملة الابن الصلبي, أي عدم جواز له الميراث و لا حتى الإسم, و هناك من جمع كلتا النظامين في مؤسساتها القانونية , ما يسمى بنظام التبني و الكفالة, و هذا ما سيتم التطرق له في هذا البحث.

من خلال ما سبق أردت معالجة الإشكالية الأساسية و هي: ما الموقف التي أخذته الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية من نظام التبني خاصة الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري من هذا الأخير؟. ومنه يمكن طرح بعض التساؤلات المتفرعة عن هذا الموضوع: ما الحكمة من تحريم التبني تحريما قطعيا في الشريعة الإسلامية؟, و ما هي النظم البديلة التي أجازها الإسلام عوضا عن التبني؟, و كيف كان موقف القوانين المقارنة من نظام التبني بين التأييد والمعارضة؟.

لدراسة موضوع التبني أهمية منها: معرفة ما يعنيه نظام التبني الذي كان له مكانة في المجتمع الجاهلي, و كذا التعرف على أسباب تحريمه تحريما قوليا و عمليا, و معرفة مدى توفيق المشرع الجزائري و بعض القوانين الأخرى في السير على خطى ما شرعه الله تعالى.

و الهدف من دراسة هذا الموضوع يتبين في: تبيان الآثار السلبية الذي قد يخلفها التبني على الأفراد خاصة و المجتمع عامة, بيان الأنظمة المباحة لحماية الطفل و سد حاجة الأسرة المحرومة من الأولاد دون اللجوء إلى ما حرمه الله.

لموضوع التبني دراسات سابقة تطرقت له بعض المذكرات حتى و لو كان في جزئيات صغيرة, و كذا بعض الكتب الفقهية و المجلات, و أيضا في كتب لشرح القوانين, لكن تظل قليلة مقارنة بمواضيع أخرى, التي فيها مراجع متعددة و دراسات سابقة.

ارتأينا في هذا الموضوع اختيار منهج المقارنة, من خلال عرض موقف الشريعة الإسلامية و موقف بعض القوانين الوضعية, مع الاستناد إلى المنهج التحليلي ببيان مفهوم التبني و شرحه.

للإجابة على الإشكاليات المطروحة في هذا الموضوع اعتمدنا على الخطة التالية:

_نتناول في الفصل الأول الإطار المفاهيمي للتبني و نظرة الشريعة الإسلامية إليه قسمنا هذا الأخير إلى مبحثين, نتطرق في المبحث الأول ماهية التبني, ففي المطلب الأول نتناول مفهوم التبني بتعريفه لغة و إصطلاحا, و في المطلب الثاني نميز بين نظام التبني و بعض الأنظمة المشابهة له, أما المبحث الثاني نتناول فيه التبني من منظور الشريعة, ففي المطلب الأول نتعرف على أحكام التبني في الإسلام, ثم ندرج في المطلب الثاني البدائل التي جاء بها الإسلام عوضا عن التبني.

_أما في الفصل الثاني نتطرق إلى التبني في القانون الجزائري و في القوانين المقارنة, نتناول في المبحث الأول موقف المشرع الجزائري من التبني, في المطلب الأول نخصه لمنع التبني في القانون الجزائري, و في المطلب الثاني ندرج نظام الكفالة كنظام بديل عن التبني , أما في المبحث الثاني نتناول التبني في القوانين المقارنة, ففي المطلب الأول نتطرق للقوانين المؤيدة لنظام التبني, و في المطلب الثاني نتطرق للقوانين الرافضة لهذا النظام.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للتبني و نظرة الشريعة الإسلامية إليه

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للتبني و نظرة الشريعة الإسلامية إليه

يعد النسب من أقوى الركائز التي تقوم عليها الأسرة, فهي قائمة على أساس رابطة الدم و بالتالي أقرت لها الشريعة الإسلامية حماية خاصة و ألغت كل نظام يتعارض مع هذا المبدأ.

و من هذه النظم التي ألغتها الشريعة نظام التبني الذي كان شائعا في قرون مضت ,فكان أي شخص ينسب غلام إليه و يجعل له نصيب الذكر من ميراثه كنصيب أولاده الصلبيين و مع مجيء الإسلام حرم هذا النظام ولا يمكن ثبوت النسب به و التوارث, والهدف من ذلك حماية الأنساب لأن رسالة الإسلام الإصلاحية جاءت لمعالجة أوضاع المجتمعات تدريجيا قياسا على تحريم الخمر و الربا و كل مساس بالأمم و الأخلاق, في فصلنا هذا سوف نتعرض إلى المفاهيم العامة للتبني, ثم نستخلص من ذلك الفروقات بينه و بين بعض الأنظمة المشابهة له في المبحث الأول,لاحقا نتطرق لموقف الشريعة من التبني في المبحث الثاني.

المبحث الأول : ماهية التبني

كان لابد من التطرق لهذا النظام لمعرفة مدى أهمية استبعاده و منعه في الشريعة الإسلامية و بعض الأنظمة القانونية منها القانون الجزائري الذي اقر ذلك في المادة 46 من قانون الأسرة "يمنع التبني شرعا و قانونا ".[1]

و أعطى البديل كالكفالة و الوصية و غيرهما لحاجة أطفال مجهولي النسب للرعاية و كذا المساندة في الظروف القاسية ,ومن هذا يمكن الانطلاق في استخلاص مفهوم التبني في المطلب الأول, ثم تمييزه عن مختلف النظم المشابهة المطلب الثاني.

[1] المادة 46, القانون رقم84-11المؤرخ في09رمضان1404ه الموافق ل9جوان1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم05-02المؤرخ في 18محرم1426ه الموافق ل27فيفري2005م.

المطلب الأول: مفهوم التبني.

التبني نظام يبيح لأي شخص اتخاذ شخص آخر غريبا عنه و ينزله منزلة الولد الصلبي, فقد شاع في روما القديمة وفي بلدان الشرق خصوصا,حيث كانوا يلحقون أي فرد و ينسبونه إليهم.[1]

ننطلق بالتعريف اللغوي في الفرع الأول, ثم التعريف الاصطلاحي في الفرع الثاني.

الفرع الأول : التعريف اللغوي.

يعرف التبني لغة : من بنو الشيء, أي يتولد من الشيء.[2]

عرفه ابن منظور في موسوعة لسان العرب على أنه: التبني من بني جمع ابن مضافا إلى النفس ويقال تبنيته أي ادعيت بنوته أو اتخذه ابنا , و في حديث أبي حذيفة أنه تبنى سالما أي اتخذه ولدا.[3]

و معناه كذلك : مصدر من تبنى تبنيا ,بمعنى اكتنز الجسم و امتلأ ,أو ضم الشيء بعضه ببعض ومنه ضم الولد إلى الرجل.[4]

يقال تبني الصبي أي ادعى بنوته و اتخذه ولدا, فهذا المفهوم لا يخرج عن المفهوم الاصطلاحي.

الفرع الثاني : التعريف الإصطلاحي.

يعرف التبني اصطلاحا : إستلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله إلى شخص مع التصريح باتخاذه ولدا و ليس بولد حقيقي.[5]

---

[1] النعمان رياض ,**المعجم القانوني** ,دار أسامة للنشر و التوزيع ,عمان, الأردن,ط1, 2003, ج1, ص ص376/375.

[2] معصر عبد الله , **تقريب معجم مصطلحات الفقه المالكي**, دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان, ط1, 1428ه/2007م, ص39.

[3] خليفة جاب الله, **التبني في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية**, مذكرة ماستر في الحقوق, جامعة محمد خيضر, بسكرة, 2015/2014, ص6.

[4] محمد إسماعيل فواز, **التبني و بدائله**, 2018/4/11, 11.52,www.iasj.net.

[5] بذران أبو العينين بذران, **الفقه المقارن للأحوال الشخصية** , (الزواج والطلاق), دار النهضة العربية , بيروت , لبنان, (د.ط), (د.ت), ج1, ص523.

هذا النوع كان معروفا في الجاهلية , فكانوا يجعلون الطفل المتبنى كالابن الحقيقي يأخذ أحكامه من النفقة و الميراث و تحريم زوجته على متبنيه.[1]

قد عرفه بلحاج العربي بأنه: اتخاذ الإنسان إبن غيره المعروف نسبه ابنا له, فكان هذا النظام منتشرا إلى أن جاء الإسلام فأبطله.[2]

في تعريف آخر هو تبني الرجل لابن أو بنت إن وجد فيه ما يعجب و يرث من أمواله و يحرم عليه الزواج من نسائه أو بناته.[3]

إضافة إلى ذلك عرفه بن شويخ الرشيد:بأن يدعي شخص بنوة شخص معلوم النسب أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تجمعه به, مع ذلك ينسبه إليه.[4]

كما عرفه أيضا فضيل سعد بأنه: عملية استلحاق طفل معلوم النسب أومجهوله و هو متيقنا أنه ليس من صلبه, و هي علاقة بين طرفين احدهما يسمى المتبني, و الطرف الآخر يسمى الطفل المتبنى.[5]

وفي تعريف أكرم ياغي: أن يعمد شخص ما إلى ولد معروف النسب فينسبه إليه و يسمى الولد المتبنى أو دعيا جمعه أدعياء.[6]

فقد غلب استعمال العرب كلمة ادعاء على التبني أي ادعى فلان فلانا بمعنى تبناه فيقصد من هذه الكلمة أن الابن المتبنى ليس ابنا حقيقيا وأنه مخلوق من صلب رجل آخر فمن غير الممكن أن يكون لديه أبوان.[7]

---

[1] شلبي محمد مصطفى, **أحكام الأسرة في الإسلام**, دار النهضة العربية, بيروت, لبنان,ط2, 1397ه/1977م, ص703.

[2] بلحاج العربي, **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**,(الزواج و الطلاق), ديوان المطبوعات الجامعية, بن عكنون, الجزائر,(د.ط), (د.ت), ج1, ص200.

[3] عمتوت عمر, **موسوعة المصطلحات القانونية و قواعد الشريعة الإسلامية**, دار هومة, الجزائر, (د.ط),(د.ت), ص173.

[4] بن شويخ الرشيد, **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**, دار الخلدونية, القبة القديمة, الجزائر,ط1,(د.ت), ص250.

[5] فضيل سعد, **شرح قانون الأسرة الجزائري**, المؤسسة الوطنية للكتاب, الجزائر, (د.ط), 1986,ج1, ص224.

[6] ياغي أكرم ,**قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية و المسيحية**, منشورات زين الحقوقية, بيروت, لبنان, ط1, 2007, ص203.

[7] عبد العزيز إسماعيل صقر, **إبطال القرآن الكريم لعادة التبني**, "مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية", العدد25, 1415ه/1995م, جامعة الكويت, ص139.

و الملاحظ أن جل التعريفات المتطرق إليها تتمحور حول مفهوم واحد هو أن التبني عبارة عن اتخاذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه ابنا له.[1]

كما يثبت له أحكام البنوة من الميراث و غيره و تحريم تزويجه بحرمته, فقد حرم الإسلام ذلك و اعتبره من الكبائر, و من قام به مستهزئا بحكم الله كان من الكافرين, لقول الرسول عليه الصلاة و السلام «كفر من تبرأ من نسب و إن دق أو ادعى نسب لم يعرف ».[2]

المطلب الثاني: التبني و الأنظمة المشابهة له.

لابد من التفريق بين نظام التبني و بين أنظمة تتشابه فيما بينها, حيث من الممكن الخلط بينها لعدم الإطلاع على مفاهيمها, و بالتالي فالتمييز ضروري في البحث لإزالة اللبس

و من هذه النظم الكفالة والذي جعلها الإسلام وكذا القوانين الداخلية للدول الإسلامية بديلا هاما للتبني مراعاة للظروف الذي يكون الطفل ضحية لا ذنب له , و كذا الإقرار بالنسب والحضانة و رعاية اللقيط, كلها جاءت لحصانة الطفولة التي تنادي به أغلب الاتفاقيات الدولية, و عليه يمكن التطرق لأهم هذه الأنظمة كالتالي التمييز بين التبني و الكفالة في الفرع الأول, التبني و الإقرار بالبنوة في الفرع الثاني.

الفرع الأول : التبني و الكفالة.

للوهلة الأولى يتبادر إلى الذهن أن الكفالة والتبني شيء واحد كلاهما يقوم على أساس ضم طفل مجهول النسب لأسرة ترعاه و تحفظه, و مع ذلك فإن الكفالة نظام متميز عن التبني و وجه الاختلاف يكمن في أن التبني هو تنزيل المتبنى منزلة الابن الأصلي ومساواته في الحقوق مع الأبناء الصلبيين, أما الكفالة فهي رعاية الصغير المكفول على وجه التبرع و ذلك بالإنفاق عليه و رعايته.[3]

---

[1] السعيدي عبد الله الرحمن, **أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية**, الآفاق المشرقة ناشرون, الإمارات, ط1, 2012, ص272.

[2] معوان مصطفى, **أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة**, "مجلة المعيار", العدد 9, 1425ه/2004م, جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية, قسنطينة, الجزائر, ص499.

[3] بلحاج العربي, **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**, دار الثقافة, عمان, الأردن, ط1, 2012, ص526.

حيث يمكن للكافل أن يملك شيئا للمكفول حال حياته من باب الهبة و الوصية و على وجه التبرع, لكن من غير الممكن أن يكون هذا المكفول من المستحقين لميراث الكافل.[1]

فالتبني يعتبر نسب جديد اعتباري يؤثر على العلاقة بين أفراد الأسرة و الدخيل عليها مما يؤدي إلى التشاحن و الأحقاد, على عكس الطفل المكفول و الذي يعتبر كذلك شخص دخيل للأسرة إلا أنه لا يشكل خطر و لا يؤثر على العلاقات الأسرية لأنه لا يشاركهم في الحقوق المستحقة, و أبرز هذه الحقوق الميراث الذي أقره الله عز و جل لذوي الحقوق من خلال الانتماء بالنسب الحقيقي دون سواهم.

الكفالة عقد يتكون من ثلاثة أطراف الكفيل و المكفول و الهيئة المبرمة لهذا العقد الذي يكون بطريق المحكمة أو بواسطة الموثق,[2] أما التبني فيتكون من المتبني و الطفل المتبنى قد يكون بطريق غير قانوني لكن في الدول التي تقره فتمنحه للمتبني عن طريق القانون بتوفر الشروط و بإجراءات معينة.

في نظام الكفالة يحتفظ المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوما حسب المادة 120 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

أما التبني هو انتماء كلي للمتبني و انتسابه إليه فلا يحتفظ بالنسب الأصلي إن كان معلوم النسب ويكتسب نسبا جديدا إذا كان مجهول الهوية, لكن هذا النسب يكون مزيفا للحقيقة حتى و إن كان المقصد من ذلك الرعاية و الحماية للطفل, فيكفي وجود هذا القصد دون إلحاق النسب و إدعاء الولد, بالتالي فالكفالة هو النظام الأجدر بالتعامل به في المجتمع حصانة للأولاد و سد حاجة العائلات التي لم ينعم الله تعالى عليهم بالبنون, فمنح لها فرصة رعاية اليتامى و مجهولي النسب بالطرق الشرعية عوضا من التبني و إدماج أجنبي في أسرة لا يمت لها بأي صلة, فالكفالة الشرعية تحل عدة مشاكل منها مشكلة اليتامى و اللقيط.[4]

---

[1] بن شويخ الرشيد, **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**, ص251.

[2] علال أمال, **التبني و الكفالة**, مذكرة الماجستير في الحقوق, جامعة بكر بلقايد تلمسان, 2009/2008,ص32.

[3] تنص المادة 120ق.أ.ج على ما يلي:**"يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوما و إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة64من قانون الحالة المدنية".**

[4] داودي عبد القادر, **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**, دار البصائر, الجزائر,(د.ط), (د.ت), ص197.

بقول الله تعالى في القرآن الكريم «فأمّا اليتيم فلا تَقهر».[1]

الفرع الثاني : التبني و الإقرار بالبنوة.

الإقرار بالنسب هو إدعاء نسب حقيقي لكنه غير ثابت, فهو قائم شرعا و قانونا لا يجوز الرجوع فيه.[2]

بالنسبة لثبوت النسب بالإقرار فإن المقر لديه جميع الحقوق التي كانت للأبناء الذين أتوا بطريق الزواج الشرعي, على عكس التبني الذي يكون باتخاذ ابن و هو ليس ابنا حقيقيا فهذا الولد المتبنى لا يتمتع بأي حق من حقوق الأبناء الصلبيين.[3]

و حتى يكون الإقرار بالنسب صحيحا يجب توفر شروط هي: أن يكون الولد المقر له بالبنوة مجهول و أن يكون المقر له محتمل الثبوت من نسب المقر.[4]

كذلك أن يصادق المقر له ببنوة المقر على إقراره و إن كان مميزا, و ألا يكون الولد المقر ببنوته ابنا من الزنا و إلا كان هذا الإقرار باطلا.[5]

يمكن أن يقر الرجل بالزوجة توصلا إلى الإقرار بأن أولادها أولادا له, لكن هذا الإقرار لا يثبت إلا إذا كانت صلة الزواج ممكنة و أيضا فيما يتعلق بموانع الزواج المؤبدة كالقرابة و المصاهرة و الرضاع و الموانع المؤقتة.[6]

جاء في نص المادة44 من قانون الأسرة الجزائري"يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل و العادة"[7]

---

[1] سورة الضحى, الآية 9.
[2] بلحاج العربي, **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**,(أحكام الزواج), ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, ط6, 2010, ج1,ص419.
[3] بختي العربي, **حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية**, ديوان المطبوعات الجامعية, (د.ط), 2013, ص68.
[4] الزحيلي وهبة, **الفقه الإسلامي و أدلته**, دار الفكر, دمشق, ط3, 1989, ج6, ص640.
[5] شحاتة أحمد زيدان فاطمة, **تشريعات الطفولة**, دار الجامعة الجديدة, جامعة الإسكندرية, (د.ط), 2008, ص36.
[6] فروج عمر, **الأسرة في الشرع الإسلامي**, المكتبة العصرية, سيدا, بيروت,(د.ط), 1988, ص122.
[7] المادة **44**, ق.أ.ج.

بمعنى أنه يتم ثبوت النسب بتوفر شروط لكل نوع من الإقرار حتى و إن كان الشخص في مرض الموت إعمالا لقاعدة إحياء الولد.

و الواضح أن الفرق بين الإقرار بالبنوة و التبني يكمن في عنصرين هامين:

الإقرار اعترافا بنسب حقيقي و التبني تصريحا بنسب مزيف,

و بالتالي فإن الإقرار ليس سببا منشئا للنسب بل هو طريق لإثباته, فيثبت بالولادة بالنسبة للمرأة بناءا على عقد صحيح أو فاسد أو بشبهة.[1]

على عكس التبني الذي لا يثبت النسب به و لو كان الولد المتبنى مجهول النسب, فإن الإقرار إظهار واقعة شرعية صحيحة و ليس إثبات واقعة جديدة لا يحتمل الكذب, فلو كان الرجل عقيما و لا ينجب الأولاد فلا يتصور منه إثبات هذه الواقعة.[2]

في اجتهاد المحكمة العليا أقرت أن التبني ممنوع شرعا و قانونا و أنه لا يجب الخلط بين التبني و الإقرار بالنسب بحيث لا يمكن تطبيق قاعدة الولد للفراش على التبني.[3]

و يجب أن يكون الإقرار بدون تردد متى توفرت الشروط اللازمة لصحة الزواج.[4]

ذلك حسب المادة 41 ق.أ.ج"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعي و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة".[5]

و يتضح مما تقدم أن التبني المرفوض في الشريعة الإسلامية و في بعض القوانين الوضعية يختلف عن نظام الإقرار بالبنوة الذي يقوم على نوعين هما إقرار الرجل بأن الولد ابنه, و أن يقتضي هذا الإقرار حمل نسب المقر له بالنسب على الغير.[6]

كذلك هناك نظم أخرى أقرتها الشريعة حماية للطفولة كالحضانة الشرعية, التي تختلف بدورها عن التبني, فهي تعويض الطفل عن حنان و عطف الأبوة و الأمومة خاصة.

---

1 داودي عبد القادر, **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**, ص196.
2 معوان مصطفى, **أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة**, "المعيار", ص505.
3 بلحاج العربي, **الوجيز في قانون الأسرة الجزائري**,(ج1/ص418).
4 لعور أحمد, **الدليل القانوني للأسرة**, دار الهدى, عين مليلة, الجزائر,(د.ط),(د.ت), ص37.
5 المادة **41**, ق.أ.ج.
6 النعمان رياض, **المعجم القانوني**, (ج1/ص375).

و بالتالي فإن الحضانة توفر للطفل المحروم من عاطفة الوالدين الحنان الكافي و بالمقابل فهي الملجأ الشرعي للأسر المحرومة من نعمة الإنجاب, فتلجأ إلى احتضان أطفال لتعويض الطرفين.[1]

[1] أبو معيلق وجيه عبد الله سليمان, **أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المعمول به في قطاع غزة,** رسالة ماجستير الجامعة الإسلامية, غزة, 2006, ص25.

المبحث الثاني: التبني من منظور الشريعة الإسلامية.

قد كان نظام التبني معروفا لدى العرب قبل مجيء الإسلام, حيث يعتبر هذا النظام مسألة قديمة في التاريخ و التي وردت في قصص و روايات, فقد ذكر القرآن الكريم قصة سيدنا يوسف عليه السلام الذي اشتراه عزيز مصر بعد التقاطه من الجب,و اتخذه ولدا, لقوله تعالى:« وَقَالَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْ مِصْرَ لِامْرَأَتِهِ أَكْرِمِي مَثْوَاهُ عَسَىٰ أَنْ يَنْفَعَنَا أَوْ نَتَّخِذَهُ وَلَدًا ».[1]

لكن بمجيء الإسلام ألغى ما كان سائدا في المجتمع الجاهلي و كل ما يتعارض مع أحكام القرآن العظيم.

و من هنا يمكن البدء في استنباط أحكام التبني في الإسلام في المطلب الأول, و بعده نخصص المطلب الثاني لذكر الأنظمة التي أقرتها الشريعة الإسلامية بديلا عن التبني.

المطلب الأول: أحكام التبني في الإسلام.

بنزول القرآن الكريم على سيدنا محمد عليه الصلاة و السلام, حرم التبني تحريما باتا بقوله تعالى: « جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤﴾».[2]

يقصد بالأدعياء الأبناء بالتبني, و جعل الابن الذي يحرم الزواج بامرأته هو الابن الصلبي دون الابن المتبنى الذي يمكنه الزواج من نساء المتبني.[3]

و هذا ما ورد في سورة النساء« وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ »[4]

فكان رأي الإسلام في هذا النظام أنه تزوير على الطبيعة و الواقع, أي جعل شخصا غريبا عن الأسرة فردا منها, يخلو بنسائها و هن غريبات عنه و هو أجنبي عن الجميع.[5]

---

[1] سورة يوسف, الآية **21**.
[2] سورة الأحزاب, الآية **4**.
[3] النعمان رياض, **المعجم القانوني**, (ج1/ص376).
[4] سورة النساء, الآية **23**.
[5] القرضاوي يوسف, **الحلال و الحرام في الإسلام**, المكتب الإسلامي, بيروت, ط13, 1400ه/1980, ص216.

نستهل بذكر هذه الأحكام كالتالي: في الفرع الأول حكم تحريم التبني بالكتاب و السنة فالحكمة من هذا التحريم في الفرع الثاني.

الفرع الأول : التحريم بالكتاب و السنة.

أولا: التحريم بالقران الكريم.

لقد أبطل الله تعالى التبني في كتابه العظيم بنصوص صريحة, و أكدت على ذلك السنة النبوية الشريفة في أحاديث ترسخ ما جاء به القرآن, جاءت الآية (5) من سورة الأحزاب واضحة و جلية لا لبس فيها قال الله تعالى: « وَمَا ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ ».[1]

معنى الآية الكريمة أن الله عز و جل عادل في أحكامه, و أن ادعاء الابن ما هو إلا حكم باطل و زور و تغيير للأحكام و الحقوق و فيه مفاسد للمجتمعات.[2]

و بذلك فإن المتبني يعتدي على حقوق أفراد أسرته من أبنائه و أقاربه, فيشرك الطفل المتبنى في تركته و يأخذ ما ليس له فيه حق, و بذلك يحل ما حرم الله و يحرم ما أحله.[3]

لما اتخذ الرسول محمد عليه الصلاة والسلام زيد بن حارثة ابنا له أبطل الله تعالى ذلك بالفعل تأكيدا للقول, و ذلك بتكليف رسوله الكريم بالزواج من مطلقة زيد التي تدعى بـ"زينب بنت جحش" و الذي كان أمرا جد صعب على النبي صلى الله عليه و سلم.[4]

قال في ذلك الله تعالى «فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا ۚ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا ﴿٣٧﴾».[5]

---

[1] سورة الأحزاب, الآية **5.**

[2] بلحاج العربي, **أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري**, دار هومة, الجزائر, (د.ط),2013, ص711.

[3] فضيل سعد, **شرح قانون الأسرة الجزائري**, (ج1/ص224).

[4] القرضاوي يوسف, **الإستلحاق و التبني في الشريعة الإسلامية**, مكتبة وهبة, القاهرة, مصر, ط1, 1421ه/2000م, ص12.

[5] سورة الأحزاب, الآية **37.**

فبزواج الرسول عليه الصلاة و السلام من زوجة متبناه واجه المجتمع الجاهلي الذي استغل ذلك في ذم الرسول, فأنزل الله سبحانه الآية التي أغلقت أفواه المستهزئين بقوله:« مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَٰكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ ۗ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا».[1]

فكان الهدف من ذلك إبطال آثار التبني و رفع الحرج عن المسلمين في نكاح أزواج أدعيائهم الذين لم ولن يكونوا أبناء في الحقيقة, فهذه إرادة الله بجعل الرسول هو الإمام و القدوة في اقتلاع عادة التبني فجاء حكم الإسلام مبطلا لها, و لا يرتب أي حق من الحقوق الممنوحة للأولاد الصلبيين.

حيث جعل القرآن الكريم الزوجية وسيلة النسب الوحيدة, و ذلك بقوله تعالى:« و هو الذّي خلق من الماء بشرًا فجعله نسبًا و صهرًا و كان ربك قديرًا ».[2]

و لما كان حفظ النسب من الكليات الخمس و من ألزم الواجبات, كان الخلط فيه حراما قطعا يجب إزالته لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب, و بالتالي فمن نسب ولدا لغير أبيه كان من الألزم إقامة الحد عليه حد عقوبة القذف.[3]

ثانيا: التحريم بالسنة .

بعد ورود التحريم القطعي في كتاب الله عز و جل, جاءت سنة النبي عليه الصلاة والسلام لتؤكد على ذلك قولا و فعلا, فكان الرسول أول من طبق ما جاء به القرآن و ذلك بزواجه من زوجة زيد بن حارثة, هذا ما أسقط نظام التبني الذي كان سائدا أنداك, صيانة لحقوق أفراد الأسرة من الضياع.

فإذا كان لا يجوز للأب أن ينكر نسب ولده من الفراش فإنه لا يجوز كذلك إلحاق من ليس من صلبه و يعتبره ولدا له.[4]

---

[1] سورة الأحزاب, الآية **40**.
[2] سورة الفرقان, الآية**54**.
[3] بختي العربي, **حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية**, ص69.
[4] القرضاوي يوسف, **الحلال و الحرام**, ص215.

فيعتبر التبني تزوير للحقيقة بجعل من الباطل حقا و من الحرام حلالا, فقال الرسول عليه الصلاة و السلام في ذلك" ألا أُنبئكم بأكبر الكبائر؟ قالوا: بلى يا رسول الله, قال: الشّرك بالله و عقوق الوالدين و كان متكئًا فجلس, و قال: ألا و شهادة الزُور, قال الرّاوي: و أخذ يكرّرها حتى قلنا ليته سكت".[1]

فهو ظلم و الظلم حرام, فجاء في حديث قدسي:" يا عبادي قد حرّمت الظُلم على نفسي و حرّمته فيما بينكم فلا تظالموا".[2]

قال البخاري في ذلك: حدثنا معلى بن أسد, حدثنا عبد العزيز بن مختار عن موسى بن عقبة قال: حدثني سالم عن عبد الله بن عمر قال: إن زيد بن حارثة رضي الله عنه مولى رسول الله ما كنا ندعوه إلا زيد بن محمد حتى نزل القرآن(أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله).[3]

و في حديث آخر, عن سعد بن وقاص رضي الله عنهما قال:[4] سمعت النّبي عليه الصلاة و السلام يقول: من ادّعى إلى غير أبيه و هو يعلم أنّه غير أبيه فالجنة عليه حرام فذكر ذلك لأبي بكرة, فقال: و أنا سمعته أُذناي, و وعاه قلبي من رسول الله صلى الله عليه وسلم.

و في حديث إصبع بن الفرج, حدثنا ابن وهب, أخبرني عمرو, عن جعفر بن ربيعة عن عراك, عن أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة و السلام قال: " لا ترغبوا عن آبائكم فمن رغب عن أبيه فقد كفر".[5]

فهذه النصوص سواء النصوص القرآنية ما يطلق عليه بالتشريع القولي, و النصوص من السنة ما يسمى كذلك بالتشريع الفعلي أي تجسيد و تأكيد في الواقع, جاءت كلها صريحة ينبغي إتباعها لصلاح الأمم.

---

1 فضيل سعد, **شرح قانون الأسرة الجزائري**, (ج1/ص224).
2 فضيل سعد, المرجع نفسه, (ج1/ص225).
3 الدمشقي إسماعيل بن كثير القرشي, **تفسير ابن كثير**, دار الأندلس, بيروت, لبنان, (د.ط), (د.ت), ج5, ص422.
4 الزبيدي زين الدين أحمد بن عبد اللطيف, **مختصر صحيح البخاري**,باب من ادعى إلى غير أبيه, رقم الحديث(2157) دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان, ط4, ج1, ص492.
5 البخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم, **صحيح البخاري, كتاب الفرائض**, باب من ادعي إلى غير أبيه, دار الفكر, بيروت, لبنان, ط1, 2001, رقم الحديث(6768), ص1699.

الفرع الثاني: أسباب تحريم التبني.

لكل شيء في هذا الوجود حكمة, و كل ما أنزله الله تعالى في القرآن و أمرنا بإتباعها أو باجتنابها ما وراءه إلا حكم و مواعظ, فما أحله الله و ما حرمه ليس عبثا, بل يتجلى وراء ذلك حكمة عظيمة ينبغي معرفتها لكي يزول الغموض و تتضح الرؤية.

فالحكمة من تحريم التبني هي الحماية المثلى للحقوق و المحافظة عليها من الضياع كذلك الابتعاد عن تزييف الحقائق[1].

فالتبني يعد كذب و افتراء على الله و العباد, و بالتالي فإنه يؤدي إلى مفاسد كبيرة وكثيرة, و هذا ما صرح به القرآن الكريم في سورة الأحزاب.[2]

فهذا النظام يعتبر خطف طفل من أبويه و دمجه في أسرة لا تمث له بأي صلة, ما يؤدي ذلك إلى إهدار النظام الأسري الشرعي, الذي بدوره يسبب اضطراب و إثارة الأحقاد[3].

و بما أن الطفل اللقيط يفتقد إلى ما يحتاجه أي طفل طبيعي من ناحية الكمال الأسري فقد يؤدي هذا النقص إلى تغير نظام المجتمع برمته, فلابد من معالجة ذلك بغير نظام التبني فقد يزيد من الطينة بله لأن هذا الولد بإدخاله على أسرة غريب عنها في ميوله وأحاسيسه و عقيدته يولد النفور و الشعور بأنه شخص غير مرغوب فيه, فنسبه مزعوم لا أساس له من الصحة.[4]

فقد يعمد صاحب مال و جاه لحرمان بعض من المستحقين للميراث فيتبنى شخصا ليرث ماله, و بذلك يعتدي على شرع الله في الميراث, فلو كان التبني نظام إيجابي في حد ذاته لما كان حكمه التحريم و الإلغاء.[5]

---

[1] بدران أبو العينين بدران, **الفقه المقارن للأحوال الشخصية**, (الزواج و الطلاق), (ج1/ص524).
[2] شلبي محمد مصطفى, **أحكام الأسرة في الإسلام**, ص703.
[3] السعيدي عبد الله عبد الرحمن, **أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية**, ص273.
[4] عتيق نظيرة, **حماية اللقيط**-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري و المواثيق الدواية-, مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون, جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية, 2008/2007, ص ص161/160.
[5] شلبي محمد مصطفى, **أحكام الأسرة في الإسلام**, ص704.

فالتبني إذا جريمة في حق المتبنى, إذ عند اكتشافه للحقيقة, قد تكون له حقيقة مدمرة, و هذا ما يتنافى مع مبادئ الأخلاق و تعاليم ديننا الحنيف الذي يأمر بالعدل و الحق.[1]

المطلب الثاني: بدائل التبني في الإسلام.

لم يكن أمر إبطال التبني هينا على الناس, فقد كان نظام اجتماعي عميق الجذور ليس من السهل اقتلاعه, لكن بتوضيح آثاره السلبية سمح للمجتمعات الإسلامية خاصة بمنعه وتوخيه, فكان لابد من وجود خلف لهذا النظام حتى لا يبق مجال لتفشي ظاهرة اللقطاء و مجهولي و النسب, مما يسبب مشاكل عويصة تهدد المجتمعات البشرية, فراع الإسلام ذلك بإقرار أنظمة تجابه هذه الظروف منها كفالة اليتيم في الفرع الأول, و العناية باللقيط في الفرع الثاني.

الفرع الأول : كفالة اليتيم.

يعد هذا النظام تبني بمعنى التربية و الرعاية, أي أن يضم الرجل إليه طفلا يتيما و يعامله كابنه فيحنو عليه و يعتني به و يطعمه و يعلمه, لكن دون إلحاقه لنفسه, و هذا ما أمرنا به الله ورسوله, إذ قال في هذا رسولنا الكريم " أنا و كافل اليتيم في الجنّة ".[2]

فالكافل هو القائم بأمور اليتيم, فيكون له المربي و المنفق عليه, فيفتح بذلك باب الإحسان و فعل الخير حتى يكون المكفول في مأمن من أذى الشارع.[3]

بقوله تعالى:« وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ».[4]

---

[1] بلحاج العربي, **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**, (ج1/ص423).
[2] القرضاوي يوسف, **الحلال و الحرام**, ص218.
[3] بلحاج العربي, **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**, ص ص526/525.
[4] سورة آل عمران, الآية **44**.

فإن أراد شخص رعاية يتيم فليدعه لأبيه و لا ينسبه إليه, إنما يقوم بتربيته و تعليمه على وجه الكفالة لا التبني, فيكون بذلك قد فاز بدرجة عالية في الجنة.[1]

حيث يعتبر هذا الفعل من أعظم القربات إلى الله عز و جل, فاحتضان يتيم و تقديم له أحسن الرعاية حتى ينشأ هذا الولد في كنف و دفء افتقده, فيأخذ من طباعهم و يتخلق بأخلاقهم, و يكون ممتنا لهذه الأسرة طوال حياته.[2]

فالشريعة بإبطالها للتبني, فتحت أبواب التكافل و الرعاية الاجتماعية لمجهولي النسب و اليتامى, لضمان العطف و الرحمة لهاته الفئة.[3]

و يمكن للكفالة الشرعية أن تحل عدة مشاكل قد تتعرض لها هذه الفئة, بحفظ كافة حقوقهم المالية و كذا تأهيلهم للمستقبل حتى لا يكونوا عالة على المجتمع.[4]

بقوله تعالى:« وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ».[5]

صحيح أنه لا يترتب على كفالة اليتيم ما يترتب على التبني كال حقوق المالية من ميراث أي لا يزاحم الأبناء الحقيقيين فيما يخصهم, لكن من الممكن أن يوصى له ببعض المال في حدود الثلث, حتى يواصل طريقه في الحياة دون عوائق, و كذا دون إثارة الفتن و المشاحنة بينه و بين الورثة.

فقد شجعت الشريعة الإسلامية على هذا النظام عن طريق القواعد الدينية, لقوله عليه الصلاة و السلام: " خير بيوت المسلمين بيت فيه يتيم يُكرم, و شرّ بيوت المسلمين بيت يُقهر فيه يتيم".[6]

---

1 فضيل سعد, **شرح قانون الأسرة الجزائري**, (ج1/ص226).
2 القرضاوي يوسف, **الإستلحاق و التبني في الشريعة الإسلامية**, ص41.
3 بختي العربي, **حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية**, ص69.
4 داودي عبد القادر, **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**. ص197.
5 سورة النساء, الآية **6**.
6 علال أمال, **التبني و الكفالة**, ص32.

حيث أكد القرآن على ذلك في عدة آيات كلها تهدف إلى دفع المضار عن اليتيم, و جلب المصالح له و الإحسان إليه, حتى لا يصبح فردا فاسد في المجتمع, و شعوره بالنقص مما يولد في نفسه حب الانتقام .[1]

و حرص كذلك على حفظ أمواله من الضياع, و عدم التعرض لها بالسوء, و عده ذنب عظيم, و توعد لهم بعذاب شديد.[2]

لقوله تعالى:« إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ».[3]

و قال كذلك:« وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ۚ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۖ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا »[4]

الفرع الثاني : العناية باللقيط.

بما أن الطفل هو عنصر فعال في المجتمع, فإنه يعتبر رجل الغد يجب الاتكال عليه هذا ما يستدعي تنميته و تكوينه بتوفير له العناية الكافية حتى لا يكون عنصر سلبي على المجتمع و كل هذا يقع على عاتق الوالدين, لكن هناك أطفال محرومين من نعمة العائلة كمجهولي النسب و أبناء الزنا, و كذا اللقيط فقد تكفلت الشريعة الإسلامية بهاته الفئة .

و الملاحظ أن ابن الزنا و مجهول الأبوين و اللقيط لديهم نفس المعنى على أساس عدم ثبوت نسبهم سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية, على عكس الطفل اليتيم فنسبه معلوم

لكن فقد والديه إثر وفاة طبيعية أو حوادث, لكن وضعيته تشبه وضعية اللقيط, فكلاهما يحتاج إلى الرعاية و الأمن.[5]

---

[1] بوخلخال خولة, **التبني في القانون الدولي الخاص**, مذكرة ماستر في الحقوق, جامعة قاصدي مرباح, ورقلة, 2017/2016, ص13.

[2] خليفة جاب الله, **التبني في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية**, ص15.

[3] سورة النساء, الآية **10**.

[4] سورة الإسراء, الآية **34**.

[5] سلامي دليلة, **حماية الطفل في قانون الأسرة**, مذكرة ماجستير في القانون, جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة, بن عكنون, 2008/2007, ص67.

فقد عنى الإسلام الطفل اللقيط و ذلك بتحديد أحكامه, فلو ادعاه شخص ثبت نسبه منه وفقا لشروط ادعاء البنوة, أي ليس كل من يدعي نسب اللقيط يثبت له هذا الادعاء.[1]

فمن مصلحة اللقيط إثبات نسبه ممن ادعاه من دون حاجة إلى بينة, فإن ادعت امرأة أنها أم لقيط فيثبت لها النسب, و يشترط ألا تكون متزوجة, فلو كانت ذات زوج اشترط لثبوت النسب البينة.[2]

فكان الفقهاء على خلاف حول إثبات نسب اللقيط, حيث خالف المالكية قول الشافعية و الحنابلة, بقوله أنه لا تصح دعوى النسب دون بينة, و استحسن ذلك الحنفية, لكن القول الراجح الذي فيه مصلحة اللقيط أن يثبت النسب من غير بينة لتسهيل الدعوى, فمن باب أولى حماية الطفل من الهلاك و أصلح له. [3]

اللقيط أكثر شخص يحتاج إلى الشفقة, فهو غير مذنب, و يحرم على من التقطه أن يلقى به مرة أخرى فإذا قام تنازع بين طرفين على اللقيط فالأحق به هو المسلم, و إذا كانا كلاهما مسلم فالأحق هنا السابق في التقاطه, و إلا كان القاضي هو الفاصل في هذا النزاع فيمكنه أن ينقل رعاية اللقيط إلى الدولة إذا لم يلتقطه أحد أو كان الملتقط يشكل خطرا على الطفل في نفسه و في ماله.[4]

إذا كان الملتقط مسلم أو وجد في بلد مسلم, فتكون ديانة اللقيط الإسلام بغض النظر عن كونه منبوذ من طرف أهله اتقاء الفضيحة أو كونه ابن زنا.[5]

يطلق على اللقيط اسم ابن السبيل, و الذي كان الإسلام الأسبق بأمر إيوائه و رعايته فمن حقه أن ينشأ كإنسان لديه حقوق الإنسان المسلم, تكون حقوقه مكفولة كحقوق غيره

---

1 بدران أبو العينين بدران, **الفقه المقارن للأحوال الشخصية**, ص525.
2 بلحاج العربي, **الوجيز في شرح قانون الأسرة**. (ج1/ص2).
3 قعدان أحمد محمود إسماعيل, **أحكام اللقطة و اللقيط في الفقه الإسلامي**, دار النفائس, الأردن, ط1, 1435ه/2014م, ص ص200/199.
4 فروخ عمر, **الأسرة في الشرع الإسلامي**, ص125.
5 فضيل سعد, **شرح قانون الأسرة الجزائري**, (ج1/ص227).

فإذا كان اليتيم معروف الأبوين و أمر الإسلام بكفالته ضمن أحكام القرآن و السنة فما بالك بالذي لا يعرف أصله من فصله؟.[1]

و بذلك يعتبر التقاط الطفل واجبا خيفة عليه من الهلاك, و في الشريعة الإسلامية تعتبر من يترك واجبا فهو آثم, لأنه ضيع نفسا بغير حق, و هذا الإثم يقع تحت طائلة الأخلاق و الضمير.[2]

حيث جعل الإسلام مصلحة اللقيط لازمة على كل من ادعى نسبه, و سهل هذا الإدعاء دون بينة, لأنه بإقامة البينة في مثل هذه الحالات يصعب تحقيق إثباته, فلو اشترطت البينة لضاع الكثير من الأنساب و هذا ما يخالف مقاصد الشريعة الإسلامية و هو المحافظة على النسب الذي يعد من الكليات الخمس.[3]

و من أفعال الصحابة رضي الله عنهم, ما روي عن علي بن طالب "رضي الله عنه" "أنَّ رجلًا التقط لقيطا فأتى به لعلي 'رضي الله عنه' فقال: هو حر و لأن أكون وليت أمره مثل الذّي وليت منه أحب إليَّ من كذا و كذا", فقد استحب عليَّ أن يكون هو الملتقط مما دلَّ على أن من الأفضل رفعه دون تركه.[4]

و بالتالي فالمعاملة الإيجابية للأطفال اللقطاء تنعكس على المجتمع, فتجعل منه فردا صالحا و منتجا و فعالا, حيث تتمثل هذه المعاملة في إشباع حاجات الطفل و منحه الحقوق الكاملة, فاللقيط مفتقد إلى الجو الأسري, فتقع هذه المسؤولية على عاتق المؤسسات الإيوائية بالدرجة الأولى , أو الأسرة الحاضنة.[5]

من خلال هذا الفصل تم التعرف على طبيعة نظام التبني, و تمييزه عن بعض الأنظمة التي تشابهه, كالكفالة و الإقرار بالنسب, لأنه كلا من هذه الأنظمة هدفها الوحيد حماية الطفل وضمان المصلحة الفضلى له, و بالتالي فقد تم التطرق لرأي الشريعة الإسلامية

---

1 القرضاوي يوسف, **الاستلحاق و التبني في الشريعة الإسلامية**, ص ص39,40,41.
2 ياغي أكرم, **قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية و المسيحية**, ص209.
3 طفياني مخطارية, **إثبات النسب في التقنين الجزائري و الفقه الإسلامي**, مذكرة ماجستير في القانون, جامعة احمد بوقرة, بومرداس, ص ص105/104.
4 أبو معيلق وجيه عبد الله سليمان, **أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي**, ص35.36.
5 أبو معيلق وجيه عبد الله سليمان, المرجع نفسه, ص18.

بهذا النظام و لماذا حرمه الله تعالى في كتابه الكريم قولا صريحا, و فعلا طبقه الرسول عليه الصلاة والسلام بزواجه من زوجة متبنيه, و الحكمة أعظم لهذا التحريم, هدفها صيانة حقوق الأفراد و الأولاد بصفة خاصة, مع ذلك فإن الإسلام جاء ببدائل عن التبني, بكفالة اليتيم و كذا رعاية اللقيط, الذي يكون بحاجة ماسة للعطف و الحنان.

ففي الحقيقة فإن لنظام التبني خصائص لم نتطرق لها, و التي تميزه عن عدة أنظمة نذكر منها: _هو نظام قديم عرفته المجتمعات في عصور مضت,

_ متميز بإلحاق النسب لغير الولد الحقيقي,

_ يعطي الحقوق بالمساواة بين الابن الصلبي و المتبنى كحق الميراث.[1]

_ هو نظام مقنن في بعض القوانين و الاتفاقيات الدولية,

_ لا فرق إن كان المتبنى ذكرا أو أنثى مع كونه قاصرا, وكذا بالنسبة للمتبني يجب أن يكون راشدا,

_ يعتبر التبني ولاية تامة على نفس و مال الولد المتبنى.[2]

و بالتالي فقد تعرفنا على هذا النظام من خلال الإطار المفاهيمي و كذا الإطار العام الذي يشمل الخصائص و التفريق بين ما يشابهه, ففي الفصل التالي سنتعرف على الإطار القانوني للتبني, و كيف تعاملت معه الأنظمة القانونية, بالخصوص التشريع الجزائري.

---

[1] علال أمال, **التبني و الكفالة**, ص ص19/18.

[2] خليفة جاب الله, **التبني في ق. الوضعي والشريعة الإسلامية**, ص7.

الفصل الثاني

التبني في القانون الجزائري و التشريعات المقارنة

الفصل الثاني: التبني في القانون الجزائري و التشريعات المقارنة.

على غرار معظم التشريعات الإسلامية التي تؤيد الشريعة الإسلامية في كل أحكامها الشرعية, كان القانون الجزائري قد بذل كل ما في وسعه لتطبيق هذه الأحكام, فقد نص على ذلك في المادة 222 من ق.أ.ج, و التي تحيل كل ما لم ينص عليه في قانون الأسرة إلى الشريعة الإسلامية.[1]

بخصوص موضوع التبني فقد تم منعه في الجزائر امتثالا لما جاء به الإسلام من تحريم لهذا النظام حيث ورد ذلك في المادة 46من ق.أ.ج:" يمنع التبني شرعا و قانونا".[2]

و قد طبق هذا المنع في الواقع حماية للأنساب من التزييف و التحريف, و ذلك من خلال الأحكام القضائية والتي ألغت عدة قرارات بخصوص تبني طفل مجهول النسب و إعطائه الاسم الكامل.

في المقابل هناك تشريعات تشجع هذا النظام و تنظمه في قوانينها الداخلية, كالقوانين الوضعية الغربية منها و حتى العربية غير الإسلامية, باستثناء دولة تونس التي تعتبر الدولة الإسلامية الوحيدة التي تبيح صراحة التبني ضمن قانونها الوضعي, و من هنا يمكن توضيح موقف القانون الجزائري بالتفصيل حول التبني في المبحث الأول, و موقف بعض التشريعات المقارنة منه في المبحث الثاني.

المبحث الأول: موقف التشريع الجزائري من التبني.

وضع المشرع الجزائري عدة ضوابط لحماية الأنساب, و ذلك باشتراط الزواج و رضا الزوجين, فهي المؤدى للعلاقة الشرعية الطبيعة و للإنجاب, فيترعرع الطفل داخل أسرة ملؤها المحبة و الأمان, مع ذلك فإن المجتمع الجزائري يواجه مشاكل عديدة منها الأطفال غير الشرعيين الذين ولدوا خارج إطار الزواج الشرعي, سبب ذلك ضعف الوازع الديني مع أنه مجتمع إسلامي, لكن ما ذنب هؤلاء الأطفال؟, لهذا فقد راعى المشرع الجزائري ذلك من خلال

---

[1] تنص المادة 222 من ق.أ.ج على ما يلي:**"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".**

[2] المادة 46, ق.أ.ج.

وضع عدة أنظمة مخصوصة لحماية الطفولة, كالحضانة و الكفالة و دور الطفولة المسعفة و لم يكن نظام التبني ضمن ما أقره التشريع الجزائري تماشيا و أحكام الشريعة الإسلامية, فرغم التعديلات على قانون الأسرة منذ سنة 1984 إلى يومنا, لم تعدل المادة 46 فبقيت كما هي لأن المنع جاء قاطعا لا رد فيه, و من هنا نتطرق لهذا الحظر من خلال القوانين التي وضعها المشرع الجزائري, و كيف أبطل ذلك في المطلب الأول و من ثمة يتم ذكر النظام الذي وضعه بديلا عن التبني في المطلب الثاني.

المطلب الأول: منع التبني في القانون الجزائري.

لقد كان موقف المشرع الجزائري في محله بمنع نظام التبني كسائر التشريعات الإسلامية لما يخلفه هذا النظام من عواقب وخيمة في المجتمع, حتى و مع التطورات الحاصلة سواء الاجتماعية أو غيرها, فيبقى التبني مجرد انحراف لا اعتراف, و تزييف لشخصية المتبنى, من جهة ثانية فهو يشجع على الاختلاط و العلاقات غير الشرعية.[1]

و هذا ما يرتب آثار مدمرة لنظام الأسرة خاصة و المجتمع على العموم, و على إثر ذلك استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه لا يجوز الخلط بين التبني و الإقرار بالنسب, لأن الإقرار ما هو إلا تصحيح للنسب عكس التبني الذي هو اعتراف بنسب مزيف, و كذلك لا يجوز تطبيق قاعدة الولد للفراش على التبني لأن الأصل فيه عدم وجود أي فراش.[2] و من ثمة أوجد المشرع الجزائري منظومات قانونية تحوي على مدى تطبيق ما جاء به الإسلام بخصوص موضوع التبني ضمن مواد وأحكام و قرارات قضائية, هذا ما سنتناوله في الفرع الأول و بعده نتطرق إلى كيفية إبطال التبني وما هو التكييف الجزائي له في الفرع الثاني.

---

[1] بلحاج العربي, **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**, ص523.
[2] بلحاج العربي, **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**, (ج1/ص418).

الفرع الأول : مدى تطبيق المنع في التشريع الجزائري.

بعد استقلال الجزائر من الاحتلال الفرنسي امتد العمل بقوانينها مدة من الزمن ذلك بسبب الفراغ التشريعي التي تركته فرنسا بعد خروجها, خاصة القانون المدني الفرنسي, و الذي كانت أحكامه مخالفة للشريعة الإسلامية, مما تطلب من التشريع الجزائري إلغاء هذه الأحكام

وتعديلها بما يتماشى مع الشريعة و المجتمع الجزائري, و من هذه الأحكام التبني الذي كان مسموح به في تلك الفترة, وتم إلغاؤه طبقا لما جاء في سورة الأحزاب الآية 4 و5.[1]

فصدر قانون رقم 11.84 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة, ليمنع التبني صراحة بموجب المادة 46, أي لا يجوز لأي جزائري أن ينسب طفل إليه و يسجله في الحالة المدنية, و مخالفة ذلك قد يترتب عليه عقوبة بتهمة التزوير في الوثائق الرسمية المنصوص عليها في قانون العقوبات.[2]

و استمر ذلك لحد اليوم لأن ذلك يعتبر تعديا على ألقاب الغير, فقد أصدرت المحكمة العليا قرارات تلغي فيها التبني في أي وثيقة كانت, سواء أقرتها جهات رسمية وطنية أو أجنبية فهي تعتبر مساس بالنظام العام الجزائري.[3]

و بالتالي فشهادة الميلاد في حالة التبني لا ترقى إلى الدليل على النسب فهي مجرد تصريح يحيث يمكن إبطاله بأي وسيلة متاحة لذلك.[4]

و من المقرر أنه يمنع التبني شرعا و قانونا, ففي قضية أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث, فإن قضاة الموضوع لم يكونوا على صواب في تأييد الحكم المستأنف برفض الدعوى على أساس أن المتبني لم يذكر نسب المتبنى

---

[1] معوان مصطفى, **أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة**, "المعيار", ص506.

[2] بوزيد خالد, **النسب في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي**, مذكرة ماجستير في القانون الخاص, جامعة الجزائر, 2011/2010, ص137.

[3] علال أمال, **التبني و الكفالة**, ص52.

[4] عمتوت عمر, **موسوعة المصطلحات القانونية و قواعد الشريعة الإسلامية**, ص175.

و بالتالي يمكن نقض هذا القرار على أساس أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى إبطال النسب.[1]

و في قرار أخر للمحكمة العليا, في قضية (ف ط) ضد(ف ط) فإن قضاة الموضوع لما ألغوا الحكم القاضي بإبطال التبني بسبب عدم وجود الصفة للطاعنين, برغم إثباتهم أنهم أبناء عمومة و بشهادة الشهود حسب المحضر المؤرخ في1985/12/24, و ناقشوا دعوى إبطال النسب كأنها دعوى نفي نسب, و طبقوا عليها قاعدة الولد للفراش مع أنه لا يوجد أي فراش في التبني, فقد كان القرار غير صائب, و يستوجب نقض القرار المطعون ضده.[2]

لكن قاعدة تحريم التبني لم تبق على إطلاقها بل أصبحت نسبية في ظل تعديل القانون المدني 10/05 المعدل و المتمم, فقد أصبح القاضي الجزائري يبرم عقد التبني لكن بشروط ضمن المادة 13 مكرر 1 في الفصل المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان, و التي تحوي على قواعد إسناد تبين بدورها القانون الواجب التطبيق على الأجنبي داخل الإقليم الجزائري.

فإن المادة 13 مكرر 1 تنص على أنه يخضع التبني لقانون جنسية كل من المتبني و المتبنى وقت إجراء الانعقاد.[3]

فإذا كان قانون جنسية الطرفين تمنع التبني, لا يجوز للقاضي الفصل في الدعوى, من البديهي رفض القضية تطبيقا للقاعدة العامة, لكن من المحتمل حدوث وقائع أمام القاضي الجزائري يستوجب منه حلها, مثلا في حالة كون قانون المتبني يسمح بالتبني و قانون المتبنى لا يسمح فإن القاضي يفصل برفض الدعوى طبقا للمادة 46 من ق.أ, كما هو الحال لو كان الشخص المتبني تونسي الجنسية و الصغير المتبنى جزائري الجنسية ففي هذه الحالة يطبق القاضي الجزائري المادة المانعة لنظام التبني, أما في حالة كلا القانونين يسمحان بذلك فما على القاضي إلا إبرام العقد. [4]

---

[1] المحكمة العليا, غ.أ.ش, 1994/6/28, ملف رقم122761, الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ,عدد خاص 2001, ص155.

[2] المحكمة العليا, غ.أ.ش, 1995/05/02, ملف رقم103232, إ.ق.غ.أ.ش, عدد خاص, 2001, ص152.

[3] المادة 13مكرر1 .قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي2007,المتضمن القانون المدني.

[4] خليفة جاب الله, **التبني في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية**, ص21.

فيستنتج من هذه المادة أن المادة 13 مكرر 1 تعتبر كقاعدة إسناد تلزم القاضي الجزائري بتطبيق قانون داخلي لدولة أجنبية, و أن المادة 46 من ق.أ.ج, تمنع التبني على الجزائريين ولا يمتد المنع إلى غير الجزائريين, و بالتالي فإن قاعدة التبني لم تبقى على إطلاقها بل أصبحت نسبية نوعا ما, بما أنه أصبح القاضي الجزائري السماح به لغير الجزائريين و كذا يبرم عقد التبني وفقا لشروط و إجراءات لقانون تلك الدولة.

برغم من أن المشرع الجزائري أبطل التبني إلا أنه صادق على إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989, و التي تضمنت نظام التبني في المادة 21 بحيث تلزم الدول التي تجيز التبني كبديل مع مراعاة مصلحة الطفل بالدرجة الأولى عند القيام بإجراءات التبني.[1]

كما تنص كذلك المادة 20 من ذات الاتفاقية في فقرتها الثالثة على أن رعاية الطفل تشمل الحضانة, أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي, أو التبني, أو الإقامة في مؤسسات رعاية الطفولة عند الضرورة.[2]

و أيضا فيما يخص المرسوم التنفيذي رقم24/92 الصادر في 13 جانفي 1992 و المتعلق بتغيير اللقب, الذي يجيز التبني بطريقة غير مباشرة, إذ تنص في مادته الأولى على أنه بإمكان الشخص الذي كفل طفلا مجهول النسب من الأب, أن يتقدم بطلب تغيير اللقب و مطابقة لقب المكفول بلقب الكافل, و من ثمة فهذا المرسوم خالف المواد 46و120 من ق.أ و المادة 64 من ق.ح.م, و بالتالي فقد تناقض و أحكام الشريعة الإسلامية التي تنسب الطفل لأبيه.[3]

حيث أن النص جاء بخصوص الكفالة, أي بإمكان الوصي تغيير لقب المكفول و إعطائه اسمه فهل هذا يعتبر كفالة أم تغيير النسب بما أن الإسم يقترن بالنسب بطبيعة الحال, ما أدى هذا المرسوم إلى إختلاف الآراء , إذ هناك من يعتبره مخالف للأحكام الشرعية و كذا نصوص

---

[1] علال أمال, **التبني و الكفالة**, ص55.

[2] مرزوق وفاء, **حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية**, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, لبنان, ط1, 2010, ص91.

[3] بلحاج العربي, **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**, ص532.

قانون الأسرة, و هناك فريقا آخر فسر هذا المرسوم على أنه لا يلحق النسب إنما يمنح اللقب للمكفول و تبقى البيانات الأساسية كما هي.[1]

لكن في جميع الأحوال و مهما يكن, لا يجوز لأي شخص أخذ طفل مجهول أو معلوم النسب و يتبناه و يلحقه إليه, إنما يجوز له رعاية و كفالة ولد لوجه الله و عمل خير في مجتمعه و ذلك بموجب أحكام المادة 116 و ما بعدها من ق.أ.ج.[2]

الفرع الثاني : إبطال التبني و التكييف الجزائي له.

~ كما استعرضنا سابقا بعض الأحكام القاضية بإبطال التبني, فهي كذلك تبطل العقود بجميع وسائل الإثبات في حالة كون البيانات الأساسية الواردة في هاته العقود مزورة أو في غير محلها حسب قرار المحكمة العليا لسنة 2000, في ملف رقم 234949, إضافة إلى ذلك فإن شهادة الميلاد في حالة التبني لا تكون دليلا قاطعا على النسب, يتم إبطاله بوسائل الإثبات الشرعية و القانونية (قرار رقم 259953).[3]

من المعروف أن دعوى إبطال التبني ترفع أمام القضاء, مما يستوجب توفر الشروط والإجراءات المقررة في القانون, كأي دعوى قضائية, ينبغي لذلك تحديد المحكمة المختصة لنظر النزاع, و تحديد أطراف الدعوى.[4]

عملا لأحكام المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, و التي تنص على أنه يتوجب لرفع دعوى قضائية توافر الصفة, أي لا تقبل الدعوى إلا إذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة, كما يجب توفر كذلك المصلحة بما أن الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية من النظام العام, وغالبا ما تكون هذه النزاعات متعلقة بالميراث, فيرفع الورثة دعوى على المتبنى

---

[1] علال أمال, **التبني و الكفالة**, ص ص 62/61.
[2] سعد عبد العزيز, **الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**, دار البعث, قسنطينة, الجزائر, ط1(1986), ط1(1989), ص221.
[3] بلحاج العربي, **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**, (أحكام الزواج),(ج1/ص419).
[4] علال أمال, **التبني و الكفالة**, ص99.

ليُحرم من أخذ ما ليس له, مما يُستنتج من ذلك أن النيابة العامة طرفا أصيلا في الدعوى حسب المادة 3مكرر من قانون الأسرة.[1]

بحيث يؤول الاختصاص للفصل في دعوى إبطال التبني إلى القاضي المدني بقسم الأحوال الشخصية, و الذي يقوم بدوره بالتأكد من جميع الإجراءات المتبعة لسير الدعوى, و التحقيق مستعينا بالطرق العلمية لإثبات النسب.[2]

فسلطة القاضي في هذا النزاع لا تقتصر على إبطال التبني فحسب, بل يمتد الإبطال حتى عقود الميلاد, هذا ما أكده قرار المحكمة العليا المذكور آنفا على أن إبطال التبني يتبعه بالضرورة بطلان عقود الميلاد للمتبنى.[3]

حسب المادة 47 من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 1970/09/19 المتعلق بالحالة المدنية التي تنص على أن تبطل العقود الخاطئة عندما تكون البيانات الأساسية مزورة أو في غير محلها, و تقدم إما أمام محكمة مكان تحرير العقد و تسجيله, أو أمام المحكمة التي وقع فيها النزاع الذي تناول العقد المشوب بالبطلان.[4]

~ لم يضع المشرع الجزائري جزاءا لمن قام بإجراء التبني صراحة بالرغم من نصه على المنع البات له و إبطاله بجميع الوسائل, لكن يُفهم ضمنيا ما تكييفه باعتبار عقد التبني من العقود الخاطئة و المزورة, و ذلك حسب المادة 34 من ق.ح.م التي تنص " يتعرض كل شخص ذكر في العقد و لم تكن تصريحاته حقيقية للعقوبات المنصوص عليها في المادة 217 من قانون العقوبات".

---

[1] خليفة جاب الله, **التبني في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية**, ص26/25.

[2] يقصد بالطرق العلمية المثبتة للنسب: أو ما يسمى بالبصمة الوراثية(ADN), الذي يعتبر العنصر المكون للخصائص الوراثية للإنسان, و كل إنسان لديه بصمة وراثية خاصة به, مما تساهم بشكل قطعي في إثبات النسب أو نفيه فهي موجودة في صيغة واحدة في جميع مكونات الجسم(دم, مني, شعر...), مما يسمح للطب الشرعي من معرفة نسب الطفل بتحليل ADN, تطرق لها المشرع الجزائري في المادة 40من ق.أ, بقوله: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

[3] علال أمال, التبني و الكفالة, ص100.

[4] بن شيخ آث ملويا لحسين, **المرشد في قانون الأسرة**, دار هومة, الجزائر, (د.ط), 2014, ص ص112.113.

بالتالي يُستنتج من نص المادة 217 العقوبة المقررة لقائم بالفعل و هي" يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم أنه منافي للحقيقة".[1]

حيث أسقط المشرع الجزائري جزاء القائم بفعل التزوير أو الإدلاء بغير الحقيقة على التبني دون تشريع عقوبة مخصصة له, لأن هذا الفعل إدعاء كاذب ينجر عليه عدة مشاكل في الأسر و حتى المجتمع, و يعتبر كذلك تعدي على حقوق الغير خاصة اللقب العائلي الذي يشترك فيه عدّة عائلات عن طريق نسب الدم و المصاهرة, فعادة ما يكون التبني سببا في ارتكاب جرائم قتل بشعة, قد يعمد الطفل المتبنى لقتل والداه طمعا في الاستيلاء على الثروة, كما في قصة الشاب الذي قتل والديه و شقيقيه حينما علم أنه ليس ابنا حقيقيا إنما متبنى من طرف عائلة لم يرزقا بأولاد, و حتى بعد أن رزقا الزوجان بولدين لم يكفا من إغداق الشاب المتبنى بالعطف والحنان, لكن هو لم يفكر إلا في الميراث, و الذي دفعه للتخلص من أفراد أسرته عاش معهم كافة حياته.[2]

المطلب الثاني: الكفالة كنظام بديل لنظام التبني.

بمنع المشرع الجزائري للبنوة الإدعائية لما لها من أثار سلبية على المجتمع الجزائري, لم يغلق باب الإحسان, إذ كان من الضرورة و الحكمة إيجاد بدائل عن هذا النظام, يبيحه الدّين الإسلامي و القانون, صيانة للأفراد و عدم ضياع حقوقهم و نسبهم, و الذي يؤدي بدوره إلى

اختلال نظام الأسرة, فكانت الكفالة النظام الملائم لحماية هذه الحقوق, فشرع لها القانون الجزائري أحكام تنظمها وفقا للشريعة الإسلامية, و التي تعتبر كوجه آخر لرعاية الطفولة و منح العطف و الحنان داخل أسرة مؤهلة لذلك, حتى تُلغى كافة المُلمَّات التي قد خلفها التبني

---

[1] المادة 217,.قانون رقم 11-14 المؤرخ في 2اوت 2001, المتضمن قانون العقوبات.

[2] سارة بريك, **التبني محرم شرعا و قانونا قانون الكفالة**, 2018/04/19, 11.50, AR.dKnews-DZ.com.

في زمن كان ظاهرة في المجتمع, حيث كانت بعض العائلات تتبنى أطفالا غير شرعيين دون علم الجهات الرسمية و تقوم بتزوير وثائق الحالة المدنية, مما أدى اختلاط الأنساب, و بالتالي في هذا المطلب سندرج النظام البديل الذي أقره المشرع الجزائري ضمن أحكام القانون و هو نظام الكفالة, نتطرق للكفالة بنوعيها النوع الأول كفالة معلوم النسب في الفرع الأول كفالة مجهول النسب في الفرع الثاني, ثم يتم ذكر شروط الكفالة و كيفية إجرائها في الفرع الثالث.

الفرع الأول : كفالة معلومي النسب.

أقر المشرع الجزائري نظام الكفالة في المواد 116 إلى 125 ضمن قانون الأسرة, و عرفها كونها التزام على وجه التبرع بالعناية بولد قاصر, و تتم بعقد شرعي أمام المحكمة أو أمام الموثق, و يستوي أن يكون الولد المكفول مجهول النسب أو معلوم النسب, و يحتفظ هذا الأخير بنسبه الأصلي.[1]

يمكن أن تحل الكفالة الشرعية العديد من المشاكل التي قد تتعرض لها هذه الفئة, فقد أوصى الله تعالى برعايتهم و حفظ حقوقهم, و ترشيدهم مستقبلا حتى يكونوا قادرين على تحمل أعباء الحياة المضنية, و صيانة مصالح المجتمع بأسره.[2]

و الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري في فترة بعد الاستقلال, كانت هناك فئة الأطفال الذين فقدوا أولياءهم و حرموا من دفئ العائلة جراء الثورة التحريرية أو الذين عجزت عائلاتهم التكفل بهم, فقسم المشرع هذه الفئة إلى فئة أبناء الشهداء, و فئة الأطفال الآخرين وسعى جاهدا لتوفير مستلزماتهم.[3]

---

[1] بلحاج العربي, **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**, (ج1/ص201).
[2] داودي عبد القادر, **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و ق.أ.ج**, ص197.
[3] معوان مصطفى, **أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة**, "مجلة المعيار", ص507.

حيث تخول الكفالة للكافل الولاية القانونية و كذا المنح العائلية و الدراسية المكفولة للولد الصلبي, و يجوز للكافل التبرع للولد المكفول بماله في حدود الثلث (الوصية), فإن أوصى بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة, حسب نص المادة 123 من ق.أ.[1]

حسب نص المادة 119 من قانون الأسرة توضح أن الطفل المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب, حيث يقصد بمعلوم النسب أنه ينتسب لأبوين معلومين, ففي هذه الحالة قد تكون الأسرة الواحدة غير قادرة على تحمل أعباء الأولاد و تمر بصعوبات مادية و معنوية فترغب هذه الأسرة بتقديم أحد أولادها لشخص قادر على توفير مستلزمات هذا الصغير و ذلك عن طريق الكفالة.[2]

و من ثمة فإن الواجبات التي تقع على الكافل تتمثل في الرعاية و واجب النفقة, كما هو الحال في معاملة الأب لابنه الصلبي, و هذا ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 369032 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول و تربيته ورعايته قيام الأب بابنه, باعتباره وليا قانونيا, ما لم يثبت تخليه عن الكفالة ", فينفق الكافل على المكفول الذكر حتى بلوغه سن الرشد, و إن كانت أنثى إلى حين زواجها, و يمكن أن تستمر النفقة للولد المكفول حتى بعد بلوغه سن الرشد إن كان عاجزا.[3]

و في قرار آخر حكمت المحكمة العليا بأن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها, رغم تجاوزها سن التمييز, و تخييرها بين البقاء عند مربيها أو العودة لوالدها, قد خرقوا بذلك أحكام القانون, لأن المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية هي من النظام العام, لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص قانوني, و كذلك لا يجوز

شرعا أخذ الطفل المكفول من الكافل إلا في حالة الإهمال و سوء تربيته, أو بطلب الأبوان عودة الولد لولايتهما مع مراعاة مصلحة هذا الأخير, و ذلك بإذن من القاضي.[4]

---

[1] مخبي ريمة, **إثبات النسب في ضوء التشريع الجزائري**, مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء, وزارة العدل, الدفعة 15, 2007/2006, ص31.

[2] سلامي دليلة, **حماية الطفل في قانون الأسرة**, ص72.

[3] بوزيد خالد, **النسب في تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي**, ص146.

[4] بلحاج العربي, **الوجيز في شرح ق.أ.ج**, (ج1/ص423).

الفرع الثاني : كفالة مجهولي النسب.

يختلف مجهول النسب عن معلوم النسب, كون والداه غير معروفين كاللقيط الذي يُعرّف على أنه مولود حيّ حديث الولادة, لا يعرف له أب أو أم, تم طرحه خيفة من الفقر أو من عار الزنا أو لأسباب لا نعرفها, و بالتالي قد راعى المشرع الجزائري أمر اللقيط من خلال المادة 120 من قانون الأسرة, و التي أحالت هذا الأخير إلى المادة 64 من قانون الحالة المدنية حيث يتوجب على ضابط الحالة المدنية أن يعطي للقيط اسما ثلاثيا على أن يكون الاسم الثالث هو اللقب العائلي له, حيث ضبط هذه الحالة حتى لا تجد هذه الفئة عقبات في طريق مستقبلهم خاصة بعد بلوغهم سن الرشد. [1]

كما أقرت المادة 67 من ق.ح.م, على أنه من وجد لقيطا يسلمه إلى الشرطة, أو إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه, و بعده يسلمه إلى الجهات المختصة بتوفير الرعاية الطبية و الاجتماعية لهؤلاء الأطفال كمراكز الإيواء المخصصة لرعاية الطفولة, و يجوز كذلك كفالة الطفل مجهول النسب وفقا لأحكام قانون الأسرة, مع عدم تسجيله في الدفتر العائلي أو في الأوراق الرسمية.[2]

فقد أقر المشرع الجزائري لعدم التصريح بالطفل اللقيط إلى ضابط الحالة المدنية عقوبات ذكرت في المادة 442 ف03 من ق.ع, و هي الحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر, و بغرامة من 8.000 دج إلى 16.000 دج, كل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة و لم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية....., و لم يوافق على أن يتكفل به و يقر بذلك أمام جهة البلدية التي عثر على الطفل بدائرتها.[3]

و في ظل النصوص التشريعية التي تكفل الطفل مجهول النسب و تعطي له كل الحقوق خاصة الاسم, مما يوفر له الرعاية النفسية و الاجتماعية, صدر مرسوم متعلق بتغيير اللقب والذي نص صراحة على أنه يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة, ولدا

---

[1] بن شويخ الرشيد, **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**, ص252.
[2] بلحاج العربي, **أحكام الزواج في ضوء ق.أ. الجديد**, ص ص531/530.
[3] المادة 442, فقرة03 , قانون العقوبات الجزائري.

قاصرا مجهول النسب من الأب, بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد و لفائدته, و ذلك قصد مطابقة لقب المكفول بلقب الكافل, و هذا ما يخالف أحكام المواد 46 و 120 من ق.أ, و المادة 64 من ق.ح.م[1] , و منه مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية.

و بالتالي يعد هذا المرسوم كفالة لاشرعية, فقد أثار ضجة واسعة بين مؤيد و معارض له لما فيه من تناقض, إذ تنص المادة 5 مكرر 1 منه, على أنه يترتب عن المرسوم المتضمن تغيير اللقب التسجيل و الإشارة على الهامش في سجلات و عقود, و مستخرجات عقد الحالة المدنية. فيستنتج من فحوى هذا المرسوم أنه يمكن إستلحاق المكفول بالكافل عن طريق الاسم حيث يُفهم من ذلك أنه تبنيا في الأصل, لأن من آثار التبني أن يأخذ الطفل المتبنى اسم من تبناه[2].

إذ يتضح أن هناك تعارض صارخ بين المرسوم التنفيذي رقم (24/92), و قانون الأسرة من الناحية القانونية, حيث أن قانون الأسرة نص صراحة على منع التبني شرعا و قانونا وبالتالي فقد اعترض احد شراح قانون الأسرة من خلال:

_ عدم مشروعية المرسوم التنفيذي لمخالفته الشريعة الإسلامية,

_ عدم مشروعيته لمخالفة قانون الأسرة الجزائري,

_ إمكانية حصول تداعيات خطيرة على المجتمع,

_ إمكانية إلحاق المكفول بالكافل بالإجراءات الواردة فيه,

_ النص على تسجيل أمر الإلحاق في عقد الحالة المدنية,

و هذا ما يخالف قول الله تعالى:« و ما جعل أدعيائكم أبنائكم».[3]

حتى و إن كان هذا الإجراء يهدف إلى مراعاة مصلحة الطفل, لتسهيل اندماجه مع أفراد الأسرة الكافلة, و الحياة الاجتماعية, و كذلك تطبيقا لتوصيات الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الطفولة, لكن قد تتحول المصلحة لمفسدة, لأنه إذا أخذ المكفول لقب الكافل قد يترتب

---

[1] بلحاج العربي, **المرجع السابق**, ص532.
[2] معوان مصطفى, **أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة**, ص ص526/525.
[3] بوزيد خالد, **النسب في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي**, ص144.

عليه آثار التبني الذي نهى عنها الدّين الإسلامي, فالتكييف القانوني لهذا المرسوم بخصوص تغيير اللقب يقر التبني صراحة, فلم يناقشه المجلس الوطني الشعبي لدراسة ما إذا كان هذا النص يتعارض مع الشريعة الإسلامية أم لا يتعارض.[1]

الفرع الثالث : شروط و إجراءات الكفالة.

أولا: شروط الكفالة.

لعقد الكفالة شروط يجب توافرها حتى يتم في شكل قانوني, حيث تتعلق هذه الشروط بطرفي العقد من الكافل و المكفول, فقد تضمنت المادة 118 من ق.أ, الشروط الخاصة بالكافل و التي جاء فيها " يشترط أن يكون الكافل مسلما, عاقلا, أهلا للقيام بشؤون المكفول و قادرا على رعايته", من خلال نص المادة يمكن استنباط الشروط كالآتي:

1_ شرط الإسلام: اشترط المشرع الجزائري الإسلام في الكافل, فلا يجوز لغير المسلم التكفل بطفل سواء كان هذا الصغير معلوم النسب أو مجهوله, و حتى يترعرع الطفل المكفول داخل أسرة مسلمة, تقوم بتربيته على تعاليم الدّين الإسلامي الحنيف.

2_ شرط العقل: بأن يكون الكافل حسن الخلق و التعامل مع الناس, بحيث لا يمكن وضع المكفول لدى شخص معروف بسوء السلوك, و قد يشكل خطر على الصغير كأن يكون معروف باستغلال القصر في أعمال مخالفة للقانون مثل الدعارة, أو متاجرة المخدرات فهذا الشخص غير مؤهل بأن يكفل طفل قاصر.[2]

3_ شرط الأهلية: يجب أن يكون الكافل كامل الأهلية (أهلية وجوب و أهلية أداء), و حسب نص المادة40 من ق.م[3], تحدد سن اكتمال الأهلية ببلوغ سن 19 سنة, و بذلك يمكنه مباشرة

---

[1] علال أمال, **التبني و الكفالة**, ص62.

[2] معوان مصطفى, **أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة**, ص519.

[3] تنص المادة 40 من القانون المدني: **" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية, و لم يحجر عليه, يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية, و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة ".**

جميع التصرفات المدنية منها و السياسية و القانونية, و بالتالي لا يجوز لمن لم يبلغ سن 19 التكفل بالصغير لاعتباره ناقص الأهلية.

4_ شرط القدرة على رعاية المكفول: يجب أن يكون الكافل قادر على توفير كل المستلزمات الضرورية التي يحتاجها الصغير, و الرعاية تكون مادية بأن يتقاضى من عمله أجر كاف لتغطية النفقات الضرورية و الكمالية, و تكون معنوية بتعليم المكفول و توفير الراحة والأمان.[1]

أما بخصوص المكفول فلم يتعرض المشرع للشروط الخاصة به, لكن يمكن استنتاجه من خلال لمادتين 116 و 119 من ق.أ, حيث يجب أن يكون المكفول قاصرا لحظة إبرام عقد الكفالة, أي لم يبلغ سن الرشد (19 سنة), و كذلك بالنسبة لنسب الطفل المكفول, فقد يكون معلوم النسب كاليتيم, أو مجهول النسب كاللقيط (سبق ذكرها).

ثانيا: إجراءات الكفالة.

تتمثل إجراءاتها في مرحلتين أساسيتين, هما المرحلة الابتدائية و المرحة القضائية:

1_ المرحلة الابتدائية: تعتبر هذه المرحلة تعبير عن إرادة والدي الطفل بالموافقة على تكفل شخص آخر به, و ذلك بمقتضى تصريح من الأبوين, أمام الموثق أو أمام القاضي الموجود بموطن أو إقامة من يوافق على الكفل, أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج[2], هذه في حالة كون الطفل معلوم النسب, أما في حالة كون الصغير معلوم النسب من جهة الأم فقط كابن الزنا فإنه يحتاج إلى موافقة مدير المصلحة الاجتماعية للطفولة, بعد التخلي عنه بوضعه في هذه المصلحة, فإذا لم تسترجعه الأم خلال مدّة 3 أشهر كحد أدنى, و ستة

أشهر كحد أقصى, فيصبح الطفل تحت ولاية هذه المراكز, و بالتالي يمكن إلحاقه بعائلة مناسبة.[3]

---

[1] بوزيد خالد, **النسب في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي**, ص141.

[2] بن ملحة الغوثي, **قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء**, ديوان المطبوعات الجامعية, الساحة المركزية, بن عكنون, الجزائر, ط1, 2008, ص171.

[3] معوان مصطفى, **أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة**, ص523.

أما في حالة وفاة الأبوين, فإن الوصي هو الذي يصرح برضاه عن كفالة الصغير, بشرط الحصول على إذن من القاضي, و كذا الطفل مجهول النسب من جهة الأبوة و الأمومة كاللقيط فتكون نفس إجراءات حالة ابن الزنا.[1]

2_ المرحلة القضائية: عقد الكفالة يصدر بموجب حكم قضائي, إذ يرفع الطلب بموجب عريضة متمثلة في طلب خطي تقدم من الكافل إلى القاضي و يرفق إليها وثيقة عقد زواج الكافلين و شهادة ميلاد الكافلين, و نسخة طبق الأصل للكفيلين.[2]

و يؤول الاختصاص المحلي إلى القاضي الذي يوجد بوطن صاحب الطلب, و إن كان طالب الكفالة يقيم خارج الجزائر, فيرفع الطلب إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول, و مهمة القاضي هنا تنصب على التحقق من توافر الشروط اللازمة لقيام الكفالة, بعدها بإمكانه أن يسند الكفالة لطالبها, و إصدار أمر الإسناد من القاضي غير قابل للطعن, فيتم تسليم نسخة منه لضابط الحالة المدنية, حتى يقوم هذا الأخير بتسجيله على هامش ميلاد القاصر المكفول.[3]

و يمكن إتمام عقد الكفالة أمام الموثق, و هي خاصة بمعلوم النسب أو مجهول النسب حيث يجب أن يكون الكافل مقيم بالجزائر, مع مراعاة الشروط, و قد يكون الإتمام أمام القضاء الذي يكون قرار الكفالة فيه بات, و لا تسقط إلا بسقوط السلطة الأبوية للكافل, أو تخليه عنها.[4]

---

[1] سلامي دليلة, **حماية الطفل في قانون الأسرة**, ص72.
[2] علال أمال, **التبني و الكفالة**, , ص ص94/93.
[3] بن ملحة الغوثي, **قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء**, ص172.
[4] معوان مصطفى, **أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة**, ص524.

المبحث الثاني: التبني في التشريعات المقارنة.

تنتهج بعض البلدان الغربية و حتى العربية نظام التبني ضمن قانونها الداخلي, تحت طائلة ما يسمى بحماية حقوق الطفل, التي نادت به المنظمات و الاتفاقيات الدولية, فعلى الرغم من أن التبني مُنع منعا باتا في جل الدول الإسلامية التي سارت على منهاج الشريعة الإسلامية المحرّمة لنظام التبني من جذوره, فإن المواثيق الدولية أجازته و دعت إليه, فقد كان إعلان جنيف لعام 1924 الصادر عن عصبة الأمم المتحدة يدعو إلى الرعاية البديلة في حالة عدم وجود أسرة للطفل تمنحه الضروريات لنموه بدنيا و نفسيا[1], ولم تكن الدول الغربية فقط من أخذ بهذا النظام, بل و كذا الدول العربية منها لبنان و مصر(الأقباط), و حتى تونس و التي تعتبر الدولة الإسلامية الوحيدة التي أجازت صراحة نظام التبني, و أدرجته ضمن قانونها الداخلي, و منه سنتطرق في هذا المبحث إلى موقف هاته الدول من نظام التبني مقارنة بالموقف الذي أخذه المشرع الجزائري منه, و بالتالي سندرج موقف الدول المؤيدة لنظام التبني في المطلب الأول, و كذلك موقف الدول الرافضة لهذا النظام في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التشريعات المؤيدة لنظام التبني.

تختلف النظم القانونية من دولة لأخرى, كل حسب معتقداتهم و الأسس التي تقوم عليها إذ يعتبر نظام التبني النموذج الأمثل لهذه الأسس, فأغلب الدول العربية الإسلامية لا تسمح بالتبني بل تدرج نظام الكفالة كبديل له, كالجزائر و المغرب, و هناك من تسمح بالتبني و الكفالة معا كتونس, و كذلك في حالة التعدد الطائفي في دولة واحدة, تتعد فيها التشريعات كمصر و لبنان بحيث هناك تشريع يمنع التبني بالنسبة للطوائف الإسلامية, أما الطوائف الأخرى فتشريعها يسمح بهذا النظام, و من هنا يمكن التطرق لموقف القانون التونسي من التبني في الفرع الأول, ثم التبني في القانون الفرنسي في الفرع الثاني.

---

[1] عتيق نظيرة, **حماية اللقيط**, ص158.

الفرع الأول : التبني في القانون التونسي.

لقد خرج المشرع التونسي عن القاعدة الشرعية, و ذلك من خلال القانون عدد 27 لسنة 1958 و الذي يتعلق بالولاية العمومية و الكفالة و التبني.[1]

فقد نص في مواده على أنه يجوز لكل راشد أن يتبنى أي صغير ذكرا كان أو أنثى, و ذلك بمقتضى حكم يصره القاضي, إما باتفاق مع الوالدين إذا الطفل معلوم النسب, و في حالة كونه مجهول النسب, فيكون التبني باتفاق مع الولي العمومي كمديري المستشفيات.[2]

يعتبر هذا القانون اعتراف صريح بالتبني, بإقامة مبدأ المساواة بين الطفل الشرعي و غير الشرعي, فيما يتعلق بالأحكام و الحقوق, وهذا ما يخالف الشرع و الحق و العدل, و الذي يرتب أثار سلبية أخلاقيا و اجتماعيا و قانونيا.[3]

حيث برزت هذه المساواة من خلال الفصل 14 و 15 من نفس القانون, و التي تنص على أنه يحمل المتبنى لقب المتبني و يجوز أن يبدل اسمه و ينص على ذلك بحكم التبني بطلب من المتبني, و في الفصل 15 " للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي و عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين و عليه ما يفرضه القانون من الواجبات عليهما".[4]

و بخصوص مسألة الإقرار بالولد المتبنى, فإنه يفترض من الشخص الذي يصدر عنه الإقرار يعلم أن الطفل ليس من صلبه, لكن عوض أن يتبع إجراءات التبني, فإنه يعمد إلى الإقرار بإلحاق الولد لنسبه, و بتنظيم المشرع التونسي لقانون 1958/03/04 و الذي يخص أحكام التبني, فقد أفقد للإقرار أهميته.[5]

---

[1] بن شويخ الرشيد, **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**, ص251.
[2] سعد عبد العزيز, **الزواج و الطلاق في ق.أ.ج**, ص221.
[3] بلحاج العربي, **الوجيز في شرح ق.أ.ج**, (ج1/ص421).
[4] صخري مصطفى, **"مجلة الأحوال الشخصية"**, تونس, 2011, (د.ط), ص233.
[5] بن حليمة ساسي, **محاضرات في قانون الأحوال الشخصية**, مركز النشر الجامعي, تونس, (د.ط), 2011, ص ص 183/182.

أولا: شروط تحقيق التبني.

تم ذكر الشروط في القانون 1985, و التي تتفرع إلى شروط خاصة بالمتبنى و شروط خاصة بالمتبني.

1/ الشروط المتعلقة بالطفل المتبنى:

_ يجب أن يكون الولد قاصرا[1], ذكرا أو أنثى,

_ ينبغي أن يكون فارق السن بين المتبنى و المتبني 15 سنة على الأقل, إلا في الصورة التي يكون فيها المتبنى ابن زوج المتبني,

_ تتم الموافقة على التبني بصدور حكم, و السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية هي من تصادق على التبني, باعتبارها تمثل الولي العمومي للطفل, و تمثل مصلحته الفضلى.[2]

2/ الشروط المتعلقة بالمتبنى:

_ يجب أن يكون المتبني شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى,

_ يجب أن يكون متزوجا, و يمكن للحاكم إعفاء طالب التبني الذي فقد زوجه بالموت أو الطلاق من هذا الشرط, إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك,

_ التمتع بالحقوق المدنية, و أن يكون ذو أخلاق,

_ أن يكون سليم العقل و الجسم,

_ أن يكون قادرا على القيام بشؤون المتبنى.[3]

---

[1] الطفل القاصر بالنسبة للقانون التونسي, هو كل إنسان عمره أقل من 18 عاما ما لم يبلغ سن الرشد بمقتضى أحكام خاصة, و لا يمكن ترشيد القاصر إذا لم يتم 15 سنة, و ما إن يتم ترشيده يفقد صفه الطفل القاصر و لا يمكن تبنيه.

[2] صخري مصطفى, **" مجلة الأحوال الشخصية"**, ص ص232/233.

[3] خليفة جاب الله, **التبني في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية**, ص34.

و بعدها يصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني, بعد التحقيق من توفر الشروط القانونية, و من مصادقة المتبني و زوجه, و الطفل مجهول النسب أو ممثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الصغير.

ثانيا: تمتع الطفل المتبنى بوضعية الطفل الشرعي.

كما سبق الذكر, فإن قانون 1958 قد رتب آثار على وضعية المتبنى بعد استفاء جميع الشروط و الإجراءات الواجب توافرها في عقد التبني, و التي تتمثل في:

_ حمل الطفل المتبنى للقب المتبني, مع جواز تغيير الاسم,

_ منح نفس الحقوق و الواجبات للمتبنى كما للابن الصلبي, و معاملته نفس المعاملة,

_ لا يجوز التزوج من الأسرة التي تبنته, و اعتبار ذلك من موانع الزواج,[1]

و هذا ما يخالف ما أقرته الشريعة الإسلامية, بأنه لا يعتبر ذلك من موانع الزواج, فهو ليس بقريب أو حتى ابن حقيقي, بل غريب عن هذه الأسرة و لا يمت لها بأي صلة قرابة, و بالتالي

فقد خرج المشرع التونسي عن طريق الشريعة و القوانين الإسلامية, و انتهجت منعرج آخر يخص التشريعات الغربية غير الإسلامية.

و حتى لو كان هذا القانون يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية الأبناء غير الشرعيين, أو الأبناء الشرعيين المهملين, و إقامة هوية كاملة, و نسب جديد يضمن لهم الاستقرار في المجتمع[2] لكن مع ذلك فقد انتهك ما جاء به الإسلام, و ما حرمه الله إلا لحكمة.

---

[1] علال أمال, **التبني و الكفالة**, ص49.

[2] والي عبد اللطيف, **الحماية القانونية لحقوق الطفل**, أطروحة دكتوراه في الحقوق, جامعة الجزائر1, بن يوسف بن خدة, 2015/2014, ص84.

الفرع الثاني : التبني في القانون الفرنسي.

لقد أخذت مؤسسة التبني مكانة مهمة في القانون المدني الفرنسي لسنة 1804, بتأكيد أن التبني يفتح مجالا واسعا لعون الأطفال الفقراء, فأكثروا من الشروط لخوفهم من تأثير التبني السلبي و الانصراف عن الزواج, مما لم يحقق الحماية للطفولة في نظرهم, و بالتالي فقد تم تسهيل الشروط كي لا تشل التبني, و تتيح له تحقيق الوظيفة التي يهدف إليها.[1]

وقد خصص لهذا النظام المواد من 343 إلى 359 من القانون المدني الفرنسي, و أصدر عدة قوانين تخص التبني, منها القانون المؤرخ في 1996/07/05, و كذا قانون 2001/02/06 و في آخر القوانين الصادر في 2005/07/04, قصد توفير وسط عائلي لليتامى و اللقطاء وتحقيق رغبة الأزواج العقيمين بتبني هؤلاء.[2]

لكن باللجوء إلى التبني خلف نتائج سلبية داخل المجتمع الفرنسي, من خلال نزع النسب الأصلي المبني على الدم, و وضعهم في أسر أجنبية عنهم, و قد أدى ذلك إلى ما هو أفظع أي الاتجار بهم و زج بهم في السياحة الجنسية لربح الأموال الطائلة, و كذا التنازع الحاصل بين المتبنى و الأبناء الشرعيين على الميراث.[3]

_وقد ميّز القانون الفرنسي بين نوعين من التبني نذكرها كالتالي:

1/ التبني التام (Adoption plénière):

أي أن الشخص المتبني يقطع العلاقة بين المتبنى و أسرته الأصلية, على عكس التبني البسيط.[4]

---

[1] النعمان رياض, **المعجم القانوني**, (ج1/ص377).
[2] بلحاج العربي, **أحكام الزواج في ضوء ق.أ. الجديد**, ص524.
[3] بلحاج العربي, **الوجيز في شرح ق.أ.ج**, (أحكام الزواج), (ج1/ص ص420.421)
[4] Coordination des ONG pour les droits de l Enfant. L'adoptions d enfants : vers une humanisation de la législation en communauté française ?, Bruxelles, 2005, p 124.

فالتبني التام ينشئ نسب للولد المتبنى مجهول النسب, و يحرمه من أسرته عائلته الأصلية

و من ثمة حصوله على اسم من تبناه و جنسيته, و كذا شهادة ميلاد تحمل اليوم و الساعة و المكان والجنس ذكرا كان أو أنثى.[1]

حيث يعتبر هذا النوع من التبني بنوة مطلقة, الذي يقع بمقتضاها مماثلة الابن البيولوجي بالابن المتبنى, غير قابل للرجوع فيه و غير قابل للإبطال, لكن على الرغم من أن التبني الكامل لا تراجع فيه, إلا أنه يمكن الاعتراض على الحكم بالتبني في الآجال القانونية, و ذلك عملا بأحكام المادة 359 من القانون المدني الفرنسي.

2/ التبني البسيط:. (Adoption simple)

في الحقيقة فإن التبني البسيط عكس التبني التام, يعني أن المتبنى لا يقطع جميع الروابط بل تبقى بعض الروابط بما فيها القانونية كالميراث و النسب, بينه و بين أسرته الحقيقية.[2]

حيث تكمن آثار التبني العادي في علاقة الطفل المتبنى بأسرته الأصلية من جهة , و من جهة ثانية علاقته بالأسرة التي تبنته.[3]

كما عرفه كذلك مصطفى معوان بأنه بقاء الولد منتميا إلى عائلته الأصلية, لكن مع تطابق اسم المتبني مع المتبنى, و هذا لا يختلف كثيرا عن التبني الكامل, فلا فرق بين قطع الصلة أو عدم قطعها, لأن في الأصل الولد ليس معلوم الأهل.[4]

فالولد المتبنى في هذه الحالة يتمتع بالحقوق و الواجبات في عائلته الأصلية و العائلة المتبنية حيث بإمكان المتبني أو المتبنى سحب التبني البسيط لأسباب خطيرة , و يمكن كذلك للولد

المتبنى التجنس بالجنسية الفرنسية إذا كان المتبني ذو جنسية فرنسية, متى بلغ المتبني سن الرشد, و له إعلان جنسيته إذا كان مستوطنا في فرنسا.[5]

---

[1] خليفة جاب الله, **التبني في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية**, ص31.

[2] Coordination des ONG pour les droits de l'enfant, Op.cit, p124.

[3] بلحاج العربي, **الوجيز في شرح ق.أ.ج**, (ج1/ص420).

[4] معوان مصطفى, **أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة**, ص527.

[5] علال أمال, **التبني و الكفالة**, ص47.

_فللتبني في القانون الفرنسي شروط تُذكر كالتالي:

أن يكون الحد الأدنى لسن المتبني 35 سنة, و يمكن أن تصل إلى 30 سنة إذا مضى على الزوجين 5 سنوات زواج, و أن يكون المتبني أكبر من المتبنى 15 سنة, ما لم يكن المتبنى ابن أحد الزوجين, ففي هذه الحالة يكون الفارق 10 سنوات.[1]

و من الضروري كذلك أن يوافق الزوج الآخر على التبني, و موافقة الولي الشرعي للمتبنى مع وجود المصلحة الفضلى للصغير, و كذا عدم وجود خلف شرعي للمتبني يوم التبني.[2]

فهناك شروط مشتركة لدى كل الطوائف المسيحية تتمثل في الشروط الجوهرية, و هي حسن سيرة المتبني, أن لا يكون للمتبني أولاد وقت التبني, و أيضا موافقة القاصر المميز على التبني و كذا أن لا يكون المتبنى ولدا طبيعيا للمتبني..., و شروط شكلية تتمثل في موافقة المحاكم المختصة على التبني مع إصدار قرار بذلك.[3]

---

[1] النعمان رياض, المرجع السابق, ص377.
[2] خليفة جاب الله, المرجع السابق, ص33.
[3] ياغي أكرم, **قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية و المسيحية**, ص204.

المطلب الثاني: التشريعات الرافضة لنظام التبني.

على الرغم من خروج المشرع التونسي عن الأحكام الشرعية التي تخص التبني, فإن أغلب القوانين العربية حذت حذو الشريعة الإسلامية في تحريم التبني, و وضع بدائل عنه كما فعل المشرع الجزائري, فكان القانون السوري قد أقر ذلك في المادة 271 بقوله: "لا يثبت النسب بالتبني و لو كان الولد المتبنى مجهول النسب"[1], كما نص القانون الكويتي على نفس الشيء أي لا يثبت النسب بالتبني[2], و كذا المدونة المغربية التي منعت التبني بشكل صريح في المادة 149, لكن هناك بعض الدول سكتت عن ذلك كقانون الأحوال الشخصية الإماراتي الذي لم يرد فيه نص على تحريم التبني و عدم ثبوت النسب به لبطلانه, مما ينبغي إعادة النظر في هذا القانون و تعديله تماشيا و أحكام الشريعة الإسلامية.[3]

و من هنا يمكن التطرق لبعض من هذه القوانين التي رفضت هذا النظام, لاعتباره أمرا مخالفا لشرع الله تعالى, نتناول موقف القانون المغربي منه في الفرع الأول, ثم موقف القانون المصري في الفرع الثاني.

الفرع الأول : موقف التشريع المغربي من التبني.

ورد النص على منع نظام التبني ضمن مدونة الأسرة المغربية في المادة 149 و التي تنص على ما يلي: " يعتبر التبني باطلا, و لا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية, تبني الجزاء أو التنزيل منزلة الولد لا يثبت به النسب و تجري عليه أحكام الوصية".[4]

فقد أبطل المشرع المغربي التبني بصريح العبارة, مع التأكيد بأنه لا يكون له أي أثر من البنوة الحقيقة, و في الفقرة الثانية وضح بأن النسب لا يثبت بالتبني ولا الحق في الميراث الذي يفهم من مضمون النص بقوله تجري عليه أحكام الوصية, أي الولد المتكفل به ليس له حق الإرث إنما يستحق الوصية أو الهبة.

---

[1] بوزيد خالد, **النسب في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي**, ص138.
[2] بن شويخ الرشيد, **شرح ق.أ.ج المعدل**, ص251.
[3] السعيدي عبد الله عبد الرحمن, **أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية**, ص273.
[4] مدونة الأسرة, القانون رقم 70.03, وزارة العدل و الحريات, مديرية التشريع, المملكة المغربية, صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016, ص42.

بيد أن المشرع المغربي ألغى التبني في منظومته القانونية, فقد أقر مسطرة تعالج مشكلات الأطفال المهملين و مجهولي النسب دون اللجوء إلى التبني, و هو نظام الكفالة كما فعل المشرع الجزائري و العديد من التشريعات, حيث نظم الكفالة في قانون منفصل عن مدونة الأسرة المغربية, و هو قانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتاريخ 2002/06/13,

لقد اعتبرت المادة الأولى من هذا القانون الطفل المهمل بأنه: طفل من كلا الجنسين, الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة إذا كان من أبوين مجهولين أو ولد من أب مجهول

و أم معلومة تخلت عنه, أو كان يتيما أو عاجز أبواه عن رعايته و ليست له وسائل مشروعة للعيش أو إذا كان أبواه منحرفين و لا يقومان بواجب الرعاية.[1]

فقد ذكر هذا القانون الشروط و المساطر أو الإجراءات المتبعة لكفالة الطفل المهمل, مما ينبغي الإشارة إلى ذلك:

أولا: شروط كفالة الطفل المهمل.

قسم الشروط إلى شروط خاصة بالأشخاص الطبيعية و شروط خاصة بالشخص المعنوي:

1/ الشروط الخاصة بالشخص الطبيعي:

ـ أن يكون الزوجان مسلمان,

ـ أن يكونا بالغا سن الرشد القانوني و صالحين للكفالة أخلاقيا و اجتماعيا,

ـ ألا يكونا قد سبق الحكم عليهما بجريمة ماسة بالأخلاق,[2]

ـ أن يكونا سليمين من كل مرض معد أو مانع من القيام بالكفالة,

ـ ألا يكون هناك نزاع قضائي أو خلاف عائلي بين العائلتين.[3]

---

[1] المادة 01, من قانون رقم15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين, ظهير شريف رقم1.02.172, الصادر في فاتح ربيع الآخر1423, 13 يونيو 2002.

[2] والي عبد اللطيف, **الحماية القانونية لحقوق الطفل**, ص80.

[3] المادة 09, من قانون رقم 15.01, المرجع السابق.

2/ الشرط الخاص بالشخص المعنوي:

يوجد بالمغرب نوعان من مؤسسات رعاية الطفولة, مؤسسات الطفولة و منظمات رعاية الطفولة, و شرطها الأساسي حتى تكون مؤهلة لكفالة الأطفال المهملين, هو أن تكون عمومية و معترف بها بصفة المنفعة, كما يجب أن تتوفر لديها الوسائل المادية و البشرية المؤهلة لرعاية الطفل و حسن تربيته, و تنشئته تنشئة إسلامية.[1]

ثانيا: الإجراءات المتبعة لكفالة الطفل المهمل.

نص الفصل2 من قانون 15.01 على إجراءات التكفل و هي:

_ قيام وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية, بتسجيل الطفل بالحالة المدنية و إيداعه مؤقتا بإحدى المؤسسات,

_ بعد صدور حكم تمهيدي للتعرف على الطفل المهمل, يعلق الحكم لمدة 3 أشهر بجميع المؤسسات العمومية, و بعد انتهاء المدة و لم يظهر أحد للمطالبة به, تصرح المحكمة بكونه مهملا,[2]

_ يتعين على الشخص أو الجهة الراغبة في كفالة طفل تقديم طلب بشأن إسناد الكفالة, مرفق بوثائق مستوفية للشروط,

_ يقوم القاضي المكلف بشؤون القاصرين بالتحري عن الظروف التي ستتم فيها كفالة الصغير ثم يصدر هذا الأخير الأمر بإسناد كفالة الطفل لطالبها,[3]

يترتب على الكفالة على اعتبارها تصرف قانوني حقوق للطفل المكفول في مواجهة الكافل الذي يفي بالتزاماته اتجاه المكفول تحت رقابة قاضي شؤون الأسرة الذي بإمكانه نزع الكفالة من يد الكافل طبقا للمادة 19 من قانون 15.01.[4]

---

[1] والي عبد اللطيف, **الحماية القانونية لحقوق الطفل**, ص 80.

[2] عبد الحق الحمزاوي, **مسطرة كفالة الأطفال المهملين في القانون المغربي**, 2018/5/10, 11.50, club-droit-marocain.blogspot.com.

[3] المواد 17.16.15, من قانون رقم 15.01, المرجع السابق.

[4] والي عبد اللطيف, المرجع السابق, ص81.

و منه فإن المشرع المغربي راعى مشكلة الأطفال بنظام تكمن وظيفته في تأمين الحماية للطفل في إطار التكافل و التضامن الاجتماعي, و تجنب ما يخالف الشريعة الإسلامية و هو التبني.

فنجد أن المشرع المغربي يتشابه مع التشريع الجزائري فيما يخص موضوع التبني, حيث أن كلاهما ساير الشريعة الإسلامية في تحريم التبني و إحلال الكفالة محلها.

الفرع الثاني: موقف التشريع المصري من التبني.

- بما أن الإسلام دين الدولة في مصر, فإن جل تشريعاتها تتماشى مع الشريعة الإسلامية, مع أنه يوجد تعدد طائفي في الدولة من نصارى و يهود, فبالنسبة لنظام التبني فقد حرمه المشرع

المصري تحريما قاطعا في حق المسلمين, أما الطوائف الغير مسلمة بعضها تجيزه و البعض الآخر لا يجيز هذا النظام.

ففي المادة الرابعة من قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 و المعدل بقانون 126 لسنة 2008 و التي تنص على: " للطفل الحق في نسبه إلى والديه الشرعيين و التمتع برعايتهما, و له الحق في إثبات نسبه الشرعي إليهما بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة, و على الوالدين أن يوفرا الرعاية و الحماية الضرورية للطفل و على الدولة أن توفر رعاية بديلة لكل طفل حرم من رعاية أسرته, و يحضر التبني".[1]

و قد دل على ذلك كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية في مادتها 354, بالقول أن الدعي ليس ابنا حقيقيا , فمن تبنى ولدا معروف النسب فلا يلزمه نفقته و لا أجرة الحضانة ولا تحرم عليه مطلقته و يتصاهران و لا يتوارثان.[2]

---

[1] مجاورات المصريين, **قانون الطفل المصري المعدل بالقانون 126 لسنة 2008**, 2018/5/10, 16.11, www.egyptiantalks.org.

[2] خليفة جاب الله, **التبني في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية**, ص38.

ففي قرار محكمة الأحوال الشخصية لسنة 1976, و التي تثبت النسب بالإقرار المجرد و لو كانت الظواهر تكذبه لا يغير من ذلك ورود الإقرار بالنسب بعد التبني المدعى به, طالما لم يبين سبب البنوة, و عدم البحث في شروط استمرار عقد الإيجار لأولاد المستأجر الساكنين معها عند وفاتها بدعوى أن الطاعنة ليست ابنة حقيقية لها, يعتبر خطأ في القانون.[1]

فالمبادئ التي تحكم القانون المصري للأحوال الشخصية, تعتبر التبني محرم بنص قاطع من القرآن الكريم, و الإقرار بالنسب جائز و يقع صحيحا بشروطه, فالنسب في الإسلام من حقوق

الله تعالى التي تقابل مصطلح النظام العام حاليا, و بالتالي فالتشريع المصري لا يجيز التبني ولا يقرّه و يعتبره منعدما إذا صدر من شخص تحكمه قواعد هذا القانون.[2]

لكن بحكم الظروف الحالية, أوجبت تكريس جهود لحماية الطفولة, و من ثمة فإن القانون أقر مشروعية تبني الأطفال و لكن بضوابط فرضها الشرع قبل القانون, حتى يكون سليم و حلال

شرعا و قانونا, حيث أقرت وزارة التضامن الاجتماعي المصرية عدد من الشروط بمقتضاها يمكن لأي شخص تبني طفلا, أو كفالة يتيما, و هي:

_ يجب أن تكون الأسرة صالحة للقيام بمهمة التكفل بالطفل,

_ أن يكون الأب و الأم و الزوجة مصريان و أن لا يكون لهما أكثر من طفلين,

_ يجب ان تكون الأسرة متعلمة و ذات سمعة جيدة,

_ أن تكون هذه الأسرة لديها القدرة الكافية على تلبية حاجيات الطفل,

_ يجب ألا يقل سن الصغير عن عامين.[3]

---

[1] معوض عبد التواب, **الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**, مطبعة الانتصار, الإسكندرية, ط9, 2001, ج2 ص102.

[2] جاد الحق علي جاد الحق, **موقف القانون المصري من تبني مصري مسلم لأجنبي**, 2018/5/10, 18.05, www.islamport.com.

[3] ع الناصية, **شروط تبني الأطفال حسب القانون والدستور المصري**, 2018/5/10, 19.35, www.3alnasya.org.

- لابد من التطرق إلى الموقف الذي تأخذه الطوائف الغير مسلمة في مصر من التبني, حيث أن في شرائع الأقباط و الأرمن و الروم الأرثوذكس, و الأقباط الكاثوليك تجيز التبني, بينما لا تنظمه باقي الطوائف الكاثوليكية و طوائف البروتستانت.[1]

فالشرائع التي تجيز التبني وضعت شروط هي الأخرى, و تتمثل في:

_ يشترط في المتبني أن يكون تجاوز سن الأربعين, و لا يكون له أولاد شرعيون وقت التبني و أن يكون حسن السمعة,

_ أن يكون المتبنى أصغر سنا من المتبني ب 15 سنة على الأقل,

_ و أن التبني بأسباب مبررة, و تعود بفائدة على المتبنى, مع توفر رضا الزوج الآخر.[2]

يتم التبني في هذه الطوائف بعقد رسمي يحرره الكاهن, ثم يرفعه للمجلس الملي, للنظر في الشروط التي يتطلبها القانون, حيث يخول التبني للمتبنى أخذ لقب المتبني و إضافته لاسمه

الأصلي, فعلى عكس القوانين الأخرى, فإن التبني هنا لا يخرج المتبنى من عائلته الأصلية

ولا يحرمه من حقوقه, و كذا لا يتوارث المتبني و المتبنى إلا بوصية.[3]

يستخلص من خلال دراستنا لهذا الفصل أن نظام التبني شيء محرم و ممنوع في القانون الجزائري, بغض النظر عن بعض الثغرات التي وقع فيها المشرع بالنسبة لمرسوم المتعلق بتغيير اللقب للمكفول, و كذا فقد تمت مقارنة بسيطة حول من يؤيد نظام التبني و يشرعه ضمن قانونه, كالتشريع التونسي باعتباره البلد الإسلامي الوحيد, و أيضا التشريع الفرنسي.

في المقابل كان هناك رفض لهذا النظام من طرف التشريعات العربية, أخذنا كمثال المشرع المغربي الذي يتفق كثيرا مع التشريع الجزائري, و كذا التشريع المصري الذي لم يأخذ بهذا النظام تماشيا و أحكام الشريعة الإسلامية.

---

[1] خليفة جاب الله, **التبني في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية**, ص39.

[2] الشهاوى قدري عبد الفتاح, **موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية**, منشأة المعارف, الإسكندرية,(د.ط), 2001, ص ص593.594.

[3] الشهاوى قدري عبد الفتاح, المرجع نفسه, ص ص594.595.

الخاتمة:

يعد موضوع التبني من المواضيع التي تشكل جدلا واسعا لدى التشريعات, بالرغم من وضوح التحريم القطعي له بالتشريع القولي و الفعلي, إلا أنه اعتمدته الدول و نظمته في قوانينها, و نادت به في أغلب الاتفاقيات الدولية, باسم حقوق الطفل و حماية مصلحته الفضلى, فنحن لا نلوم تشريعات الدول الغربية الغير مسلمة في تقنينها لنظام التبني, في حين أن الدول العربية المسلمة تسير على منهج مغاير لما أمر به الله عز وجل.

ففي بحثنا حول ماهية التبني و مدى سريان تطبيقه في الدول المعترفة به, و مدى سريان المنع و الإبطال لكل ما يتعلق بهذا الموضوع في التشريعات الرافضة له, تم استخلاص نتائج هذا البحث التي تذكر كالتالي:

_ التبني هو استلحاق النسب بالغير, و هو لا يمت له بأي صلة القرابة أو الدم, أي اتخاذ ولد الغير مع التصريح بأنه ابنه و ليس بولده الصلبي.

_ ساد نظام التبني في عصور ما قبل الإسلام, فإذا فلان أُعجب بغلام أنسبه إليه و جعله من الورثة, له نصيب كباقي الأبناء الصلبيين.

_ بمجيء الإسلام قطع كل أساس لهذا النظام, بتحريمه في القرآن الكريم في سورة الأحزاب بقولها «أُدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله», كما جاء التحريم فعليا بتطبيق النبي عليه الصلاة والسلام ما أمره الله عز و جل, و ذلك بزواجه من زوجة زيد الذي تبناه الرسول قبل البعثة, فأغلق أفواه كل من تطاول عليه من الناس.

_ لتحريم التبني حكم متعددة, باعتباره تزييف للحقائق و تحريف للنسب الصحيح, و بالتالي فالحكمة الأساسية هي منع اختلاط الأنساب و الحفاظ عليها, مع تجنب المشاكل التي تنجر عنه, بتعدي الدخيل على حقوق الأبناء الصلبيين و الأقارب من ميراث و غيره.

_ سلك المشرع الجزائري مسلكا موفقا, بمنع نظام التبني بتشريعه في المادة 46 من قانون الأسرة " يمنع التبني شرعا و قانونا ", و تحفظت على بعض المواد المتضمنة للتبني في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل, مراعاة لأحكام الشريعة الإسلامية, و اعتبار أي مخالفة بذلك هو مساس بالنظام العام.

_ منع التبني في الجزائر و جعل له بديلا هاما, تكريسا لمبدأ حماية الطفولة, خاصة منهم مجهولي النسب و اللقطاء, و هو نظام الكفالة الذي جاء بأحكام في مواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة, فللكافل أن يوصي و أن يهب للمكفول حال حياته, و لا يرثه عند مماته.

_ لكن بالرغم من وضوح المادة المانعة للتبني, فقد احدث المرسوم التنفيذي المتعلق بتغيير اللقب للمكفول ضجة واسعة في أرجاء الوطن, بين مؤيد و معارض بحجة أنه تبني ضمني و بالتالي فهو مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية, ففي حقيقة الأمر أن هذا المرسوم عاد بالفائدة على الأطفال مجهولي النسب بإعطائهم لقبا, حتى يكونوا بمأمن في مجتمع يملؤه الذئاب, و يكونوا كغيرهم من أبناء الشعب.

_ أما بخصوص الموقف الذي أخذته الدول من هذا النظام, فيوجد من أخذ به كنظام رعاية الطفولة وحمايتها إلى جانب نظام الكفالة, كدولة تونس التي سنته في تشريعها للأحوال الشخصية تحت ما يسمى بالولاية العمومية و الكفالة و التبني, بمعنى أن تونس هي الدولة الإسلامية الوحيدة التي اعترفت به, رغم وضوح نص التحريم بهذا الشأن, و بإتباعها للقانون الفرنسي, الذي هو الآخر يعمل على تنظيمه وفقا للشروط و الإجراءات.

_ في المقابل نجد أن غالبية الدول الإسلامية لا تعترف به كنظام يحمي الطفل و يرعاه عملا و أحكام الشريعة الإسلامية, كالموقف الذي أخذه المشرع المغربي, حيث منعه منعا باتا في مدونته, و وضع له بديلا كما فعل المشرع الجزائري, و هو كفالة الطفل المهمل

و بذلك قد أغلق مجال التبني, و كما سلك المشرع المصري نفس مسلك تشريعات الدول الإسلامية, و اعتبرت هذا النظام محرما على الطائفة المسلمة, و يمنع منعا باتا أي مسلم بتبنيه لأجنبي عنه, لكن بما أن دولة مصر فيها تتعدد الطوائف, فإن من الممكن للطوائف المسيحية منها العمل بهذا النظام.

_ الملاحظ من خلال دراستنا لهذا الموضوع, أن التشريعات التي منعت التبني قد راعت مبادئ الشريعة الإسلامية من جهة, و راعت حقوق الطفل اللقيط و حقوق الغير من جهة أخرى, لاسيما ما يخص النسب و عدم التعدي عليه, فالهدف من تحريم هذا النظام هو صيانة الحقوق التي تترتب على النسب, فلابد من تقديم اليد الرحيمة لهؤلاء الأبرياء بدمجهم في المجتمع, لأنهم الأكثر عرضة للانحراف لعدم وجود السند الذي يكفلهم و يحميهم من التشتت و الضياع, فينبغي من السلطات توفير اللازم لمن لا ذنب لهم في كونهم لقطاء في مجتمع لا يرحم, و كذا من الأسر المحرومة من الإنجاب فلها أن تحسن لهؤلاء بطريق الكفالة, حتى تضمن مستقبلا جيدا لهذا الصغير, و يكون لها جزاءا عظيما الذي وعد به الله تعالى لكافل اليتيم.

وفي الأخير يمكن إستخلاص بعض التوصيات الخاصة بهذا الموضوع و هي:

_ من الضروري دعوة الولد لأبيه الحقيقي بطريق النسب لا طريق التبني.

_ جواز رعاية الولد مجهول النسب دون نسبه لغير أبيه.

_ من الواجب أن لا تقطع الرابطة الأسرية بين المتبنى و عائلته الأصلية إن وجدت.

_ السعي للحفاظ على الحقوق المكتسبة للولد المتبنى من أسرته الحقيقية.

_ توسيع نطاق اهتمام الدولة بالطفل بما يسمى انتقال رعاية الطفل إلى الدولة, و الذي يعد بديلا هاما عن التبني و مراعاة لمصلحة الطفل.

قائمة المصادر و المراجع:

- **القرآن الكريم.**

أولا: الكتب

1_ البخاري أبي عبد الله محمد إسماعيل بن إبراهيم, **صحيح البخاري, كتاب الفرائض**, دار الفكر, بيروت, لبنان, سنة 2001, الطبعة 1

2_ الدمشقي إسماعيل بن كثير القرشي, **تفسير ابن كثير**, دار الأندلس, بيروت, لبنان, الجزء5.

3_ الزبيدي زين الدين أحمد بن عبد اللطيف, **مختصر صحيح البخاري**, دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان, الطبعة 4, الجزء 1.

4_ الزحيلي وهبة, **الفقه الإسلامي و أدلته**, دار الفكر, دمشق, 1989, الطبعة 3, الجزء 6.

5_ السعيدي عبد الله الرحمن, **أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية**, الآفاق المشرقة ناشرون, الإمارات, 2012, الطبعة 1.

6_ الشهاوي قدري عبد الفتاح, **موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية**, منشأة المعارف الإسكندرية, 2001.

7_ القرضاوي يوسف, **الحلال و الحرام في الإسلام**, المكتب الإسلامي, بيروت 1980, الطبعة13.

8_ القرضاوي يوسف, **الإستلحاق و التبني في الشريعة الإسلامية**, مكتبة وهبة, القاهرة مصر, 2000, الطبعة1

9_ النعمان رياض, **المعجم القانوني**, دار أسامة للنشر و التوزيع, الأردن, 2003, الطبعة 1 الجزء 1.

10_ بختي العربي, **حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية**, ديوان المطبوعات الجامعية, 2013.

11_ بذران أبو العينين بذران, **الفقه المقارن للأحوال الشخصية**, (الزواج و الطلاق), دار النهضة العربية, بيروت, لبنان, الجزء 1.

12_ بلحاج العربي, **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**, (الزواج و الطلاق), ديوان المطبوعات الجامعية, بن عكنون, الجزائر, الجزء 1.

13_ بلحاج العربي, **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**, دار الثقافة, عمان الأردن, 2012, الطبعة 1.

14_ بلحاج العربي, **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**, (أحكام الزواج), ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2010, الطبعة 6, الجزء 1.

15_ بلحاج العربي, **أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري**, دار هومة, الجزائر 2013.

16_ بن شويخ الرشيد, **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**, دار الخلدونية, القبة القديمة, الجزائر, الطبعة 1.

17_ بن شيخ آث ملويا لحسين, **المرشد في قانون الأسرة**, دار هومة, الجزائر, 2014.

18_ بن ملحة الغوثي, **قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء**, ديوان المطبوعات الجامعية, الساحة المركزية, بن عكنون, الجزائر, 2008, الطبعة 1.

19_ بن حليمة ساسي, **محاضرات في قانون الأحوال الشخصية**, مركز النشر الجامعي, تونس 2011.

20_ داودي عبد القادر, **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**, دار البصائر, الجزائر.

21_ سعد عبد العزيز, **الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**, الطبعة1, دار البعث قسنطينة, الجزائر, 1986, 1989.

22_ شحاتة أحمد زيدان فاطمة, **تشريعات الطفولة**, دار الجامعة الجديدة, جامعة الإسكندرية 2008.

23_ شلبي محمد مصطفى, **أحكام الأسرة في الإسلام**, دار النهضة العربية, بيروت لبنان, 1977, الطبعة 2.

24_ عمتوت عمر, **موسوعة المصطلحات القانونية و قواعد الشريعة الإسلامية**, دار هومة الجزائر.

25_ فروج عمر, **الأسرة في الشرع الإسلامي**, المكتبة العصرية, سيدا, بيروت, 1988.

26_ فضيل سعد, **شرح قانون الأسرة الجزائري**, المؤسسة الوطنية للكتاب, الجزائر, 1986 الجزء 1.

27_ قعدان أحمد محمود إسماعيل, **أحكام اللقطة و اللقيط في الفقه الإسلامي**, دار النفائس, الأردن, 2014, الطبعة 1.

28_ لعور أحمد, **الدليل القانوني للأسرة**, دار الهدى, عين مليلة, الجزائر.

29_ مرزوق وفاء, **حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية**, بيروت, لبنان 2010 الطبعة 1.

30_ معصر عبد الله, **تقريب معجم مصطلحات الفقه المالكي**, دار الكتب العلمية بيروت, لبنان, 2007, الطبعة 1.

31_ معوض عبد التواب, **الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**, مصر, 2001, الطبعة 9, الجزء 2.

32_ ياغي أكرم, **قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية**, منشورات زين الحقوقية, بيروت, لبنان, 2007, الطبعة 1.

ثانيا: المذكرات و الرسائل الجامعية.

33_ أبو معيلق وجيه عبد الله سليمان, **أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المعمول به في قطاع غزة**, رسالة ماجستير, الجامعة الإسلامية, غزة, 2006.

34_ بوخلخال خولة, **التبني في القانون الدولي الخاص**, مذكرة ماستر في الحقوق, جامعة قاصدي مرباح, ورقلة, 2017/2016.

35_ بوزيد خالد, **النسب في تشريع الأسرة و الإجتهاد القضائي**, مذكرة ماجستير في القانون الخاص, جامعة الجزائر, 2011/2010.

36_ خليفة جاب الله, **التبني في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية**, مذكرة ماستر في الحقوق جامعة محمد خيضر, بسكرة, 2015/2014

37_ سلامي دليلة, **حماية الطفل في قانون الأسرة**, مذكرة ماجستير في القانون, جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة, بن عكنون, 2008/2007.

38_ طفياني مخطارية, **إثبات النسب في التقنين الجزائري و الفقه الإسلامي**, مذكرة ماجستير في القانون, جامعة أحمد بوقرة, بومرداس.

39_ عتيق نظيرة, **حماية اللقيط دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري و المواثيق الدولية**, مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون, جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة, 2008/2007.

40_ علال أمال, **التبني و الكفالة**, مذكرة ماجستير في الحقوق, جامعة بكر بلقايد, تلمسان 2009/2008.

41_ مخبي ريمة, **إثبات النسب في ضوء التشريع الجزائري**, مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء, وزارة العدل, الدفعة15, 2007/2006.

42_ والي عبد اللطيف, **الحماية القانونية لحقوق الطفل**, أطروحة دكتوراه في الحقوق, جامعة الجزائر1, بن يوسف بن خدة, 2015/2014.

ثالثا: المجلات.

43_ صخري مصطفى, **" مجلة الأحوال الشخصية "**, تونس, 2011.

44_ عبد العزيز إسماعيل صقر, **إبطال القرآن الكريم لعادة التبني**, **" مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية "**, العدد 25, جامعة الكويت, 1995.

45_ معوان مصطفى, **أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة**, **" مجلة المعيار"**, العدد9, جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية, قسنطينة, الجزائر, 2004.

رابعا: القوانين و الأوامر و المراسيم.

46_ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984, المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

47_ قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007, المتضمن القانون المدني, طبعة جانفي 2016.

48_ قانون رقم 11-14 المؤرخ في 2 أوت 2011, المتضمن قانون العقوبات, طبعة ديسمبر 2012.

49_ قانون رقم 01-15 المؤرخ في 13 يونيو 2002, المتعلق بكفالة الأطفال المهملين في المغرب.

50_ قانون رقم 27-58 المؤرخ في 4 مارس 1958, المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة والتبني (قانون الأحوال الشخصية التونسي).

51_ الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 سبتمبر 1970, المتعلق بقانون الحالة المدنية.

52_ الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 جوان 1966, المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

53_ قانون رقم 03-07 المؤرخ في 25 يناير 2016, مدونة الأسرة المغربية.

54_ المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 جانفي 1992, المتعلق بتغيير اللقب.

خامسا: الاجتهادات القضائية.

55_ قرار المحكمة العليا, الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 28 جوان 1994, عدد خاص 2001.

56_ قرار المحكمة العليا , الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 2 ماي 1995 عدد خاص 2001.

سادسا: باللغة الفرنسية.

57 Coordination de ONG pour les droits de l Enfant, l adoption d enfant :

Vers une humanisation de la législation en communauté française ?, Bruxelles, 2005.

سابعا: مواقع الانترنت.

58_www.3alnasya.org.

59_www.islamport.com.

60_www.egyptiantalks.org.

61_club-droit-marocain.blogspot.com.

62_dknews-dz.com.

63_www.iasj.net.

.

الفـهرس

الفهرس:

مقدمة.....1_5

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتبني و نظرة الشريعة الإسلامية إليه.

المبحث الأول: ماهية التبني.....7_14

المطلب الأول: مفهوم التبني.....8_10

الفرع الأول: التعريف اللغوي.....8

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.....8_10

المطلب الثاني: التبني و الأنظمة المشابهة له.....10_14

الفرع الأول: التبني و الكفالة.....10_11

الفرع الثاني: التبني و الإقرار بالنسب .....11_14

المبحث الثاني: التبني من منظور الشريعة الإسلامية.....15_25

المطلب الأول: أحكام التبني في الإسلام.....15_20

الفرع الأول: التحريم بالكتاب و السنة.....16_18

أولا: التحريم بالقرآن الكريم.....16_17

ثانيا: التحريم بالسنة.....17_18

الفرع الثاني: أسباب تحريم التبني.....19_20

المطلب الثاني: بدائل التبني في الإسلام.....20_25

الفرع الأول: كفالة اليتيم.....20_22

الفرع الثاني: العناية باللقيط.....25_22

الفصل الثاني: التبني في القانون الجزائري و التشريعات المقارنة.

المبحث الأول: موقف التشريع الجزائري من التبني.....41_27

المطلب الأول: منع التبني في القانون الجزائري.....34_28

الفرع الأول: مدى تطبيق المنع في التشريع الجزائري.....32_29

الفرع الثاني: إبطال التبني و التكييف الجزائي له.....34_32

المطلب الثاني: الكفالة كنظام بديل لنظام التبني.....41_34

الفرع الأول: كفالة معلومي النسب.....36_35

الفرع الثاني: كفالة مجهولي النسب.....39_37

الفرع الثالث: شروط و إجراءات الكفالة.....41_39

أولا: شروط الكفالة.....40_39

ثانيا: إجراءات الكفالة.....41_40

المبحث الثاني: التبني في التشريعات المقارنة.....54 _42

المطلب الأول: التشريعات المؤيدة لنظام التبني.....48_42

الفرع الأول: التبني في القانون التونسي.....45_43

أولا: شروط تحقيق التبني.....45_44

1_ الشروط المتعلقة بالطفل المتبنى.....44.

2_ الشروط المتعلقة بالمتبني.....45_44

ثانيا: تمتع الطفل المتبنى بوضعية الطفل الشرعي.....45

الفرع الثاني: التبني في القانون الفرنسي.....46_48

أولا: التبني التام.....46_47

ثانيا: التبني البسيط.....47_48

المطلب الثاني: التشريعات الرافضة لنظام التبني.....49_54

الفرع الأول: موقف التشريع المغربي من التبني.....49_52

أولا: شروط كفالة الطفل المهمل.....50_51

ثانيا: الإجراءات المتبعة لكفالة الطفل المهمل.....51_52

الفرع الثاني: موقف التشريع المصري من التبني.....52_54

الخاتمة.....56_58

قائمة المراجع.....60_67