وزارة التعليـــم العـــالـــي والبـحـث الـــعـلـمـي

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامـعـة عبد الحـمـيـد ابن باديـس مستـغـانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المرجع:

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

التبني بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: القانون الخاص

التخصص: قانون خاص

من اعداد الطالب:

بلعياشي محمد الشريف عثمان بن عبد الله

تحت اشراف الأستاذ:

مشرفي عبد القادر

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	برابح هدى	رئيســـا
الأستاذ	مشرفي عبد القادر	مشرفا مقررا
الأستاذ	بن عبو عفيف	مناقشـــا

السنة الجامعية: 2020/ 2021

نوقشت يوم: 2021/07/14

"بـــســـم الله الرحـــمـــن الرحيـــم"

{ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ }

سورة الأحزاب، الآية: 04

الإهداء

إلى من أُفضِّلها على نفسي، ولِمَ لا؛ فلقد ضحَّت من أجلي، ولم تدَّخر جُهدًا في سبيل إسعادي على الدَّوام **(أُمِّي الحبيبة)**.

إلى صاحب السيرة العطرة، والفكر المُستنير؛
فلقد كان له الفضل الأوَّل في بلوغي التعليم العالي
(والدي الحبيب).

الى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة الى رياحين حياتي **(إخوتي)**

الى روح **(عمي)** الطاهرة تغمده الله برحمته وأسكنه فسيح جناته

الشكر

أول مشكور هو الله عز وجل، ثم والداي على كل مجهوداتهم منذ ولادتي إلى هذه اللحظات، أنتم كل شيء أحبكم في الله أشد الحب.

كذلك يسرني أن أوجه شكري لكل من نصحني أو أرشدني أو وجهني أو ساهم معي في إعداد هذا البحث بإيصالي للمراجع والمصادر المطلوبة في أي مرحلة من مراحله، وأشكر على وجه الخصوص استاذي الفاضل الدكتور **(مشرفي عبد القادر)**

كما نتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة المشرفين على هذه المذكرة.

المـــــــقـــــــدمـــــــــة

منذ الأزمنة العابرة عرف المجتمع القديم وحتى الحديثة وضعا مزر وقاسيا نتيجة الحروب والغزو والثأر، فكان الخراب والتشريد والقتل والجرائم قائمة بشتى أنواعها وكذلك التعدي على الطائفة الضعيفة منهم اليتيم الذي لا حامي له، لاعتقادهم أن اللقيط واليتيم شخص مجلب للنحس وسوء الحظ ويقومون بعزلهم عن المجتمع حتى دخول بيوتهم أصبحت محرمة أو ممنوعة لهذه الفئة، فهذا ما نجده في مجتمع غابت عنه التوجيهات السماوية، حيث تنطفئ أنوار الفطرة في نفوس أفراده فتنحرف عقيدة المجتمع عن الطريق الصحيح وتفرض عليه شريعة الغابة حيث يكون البقاء للأقوى، مما أدى الى إهمال لهذه الفئة من المجتمع أي اليتيم، وهذا بحد ذاته خطرا على المجتمع وعلى أنفسهم ككل، كون هؤلاء الأطفال يمثلون الجيل القادم ودواء المجتمع في المستقبل، والمجتمع هو من يوجههم، ان فسدوا فسد المجتمع وان صلحوا صلح المجتمع.

وبعد مرور الزمن حظيت الأسرة بعناية كبيرة باعتبارها أساس المجتمع، لذلك وجهت الشريعة الإسلامية قسطا كبيرا من تدعيم الأسرة لليتيم واللقيط، وكما لقيت أيضا اهتمام بالغا سواء بأسس تكوينها أو بأسباب دوام ترابطها، وهذا راجع لعوامل أساسية منها على وجه الخصوص تلبها للفطرة البشرية، لأن الانسان دائم الحرص على أن يكون له ابن يحمل اسمه من بعده، ذلك هو مفهوم الحياة كالنشوء وانتماء ونشوء بواقعة الميلاد وانتماء بثبوت النسب.

والنسب يعتبر أهم الركائز التي تعتمد عليهم الأسرة ويرتبط بها أفرادها برباط دائم الصلة تقوم على أساس وحدة الدم، حي أكد وأقر الله عز وجل على عباده بالنسب والصهر لقوله تعالى في

كتابه الكريم: " **وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ ۚ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ** "

ونظرا لانتقال الأسرة من مرحلة الى أخرى ومن أحداث الى أخرى نتيجة ما شهدته من تطورات التي اكتسحت المجتمع البشري والعربي وأثرت فيها وعلى الانسان أيضا ونشأته داخل الحياة الأسرية عامة وعلى فئة الأطفال خاصة.

فبداية هذا التأثير يعود بنا الى زمن الجاهلية والقرون الوسطى التي حملت تلك الفئة فكرة البقاء للأقوى وبسبب هذا الشعار كان الطفل ليس ابن اسرته الحقيقية فقط لأن وضعيته كانت داخل أحضانها غير مستقرة بسب الغارات والسبي من جهة، ومن جهة كان الأشراف وزعماء القبيلة إذا عجبوا بطفل سواء بنسبه أو مكانته وشرف عائلته وحتى لشكله فيتخذونه ولدا وينسب هذا الأخير الى من اتخذه فيقال له فلان ابن فلان ولا ينسب الى غيره، وهذا تحت نظام يسمى بنظام التبني حيث يكون للولد المتبني كل الرعاية والحماية والحقوق والامتياز مثله مثل الابن الشرعي الصلبي، فيحمل في طياته اسم العائلة وله حق في التركة و الميراث، كما له حق والتزامات اتجاه الأسرة التي تبنته ومساندتها في السراء والضراء. وبما أن ظاهرة التبني تعتبر أيضا من السلوك القديم ولها جذور تاريخية فامتدادها يمتد من الوجود البشري وعرفته عدة مجتمعات وحضارات وسايرته جميع العصور كالعصر الجاهلي والعصور الوسطى والعصر القديم وغيره

من العصور وكذلك الدول العربية أو الغربية على حد سواء الذي تبنت هذا النظام وطبقته بطريقته الخاصة.

كما هناك بعض العقائد والديانات التي رحبت بهذا النظام ومنها من رفضته على غرار الشريعة الاسلامية التي جعلت من هذا النظام باطل وحرمته حرمة مؤبدة وكان ذلك وفقا للآية التي تؤكد على تحريمها لهذه الظاهرة وتلغي الآثار التي يرتبها هذا النظام الزائف وذلك في قوله تعالى: " **مَّا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۚ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ ۚ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذلكم قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ** ".

من هذه الآية جعلت الشريعة الاسلامية سببا كريما يتفق مع كرامة بني آدم وحقوق الطفل الذي يتمتع بها والذي حرص عليها الاسلام بالحفاظ عليها بعناية فائقة الاهتمام من أجل الحفاظ على الأسرة والمجتمع وأكدت أيضا على حقه في النسب من والديه، عملا بقول الرسول محمد عليه أفضل الصلاة والسلام: " الولد للفراش والعاهر الحجر".

وبما أن الطفل ثروة المجتمع وجيل اليوم والغد وصانع المستقبل بنفسه، لم تتخلى أيضا الشريعة الاسلامية عن هذه الفئة من الأطفال معلومي النسب أو مجهولي النسب بتحريمها لنظام التبني فقط وإنما أوجدت لها بديل لحماية ورعاية والصيانة لحقوقه وذلك عن طريق نظام آخر وهو

نظام الكفالة، أي كفالة الطفل مجهول النسب أو معلوم النسب اللذين تخلت عنهم عائلاتهم نظرا لعجز الأبوين وعدم القدرة على رعايتهم نظرا لظروف اقتصادية واجتماعية.

وبموجب هذا حذت القوانين الوضعية والدولية هي الاخرى عالجت هذا الموضوع ونظمته وفق قوانين وسنته في تشريعاتها فهناك من تبنته سواء في الدول الغربية كفرنسا وبلجيكا وبولندا أو الدول العربية كلبنان وتونس وهناك من حرمته وحظرته بعض الدول كالجزائر والمغرب الى غيرها من الدول، وهناك من أخذ بالنظامين معا على غرار الدول الغربية وكذلك الاسلامية.

بعد تبني بعض الدول هذا النظام أصبح حديث المنظمات العالمية وظهرت اتفاقيات دولية تحافظ على حقوق الطفل كاتفاقية 1989 التي أكدت وأجبرت أشخاص المجتمع الدولي على ايجاد مؤسسات وأنظمة قانونية ترعى شؤون الطفل وخاصة الحالات التي يوجد فيها الولد كما الذي سنذكرها:

- إذا كان الولد من أبوين مجهولين.
- إذا كان الولد من أب مجهول وأم مجهولة لكن تخلص منه بمحض إرادتهما.
- إذا كان الولد يتيما أو عجزا
- إذا كان الأبوين منحرفين ولا يقومان بواجبيهما في رعاية الولد وتربيته وتوجيهه.

إن كل هذه الحالات، حتم على أشخاص القانون الدولي إيجاد حلول قانونية وذلك بإنشاء مؤسسات قانونية تقوم برعاية هذه الفئة قصد نشأتها ورعايتها، وهو الشيء الذي أدى إلى اختلاف الدول في اختيار هذه الأنظمة والمؤسسات القانونية، فمنهم من اختار جهة المؤسسات القانونية والتي هي بدورها تقوم باحتضان الولد ومنحه الاسم وتمكينه من الارث، ومنهم من اختار العكس أي معاملة الابن معاملة الابن الصلبي لكن لا ينسب اليه ولا يرثه وإنما يجوز التبرع له. وهناك من الدول من جمعت بين النظامين معا.

وبما أن التبني يعتبر من الأنظمة التي تعتني بهذه الفئات، فقد وقع اختياري على هذا الموضوع وذلك للأسباب التالية:

- التعرف على مدى التقارب أو التباعد بيف قانون الأسرة والفقه الإسلامي فيما يتعلق بالتبني.

- التأكيد على رجحان وعدالة الاسلام في موقفه من التبني من خلال بحث حكم التبني من جهة والبدائل التي أباحها الاسلام كبديل عن التبني من جهة أخرى.

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

- -جهل الكثير من المسلمين بالأحكام الشرعية التبني.

- -وجوب بيان الأحكام الصحيحة للتبني وفق منهج القرآن والسنة، لتجنيب المجتمع الاسلامي الوقوع في مشاكل او لبس.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع نهدف الى:

- –بيان موضوع التبني وحقيقته وفق الشريعة الإسلامية وكذا القانون الوضعي.

- توضيح موضوع التبني وحقيقته، ووجوب فهمه من قبل الناس لتجنب الوقوع في المشاكل التي تؤدي إلى ضرر كبير خصوصا في مسألة الإرث والنسب.

إشكالية البحث:

لمعرفة محتوى هذا النظام وأهم آثاره ارتأينا طرح الإشكالية التالية:

ما موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من نظام التبني؟

وفي هذا السياق تطرح عدة تساؤلات:

هل وضعت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بدائل أخرى لرعاية هذه الفئات؟ وماهي الأسس التي اعتمدتها القوانين الوضعية في اختيار نظام الرعاية المناسب؟

المنهج المتبع:

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

خطة البحث:

بهدف معالجة جوانب هذا الموضوع قسمنا بحثنا إلى فصلين:

نتناول في الفصل الأول: ماهية التبني وموقف الشريعة الإسلامية منه، وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، في المبحث الأول تناولنا مفهوم التبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له، ، وتناولنا في المبحث الثاني :التبني في الشريعة الإسلامية.

ما في الفصل الثاني فتطرقنا إلى: التبني في القوانين الوضعية، وقد قسمنا هذا الفصل أيضا الى مبحثين، فتناولنا في المبحث الأول: موقف القوانين العربية من التبني، وفي المبحث الثاني: موقف القوانين الأجنبية من التبني.

صعوبات البحث:

- ندرة في المراجع، ونقص في الدراسات المتخصصة والبحوث العلمية الجامعية

الـــفـــصـــل الأول

ماهية التبني وموقف الشريعة الإسلامية منه

لما جاء الإسلام وأخذ ينظم علاقات الأسرة على الأساس الطبيعي لها، وأخذ يحكم صلتها وروابطها، ويجعلها صريحة لا خلط فيها ولا تشويه أبطل عادة التبني هذه وقصر علاقة النسب على علاقة الأبوة والبنوة الواقعية، وميّز بين البنوة الصحيحة والبنوة المدعاة، وحدد علاقة التبني، وجعلها علاقة أخوّة ومساواة في ظلال النظام الإسلامي الجديد.

{وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ. ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً} [1]

ولقد أوضحت الشريعة الإسلامية ان النسب لا يثبت إلا بالولادة الحقيقية الناشئة عن النكاح الشرعي، ولقد أعطت بدائل وحلول مناسبة من أجل تفادي تحريف وتزييف النسب. وبهذا ما موقف الشريعة الإسلامية من ظاهرة التبني؟

لمعرفة ما التبني في الشريعة الإسلامية يجب معرفة موقف الشريعة الإسلامية فيه وكذا بدائله التي تطرقت اليها الشريعة الإسلامية.

[1] – انظر للمصحف الشريف الآية 04، سورة الأحزاب

المبحث الأول: مفهوم التبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

رغم تعدد تعريفات التبني والاهتمام الواسع الذي حظي به من طرف الفقهاء ودارسي القانون باختلاف مذاهبهم.

إلا أن المعنى واحد، لكون الرجل يتخذ ولدا ليس من صلبه وينسبه إليه كما أنه يتشابه في محتواه مع بعض الأنظمة القريبة منه. مثل الإقرار بالنسب، الحضانة واللقيط.

أو هو نظام الرعاية الاجتماعية، لكن في الواقع هو خلاف ذلك فكل نظام مستقل بذاته وله شروطه، وعليه يمكننا التطرق إلى مفهوم التبني والتميز بين هذه الأنظمة فيما يلي:

المطلب الأول: مفهوم التبني

التبني يفيد إنشاء رابطة غير حقيقية بين شخصين لا يوجد بينهما أبوة أو بنوة حقيقية وترتب آثار العلاقة الحقيقية عليها وإن للتبني معنيين إحداهما لغوي والأخر اصطلاحي، ولتميزه عن باقي الأنظمة المشابهة له فهو يتميز بخصائص لهذا نستعرض في الفرع الأول تعريفه، والفرع الثاني أهم خصائصه.

الفرع الأول: تعريف التبني

سنعرف التبني في هذا الفرع بمعناه اللغوي والاصطلاحي وهو كالتالي:

أولا: التعريف اللغوي: التبني مصدر من تبنى يتبنى تبنيا، وتبنى الجسم اكتنز وامتلاء وأصله (بنى) وهو بناء الشيء يضم بعضه إلى بعض، ومنه ضم الولد إلى الرجل.

وجاء في تعريف آخر وذلك في لسان العرب لاب منظور: (التبني من بنى جمع ابن مضافا إلى النفس، ويقال: تبنيته أي ادعيت بنوته. وتبناه: اتخذه ابنا. وقال الزجاج: تبنى به يريد تبناه. وفي حديث أبى حذيفة: إنه تبنى سالما، أي اتخذه ابنا. [1]

ثانيا: اصطلاحا: لقد تعددت التعريفات فمنهم من عرفه حسب مضمونه ومنهم حسب غايته عرفه قانون الاصطلاحات القانونية، أن التبني رابطة أبوية تقوم على الإرادة دون روابط الدم تستهدف إيجاد روابط بين المتبني والمتبنى شبيهة بالنبوة الشرعية.[2]

1. عرفه الدكتور بلحاج العربي": هو أن يتخذ الانسان ابن غيره المعروف نسبه ابنا له. [3]
2. وعرفه الدكتور عبد الرحمان الصابوني: هو أن يدعى شخص بنوة ولد معروف النسب من شخص معين أو مجهول النسب. [4]

1- جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الطبعة الثانية، دار صادر، بيروت، مجلد 14، ص 91

2- ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 1992، ص 17

3- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 01(الزواج والطلاق)، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 200

4- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، جزء 02 (الطلاق وآثاره)، طبعة 08، منشورات جامعة دمشق، 200-2001، ص 192

3. وعرفه الدكتور يوسف القرضاوي: وهو أن يضم الرجل طفلا إلى نفسه مع علمه أنه ولد غيره ومع هذا يلحقه بنسبه وأسرته ويثبت له كل أحكام النبوة وآثارها مع إباحة اختلاط وحرمه الزواج واستحقاق الميراث. [1]

4. وعرفه الدكتور مصطفى شلبي : "استلحاق شخص معروف النسب إلى أب أو استلحاق مجهول النسب، مع التصريح بأن يتخذ ولدا وليس بولد حقيقي." [2]

5. وقد عرفته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها على إثر الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي في المادة 13 من الفصل المتعلق بالتبني، الغرض الأساسي من التبني هو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لم يتمكن والداه الأصليان من توفير الرعاية له.

الفرع الثاني: خصائص التبني

يتميز نظام التبني بعدة خصائص تميزه عن الأنظمة المشابهة له:

التبني نظام قديم عرفته المجتمعات العربية في العصور الجاهلية والمجتمعات الغربية عند الرومان واليونان.

[1] – يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، طبعة 20، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1984، ص 186

2– محمد مصطفى شلبي، احكام الاسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، طبعة 04، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 723

1-التبني مقنن في ظل المجتمعات الحديثة في قوانين داخلية وبروتوكولات دولية.

2-يتميز التبني بإلحاق نسب المتبني القاصر بنسب المتبني واعتباره ابنا شرعيا.

3-تنزيل المتبني منزلة الابن الصلبي بمساواته في الحقوق معه.

4-يكون المتبني شخصا راشدا ذكرا أم أنثى كان.

5-يغلب على التبني الطابع الشكلي والإجرائي فهو بمثابة عقد بين المتبني والأشخاص والهيئات الراعية للطفل المرشح للتبني.

6-يتميز التبني بخصوصية تصديره بموجب حكم قضائي بعد إجراءات تحقيق معمقة رعاية لمصلحة الطفل الفضلي.

7-ينصب التبني على القصر دون سواهم ذكرا كان أم أنثى.

8-التبني يعطي للمتبني الحق في الإرث من المتبني وفي نفس الوقت يلقي عليه واجبات مثل الابن الشرعي.

10-إن مضمون التبني يشمل الولاية التامة على ننفس ومال المتبني من رعاية وتربية وتمثيل قانوني في إدارة وتصرف في الأموال وكل ذلك من قبل المتبني.

إذن التبني هو ارتباط الشخص بأسرة غير أسرته فبذلك يتضح أنه يختلف عن إلا قرار بالبنوة، لأن هذا الأخير اعتراف بنسبة حقيقية لشخص مجهول، من هنا نطرح التساؤل التالي:

ما لفرق بين التبني والأنظمة الأخرى؟

المطلب الثاني: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له

التبني بصفته نظام قد تتداخل فيه أنظمة مشابهة له وتتداخل به فيأتي في ذهننا اعتقاد على ان هذه الأنظمة هي التبني في حد ذاته، من بينها الإقرار بالنسب او هو الحضانة وكذلك التلقيح الاصطناعي، لذا من الواجب ان نقوم بالتفريق بين هذه الأنظمة والتبني على النحو التالي:

الفرع الأول: التبني والإقرار بالنسب

يظن بعض الناس ان نظام الإقرار بالنسب يشبه نظام التبني لكن في الحقيقة انه لا صلة بين النظامين ولا يوجد تشابه بينهما، فالتبني هو ان يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب مع علمه بأنه ليس ابنه من صلبه.

في حين الإقرار بالنسب أحكامه وشروطه معلومة ومحددة في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة، إذ هو إقرار الشخص صراحة أن شخصا معينا ابنا له، بنسب صحيح وحقيقي، ولكن ظروف معينة أجلت هذا الإقرار، كعقد تم دون تسجيله بين زوجين وأنجبا

ولدا، أو أنكر الأب الولد فترة معينة ثم عاد واعترف بأن عقدا شرعيا تم بينه وبين امرأة نتج عنه ولد شرعي. [1]

1 – انظر عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 193

وكذلك ليس الإقرار بالنسب هو التبني المعروف لأن الإقرار لا ينشئ النسب وإنما هو" اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب، فهو يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائه فيكون ابنا له ثابت النسب منه، وليس له نسب آخر يتساوى مع ابنه الثابت نسبه بالفراش، لا فرق بينهما، إلا في طريق الإثباتْ إذ تثبت له كافة الحقوق الثابتة للأبناء من النفقة والإرث وحرمة المصاهرة، واحتمال أنه كاذب في الواقع لا يلتفت إليه، لأنه لا يوجد ما يثبت كذبه، فالظاهر يصدقه، والله يتولى سرائره."

يختلف التبني على الإقرار بالنسب حيث نجد، أن كل نظام مستقل بذاته وله شروط تحكمه، وعليه فإذا كان التبني هو أن يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب أو مجهول النسب مع علمه بأنه ليس ابنه من صلبه وهو محرم، في حين نجد أن الإقرار غير التبني ألن الإقرار بالنسب واقع فعال لكنه غير ثابت، فالمقر يصحح وضعه بالنسبة لنسب الصغير الذي أقر ببنوته، كالبنوة بالفراش' ‘المادة 64 قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر رقم 42/41 والمادة 66 من نفس القانون" فإن الإقرار بالنسب قائم شرعا وقانونا وجب الرجوع فيه، ويحرم نفي من هو من الإنسان

كان مباحا في عصر الجاهلية ولما جاء الإسلام حرمه وبين أنه مجرد دعوى لا أساس لها بقول الله تعالى: " **مَّا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۚ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي**

تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ ۚ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذلكم قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ". [1]

اذن بعدما تطرقنا بالتفصيل حول الفرق بين التبني والإقرار بالنسب وجدنا ان الاختلاف بينهما يكمن او يظهر في عنصرين هامين:

- الإقرار اعتراف بنسب حقيقي والتبني تصريح بنسب صوري

- الإقرار يثبت النسب والمتبني منشئ للنسب

اذن بعدما تطرقنا بالتفصيل حول الفرق بين التبني والإقرار بالنسب وجدنا ان الاختلاف بينهما يكمن او يظهر في عنصرين هامين:

- الإقرار اعتراف بنسب حقيقي والتبني تصريح بنسب صوري

- الإقرار يثبت النسب والمتبني منشئ للنسب

الفرع الثاني: التبني والحضانة

إذا كان التبني هو عقد ينشئ بين شخصين علاقة صورية ومدنية محضة بالأبوة والبنوة المفترضة، كما يمكن أن يكون نتيجة نزع طفل من أبوين معلومين وإلحاق نسبه إلى المتبنى، في حين الحضانة هي "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا [2]

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

2- المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري

فهناك من يرى أن التبني يحمي مصالح الأطفال ويخدم مستقبلهم، فإذا كان الأمر كذلك، فإنه لا شك أن التبني يتفق مع الحضانة [1] .

من خلال هذه المادة يمكننا تبيان أهم أوجه الاختلاف بينهما وهما كالتالي:

* -إن الحضانة تمارس على طفل معلوم النسب، أما التبني فيكون إما على شخص معلوم النسب أو مجهول.

* اعتبار مفهوم التبني أهم من الحضانة، سواء من حيث السن المشمول بالحضانة، لأن الحضانة تسري من يوم الولادة فبالنسبة للأنثى لغاية بلوغها سن الزواج 19 سنة والذكر المحضون إلى غاية سن 10 سنوات وهي قابلة للتمديد لغاية سن السادسة عشر سنة [2].

* يسقط زواج الحاضنة حقها في الحضانة، كقاعدة عامة، على نقيض التبني الذي يشترط في المتبنى أن يكون متزوجا.

* -يرتب التبني جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات، كحرمة الزواج، واستحقاق الميراث والنفقة مثلا، أما الحضانة، فلا ترتب شيئا من ذلك إذا كانت بيد غير الأبوين.

1 – طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة نيل الشهادة العليا للقضاء،2004/2003، ص 05

2-المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005

* يسقط زواج الحاضنة حقها في الحضانة، كقاعدة عامة، على نقيض التبني الذي يشترط في المتبنى أن يكون متزوجا.

* -أصحاب الحضانة معينون ومرتبون بنص قانوني، في حين المتبنيين غير معينين لا مرتبين، بل كل شخص تتحقق فيه أهلية القيام بمقتضيات التبني وشروط استحقاقه، أسند إليه الولد المتبنى عن طريق الحكم القاضي بالتبني، لا يلحق لقب الحاضن (غير الأبوين كالخالة والجدة...) المحضون أبدا، في حين لقب المتبني يلحق المتبني. [1]

الفرع الثالث: التبني والبنوة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي

إذا كان التبني هو إلحاق شخص مجهول النسب أو معروف النسب مع التصريح بان يتخذه ولدا مع انه ليس ولآدا حقيقيا ،في حين إن البنوة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي خاضعة إلى شروط محددة في قانون الأسرة الجزائري طبقا للمادة 45 مكرر من الأمر رقم 05 – 02- إذ انه يجب إن يكون هناك زواج شرعي وان يكون بمني الزوج وبويضة من رحم الزوجة دون غيرهما ،وان يكون التلقيح برضا الزوجين وفي حياتهما ،كما يستبعد اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال أم بديلة ، وعليه فإنه يعتبر نسب شرعي وحقيقي وينتج جميع آثاره المتعلقة بالبنوة والأبوة ولا يعتبر تبني.[2]

1 – المادة 45 مكرر من قانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 ماي، سنة 2005

2- تشوار جيلالي،رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي،مجلة العلوم القانونية والادارية،العدد 04،سنة 2006، ص56

ومن بين الشروط الذي حددها المشرع في قانون الاسرة الجزائري نجد:

- أن يكون الزواج شرعيا

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ".

وبهذه العملية يعتبر نسب الابن شرعي وحقيقي وينتج جميع آثاره المتعلقة بالبنوة والأبوة ولا يعتبرا صلا تبني.

"إن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين داخل الرحم أو خارجه، إنما شرع لتحقيق هدف واحد، وهو التغلب على مشكلة العقم عند أحد الزوجين أو كليهما حينما يستعصى علاجه بالطرق ووسائل العلاج الطبية التقليدية"

المبحث الثاني: التبني في الشريعة الإسلامية

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

1 – دليلة فركوس، تاريخ النظم، الجزء 1، مطبعة الأطلس للنشر، 1993، ص.214.

كما عرف العرب قبل الإسلام أي في العصر الجاهلي نظام التبني فكان الرجل إذا ما أعجبه فتى لوسامته أو حبا في الرفعة والانتساب إلى ولد شريف الأصل أو ذي عزة وجاه، تبناه وألحقه بنسبه وأعطاه كل الحقوق مثل الأولاد الصلبيين وله نصيب في الميراث وينسب إلى المتبني لذلك يقال فلان بن فلان [1] وتماشيا مع هذه الظاهرة تبنى محمد بن عبد الله قبل أن يصبح رسولا بالرسالة الإلهية شابا ن بلاد الشام، اشتراه حكيم بن حزام بن خويلد، ثم وهبه إلى عمته خديجة زوجة النبي ثم وهبته إلى صلى الله عليه وسلم بعد أن تزوجته ولما عرف أبوه وعمه مكانه، وطلباه من النبي صلى الله عليه وسلم، خيره عليه الصلاة والسلام، فما كان منه إلا أن اختار رسول الله صلى الله عليه وسلم على أبيه وعمه، فأعتقه وتبناه، وأشهد على ذلك القوم، وعرف منذ ذلك الحين باسم "زيد ابن محمد"[2] .

يعتبر هذا الوضع التعلق بالتبني كغيره من كثير الأوضاع والمسائل التي ظلت شائعة وسائدة فترة زمنية معينة بعد ظهور الإسلام مثل الخمر والزنا وبعض من عادات الجاهلية، ثم جاء الإسلام ليحرم التبني تحريما صريحا لأن رسالة الحق والإسلام الذي انزلت على سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وهي القرآن كانت تعالج أوضاع المجتمع العربي تدريجيا والأمة البشرية بصفة عامة، كما جاء في قول النبي صلى الله عليه وسلم: " إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق."

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

2- يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 21

1

المطلب الأول: حكم الشريعة من التبني

كان التبني معمولا به في الجاهلية وصدر الإسلام يتوارث به ويتناصر الى ان نسخ الله تعالى ذلك في القرآن الكريم. ولذلك نص على تحريم التبني وأنهى أمره الذي كان سائدا قبل الإسلام، وجاءت السنة النبوية الشريفة أيضا مؤكدة ذلك في الحكم، وأنه لا يترتب على التبني أي حكم شرعي، وأن من أقدم عليه كان آثما [1].

وكما أوضحت الشريعة الإسلامية أيضا أن النسب لا يثبت الا بالولادة الحقيقية الناشئة عن النكاح الشرعي، ولهذا فقد حرمت التبني تحريما مؤبدا ورفضت أن يكون التبني سببا لثبوت النسب أو التوارث [2].

"وفي السنة الخامسة للهجرة أبطل الله جلت حكمته التبني وحرمه" [3]

وأصبح حكم الشريعة في التبني كغيره من الأحكام مبني على حكم ومقصد شرعي، وهناك أدلة كثيرة على تحريم التبني.

1-د. فواز اسماعيل محمد، مجلة كلية العلوم الاسلامية، العدد الثالث عشر، جامعة الموصل،2013، ص 06

2-شادية الصادق الحسن، حكم التبني في الاسلام، العدد الرابع، دورية العلوم والمباحث الاسلامية، فبراير 2012

3-خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، مذكرة نيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 12

الفرع الأول: القرآن

حرم الله تعالى ظاهرة التبني عبر نص صريح في القران الكريم وذلك في قوله تعالى:(وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ) (الآية 04، سورة الأحزاب)

فالكلام لا ينشئ رابطة الدم، ولا علاقة الوراثة، للخصائص التي تحملها النطفة، ولا المشاعر الناشئة من كون الولد هو بضعة حية من جسم والده الحي، وإنما كل هذا لا يكون إلا بالدم والأبوة والنبوة الحقيقية وهي صريحة أيضا في منع نسب الشخص إلى غير أبيهِ منعا لا يدعي مجالا للشك وقال عز وجل: (وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيل)، أي أن الحق هو العلاقة القائمة على أساس الرابطة المستمدة من الدم

واللحم، لا من صنع افواه البشر وكلامهم' كما قال الله تعالى ايضا في قوله :(ادْعُوهُمْ لآبائهم هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُواْ آبَاءَهُمْ فَإِخوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوالِيكُمْ)[1]

في تفسير لابن كثير جاء مفسرا لهذه الآية على أنه أمر ناسخ لمما كان في ابتداء الاسلام

[1] – يحي أحمد زكريا الشامي، التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص 27

من جواز ادعاء الأبناء الأجانب، وهم الأدعياء، فأمر الله تعالى برد نسبهم إلى آبائهم في الحقيقة، وأن هذا هو العدل والقسط.[1]

وفي قوله أيضا (وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ)

وفي هذه الآية حث الله عزوجل الى رد الأنساب إلى حقائقها إلا في الحالات التي يعجزون عن ردها فقد رفع الله الحرج عنهم.

وأكد الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم حول بطلان تبني زيد وذلك لقوله تعالى: **(فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا ۚ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا)**

الآية جاءت لإباحة ما كان محرما في الجاهلية، من تحريم زواج المتبني من زوجة متبناه. فجعله عزوجل حلالا طيبا ورفع الحرج عن المتبني في الزواج بها، واعتبارها من محارمه مع انها أجنبية عنه في الأصل.[2]

1- إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ص 466

2- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الطبعة2، أطلس للنشر، الجزائر،1993، ص416

الفرع الثاني: السنة النبوية

جاء في السنة النبوية ما يدل على منع الانسان من انتسابه وانتمائه الى غير ابيه البيولوجي، وذلك في قوله عليه الصلاة والسلام: " من ادعى الى غير ابيه وهو يعلم، فالجنة عليه حرام "[1]

وجاء في حديث آخر عن ما رواه ابي ذر (رضي الله عنه) أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول (ليس من رجل ادعي لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر بالله، ومن ادعي قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار) وعن واثلة ابن الأصقع قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن من أعظم الفري أن يدعي الرجل غير أبيه أو يري عينيه مالم تريا، أو يقول على رسول الله صلى الله عليه وسلم مالم يقل)[2].

ومن الأحاديث النبوية الشريفة التي تضمنت حرمة التبني نجد منها: ما روى أبو بشر بكر بن خلف الذي قال حدثنا ابن أبي الضيف حدثنا عبد الله بن عثمان بن خيثم عن سعد بن خبير عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى اله عليه وسلم:(من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين).[3]

---

[1] - الامام الحافظ ابي الحسين مسلم بن الحاج القشري النسانوري، صحيح مسلم، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، 1998، ص 47

2- محمد بن إسماعيل البخاري، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مطبوع مع شرحه، دار الفكر العربي، بيروت 1996

3- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الحدود، حديث رقم 2599، المكتبة العلمية، بيروت، جزء 8، ص 34

وكذلك ما رواه ابن عمر قال: أن زيد ابن حارثة رضي الله عنه مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كنا ندعوه إلا زيد بن محمد حتى نزل قوله تعالى: ((أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله)) [1]

الفرع التاث: الفقه

يترتب على أن تنسب إنسانًا لنفسك بأن تتبناه: أحكام كبيرة وكثيرة، فهذا الشخص يصبح واحدًا من الأسرة، يطَّلِع على زوجتك، ويعتبرها أمه، وهي ليست أمه، ويطلِّع على عورتها، وتطلع هي عليه، وتختلي به، ويختلي بها، وما موقف هذا الطفل من بناتك اللائي يعتبرهن أخواته، وهن في الحقيقة أجنبيات منه، وما الحال في أخواتك وأخوات زوجتك؟ هو يعتبرهن عماته وخالاته، وهن لسن عماته ولا خالاته.

فالتبنِّي لا يجوز، ومن وقع فيه يجب أن يصلح الخطأ، بأن يذهب إلى المحكمة ويعترف بأن الولد ليس ولده، وبأنه تبناه، وربما بعض البلاد تعتبر هذا الأمر جريمة، فيها غرامة أو حبس، لكن في سبيل تصحيح هذا الخطأ، بل هذه الخطيئة، لا بد للإنسان أن يتحمل مسئوليته؛ لأن هذا المتبنى سيظل واحدا من الأسرة إلى ما شاء الله، وكذا ذريته إلى يوم القيامة، ترث

[1] – اخرجه مسلم والترميذي عن طريق موسى بن عقبة (أخرجه البخاري في صحيحه، مكتبة الايمان، كتاب التفسير، ص1008

من هذه الأسرة وتنتسب إليها، وهي غريبة عنها، فهذا عمل سيئ وعليه وزره ووزر من عمل به إلى يوم القيامة؛ لأن الرجل في هذه الحالة ليس فقط يكسب إثما على هذه الفعلة، بل عليه إثمه، وإثم الذرية التي تنتسب إلى هذه الأسرة إلى ما شاء الله من العقود والقرون حتى تقوم الساعة؛ ولذلك لا بد من تصحيح هذا الوضع[1]

ولقد حمى الإسلام الأنساب من الاختلاط بتحريم الزنى أولا، ثم بتحريم التبني ثانيا، من أجل أن تصفو الأسرة من العناصر الغريبة عنها، وبذلك فإن الفقه الإسلامي اتخذ موقفا واضحا من التبني، فحكم الفقهاء بتحريمه وعدم جوازه تحت أي سبب من الأسباب، وقاية للمجتمع الإسلامي من هذه الظاهرة المتفشية في الجاهلية، وإبعادا له من الوقوع في هذه الآفة التي تضر بشكل مباشر النسب وتفسده.

وسند الفقهاء في ذلك النصوص الصريحة والصحيحة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، ومما قرره الفقه الإسلامي:

- إنكار الوالد نسب ولده يوجب غضب الله وعقابه يوم القيامة [2]

-تحذير النساء من أن ينسبن إلى أزواجهن من يعلمن أنه ليس منهم، لأن ذلك سبب مباشر لتعريضهن لخزي الله يوم لقائه، بحرمانهن من دخول الجنة.

[1] – حكم التبني في الاسلام، (من دون تاريخ النشر)، تم الاطلاع عليه في 2021/04/24، رابط الموقع: https://www.al-qaradawi.net

2- المستدرك، للحاكم النيسابوري. دراسة وتحقيق؛ مصطفى عبد القادر عطا. رقم؛ 2814. دار الكتب العلمية، دون ذكر الطبعة والتاريخ. ج/ 2. ص/ 220-221. قال الحاكم؛ "صحيح على شرط مسلم

-انتساب الولد إلى غير أبيه وهو على علم بذلك يوجب السخط واللعنة، ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عد ذلك من المنكرات الشنعاء التي تستوجب لعنة الخالق والخلق، لأن الانتساب إلى غير الآباء من أكبر العقوق للآباء.

-انتساب الولد إلى غير أبيه وهو على علم بذلك يوجب السخط واللعنة، ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عد ذلك من المنكرات الشنعاء التي تستوجب لعنة الخالق والخلق، لأن الانتساب إلى غير الآباء من أكبر العقوق للآباء.[1]

فهذه الأدلة كلها قطعية الدلالة في تحريم التبني والانتساب لغير النسب الأصلي.

المطلب الثاني: الحكمة من تحريم التبني

إن الاسلام لما حرم التبني حرمه لأنه يتنافى مع نظامه العام ويهدر بكثير من الأحكام التي بني عليها نظام الأسرة، كما يهدر بحقوق الغير يفوتها على من له الأحقية فيها، وهي وسيلة الأضرار والكيد حرمان الورثة من نصيبهم الحقيقي في التركة [2].

وسنرى بالإضافة الى عديد من الأحكام والمصالح والتي سنلخصها على النحو التالي

[1] – روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن، للشيخ محمد علي الصابوني. ط/ 1. 1416هـ/ 1996م. دار الفكر- بيروت. ج/ 2. ص/ 214.

2- عمر ابن محمد السبيل، احكام الطفل اللقيط، دراسة فقهية مقارنة، ط 1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض،2005، ص175

الفرع الأول: الاعتداء على الانساب

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

إذ أنه يدمج شخصا أجنبيا غريبا في الأسرة يشاركهم في حياتهم يسلبهم حقوقهم بغير حق ويتعدى على نسبهم.

غير أن ذلك لا يخوله أن يتمتع بحقوق المودة والرحمة وهي حقوق معنوية لا يتحقق إلا في صلة الدم واللحم، ولا يمكن تجسيدها في نسب أو قرابة مصطنعة

بل بالعكس تؤدي إلى توليد نوع من التنافر تؤثر على هذا الطفل نفسيا، ومن جهة أخرى فإن تجريد هذا الطفل من نسبه الأصلي إن كان معلوم النسب دون رضاها اعتقاد بأنه ينتمي إلى تلك العائلة، لكن يكتشف هذا التزوير فيتحول حبه لوالديه اللذين تبنياه كرها واحتقارا لهما[1].

كما ان الشريعة الاسلامية حرصت على أقدس وأنبل رابطة وهي النسب من أجل الحفاظ على أصول كل فرد، فالتبني هنا يلعب دور سلبي يظهر في اختلاط الأنساب وضياعها وبالتالي انتشار الرذيلة والفاحشة بسبب انتساب شخص أجنبي إلى عائلة لا ينتمي إليها لا دما لا لحما في حياتهم، فيشارك هذه العائلة في أخذ حقوقها من الأفراد الذين ينتمون إليها بيولوجيا والاعتداء

[1] – محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 724

عليهم ظلما بمشاركته في الميراث والنفقة وخاصة وأن نظام الإرث في الاسلام مقصور على القرابة القريبة لا البعيدة نسبيا، وإذا كان أحد الأفراد يعلم بأن هذا الابن دخيل وغريب عن الأسرة فهنا يحدث شقاق، خلاف، تفكك الأسرة وقطع حبل المودة بينهم. [1]

واستناد لنص المادة 77 من قانون الاسرة، التي احكامه مستمدة من الشريعة الاسلامية تنص على: "يجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

فمن خلال نص المادة نجد بأن هناك حقوق وواجبات على أفراد العائلة فيما بينهم، فإذا أضيف فرد آخر فيكون دخيلا عليهم، يغتصب حقوقهم وينقص من أخرى كالإرث مثلا، إذ أن تحريم التبني هو غاية في حد ذاته إذ يمنع توريث من ليس له حق الإرث لأن الميراث له شروطه وأحكامه منها القرابة مثلا، وفي تحريمه عدم الاعتداء على حقوق الغير لأن إقرار التبني وثبوت التوريث يجعل منه تعدي على تركة الغير بغير وجه حق وهذا من شأنه أن يثير الحقد بين الأقارب الحقيقيين بسبب هذا الدخيل وبالتالي قطع الأرحام، وباعتبار أن الدين الاسلامي هو دين الحق والعدل وأيضا دين رحمة وتكافل، لم يمنع تربية الطفل وتعليمه، ثم تركه عند

[1] - عمر بن محمد السبل، المرجع السابق، ص171

بلوه سن الاعتماد على نفسه وإدراك مسؤولياته، تجاه المجتمع والأمة، وبالتالي إحياء لنفس كان هلاكها ممكنا[1].

الفرع الثاني: انتهاك الحرمات

إن طريقة المعاملة التي يتلقاها الابن المتبني على أنه أخ لبنات المتبني وكذلك ابن لزوجته، فهو في الواقع يأخذ مرتبة المحارم مع أنه يعتبر شخص دخيل وأجنبيا عنهم. حيث لا يباح له ما يباح للابن الأصلي والصلبي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الشخص قد يحرم أيضا من حقه الزواج من هؤلاء الأجنبيات، التي تعتبر أنه أخ لهم، وهو يعتبرهن أخواته، غير أنه قد يحدث أو يقوم هذا الشخص المتبني بالزواج من أخواته الصلبات وهو في حقيقة الشرع محرم عليه نظرا ما يؤدي الى وقوع اختلاط في الأنساب، ويصبح المجتمع يقوم أو يرتكز على نظام فاشل ضعيف الأسس يعاني من زعزعة او وليد للمجتمع الجاهلي.

تكمن الكارثة في نظام التبني على أنه يؤدي الى وقوع أو حدوث أمور كثيرة الذي يحرمها ديننا الحنيف كالنظر الى عورات المحرمات، لهذا هو محرم، كذلك سنتكلم في نقطة أخرى التي تبين ان التبني يؤدي الى انتهاك الحرمات وهي أن في الحقيقة ان الشخص المتبني يختلف عن البنوة الحقيقية من الجانب الحسي وسنعطي مثال عن هذا الأمر وهو لا يمكن أن يكون الميل او الإحساس من الأم نحو ابنها الحقيقي لكن يمكنها أن تكون نحو الشخص

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته للأحوال الشخصية، الجزء 07، دار الفكر، سوريا، 1985، ص 675

المتبني. وهذا ما جاء به في قول الله تعالى في كتابه الكريم بقوله:" يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين[1] "

من أشهر مثل على هذا قصة نبي الله يوسف عليه السلام التي وردت في القرآن الكريم، فإذ بالأمومة المصنوعة تؤتي ثمارها وتتكشف عن حقيقتها، وإذ بالشهوة تنطلق نحوه ونسيت بنوتها له، ولولا أنه نبي معصوم لوقع في الخطأ [2] .

ومما سبق ذكره تبين أن التبني معارض ومخالف للشريعة وقد تم تحريمه لمثل هذه الأحكام لكن لم تقتصر الشريعة الاسلامية فقط لتحريمه وإنما فتحت أبوابا أخرى تضمن حماية للأطفال مجهولي النسب واللقطاء وكذا بالنسبة لعدم قدرة الأباء في إحياء الأولاد، وذلك تم وضع بما يعرف بنظام الكفالة لاسيما كفالة اليتيم أيضا والرعاية التي تضمن حماية الأنساب وعدم اختلاطها.

ومن هذا المنطلق أخذ المشرع الجزائري أيضا بنظام بديل عن التبني وهو نظام الكفالة وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الثالث.

[1] – يحي احمد زكريا الشامي، المرجع السابق، ص 37

2– سورة المائدة، الآية 87

المطلب الثالث: بدائل التبني في الشريعة الاسلامية

لقد جاءت الشريعة الإسلامية بتحقيق مصالح العباد وتكثيرها، ودرء المفاسد عنهم وتقليلها، وتتخذ في سبيل هذا الوسائل الكفيلة بتحقيق ذلك، إذ لم يحرم الإسلام شيئا وجبلة الإنسان بحاجة إليه إلا وجعل له بدائل، وقد دعت جبلة الإنسان إلى قضاء غريزته الجنسية إلا أن قضاءها بالسفاح لها آثار سلبية كبيرة فحرمه الشرع وجعل بديله النكاح الذي تتحقق به مصالح العباد وكذلك حرم الربا وجعل بديله البيع لتحقيق الكسب الحلال، ولما كان التبني يلبي بعض احتياجات الإنسان بيد أن فيه مفاسد كثيرة وخطيرة ـ أشرنا لها في الدوافع والآثار فقد حرمه الشرع وجعل له بدائل كنظام كفالة اليتيم والهبة والوصية وذلك لتحقق المقاصد المرجوة من التبني وتجنبنا الآثار السلبية المتولدة منه وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: كفالة اليتيم

يظن كثير من الناس أن كفالة اليتيم تعني فقط النفقة عليه، وهذا لا شك فهم قاصر بالرغم من عظم ثواب النفقة في ذاتها إلا أن مفهوم الكفالة أوسع من ذلك، وحتى لا نبتعد كثيرا ننقل هنا كلاما قيما للعلامة ابن حجر رحمه الله عند كلامه على قول النبي أنا وكافل اليتيم في الجنة، فيقول: قال شيخنا في "شرح الترمذي": لعل الحكمة في كون كافل اليتيم يشبه في دخول الجنة أو شبهت منزلته في الجنة بالقرب من النبي صلى الله عليه وسلم أو منزلة النبي. لكون النبي شأنه أن يبعث إلى قوم لا يعقلون أمر دينهم فيكون كافلا لهم ومعلما ومرشدا، وكذلك كافل

اليتيم يقوم بكفالة من لا يعقل أمر دينه بل ولا دنياه، ويرشده ويعلمه ويحسن أدبه، فظهرت مناسبة ذلك. فاليتيم المكفول يتأثر تأثرا مباشرا بكافله وبشخصيته ومما يأخذه منه.

فجاء في قول الله تعالى: " فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ" [1]

وجاء في قوله ايضا: "أَرَأَيْتَ الَّذِي يُكَذِّبُ بِالدِّينِ * فذلك الَّذِي يَدُعُّ الْيَتِيم " [2]

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

فكفالة اليتيم باب من أبواب الخير وهي عبادة عظيمة حثّ عليها الرسول –صلى الله عليه وسلم–، ووعد كافل اليتيم بالأجر العظيم والجزيل يوم القيامة، وهي سبب في تطهير المال وتزكيته وجعله نِعمة في يد صاحبه، ينفقها في وجوه الخير، وقد جعل الله –سبحانه وتعالى– كفالة اليتيم هي إحدى مصارف الصدقة والإنفاق في الخير، قال الله –تعالى–: (يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ).

[1] – انظر الى المصحف الشريف، سورة الضحى، الآية 09

2–انظر الى المصحف الشريف، سورة الماعون، الآية 02–03

3– عبد الله بن ناصر بن عبد الله السرحان، كفالة اليتيم، السعودية، 2000، ص 15

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

الفرع الثاني: الهبة

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على ان الهبة تمليك عين بلا عوض في حالة الحياة تطوعا

وكذلك حيث اجمع في جميع العصور على استحباب الهبة بكل أنواعها لأنها من باب التعاون، والله تعالى يقول :(وتعاونوا على البر والتقوى) لا يعد عقد الهبة لازما للواهب بمجرد الإيجاب والقبول إلا بعد قبض الموهوب له الهبة، إذ يحق للواهب الرجوع بالهبة والتصرف بها ما دامت في يده؛ لإجماع الصحابة ولا يجوز للموهوب له في هذه الحالة التصرف بها، إذ لا يستقر

ملكها للموهوب له إلا بعد القبض، لا فوليه هذا إذا كان الموهوب له أهلا للتصرف يقبض عنه، فإن كان الواهب وليه تكون لازمة بمجرد العقد.

إذ تعد الهبة خيارا آخر لإعانة الموهوب له – المتبنى -إن لم يتيسر له الإرث بالولاء لوجود من يحجبه أو لعدم عده سببا من أسباب الإرث، ويستحب ٍ لا في أقل للواهب المتبني إثبات الهبة قضاء إن كان الموهوب له صغيرا والتقدير يشهد عليها لتنوب الشهادة عن القبض. [1]

1 - فواز اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص 10

الفرع الثالث: الوصية

الوصية شرعا تعتبر تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كانت ذلك في الأعيان أو في المنافع، لذا ذهب فريق من جمهور الفقهاء الى استحباب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيرا وذلك لقوله تعالى: ((**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**))

وكذلك جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم في قوله: (إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) ، وعن سعد ابن ابي وقاص رضي الله عنه قال: جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها قال يرحم الله ابن عفراء قلت يا رسول الله أوصي بمالي كله قال لا قلت فالشطر قال لا قلت الثلث قال فالثلث والثلث كثير إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة حتى اللقمة التي ترفعها إلى في امرأتك وعسى الله أن يرفعك فينتفع بك ناس ويضر بك آخرون ولم يكن له يومئذ إلا ابنة.[1]

النصان او الأدلة التي تكلمنا عنها حول الوصية يدلان على استحبابها وعلى الانسان يستحب له ان يتبرع بما يصرف بعد موته للمحرومين والمعوزين، دون ان ننسى دور اليتامى وهم أحق الناس بأن يوصى لهم.

[1] –محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب ان يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس

الـــفـــصـــل الـــثـــانـــي

التبني في القوانين الوضعية

إن نظام التبني له جذور في الأنظمة القديمة، إذ عرفه العرب في الجاهلية وكذا الأمر بالنسبة للشعوب الرومانية واليونانية، وعلى الرغم من تأثير البعثة المحمدية في صدر الإسلام وتحريم التبني تحريما أبديا وشاملا على كل أنحاء المعمورة دون تمييز، إلا أن الكثير من الدول الغربية المعاصرة مثل فرنسا وغيرها من الدول الأجنبية التي تبنت هذا النظام وقننت أحكامه، في تشريعاتها الداخلية، وهو الأمر الذي نهجته بعض الدول العربية كتونس وكذلك غيرها من الدول العربية.

وأبعد من ذلك نظمت أحكامه في عدة اتفاقيات دولية سيما منها المتعلقة بحقوق الطفل وعليه يمكن أن نتعرض في هذا المطلب إلى بعض الدول التي أخذت بنظام التبني والتي لم تأخذ به.

المبحث الأول: موقف القوانين العربية من التبني

تتفق بعض الدول العربية على أن نظام التبني غير مشروع من ناحية الشريعة الاسلامية ولا من ناحية القانون على غرار دولة مصر والجزائر والمغرب وغيرها من الدول الذي تبنت هذا الموقف إلا أن هناك بعض الدول العربية أخذت وتبنت هذا النظام عكس الدول الأخرى وقامت بتنظيمه والعمل به في تشريعاتها القانونية على غرار دولة تونس ولبنان بغض النظر عن الأسباب والدوافع، وبناء على ما سبق فإننا نستعرض هاذين الموقفين في مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: القوانين المساندة للتبني

تتضمن هذه التشريعات شروط حول هذا النظام أي التبني، ومن بين هذه التشريعات سندرس كل من القانون التونسي (الفرع الأول) والقانون اللبناني (الفرع الثاني)

الفرع الأول: القانون التونسي

نظم المشرع التونسي التبني من خلال القانون عدد27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني وذلك من الفصل الثامن الى الفصل السادس عشر. وقد أجاز المشرع التونسي التبني وحدد شروطه. [1]

[1] – القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي 1958، الفصل 08

وبهذا القانون الذي رأى النور في عهد الحبيب بورقيبة الرئيس التونسي الراحل، نجد أن المشرع التونسي، قد تجر أ وخالف أحكام الشريعة الإسلامية، حيث قام بتحليل ما حرمه الله عزوجل فأجاز فكرة التبني تحقيقا لرغبة الحاكم الذي كان متأثرا ومشبعا بالفكر الفرنسي كما سبق له أن حرم تعدد الزوجات وجعل منه جريمة يعاقب عليها القانون. [1]

وحسب الشريعة الإسلامية والصعيد العربي فقد خالف المشرع التونسي أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بإصداره القانون الذي يبيح التبني وانفرد عن باقي التشريعات العربية والمسلمة في المغرب والمشرق، ومثال على ذلك الذي أدى الى قيام التبني في تونس والذي اجازه هو ذلك الحكم القضائي الذي حضره المتبني وزوجته، أو عند اقتضاء حضور والدي المتبني أو من يمثل السلطة الإدارية، ونص في الفصلين 14 و15 على أن يحمل الولد المتبني لقب المتبني وأن يكون له نفس الحقوق التي هي للابن الشرعي.

ومن منطلق هذه التشريعات خصص أيضا المشرع بعض شروط الواجب توفرها من الجهتين أي للمتبني والمتبنى وذلك بعد نصها في قانون 04 مارس 1958 المذكور أعلاه على أنه " يجوز التبني حسب الشروط المبينة للفصول الآتية، وبين الفصل التاسع الشروط الواجب توفرها

[1] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الاسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 04، س 2014، ص 221

للراغب في التبني" حيث وجب أن يكون المتبني شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى متزوجا متمتعا بحقوقه المدنية ذا أخلاق حميدة وسليم العقل والجسم وقادر على القيام بشؤون المتبنى.

وكذلك من بين الشروط التي وضعها المشرع هو امكان الحاكم من اعفاء طالب التبني الذي فقد زوجته بالموت أو بالطلاق من شرط التزوج إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك.

كذلك من بين الشروط الذي نص عليها كانت في الفصل العاشر فنص على أنه " ينبغي أن يكون الفرق بين عمر المتبني وعمر المتبنى خمس عشر سنة على الأقل، الا في الصورة التي يكون فيها المتبني ابن زوج المتبنى"

هذه هي الشروط الذي حددها المشرع التونسي بالنسبة للمتبني ووضحها وفق نصوص قانونية.

إضافة الى ذلك أضاف شرط الزواج الذي يخص الشخص المتبني والذي نصه الفصل 11 من قانون 04 مارس 1958 الذي ينص على أنه: " يجب في جميع الصور مصادقة زوج المتبنى مع مراعاة الفقرة الثانية والثالثة من الصل التاسع، كما أنه أعطى إمكانية أعضاء المطلقين والأرامل منه إذا رأى الحاكم مصلحة للطفل في ذلك.

بعد تطرقنا وتكلمنا حول الشروط الخاصة والواجب توفرها للمتبني سنأخذ أيضا بالشروط الخاصة بالمتبنى.

وهذه الشروط نجد أن المشرع فتح مجال لتبني الأطفال المهملين والموضوعين تحت رعاية الدولة والأطفال الخاضعين لولاية والديهم سواء منهم الشرعيين أو الطبيعيين.

كما نص أيضا الفصل 12 من قانون 04 مارس 1958 على أنه ينبغي أن يكون المتبنى طفلا قاصرا ذكرا أو أنثى.

ومن بين الشروط أيضا رخص تبني الرشداء إذا ثبت أنهم كانوا مكفولي طالب التبني من قبل رشدهم الى الآن وصرحوا بموافقتهم على تبنيهم.

اما في الفصل 13 جعل المشرع أن تكون المصادقة من الطفل أو الولي العمومي على التبني في الجلسة التي يعقدها حاكم الناحية شرط أساسي لإصدار حكم التبني

الفرع الثاني: القانون اللبناني

يذهب الفقه في لبنان وأمام عدم وجود نص صريح في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 90 لسنة 1983, إلى إخضاع شكل التبني لقانون محل اجراءاته ,واستندت أغلب هذه الآراء إلى قرارات المحاكم اللبنانية [1] .

في تاريخ منها ما جاء في قرار محكمة استئناف جبل لبنان –الغرفة السادسة– رقم 93/5, 09 ديسمبر 1993 جاء فيه ((إن التبني يخضع للقانون اللبناني فيما يتعلق بتحديد المرجع الصالح للنظر بالتبني وبيان الشكل والإجراءات الواجب اتباعها أمام هذا المرجع)).

[1] – حلمي محمد الحجار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، الجزء 01، ط 05، سنة 2002

وبالنسبة لبيان المرجع المختص بأثبات التبني ذهبت محكمة التمييز اللبنانية الغرفة المدنية بتاريخ 12 اكتوبر 1983 فما يخص القول بأن المرجع الصالح لإثبات الثالثة رقم 83/26 التبني هو المحكمة المذهبية وليس المحكمة المدنية عندما يكون المتبني لبنانيا.[1]

ومن هذا المنطلق اعطى التشريع اللبناني بعض الشروط الذي تتعلق بعملية التبني وهي:

نص القانون فيما يتعلق بهوية الطفل، وحقه في معرفة والديه الشرعيين، على أ ن التبني في لبنان لا يحرم الطفل من علاقته مع والديه الشرعيين وذلك في (المادة 107 م ن قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية) . أما الواقع، ف ي بين أن بعض المحاكم الروحية والمدنية توافق في بعض الحالات على التبني المطلق مما يعني قطع العلاقة بين الوالدين الأصليين والطفل، وذلك وفقاً للإجراءات الآتية: أ) يطلق على المتبنى اسم عائلة متبنيه ويقيد ذلك في سجلات الأحوال الشخصية لتسجيل اسم الطفل المتبنى على خانة من تبناه ويتم تعطيل وثيقة الولادة الأصلية بعبارة تدل على حصول التبني، وتنتقل الولاية من والد المتبنى إلى متبنيه ما دام حياً وأهلاً لها.

[1] – د. سامي بديع منصور و د. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط 03، منشورات الحقوقية، 2009، ص 292

ب) إذا كان الولد المتبنى مجهول أو عديم الجنسية فإنه يكسب جنسية المتبني وهذا تأكيد على ا لشرعة العالمية لحقوق الإنسان التي تعترف بحق كل إنسان بانتمائه لوطن معترف به وباكتساب جنسية ذلك الوطن.

ج) يعتبر الولد المتبنى بحكم الولد الشرعي في كل ما يتعلق بحقوقه المدنية والشرعية وفيما يتعلق في إرث من تبناه أو في وصيته (المادة 23 من قانون الإرث لغير المحمدي تاريخ 23 جوان 1959).

هذه بعض الأحكام التي نصها المشرع اللبناني فيما تخص نظام التبني ونرى من هذه التشريعات أن القانون التونسي وكذلك اللبناني سار على نهج التشريعات الغربية ولم تأثر أحكامهم في مسألة تنظيم التبني بأحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: القوانين الغير المساندة للتبني

لقد سايرت معظم الدول العربية والإسلامية بتحريم التبني ومنعته شرعا وقانونا، لذا نحن من خلال هذا المطلب سنحاول دراسة والتعرف على بعض القوانين العربية والإسلامية التي لم تأخذ بهذا النظام على غرار القانون الجزائري والقانون المغربي وكذلك القانون المصري بالنسبة للفئة المسلمة.

الفرع الأول: القانون الجزائري

إن الجزائر باعتبارها دولة مسلمة وباعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الثاني الذي يحكم المسائل المعروضة على القضاء عملا بإحكام المادة الأولى من القانون المدني [1].

فإنها سايرت معظم الدول العربية والإسلامية بتحريم التبني ومنعته شرعا وقانونا، وذلك بنص المادة 46 من قانون الأسرة الواردة في الفصل الخامس تحت عنوان النسب فهي بذلك تؤكد على ان نسب الولد يلحق لابنيه لا لغيره متى توفرت أركان وشروط الزواج الشرعي.[2]

إذن فالمشرع الجزائري ثابر على محاربة فكرة تحريف وتزيف الأنساب، إذ انه لا يمكن إلحاق أي طفل، سواء كان معلوم الأب أو مجهول النسب، وكان ابن زنا إلى نسب الغير ولو ابدي رضاءه بذلك، لان في ذلك يعتبر تعديا على ألقاب الغير و أكد القضاء الجزائري

في عدة مناسبات متعلقة بحالات التبني، إذا أصرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها

على إلغاء التبني وإبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة ، سواء كانت صادرة عن جهات رسمية

وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية وذلك بسبب مخالفاتها لنظام العام الجزائري

[1] – قانون رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 05–10 مادة الأولى

2–المادة 41 من قانون الأسرة الجزائرية رقم 84–11

وعلى هذا الأساس صدر قرار عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/01/18 ، ملف رقم 234949 قضيته " ح ع ق " ضد "د ح هـ " ، ابن أكد على أبطال التبني وفي نفس الوقت إبطال عقد الميلاد ، باعتباره عقد مزور طبقا للمادة 47 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية .: حيث انه من المقرر قانونا إن إبطال العقود الخاطئة (شهادة الحالة المدنية) عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها يقدم الطلب أما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل في العقد وإما بصفة فرعية إمام المحكمة التي رفع إليها النزاع الذي تناول العقد المشطوب بالبطلان.

ومتى تبين في قضية الحال الطاعن قدم إمام قضاء الموضوع شاهدين ذاكرا بأن المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة سنة 1997 وبذلك فان قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف وبرفض الدعوى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشهود في إبطال عقد الميلاد باعتباره عقدا رسميا اخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. [1]

إذن من خلال هذا القرار نجده اقر مسالة إبطال التبني متى توفرت وسائل إثباته وأعطت للجهات القضائية في نفس الوقت الولاية في إبطال عقود الميلاد المزورة لكونها مخالفة للحقيقة

وصدر في إطار إبطال التبني عدة قرارات عن غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا مثل القرار الصادر بتاريخ 02/05/1995ملف103232 قضية: (ف ط) ضد: (ف ط)

[1] – أنظر: المجلة القضائية، للعدد الخاص 2001، ص3

دعوى إبطال التبني –تكيفها على أنها دعوى نفي النسب –خطأ في تطبيق القانون.

الشريعة إن قاعدة الولد للفراش لا تطبق إلا في إثبات دعوى نقي النسب. ومن ثم قضاء الموضوع لما الغوا الحكم القاضي بإبطال التبني بدعوى عدم وجود الصفة للطاعنين مع أنهم قدموا الدليل على أنهم أبناء عمومة مثبتين دعواهم بشهادة الشهود، حسب المحضر المؤرخ في 1985/12/24 وناقشوا دعوى إبطال التبني كأنها دعوى نفي النسب وطبقوا عليها قاعدة الولد للفراش مع انه لا يوجد أي فراش في التبني، فبقضائهم كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

أولا: مركز المادة 13مكرر من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة:

لقد نصت المادة 46 قانون الأسرة صراحة على تحريم التبني، إذ يفهم من هذه المادة انه لا يمكن للإفراد إبرام عقد التبني ولا يجوز للقاضي أو الموثق إبرامه والإذن به إذ إن هذه المادة جاءت على إطلاقها لكونها استثناء، إذ إن حتى الأجانب المقيمين على الإقليم الجزائري و الذين يسمح لهم قانونهم الداخلي بالتبني غير جائز لهم المطالبة بذلك إمام القاضي الجزائري

[1] –بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 190

لكن هذه القاعدة لم تبقى على إطلاقها بل أصبحت نسبية وهذا على اثر تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 05-10 المعدل و المتمم له ، إذ أصبح القاضي الجزائري ، يأذن بالتبني ويبرم عقد التبني ، لكن بشروط ، وان هذه الشروط واردة ضمنيا في نص المادة 13 مكرر 01 لكونها وردت في الفصل الثاني المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان ، فهي قواعد إسناد تبين القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي الداخلي ، عندما يكون احد إطراف النزاع أو طرفي النزاع أجنبي على الإقليم الجزائري إذ إن مضمونها نص على إن صحة انعقاد التبني يخضع إلى قانون جنسية كل من طالب التبني و المتبني وقت إجرائه ، فالقاضي الداخلي يأذن بالتبني حسب ما يسمح به قانون جنسية الأطراف ، فان كان قانون جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني فان القاضي الداخلي يرفض طلب التبني ، وعليه فان هذه المادة تطرح عدة احتمالات إمام القاضي الداخلي الجزائري.

– 1في حالة ما إذا كان قانون جنسية طالب التبني و المتبني لا يسمحان بالتبني فان القاضي الداخلي الجزائري يرفض الإذن بالتبني على أساس القانون الداخلي للأطراف الأجانب.

1-في حالة ما إذا كان قانون جنسية طالب التبني يسمح بالتبني، وقانون جنسية المتبني لا يسمح بذلك مثل: طالب التبني شخص التونسي والمتبني قاصر من جنسية جزائرية فانه لا محال القاضي الجزائري برجوعه إلى المادة: 46 من قانون الأسرة لا بإذن بالتبني، إذن مضمون المادة: 46 أسرة احترم من قبل القاضي الداخلي .

2-في حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبني يسمح بالتبني في حين قانون جنسية طالب التبني لا يسمح له بذلك، فان القاضي الجزائري لا محال برفض الإذن بالتبني.

4- في حالة كلا القانونيين أي قانون جنسية الأطراف يسمح بالتبني فان القاضي الجزائري ملزما بإبرام و الإذن بالتبني.

وعليه يستنتج انه ما دامت المادة: 13 مكرر 01 تعتبر من قواعد الإسناد التي تلزم القاضي الداخلي عندما تكون إطراف أجنبية بالبحث عما إذا كانت القوانين الداخلية الأجنبية تسمح أو لا تسمح بالتبني، وانه مادامت المادة: 46 أسرة تمنع التبني فان هذا المنع يحترم من طرف القاضي الجزائري لكون المنع في هذه المادة منصب على الجزائريين ولا يمتد إلى غير الجزائريين طبقا لقواعد الإسناد السالفة الذكر في المادة: 13مكرر 01

الفرع الثاني: القانون المصري

توسع مفهوم تبني الأطفال الأيتام في مصر وكفالتهم، بحيث يمكن لكل فتاة لم تتزوج أو المطلقة أو الأرملة أن تحتضن طفلًا، فلم يعد الأمر مقصورًا على الأزواج الذين لم يرزقوا بأطفال هذا الوضع ينسب الى المصريين الغير المسلمين لكن من جهة أخرى أي المصريين المسلمين فقد حرمت شريعتهم هذا الوضع واعتبرته مخالف لشريعتهم.

في هذا الفرع سنتكلم حول وضع التبني وقوانينه بالنسبة للمصريين الغير المسلمين والمسلمين.

1-المصريين الغير المسلمين: يقصد بمفهوم المصريين الغير المسلمين هنا النصارى واليهود فقط دون غيرهم، وبعض هذه الطوائف تجيز التبني، وبعضها لا يعرف نظام التبني. [1]

ومن بين الطوائف التي تجيز هذا النظام تخضع أيضا لشروط التي يحددها قانون 426 لسنة 1955 ومن بين هذه الشروط نجد:

- أن تكون للخصوم وقت صدور هذا القانون جهات قضائية منتظمة
- عدم تعارض حكم شريعة المتخاصمين من غير المسلمين مع النظام العام في مصر
- اتحاد الخصوم في الملة والطائفة. [2]

يوجد إتجاه فقهي مخالفة نظام التبني للنظام العام حيث يقوم هذا الاتجاه على عدة أسانيد من بينها:

- في الحقيقة لا يجوز قيام أي علاقة بين المصريين لأن نظام التبني لا وجود له نصوص في القانون المصري، إذ لا يكفي لقيام علاقة التبني اتفاق الأطراف على انشائه فقط بل لاب أن يعترف به القانون.

[1] - يحي احمد زكريا الشامي، المرجع السابق، ص 64

2-خليفة جاب الله، المرجع السابق، ص 38

– إن نظام التبني هو نظام قانوني يخرج من دائرة الأحوال الشخصية ويدخل ضمن حيز ومسائل الحالة التي وضع المشرع المصري ووضع لها تنظيما خاصا يخضع له جميع المصريين سواء الفئة المسلمة أو الغير المسلمة.

– يعتبر التبني نظام مخالف للشريعة العامة وكذا أحكام الشريعة الإسلامية، ومخالفته للشريعة الإسلامية يمنع وجوده في القانون المصري.

إن محكمة النقض المصرية بأن التبني في الشريعة الإسلامية حرام وباطل ولايرتب عليه أثر أو حكم شرعي. [1]

2–المصريين المسلمين: لقد اتفق المشرع المصري على تحريم التبني تحريما قاطعا في حق المسلمين المصريين. لذا نصت قوانين وأحكام صريحة الذي تؤدي الى عدم جواز التبني وذلك في نص المادة 354 من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية والمادة الثانية من دستور 1971 بعد التعديل الذي تم في 22 ماي 1980 وكذلك المادة 04 من قانون الطفل المصري وسنفصل محتوى كل مادة كالتالي:

[1] – يحي أحمد زكريا الشامي، المرجع السابق، ص 64

* بالنسبة للمادة 354 من كتاب الأحكام الشخصية تنص: الدعي ليس ابنا حقيقيا، فمن تبنى ولدا معروف النسب فلا يلزمه نفقته و لا أجرة حضانته، ولا تحرم عليه مطلقته ويتصاهران ولا يتوارثان.

نأتي للمادة الثانية من دستور 1971 بعد التعديل الذي تم في 22 ماي 1980 التي تنص على: " الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ".

أما المادة 04 من قانون الطفل المصري فتنص على أن: " للطفل الحق في نسبه الى والديه الشرعيين والتمتع برعايتها. وله الحق في إثبات نسبه الشرعي اليهما بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة. وعلى الوالدين أن يوفرا الرعاية والحماية الضرورية للطفل وعلى الدولة أن توفر رعاية بديلة لكل طفل حرم من رعاية أسرته ويحظر التبني ".

نستخلص من هذه المواد أن التشريع المصري قائم على أحكام الشريعة الاسلامية والتي في حد ذاتها تحرم ظاهرة التبني، مما يعني أنها ابطلت هذه الظاهرة وكذلك أبطلت أي قانون أو نص يبيح ظاهرة التبني بالنسبة للمصريين المسلمين.

الفرع الثالث: القانون المغربي

بما أن معظم الدول العربية والإسلامية تنظر الى ظاهرة التبني كمخالف لشريعتهم وكذلك حتى قوانينهم لذا القانون المغربي ساير هذه القوانين، ولعل الحكمة في تحريم التبني في الشريعة الإسلامية والقانون المغربي ومنعه منعا باتا تعود إلى أمرين أساسين:

أ-إن مرتكبه يعمل على إفساد الأنساب واختلاطها بدلا مما أمر الله به من حفظ الأنساب وصيانتها.

ب-إن مرتكبه يعمل على انتزاع الحقوق من أهلها وتمكين الغير منها دون حق، لأنه يجعل ولد الغير ولدا للصلب، وبذلك يصبح غير المحارم من زوجة المتبني وأولاده الأصليين وقرابته الأقربين محارم لمن تبناه، وهو في الحقيقة أجنبي عنهم يحل لهم منه ما يحل منهم لغيره، ويصبح الولد المتبنى شريكا لهم في الإرث دون أن يكون له أدنى حق فيه، إلى غير ذلك من التعقيدات والمضاعفات التي تغير طابع الأسرة المسلمة وتفسد نظامها من الأساس.

2- أما عن أمر التدابير الشرعية والقانونية لحماية اللقيط وحفظ حقوقه، فإن الإسلام إذا كان قد أقفل باب التبني ولم يأذن به، لما يترتب عليه من مفاسد ومضار، فإنه فتح باب الإحسان في وجه من يريد الإحسان لأطفال المسلمين ولو كانوا مجهولي الآباء متى تعرض المجتمع الإسلامي لآفات اجتماعية أو كوارث طبيعية، وذلك بتربيتهم وتعليمهم والعناية والأخذ

بأيديهم في المراحل الأولى من حياتهم، وتلك هي الكفالة التي رغب فيها الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله: «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا»، **وأشار بالسبابة والوسطى** وفرج بينهما شيئا. [1]

ثم بتخصيص الهبات والوصايا لصالحهم عندما يبلغ أحدهم أشده، وهذا ما جعل الفقهاء يقررون قاعدة عظيمة في مجال الرعاية الاجتماعية للقطاء، فقالوا: "**لا يتبع اللقيط بما أنفق عليه.** [2]

ومعنى القاعدة أن "**من التقط لقيطا فأنفق عليه فهو متطوع، وإن أراد أن ينفق عليه ويتبعه به فليس ذلك له إما أن ينفق عليه محتسبا وإما تركه، ... لأنه فقير من فقراء المسلمين تلزم الكافة إعانته**".

وهذه التدابير الشرعية لحفظ حقوق اللقيط قد أكدت عليها مدونة الأسرة المغربية كذلك، حفظا لحقوق هذه الفئة وحماية لها من الضياع، وذلك لما نصت في إحدى موادها على أن "**تبني الجزاء أو التنزيل منزلة الولد لا يثبت به النسب وتجري عليه أحكام الوصية**".

[1] – المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق ودراستها حميش عبد الحق، 1999، دار الفكر، بيروت، ج 02، ص 1292

2– المادة 149 من مدونة الاسرة

وبهذه الطريقة يتم إدماج هؤلاء في المجتمع بصورة مشروعة فيها نفع لهم من جهة، وليس فيها ضرر على الأسرة المسلمة ولا اعتداء على حقوقها الشرعية والقانونية من جهة أخرى.

المبحث الثاني: موقف القوانين الأجنبية من التبني

إن نظام التبني له جذور في الأنظمة القديمة، إذ عرفه العرب في الجاهلية وكذا الأمر بالنسبة للشعوب الرومانية واليونانية، وعلى الرغم من تأثير البعثة المحمدية في صدر الإسلام وتحريم التبني تحريما أبديا وشاملا على كل أنحاء المعمورة دون تمييز ، إلا أن الكثير من الدول الغربية المعاصرة على غرار بولونيا وفرنسا ما زالت تتبناه وقننت أحكامه وأخذت موقفا موحدا إزاء هذا النظام في تشريعاتها الداخلية، وأبعد من ذلك نظمت أحكامه في عدة اتفاقيات دولية سيما منها المتعلقة بحقوق الطفل.

لذا سوف نقوم بدراسة بعض القوانين الغربية الذي سايرت نظام التبني ونبين كل دولة طريقة المعاملة مع هذا النظام.

المطلب الأول: القوانين المساندة للتبني

ان نظام التبني قد اكتسب تأييدا وأهمية بالغة من بعض الدول الغربية، كما نادى به ورحبت به العديد من الشعوب الأجنبية على غرار الدول الأوروبية وكذلك الأمريكية وغيرها من الشعوب الغربية التي تبنت هذا النظام واللذين مارسوا ضغوطات على حكوماتهم لسن قوانين

تسمح بممارسة هذا النظام، إذ حسب رأيهم يعد حماية حقوق وحريات الطفل، لذلك لتمتع بالدفيء والشعور العائلي الذي فقده في حياته الطفولية.

في هذا المطلب سنتكلم على بعض الدول التي أخدت نظام التبني وعملت به في تشريعاتها ومن بي هذه الدول نجد القانون الفرنسي والقانون الأمريكي (الولايات المتحدة الأمريكية) والقانون البولندي.

الفرع الأول: القانون الفرنسي

لم يتعرض القانون الفرنسي القديم إلى نظام التبني لأنه كان متأثرا بالكنيسة التي كانت هي التي تقوم بتنظيم هذا النوع من المواضيع، وهذا راجع لعدة اعتبارات من شأنها ألا يكون للقانون دخل فيها، ومن بينها أن الديانة المسيحية كانت تعتبر أن النسب لا يمكن أن يكون إلا عن طريق الزواج.

وفي سنة 1804 أي في سنة التي تم وضع القانون الحديث والجديد لفرنسا، تم بموجب هذا القانون اقرار نظام التبني وتم وضع له شروط صارمة لتنظيمه، ومن بين المتحمسين لهذا الاقرار هو الامبراطور الفرنسي نابليون بونابرت، حيث تم بموجبه اعتماد ما يسمى بالتبني البسيط والذي يشبه الكفالة في حد ذاتها ومن حيث الآثار.[1]

[1] – تواتي صباح، دوافع الاسرة الجزائرية للإقبال على الكفالة – دراسة ميدانية–، دار حضانة النخيل (الابيار)، رسالة ماجيستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية، قسم علم الاجتماع، 2000–2001 ص 24

لكن نتيجة هذا القانون كان عكس ما توقعه نابليون، حيث أصبح نظام التبني أداة لنقل الثروة والاسم دون أن يخلق نظام جديد في النسب، لهذا رحب هذا النظام من طرف افراد المجتمع الفرنسي وتم ايجاد صيغة اخرى تمخض عنها عند صدور قانون 11 جويلية1966 وخصص للتبني من المادة 343 الى 359 من القانون المدني الفرنسي، والتي أضيف اليه نظام جديد في التبني وهو التبني التام وذلك الى جانب نظام التبني البسيط.

هذا وقد تدخل المشرع الفرنسي بموجب عدة قوانين بتاريخ 1976/12/22 والقانون المؤرخ في:1993/01/08، وكذا القوانين الحديثة المؤرخة في: 1996/07/05 2002/02/06 وأخيرا في: 2005/07/04 لتوفير الوسط العائلي والعاطفي لليتامى أو المتخلي عنهم ولتحقيق رغبة عدة أزواج بدون أطفال في تبني هؤلاء. [1]

وبهذا الصدد لقد نظم التشريع الفرنسي التبني وقسمه الى نوعين وهما التبني البسيط والتبني التام وهما كالتالي:

1-التبني البسيط: طبقا للمادة 360 من القانون المدني الفرنسي فهذا النوع لا يعتبر السن شرط اساسي أي لا حاجة لها به ولا يؤخذ بعين الاعتبار، كما أن هذا النوع من التبني

[1] – العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 420

يعطي كل الحقوق الأبوية والطفل يبقى على اتصال بعائلته الأصلية، كما يحتفظ بحقوق حتى فيما يخص الارث وذلك طبقا للمادة 364 من القانون المدني الفرنسي.

ان الطفل المتبني بالتبني البسيط له حقوق وواجبات على كلتا العائلتين، لكن هناك أمر اذا كان يحمل اسم عائلته التي قامت بتبنيه لا يمكن له أخذ جنسيتهم تلقائيا، ويمكن أن يحرم من الميراث أيضا، لكن بالمقابل يمكنه الحصول عليها علنيا عند بلوغه سن الرشد، وهذا حسب نص المواد (12 الى 21 من القانون المدني الفرنسي) كما لا يحصل على اسم المتبنى على كامل حقوقه وذلك في نص المادة 363 من القانون المدني الفرنسي.

بعد تكلمنا على بعض الشروط لنظام التبني البسيط هناك ايضا بعض الشروط الذي خضع لها المشرع الفرنسي ونظم لها شروط وجب احترامها لصالح الطرفين بالنسبة للشخص المتبنى والطفل أو الشخص المتبني ومن بين هذه الأمور حيث يمكن سحب التبني البسيط في حالة مخالفة أحد الشروط المنصوص عليها في القانون أو لأسباب خطيرة ويكون ذلك بطلب من المتبني اومن طرف المتبنى فرنسي الجنسية، وذلك حتى بلوغه سن الرشد أن يعلن الجنسية الفرنسية إذا كان في تلك الفترة يقطن بفرنسا.

ومن بين الشروط أيضا الذي حددها المشرع الفرنسي هي اكتساب الجنسية للطفل المتبني وهي:

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

- احتضن في فرنسا وتلقى حينئذ تكوينا فرنسيا لمدة 5 سنوات عمى الأقل إما عن طريق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة يحمل الخصائص المحدد من طرف مجلس الدولة. [1]

2–التبني التام: وهو التغيير الكلي والكامل للنسب، ويكون للمتبني في أسرته المتبينة نفس الحقوق والالتزامات التي يحصل عليها الابن الشرعي من أسرته الأصلية، بالإضافة إلى ذلك نجد أن التبني التام (الكامل) له عدة مزايا ينفرد بها على التبني البسيط، وهذا بالنسبة للطفل والأسرة حيث نجده يقطع كافة الروابط التي يتصل بها الطفل مع أسرته الأصلية ويتم دمجه مباشرة مع الأسرة المتبينة وتكون له نفس الحقوق والواجبات التي تعطى للولد الشرعي من نسب ونفقة وميراث وغيرها. [2]

أما بخصوص إلغاء التبني فإنه وارد في التبني البسيط ويتم ذلك بطلب سواء من المتبني أو المتبنى(الطفل) ولا سيما ذلك إذا كان المتبنى عمره 11 سنة عكس التبني التام

[1]– تواتي صباح، المرجع السابق، ص 24

2–المادة 356 الفقرة 01، (والمادة 161 164) من القانون المدني الفرنسي

الذي لا يمكن إلغاءه لأن الأسرة المتبينة بموجب هذا النوع أعطت للطفل المتبنى اسمها الكامل ومعها السلطة الأبوية. [1]

الفرع الثاني: القانون الأمريكي (الولايات المتحدة الامريكية)

في الولايات المتحدة الأمريكية ظاهرة التبني هو عملية إنشاء علاقة قانونية بين الوالدين والطفل بين طفل ووالد لم يتم التعرف عليه تلقائيًا كوالد الطفل عند الولادة.

معظم عمليات التبني في الولايات المتحدة هي عمليات تبني بواسطة خطوة الأم وهذا النوع الأول، أما النوع الثاني الأكثر شيوعًا هو ملف التبني .في هذه الحالات، يكون الطفل غير قادر على العيش مع الأسرة المولودة، وتشرف الحكومة على رعاية وتبني الطفل

أن التبني الدولي تتضمن تبني طفل ولد خارج الولايات المتحدة. أما التبني الخاص هو تبني تم ترتيبه بشكل مستقل دون مشاركة وكالة حكومية.

تم تبني حوالي مليوني أمريكي. يحدث حوالي 150.000 عملية تبني كل عام، بما في ذلك حوالي 50000 عملية تبنّي للتبني.

[1] – تواتي صباح، المرجع السابق، ص 24

في الولايات المتحدة الأمريكية، تتضمن معظم عمليات التبني طفلًا يتم تبنيه من قبل شخص متزوج من والديه أو من قبل قريب آخر موجود ويسمى التبني من قبل زوجة الأب أو زوج الأم فبالنسبة ل تبني زوج الأم إذا تم تبني الطفل من قبل شخص يعيش مع أحد الوالدين، ولكنه غير متزوج، فإنه يسمى تبني الوالدين ويكون على نطاق أوسع

كما يمكن استدعاء هذه التبني المعروف للأطفال والتي تشمل التبني من قبل أفراد الأسرة أو الأصدقاء أو غيرهم من الأشخاص المعروفين للطفل سابقًا.

بشكل عام ، يتطلب تبني الزوج أو الزوجة للطفل المتبني موافقة من جميع الآباء الأحياء المعترف بهم قانونًا حيث تؤدي هذه العملية عادةً إلى إنهاء حقوق الوالد غير الحاضن الوالد الذي تم إنهاء حقوقه لن يحتاج إلى الدفع بعد الآن دعم للطفل أو أي مسؤوليات أخرى تجاه الطفل المتبنى في معظم الأوقات ، ولكن ليس كل الولايات الأمريكية.

يكون حق الطفل في ترث الممتلكات بعد وفاة الوالد المولود أيضًا، كما يُتوقع عادةً من الأطفال الأكبر سنًا إعطاء موافقتهم أيضًا. [1]

[1] – موقع ويكيبيديا ، سا 16.38
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D8%A8%D9%86%D9%8A_%D8%AF%D9%88%D9%84%D9%8A

الفرع الثالث: القانون البولندي

لقد تبنت بولونيا كغيرها من الدول الغربية نظام التبني وقننت أحكامه في تشريعاتها الداخلية متماشية مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها والمتعلقة بحقوق الطفل كما وردت أحكام التبني في قانونها الداخلي.

ويرتب قانون دعم الأسرة وممارسة التبني وقانون الرفاه الاجتماعي هذه القيم حسب أولويتها ويحدد تتابعاً معيناً في التدابير التي يجب اتخاذها صوناً لحق الطفل في أن يتربى في كنف أسرته. وأهم تلك التدابير على الإطلاق دعم الأسر البيولوجية وتقديم المساعدة في وقت لاحق للطفل الذي لا يمكنه البقاء في كنف أسرته.

وينظم قانون الأسرة والحضانة بصيغته المعدلة في عام 2008 اتصال الطفل بوالديه من أجل تيسير تلك الاتصالات. وينص القانون على أن بقاء الشخص على اتصال بطفله واجب وحق من حقوق الطفل ينبع من الفقرة 3 من المادة 9 ومن المادة 10 من اتفاقية حقوق الطفل. ويتماشى التعديل كذلك مع اتفاقية مجلس أوروبا بشأن الاتصال بالطفل.

المطلب الثاني: شروط التبني في القانون الأجنبي

بعدما ذكرنا نظام التبني في الدول الاجنبية التي سايرته وأخذت به كالقانون الفرنسي والقانون الأمريكي (الولايات المتحدة الأمريكية) والقانون البولندي، سنحدد في هذا المطلب الشروط الذي يتماشى عليها هذا النظام وسندرس كل دولة وشروط التبني فيها.

الفرع الأول: القانون الفرنسي

نظم المشرع الفرنسي ووضع شروط لهذا النظام ومن بين هذه الشروط هي كالتالي:

- أن تكوف هناك أسباب معقولة تدفع إلى التبني، وتقدير هذه الأسباب متروك للمحكمة.
- ضرورة وجود فارق في السن بين طالب التبني والمتبنى إذ يشترط ألا يقل عمره عن 15سنة.
- ضرورة موافقة الزوج الأخر إذا كانت الرابطة الزوجية قائمة.
- ضرورة موافقة الولي الشرعي للمتبني.
- ضرورة وجود مصلحة وفائدة للمتبني.
- عد. وجود خلف شرعي للمتبني يوم التبني.
- أوجب القانون الفرنسي شرط السن في طالب التبني كحد أدنى إذ يجب ألا يقل سنه عن 35عاما.

– ليس لطالب تبني طفل دون السادسة عشر من عمره أن يتبناه إلا إذا كفله مدة ستة أشهر على الأقل قبل بدء إجراءات التبني ويقتضي إتمام التبني بعض الإجراءات الشكلية. [1]

هذه هي بعض الشروط الذي حددها المشرع الفرنسي في قوانينه.

الفرع الثاني: القانون الأمريكي (الولايات المتحدة الأمريكية)

- يجب أن يكون الطفل مؤهلًا
- يجب أن يكون عمر الطفل أقل من 21 عام

- يجب أن يكون الطفل إما من بلد ضمن اتفاقية لاهاي أو بلد غير تابعة لاتفاقية لاهاي
- يجب أن يكون الوالد الأمريكي مستعدًا لتبني طفل ويجب على المواطن الأمريكي أن يخطط لإحضار الطفل إلى الولايات المتحدة للإقامة معه
- يجب أن يكون لدى المواطن الأمريكي عنوان صالح في الولايات المتحدة
- يجب أن يكون عمر مقدمي الطلبات ثمانية عشرة عاما أو أكبر
- يجوز أن يكون مقدم طلب التبني ً . إذا كان مقدمو الطلبات ً أعزب أو متزوجا شخصا متزوجين

[1] – محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 62

الفرع الثالث: القانون البولندي

نظم المشرع البولندي نظام التبني في قوانينه وذلك وفق شروط وجب احترامها ومن بين هذه الشروط هي:

-يجب أن يكون الطفل قاصرا.

-يجب أن تتوفر في راغب التبني الأهلية القانونية.

-ضرورة موافقة الزوجين الصريحة في عقد التبني إذ تعتبر موافقة الطرف الآخر شرط ضروري لتبني الولد القاصر إذا كان للمتبنى أبوين على قيد الحياة فإن موافقة الولي شرط ضروري إلا إذا كان مجهول الأبوين.

-يجب أن يكون الطفل قاصر بلغ شهرين أو أكثر منذ ولادته.

-تصبح العلاقة بين المتبني و المتبنى بمثابة علاقة الإباء لأبنائهم الصلبين.

-يترتب على التبني كل الحقوق و الواجبات المتبادلة المعمول بها في العلاقة الأبوية والأسرية الأصلية.

-تنتهي الصلة و العلاقة بأسرة المتبنى الأصلية بما فيه جميع الحقوق والالتزامات المألوفة

-يصبح المتبنى يحمل الاسم لعائلي للمتبني بمثابة الابن الشرعي.

الخـــــاتـــــمـــــة

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

– أن عملية التبني هي تحريف وتزييف للحقيقة، والشريعة الإسلامية لا تقر بالتبني وتحرمه صراحة، لأن الحكمة من تحريمه الحفاظ على الأنساب ومنع اختلاطهم وكذلك منع التعدي على تركة الغير.

– إن المشرع الجزائري قد سلك أحسن الطرق من خلال منع نظام التبني وأخذ بحكم الشريعة الإسلامية وذلك في المادة 46 من قانون الأسرة.

– كذلك المشرع المصري تبنى كذلك حكم الشريعة الإسلامية في تحريمه للتبني، وكان ذلك بالنسبة للمصريين المسلمين السالكين طريق الشريعة الاسلامية.

– بالمقابل هناك دول سبق أن أشرنا إليها كفرنسا وتونس أخذتا بنظام التبني وجعلت له شروط ورتبت عليه آثار.

وخلافا لهذا النظام، وضعت الكفالة كحل أمثل لحماية هؤلاء الضحايا الأبرياء المحرومين، فالكفالة بهذه الصورة تعتبر بديلا جائزا وملائما شرعا وقانونا من التبني، رغم أن الشريعة

الإسلامية لم تنص صراحة على الكفالة، وذلك لقوله تعالى "وكفلها زكريا "أي أنه قام برعايتها والعناية بها وتربيتها.

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

وبالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم -92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بمنح اللقب للمكفول أي أنه يسمح للأسرة الكفيلة أن تمنح للطفل لقبها العائلي، فمن خلاله ينشأ الطفل بصورة عادية وطبيعية ويوفر الحماية له داخل المجتمع بشرط مراعاة مبادئ الشريعة الاسلامية لاسيما عدم اختلاط الانساب وعدم المساس بحقوق الغير.

وكذلك بموجب هذا المرسوم أراد المشرع أن ينظم وضعية الأولاد المجهولين النسب بموجب قواعد شكلية أخرى موضوعية حتى يضمن لهم حياة مستقرة داخل العائلة المتكفلة بهم خاصة، وداخل المجتمع بصفة عامة وذلك بتغيير لقبهم وتنسيبهم للكافل.

فهدفه الوحيد هو حماية هؤلاء الأبرياء ودمجهم في المجتمع وحمايتهم من الانحراف، لأن قلة مراكز الحماية تجعل هؤلاء عرضة للانحراف وللإجرام لأن مجتمعنا ينظر ا ليهم نظرة عدوانية رغم عدم ارتكابهم أي ذنب.

وفي الأخير نرى أن المشرعان الجزائري والمصري بتبنيهما موقف الشريعة الاسلامية في مسألة تحريم التبني، قد سلكا الطريق الصحيح من أجل استقرار الأسرة والمجتمع.

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المصادر والمراجع

I. المصادر:

1- القرآن

2- السنة النبوية

3-ابن كثير إسماعيل القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء 03، المكتبة التوفيقية

4-البخاري محمد بن إسماعيل، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مطبوع مع شرحه، 1996، بيروت، دار الفكر العربي

5-الامام الحافظ ابي الحسين مسلم بن الحاج القشري النسانوري، صحيح مسلم، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، 1998

6-اخرجه مسلم والترمذي عن طريق موسى بن عقبة (أخرجه البخاري في صحيحه، مكتبة الايمان، كتاب التفسير

7-ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الحدود، حديث رقم 2599، المكتبة العلمية، بيروت، جزء 8

8-محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب ان يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس

II- القوانين والمراسيم :

1-الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005

2-الأمر رق 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

3-الأمر 84/11 المؤرخ في 09/ جوان /1984 المتعلق بقانون الأسرة المعدل والمتمم

4-القانون رقم 58/27 المؤرخ في4 مارس1958، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي

5-القانون رقم 1179/76 المؤرخ في 1976/12/22 من القانون المدني الفرنسي

III- المراجع باللغة العربية :

1. الكتب

- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء1 الزواج والطلاق، الطبعة 4 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005

1-علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، قاموس المصطلحات وتعريفات علم الفقه واللغة والفلسفة والمنطق والتصوف والنحو والصرف والعروض والبلاغة، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، مصر ،2004،

2- جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الطبعة الثانية، دار صادر، بيروت، مجلد 14

3-ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 1992

4-عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، جزء 02 (الطلاق وآثاره)، طبعة 08، منشورات جامعة دمشق، 200-2001، ص 192

5-يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، طبعة 20، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1984، ص 186

6-محمد مصطفى شلبي، احكام الاسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، طبعة 04، الدار الجامعية، بيروت، 1983

7-تشورا جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والادارية، العدد 04، سنة 2006

8-دليلة فركوس، تاريخ النظم، الجزء 1، مطبعة الأطلس للنشر، 1993

9-محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة سلسلة دروس العلوم القانونية، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992

10-د. فواز اسماعيل محمد، مجلة كلية العلوم الاسلامية، العدد الثالث عشر، جامعة الموصل،2013

11-شادية الصادق الحسن، حكم التبني في الاسلام، العدد الرابع، دورية العلوم والمباحث الاسلامية، فبراير 2012

12-يحي أحمد زكريا الشامي، التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009

13-محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الطبعة2 ، أطلس للنشر، الجزائر،1993

14-المستدرك، للحاكم النيسابوري. دراسة وتحقيق؛ مصطفى عبد القادر عطا. رقم؛ 2814. دار الكتب العلمية، دون ذكر الطبعة والتاريخ. ج/ 2. ص/ 220-221. قال الحاكم؛ "صحيح على شرط مسلم

15-روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن، للشيخ محمد علي الصابوني. ط/ 1. 1416هـ/ 1996م. دار الفكر-بيروت. ج/ 2.

16-عمر ابن محمد السبيل، احكام الطفل اللقيط، دراسة فقهية مقارنة، ط 1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض،2005

17-عمر ابن محمد السبيل، احكام الطفل اللقيط، دراسة فقهية مقارنة، ط 1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض،2005

18- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته للأحوال الشخصية، الجزء 07، دار الفكر، سوريا، 1985

19-عبد الله بن ناصر بن عبد الله السرحان، كفالة اليتيم، السعودية، 2000

20- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الاسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 04، س 2014

21- حلمي محمد الحجار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، الجزء 01، ط 05، سنة 2002

22- د. سامي بديع منصور و د. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط 03، منشورات الحقوقية، 2009

23-المجلة القضائية، للعدد الخاص 2001

24- المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق ودراستها حميش عبد الحق، 1999، دار الفكر، بيروت، ج 02

IV- المذكرات والرسائل الجامعية :

1-خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، مذكرة نيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة

2-طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة نيل الشهادة العليا للقضاء،2004/2003

3-تواتي صباح، دوافع الاسرة الجزائرية للإقبال على الكفالة – دراسة ميدانية-، دار حضانة النخيل (الابيار)، رسالة ماجيستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية، قسم علم الاجتماع، 2000-2001

V- مواقع الانترنيت :

1- https://www.al-qaradawi.net

2-https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D8%A8%D9%86%D9%8A_%D8%AF%D9%88%D9%84%D9%8A

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

مقدمة 01

الفصل الأول: التبني في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: موقف الشريعة من التبني.....05

المطلب الأول: حكم الشريعة من التبني.....07

الفرع الأول: تعريف التبني.....07

أولا: لغة.....07

ثانيا: اصطلاحا.....07

الفرع الثاني: خصائص التبني.....07

المطلب الثاني: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له.....09

الفرع الأول: التبني والإقرار بالنسب.....09

الفرع الثاني: التبني والحضانة.....11

الفرع الثالث: التبني والبنوة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي.....12

المبحث الثاني: التبني في الشريعة الإسلامية.....13

المطلب الأول: حكم الشريعة من التبني.....14

الفرع الأول: القرآن.....14

الفرع الثاني: السنة النبوية.....16

الفرع الثالث: الفقه.....17

فهرس الموضوعات

المطلب الثاني: الحكمة من تحريم التبني.....18
الفرع الأول: الاعتداء على الأنساب.....18
الفرع الثاني: انتهاك الحرمات.....19
المطلب الثالث: بدائل التبني في الشريعة الإسلامية.....20
الفرع الأول: كفالة اليتيم.....21
الفرع الثاني: الهبة.....22
الفرع الثالث: الوصية.....22
الفصل الثاني: التبني في القوانين الوضعية
المبحث الأول: موقف القوانين العربية من التبني.....25
المطلب الأول: القوانين المساندة للتبني.....25
الفرع الأول: القانون التونسي.....25
الفرع الثاني: القانون اللبناني.....27
المطلب الثاني: القوانين الغير المساندة للتبني.....28
الفرع الأول: القانون الجزائري.....28
الفرع الثاني: القانون المصري.....31
أولا: المصريين الغير المسلمين.....31
ثانيا: المصريين المسلمين.....32
الفرع الثالث: القانون المغربي.....33
المبحث الثاني: موقف القوانين الأجنبية من التبني.....34
المطلب الأول: القوانين المساندة للتبني.....34
الفرع الأول: القانون الفرنسي.....35

فهرس الموضوعات

أولا: التبني البسيط.....36

ثانيا: التبني التام.....37

الفرع الثاني: القانون الأمريكي.....37

الفرع الثالث: القانون البولندي.....38

المطلب الثاني: شروط التبني في القانون الأجنبي.....39

الفرع الأول: القانون الفرنسي.....39

الفرع الثاني: القانون الأمريكي.....39

الفرع الثالث: القانون البولندي.....40

خاتمة.....41

قائمة المصادر والمراجع.....44

الفهرس.....49

الملخص

التبني نظام قديم عرفته كل المجتمعات ومنها العربية في زمن الجاهلية، ويتميز بإلحاق النسب المتبني القاصر بنسب المتبني واعتباره ابنا شرعيا ويأخذ منزلة هذا الأخير، كما أنه يؤثر في الميراث لذلك تم تحريمه في الكتاب والسنة وكذا في الفقه والإجماع لما يحدث من خلط الأنساب وانتهاك الحرمات.

وأخذ بهذا التحريم القوانين الغير المتبنية لهذا النظام على غرار القوانين العربية كالجزائر وذلك في نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري وكذا القانون المغربي والمصري، فإذا كانت الشريعة الإسلامية أغلقت باب التبني ففتحت باب يحمي هذه الفئة وهو نظام الكفالة.

نرى أيضا من جهة بعض الدول اخدت بنظام التبني ووضعت له شروط لتنظيمه منها العربية كتونس ولبنان والأجنبية كفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وبولندا.