جامعـة قاصـدي مرباح– ورقلــة –

كلية الحقوق والعلوم سياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الشعبة: حقوق

التخصص: قانون العلاقات الخاصة الدولية

من إعداد الطالبة: خولة بوخلخال

بعنوان:

# التبني في القانون الدولي الخاص

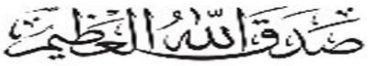
نوقشت و أجيزت بتاريخ:2017/05/22

أمام اللجنة المكونة من السادة:

| | | | |
|---|---|---|---|
| الدكتور : نور الدين زرقــون | أستاذ محاضر "أ" | جامعة قاصدي مرباح ورقلة | رئيســا |
| الدكتور : محمد الأخضر كرام | أستاذ محاضر "أ" | جامعة قاصدي مرباح ورقلة | مشرفـا |
| الأستاذ : حسـان طوايبيـــة | أستاذ مساعد "أ" | جامعة قاصدي مرباح ورقلة | مناقشـا |

السنة الجامعية: 2017/2016

" وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ "



**وقال عليه الصلاة و السلام :**

**"من ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا".**

**رواه أبو داود.**

# إهداء

إلى الوالدين الكريمين: اللذان قال فيهما سبحانه وتعالى: "وقل رب ارحمهما كما رباني صغير" صدق الله العظيم.

إلى منبع الحنان و المودة رمز العطاء و التضحية أمي الغالية...فاطمة...

إلى من علمني معنى الثقة ، و الصمود لكل عواقب الحياة و كان سندا لي فيها أبي العزيز...لخضر...

إلى كل إخوتي خاصة خاصة "**محمـــــــــــــــــد**" وأخواتي رزيقة وفائزة وسارة و هاجر وحاجة و حليمة و كل أبناء إخواني فردا فردا كبيرا و صغيرا و أصدقائي الكل باسمه أخص بالذكر غرفة B39 و A47 ...

و إلى كل من كان لي عونا و سندا أهدي ثمرة جهدي.

# شكر وعرفان

أتقدم أولا بالحمد و الشكر للعزيز الجبار الذي و فقني لانجاز هذا البحث

كما أتقدم بخالص الشكر لأستاذي الفاضل "**كرام محمد الأخضر**" ، الذي تفضل بالإشراف على مذكرتي.

والذي أمدني الكثير من وقته الثمين و توجيهاته العلمية الدقيقة و ملاحظته العميقة،

فله مني التقدير و الاحترام و لكل الأساتذة المناقشين ، وإلى كل عمال المكتبة كلية الحقوق،

وإلى كل من شارك من بعيد أو قريب في إنجاز هده المذكرة الشكر و العرفان.

# مقدمـــــــــــــــة

# مقدمـــــــــــــة:

إن ظاهرة التبني ليست جديدة فهي تنتشر خصوصا في بلاد الغرب، ومع التطور الذي لاحظه العالم الإنساني، وأثر تأثيرا مباشر على خلية المجتمع أو ما يسمى بالأسرة التي تعد عمود المجتمع ففي فترة من الزمن كان طاغيا نظام الاستبداد و القوة و كانوا ملوك إن أعجبهم طفل يقومون بأخذه، ونسبته له ومنحه ضمانات كالإرث والاسم وكانت وضعية الطفل في تلك الفترة غير مستقيمة داخل الأسرة وهدا الوضع محل خلاف بين المجتمعات باختلاف مذاهبهم وملتهم حتى جاء الإسلام الذي ينظر إلى التبني بشئ من الحيطة باعتباره غير جائز في الشريعة الإسلامية و سلك هدا الطريق أغلب البلدان العربية و الإسلامية.

كما يعد التبني ظاهرة قديمة عرفت قبل الإسلام، واتي الإسلام ونهى عنها. إلا أن بعض الديانات أقرتها ورحبت بها، ولكن يبقى المفهوم العام للتبني: الوضع الاجتماعي والوضع النفسي، وواقع المتبنى والمتبني معاً، ويعتبر التبني بالمفهوم العام هو كل عائلة أخذت على عاتقها ولداً أو بنتاً أو الاثنين معاً بغاية تربيتهما تماماً كأبناء هذه العائلة، وأحيانا يلجأ إلى التبني من لا ينجب أطفالا، وقد يكون التبني حتى عند بعض العائلات التي لديها أطفال.

وباعتبار الأسرة عماد وقوام المجتمع فهي تحظى بعناية فائقة بدءا بالشريعة الإسلامية والتي تمنح لها الدعم وكدا التشريعات .و أعطت الشريعة الإسلامية اهتمام خاصا و أحاطته بآليات محكمة لضمان إثباته وجودا أو عدما، فشرع الإسلام الزواج وحببه وأعده الطريق الجائز لابتغاء النسل وتلبية الفطرة البشرية والسبل لإنجاب الدرية و تجاوبا مع النزعة الفطرية في حب الأولاد ، لأن الإنسان دائم الحرص على أن يكون له ابنا يحمل اسمه ويرث ماله.

وحتى لا يترك الزواج لأهواء الناس و غرائزهم و نزواتهم ضبط شروطه وفصل أحكامه ونظم أركانه فجعله عقدا حتى لا يقطع الطريق أمام التلاعب بالأعراض فتنشأ الأبناء تحت سقف أسرة سوية تحيطهم بالحنان و الأمان .

فالأبناء هم نواة المجتمع فإن كان نشأتهم حسنة كانوا مؤثرين في المجتمع وإذا كانت عكس دلك أي نشوءهم في جو غير مستقر فإنه يكون الباعث للضياع والصياع.

إذ يعتبر التبني هو إ اتخاذ ابن أو بنت الآخرين بمثابة الابن أو البنت من النسب الصحيح أو الأصيل ، فهو أحد هذه العادات الشائعة ،إما لتجاوب مع النزعة الفطرية في حب الأولاد حال العقم أو اليأس من الإنجاب ، وإما لاستلطاف الولد أو للاستحسان ولد أو بنت الآخر ، فيجعل الولد متبنى مع العلم أنه ولد الأب الآخر الحقيقي و ليس ولد للمتبني في الحقيقة . وربما كان سبب التبني أو الباعث هو رعاية ولد لقيط أو مفقود أو مجهول النسب أو لا عائلة له ولا مربي له فيقوم بتبنيه حفاظا عليه من الضياع أو الموت أو الهلاك.

ونجد الشرع قد منع و حرم تحريما قطعيا كل نسب خارج إطار العلاقة الشرعية و تعد من أكبر المعاني يؤثم مرتكبها وتشدد عقوبتهم وما هدا إلا نظاما محكما لعدم انتشار الرذيلة وكدا أطفال مجهولي النسب ويصبحون بلا عائل

ومع تفشي ظاهرة الأولاد مجهولي النسب أو معلومي النسب و الدين تم ربما إنكارهم أو التخلي عنهم نظر لظروف اجتماعية كانت أو اقتصادية ، فوجد المجتمع نفسه أمام أطفال أبرياء لا ذنب لهم وإذ لا يمكن إنكارهم وإن فعل دلك فتعد جريمة بحقهم لدلك لابد له من توفير العناية والرعاية لهم وإيجاد السبل و الطرق لرد المشاكل التي تواجههم و صيانة حقوقهم الضائعة و تولي شؤونهم .

لكن التطور الحاصل في المجتمع الحديث أخذ منحى آخر لأجل صون وحماية ورعاية المصلحة الفضلى للطفل ،إذ ظهرت الاتفاقيات الدولية الراعية لحقوق الطفل في إطار حقوق الإنسان أين أكدت وأجبرت أشخاص المجتمع الدولي على إيجاد مؤسسات وأنظمة قانونية ترعى شؤون الطفل.

وظهرت بشأن دلك اتفاقية الدولية لحقوق الطفل سنة 1989 التي أكدت و أجبرت أشخاص المجتمع الدولي على إيجاد مؤسسات و أنظمة قانونية ترعى شؤون الطفل.

وهنا برز دور الشريعة الإسلامية في تقديم يد الإحسان لهده الفئة من الأطفال وعدم تعديها واصطدامها مع نظام التبني والذي يعد محرم نظرا لما فيه من مفاسد واختلاط الأنساب وطمس هويته وإدماجه في عائلة ليست عائلته الأصل والأمر الذي يوثر على مستقبلة. يقول سبحانه جل و على "ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ".[1]

[1] الآية،05 سورة الأحزاب

ولقد جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح العباد و دفع الرذيلة عنها وإذ لم يحرم الإسلام شيئا وحاجة الإنسان إليه إلا و جعل الله له بديل ، وإن دعت الفطرة الإنسانية إلى قضاء رغبته بالحرام أي بالزنا فترتب آثار وخيمة تؤثر بالسلب على المجتمع وتحرض في انتشار الفساد و جعل بدائله النكاح المحلل شرعا.

ويتضح لنا أنا التبني رغم تلبيته لحاجات الإنسان خاصة الفئة المحرومة من الأولاد نظرا لنتيجة ظروفها فله أيضا مفاسد سلبية وجعل له بديل عنه وهو الكفالة لتحقيق المقاصد المرجوة وتلبية رغبة الأفراد وأجازها القانون وحث عليها الشرع و المشرع الجزائري قد سلك أحسن طريق من خلال منع نظام التبني واخذ بحكم الشريعة الإسلامية.

وخلافا لهدا النظام و ضعت الكفالة كحل أمثل لحماية هؤلائي الضحايا، فالكفالة بهده الصورة تعتبر بديلا جائز وملائما شرعا عن نظام التبني و كدا انتقال رعاية الطفل إلى الدولة.

**أسباب اختيار الموضوع:**

وبما أن التبني يعتبر من الأنظمة التي أولت لها الشريعة والقانون اهتماما خاصا، فلقد وقع اختياري لهدا الموضوع نظر لأهمية العلمية و العملية و دلك لكون هده الدراسة تساهم في إزالة اللبس والكثير من الإبهام على هدا الموضوع ووقع **الاختيار للأسباب:**

التعرف على مدى تقارب و تباعد بين فقهاء القانون الدولي الخاص و القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بالتبني، وتوضيح مفهوم التبني من منظور الشريعة الإسلامية و تجنب المشاكل التي تقع نتيجة مخالفة أمر الشرع، وتوضيح معنى التبني في القانون و في حال تنازع بين القوانين و القانون الواجب التطبيق عليه .

التعرف على البدائل التي أوجدها الشرع و القانون كبديل عن التبني،وفك اللبس و توضيح معنى التبني و حكمه، و التأكد على رجحان و عدالة الإسلام في موقفه من التبني من خلال بحث حكم التبني من جهة و البدائل التي أباحها كبديل عن التبني من جهة أخرى. وكدا وجوب بيان الأحكام الصحيحة للتبني وفق منهج القرآن و السنة ، لتجنب المجتمع الإسلامي المشاكل التي قد تقع بسبب مخالفة الشرع من دلك.

**أهمية الموضوع:**

تكمن أهمية الموضوع من منظور القانون الدولي الخاص أن التبني يعتبر من بين الأنظمة التي وجدت من أجل رعاية الطفل وحسن تنشئته لاسيما الفئة المحرومة من الأبوة والأمومة لسبب ما.وتخلو عنهم لعدم قدرة الأبوين على رعاية و تربية و لدهم لظروف اجتماعية أجبرتهم على وضعه أو تسليمه إلى من يستطيع اجتماعيا و ماديا رعايته و التكفل به.

و كدا بيان طرق عده لحل مشكلة تربية الأطفال و رعاية شؤونهم منها الكفالة أو انتقال رعاية الطفل إلى الدولة .

**أهداف الدراسة:**

بيان مفهوم التبني وحقيقته وضرورة فهمه و تجنب مشاكل الإرث والنسب، والتعرف على التبني من منظور الشريعة الإسلامية وكدا أدلة تحريمه بالكتاب والسنة، والتعرف على موقف المشرع الجزائري من هدا النظام و كدا التشريعات وكدا توضيح كيفية التعامل الواقع القانوني في الجزائر مع نظام التبني ومعرفة القانون الواجب التطبيق على التبني و الكفالة في حال تنازع القوانين شأن التبني في القانون الدولي الخاص .

**المنهج المتبع:**

في هدا البحث اعتمدنا على المنهج التحليلي في طرح مفهوم التبني والكفالة وكدا الجوانب النظرية والواقعية للتبني بالإضافة إلى المنهج المقارن والذي يتم من خلاله عرض موقف فقهاء القانون الدولي الخاص والشريعة الإسلامية مع اختلاف موقف الدول الغربية في دلك.

**الإشكالية:**

لمعرفة محتوى هدا النظام وموقف القوانين المقارنة منه و القانون الواجب التطبيق عليه ارتأينا طرح الإشكالية التالية:

ما هو القانون الواجب التطبيق على التبني في القانون الدولي الخاص؟

**تقسيمات الدراسة:**

و للإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا بحثنا هدا إلى مقدمة و فصلين، حيث حددنا في المقدمة ، موضوع البحث و الدافع لاختياره و أهمية الدراسة والمنهج المتبع و الإشكالية المطروحة و تقسيمات البحث والإشكال أما بالنسبة للفصلين تطرقنا إليهم وفقا للخطة التالية:

الفصل الأول: الإطار القانوني للتبني في القانون الدولي الخاص و مقسم إلى مبحثين و تناولنا في المبحث الأول التبني بين الفقه و القوانين المقارنة و يتضمن مطلبين في المطلب الأول تعريف التبني و المطلب الثاني التبني من منظور الشريعة الإسلامية أما المبحث الثاني القواعد الناظمة للتبني في القانون الدولي الخاص الجزائري . المادة" 13"مكرر"1" و يحتوي على مطلبين ، المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاده. المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار التبني .

الفصل الثاني: واقع التعامل القانوني مع التبني في الجزائر، ويحتوي أيضا على مبحثين، المبحث الأول التبني والنظام العام، ويتضمن مطلبين، المطلب الأول أساس الدفع بالنظام العام والمطلب الثاني نطاق القانون الواجب التطبيق، أما المبحث الثاني الوسائل البديلة والقانون الواجب التطبيق عليها. ويحتوي على مطلبين، المطلب الأول الكفالة كبديل شرعي عن التبني. المطلب الثاني انتقال الرعاية طفل إلى الدولة.

# الفصل الأول:

# الإطار القانوني للتبني في القانون الدولي الخاص

يعتبر التبني من بين الأحوال الشخصية التي تثير العديد من الإشكالات على الساحة الدولية سواء بين الدول التي تقره و الأخرى التي تمنعه، و لكن تختلف في تنظيمه، باعتبار التبني نظام قائم بذاته و معترف به في العلاقات الخاصة الدولية وأن كانت غالبية الدول العربية تمنع التبني تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، فإن هدا المنع قاصر على المسلمين ، فهنا لابد من تحديد القانون الواجب التطبيق عليه وتحديد القانون الواجب التطبيق على التبني وليس معنى هدا أن القانون الجزائري يعترف بالتبني إنما كل مافي الأمر أن هدا النص يرشد القاضي للقانون الواجب التطبيق .فتخضع صحته التبني لقانون جنسية كل من المتبني و المتبنى وقت إجرائه، أما الآثار فيطبق عليها قانون جنسية المتبني ، و هدا هو الحل ، و سوف نتطرق في هدا الفصل إلى الإطار القانوني للتبني في القانون الدولي الخاص و نعرض في المبحث الأول التبني بين الفقه و القوانين المقارنة و كدا القواعد الناظمة للتبني في القانون الدولي الخاص الجزائري في المادة 13مكرر1في المبحث الثاني و لمقسم لمطلبين، الأول القانون الواجب التطبيق شروط انعقاد التبني والثاني القانون الواجب التطبيق على أثار التبني .

## المبحث الأول: التبني بين الفقه و القوانين المقارنة.

لقد عرف التبني كنظام لدى الشعوب العابرة مند القدم ، و تبنته العديد من الدول المعاصرة و خضعت له آليات تنظمه في حين نجد بعض الدول حرمته و أخرى أقرته، فنحن ننظر إليها بشئ من الحذر ،و تبقى هده العملية على الصعيد الاجتماعي غير محبذة نظرا لتحريم الشريعة الإسلامية لها و حدت حدوها جل البلدان العربية و سنتناول في هدا المبحث تعريف التبني و يحتوي على الفرع الأول التعريف اللغوي للتبني و الفرع الثاني التعريف الاصطلاحي و المطلب الثاني ، التبني من منظور الشريعة الإسلامية و الفرع الأول التحريم بالكتاب و الفرع الثاني التحريم بالسنة النبوية الشريفة و الفرع الثالث بدائل التبني في الشريعة الإسلامية.و الفرع الرابع نظام التبني في القانون المقارن.

### المطلب الأول: تعريف التبني.

رغم تعدد التعريفات و الاهتمام الواسع الذي حضي به التبني من طرف فقهاء و دارسي القانون باختلاف مذاهبهم إلا أن المعنى واحد، و إن للتبني معنيين أحدهما لغوي و لأخر اصطلاحي لهدا سوف نتناول في الفرع الأول: التعريف اللغوي و الفرع الثاني التعريف الاصطلاحي .

#### الفرع الأول: التعريف اللغوي للتبني.

سوف نتطرق في هدا الفرع إلى التعريف اللغوي للتبني.

التبني لغة من فعل تبنى ، فلانا ، اتخذه ابنا، و يقال تبنيته، أي ادعيت بنوته، ولقد غلب في استعمال العرب لفظ"إدعا" على التبني ، مثل "ادعى فلانا فلانا " ، و منه الدعي ، أي المتبني و الدعي المتهم في نسبه و المنسوب إلى غير أبيه ، جمع أدعياء.[1] بخلاف ما إذا كان ولد معروفا نسبه وتبناه رجل غير أبيه فهدا التبني لايثبت به نسب من المتبني لأن النسب الثابت كما قدمناه لا يقبل الفسخ وعلى هذا لا يكون لمتبني "ويسمى الدعي" ابنا لمن تبناه ولا يجب لأحد منهما على الأخر حق الأبوة ولا البنوة

قال تعالى في سورة الأحزاب" **وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ** "[2]

[1] بودومي عبد الرحمن، التبني و الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة ، أطروحة دكتوراه، قسم قانون الخاص، الجزائر، 2016،ص51.

[2] عبد الوهاب خلاف،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار القلم للنشر و لتوزيع، كويت 1990ص 189.

فقد أبطل الإسلام شرعية نظام التبني وما يترتب عليه لما فيه من مخالفة للحقيقة و الواقع ، مما يؤدي إلى تحريم الحلال و تحليل الحرام، أي هو مجرد قول باللسان لا يغير الواقع ، ولا يجعل الغريب قريبا.[1] و قال بن عربي في تفسير قوله تعالى، كان الرجل يدعو الرجل ابنا إدا رباه، أي يقيمه مقام الابن، فرد الله عليهم قولهم ،لأنهم تعدو به ، إلى أن قالو: المسيح ابن الله ، وإلى أن يقولو زيد بن محمد ، فسخ الله هده الذريعة و قطع حبلها ، و قطع وصلها.[2]

## الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للتبني .

لا يخرج استعمال الفقهاء للفظ التبني عن المعنى اللغوي.

فقد عرف الدكتور يوسف القرضاوي في معنيين: الأول ، و هو أن يضم الرجل طفلا إلى نفسه مع علمه أنه ولد غيره، و مع هدا يلحقه بنسبه و أسترته ، و يثبت له كل أحكام البنوة و لآثارها ، مع باحة اختلاط الأنساب و حرمة الزواج و استحقاق الميراث، أما الثاني ، و هو أن يضم الرجل طفلا يتيما أو لقيط و يجعله كابنه في لحنان عليه و العناية به و تربيته ، فيطعمه و يكسوه و يعامله كابن من صلبه، ومع هدا لم ينسبه لنفسه و لم يثبت له أحكام البنوة .[3]

ويعرف الأستاذ "فان لون" التبني في معناه العام "غير القانوني" بأنه سلوك اجتماعي منظم يسمح لشخص منتمي بميلاده إلى عائلة وإلى قرابة باكتساب روابط عائلية أو قرابة جديدة و هو يعرف على مستوى الاجتماعي كبديل للعلاقات البيولوجية التي تحل محل العلاقات القديمة جزئيا أو كليا، ويشير فقهاء القانون الدولي لخاص إلى أن التبني في مفهومه القانوني نظام يهدف إلى وضع الطفل المتبنى في مركز يقترب من مركز الطفل الشرعي.[4]

---

[1] يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، مكتبة وهيبة، ط22، القاهرة،1997،ص161.

[2] أسامة الحموي، التبني و مشكلة اللقاط وأسباب ثبوت النسب( دراسة فقهية اجتماعية،مقارنة)، مجلة جمعة دمشق الاقتصادية و القانونية، مجلد 23،عدد2دمشق ،2007.،ص517.

- الآية4 ، سورة الأحزاب

[3] علال لآمال ، التبني و الكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي)، مذكرة ماجستير ،حقوق،قانون لأسرة، تلمسان،2009 ،ص16.

[4] أشرف عبد العليم الرفاعي ، التبني الدولي و مبدأ احترام مصلحة حقوق الطفل، دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي، ،2011،ص19

فالتبني تصرف قانوني منشئ للنسب تختلف في أحكامه عن النسب الحقيقي ، إذ لايثبت البنوة الحقيقية كالبنوة التي تترتب على الإقرار بالنسب، إنما يثبت بنوة ثابتة بحكم القانون، تترتب عليها أحكام تختلف عن أحكام البنوة الحقيقية.[1] في حين أن البنوة غير الشرعية قد تكون قاصرة على الانتماء إبل أحد الوالدين دون الآخر و هدا النوع الأخير من البنوة لا تقره الشريعة الإسلامية ، و بالتالي لا يرتب أي أثر عليها في الأردن بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.[2]

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

والمعنى التبني في الشريعة الإسلامية صوتان: الأولى تتمثل في التبني المشروع ، وهي أن يظم الرجل الطفل الذي يعرف أنه ابن غيره إلى نفسه، فيعامله معاملة الأبناء، دون أن يلحق به نسبه فلا يكون ابنا شرعيا لايثبت له شئ من أحكام البنوة و التبني بهذا المعني يلجأ إليه بعض المحسنين وأرباب الخير ، الدين يرون فيه قربة إلى الله.

أما الثانية تتعلق بالتبني المحظور ، وهي مفهومة من كلمة تبنى عند إطلاقها و في عرف الشرائع وماهو متعارف بين الناس بأنه أن ينسب الشخص إلى نفسه طفلا يعرف أنه ولد غيره و ينسبه إلى نفسه نسبة الابن الصحيح و يثبت له حكم البنوة الصحيحة والحقيقية.[3] أما البنوة الطبيعية فهي ناتجة عن علاقة غير شرعية.[4] وعلى ضوء دلك قضت محكمة النقض بأن المقصود بالتبني استلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله مع التصريح بأنه يتخذه ولدا مع أنه ليس ولد حقيقي، و هو ما يعد حراما و باطلا في الشريعة الإسلامية.[5]

---

[1] صلاح الدين جمال الدين،القانون الدولي الخاص ، الجنسية و تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي،ط1،إسكندرية،،2008،ص434.

[2] مهند أحمد الصانوري ، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين ، ط1،دار وائل للنشر و التوزيع، عمان،2011،ص154.

[3] علال برزوق آمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي ،دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، تلمسان،2015،ص198.

[4] رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص ، شهادة ماجستير ،تلمسان،2011،ص37.

[5] حسن حسن منصور ، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية ،دط، مطبعة سامي، مجلد2،إسكندرية،2001،ص.297

## المطلب الثاني: التبني من منظور الشريعة الإسلامية.

لقد أوضحت الشريعة الإسلامية أن النسب لا يثبت إلا بالولادة الحقيقية الناشئة عن نكاح شرعي ولقد أعطت حلول مناسبة من أجل تحريف النسب وسوف نعرض التبني من منظور الشريعة الإسلامية و في الفرع الأول التحريم بالكتاب وفي الفرع الثاني التحريم بالسنة النبوية الشريفة. والفرع الثالث بدائل التبني في الشريعة الإسلامية و أخيرا نظام التبني في القانون المقارن.

### الفرع الأول: التحريم بالكتاب .

وقد حرم الشارع تبني هؤلاء و نسبتهم لغير آبائهم .[1]وحرم القرآن الكريم التبني تحريما باتا و دلك في قوله تعالى : " **وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ** " فالكلام لا ينشئ رابطة الدم، و لا علاقة الوراثة للخصائص التي تحملها النطفة ، ولا المشاعر الناشئة من كون الولد هو بضعة حية من جسم والده الحي ، و إنما كل هدا لا يكون إلا بالدم والأبوة و البنوة الحقيقية، وهي صريحة أيضا في منع نسب شخص إلى غير أبيه منعا لا يدعي ،مجالا للشك ، و قال عز وجل:" **وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ** "، أي أن الحق هو العلاقات القائمة على أساس الرابطة المستمدة من الدم و اللحم، لا من صنع أفواه البشر و كلامهم.

قوله تعالى: "**أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين و مواليكم**".

و قوله تعالى: "**وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم**" ، حث الله عز و جل إلى رد الأنساب إلى حقائقها إلا في الحالات التي يعجزون عن ردها فقد رفع الله الحرج عنهم. و لقد أكد الله سبحانه و تعالى بطلان تبني زيد لقوله:" **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 الزواج المتبني من زوجة المتبناة، فجعله عز و جل حلالا طيبا و رفع الحرج عن المتبني في الزواج بها ، و اعتبارها من محارمه مع أنها أجنبية عنه في الأصل.[2]

---

[1] بوعشة عقيلة، الكفالة في القانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، المعهد الوطني للقضاء مديرية التربصات، دفعة الثانية عشر،-2001 2004،ص4.

[2] علال آمال ، التبني و الكفالة ، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون الوضعي ، مرجع سابق ،ص25،ص26

- الآية 37، سورة ،الأحزاب

**الفرع الثاني: التحريم بالسنة النبوية الشريفة (التشريع العملي):**

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم." من ادعى إلى غير أبيه و هو يعلم فالجنة عليه حرام"،رواه أحمد البخاري و المسلم.

و قال عليه الصلاة و السلام: "من أدعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله و الملائكة و الناس أجمعين، فلا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا" رواه أبو داود.

وقال صلى الله عليه و سلم :" ليس من رجل ادعى لغير أبيه و هو يعلم إلا كفر ".رواه البخاري و المسلم

لقد أبطل التبني بالتشريع العملي بعد التشريع القولي ، واختارت الحكمة الإلهية لهده المهمة رسول الله صلى الله عليه و سلم و هو نفسه، لكي يزيل كل شك و يدفع كل حرج عن المؤمنين في إباحة الزواج مطلقات أدعيائهم، لكي يوقنوا أن الحلال ما أحل الله و الحرام ما حرم الله.

وبهذا انتهى أمر التبني في التشريع الإسلامي و أصبح رابطة غير معترف بها ، لا يترتب عليه أي حكم ومن أقدم عليه كان أثما وكان عمله عملا باطلا[1].

ما أخرجه الشيخان ، عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، أن النبي "ص" قال:"من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام".

وبعد نزول هذه الآية دعا النبي صلى الله عليه وسلم زيدا لأبيه بعد أن كان يدعي زيدا بن محمد ، روى البخاري عن عبد الله بن 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 القرآن:" **دْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ**" و قد كانوا يعاملونهم معاملة الأبناء من كل وجه في الخلوة بالمحارم و غير دلك.[2]

**الفرع الثالث: بدائل التبني في الشريعة الإسلامية.**

لقد جاءت الشريعة الإسلامية للتحقيق مصالح العباد وتكثيرها و درء المفاسد عنهم و تقليلها ، و تتخذ في سبيل هده الوسائل الكفيلة بتحقيق دلك، إذ لم يحرم الإسلام شيئا و فطرة الإنسان بحاجة إليه إلا وجعل له بدائل ، و قد دعت فطرة الإنسان إلى قضاء غريزته الجنسية إلا أن قضاءها بالزنا لها أثار سلبية كبير محرمة الشرع

[1] علال آمال ، التبني و الكفالة ، المرجع نفسه،ص28

[2] بودومي عبد الرحمن ، التبني و الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص59

و جعل بديله النكاح الذي تتحقق به مصالح العباد و كذلك حرم الربا و جعل بديله البيع لتحقيق الكسب الحلال. ولما كان التبني يلبي بعض احتياجات الإنسان بيد أن فيه مفاسد كثيرة و خطيرة ، فقد حرمه الشرع وجعل له بدائل تحقق المقاصد المرجوة من التبني و تجنبا الآثار السلبية المتولدة منه، و على النحو التالي:[1]

**أولا: كفالة اليتيم:**

لقد اهتم الإسلام بشأن اليتيم اهتماما بالغا من حيث تربيته و رعايته و معاملته و ضمان سبل العيش الكريمة له حتى ينشأ عضو نافعا في المجتمع المسلم قال تعالى:" **فأما اليتيم فلا تقهر** ".الضحى الآية 9 .وقال تعالى :" **أَرَأَيْتَ الَّذِي يُكَذِّبُ بِالدِّينِ (1) فَذَلِكَ الَّذِي يَدُعُّ الْيَتِيمَ(2)**"الماعون الآية1-2 ، و هاتان الآيتان تؤكدان على العناية باليتيم و الشفقة عليه ، كي لا يشعر بالنقص عن غيره من أفراد المجتمع ، فيتحطم و يصبح عضو هادما في المجتمع المسلم. و مما يؤكد على حرص التشريع الإسلامي على اليتيم و التأكيد المستمر على العناية به و حفظه، هو ورود كلمة اليتيم و مشتقاتها في ثلاث و عشرين آية من آيات القرآن العظيم ، و بالنظر في نصوص القرآن العديد في شأن اليتيم، فإنه يمكن تصنيفها على خمسة أقسام رئيسية، كلها تدور حول: دفع المضار عنه ، وجلب المصالح له في ماله، و في نفسه، و في الحالة الزوجية، والحث على الإحسان إليه، ومراعاة الجانب النفسي لديه[2]

**ثانيا: الوصية.**

هي تصرف في تركة المضاف إلى ما بعد الموت، فهدا التعريف شامل لكل مسائل الوصية التي جاء بها القانون فيشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة أو الموصى له من أهل التملك، كالوصية للأشخاص المعينين بالاسم أو بالصفة ، أو لم يكن من أهل التملك كالوصية للجهات الخيرية مثل المساجد و المصحات و غيرهما.[3]

وتخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة فيما يخص آثارها وتجوز الوصية في القانون الجزائري في حدود الثلث ولو مع اختلاف الدين، أما إدا كانت لأحد الورثة وتأخذ حكم الوصية تصرفات المريض مرض الموت و التصرف للغير مع احتفاظ لتصرف بحق الانتفاع لغاية وفاته.

---

[1] فواز إسماعيل محمد ، التبني و بدائله، مقالة بالمجلة كلية العلوم الإسلامية العدد الثالث عشر ، مجلد السابع،2013 - الآية 9، سورة الضحى

[2] عبد الله بن ناصر بن عبد الله السرحان،فضل كفالة اليتيم، ، المملكة العربية السعودية، 1421،ص 15

[3] محمد مصطفى الشلبي،أحكام الوصايا و الأوقاف ، دار الجامعية للطباعة و النشر، طبعة 4،بيروت،1986،ص23.

وبالنسبة لشكل الوصية، فمن الجائز تحريرها حسب قانون محل إجرائها أو وفقا لقانون جنسية الموصى باعتباره القانون الذي يحكم الموضوع.[1]

**ثالثا: الهبة.**

هي تصرف مالي بدون عوض ينتج آثاره فورا، مع ذلك كيفها المشرع الجزائري على أنها من الأحوال الشخصية و نظم أحكامه الموضوعية في قانون الأسرة (لمواد من 202،212 من قانون الأسرة)، وأسند حكمها لقانون الجنسية الواهب وقت إجرائها، أما شكل الهبة فيسري عليه قانون محل إجرائها أو قانون جنسية الواهب، و إذا تعلق بعقار، فتخضع لقانون موقع العقار فيما تنشئه من حقوق عينية عقارية.[2]

لقد نظم المشرع الفرنسي أحكام التبني الكامل في لمواد 343و359من القانون المدني الفرنسي ، فهو ينشئ رابطة النسب بين المتبني و المتبنى.[3]

**الفرع الرابع: نظام التبني في القانون المقارن:**

فالتبني تأخذ به أغلب التشريعات الغربية ، وقد أخذت به بعض التشريعات التي تأخذ بالشريعة الإسلامية كمرجعية في سن قوانينها ،كالتشريع التونسي.

وقد ظهر التبني في فرنسا مع الثورة الفرنسية 1789، حيث نظمته مدونة نابليون للقانون الفرنسي لسنة 1804، و كان دور التبني آنذاك يتجلى أساسا في ضمان استمرارية لاسم المتبنى أو في انتقال ثروته أكثر . مما هو وسيلة لا تنشأ النسب ، و لم يكن يهم إلا الأطفال الراشدين ، الأمر الذي كان يستلزم رضاهم و بعد الحرب العالمية ، و ما تنتج عنها من كثرة اليتامى و المشردين ، تدخل المشرع الفرنسي لتنظيم التبني بموجب عدة قوانين كان أخرها قانون 11يوليو1966 المعدل بالقانون الصادر في 8يناير1993متوخيا من ذلك توفير وسط عائلي و عاطفي للأطفال اليتامى أو المتخلى عنهم ، و تحقيق رغبة عدة أزواج لا يتوفرون على أطفال تبني هؤلاء الأطفال من جهة أخرى.[4]

---

[1] الطيب زروتي،القانون الدولي الخاص علما و عملا،ط1، الجزائر،2010،ص21.

[2] الطيب زروتي ،المرجع نفسه،ص21.

[3] Houhou Yamina, Thèse La Kafala En Droit Algérien Et Ses Effets En Droit français, doctorat en sciences juridiques, université de Pau et pays de L'Adour,2014.p196.

- الآية،1.2، سورة الماعون

[4] محمد أشو ، الولد غير الشرعي في القانون المغربي الحماية و القصور ،رسالة ماستر ، مكناس،2013ص140.

وهكذا اقر المشرع التونسي دون باقي التشريعات التي تعتمد الشريعة الإسلامية كمرجعية أساسية في تشريعاتها حيث أعطى تفسيرا مختلفا للآليات التي تحرم التبني و أجازه ،من ثم جعله كمؤسسة تعني عن النسب لمجهولي الأبوين أو الأب ، و جعلها من الوسائل الشرعية التي يثبت بها النسب.[1]

وهذا بالإضافة إلى انتساب أولاد إلى غير أبائهم و هذا ما حرمته الشريعة الإسلامية ، و بالتالي يضيع نسب هذا الولد، فيكون هذا مدعاة لانتشار الرذيلة ، و لذلك أعطى الإسلام أهمية كبيرة لأغراض الناس هنا تنتهك نسب الولد إلى غير أبيه، أو يبقى دون نسبا ، ثم إذا ضاع نسب الولد يكون قد فقد عنصر مهما من عناصر الكفاءة التي رعاها الفقهاء في الزواج ، و بالتالي فإن ضياع النسب يؤدي على عزوف الناس عن تزويج مثل هؤلاء.[2]

ونرى في الأخير أن التبني يعتبر إستلحاق شخص معروف النسب إلى أب أو إستلحاق مجهول النسب مع التصريح ، بأنه يتخذه ولدا و ليس بولد حقيقي.

[1] محمد أشو ،مرجع نفسه،ص،143 .

[2] أمين حسين يونس، أثر الزاني في مسائل الأحوال الشخصية، ط1،دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،2010،ص،47.

## المبحث الثاني: القواعد الناظمة للتبني في القانون الدولي الخاص الجزائري المادة 13مكرر 1.

سوف نوضح مركز المادة 13مكرر 1من القانون المدني الجزائري من مضمون المادة 46من قانون الأسرة الجزائري ثم نتطرق في هذا المبحث إلى القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد التبني و كدا القانون الواجب التطبيق على آثار التبني و دلك في مطلبين.

تعرض المشرع الجزائري لمسألة التبني في مادة واحدة و هي 46من قانون الأسرة التي نصت على أنه "يمنع التبني شرعا و قانونا".

والواضح من هذا أن المشرع أراد من وراء ذلك تكريس المبدأ الدستوري المتمثل في أن الإسلام دين الدولة (المادة 02 من الدستور الجزائري ) [1]وكذلك تجسيد أحكام المادة الأولى من القانون المدني التي تعتبر بأن أحكام الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع، هذا من جهة، ومن جهة ثانية قطع الطريق على بعض الاتجاهات السياسية داخل المجتمع الجزائري التي تتسم بتوجهاتها العلمانية والتي ما انفكت تضغط – من خلال بعض الجمعيات التي تديرها – لأجل حمله على العدول عن ذلك والسماح بالتبني.

ويعتبر اختصار لهذا المنع في مادة واحدة بمثابة صد لكل الأبواب أمام أية قضية تتعلق بالسماح بهذا بالتبني وذلك بمنعه من أساسه.و لقد نصت هذه المادة صراحة على تحريم التبني.

لا بأس أن نوضح بأن تفسير المادة 13 مكرر 1[2] من القانون المدني بعد تعديلها بموجب القانون رقم-10 05المعدل والمتمم له والمتعلقة بقواعد التنازع من حيث المكان لا يتأتى إلا على ضوء مقتضيات المادة 46 من قانون الأسرة[3] السالفة الذكر.

صحيح أن المادة المذكورة أعلاه أجازت للقاضي الجزائري أن يأذن بالتبني ويبرم عقد التبني، لكن بشروط، وأن هذه الشروط واردة ضمنيا في نص هذه المادة المتعلق بقواعد الإسناد فهي قواعد إسناد تبين القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي الداخلي، عندما يكون أحد أطراف النزاع أو طرفي النزاع أجنبيا على الإقليم الجزائري

[1] القانون رقم 16-01 المؤرخ في 02 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 8 مارس 2016

[2] القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20رمضان عام 1395الموافق 26سبتمبر سنة 1975 المتضمن قانون المدني المعدل و المتمم سنة 2007.

[3] القانون رقم84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم،سنة2007.

إن مضمونها نص على أن صحة انعقاد التبني يخضع إلى قانون جنسية كل من طالب التبني والمتبني وقت إجرائه، فالقاضي الداخلي يأذن بالتبني حسب ما يسمح به قانون جنسية الأطراف، فإن كان قانون جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني فإن القاضي الداخلي يرفض طلب التبني، وعليه فإن هذه المادة تطرح عدة احتمالات أمام القاضي الداخلي الجزائري.

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

وفي 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 مغربية فانه لا مجال للقاضي الجزائري إلا بمنعه[1]. وفي حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبنى يسمح بالتبني، في حين قانون جنسية طالب التبني لا يسمح له بدلك، فإن القاضي الجزائري لا محال يرفض الإذن بالتبني. في حالة كلا القانونين أي قانون جنسية الأطراف يسمح بالتبني فإن القاضي الجزائري ملزما بإبرام و الإذن بالتبني.

و في حالة كلا القانونيين أي قانون جنسية الأطراف يسمح بالتبني فإن القاضي الجزائري ملزما بإبرام والإذن بالتبني.[2]

## المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد التبني.

تنحصر شروط صحة التبني في الشروط الموضوعية المطلوبة في الطرفين بأن لا يقل عمر المتبني عن سن معينة، وأن يحصل على رضا من له أبواه و موافقتهما و أن يكون المتبنى أهلا للقيام بالشؤون المتبنى و قادر على رعايته و أن يكون معروفا بحسن أخلاقه، و إدا كان المتبنيان زوجين مختلفين الجنسية فيشترط أن تتوافر فيهما الشروط المقررة في قانونهما ، و الظاهرة أن الشروط الشكلية للتبني تخضع أيضا للقانون الشخصي للطرفين مادامت تتعلق بحالتها و شروط مكملة الأهلية لاسيما أن المشرع اشترط حصول التبني بعقد رسمي و أمام المحكمة.[3]

[1] بودومي عبد الرحمن، التبني و الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق، ص،86، ص87.

[2] علال أمال ، التبني و الكفالة ،دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي،ص54.

[3] الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري، مطبعة الفسيلة ، الدويرة، ط2، الجزء الأول،2008ص192.

لإخلاف في أنه يدخل في نطاق تطبيق كل من قانون طالب التبني و المراد تبنيه الشروط الموضوعية لتمام التبني ،من ذلك مثلا اشتراط أن يستند طالب إلى سبب مشروع و أن تترتب عليه مزايا المطلوب تبنيه و ألا يقل عمره عن سن معينة ، وأن يكون الفرق عمر المطلوب تبنيه قدرا معينا من السنوات ، و أن لا يكون طالب التبني ذرية شرعية و ألا يكون المطلوب تبنيه ولد طبيعي.[1]

فأحكام التبني في قوانين الدول التي أقرت هذا النظام تختلف من دولة إلى أخرى مما يثير التنازع بين التشريعات ، و لابد من تعيين القانون الواجب التطبيق لحل هذا التنازع، خاصة أن الآراء اختلفت بشأن القانون الواجب التطبيق في التبني كالآتي:

-وجوب تطبيق قانون المتبني.

-وجوب تطبيق قانون المتبني (تطبيق الجامع)

-وجوب تطبيق قانون كل من المتبنى و لمتبنى (تطبيق الجامع)[2]

ولقد أخضعت اتفاقية لاهاي بتاريخ 15تشرين الثاني1965 [3]شروط التبني إلى قانون محل السكن الاعتيادي للمتبنى أو قانون جنسيته و أخضعته محكمة التمييز اللبنانية إلى قانون مكان حصوله.[4]

والتبني هو تصرف قانوني يؤدي إلى اصطناع البنوة بين أشخاص لا تربطهم صلة الدم.[5]

باعتباره اتفاق أو تصرف قانوني مقتضاه أن يتخذ الشخص ولد غيره المعروف أو المجهول نسبه، كولده و نسبه إليه، و إعطائه كل حقوق الولد الشرعي، رغم عدم وجود صلة دم بينهما، و التبني كما يمكن أن يلجأ إليه الرجل تلجأ إليه المرأة ، كمل يمكن أن يلجأ إليه شخصان متزوجان ليس لهما أولاد و إذا كان التبني معروفا قبل الإسلام و في صدر الإسلام ، إلا أنه حرم بعد ذلك بنصوص القرآن الكريم، و هو نظام معروف لدى بعض الطوائف غير الإسلامية في مصر ، و لدى غالبية القوانين الأجنبية في أوروبا و أمريكا و غيرها.

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة،الأصول التنازع الدولي للقوانين،دط، دار النهضة العربية، القاهر ،2008،ص903

[2] غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص،كتاب الأول في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، و تنفيذ لأحكام الأجنبية، ط4،دار وائل للنشر ،عمان 2005ص177.

[3] اتفاقية 15 نوفمبر 1965 الخاصة بالاختصاص والقانون الواجب تطبيقه والاعتراف بالقرارات المتعلقة بالتبني.

[4] محمود وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،(دراسة مقارنة مقارنة)،دار الثقافة للنشر و التوزيع،ط1، عمان،2009،ص.149.

[5] إبراهيم أحمد إبراهيم، قانون الدولي الخاص، عين الشمس،1997،ص.269.

و كغيره من أنواع البنوة يثير التبني مشكلة تنازع القوانين خصوصا إذا اختلفت جنسية الأطراف ، و لما كان التبني من مسائل الأحوال الشخصية و يحدد القانون الواجب التطبيق عليه بضابط الجنسية ، فهل يعتد بجنسية الشخص الذي يريد التبني أم بجنسية الشخص المراد تبنيه، أم بجنسيتهما معا.

وبخصوص نشأة أو تكون رابطة التبني من ناحية الشروط الموضوعية ، اختلفت الحلول على النحو التالي:

فذهب اتجاه إلى تقرير الاختصاص لقانون الدولة التي تم فيها التبني ، و بهذا أخذ القانون الولي الخاص السويسري لعام 1987، بنص في المادة 1/77 على أن " شروط التبني الذي يتم في سويسرا يخضع للقانون السويسري" كما يأخذ بهذا احل القانون الأسترالي و نضيف كذلك القانون الإنجليزي و الأمريكي و كندي، و عادة يستند الاختصاص لقانون من يريد التبني بصفة أصلية ، بحيث لا يرجع إلى القانون المراد تبنيه إلا بخصوص رضا أو الموافقة هذا الأخير و نذكر هنا القانون الألماني ، حيث نصت المادة 22مدني على أنه: "يحكم التبني قانون الدولة التي ينتمي الراغب في التبني و قت إتمام التبني..." .

و يذهب اتجاه ثالث إلى تقرير الاختصاص لقانون كل من الراغب في التبني و المراد تبنيه، بحيث يطبق كلاهما على التبني ، و يأخذ هذا الاتجاه صراحة القانون الدولي خاص التركي و هو ما يؤيده جانب من الفقه في فرنسا.[1] باعتبار أن التبني من مسائل الأحوال الشخصية ، لذلك يتحدد القانون الواجب التطبيق بضابط الجنسية .ولكن هل يعتد بجنسية الشخص طالب التبني أم بجنسية المتبنى أم بجنسيتهما معا؟ اختلفت الحلول بهذا الشأن:

فذهب فريق إلى تقرير الاختصاص قانون الدولة التي تم فيها التبني ، استنادا إلى أن من يريد التبني يكون له عادة موطن في الدولة التيتم فيها التبني .

وذهب فريق أخر للقول باختصاص قانون من يريد التبني(طالب التبني) بصفة أصلية ،بحيث لا يرجع إلى قانون المراد تبنيه إلا بخصوص رضا أو موافقة هذا الأخير.

واتجه فريق ثالث، لإخضاع التبني للقانون كل من طالب التبني و المراد تبنيه معا، و هو الرأي السائد في القانون والفقه المقارن، و يمكن الأخذ به في القانون السوري إعمالا للمادة 26 من القانون السوري .

والسؤال الذي يثور حول كيفية تطبيق هذين القانونين، هل يطبقان تطبيقا جامعا أم موزعا؟

[1] أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع نفسه، ص 898،ص899

على الرغم من أن بعض التشريعات تأخذ بالتطبيق الجامع لقانوني الطرفين المتبني و المتبنى ، إلا أن هذا الحل لا يبدو مقبولا نظرا لاختلاف مضمون القوانين بين الدول و بالتالي يتعذر أن يستجمع كل طرف الشروط التي يستلزمه قانون الطرف الأخر ، و هو ما يؤدي دائما إلى سيادة قانون واحد هو في الواقع ،القانون الأكثر تشددا و هو ما يبدو غير مرغوبا فيه. لذلك فإن غالبية التشريعات المقارنة تأخذ بالتطبيق الموزع لقانوني الطرفين ومع اعتناقنا لهذا اتجه الأخير ، إلا أنه يظل مع ذلك هناك مجال للتطبيق الجامع إلا وهو موانع التبني ، بحيث إنه إذا توافر مانع من موانع التبني ، مثل اختلاف الدين فسيكون إتمام التبني مستحيلا و تجري التشريعات على أنه إذا كان طالبا التبني هما الزوجان ، فإن القانون لدي يسري هو القانون الذي يحكم أثار الزواج ، بالإضافة إلى قانون المراد تبنيه على الشروط صحة وجود التبني .

**أولا: مضمون الفكرة لمسندة بشأن الشروط الموضوعية للتبني:**

يدخل في مضمون الفكرة المسندة الشروط الموضوعية لتمام التبني ، من ذلك مثلا اشتراط أن يستند طلب التبني إلى سبب مشروع، و أن تترتب عليه مزايا للمطلوب تبنيه و ألا يقل عمر طالب التبني عن سن معينة و أن يكون الفرق بين عمره و عمر المطلوب تبنيه قدرا معينا من السنوات، و ألا يكون لطالب التبني ذرية شرعية ، و ألا يكون المطلوب تبنيه ولده الطبيعي، واشترط موافقة الزوج الأخر إن كان التبني متزوجا، و اشترط أن يمثل المطلوب تبنيه وصيه إن كان قاصرا و عمره أقل سن معينة، و أن يرافق أبواه أو أحدهما على التبني إدا كان على قيد الحياة و إجراءات هذه الموافقة و حكم قبول أحدهما ومعارضة الأخر و أثر هذه المعارضة ، و مدى جواز التوكيل في الموافقة على التبني و جواز الرجوع فيه و شروط ذلك.[1]

## المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار التبني.

بما أن البنوة هي ثمرة الزواج الصحيح بحيث لا يتصور على مستوى القانون الجزائر بقيام البنوة دون أن يسبقها عقد زواج. و نص المشرع على بنوة التبني في المادة في المادة 13مكرر1وأخضع التبني من حيث صحته إلى قانون كل من المتبني و المتبنى أما من حيث الآثار التبني فقد أخضعه المشرع الجزائري إلى قانون المتبني وحده.[2]

[1] مجد الدين خربوط ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين،مرجع سابق، ص252

[2] مالكي محمد الأخضر ،قانون الدولي الخاص، محاضرة1، المركز الجامعي خنشلة،11/01/2007،ص27.

- تنص المادة13مكرر 1 معدلة من قانون المدني الجزائري،:"يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل و المكفول وقت إجرائه،و يسري على آثارها قانون جنسية الكفيل، و تطبق نفس الأحكام على التبني."

باعتبار أن التبني تصرف قانونيا، فهو يرتب حقوق و التزامات على عاتق كل من طرفيه منها مثلا ، انتقال السلطة الأبوية للمتبني و التزامه برعاية الولد المتبنى و تعليمه و تنميته عقليا و بدنيا ، و حق دلك الولد في حمل اسم متبنيه ، و إرثه عند وفاته و مدى حقه في الاتصال بعائلته الأصلية ، فما هو ضابط الإسناد بشأن أثار التبني و ماهو بالتالي القانون الذي تخضع له هده الآثار، فذهب فريق من التشريعات إلى إخضاع هذه الآثار لذات القانون الذي يحكم وجوده ، لانعدام العلة في الفصل بين الموضوعين، و اتجه فريق آخر لإخضاع آثار التبني للقانون الوطني للولد المتبنى باعتباره أن الأمر وثيق الصلة بحالته و حمايته.

في حين ذهب اتجاه ثالث نؤيده، إلى إخضاع أثار التبني لقانون دلك أن الولد سيعيش مع المتبنى و يتحمل هذا الأخير مسؤوليته ، و مركزه يشتبه مع مركز الولد الشرعي في هذا الشأن علاوة على ذلك فإن قانون الولد المتبنى قد يعرف الكثير من الأحكام و يجعلها قانون المتبني ، فيتقاعس هذا الأخير عن مراعاة مما يهدد وجود رابطة التبني ذاتها بالإضافة لذلك فإن قانون المتبني يضمن وحدة القانون الواجب التطبيق على أثار التبني إن تعدد الأولاد المتبنين.[1]

وفيما يتعلق بآثار التبني و التي تتلخص في إنشاء رابطة القرابة بين المتبني و المتبني و تخويل المتبني الحق في أن تحمل لقب من تبناه و تخويل المتبني الحق تأديب و الإنفاق على المتبني إلى غير ذلك من الآثار.[2]

وفي القانون الجزائري لم ينص القانون المدني 1975على قاعدة إسناد خاصة بالتبني ، ولكن قانون الأسرة أحدث نظام الكفالة و هو نظام رعاية و تربية من هو في حاجة للحماية و نفقة عليه.[3]

وبعد تعديل القانون المدني 05-10[4]و نظرا لكون نظامي الكفالة و التبني عن بعضهما قانونا لدلك نص عليها المادة 13مكرر 1وإن كان حكم الإسناد الخاص بها واحد من حيث صحتها وآثارها.

ولا يجب ألا يفهم من وضع ضابط إسناد خاص بالتبني أن المشرع الجزائري أقر هذا النظام ، فكما ذكر سابقا هو نظام محرم شرعا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، و لم يتطرق إليه قانون الأسرة ، و أما

[1] مجد الدين خربوط،القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين ،مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب،2008،ص253.

[2] إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص،مرجع سابق،ص270

[3] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص193.

[4] قانون 05-10 المؤرخ في 13جمادى الأولى 1426 الموافق ل 20جوان2005 المعدل و المتمم للقانون المدني.

القصد من النص عليه ضمن قواعد التنازع فهو إرشاد القاضي الجزائري إلى قانون أجنبي مختص بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي التي تطرح عليه كي تجد سندا تشريعيا للرجوع للقانون الأجنبي المختص فيطبق أحكامه الموضوعية لاسيما أن نظام التبني شائع في الدول الغربية و تكثر بشأنه منازعات.

أن المادة 7الفقرة1 من قانون الجنسية تنص على أن المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعتبر و كأنه لم يكن أبدا جزائريا "إذا تم تثبيت بنوته قانونيا اتجاه أجنبي خلال فترة قصوره، إذا اكتسب جنسية هذا الأجنبي وفقا للقانون الوطني لهذا الأخير ".

إن عبارة "قانونا" لا تحسم الموضوع لأنها لا تبين ما إذا كان المشرع يحيل على هذا المنوال إلى القانون الجزائري ، القانون الحالي الولد، أم القانون الأجنبي لأحد الأبوين، و مما لاشك فيه أن القانون الأجنبي لا يتمتع بأية أهلية للتطبيق أثناء تقديم الادعاء نظرا لأن البنوة المطالب بها لم تثبت بعد، غير أن تطبيق القانون الجزائري يمكن أن يؤدي إلى الإقرار بمصلحة الولد باعتباره لا يعترف سوى بالبنوة الشرعية و الواقع سبيل التبني.

وهناك تشريعات أكثر حداثة ، لم تعد تميز مطلقا بين البنوة الشرعية و غير الشرعية بل تربطها بصورة رئيسية بالقانون الشخصي للأم.[1]

ورأينا أن القانون الوطني لا يعترف سوى بالبنوة الشرعية ، و يرتب التبني ، باعتباره تصرفا قانونيا ، حقوق والتزامات على عاتق طرفيه، منها مثلا انتقال سلطة الأبوية للمتبني و التزامه برعاية الولد المتبني و تعليمه.[2]

ونظمت قوانين بعض الدول البنوة غير شرعية و أعطت الاختصاص فيها لقانون الجنسية فأجاز بعضها تصحيح النسب غير شرعي عن طريق الزواج اللاحق بالأم فبهذا الزواج يصبح الولد غير الشرعي شرعيا ، ومثل هذا النظام ، الذي يجيز تصحيح النسب يخضع لقانون الجنسية.[3]

فالمشرع الجزائري لما منع التبني اقترح نظام الكفالة و الذي نص عليه في قانون الأسرة من المادة 112إلى غاية 165منه، و الكفالة هي التزام على وجه التبرع بالعناية بولد قاصر من نفقته و تربية ورعاية، قيام

[1] محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية،دط،ج1، ص314.

[2] احمد عبد الكريم سلامه،أصول التنازع،ص.905

[3] حسين الهداوي،القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر و التوزيع،ط2،عمان،1997،ص117.

الأب بابنه، و تتم بعقد شرعي أمام المحكمة ، أو أمام المؤثق، و يستوي أن يكون الولد مجهول النسب أومعلومه ،و يحتفظ بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب.[1]

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.ه"، ابن أكد على إبطال التبني, وفي نفس الوقت إبطال عقد الميلاد، باعتباره عقد مزور طبقا للمادة 47 من الأمر70-20 المتعلق بالحالة المدنية :حيث انه من المقرر قانونا أن إبطال العقود الخاطئة( شهادة الحالة المدنية )عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيما مزورة أو في غير محلها يقدم الطلب إما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل في العقد، وإما بصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع الذي تناول العقد المشوب بالبطلان.

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

إذن من خلال هدا القرار نجده أقر 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 1995/05/02ملف 103232قضية:( ف.ط )ضد( :ف.ط )دعوى إبطال التبني تكيفها على دعوى نفي النسب -خطأ في تطبيق القانون .إن قاعدة الولد للفراش لا تطبق إلا في إثبات دعوى نفي 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 شهود ، حسب المحضر المؤرخ في 1985/12/24 وناقشوا دعوى إبطال التبني كأنها دعوى نفي النسب وطبقوا عليها قاعدة الولد للفراش مع أنه لا يوجد أي فراش في التبني، فبقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[2]

---

[1] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، شهادة ماجستير ،قانون خاص ، الجزائر ،2007ص45.

[2] المجلة القضائية للعدد الخاص،2001،ص،05-06 نقلا عن أمال، التبني و الكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مرجع سابق،ص53.

وعليه نستنتج أن المادة 13مكرر1 تعتبر من قواعد الإسناد و تبين القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي الداخلي عندما يكون أحد الأطراف النزاع أجنبي على إقليم جزائري إدا أن مضمونها نص على أن صحة انعقاد التبني تخضع إلى قانون الجنسية كل من طالب التبني و المتبنى وقت إجرائه. و أخضع المشرع الجزائري في المادة السالفة الذكر التبني من حيث صحته إلى قانون كل من المتبني و المتبنى ، أما من حيث الآثار التبني فقد أخضعه المشرع الجزائري إلى قانون المتبني وحده.

والمشرع الجزائري قال في المادة 46 قانون الأسرة بأن التبني ممنوع شرعا و قانونا لكنه على مستوى قواعد الإسناد نظم التبني و بالتالي فهو يريد القول بأنه يمكن الإعداد لها رغم أن المسألة مخالفة للنظام العام.

## خلاصة الفصـــــــــل الأول:

وفي الأخير نرى أن الشريعة الإسلامية ثابرت على محاربة فكرة تحريف الأنساب إذ لا يمكن إلحاق أي طفل سواء كان معلوم الأب أو مجهول النسب ، و كان ابن زنا إلى الغير لأن دلك يعتبر تعديا على الألقاب باعتبار الجزائر دولة مسلمة و الشريعة الإسلامية المصدر الثاني الذي يحكم المسائل المعروضة على القضاء التي أقرت بتحريم التبني و منعه شرعا و قانونا.

# الفصل الثاني:
# واقـــع التعامـــل القانونـــي
# مع التبني في الجزائر

تنظر الجزائر وغيرها من الدول العربية إلى التبني بشئ من لحذر لإجماع الأمة على تحريمه، و يعد التبني من أهم موضوعات التي خصها الرجال القانون بأهمية خاصة ، وإذا كان التباين القائم بين قوانين الدول شأن التبني هو ما يثير الدفع بالنظام العام و نطاق القانون الواجب التطبيق في هده الدول و ما قضت به الشريعة و أقرته لهم من حماية و أوجدت وسائل أخرى شرعية بديلة عن النظام و منها الكفالة التي جاءت مراعاة لمصلحة الطفل ، و سنتناول في هدا الفصل واقع التعامل القانوني مع التبني في الجزائر و المبحث الأول التبني و النظام العام في مطلبين،الأول أساس الدفع بالنظام العام و المطلب الثاني نطاق القانون الواجب التطبيق و المبحث الثاني الوسائل البديلة و القانون الواجب التطبيق عليها و المطلب الأول الكفالة كبديل عن التبني و المطلب الثاني انتقال رعاية الطفل إلى الدولة.

## المبحث الأول: التبني و النظام العام.

إذا كانت القوانين العربية تمنع التبني تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية، فإن هدا المنع يقتصر على معظم البلدان العربية ، فإن الحال على غير دلك في القوانين الوضعية إذ يعد هدا النظام قائم و معترف به، و هدا لتباين بين هده الأنظمة من شأنه أن يثير الدفع بالنظام العام ، و سوف نتناول في هدا المبحث أساس فكرة الدفع بالنظام العام في المطلب الأول و نطاق القانون الواجب التطبيق في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: أساس الدفع بالنظام العام.

تختلف القوانين المقارنة فيما بينها حول فكرة التبني و مشروعيته ، وإدا كانت تلك الفكرة و المشروعية تتباين على نحو صارخ بين القانون الواجب التطبيق و قانون القاضي ، تعين استبعاده بناء على الدفع بالنظام العام و قد حكم القضاء الفرنسي بأن التبني أم لودها الطبيعي و منحه اسم أبيه من الزنا يعد مخالفا للنظام العام الفرنسي ولا يؤمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الذي يقضي بخلاف دلك وفي مصر، يتعين استبعاد القانون الأجنبي للدولة التي ينتمي إليها شخص المسلم إدا كان له التبني، أو كان يجيز ميراث الولد المتبني من المورث مسلم أو العكس، وتعتقد أن فرصة إعمال الدفع بالنظام العام ستكون ضئيلة في مواجهة القوانين الأجنبية التي تعرف نظام التبني إن خلف المنازعة من طرف مسلم أيا كانت الدولة التابع لها.[1]

مع أن قواعد الإسناد لقانون القاضي تعقد الاختصاص للقانون الأجنبي إلا أن القاضي في مقدوره الامتناع عن تطبيق أحكام دلك القانون بحجة تعارضها مع فكرة النظام العام ويرجع امتناع القاضي هدا إلى انتفاء الاشتراك القانوني بين قانونه والقانون المختص. ويتحقق عدم الاشتراك القانونين لا بمجرد تخلف وحدة الأحكام المقررة بين القانونين الوطني والأجنبي فاختلاف كهذا هو أمر طبيعي و منتظم ينجم عن استقلال التشريعي لكل دولة.[2]

يعتبر التبني من بين مواضيع الأحوال الشخصية التي تثير العديد من الإشكالات على الساحة الدولية سواء بين الدول التي تقره و الأخرى التي تمنعه، أو بين الدول التي تجيزه و لكن تختلف في تنظيمه مما يؤدي إلى استبعاد القانون المختص الذي يكون من شأن تطبيقه المساس بالمبادئ الجوهرية للدولة و جرح الشعور العام لمواطنيها. و قبل توضيح الحالات التي يثور فيها النظام العام لابد أولا من التعرض للقانون الواجب

[1] أحمد عبد الكريم سلامة ،أصول التنازع الدولي للقوانين، دط، مرجع سابق،ص.909

[2] حسن الهداوي،القانون الدولي الخاص تنازع القوانين،ص 179.

التطبيق على التبني، و دلك باعتباره مؤسسة قائمة و معترف بها في العلاقات الدولية الخاص .وإن كانت غالبية الدول العربية تمنع التبني تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، فإن هدا المنع قاصر على المسلمين ،ومن ثم ، إدا كان القانون الواجب التطبيق على التبني يجيزه فلا مانع من تطبيقه في الدول العربية ، لدلك و بعد تعديل القانون المدني الجزائري نص المشرع على القانون الذي يحكم التبني وليس معنى هدا أن القانون الجزائري يعترف بالتبني، إنما كل ما في الأمر أن هدا النص يرشد القاضي للقانون الواجب على التبني الذي يحصل بين الأجانب يسمح قانونهم بإجرائه، و لقد أخضع المشرع الجزائري صحة التبني لقانون جنسية كل من المتبني والمتبنى و قت إجرائها، أما الآثار فيطبق قانون جنسية المتبني ،و هدا الحل مكرس كذلك في القانون التونسي والكويتي .

أما بالنسبة لمصر، فقد كانت المادة 34 من مشروع القانون المدني تنص على أنه"يرجع في المسائل المتعلقة بصحة التبني إلى قانون بلد كل من المتبني والمتبنى وفي المسائل المتعلقة بآثار التبني إلى قانون بلد المتبني ."ولكن ُألغيت هذه المادة واكتفي بالمادة 911 من قانون المرافعات الصدر سنة 1949والتي أقرت نفس الحلّ فيما يتعلق بصحة التبني حيث أخضعته لقانون جنسية المتبني والمتبنى. أما بالنسبة للآثار فلم تبين القانون الذي تخضع له، .لذلك اقترح غالبية الفقه المصري إخضاعها لقانون جنسية المتبني . و في لبنان أخضعت محكمة التمييز اللبنانية التبني لقانون مكان إجرائه، ولقد تبنت بعض التشريعات قانون جنسية المتبني بينما استقرت قوانين أخرى على إخضاع التبني لقانون موطن الطفل المتبنى أما في فرنسا أين يعتبر هذا الموضوع حساسا جدا لانتشاره بكثرة وإثارته للعديد من المشاكل، قررت محكمة النقض إخضاعه للقانون الوطني للمتبني .أما شروط رضا المتبني وممثليه القانونين فيخضع لقانون جنسية المتبني .هذا فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم شروط صحة التبني وآثاره .أما بالنسبة للشروط الشكلية، فتبقى خاضعة في الجزائر للقاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات القانونية وهي المادة 19 من القانون المدني .أما في فرنسا فيخضع شكل التبني للقانون الفرنسي متى كان المتبنيان فرنسيان وإذا كان أجنبيان فيطبق قانون المتبني وإن كانت معظم القوانين العربية تمنع التبني، فإن الحل إلى غير دلك في القوانين الغربية حيث يعتبر فيها التبني مؤسسة قانونية قائمة ومعترفا . وهذا التباين الموجود بين هذه الأنظمة من شأنه أن يثير الدفع بالنظام العام. إن كون الشريعة الإسلامية تحرم التبني ،فإن دلك يعني عدم إمكانية انعقاده بالنسبة للوطنين في سورية، و عدم جوازه إدا كان أحد أطرافه سوريا.

ولكن دلك لا يعني أنه مخالف للنظام العام في سوريا بالنسبة للأجانب ولا يمكن انعقاده فلو كان الأمر كذلك لما كان المشرع المصري قد اعترف بجواز إجرائه في المادة 917من قانون المرافعات المدنية.

الأجنبي واجب التطبيق يجيز التبني على أسس تخالف تلك التي تقوم عليها الأسرة في الشريعة الإسلامية، كما لو كان هدا القانون يسمح بتبني الولد غير مجهول النسب ، فيجب استبعاده، نظرا لأن النسب الثابت لا يقبل الفسخ باتفاق الأفراد، وكذلك إدا كان هدا القانون يجيز ميراث الولد المتبني من مورث مسلم أو العكس، ونعتقد أن فرصة إعمال الدفع بالنظام العام ستكون ضئيلة في مواجهة القوانين الأجنبية التي تعرف نظام التبني إذا خلت المنازعة من طرف مسلم أيا كانت الدولة التابع لها.[1]

ويقوم الفقه بمساعدة القاضي في تحديد الموجهات العامة التي يمكنه الاستعانة بها لرسم الحدود بين ما هو معارض وما هو متفق مع النظام العام.

كما أن المشرع أيضا يساعد القاضي في تحديد بعض القواعد التي يعتبرها من النظام العام ،خاصة لما ينص بصراحة على أن مخالفة قاعدة قانونية معينة هي من النظام العام وعادة ما يستعمل المشرع للتدليل على ذلك عبارة تحت طائلة البطلان وهكذا ، فإن النظام العام هو فكرة وظيفية معيارية لها صيغة مرنة ، وطنية الطابع نسبية في الزمان والمكان ، تخضع لتقدير القاضي محكوم في ذلك برقابة المحكمة العليا.

ويعتبر مخالفا للنظام العام في الجزائر الحكم الأجنبي إذا كان مضمونه يتعارض مع المبادئ الجوهرية التي تتفق عليها معظم التشريعات كمبدأ حرية الزواج وحرية اللجوء إلى القضاء وحق الدفاع، أو كان يتعارض مع السياسة التشريعية التي يتبناها المشرع الجزائري في بعض المسائل ، أو كان مخالفا لمبدأ تدين به الجماعة الجزائرية كالسلوك المخالف للثابت في قواعد الشريعة الإسلامية مثلا.

ويكفي أن يكون الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام في أحد مقتضياته حتى يرفض تنفيذه ،ولا يشترط أن يقتصر وجه المخالفة على مجرد سبب الدعوى أو منطوق الحكم ، وقد طبقت أحد المحاكم الفرنسية ذلك عندما رفضت تنفيذ أحد الأحكام الصادرة عن القضاء الألماني وذلك لمجرد أنه قد ذكر في إحدى حيثياته عبارات ضد النساء الباريسيات وتمس بسمعتهم ورغم ذلك ، فإنه يجب عدم التوسع في إعمال هذا الشرط وحصره في أضيق الحدود ، لأن الأمر هنا لا يتعلق بحقوق تم إنشاؤها في الجزائر ، وإنما المطلوب فقط إعطاء أثر لحق نشأ صحيحا خارج الجزائر ، كما أن التوسع في إعمال فكرة النظام العام من شأنه المساس بالحقوق والمراكز المكتسبة ، فمثلا في فرنسا وفي بعض الدول الأوروبية ورغم أن قوانينها تعتبر تعدد الزوجات مخالف للنظام العام ، إلا أنها تعرف ببعض الآثار التي يرتبها الزواج الثاني كثبوت النسب وحق الإرث ، وبالتالي فإن الحكم

[1] مجد الدين خربوط، قانون الدولي الخاص2، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص254ص255 .

الذي يقرر هذه الآثار يمكن منحه .الصيغة التنفيذية في هذه البلدان ، وهذا ما يعرف بفكرة الأثر المخفف للنظام العام كما أنه إذا كان الحكم الأجنبي في جزء منه فقط مخالف للنظام العام وفي جزء آخر غير مخالف للنظام العام ، فإن الجزء المخالف فقط هو الذي لا ينفذ دون تأثير على الجزء الآخر.

ويجب الاعتراف بأن النظام القضائي في كل بلدان العالم متفق على وضع بعض القواعد الإجرائية والتي يعتبرها من النظام العام والتي لا يجوز مخالفتها ، فأغلب النظم القانونية متفقة على ضمان المحاكمة العادلة وتضع لذلك بعض القواعد الإجرائية كالحق في الدفاع والحق في الطعن في الأحكام ، وبالتالي فإن خرق هذه الحقوق ذات البعد العالمي يشكل سببا قويا لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي بحجة مخالفته للنظام العام الإجرائي [1] يتبين لنا من ذلك كله أن قواعد النظام العام تمس صميم المصلحة العليا للمجتمع سواء كانت السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، وأنها تعلو على المصلحة العليا للأفراد والتي لا يجوز لهم أن يخالفوها في أي اتفاق يعقدونه فيما بينهم وحتى لو كانت مصلحتهم الخاصة تتطلب ذلك لذا يجب عليهم أن يضحوا بالمصلحة الخاصة من أجل المصلحة العامة.

إن مفهوم النظام العام شيء نسبي تضيق دائرته أو تتسع تبعًا لدرجة تطور المجتمع وتغلب بعض المذاهب الاجتماعية والاقتصادية فيه، وهي أيضًا تختلف باختلاف الزمان والمكان، فمما كان يعد قبل قرن من الزمان مخالفًا للنظام العام قد لا يعد اليوم مخالفًا له، فالرق والتهريب والاتجار بالمخدرات لم تكن تعد مخالفة للنظام العام في القرن التاسع عشر، أما اليوم فهذه الأمور تعد مخالفة له، كما يختلف مفهوم النظام العام باختلاف المكان أيضًا فما يعد في بلد مخالفًا للنظام العام قد لا يعد كذلك في بلد أخر.

وهكذا نرى أن النظام العام هو شيء نسبي خاضع لقانون التطور، تضيق دائرته وتتسع تبعًا لاختلاف البلاد ولاختلاف درجة تطور كل بلد، ومن ثم لا يمكن وضع قواعد ثابتة يمكن بواسطتها تحديد معنى النظام العام تحديدًا يمكن تطبيقه في كل زمان ومكان.

وعلى أية حال فإنه إذا لم يكن قد تم الاتفاق على وضع تعريف محدد لفكرة النظام العام، فقد اتفق الفقهاء على أن هناك خصائص مميزة للنظام العام تتركز في كونه يعبر عن الحلول الآمرة في النظام القانوني في الدولة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

[1] زرقون نور الدين، تنفيذ السندات الأجنبية،مطبوعة مقدمة لطلبة السنة أولى ماستر، جامعة ورقلة،2013.2014.

كما أن النظام العام هو فكرة نسبية مرنة ومتطورة فضلا عن أنه ينتمي إلى نطاق التفسير القضائي، فالقاضي بوصفه عضوًا في جماعة معينة ويتوافر لديه الإدراك بالخصائص السياسية لفكرة القانون، كما تظهر في هذه الجماعة، بل ويمكن القول :إن القاضي يعي الضمير الكامن للقانون في بلده وروح هذا القانون، أو بعبارة أخرى إن القاضي يعي النظام العام وعيًا صحيحًا.

وأخيرًا فإن النظام العام يتصف بالعمومية، وهذا يعني أن النظام العام الذي تحميه سلطات الضبط الإداري يتعين أن يتصل بمجموعة من أفراد الجمهور وليس بفرد واحد بعينه، ذلك أن النظام العام هو أحد أشكال المصلحة العامة بحيث يجب أن يستهدف النشاط الطبيعي مصلحة عامة لا مصلحة خاصة [1].

## المطلب الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق.

لقد حرمت الشريعة الإسلامية التبني باعتباره بنوة صورية تنطوي على الكذب و الافتراء و تؤدي إلى نتائج وخيمة لاتحمد عقباها، أبرزها الاعتداء على النسب سواء من جهة المتبني من خلال تجريده من لقبه العائلي إدا كان معلوم النسب.أما إدا كان مجهول النسب يعيش في وهم وزور أما من جهة المتبني فيعتدي على نسبه من خلال إقحام شخص أجنبي يشارك الأفراد الأسرة في نسبها و ميراثها، و في التبني كذلك انتهاك للحرمات لما يؤدي إليه من اختلاء فالتبني قد يؤدي إلى إنشاء حقوق لا وجود لها ، فقد يحدث أن يتزوج المتبني من إخوانه من أبيه الأصلي و هو لا يعلم بدلك لانقطاع صلة بهم و هدا الأمر غير جائز .

لكل هده الأنساب حرمت الشريعة الإسلامية التبني تحريما قاطعا و لم ترتب عليه أي أثر من الآثار الشرعية و أبطلت النسب الذي تقوم على أساسه، فالشريعة الإسلامية تقوم على الحق و الصدق و تسعى لتأسيس أسرة تقوم على روابط حقيقية وفقا لقواعد دقيقة ومحكمة، لدلك و سعيا و راء حماية حقوق الأولاد و الأقارب ، و إعمالا لأحكام الشريعة الإسلامية، منعت غالبية التشريعات العربية التبني نظرا لما يؤدي إليه من تزييف للحقائق و نظمت بدلا عنه الكفالة، عند اقتداء بالشريعة الإسلامية التي لم تهمل فئة الأطفال مجهولي النسب بل حرصت على حمايتهم و رعايتهم من خلال ما يعرف بالكفالة ومن تم فيمكن للأسرة الإسلامية أن تظم إليها من هؤلاء الأطفال فترعاه وتسهر على تربيته وتنفق عليه لكن دون أن يترتب على ذلك حقوق البنوة الحقيقية كالميراث والنسب .وهكذا تصون الشريعة الإسلامية هذه الفئة من الأطفال وفي نفس الوقت تحمي الأنساب من الاختلاط وبما أنّ المشرع الجزائري قد عين القانون الذي يحكم التبني، فهذا يعني أنّ على القاضي

[1] طلال ياسين العيسى دراسة قانونية" في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية –المجلد – 25 العدد الأول 2009 المملكة الأردنية الهاشمية. ص،319،ص320.

الرجوع لهذا القانون للإذن بالتبني أو رفضه .فإذا كان قانون جنسية كل الطرفين يسمح بالتبني يأذن به القاضي الجزائري.

أما إذا كان كلا القانونين لا يجيزانه، فإنّ القاضي سيرفض الإذن به .وفي حالة ما إذا منعه قانون أحد الطرفين وأجازه قانون الطرف الآخر فلا شك من رفض القاضي الإذن بالتبني .لكن ما الحلّ إذا كان قانون جنسية كل من الطرفين يجيز التبني لما يكون أحد الطرفين أو كلاهما مسلما؟ هل يأذن القاضي في هذه الحالة بالتبني على أساس أن قانون جنسية كلا الطرفين يسمح به أم يستبعد تطبيق القانونين باسم النظام العام؟.[1]

يرى بعض الفقه المصري أنه إذا كان أحد طرفي علاقة التبني مسلما فإنه لا يجوز الاعتراف في مصر بالتبني ولو كان قانون جنسية الطرف المسلم يجيزه وذلك لتعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية التي يقوم عليها النظام العام في مصر.

إنّ هذا الرأي لقي تأييدا من .القضاء المصري ومن المفروض أن يطبق نفس الحل في الجزائر إذ أنّ المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري تنص على "منع التبني شرعا وقانونا"، والشريعة الإسلامية تطبق على جميع المسلمين بغض النظر عن جنسيتهم ولا يسمح في الدول العربية بتطبيق القانون الأجنبي الذي يجيز التبني بين شخصين .متقاربين في العمر لما يؤدي إليه من خلوة ممنوعة وهذا الأمر يخدش الشعور العام للمسلمين مع الإشارة أنّ هذا الشرط وارد كذلك في القانون الفرنسي الذي يحدد السن الفاصل بين المتبني والمتبنيان ب 15 سنة ويصل الفارق في السن إلى 10 سنة لمن يريد أن يتبنى أطفال شريكه.[2]

إن المشرع الجزائري قد سمح للقاضي بتطبيق القوانين الأجنبية في الجزائر إدا ما أشارت باختصاصها قواعد الإسناد الوطنية ، لكن دلك لا يعني أن المشرع قد فتح الباب على مصراعيه لكل القوانين الأجنبية أيا كان محتواه.

بل ربط تطبيقها بشرط أن لا يكون مضمونها متعارضا مع المبادئ التي جاء في المادة 24 من القانون المدني:"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب نصوص السابقة إدا كانت مخالف للنظام العام أو الآداب في الجزائر"، و عليه فإن على القاضي الجزائري وفقا لنص المادة 24 من القانون المدني لما يجد القانون الأجنبي وفقا لقواعد الإسناد في قانونه مخالفا للنظام العام و الآداب أن يقوم باستبعاده.[3]

---

[1] زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، تلمسان،ص94.

[2] زاير فاطمة الزهراء، المرجع نفسه .ص94.

[3] أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري،دار هومة للطباعة و النشر،دط، الجزء الأول، الجزائر،2005،ص166، ص167.

## المبحث الثاني: الوسائل البديلة والقانون الواجب التطبيق عليها.

إذا كانت الشريعة الإسلامية أغلقت باب التبني فإنها فتحت أبواب أخرى، تضمن حماية أكثر للأطفال ، و دلك ما يعرف بالكفالة ، التي تعد كبديل تضمن حماية أكثر للأطفال و دلك ما يعرف بالكفالة، التي تعد كبديل شرعي للنظام التبني الذي عده الإسلام أمرا محرما مجمعا على تحريمه، لإيجاد بدائل التي ينتظم تحتها دوافعه، و في الوقت نفسه يكون صاحبه مأجورا أجرا عظيما بدلا من احتماله إثما جسيما، فسوف نتناول الكفالة كبديل عن التبني في المطلب الأول وتتضمن الفرع الأول تعريف الكفالة و الفرع الثاني أدلة مشروعية الكفالة، و الفرع الثالث القانون الواجب التطبيق على الكفالة و المطلب الثاني انتقال رعاية الطفل إلى الدولة في الفرع الأول تفسير مبدأ الرعاية البديلة و الفرع الثاني تقييم مبدأ الرعاية البديلة.

### المطلب الأول: الكفالة كبديل شرعي عن التبني.

إن نظام التبني و نظام الكفالة هما من بين الأنظمة التي وجدت من أجل رعاية الطفل و حسن تنشئته و عليه فإن نظام التبني يصلح لرعاية هده الفئة لدى دول سبق و أن أشرنا إليها سابقا سيما الدول الغربية على عكس الدول العربية التي أخدت بنظام الكفالة كبديل شرعي عن التبني تماشيا مع ما فرضته الشريعة الإسلامية.

#### الفرع الأول: تعريف الكفالة.

وفي هذا الصدد نتعرض إلى تعريف الكفالة بمختلف مقاصدها مركّزين على الكفالة بمفهوم قانون الأسرة ويمكن تعريفها بحسب المعنى اللغوي و المعنى الاصطلاحي.

**أولا: التعريف اللغوي للكفالة.**

قال ابن منظور في لسان العرب الكافل العائل، كفله يكفله وكفله إياه، وفي التنزيل العزيز " وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا "،أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها، وقرئ كفلها زكريا أي ضمن القيام بأمرها، وفي الحديث":أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة له ولغيره".[1]

والكافل الضامن، يقال كفل بالمال أي ضمنه، قال ابن الأعرابي: كفيل وكافل وضمين و ضامن بمعنى واحد، و كفلاء جمع كفيل و الأنثى كفيل و يقال في جمع كفيل وتكفل بالشيء ألزمه نفسه و تحمل به،[2] والكفالة: ضم:

[1] محمد زيدان،زيدان،مازن مصباح صباح،أحكام الكفالة بالمال،دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة الأزهر ،غزة سلسلة العلوم الإنسانية،مجلد14، العدد1،ص،383.

[2] محمد بن إبراهيم موسى، نظرية الضمان الشخصي(الكفالة)،وإدارة الثقافة، و النشر بالجامعة،دط،الجزء الأول،المملكة العربية السعودية،1991،ص،138

يقال كفل فلان فلانا بمعنى ضمه غليه.[1] و قد اختلف الفقهاء في اشتقاق الضمان، منهم من قال أنه مشتق من الضمن لأن ذمة الضامن تتضمن الحق ، و منهم من قال أنه مشتق من الضمن لأن ذمة الضامن في ذمة المضمون عنه، و البعض الأخر رأى أنه مشتق من التضمين، و معناه تضمين الدين في ذمة من الدين عليه و انتقدوا من رأوا أن الضمان مشتق من الضم لأن النون أصلية فيه.[2]

وتقول كفلت بالمال و النفس كفلا و كفولا من باب القتل ووردت كذلك من باب قرب و كرم، و اسم الكفالة ، تقول : كفلت فلانا و كفلت به و كفلت عنه، إدا تحملت المال عنه، و تقول: كفلت كدا و أكفلته كدا إدا جعلته كفيلا به، و تقول : تكفلت بالمال إدا التزمت به أو تحملت به، و تقول كفلت الصغير إذ علته و ضمنته من باب قتل، و تقول كفلته الصغير إد ضممته إليه،و هو كفيل بالمال كفيل به للرجل و المرأة على السواء، و قال ابن الأعرابي: يقال في دلك كافل أيضا مثل ضمين و ضامن، وفرق الليث بينهما فقال:ضامن المال كفيل،و العائل كافل.و مثل الكفالة في دلالتها على ضمان الزعامة ، و بابها قتل و تخضع القبالة كسحابة بابها ضرب وقتل و سمع ، و الحمالة ككتابة و بابها ضرب،فيقال هو زعيم المال.[3] هدا..ويلاحظ أن فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة يستعملون في كتبهم الفقهية كلمة"ضمان" بمعنى الكفالة،فهو مشتق من ضمن الشئ تضمينا أي غرمه إياه فاألتزمه.[4] إن الكفالة تلتزم الكفيل باتفاق على المكفول.[5]

**ثانيا: التعريف الاصطلاحي للكفالة.**

أما في الاصطلاح الفقهي ، فلا تكاد تختلف الكفالة في معناها اللغوي، فتأتي عندهم بمعنى الضم و الضمان و المماثلة، فالكفيل ضامن و تتحد ذمتها معا تكون المسؤولية مشتركة بينهما، فتنظم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، للالتزام بالوفاء عند الطلب، و على هدا الأساس تم تعريفها من قبل الفقهاء ومن التعريفات المتقاربة من التعريف اللغوي، فجمع بين الكفالة والضمان و لم يفرقوا بينهما لكنهم أطلقوا عليها مسمى الضمان لا الكفالة، و هم كل من المالكية الدين أطلقوا عليها مسمى الحمالة و الشافعية و الحنابلة إلا أن بعض علماء

[1] أسامة يعقوب الأيوبي،الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة،شهادة ماجستير، غزة،2009.ص10

[2] وداد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، شهادة ماجستير، عقود المسؤولية، بومرداس،2009،ص،8.

[3] علي الحفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة،2000،ص،193.

[4] وهيبة الزحيلي، نظرية الضمان، أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر ، دمشق،1998،ص22.

[5] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية لأسرة(دراسة مقارنة)،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق،تلمسان،2005،ص96.

الشافية فرقوا بين لفظتي الضمان و الكفالة في الاستعمال فأفردوا الضمان بإحضار المال حصرا، و جعلوا الكفالة خاصة بإحضار البدن.[1]

وليس الكفالة سوى عقد من عقود الضمان ، إذ أنها تفرض دينا في ذمة شخص ما، و التزام الكفيل بضمانه، و هي بذاتها علاقة بين الدائن و الكفيل، و يدل تعريفها على أن هناك شخصا ثالث يهمه الأمر، ألا وهو المدين الأصلي ، لأن أحد عناصر العملية ثلاثية هي الكفالة بل هو عنصر أساسي فيها.[2] الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر.[3]

**الفرع الثاني: أدلة مشروعية الكفالة.**

يستدل على مشروعية الكفالة في الفقه الإسلامي بأدلة مستمدة من الوحي الإلهي و ترتيب هده الأدلة على نسق إجابة الصحابي الجليل معاد بن جبل، لرسول الله"ص" عن شعبة عن أبي عون الثقفي، عن الحارث بن عمر و عن رجال من أصحاب معاد:أن رسول الله ًقال" بعث معادا إلى اليمن فقال: كيف نقضي ، فقال: أقضي إما بما في كتاب الله، قال:"قال فإن لم يكن في كتاب الله ؟، قال فبسنة رسول الله، صلى الله عليه وسلم، قال:"فإن لم يكن في سنة رسول الله، "؟قال: اجتهد رأي، قال : الحمد لله الذي وفق رسول الله صلى الله عليه و سلم.

**أولا: الكتاب.**

يستدل على مشروعية الكفالة بآيات كثيرة منها، قال تعالى:" وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ". وجه دلالة من هده الآية تدل على مشروعية الكفالة، فقد جاء في روح المعاني الأولوسي:"... وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا " أي ضمها الله تعالى إليه و جعله كافلا لهاو ضامنا لمصالحها، فالآية تدل على أن الكفالة تأتي بمعنى الضمان:و هو لا يحقق إلا بالضم، قال تعالى: و لمن جاء به حمل بعير و أنا به زعيم"، وجه الدلالة من هده الآية الكريمة تدل على أن الكفالة كانت صحيحة في شرعهم ، و شرع من قبلنا، شرع لنا مالم يظهر نسخة ، أو يرد في شرعنا ما يخالفهم، و لم يرد في

[1] إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي، الكفيل و آثار المترتبة على عقد الكفالة المالية في الشريعة الإسلامية و القانون الإماراتي،ط1، الإمارات،2014ص24.

[2] محمد علي عبده ،عقد الكفالة (دراسة مقارنة)،ط1،منشورات زين الحقوقية، 2005،ص15.

[3] القانون عدد 27 لعام المؤرخ في 4 مارس 1958المتعلق بالولاية العمومية والكفالة وللتبني، الفصل 3ص1

الشريعة مالم يخالف دلك، لأن الحاجة ماسة إليه، و الظاهر هدا التقرير ، فإن التبني " بعث و الناس يتكفلون فأقرهم على ذلك، كما حكم بها الرسول–ص– في قوله: "الزعيم عارم".

**ثانيا: السنة النبوية الشريفة.**

يعد أن يبدأ ما جاء في القرآن الكريم من آيات بينات تدل على مشروعية الكفالة تأتي إلى السنة النبوية الشريفة وهي المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي، وقد جاء في السنة و أحاديث تدل على مشروعية الكفالة نذكر منها ما يلي:

عن أبي أمامة الباهلي–ص– قال: سمعت رسول الله –ص– يقول في الخطبة عام حجة الوداع "العارية مؤذاة،و الزعيم عارم، و الدين مقضي" وجه الدلالة دل هدا الحديث الشريف على مشروعية الكفالة، حيث إن التبني– ص– قد قضى بموجبها وهو العزم ،فذكر دلك على مشروعيتها.

**ثالثا: الإجماع.**

أجمع الفقهاء على صحة الكفالة بمعنى الضمان من عصر الصحابة يومنا هدا من غير نكير من أحد، لما فيه من تفريج الكروب وقضاء مصالح الناس، فكان دلك إجماعا منهم على جواز الكفالة أو الضمان .[1]

**الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الكفالة.**

المشرع الجزائري فقد عرف الكفالة من خلال المادة 116من القانون رقم 11/84 الصادر في 1984/06/09 الذي جرى تعديله و تتميمه بمقتضى الأمر صادر بتاريخ 2005/02/27 على أنها: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقته و تربيته ورعاية كقيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي "ونص على أن الكفالة تثبت أمام المحكمة، أو أمام المؤثق وأن تتم برضا من له أوان، و من المقرر قانونا في التشريع الجزائري أن الكفالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة ولو كان جائزا إثبات الالتزام الأصلي بالبينة.[2]

[1] على محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة و تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط1،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2008 ،ص23،

[2] محمد أشور الولد غير شرعي في القانون المغربي،الحماية و القصور ،مرجع سابق،ص56.

**أولا: شروط الكفالة:**

إن شروط الكفالة تعتمد على عناصر أساسية مكونة لهذا العقد والمتمثلة في شخص الكافل،الشخص المكفول، والجهة المكلفة بإنشاء هذا العقد، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لأول مرة ينص صراحة على إبرام عقد الكفالة إذا كان أحد أطرافها أو طرفيها أجنبيا من قبل القاضي .الداخلي الجزائري وهذا حسب التعديل الجديد الوارد في القانون المدني بمقتضى المادة 13 مكرر 01 .

**1-الشروط الواجب توافرها في الكافل:**

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في مادتيه 117 و118نجدهما حددا شروطا عامة التي يجب على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة إن تتحقق من توافرها فعلى قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة أو الموثق أن يقوم بإجراء تحقيق ويراقب ما إذا توفرت هذه الشروط أم لا، فإذا اتضح للقاضي أو الموثق عدم توفرها في الكافل رفض الطلب أما إذا توفرت هذه الشروط حرر العقد من قبل الجهات السالفة الذكر، وهذه الشروط المطلوبة في الكافل هي :شرط الإسلام، شرط أن يكون عاقلا، شرط القدرة، لكن عمليا القاضي يتحقق من عدة شروط أخرى ضرورية لكن غير واردة في المادتين السالفتين الذكر.

**2-الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري.**

**-شرط الإسلام:**

لقد أوجب قانون الأسرة شرط الإسلام في مادته 118 إذ نص" :يشترط أن يكون الكافل مسلما."يدين بالإسلام حتى يمكنه أن يتكفل بطفل، وأساس ذلك يرجع إلى أن الكافل سيمارس الولاية على نفس المكفول ويتولى كل أموره وعلى ذلك فيجب أن يكون مسلم وذلك لقوله تعالى : **بَشِّرِ الْمُنَافِقِينَ بِأَنَّ لَهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا (138) الَّذِينَ يَتَّخِذُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَيَبْتَغُونَ عِنْدَهُمُ الْعِزَّةَ فَإِنَّ الْعِزَّةَ لِلَّهِ جَمِيعًا** "وقوله تعالى "**:وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا**" .ومادامت الجزائر حسب الدستور ديانتها الإسلام، فإذا وجد أي طفل حديث الولادة فوق أرضها، فإنه يكتسب الجنسية الجزائرية باعتباره مجهول الأبوين أو مجهول الأب ما لم يثبت خلاف دلك. فبذلك اعتبر المشرع الجزائري شرط الإسلام شرطا ضروريا وبالتالي الغير مسلم سواء مسيحي أو يهودي الديانة عندما يقدم طلب كفالة طفل قاصر جزائري يرفض طلبه، وهذا ما يجرى عمليا في المحاكم، إذ انه سبق وإن امرأة من جنسية فرنسية تقدمت بطلب لكفالة طفل قاصر جزائري لكنه رفض طلبها على أساس أنها من جنسية فرنسية، الشيء الذي استخلص معه أنها غير مسلمة، لكن عمليا نجد

عدة أجانب أعلنوا إسلامهم في الجزائر، ووافقت وزارة الشؤون الدينية على ذلك، كما أن شرط الإسلام يجرنا إلى الحديث عن شرط الجنسية إذ هل اشترط المشرع الجزائري. الجنسية في طالب الكفالة أم لا؟."

-بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع سكت على هذا الشرط إذ كان من المفروض النص عليه صراحة مع العلم أن كل من ولد بالجزائر هو جزائري الجنسية ويعتبر ثروة بشرية للبلاد، يجب أن لا نترك الغير ينهبها وعليه يجب أن يكون الكافل جزائري الجنسية .ولو فرضنا أن جزائري الجنسية طلب الكفالة لكن ظاهريا يعرفه العامة بأنه غير مسلم وقدم شهودا أمام القاضي وطلب القاضي شهود للتحقق من ذلك.

-هل القاضي بناءا على شهادة الشهود وبدون أي وثيقة تثبت عدم الإسلام يرفض الطلب؟

نلاحظ نحن أنه مراعاة لمصلحة الطفل والتي يجب على القاضي التحقق منها جيدا أن يرفض الطلب بناءا على سلطته التقديرية في تقدير الوقائع ورعاية لمصلحة الطفل وذلك في غياب شهادة إعلان الإسلام، لأنه إذا رجعنا إلى أحكام الحضانة لوجدناها تلزم الحاضن أن يرعى الولد ويربيه على دين أبيه ، وتسقط إذ أختلت إحدى شروط [1]الحضانة ومن بينها حالة الردة أي الخروج عن الإسلام ، ولكون هذه المسألة تتعلق بالنظام العام وعليه فإنه ما ينطبق على الحضانة ينطبق على الكفالة، إذ حتى ولو كان الكافل جزائري الجنسية وثبتت ردته أو اعتناقه دينا آخر فإن القاضي يرفض الطلب وكذا الأمر بالنسبة للموثق.

**-طالب الكفالة أجنبي الجنسية:**

حسب نص المادة 13 مكرر 01 قانون05 /10 أجاز المشرع للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة وبغض النظر عن دينهم فإن قواعد الإسناد المحددة في المادة السالفة الذكر تستوجب على القاضي فقط مراعاة قانوني مقدم طلب الكفالة والطفل المكفول عند إنشاء العقد وعليه فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانوني الأجانب يجيزا الكفالة، .فإنه بالطبع لا يمكن تحرير عقد الكفالة لأن المادة13 مكرر 1 تلزم القاضي أن يراعي القانونين معا يوم تحرير العقد في حين آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط.

**-شرط العقل:**

لابد أن يكون الكافل عاقلا ،متمتعا بالأهلية الكاملة، أي يجب أن يكون بالغا راشدا غير محجور عليه لسبب الجنون أو العته، لأن المعدوم عقله لا يمكنه التكفل بشخص، لأنه في الأصل لا يمكنه التكفل بشؤونه

[1] علال أمال، التبني و الكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مرجع سابق، ص73.

ويحتاج لمن يرعاه، فلا يمكن أن يرعى غيره وهو ما نصت عليه المادة81 ق.أ.ج وهذه الحالة ظاهرة إذ يمكن التعرف على الشخص طالب الكفالة هل متمتعا بقواه العقلية أم لا ولمن تثبت سلطة تقدير ذلك[1].

هذا الشّرط مفاده أن يكون الكافل قادرا جسديا ومادّيا على التّكفّل بالقاصر. نعني بالقدرة الجسدية عجز يكون الكافل مصابا به يُمكن أن يقف حاج ا ز، كمن له عاهتان، إذ يتعذّر عليه التّعبير عن إ ا ردته بسبب هاتين العاهتين، بينه وبين تكفّله بالقاصر على أحسن وجه".وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في هذا الصّدد بقوله " :ولمّا كان من الثّابت في قضية الحال أنّ الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمّة فإنّ قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها، وهي على هذا الحال قد حادوا على الصّواب وخالفوا القواعد الفقهية. 709 " أمّا القدرة المادية فيقصد الشّرع بها الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يُعقل لطالب الكفالة أن يكون بطّالا وليس له مورد رزق، إذ أنّه عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشّهري للتّحقّق من هذه القدرة، وإلا رُفض الطّلب، مراعاة لمصلحة الطّفل. والشّيء الملاحظ أنّه من المفروض مثل هذه الشّروط المتعلّقة بالوضعية المادّية للكافل أن يُنظِّمها بمقتضى التّشريع ويُبيِّن كيف تثبت هذه الوضعية، هل بشهادة العمل أم كشف الرّواتب، أم السّجلّ التّجاري، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فهناك عدّة إشكالات عملية مطروحة في غياب النّص الشريعي ، مثلا:

-هل يُمكن للهيئات والأشخاص غير الطّبيعيين أن يطلبوا الكفالة؟

-هل يُشترط الفارق في السّنّ بين الكافل والمكفول؟ وكم هذا الفارق؟.

-هل يُشترط في الكافل أن يكون متزوِّجا؟

-هل يُشترط موافقة الزّوج والزّوجة إذا كانا على قيد الحياة؟

هناك من يقول أنّه" إذا أقبل أحد الزّوجين على الكفالة، يتعيّن موافقة الزّوج الآخر. " إنّ هذه الإشكاليات هي عملية يُواجهها المواطن والقاضي يوميا، إذ كان من المفروض النّصّ عليها صراحة في قانون الأسرة حتى يزول الغموض ولا يكون تناقض في التّأويلات بين جهات القضاء الجزائري، وكي تُوفَّر أحسن رعاية للطّفل القاصر.

[1] علال أمال، مرجع نفسه،ص74 .

كما أنّه يُشترط في الكافل أن يكون أمينا على مصالح المكفول المادّية إذا كان له أموال، ومعنوية في الرّعاية الحسنة والمعاملة الطّيبة. كما أنّه من النّاحية العملية، يُشترط أن يكون الطّفل في وسط عائلي متكوِّن من أب وأمّ حتّى يشعر بدفء العائلة التي حُرم منها، وحتّى ينشأ كطفل عاديّ في ظروف عادية.[1]

ومنه نستنتج أن هناك شروط لم يتعرض لها المشرع، وترك غموضا ومنه، الشرط المتعلق بالكافل (رجل و امرأة) ، جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة، الفارق في السن بين الكافل و المكفول، شرط الزواج، شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة إن كانا معا على قيد الحياة.

## المطلب الثاني: انتقال رعاية الطفل إلى الدولة.

سوف نتطرق في هدا المطلب على انتقال رعاية الطفل إلى الدولة و كدا مبدأ الرعاية البديلة للطفل و القانون الواجب التطبيق .إدا فقد الطفل والديه، و لم يجد أسرة تتكفل به ينتقل واجب رعايته إلى الدولة و هدا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 125قانون الأسرة الجزائري": و في حالة وفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بدلك و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاضي إلى الجهة المختصة، و هو ما أكدت عليه المادة 20من اتفاقية الدولية لحقوق الطفل فالأطفال الدين تتراوح أعمارهم بين0 و6 سنوات، يوضعون في ديار الحضانة الموجودة على مستوى الجزائري، و هدا في انتظار كفالتهم في حالة عدم وجود أية عائلة كفيلة، فالأطفال الدين تتراوح أعمارهم ما بين 6إلى19سنة يوضعون في مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة التي تقوم باستقبال وإيواء تربية الأطفال ربائب الدولة هده المؤسسات تضمن إجراءات إدماج أو إعادة إدماج العائلي للطفل:

-بإرجاعه إلى عائلته الأصلية، إدا كان ممكنا.

-بوضعه في عائلة كفيلة.

-بالتكفل بإجراءات الكفالة.[2]

### الفرع الأول: تفسير مبدأ الرعاية البديلة.

لقد ظهر مبدأ الرعاية البديلة في إعلان الأمم المتحدة الصادرة عام 1986 في مادته السابعة عشر و التي تنص على ما يلي:"إدا تعذر إعادة أسرة حاضنة أو متبنية للطفل أو توفير رعاية له على أي نحو ملائم في

[1] علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي دراسة مقارنة،مرجع سابق،ص246،ص247.

[2] خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية،مذكرة ماستر ،تخصص أحوال شخصية،بسكرة،2015،ص،30

بلده الأصلي ، يجوز النظر في التبني خارج البلاد كوسيلة بديلة لتوفير أسرة للطفل" و ظهر أيضا هده المبدأ في المادة 21ب من اتفاقية حقوق الطفل المبرمة سنة 1989 التي نصت على ما يلي ..." تعترف بأن التبني في بلد أخر يمكن اعتباره وسيلة بديلة لرعاية الطفل إدا تعذرت إقامة لدى أسرة حاضنة أو متبنية، أو إدا تعذرت العناية به بأي طريقة ملائمة في وطنه. إن نص هدا المبدأ يعد بالفصل وسيلة لتأكيد على احترام مصلحة الطفل العليا ، و يعتبر النقاش و الجدال المثار حول تفسير مبدأ الرعاية البديلة مشكلة كل العصور بين الدول المستقبلة و التي عادة ما ترجع التبني الدولي و دول المنشأة و تدور نقطة الخلاف حول مسألة الحسم في ماإدا كانت مصلحة الطفل ترتبط بالدولة التي ولد بها(مكان ثقافته و ديانته الخاصة)،أو أن تلك المصلحة في كنف أسرة جديدة أينما كان مكان إقامة هده الأسرة. وفي الرأي المقدم من دولة الأرجنتين في قضية التبني الدولي أعربت نيلي ميثرسكي:مندوبة الأرجنتين عن هدا الرأي قائله، منع تطبيق مبدأ التبني الدولي تماما"ولكن عندما صادقت دولتها على اتفاقية لاهاي كان لابد من توضيح الكثير من المبادئ:".. لا يجب اللجوء إلى التبني الدولي إلا في نهاية المطاف وهنا يتعين دائما وضع كافة الأحكام الواضحة و المحددة لضمان هدا المبدأ..." ومن جانب أخر فلقد اتخدت السلطات الرومانية في نهاية عام 1988القرار بوضع حد لتبني الأطفال الرومانيين من قبل الأجانب .[1]

**الفرع الثاني:تقييم مبدأ الرعاية البديلة.**

أشارت إحدى الدول في أثناء الأعمال التحضيرية للإعلان الصادر عن الأمم المتحدة إلى "عدم وجود أي تدرج أو ترتيب أو تصنيف بين الإعالة الأسرية و التبني على الرغم من أن التبني يمنح الطفل قدرا أكبر من الاستقرار و اندماجا أكثر قانونية في أسرة أو العائلة الجديدة."

ولم تقم اتفاقية حقوق الطفل المبرمة سنة 1989 بالمزيد من التصنيفات و هي ليست مرضية تماما حيث أنها بتفسيرها المتشدد لمبدأ الرعاية البديلة لم تقدم الحماية الأفضل للطفل.

وقد حاولت اتفاقية لاهاي المبرمة سنة 1993معالجة تلك النقطة باتفاق بين الدول على صيغة أكثر مرونة للمبدأ، حيث أعادت التأكيد على ضرورة دراسة "كافة الاحتمالات الإعالة الطفل داخل دولته الأصلية قبل اللجوء إلى التبني إدا ما كان دلك يحقق المصلحة العليا للطفل"،ولكن تلك الاتفاقية في الفقرة الثالثة من المقدمة اعترفت بقيام التبني الدولي بتوفير أسرة دائمة للطفل الذي قد لا يعثر على أسرة له ملائمة له في دولته الأصلية.

[1] أشرف عبد العليم، التبني الدولي و مبدأ احترام مصلحة الطفل ،مرجع سابق ،ص80،ص81

أن اتفاقية لاهاي تتصدى للحل أكثر استقرار و لدلك فهي تفضل التبني الدولي أكثر من الإعالة المؤقتة.[1]

ومنه نستنتج أن مضمون نص 116السالفة الذكر، أن الكافل عند تقديمه لعقد الكفالة يكون في أحسن ظروفه و مهيأ ماديا و معنويا لقيامه يتوفي الرعاية لكاملة لهدا الطفل من نفقة و تربية تماما كما يفعل الأب مع ابنه.

**أولا: الرعاية البديلة في المغرب:**

من أجل تنشئة الطفل المغربي تنشئة سليمة و منسجمة مع تقاليد و خصوصيات المجتمع المغربي ، هناك نوعان من التنظيم المؤسساتي لرعاية الطفولة أولاها تتمثل في مؤسسات الطفولة و ثانيا جمعيات و منظمات رعاية الطفولة و يعالج القانون رقم 01-15 كفالة الأطفال المهملين، و يعني برعاية طفل مجهول النسب من كافة وانب التربية و حماية له ونفقة عليه كما يفعل الأب و لا يترتب على الكفالة حق في النسب ولا في الإرث ، وتحدد مواد القانون الشروط المطلوبة في الأسرة لكفالة الطفل.

في هدا الصدد أوكل المشرع المغربي من خلال المادة رقم 9من قانون رقم 01-15 المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال و الهيئات و المنظمات و الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة المتوفرة على الوسائل المادية و الموارد و القدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال و حسن تربيتهم و تنشئتهم تنشئة إسلامية من خلال كل ما تقدم يتضح أنه يمنع على المؤسسات الخاصة أن تستقبل الأطفال المهملين هدا المنع يسري أيضا على الهيئات و المؤسسات الأجنبية التي لايعترف لها بصفة المنفعة العامة طبقا للمادة 9 من ظهير 15 نوفمبر1985 المنظم لتأسيس الجمعيات بالمغرب.[2]

وينظم القانون 05-14 الصادر عن وزارة التنمية الاجتماعية الأسرة و التضامن ،شروط فتح مؤسسات الرعاية أو تدبيرها و يعرف القانون في مادته 01 الأشخاص الدين هم بحاجة للرعاية الدين يواجهون ظروف صعبة من الذكور و الإناث و تشمل على وجه الخصوص الأطفال المهمشين ، أما التكفل في قصد بع إيواء و إطعام و علاجات ، تتبع اجتماعي وتربوي للمستنفدين من الخدمة و احترام كرامتهم هدا التكفل قد يكون مؤقتا قصير المدى أو كليا أو جزئيا حسب نوع مؤسسة الرعاية الاجتماعية.

[1] أشرف عبد العليم، مرجع نفسه،ص84،ص85.

[2] بدومي عبد الرحمن،التبني و الكفالة في الشريعة و الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق ص 234.

**ثانيا: الرعاية البديلة في تونس:**

يودع الأطفال الدين لا ينتمون في بيئة عائلية تحت رعاية المركز الوطني لحماية الأطفال بهدف التبني و استضافة الأسر لهم، وتعتبر تونس من الدول العربية التي تسمح بالتبني ، و دلك نتيجة للإصلاحات قانون الأحوال الشخصية، وتشرف وزارة شؤون المرأة و الأسرة الأطفال و المسنين على 24 مركزا لإدماج الشباب و الأطفال وتأمين الخدمات لهده الفئة من الأطفال ، و تقوم المنظمات غير الحكومية بدعم هؤلاء الأطفال و تقديم خدماتهم، و تقوم الدولة بدعم من اليونيسيف بتطوير إستراتيجية و وطنية لإدخال حلول بديلة لنظام المؤسسات وتقليل الفترة التي يقضيها الأطفال في تلك المؤسسات.

وتؤكد مديرة بوزارة شؤون المرأة التونسية أنه يقع تسجيل ما بين 1200 و 1500 طفل خارج نظام الزواج الشرعي و القانوني.

ولرعاية الأطفال مجهولي النسب، أحدثت الدولة آليات مختلفة من دور لرعاية الأطفال ، و تقوم جمعية السبيل على التكفل بمجموعة من هده الشريحة و المقدر عددها ب250 طفل ، و تستعد هده الجمعية للتكفل بهؤلاء الأولاد ودلك بتجهيز مبيت ب12 سرير للأطفال مجهولي النسب حديثي الولادة، و تتكفل الدولة التونسي حسب رئيسة هده الجمعية باتخاذ على عاتقها كافة المصاريف المتعلقة بالإيواء و المبيت و الرعاية الكاملة من كافة جوانبها.[1]

[1] بدومي عبد الرحمن، التبني و الكفالة في الشريعة و الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص 235.

## خلاصة الفصـــــــــل الثاني:

ونستخلص في الأخير أن عملية التبني تعد تزييف للحقيقة و لا تجيزه الشريعة الإسلامية كما يعد مخالفا للنظام العام في الجزائر، و خلافا لدلك أوجدت الشريعة الإسلامية الكفالة كبديل شرعي عن التبني ، ولها الأثر الإيجابي داخل المجتمع الجزائري التي لا ذنب لها في هده الوضعية الاجتماعية و النفسية و المأسوية ، و كدا انتقـــال رعايـــة انتقـــال الطفـــل إلـــى الدولـــة كحـــل أمثـــل جـــائز شـــرعا وقانونـــا.

# الخاتمـــــــــــــــة

# خاتمـــــــــــــــــــــــــــة

إن دراستنا للموضوع قادتنا إلى اكتشاف تداخلات متعددة لنظامي التبني والكفالة، ويعتبران من بين الأنظمة التي وجدت من أجل رعاية الطفل وحسن تنشئته، لاسيما الفئة المحرومة من الأبوة والأمومة لسبب ما. كذلك وجدنا أن عملية التبني هي تلفيق للحقيقة، وتزييف لنظم الكون، ومخالفة للقانون الرباني، فالذي يتبنى طفلا فيجعله من صلبه في الحقوق والواجبات إنما هو معتد وكاذب، يريد أن يجعل على الباطل حقا، ومن الحرام حلالا وهو يخالف ما جاءت به الفطرة، فهذا الزور بعينه الذي حرمه الإسلام ونبذه فالشريعة الإسلامية تنهي عن تزييف الأنساب، ولا تقر بالتبني وتحرمه صراحة، لأن الحكمة من تحريمه الحفاظ على الأنساب ومنع اختلاطهم، وكذلك منع التعدي على تركة الغير وهي تنكر بشدة أن الفاحشة طريق لثبوت النسب.

ولما كان تحريمه دينا يرتب الإثم والجزاء يوم القيامة، فإن المشرع الجزائري أخذ بحكم الشريعة الإسلامية في المادة 46 من قانون الأسرة.

لكن بالمقابل هناك دول سبق أن أشرنا إليها لاسيما الدول الغربية يصلح عندها نظام التبني لرعاية الأطفال اليتامى مجهولي النسب أو معلومي النسب، الذين تخلوا عليهم لأي سبب من الأسباب.

خلافا لهذا النظام وحفاظا على الأطفال اليتامى ومجهولي النسب، ندبت الكفالة كحل أمثل وأنجح لحماية هؤلاء الضحايا الأبرياء المحرومين، حماية اجتماعية وإنسانية تضمن تعويضهم بقدر الإمكان على ما يمكن أن يفقدوه من الحنان، ويضمن لهم توفير الرعاية اللازمة، وإعدادهم إعدادا مناسبا لما يستقبلهم من الزمان، فالكفالة بهذه الصورة تعتبر بديلا جائزا وملائما شرعا وقانونا عن التبني، رغم أن الشريعية الإسلامية لم تنص صراحة على الكفالة.

ويعرف التبني أنه من الأنظمة المستهجنة و غير جائزة في مجتمعاتنا العربية عامة و الإسلامية خاصة على عكس ماهو سائد في الدول الغربية التي تعتبره نظام مستحسن و معمول به، رغم ما يرتبه من آثار وخيمة و تنعكس سلبا على المجتمع لانتشار الفساد و اختلاط الأنساب في العائلة الواحدة ودمج الطفل في بيت غير بيته الأصلي و هدا ما يعيق الطريق مستقبله.

ولقد عرفت ظاهرة الزواج في إطار العلاقات غير شرعية مما أدى إلى إنجاب أطفال غير شرعيين و مجهولي النسب و بقاء بلا عائل و يبحثون عن سقف أسرة تفتح لهم باب الإحسان لرعايتهم و حسن تنشئتهم ،

ويلجأ الآباء الدين هم بأمس الحاجة إلى مثل هؤلائي الأبرياء و اللجوء على التبني مثل بعض المجتمعات و التي أوضعت الشريعة الإسلامية لهدا الأخير قيودا محكمة و حرمته.

ولا نقاش في أن الأطفال هم ثروة الأمة و مصدر قوتها ،وقيام بواجب استخلاف الإنسان لله عز و جل في الأرض و عمارتها بالخير و الصلاح، و قد اهتم الإسلام بالأطفال و رغب في إنجابهم و أسس لهم أسس تنظم حياتهم و توفر لهم الأمن و السكينة و حرص على رعايتهم و حمايتهم وتوفير حياة كريمة مع أسرهم.

فسعى أيضا المجتمع الدولي لعدة محاولات للدفاع عن حقوق الطفل وصيانتها من خلال العديد من الاتفاقيات لأجل الحفاظ على هويته و شخصيته و ليس هناك أصعب من أن يجهل الطفل كإنسان أهم شئ في حياته و هو نسبه و ذاته ولا يعرف أمه أو أبوه.

وبناءا على هدا قمنا باستخلاص بعض النتائج التي نلخصها في ما يلي:

## النتائج والتوصيات:

-حرمت الشريعة الإسلامية باعتباره بنوة صورية غير حقيقية نتائجها وخيمة ولا يحمد عقباها.

-أن عملية التبني هي إستلحاق أو نسب ولد مجهول الأبوين مع علمه أنه ولد غيره، فهي تزييف للواقع.

-الشريعة الإسلامية تحرم هدا الفعل و تعتبره من المعاصي ،لأن الحكمة من تحريمه الحفاظ على الأنساب و حمايتها من اختلاط.

-إن أغلب البلدان العربية سلكت طريق الشريعة الإسلامية فهي تمنع نظام التبني إلا أن هناك من البلدان العربية التي تجيزه وفقا لشروط و ترتب عليه آثار كدولة تونس.

-أن المشرع الجزائري حذا حذو الشريعة الإسلامية في نظره للتبني و دلك وفقا للمادة 46 من قانون الأسرة.

-أن القانون الواجب لتطبيق على شروط انعقاد التبني هو جنسية المتبني و المتبنى و القانون الواجب التطبيق على آثاره هو قانون المتبني وحده.

-ضرورة حصول على التبني بعقد رسمي و أمام المحكمة، وأن التبني يتم وفقا شروط.

-خلافا لهدا النظام و ضعت الكفالة كبديل شرعي أمثل عن التبني لحماية هؤلائي الأطفال الأبرياء من الضياع والتشتت و هدا البديل جائز شرعا و قانونا.

-نظام التبني قائم ،يعمل على إحداث تغير جدري في المنظومة الأسرية إذ يؤدي إلى المساس بالمبادئ التي يقوم عليها نظام الوراثة و كدا الاختلاط في الأنساب فالطفل المتبنى يصبح أخا دون أن يكون هناك علاقة عائلية قائمة بمعنى الشرعي و القانوني .

-أن نظام انتقال رعاية الطفل إلى الدولة يعد كذلك بديل عن التبني ويرى مصلحة الأطفال فيحضى باهتمام بالغ من الدولة، بدل العائلة الأسرية.

وفي الأخير يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد سلك أحسن الطرق من خلال منع نظام التبني وأخذ بحكم الشريعة الإسلامية، و خلافا لهدا النظام وضعت لكفالة كحل أمثل لهؤلائي الضحايا، فالكفالة بهده الصورة تعتبر بديلا جائز و ملائما شرعا وقانونا عن التبني.

# قائمة المراجـــــــــــع

# قائمة المصادر و المراجع:

**أولا: قائمة المصادر:**

-القرآن الكريم.

**-اتفاقيات:**

-اتفاقية لاهاي مبرمة سنة،1993

-اتفاقية حقوق الطفل المبرمة سنة،1989.

-اتفاقية 15 نوفمبر 1965 الخاصة بالاختصاص والقانون الواجب تطبيقه والاعتراف بالقرارات المتعلقة بالتبني.

**-قوانين و مراسيم:**

-قانون 11يوليو1966 المعدل بالقانون الصادر في8 يناير 1993.

-القانون عدد 27 لعام المؤرخ في 4 مارس 1958المتعلق بالولاية العمومية والكفالة وللتبني، الفصل 3.

-القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20رمضان عام 1395الموافق 26سبتمبر سنة 1975 المتضمن قانون المدني المعدل و المتمم سنة 2007.

-قانون05-10 المؤرخ في 13جمادى الأولى 1426 الموافق ل 20جوان2005 المعدل و المتمم للقانون المدني.

-القانون رقم84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم،سنة2007.

-القانون رقم 16-01 المؤرخ في 02 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 8 مارس 2016

**ثانيا:قائمة المراجع:**

**1-الكتب:**

1-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص،علما و عملا،،ط1،الجزائر،2010.

2-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص،مطبعة الفسيلة،الدويرة،ط2،جزء الأول،سنة 2008.

3-أحمد عبد الكريم سلامة،الأصول التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية، القاهر،2008.

4-أمين حسين يونس، أثر الزاني في مسائل الأحوال الشخصية،ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،2010.

5-أعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري،دار هومة للطباعة و النشر، الجزء الأول، الجزائر،2005.

6-أشرف عبد العليم الرفاعي ، التبني الدولي و مبدأ احترام مصلحة حقوق الطفل، دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي، دط،2011.

7-إبراهيم أحمد إبراهيم،قانون الدولي الخاص ، عين الشمس،1997.

8-إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي، الكفيل و آثار المترتبة على عقد الكفالة المالية في الشريعة الإسلامية والقانون الإماراتي،ط1، الإمارات،2014.

9-حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر و التوزيع،ط2،عمان،1997.

10-حسن حسن منصور ، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية ، مطبعة سامي، مجلد2،إسكندرية،2001.

11-مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ،مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب،2008

12-يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، مكتبة وهيبة، ط22، القاهرة،1997.

13-محمد بن إبراهيم موسى، نظرية الضمان الشخصي(الكفالة)،وإدارة الثقافة، و النشر بالجامعة ،الجزء الأول، المملكة العربية السعودية.

14-محمود وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،(دراسة مقارنة مقارنة)،دار الثقافة للنشر والتوزيع،،ط1، عمان،2009.

15-محمد مصطفى الشلبي ، أحكام الوصايا و الأوقاف ، دار الجامعية للطباعة و النشر، طبعة 4، بيروت،1986.

16-محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1.

17-عبد الله بن ناصر بن عبد الله السرحان، فضل كفالة اليتيم ، المملكة العربية السعودية، 1421

18-عبد لوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار القلم للنشر و لتوزيع، كويت 1990.

19-علي الحفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة،2000.

20-على محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة و تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط1،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2008 .

21-صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص ، الجنسية و تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ط1،إسكندرية،2008.

22-غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص،كتاب الأول في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، و تنفيذ لأحكام الأجنبية، ط4،دار وائل للنشر،عمان2005.

23-وهيبة الزحيلي،نظرية الضمان،أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي،دراسة مقارنة،دار الفكر، دمشق،1998.

24-مهند أحمد الصانوري ، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين ، ط1،دار وائل للنشر و التوزيع، عمان،2011.

**2-البحوث والرسائل الجامعية:**

**-باللغة العربية:**

1- أسامة يعقوب الأيوبي،الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة،شهادة ماجستير، غزة،2009.

2- بودومي عبد الرحمن، التبني و الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة ، أطروحة دكتوراه، قسم قانون الخاص، الجزائر، 2016.

3- بوعشة عقيلة، الكفالة في القانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، المعهد الوطني للقضاء مديرية التربصات،دفعة الثانية عشر،2004-2001.

4- وداد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي،دراسة مقارنة، شهادة ماجستير، عقود المسؤولية، بومرداس،2009.

5- زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، تلمسان.

6- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية لأسرة(دراسة مقارنة)،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق،تلمسان،2005.

7- محمد أشو، الولد غير الشرعي في القانون المغربي الحماية و القصور،رسالة ماستر، مكناس،2013.

8-علال برزوق آمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي ،دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، تلمسان،2015.

9- علال آمال ، التبني و الكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي)، مذكرة ماجستير،حقوق،قانون لأسرة، تلمسان،2009.

10- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، شهادة ماجستير،قانون خاص ، الجزائر،2007.

11- رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص ، شهادة ماجستير،تلمسان،2011.

12-خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية،مذكرة ماستر،تخصص أحوال شخصية،بسكرة،2015،ص،30.

**-باللغة الفرنسية:**

1-Houhou Yamina, Thèse La Kafala En Droit Algérien Et Ses Effets En Droit français, doctorat en sciences juridiques, université de Pau et pays de L'Adour,2014.

**3-مقالات ومجلات:**

1- أسامة الحموي، التبني و مشكلة اللقاط وأسباب ثبوت النسب( دراسة فقهية اجتماعية، مقارنة)، مجلة جمعة دمشق الاقتصادية و القانونية، مجلد 23،عدد2دمشق ،2007.

2- فواز إسماعيل محمد ، التبني و بدائله، مقالة بالمجلة كلية العلوم الإسلامية العدد الثالث عشر، مجلد السابع،2013.

3- محمد زيدان، زيدان، مازن مصباح صباح، أحكام الكفالة بالمال، دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة الأزهر، غزة سلسلة العلوم الإنسانية، مجلد14، العدد1.

**4-محاضرات:**

1- د مالكي محمد الأخضر، قانون الدولي الخاص، محاضرة1، المركز الجامعي خنشلة،23/11/2006 .

# الفـــــــــــــــــهرس

# فهرس الموضوعات :

**مقدمة .....أ**

**الفصل الأول: الإطار القانوني للتبني في القانون الدولي الخاص الجزائري.....7**

**المبحث الأول: تعريف التبني بين الفقه و القوانين المقارنة.....8**

**المطلب الأول: تعريف التبني .....8**

**الفرع الأول: تعريف اللغوي للتبني.....8**

**الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للتبني.....9**

**المطلب الثاني: التبني من منظور الشريعة الإسلامية.....11**

**الفرع الأول: التحريم بالكتاب.....11**

**الفرع الثاني:التحريم بالسنة النبوية الشريفة.....12**

**الفرع الثالث:بدائل التبني في الشريعة الإسلامية.....12**

**أولا: كفالة اليتيم.....13**

**ثانيا: الهبة .....13**

**ثالثا:الوصية.....14**

**الفرع الرابع : نظام التبني في القانون المقارن.....14**

**المبحث الثاني:. : القواعد الناظمة للتبني في القانون الدولي الخاص الجزائري المادة 13مكرر1.....16**

**المطلب الأول:القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد التبني .....17**

**أولا:مضمون الفكرة لمسندة بشأن الشروط الموضوعية للتبني.....20**

**المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على آثار التبني.....20**

**الفصل الثاني: واقع التعامل القانوني مع التبني في الجزائر.....27**

**المبحث الأول: التبني و النظام العام.....28**

**المطلب الأول: أساس الدفع بالنظام العام.....28**

**المطلب الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق.....32**

**المبحث الثاني: الوسائل البديلة و القانون الواجب التطبيق عليها.....34**

**المطلب الأول:الكفالة كبديل شرعي عن التبني.....34**

**الفرع الأول: تعريف الكفالة.....34**

**أولا: التعريف اللغوي للكفالة .....34**

**ثانيا: التعريف الاصطلاحي للكفالة.....35**

**الفرع الثاني:أدلة مشروعية الكفالة.....36**

**أولا: الكتاب.....36**

**ثانيا: السنة النبوية الشريفة.....37**

**ثالثا: الإجماع.....37**

**الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق الكفالة. .....37**

**أولا :شروط الكفالة.....38**

**1- الشروط الواجب توافرها في الكافل.....38**

**2- الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري .....38**

**-شرط الإسلام.....39**

**-طالب الكفالة أجنبي الجنسية.....39**

**-شرط العقل.....39**

**المطلب الثاني: انتقال رعاية الطفل إلى الدولة.....41**

**الفرع الأول: تفسير مبدأ الرعاية البديلة.....41**

**الفرع الثاني: تقييم مبدأ الرعاية البديلة. .....42**

**أولا: الرعاية البديلة في المغرب.....43**

**ثانيا الرعاية البديلة في تونس.....44**

**خاتمة .....47**

**قائمة المراجع و المصادر.....51**

**الفهرس.....56**

**ملخص.....60**

# الملخـــــــــــــــــــص

**ملخص:**

يشير فقهاء القانون الدولي الخاص إلى أن التبني في مفهومه القانوني نظام يهدف إلى وضع الطفل المتبني في مركز يقترب من مركز الطفل الشرعي، كما أنه يؤثر في الميراث .لهذا فهو محرّم بالكتاب والسنّة والإجماع لما يحدثه من خلط في الأنساب وانتهاك للحرمات، وأن موضوع التبني الذي غالبا ما يتسم بالطابع الدولي نظرا لاختلاف جنسية المتبني والمتبنى تتفق غالبية التشريعات العربية على عدم إجازته تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية فهده الأخيرة تحرمه تحريما قاطعا نظرا لما يؤدي إليه من نتائج سلبية على الأسرة و المجتمع ككل .

**الكلمات المفتاحية:**

التبني، الكفالة، البنوة الطبيعية، الولد غير شرعي، مجهول النسب، النظام العام، الرعاية لبديلة.

**Résumé:**

Les spécialistes du droit international privé fait référence à la notion d'adoption dans le système juridique visant à adopter des enfants au centre l'approche du statut centre enfant légitime , car elle affecte L'héritage. C'est interdé Qur'an et la Sunna et le consensus de ce qui a cause la confusion dans la généalogie et la violation de la sainteté , et que le sujet de l'adoption ,qui est souvent caractérisée par la nature internationale en raison de la nationalité différente de l'adoptant et adopte d'accord la majorité de la législation arabe ne pas son congé conformément aux dispositions de la loi islamique anathème interdit donné catégoriquement l'initiative de lui conséquences négatives pour la famille et la société dans son ensemble.

**Mots-clés:**

Adoption, le parrainage, la filiation naturelle, l'enfant est filiation illégitime, inconnu, ordre public, aux soins de remplacement.

**Abstract:**

The scholars of private international law point out that adoption in its legal sense is a system aimed at placing the adoptive child in a position that is close to that of the legitimate child and also affects the inheritance. Therefore, it is haram in the Qur'an and Sunnah and the consensus on what it causes in terms of mixing in the genealogy and violation of the sanctities, and that the subject of adoption, which is often international in nature because of the different nationality of the adopter and the adaptor, most Arab legislations agree not to allow him to apply the provisions of Islamic law. Have negative consequences for the family and society as a whole.

**key words**:

Adoption, sponsorship, natural filiation, illegitimate child, unknown descent, public order, alternative care.