التبني بين منع النظام العام وإباحة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)

Adoption between prohibiting public order and allowing the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)

تاريخ استلام المقال: 2023/11/28 تاريخ قبول المقال للنشر: 2024/05/12 تاريخ نشر المقال: **2024/06/30**

ط.د/ سالم مبروكي*[1]، أ.د/ عبد الهادي بن زيطة [2]

1- جامعة أدرار- مخبر القانون والمجتمع، (الجزائر)، meb.salem@univ-adrar.edu.dz

2- جامعة أدرار- مخبر القانون والمجتمع، (الجزائر)، benzita.abdelhadi@univ-adrar.edu.dz

الملخص:

يعتبر القاضي ركيزة من بين الركائز يقوم عليها النظام العام، لذلك أولاه المشرع أهمية بالغة من خلال السلطة التقديرية التي منحه أياها مستعملاً في ذلك النظام العام كسلاح بيده لحماية دولته وسيادتها وصيانة مصلحتها العليا، من خلال الدور الإستبعادي للقوانين الأجنبية من التطبيق على إقليم دولته إذا كانت مخالفة للنظام العام، ومنها التبني الذي تأرجح فيه موقف المشرع الجزائري بقبوله كنظام في تشريعاته موافقة للاتفاقيات والصكوك الدولية في ظل العلاقات الدولية الخاصة ذات العنصر الأجنبي (النظام العام الدولي)، ورفضه من خلال نص المادة(46) من قانون الأسرة الجزائري باسم النظام العام الداخلي و حماية للشعور العام للمجتمع الجزائري.

الكلمات المفتاحية : التبني، النظام العام، النسب، الإقرار، الرعاية الاجتماعية، الكفالة، المصلحة الفضلى.

Abstract:

The judge is considered as one of the pillars on which the public order is based, so the legislator gave him great importance through the discretionary power he granted him, using that public order as a weapon in his hand to protect his country and its sovereignty and preserve its supreme interest, through the exclusionary role of foreign laws from applying to the territory of his country if it was a violation of public order, including adoption, in which the position of the Algerian legislator fluctuated by accepting it as a system in its legislation in accordance with international agreements and instruments in light of private international relations with a foreign element (international public order), and rejecting it through the text of Article (46) of the Algerian Family Code in the name of public order. Internal and protection of the general feeling of Algerian society.

Keywords : adoption, public order, lineage, approval, social care, sponsorship, best interest.

* **سالم مبروكي**

مقدمة:

يعتبر النسب أثر من أثار النكاح ودعامةً قويةً تقوم عليها الأسرة التي تعد اللبنة الأساسية لبناء المجتمعات، فجاءت الشريعة الإسلامية لصيانته وحمايته ودعت إلى ذلك ، وحرمت التبني الذي كان موجود في الجاهلية وحرمه الإسلام بنصوص وأحكام قطعية لا تقبل التأويل، وتحريمه من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة، بنصوص آمرة لا تقبل المخالفة ، وهي من النظام العام الشرعي، قال تعالى مخاطباً نبيه محمد صل الله عليه وسلم في الأية 05 من سورة الأحزاب " ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ " ، وقال صلى الله عليه وسلم:" من أدعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام" متفق عليه.

والشريعة الإسلامية الغراء شريعةُ عدلٍ وانصاف، أقامتَ العلاقات بين الناس على أسسٍ متينة ومبادئ قويمة لا تقبل التزوير والتحريف لكي تستقيم حياتهم ويعيشون في أمن وسلام، أمنين على أنفسهم وأعراضهم وأموالهم وأنسابهم، ويتخذون النظام الاجتماعي المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية دستورًا ومنهج حياة، بعيداً عن الممارسات والعادات المخالفة للفطرة الإسلامية التي فطرهم الله عليها، ومنها عادة التبني الذي اعترفت به الأنظمة الغربية القديمة منها والحديثة وقَنَنَتْهُ، واعتبرته نظاماً، بعد إنْ كان عادةً في العصر الجاهلي بسبب فساد عقيدتهم، كما قال رجاء العطاردي " كنا في الجاهلية إذا لم نجد حجراً جمعنا حفنة من التراب فحلبنا عليها ثم طفنا بها، فكيف يستقيم عقل يجمع التراب أو يقطع قطعة من حجر يجعله معبود يطوف به أطراف النهار وزلفاً من الليل."

وتعتبر أحكام الاسرة هي الأرضية الخصبة للنظام العام باعتبارها أحكاما شرعية تُعَبِر عن عقيدة الإنسان وهويته فهي تنظِم حرية الأفراد وتضبطها بما يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية، حيث يمنع النظام العام التبني، وهو ما لا يتفق مع أحكام المادة(16) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي جعلت من التبني حقاً يستوي فيه الرجل والمرأة على حدٍ سواء.

ونظام التبني عرف منذ الجاهلية وجاء الإسلام وأبطله، كما أبطل كل العادات التي على شاكلته كوأد البنات وحرمانهم من الميراث، فكان الميراث حق للرجل الذي يحمل السيف ويدافع عن القبيلة، ولا حق للمرأة فيه.

وما زالت التشريعات الغربية تهتم بموضوع التبني اهتماماً كبيراً سواءً على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، بحجة رعاية فئة الأطفال مجهولي النسب من يتامى وضحايا جرائم الزنا والاغتصاب، وتوفير الجو العائلي والاجتماعي لهم من أجل تنشئة اجتماعيةٍ وأخلاقية، وحمايةً لهم من الضياع والتشرد، وما ينجم عنه من أضرار يتحمل وزرها وأثارها المجتمع، فقد يصيرون عالةً وقيمةً مضافة لعالم الإجرام والانحراف.

ومما يستدل به أن التبني وجد عند العرب قبل الإسلام قوله تعالى " وَقَالَتِ امْرَأَتُ فِرْعَوْنَ قُرَّتُ عَيْنٍ لِي وَلَكَ لَا تَقْتُلُوهُ عَسَى أَنْ يَنْفَعَنَا أَوْ نَتَّخِذَهُ وَلَدًا وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ " الآية 06 من سورة القصص.

وترجع أهمية البحث إلى التطرق إلى التعارض الصريح في النصوص القانونية المنظمة لنظام التبني، حيث جاءت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري صريحةً على حرمة التبني، عملاً بأحكام الشريعة

الإسلامية، وحمايةً لرابطة النسب التي تعد من المقاصد التي جاءت الشريعة الإسلامية لحمايتها باعتبارها من النظام العام الشرعي، وكذلك قانون الحالة المدنية، وقانون الإجراءات المدنية، والقانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقوانين والذي نص في مضمون المادة الأولى منه على أن الشريعة الإسلامية من مصادر التشريع .

ومما دفعني إلى البحث في هذا الموضوع هو معالجة مسألة التبني في التشريع الجزائري، في ضوء الإشكالية الآتية: فيما يتمثل موقف المشرع الجزائري من هذه المواد القانونية التي تتأرجح بين التحريم والإجازة للتبني؟ وهل تعتبر المادة 13مكرر 2/1 من القانون المدني الجزائري كدليل على أن المشرع الجزائري يَعْتَرِف بالتبني، أم أنها مجرد مسايرةً منه وتأثراً بالتشريعات التي تقره وتجيزه سواءً لإنشاء بنوة مصطنعة، أو لحماية الحقوق المكتسبة الناشئة في ظل النزاعات الدولية ذات العنصر الأجنبي.

تهدف هذه الدراسة إلى الإحاطة بنظام التبني من حيث التطور التاريخي له، وعلاقته ببعض الأنظمة المشابهة له، التي تعتبر كبدائل شرعية وقانونية له تؤدي نفس الغرض، وكذا تأثير الاتفاقيات الدولية التي تنص على مبدأ المساواة بين الجنسين في حق التبني، ومدى انعكاسها على أحكام ومقومات الأسرة.

وعليه ارتأيت أن أعالج في هذا المقال أسباب التعارض الواقع بين هذه النصوص القانونية، وما الأسباب والدواعي الدافعة إلى الاعتراف بالتبني وإقراره، والدور الذي يلعبه، النظام العام في حماية الأنساب وصيانتها .

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي لنظام التبني

سنتطرق في هذا المطلب إلى مدلول التبني لدى اللغويين والاصطلاحيين، والإشارة إلى بعض المفاهيم المشابهة له، والتطور التاريخي لنظام التبني، وفي الأخير إلى الأحكام الشرعية القطعية بصفتها الأمرة كأساس لتحريم التبني.

الفرع الأول: تعريف التبني وبعض المصطلحات ذات الصلة

أ- المدلول اللغوي للتبني: من بني جمع ابن مضافاً الى النفس، و يقال: تبنيته أي ادعيت بنوته، وتبناه أي اتخذه ابناً، و قال الزجاج: التبني به يريد تبناه، و في حديث أبا حذيفة: إنه تبنى سالمًا، أي اتخذه ابنا له. [1]

ب- المدلول الاصطلاحي : هو أن ينسب شخصاً لنفسه طفلاً يعرف يقيناً أن ولد غيره أو مجهول النسب ، فينسبه إلى نفسه كنسب الابن الصحيح، وله كل الحقوق التي تثبت للابن الشرعي ويثبت له كل ما تثبته أحكام البنوة للأبن الصلبي، فالتبني ينشأ علاقة أبوية غير شرعية بين الكافل والمكفول غير حقيقة ويستفيد بها المكفول من حقوق كالميراث والنفقة.[2]

[1] ابن منظور الافريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، ط2 ، دار صادر، بيروت، مجلد 14، ص 91

[2] عبد الحميد شاهين، حكم التبني في الاسلام ، مجلة الأزهر،العدد2، القاهرة،1964،ص586.

- المصطلحات ذات الصلة بالتبني:

اتفقت معظم التشريعات العربية والإسلامية على تحريم التبني انطلاقاً من التشريعات الأُسرية المنبثقة من أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبار أن أحكام وتشريعات الأسرة هي الأرضية الخصبة للنظام العام، وهي المصدر الأصلي للأحوال الشخصية، فأتت الشريعة الإسلامية، والتشريعات العربية ببدائل شرعية بديلة عن التبني كالكفالة والإقرار بالنسب، والطفولة المسعفة.

01- الكفالة:

- **تعريفها لغة:** مصدر كفَلَ وكفُلَ كَفَالَة: ضَمَانَة، ومعنى الكَفَالَة التعهد والتحمل عن الآخرين ومنها كفالة اليتيم: وهي ضم اليتيم والإنفاق عليه والقيام بمصالحه وشؤونه[1]،

والكفالة أمر مشروع دل عليه القرآن الكريم قال تعالى " وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّآ[2]

نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، في المواد من 116الى 125.

فالكفالة في نظر المشرع الجزائري حسب ما جاء في المادة 116 من قانون الاسرة الجزائري" هي التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي"[3].

وعليه تعتبر الكفالة بديل شرعي وقانوني للقيام برعاية طفل قاصر سواء كان معلوم النسب كاليتيم الذي توفى أبويه أو له أم معلومة وأب مجهول، أو مجهول النسب كاللقيط .

والكفالة بمعناها الشرعي والقانوني أحد طرق الرعاية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية لتحقيق مقاصد وغايات لهذه الفئة، وتوفير جو عائلي للمكفول يعيش في أحضانه، وهذا لا يعني انتساب المكفول لعائلة الكافل، فيظل الطفل المكفول إذا كان معلوم النسب محتفظاً باسمه ولقبه العائلي مستفيداً بذلك من كل حقوقه كحقه في الميراث.

للكفالة خصائص نستشفها من النصوص المنظمة لها في أحكام قانون الأسرة الجزائري وهي:

01- الكفالة التزام تبرعي تقوم برضا الكافل، لا عوض فيها ولا مقابل حسب ما نصت عليه أحكام المادة (116) من قانون الأسرة الجزائري.

02- الكفالة عقد شرعي وقانوني أمام المحكمة أو الموثق، وبرضا الأبوين إذا كان معلوم النسب، المادة (117) من قانون الأسرة الجزائري، أما مجهول النسب فتتم كفالته بموجب أمر ولائي صادر عن قاضي شؤون الأسرة بناءً على طالب الكفالة، كما أن التنازل عن عقد الكفالة كذلك يتم أمام الجهة التي أقرتها وفقاً لنص المادة (125) من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] معجم المعاني الجامع ، https://www.almaany.com

[2] الآية 37 من سورة آل عمران، رواية ورش.

[3] القانون 84-11المؤرخ في 09جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05—02 مؤرخ في فبراير 2005م، ج.ر رقم15

وتعتبر الكفالة إطار من الأطر الحمائية التي أقرها المشرع الجزائري للمكفول من الاستغلال من الغير، وذلك عن طريق حماية ذمته المالية بإدارة أمواله وممتلكاته إذا كانت له أموال، وكل ما يكتسبه من ميراث أو وصيةٍ أو هبة، فيبقى الكافل مسؤولاً عنها، وله حق إدارتها وحمايتها كإدارة الرجل الحريص لماله وممتلكاته[1] .

02- الإقرار بالنسب:

هو اعتراف الأب أو الأم وإقراره بأن ابناً ما ابنه، وخاصةً إذا كان هذا الابن مجهول الأب، ويعتبر الإقرار بالبنوة وسيلة لأثبات النسب وإظهاره، على عكس التبني الذي يعتبر وسيلة لإنشاء النسب، كما ينشأ الاقرار بالنسب للابن المقر له جميع الحقوق التي للابن الشرعي من ميراث ونفقة وحضانة، أما التبني فمحرم شرعاً ولا تثبت به حقوق للطفل المتبنى[2].

كما أن التبني يقع على معلوم النسب أو مجهوله، أما الاقرار بالنسب فلا يقع إلا على مجهول النسب.

03- الطفولة المسعفة: ويقصد بها الأطفال المحرومين من الرعاية الأسرية، الذين لا عائل لهم ولا مأوى من اللقطاء والأيتام والأطفال الشرعيين وغير الشرعيين، حيث تتولى الدولة رعايتهم وايداعهم في مراكز إيواء للتكفل بهم منذ الولادة إلى غاية بلوغهم سن الرشد[3].

وتتمثل مؤسسات الطفولة المسعفة في هيئات عمومية تضعها الدولة هدفها التكفل بهذه الفئة المحرومة ورعايتهم وفق نظام داخلي، وتقديم كافة الخدمات الاجتماعية والأخلاقية والتربوية والاقتصادية وإعادة إدماجهم.

الفرع الثاني: التطور التاريخي لنظام التبني:

يعد التبني من عادات المجتمع الجاهلي قبل الإسلام، وهو تبني الأبناء الذين لا يعرف لهم أباء (كاللقطاء)، وقد يعرفون بآبائهم (كأبناء الأسرى والسبايا) فكان الرجل إذا أعجبه أحد هؤلاء ذكراً أو أنثى تبناه، وأنزله منزلة الابن الحقيقي الصلبي، له كامل الحقوق التي للابن الشرعي ، وكان أكثر الناس لُجُوءً للتبني هو الرجل العقيم استجابةً لغريزة حب الأولاد والتناسل والتكاثر[4] .

---

[1] تنص المادة 122من قانون الاسرة الجزائري" يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول".

[2] خالدي صفاء هاجر التبني بين التحريم الشرعي و القانوني والاعتراف بصحته وإقرار أثاره في قواعد الاسناد، مجلة المعيار، المجلد،27،العدد01، ص310.

[3] يعقوب بوحبلية، د/عبد الحليم بوشكيوة، المعوقات القانونية والإشكالات العملية لرعاية الطفل في مؤسسات الطفولة المسعفة، مداخلة ألقيت بملتقى وطني الموسوم بـ :مراكز الطفولة المسعفة في الجزائر الواقع والمأمول بتاريخ:2021/06/02 بجامعة قسنطينة1، ص07

[4] د/ فريد عبد الله الفهد العجلان، التبني قبل الاسلام، مجلة كلية اللغة العربية بأسيوط، المجلد03، العدد35، 2016، ص2133.

وفي السنة الخامسة للهجرة أبطل الله تعالى عادة التبني لحكمة يعلمها سبحانه، ولتحقيق مقاصد وغايات سامية منها بناء الأسر والمجتمعات على أُسسٍ وعلاقات طبيعية حقيقيةٍ، بروابط سليمة لا غموض فيها ولا تزوير، وأعاد النسب الى روابطه الطبيعية كرابطة الدم والابوة والبنوة الواقعية[1].

ويشير ابن خلدون في مقدمته إلى أن النظام الأسري الجاهلي لم يهتم بالأنساب، فانتشرت ظاهرة اختلاط الانتساب بين القبائل بسبب القرابة أو الولاء، أو بداعي الخوف والفرار من قوم لجنايةٍ أصابهم بها، أو تعدٍ عليهم، فيدعي نسب قبيلة أخرى، وَيعتِبرُ نفسه منهم طلباً للحماية، فلم يكن بين القبائل نظام يحكمهم، بل كانت كل قبيلة يرأسها كبيرها، ويدينون له بالولاء والطاعة باعتباره رئيس القبيلة، يحتكمون إليه في الفصل في النزاعات التي تقع بين أفراد القبيلة، ويمثلهم في الخصومات والنزاعات التي تقع بينهم وبين القبائل الأخرى.[2]

فحرم الإسلام التبني تحريماً قطعياً، فلم يتدرج الشارع في تحريمه كما فعل في الخمر، بل أنزل فيه بياناً شافياً، قال تعالى" ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ" وهذا ما يدل على فظاعته وتعارضه مع أنبل ما يتشرف به الانسان ويعتز به وهو النسب .

وقد ظل الإسلام معترفاً بالتبني، وعلى إثْرِه تبنى رسول الله زيد بن حارثة، قبل نزول آية التحريم وكان سبياً فاشتراه حكيم بن حزام بن خويلد، ووهبه لعمته خديجة زوج النبي صل الله عليه وسلم، وهي بدورها وهبته للنبي صل الله عليه وسلم، وَلُقِبَ بزيد ابن محمد ، وقد بحث عنه أبوه ووجده في بيت النبوة وَخَيَّرَه رسول الله بين البقاء معه، أو الرجوع الى أهله، واختار البقاء والإقامة في بيت النبوة، وقال فيه النبي صلى الله عليه وسلم " يا معشر قريش اشهدوا انه ابني أرثه ويرثني" وكان أولُ من أمن من الموالي، حتى نزلت آية تحريم التبني تحريماً صريحاً، وقد تزوج النبي من زينب بنت جحش وهي طليقة زيد بن حارثة تأكيداً ونفياً للتبني وإبطاله[3].

وقد انتشرت ظاهرة التبني حتى في المجتمعات اليونانية والرومانية والبابلية، وكان لجوء هذه المجتمعات للتبني لتحقيق غايات ومقاصد دنيوية، أما الشرائع السماوية فقد أجمعت على تحريمه ولم تقر به حمايةً للأنساب والمحافظة عليها من الإفتراء والكذب.

وتوعد الشارع كل من ساهم في إقامة التبني وساعد عليه بالعذاب الأخروي، فعاتب الآباء الذين ينكرون أبنائهم، وما فيه من محاذير شرعية تمس بشرف الابن وأُمه ، كما أمر النساء بالمحافظة على ميثاق الزوجية، وصيانة شرفها وشرف زوجها، ولا تنسب له ما ليس له، قال رسول الله صل الله عليه وسلم

---

[1] شادية الصادق الحسن حكم التبني في الاسلام، دورية البحوث والعلوم الاسلامية، العدد04، 2021، ص02

[2] عبد الرحمن ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، تحقيق عبد الله محمد الدرويش،ط03، دار يعرب دمشق، 2004،ص259.

[3] د/يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة،1997،ط22،ص197.

" أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الاولين والاخرين"[1]

وتوعد الأبناء الذين ينتسبون لغير آبائهم وحرم عليهم جنته قال رسول الله صل الله عليه وسلم: من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير ابيه فالجنة عليه حرام"[2] متفق عليه.

الفرع الثالث: الأحكام الشرعية القطعية لتحريم التبني أساس للنظام العام

تنقسم الأحكام الشرعية عند الفقهاء الأصوليين إلى أحكام شرعية قطعية الثبوت والدلالة لامجال للاجتهاد فيها، هي بمثابة أحكام أمرة تتمثلُ في حق الله، شُرعت لتحقيق مصالح ومقاصد شرعية ،وأحكام متغيرة تتغير تبعاً لتغير الزمان والمكان والحال، وهي مجال للاجتهاد فيها، ومن بين هذه الأحكام القطعية حرمة التبني الذي نصت عليه نصوص قرآنية وحديثية صريحة، منها قوله تعالى في كتابه " ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَ لَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا"[3].

وقد نصت تفاسير كثيرة لعلماء التفسير على أن الأمر كان جائز قبل الإسلام فَيَدعي الرجل الأبناء الأجانب عنه، ويجعلهم مثل الأبناء الصليبيين فجاءت الآية ناسخة لما كان في الجاهلية، ورد الأدعياء إلى أباءهم الحقيقيين، فإن لم يعرفوا أباءهم فهم إخوانهم في الدين وعوضاً لهم عما فاتهم من النسب وهذا لعدل الشريعة وقسطها وتحقيقها للمقاصد التي شرعت لأجلها[4]

والظاهر من سياق الآية السابقة الذكر أنها جاءت على سبيل الأمر، والأصل في الأوامر عند الأصوليين أنها تفيد الوجوب، وقد ذهب جمهور الفقهاء من غير مخالف على حرمة التبني تحريمًا جازماً قطعياً، ويعتبر مخالفا للنظام العام الشرعي المعبر عنه بحق الله، وهو تعدٍ على حرمات الله، ومخالفة لأمرٍ معلوم من الدين بالضرورة، إلا ما وقع على وجه الخطأ من غير عمد، كل هذا بعد الاجتهاد والسعي من الوصول إلى النسب الحقيقي فيما إذا نسبتم أحد إلى غير أبيه الحقيقي ، وقوله صلى الله عليه وسلم " من ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً"[5].

---

[1] محمد بن عبد الوهاب، كتاب الكبائر، حققه اسماعيل الانصاري، المركز الاسلامي للطباعة والنشر، الاهرام، بدون سنة النشر ، بدون بلد النشر،ص37.

[2] الامام ابي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، دار ابن كثير، دمشق بيروت،2007، ص500.

[3] الآية 05 من سورة الاحزاب، رواية ورش

[4] أحمد شاكر، عمدة التفسير عن الحافظ ابن كثير، مختصر تفسير القراءن العظيم،الجزء03، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ص29-30.

[5] محمد بن عبد الوهاب، المرجع السابق،ص36.

فتعتبر الأحكام القطعية بمثابة ضوابط شرعية وقواعد أمرة من النظام الشرعي الأسري الأبدي، جاءت لحماية الأسرة وصيانتها، واستقرار المجتمع وأمنه، فبينت موانع النكاح المؤبدة، والتي منها النسب وحرمت التبني، وأقرت بدائل كثيرة تؤدي نفس الغرض، كنظام الكفالة أو الحضانة وغيرها من البدائل، كل هذه الاحكام بمثابة دعائم وعوامل لبناء الأسرة التي تعتبر الخلية الاساسية لبناء المجتمعات.

أ/ الأساس القانوني لتحريم التبني:

تناول المشرع الجزائري كغيره من المشرعين نظام التبني في نصوص قانونية مختلفة منها :

- المادة 34 من قانون الحالة المدنية «يتعرض كل شخص ذكر في العقد ولم تكن تصريحاتها حقيقية للعقوبات المنصوص عليها في المادة217من قانون العقوبات" – المادة 217 من قانون العقوبات الجزائري " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500إلى 1.000دينار كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف العمومي بتقرير يعلم أنه غير مطابق للحقيقة. ومع ذلك فإنه يستفيد من العذر المعفي بالشروط المنصوص عليها في المادة 52 كل من أدلى بوصفه شاهدا أمام الموظف العمومي بإقرار غير مطابق للحقيقة ثم عدل عنه قبل أن يترتب على استعمال المحرر أي ضرر للغير وقبل أن يكون هو نفسه موضوعا للتحقيق[1] "
- وأشار المشرع الجزائري في الفقرة من المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] إلى عدم جواز أو منع تنفيذ الأحكام الاجنبية الصادرة عن جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري في حالة كونها مخالفة للنظام العام والأدب العامة .
- وتعتبر المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري هي أساس التحريم حيث جاء في مضمونها على حرمة التبني شرعاً وقانوناً.
- ويعتبر التحفظ الذي أبدته الدولة الجزائرية على بعض المواد في اتفاقية سيداو، ومنها المادة 16 التي تجيز التبني وتعتبره حق يتساوى فيه الرجل والمرأة.
- وقد قضت المحكمة العليا إلى أن الالتزام بالتخلي عن الطفل يعد تصرف مخالف للنظام العام، حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ:1987/01/26 فصلاً في الطعن رقم 44571، وقد جاء فيه" المبدأ: من المقرر قانوناً أنه إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين للنظام العام والأداب كان العقد باطلاً، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن أساس دعوى الطاعنة يتعلق بالتخلي لها نهائيا عن البنت دون أن توجد أية

[1] القانون رقم14-08 مؤرخ في 09-08-214 يعدل ويتمم الامر رقم 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 المتعلق بالحالة المدنية.

[2] قانون08-09 مؤرخ في:2008/02/25المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم22-13 المؤرخ في 28يوليو2022(ج.رج ج) عدد(48)،2022

قرابة سواءً منها النسبية أو بالمصاهرة تربطها بأبوي البنت، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإرجاع البنت إلى والديها قد طبقوا صحيح القانون[1] ".

ب/ أسباب ودواعي التحريم:

تعتبر الشريعة الإسلامية شريعة إلهية جاءت لتحقيق مقاصد وغايات منها المحافظة على الأنساب، ويعتبر النسب من الحقوق الشرعية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية لحمايتها والمحافظة عليها، وهو ينبثق من أحدى الكليات الخمس وهو حفظ العرض، لذلك لما حرمت الشريعة الإسلامية التبني مراعيةً في ذلك حكمة شرعية، فجاء التحريم صريحاً وبأحكام قطعية الثبوت والدلالة لامجال للاجتهاد فيها، وتتجلى أسباب التحريم فيما يلي:

01- المساس بحقوق الأبناء والورثة:

وكما سبق القول أن النسب حق من الحقوق النبي تثبت للأبناء الشرعيين الناجمين عن علاقة زواج صحيح، كالرعاية المادية والمعنوية، والحضانة، والنفقة، فينتسب الأبناء إلى أبيهم وهو عز وشرف لهم يذكرون به ،وإضراراً بأنصبتهم في الميراث، وهو يعتبر أكل لأموال الناس بالباطل، وتثبت له حقوق الإبن الشرعي.

وقد يكون التبني سبب من أسباب حرمان الورثة الأصليين من حقهم في الميراث، وقد يكون حيلة مقصودة من الإنسان قصد الإضرار بأخوانه في الميراث، مما يوقع بينهم العداوة والبغضاء، وعليه فنظام التبني سيكون دافعاً للكيد والتباغض بين أفراد الأسرة لأنه يقوم على الماديات، كما كان يزعمه الجاهلية في قولهم " ترثني أرثك ،دمي دمك ، هدمي هدمك" [2].

كما أن فيه أكلاً لأموال الناس بالباطل بغير وجه حق، ظلماً وبهتاناً قال تعالى وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[3] .

02- التبني مدعاة للتعدي على الحرمات وانتهاكها:

فالأصل أن الابن المتبنىَ يعتبر أجنبياً عن بنات المتبني وعن زوجته، فهو في الواقع يأخذ منزلة الغريب وهو شخص دخيل لا تربطه بهم قرابة، ويحرم عليه النظر إليهم، والدخول عليهم، والجلوس معهم، والنظر إلى عوراتهم، فالتبني دافع إلى الخلوة والاختلاط بأجنبيات عليه، وفيه مخالفة لمقاصد شرعية جاءت الشريعة الاسلامية لتحقيقها وهي حفظ العرض، وحفظ أسرار البيوت، فالتبني مِعْوَل هدم لنظام الأسرة ومقوماتها.

---

[1] المجلة القضائية، العدد02، 1995،ص99

[2] عاكف ابراهيم أيتام يازر، التبني واحكامه في الفقه الاسلامي والقوانين المعاصرة رسالة ماجستير،كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة ال البيت،(2005-2004) ،ص54

[3] الاية 188 سورة البقرة ، رواية ورش

03- التبني مساس بالنسب باعتباره أحد الكليات الخمس التي جاءت الشريعة الإسلامية لحفظها:

يمس التبني بأقدسَ رابطة وهي رابطة النسب التي تعبر عن انتماء الفرد وعن أصوله الأسرية، فالنسَب شرف يتشرف به الإنسان وفخر وعز، وهو أساس بناء شخصية الإنسان، فالتبني يهدم كل القيم النبيلة وداعٍ للقيم الرذيلة التي نهت عنها الشريعة الإسلامية كالاختلاط، والزنا وفساد النسل وضياعه.

04- التبني كذب وتزوير:

يعتبر التبني كذب وتزوير، لما فيه من خدش للمرؤة وتزوير للحقائق ومساس بالثقة وزعزعتها بين أفراد الاسرة والمجتمع ككل، وإظهارها على غير حقيقتها وإخلال بروابط القرابة الحقيقية. [1]

المطلب الثاني: أثر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) على النظام العام

وقبل التطرق إلى أثر اتفاقية سيداو على النظام العام ومقتضياته، نشير بداية إلى تعريفها وأبعادها في النقطة الأولى، وخطرها على النظام العام في أحكام الأسرة في النقطة الثانية.

الفرع الاول: إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وأبعادها:

تعريف اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة – سيداو:

تعتبر اتفاقية سيداو أولى المخططات الدولية المتعلقة بالمرأة التي دعت الى عدم التفرقة بين الرجال والنساء، ويعود أصل هذه الاتفاقية الى معاهدة حقوق المرأة السياسية عام 1952 حيث تبنتها الأمم المتحدة، و أعدت إعلاناً خاصاً بالتعاون مع اللجنة الخاصة بوضع المرأة واللجنة الفرعية الثالثة من الجمعية العامة للأمم المتحدة. وتمت الموافقة على الإعلان بالإجماع من الجمعية العامة للأمم المتحدة، ولم يكن الإعلان يكتسي الصفة الإلزامية حيث كان ينص في جيع مواده على المساواة بين الجنسين ونبذ كل ما من شأنه التمييز بينهما[2].

02-أبعاد إتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز العنصري ضد المرأة وخطرها على النظام العام في أحكام الاسرة:

يعتبر مبدأ عدم التمييز بين الجنسين في نظر فقهاء الغرب وخاصة الحقوقيين منهم من القواعد الأمرة الدولية التي دعت لها الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية المدافعة عن حقوق الانسان والتي لا يجب مخالفتها، وتعتبر اتفاقية سيداو بمثابة إعلان عالمي لحقوق المرأة، وإلغاء كافة أنواع التمييز بينها وبين الرجل، واعتبرت التمييز بمثابة مساس بمبد أ المساواة في الحقوق، باعتبارها عضو فعال في بناء المجتمع

[1] نورالدين بوسهوة، مسائل الاحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقتها بالنظام العام، مداخلة ألقيت بملتقى وطني حول تنازع القوانين بتاريخ :23و24 افريل 2014، بجامعة بجامعة عبدالرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص299.

[2] محمد الطلافحة والآء البوريني، قراءة في اتفاقية سيداو، المجلة الأدرنية في الدراسات الإسلامية، المجلد09، العدد04، 3013، ص232

في كافة المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، بحيث يختلف دور المرأة الكلاسيكي النمطي المجسد في الأدوار المنزلية المتمثلة في الإنجاب وتربية الأولاد، والقيام بشؤون الزواج إلى الدور الريادي الحديث في مساواة الرجل ومقاسمته في جميع أمور الحياة، حيث نصت المادة الخامسة على ضرورة تغيير الأنماط الاجتماعية، وتجاوز الأدوار التقليدية للجنسين، وركزت في المواد (14، 15، 16)،على ضرورة تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في المسائل المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية والولاية والوصاية والقوامة والتبني[1].

وعليه فتهدف الاتفاقية سواءً بموجب القانون، أو بموجب الاتفاق بين الدول الأطراف في جميع المجالات السياسية و الاقتصادية والاجتماعية إلى الاعتراف بجميع مظاهر المساواة بين الجنسين من وجهة نظر قانونية، واتخاد كافة التدابير اللازمة لتجسيدها على المستوى الدستوري والتشريعي، ومدى تطبيقها على أرض الواقع، وهو مظهر تؤكد عليه الأمم المتحدة وتعتبره أمراً ملزماً لجميع الدول الأطراف بمقتضى ميثاق الأمم المتحدة والمواثيق الدولية الاخرى[2].

الفرع الثاني: مدى تعارض أحكام قانون الأسرة الجزائري ومبدأ المساواة بين الجنسين بخصوص نظام التبني

تعتبر أحكام قانون الأسرة ذات طبيعة موضوعية، وبالرجوع إلى مضامين أحكام قانون الأسرة الجزائري بنص صريح في تحريم التبني تنص المادة 46 منه " يحرم التبني شرعاً وقانوناً"

وبما أن حكام قانون الأسرة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وهي المصدر المادي لأحكام الأسرة، بل أن المشرع الجزائري ترك المجال واسعاً لقاضي شؤون الأسرة في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة، بالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية دون أن يلزمه بمرجعية فقهية معينة، بل وحسناً فعل المشرع، فترك المجال واسعاً للقاضي، حتى يتمكن من استنباط الأحكام التي تخدم الأسرة وتحقق مصلحتها وحمايتها باعتبارها اللبنة الأساسية لبناء المجتمعات .

وعليه فقد وردت نصوص قرآنية وحديثية تحرم التبني تحريماً قطعياً، واعتبرته عمل من أعمال الجاهلية التي حرمها الله لما فيه من تزوير للحقائق، ومخالفة للمبادئ والقيم النبيلة التي فطرت عليها النفس البشرية من خلال النسب المصطنع، وما ينتج عنه من أثار وخيمة، كضياع الحقوق واختلاط الأنساب وتزويرها

---

[1] الجريد الرسمية الجزائرية، عدد6،تاريخ:1996/01/24،ص04،تحوي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة عام 1979.التي تتضمن انضمام الجزائر للاتفافية

[2] حميدة علي جابر، التحفظ على اتفاقية سيداو (الدول العربية نمودجاً)، مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والإجتماع، العدد54، يوليو، 2020، ص103.

وانتهاك المحرمات ، كما أنه يمس بالشعور العام للمجتمعات المسلمة ومخالفته للقيم والمبادئ الاسلامية ذات الصلة بهوية الإنسان المنبثقة من عقيدته [1].

كّرس الاجتهاد القضائي الجزائري هذا الأمر بقرار صادر عن المحكة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ :1995/05/02 ملف رقم 103232، وقد جاء فيه المبدأ: "من المقرر قانوناً أن التبني ممنوعاً شرعاً وقانوناً، وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة" حيث انحصر طلب الطاعنين الحاليين في إبطال التبني الذي أقامه المرحوم(ط، ن) فإن قضاة الموضوع عندما ناقشوا الدعوى وكأنها تتعلق بنفي النسب، وطبقوا قاعدة الواد للفراش، فإنهم قد أسأوا التكييف مما ينجر عنه نقض قرارهم بذون إحالة "، كما أن الطاعنون أبناء عمومة الهالك والحكم الابتدائي قضى بإزالة اللقب من عقد ميلاد الولد المتبنى[2].

ومن جهة أخرى تنص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 16 الفقرة (د) : تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

(د) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفى جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول.

وتتجسد الجهود الدولية والإفريقية في التبني وإقراره في أغلب الأنظمة الغربية، إلى الاهتمام بالطفل الذي يعتبر هو أساس التبني، بداية من إعلان جنيف عام1924، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948الذي نص في المادة السادسة منه" الاعتراف بالشخصية القانونية لكل انسان أينما وجد"

ومن بين الصكوك الدولية التي نادت بحقوق الطفل منها:

01- اتفاقية حقوق الطفل عام 1989:

تعتبر اتفاقية حقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي تم اعتمادها وعرضها للتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة25/44المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 ويعتبر تاريخ 02 سبتمبر 1990 تاريخ بدء نفادها، وهي من بين الصكوك الدولية التي اهتمت بنظام التبني وركزت عليه من خلال مواد الاتفاقية، واعتبرت مسؤولية الوالدين تجاه الطفل كبيرة وأن من حق الطفل معرفة والديه وتلقي رعايتهما (المادة 7من الاتفاقية).

[1] أ/ حمادي عبد الفتاح، ألية الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية، التبني والإنفصال الجسماني أنموذجاً جامعة المسيلة، مجلة التراث، المجلد02،العدد26، ص177.

[2] المجلة القضائية، العدد02، 1995،ص99.

كما أشارت الاتفاقية في مضامينها إلى حق الطفل في النسب، فيقع على عاتق الدول الأطراف صيانة حق الطفل في الحفاظ على هويته وشخصيته، وكل الحقوق اللصيقة به كالاسم واللقب والجنسية وكل اعتداء على هذه الحقوق يعتبر حرمان له من إثبات هويته .[1]

وتعتبر الاتفاقية بمثابة ترجمة حقيقية لحقوق الطفل، فنصت المادة 21 من الاتفاقية " تضمن الدول التي تقر و/أو تجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول والقيام بما يلي:

(أ) – تضمن ألا تُصرِح بتبني الطفل إلا السلطات المختصة التي تحدد وفقاً للقوانين والإجراءات المعمول بها، وعلى أساس أن المعلومات ذات الصلة الموثوق بها أن التبني جائز نظراً لحالة الطفل فيما يتعلق بالوالدين والأقارب والأوصياء القانونيين وأن الأشخاص المعنيين عند الاقتضاء قد أعطوا عن علم موافقتهم على التبني على أساس حصولهم على ما قد يلزم من المشورة.

(ب)– تعترف بأن التبني في بلد آخر يمكن اعتباره وسيلة بديلة لرعاية الطفل، إذا تعذرت إقامة الطفل لدي أسرة حاضنة أو متبنية، أو إذا تعذرت العناية به بأي طريقة ملائمة في وطنه.

(جـ)– تضمن بالنسبة للتبني في بلد آخر، أن يستفيد الطفل من ضمانات ومعايير تعادل تلك القائمة فيما يتعلق بالتبني الوطني.

(د)– تتخذ جميع التدابير المناسبة أي تضمن بالنسبة للتبني في بلد آخر، أن عملية التبني لا تعود على أولئك المشاركين فيها بكسب مالي غير مشروع.

(و) – تعزز عند الاقتضاء أهداف هذه المادة بعقد ترتيبات أو اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف، وتسعى، في هذا الإطار، إلى ضمان أن يكون تبني الطفل في بلد آخر من خلال السلطات أو الهيئات المختصة".

وتعد الدولة الجزائرية من بين الدول التي اهتمت بشريحة الأطفال، وصادقت على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل عام(1989)[2] ، باعتبار أن هذه الفئة تمثل شريحة هامة في المجتمع الجزائري، تحتاج إلى قدر كبير من العناية والحماية، وقد جسد المشرع الجزائري ذلك بِسنِهِ لقانون حماية الطفل في الجزائر عام (2015)[3].

[1] المادة 06 من اتفاقية حقوق الطفل 1989

[2] صادقت الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل 1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92– 461 بتاريخ: 1992/12/19 (ج.ر،ج.ز عدد 91)، بتاريخ 1992/12/23.

[3] القانون رقم 15–12 المؤرخ في 15 يوليو2015 (ج.رج.ج) عدد(39)، مؤرخ في 19 يونيو2015يتعلق بحماية الطفل.

وتعتبر الجزائر من بين الدول الرافضة لنظام الأسرة البديلة[1]، أو ما يسمى بنظام تبني الأطفال الذي أصبح من بين القضايا الدولية التي أقرته أغلب الدول الغربية، حيث تسعى دائما من أجل وضع الطفل المجهول النسب في مركز قانوني مماثل لمركز الطفل البيولوجي.

واختلفت مواقف الدول العربية المسلمة بين مؤيد ومعارض، كالمشرع المصري مثلاً حيث اعتنى بالأطفال المحرومين عن طريق نظام الأسرة البديلة، وحدد الفئات التي تستفيد من هذا النظام كاللقطاء وأبناء الزنا، والأطفال أصحاب السوابق القضائية، وكذا المشردين الذين لا مأوى لهم، والأطفال المرضى عقلياً المتواجدين بمصحات الأمراض العقلية [2] .

وعلى غراره تطرق المشرع المغربي لمسألة الطفولة المسعفة، فلقد اهتم اهتماماً كبيراً في أغلب تشريعاته (كالتشريع الدستوري والجنائي ومدونة الأسرة)، وأمَر بوضعهم تحت رقابة وكفالة مؤسسات الرعاية الاجتماعية المخصصة سواءً كانت حكومية أو خاصة، ذات طابع اجتماعي مؤهلة لرعاية الأطفال وِفْقَ قيم وأخلاق الدين الإسلامي، وتقديم كافة العناية والخدمة لهم في حالة العثور عليهم مع ضرورة إبلاغ رجال الأمن بذلك، وقد أولى المشرع المغربي القاضي دور كبير في توفير حماية قضائية لهذه الفئة[3]

أما المشرع التونسي فقد أجاز نظام التبني بلغةٍ صريحةٍ وسنّه، في تشريعاته أُسوة بالتشريعات الغربية، وأعطى للطفل المتبنى نفس حقوق الابن الشرعي، كالميراث، وحق النسب[4]، وكل الأثار القانونية الناجمة عن البنوة الحقيقية، كحق الولاية، والحضانة ،وحسن المعاملة، وتوفير الحماية اللازمة وكل ما من شأنه أن يساهم في تنشئته تنشئة سليمة.[5]

وأتى كذلك بأطر حمائية أخرى كالولاية العامة والكفالة، ووضع الأطفال لدى العائلات، وهي أطر تتشابه من حيث دورها الوظيفي المتمثل في حماية الأطفال فاقدي السند العائلي، وتأمين حياتهم في ضوء

---

[1] يعتبر نظام الأسرة البديلة أو الأسرة الحاضنة أحد طرق الرعاية الاجتماعية للأطفال مجهولي النسب أو الأيتام والذين لم تتمكن أسرهم احتوائهم ورعايتهم بسبب الفقر أو المرض أو الموت ، فتحتضنه أسرة ما فيعيش الطفل داخل في كنف هذه الأسرة فيكتسب من قيمها وأخلاقها ما يساعده على تكوين شخصية سوية متزنة، وهو أحد طرق التنشئة الاجتماعية التي تساعد الطفل على النمو النفسي والفيزيولوجي الصحي والسليم ، وهو نظام يختلف عن نظام التبني الذي يكتسب بموجبه المتبنى لقب العائلة، ويكتسب كل الحقوق التي للابن الصلبي أما الطفل في ظل نظام الاسرة البديلة يعد أجنبياً عن العائلة الكافلة (أنظر عبد الله بن ناصر أطفال بلا أسر– دار الفكر العربي، بيروت،1990،ص09).

[2] فاطمة أحمد زيدان تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2008، ص117

[3] حيزوم بدر الدين مرغني، العروسي حاقة، نظام إدارة دور رعاية الطفولة المسعفة في التشريعات العربية المقارنة، دفاتر البحوث العلمية، المجل د08، العدد01،2020، ص89.

[4] أ/ يقرو خالدية، إشكالية الاسرة البديلة ضمن التحديات المعاصرة للأسرة المسلمة في التشريعات العربية (نظام الاسرة المتبنية نموذجا)، دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد 08، العدد01،2017، ص01و02

[5] أ/ عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الاسرية، رسالة الماجستير المتخصص في حقوق الطفل تونس مثالاً ،طلبة الحقوق والعلوم السياسية لجامعة اللبنانية (2006،2005)،ص80

التكافل والتعاون الاجتماعي من طرف هيئات عمومية تقوم بتوفير جو عائلي له، سواء ضمن عائلة تقوم باحتضانه، أو داخل مؤسسة إيوائية تؤمن له حياةً طبيعيةً وعيش كريم.[1]

02- الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل 1990:

في الفصل المتعلق بحقوق وواجبات الطفل باعتباره الحلقة الأضعف داخل الأسرة، وأحد الأوجه الحمائية الأسرية والمجتمعية على حد سواء، حيث نصت على أحكام التبني، ومراعاة مصلحة الطفل الفضلى في المادة (24) من الاتفاقية.[2]

وعليه وبالنظر إلى جميع الأحكام المتعلقة بحقوق الطفل في الاتفاقيات الدولية والإقليمية أكدت أغلبها على المصلحة الفضلى للطفل، أو المصلحة العليا للطفل، واعتبرتها من النظام العام، كما أشارت أغلب التشريعات العربية، في مسائل الحضانة، على القاضي أن يسندها بناءً على سلطته التقديرية في مراعاة مصلحة المحضون، وأشار المشرع الجزائري إلى ذلك في مواد عديدة منها المادة(64-65-67-69) من قانون الأسرة الجزائري[3].

وتعتبر اتفاقية حقوق الطفل1989 التي تلقت ترحيباً دولياً كبيراً، فصادق عليها ما يفوق 193 دولة هي أول من تبنت مفهوم " المصلحة الفضلى للطفل "، وهو مصطلح حديث النشأة وشامل لكل ما يخص الطفل، وتبنته بعدها التشريعات الداخلية والدولية والإقليمية، يمتاز بالمرونة، ووصفه "جان زرماتن" رئيس لجنة حقوق الطفل إلى غاية 2013، إلى أن " المصلحة الفضلى للطفل مفهوم قانوني حديث النشأة، غامض المضمون ومتعدد الوظائف، لذلك يتم فحصها بالنظر إلى كل نقطة على حدى من خلال السوابق القضائية أكثر مما يتم تفسيرها بشكل منهجي.[4]

الفرع الثالث: مدى انعكاس المادة 13مكرر1 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري على مضمون المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 13 مكرر1: يسري على صحة الكفالة قانون جنسية الكفيل والمكفول وقت إجرائها ويسري على أثارها قانون جنسية الكفيل

---

[1] والي عبد اللطيف، الحماية القانونية لحقوق الطفل، دراسة مقارنة (الجزائر، تونس، المغرب)، ، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الجزائر 01 يوسف بن خدة ص106.

[2] بدأ العمل بالميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل في 1999/11/29، وانضمت الجزائر له في 2003/07/08، ج،ر رقم (41)،بتاريخ:2003/07/09.

[3] القانون 84-11المؤرخ في 09جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05—02 مؤرخ في فبراير 2005م، ج.ر رقم15.

[4] رزيوي هوارية، قاسم العيد عبد القادر المصلحة الفضلى للطفل في قضاء الأحداث، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد08،العدد01،ماي2022،ص458.

وتطبق نفس الاحكام على التبني[1] "

نص المشرع الجزائري في مضمون المادة (22) من القانون المدني الجزائري على أنه في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية .

و يطبق القانون الجزائري الذي إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تللك الدولة، وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الاقامة.

وعليه بالرجوع الى أحكام المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني السالف الذكر، نرى أن المشرع أسند قضايا التبني ذات العنصر الاجنبي الى معيار الجنسية، فيراعي فيها جنسية الطرفين.

أما بخصوص مضمون المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري فجاءت لتحقيق غاية وهي محاربة تغيير وتزوير الأنساب وما ينجم عنه من أضرار و أخطارها التعدي على حوق الغير، وهي من القواعد الآمرة التي لا تقبل المخالفة من قبل الأفراد ويترتب على مخالفتها بطلان التصرف.

وعليه تعتبر المادة 13مكرر 02/01 قد كرست التبني تكريساً قانونيًا وشرعته، في ظل العلاقات الدولية الخاصة، أو ما يعرف بالتبني الدولي، حيث جاء في مضمون المادة 2/22 من القانون المدني الجزائري التي أقرت تطبيق الجنسية الجزائرية إذا كان المتبني يحمل عدة جنسيات منها الجزائرية[2].

وهذا يعتبر مسايرة من المشرع الجزائري لباقي التشريعات العربية بخصوص القانون الواجب التطبيق على التبني وأثاره، ويظل منع التبني المنصوص عليه في المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري يخص الجزائريين ولا يمتد لغيرهم، وهي تدخل ضمن النظام العام الوطني.

وعليه فالمتمعن في أحكام المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري جاءت تكريساً وحمايةً للقواعد الدستورية التي نص عليها المؤسس الدستوري في نص المادة 02 من الدستور الجزائري " الإسلام دين الدولة"[3]، وكذلك باعتبار أن القانون المدني هو الشريعة العامة للقوانين، وأن الشريعة الإسلامية أحد المصادر التشريعية، حيث نص في مادته الأولى " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه

---

[1] – القانون رقم75–05، المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428الموافق ل13مايو2007، المعدل والمتمم بالأمر رقم75–58 المؤرخ في 20 رمضان1395الموافق ل26 سبتمبر1975،المتضمن القانون المدني(ج ر)عدد(78)

[2] محمودي فاطمة، تعارض المادة 13 مكرر1 الفقرة 02 من القانون المدني مع النظام العام الوطني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد06، جوان ،2017، ص189.

[3] القانون رقم 16–01، المؤرخ في 06 مارس 2016 ،(ج ر، رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016) المعدل بموجب (ج ر، رقم 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020)،المتضمن القانون الدستوري.

في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، وإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"[1].

-أما من حيث مضمونها فجاءت كقاعدة عامة تخص الجزائريين والأجانب المقيمين على إقليمها وكانت قوانين دولتهم تجيز لهم التبني، فلا يحق لهم عقد تبني في الجزائر أمام الجهات المختصة بذلك، ولا المطالبة به أمام القاضي الجزائري. فبموجب التعديل الذي مس القانون المدني الجزائري وإباحته للتبني ضمنياً بشروط في الفصل الثاني المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان، وعلى صحة التبني وانعقاده الى جنسية الطرفين المتبني والمتبنىَ وقت إجرائه.

وتعتبر المادة 13مكرر1 من القانون المدني كسلاح في يد القاضي الوطني يستند إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق واستبعاد القانون الأجنبي بإسم النظام العام قدر الإمكان حسب الحالات التالية :

01- حالة كون القانون الوطني للطرفين طالب التبني والمتبنى لا يجيزان التبني، فالقاضي الجزائري يرفض التبني ابتداء بحجة أن القانون الوطني للطرفين لا يجيزه.

02- أما إذا كان قانون جنسية الطرفين يجيز التبني فالقاضي الجزائري ملزم بإبرام عقد التبني .

03 – وفي حالة ما إذا كان القانون الوطني لطالب التبني يجيز التبني، وقانون جنسية المتبنىَ لا يجيزه فإن القاضي الوطني يمنعه تطبيقاً للمادة 46 من قانون الاسرة الجزائري[2].

04- حالة ما إذ اكان القانون الوطني للمتبنى يسمح بالتبني والقانون الوطني لطالب التبني لا يجيزه فالقاضي الجزائري يرفض التبني.

وعليه نستشف أن المادة 13مكرر1 كقاعدة إسناد يلجأ لها القاضي في القضايا التي يتخللها عنصر أجنبي، والنظر في قوانينهم الوطنية إذا ما كانت تجيز التبني أو تمنعه، فيعتبر القاضي الوطني بمثابة نقطة مراقبة أمنية لمحتوى القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد الوطنية (المادة 13مكرر1 من القانون المدني الجزائري)، حتى تمنح تأشيرة تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني شريطة عدم مخالفتها للنظام العام، فالمشرع الجزائري أخضع فئة الأحوال الشخصية لضابط الإسناد المعروف وهو" الجنسية "بينما أخذت بعض التشريعات بضابط " الموطن" وهوما يجري عليه الحال في الدول الأنجلوساكسونية [3].

---

[1] – القانون رقم75-05، المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428الموافق ل13مايو2007، المعدل والمتمم بالأمر رقم75-58 المؤرخ في 20 رمضان1395الموافق ل26 سبتمبر1975،المتضمن القانون المدني(ج ر)عدد(78)

[2]طلبة مالك ،موقف المشرع الجزائري من نظام التبني،تاريخ النشر:2019/04/27،الموقع الالكتروني التالي: https://almerja.net/reading.php?idm=115579، تاريخ التصفح: 2023/10/25.

[3] سعيد بوعلي، نسرين شرقي، سلسلة مباحث في القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، الجنسية، دار بلقيس للنشر الجزائر،2021،ص28.

وعليه يبقى القاضي من أهم مقومات النظام العام، وهو الرجل المثالي الذي له الحق في حماية دولته وسيادتها من تطبيق قانون أجنبي على إقليمها من كل ما يمس بقيمها وحمايةً لمصلحة المجتمع العليا باسم النظام العام الدولي في العلاقات الدولية الخاصة

- ويرى بعض شراح القانون الدولي الخاص أنه يستحسن فسح المجال للقوانين الأجنبية لكي تجسد وتطبق في دولة القاضي وأن يتعامل معها بمرونة من أجل تقوية العلاقات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية بين الدول وتجسيداً لروابط الصداقة وحماية للمصالح المتبادلة.[1]

خاتمة:

وعليه فيمكن القول أنه رغم كل الجهود الدولية التي تسعى من خلالها أغلب التشريعات الغربية بتشريع التبني وتقنينه واعتباره من الحقوق التي تثبت للطفل الفاقد للسند العائلي، وحمايةً له من الضياع، والحفاظ على التوازن والاستقرار النفسي له من خلاله إدماجه في وسط عائلي مناسب، فإن الشريعة الاسلامية أوجدت بدائل شرعية كالكفالة والحضانة والنيابة الشرعية تحقق المقاصد الشرعية في ظل سياج منيع يقوم على احترام قواعد النظام العام الشرعي الأبدي (حق الله).

وفي ظل هذه الدراسة تم التوصل إلى النتائج والتوصيات التالية:

أ- النتائج:

01-تعتبر المعاهدات والإتفاقيات الدولية من بين الإلتزامات الماسة بأحكام النظام الأسري من خلال حملتها التغريبية وأفكارها العلمانية، وما تتميز به من التعدي على مقومات بناء الشخصية الوطنية وهوية وثقافة الشعوب بدعوى حماية حقوق الانسان وحرياته والقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري.

02- يعتبر التبني من حيث المنظور الفقهي أمر محرم شرعاً اكدت عليه نصوص شرعية قطعية لا تحتمل التأويل وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في أحكام قانون الأسرة وهو نفس موقف أغلب التشريعات العربية، إلا أنه كنظام قانوني تعترف به جُلْ التشريعات خاصة في مجال تنازع القوانين في النزاعات الدولية ذات العنصر الاجنبي.

03 – تعتبر مسألة التبني من بين المسائل التي حظيت باهتمام كبير من طرف المجتمع الدولي وما يؤكد ذلك المعاهدات والإتفاقيات الدولية التي أكدت على فئة مجهولي الأنساب التي تحتاج رعاية اجتماعية وقانونية توفير لها الحماية داخل المجتمع.

---

[1] ابراهيم خالد يحي، نحو تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الاجنبي في سياق القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة،مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد16، العدد02،2019،ص153.

04- تحقق البدائل الشرعية نفس المقاصد والغايات التي وضع التبني لإجلها، بل أن اهتمام التشريعات الغربية على إقرار التبني، وفرضه على الدول في ظل المعاهدات والاتفاقيات الدولية دون مراعاة لخصوصياتها القيمية وثقافتها يعتبر تعدٍ مساس بسيادتها الوطنية

05-تعتبر قواعد النظام العام الأسري قواعد عامة وثابتة كونها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، وما يؤكد ذلك مبدأ الاحالة التي أقرها المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة أن كل مالم يتم النص عليه في قانون الاسرة يرجع به إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ب- <u>التوصيات:</u>

01- ضرورة توفير الحماية الكاملة لهذه الفئة على المستوى القانوني ومعالجة القصور التشريعي والغموض الذي يعتري التشريع الجزائري بخصوص فئة الأطفال المهملين، من حيث إيلاء الاهمية الكبيرة لهذه الفئة، وتأهيلهم ومساعدتهم على الإدماج الاجتماعي.

02- ضرورة مراجعة مسألة إباحة التبني والرجوع إلى الأصل تحريم تطبيقه في القضاء الجزائري في ظل تنازع القوانين، وإن كانت أطراف النزاع أجنبية وكانت قوانين دولهم تجيزه.

03- نشر ثقافة البدائل الشرعية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية كالكفالة والحضانة، وطرق النيابة الشرعية والتشجيع على احتواء هذه الفئة المحرومة داخل أسر لإيوائهم، على أساس أن مرحلة الطفولة مرحلة عمرية هامة في حياة الطفل ومستقبله.

المصادر والمراجع:

أ- الكتب

- القراءن الكريم برواية ورش عن نافع.
- أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، دار ابن كثير، دمشق بيروت،2007.
- أحمد شاكر، عمدة التفسير عن الحافظ ابن كثير، مختصر تفسير القراءن العظيم،الجزء03، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة.
- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة،1997،ط22.
- محمد بن عبد الوهاب، كتاب الكبائر، حققه اسماعيل الأنصاري، المركز الإسلامي للطباعة والنشر، الأهرام، بدون بلد النشر، بدون سنة النشر.
- سعيد بوعلي، نسرين شرقي، سلسلة مباحث في القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، الجنسية، دار بلقيس للنشر الجزائر،2021.
- عبد الله بن ناصر أطفال بلا أسر- دار الفكر العربي، بيروت،1990
- عبد الرحمن ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، تحقيق عبد الله محمد الدرويش،ط03، دار يعرب دمشق، 2004.
- فاطمة أحمد زيدان تشريعات الطفولة ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2008.

ب- المقالات والمداخلات

- ابراهيم خالد يحي، نحو تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الاجنبي في سياق القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد16، العدد02، 2019.
- حيزوم بدر الدين مرغني، العروسي حاقة، نظام إدارة دور رعاية الطفولة المسعفة في التشريعات العربية المقارنة، دفاتر البحوث العلمية،المجلد08، العدد01، 2020.
- حمادي عبد الفتاح، ألية الدفع بالنظام العام في مسائل الاحوال الشخصية، التبني والانفصال الجسماني أنموذجاً جامعة المسيلة ،مجلة التراث، المجلد02،العدد26.
- حميدة علي جابر، التحفظ على اتفاقية سيداو (الدول العربية نموذجاً)، مجلة الفنون والادب وعلوم الانسانيات والاجتماع، العدد54، يوليو، 2020.
- يعقوب بوحبلية، د/عبد الحليم بوشكيوة، المعوقات القانونية والإشكالات العملية لرعاية الطفل في مؤسسات الطفولة المسعفة، مداخلة ألقيت بملتقى وطني الموسوم بـ :مراكز الطفولة المسعفة في الجزائر الواقع والمأمول بتاريخ:2021/06/02 بجامعة قسنطينة1.
- يقرو خالدية، أشكالية الاسرة البديلة ضمن التحديات المعاصرة للاسرة المسلمة في التشريعات العربية (نظام الاسرة المتبنية نموذجاً)، دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد 08، العدد01.
- محمد الطلافحة والآء البوريني، قراءة في اتفاقية سيداو، المجلة الادرنية في الدراسات الاسلامية، المجلد09، العدد04.
- محمودي فاطمة، تعارض المادة 13 مكرر1 الفقرة 02 من القانون المدني مع النظام العام الوطني، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد06، جوان ،2017.
- نورالدين بوسهوة، مسائل الاحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقتها بالنظام العام، مداخلة القيت بملتقى وطني حول تنازع القوانين بتاريخ :23و24 افريل 2014،بجامعة بجامعة عبدالرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق والعلوم السياسية

- عبد الحميد شاهين، حكم التبني في الاسلام ، مجلة الازهر،العدد2، القاهرة،1964.
- فريد عبد الله الفهد العجلان، التبني قبل الاسلام، مجلة كلية اللغة العربية بأسيوط، المجل د03، العدد35، 2016.
- رزيوي هوارية، قاسم العيد عبد القادر المصلحة الفضلى للطفل في قضاء الأحداث، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن،المجلد08،العدد01،ماي2022.
- شادية الصادق الحسن حكم التبني في الاسلام، دورية البحوث والعلوم الاسلامية، العدد04، 2021.
- خالدي صفاء هاجر التبني بين التحريم الشرعي و القانوني والاعتراف بصحته وإقرار أثاره في قواعد الاسناد، مجلة المعيار ،المجلد،27،العدد01.

ج- الأطروحات والمذكرات

- والي عبد اللطيف، الحماية القانونية لحقوق الطفل، دراسة مقارنة (الجزائر، تونس، المغرب)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الجزائر 01 يوسف بن خدة.(2015-2014).
- عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الاسرية، رسالة الماجستير المتخصص في حقوق الطفل تونس مثالاً ، طلبة الحقوق والعلوم السياسية لجامعة اللبنانية (2006،2005).
- عاكف ابراهيم أيتام يازر، التبني واحكامه في الفقه الاسلامي والقوانين المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة ال البيت،(2005-2004) .

د-النصوص القانونية

- القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016 ،(ج ر، رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016) المعدل بموجب (ج رج ج)، رقم (82) المؤرخة في 30 ديسمبر 2020)،المتضمن القانون الدستوري.
- القانون رقم75-05، المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428الموافق ل13مايو2007، المعدل والمتمم بالأمر رقم75-58 المؤرخ في 20 رمضان1395الموافق ل26 سبتمبر1975،المتضمن القانون المدني(ج ر)عدد(78)
- القانون08-09 مؤرخ في:2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية المعدل والمتمم بالقانون رقم22-13 المؤرخ في 28يوليو2022(ج.رج ج) عدد(48)،2022.
- القانون رقم14-08 مؤرخ في 09-08-214 يعدل ويتمم الامر رقم 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 المتعلق بالحالة المدنية
- القانون 84-11 المؤرخ في 09جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05—02 مؤرخ في فبراير 2005،(ج.رج ج) عدد(15).
- القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 جوان2015 يتعلق بحماية الطفل (ج.رج.ج) عدد(35).
- المرسوم الرئاسي رقم96-51،المؤرخ في 01/22/ 1996المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ لاتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979(ج ر) عدد(06)المؤرخة في 1996/01/24
- المجلة القضائية، العدد02، 1995.

هـ-<u>المعاجم</u>

- ابن منظور الافريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، ط2 ، دار صادر، بيروت، مجلد 14.
- معجم المعاني الجامع https://www.almaany.com

و- <u>المواقع الالكترونية</u>

طلبة مالك ،موقف المشرع الجزائري من نظام التبني، تاريخ النشر:2019/04/27، الموقع الالكتروني التالي: https://almerja.net/reading.php?idm=115579، تاريخ التصفح: 2023/10/25.