حقوق المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي

بحث جامعي

إعداد:

فاطن أميرة العفيفة

رقم السجل للطلبة: ١١٢١٠٠٢٦

شعبة الأحوال الشخصية

كلية الشريعة

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج

٢٠١٥

حقوق المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي

بحث جامعي

إعداد:

فاطن أميرة العفيفة

رقم السجل للطلبة: ١١٢١٠٠٢٦

شعبة الأحوال الشخصية

كلية الشريعة

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج

٢٠١٥

KEMENTERIAN AGAMA
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG
FAKULTAS SYARIAH
Terakreditasi "A" SK BAN-PT Depdiknas Nomor : 157/BAN-PT/Ak-XVI/S/VII/2013 (Al Ahwal Al Syakhshiyyah)
Terakreditasi "B" SK BAN-PT Nomor : 021/BAN-PT/Ak-XIV/S1/VIII/2011 (Hukum Bisnis Syariah)
Jl. Gajayana 50 Malang 65144 Telepon (0341) 559399, Faksimile (0341) 559399
Website: http://syariah.uin-malang.ac.id/

FORMULIR
USULAN JUDUL PROPOSAL SKRIPSI

A. IDENTITAS

NAMA	: FATHIN AMIROTUL AFIFAH
NIM	: 11210026
JURUSAN	: AL-AHWAL AL-SYAKHSHIYYAH
ALAMAT DI MALANG	: Jl. Sunan Drajat No. 04 Gg. 01 Lowokwaru Kota Malang
NO. HP	: 085733246020

(Pastikan no. hp Anda benar, untuk memudahkan komunikasi)

B. JUDUL

Hak-Hak Anak Angkat dalam Undang-Undang Nomor 27 Tahun 1958 tentang Perwalian, Tanggungan dan Adopsi Republik Tunisia Prespektif Fikih Maliki.

Penting: *Satu formulir berisi satu judul, jika Anda mempunyai 2 judul, maka Anda haru mengumpulkan 2 formulir!*

(Judul proposal skripsi yang diajukan maksimal 2 judul)

C. RUMUSAN MASALAH

1. Bagaimana hak-hak yang melekat pada anak angkat dalam Undang-Undang No 27 Tahun 1958 Tentang Perwalian, Tanggungan dan Adopsi Republik Tunisia?
2. Bagaimana nasab, waris dan wali nikah anak angkat dalam Undang-Undang No 27 Tahun 1958 Tentang Perwalian, Tanggungan dan Adopsi Republik Tunisia dalam fikih Maliki?

D. USULAN PEMBIMBING

1. Dr. Hj. Umi Sumbulah, M.Ag
2. Dr. H. Abbas Arfan, Lc, MH

Malang, 02 September 2014

Mengetahui
Dosen Penasehat Akademik,

Mahasiswa Yang Bersangkutan,

Dr. Hj. Umi Sumbulah, M.Ag
NIP 19710826 199803 2 002

Fathin Amirotul Afifah
NIM 11210026

موافقة المشرف

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام علىأشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين.

بعد الاطلاع على خطة البحث التكميلي/البحث العملي التي أعدها:

الاسم الكامل : فاطن أميرة العفيفة

رقم السجل للطلبة: ١١٢١٠٠٢٦

العنوان : حقوق المتبنى في القانون العدد ٢٧ سنة ١٩٥٨ المتعلق بالولاية العمومية والكفالة و التبني عند الفقه المالكي

وافق المشرف على تقديمها الى مجلس مناقشة البحث الجامعي.

المشرف رئيس شعبة الأحوال الشخصية

الدكتور الحاجة توتيك حميدة الماجستير الدكتور سودرمان الماجستير

ر.ت.: ١٩٥٩٠٤٢٣١٩٨٦٠٣٢٠٠٣ ر.ت.: ١٩٧٧٠٨٢٢٢٠٠٥٠١١٠٠٣

الاعتماد من طرف لجنة المناقشة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيد المرسلين وآله وأصحابه أجمعين، وبعد أجريت المناقشة على البحث الجامعي الذي قدمها:

الاسم الكامل : فاطن أميرة العفيفة

رقم السجل للطلبة : ١١٢١٠٠٢٦

العنوان : حقوق المتبنى في القانون العدد ٢٧ سنة ١٩٥٨ المتعلق بالولاية العمومية والكفالة و التبني عند الفقه المالكي

قد دافعت الطالبة عن هذا البحث أمام لجنة المناقشة وتقرر قبوله شرطا شرطا للحصول على درجة الجامعة الأولى في شعبة الأحوال الشخصية في كلية الشريعة، وذلك في يوم الجمعة، بتاريخ:٢٤ أبريل ٢٠١٥ م, بحصول الدرجة "ممتازا".

وتتكون لجنة المناقشة من السادات الأساتذة:

١. أحمد عز الدين الماجستير (_____)

ر.ت.١٩٧٩١٠١٢٢٠٠٨٠١١٠١٠ الرئيس

٢. د. الحاجة توتيك حميدة الماجستير (_____)

ر.ت. ١٩٥٩٠٤٢٣١٩٨٦٠٣٢٠٠٣ السكرتير

٣. د. زين المحمود الماجستير (_____)

ر.ت.١٩٧٣٠٦٠٣١٩٩٩٠٣١٠٠١ المناقش الأساسي

مالانج،٤ مايو٢٠١٥.

عميد كلية الشريعة،

الدكتور الحاج ريب الماجستير

ر.ت.: ١٩٦٨١٢١٨١٩٩٩٠٣١٠٠٢

الإهداء

أشكر شكرا جزيلا لأولئك الذين يقترنوني لكل خطوتي من النضال, سعيدا أو حزنا كان.

يحسن لي أن أهدي هذا البحث العملي:

لأول شخص أصبح أفضل حافز لي في كل خطوة من النضال,دعم و دعى دائما حتى أتمكن من انتهاء هذه الأطروحة, هم أبي "مورام" و أمي "موكائني و تسميعة". عسى أن يكون على لكل خطوتي رضاكم و سأسعدكم فورا و أن ينعمهم العمر الطويلة و البركة, و يجعلني قرّة عينهم. آمين ولجميع أسرة "سرنينج", بهم أكّلا أيامي بالسرور والسعادة.

ولأشقائي وزملائي وأصدقائي خصوصا من فصل الدولي الأحوال الشخصية ٢٠١١, هن "أسوة الفكرية" و "حسن النهضية" و "خير النساء" و "ستي سريرة" و "ستي فضيلة المنورة" و "ستي نور الفاطمة تاريمانا" ,و هم "أحمد فريس أبرار" و "أمير الحسين" و "عبد المجيد" و"عرفان أمير الدين" و "فتح الباري" و " محمد أمير الأعلى" و "محمد إحياء الدين" و "محمد لأولي النهى" و "محمد لبيب نبهائي", وكل منهم طمعوا جرأهم لانتهاء هذا العمل المتواضع إلى خير الوجود ولو بكلمة تشجيع، لهم جميعا خالص الشكر وعظيم التقدير والامتنان.

ولمن يدعوني إلى محبة صفية لله تعالى, عسى الله أن يجامعنا في حينه بطريق مميز. آمين

شكرا جزيلا.

شعار

ليس الجمال بأ ثواب تزيّننا إن الجمال جمال العلم والأدب.

– علي ابن ابي طالب رضى الله عنه

إن النصر مع الصبر, وإن الفرج مع الكرب, وإن مع العسر يسرا.

– عائض عبد الله القرني

You were born to win. But to be a winner, you must plan to win, and expect to win.

– Jim Rohn

Happiness is not something you postpone for the future, but it is something you design for the present.

– Jim Rohn

Tidak ada jaminan bahwa pelajar yang rajin akan pandai, tapi tidak ada orang pandai yang tidak belajar. Masa depan akan dikuasai dan dipimpin oleh orang-orang yang berpikir dengan baik, dan yang tidak mampu berpikir karena sikapnya yang buruk saat muda akan menjadi orang kecil yang lemah hidupnya.

- Mario Teguh

الدكتور الحاجة توتيك حميدة الماجستير
مدرس في كلية الشريعة
جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج

المذكرات المشرف

حالة : بحث جامعي لفاطن أميرة العفيفة

التعليق : ١ (نسخ واحد)

المكرم

عميد كلية الشريعةجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام علىأشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين.

بعد الاطلاع على خطة البحث التكميلي/البحث العملي التي أعدها:

الاسم الكامل : فاطن أميرة العفيفة

رقم السجل للطلبة: ١١٢١٠٠٢٦

العنوان : حقوق المتبنى في القانون العدد ٢٧ سنة ١٩٥٨ المتعلق بالولاية العمومية والكفالة و التبني عند الفقه المالكي

وافق المشرف على تقديمها الى مجلس مناقشة

البحث العلمي.

شكرا على حسن اهتمامكم, والسلام عليكم و رحمة الله و بركاته.

المشرف

الدكتور الحاجة توتيك حميدة الماجستير

ر.ت.: ١٩٥٩٠٤٢٣١٩٨٦٠٣٢٠٠٣

إقرار الطالبة الباحثة

أنا الموقع أدناه، وبياناتي كالآتي:

الاسم الكامل : فاطن أميرة العفيفة

رقم السجل للطلبة : ١١٢١٠٠٢٦

العنوان : حقوق المتبنى في القانون العدد ٢٧ سنة ١٩٥٨ المتعلق بالولاية العمومية والكفالة و التبني عند الفقه المالكي

أقرر بأن هذه الرسالة التي حضرتها لتوفير بعض السروط لنيل درجة الجامعية الأولى في شعبة الأحوال الشخية، كلية الشريعة بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج تحت عنوان: "حقوق المتبنى في القانون العدد ٢٧ سنة ١٩٥٨ المتقلق بالولاية العمومية والكفالة و التبني عند الفقه المالكي" حضرتها وكتبتها بنفسي وما زورتها من إبداع غيري أو تأليف الآخر. وإذا ادعى أحد مستقبلا أنها من تأليفه وتبين أنها فعلا ليست من بحثي فأنا أتحمل المسؤولية على ذلك، ولن تكون المسؤولية على المشرف أو على كلية الشريعة بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج.

هذا، وحررت هذا الإقرار بناء على رغبتي الخاصة ولا يجبرني أحد على ذالك.

مالانج،١٥-٤-٢٠١٥ م.

الكاتب،

فاطن أميرة العفيفة

رقم السجل للطلبة: ١١٢١٠٠٢٦

شكر و تقدير

الحمد لله على كل حال، و أشكر على فضله المتوال، و أسأله جزيل النوال، والثبات في الحال والمال، وأصلي وأسلم على خير الصابرين الشاكرين، وعلى آله وأصحابه الغر الميامين، والتابعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

وقد من الله علي بالانتهاء من إعداد هذا البحث، فله سبحانه ألهج بالحمد والثناء، فلك الحمد ياربي حتى ترضى، على جزيل نعمائك وعظيم عطائك ويشرفني – بعد حمد الله تعالى – أن أتقدم بالشكر والتقدير والعرفان إلى الذين كان لهم فضل في خروج هذا البحث إلى حيز الوجود ولم يبخل أحدهم بشيء طلبت، ولم يكن يحدوهم إلا العمل الجاد الملخص، و منهم:

سماحة الأستاذ الدكتور الحاج موجيا راهرجا، مدير بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج.

سماحة الأستاذ الدكتور الحاج ريب, عميد كية الشريعة بجامعةمولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج.

سماحة الأستاذ الدكتور الحاج سودرمان الماجستير، رئيس شعبة الأحوال السخصية كية الشريعة بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج.

سماحة الأستاذ الدكتور الحاجة توتيك حميدة الماجستير, ما المشرف الذي أفاد الباحث علميا وعمليا ووجه خطواته في كل مراحل إعداد هذا البحث منذ لداية فكرة البحث حتى الإنتهاء منه، وكان لتفضله بمناقشة هذا البحث أكبر الأثر في نفس الباحث فله مني خالص الشكر التقدير ومن الله عظيم الثواب والجزاء.

على سماحة أستاذي و شيخي و مربي روحي الشيخ الحاج مسبوحين فقيه, و سماحة جميع أهله و معلّموني و معلماتي بمعهد منبع الصالحين, سوتجي – مانيار — كرسيك.

كما يتقدم الباحث بكل الشر والتقدير إلى الأساتذ المعلمين في قسم تعليم اللغة العربية كلية الدراسات العليا جامعة وملاناماالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج. فلهم من لباحث كل الشكر والتقدير على ما قدموه من العلوم والمعارف والتشجيع وجزاهم الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بكل الشكر والتقدير إلى أسرتي وعلى رأسها والدي الكريم "مورام" الذي كان له بعد الله تعالى فصل إتمام هذا البحث بما غرسه في نفسي من حب للعلم والمعرفة والاخلاص في العمل، ووالدتيَّ الحبيبتين "مُؤَكِّنِيْ و تَسْمِعَةْ" الّتين يطوق فصلهما عنقي وكان دعائهما المستمر خير معين لي في حياتي. عسى الله أن ينعمهم العمر الطويلة و البركة, و يجعلني قرّة عينهم. آمين

ولأشقائي وزملائي وأصدقائي خصوصا من فصل الدولي الأحوال الشخصية ٢٠١١, هن "أسوة الفكرية" و "حسن النهضية" و "خير النساء" و "ستي سريرة" و "ستي فضيلة المنورة" و "ستي نور الفاطمة تاريمانا" ,و هم "أحمد فارس أبرار" و "أمير الحسين" و "عبد المجيد" و"عرفان أمير الدين" و "فتح الباري" و " محمد أمير الأعلى" و "محمد إحياء الدين" و "محمد لأولي النهى" و "محمد لبيب نبهائى", وكل منهم طمعوا جرأهم لانتهاء هذا العمل المتواضع إلى خير الوجود ولو بكلمة تشجيع، لهم جميعا خالص الشكر وعظيم التقدير والامتنان.

والله ولي التوفيق

مالانج, ١٥-٤-٢٠١٥.

الباحث

فاطن أميرة العفيفة

رقم السجل للطلبة: ١١٢١٠٠٢٦

محتويات البحث

صفحة الغلاق

صفحة العنوان ..... **i**

إقرار الطالب الباحث ..... **ii**

موافقة المشرف ..... **iii**

دليل الإستشارة ..... **iv**

الاعتماد من طرف لجنة المناقشين ..... **v**

شعار ..... **vi**

الإهداء ..... **vii**

شكر و تقدير ..... **viii**

محتويات البحث ..... **x**

ملخص البحث ..... **xiii**

الباب الأول : المقدمة

الفصل الأول : خلفية البحث..... ١

الفصل الثاني : تحديد البحث..... ٦

الفصل الثالث :مشكلة البحث..... ٦

الفصل الرابع : أهداف البحث..... ٧

الفصل الخامس : التعريفات للموضوع..... ٧

الفصل السادس : منهج البحث..... ٨

الفصل السابع : البحوث السابقة..... ١١

الفصل الثامن : طريقة عرض البحث..... ١٤

الباب الثاني : إطار نظري

الفصل الأول : التبني

١) التعريف لغة و اصطلاحا..... ١٧

٢) التبني عند أمم المتحدة..... ١٨

الفصل الثاني : التبني عند الفقه المالكي..... ١٩

الفصل الثالث : التبني من الفقه إلى القانون..... ٢٢

الفصل الرابع : الجمهورية التونسية
١) جغرافية و سكان ٢٣
٢) نظام الحكم.....٢٤
٣) الدين و المذهب..... ٢٥
الفصل الخامس : سيرة إمام مالكو منهج استنباطه
١) سيرة إمام مالك ٢٦
٢) منهج استنباط إمام مالك..... ٣٣
الفصل السادس : فقه المالكي حول ولد المتبنى
١) حقوق الأولاد ٣٥
٢) طرق إثبات النسب.....٣٧
٣) أسباب التوارث..... ٤١
٤) الولاية في الزواج.....٤٣
الباب الثالث : مناقشة البحث
الفصل الأول : الحقوق الأصفة للمتبنى عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس ٥٠
الفصل الثاني : حق نسب المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي ٥٥
الفصل الثالث :حق إرث المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي ٦٦
الفصل الرابع : حق وليّ نكاح المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي ٧٠

الباب الرابع: النتائج و التوصيات

الفصل الأول: النتائج ٧٧

الفصل الثاني: التوصيات ٧٨

المراجع

الملاحق

السيرة الذاتية/سيرة ذاتية الباحث

جدولالخلاصة

١	حقوق الأصفة المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس		٢	حقوق المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي عند الفقه المالكي	
	١) حق النسب	له حق النسب. "يحمل المتبنى لقب المتبني ويجوز أن يبدل إسمه وينص على ذلك بحكم التبّني بطلب من المتبني"		١) حق النسب	ليس للتبني حق النسب لأنه المتبنى المعروف بأبيه الشقيق.
	٢) حق الإرث	له حق الإرث. "يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخص لقبه وحقوقه في الإرث"		١) حق الإرث	لا حق الوارث على الولد المتبنى إلى أبيه المتبني و قرابته.
	٢) حق الولاية	له حق الولاية. "يتم عقد التبّني بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجه أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبنى أو من يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطفل الكفيل"		٣) حق ولي النكاح	لا حق ولي النكاح على بنت المتبنى إلى أبيه المتبني و قرابته.

ABSTRAK

Fathin Amirotul Afifah, 11210026, **Hak-Hak Anak Angkat dalam Undang-Undang Nomor 27 Tahun 1958 tentang Perwalian, Tanggungan dan Adopsi Republik Tunisia Prespektif Fikih Maliki.** Skripsi, jurusan Al-Ahwal Al-Syakhshiyyah, Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri (UIN) Maulana Malik Ibrahim Malang, Pembimbing: Dr. Hj. Tutik Hamidah, M.Ag.

Kata Kunci: Hak Anak Angkat, UU No.27/1958 Tunisia, Fikih Maliki.

Salah satu tujuan pernikahan ialah meneruskan keturunan.Anak bagaikan buah hati serta penyejuk hati, begitu juga anak yang sholeh merupakan sebaik-baiknya harta peninggalan bagi orang tuanya. Akan tetapi apa yang ada dalam kenyataan tidak semua sama dengan teori, sebagaimana keterbatasan seseorang untuk mempunyai keturunan seperti mandul atau keinginan seseorang untuk memiliki anak dengan jenis kelamin yang tidak dimilikinya. Republik Tunisia merupakan negara Islam yangbermadzhab Maliki sebagaimana yang tersebut dalam konstitusinya. Negara tersebut mempunyai undang-undang tentang adopsi yaitu Undang-Undang Nomor 27 Tahun 1958 tentang Perwalian, Tanggungan dan Adopsi yang mana memberikan hak laqob atau hak nasab kepada anak adopsi begitu juga memberikan semua haknya sebagaimana hak anak kandung.

Oleh karena itu ada dua rumusan masalah: 1) Apa hak-hak asli anak angkat dalam Undang-Undang Nomor 27 Tahun 1958 tentang Perwalian, Tanggungan dan Adopsi. 2) Bagaimana hak nasab, waris dan wali nikah anak angkat dalam Undang-Undang Nomor 27 Tahun 1958 tentang Perwalian, Tanggungan dan Adopsi prespektif fikih Maliki.

Penelitian ini termasuk penelitian kepustakaan dengan pendekatan undang-undang. Adapun sumber data primer dari penelitian ini ialah Undang-Undang Nomor 27 Tahun 1958 tentang Perwalian, Tanggungan dan Adopsi dan fikih Maliki, dan sumber data primer yaitu dokumen-dokumen resmi, buku-buku dan hasil penelitian dalam bentuk laporan. Oleh karena itu metode pengumpulan data yang digunakan ialah penelaahan naskah, studi kepustakaan atau dokumentasi.Dan metode pengolahan data yang digunakan ialah *editing, classifying* dan *analyzing.*

Hasil dari penelitian ini: 1) Hak-hak anak angkat dalam Undang-Undang Nomor 27 Tahun 1958 tentang Perwalian, Tanggungan dan Adopsi Republik Tunisia ialah hak perwalian, nasab dan hak waris karena tetapnya nasab. 2) Diperbolehkannya menetapkan nasab anak angkat kepada ayah angkatnya menurut Undang-Undang Nomor 27 Tahun 1958 tentang Perwalian, Tanggungan dan Adopsi yang mana bersebrangan dengan apa yang telah ditetapkan dalam fikih Maliki yaitu mengharamkan pengangkatan anak karena menetapkan nasab kepada ayah angkatnya sedang ayah kandungnya diketahui masih ada. Anak angkat memperoleh hak waris dan hak wali nikah karena tetapnya nasab menurut undang-undang adopsi tersebut. Sebaliknya, dalam fikih Maliki ia tidak memperoleh hak waris dan wali nikah kepada ayah angkat dan kerabatnya, akan tetapi ia memperoleh hak waris dan wali nikah dari ayah kandung dan kerabatnya karena tidak ada hubungan nasab antara anak angkat dan ayah angkatnya.

ABSTRACT

Fathin Amirotul Afifah, 11210026, **Rights of Adopted Child in Law Number 27 Year 1958 about Guardianship, Guarantee and Adoption Republic of Tunisia in Fikih Maliki Perspective**. Thesis, Al-Ahwal Al-Syakhshiyyah Department, Syariah Faculty,State Islamic University Maulana Malik Ibrahim of Malang, Supervisor: Dr. Hj. Tutik Hamidah, M.Ag.

Key Words: Rights of Adopted Child, Law Number 27 year 1958 of Tunisia, Fikih Maliki.

One of marriage purposes is to get offspring. A child is a ducky and captivation, also the righteous child is the best relics treasure for parents. But what is in fact not all same with the theory, as the person restrictiveness to have offspring like a barren or someone wishes to have certain sex of children. Republic of Tunisia is Arabian countries in the West where Islam first come with maliki schol as mentioned in its Constitution. Its country has law about adoption i.e Law number 27 year 1958 about Guardianship and Adoption that giving the right of *laqab* or lineage right to adopted child from his or her adoption father and giving all his or her rights as rights of natural children.

Base on the background above, the problems are as follows: 1) what are rights of adopted child in Law number 27 year 1958 about Guardianship and Adoption Reuplic of Tunisia, 2) what is nasab, inheritance, and marriage guardian rights of adoted child in Law Number 27 Year 1958 about Guardianship and Adoption viewed from Fikih Maliki perspective

This research is library research used statue approach. Primary legal material of this research is Law number 27 Year 1958 about Guardianship and Adoption and Fikih Maliki. Secondary legal material are formal documents, books and research result in the form of report. Data collecting method used is document analysis or library study or documentation. Data processing method is done first by editing, classifying, and analysis

The result of this research are: 1) Rights of adopted child in Law number 27 year 1958 about Guardianship and Adoption Republic of Tunisia are right of marriage guardian, lineage right and inheritance right because the establishingof lineage. 2) Base on Law Number 27 Year 1958 about Guardianship and Adoption is allowed to determine nasab of adopted child to his or her adoptive father. It is contradiction with decission of fikih Maliki which is forbid to adop children and determine him or her nasab to his or her adoptive father during it is known that his or her father still alive. Adopted child acquires inheritance rights and marriage guardian right because of establishes the lineage (nasab) according to Number 27 Year 1958 about Guardianship and Adoption. Conversely, in Fikih Maliki adopted children do not acquires inheritance and marriage guardian rights to adoptive father and his relatives, but the adopted children has inheritance and marriage guardian rights from the natural father and his relatives because there is no lineage relation between adopted children and his adoptive father.

ملخص البحث

فاطن أميرة العفيفة,٢٠١٥, ١١٢١٠٠٢٦, حقوق المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي. بحث جامعي, شعبة الأحوالالشخصيةكلية الشريعة. جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية, مالانج. المشرف: الدكتور الحاجة توتيك حميدة الماجستير.

الكلمات الرئسية : حقوق المتبنى, القانون ٢٧ / ١٩٥٨ التونس, الفقه المالكي

من أحد أغراض الزواج إستمرار النسل. والولد ثمرة القلب و قرة أعين, والولد الصالح خير كنز يتركه المسلم من بعده. ولكن ليس كلما في المادة متساويا بالوقوعية, كحصر الشخص لاستمرار النسل أي عاقر، أو كذالك الإرادة لملك جنس الذكور أو الأنوثة غير معطي. والجمهورية التونسية هي دولةالإسلام بمذهب المالكي,و لها القانون الذي ينظم عن التبني, هو القانون العدد ٢٧ سنة ١٩٥٨ المتقلق بالولاية العمومية والكفالة و التبني. وهو يعطي لقب المتبي و الحقوق الولد إلى المتبنى كابن شرعي.

و من ذالك يولد مشكلتان: *الأول*, ما الحقوق الأصفة للمتبنى عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس. *والثاني*, كيف يكون نسب و ورثة المتبنى و وليها في النكاح عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي.

هذا البحث من البحث المكتبي بالمقاربة القانونية. و مصدرالبيانات الأولية من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي و فقه المالكي, والثانوية من الوثائق الرسميةوالكتب ونتائج البحوث فيشكل تقارير. لذالك طريقة جمع البيانات المستخدمةهو دراسة المخطوطة أو المكتبية أو التوثيق. و أول طريقة معالجتها بتحريرهاثم تصنيفها والأخر تحليلها.

ونتيجته: *الأول*, الحقوق اللاصقة في القانون عدد٢٧ لعام المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس, ١) الولاية,٢) النسب٣), الأرث. *والثاني*, ثبوت نسب المتبنى إلى أب المتبني المجوز عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّيخالف بما في الفقه المالكي الذي حرّم التبني لأنه يثبت النسب المعروف بأبيه الشقيق. بثبوت النسب عند القانون يؤثر إلى ثبوت حق الإرث كذالك حق ولي النكاح له. وبعكسه, لا حق الوارث على الولد المتبنى إلى أبيه المتبني و قرابته, و له حق الوارث إلى أبيه الشقيق و قرابته عند الفقه المالكي وكذالك يعطي حق ولي النكاح إلى بنت شقيقة لا إلى المتبنة, ليس لها العلاقة النسبية بينه و أبي المتبني بل حق ولي نكاحها لأبيها الشقيق.

الباب الأول

مقدمة

أ. خلفية البحث

إن الزوجية من سنن الله الفطرية في الخلق والتكوين، وهي الأسلوب الأمثل الذي اختاره الله تعالى للتوالد واستمرار النوع الإنساني، ووضع له نواة الأسرة التي تحوطها غريزة الأمومة، وترعاها عاطفة الأبوة. كما نجد في غرض الزواج, إحدى منهم أي ملك النسل المولود من رحم الزوجة. كما قال الله تعالى في القرآن الكريم, في سورة النخل:

وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ۚ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ[1].

[1] النحل (١٦): ٧٢.

و في سورة النساء:

يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا.[٢]

والولد الصالح هو خير كنز يتركه المسلم من بعده، فهو نافع لأبويه في حياتهما وبعد موتهما. ولذلك يقول النبي صلى الله عليه وسلم:

إِذَا مَاتَ الْعَبْدُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلاَثٍ: صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ أَوْ عِلْمٌ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٌ صَالِحُ يَدْعُوْ لَهُ.[٣]

الولد ثمرة القلب و قرة أعين, وقال سبحانه وتعالى في وصف عباد الرحمن:

وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَاماً.[٤]

ولكن بعض الأعراف الاجتماعية خرجت عن هذا المنهج الرباني القويم إلى منهج بشري وضعي، يخالف الفطرة الإنسانية المركوزة في نفوس البشر، فضلاً عن مخالفته الوقائع المحسوسة في حياة الناس وعلاقاتهم الطبيعية، أو كذالك الإرادة لملك جنس الذكور أو الأنوثة غير معطي. وذلك من خلال ما يعرف بالتبني, أي أخذ ابن شخص الآخر ولداً

---

[٢] النساء (٤): ١.

[٣] وحيد بن عبد السلام بالي, *الطريق إلى الولد الصالح*, (السعودية: دار الضياء للنشر والتوزيع. د. س), الصفحة. ٩.

[٤] الفرقان (٢٥): ٧٤.

صار ابنه، بالمقصود لتربيته و راعيته بالحب كماكان الولد الشقيق و ليس به من اللقيط.[٥] يعني يُعطى حقه كله كما الولد الشقيق, وكذالك ما وُجب عليه إلى والديه. كإلحاق نسب المتبنى إلى المتبني والوراثة والحضانة والولاية والرضاعة و النفقة و بر الولدين.

وكما عرفنا أن الإسلام حرم التبني كما فُعل قبل مجيء الإسلام أي في الجاهلية, مع أن الإسلام شرّف النسب بين العائلة. النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم والجزئية والبغيضة، فالولد جزء من أبيه، والأب بعض من ولده. ورابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا تنفصم عراه، وهو نعمة عظمى أنعمها الله على الإنسان، إذ لولاها لتفككت أواصر الأسرة، وذابت الصلات بينها، ولما بقي أثر من حنان وعطف ورحمة بين أفرادها، لذا أمتن الله عز وجل على الإنسان بالنسب، فقال سبحانه:

وَهُوَ الَّذِيْ خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَراً، فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصَهْراً، وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيْراً.[٦]

ورعاية النسب أحد مقاصد الشريعة الخمسة. كماقال الله تعالى في الآية ٤-٥ من سورة الأحزاب:

---

[5]Dewan Redaksi, Hasan Muarif Ambari, Pembaca Ahli, Taufik Abdullah, editor, Abdul Aziz Dahlan, *Suplemen Ensiklopedi Islam*, (Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve, 1996), h. 20.

[٦] الفرقان (٢٥): ٥٤.

وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللهُ يَقُوْلُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى السَّبِيْلَ. ادْعُوْهُمْ لِأَبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوْا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّيْنِ وَمَوَالِيْكُمْ.[٧]

وكما روي في الحديث عن أبي بكرة:

عَنْ أَبِيْ بَكْرَةَ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقُوْلُ سَمِعَتْ أُذُنَايَ وَوَعَى قَلْبِيْ مُحَمَّدًا ص م يَقُوْلُ مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيْهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيْهِ فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ.(رواه ابن ماجه)[٨]

وذالك العمل أي التبني مطبوق بالدول العالمية, إحدى منهم الجمهورية التونسية. ونلاحظ بتنظيم الجمهورية التونسية عن أمور التبني في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي, وفي فصل ١٤ يتعبر بأن يحمل المتبنى لقب المتبني ويجوز أن يبدل إسمه وينصّ على ذلك بحكم التبنّي بطلب من المتبني.٩ وأما في فصل ١٥ يعتبر للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما.١٠ وهذاالتطبيق غير موافق بما ينظم الإسلام عن التبني.

---

[٧] الأحزاب (٣٣): ٤-٥.

[٨] رواه ابن ماجه.

٩الفصل ١٤القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي.

[١٠] الفصل١٥ القانون عدد ٢٧ لعام ١٩٥٨...

كما عرفنا بأن الجمهورية التونسية أول دول المغرب العربي التي دخلها الإسلام, ولهذا أصبحت عربية منذ وقت مبكر.[١١] والإسلام دين رسمي فيه, وسكان المسلمين من ٩٩ في المائة,[١٢] وأما مالكي هو أكبر المذهب في اتباع المسلمين.[١٣]ولكن القانون الذي ينظم عن التبني أي القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بتونس غير مناسبة بما يعين في الحكومة الدستورية يعني الإسلام كدين رسمي فيه.

وأما حقوق الإنسان أي الحقوق الأساسية التي يملكها الشخص منذ الولادة حتى الموت كهدية من الله سبحانه وتعالى .و يولد الناس بأساس متساوي كمخلوق الخالق, و كذالك في الدرجة و الحقوق. و عليهم التعامل بالتعادل و التأدب لا خلاف بالدين و العرقية و الدرجة و السباق و القبلية. عنده لا فرق في الشقيق أم لا، طبيعة الأسرة هم أولئك الذين يمكن أن تعقد لنا في بقية حياتنا. وله الحق في ما يفترض أن يكون الحصول عليها من الولايات المتحدة.

إذن, كيف حقوق المتبنى المتعلق بالنسب و الورثة و كذالك ولي النكاح إذا من بنت المتبنى عند قانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية

---

[١١] *الموسوعة العربية العالمية*, الطبعة الثانية, (الرياض: مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع, ١٩٩٩), الصفحة. ٣٣٩.

[12] *Europa Regional Surveys of the World, The Midlle East and North Africa 2012*, 58 Edition, (London and New York: Routledge Taylor and Francis Group, 2011), h. 1137.

[١٣] *الموسوعة العربية العالمية*, الطبعة الثانية,... الصفحة. ٣٣٥-٣٣٩.

العمومية والكفالة والتبنّي بتونس و كذ عند تعيين الإسلام مع أن الجمهورية التونسية هو من دول الإسلام. ولذلك يشعر الباحث بشدة الحاجة إلى مناقشة هذا الموضوع لأنها مثيرة جداً للاهتمام إلى بحث.

ب. تحديد البحث

لمنع التوسيع في البحث والأمور التي تحيد عن قصد من كتابة اقتراح بحث جامعي ومنع تشويه للمناقشة، والمناقشة محدودة بحقوق المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي. و نحدّد كذالك حقوق المتبنى بحق النسب (لقب) و الإرث و ولي في النكاح.

ت. مشكلة البحث

١) ما الحقوق اللاصقة للمتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس ؟

٢) كيف يكون نسب و ورثة المتبنى و وليها في النكاح في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي؟

ث. أهداف البحث

١) مفهوم الحقوق اللاصقة للمتبنى عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس

٢) مفهوم نسب و ورثة المتبنى و وليها في النكاح عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي

ج. التعريفات للموضوع

الحقوق المتبني : حقوق ولد المتبنى التي لم تتفقها الشرعية أي *الأول*, حق النسب إلى المتبني و *الثاني*, حق الإرث و *الثالث*, الولي للزواج (إذا كانت من الأنوثة).

التبني : أخذ ابن شخص الآخر المعروف نسبه (ليس من اللقيط[١٤]) ولداً صار ابنه، بالمقصود لتربيته و راعيته بالحب كماكان الولد الشقيق/ الولد الشرعي.

المتبنى : ابن شخص الآخر المأخوذ المعروف (ليس من اللقيط) نسبه صار ابن المتبنى كماكان الولد الشقيق/ الولد الشرعي.

---

[١٤] الطفل غير البالغ الذي يوجد في الشارع أو ضال الطريق ولايعرف نسبه **في** سيد سابق, *فقه السنة*, الطبعة الثالثة, الجزء الثالث, (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٣٩٧ هـ – ١٩٧٧ م), الصفحة. ٢٥٥.

د. منهج البحث

١) نوع البحث

وتضمن نوع هذه البحث هو البحوث المكتبية. لأن نعرف بأن ذا البحث يحتاج إلى البيانات من الكتب ليس من البيانات من الوقوعية حول المجتمع أو القبيلة. يطلب الباحث لأداء البحث إلى كتب الذي يتعلق بما بُحث فيه. ومن نحية صفته هو من البحث الوصفي .لأنه يتقدم بيانات دقة ممكنة بما بحث[١٥].

٢) مقاربة البحث

المقاربة المستخدمة في هذا البحث المقاربة القانونية[١٦]. و نعرف بأن يبحث الباحث عن الحقوق المتبنى في القانون وكذالك متلق إلى بحث عنه إلى نظرة الشريعة الإسلام, إذن لا يحتاج إلى البيانات العدادية ولكن يحتاج إلى البيانات النوعية.

٣) مصدر البيانات

مصدر البيانات المستخدمة هو مصدر البيانات الأولية والثانوية .مصدر البيانات الأولي هو البيانات تؤخذ مباشرة من المصدر الأول[١٧] أي، بحصول المعلومات من القانون

[15]Soerjono Sukanto, *Pengantar Penelitian Hukum,* (Jakarta: Universitas Indonesia, 1984), h. 10.
[16]Lexy J. Moleong, *Metode Penelitian Kualitati,f* (Bandung; PT Remaja Rosda Karya, 1990), h. 3.
[17]Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta; PT RajaGrafindo Persada, 2006), h. 30.

عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي الذي أصبح الكائن الذي ندرس و فقه مالكي منهم "موطأ الإمام مالك بن أنس رواية ابن القاسم" و "الرسالة في فقه الإمام مالك" و "الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني" و "الفقه الإسلاميّ وأدلَتُه" و "الشرح الصغير" و "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" و "شرح ميارة الفاسي" و "حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني" و "محمد التاج والإكليل لمختصر خليل" و "إرشاد السّالك إلى أَشرف المسالك في فقه الإمام مالك" و "القوانين الفقهية" و "الشرح الكبير" و "التلقين في الفقة المالكي".

وتشمل البيانات الثانوية الوثائق الرسمية والكتب ونتائج البحوث في شكل تقارير، وهلم جرا .الخصائص العامة من البيانات الثانوية يمكن استخدامها على الفور وفي الجاهزة، تم خلق شكل ومضمون وشغل بالبحوث السابقة من المحققين، ولا تقتصر بالزمان والمكان[١٨] .

٤) طريقة جمع البيانات

طريقة جمع البيانات المستخدمة في هذا البحث هو دراسة المخطوطة أو المكتبية أو التوثيق. في هذا النوع يحصل من الملاحظة الشخصية أو غيره، واليوميات، وثائق رسمية,

[18] Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* dalam Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, h. 30.

بيانات العمل، و كاتبمحاضر ، وهكذا دواليك[١٩]. يعني يستخدم هذه الطريقة لمجموعة البيانات الأولوية و الثانوية كاقانون عدد ٢٧ سنة ١٩٥٨ المتعلق عن الولاية العمومية و الكفالة و التبني بتونس, و كتب ما يتعلق به.

٥) طريقة المعالجة البيانات

بعد جمع البيانات يلحق الكاتب إلى معالجة المواد القانونية من خلال الخطوات التالية:

أ) *التحرير*

التحرير إعادة النظر في جميع البيانات المحصول من اتمامها ووضوح المعنى، ملاءمهاو صلتها بيانات أخرى .في هذا البحث سوف يكون لتحديد واختيار البيانات التي تم جمعها والنظر في مدى ملاءمتها و دقتها و كذالك ضوح الوصيلة بينها و ما سيناقش في هذاالبحث.

ب) *التصنيف*

التصنيف عملية تجميع كل البيانات التي حصلها الكا تب المتعلقة بنظام التبني في تونيسي سواء كانت البيانات المستمدة من الكتب والمجلات والمقالات

[19] Sukandarrumidi, *Metodelgi Penelitian: Petunjuk Praktis Untuk Peneliti Pemula,* (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2006), h. 101-102.

والكتابات الأخرى التي يمكن أن تدعم الكاتب في بحثه .قراءة و اطلع كلّها ثم تصنيفها وفقا للاحتياجات.

ج) التحليل

والخطوة التالية هي تحليل الذي تشريح البيانات بميئلة المذكورة أعلاه في شكل الجملة العادية،و مرتبة ومنطقية وغير التداخل وفعالية.[٢٠] في كتاب آخر، والذي هو المقصود من التحليل هو عملية كلمة تبسيط إلى شكل يمكن أن يكون أسهل للقراءة وسهلة لتفسير.[٢١] في هذه الحالة تحليل البيانات المستخدمة هو النوعية وصفية، أي التحليل الذي يصف حالة أو وضع هذه الظاهرة مع الكلمات أو الجمل، ثم فصلها حسب الفئة لاستنتاج.[٢٢]

ذ. البحوث السابقة

١) أطروحة "حالة ورثة المتبى عند الإسلام و حكم المدني في إندونيسيا" كتبه ألف النعمة الحسنى, الطلبة من الجامعة الإسلامية الحكومة سونان كليجكا بيوكيامرتا سنة ٢٠٠٧. وخلصاته, ممنوع للممساومة بين حالة الطفل المتبني بالطفل الشرعية و لا يمكن

[20]Abdulkadir Muhammad *"Hukum Dan Penelitian Hukum"*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2004), h. 127.
[21]Masri Singaribun, Sofyan Effendi, *Metode Penelitian Survey* (Jakarta: LP3ES, 1987), h. 263.
[22]Moleong, "*Metode penelitian kualitatif "*, h. 248.

الحصول على الميراث من الآباء بالتبني عند الشريعة الإسلامية. ومع ذلك، قد الطفل المتبني الحق في الحصول على الوصية للوالدين بالتبني بالشروط لا ينبغي لثلث ثروته الآباء بالتبني. ولكن في (*KUH Perdata*), ذكر أنه اعتمد الأطفال كأفراد الأسرة ويمكن الحصول على ميراث من الآباء بالتبني وفقا لأحكام التشريعات السارية (*ab instestato*) أو بسبب وجود الوصية (*testament*).[٢٣]

٢) أطروحة, بالموضوع "مقارنة حالة المتبنى في الوراثة عند الحكم العرفي من قبيلة جامبي الملايو و الشريعة الإسلام و القانون إندونيسيا" سنة ٢٠١٠ من الجامعة إندونيسيا ديفوك. وخلاصته, قانون الإرث في إندونيسيا متنوع، لذا أن أحكام قانون الإرث للمتبنى اعتمد على قوانين الميراث التي تنطبقها الوالدين المتبني (الوريث). و عند القانون المدني (*KUHPerdata*) يرث المتبنى نفس الحقوق كأطفال البيولوجي. و عند الحكم العرفي من قبيلة جامبي الملايو محدودة يعني من مال "*gono-gini*" أي المال المشترك بين الزوجين فحسبه وليس وراثة الميراث، ولاأكثرمن ٣/١ منه. وأما في الشريعة الإسلامية الطفل المتبنى لا يرث إلى الوالدين المتبنين. و أحيانا، يسبب التبني إلى انقطاع الصلة بالآباء البيولوجي، ولا يمكن أن ترث منهما. كما وفقا لمادة ٣٩ من القانون رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢، تطبق التبني لمصلحة الطفل وليس قطع العلاقة الدمية بينه و الآباء

[23]Alfun Ni'matil Husna, *STATUS KEWARISAN ANAK ANGKAT MENURUT HUKUM ISLAM DAN HUKUM PERDATA DI INDONESIA, SKRIPSI*, (Yogyakarta: UIN SUKA, 2007).

البيولوجي. وهكذا، فإن الطفل المتبنى من الممكن أن يكون وريث من الآباء والأمهات البيولوجي له بسبب العلاقة دمائهم.[٢٤]

٣) المجلة (جورنال) كتبه سومياتي عثمان بالموضوع " حالة حكم المتبنى على الوراثة" سنة ٢٠١٣. و خلصاته, (أ) كما كمن في ستاتسبلاد ١٩١٧ رقم ١٢٩، يؤثر وجود التبني إلى تبديل الأسر أي من والديه البيولوجية إلى الوالدين المتبني. وحالة المتبنى كما الولد المولد من عقد نكاح المتبنى, أي كالولد الشقيق. ويقال له في الورثة كأهل الوارث من الوالد المتبني. إذن ستاتسبلاد ١٩١٧ رقم ١٢٩ يشرح بأن للولد المتبنى حق الوارث إلى الوالد المتبني كالولد الشرعي. (ب) في مجمعة حكم الإسلام إندونيسيا (*KHI*)لايكون المتبنى من أهل الوارث من الوالديه المتبني, ولكن يحصل إلى الوصية. يصل في مسئلة الورثة أي كما في (*KHI*) إلى نسب الولد إلى الوالدين الشرعية و أقاربه منهما, إذن المتبني ليس له حق الوارث إلى الوالديه المتبني و عكسه. و في تطبيقه المتبني له الوصية الواجبة, وهو الوية التي لا تعتمد على النزوات أو رغبات الموتى. لا ينبغي

[24]Fitria, *PERBANDINGAN KEDUDUKAN ANAK ANGKAT DALAM PEWARISAN MENURUT HUKUM ADAT SUKU MELAYU JAMBI, HUKUM ISLAM DAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DI INDONESIA*, Tesis, (Depok: Universitas Indonesia, 2010).

المبلغ جزء أكثر من ٣/١ للإرث الوالدين المتبنيين عملا بالمادة ٢٠٩، الفقرة (٢) من مجمعة حكم الإسلام إندونيسيا. [٢٥]

ر. **طريقة عرض البحث**

لتسهيل شرح البحث تتقدم طريقة عرض البحث في خمسة الأبواب, كماالتالي:

الباب الأول : المقدمة

ذا الباب يقدّم خلفية البحث توفر أساسا للتفكير بأهمية هذا البحث ومشكلة البحث وأهداف البحث وفوائد البحث والتعريفات للموضوع و ومنهج البحث و البحوث السابقة وكذالك طريقة عرض البحث. هذا هو يقصد لتفهّم القارء, و لديهم نظرة عامة عالمية عن البحث سيدرس المؤلف.

الباب الثاني : الدراسات السابقات

في هذاالباب سيناقش عن و الإطار النظري, هم:

الأول, التبني

الثاني, التبني عند الفقه المالكي

[25]Sumiati Usman, *KEDUDUKAN HUKUM ANAK ANGKAT TERHADAP HAK WARIS,* Jurnal, Lex Privatum, Vol.I/No.4, 2013.

الثالث, التبني من الفقه إلى القانون

الرابع, الجمهورية التونسية

الخامس, سيرة إمام مالك و منهج استنباطه

السادس, فقه المالكي حول ولد المتبنى

أ) حقوق الأولاد

ب) طرق إثبات

ت) أسباب التوارث

ث) الولاية في الزواج

الباب الثالث : مناقشة البحث

يشرح هذا الباب, أولا, الحقوق اللاصقة للمتبنى عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس .و ثانيا, نسب و ورثة المتبنى و وليها في النكاح عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي.

الباب الرابع : النتائج و التوصيات

هذا الفصل هو الفصل الختامي الذي يقدم خلاصة المناقشة كجواب على المسائل التي أثيرت في مشكلة البحث مجهزة باقتراحات تسهم الأفكار .ويتكون هذا الفصل على المقصود لفهم القراء جوهر عما في هذا البحث.

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM PUSAT PERPUSTAKAAN

الباب الثاني

الإطار النظري

أ. التبني

١) التعريف لغة و اصطلاحا

التبني لغة من لفظ "تبنّى- يتبنّى- تبنيا" بمعنى " اِتِّخَاذُ وَلَدٍ"[٢٦], و من لغة الهولنديـة "*adoptie*" أو "*kind aangenomen*", ومـن لغـة الإنجليـزي "*adoption*"[٢٧] كذالك وذُكر في "*Webster's Third New International Dictionar*" معنى لغة بلفظ "*adop.tion* \ə'däpshən\ *n –s [ME adopcioun, fr. MF or L; MF choosing – more at OPTION]*".

[٢٦] *قاموس المحدث* (قاموس عربي إنكليزي). حرف التاء.

[27] Yan Pramadya Puspa, *Kamus Hukum; Bahasa Belanda – Indonesia – Inggris*, (Semarang: CV Aneka Ilmu, 2008), kata "Adopsi".

وغلب في استعمال العرب لفظ (ادعاء) على التبني، إذا جاء في مثل (ادعى فلان فلانا) ومنه (الدعي) وهو المتبنى، قال الله تعالى: [وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ][٢٨] . ولا يخرج استعمال الفقهاء للفظ التبني عن المعنى اللغوي.

واصطلاحا: اتخاذ شخص خارجي إلى عائلة أوالعشيرة، أو القبائل أو المجموعة، من خلال الاستثمار له بحقوق ومسؤوليات عضو من الولادة ولكن بإعطائه الوضع المتدني.[٢٩] اتخاذ الشخص ولد غيره ابنا له، وكان الرجل في الجاهلية يتبنى الرجل، فيجعله كالابن المولود له، ويدعوه إليه الناس، ويرث ميراث الأولاد.[٣٠] أو اتخاذ ولد غيره بصحة لابن شقيق.[٣١] كذالك اتخاذ ولد غيره لابن شقيق من طريقة حكمية دارِجة أو إعطاء المسئول حكميةً على الولد المأخود بالمتبني كابن شقيق.[٣٢]

٢) التبني عند أمم المتحدة

وأما حقوق الإنسان أي الحقوق الأساسية التي يملكها الشخص منذ الولادة حتى الموت كهدية من الله سبحانه وتعالى .و يولد الناس بأساس متساوية كمخلوق الخالق, و كذالك في الدرجة و الحقوق. و عليهم التعامل بالتعادل و

---

[٢٨] الأحزاب (٣٣): ٤.

[29] *"The taking of an outsider into a family, clan, or tribal group usu, by investing him with the rights and responsibilities of a member by birth but occas. by giving him only a subservient status. Webster's Third New International Dictionary of the English language*, 1993. Kata "Adop.tion".

[٣٠] *الموسوعة الفقهية الكويتية*. مادة "البنوة".

[31] Sudarsono, *Kamus Hukum*, (Jakarta: PT Rineka Cipta, 1992), Kata "Adopsi".

[32] M. Dahlan. Y. Al-Barry dan L. Lya Sofyan Yacub., *Kamus Induk Istilah Ilmiah*, Kata "Adopsi".

التأدب لا خلاف بالدين و العرقية و الدرجة و السباق و القبلية. عنده لا فرق في الشقيق أم لا، طبيعة الأسرة هم أولئك الذين يمكن أن تعقد لنا في بقية حياتنا. وله الحق في ما يفترض أن يكون الحصول عليها من الولايات المتحدة.

عند الجمعية العامة للأمم المتحدة: بموجب قرارها على إثر الإعلان المتعلقة بالمبادئ الاجتماعية القانونية المتصلة بحماية الطفل و رعيتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي في المادة ١٣ من الفصل المتعلق بالتبني, بالغرض الأساس من التبني فهو توفيرأسرة دائمة للطفل الذي لم يتمكن والده الأصليان من توفير الرعاية له.[٣٣]

ب. التبني عند الفقه المالكي

التبني هواتخاذ الشخص ولد غيره ابنا له،[٣٤] وكان الرجل في الجاهلية يتبنى الرجل، فيجعله كالابن المولود له، ويدعوه إليه الناس، ويرث ميراث الأولاد.[٣٥] وغلب في استعمال العرب لفظ (ادعاء) على التبني.[٣٦]

وحرم الله سبحانه من النساء سبعا بالقرابة وسبعا بالرضاع والصهر, فقال عز وجل [حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ

---

[٣٣] منتديات ستار تايمز. http://www.startimes.com/?t=23315370. ١٣ مارس ٢٠١٥. لساعة ١٤:٤٣.

[٣٤] القاموس مادة: " بنى ".

[٣٥] الخازن ٣ / ٤٥١.

[٣٦] المصباح المنير مادة: " دعا ".

الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ[٣٧]] فهؤلاء من القرابة. واللواتي من الرضاع والصهر قوله تعالى: [وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ] [٣٨], كما الحديث:

"وبه عن: ابن شهابٍ أنه سئل عن رضاعة الكبير فقال: أخبرني عروة بن الزبير أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة وكان من أصحاب رسول الله ص.م وكان قد شهد بدراً، وكان تبنى سالماً الذي كان يقال له: سالمٌ مولى أبي حذيفة، كما تبنى رسول الله ص.م زيد بن حارثة، وأنكح أبو حذيفة سالماً وهو يرى أنه ابنه فأنكحه ابنة أخيه فاطمة ابنة الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي يومئذٍ من المهاجرات الأول، وهي يومئذٍ من أفضل أيامى قريشٍ، فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل، فقال: [ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ][٣٩] رد كل واحدٍ تبني من أولئك إلى أبيه، فإن لم يعلم أبوه رد إلى مواليه. فجاءت سهلة بنت سهيل –

---

[٣٧]النساء (٤): ٢٣.

[٣٨]انظر أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي, *الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني*, الجزء الثاني, (مكتبة الثقافة الدينية), الصفحة. ١٦ .(و) حرم عليكم (حلائل) جمع حليلة وهن زوجات (أبنائكم الذين من أصلابكم) والمراد من عقد عليهن الأبناء ولو فاسدا حيث اختلف فيه، ولو كان المعقود له صغيرا جدا والمراد الفرع وإن سفل، واحترز بقوله: من أصلابكم من الابن بالتبني، فلا تحرم عليك حليلته ولو كان قد دخل بها، فقد «تزوج — ص.م – زينب بنت جحش زوجة زيد بن حارثة، وقد كان — ص.م – تبناه حتى كان يدعى زيد بن محمد» ، حتى نزل قوله تعالى: {ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله} [الأحزاب: ٥] وذلك أن المنافقين واليهود لما تزوجها — ص.م – قالوا: تزوج محمد — ص.م – حليلة ابنه وكان ينهى الناس عن ذلك، فأنزل الله تعالى قوله: {لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم} [الأحزاب: ٣٧] الآية، تكذيبا لهم وتصريحا بالجواز (تنبيهات) : الأول: جعلنا محترز من أصلابكم ابن التبني فقط، لأن الابن من الرضاع حكم ابن الصلب في حرمة حليلته، وإن كانت حرمة حليلة ابن الرضاع مستندة للإجماع لقوله — ص.م – «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» لما تقرر من أن ابن الرضاع يقدر كأنه من ظهر الرجل صاحب اللبن، ومن بطن المرأة التي أرضعته، فلا يحل لأبيه فرعه وإن سفل، ولا يحرم له هو أخذ أم أو جدة أبيه، ولا أولاد أبيه، ولا أولاد أمه وإن سفلن لأنهن أخوات وأولاد أخوات.

[٣٩]الأحزاب (٣٣): ٥.

وهي امرأة أبي حذيفة وهي من بني عامر بن لؤي- إلى رسول الله ص.م فقالت: يا رسول الله، كنا نرى سالماً ولداً وكان يدخل علي وأنا فضلٌ وليس لنا إلا بيتٌ واحدٌ، فماذا ترى في شأنه؟ فقال لها رسول الله ص.م فيما بلغنا: [أَرْضِعِيْهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ فَيَحْرُمُ بِلَبَنِهَا]. وكانت تراه ابناً من الرضاعة.
فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال. فكانت تأمر أختها أم كلثومٍ ابنة أبي بكرٍ الصديق رضي الله عنه وبنات أخيها أن يرضعن لها من أحبت أن يدخل عليها من الرجال. وأبى سائر أزواج النبي ص. أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحدٌ من الناس. وقلن: لا والله ما نرى الذي أمر به رسول الله ص.م سهلة بنت سهيلٍ إلا رخصةً من رسول الله ص.م في رضاعة سالمٍ وحده. والله لا يدخل علينا بهذه الرضاعة أحدٌ. فعلى هذا من الخبر كان رأي أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في رضاعة الكبير. قال أبو الحسن: الذي اتصل هذا الحديث، قول عروة: فأخذت بذلك عائشة.[٤٠] وَحَرَّمَ النَّبِيُّ — ص. - بِالرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ.[٤١]

ت. التبني من الفقه إلى القانون

في أول نبحث عن أسباب المحرمات ثلاثة: هن بالولادة يعني النسب, و الرضاعة و المصاهرة, كما قال تعالى في سوة النساء: ٢٣ وفي لفظ [وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ][٤٢] والمراد من عقد عليهن الأبناء ولو فاسدا حيث اختلف فيه، ولو كان المعقود له صغيرا جدا والمراد الفرع وإن سفل، واحترز بقوله: من أصلابكم

[٤٠،٤٠]الإمام مالك, *موطأ الإمام مالك بن أنس رواية ابن القاسم*, رقم ٤٠, الطبعة الأولى, الجزء الأول, (أبو ظبي: منشورات المجمع الثقافي، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م), الصفحة. ٧٩.

[٤١]الإمام أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني, *الرسالة في فقه الإمام مالك*, (بيروت: دار الكتب العلمية,), الصفحة. ٦٥-٦٦.

[٤٢]النساء (٤): ٢٣.

من الابن بالتبني، فلا تحرم عليك حليلته ولو كان قد دخل بها. كما قال تعالى: [ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ[٤٣]]. [٤٤]

وحقوق الأولاد يشتمل على خمسة فصول:١) النسب, وهو إحدى من أسباب الإرث,[٤٥] إذن يشتمل إلى حق الأولاد. ٢) الرضاع, ٣) الحضانة أو كفالة الطفل, ٤) الولاية يعني الولاية على النفس و المال, ٥) النفاقات.[٤٦]

أمّا بالنسبة إلى الآثار، يؤثّر التبنّي على النسب بإحداث نسب اعتباري هو النسب بالتبنّي، حيث اقتضى الفصل ١٤ من قانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ أن "يحمل المتبنّى لقب المتبنّي ويجوز أن يبدل اسمه. وينص على ذلك بحكم التبنّي بطلب من المتبنّي". وأضاف الفصل١٥ من نفس القانون صراحة أنّه "للمتبنّى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما. إلاّ أنّه في الصورة

---

[٤٣]الأحزاب (٣٣): ٥.

[٤٤]أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي, *الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني*, الجزء الثاني, (مكتبة الثقافة الدينية), الصفحة. ١٦.

[٤٥]انظر أ. د. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ*, الطبعة الرَّابعة, الجزء العاشرة, (سوريَّة: دار الفكر), الصفحة. ٧٧٠٤. "أسباب الإرث المتفق عليها فهي ثلاثة: وهي القرابة، والزوجية، والوَلاء. وأما القرابة أو النسب الحقيقية".

[٤٦]وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ*, الطبعة الرَّابعة, الجزء العاشر.... الصفحة. ٧٢٤٥.

التي يكون فيها أقارب المتبنى معروفين تبقى موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول ١٤[٤٧]- ١٥[٤٨]- ١٦[٤٩]-١٧[٥٠] من مجلة الأحوال الشخصية قائمة[٥١]."

ث. الجمهورية التونسية

١) جغرافية و سكان

تونس دولة عربية من دول شمال إفريقا, تبلغ مساحتها ١٦٤.١٥٠ كم, وقدر عدد سكانها سنة ١٩٩٦ م بأكثر من تسعة ملايين نسمة. ولا توجد الجماعات التي تتحدث البربرية إلا في بعض المناطق الجنوبية. بلغ عدد سكان جمهورية تونس وفقا لتعداد مارس ١٩٨٤ م ٦.٩٦٦.١٧٣ نسمة, وقدر عدد السكان سنة ١٩٩٤ م بأكثر من ٨,٥ مليون نسمة و سنة ١٩٩٦ م ٩.٠٥٧.٠٠٠ نسمة. وقد بلغت نسبة سكان الحضر سنة ١٩٨٤ م ٥٢,٨ % مقابل ٤٧,٥ % سنة ١٩٧٥ م وبلغت هذه النسبة ٦١ % سنة ١٩٩٦ م.

٢) نظام الحكم

---

[٤٧]موانع الزواج قسمان :مؤبّدة و مؤقتة. فالمؤبّدة : القرابة أو المصاهرة أو الرضاع أو التطليق ثلاثا. والمؤقتة : تعّلق حق الغير بزواج أو عدّة.

[٤٨]المحرّمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأوّل فصل من كلّ أصل وإن علا.

[٤٩]المحرّمات بالمصاهرة أصول الزوجات بمجرّد العقد وفصولهن بشرط الدخول بالأم، زوجات الآباء وإن علوا وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرّد العقد.

[٥٠]يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب والمصاهرة ويقدر الطفل الرضيع خاصة- دون إخوته وأخواته -ولدا للمرضعة وزوجها ولا يمنع الرضاع من النكاح إلا إذا حصل في الحولين الأولين

[51]Tahir Mahmood, *PERSONAL LAW IN ISLAMIC COUNTRIES: History, Text and Comparative Analysis*, (New Delhi: Times Press, 1987), h. 164-166.

ألغي النظام الملكي وتم إعلان النظام الجمهوري في ٢٥ يوليو سنة ١٩٥٧ م, وفي يونيو سنة ١٩٥٩ م تم إصدار دستور جديد يعد دستورا ديمقراطيا, يعترف بحرية الرأي والتعبير والصحفات والنشر والإجتماع والتجمع. النظام الجمهوري التونسي نظام رئاسي, حيث يتولى رئيس الجمهورية منصب رئيس الوزراء أيضا, ويتم انتخابه لمدة خمس سنوات بالاستفتاء العام ويمكن أن يعاد انتخابه ثلاث مرات متتالية.

ترأس الجمهورية التونسية الحبيب بورقيبة من سنة ١٩٥٩ م إلى ١٩٨٧ م, ثم تولى الوزير الأول زين العابدين ابن علي رئاسة الجمهورية يوم ٧ نوفمبر ١٩٨٧ م بناء على الفصل ٥٧ من الدستور التونسي الذي ينص على أن يتولى الوزير الأول رئاسة الجمهورية في حالة عجز أو وفاة رئيس الجمهورية, وذالك لأن الرئيس بورقيبة أصبح آنذاك غير قادر على تولي شؤون البلاد. وقد اتسم الحكم مدة رئاسة الرئيس بورقيبة بحكم الحزب الواحد وهو الحزب الدستوري الذي قاد الحركة الوطنية حتى استقلال البلاد سنة ١٩٥٦ م, على الرغم من وجود بعض المنظمات القومية كالمنظمة العالمية والاتخاد العام التونسي للشغل.

وفي سنة ١٩٨٩ م نظمت أول انخابات شاركت فيها كل الأحزاب المعترف بها ومنها الحزب الشيوعي التونسي, وحركة الديمقراطيين الاشتراكيين, وحزب الوحدة الشعبية, والحزب الاجتماعي للتقدم, والاتحاد الديمقراطي الوحدوي, وأسفرت هذه الانتخابات عن فوز الحرب الحاكم وهو التجمع الدستوري الديمقراطي.

وفي مارس سنة ١٩٩٤ م تم اختيار الرئيس زين العابدين بن علي لفترة رئاسية ثانية لمدة خمس سنوات. ومن المؤسسات السياسية التونسية, مجلس النواب الذي يضم ١٤١ عضوا يتم انتخابهم انتخابا عاما مباشرا كل خمس سنوات, ومجلس الدولة, ويتكون من هيئتين هما المحكمة الإدارية ودائرة المحاسبات. و هناك المجلس الاقتصادي والاجتماعي وهو هيئة استشارية تسهم في الحوار والتشاور بين مختلف أجهزة الدولة حول سياسة الحكومة الاقتصادية والاجتماعية, أما المجلس الدستوري فيبدي الرأي حول مدى مطابقة مشروعات القوانين لأحكام الدستور. وينظر المجلس الإسلامي الأعلى في المسائل المتعلقة بالدين والنواحي الفقهية والاجتماعية.[٥٢]

٣) الدين و المذهب

بأن الجمهورية التونسية أول دول المغرب العربي التي دخلها الإسلام, ولهذا أصبحت عربية منذ وقت مبكر.[٥٣] والإسلام دين رسمي فيه, وسكان المسلمين حول ٩٩ في المائة,[٥٤] وأما مالكي هو أكبر المذهب في اتباع المسلمين.[٥٥]

---

[٥٢] *الموسوعة العربية العالمية, الطبعة الثانية,* (الرياض: مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع, ١٩٩٩), الصفحة. ٣٣٥-٣٣٩.

[٥٣] *الموسوعة العربية العالمية*, الطبعة الثانية..., الصفحة. ٣٣٩.

[54] *Europa Regional Surveys of the World, The Midlle East and North Africa 2012*, 58 Edition, (London and New York: Routledge Taylor and Francis Group, 2011), h. 1137.

[٥٥] *الموسوعة العربية العالمية*, الطبعة الثانية,... الصفحة. ٣٣٥-٣٣٩.

ج. سيرة إمام مالك و منهج استنباطه

١) سيرة إمام مالك

هو شيخ الإسلام، حجة الأمة، إمام دار الهجرة، أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن غيمان بن خثيل بن عمرو بن الحارث، وهو ذو أصبح بن عوف بن مالك بن زيد بن شداد بن زرعة، وهو حمير الأصغر الحميري، ثم الأصبحي، المدني، حليف بني تيم[٥٦] بن مرّة[٥٧] من قريش فهم حلفاء عثمان أخي طلحة بن عبيد الله، أحد العشرة.[٥٨] وأمه هي: عالية بنت شريك الأزدية. وأعمامه هم: أبو سهل نافع، وأويس، والربيع، والنضر أولاد أبي عامر.

مولد مالك في سنة ثلاث و تسعين (قال يحي بن بكير), إحدى و تسعين (عطاف بن خالد)و في ربيع الأول سنة أربع و تسعين (قال عمارة), سنة أربع و تسعين (قل محمد بن عبد الله بن عبد الحكم), سبع و تسعين من الهجر (قال أبو عمر و غير هؤلاء يقولون). و توفي سنة تسع و سبعين و مائة من الهجر,[٥٩] و على

---

[٥٦]شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي, *سير أعلام النبلاء*, (القاهرة: دار الحديث, ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م), الصفحة. ١٥٠.

[57]Syaikh Ahmad Farid, *60 Biografi Ulama Salaf, Terj. Masturi Irham dan Asmu'I Taman, (Jakarta: Pustaka al-Kautsar, 2006), h.*

[٥٨]أي: المبشرين بالجنة.

[٥٩]أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي, *الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء: مالك و الشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهم و ذكر عيون من أخبار أصحابهم للتعريف بجلالة اقدارهم,* (بيروت: دار الكتب العلمية), الصفحة. ١٠.

الأصح في سنة ثلاث وتسعين، عام موت أنس خادم رسول الله –ص.م– ونشأ في صون ورفاهية وتجمل,[٦٠] وتوفي سنة تسع وسبعين ومائة ودفن بالبقيع.[٦١]

وقد روى الزهري، عن والده أنس، وعميه أويس، وأبي سهيل. وقال: مولى التيميين، وروى أبو أويس عبد الله عن عمه الربيع، وكان أبوهم من كبار علماء التابعين. أخذ عن عثمان، وطائفة. وطلب العلم وهو حدث بعيد موت القاسم، وسالم. فأخذ عن: نافع، وسعيد المقبري، وعامر بن عبد الله بن الزبير، وابن المنكدر، والزهري، وعبد الله بن دينار، وخلق سنذكرهم على المعجم، وإلى جانب كل واحد منهم ما روى عنه في "الموطأ"، كم عدده. وهم:

إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة "١٨"، أيوب بن أبي تميمة السختياني عالم البصرة "٤"أيوب بن حبيب الجهني مولى سعد بن مالك "١"، إبراهيم بن عقبة "١"، إسماعيل بن أبي حكيم "١"، إسماعيل ابن محمد بن سعد "١"، ثور بن زيد الديلي "٣"، جعفر بن محمد "٧"، حميد الطويل "٦"، حميد بن قيس الأعرج "٢"، خبيب بن عبد الرحمن "٢"، داود بن الحصين "٤"، داود أبو ليلى بن عبد الله في القسامة "١"، ربيعة الرأي "٥"، زيد بن أسلم "٢٦"، زيد بن رباح "١"، زياد بن سعد "١"، زيد بن أبي أنيسة "١"، سالم أبو النضر "١٣"، سعيد بن أبي سعيد "٤"، سمي مولى أبي بكر "١٣"، سلمة بن دينار أبو حازم "٨"، سهيل بن أبي صالح "١١"، سلمة بن صفوان الزرقي

---

[٦٠] شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي, *سير أعلام النبلاء*..., الصفحة, ١٥٠.

[٦١] *خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال*, جزء ١, الصفحة. ٣٦٦.

"١"، سعد بن إسحاق "١"، سعيد ابن عمرو بن شرحبيل "١"، شريك بن أبي نمر "١"، صالح بن كيسان "٢"، صفوان بن سليم "٢"، صيفي مولى ابن أفلح "١"، ضمرة بن سعيد "٢"، طلحة بن عبد الملك "١"، عامر بن عبد الله بن الزبير "٢"، عبد الله بن الفضل "١"، عبد الله بن عبد الله بن جابر بن عتيك "٢"، عبد الله بن أبن بكر ابن حزم "١٨"، عبد الله بن يزيد مولى الأسود "٥"، عبد الله بن دينار "٣١"، أبو الزناد عبد الله بن ذكوان "٦٤"، عبد الرحمن بن القاسم "٨"، عبد الرحمن بن أبي صعصعة "٣"، عبد الله بن عبد الرحمن أبو طوالة "٢"، عبيد الله بن سليمان الأغر "١"، عبيد الله بن عبد الرحمن "١"، عبد الرحمن بن حرملة "١"، عبد الرحمن بن أبي عمرة "١"، عبد المجيد بن سهيل "١"، عبد ربه سعيد "٢"، عبد الكريم الجزري "١"، عطاء الخراساني "١"، عمرو بن الحارث "١"، عمرو بن أبي عمرو "١"، عمرو بن يحيى ابن عمار "٣"، علقمة بن أبي علقمة "٢"، العلاء بن عبد الرحمن "١"، فضيل بن أبي عبد الله "١"، قطن بن وهب "١"، الزهري "١٨"، ابن المنكدر "٤"، أبو الزبير "٨"، محمد بن عبد الرحمن يتيم عروة "٤"، محمد بن عمرو بن حلحلة "٢"، محمد بن عمارة "١"، محمد بن أبي أمامة "١"، محمد بن عبد الله بن أبي صعصعة "١"، محمد بن أبي بكر الثقفي "١"، محمد بن عمرو بن علقمة "١"، محمد بن يحيى بن حبان "٤"، محمد بن أبي بكر بن حزم "١"، أبو الرجال محمد "١"، موسى بن عقبة "٢"، موسى بن ميسرة "٢"، موسى بن أبي تميم "١"، مخرمة بن سليمان "١"،

مسلم بن أبي مريم "٢"، المسور بن رفاعة "١"، نافع "٨٥"، أبو سهيل نافع بن مالك "١"، نعيم المجمر "٣"، وهب بن كيسان "١"، هاشم ابن هاشم الوقاصي "١"، هلال بن أبي ميمونة "١"، هشام بن عروة "٤٢"، يحي بن سعيد الأنصاري "٤٠"، يزيد بن خصيفة "٣"، يزيد بن أبي زياد المدني "١"، يزيد بن عبد الله بن الهاد "٣"، يزيد بن رومان "١"، يزيد بن عبد الله بن قسيط "١"، يونس بن يوسف بن حماس "٢"، أبو بكر بن عمر العمري "١"، أبو بكر بن نافع "٢"، الثقة عنده "٢"، الثقة "٣". فعنهم كلهم ست مائة وستة وثلاثون حديثا، وستة أحاديث عمن لم يسم، واختلف في ذلك في أحد وسبعين حديثا.

وممن روى عنه مالك مقاطيع: عبد الكريم بن أبي المخارق، ومحمد بن عقبة، وعمر بن حسين، وكثير بن زيد، وكثير بن فرقد، ومحمد بن عبيد الله بن أبي مريم وعثمان بن حفص بن خلدة، ومحمد بن عبد الرحمن بن سعد بن زرارة، ويعقوب بن يزيد بن طلحة، ويحي بن محمد بن طحلاء، وسعيد بن عبد الرحمن بن رقيش، وعبد الرحمن بن المجبر، والصلت بن زبيد، وأبو عبيد حاجب سليمان، ومحمد بن يوسف، وعفيف بن عمرو، ومحمد بن زيد بن قنفذ،وأبو جعفر القارئ،وعمر بن محمد بن زيد، وصدقة بن يسار المكي، وزياد بن أبي زياد، وعمارة بن صياد، وسعيد بن سليمان بن زيد بن ثابت، وسعيد بن عمرو بن سليم، وعروة بن أذينة، وأيوب بن موسى، ومحمد بن أبي حرملة، وأبو بكر بن عثمان، وجميل بن عبد الرحمن المؤذن، وعبد الرحمن بن

محمد بن عبد الله بن عبد، وعمرو بن عبيد الله الأنصاري، وإبراهيم بن أبي عبلة، وعبد الله بن سعيد بن أبي هند، ويزيد بن حفص، وعاصم بن عبيد الله، وثابت الأحنف، وعبد الرحمن بن أبي حبيب، وعمر بن أبي دلاف، وعبد الملك ابن قريز، والوليد بن عبد الله بن صياد، وعائشة بنت سعد.

وفي "الموطأ": عدة مراسيل أيضا عن: الزهري، ويحيى الأنصاري، وهشام بن عروة. عمل الإمام الدارقطني أطراف جميع ذلك في جزء كبير، فشفى وبين، وقد كنت أفردت أسماء الرواة عنه في جزء كبير يقارب عددهم ألفا وأربع مائة، فلنذكر أعيانهم:

حدث عنه من شيوخه: عمه؛ أبو سهيل، ويحيى بن أبي كثير، والزهري، ويحيى بن سعيد، ويزيد بن الهاد، وزيد بن أبي أنيسة، وعمر بن محمد بن زيد، وغيرهم.

ومن أقرانه: معمر، وابن جريج، وأبو حنيفة، وعمرو بن الحارث، والأوزاعي, وشعبة، والثوري، وجويرية بن أسماء، والليث، وحماد بن زيد، وخلق وإسماعيل بن جعفر، وسفيان بن عيينة، وعبد الله بن المبارك، والدراوردي، وابن أبي الزناد، وابن علية، ويحيى بن أبي زائدة، وأبو إسحاق الفزاري، ومحمد بن الحسن الفقيه، **وعبد الرحمن بن القاسم**،[٦٢] وعبد الرحمن بن مهدي، ومعن بن عيسى القزاز، وعبد الله بن

---

[٦٢] "عبد الرحمن بن القاسم العتقي بضم المهملة وفتح المثناة بعدها قاف أبو عبد الله المصري الفقيه عن مالك وبكر بن مضر ونافع القارىء وعنه أصبغ بن الفرج ومحمد بن سلمة المرادي قال أبو زرعة عنده ثلثمائة جلد عن مالك مسائل قال النسائي ثقة مأمون وقال فيه مالك مثله مثل جراب مملوء مسكا قال يونس بن عبد الأعلى مات سنة إحدى وتسعين ومائة" في أحمد بن عبد الله بن أبي الخير بن عبد العليم الخزرجي الأنصاري الساعدي اليمني، صفي الدين, *خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال*, الطبعة الخامسة, (بيروت: دار البشائر, ١٤١٦ ه), الصفحة. ٢٣٣.

وهب، وأبو قرة موسى بن طارق، والنعمان بن عبد السلام، ووكيع، والوليد بن مسلم، ويحيى القطان، وإسحاق بن سليمان الرازي، وأنس بن عياض الليثي، وضمرة بن ربيعة، وأمية بن خالد، وبشر بن السري الأفوه، وبقية بن الوليد، وبكر بن الشرود الصنعاني، وأبو أسامة، وحجاج بن محمد، وروح بن عبادة، وأشهب بن عبد العزيز، وأبو عبد الله الشافعي، وعبد الله بن عبد الحكم، وزياد بن عبد الرحمن شبطون الأندلسي، وأبو داود الطيالسي، وأبو كامل مظفر بن مدرك، وأبو عاصم النبيل، وعبد الرزاق، وأبو عامر العقدي، وأبو مسهر الدمشقي، وعبد الله بن نافع الصائغ، وعبد الله بن عثمان المروزي عبدان، ومروان بن محمد الطاطري، وعبد الله بن يوسف التنيسي، وعبد الله بن مسلمة القعنبي، وأبو نعيم الفضل بن دكين، ومعلى بن منصور الرازي، ومنصور بن سلمة الخزاعي، والهيثم بن جميل الأنطاكي، وهشام بن عبيد الله الرازي، وأسد بن موسى، وآدم بن أبي إياس، ومحمد بن عيسى بن الطباع، وخالد بن مخلد القطواني، ويحيى بن صالح الوحاظي، وأبو بكر، وإسماعيل ابنا أبي أويس، وعلي بن الجعد، وخلف بن هشام، ويحيى بن يحيى التميمي، ويحيى بن يحيى الليثي، وسعيد بن منصور، ويحيى بن بكير، وأبو جعفر النفيلي، وقتيبة بن سعيد، ومصعب بن عبد الله الزبيري، وأبو مصعب الزهري، وأحمد بن يونس اليربوعي، وسويد بن سعيد، ومحمد بن سليمان لوين، وهشام بن عمار، وأحمد بن حاتم الطويل، وأحمد بن نصر الخزاعي الشهيد، وأحمد بن محمد الأزرقي، وإبراهيم بن يوسف البلخي الماكياني، وإبراهيم بن

سليمان الزيات البلخي، وإسماعيل بن موسى الفزاري، وإسحاق بن عيسى بن الطباع أخو محمد، وإسحاق بن محمد الفروي، وإسحاق بن الفرات، وإسحاق بن إبراهيم الحنيني، وبشر ابن الوليد الكندي، وحبيب بن أبي كاتب مالك، والحكم بن المبارك الخاشتي، وخالد بن خداش المهلبي، وخلف بن هشام البزار، وزهير ابن عباد الرؤاسي، وسعيد بن عفير المصري، وسعيد بن داود الزبيري، وسعيد بن أبي مريم، وأبو الربيع سليمان بن داود الزهراني، وصالح بن عبد الله الترمذي، وعبد الله بن نافع بن ثابت الزبيري، وعبد الله بن نافع الجمحي، وعبد الرحمن بن عمرو البجلي الحراني، وعبد الأعلى بن حماد النرسي، وعبد العزيز بن يحيى المدني، وأبو نعيم، وعبيد بن هشام الحلبي، وعلي بن عبد الحميد المعني، وعتبة بن عبد الله اليحمدي المروزي، وعمرو بن خالد الحراني، وعاصم بن علي الواسطي، وعباس بن الوليد النرسي، وكامل بن طلحة، ومحمد بن معاوية النيسابوري، ومحمد بن عمر الواقدي، وأبو الأحوص محمد بن حبان البغوي، ومحمد بن جعفر الوركاني، ومحمد بن إبراهيم بن أبي سكينة، ومنصور بن أبي مزاحم، ومطرف بن عبد الله اليساري، ومحرز بن سلمة العدني، ومحرز بن عون، والهيثم بن خارجة، ويحيى بن قزعة المدني، ويحيى بن سليمان بن نضلة المدني، ويزيد بن صالح النيسابوري الفراء.

وآخر أصحابه موتا: راوي "الموطأ"؛ أبو حذافة أحمد بن إسماعيل السهمي، عاش بعد مالك ثمانين عاما. وقد حج قديما، ولحق عطاء بن أبي رباح، فقال مصعب

الزبيري: سمعت ابن أبي الزبير يقول: حدثنا مالك، قال: رأيت عطاء بن أبي رباح دخل المسجد، وأخذ برمانة المنبر، ثم استقبل القبلة.[٦٣]

٢) منهج استنباط إمام مالك

في استنباط حكم الشرعي, جعل الإمام مالك بن أنس معيارا بين أمور أخرى:

أ) نص (القرآن والسنة النبوية المتواترة)

ب) ظاهر النص

ت) دليل النص (مفهم مخالفة)

ث) الأعمال الخيرية من أهل المدينة المنورة

ج) الخبر الأحد

ح) الإجماع

خ) الفتوى من الصحابة

د) القياس

ذ) استحسان

ر) شد الذريعة

ز) مراعة الخلاف

س) استصحاب

[٦٣] شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي, *سير أعلام النبلاء*..., الصفحة, ١٥٠-١٥٤.

ش) المصلحة المرسلة

ص) شريعة قبل الإسلامية

من هذه المعايير يمكن أن يعرف نظام استنباط لإمام المالك. ومن بين هؤلاء لم تؤخذ من المجتهد أخرى هي كما يلي:

أ) السنة

الإمام مالك لا يشترط شروطا ثقيلا للتقبيل السنة / الحديث كما قال الإمام أبو حنيفة. الإمام مالك يمكن الحصول على الخبر الأحد الذي سنده صحيح أو حسن ولو مخالفة بالقياس أو بما فعل الراوي. شروط مهمة في تلقي الخبر الأحد لم تكن مخالفة لممارسة أهل المدينة المنورة, و كذالك بمن رويه من علماء الحجاز.

ب) الأفعال الخيرية من أهل المدينة المنورة

ويرى الإمام مالك أن ممارسة أهل المدينة المنورة يمكن أن تستخدم للدليل،و يتقدم القياس و الخبر الأحد,لأن كما قال إمام المالك الأفعال الخيرية من أهل المدينة المنورة وفقا ببواية من جماعة النبي.

ج) قول الصحابي

قول الصحابي أي فتوي من صحابة النبي و سنده صحيح, و ذلك ذالك الفتوى لا يختلف بحديث الرسول الصحيح, ويتقدمه من القياس.

د) المصلحة المرسلة

وهو صفة التي من المتوقع أن يجلب المصلحة. صفة التي لا يعين النصوص لتقبيل أو لردها , لذا يساويه بالمصلحة المرسلة.[٦٤]

٣) فقه المالكي حول ولد المتبنى

١) حقوق الأولاد

أ) النسب.

سبب ثبوت نسب الولد من أمه: هو الولادة، شرعية كانت أم غير شرعية. أسباب ثبوت النسب من الأب فهي:

(١) الزواج الصحيح

اتفق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجاً صحيحاً ينسب إلى زوجها، للحديث المتقدم: «الولد للفراش»، والمراد بالفراش: المرأة التي يستفرشها الرجل ويستمتع بها.

(٢) الزواج الفاسد

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح, لأن النسب يحتاط.

[64]M. Hamdani Yusuf, *Perbandingan Madz-hab*, (Semarang: Aksara Indah, 1986), h. 54-55.

(٣) *الوطء بشبهة*

هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة، وقيل: إنها زوجته، فيدخل بها. ومثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه، فيظنها زوجته. ومثل وطء المطلقة طلاقاً ثلاثاً أثناء العدة، على اعتقاد أنها تحل له.[٦٥]

ب) الرضاع.

تأثير الرضاع في تحريم الزواج بسبب القرابة الناشئة عنه، وما يستلزمه من طرق إثبات الرضاع.

ت) الحضانة.

هي تربية الولد لمن له حق الحضانة. أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل وكبير مجنون. وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه في سن معينة ونحوها.[٦٦]

---

[٦٥] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلامِيُّ وأدِلَّتُهُ*, الجزء التاسعة, الطبعة الرَّابعة, الجزء العاشر,...الصفحة. ٧٢٥٦ و ٧٢٦١ و ٧٢٦٣.

[٦٦] الشرح الصغير: ٧٥٦/ ٢ في وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلامِيُّ وأدِلَّتُهُ*, الطبعة الرَّابعة, الجزء العاشر,...الصفحة. ٧٢٩٦.

ث) الولاية.

الولايـة هـي تـدبير الكبـير الراشـد شـؤون القاصـر الشخصـية والماليـة. والقاصـر: مـن لم يسـتكمل أهليـة الأداء، سـواء أكـان فاقـداً لهـا كغـير المميـز أم ناقصها كالمميز. وقد عرفنا في بحث الزواج أن الولي ركن من أركان العقد عند غير الحنفية.

ج) النفقات.

والأولاد الواجب نفقتهم في رأي جمهور العلماء هم الأولاد مباشرة، وأولاد الأولاد، أي الفروع وإن نزلوا، فعلى الجد نفقة أحفاده، من أي جهة كانوا؛ لأن الولد يشمل الولد المباشر وما تفرع منه. وهو الصحيح، فهذه النفقة تجب بالجزئية دون الإرث.[٦٧]

٢) طرق إثبات النسب

يثبت النسب بأحد طرق ثلاثة وهي:

أ) الزواج الصحيح أو الفاسد.

الـزواج الصـحيح أو الفاسـد سـبب لإثبـات النسـب، وطريـق لثبوتـه في الواقع، متى ثبت الزواج ولو كان فاسداً، أو كان زواجاً عرفياً، أي منعقداً بطريق

[٦٧] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلامِيُّ وأدِلَّتُهُ*, الطبعة الرَّابعة, الجزء العاشر, الصفحة. ٧٣٢٧-٧٣٣١ و ٧٤١١.

عقد خاص دون تسجيل في سجلات الزواج الرسمية، يثبت به نسب كل ما تأتي به المرأة من أولاد.

ب) الإقرار بالنسب.

الإقرار بالنسب أوادعاء الولد نوعان:

(١) إقرار على نفس المقر، فهو أن الأب بالولد أو الابن بالوالد، كأن يقول: هذا ابني، أو هذا أبي، أو هذه أمي. ويصح هذا الإقرار من الرجل ولو في مرض الموت، بشروط ثلاثة عند الملكي:

(أ) أن يكون المقر به مجهول النسب

بأن لا يكون معروف النسب من أب آخر، فإن كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر، كان هذا الإقرار باطلاً؛ لأن الشرع قاض بثبوت النسب من ذلك الأب، ومتى تأكد ثبوت النسب من شخص، لا يقبل الانتقال منه إلى غيره، فقد لعن النبي صلّى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه.

(ب) أن يصدقه الحس

بأن يكون المقر به محتمل الثبوت من نسب المقر، بأن يكون ممن يولد مثل المقر به لمثل المقر، وذلك في سن تسمح بأن يكون ابناً للمقر. فلو كان المقر ببنوته أكبر من المقر أو مساوياً له في السن

أو مقارباً، بحيث لا يمكن أن يكون ابناً للمقر عادة، لم يصح إقراره؛ لأن الحس أو الواقع يكذبه في هذا الإقرار.

(ت) ألا يكون فيه حمل النسب على الغير

سواء كذبه المقر له أو صدقه؛ لأن إقرار الإنسان حجة قاصرة على نفسه، لا على غيره؛ لأنه على غيره شهادة أو دعوى، وشهادة الفرد فيما لا يطلع عليه الرجال غير مقبولة، والدعوى المفردة ليست بحجة.

وبناء عليه إذا كان المقر ببنوة الغلام زوجة أو معتدة، فيشترط مع ما ذكر أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضاً، أوأن تثبت ولادتها له من ذلك الزوج؛ لأن فيه تحميل النسب على الغير، فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة. وليس تصديق المقر به (كما قال الجمهور) شرطاً لثبوت النسب من المقر؛ لأن النسب حق للولد على الأب، فيثبت بإقراره بدون توقف على تصديق منه، إذا لم يقم دليل على كذب المقر.

(٢) وإقرار محمول على غير المقر, ويرى مالك: أنه لا يثبت النسب على الغير إلا بإقرار اثنين؛ لأنه يحمل النسب على غيره، فاعتبر فيه العدد

كالشهادة.[٦٨] وأنه أثبت نسبه بإ قرار أخيه به، والأصل أن لا يثبت نسب إلا بشاهدي عدل.[٦٩]

ت) البينة.

البينة حجة متعدية لا يقتصر أثرها على المدعى عليه، بل يثبت في حقه وحق غيره، أما الإقرار فهو كما عرفنا حجة قاصرة على المقر لاتتعداه إلى غيره. وثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار؛ لأن البينة أقوى الأدلة اليوم؛ لأن النسب وإن ظهر بالإقرار لكنه غير مؤكد، فاحتمل البطلان بالبينة.[٧٠]

نوع البينة في إثبات النسب على الغير إثبات النسب على الغير كهذا أخي أو عمي قد يكون بالبينة، وهي عند مالك: أنه لا يثبت النسب على الغير إلا بإقرار اثنين؛ لأنه يحمل النسب على غيره، فاعتبر فيه العدد كالشهادة. ونوع البينة التي يثبت بها النسب كما سبق: بشهادة رجلين فقط عند المالكية. الشهادة بالتسامع لإثبات النسب: والمالكية فقالوا: أن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصور، بأن ينتشر المسموع به بين الناس العدول وغيرهم. واشترطوا أن يقول الشهود: سمعنا كذا، ونحوه.[٧١]

---

[٦٨] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلامِيُّ وأدِلَّتُهُ*, الطبعة الرَّابعة, الجزء العاشر... الصفحة. ٧٢٦٥-٧٢٧٠.

[٦٩] أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد, *بداية المجتهد ونهاية المقتصد, الجزء ٤*, (القاهرة: دار الحديث, ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م) ,الصفحة. ١٤١.

[٧٠] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلامِيُّ وأدِلَّتُهُ*, الجزء التاسعة, الطبعة الرَّابعة,...الصفحة. ٧٢٧١.

[٧١] أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي, *شرح ميارة الفاسي*, الجزء الأول, (بيروت: دار الكتب العلمية, ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م), الصفحة. ١٣٨.

٣) أسباب التوارث

أركانه ثلاثة وارث ومورث وشيء موروث، وأسبابه أربعة القرابة المخصوصة والولاء وبيت المال والنكاح ولو فاسدا حيث كان مختلفا فيه ولو لم يحصل دخول، وشروطه ثلاثة تقدم موت الموروث واستقرار حياة الوارث بعده والعلم بالجهة المقتضية للإرث.[٧٢] وأسباب الإرث قرابة ونكاح وولاء.[٧٣] و في كتاب آخر يقال أسبابها نسب وولاء ونكاح.[٧٤] و كذالك أسباب التوارث ثلاثة رحم وولاء ونكاح.[٧٥]

والوارثون عشرة أصناف ولد الصلب ذكورهم وإناثهم وولد الابن ذكورهم وإناثهم وإن نزلوا والأبوان والجد أب الأب وآباؤه وإن علوا والإخوة ذكورهم وإناثهم وبنو الأخوة لغير الأم دون بناتهم والعمومة لغير الأم وبنوهم دون بناتهم وإن نزلوا والزوجان والموالي ذكورهم وولدهم وباقي عصبتهم.

وقد ألف الناس عبارات الفرضيين وهو الوارثون من الرجال عشرة الابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد أب الأب وإن علا والأخ وابن للأخ وإن سفل والعم

---

[٧٢]أبو الحسن, علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي, *حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني*, الجزء الثاني, (بيروت: دار الفكر, ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م), الصفحة. ٣٧٥.

[٧٣]محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي, *التاج والإكليل لمختصر خليل*, الطبعة الأولى, الجزء الثامن, (دار الكتب العلمية, ١٤١٦هـ-١٩٩٤م), الصفحة. ٥٩٥.

[٧٤]عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي, *إِرْشَادُ السَّالِكِ إِلَىٰ أَشْرَفِ المَسَالِكِ فِي فِقهِ الإِمَامِ مَالِك*, الطبعة الثالثة, الجزء الأول, (مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده, بدون السنة), الصفحة. ١٢٩.

[٧٥]أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي, *التلقين في الفقة المالكي*, الطبعة الأولى, الجزء الثاني, (دار الكتب العلمية, ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م), الصفحة. ٢٢٣.

وابن العم وإن سئل والزوج ومولي النعمة. ومن النساء سبع الابنة وابنة الابن وإن سفلت والأم والجة وإن علمت والأخت والزوجة ومولاة النعمة.

والميراث بوجهين بتعصيب وبفرض والفروض ستة وهي النصف ونصفه وهو الربع ونصفه وهو الثمن والثلثان ونصفها وهو الثلث ونصفه وهو السدس. فالنصف لخمسة لابنة الصلب وابنة الابن والأخت للأب وأم أو لأب والزوج مع عدم الولد أو ولد الابن والربع فرض الصنفين الزوج مع الولد أو ولد الابن والزوجة أو الزوجات مع عدمهم والثمن فرض صنف واحد وهو الزوجة والزوجات إذا اجتمعن مع الولد أو ولد الابن والثلثان فرض أربع الابنتين فصاعدا من بنات الصلب والاثنتين فصاعدا من بنات الابن والاثنتين فصاعدا من الأخوات للأب والأم أو لأب فقط والاثنتين فصاعداً من الأخوات للأب.

والثلث فرض لصنفين الأم مع عدم الولد أو ولد الابن والإخوة وفرض الاثنين فصاعدا من ولد الأم والسدس فرض سبعة فرض كل واحد من الأبوين مع الولد أو ولد الابن واحد فروض الجد والجدة أو الجدات إذا اجتمعن وفرض بنات الابن مع بنت الصلب وفرض الأخوات للأب مع الأخت للأب والأم وفرض الواحد من ولد الأم ذكراً كان أو أنثى وكل واحد من ذوي الفروض فذلك فرضه إذا انفرد.[٧٦]

[٧٦]أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي, *التلقين في الفقة المالكي*, الجزء الثاني,...الصفحة. ٢٢٠-٢٢٣.

٤) الولاية في الزواج

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الزواج أن يكون لمن يتولاه ولاية إنشائه، إما بالنفس وإما بالغير، فإذا وجدت هذه الولاية، صح العقد ونفذ، وإن فقدت بطل العقد عند الجمهور، وكان موقوفاً عند الحنفية. الولاية لغة إما بمعنى المحبة والنصرة، كما في قوله تعالى:

{وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ}[٧٧]

وقول سبحانه:

{وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ}[٧٨]

وإما بمعنى السلطة والقدرة، يقال: (الولي) أي صاحب السلطة. وفي اصطلاح الفقهاء: القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد. وسبب مشروعية ولاية تزويج القصر والمجانين (ولاية الإجبار): هو رعاية مصالح هؤلاء، وحفظ حقوقهم بسبب عجزهم وضعفهم حتى لا تضيع وتهدر.

الولاية عند المالكية قسمان: خاصة وعامة:[٧٩]

أ) الولاية الخاصة: هي التي تثبت لأناس معينين، فالخاصة في أربعة أوجه نسب أو خلافة نسب أو ولاء أو سلطان فأما ولاية النسب فمستحقة بالتعصيب.[٨٠] وهم

---

[٧٧] المائدة (٥): ٥٦

[٧٨] التوبة (٩):٧١

[٧٩] القوانين الفقهية: ص ١٩٨ وما بعدها، الشرح الصغير: ٣٥١/ ٢ – ٣٦٣، الشرح الكبير: ٢٢١/ ٢ – ٢٣٢، ٢٤١ وما بعدها.

ستة أصناف: الأب، ووصيه، والقريب العصبة، والمولى، والكافل، والسلطان. وأسباب هذه الولاية ستة هي: الأبوة، والإيصاء، والعصوبة، والملك، والكفالة، والسلطنة. أما الولاية بالكفالة: فهي أن يكفل رجل امرأة فقدت والدها. وغاب عنها أهلها، فقام بتربيتها مدة خاصة، فيكون له عليها حق الولاية في تزويجها، ويشترط لثبوت هذه الولاية شرطان:

أحدهما : أن تمكث عنده زمناً يوجب حنانه وشفقته عليها عادة وبالفعل، فلا حاجة لتقدير زمن معين كأربع سنوات أو عشر على الأظهر.

والثاني : ألا تكون شريفة، والشريفة: هي ذات الجمال أو المال، فإن كانت ذات جمال فقط أو ذات مال فقط، زوجها الحاكم. ورجح بعض المالكية أن ولاية الكفيل عامة تشمل الشريفة والدنيئة.

ب) والولاية العامة: تثبت بسبب واحد هو الإسلام، فهي تكون لكل مسلم، على أن يقوم بها واحد منهم، بأن توكل امرأة أحد المسلمين ليباشر عقد زواجها، بشرط ألا يكون لها أب أو وصيه، وبشرط أن تكون دنيئة لا شريفة. والدنيئة: هي الخالية من الجمال والمال والحسب والنسب. والخالية من النسب: بنت الزنا أو

---

[٨٠] أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي, *التلقين في الفقة المالكي*, الطبعة الأولى, الجزء الأول,...الصفحة. ١١٣.

الشبهة أو المعتوقة من الجواري. والحسب: هو الأخلاق الكريمة كالعلم والتدبير والكرم ونحوها من محاسن الأخلاق.

اشتراط الولاية في زواج المرأة, رأي الجمهور: فهو أن النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت ولو كانت بالغة عاقلة رشيدة، لم يصح النكاح،وهو رأي كثير من الصحابة كابن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة ر. ع. وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك،وعبيد الله العنبري وإسحاق وأبو عبيدة رحمهم الله تعالى. أدلتهم:

أ) حديث عائشة وأبي موسى وابن عباس: «لا نكاح إلا بولي»[٨١] وحديث عائشة: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل باطل باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[٨٢].

وحديث أبي هريرة: «لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»[٨٣].

ب) إن الزواج عقد خطير دائم ذو مقاصد متعددة من تكوين أسرة، وتحقيق طمأنينة واستقرار وغيرها، والرجل بما لديه من خبرة واسعة في شؤون الحياة أقدر على

---

[٨١] رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة (نصب الراية: ١٨٣/ ٣، سبل السلام: ١١٧/ ٣).

[٨٢] أخرجه أحمد والأربعة إلا النسائي، وصححه أبو عوانة وابن حبان والحاكم وابن معين وغيره من الحفاظ (نصب الراية: ١٨٤/ ٣، سبل السلام: ١١٨/ ٣).

[٨٣] أخرجه الدارقطني، وفي إسناده كلام (نصب الراية: ١٨٨/ ٣).

مراعاة هذه المقاصد، أما المرأة فخبرتها محدودة، وتتأثر بظروف وقتية، فمن المصلحة لها تفويض العقد لوليها دونها.

في ترتيب الأولياء, قال المالكية[٨٤]: هنا ك ولي مجبر، وولي غير مجبر. وتثبت ولاية الإجبار عند المالكية بأحد سببين: البكارة، والصغر فيقع، الإجبار للبكر وإن كانت بالغاً، وللصغيرة وإن كانت ثيباً، ويستحب استئمارها.فولاية الإجبار تثبت لأحد ثلاثة بالترتيب الآتي:

أ) السيد المالك ولو أنثى: فله أن يجبر أمته أو عبده على الزواج بشرط عدم الإضرار بهما، كالتزويج من ذي عاهة كالجذام أو البرص، فلا جبر للمالك، ويفسخ وإن طال، والسيد مقدم على الأب.

ب) الأب: رشيداً كان أو سفيهاً ذا رأي، فله تزويج البكر ولو عانساً: بلغت من العمر ستين سنة فأكثر، فله تزويج البنت البكر جبراً عنها، ولو بدون مهر المثل، أو من غير كفء، كأن يكون أقل حالاً منها، أو قبيح منظر.

ت) وصي الأب عند عدم الأب بشروط ثلاثة هي:

(١) أن يعين الأب للوصي الزوج، بأن يقول له: زوجها من فلان، أو يأمره بجبرها صراحة، مثل: اجبرها على الزواج، أو ضمناً، مثل: زوجها قبل البلوغ وبعده، أو على أي حالة شئت. أو أن يأمره بالزواج دون أن يعين له الزوج ولا

[٨٤] الشرح الصغير: ٣٥٣/ ٢ – ٣٦٤، القوانين الفقهية: ص ١٩٩ – ٢٠٠، الشرح الكبير: ٢٢١/ ٢ – ٢٢٧، شرح الرسالة: ٣١/ ٢ – ٣٢.

الإجبار، كأن يقول له: زوجها أو أنكحها، أوزوجها ممن أحببت، أو لمن ترضاه. أو أن يقول له: أنت وصيي على بنتي، أو بناتي، أو على بعضها أو بعضهن، فله الجبر على الأرجح. أما لو قال: أنت وصيي على مالي فلا جبر بالاتفاق.

(٢) ألا يقل المهر عن مهرا لمثل.

(٣) ألا يكون الزوج فاسقاً.

والخلاصة: إن الذي يجبر في عصرنا: هو الأب ووصيه، ولا جبر لغير السيد والأب ووصيه من الأولياء في تزويج البكر والصغيرة والمجنونة، أو أي أنثى صغيرة أو كبيرة، إلا في مسألة واحدة هي البكر الصغيرة اليتيمة، للولي غيرا لمجبر تزويجها بمشورة القاضي إذا خيف عليها الفساد في دينها، بأن يتردد عليها أهل الشر والفسق، أو لعدم وجود من ينفق عليها، أو لخوف ضياع ما لها، بشرط بلوغها عشر سنوات؛ لأنها صارت في سن من توطأ، وبشرط خلوها من الموانع الشرعية، ككونها زوجة أو في عدة من زوج آخر، وبشرط رضاها بالزوج، وكونه كفئاً لها في الدين والحرية والمال، وأن المهر مهر مثلها.

فإذا فقد شرط من هذه الشروط المذكورة، بأن لم يخف عليها فساداً ولا ضياعاً أولم تبلغ عشر سنوات، فسخ زواجها إلا إذا دخل الزوج بها، وطال الزمن بعد

الدخول والبلوغ. وطول الزمن: بمضي ثلاث سنين بعد الدخول والبلوغ، أو بولادة أولاد كاثنين في بطنين.

ودليل المالكية على إثبات ولاية الإجبار للأب دون غيره من الأولياء: هو الإجماع على أن للأب أن يزوج ابنته البكر الصغيرة، بدليل تزويج أبي بكر ابنته عائشة، وهي بنت ست أو سبع، للنبي صلّى الله عليه وسلم، وقوله صلّى الله عليه وسلم «والبكر يستأمرها أبوها» فقصر الاستئمار على الأب. ودليلهم على أن وصي الأب كالأب: هو أنه نائب عن الأب، فكما يجوز للأب توكيل غيره في حال الحياة، يجوز له أن يوصي عنه لنائبه عنه بعد الوفاة.

وأما الولي غير المجبر أو ولاية الاختيار: فتثبت للبنوة ثم الأبوة المباشرة، ثم الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة على النحو التالي: لابن فابنه وإن نزل. ثم الأب. ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب. ثم الجد (أبو الأب). ويلاحظ أنه جعل في المرتبة الرابعة، أما عند الحنفية فهو في المرتبة الثانية بعد الأب. ثم العم ثم ابن العم، على أن يقدم الشقيق على غيره. ثم أب الجد، ثم العم لأب فابنه، ثم عم الجد فابنه. ويقدم الأفضل عند التساوي في الرتبة، فإن تساوى اثنان في الرتبة والفضل كإخوة كلهم علماء، قدم الحاكم إن وجد من يراه، فإن لم يكن حاكم أقرع بينهم. م المولى الأعلى: وهو من أعتق المرأة، ثم عصبته. ثم الكافل للمرأة غير العاصب: وهو من قام بتربية الفتاة وهي صغيرة حتى بلغت عنده، أو بلغت

عشراً، بشرطين: ١) أن يكفلها مدة توجب الحنان والشفقة عليها عادة، دون تحديد زمن معين على الأظهر. ٢) أن تكون الفتاة وضيعة (دنيئة) لا شريفة: وهي التي لا مال لها ولا جمال ولا نسب ولا حسب (الأخلاق الكريمة كالعلم والحلم والتدبير والكرم ونحوها)، كما تقدم. فإن كانت شريفة زوجها القاضي.

ثم الحاكم أو القاضي الشرعي اليوم. ثم كل مسلم بالولاية العامة إن لم يوجد أحد من الأولياء السابقين، ومنهم الخال، والجد من جهة الأم، والأخ لأم، فلكل مسلم تزويج المرأة الشريفة أو الوضيعة بإذنها ورضاها. لقوله تعالى: {وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ}[٨٥] وإذا زوج الأبعد مع وجود الأقرب[٨٦] نفذ الزواج. ويجوز لابن العم، والمولى، ووكيل الولي، والحاكم أن يزوج المرأة من نفسه، ويتولى طرفي العقد. وليشهد كل واحد منهم على رضاها خوفاً من منازعتها وإنكارها.

الحاصل: أن المالكية يخالفون غيرهم في جعل الجد في المرتبة الرابعة بعد الإخوة، وليس بعد الأب، وأن الولي المجبر هو الأب فقط لا الجد، ويخالفونهم أيضاً في ثبوت الولاية بالإيصاء والكفالة، وبالولاية العامة بسبب الإسلام. ويتفق الفقهاء في إثبات الولاية بسبب الملك، والأبوة والعصوبة غير الأبناء، والسلطنة.[٨٧]

---

[٨٥] التوبة (٩): ٧١

[٨٦] المراد بالأبعد: المؤخر في الرتبة، وبالأقرب: المتقدم فيها، ولو كانت جهتهما متحدة، فيشمل ذلك تزويج الأخ لأب مع وجود الشقيق.

[٨٧] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ*, الطبعة الرَّابعة, الجزء التاسع... الصفحة. (٦٦٩٠-٦٦٩١) و (٦٦٩٣-٦٦٩٥) و (٦٦٩٩-٦٧٠٠) و (٦٧٠٦-٦٧١٠).

الباب الثالث

مناقشة البحث

أ. الحقوق اللاصقة للمتبنى عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس.

ينص في فصل ١٥ من عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس كماالتالي:

الفصل ١٥

للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما.[٨٨]

[٨٨]الفصل ١٥ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس.

للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي, و حقوقه منها:

الأول, حق الولاية, كما شرح في باب الأول "الولاية العمومة" من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ بأن الولاية حق الطفل لأن ذالك القانون من دعم حقوق الطفل. وكذالك كما في الفصل ١٣ منه:

الفصل ١٣

يتم عقد التبّني بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجه أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبنى أو من يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطفل الكفيل[٨٩].

بأن الطفل لا يعمل العملية ما بنفسه أو ماله بدون الولي.

والتالي, يؤثّر التبنّي على النسب بإحداث نسب اعتباري هو النسب بالتبنّي، حيث اقتضى فصل ١٤ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس:

فصل ١٤

يحمل المتبنى لقب المتبني ويجوز أن يبدل إسمه وينص على ذلك بحكم التبّني بطلب من المتبني[٩٠].

[٨٩]الفصل ١٣ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي ...

وأضاف الفصل ١٥[٩١] من نفس القانون صراحة أنّ للمتبنّى نفس الحقوق التي للابن الشرعي .[٩٢]

وكذالك كما ينص في فصل ٦ من ذا القانون:

الفصل ٦

يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخص لقبه وحقوقه في الإرث[٩٣].

شُرح فيه كما ذكر الفصل من قبل بأن حق الإرث يسبب من بثبوت النسب. إذن له حق الإرث. و للمتبنى حق الإرث من الأب المتبنى و عائلته و كذالك من العائلة الشقيق.

واعلم أن التبني و الكفالة كلا هما يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا. غير أنّه من الناحية القانونية، توجد فروق جوهرية بين النظامين من حيث الشروط الشكلية والشروط الأصلية. ففي خصوص الشروط الشكلية أو الإجرائية، وضع الفصل ٤ من هذا القانون[٩٤]

---

[٩٠]الفصل ١٤ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي ...

[٩١]"للمتبنّى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما. إلاّ أنّه في الصورة التي يكون فيها أقارب المتبنى معروفين تبقى موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول ١٤- ١٥- ١٦-١٧ من مجلة الأحوال الشخصية قائمة."

[92]http://wrcati.cawtar.org/index.php?a=d&faq=122 دعم حقوق المرأة والطفل من خلال تكنولوجيا المعلومات في , ٢-٥-٢٠١٥ ١١:٥٧ "ما هو الفرق قانونا بين الكفالة والتبني؟" تونس

[٩٣]الفصل ٦ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي ...

[٩٤]"يبرم عقد الكفالة لدى عدلين بين الكفيل من جهة وبين أبوي المكفول أو أحدهما إذا كان الآخر ميّتا أو مجهولا أو عند الاقتضاء الولي العمومي أو من يمثله من جهة أخرى.ويصادق حاكم الناحية على عقد الكفالة."

الشروط الشكلية للكفالة، و في حين نصّ الفصل ١٣[٩٥] من نفس القانون بخصوص التبني على شروط أكثر دقّة وتغلب عليها الرقابة القضائية. أمّا في خصوص الشروط الأصلية، فإنّها بسيطة جدّا بالنسبة للكفالة التي عرّفهاكما ينص في الفصل ٣ [٩٦]و في حين تعتبر أكثر تفصيلا بالنسبة لعملية التبنّي، كما اقتضى الفصل ٩ [٩٧] و ١٠[٩٨] عن شروط المتبني.

وفي شأن الحقوق والواجبات المترتّبة عن كلا النظامين بالنسبة إلى الأطراف المعنية، فقد أوضح الفصل ٥ أنّه "يكون للكفيل وللمكفول نفس الحقوق والواجبات المنصوص عليها بالفصل ٥٤ وما بعده من مجلة الأحوال الشخصية. المكفول علاوة على ذلك مسؤول مدنيا على أعمال مكفوله مثل أبويه"، و"يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخص لقبه وحقوقه في الإرث" (حسب الفصل ٦ من ذات القانون).

أمّا بالنسبة إلى الآثار، فإنّ الكفالة لا تحدث إلاّ نظام رعاية أدبية ومادية لفائدة الطفل، في حين يؤثّر التبنّي على النسب بإحداث نسب اعتباري هو النسب بالتبنّي، حيث

---

[٩٥]"يتمّ عقد التبني بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجه أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبنى أو من يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطفل الكفيل.

[٩٦]"العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتّع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر"،

[٩٧]"ينبغي أن يكون المتبنّي شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى متزوّجا متمتّعا بحقوقه المدنية ذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون المتبنى. ويمكن للحاكم إعفاء طالب التبني الذي فقد زوجه بالموت أو بالطلاق من شرط التزوج إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك.

[٩٨]"ينبغي أن يكون الفرق بين عمر المتبني وعمر المتبنى خمس عشر سنة على الأقل، إلا في الصورة التي يكون فيها المتبنى ابن زوج المتبنّي."

اقتضى الفصل ١٤[٩٩] وأضاف الفصل ١٥[١٠٠] من نفس القانون صراحة أنّ للمتبنّى نفس الحقوق التي للابن الشرعي . وفي خصوص نهاية سريان نظامي الكفالة والتبنّي، فقد نصّ الفصل ٧[١٠١] فالكفالة تنتهي إذن بصفة آلية لما يصبح الطفل رشيدا، أو عن طريق القضاء قبل ذلك. أمّا التبنّي، فقد نصّ الفصل ١٦[١٠٢] على أنّه كما أجاز القضاء التونسي في عديد أحكامه وقراراته دعاوى الرجوع في التبنّي إذا اقتضت مصلحة المتبنّى ذلك[١٠٣].

إذن الحقوق اللاصقة في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس, *الأول*, الولاية. *والثاني*, النسب. *والثالث*, الإرث بثبوت النسب.

---

[٩٩]"يحمل المتبنّى لقب المتبنّي ويجوز أن يبدل اسمه.وينص على ذلك بحكم التبنّي بطلب من المتبنّي".

[١٠٠]"للمتبنّى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما. إلاّ أنّه في الصورة التي يكون فيها أقارب المتبنى معروفين تبقى موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول ١٤- ١٥- ١٦-١٧ من مجلة الأحوال الشخصية قائمة."

[١٠١]تنتهي الكفالة عند بلوغ المكفول سن الرشد.ويمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من الكفيل أو من أولياء المكفول أو من النيابة العمومية فسخ عقد الكفالة حسبما تقتضيه مصلحة الطفل."

[١٠٢]"يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من وكيل الجمهورية أن تحكم بنزع الحضانة من المتبنّي وإسنادها إلى شخص آخر حسبما تقتضيه مصلحة المتبنّى، وذلك إن اتّضح أن المتبنّي أخلّ بواجباته إخلالا فادحا".

[103]http://wrcati.cawtar.org/index.php?a=d&faq=122 في دعم حقوق المرأة والطفل من خلال تكنولوجيا المعلومات , ٢-٥-٢٠١٥ ١١:٥٧ "ما هو الفرق قانونا بين الكفالة والتبني؟" تونس

ب. حق نسب المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي

في خطوة بدت جريئة في تاريخها. أجاز المشرع التو نسي بموجب القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي كسبب للبنوة القانونية. ورغم أن مؤسسة التبنّي كانت "مستحدثة" وتخرج عن ثقافة المجتمع التونسي وموروثه الثقافي, فإن تجربة نصف قرن من أعمالها بينت تحولها إلى " مؤسسة اجتماعية" تساهم في حماية استقرار الأسرة التونسية. فقد استفادت منه الأسر التي حرمت من انجاب أبناء, كما تمكن الأطفال المهمول ومجهولو النسب من امكانية التمتع بالحق في الهوية و في التمتع برعاية أسرية.[١٠٤]

ملك النسل إحدى من غرض الزواج, مع أن في الواقع كثير من الزوجين لم يُرزق البنين أو لم يزرق الجنس الذي يريدان. و لكل مسلم يريد الولد الصالح, لأنه خير كنز يتركه من بعده. و الذي يتعلق بالنسب بين المتبنى و المتبني, يؤثر التبني على النسب بإحداث نسب اعتباري هو النسب بالتبني.[١٠٥] يعطي الجمهور التونس حق النسب للمتبنى إلى المتبني مع أنه أولى دول المغرب العربي التي دخلها الإسلام, (على مذهب المالكي) ولهذا أصبحت عربية منذ

---

[١٠٤] *التبني في تونس من مفخرة تشريعية الى موضوع سؤال*. ٢٤ فبراير ٢٠١٥ http://www.legal-agenda.com/article.php?id=864&folder=articles&lang=ar.

[١٠٥] *التبني والكفالة في تونس: شروطهما و موانعهما*. ٢٤ فبراير ٢٠١٥. http://www.attounissia.com.tn/details_article.php?t=69&a=137451&temp=1&lang=.

وقت مبكر. و وينظر المجلس الإسلامي الأعلى في المسائل المتعلقة بالدين والنواحي الفقهية والاجتماعية.[١٠٦]. كقيل لفلان أب المتبني اسمه أحمد و دُعي "فلا بن أحمد" أو "فلان بنت أحمد". وكذالك يجوز أن يطلب المتبني لتبديل اسم المتبني باسم جديد. كما قال طاهر محمود في كتابه " قانون الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية "[١٠٧]:

يحصل المتبنى لقب المتبني, كما يمكن تغيير اسمه الأول. إذا رغبت في ذلك يقدمه بمطلوب التبني.[١٠٨]

وتلك الإباحة أي لإعطاء حق النسب ينص في فصل ١٤ القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس. كما التالي

الفصل ١٤

يحمل المتبنى لقب المتبني ويجوز أن يبدل إسمه وينص على ذلك بحكم التبّني بطلب من المتبني[١٠٩].

مع أن شرح في فصل ٦٨ من مجلة الأحوال الشخصية بأن "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر".[١١٠] والإقرار لمجهول النسب حتى

---

[١٠٦] *الموسوعة العربية العالمية, الطبعة الثانية,* (الرياض: مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع, ١٩٩٩), الصفحة. ٣٣٥-٣٣٩.

[107] PERSONAL LAW IN ISLAMIC COUNTRIES

[108] The adoptee gets adopter's surname; also its first name may be changed. If so desired by the adopter the new name of the adoptee may be recorded in the adoption order. Tahir Mahmood, *PERSONAL LAW IN ISLAMIC COUNTRIES: History, Text and Comparative Analysis*, (New Delhi: Times Press, 1987), h. 166.

[١٠٩] الفصل ١٤ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي ...

ويكون عليهما ما للأبوين من الحقوق وله عليهما ما للأبناء كما في فصل ٧٠ من مجلة الأحوال الشخصية:

الفصل ٧٠

لا عمل على الإقرار إذا ثبت قطعيا ما يخالفه .وإذا أقرّ ولد مجهول النسب بالأبوّة لرجل أوبالأمومة لامرأة وكان يولد مثله لمثل المقر له وصدقه فقد ثبتت أبوتهما له . ويكون عليهما ما للأبوين من الحقوق وله عليهما ما للأبناء[١١١].

ولا أحد السبب الذي يسببه لاثبات النسب له. ومن الآثر المترتبة عن التبني, منهم رتب القانون التونسي آثر هامة على التبني من بينها حمل المتبنى إسم متبنيه. ثم معاملته معاملة الابن الشرعي وإعطائه نفس الحقوق و الواجبات الممنوحة للابن الصلبي.[١١٢] و في نصف الأول من فصل ١٥ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي:

---

[١١٠]فصل ٦٨ من مجلة الأحوال الشخصية مؤرّخ في ١٣ أوت ١٩٥٦ يتعّلق بإصدار مجّلة الأحوال الشخصيّة

[١١١]الفصل ٧٠ من مجلة الأحوال الشخصية

[112]Tahir Mahmood, *PERSONAL LAW IN ISLAMIC COUNTRIES: History, Text and Comparative Analysis*, (New Delhi: Times Press, 1987), h. 166.

الفصل ١٥

للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما[١١٣].

مجلة الأحوال الشخصية هو مجموعة قوانين اجتماعية صدرت في تونس في ١٣ أغسطس ١٩٥٦ خلال فترة تولي الزعيم التونس الحبيب بورقيبة لرئاسة الحكومة قبيل العهد الجمهوري و تم فيها سن قوانين للأسرة تحوي تغييرات. تستمد المجلة روحها من أفكار عدد من زعماء الإصلاحيين التونسيين بينهم الطاهر الحداد و قد وجدت هذه الأفكار في شخصية بورقيبة القوية سندا قويا لتطبيقها على أرض الواقع.[١١٤]

وأما حقوق الأولاد يشتمل على خمسة فصول:١) النسب, وهو إحدى من أسباب الإرث,[١١٥] إذن يشتمل إلى حق الأولاد. ٢) الرضاع, ٣) الحضانة أو كفالة الطفل, ٤) الولاية يعني الولاية على النفس و المال, ٥) النفاقات.[١١٦] النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم والجزئية والبغيضة،

---

[١١٣] الفصل ١٥ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي ...

[١١٤] مجلة الأحوال الشخصية, Wikipedia, ١٣ مارس ٢٠١٥. في الساعة ١٣:٣٨.

[١١٥] انظر أ. د. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلامِيُّ وأدلَّتُهُ*, الطبعة الرَّابعة, (سوريَّة: دار الفكر), الصفحة. ٧٧٠٤. الجزء العاشرة. أسباب الإرث المتفق عليها فهي ثلاثة: وهي القرابة، والزوجية، والوَلاء. وأما القرابة أو النسب الحقيقية.

[١١٦] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلامِيُّ وأدلَّتُهُ*, الطبعة الرَّابعة,... الصفحة. ٧٢٤٥. الجزء العاشر.

فالولد جزء من أبيه، والأب بعض من ولده. ورابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا تنفصم عراه، وهو نعمة عظمى أنعمها الله على الإنسان، إذ لولاها لتفككت أواصر الأسرة، وذابت الصلات بينها، ولما بقي أثر من حنان وعطف ورحمة بين أفرادها، لذا أمتن الله عز وجل على الإنسان بالنسب، فقال سبحانه: { وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا}[١١٧] . ورعاية النسب أحد مقاصد الشريعة الخمسة.

وحرمت الشريعة نظام التبني وأبطلته بعد أن كان في الجاهلية وصدر الإسلام، وقد تبنى النبي صلّى الله عليه وسلم زيد بن حارثة قبل النبوة، وكان يدعى «زيد بن محمد» إلى أن نزل قوله تعالى: { وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (٤) ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ}.[١١٨]ذكرالقرطبي في تفسيره: أنه أجمع أهل التفسيرعلىأن ههذه الآية ننزلت في زيد بن حارثة. وروى الأئمةأن ابن عمرقال: «ماكنا ندعو زيد بن حارثة إلا زيد بن محمد، حتى نزلت: { ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ}» أي أعدل وأحق عند الله.

---

[١١٧] الفرقان (٢٥):٥٤.

[١١٨] الأحزاب (٣٣): ٤،٥.

كما شرح من قبل بأن الولادة سبب ثبوت نسب الولد من أمه, و الزواج الصحيح ,الزواج الفاسد, الوطء بشبهة[١١٩] هم من أسباب ثبوت النسب من الأب. ليس منها سبب لثبوت النسب إلى الولد المتبنى. وكذالك طرق لثبوت النسب هو الزواج الصحيح أو الفاسد, الإقرار بالنسب و البينة.

عادة وغلب في استعمال العرب لفظ (ادعاء) على التبني, و في الحقيقة هو يقال كذالك بطرق الذي يستخدم بثبوت النسب سواء بالإقرار. وإقرار على نفس المقر فهو أن الأب بالولد أو الابن بالوالد، كأن يقول: هذا ابني، أو هذا أبي، أو هذه أمي. ويصح هذا الإقرار من الرجل ولو في مرض الموت. وهو بشروط ثلاثة, أن يصدقه الحس, ألا يكون فيه حمل النسب على الغير و أن يكون المقر به مجهول النسب.

الفرق بين الإقرار بالنسب وبين التبني ليس الإقرار بالنسب هو التبني المعروف؛ لأن الإقرار لا ينشئ النسب وإنما هو طريق لإثباته وظهوره. أما التبني فهو تصرف منشئ لنسب. ولأن البنوة التي تثبت بالتبني تتحقق ولو كان للمتبنى أب معروف، أما البنوة التي تثبت بالإقرار فلا تتحقق إلا إذا لم يكن للولد أب معروف. إذا يكون معروف النسب من أب آخر، فإن كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر، كان هذا الإقرار باطلاً؛ لأن الشرع قاض بثبوت النسب من ذلك الأب، ومتى تأكد ثبوت النسب من شخص، لا يقبل الانتقال منه إلى غيره،

---

[١١٩] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلامِيُّ وأدِلَّتُهُ*, الطبعة الرَّابعة, الجزء العاشر, (سوريَّة: دار الفكر), الصفحة. ٧٢٥٦ و ٧٢٦١ و ٧٢٦٣.

فقد لعن النبي صلّى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه, إذن ثبوت النسب بطلان.

تتعلق العلاقة النسبية علاقة بالمحرمات يعني بين المتبنى وعائلة أب شقيق أو أب المتبني. ومن ومن الآثر المترتبة عن التبني الآتي, تظل موانع الزواج من الأقارب قائمة فلا يجوز له التزوج من أسرته.[١٢٠] كما ينص في نصف الآخر من فصل ١٥ القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي:

الفصل ١٥

إلاّ أنّه في الصورة التي يكون فيها أقارب المتبنى معروفين تبقى موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول ١٤-١٥-١٦-١٧ من مجلة الأحوال الشخصية قائمة.[١٢١]

كما شرحه:

ومع ذلك، يحتفظ المتبنى في أسرته الطبيعية كل درجته محظور في الزواج كما ورد في المادتين ١٤ و ١٧ من قانون الأحوال الشخصية ١٩٥٦.[١٢٢]

و فصول ١٤-١٥-١٦-١٧ من مجلة الأحوال الشخصية كما التالي:

---

[١٢٠] ٢٤ فبراير ٢٠١٥. http://m2.facebook.com/avocat.tunisie/posts/599005163473430?_rdr.

[١٢١] الفصل ١٥ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي ...

[122] "However, the adopted child shall retain in his natural family all the prohibited degree in marriage as stated in articles 14 to 17 of the Code of Personal Status 1956. Tahir Mahmood, *PERSONAL LAW IN ISLAMIC COUNTRIES: History, Text and Comparative Analysis*, (New Delhi: Times Press, 1987), h. 166.

الفصل ١٤

موانع الزواج قسمان :مؤبّدة و مؤقتة.

فالمؤبّدة : القرابة أو المصاهرة أو الرضاع أو التطليق ثلاثا.

والمؤقتة : تعّلق حق الغير بزواج أو عدّة[١٢٣].

و المقصود بالقرابة أصول الرجل و فصوله و فصول أول أصوله و أول فصل من كل أصل و إن علا حسب الفصل ١٥:

الفصل ١٥

المحرّمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأوّل فصل من كلّ أصل وإن علا[١٢٤].

الفصل ١٦

المحرّمات بالمصاهرة أصول الزوجات بمجرّد العقد وفصولهن بشرط الدخول بالأم، زوجات الآباء وإن علوا وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرّد العقد[١٢٥].

أما بالنسبة للرضاعة:

---

[١٢٣] فصول ١٤ من مجلة الأحوال الشخصية

[١٢٤] فصول ١٥ من مجلة الأحوال الشخصية

[١٢٥] فصول ١٦ من مجلة الأحوال الشخصية

الفصل ١٧

يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب والمصاهرة ويقدر الطفل الرضيع خاصة- دون إخوته وأخواته -ولدا للمرضعة وزوجها ولا يمنع الرضاع من النكاح إلا إذا حصل في الحولين الأولين[١٢٦].

يأخذ رفضو التبني بمقولة انه يؤدي الى اختلاط الانساب بما قد يشرع لمخالفة احكام القانون والشريعة. الا أن المشرع حرص خلافا للانتقاد المعلن على احترام مقاصد الشريعة باعتبارها مصدرا من مصادر القانون التونسي وان بدا شكلا أنه خالف نصوصا شرعية ناهية. فقد نص الفصل ١٥ من القانون التبني على "أنّه في الصورة التي يكون فيها أقارب المتبنى معروفين، تبقى موانع الزواج قائمة"[١٢٧]. ويؤدي اعمال النص القانوني المذكور الى منع اختلاط الانساب بشكل يطابق في بعده الحمائي النظام الاسلامي. ويمكن القول ان اجازة التبني تضمن حماية افضل لمقصد "حماية الانساب من الاختلاط". اذ يؤدي منع التبني متى تحقق الى بروز ممارسات غايتها التحايل على أصل الحكم كأن يلتجئ الراغبون في التبني الى ادعاء أن المراد تبنيه هو ابنهم بيولوجيا خلافا للواقع.[١٢٨]

---

[١٢٦] فصول ١٧ من مجلة الأحوال الشخصية

[١٢٧] الفصل ١٥ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي ...

[128] http://www.legal-agenda.com/article.php?id=864&folder=articles&lang=ar .

التبني في تونس من مفخرة تشريعية الى موضوع سؤال. ٢٤ فبراير ٢٠١٥

و نجد في الفقه بأن المحرمات من النساء نوعان: نوع يحرم حرمة مؤبدة، ونوع يحرم حرمة مؤقتة. والتحريم المؤبد إما من جهة النسب، أو من جهة المصاهرة، أو من جهة الرضاع.[١٢٩] والنساء المحرمات عند المالكية (٤٨) امرأة، خمس وعشرون مؤبدات: سبع من النسب: الأم والبنت والخالة والأخت والعمة وبنت الأخ وبنت الأخت، ومثلهن من الرضاع. وأربع بالصهر: أم الزوجة وبنتها، وزوجة الأب والابن، ومثلهن من الرضاع. ونساء النبي صلّى الله عليه وسلم، والملاعنة، والمنكوحة في العدة. [١٣٠]

وغير المؤبدات: ثلاث وعشرون: المرتدة، وغير الكتابية، والخامسة، والمتزوجة، والمعتدة، والمستبرأة، والحامل، والمبتوتة، والأمة المشتركة،[١٣١] والأمة الكافرة، والأمة المسلمة لواجد الطَّوْل (المهر)، وأمة الابن وأمة نفسه، وسيدته، وأم سيده، والمحرمة بالحج، والمريضة، وأخت زوجته، وخالتها، وعمتها، فلا يجوز الجمع بينهما. والمنكوحة يوم الجمعة عند الزوال، والمخطوبة بعد الركون للغير، واليتيمة غير البالغ[١٣٢] .[١٣٣]

---

[١٢٩] القوانين الفقهية: ص ٢٠٤ –٢١٠

[١٣٠] أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي, *الكافي في فقه أهل المدينة*, الطبعة الثانية, (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م), ٥٣٥–٥٣٦, ٥٣٩–٥٤٠. الجزء الثاني.

[١٣١] لا يجوز للرجل أن يتزوج بجاريته التي يملكها ولا بجارية مشتركة بينه وبين غيره، وكذلك لا يجوز للمرأة أن تتزوج عبدها ولا العبد المشترك بينها وبين غيرها.

[١٣٢] أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي, *الكافي في فقه أهل المدينة,...الصفحة.٥٣٦–٥٣٩, ٥٤١–٥٤٩.*

[١٣٣] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ*, الجزء التاسعة, الطبعة الرَّابعة, (سوريَّة: دار الفكر), الصفحة. ٦٦٢٥. الجزء التاسعة.

الفقه المالكي حرم التبني, كما ينص في القرآن الكريم سورة الأحزاب آية ٤-٥ لأنه يثبت النسب الذي ليس له (المتبني) الحق عليه, وحرم على النساء نسبة ولد إلى غير أبيه الحقيقي، فقال صلّى الله عليه وسلم: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم،[١٣٤] فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله تعالى منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة»[١٣٥] ومنع الشرع أيضاً الأبناء من انتسابهم إلى غير آبائهم، فقال صلّى الله عليه وسلم: «من ادعى إلي غير أبيه وهو يعلم، فالجنة عليه حرام»[١٣٦] وقال أيضاً: «من ادعى إلى غير أبيه، أو انتمى إلى غير مواليه، فعليه لعنة الله المتتابعة إلى يوم القيامة».[١٣٧]

وآثره في حكم الزواج, تبقى موانع الزواج على المتبنى موانع الزواج بينه و عائلة أب الشقيق كما ينص في آخر نصف فصل ١٥ القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس, ولم تبق التبني موانع الزواج بين المتبنى و عائلة أب المتبني.[١٣٨] ومنهج الذي يستعمل في هذه التجديد هو "*extra*" و "*intradoctrinal reform*". في تونس, أسس تجديد الحكم على تفسير تحرّري في شريعة

---

[١٣٤] أي أنها أتت بولد زنا.

[١٣٥] رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم عن أبي هريرة، وهو صحيح.

[١٣٦] رواه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه عن سعد بن أبي وقاص وأبي بكرة، وهو صحيح.

[١٣٧] رواه أبو داود عن أنس.

[138] Status Anak Angkat di Berbagai Negara. Diposkan oleh Dhr. Cipto Sembodo, MA pada 22.27. http://publik-syariah.blogspot.com/2010/06/status-anak-angkat-di-berbagai-negara.html.

الإسلامية و محاولة تسريع التجديد. و نتيجته, كما نجدبأنه محرر جدا, كآثاره في اعطاء حق الإرث إلى المتبنى. وعكسه, يستخدم منهج "*intra-doctrinal*" في مسألة كيفية التبني, وهو يقوي على مذهب الفقه.[١٣٩]

إذن, ثبوت نسب المتبنى إلى أب المتبني المجوز عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي خالف بما في الفقه المالكي الذي حرّم التبني لأنه يثبت النسب المعروف بأبيه الشقيق. وموافقة, تبقي موانع الزواج بينه و عائلة أب الشقيق و لم ولم تبق بينه و عائلة أب المتبني.

ت. حق إرث المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي.

ينص في الفصل١٥من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس كما التالي:

[139] Sekulerisasi Hukum Islam. Diposkan oleh Dhr. Cipto Sembodo, MA pada 22.33. http://publik-syariah.blogspot.com/2010/06/sekulerisasi-hukum-islam-analisis.html.

الفصل ١٥

للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما[١٤٠].

للمتبنى نفس الحقوق التي للولد الشرعي, كما شرح طاهر محمود:

للمتبنى نفس الحقوق في الأسرة المتبنية كطفل الطبيعي. و الوالد المتبنى نفس الحقوق والواجبات فيما يتعلق بالمتبنى كما تجاه له أو لها بالطفل الطبيعي.[١٤١]

و إحدى منها له حق الإرث[١٤٢] كما ينص في فصل ٧٢ من مجلة الأحوال الشخصية "انقطاع الولد من نسب أبيه يخرجه من العصبة ويسقط حقه في النفقة والإرث"[١٤٣] ونتيجته بأن النسب يسبب إلى الإرث. إذن للولد المتبنى حق الوارث لأن له النسب إلى أب المتبني كولد الصلب عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس.

---

[١٤٠] الفصل ١٥ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي ...

[141] The adopted child shall have the same rights in the adoptive family as a natural child. The adoptive parent shall have the same rights and obligations in respect of thee adoptee as towards his or her natural child. Tahir Mahmood, *PERSONAL LAW IN ISLAMIC COUNTRIES: History, Text and Comparative Analysis*, (New Delhi: Times Press, 1987), h. 166.

[142] Asep Saepudin Jahar, Euis Nurlaelawati dan Jaenal Aripin, *HUKUM KELUARGA, PIDANA & BISNIS: Kajian Perundang-Undangan Indonesia, Fikih dan Hukum Internasional*, (Jakarna: KENCANA, 2013), h. 91-92.

[١٤٣] فصل ٧٢ من مجلة الأحوال الشخصية

وعند الفقه, آثار ثبوت النسب ترتب عليه جميع نتائج القرابة، فيمنع الزواج في الدرجات الممنوعة، وتستحق به نفقة القرابة، ويستحق به الإرث. وكان ينبغي إفراد هذه الفقرة بمادة مستقلة، لشمولها جميع أسباب ثبوت النسب من زواج صحيح أو فاسد أو بشبهة.[١٤٤] ونجد في كتاب فقه الإسلامي وأدلتها من تأليف الشيخ وهبه زهيلي عن حقوق الولد من والديه بأن إحدى من حقوق الولد هو حق النسب الذي يأثر إلى الإرث كماالتالى:

وحقوق الأولاد يشتمل على خمسة فصول:١) النسب, النسب الموجب للميراث[١٤٥], إذن يشتمل إلى حق الأولاد. ٢) الرضاع, ٣) الحضانة أو كفالة الطفل, ٤) الولاية يعني الولاية على النفس و المال, ٥) النفاقات.[١٤٦]

أركان الإرث ثلاثة وارث ومورث وشيء موروث. و الوارث هو الذي يستحق الإرث بسبب من أسبابه, وإن لم يأخذها بالفعل لمانع، فهو مستحق الإرث من غيره لقرابة حقيقية أو حكمية, وهنا المتبنى. و أسباب التوارث نسب وولاء ونكاح.[١٤٧] وليس المتبنى قائما بأسباب التوارث كما ذُكر. إذن ردّ الفقه المالكي إلى ثبوت حق الإرث إلى المتبنى لأن ليس له سبب

---

[١٤٤] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلامِيُّ وأدِلَّتُهُ*, الجزء التاسعة, الطبعة الرَّابعة, (سوريَّة: دار الفكر), الصفحة. ٧٢٦٤. الجزء العاشر.

[١٤٥] أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد, *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*, (القاهرة: دار الحديث, ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤ م), الصفحة. ١٤٠.

[١٤٦] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلامِيُّ وأدِلَّتُهُ*, الطبعة الرَّابعة,... الصفحة. ٧٢٤٥. الجزء العاشر.

[١٤٧] عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي, *إرْشَادُ السَّالِكِ إلَى أَشْرَفِ المَسَالِكِ فِي فقهِ الإمَامِ مَالِك*, الطبعة الثالثة, (مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده, بدون السنة), الجزء الأول, الصفحة. ١٢٩.

لثبوت النسب إلى أب المتبني و عائلته, مع أن الإرث من آثر ثبوت النسب, لذا فقد عليه الركن. فإذا فقد ركن من هذه الأركان انتفى الإرث, لأن الإرث عبارة عن استحقاق شخص مال شخص آخر بفرض أو عصوبة أو رحم، فإذا فقد واحد منها فقد الإرث.

والوارثون عشرة أصناف ولد الصلب ذكورهم وإناثهم وولد الابن ذكورهم وإناثهم وإن نزلوا والأبوان والجد أب الأب وآباؤه وإن علوا والإخوة ذكورهم وإناثهم وبنو الأخوة لغير الأم دون بناتهم والعمومة لغير الأم وبنوهم دون بناتهم وإن نزلوا والزوجان والموالي ذكورهم وولدهم وباقي عصبتهم.[١٤٨]

كما ذُكر ما تقدم, بأن إحدى من أسباب التوارث النسب, وسُند النسب إلى قرابة الأب الشقيق. لذا الولد في إحدى من أصناف الوارثون هو الولد الصلب هو الولد الصلب. إذن, لا حق الوارث على الولد المتبنى إلى أبيه المتبني و قرابته, و له حق الوارث إلى أبيه الشقيق و قرابته.

[١٤٨]أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي, *التلقين في الفقة المالكي*, الطبعة الأولى, . الجزء الثاني, (دار الكتب العلمية, ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م), الصفحة. ٢٢٠-٢٢٣.

ث. حق وليّ نكاح المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس عند الفقه المالكي.

قبل نبحث عن حق المتبنة إلى ولي النكاح, نحلل بمهمة الولي في نكاح المرآة كما ينص في فصل ٦ من مجلة الأحوال الشخصية:

الفصل ٦

زواج القاصر يتوّقف على موافقة الولي والأم.

وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسّك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي .والإذن بالزواج لايقبل الطعن بأي وجه[١٤٩].

ذُكر بأن الولي مهمة في نكاح القاصر (المرأة). وزواجها يحتاج إلى موافقة الولي وكذالك إن امتنع الولي على موافقة نكاحها و تمسّكت برغبتها, والإذن بالزواج لايقبل الطعن بأي وجه كان ولو رفع الأمر للقاضي.

وفي الفقه نطالع إلى أركان الزواج. أركان الزواج عند الجمهور أربعة: صيغة (وهي الإيجاب والقبول) وزوجة، وزوج، وولي وهما العاقدان. [١٥٠]وأما عند المالك خمسة الزوج والزوجة والولي والصداق والصيغة. [١٥١] والولي إحدى من أركان الزواج, فلا تعقد المرأة النكاح على

---

[١٤٩]فصل ٦ من مجلة الأحوال الشخصية

[١٥٠]وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ*, الجزء التاسعة, الطبعة الرَّابعة, (سوريَّة: دار الفكر), الصفحة. ٦٥٢١.

[١٥١]أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي, *القوانين الفقهية*. الأجزاء الأول, الصفحة. ١٣٣.

نفسها ولا على غيرها بكرا كانت أو ثيبا أو دنية رشيدة أو سفيهة حرة أو أمة أذن لها وليها.اعلم أن الركن هو ما لا بد من فعله ولا يجزئ بدلا عنه دم ولا غيره.[١٥٢]و النكاح لا يصح إلا بولي. كحديث عائشة وأبي موسى وابن عباس:

«لاَ نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ»[١٥٣]

ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت ولو كانت بالغة عاقلة رشيدة، لم يصح النكاح. كحديث عائشة:

«أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنِ اشْتَجَرُوْا فالَسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»[١٥٤].

وحديث أبي هريرة:

« لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا, فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِيْ تُزَوِّجُ نَفْسَهَا»[١٥٥].

وينص في الفصل ١٥ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس, بأن للولد المتبني حقوق كما للولد الشرعي, كما التالي:

---

[١٥٢]محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي, حاشية الدسوقي على الشرح الكبير, (دار الفكر). الصفحة ٢١. الجزء الثاني.

[١٥٣]رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة (نصب الراية: ١٨٣/ ٣، سبل السلام: ١١٧/ ٣).

[١٥٤]أخرجه أحمد والأربعة إلا النسائي، وصححه أبو عوانة وابن حبان والحاكم وابن معين وغيره من الحفاظ (نصب الراية: ١٨٤/ ٣، سبل السلام: ١١٨/ ٣).

[١٥٥]أخرجه الدارقطني، وفي إسناده كلام (نصب الراية: ١٨٨/ ٣).

الفصل ١٥

للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات وللمتبني إزاء المتبنى نفس الحقوق التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه ما يفرضه من الواجبات عليهما[١٥٦].

أي له الحقوق كما لابن شرعي كما شرح طاهر محمود في كتابه " قانون الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية ":

للمتبنى نفس الحقوق في الأسرة المتبنية كطفل الطبيعي. و الوالد المتبنى نفس الحقوق والواجبات فيما يتعلق بالمتبنى كما تجاه له أو لها بالطفل الطبيعي.[١٥٧]

للمتبنة حق الولي للنكاح لأن لهما (المتبنة و المتبني) علاقة الأبوة بنسب الصلب عند القاون القانون عددا٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس.

الولي إحدى من حقوق الولد من النسب و الرضاع و الحضانة أو كفالة الطفل و النفاقات.[١٥٨]و ولي النكاح على الولد هو من الولاية على النفس وهي الإشراف على شؤون

---

[١٥٦]الفصل ١٥ من القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي ...

[157]The adopted child shall have the same rights in the adoptive family as a natural child. The adoptive parent shall have the same rights and obligations in respect of thee adoptee as towards his or her natural child. Tahir Mahmood, *PERSONAL LAW IN ISLAMIC COUNTRIES: History, Text and Comparative Analysis*, (New Delhi: Times Press, 1987), h. 166.

القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتطبيب وتزويج ونحو ذلك الولاية الخاصة.[١٥٩] و ينص في الفصل ٦ من مجلة الأحوال الشخصية "زواج القاصر يتوّقف على موافقة الولي والأم" [١٦٠]كما ذُكره من قبل.

و الولاية الخاصة أربعة أوجه نسب أو خلافة نسب أو ولاء أو سلطان. فأما ولاية النسب فمستحقة بالتعصيب.[١٦١] وفي كتب الآخر يقال بستة أصناف: الأب، ووصيه، والقريب العصبة، والمولى، والكافل، والسلطان. و العاصب هو القرابة النسبية من قرابة الأب. كما ينظم في فصل ٨ من مجلة الأحوال الشصية:

الفصل ٨

الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينيبه[١٦٢].

أما الولاية بالكفالة فهي أن يكفل رجل امرأة فقدت والدها. وغاب عنها أهلها، فقام بتربيتها مدة خاصة، فيكون له عليها حق الولاية في تزويجها. والمتبنّة له الأب الشقيق لاغاب عنها.

---

[١٥٨] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، *الفِقْهُ الإسلامِيُّ وأدِلَّتُهُ*, الطبعة الرَّابعة, الجزء العاشر.... الصفحة. ٧٢٤٥.

[١٥٩] القوانين الفقهية: ص ١٩٨، شرح الرسالة: ٣١/ ٢ – ٣٢ ويلاحظ أن الولاية الإجبارية في عقد الزواج يقدم فيها الأب على الابن عند المالكية، أما الولاية الاختيارية فيقدم فيها الابن على الأب.

[١٦٠] في الفصل ٦ من مجلة الأحوال الشخصية

[١٦١] أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي, *التلقين في الفقة المالكي*, الطبعة الأولى, الجزء الأول,...الصفحة. ١١٣.

[١٦٢] فصل ٨ من مجلة الأحوال الشصية

والأب من ولي مجبر, وهو رشيداً كان أو سفيهاً ذا رأي، فله تزويج البكر ولو عانساً: بلغت من العمر ستين سنة فأكثر، فله تزويج البنت البكر جبراً عنها، ولو بدون مهر المثل، أو من غير كفء، كأن يكون أقل حالاً منها، أو قبيح منظر.

فتثبت هذه الولاية على الترتيب التالي: البنوة، ثم الأبوة ثم الوصاية ثم الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة. فالولي على النفس عندهم: هو الابن وابنه، ثم الأب ثم وصيه، ثم الأخ الشقيق وابنه، ثم الأخ لأب وابنه، ثم الجد أبو الأب، ثم العم وابنه. ويقدم الشقيق منهما على غير الشقيق، ثم القاضي في عصرنا.[١٦٣] و ينص في فصل ١١٥ من مجلة الأحوال الشخصية:

الفصل ١١٥

العصبة بأنفسهم مراتب وكل مرتبة مقدّمة على ما يليها وهي:

١). البنوّة, ٢). ثم الأبوّة, ٣). ثم الجدودة والأخوّة وهما مرتبة واحدة, ٤). ثم بنو الإخوة,٥). ثم العمومة وبنوهم في مرتبة واحدة وإنّما الترتيب بينهم بالقرب, ٦). ثم صندوق الدولة[١٦٤].

واعلم أن ما ينظم بما يتعلق بحق ولي النكاح يُسبب من ثبوت نسب المتبنة إلى أب المتبني كبنت الشرعية كما في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق

---

[١٦٣] القوانين الفقهية: ص ١٩٨، شرح الرسالة: ٣١/ ٢ – ٣٢ ويلاحظ أن الولاية الإجبارية في عقد الزواج يقدم فيها الأب على الابن عند المالكية، أما الولاية الاختيارية فيقدم فيها الابن على الأب.

[١٦٤] فصل ١١٥ من مجلة الأحوال الشخصية

بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس. ولكن فقه المالكي يعطي حق ولي النكاح إلى بنت شقيقة لا إلى المتبنة, ليس لها العلاقة النسبية بينه و أبي المتبني بل حق ولي نكاحها لأبيها الشقيق.

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM PUSAT PERPUSTAKAAN

الباب الرابع

النتائج والتوصيات

أ. النتائج

١) الحقوق اللاصقة في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس, *الأول*, الولاية. *والثاني* ,النسب. *والثالث*, الإرث بثبوت النسب.

٢) ثبوت نسب المتبنى إلى أب المتبني المجوز عند القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي خالف بما في الفقه المالكي الذي حرّم التبني لأنه يثبت النسب المعروف بأبيه الشقيق. يؤثر ثبوت النسب إلى ثبوت حق الإرث عند القانون كذالك حق ولي النكاح له. وبعكسه, لا حق الوارث على الولد المتبنى إلى أبيه المتبني و قرابته, و له حق الوارث إلى أبيه الشقيق و قرابته عند الفقه المالكي

وكذالك يعطي حق ولي النكاح إلى بنت شقيقة لا إلى المتبنة, ليس لها العلاقة النسبية بينه و أبي المتبني بل حق ولي نكاحها لأبيها الشقيق.

لتسهيل التفهيم من هذه النتائج أقدم الجدول الأتي:

١	حقوق الأصفة المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهور التونس		٢	حقوق المتبنى في القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي عند الفقه المالكي	
	١) حق النسب	له حق النسب. "يحمل المتبنى لقب المتبني ويجوز أن يبدل إسمه وينص على ذلك بحكم التبّني بطلب من المتبني"		١) حق النسب	ليس للتبني حق النسب لأنه المتبنى المعروف بأبيه الشقيق.
	٢) حق الإرث	له حق الإرث. "يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخص لقبه وحقوقه في الإرث"		١) حق الإرث	لا حق الوارث على الولد المتبنى إلى أبيه المتبني و قرابته.
	٢) حق الولاية	له حق الولاية. "يتم عقد التبّني بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجه أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبنى أو من يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطفل الكفيل"		٣) حق ولي النكاح	لا حق ولي النكاح على بنت المتبنى إلى أبيه المتبني و قرابته.

ب. التوصيات

١) ينبغي على الوالدين المتبنيين أن يعطا حقوق المتبنى كما ينظمه في قانون الدولة و كذالك أن يفهمان عن كل ما يتعلق بالتبني كحقوقه المقدم من تطبيق التبني.

٢) وينبغي على الجمهورية التونسية التي تكون من دول الإسلام و من مذهب المالكي كما يشرح في حكم دستوريتها لتجديد القانون للتبني المناسب بتحديد الفقه المالكي و إعطاء تحديد كذالك لتطبيق التبني لغير مسلم.

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI
MAULANA MALIK IBRAHIM
PUSAT PERPUSTAKAAN

المراجع

أ. الكتب

الإمام أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني. *الرسالة في فقه الإمام مالك*. بيروت: دار الكتب العلمية.

الإمام مالك. *موطأ الإمام مالك بن أنس رواية ابن القاسم*. الطبعة الأولى. أبو ظبي: منشورات المجمع الثقافي، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.

أبو الحسن, علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي. *حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني*. بيروت: دار الفكر, ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي. *القوانين الفقهية*.

أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي. *التلقين في الفقة المالكي*. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية, ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد, *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*. القاهرة: دار الحديث, ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م.

أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي, *الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء: مالك و الشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهم و*

ذكر عيون من أخبار أصحابهم للتعريف بجلالة اقدارهم. بيروت: دار الكتب العلمية.

أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي. *الكافي في فقه أهل المدينة*. الطبعة الثانية. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي. *شرح ميارة الفاسي*. بيروت: دار الكتب العلمية, ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي. *الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني*. مكتبة الثقافة الدينية.

خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال.

سيد سابق. *فقه السنة*. الطبعة الثالثة. بيروت: دار الكتاب العربي، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م.

القرآن الكريم

سنن ابن ماجة

سنن أبي داود

سنن الترمذي

سنن الدارقطني.

سنن النسائي

شرح الرسالة

الشرح الصغير

الشرح الكبير

شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي. *سير أعلام النبلا*. القاهرة: دار الحديث, ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

صحيح بخاري

صحيح مسلم

عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي. *إِرْشَادُ السَّالِك إِلَىَ أَشرَفِ المِسَالِكِ فِي فقهِ الإِمَامِ مَالِك*. الطبعة الثالثة. .مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

قاموس المحدث (قاموس عربي إنكليزي).

القاموس المصباح المنير

القيرواني, الإمام أبي محمد عبد الله بن أبي زيد. *الرسالة في فقه الإمام مالك*, بيروت: دار الكتب العلمية.

محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي. *التاج والإكليل لمختصر خليل*. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية, ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.

مسند أحمد

الموسوعة العربية العالمية, الطبعة الثانية, الرياض: مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع, ١٩٩٩.

أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن. شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي, *الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني*. الجزء الثاني. مكتبة الثقافة الدينية.

مالك, الإمام. *موطأ الإمام مالك بن أنس رواية ابن القاسم*. الطبعة الأولى. أبو ظبي: منشورات المجمع الثقافي، ٢٠٠٤

محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي. *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*. دار الفكر.

الموسوعة الفقهية الكويتية, الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية, ١٤٢٧.

الزُّحَيْلِيّ، وَهْبَة بن مصطفى. *الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ*, الطبعة الرَّابعة. سوريَّة: دار الفكر.

Ali Ashshofa, Burhan. *Metodelgi Penelitian Hukum.* Jakarta: PT Rineka Cipta, 2004.

Al-Qur'an dan Terjemahannya. Bandung: Depag RI, 2009.

Barrust, Firman. *Mengadopsi Anak Jalanan Sebagai Upaya Perlindungan Hak-Hak Anak dalam Prspektif HAM,* Makalah, 2011.

Dahlan, M. Y. Al-Barry dan L. Lya Sofyan Yacub. *Kamus Induk Istilah Ilmiah*.

Dewan Redaksi, Hasan Muarif Ambari, Pembaca Ahli, Taufik Abdullah, editor, Abdul Aziz Dahlan, *Suplemen Ensiklopedi Islam*. Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve, 1996.

Europa Regional Surveys of the World, The Midlle East and North Africa 2012. 58 Edition. London and New York: Routledge Taylor and Francis Group, 2011.

Farid, Syaikh Ahmad. *60 Biografi Ulama Salaf, Terj. Masturi Irham dan Asmu'I Taman .Jakarta: Pustaka al-Kautsar, 2006.*

Fitria. *Perbandingan Kedudukan Anak Angkat dalam Pewarisan Menurut Hukum Adat Suku Melayu Jambi, Hukum Islam dan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia*. Tesis. Depok: Universitas Indonesia, 2010.

Husna, Alfun Ni'matil. *Status Kewarisan Anak Angkat Menurut Hukum Islam dan Hukum Perdata di. Skripsi*. Yogyakarta: UIN SUKA, 2007.

Jahar, Asep Saepudin Euis Nurlaelawati dan Jaenal Aripin, *HUKUM KELUARGA, PIDANA & BISNIS: Kajian Perundang-Undangan Indonesia, Fikih dan Hukum Internasional*, (Jakarna: KENCANA, 2013), h. 91-92.

KBBI

Lexy J, Moleong. *Metode Penelitian Kualitatif.* Bandung: PT Remaja Rosda Karya, 1990.

Mahmood, Tahir. *PERSONAL LAW IN ISLAMIC COUNTRIES: History, Text and Comparative Analysis*. New Delhi: Times Press, 1987.

Matuankotta, Jean K., *Perlindungan Hukum Terdapat Anak Angkat dalam Memperoleh Kejelasan Status Hukum Melalui Pencatatan Pengangkatan Anak (Suatu Tinjauan dari Prespektif Hak Asasi)*, Jurnal Sasi Vol. 17 No.3, 2011.

Muhammad, Abdulkadir. *Hukum Dan Penelitian Hukum.* Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2004.

Puspa, Yan Pramadya. *Kamus Hukum; Bahasa Belanda – Indonesia – Inggris*. Semarang: CV Aneka Ilmu, 2008.

Singaribun, Masri dan Sofyan Effe Sumardi Suryabrata. *Metodologi Penelitian.* Jakarta: PT. Grapindo Persada, 2005.

Sorjono dan Sri Mamunji. *Penelitian hukum normative*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Parsada, 2004.

Sudarsono. *Kamus Hukum*,. Jakarta: PT Rineka Cipta, 1992.

Sukandarrumidi. *Metodelgi Penelitian: Petunjuk Praktis Untuk Peneliti Pemula*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2006.

Sukanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum.* Jakarta: Universitas Indonesia, 1984.

Usman, Sumiati. *Kedudukan Hukum Anak Angkat Terhadap Hak Waris.* Jurnal, Lex Privatum, Vol.I/No.4, 2013.

Webster's Third New International Dictionary of the English language, 1993.

Yusuf, M. Hamdani. *Perbandingan Madz-hab*. Semarang: Aksara Indah, 1986.

ب. القاوانين

القانون عدد٢٧ لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبنّي بالجمهورية التونسية

مجلة الأحوال الشخصية

ت. الشبكة الدولية

التبني في تونس من مفخرة تشريعية الى موضوع سؤال. ٢٤ فبراير ٢٠١٥.

http://www.legal-agenda.com/article.php?id=864&folder=articles&lang=ar.

التبني والكفالة في تونس: شروطهما و موانعهما. ٢٤ فبراير ٢٠١٥.

http://www.attounissia.com.tn/details_article.php?t=69&a=137451&temp=1&lang=.

منتـديات سـتار تـايمز. http://www.startimes.com/?t=23315370. ١٣ مـارس ٢٠١٥. لساعة ١٤:٤٣.

مجلة الأحوال الشخصية. Wikipedia. ١٣ مارس ٢٠١٥. في الساعة ١٣:٣٨.

http://m2.facebook.com/avocat.tunisie/posts/599005163473430?_rdr

Status Anak Angkat di Berbagai Negara. Diposkan oleh Dhr. Cipto Sembodo, MA pada 22.27. http://publik-syariah.blogspot.com/2010/06/status-anak-angkat-di-berbagai-negara.html.

Sekulerisasi Hukum Islam. Diposkan oleh Dhr. Cipto Sembodo, MA pada 22.33.

http://publik-syariah.blogspot.com/2010/06/sekulerisasi-hukum-islam-analisis.html.

دعم حقوق المرأة والطفل من http://wrcati.cawtar.org/index.php?a=d&faq=122

"ما هو الفرق قانونا بين الكفالة خلال تكنولوجيا المعلومات في تونس والتبني؟" , ٢-٥-٢٠١٥ ١١:٥٧