



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التبني والكفالة دراسة مقارنة

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبة:

- منيرة حريزي

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
سهام حمادي	أستاذ مساعد - أ.	رئيسا
أحمد غرابي	أستاذ محاضر - أ.	مشرفا
نجية رحمانى	أستاذ محاضر - أ.	مناقشا

السنة الجامعية 1436-1437 هـ، 2015-2016 م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



التبني والكفالة -دراسة مقارنة-

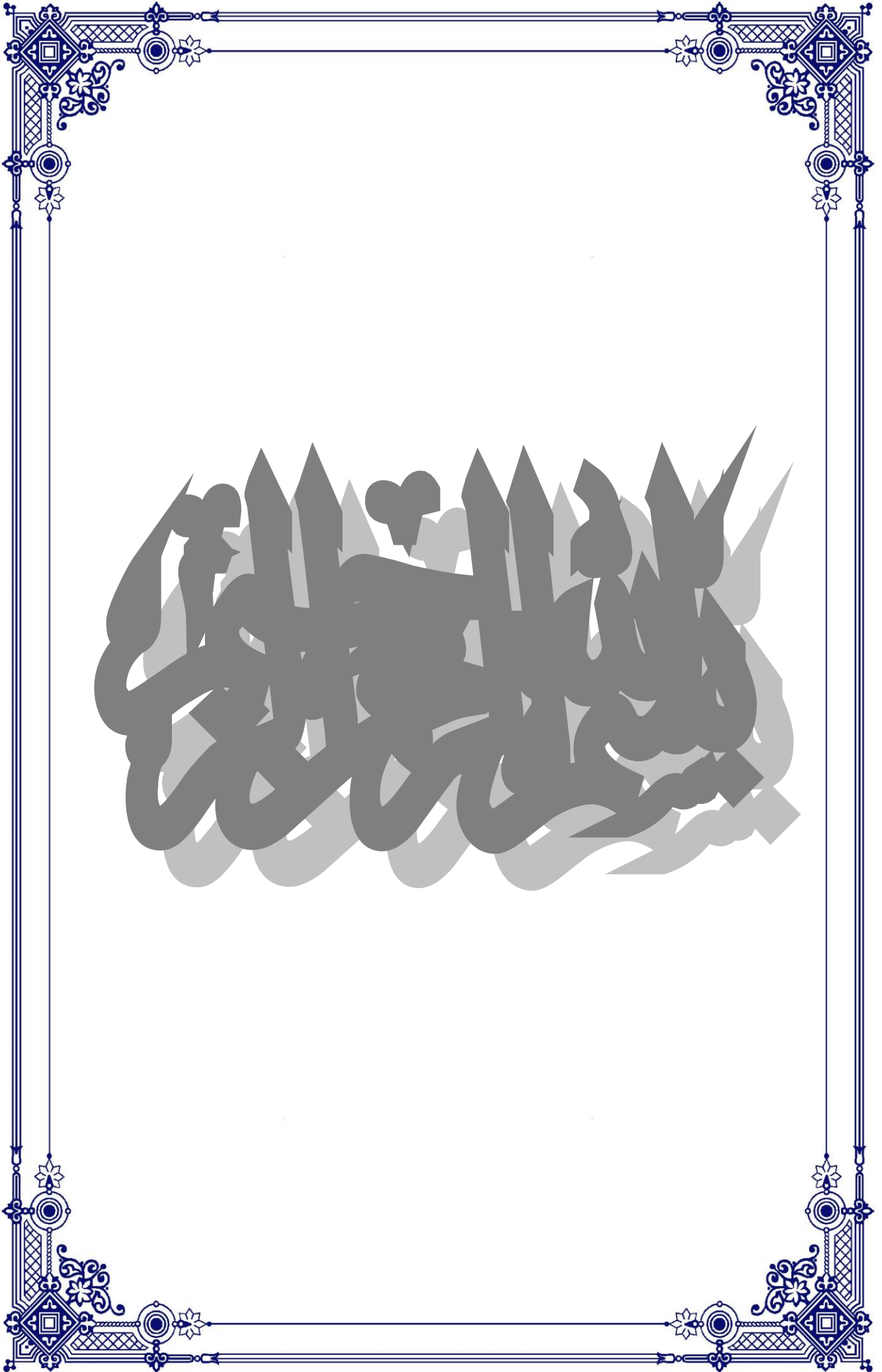
مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبة:

- منيرة حريزي

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
سهام حمادي	أستاذ مساعد -أ-	رئيسا
أحمد غرابي	أستاذ محاضر -أ-	مشرفا
نجية رحمانى	أستاذ محاضر -أ-	مناقشا

السنة الجامعية 1436-1437 هـ / 2015-2016 م



شكر وعرفان

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده أما بعد:
إنه لمن دواعي العرفان بالجميل أن أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف الدكتور
غرابي أحمد الذي أمد لي يد العون ولم يبخل عليا بالنصح والإرشاد منذ بداية عملي إلى
نهايته وعلى ما قام به من جهد عظيم من خلال توجيهه لي على الطريقة الصحيحة
والسليمة في كتابة هذا البحث، وعلى صبره وحسن معاملته، فله خالص الشكر
والإحترام والتقدير.

كما أتوجه بالشكر إلى أساتذتنا الكرام بقسم الحقوق وأخص بالذكر كل من: حمادي عبد
الفتاح ، ميرة وليد ، والي عبد اللطيف ، مجيدي العربي على كل ما قدموه لي من يد
العون، والي كل من ساهم من قريب أو بعيد وحتى من طلبت منه يد المساعدة ولم
يسخره الله لفعل الخير لهم مني جزيل الشكر والتقدير والعرفان
ولا تنفوتني أن أوجه شكري وامتناني للقائم على مكتبة الهداية.

إهداء

الى الوالدين الكرمين الذين شجعاني طيلة مشواري الدراسي

الى اخوتي و اخواتي وكل أفراد العائلة

الى أبي الثاني الأستاذ/ سحنون التواتي

الى كل الأصدقاء ورفقاء الدرب

الى كل هؤلاء اهدي هذا العمل المتواضع

قائمة المختصرات:

ج: الجزء.

ط: طبعة

ص : صفحة

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.م.ن: دون مكان النشر.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد ﷺ الذي أخرج الناس من الظلومات إلى النور...وبعد

انتقلت الأسرة من مرحلة إلى أخرى نتيجة للتطورات التي اكتسحت المجتمع البشري فتأثرت بها وأثرت على الإنسان ونشأته داخل الحياة الأسرية عموماً وفئة الأطفال خصوصاً. وبداية هذا التأثير يعود بنا إلى زمن الجاهلية، الحقبة التي حملت شعار البقاء للأقوى وبسبب هذا الشعار كان الطفل ليس ابن أسرته الحقيقية فقط، لأن وضعيته كانت داخل أحضانها غير مستقرة بسبب الغارات والسبي من جهة ومن جهة أخرى كان أشرف وزعماء القبائل يأخذون أي ولد يعجبون بنسبه وبمكانته وشرف عائلته وحتى لشكله، فيتخذونه ولداً فينسب هذا الأخير إلى من اتخذه، فيقال فلان ابن فلان ولا ينسب إلى غيره، وهذا تحت نظام يسمى بالتبني، فيكون للولد المتبنى كل الرعاية والحماية والحقوق والامتيازات مثله مثل الابن الشرعي الصلبي، فيحمل بموجبها اسم العائلة وله حق الميراث في التركة وكما له حقوق من الأسرة المتبنية له التزامات اتجاه أسرته بالتبني، يساندها في الحروب ويؤازرها ويقوم بإعالتها في شتى المجالات.

وبما أن التبني سلوك اجتماعي قديم يمتد بامتداد الوجود البشري إذ كما عرفته العرب في الجاهلية عرفته مجتمعات غربية وطبقته بطريقتها الخاصة وأعطت له أحكاماً ومبادئ تخص هذا النظام.

فعرف عند اليابانيين وطغت عندهم قرابة التبني على القرابة البيولوجية، عكس المجتمع الصيني، الذي كان لا يسمح إلا إذا كان الشخص المتبني له قرابة عائلية مع الطفل المتبنى¹، ونفس الشيء عند الدول الأوروبية وعلى سبيل المثال لا على سبيل الحصر الدولة الفرنسية

1- تواتي صباح، دوافع الأسر الجزائرية للإقبال على الكفالة-دراسة ميدانية بدار حضانة النخيل(الأبيار)، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية، قسم علم الاجتماع، 2000-2001، ص 20.

اتخذته بداية من اهتمام نابليون بالفكرة إلى غاية تجسيدها على أرض الواقع بإقراره في شكل مواد قانونية.

ونتيجة للاختلاف الحاصل في الطريقة التي يطبق بها هذا النظام بين المجتمعات القديمة والمذاهب والديانات.

فمجيء الإسلام آخر الديانات السماوية، وجد هذا النظام منتشراً بشكل كبير في المجتمع العربي، حتى أن الرسول سيدنا محمد ﷺ كان متبنياً لزيد بن حارثة في الجاهلية وهو فتى عربي سبي صغيراً في غارة من غارات العرب.

وبمقتضى هذا وعناية من الشارع الحكيم للنسب والمحافظة على الأنساب وفي السنة الخامسة من الهجرة أبطل الإسلام نظام التبني وحرمه حرمة مؤبدة، فنزلت آيات ناصحة واضحة تلغي الآثار التي يربتها هذا النظام الزائف، ويتجلى هذا في قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ كُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾¹.

وكما جعلت الشريعة الإسلامية النسب سبباً كريماً يتفق مع كرامة بني آدم وحق من حقوق الطفل بعناية فائقة الاهتمام من أجل الحفاظ على الأسرة والمجتمع، أكدت على حقه في النسب من والديه، عملاً بقول الرسول محمد ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»².

وشدد الرسول ﷺ على الآباء الذين يتنكرون ويحددون نسب أولادهم، كما توعّد الأبناء الذين ينسبون إلى غير آبائهم في قوله ﷺ: «من ادعى لغير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام»³، لأن هذا يعد من أكبر العقوق لهم.

وبما أن الطفل ثروة المجتمع وجيل اليوم والغد وصانع المستقبل بنفسه، لم تتخلى الشريعة الإسلامية عن فئة الأطفال معلومي النسب أو مجهولي النسب بتحريمها لنظام التبني

1 - سورة الأحزاب، الآية 4-5.

2 - أخرجه البخاري، كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، باب للعاهر الحجر، حديث رقم 6432، ج 4، ص 2342.

3 - ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من ادعى إلى غير أبيه، حديث رقم 2600، المكتبة العلمية، بيروت، ج 8، ص 35.

بل أوجدت لها بديل الحماية والرعاية وصيانة حقوقه، فتمثل ذلك في الكفالة وهو نظام التكافل الاجتماعي سواء للأطفال معلومي النسب أو مجهولي النسب الذين تخلت عنهم عائلاتهم لعجز الأبوين وعدم القدرة على رعايتهم وتربيتهم نتيجة لظروف اقتصادية أو اجتماعية حالت دون ذلك، أو مجهولي النسب الذين لا يعرف آبائهم أو أحد منهما.

وبموجب هذا حذت القوانين الوضعية حذو ما أقرته الشريعة الإسلامية بتحريم التبني وإقرار نظام الكفالة كبديل عنه فأخذت به الدولة الجزائرية والمغربية وغيرهما من الدول العربية والإسلامية، وهناك من أخذ بالنظامين معا مثل الدولة التونسية بالرغم من أنها دولة عربية إسلامية وكذا من الدول الغربية نجد على سبيل المثال الدولة الفرنسية، فكل قانون من هذه القوانين الوضعية وضع أحكام خاصة بكل نظام اتخذه انطلاقا من تشريعاتها الداخلية.

وعليه نجد القانون الجزائري منع التبني شرعا وقانونا بموجب المادة 146¹ من قانون الأسرة، ونظم أحكام الكفالة بموجب المواد من 116 إلى 125 من نفس القانون.

وبموجب هذا كان نظام الكفالة من أنجع الحلول التي أخذ بها القانون الجزائري للمصلحة الفضلى للطفل، نتيجة لما عانته الطفولة من ويلات الحرب وما خلفه الاستعمار من يتامى ومتشردين وأطفال غير شرعيين، بالإضافة إلى أطفال ضحايا الإرهاب والمجازر الذين خلفتهم فترة تسعينات القرن الماضي المسماة بالعشرية السوداء بالجزائر، وأمام هذه الحالات كانت الكفالة لهم أهم طريق لحمايتهم ورعايتهم لسد الطريق أمام أي شكل من أشكال التبني لما فيه من مفسد وخط للأنساب واعتداء على النظام العام.

ونتيجة للجرائم والمذابح التي راح ضحيتها الملايين من الأطفال في العالم لأن نار الأزمة تؤثر على الأطفال قبل الكبار، ولكل هذه الأحوال تضاعفت مجهودات المجتمع الدولي، من أجل تحقيق الحماية والرعاية وإعطاء الحقوق المتكاملة لهؤلاء الأطفال، ولذلك قررت الأمم المتحدة الاهتمام بشريحة الأطفال منذ نشأتها إلى غاية إقدامها على خطوة جريئة توجت هذه

1- نصت المادة 46 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في: 27 فيفراير 2005 انه : « يمنع التبني شرعا وقانونا ».

المجهودات والمتمثلة في تبنيها الاتفاقية الدولية المتعلقة بحماية حقوق الطفل في 1989/11/20، أقوى بيان لحد الساعة في شأن حقوق الطفل التي أعطت الصيغة القانونية الدولية لهذه الحقوق وأجبرت كافة الدول المصادقة على الاتفاقية إيجاد مؤسسات وأنظمة قانونية ترعى شؤون الطفل.

وإذا رجعنا إلى الواقع ونظرنا للشريحة التي تعاني في صمت وهي شريحة الأطفال مجهولي النسب واللقطاء، خاصة عند بلوغهم سن الرشد اصطدمت بمشاكل أبرزها مشكلة اللقب العائلي بالرغم من أنهم مكفولين من قبل أسر بديلة عن الأسرة البيولوجية أو من قبل دور الرعاية الاجتماعية إلا أن ذلك لم يعطيهم استقرار قانونيا للهوية الشخصية.

وبموجب هذا صدر المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في: 1992/01/13 المتعلق بتغيير اللقب العائلي المعدل للمرسوم رقم 157/71 المؤرخ في 1991/03/03، وبهذا فتح المجال للعائلات لكفالة الأطفال مجهولي النسب واللقطاء والقيام بالإجراءات لإعطائهم اللقب العائلي دون الحق في الميراث.

ولدراسة موضوع بحثنا بعنوان الكفالة والتبني دراسة مقارنة وللتفصيل في البحث نطرح الإشكالية التالية للمناقشة:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم أحكام الكفالة لتكون بديلا لنظام التبني المحرم شرعا مقارنة لما اتخذته القوانين الوضعية الأخرى ؟ وفي هذا المعنى ندرج تحت الإشكالية الرئيسية عدة تساؤلات المتمثلة في: ماهو الإطار القانوني لكل من نظام التبني والكفالة؟ هل التبني هو نفسه الكفالة ؟ ماهي وضعية الطفل معلوم النسب أو مجهول النسب في القوانين الوضعية ؟ هل الكفالة تعد تغيير للقب؟

وللإجابة على هذه الإشكالية المطروحة ارتأينا تقسيم هذه المذكرة إلى فصلين: الفصل الأول بعنوان: الطبيعة القانونية لنظامي التبني والكفالة حيث ندرس من خلاله ماهية التبني والكفالة وموقف الشريعة الإسلامية منهما (المبحث الأول)، ونتناول بالدراسة التبني والكفالة في ظل القوانين الوضعية (المبحث الثاني)، أما الفصل الثاني فبعنوان: القواعد العامة التي تحكم

إنشاء عقدي التبني والكفالة حيث نستعرض فيه الشروط والإجراءات المتبعة في التبني والكفالة (المبحث الأول)، والآثار المترتبة على قيام عقدي التبني والكفالة وأسباب انقضائها (المبحث الثاني)

أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية الدراسة في إبراز الوضعية الحقيقية لموضوع الأطفال معلومي النسب أو مجهولي النسب لأنه يعد من بين المواضيع ذات الأهمية البالغة في المجتمع وتتجلى هذه الأهمية فيما يلي:

- موضوع التبني والكفالة من بين المواضيع الاجتماعية التي لها صلة عميقة بكيان الأسرة وبقانون الأحوال الشخصية.
- الكفالة باب من أبواب البر والإحسان والتعاون الإيجابي في الشريعة الإسلامية.
- البحث يبين لنا كيفية حماية مصالح الناس المالية المرتبطة بالميراث من ضياع حقوقهم من جانب نظام التبني، والمحافظة على هذه الحقوق بالكفالة.
- التأكيد على أن التبني مفسدة في المجتمع، والكفالة مقصد من مقاصد الشريعة المتمثل في المحافظة على نفس الطفل المكفول وماله.

أسباب اختيار موضوع البحث:

تتوعد أسباب اختيار موضوع البحث ما بين أسباب ذاتية وأخرى موضوعية نوجزها في النقاط التالية:

- الرغبة الشخصية في متابعة كل ما يتعلق بالطفل حبا في هذه الشريحة.
- العمل على إثراء المكتبة الجامعية بمثل هذه البحوث، وهذا لقللة المراجع المتخصصة في مجال هذا الموضوع بالرغم من قدم النظامين في الشريعة والقانون.
- عدم علم الكثير من الناس بالأحكام الخاصة بالتبني والكفالة حتى من الناحية اللغوية، هناك من يخلط بين العبارتين لذا وجب علينا تبين هذه الأحكام وفق ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

- عدم نيل موضوع التبني والكفالة قسط أوفر من الاهتمام في نظر القانون والأبحاث بالرغم من أن الدراسة مطروحة بشكل كبير في الساحة الاجتماعية.

المنهج المعتمد في دراسة البحث:

اعتمدت في دراستي لموضوع المذكرة المنهج التحليلي فيما يخص الماهية والمفاهيم لكل من النظامين، وفي استعراض موقف الشريعة والقانون، كما استندت إلى المنهج المقارن في دراستي لبعض القوانين الوضعية دون التعمق فيها بشكل كبير، وخاصة بالنسبة لنظام الكفالة الذي قمت بدراسته من ناحية القانون الوضعي الجزائري وهو القانون الذي قمت بالتركيز عليه.

صعوبات البحث:

- من بين الصعوبات التي واجهتني خلال انجازي لهذا الموضوع أذكر منها:
- نقص في المراجع والبحوث العلمية الجامعية والمداخلات العلمية وكذا الدراسات المتعلقة بالموضوع الذي يتناوله البحث.
- وجود كتب قانونية لكن تمثل إعادة فقط لنصوص المادة القانونية دون شرحها بدقة وبشكل مفصل.
- وعلى الرغم من هذه الصعوبات والعراقيل إلا أنني حاولت إتمام هذا العمل على أكمل وجه بفضل الله وعونه أولاً وبمساعدة الأستاذ المشرف ثانياً تمكنت من جمع المعلومات اللازمة وتقديمها في بحثي المتواضع.

الدراسات السابقة:

- وقفت على بعض الدراسات العلمية التي لها علاقة بموضوع بحثي فيما يلي:
- (1) علال آمال، التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2008/2009.

(2) الطالب: أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 1430هـ/2009م.

إذ وجدت أن الطالبة علال أمال وضعت دراستها فيما يخص الكفالة أمام الموثق كجهة قضائية طبقاً لقانون الأسرة الجزائري فقط دون النظر إلى ما جاء به قانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية.

-أما فيما يخص الطالب: أسامة يعقوب الأيوبي عالج نظام الكفالة في المجتمع الفلسطيني في قطاع غزة فقط عن طريق إثبات الكفالة بالنفس وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني دون غيره من القوانين الوضعية الأخرى.

وعليه فأن الدراسة التي قمت بها لم تكن تكراراً من قبل هذه الدراسات إذ عالجت نظام الكفالة من حيث قانون الأسرة فقط دون القانون الفرنسي والتونسي وكذا أشرت إلى إلغاء صلاحيات الموثق كجهة قضائية طبقاً للمادتين 492 و 497 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في تحرير عقد الكفالة وعليه فإنه بالرغم من أن موضوعي سبق تداوله إلا أنه يبقى موضوعاً هاماً ينتظر تعديلات من قبل المشرع الجزائري لسد الثغرات القانونية التي وقع فيها بالنسبة لأحكام الكفالة.

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لنظامي التبني والكفالة

الحياة نشوء وانتماء، نشوء بواقعة الميلاد وانتماء بثبوت النسب، وتدعيما لهذا الانتماء كانت الأسر في المجتمع الجاهلي وتلبية للفطرة البشرية في حب الأولاد والاستئناس بهم والحاجة إلى الاستعانة بهم في وقت الشدة والرخاء وفي وقت الحرب، وحرصاً على أن يكون لكل إنسان ابن أو أبناء يحملون اسمه من بعده، حفاظاً على الأسرة وبقائها، وبناءً على هذه الأسباب كلها ولتحقيقها ساد نظام التبني في تلك الفترة قبل مجيء الإسلام، فرفع بهذا النظام حالة اليأس والعقم، نتيجة لاستحسان أي ابن أعجبوا به سوءاً لنسبه أو لهيئته، فكانوا يلحقون بأبنائهم وأسره من شاءوا من الأبناء عن طريق نظام التبني، فمن ليس بابن له ومن صلبه يصبح واحد من أبنائه له ما لأبنائه وعليه ما عليهم، يحمل اسم العائلة وله كل الحقوق.

ولما جاء الإسلام أبطل وحرم هذا النظام وكان لهذا التحريم حكمة ريانية، لأن الإسلام لم يحرم هذا النوع من الأنظمة، إلا بعد اتخاذ بديل عنه يتمثل في نظام الكفالة، الذي أقره واتخذته العديد من الدول الإسلامية والعربية بما فيهم الجزائر، حيث حرمت بدورها التبني قانوناً وشرعاً بموجب ما جاء في نص المادة 46 من قانون الأسرة، ونظمت هذا البديل بموجب المواد من 116 إلى غاية 125 من نفس القانون، وبهذا الطرح سنحاول من خلال الفصل الأول التعريف بهاذين النظامي وذلك بالتطرق فيه إلى مبحثين، المبحث الأول: ماهية التبني والكفالة وموقف الشريعة الإسلامية منها، والمبحث الثاني: التبني والكفالة في ظل القانونين الوضعية.

المبحث الأول

ماهية التبني والكفالة وموقف الشريعة الإسلامية منهما

من خلال هذا المبحث سنحاول معرفة مفهوم كل من نظام التبني والكفالة، وحكمهما من ناحية الشريعة الإسلامية، والحكمة من اتخاذهما، وكذا مميزات كل واحد منهما بالتطرق للخصائص التي يمتاز بها، وما يميز كل نظام عن الأنظمة المشابهة له وبهذا يمكننا أن نطرح التساؤلات التالية للإجابة عليها من خلال هذا المبحث والتمثلة في ما يلي: ما مفهوم التبني؟ وما مفهوم الكفالة؟ وما موقف الشريعة الإسلامية منهما؟ وهل توجد أنظمة مشابهة لهما فإن وجدت ماذا يميز كل نظام عن هذه الأنظمة؟ وما موقف القوانين الوضعية اتجاه هذين النظامين؟

المطلب الأول

مفهوم التبني

بالرغم من كثرة التعاريف، التي حظي بها مصطلح التبني عند مختلف شُراح القانون وعلماء الفقه باختلافهم، إلا أن المعنى الوحيد الذي يصب فيه مضمونه، هو وجود علاقة غير حقيقية قائمة بين شخصين لا توجد بينهما صلة الأبوة ولا صلة البنوة الحقيقية المرتبة لآثار العلاقة الحقيقية، التي تقوم بين الأب والابن الحقيقي إذ تمثل العلاقة في التبني اتخاذ الرجل ولدا ليس من صلبه وينسبه إليه، وبهذا نصادف تشابه بينه وبين أنظمة أخرى، وعليه سنتعرف على مفهوم التبني من خلال معناه اللغوي والاصطلاحي، ونبين حكمه والحكمة من تحريمه، وخصائصه وكذا نبين الأنظمة المشابهة له من خلال هذا المطلب بالإضافة إلى موقف الشريعة الإسلامية منه .

الفرع الأول

تعريف التبني ومشروعيته

أولاً: تعريف التبني

1- لغة: «التبني هو تصغير بني جمع ابن مضافاً إلى النفس، ويقال تَبَنَيْتُهُ أَيِ ادْعَيْتُ بُنُوتهُ، وَتَبَنَاهُ، اتَّخَذَهُ ابْنًا، وقال الزجاج: تَبَنَى به يُرِيدُ تَبَنَاهُ، وفي حديث أبي حذيفة: أَنَّهُ تَبَنَى سَالماً أَيِ اتَّخَذَهُ ابْنًا»¹.

2- اصطلاحاً :

تعددت التعاريف لمعنى التبني اصطلاحاً فمنها ما يقوم على مضمونه ومنها ما يقوم على الغاية أو الهدف وعليه نعرض ما يلي من التعاريف:

- فعرّفه الدكتور يوسف القرضاوي بمفهومين فالأول: «هو الذي يضم فيه الرجل طفلاً إلى نفسه، يعلم أنه ولد غيره، ومع هذا يلحقه بنسبه وأسرته، ويثبت له كل أحكام البنوة وآثارها من إباحة اختلاط و حرمة الزواج و استحقاق ميراث » والثاني « وذلك أن يظم الرجل إليه طفلاً يتيماً أو لقيطاً، ويجعله كابنه في الحنو عليه والعناية به والتربية له، فيطعمه ويكسوه ويعلمه ويعامله كأنه ابنه من صلبه، ومع هذا لم ينسبه لنفسه ولم يثبت له أحكام البنوة»².
- وعرفه الدكتور مصطفى شبلي: « التبني فهو استلحاق شخص ولداً معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط ويصرح أنه يتخذه ولداً له مع كونه ليس ولداً له في الحقيقة»³.
- وعرفه الأستاذ فضيل سعد: «هو عملية استلحاق شخص آخر به، معلوم النسب كان أو مجهوله مع علمه يقينا انه ليس منه، وهي علاقة بين طرفين أحدهما وهو الشخص الكبير امرأة أو رجل ويسمى المتبني (بالكسر) أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبني (بفتح النون)»⁴.

1- جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار الصادر، بيروت، ط2، د.س.ن، مجلد 14، ص91.

2- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1405هـ-1985م، ص 218 .

3- محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، ط4، بيروت، 1983، ص732.

4- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص224.

- كما عرفه عبد العزيز سعد: «تزييف النسب (التبني) إنما هو إدعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه وإعطائه نسب شخص آخر».¹
- وعرفة الدكتور بلحاج العربي: «التبني هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره معروف نسبه ابنا له».²
- وعرفه الدكتور محمد صبحي نجم: «التبني هو أن يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه وعرف أنه ليس ولده فينسب هذا المتبني إلى من تبنا، ويكون له على هذا المتبني حقوق الولد، فالمتبني لا يقول أن هذا الولد ابنه ومن صلبه ولكنه أنزله منزلة ابنه والتزم له بحقوق الولد وقطع نسبه إلى غيره».³
- وعرفه الدكتور عبد الكريم شهبون: «يقصد بالتبني إلحاق المتبني ولدا ليس من صلبه، قصد ترتيب الحقوق الناجعة عن النسب كحمل الاسم والميراث».⁴
- وعلى الصعيد الدولي أخذ لفظ التبني مفهوم له، فعرفته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها بناءً على إثر الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي، وهذا طبقاً لنص المادة 13 من الفصل المعنون ب: التبني-جيم-حيث جاء طيها: «الغرض الأساسي من التبني هو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لا يتمكن والداه الأصليان من توفير الرعاية له».

ثانياً: حكم التبني

كان نظام التبني عرفاً سائداً عن العرب في الجاهلية، وفي صدر الإسلام، حيث كانوا من خلال التبني يلحقون الابن المتبنى بالابن الحقيقي، وبهذا النظام كان الرجل إذا أُعجبَ

1- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط4، 2014، ص215.

2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا (أحكام الزواج)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2010، 06، ص418.

3- محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، سلسلة دروس العلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1992، ص55.

4- عبد الكريم شهبون، الشافعي في شرح مدونة الأسرة، ج1، دم ن، ط01، 1427هـ - 2006م، ص364.

بالولد لنسبه الشريف أو لعزة جاه أو لوسامة شكله، اتخذته إبن له وألحقه بنفسه، وكان ينسب إليه فيقال فلان ابن فلان ولا ينسب إلى غيره، فيمتعه بكل الحقوق والميراث مثل الأولاد الصليبين¹. وبظهور الإسلام كان نظام التبني منتشراً في المجتمع الجاهلي حيث كان لا يعرف لهم آباء خاصة أثناء السبي في الغزوات، ومن بين هؤلاء الأولاد "زيد بن حارثة"، وهو من قبيلة عربية سبي صغيراً في غارة أيام الجاهلية، فاشتراه "حكيم بن حازم بن خويلد" لعمته "خديجة بنت خويلد" رضي الله عنها، فلما تزوجها رسول الله ﷺ وهبته له، ثم طلبه أبوه وعمه فخيرته رسول الله ﷺ فاختار البقاء معه، فأعتقه وتبناه وأشهد على ذلك قومه وأصبحوا يدعونه زيد بن محمد وكان أول من آمن به من الموالي².

وعليه بمجيء الإسلام أبطل العادات والمسائل السائدة في الجاهلية بالتدرج، وليس دفعة واحدة وكان هذا الوضع ينطبق على نظام التبني كغيره من الأوضاع، مثل تحريم الربا وشرب الخمر ثم تحريم التبني تحريماً قطعياً وصريحاً، لأن الهدف هو معالجة الأوضاع بالشكل التدريجي أولاً ثم المعالجة بالتحريم المطلق وهذا لقول الرسول ﷺ: «إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ»، وفي السنة الخامسة من الهجرة أبطل الله جلّت حكمته نظام التبني وحرّمه³، فأصبح حكم التبني حرام حرمة قطعية ومؤبدة.

1- محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 59.

2 - يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 215 .

3 - محمد صبحي نجم، المرجع نفسه، ص 59 .

والدليل على هذا التحريم جاء بالكتاب والسنة النبوية الشريفة كما يلي:

1- بالكتاب:

حُرِّمَ التبني بالقرآن الكريم حيث أنزل الله عز وجل ذلك في قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾¹. ويتأمل هذه الكلمة القرآنية: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ﴾ أي أن التبني إنما هو كلمة فارغة ليس وراءها حقيقة خارجية²، وبهذا أبطل الله ﷻ عادة التبني، وما يترتب عليه من حقوق وآثار وبين أنه لا يستقيم في منطق العقل أن يكون الطفل دعياً وابناً في آن واحد³.

وقد أكد سبحانه وتعالى على ذلك في قوله: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾⁴، وفي هذا أعلن القرآن أن من المحرمات حلائل الأبناء الحقيقيين لا الأدعياء، فيباح للرجل أن يتزوج حليمة متبناه لأنها امرأة إنسان غريب عنه في الواقع فلا بأس أن يتزوجها إذا طلقها الآخر⁵.

ونجد بطلان التبني فيما أكداه قوله ﷻ: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا﴾⁶، وفي هذه الآية الكريمة تأكيد على الكلام الذي سبق قوله.

2- بالسنة النبوية الشريفة:

1- سورة الأحزاب، الآية 4-5

2- يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 216

3- أسامة الحموي، "التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب (دراسة فقهية اجتماعية مقارنة)"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد الثالث والعشرون، العدد الثاني، سنة 2007، ص 518.

4- سورة النساء، الآية 24.

5- يوسف القرضاوي، المرجع نفسه، ص 217.

6- سورة الأحزاب، الآية 37.

من بين الأحاديث النبوية الشريفة التي تضمنت حرمة التبني نجد منها: ما روى أبو بشر بكر بن خلف الذي قال حدثنا ابن أبي الضيف حدثنا عبد الله بن عثمان بن خثيم عن سعد بن خبير عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «مَنْ انْتَسَبَ إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ فَعَلِيهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ»¹.

وفي حديث آخر روى علي بن محمد قال حدثنا أبو معاوية عن عاصم الأحول عن أبي عثمان الهندي قال سمعت سعد وأبى بكر وكل واحد منهما يقول سمعت أذناي ووعى قلبي محمد ﷺ يقول: «من ادعى لغير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام»². وقال رسول الله ﷺ: «ليس من رجل أدعى لغير أبيه وهو يعلم إلا كفر»³.

3- الحكمة من تحريم التبني:

- حرم الإسلام التبني ونسبة الأولاد لغير آبائهم الحقيقيين لأسباب التالية الذكر:
- التبني يأتي بشخص أجنبي يعيش مع أجنبيات عنه لا تربطه بهن رابطة مشروعة، فيتطلع منهن على ما حرم الله الإطلاع عليه ويحرم عليه الزواج منهن مع أنهن محلات له.
 - التبني يُحْمَلُ الأقارب واجبات يرتبها التبني، فتجب نفقة ذلك المتبني عليهم إن كان محتاجاً إليها، ويشاركهم الميراث فنجدهم من بعض ما يستحقون منه⁴.
 - يُتَّخَذُ التبني في كثير من الأحيان للمكايدة داخل الأسرة لا للشفقة بالولد المتبني، فيُتَبَنَى الولد ليمنع من الميراث قريب له، ولا يصح أن يُقَرَّ نظام يُتَّخَذُ سبيلاً للكيد.
 - إن التبني مخالف للفطرة الإنسانية وذلك لأن الأبوة والأمومة ليس عقداً يعقد، وإنما حنان وارتباط لحم ودم فلا يمكن أن يأتلف الابن المتبني مع سائر أفراد الأسرة، فإذا كان للرجل إخوة فلا يشعرون نحو الابن المتبني بالرحمة بل بالتنافر⁵.

1- ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من ادعى إلى غير أبيه، حديث رقم 2599، المكتبة العلمية، بيروت، ج 8، ص 34.

2- المرجع نفسه، حديث رقم 2600، المكتبة العلمية، بيروت، ج 8، ص 35.

3- أحمد بن علي بن حنبل، فتح الباري شرح صحيح البخاري، باب المناقب، حديث رقم 3317، دار المعرفة، بيروت، 1979، ج 7، ص 624.

4- محمد مصطفى شبلي، المرجع السابق، ص 723-724.

5- خالد عبد الرحمن العك، تربية الأولاد والبنات في ضوء القرآن والسنة، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1424هـ/2003م، ص 95.

- منح اللقب العائلي للولد المتبنى افتراء وزوراً ومخالفة للحقائق، وقد تحدث من جراء ذلك الصدمات النفسية التي تحل بالمتبنى حينما تُكشَف الحقيقة أمامه، بأنه ليس من صلب الشخص المُتبنى بعد أن قضى شطراً من حياته معتقداً أن العائلة التي ربه هي عائلته الحقيقية، وفجأة يجد نفسه أمام الواقع المر الذي يجعله يعيد النظر في علاقاته وحساباته وفي حياته كلها مما قد يدفعه للانتقام من المجتمع أو الانتحار¹.
- اللقب العائلي ليس حقاً شخصياً خالصاً للفرد يتصرف فيه وفق هواه ومصالحه، يهبه لمن يشاء، ويمنعه عن يشاء، بل للنسب قواعد وضوابط ثابتة مستهله من وحي الشريعة بمقتضاها يثبت أو ينفي، وهي محصورة في فراش الزوجية والبيئة والإقرار².

الفرع الثاني

خصائص التبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

أولاً: خصائصه

- أخذ نظام التبني مكانة في التشريعات التي اتخذته نتيجة لخصائص عديدة من شأنها أضفت عليه ما يميزه بين الأنظمة المشابهة له ومن بين هذه الخصائص نذكر:
- التبني مقنن في ظل المجتمعات الحديثة في قانون داخلية وبروتوكولات دولية.
- التبني نظام قديم عرف عند المجتمعات العربية في الجاهلية كما عرفته المجتمعات الغير عربية كالرومان واليونان.
- يدخل في نظام التبني شريحة القصر دون سواهم من الجنسين ذكراً كان أم أنثى.
- يرتب التبني إلحاق نسب المتبنى القاصر بنسب المتبنى واعتباره أباً شرعياً.
- يتميز التبني بإنزال المتبنى منزلة الابن الصُّلبي بمساواته في الحقوق معه .
- يكون المتبنى شخصاً راشداً ذكراً أم أنثى.
- من خصائص التبني إمكانية تبني أي طفل بغض النظر عن جنسيته.

1- إقروفة زوبيدة، الإبانة في أحكام النيابة (دراسة فقهية قانونية)، دار الأمل، (دم.ن)، 2014، ص 106 .

2- المرجع نفسه ، ص 107 .

- التبني يعطي للمتبنى الحق في الإرث من المتبني وفي نفس الوقت يلقي عليه واجبات مثل الابن الشرعي.
- مضمون التبني يشمل الولاية التامة على النفس ومال المتبني من رعاية وتربية وتمثيل قانوني في إدارة وتصرف في الأموال وكل ذلك من قبل المتبني¹.
- يغلب على التبني الطابع الشكلي² والإجرائي فهو بمثابة عقد بين المتبني والأشخاص والهيئات الراعية للطفل المرشح للتبني
- يتميز التبني أنه لا يكون تام إلا بموجب حكم قضائي³ بعد إجراءات تحقيق معمقة رعاية لمصلحة الطفل الفضلى.
- وعليه فإن التبني يمتاز بإلحاق نسب المتبني ومنح اللقب والولاية على نفس ومال القاصر المتبني، وكذا تمكينه من الإرث مع حقوق متبادلة بين المتبني والمتبني، ويثبت بعقد أو حكم قضائي مع إمكانية إسقاط التبني مع العلم أن الطفل المتبني يكون شخص مجهول النسب أو معلوم أو لقيط بغض النظر عن الجنسية⁴.
- ثانيا: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له**
- قد تتداخل بالتبني أنظمة مشابهة له وتختلط به، حيث تعتقد من خلالها أنها هي تبني وبموجب هذا يتأتى في الذهن أن التبني هو نفسه الإقرار بالنسب أو هو الحضانة أو التلقيح الاصطناعي، لذا من الواجب القيام بالتفريق بين هذه الأنظمة والتبني كما يلي:

1- طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، وهران، الدفعة الرابعة عشر، 2003/2006، ص 04

2- الفصل 01/13 من قانون رقم 27 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني .

3- الفصل 02/13 من قانون رقم 27 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

4- طلبة مالك، المرجع نفسه، ص 05 .

1- التبني والإقرار بالنسب:

يختلف التبني على الإقرار بالنسب حيث نجد، أن كل نظام مستقل بذاته وله شروط تحكمه، وعليه فإذا كان التبني هو أن يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب أو مجهول النسب مع علمه بأنه ليس ابنه من صلبه وهو محرم، في حين نجد أن الإقرار غير التبني لأن الإقرار بالنسب واقع فعلا لكنه غير ثابت، فالمقر يصح وضعه بالنسبة لنسب الصغير الذي أقر ببنوته، كالبنوة بالفراش"المادة 40 قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 والمادة 44 من نفس القانون" فإن الإقرار بالنسب قائم شرعا وقانونا لا يجوز الرجوع فيه، ويحرم نفي من هو من الإنسان¹.

وبموجب هذا فإن الإقرار بالنسب هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب، فهو يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائه فيكون ابناً له ثابت النسب منه وليس من آخر يتساوى مع ابنه الثابت نسبه بالفراش لا فرق بينهما إلا في طريق الإثبات، فإنه تثبت له كافة الحقوق الثابتة للأبناء من النفقة والإرث وحرمة المصاهرة، واحتمال أنه كاذب في الواقع لا يلتف إليه لأنه يوجد ما يثبت كذبه، فالظاهر بصدقه والله يتولى سرائره².

وعليه فلا يجب الخلط بين النظامين، لأنه لا يثبت النسب بالتبني، ولو كان الولد المتبني مجهول النسب وهذا بخلاف اللقيط الذي يثبت نسبه ممن ادعاء، فيكون ابناً شرعياً لمن ادعاه ويكون لكل منهما على الآخر ما للأب على ابنه وما على الابن لأبيه³.

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري نظم أحكام الإقرار بالنسب، إذ لتبوت النسب يجب أن يثبت بموجب حكم قضائي بعد إجراءات التحقيق عكس التبني الذي منعه المشرع⁴.

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 419 .

2- محمد مصطفى شبلي، المرجع السابق، ص 723

3- العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 419 .

4 - طلبة مالك، المرجع السابق، ص 05 .

2- التبني والتلقيح الاصطناعي:

إذا كان التبني كما سبق ذكره أنه اتخاذ شخص مجهول النسب أو معلوم النسب مع علمه بأنه ليس من صلبه، في حين نجد أن التلقيح الاصطناعي هو عبارة عن إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في المسالك التناسلية للزوجة بهدف الإخصاب والإنجاب، ولا يتم ذلك عن طريق الممارسة الجنسية المباشرة من الزوج والزوجة، وإنما بحقن السائل المنوي بطريقة اصطناعية بواسطة المحقن¹، وهذه التقنية تتم بشروط وخطوات علمية.

وقد أقرها المشرع الجزائري بمقتضى الأمر رقم 02/05 في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري أنه: «يجوز للزوجين اللجوء للتلقيح الاصطناعي» إلا أن هذا الأسلوب المبتكر وإن تعددت صورته، نجد أن القانون ضبطه بمجموعة من الشروط حتى يكون نسب المولود الشرعي وفق قواعد ثبوت النسب الشرعية، حيث يمنع منعاً باتاً الاستعانة بطرف أجنبي غير الزوجين سواء كان نطفة أو منياً أو بويضة مخصبة أو رحماً مستعاراً، وإلا كان الولد الناتج من هذا التلقيح الاصطناعي ولد غير شرعي، ولو وضع على فراش الزوجية وخلال أدنى وأقصى مدة للحمل، وإذا وقع وأن تم إدخال عنصر أجنبي ببويضة أو نطفة أو جنيناً جاهزاً معلوم أو مجهول المصدر، كان هذا التلقيح تبني لنطفة أو بويضة الغير وزنا في قالب عصري، ومن هنا يتجلى الفرق بين التبني والتلقيح الاصطناعي.

إذاً التلقيح قد يكون شرعي وغير شرعي وفي الصورة الأخيرة منح النسب للولد الناتج منه يعتبر بمثابة تبني لولد من صلب غيره².

1 - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد القضائي والفقه وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار

الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1434 هـ-2013م، ص 404 .

2 - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص 111-112.

3- التبني والحضانة:

بما أن الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا¹، في حين نجد أن التبني هو عقد ينشأ بين شخصين علاقة صورية ومدنية محضة بالأبوة والبنوة المفترضة، كما أن يكون نتيجة نزع طفل من أبوين معلومين وإلحاق نسبه إلى المتبنى².

ومن خلال هذا الطرح، يمكننا القول أن هناك اتفاق بين التبني والحضانة فيما يخص بعض الأحكام وما يختلف عنها، فنجد كلاهما من مسائل الأسرة ولهما غاية واحدة تتمثل في القيام بحماية المتبنى والمحضون من الناحية المادية والمعنوية، أما فيما يخص أوجه الاختلاف بينهما فتكمن فيما يلي :

- اعتبار مفهوم التبني أعم من الحضانة، سواء من حيث السن المشمول بالحضانة، لأن الحضانة تسري من يوم الولادة فبالنسبة للأنثى لغاية بلوغها سن الزواج 19 سنة والذكر المحضون إلى غاية سن 10 سنوات وهي قابلة للتمديد لغاية سن السادسة عشر سنة³.

- أما بالنسبة للتبني فينصب على الولد القاصر، ابتداءً من يوم صدور حكم التبني من المحكمة خلال كل القصر التي تبتدئ من الولادة إلى سن 19 سنة من غير تقييده بمدة معينة، حيث لا ينقضي التبني إلا بحكم مراعاة لمصلحة المتبنى⁴

- يسقط الحق في الحضانة بزواج الحاضنة على عكس التبني الذي يشترط في المتبنى أن يكون متزوجا⁵.

1 - المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

2 - طلبة مالك، المرجع السابق، ص 05 .

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

4 - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص 113 .

5 - الفصل 09 من قانون رقم 27 المؤرخ في 04 مارس 1958 الخاص بقانون الأحوال الشخصية التونسي المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

- أصحاب الحضانة معينون ومرتبون بنص قانوني، في حين المتبنين غير معينين ولا مرتبين، بل كل شخص تتحقق فيه أهلية القيام بمقتضيات التبني وشروط استحقاقه، أُسند إليه الولد المتبنى عن طريق الحكم القاضي بالتبني، ولا يلحق لقب الحاضن (غير الأبوين كالخالة والجدّة...) المحضون أبداً، في حين لقب المتبني يلحق المتبنى¹.
- المحضون يحتفظ بنسبه أما المتبنى يأخذ نسب العائلة المتبنيّة².
- الحضانة تمارس على ولد معلوم النسب على خلاف التبني فينصب إما على ولد معلوم النسب أو مجهول النسب.
- التبني يرتب الحقوق التي هي للابن الشرعي المتمثلة في الحقوق والواجبات مثل استحقاق الميراث وحرمة الزواج على عكس الحضانة التي لا ترتب أي شيء مما سبق ذكره وخاصة إذا كان أصحاب الحضانة غير الوالدين³.

المطلب الثاني

نظام الكفالة كبديل للتبني

حرمت الشريعة الإسلامية التبني، لما فيه من آثار سيئة على الفرد والمجتمع والأخلاق فأغلقت باب هذا النظام الجاهلي المعمول به قبل ظهر الإسلام، وبهذا التحريم لم يُغلق باب الرأفة والرحمة والإحسان على فئة الأولاد الذين فقدوا أسرهم الطبيعية، فأصبحوا بدون أسر ترعاهم لأسباب قهرية أو لظروف اجتماعية غير عادية، بل قامت بفتح باب آخر على مصراعيه كبديل لحماية هذه الفئة من المجتمع وهذا البديل يتمثل في نظام الكفالة.

1- إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص114

2- الفصل 14 من قانون رقم 27 المؤرخ في 04 مارس 1958 الخاص بقانون الأحوال الشخصية التونسي المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

3 - الفصل 01/15 من قانون رقم 27 المؤرخ في 04 مارس 1958 الخاص بقانون الأحوال الشخصية التونسي المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

حيث بمقتضاها يمكن لأي شخص تتوفر فيه الشروط اللازمة إذا وجد طفلاً بائساً ومحروماً أن يتخذه ليربيه وينفق عليه دون أن يلحقه أو ينسبه إليه ودون أن يترتب له حقوق مثل أبنائه الصليبيين.

ونجد أن هذا البديل اتخذته وعملت به كافة الدول الإسلامية بما فيهم الجزائر، التي منعت هي بدورها التبني شرعاً وقانوناً من خلال ما جاء في نص المادة 46 من قانون الأسرة، ونظم المشرع الجزائري الكفالة بموجب أحكام المواد من 116 إلى غاية 125 من قانون الأسرة، ولدراسة هذا النظام والوقوف عنه لابد من طرح الإشكاليات التالية: ما هو مفهوم الكفالة؟ وما حكمها ومن الحكمة من مشروعيتها؟ وما هي خصائصها وما يميزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها؟

الفرع الأول

مفهوم الكفالة ومشروعيتها

أولاً: تعريف الكفالة

نستعرض تعريف الكفالة من خلال المعنى اللغوي والشرعي والاصطلاحي لها كما يلي:

1- الكفالة لغة:

مصدر: كفل يكفل بفتح الفاء وكسرهما كفالة وتعني الضم و الزعامة والحماية والقبالة والصبارة، وهي بمعنى واحد¹، ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾² أي ضمن القيام بأمرها وتكفل بها وهي من: كَفَلٌ، يَكْفُلُ، كَفْلاً، إِذَا فَالْكَافِلُ هُوَ الْقَائِمُ بِأَمْرِ الْيَتِيمِ وَالْمَرْبِيِّ لَهُ وَذَلِكَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾³. أي وأنا به كفيل.

2- الكفالة شرعاً:

تعددت عبارات الفقهاء الأربعة في تعريف الكفالة فكان لكل مذهب تعريف كما يلي:

1 - مجد الدين محمد بن يعقوب، قاموس المحيط، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 2007، ص 1065 .

2 - سورة آل عمران، الآية 37 .

3 - سورة يوسف، الآية 72 .

- عرفها الحنفية بتعريفات عدة أوضحها: "بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس أو بدين أو عين"، ويعبر عنها المالكية في كتبهم بلفظ الحماله تارة وبالضمان تارة أخرى وعرفوها "بأنها التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له".

كما جاء في تعريف الشافعية والحنابلة تعبيراً عنها بالضمان فعند الشافعية هي: "الالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره". وعند الحنابلة هي: "الالتزام من يصح تبرعه أو ما وجب أو ما يجب على غيره مع بقاءه"¹.

3-الكفالة اصطلاحاً:

الكفالة في القانون لها معنيين هما:

أ - في القانون المدني:

الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص بتنفيذ التزام بأن يتعهد الدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه²، والمقصود الذي نستخلصه من هذا المعنى في القانون المدني هو الضمان إذن فالكفالة في القانون المدني نعني بها الضمان.

ب - في قانون الأسرة:

تنص المادة 116 من قانون الأسرة على أن: «الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي».

من خلال نص المادة يتضح لنا، أن الكفالة هي عبارة عن عقد يبرم في شكل رسمي أو قضائي، يهدف إلى التعهد أو الالتزام التطوعي للتكفل بولد قاصر، والقيام برعايته وحمايته وتربيته تربية سليمة مبنية على أسس أخلاقية سامية، وتوفير له كل الظروف الاجتماعية

1 -أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 1430 هـ -2009 م، ص10-11-12.

2 -المادة 644 من قانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

والاقتصادية التي تمنح له العيش بحياة كريمة، وكذا معاملته معاملة الابن الشرعي وإن كان في الحقيقة أنه لا تربط أي علاقة أبوه أو بنوة بين الكافل والمكفول في الأصل¹.

إذاً تعتبر الكفالة صورة الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل القاصر الذي فقد والديه سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب².

والمقصود من هذا هو إيجاد أسرة بديلة عن الأسرة النووية لرعاية الطفل سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب، وبهذا يصبح للكفالة دور هام ووسيلة لحل بعض المشاكل اليومية داخل المجتمع، لاسيما في الجزائر وبالأخص ما تمخض على فترة سنوات العشرية السوداء أو ما يسمى بسنين الجمر تسعينات القرن الماضي، حيث نتج عنها ظاهرة كثرة الأمهات العازبات واللواتي ليس لهن القدرة حتى على إعالة أنفسهن، وعليه فإن أحكام الكفالة كان لها وقع ايجابي لتلك المرحلة، حيث فتحت الأبواب أمام العائلات للتكفل بأبناء الأمهات العازبات من جهة ومن جهة أخرى أعطت الأمل للأسر التي لا تتجرب أولاد للقيام بالتكفل بهم وكان ذلك بمثابة المفتاح القانوني لهم³.

وبمقتضى هذا فإن نظام الكفالة الذي يعتبر صورة من صور الرعاية البديلة يعد حل قانوني لكفالة الطفل الذي فقد رعاية أسرته.

ثانياً: حكم الكفالة

لحكمته سبحانه وتعالى حرم التبني، وبهذا التحريم اندثرت معه الأحكام الزائفة للنسب فكان ضروريا إيجاد بديل ملائم وهي الكفالة، فكانت مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ واعتبرت الفروض الكفائية على المسلمين، بحيث يأثم الجميع بترك شريحة الأطفال المهملين في المجتمع لسبب أو آخر سواء كانوا معلومي النسب أو مجهولي النسب من غير رعاية ولا حماية مادية أو معنوية، وإذا قام الشخص واحد طبيعى أو اعتباري بواجب الرعاية سقط الإثم عن

1- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون خاص، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2007-2008، ص 66.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1965، ص 400.

3- طلبية مالك، المرجع السابق، ص 18.

الجميع، حينئذ تصبح الكفالة فرض عين على المتكفل بالطفل بعينه، يلزم وجوباً بتربيته وتعليمه والإنفاق عليه لغاية استغناء المكفول عن خدمة الغير، ويتأكد الوجوب في حق الدولة باعتبار السلطة والمال بيدها استناداً لما رواه الإمام مالك: أن رجلاً جاء مجلس عمر بن الخطاب وبهده طفل منبوذ فقال عمر: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدتُها شائعة فأخذتها، فقال: عمر بن الخطاب اذهب فهو حر وذلك ولاءه وعلينا نفقته¹

1- من القرآن الكريم:

نص سبحانه وتعالى في محكم تنزيله على مشروعية الكفالة ويتجلى ذلك من خلال هذه الآيات الكريمة التي نجدُها تعد مستنداً في المشروعية ومن بينها:

- قوله تعالى ﷻ ﴿وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾²، وهذا دليل على إكرام اليتامى والمساكين والأسرى والإحسان إليهم بكل ما يحمله الإحسان من معاني لا تعد ولا تحصى بالقول والفعل والعطف والرحمة.

- وفي قوله تعالى ﷻ عن مريم ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾³.

- وقوله تعالى ﷻ: ﴿وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ﴾⁴، وهذا في سياق الحديث عن النبي موسى عليه السلام والرجوع به إلى أمه لتكفله.

1- اقروفة زوبيدة، المرجع السابق، ص 124-125.

2- سورة الإنسان، الآية 08.

3- سورة آل عمران، الآية 37.

4- سورة القصص، الآية 12.

2- من السنة النبوية الشريفة:

- قال رسول الله ﷺ: «أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا وَأُشَارُ بِالسَّبَابَةِ وَالْوَسْطَى وَفَرَجَ بَيْنَهُمَا شَيْئًا»¹، وبهذا يكون الكافل اليتيم في الجنة في درجته عالية الوزن عند الله عز وجل هذه هي مكافئة الكافل على عكس من اتخذ الولد عن طريق التبني إذ هو اعتداء على حدود الله ومن يتخذها فقد ظلم نفسه².

وكذا قول رسول الله ﷺ: «خَيْرُ بَيْتٍ فِي الْمُسْلِمِينَ بَيْتٌ فِيهِ يَتِيمٌ يُحْسَنُ إِلَيْهِ وَشَرُّ بَيْتٍ فِي الْمُسْلِمِينَ بَيْتٌ فِيهِ يَتِيمٌ يُسَاءُ إِلَيْهِ»³.

ثالثا - الحكمة من مشروعية الكفالة:

أقرّ بنظام الكفالة كبديل على محرمه الله عز وجل في حالة اتخاذ الأبناء بالتبني، وعليه فإن نظام الكفالة يعد من أنجع البدائل لحماية عدة فئات في المجتمع كشريحة مجهولي النسب مثل الأطفال اللقطاء الذين تتصل منهم أهاليهم خشية الفضيحة والعار، أو شريحة أخرى تمثل معلومي النسب إلا أن الظروف الاستثنائية كالكوارث الطبيعية والحروب التي جعلت منهم مشردين.

وبمقتضى هذا فإن الهدف من الكفالة، هو حماية هؤلاء الذين لا مأوى لهم ولا معيل، نتيجة سقوط الولاية الشرعية عن أوليائهم بسبب الانحراف أو السلوك السيئ أو الذين أعوز الزمن أهاليهم ومنعهم من القيام بمسؤولياتهم اتجاه أبناءهم بسبب العجز المادي أو البدني أو العقلي.

ولكل هؤلاء شرعت الكفالة لرعايتهم والعمل على تنشئتهم داخل أسر تقوم برعايتهم والعطف عليهم وتعويضهم حنان ومحبة أسرهم الحقيقية، وبالمقابل كان لهذا النظام فضل كبير على الأسر التي حرمت من نعمة الإنجاب فكانت كفالتهم لهذه الفئات تعويضا على ما فقده

1 - البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب اللعان، الحديث رقم 5304، الجزء 02، ص 607.

2 - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 226.

3 - ابن ماجه، السنن، كتاب الأدب، باب حق اليتيم، حديث رقم 3679، ص 395.

فكأنهم الله عز وجل بأن جعل هؤلاء الأطفال سببا وسبيلا لدخولهم الجنة ومصاحبة الرسول الكريم ﷺ¹

الفرع الثاني

خصائص الكفالة وتميزها عن الأنظمة المشابهة لها

أولا: خصائصها

للكفالة خصائص تميزها عن غيرها من الأنظمة وهذا ما يضيف عليها ميزة خاصة بها وعليه فإن جملة الخصائص تكمن فيما يلي:

- تعد الكفالة كبديل عن نظام التبني، أقرتها الشريعة الإسلامية واتخذتها القوانين الوضعية لغاية اجتماعية ولرعاية الفئات المحرومة من دفء العائلة مثل شريحة اللقطاء أو من عجز أبواه عن رعايته والقيام بشؤونه.

- الكفالة عقد على وجه التبرع وهي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية بدون مقابل.²

- الكفالة نظم ثلاث أطراف هم: الكافل والمكفول والهيئة الكافلة التي تبرم عقد الكفالة مع الكافل.

- الكفالة عقد شرعي، لا ينشأ إلا إذا أبرم أمام الجهات القضائية المتمثلة في المحكمة أو الموثق طبقا لنص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري³.

- الكفالة ليست دائمة أو أبدية بل تنقضي لأسباب محددة في قانون الأسرة التي سوف نتطرق إليها لاحقا من خلال هذا البحث.

- اتخاذها لا يؤدي إلى إحداث نسب جديد يتم من خلاله انتساب المكفول إلى الأسرة الكافلة بل يبقى أجنبي عنها.

1- إقروفة زوييدة ، المرجع السابق ، ص 125-126 .

2 -المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

3 -المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

- الكفالة تحمي حقوق الورثة وتمنع التعدي على التركة وبهذا لا يمكن أن يرث المكفول كافلة مثل ما يرثه الابن الصليبي حتى ولو منحه الكافل لقبه وفي المقابل يمكن أن يتحصل منه على هبة أو وصية¹.

-الكفالة تنصب على الولد القاصر دون الكبير في السن وهذا ما جاءت الإشارة إليه فيما يلي: «الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر...».

وبموجب هذه الخصائص التي انفردت بها الكفالة فإن هذا ما يجعلنا نتساءل عن تمييزها عن الأنظمة المشابهة لها ونخص بالذكر كل من نظام الحضانة ونظام التبني لذلك نطرح السؤال التالي: ما الفرق بين الكفالة والحضانة ؟ وما هو الفرق بين الكفالة والتبني؟

ثانيا: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها

من حيث الهدف والغاية التي تؤديها كل من الكفالة والحضانة والتبني، والمتمثلة في رعاية الطفل على كافة الأصعدة المادية والمعنوية له وغيرها من الاحتياجات، ومن خلال هذا نلاحظ أنه لا يوجد تمييز بينهم، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم كل نظام على حدى نجد أنه هناك فرق أو فروق جوهرية بينهم أصلاً، وعليه سنقوم بتوضيح الفرق بين الكفالة والحضانة أولاً ثم الفرق بين الكفالة والتبني.

1-تمييز الكفالة عن الحضانة:

ظاهرياً لا يوجد اختلاف بين الكفالة والحضانة، وهذا بالرجوع إلى الغرض الذي يحققه كل منهما اتجاه الطفل القاصر، لكن في الأصل يوجد اختلاف بينهما لذا لا بد من معرفة الفرق لأنه من جهة الفقه نجده قد جعل المصطلحين من الناحية اللغوية مرادفين لبعضهما البعض². فيقال:كَفَلَ فُلَانٌ فُلَاناً أي المعنى من هذا كما رأيناه سابقاً، هو أعال وأنفق عليه وقام بأمره والحضانة من حضن الصغير حضناً و حضانة، جعله في حضنه والحضن هو مادون الإبط

1- المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2 -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،الأحوال الشخصية،ج03، دار الفكر، دمشق،1993،ص717 .

واحتضنت الشيء أي جعلته في حضني والكلمة مأخوذة من حضن الطائر بيضه إلى نفسه أي جعله تحت جناحه¹.

فمن خلال التعريفين اللغويين نميز بين الكفالة والحضانة كما يلي:

- بموجب الكفالة يلتزم الكافل بالإنفاق على الطفل القاصر المكفول²، وبالمقابل نجد أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا³ دون أن يلتزم الحاضن بالنفقة على المحضون، لأنه عند انفصال الزوجين فإن نفقة الحضانة تكون واجبة على أبيه أو على من يلزمه نفقته⁴.

- الكفالة هي التزام تتم على وجه التبرع دون مقابل⁵ على خلاف الحضانة التي يجوز فيها المقابل وهي الأجرة⁶.

- الكفالة تتم أمام الجهات القضائية المحكمة أو الموثق⁷، عن طريق تحرير عقد رسمي يثبت الإجراء أما الحضانة تسند بموجب حكم قضائي.

- بموجب عقد الكفالة يستطيع الكافل أن يدير أموال الولد القاصر "المكفول" المكتسبة من الإرث والوصية والهبة لصالح الولد المكفول⁸، أي له الولاية القانونية عليه⁹، على عكس الحضانة.

- مركز الطفل المكفول بموجب الكفالة يكون بعيد عن الوالدين الأصليين، أما في حالة الحضانة يكون مركزه إما في حضن الأم أو الأب أو غيرهما كما جاء في ترتيب أصحاب الحضانة.

1 - العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2014، ص132.

2 - أبي عبد الله محمد البخاري الجعفري، صحيح البخاري، ج7، دار الفكر، د ت ط، ص 76 .

3 - المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

4 - العربي بختي، المرجع نفسه، ص 137.

5 - المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

6 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص734-735.

7 - المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

8 - المادة 122 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

9 - المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2- تمييز الكفالة عن التبني:

أقرت الشريعة الإسلامية الكفالة كنظام بديل عن التبني، بعد قيامها بإبطال وإلغاء، هذا الأخير الذي اتخذته الأمم السابقة ومن بينها العرب، وهذا لما فيه من مفسد تهدد كيان الأسرة والأمة على حد سواء، وبهذا كان للطفل مجهول النسب أو معلوم النسب، أن يعيش ويتربى في وسط عائلي يرعاه ويحميه ويقدم له من الحاجيات تعويضا عن والديه سواء كان فقدانها بالوفاء أو بالتجاهل من قبلهما، ولهذا أكدت النصوص على ضرورة التكفل بالأطفال المجهولين، بناء على ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة كما سبق لنا وتطرقنا له من خلال حكم الكفالة، بالإضافة إلى هذا حرمت الشريعة الإسلامية من الإساءة إليهم أو القيام بتبديد أموالهم لقوله تعالى: ﴿فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ...﴾¹.

ونتيجة لهذه العناية التي يحظى بها الطفل القاصر، لكنها في الحقيقة لا تخول له حق اكتساب اللقب العائلي، لأن ذلك بمثابة اعتداء على حق الطفل المعلوم النسب الذي لا بد أن يبقى منتسبا لعائلته الحقيقية عكس الطفل المتبنى.

إذاً الفرق الجوهرى بين الكفالة و التبني الذي يكسب النسب العائلي للولد المتبنى سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب، لاتخاذه الولد القاصر مركز الولد الصلبى من حيث الحقوق والواجبات كالميراث والنفقة وحرمة الزواج وغيرها، مما لا ترتبه الكفالة لأن التبني بتأثيره في النسب يحدث نسب جديد اعتباري وهو النسب بالتبني، كما يؤثر في العلاقة الميراثية بسبب هذا النسب إذ يصبح وارث متى توافرت شروط الميراث².

وهذا ما يميز جوهريا الكفالة عن التبني لأن مجال الحقوق والواجبات الراجعة فيها للكافل ضيق على مستوى النسب وموانع الزواج التي تترتب آليا عن التبني دون أن يكون لها أي تأثير بالنسبة للكفالة³.

1 - سورة الضحى، الآية 09.

2 - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص 112-113 .

3- محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، سلسلة البحوث القانونية 16، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط1، 2009، ص 186.

المبحث الثاني

التبني والكفالة في ظل القوانين الوضعية

عُرفَ التبني منذ القدم، إذ ساد هذا النظام في الجاهلية عند العرب، فكان عُرُفاً متأصلاً في الأسر، كما سايّرت هذا النظام الشعوب الأجنبية، وبيزوغ فجر الإسلام حرمت الشريعة الإسلامية هذا النظام تحريماً مؤبداً، وبالرغم من انتشار الرسالة المحمدية في أنحاء العالم بالفتحات الإسلامية والغزوات والدعوة والإرشاد، إلا أننا نجد هذا النظام مازالت تتبناه دول أوروبية مثل فرنسا وغيرها، التي وضعت له أحكاماً في تشريعاتها الداخلية، كما نجد الأمر نفسه عند دولة عربية تدين بالإسلام لكنها قفزت بعلو¹ مرتفع عن أحكام الإسلام، وهي الدولة التونسية الشقيقة حيث اعترفت بهذا النظام وانتهجته وفق أحكام خصصت له.

وبموجب اتخاذ التبني والعمل على توسيع نطاقه، حاولت مجموعة من الدول إلى تنظيم أحكامه على الصعيد الدولي بناءً على صدور اتفاقيات بما فيها الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل، وعليه من خلال هذا المبحث سنتطرق فيه إلى مطلبين الأول نعالج فيه كيفية تقرير نظامي التبني والكفالة في بعض القوانين الوضعية، أما المطلب الثاني سنرى فيه موقف المشرع الجزائري من النظامين.

المطلب الأول

تقرير نظامي التبني والكفالة في بعض القوانين الوضعية

إن نظامي التبني والكفالة، يختلف اتخاذها ضمن التشريعات الداخلية من بلد إلى آخر، حسب النظام القانوني الذي يتبعه كل تشريع، فهناك من يسمح بهما معا أو بإحدهما فقط فمثلا نجد القانون التونسي والفرنسي والأمم المتحدة أنظمتهم القانونية تسمح باتخاذ التبني عكس التشريع الجزائري والمغربي اللذان يسمح فقط قانونهما المتعلق بالأحوال الشخصية بالكفالة فقط،

1 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 221.

ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى قانونين اتخذوا نظام التبني وهما القانون الفرنسي والقانون التونسي.

الفرع الأول

نظام التبني والكفالة في ظل أحكام القانون الفرنسي

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

وبوضع القانون الحديث الجديد لفرنسا سنة 1804، تم بموجب هذا القانون إقرار التبني ووضع له شروط صارمة، وكان متحمساً لهذا الإقرار نابليون حيث تم بموجبه اعتماد ما يسمى بالتبني البسيط والذي يشبه الكفالة من حيث الآثار¹، لكن ما نتج عن هذا القانون كان عكس ما أراده نابليون حيث أصبح التبني وسيلة لنقل الثروة والاسم دون أن يخلق نظام جديد في النسب، وبإقبال أفراد المجتمع الفرنسي على هذا النظام تم إيجاد صيغة أخرى تمخض عنها صدور قانون 11 جويلية 1966 وخصص للتبني من المادة 343 إلى 359 من القانون المدني الفرنسي، مضيفاً بذلك نظام التبني التام إلى جانب نظام التبني البسيط.

هذا وقد تدخل المشرع الفرنسي بموجب عدة قوانين بتاريخ 1976/12/22 والقانون المؤرخ في: 1993/01/08، وكذا القوانين الحديثة المؤرخة في: 1996/07/05 و 2002/02/06 وأخيراً في: 2005/07/04 لتوفير الوسط العائلي والعاطفي لليتامى أو المتخلى عنهم ولتحقيق رغبة عدة أزواج بدون أطفال في تبني هؤلاء²، وبناءً على هذا فالقانون المدني الفرنسي أقر نوعين من التبني هما التبني البسيط والتبني التام وهما كما يلي :

1 -تواتي صباح، دوافع الأسر الجزائرية للإقبال على الكفالة-دراسة ميدانية بدار حضانة النخيل(الأبيار)، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية، قسم علم الاجتماع، 2000-2001، ص 23.

2 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحداث إجتهاادات المحكمة العليا (أحكام الزواج)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010، ص420 .

-التبني البسيط:

هو النوع الذي يبقى فيه الطفل محتفظا بلقبه وبصلة القرابة بالأسرة النووية له ومجملا كل الالتزامات إزاءها و محتفظا بكافة الحقوق.

-التبني التام:

وهو التغيير الكلي والكامل للنسب، ويكون للمتبني في أسرته المتبنية نفس الحقوق والالتزامات التي يحصل عليها الابن الشرعي من أسرته الأصلية¹، بالإضافة إلى ذلك نجد أن التبني التام (الكامل) له عدة مزايا ينفرد بها على التبني البسيط، وهذا بالنسبة للطفل والأسرة حيث نجده يقطع كافة الروابط التي يتصل بها الطفل مع أسرته الأصلية ويتم دمجها مباشرة مع الأسرة المتبنية وتكون له نفس الحقوق والواجبات التي تعطى للولد الشرعي من نسب ونفقة وميراث وغيرها².

أما بخصوص إلغاء التبني فإنه وارد في التبني البسيط ويتم ذلك بطلب سواء من المُتَّبَنِي أو المُتَّبِنِ (الطفل) ولاسيما ذلك إذا كان المتبني عمره 15 سنة عكس التبني التام الذي لا يمكن إلغائه لأن الأسرة المتبنية بموجب هذا النوع أعطت للطفل المتبني اسمها الكامل ومعها السلطة الأبوية³.

الفرع الثاني

التبني والكفالة في ظل أحكام القانون التونسي

على غرار القانون الفرنسي، أقر المشرع التونسي نظام التبني بموجب القانون رقم 27 المؤرخ في 04 مارس 1958، متضمنا بموجبه آليات لحماية الأبناء الغير شرعيين المهملين أو

1 -تواتي صباح، المرجع السابق، ص 24 .

2-المادة 01/356 و المادة 161 -164 من القانون المدني الفرنسي .

3-تواتي صباح، المرجع نفسه، ص 24.

فئة الأبناء الشرعيين المهملين، وعليه فإنه بموجب هذا القانون أصبحت من خلالها علاقة النسب تقوم بالتبني حتى يكون للمتبنى (الطفل) هوية كاملة وبيتا مستقرا في المجتمع¹.

وبهذا القانون الذي رأى النور في عهد الحبيب بورقيبة الرئيس التونسي الراحل، نجد أن المشرع التونسي، قد تجرأ وخالف أحكام الشريعة الإسلامية، حيث قام بتحليل ما حرمه الله ﷻ، فأجاز فكرة التبني تحقيقا لرغبة الحاكم الذي كان متأثرا ومشبعا بالفكر الفرنسي كما سبق له أن حرم تعدد الزوجات وجعل منه جريمة يعاقب عليها القانون².

وعلى الصعيد العربي والإسلامي، نجد أن المشرع التونسي بإصداره القانون اختلف وانفرد عن باقي التشريعات العربية والمسلمة في المغرب والمشرق باتخاذ نظام التبني والعمل به

حيث نجده نص من خلال قانون رقم 58/27 المؤرخ في 04 مارس 1958 في الفصلين 08 و 13 على جواز التبني، بموجب حكم قضائي وبحضور المتبني وزوجته، أو عند الاقتضاء حضور والدي المتبني أو من يمثل السلطة الإدارية، ونص في الفصلين 14 و 15 على أن يحمل الولد المتبنى لقب المتبني وأن يكون له نفس الحقوق التي هي للابن الشرعي.

أما بخصوص الكفالة نجد المشرع التونسي من خلال مدونة الأحوال الشخصية، نص في الفصل 77 منها، أنه من يقيم بالتكفل بليقظ واستأذن الحكم، أصبح بموجب هذا الكافل ملزما بالنفقة على المكفول إلى غاية السن التي يكون فيها قادر وعلى التكسب وإعالة نفسه ما لم يكن له مالا غير أن المشرع ضم كفالة الأطفال إلى جانب الولاية العمومية بموجب القانون رقم 58/27 المؤرخ في 04 مارس 1958، فالفصل الثالث من هذا القانون يعرف الكفالة بأنها عقد يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر³.

الفرع الثالث

موقف هيئة الأمم المتحدة من التبني

1 - محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، سلسلة البحوث القانونية 16، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط1، 2009، ص 186.

2 - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط4، 2014، ص 221.

3 - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 185.

أصدرت الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في دورتها الحادية والأربعون في إطار اتفاقية حقوق الطفل قرارها رقم 41-85 المؤرخ في 1986/12/03 اعتمادها الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتي على الوطني والدولي، وبمقتضاه أكدت هيئة الأمم المتحدة إلزامية رعاية شريحة الأطفال وضرورة اتخاذ الحكومات الإجراءات والتدابير الملائمة من شأنها تهدف لحمايتهم، ومن بينها اتخاذ التبني والحضانة حيث نصت على التبني في الفصل-جيم- بعنوان التبني من خلال أحكام المواد 13 إلى 24، على أن الغرض الأساسي من التبني هو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لا يتمكن والداه الأصليين من توفير الرعاية له .

وبموجب هذه المواد، أكدت على الدول من خلال تشريعاتها الداخلية على ضرورة أن تكفل بموجبها كافة حقوق الطفل المتبنى، بجعله فرد من أفراد الأسرة المتبنية، كما ألزمت على الدول الأصلية التي تعذر عليها اتخاذ أسر حاضنة أو متبنية للأطفال أو توفير الرعاية اللازمة لهم، يمكنها أن تجد أسر خارج دولهم الأصلية، مع إلزام هذه الدول الأخيرة برعايتهم وحمايتهم وإجراء التبني لصالحهم مع مراعاة المعاهدات والاتفاقيات بين الدول.

وبموجب هذا القرار، أجازت هيئة الأمم المتحدة وأقرت إمكانية سفر الطفل المتبنى واللاحق بالوالدين المتبنين له مع إمكانية الحصول على الجنسية¹.

وبناء على ما سبق ذكره، نستطيع القول أن نظام التبني أقرته الأمم المتحدة وألزمت الدولة المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل ضرورة، اتخاذ إجراءات داخلية من خلال تشريعاتها لرعاية الطفل و حضانته، وفي حالة تعذر على هذه الدولة إيجاد أسرة متبنية في أرض وطنه، أعطت الهيئة صلاحية إيجاد أسرة بديلة خارج بلده الأصلي وإعطائه كامل الحقوق مثل الابن الشرعي و كذا الحق في جنسية الأسرة المتبنية له.

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من نظامي التبني والكفالة.

1 -طلبة مالک، المرجع السابق، ص 12 .

بما أن الجزائر دولة إسلامية، نجد أن المشرع الجزائري اتبع نهج الشريعة الإسلامية وما أقرته باعتبارها المصدر الثاني في حالة ما لم يوجد نص تشريعي في المواضيع التي يحكمها القاضي فيقضي بمبادئ الشريعة الإسلامية.¹

لهذا دأبت على ما سارت عليه معظم الدول العربية والإسلامية في المشرق والمغرب بتحريمها للتبني تحريماً قطعياً، والقيام بإقرارها نظام بديل له وهو نظام الكفالة، إذن فالإشكالية التي نطرحها قصد معالجتها من خلال هذا المطلب تكون كالتالي: ما هو موقف القانون الوضعي الجزائري من نظام التبني والكفالة؟ وعليه سنحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال تقسيمنا لهذا المطلب إلى فرعين كما يلي:

الفرع الأول

موقف المشرع الجزائري من نظام التبني

بناءً على ما نصت عليه المادة 246² من قانون الأسرة الجزائري التي تضمنت صراحة تحريم التبني، يتضح لنا أن المشرع الجزائري درج على نهج الشريعة الإسلامية فمنع التبني بشكل نهائي ومؤبد.

وعملاً بهذا فإن المشرع الجزائري بموجب أحكام النصوص القانونية، كان صريحاً في موقفه اتجاه تحريف الأنساب أو ما يسمى بالتبني الباطل الغير جائز إطلاقاً، حيث لا يقبل من أي شخص كان أن يقوم باتخاذ ولد عن طريق التبني مهما كانت وضعية الطفل معلوم النسب أو مجهول النسب، وعليه فإنه في حالة ما إذا كان هذا الولد معروفاً فإنه ابن زنا تبنيه له يكون محرماً تحريماً باتاً وأن أي وثيقة تحرر ويكون متضمنة لحالة التبني تكون باطلة لا تؤخذ بعين الاعتبار مهما كانت الجهة التي صدرت عنها سواء جهته رسمية وطنية أو أجنبية لأن هذا يعد خرقاً للقانون وخالفاً للنظام العام والآداب العامة.³

1- المادة الأولى من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري .

2 - نصت المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 أنه «يمنع التبني شرعاً وقانوناً»

3 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 219-220.

وعلى هذا الأساس صدرت مجموعة من القرارات عن المحكمة العليا "غرفة الأحوال الشخصية" ومن بينها القرار الآتي ذكره يدل على إبطال التبني.

"الالتزام - عقد مخالف للنظام العام والآداب العامة - يبطل الالتزام من المقرر قانوناً أنه إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين للنظام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً" من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه.

ولما كان ثابت - في قضية الحال - أن أساس دعوى الطاعنة يتعلق بعقد التخلي لها نهائياً عن النسب دون أن توجد أي قرابة سواء منها النسبية أو المصاهرة تربطها بأبوي البنت، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإرجاع البنت إلى والديها طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹.

أولاً: مركز المادة 13 مكرر من القانون المدني من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة

جاءت أحكام المادة 46 من قانون الأسرة واضحة، فيما تضمنته حول حكم التبني وعليه فإنه طبقاً لهذه المادة لا يمكن إبرام عقد التبني بين الأفراد ولا يجوز لأي جهة قضائية مهما كانت مثل القاضي أو الموثق تحرير عقد التبني والإذن به أو السماح بذلك، لأن هذه المادة جاءت بناءً عن حكمها مساوية بين أفراد المجتمع، وكذا الأجانب المقيمين على إقليم الدولة الجزائرية حتى وإن سمح لهم قانون جنسيتهم بالتبني، وعليه فالمادة 46 من قانون الأسرة تسري على أفراد المجتمع الجزائري وعلى الأجانب .

لكن هذه القاعدة لم تبقى على حالها ثابتة بل أصبحت نسبية، وهذا راجع إلى التعديل الذي طرأ على القانون المدني بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم له، وبمقتضى هذا التعديل أصبح القاضي الجزائري، يأذن بالتبني وإبرام عقده وذلك بالشروط التي جاءت بها المادة 13 مكرر 01 الفقرة 02 المضافة بموجب القانون 05-10 المنظمة في الفصل الثاني الذي يحمل عنوان تتازع القوانين من حيث المكان والتي جاء فيها ما

1 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 44571 قرار بتاريخ 1987/01/26 مقتبس عن إقرؤة زوييدة، المرجع السابق، 114-115 .

يلي: «ويطبق نفس الأحكام على التبني»، حيث أننا نجد أن قواعد الإسناد تهدف إلى تبين القانون الواجب على القاضي تطبيقه عندما يكون أطراف النزاع المطروح أجنبي على الإقليم الوطني الجزائري.

وعليه فإنه بإسقاط مضمون المادة 13 مكرر فقرة 01 على صحة انعقاد التبني، يخضع إلى قانون جنسية كل من طالب التبني وجنسية الطفل المتبنى وقت إجراء عقد التبني، فيسمح بالتبني من قبل القاضي الجزائري، بما يسمح به قانون جنسية الأطراف وإذا كان قانون جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني يُرفض الطلب من قبل القاضي الداخلي الجزائري¹.

ومن خلال ما جاء ذكره يجب أن يفهم من وضع ضابط الإسناد الخاص بالتبني أن المشرع الجزائري أقر هذا النظام وإنما القصد من النص عليه ضمن قواعد التنازع هو بمثابة إرشاد القاضي الداخلي الجزائري إلى القانون الأجنبي المختص بالنسبة للنزاعات ذات العنصر الأجنبي التي تطرح عليه من أجل اتخاذ سند تشريعي للرجوع إلى القانون الأجنبي المختص فيطبق أحكامه الموضوعية خاصة أنه نظام التبني نظام شائع في سائر دول العالم².

ثانيا: الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989

توجت جهود الأمم المتحدة في: 20 نوفمبر 1989، باعتماد الجمعية العامة اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، التي انتقلت بموجبها حقوق الطفل من دائرة الاختيار إلى دائرة الالتزام كما أنها تكفل نظاما قانونيا للحماية يرتب مجموعة من الحقوق والالتزامات القانونية على الدول التي تصادق عليها.

وبموجب هذا يمكننا القول أنها تعد بمثابة القانون الدولي لحقوق الطفل لأنها احتضنت في طياتها جميع الموانئ الدولية، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 02 أيلول/ سبتمبر عام 1990 وفقا للمادة 49، وبما أن المشرع الجزائري كان موقفه من نظام التبني الإبطال والتحريم إلا أنه صادق على العديد من الاتفاقيات بما فيها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وكان تاريخ

1- نقيب نور الإسلام، الآليات القانونية لحماية الطفل في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2014-2015، ص 107.

2- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، مطبعة الفليسة، الجزائر، 2010، ص 132.

المصادقة في 1992/12/19 مع التحفظ على المواد "13،14،16،17" من الاتفاقية¹، وبخصوص موضوع بحثنا هذا نجد أن الاتفاقية نصت في المادتين "20 و 21" على التبني وعن الكفالة كبديل عنه إذ جاء في مضمون المادة 20 من الاتفاقية ما يلي :

1-الطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح حفاظا على المصالحة الفضلى بالبقاء في تلك البيئة الحق في حماية ومساعدة خاصيتين توفرهما الدولة

2-تضمن الدولة الأطراف وفقا لقوانينها الوطنية رعاية بديلة تمثل هذا الطفل.

3- يمكن أن تتمثل هذه الرعاية في جملة أمور الحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي أو التبني أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال وعند النظر في الحلول ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الإثنية والدينية والثقافية واللغوية، أما المادة 21 من الاتفاقية فقد ألزمت الدول التي تجيز نظام التبني عليها أن تحترم قبل كل شيء مصلحة الطفل وتأخذ بها عند القيام بالإجراءات اللازمة والخاصة بالتبني، بحيث تضمن الدول التي تقر أو تجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول والقيام بما يلي:

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

1 -فانتن صبري سيد الليثي، الحماية الدولية لحقوق الطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع القانون الدولي الإنساني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، 2007-2008، ص 72 .

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

ج-تضمن بالنسبة للمتبني في بلد آخر، أن يستفيد الطفل من ضمانات ومعايير تعادل تلك القائمة فيما يتعلق بالتبني الوطني.

د-يتخذ جميع التدابير المناسبة كي تضمن بالنسبة للمتبني في بلد آخر عملية التبني لا تعود على أولئك المشاركين فيهما مكسب مالي غير مشروع .

هـ-تعزز عند الاقتضاء أهداف هذه المادة بعقد ترتيبات أو اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف وتسعى في هذا الإطار أي ضمان أن يكون تبني الطفل في بلد آخر من خلال السلطات أو الهيئات المختصة .

ثالثا: تغيير اللقب بموجب المرسوم التنفيذي رقم 24/92

يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده، يجب أن تكون الأسماء جزائرية وقد تكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين¹. وباعتبار أن الاسم، من أهم المميزات التي يتميز بها أي فرد عن باقي أفراد مجتمعه، لذا وجب على كل فرد مهما كانت وضعيته أن يحمل اسم يعرف به، كما أنه يسري على اكتساب الألقاب وتعديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية²، وبموجب هذا فإن كل ولد يحمل لقب والده دون سواه ولا يجوز تغيير لقبه بلقب شخص آخر وضمه إلى نسب آخر .

وخلاصة هذا القول، أنه لا يجوز لأي شخص أن يصرح أمام ضابط الحالة المدنية، بأن الطفل ابنه ومن صلبه ويطلب منه تسجيله أو تقييده في سجلات أو وثائق الحالة المدنية، لأن هذا يعد تزويرا في محررات ووثائق رسمية دون مبرر شرعي أو قانوني³.

1- المادة 28 من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.

2- المادة 29 من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري .

3- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 224 .

ونجد أن المادة 120 من قانون الأسرة نصت أنه: «يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب يطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية».

ويستفاد من نص المادة 64 من قانون الحالة المدنية في فقرتها 03 أنه يعطي ضابط الحالة المدنية بنفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء أو الأطفال بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي .

وبوضوح هذه النصوص القانونية التي نصت بصراحة أن الطفل المكفول معلوم النسب يحتفظ بنسبه وأن مجهول النسب يختار له ضابط الحالة المدنية اسما.

وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 جانفي 1992 الذي يعدل المرسوم رقم 157/71 المؤرخ في: 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب، بناء على فتوى الشيخ أحمد حماني التي كان مفادها، أنه يمكن منح الطفل مجهول النسب في إطار الكفالة لقب كفيله دون أن يمس ذلك أحكام الشريعة الإسلامية كالنسب والميراث¹.

حيث جاء في نص المادة الأولى من هذا المرسوم: «يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي(الكافل)».

إذاً فإن المرسوم التنفيذي يعارض ما جاء في أحكام المادة 46 من قانون الأسرة التي نصت على منع التبني شرعا وقانونا وكذا ما جاء في نص المادة 120 من قانون الأسرة الجزائري و المادة 64 من قانون الحالة المدنية.

وبهذا التعارض فإن المرسوم يخالف السلطة التشريعية، لأنه لا يمكن لمرسوم صدر عن السلطة التنفيذية أن يخالف أو يعدل قانون نوقش من قبل المجلس الشعبي الوطني.

إضافة إلى أنه يخالف ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية، التي حرصت على أن ينسب الولد إلى أبيه الحقيقي فإن لم يعرف والده الحقيقي ينسب إلى المجتمع باسم الأخوة في

1- نقيب نور الإسلام، المرجع السابق، ص 102.

الدين، وبهذا حرم الإسلام التبني و أبطله، أما الكفالة بالنسبة لمجهول النسب فهي كما سبق ذكره مشروعة وجائزة بدون أن يثبت بها النسب¹.

وعليه فإنه ما يستوجب قوله أن المرسوم التنفيذي له سند قانوني أو منطق اجتماعي لا نظير له في القوانين الغربية لأنه طرح عدة تساؤلات حول هل يعتبر هذا الإجراء تبني بوجه آخر أو أنه يدخل ضمن الكفالة ؟

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من نظام الكفالة

أخذ القانون الوضعي الجزائري بتحريم التبني، حسب ما جاء في نص المادة 246² من قانون الأسرة كباقي الدول العربية والإسلامية، لكن بتحريمه للتبني أوجد بديل له يعرف بنظام الكفالة فوضع له أحكام وظفها بمقتضى قانون الأسرة بناءً عن مواد تضمنها من المادة 16 إلى غاية 125 منه، حيث اعتبره بالإضافة إلى الخصائص التي يتميز بها، بأنه عقد مدني يقوم على أركان من تراضي ومحل وسبب مثله مثل أي عقد يترتب آثاره القانونية عند قيامه فنص المشرع الجزائري بأن: «الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه ويتم بعقد شرعي»³.

وبمقتضى هذا النص نجد أن المشرع جعل الكفالة التزام إرادي شخصي، يقع على عاتق الكافل بمجرد التزامه لعقد الكفالة، يترتب عليها قيامه بشؤون المكفول مقام الأب الحقيقي، وكذا ما يمكن ملاحظته هو الصياغة التي جاء بها النص غير مفهومة، فهي مبهمة وخصوصا لما جعل الكافل المذكور هو فقط من يخول له التكفل بالمكفول، وكذا حصر الالتزام فيه دون تبين كلمة أسرة لأن هذه الأخيرة هي من يحتاج إليها الطفل يحتاج لأسرة بديلة وليس إلى أب بديل فقط .

1 -العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 247.

2-نصت المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 05- المؤرخ في 27 فبراير 2005 أنه «يمنع التبني شرعا وقانونا».

3 -المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري.المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

وعليه بغموض هذا النص نطرح عدة تساؤلات: ما هي الطبيعة القانونية التي يقصد بها
المشرع من خلال النص توفيرها للقاصر؟ هل المرأة تستطيع إبرام عقد الكفالة؟ هل الكفالة
محصورة فقط في الرجل؟

لكن بالرجوع إلى قانون الحالة المدنية، نجده لم يفرق بين الرجل والمرأة في التكفل
بالطفل المحروم من شخص منفرد، لأنه يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح
إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه وإذا لم يكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب
عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجود معه¹.

وبهذه الصياغة للمادة أعطى المشرع الحرية لأي شخص كان قام بالتقاط طفلا حق
التكفل به ومعنى كلمة شخص تعني الرجل والمرأة على حد سواء متزوج أو غير متزوج خلافا
لما جاء ذكره في قانون الأسرة بنص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري ، وعليه من خلال
هاتين المادتين يمكن القول انم قف المشرع الجزائري من الكفالة وفق نصوصه كان غامضا
وغير منسجم مما يستدعي تعديله.

1-المادة 67 من قانون الحالة المدنية المعدل بموجب الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ:
19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

الفصل الثاني

القواعد العامة التي تحكم إنشاء عقدي

التبني والكفالة

من خلال الفصل الأول الذي كان بعنوان الطبيعة القانونية لنظامي التبني والكفالة، وبموجبه تطرقنا إلى مفهوم كل من النظامين، فاهتدينا إلى أن الشريعة الإسلامية حرمت نظام التبني، وأعطت السبب والحكمة من تحريمه وكذا تعرفنا على خصائصه، فأوجدت لهذا التحريم نظام الرعاية البديلة المتمثل في نظام الكفالة، حيث أنه بإقرارها هذا النظام وتشريعها له عرفنا الحكمة من اتخاذه، ووجدناه يلعب دورا أساسيا في إنقاذ العديد من الأطفال القصر، فئة المحرومين من أسرهم النووية، وكذا رأينا أهم الاختلافات الجوهرية بين التبني والكفالة.

لكن هناك إشكاليات أخرى لم نتطرق إليها، وعليه فإنه ومن خلال الفصل الثاني سنحاول التعرف على القواعد العامة التي تحكم كيفية إنشاء عقدي التبني والكفالة، ولدراسة الموضوع سنعالج هذا في مبحثين، المبحث الأول بعنوان: الشروط والإجراءات المتبعة في التبني والكفالة، والمبحث الثاني بعنوان: الآثار المترتبة على قيام التبني والكفالة وأسباب انقضائهما.

المبحث الأول

الشروط والإجراءات المتبعة في التبني والكفالة

بالنظر إلى أحكام كل من المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه ينسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة وكذا ما جاء في نص المادة 46 من نفس القانون التي جعلت التبني ممنوعا شرعا وقانونا. وانتهج نفس الطريق وهو التحريم المؤبد للتبني المشرع المغربي من خلال ما جاء في البندين 02 و 03 من الفصل 83 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، التي نصت على أن البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة إلى الأب وأن التبني العادي ملغى لا ينتج عنه أي اثر من آثار البنوة¹، وسارت على نهج الشريعة الإسلامية في تحريم التبني على غرار دولتي الجزائر والمغرب دول عربية وإسلامية، لذلك لا وجود لشروط وإجراءات لنظام غير موجود ومحرم و معدوم في هذه التشريعات، أما بالنسبة للكفالة فنجدها منظمة في نصوص قانونية، وسنأخذ القانون الجزائري كمثال للشروط والإجراءات، التي تعقد بها الكفالة، وبالنسبة للدول التي أقرت نظام التبني تتمثل في القانون الفرنسي والقانون التونسي، نستطيع من خلالهما تتبع الشروط والإجراءات التي اعتمد عليها القانونين في نظام التبني.

المطلب الأول

الشروط والإجراءات المتعلقة بالتبني في القوانين الوضعية

الفرع الأول

شروط التبني في بعض القوانين الوضعية

أولا: في القانون الفرنسي

نص المشرع الفرنسي على جملة من الشروط، التي يجب توفرها في عقد التبني وهي

كما يلي:

1 - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط4، 2014، ص219.

- (1) أن تكون هناك أسباب معقولة تؤدي إلى التبني وهذه الأسباب تقديرها متروك إلى المحكمة.
- (2) حدد القانون الفرنسي فارق السن الذي يكون بين الشخص المتبني والطفل المتبنى واشترط على أن يكون بينهما 15 سنة على الأقل.
- (3) اشترط في طالب التبني ألا يكون سنه دون 35 سنة.
- (4) ضرورة موافقة الولي الشرعي للمتبني وكذلك موافقة الزوج الآخر إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة بينهما (أي بين طالبي التبني).
- (5) ألا يكون لطالب التبني طفل دون 16 سنة أن يتبناه إلا إذا كفله لمدة 06 أشهر على الأقل قبل القيام بإجراءات التبني.
- (6) اشترط القانون الفرنسي على عدم وجود خلف شرعي للمتبني يوم قيامه بالتبني.
- (7) التأكيد على وجوب فائدة للمتبني من أجل مصلحته¹.

ثانياً: في القانون التونسي

- على غرار القانون الفرنسي أقر القانون التونسي نظام التبني بموجب القانون رقم 58/27 المؤرخ في 1958/0403 ووضع شروطاً للتبني وهي كما يلي:
- (1) اشترط المشرع التونسي على أن يكون المتبني شخصاً رشيداً ومتمتعاً بحقوقه المدنية ويمتاز بأخلاق عالية قادراً على القيام بشؤون الطفل ورعايته وكذا عليه أن يكون سليم العقل والجسم.
 - (2) أن يكون طالب التبني متزوجاً مع إمكانية إعفائه من شرط الزواج إذا كان قد فقد زوجته بالوفاة أو بالطلاق إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك².
 - (3) ألزم المشرع التونسي على أن يكون الطفل المتبني قاصراً ذكراً كان أم أنثى.

1- محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، سلسلة دروس العلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1992، ص60-61.

2- محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، سلسلة البحوث القانونية 16، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط1، 2009، ص186.

4) ضرورة أن يكون فارق السن بين طالب التبني والمتبني خمسة عشر سنة 15 سنة على الأقل.

5) اشترط المشرع التونسي على ضرورة موافقة الزوج الآخر على التبني في حالة ما إذا كان الطلب المقدم للتبني من أحد الزوجين.

6) جوازية قيام الشخص التونسي بتبني قاصر أجنبي.¹

الفرع الثاني

تتبع إجراءات التبني في بعض القوانين الوضعية

كما سابقنا وذكرنا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بنظام التبني، لذا لا يمكن أن نتصور وجود إجراءات متبعة لتحرير عقد التبني في القانون الوضعي الجزائري، أما بالنسبة للدول التي تأخذ بهذا النظام نجدها حددت له إجراءات لا بد من إتباعها، ولهذا سنتطرق إلى الإجراءات التي اتبعتها كل من التشريع الفرنسي والتونسي ويكون ذلك كما يلي:

أولا: إجراءاته في القانون الفرنسي

يتم تحرير عقد التبني في وثيقة، بتوفير الشروط التي أعدها المشرع الفرنسي، وهذا بعد القيام بإجراء تحقيقي من قبل الجهات القضائية المختصة والموكل إليها تحرير الحكم القضائي وإصداره من خلال تقرير عقد التبني، وبناء على هذا يصدر الحكم القضائي ويكون غير نهائي ويبقى قابل للطعن، حيث يجوز لكل من له مصلحة أن يطعن في حكم التبني سواء من النيابة العامة التي يحق لها الطعن ضد الحكم القاضي بالتبني أو كما يجوز رفع الطعن من أي جهة أخرى لحقها الضرر جراء الحكم القاضي بالتبني.²

ثانيا: إجراءاته في القانون التونسي

وضع المشرع التونسي إجراءات لإصدار الحكم القاضي بالتبني، وعليه يتم إنشاء عقد التبني بناءً على حكم يصدره حاكم الناحية المختص مع حضور طرفي العقد (المتبني وزوجته

1 - محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 63.

2 - محمد صبحي نجم، المرجع نفسه، ص 62.

أو عند الاقتضاء حضور أم الطفل المتبنى أو من يمثل السلطة الإدارية المتعهلة بالولاية العمومية على الطفل)، ويصدر الحكم بالتبني بعد التحقق والتأكد من الشروط المطلوبة قانوناً أو من مصادقة الحاضرين، ويكون الحكم القاضي بالتبني، حكماً نهائياً غير قابل للطعن بأي وسيلة من وسائل الطعن وبناءً على ذلك يحال مضمون من الحكم بالتبني خلال 30 يوماً على ضابط الحالة المدنية المعني، ليقوم بتسجيله على رسم ولادة الطفل المتبنى مع مراعاة عدم التنصيص على صفة الطفل ذكراً كان أو أنثى، باعتباره متبنياً على المصلحة الفضلى وعلى التوازن النفسي والاجتماعي للطفل المتبنى¹.

وخلاصة هذا نستنتج أن القوانين الوضعية التي أقرت بنظام التبني، وضعت له شروط لا بد من توفرها لصحة عقد التبني، وكذا إجراءات محددة يجب إتباعها على خلاف القانون الوضعي الجزائري الذي منعه، وبهذا لم نحدد له أي من الشروط والإجراءات، وبموجب الأخذ بما جاءت به الشريعة الإسلامية بتحريمها التبني، أوجد القانون الوضعي الجزائري بديل وهو نظام الكفالة ووضع له شروط خاصة بالكافل والمكفول، وفي عقد الكفالة وإجراءات قيامها ولتوضيح هذه الشروط والإجراءات التي يتطلبها نظام الكفالة يكون عنوان مطلبنا الثاني كما يلي:

المطلب الثاني

شروط وإجراءات الكفالة في القانون الوضعي الجزائري

سائر المشرع الجزائري بما أقرته الشريعة الإسلامية باتخاذ نظام الكفالة كبديل للتبني، حيث من خلال هذا المطلب سنحاول دراسة نظام الكفالة بموجب ما جاء به القانون الجزائري وعليه فإن نظام الكفالة تضمن عدة نصوص قانونية، فأولها قانون الأسرة الذي نظم الكفالة من خلال أحكام المواد بدءاً من المادة 116 إلى غاية المادة 125، حيث نجد الجديد والاستثناء الذي جاء به قانون رقم 05-02 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني بخصوص المادة 13 مكرر 01، التي وضعت الاستثناء عن المادة 46 من قانون الأسرة

1 - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 187.

الجزائري، ودلت القاضي الداخلي على القانون الواجب التطبيق وكذلك ما نصه المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب الذي للكافل في إطار عقد الكفالة لحمل لقب العائلة الكافلة.

ولإثراء هذا المطلب سنوظف فرعين لهذا، الفرع الأول نتحدث فيه على الشروط الواجبة لتحرير عقد الكفالة، والفرع الثاني نتبع من خلاله إجراءات الكفالة، وعليه يمكن أن نطرح التساؤل التالي: ماهي شروط التي يتطلبها تحرير عقد الكفالة ؟ وما هي إجراءاتها؟

الفرع الأول

شروط الكفالة

إن عقد الكفالة يتكون من ثلاث أطراف وهي الكافل والمكفول والهيئة التي تبرم العقد مع الكافل وعليه فإن شروط تحريرها تركز على الشروط الواجبة توفها في الأطراف المكونة لها ومن هنا فإن الشروط الواجبة في الكفالة هي تلك الشروط الخاصة بالكافل والمكفول وفي عقد الكفالة حتى ينشأ عقد الكفالة صحيحا يعتد به قانونيا.

أولا-الشروط الخاصة بالكافل:

بموجب ما تضمنه قانون الأسرة في المادتين 117¹ و118²، يتضح أنهما حددتا الشروط العامة الواجبة توفها في الكافل، التي يعمل على التحقق من توفها كل من قاضي شؤون أو الموثق، فإذا تحققت الشروط أُبرم عقد الكفالة، وإذا تحقق من عدم توفها يرفض طلب الكفالة وعليه فإن قانون الأسرة، تحدث على هذه الشروط، حيث يجب أن يكون الكافل مسلما وعاقلا وأهلا للقيام بشؤون المكفول وقادر على رعايته³.

1-نصت المادة 117 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 أنه «يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان».

2-نصت المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 «يشترط أن يكون الكافل مسلما ، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادر على رعايته».

3- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2015، ص 169.

بموجب المادة 118 منه، بالإضافة إلى شروط أخرى لم يتعرض لها قانون الأسرة في أحكامه وبمقتضى ما سبق فإن الشروط التي يجب توفرها في الكافل كما يلي:

1-الإسلام:

أقر المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة وبموجب المادة 118 منه وضع شرط يجب توفره طالب الكفالة وهي الديانة الإسلامية، حتى يتربى الطفل على أساس تعاليمها ومبادئها الحنيفة، ولكي يكبر الطفل مسلماً في مجتمع مسلم¹ وذلك لأن الكافل يتولى أمور المكفول لذا أوجب فيه الدين الإسلامي، لقوله تعالى: ﴿بَشِّرِ الْمُنَافِقِينَ بِأَنَّ لَهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا، الَّذِينَ يَتَّخِذُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَبِئْتَهُمْ الْعِزَّةَ فَإِنَّ الْعِزَّةَ لِلَّهِ جَمِيعًا﴾²، وذلك لأن الكافل يتولى أمور الطفل المكفول.

لهذا أعتبر هذا الشرط ضروري حتى تسند الكفالة إليه، فالشخص الذي يدين بغير دين الإسلام يرفض طلبه في منح الكفالة، وعليه نطرح التساؤل، كيف لمانح الكفالة التأكد من دين الكافل ؟ وهل يمكن أن يكون طالب الكفالة أجنبي الجنسية ؟

وهذا في غياب شهادة إعلان الإسلام ويمكن له أن يستخدم كافلة الوسائل من خلال سماه الشهود أو استخدام قرائن أو غيرها من الأدلة التي يمكنه من خلالها التحقق من ديانة الكافل³.

- طالب الكفالة أجنبي الجنسية:

نصت المادة 13 مكرر 01 قانون المدني، بأنه يمكن للأطراف الأجانب التقدم بطلب الكفالة إلى القاضي الجزائري بغض النظر عن الديانة التي يتبعونها، لأن قواعد الإسناد حددت للقاضي كيفية مراعاة قانوني مقدم الطلب والطفل المكفول عند القيام بإعداد عقد الكفالة، فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانون الأجانب يجيز الكفالة حتى وإن كان الطرفان ليسا من جنسية

1- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة ، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون خاص، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2007-2008، ص 69 .

2- سورة النساء، الآية 138-139.

3-نقيب نور الإسلام، المرجع السابق، ص 123 .

واحدة، وبعد التحقق من قبل القاضي ينشأ عقد الكفالة، وأما إذا كان الطرفان الكافل والمكفول يحملان نفس الجنسية وقانونهما يجيز الكفالة فيحرر القاضي الجزائري العقد¹.

2- شرط العقل:

ضرورة أن يكون الكافل عاقلا شرط أساسي نصت المادة 118 من قانون الأسرة، ولهذا فإنه ضروري أن تكون أهليته كاملة، حيث نصت المادة 40 من قانون المدني الجزائري التي جاء فيها على أن سن 19 سنة كاملة وهو سن الرشد، وكذا أن لا يكون محجورا عليه بسبب الجنون أو العنة²، لأن معدوم الأهلية لا يمكنه مباشرة إجراءات التكفل بشخص آخر، لأنه هو في الأصل يحتاج لمن يرعاه وتقدير هذه الحالة يعود إلى السلطة التقديرية للقاضي، فإذا ثبت عدم تمتعه بالأهلية رفض الطلب، لأن هذه المسألة من النظام إذ يجوز للنياحة العامة تقديم طلب الحجر إلى المحكمة وبالتالي لا يمكن له كفالة غيره بموجب الحكم القضائي بالحجر³.

3- شرط القدرة:

يجب أن يكون الكافل له القدرة على توفير ما يلزم لقيام الكفالة من الظروف المادية اللائقة لرعاية المكفول وإعالتة⁴، كأن يكون عاملا ويتقاضى مبلغا يكفيه لتغطية نفقاته العائلية والمعنوية، هذا سعيا لمصلحة المكفول وحمايته من الوضعية المزرية التي يعاني منها بعض الكفلاء لذا وجب إرفاق ملف الكفالة بكشف الراتب أو أي وثيقة تثبت الوضعية المالية للكافل.

- أما بالنسبة للشروط التي لم يتعرض إليها المشرع الجزائري، والتي من شأنها طرحت عدة إشكاليات صادفت المواطن والقاضي في الحياة اليومية، وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري

1- نقيب نور الإسلام، المرجع السابق، ص 124.

2- المادة 40 من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.

3- طلبة مالک، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، وهران، الدفعة الرابعة عشر، 2003-2006، ص 22.

4- سلامي دليمة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون خاص، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2007-2008، ص 70.

أغفل شروطاً لا تقل أهمية على الشروط التي أوردها في المادة 118 من قانون الأسرة¹ المذكورة سابقاً، وتتمثل الشروط المغفل عنها في :

- تحديد سن الكافل واشتراط أن يكون متزوجاً ولو من يقوم برعاية وتربية الطفل المكفول.
- ضرورة موافقة زوجة الكافل على الكفالة لأنها هي من توكل لها الرعاية لأنه إذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة يتعين موافقة الزوج الآخر².
- بما أن النصوص كلها جاءت بصيغة التذكير ففي المادة 118 من قانون الأسرة قوله يجب أن يكون الكافل مسلماً، والمراد هنا من كلمة الكافل هي الرجل فسكوت المشرع الجزائري عن جنس الكافل هل يعني منع المرأة من الكفالة؟
- لكن بالرجوع إلى الإجراءات التي تتبعها مديرية النشاط الاجتماعي، فإن هذه الشروط التي أغفلها قانون الأسرة، يجري العمل بها حيث أنه بإمكان المرأة أن تتقدم لطلب الكفالة، حتى وإن لم تكون متزوجة، تسند لها الكفالة متى تحققت الجهة المبرمة للعقد من الشروط المستوفاة فيها الشرعية كانت أو القانونية وبالخصوص إذا استندنا إلى المادة 67 من قانون الحالة المدنية³. بالإضافة إلى الشروط السابقة الذكر هناك شروط أخرى تتمثل في:
- إثبات عدم إصابة الكافل بأمراض خطيرة أو معدية.
- الإقامة في مكان لائق حيث يتم إثبات هذه الوضعية عن طريق عقد الملكية أو الإثبات بوسائل الإيجار.
- الخضوع إلى إجراءات الفحص النفسي والاجتماعي للتأكد من سلامة الكافل.
- أن لا يتجاوز سن الكافل 60 سنة بالنسبة للرجل و55 سنة بالنسبة للمرأة.

1- اقروفة زوبيدة، المرجع السابق، ص 126.

2- الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 169.

3- اقروفة زوبيدة، المرجع نفسه، ص 127.

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المكفول

عند تمعننا القراءة في نص المادة 118 من قانون الأسرة نجدها تضمنت الشروط المستوجبة توفرها في الكافل، أما بالنسبة للشروط التي يجب توفرها في المكفول نجد أن قانون الأسرة لم ينص بصورة مباشرة عليها، وعليه نستخلص بعض الشروط المطلوبة في المكفول بالرجوع إلى المادتين 116 و 119 من قانون الأسرة الجزائري التي تخص المكفول وتتمثل في:

1- أن يكون المكفول قاصرا:

لم يحدد قانون الأسرة سن معين للمكفول، أي ما بين أدناها وأقصاها للمكفول ليحظى بالكفالة واكتفت المادة 116 من قانون الأسرة فقط بذكر أن يكون الولد قاصرا، فبهذا هو بحاجة ماسة إلى الرعاية البديلة والحماية خلال هذه الفترة من الحياة.

إذا نستنتج أن قانون الأسرة، اشترط بطريقة غير مباشرة أن يكون المكفول قاصرا، وكذلك طبقا لما نصت عليه المادة 40 فقرة 02 من قانون المدني التي حددت سن الرشد لممارسة الحقوق المدنية وهي تسعة عشر سنة كاملة، فإن كل ولد لم يبلغ هذه السن يعتبر قاصرا يحتاج إلى رعاية وتكفل به ¹.

ولكن ما يعاب على المشرع الجزائري، أنه أغفل شرط تحديد سن المكفول وكذا استعمل مصطلح قاصر، الذي يفهم منه أن جنس المكفول هو ذكر دون الأنثى، عكس بعض القوانين الوضعية الأخرى مثل القانون المغربي، حيث نجد المشرع المغربي بموجب المادة 15.01 وطبقا لمقتضيات المادة الأولى منه، بعنوان الأطفال الذين ترد عليهم الكفالة، تعتبر أن الطفل المهمل الذي يحتاج إلى كفالة، الحدث من كلا الجنسين الذي لم يبلغ عمره ثمان عشر سنة شمسية كاملة ².

1- الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 170 .

2 - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 153.

2-نسب الطفل المكفول:

نصت المادة 119 من قانون الأسرة الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب، إذن نستنتج من هذه المادة أنه بإمكان أن يكون الولد القاصر المكفول إما مجهول النسب أو معلوم النسب ولهذا سنفصل في الطفل المكفول كما يلي:

أ-الطفل مجهول النسب كاللقيط:

تتم كفالة هذه الفئة على موافقة مديرية الصحة العمومية والسكان المختصة، وهذا ما جاء التأكيد عليه بموجب المادة 256 من الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 23/10/1976، والذي ألغي فيما بعد، وعليه فإن فرصة كفالة الطفل مجهول الأبوين أي مجهول النسب يتأسس بناءا على رغبة بعض الأسر التي لم ترزق نعمة الإنجاب، لكفالاته وتأمين تربيته عادية لطفل محروم من العائلة وما أكثر الأطفال مجهولي النسب خضوعا للكفالة في الوقت الراهن فتسند إلى هذه الأسر كفالة اللقيط¹.

ب-الطفل معلوم النسب:

يكون الطفل معلوم النسب بانتسابه لأبوين معلومين، فإذا كانا على قيد الحياة فالكفالة لا تتم إلا برضاها، لأن المعني بالكفالة هو ابنهما الذي يضعانه في كفالة شخص آخر أو تتازلا عليه للكافل، أما إذا كان أحد الأبوين متوفى أو نزعت منه السلطة الأبوية أو الولاية على الولد القاصر، فإن موافقة الوالد الآخر تكفي، وفي الحالة التي يكون فيها الأبوين متوفيان أو فاقدان للأهلية، لأي سبب من الأسباب تجعلهما عاجزان عن التعبير عن إرادتهما في الموافقة عن الكفالة، في هذه الحالة يكون لمجلس العائلة أو من يتولى أمر المكفول بعد الموافقة مع من كان في حضنه الولد على التصريح بالموافقة على الكفالة².

وفي كل الحالات السابقة يشترط عند إبرام عقد الكفالة سواء أمام القاضي أو الموثق أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية بالخارج التحقق من مصلحة المكفول مع إعطاء

1 -سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 71-72 .

2 - بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشرعية الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين بالمعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004، ص 24.

الموافقة، وكذلك شرط احتفاظ القاصر المكفول المعلوم النسب أو الأبوين بهويته الأصلية طبقاً لأحكام المادة 120 من قانون الأسرة الجزائري¹.

ثالثاً: الشروط الواجبة في عقد الكفالة

حتى يكون عقد الكفالة صحيحاً سليماً، عليه أن ينشأ بتطابق إرادتي طرفي العقد كل من الكافل وولي المكفول، بالإضافة إلى خلو هذه الإرادة من العيوب التي قد تتخللها مما تؤدي إلى احتمال تعرضها إلى البطلان بنوعيه، وبما أن الكفالة تتم في عقد شرعي كما سبق ذكره في خصائص الكفالة، ولإثبات الوجود القانوني لها، فإن المشرع ركز على شروط أساسية لقيام عقد الكفالة في حد ذاته، وهي أنه يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق² وبمقتضى هذا سنحاول تفصيل هذه الشروط كما يلي:

1- الكفالة أمام القاضي:³

تتعد الكفالة بين أطرافها سواء بين الكافل وولي المكفول أو مؤسسة حماية الطفولة وبمجرد تطابق إرادتهما، يعد العقد قائماً بينهما فقط، لكن من الناحية القانونية فإن هذا العقد لا يترتب أي أثر قانوني وهذا راجع إلى عدم وجود الرسمية في هذا التطابق، إذ لا يكون عقد الكفالة قانونياً إلا بخضوع الطرفين إلى القاضي لتجسيد ما جاء في نص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري.

وبما أن المحاكم هي المختصة نوعياً، وصاحبة الولاية العامة للنظر في القضايا المدنية، يقدم طالب الكفالة طلبه إلى قاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة، وبهذه الإجراءات، وبعد النظر في حالة الأشخاص، يصدر هذا الأخير أمراً بإفراغ إرادة الطرفين المتبادلة والمطابقة بالإيجاب والقبول في شكل رسمي، وبعد أن يطلع وكيل الجمهورية على أوراق الملف، بما أن النيابة العامة تمثل المجتمع وحفاظاً على مصلحة المكفول وكل حقوقية

1 - نصت المادة 120 من قانون الأسرة "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب يطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

2 - المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

3 - ينظر الملحق رقم 01، ص 83.

يأمر رئيس المحكمة بقوة القانون تمكين حامل عقد الكفالة وهو الكافل تسجيل ذلك لدى مصالح الحلة المدنية¹.

إذا من خلال هذه الإجراءات، نجد أن القاضي يلعب دور هام في تحويل هذا العقد الذي كان شفاهة فقط بين طرفاه وإدخاله إلى العالم القانوني بموجب طلب يقدمه طالب الكفالة ليصبح عقد رسمي، وبهذا أضفى عليه الصيغة القانونية من أجل أن يرتب آثاره في الحياة اليومية بناء عن أمر بتثبيت وتسجيل هذا العقد في إحدى مصالح الدولة وهي مصلحة الحالة المدنية حماية لحقوق الطفل المكفول ومصلحه.

2- الكفالة أمام الموثق:

بقراءة نص المادة 117 من قانون الأسرة نجد أن المشرع وضع الاختيار للأطراف في اللجوء إلى المحكمة أو إلى الموثق، ورفعاً للحرج عن الكافل وعلى ولي الطفل المكفول في الحالة التي تشكل لهم حرجاً في اللجوء والامتنال أمام المحكمة، لذا أوجد طريق آخر في إبرام هذا العقد وهو الموثق من أجل إضفاء قوة قانونية مطلقة تحت مراقبة الموثق لإجراءات صحة العقد وهذا لأن عقد الكفالة يعد من العقود الرسمية والتي لا يمكن الطعن فيها بالتزوير طبقاً لنص المادة 324² من القانون المدني.

لكن على غرار ما جاء في نص المادة 117 من قانون الأسرة الذي جعل من الموثق جهة لإبرام عقد الكفالة، فإننا بالرجوع إلى نص المادة 492 والمادة 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نلاحظ أن المشرع الجزائري، اقتصر إبرام عقد الكفالة أمام القضاء فقط دون ذكر الموثق ومن خلال هذا نستنتج أن الموثق بموجب القانون 08-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية سحب من الموثق صلاحية إجراء تحرير عقد الكفالة الشرعية.

1 -بوعشة عقيلة، المرجع السابق، ص 25 .

2- نصت المادة 324 من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري أن «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ماتم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه».

إضافة إلى ما جاء في نص المادة 117 من قانون الأسرة فإن هناك جهة أخرى يتم على مستواها إبرام عقد الكفالة وهي البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج كالتالي

3- الكفالة أمام البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج:

يتم كذلك إبرام عقد الكفالة على مستوى البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج، ويتعلق الأمر بالمقيمين بالخارج من الجالية الجزائرية، إذ يقدم الطلب من طرف طالب الكفالة إلى مصالح القنصلية في نسختين بالإضافة إلى الوثائق المطلوبة عند طالب الكفالة القاطنين بالتراب الوطني¹ يرفق الملف كذلك بما يلي:

- نسخة من بطاقة التعريف أو البطاقة القنصلية.
- التقييم النفسي والاجتماعي التي تقوم به المصالح الاجتماعية ببلد إقامة المعنيين وهذا من أجل ضمان الرعاية الجيدة على جميع المستويات الاجتماعية والنفسية والاقتصادية والأخلاقية للأطفال المحرومين من الأسرة².

الفرع الثاني

إجراءات تحرير عقد الكفالة

نصت المادة 117 من قانون الأسرة على أنه: «يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان»، ونستشف من خلا قراءتنا لهذه المادة أن عقد ممارسة الكفالة ينشأ على مرحلتين، الأولى أولية تستند إلى قيام عقد الكفالة وعلى الرضا المتبادل بين طالب الكفالة دون الهيئات التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري، وعليه فإنه إذا تعلق الأمر بطفل معلوم النسب فإن الاتفاق يقع بين والدي المكفول كطرف أول والكافل كطرف ثاني.

أما في حالة الطفل مجهول النسب يندرج عن هذه الحالة إما أن يكون معلوم الأم أو غير ذلك وبموجب هذا فإن مؤسسة حماية الطفولة هي التي تتأسس كطرف بيدي الموافقة على التكفل بالطفل مجهول النسب مع الطرف الثاني وهو الكافل، والمرحلة الثانية فهي المرحلة

1 - طلبية مالك، المرجع السابق، ص 27.

2- نقيب نور الإسلام، المرجع السابق، ص 128.

القضائية التي تهمنا بالدرجة الأولى بالإضافة إلى إجراءات أخرى ليست ملزمة على الكافل تطبيقها والخاصة بالمرسوم التنفيذي رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب والتي سندرجها ضمن هذه الإجراءات، وعليه سنطرق إلى هذه الإجراءات كما يلي:

أولاً: المرحلة الأولى (التمهيدية)

خلال هذه المرحلة يكون فيها التعبير صريحاً عن إرادة أبوي الطفل القاصر موضوع الكفالة المعلوم النسب، ويكون ذلك دلالة واضحة لموافقتهم على إجراء عقد الكفالة أو بأنهما يتنازلان على كفالة ابنهما¹ أو يمنحانه إلى الكافل للقيام بهما برعايته وتربيته وهذا بمقتضى المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري.

وعليه سننتظر في إنشاء عقد الكفالة الحالة التي يكون فيها الطفل معلوم النسب من جهة والطفل المكفول مجهول النسب من جهة أخرى.

1- الطفل القاصر محل الكفالة معلوم النسب:

إذا تعلق الأمر بطفل معلوم النسب، فإن هناك حالات لا بد من ذكرها فيما يخص الأطراف التي تكون هي الأساس في إبداء وإعطاء الموافقة على كفالة الطفل القاصر:

- إذا كان أبوي الطفل محل الكفالة على قيد الحياة، هنا يتم عقد الكفالة بتصريح من نفس الأبوين، حيث يصرحان برضاها على موافقتها للكفالة التي تعني ولدهما القاصر.
- إذا كان أبوي الطفل القاصر محل الكفالة منفصلان أي في حالة طلاق نهائي، فإن حضانة الطفل تنتقل إلى الأم، وهذا لا يعني سقوط السلطة الأبوية عن الأب، وعليه فإن موافقة الأم ورضاها لوحدها على كفالة الولد لا يكفي بل لا بد من رضا الأب كذلك بناءاً على السلطة الأبوية التي يمتلكها.

1- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2015، ص171.

- إذا رجعنا إلى الحالة التي يكون فيها أحد الأبوين متوفى، فإن كان الأب هو المتوفى فإن الأم تحل محله بموجب ولايتها على الطفل القاصر طبقا للمادة 187¹ من قانون الأسرة وبهذا تكون لها السلطة في التصريح عن رضاها في التنازل عن كفالة ابنها إلى الكافل، وإذا كانت الأم هي المتوفاة فإن الأب كما سبق ذكره يحتفظ بالسلطة الأبوية التي يمارسها على ابنه القاصر وله الحق وحده في الموافقة على إسناد ابنه القاصر إلى الكافل بالتعبير عن رضاه.

- إذا كان الطفل القاصر موضوع الكفالة يتيم الأب والأم فإن الوصي هو الذي يحل محلها ويصرح برضاه عن قبوله كفالة الطفل مع ضرورة الحصول على إذن من قبل القاضي الذي يسمح له بذلك².

وفي الأخير فإن الوثائق التي يتم تقديمها فيما يخص كفالة الطفل المعلوم النسب هي كالتالي:

- طلب خطي.
- نسخة من عقد زواج الكافل.
- شهادة ميلاد كل من الكافل والطفل القاصر المكفول.
- شهادة العمل وكشف الراتب للأشهر الثلاثة 03 الأخيرة.
- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للكافل وكذا أبوي المكفول والشاهدان.
- طابع جبائي.
- نسخة من شهادة السوابق العدلية للكاف.
- شهادة تخص الوضعية العائلية تتم أمام الموثق أو القاضي الموجود بموطنه أو محل إقامة من يوافق على الكفالة أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج طبقا للمادة 117 من قانون الأسرة الجزائري³.

1 - نصت المادة 87 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ما يلي « يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.... ».

2 - سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 72 .

3 - الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 171 .

2-الطفل القاصر محل الكفالة مجهول النسب:

إذا كان الطفل القاصر موضوع الكفالة مجهول النسب، فإن إجراءات القيام بالتكفل به

تكون على حسب الوضعية التي يكون فيها نسبه بالنسبة لأبويه إذ نجد له حالتين كما يلي:

(1) إذا كان الطفل القاصر معلوم الأم فقط، ففي هذه الحالة لابد من موافقة الأم ورضاها

بأن تسند للكافل التكفل بابنها القاصر مع العلم أن القانون لم يشدد التركيز على اشتراط

رضاها وذلك لوجد القبول الضمني التي تبديها بقيامها بتسليم ابنها إلى الكافل ليقوم

بكفالاته الطفل بدلا عنها، وهذا راجع إلى الحالة الاجتماعية والنفسية والظروف التي قد

تواجه الأم العزباء في المجتمع لأنها دائما تختار عدم الظهور نهائيا.¹

(2) أما إذا كان الطفل القاصر مجهول الأبوين معا، فإننا نجد الطفل يكون تحت رعاية

مؤسسة حماية الطفولة، التي تقوم بدورها برعايته وتربيته، وكذلك من الناحية القانونية لم

يتم النص على شرط رضا القائم بالمؤسسة بشكل صريح، لأن الواقع يشترط تقديم

الكافل الملف إلى هذه المؤسسة والتي تقوم بدراسة الملف الذي يحتوى على الوثائق

التالية:

- طلب خطي.
- نسخة من بطاقة تعريف الكافل.
- عقد الزواج.
- كشف الراتب للكافل.
- شهادة عمل الكافل.
- شهادة الجنسية.
- شهادتين طبيتين للزوجين طالبا الكفالة.
- شهادة السوابق العدلية للكافل.²

1 -بوعشة عقيلة، المرجع السابق، ص 28 .

2 -المرجع نفسه، ص 29 .

وبعد دراسة الملف من قبل مؤسسة الطفولة والموافقة على طلب الكافل يتم تسليمه للكافل وبموجب هذه الإجراءات الأولية من خلال هذه المرحلة إلا أن عقد الكفالة لم ينشأ بالشكل المطلوب فلا بد من مرحلة أخرى والتي سنعرفها من خلال البند الآتي ذكره.

ثانيا: المرحلة القضائية

بموجب عريضة افتتاح دعوى تقدم من طرف الكافل إلى القاضي، يرفع فيها طلب الكفالة مرفوقا معها نسخة من التصريح بموافقة أبوي المكفول أو أحدهما في شكل عقد رسمي، وبموجب ما تقدم به طالب الكفالة، فإن القاضي الذي يوجد في موطن صاحب الطلب هو المختص للنظر في الطلب، أما إذا كان موطن طالب الكفالة خارج الجزائر، فإن الطلب يرفع إلى القاضي الذي بموطن المكفول، ودور القاضي هنا يتمثل في الوظيفة الولائية فقط المخولة إليه، أي لا تحدث أمامه لا مرافعة ولا تقاضي، فمهمته فقط هي التحقيق من توفر الشروط المطلوبة قانونا في قيام عقد الكفالة من عدمها والنظر فيها ثم القيام بعد ذلك بإصدار أمراً بإسناد الكفالة إذا رأى ذلك في صالح الطفل محل الكفالة.

وبناء على هذه الإجراءات، فإن الكفالة المقررة من قبل القاضي تكون صحيحة وباتة، لا تسقط إلا في حالة سقوط السلطة الأبوية من الكافل أو بتخليه عن الرعاية أو في حالة استحالة القيام بذلك، وهذا ما سنتطرق إليه لاحقا من خلال ذكر أسباب انقضاء عقد الكفالة.

إن فامر القاضي بإسناد الكفالة أمر نهائي غير قابل للطعن وبعدها يتم تسليم نسخة من الأمر إلى ضابط الحالة المدنية في مدة لا تتعدى الشهر الواحد بدءا من تاريخ صدور الأمر قصد التأشير على هامش عقد ميلا الطفل المكفول وهو ما يثبت شرعية الكفالة.¹

ثالثا: الإجراءات الإضافية

بالإضافة إلى إجراءات المرحلة الأولية والمرحلة القضائية التي يمر بها عقد الكفالة خلال مدة حياته القانونية، فإنه هناك إجراءات إضافية كما سبقنا وأشارنا بأنها ليست ملزمة القيام بها والمتضمنة بأن يستفيد المكفول من لقب العائلة الكافلة، مرتبطة بأن يكون مجهول

1 - سلامي دليلة ، المرجع السابق ، ص 73 .

النسب أي مجهول الأب، لأنه لا يمكن المساس بالنسب الشرعي بتغيير لقب الكافل معلوم النسب وبالتالي عدم خضوعه إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 24/92 الصادر في 13/01/1992 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03/06/1971 والمتعلق بتغيير اللقب وبقرائتنا أحكام هذا المرسوم، نجد أنه يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولد قاصر مجهول النسب من الأب بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائده، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي.¹

وبموجب هذه المادة، يقوم طالب تغيير لقب الطفل المكفول بتوجيه الطلب إلى وزير العدل حافظ الأختام، متبوعا بشهادة ميلاد كل من الطفل القاصر المكفول وشهادة ميلاد الكافل وعقد الكفالة، وفي الحالة التي تكون فيها أم الطفل المكفول معلومة ومعروفة وعلى قيد الحياة، فإنه يشترط إرفاق الملف كذلك بموافقتها لتغيير اللقب وتكون هذه الموافقة في شكل عقد رسمي.²

وبمقتضى هذه الإجراءات، يقوم وزير العدل حافظ الأختام بإرسال الملف إلى السيد النائب العام لدى المجلس القضائي التابع لدائرة اختصاصه مكان ميلاد الطفل المكفول، من أجل النظر في الملف والقيام بإجراءات التحقيق في الملف ثم تحويل هذا الأخير إلى السيد وكيل الجمهورية الذي يقوم بإجراء التحقيق، كذلك وبعد كل ما سبق يقدم الملف مرفوقا بطلب من السيد وكيل الجمهورية إلى السيد رئيس المحكمة المختص إقليميا من أجل تغيير اللقب في أجل 30 يوما من تاريخ الإخطار من قبل السيد وزير العدل حافظ الأختام.³

وفي الأخير لتثبيت هذه الإجراءات بصدر الأمر بتغيير اللقب من رئيس المحكمة، يسجل الأمر في فهرس الأوامر الخاصة بالحالة المدنية بكتابة الضبط، ثم يقوم السيد وكيل

1 - المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13/01/1992 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71/157 المؤرخ في 03/06/1971 المتعلق بتغيير اللقب .

2- سلامي دليلة ، المرجع السابق ، ص 73 .

3- المادة 05 مكرر 02 من المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13/01/1992 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71/157 المؤرخ في 03/06/1971 المتعلق بتغيير اللقب.

الجمهورية بإرسال نسخة من الأمر إلى كتابة الضبط بالمجلس ونسخة إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية من أجل تسجيل اللقب الجديد على هامش عقد ميلاد الطفل المكفول بسجلات الحالة المدنية في كل من المجلس والبلدية¹.

1 - عبد الحفيظ بن عبيدة ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري ، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2004 ، ص 57 .

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على قيام عقد التبني والكفالة وأسباب انقضائهما

من خلال ما تطرقنا إليه سابقا بالنسبة لموقف للقانون الوضعي الجزائري من التبني لا وجود له في هذا القانون، ولا يأخذ به وليس له شروط وإجراءات، وبناءا عليه فإنه لا يرتب آثار، أما بالنسبة للكفالة فلها مكانتها في القانون الوضعي الجزائري لها شروط تحكمها وإجراءات يجب إتباعها لتنشأ عقدا صحيحا يرتب كافة آثاره القانونية إلى غاية انقضائها، وهذا لعدة أسباب سنعرفها لاحقا، أما بالنسبة للدول التي تبنت هذا النظام مثل ما رأيناه في كل من القانون الفرنسي والقانون التونسي، الذين أخذوا بنظام التبني وعليه نكون أمام آثار تترتب على التبني وبمقتضى ما جاء ذكره سنحاول تجسيد هذا من خلال هذا المبحث بالتطرق إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول

آثار التبني وآلية انقضائه

بموجب القانون الوضعي الجزائري فإن التبني محرم شرعا وقانونا وغير معمول نهائيا إذن سنتطرق في هذا المطلب إلى الدول التي أخذت به، لندرس من خلالها تشريعهما الآثار التي يترتبها هذا النوع من النظام ونخص بالذكر القانون التونسي والقانون الفرنسي لذا سنعالج هذا من خلال فرعين الأول نتحدث فيه عن آثار التبني، والفرع الثاني يتضمن آلية إبطال التبني والتكييف الجزائري له في القانون الجزائري.

الفرع الأول

آثار التبني

أخذ القانون التونسي عكس الدول العربية والإسلامية بنظام التبني وبهذا الأخذ نتجت عنه آثار من بينها أنه:

- يترتب على التبني منح المتبني اللقب للطفل المتبني مع جائية تغيير اسمه الشخصي ويتم ذلك بحكم يُطلب من المتبني وهذا طبقا لما جاء في الفصل 14 من قانون 158/27.
- منح واكتساب الطفل المتبني نفس الحقوق التي يتمتع بها الابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات والحقوق للأبوين الشرعيين إلا في الحالة التي يكون فيها أقارب المتبني معروفين حيث تبقى موانع الزواج قائمة كما هو منصوص عليها في الفصول 14 و 15 و 16 و 17 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية².
- أما بالنسبة للقانون الفرنسي فانه أخذ بنفس هذه الآثار، وبما أن أغلبية المجتمع الفرنسي يعتنق الديانة المسيحية، فإن هذه الديانة بأخذها هذا النوع من النظام يترتب على التبني من خلال طائفتها آثار وهي:
- من آثار التبني أن يرث المتبني كالولد الشرعي ويتمتع بالحقوق والواجبات نفسها فور صدور حكم التبني بمعزل عن تصحيح الجنسية أو الشهرة، كما يمكن للولد المتبني أخذ الاسم والشهرة فإذا كان لأحد الوالدين الحق بأن يتبنى طفلا دون مشاركة الطرف الآخر فإن المتبني يحمل اسم وشهرة من تنبأه فقط من الطرفين -الزوجين-.
- فيما يخص أحكام التبني تشبه أحكام النسب لأن حكم النسب ينسب بنوة ولد شرعي إلى والديه الشرعيين كذلك فإن حكم التبني يلحق ولدا معينا إلى والدين غريبين عنه فيصبح ابنا لهما بالتبني دون التعرض إلى جنسية كل منهما³.

1 -محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 187.

2 -المرجع نفسه، ص 187 - 188 .

3-أحمد مصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، 2008 ، ص 215-216 .

الفرع الثاني

آلية إبطال التبني والتكييف الجزائري له في القانون الجزائري

أولاً: آلية إبطال التبني

بالرجوع إلى المواد القانونية لا تجد فيها ما يسمى بدعوى إبطال التبني من الناحية النظرية، أما من الناحية العملية فإنه في الواقع ما يمكننا الاعتماد عليه هي تلك الأحكام الصادرة عن المحاكم على إبطال التبني، هذا ما يجعل وجود دعوى إبطال التبني كمصطلح إذ أنه جاء في القرار بدعوى إبطال التبني ملف رقم 122761 قرار بتاريخ 1994/06/28 قضية (ف.ف) ضد (م.و) دعوى إبطال التبني لإخراج المطعون ضده من الميراث -الحكم يرفض الدعوى- خطأ في تطبيق القانون المادة 46 من قانون الأسرة والمادة 47 من الأمر المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بقانون الحالة المدنية، لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي يرفض دعوى إبطال التبني على أساس أن التبني لم ينكر نسب الولد المتبنى¹

وعليه فإن دعوى إبطال التبني، ترفع أمام القضاء بنفس الشروط التي تتطلبها أي دعوى قضائية، حيث أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم يكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون²، بالإضافة إلى هذا فإن الأطراف الخاصة بدعوى التبني هي كل من النيابة العامة وهذا طبقا لما جاء نص المادة 03 مكرر³ بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة من جهة والشخص الذي يزعم أنه المتبنى ولمن له مصلحة من الورثة الشرعيين.

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 12276، قرار بتاريخ 1994/06/28، مقتبس عن نقيب نور الإسلام، المرجع السابق ، ص 108

2 - المادة 13 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

3 - نصت المادة 03 مكرر من الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 أنه « تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون».

أما بخصوص المحكمة المختصة، التي لها أحقية النظر في الدعوى هي طبقا للاختصاص النوعي، يؤول إلى جهة القضاء المدني قسم الأحوال الشخصية، وبالنسبة للاختصاص المحلي فهو خاضع إلى القواعد العامة التي تحكم الاختصاص¹.

وبموجب هذه الإجراءات فإن الحكم الصادر عن المحكمة المتعلق بالتبني هو حكم ابتدائي قابل للطعن بالطرق العادية بالمعارضة والاستئناف، والطرق الغير عادية مثل الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر.

ثانيا: التكيف الجزائي والعقوبة المقدرة له

يعد قيام أي شخص باتخاذ ابن له بطريق التبني مساس وتعدي على النظام العام، لكن على الرغم من هذا إلا أن هذا الفعل لم يجرم بحد ذاته وحتى ولو رجعنا إلى العناصر التي يتكون منها هذا الفعل، فإن طبيعتها عبارة عن تحايل وتزييف إذ لا توجد عقوبة لجريمة تزييف النسب ينص عنها قانون العقوبات بشكل دقيق وواضح يتبنى الفكرة، وإنما نستخرج تكيفها بالرجوع إلى أحكام النصوص التي تتعلق بأعمال التزوير وعلى هذا الأساس، فإنه يمكننا ولاسيما نص المادة 34 من قانون الحالة المدنية، التي نص على كل شخص ورد ذكره في الوثيقة ولم تكن تصريحاته حقيقية، يتعرض للعقوبة المنصوص عليها في المادة 217 من قانون العقوبات والعقوبة الجزائية المقررة، طبقا لهذه المادة هي الحبس من سنة إلى 05 سنوات وغرامة مالية من 20.000 إلى 10.000 دينار جزائري مقابل ما اقترفه نتيجة لقيام شخص بإضفاء نسبه على طفل معلوم النسب أو مجهول النسب أو ابن زنا وهذا يعتبر مخالفة حقيقية وتعديا على الإنسان ومساس بحق الآخرين².

1 - المادة 32 فقرة 05 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

2 - عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومو للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 1995، ص 108 .

المطلب الثاني

آثار الكفالة وأسباب انقضاءها

يترتب على نشأة عقد الكفالة التزامات وحقوق تقع على عاتق كل من الكافل والمكفول على حد سواء، وبهذا تتكون بينهما علاقة قانونية تنتج آثارها، وبموجب الرسمية التي يتخذها عقد الكفالة كباقي العقود الأخرى، وكذا خاصية عدم الديمومة فإنه هناك إمكانية انقضائه، إذا توفرت الأسباب التي نص عليها المشرع الجزائري بموجب أحكام مواد قانون الأسرة والتي تؤدي بالضرورة إلى انقضائه وعليه سنحاول معالجة هذه كالاتي :

الفرع الأول

آثار الكفالة

أولاً: السلطة الأبوية

يرتب عقد الكفالة السلطة الأبوية على المكفول، وهو بذلك يعطي له وسيلة حماية لا وسيلة سلطة الآباء عن الأبناء وليكون الكافل بمثابة الأب يستلزم ذلك تحليه بكل الأساليب والسلطات التي تمكنه من ممارسة هذه السلطة بالشكل القانوني.

والمفهوم من هذا أنه بموجب عقد الكفالة للكافل صلاحيات وحقوق على المكفول منها حق الحراسة والحماية ويكون هذا من يوم الالتحاق الفعلي للمكفول ببيت الكافل بعد إتمام كل إجراءات الكفالة، كما له الحق في مراقبة علاقات الطفل المكفول ونشاطاته.

كما له الحق من أن يمنع زيارات أشخاص له إن كانوا ممن لا يستحب رفقتهم وذلك حتى يضمن له أخلاق سليمة تطبيقاً لشرط القدرة على حمايته ورعايته وتربيته على الخلق الحميد وعلى الدين الإسلامي، كما للكافل سلطة تزويج القاصر المكفول إذا استدعت الضرورة أو المصلحة لذلك¹.

1 - سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 75 .

وبموجب ممارسته السلطة الأبوية، له واجبات كالنفقة على الطفل المكفول وهي أول الواجبات التي يجب على الكافل القيام بها، نتيجة لإبرامه عقد الكفالة، وعليه فإنه قبل إسناد الكفالة تقوم كل المحكمة أو الموثق بالتحقق من مقدرة الكافل المالية على النفقة، وذلك بناء عن كشف الراتب الذي قدمه الكافل في ملفه، وهذا ما نصت عليه فعلا المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري، وبما أن المكفول له مرتبة الطفل الشرعي في النفقة فإن مشتملات النفقة تتمثل في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من ضروريات العرف والعادة¹.

وبناء على هذا فإن المذاهب الإسلامية المختلفة ترى بأنه إذا لم يتمكن الكافل من الإنفاق على المكفول فإنه يستعين بالحاكم أو بالمسلمين أو ببيت المال²، وبهذا يلتزم بكل ما يتمتع به الطفل الشرعي من حقوق، ماعدا ما تعلق منها بالنسب وما ينتج عنه من آثار.

كما نصت قانون الأسرة على الحق في المنح العائلية والدراسية الممنوحة للمكفول بان يتولى قبضها الكافل حسب نص المادة 121 من قانون الأسرة بالإضافة إلى الحق الذي أعطاه قانون الضمان الاجتماعي طبقا للمادة 67 من قانون 11/83 المعدل والمتمم بالمادة 30 من الأمر 17/96.

ثانيا: السلطة المالية

بانتقال السلطة الأبوية أو الولاية الشرعية على نفس المكفول إلى الكافل، تنتقل معها السلطة المالية على ماله، وهذا بمقتضى الكفالة كما نصت عليه المادة 121 من قانون الأسرة والمادة 122 من نفس القانون.

وعليه من خلال نص المادتين، يتضح لنا أن الكفالة تخول للكافل التمتع بكافة الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس من تربية ورعاية للمكفول، كما له الحق في إدارة أمواله المكتسبة من الإرث أو الوصية أو الهبة³.

1 - المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

2 - محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، ط4، بيروت، 1983، ص 730-731.

3 - الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 173.

وبمقتضى هذا فعلى الكافل كرب أسرة أن يدير أموال الطفل المكفول إلى الأحسن وبطريقة تعود عليه بالنفع والريح وإدارة الكافل لأموال المكفول تتوقف عند بلوغ هذا الأخير سن الرشد، أو ب وفاة الكافل أو توفره على إحدى العوارض القانونية.

كما يجوز للكافل أن يتبرع أو يوصي للطفل المكفول من ماله في حدود الثلث وإذا أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك فإنه يتوقف على إيجازه من الورثة طبقا لما نصت عليه المادة 123 من قانون الأسرة¹، وعليه فإن كل من المفهومين الوصية والهبة نجدهما يختلفان لأن الوصية لا يتحصل عليها الموصى له أي الطفل المكفول إلا بعد وفاة الموصي حسب أحكامها من قانون الأسرة في مواده من 184 إلى غاية 201، أما الهبة نجدها عبارة عن انتقال الذمة المالية من الواهب الكافل إلى الموهوب له المكفول بعد إبرام العقد و إتمام إجراءاته الرسمية والشكلية وذلك طبقا للمادة 202 إلى غاية المادة 212 من قانون الأسرة وعليه نعالج المفهومين كما يلي :

1- الوصية:

الوصية تبرع ما بعد الموت والمقصود منها هي أن يوصي شخص إلى شخص آخر بحقوق مالية أو عينية ولا ترتب آثارها القانونية إلى بعد وفاته أي بعد وفاة الموصي²، أي بمعنى تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.³

ما نستطيع قوله أنه من الناحية الشرعية فإنه لا وصية لوأرث، فإذا توفي الكافل وترك أبناء مع المكفول، فإن المكفول لا يأخذ من مال التركة بطريق الإرث شيئا لأنه ليس الابن الشرعي للكافل، وعليه حماية للمكفول من التشرد والفقر والعوز بعد وفاة من كان يكفله ويرعى شؤونه أعطى المشرع بموجب أحكام المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري الحق للكافل بأن

1 -نصت المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 بأنه: « يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة ».

2 -العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 3 ط ، 2004، ص 230 .

3 -المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005.

يوصي شيئاً من ماله إلى الكافل في حدود الثلث ومازاد عن هذا يجيزه الورثة إذ تكون الوصية في حدود ثلث التركة¹.

2- الهبة:

اجتمعت المذاهب الفقهية الأربعة على أن الهبة تملك بلا عوض، فعرفها الفقه المالكي بأنها "تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض"، أما الفقه الشافعي فاعتبرها "تمليك بلا عوض" أما الفقه الحنفي فجعل القصد منها أنها "تمليك العين بلا شرط العوض في المال"، وعرفها الفقه الحنبلي "بأنها تملك في الحياة بغير عوض"².

ومن مجمل هذه التعاريف الفقهية نجد المشرع الجزائري لم يخرج عنها في تعريفه للهبة، إذ نص في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بأن: «الهبة تملك بلا عوض»، وعليه فالهبة غير الوصية لأنها تبرع في حياة الواهب أي الكافل وهي تملك بلا عوض، حيث يتم نقل المال العيني أو المنافع أو الديون الموجودة لدى الغير إلى الموهوب له بمجرد الحياة التي تتم عن طريق إبرام عقد الهبة بكافة الإجراءات الرسمية والشكلية له في حدود القانون، وبمجرد إتمام هذه الإجراءات ترتب آثارها القانونية بقيام الموهوب له بالتصرف في محل الهبة كما يشاء.

إذن فالواهب يتصرف في ماله ما يشاء مادامت إرادته خالية من كل العيوب، إلا في حالة مرض الموت والأمراض والحالات الخفية فإن تصرفه يعتبر وصية³.

وبهذا نجد كذلك أن المشرع حماية لمصلحة المكفول، قام بإعطاء الرخصة إلى الكافل ليقوم بهبة شيئاً من أمواله إلى المكفول أو ما يسمى بالتبرع طبقاً لما جاء في المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري.

1 - المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
2 - محمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه الدولة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، دفعة 1996-1997، ص 7-8-9.
3 - نصت المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 بأن: «الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخفية، تعتبر وصية».

ثالثاً: نسب الطفل المكفول

نصت المادة 120 من قانون الأسرة أنه: «يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية»، من خلال نص المادة نلاحظ أن الطفل المكفول يجب أن يحتفظ بنسبه الأصلي إن كان معلوم الأبوين، فالنسب هو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم، وهذا الأخير يعتبر حق لكل طفل بواسطته يتميز عن غيره ويسجل عند الميلاد في سجل المواليد، وهذا الأمر يتعلق بالطفل الشرعي الذي يحق له أن يحمل اسم أبيه حسب ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة وبالتالي يبقى محتفظاً به في حالة ما إذا كان محلاً للكفالة.

أما ما يتعلق بالطفل اللقيط ومجهول الأبوين وابن الزنا، فليس بالإمكان أن يحمل أيّاً منهم لقب عائلة معينة وإنما اكتسابهم للاسم يكون بالقانون عن طريق تطبيق نص المادة 64 من قانون الحالة المدنية والآتي نصها: يختار الأسماء الأب والأم أو في عدم وجودهما المصرح ويجب أن تكون الأسماء أسماء جزائرية، ويجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين مع ديانة غير الديانة الإسلامية، تمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال أو العادة، يعطي ضابط الحالة المدنية نفس الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي

إذن فإن هذه الأحكام تؤكد منع التبني المنصوص عليه في المادة 46 من قانون الأسرة و تمنع الكافل من أن ينسب الطفل المكفول إليه وبهذا فإن الكفالة لا تؤثر على أحكام النسب وحتى على موانع الزواج أي أن قانون الأسرة يميز من خلال مواده من المادة 23 وما يليها حالات منع الزواج وهي القرابة والمصاهرة والرضاع وبهذا يستثنى الطفل المكفول باعتباره أجنبياً عن العائلة الكافلة وبالتالي بإمكانه أن يتزوج بأحد أولاد الكافل.¹

الفرع الثاني

1 - سلامي دليّة، المرجع السابق، ص 76-77.

أسباب انقضائها

ينقضي عقد الكفالة كغيره من العقود، إذا واجهه سبب من الأسباب التي تؤدي إلى انقضائه، أو إذا كانت قائمة على شرط واقف أو فاسخ، وبما أن الكفالة دورها إنساني بالدرجة الأولى فإن المشرع الجزائري حصر أسباب انقضائها في مادتين وهما المادة 124¹ و 125² من قانون الأسرة الجزائري بالإضافة إلى حالة تخلف الشروط المنصوص عنها في نص المادة 118 من قانون الأسرة.

وعليه سنحاول عرض هذه الحالات التي تؤدي بعقد الكفالة إلى الانقضاء من خلال هذا الفرع كما يلي:

أولاً: انقضاء عقد الكفالة بطلب والدي المكفول معلوم النسب باسترجاعه

إن مطالبة والدي الطفل المكفول استعادة ولدهما إلى ولايتهما بعد تقديم طلب إلى المحكمة الابتدائية المختصة، التي تثبت إما بقبول الطلب أو برفضه، وذلك بعد تخير الطفل والاستماع إليه في الحالة التي يكون فيها قد بلغ سن التمييز التي تكون فيها تصرفاته دائرة بين النفع والضرر وهي قابلة للإبطال³، وبما أن الوالدين قاما بتسليم الابن إلى الكافل بعقد شرعي ورسمي سواء الذي كان إبرامه أمام المحكمة وكانا معا أو أحدهما وطالبا بالتحاق المكفول إلى حضنهما ففي هذه الحالة ترك المشرع حرية الاختيار للمكفول لأنه في سن يستطيع فيها التمييز⁴.

1 - نصت المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 بـ: «إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزاً لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول».

2 - نصت المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 بـ: «التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية».

3 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2006، ص 55.

4 - عبد القادر مدقن، شرح وجيز لنظام الأسرة الجزائري، ملخص في الفقه الإسلامي، المطبعة العربية، الجزائر، ط1، 1998، ص 53-54.

ورأيناه فعلا من الناحية الشرعية هذا في حادثة النبي ﷺ لزيد من الحارثة عند تخييره البقاء معه أو الالتحاق بأبيه فاختار البقاء مع النبي ﷺ، وذلك بعد نزول الآية الكريمة التي حرمت التبني، أما من الناحية القانونية نجد أن قرار المحكمة العليا وعليه كان نص القرار م.ع.ع.أ.ش. 1991/05/21 ملف 71801 م ق 1996 عدد 01 ونصه كما يلي:

- من المقرر قانونا أن المسائل المتعلقة الشخصية والنظام العام، لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص ومن ثم فإن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها، وتخييرها بين البقاء عند مربيتها أو الذهاب لوالديها، رغم أنها تجاوزت سن التمييز، فإنهم بذلك حرفوا القانون واستحق قرارهم النقض¹.
- أما إذا كان الطفل غير مميز أي قبل بلوغه سن 13 عشر سنة وطلب والديه أو أحدهما باسترجاعه قيد المشرع الجزائري حرية إعادته إلى ولايتهما باللجوء إلى القاضي وجعل السلطة التقديرية للقاضي وعليه لا يسلم الطفل لوالديه أو أحدهما إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول وهذا طبقا لما جاء في المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: انقضاء الكفالة بوفاة المكفول أو الكافل

بمجرد وفاة الطفل المكفول تنتهي الكفالة وينقضي معها هذا الالتزام من نفقة ورعاية وحماية وتربية وهذا لأن محل الكفالة غير موجود وهو المكفول لأن من شروط محل العقد أن يكون موجود أو قابل للوجود.

أما في حالة وفاة الشخص الكافل أو فقدانه يؤدي بالضرورة هنا إلى انقضاء عقد الكفالة تلقائيا ومعه الالتزام ويستحيل تنفيذه في غيابه لأنه ملتزم من جانب واحد، وبوفاته يرجع الولد القاصر إلى ما كان عليه في البداية وهي حالة الحرمان من الأسرة، ويستحق تلك الكفالة وبالتالي يتعين على الورثة إبلاغ قاضي شؤون الأسرة بالوفاة دون تأخر، وبموجب إخطاره على

¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 1991/05/21، ملف رقم 71801، مقتبس عن العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا) (أحكام الزواج)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 06، 2010، ص456.

مصلحة المكفول يقوم القاضي باستدعاء الورثة في أجل شهر لعرض استمرار الكفالة إن ظهرت منهم رغبة في ذلك فيعين بنفس الأشكال المقررة لمنحها.¹

ثالثا: تخلي الكافل عن التزامه بالكفالة

قد يحدث ويقوم الكافل من تلقاء نفسه وبإرادته الحرة الجازمة بالتخلي عن كفالة الطفل القاصر بسبب عجز عن إدارة شؤون القاصر لعجز بدنيا أو لكبر سن أو لعوز مادي، والتخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة² وفق القانون مع قيام النيابة العامة بذلك وهذا لاعتبارها طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة حيث نصت المادة 03 مكرر تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون، وبمقتضى هذه التخلي الصادر من قبل الكافل تقضي الجهة القضائية التي أقرت في بادئ الأمر.

وبالإضافة إلى الأسباب السابقة الذكر توجد أسباب أخرى من شأنها تؤدي إلى انقضاء

عقد الكفالة ومن بينها:

1- إقروفة زوبيدة ، المرجع السابق ، ص 142 .

2 - المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005.

رابعاً: حالة الإضرار بالقاصر في نفسه وخلقه ودينه وأمواله

في حالة تخلف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 118 من قانون الأسرة التي سبق لنا ذكرناها بالتفصيل في ما يخص الشروط الواجب توفرها في الكفالة والمتمثلة في شرط الأهلية والإسلام وشرط قدرة على رعاية الولد القاصر من الناحية الاجتماعية والمادية، فإن عدم توفرها وانعدامها يؤدي بالضرورة إلى انقضاء عقد الكفالة.

وفي الأخير فإن هذه الحالات تدل على أن عقد الكفالة ليس أبدياً بل يمكن انقضاءه أو توقيفه على حسب الأحوال وللنيابة العامة إسقاط الكفالة إذا رأت أن القاصر مهدد في مصلحته وفي أخلاقه وفي دينه وفي ماله¹.

1 - اقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص 142 .

الخاتمة

خلاصة لما سبق ذكره من خلال دراستي لفصول هذه المذكرة وتفصيل مباحثها والتعمق فيها، استشفيت من خلالها ماهية كل نظام على حدى ورأيت اختلافات وتداخلات في عدة نقاط بين التبني والكفالة.

- إذ نجدهما من الأنظمة التي وجدت وحقت أهدافهما في رعاية فئة الأطفال وذلك بحسن معاملتهم ورعايتهم وحمايتهم، سواء فئة الأطفال معلومي النسب أو مجهولي النسب.
- وما نستنبطه كذلك أن التبني نظام جاهلي يعد بعيدا كل البعد عن حقيقة النسب الأصلي والآثار المترتبة عنه، إذ يعد تحريف للهوية وتزييف للحقائق وعكس النظام البشري والفطرة ومخالف للكون والقانون الإلهي.
- وعليه منع الشارع الحكيم هذا النظام وحرمه في السنة الخامسة من الهجرة ونهى عنه لحكمة ربانية يعلمها الله عز وجل قبل البشر حفاظا على الأنساب ومنعا من اختلاطها، وكذا المحافظة على علاقات البشر فيما بينها المادية والمعنوية من خلال المحافظة على حقوقهم في الميراث.
- وبمقتضى هذا التحريم سارت دول عربية وإسلامية ما أقرته الشريعة الإسلامية، بتحريمها للتبني شرعا وقانونا وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي والمشرع الجزائري اقتداءً بحكم الشريعة من خلال ما جاء في نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفراير 2005، وعلى عكس التيار وفي خطوة جريئة من دولة إسلامية عربية، وجدنا المشرع التونسي أجاز التبني بموجب القانون رقم 27-58 المؤرخ في: 1958/03/04 بكسب البنية القانونية رغم أن هذا النظام يخرج عن ثقافة المجتمع التونسي وموروثه الإسلامي.
- وكذلك من الدولة الغربية التي أشرنا إليها في بحثنا، والتي تأخذ بهذا النظام ووضعت له إجراءات من شأنها يعتمد عليها وبالمقابل ومن أجل المحافظة على شريحة الأطفال معلومي النسب أو مجهولي النسب لم يغلق باب البر والإحسان، بل أقرت الكفالة عنوانا للرعاية البديلة عن التبني، يعوض من خلالها الأطفال رعاية ودفئ الأسرة البيولوجية،

وبهذا كانت الكفالة أنجع سبيل وصورة من صور البدائل الشرعية لقوله تعالى ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾، وهذه الآية تبين تشريع الشريعة الإسلامية للكفالة وإقرارها لها بالرغم

من أن ذلك جاء ليس بالشكل الواضح لكن يفهم من معناها ذلك.

- وهناك من الدول التي جمعت بين النظامين من أجل مصلحة الطفل، ونجد ذلك ما قرره الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 من خلال ما جاء في مادتيها 20 و 21 التي أعطت الأولوية للطفل.

حيث مزجت بين الدول التي يجيز قانونها الداخلي التبني وكذا الدول الإسلامية التي ترفض هذا النظام لمخالفته تعاليم الدين الإسلامي، فأقرت نظام الكفالة كوسيلة للرعاية البديلة أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات للرعاية الاجتماعية.

- وعلى الصعيد الداخلي وجدنا أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي الداخلي، عندما يكون أطراف العلاقة أجنب المتواجدين على التراب الوطني، أجاز له أن يطبق نظام التبني ليس خروجاً عن القانون واعتراف به بل هو تطبيق القانون الأجنبي على الأجنب فقط.

- وتنظيماً للوضعية القانونية للطفل المكفول مجهول النسب وحماية له داخل المجتمع بدون المساس بحقوق الغير، صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بمنح اللقب العائلي للمكفول والسماح للأسرة الكافلة أن تعطي لقبها العائلي للطفل المكفول مع مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك طبقاً للقواعد القانونية التي تضمن له الاستقرار الأسري والاجتماعي.

- ولاحظنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع أنه بالرغم من معالجة المشرع الجزائري لموضوع الكفالة بموجب أحكام المواد من 116 إلى غاية المادة 125، إلا أنه أغفل بعض الجوانب مما أدى إلى وجود ثغرات في النصوص القانونية تارة والغموض تارة أخرى.

فمن النصوص الخاصة بأحكام الكفالة من قانون الأسرة تضمنت المادة 118 منه شروط الكافل بشكل واضح، أما شروط المكفول لم ينص القانون صراحة على هذه الشروط التي يجب توفرها في المكفول.

- لم يحدد سن الكافل ولا شرط الزواج لأن الكافل هو من يقوم برعاية المكفول.
- سكوت المشرع عن جنس الكافل إذ تخلله الغموض لأن الصياغة جاءت على نحو التذكير فهل يعني منع للمرأة من الكفالة؟
- لم يحدد قانون الأسرة سن المكفول بل اكتفى في المادة 116 من قانون الأسرة أن يكون الولد قاصرا وفقط، ويفهم أن المكفول هو الذكر فقط دون الأنثى.

الملاحق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

عقد كفالة

المادة 116 من قانون الأسرة

نحن عبدون رزيقة رئيس قسم شؤون الأسرة بوسعادة

بعد الاطلاع على طلب السيد(ة) : ~~عبدون رزيقة~~ المسمى بوسعادة

المودع بتاريخ: 2015/10/28

المتضمن تعيينه كافلا للقاصر : ~~بوسعادة~~

بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة، لا سيما :

بعد الاطلاع على المواد 116 إلى 122 من قانون الأسرة و المواد 492 إلى 497

من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

بعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية بتاريخ: 2015/10/29 الذي أبدى رأيا بـ

تطبيق القانون

— بعد سماع صاحب الطلب بتاريخ: 2015/10/28 .

سماع الولدين بتاريخ: 2015/10/28 .

نأمر بتعيين

السيدة(ة) : ~~عبدون رزيقة~~ المسمى بوسعادة

المولودة في ~~1982~~ بـ ~~بوسعادة~~

ابن(ة) : ~~بن عبدون رزيقة~~

و ابن(ة) : ~~بن عبدون رزيقة~~

العنوان : حي الكادات بوسعادة

المهنة : متقاعد

بصفته كافلا بشؤون القاصر المسمى : ~~بوسعادة~~

المولود في : 2010/02/08 بـ : المسيلة

مع القول بالتزام الكافل بتربية المكفول تربية إسلامية، و رعايته صحيا و أخلاقيا، و الإنفاق عليه، و السهر على تعليمه

ومعاملته معاملة الأب الحريص، و حمايته والدفاع عليه أمام القضاء، و تحمّل المسؤولية المدنية عن تصرفاته الضارة.

و الترخيص للكافل بقبض المنح العائلية و العلاوات و التعويضات المستحقة له قانونا، و الإمضاء على جميع

الوثائق الإدارية و وثائق السفر، و الخروج معه خارج الوطن.

و يكون للمكفول حرية التصرف في شؤونه بعد بلوغه سن الرشد القانوني.

بعد تلاوة مضمون الكفالة على الكافل و قع معنا على الأصل.

حرر بمكتبنا في: 2015/10/29

إمضاء الكافل

رئيس قسم شؤون الأسرة

صفحة 1 من 1

رقم الترتيب 2015/290



قائمة المصادر والمراجع

-القرآن الكريم برواية حفص.

كتب الحديث

- 1-أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج7، دار الفكر، د ت ط.
- 2-ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من ادعى إلى غير أبيه، حديث رقم 2599، المكتبة العلمية ، بيروت، ج 8.
- 3-أحمد بن علي بن حزر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق احمد بن علي بن حزر، باب المناقب، حديث رقم 3317، دار المعرفة، بيروت، ج7، 1979.

• الكتب والدراسات الفقهية والقانونية المقارنة

- 1-أحمد مصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس -لبنان، 2008.
- 2-إقروفة زوبيدة، الإبانة في أحكام النيابة (دراسة فقهية قانونية)، دار الأمل، (د.م.ن)، 2014.
- 3-خالد عبد الرحمان العك، تربية الأولاد والبنات في ضوء القرآن والسنة، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1424هـ. 2003م .
- 4-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، مطبعة الفليسة، الجزائر، 2010
- 5-عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2004 .
- 6-عبد القادر مدقن، شرح وجيز لنظام الأسرة الجزائري، ملخص في الفقه الإسلامي، المطبعة العربية، الجزائر، ط1، 1998 .
- 7-عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط4، 2014.
- 8-عبد الكريم شهبون، الشافعي في شرح مدونة الأسرة ج1، د.م.ن، ط1، 1427هـ/ 2006م.
- 9-العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 4، 2014.

- 10-العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2004.
- 11-العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا) (أحكام الزواج)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط06، 2010 .
- 12-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2006.
- 13-الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2015.
- 14-فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 15-محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد القضائي والفقه وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02.
- 16-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1965.
- 17-محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، سلسلة البحوث القانونية 16، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط1، 2009.
- 18-محمد تقي، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه الدولة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، دفعة 1996-1997.
- 19-محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، سلسلة دروس العلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1992.
- 20-محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، ط4، بيروت، 1983.

21- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1405هـ/1985م

22- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج3، دار الفكر، دمشق، 1993.

• المعاجم والقواميس:

1- جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار الصادر، بيروت، ط2، د.س.ن، مجلد 14.

2- مجد الدين محمد بن يعقوب، قاموس المحيط، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 2007- مجد الدين محمد بن يعقوب، قاموس المحيط، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 2007

• الرسائل والمذكرات الجامعية:

1- أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 1430 هـ/2009 م.

2- بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين بالمعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004 .

3- طلبة مالك، التبنّي والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، وهران، الدفعة الرابعة عشر، 2003-2006.

4- نقيب نور الإسلام، الآليات القانونية لحماية الطفل في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2014-2015.

5- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون خاص، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2007-2008.

6-فانت صبري سيد الليثي، الحماية الدولية لحقوق الطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع القانون الدولي الإنساني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، 2007-2008.

7-تواتي صباح، دوافع الأسر الجزائرية للإقبال على الكفالة -دراسة ميدانية بدار حضانة النخيل(الأبيار)، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية، قسم علم الاجتماع، 2000-2001 .

• المجالات:

1-أسامة الحموي، "التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب" (دراسة فقهية اجتماعية مقارنة، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد الثالث والعشرون، العدد الثاني، سنة 2007.

• النصوص التنظيمية

1-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ: 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

2-الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم لقانون المدني.

3-الأمر رقم 70/20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر، العدد 21.الصادرة بتاريخ 27 فبراير 1970.

4-الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27/02/2005 المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة.

5-قانون رقم 27-58 المؤرخ في 04 مارس 1958، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي(الولاية العمومية و الكفالة والتبني).

6-القانون رقم 08-09 المؤرخ في: 18 صفر عام 1429 الموافق لـ: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21 ، الصادر في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق لـ: 23 ابريل 2008.

- 7- القانون رقم 76-1179 المؤرخ في 22/12/1976 المتعلق بالتبني الكامل من القانون المدني الفرنسي.
- 8- قانون الصحة العمومية الصادر في 23/10/1996 الملغى بالقانون الصادر 16/02/1985 المعدل والمتمم.
- 9- الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتي على الوطني والدولي، قرار صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 85/40 المؤرخ في 03 ديسمبر 1986.
- 10- المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 ، المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر، العدد 05، الصادرة في الأربعاء 17 رجب عام 1412 الموافق لـ 22 يناير عام 1992.
- 11- الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، الصادرة عن الجمعية العامة بعنوان اتفاقية الامم المتحدة لحقوق الطفل، المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 .
- 12- المدونة المغربية للأحوال الشخصية.

فهرس المحتويات

شكر وعرفان

إهداء

قائمة المختصرات

أ.....مقدمة

الفصل الأول: الطبيعة القانونية لنظامي التبني والكفالة

- المبحث الأول: ماهية التبني والكفالة وموقف الشريعة الإسلامية منهما.....10
- المطلب الأول: مفهوم التبني.....10
- الفرع الأول: تعريف التبني ومشروعيته.....11
- الفرع الثاني: خصائص التبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له.....16
- المطلب الثاني: نظام الكفالة كبديل للتبني.....21
- الفرع الأول: مفهوم الكفالة ومشروعيتها.....22
- الفرع الثاني: خصائص الكفالة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها.....27
- المبحث الثاني: التبني والكفالة في ظل القوانين الوضعية.....31
- المطلب الأول: تقرير نظامي التبني والكفالة في بعض القوانين الوضعية.....31
- الفرع الأول: نظام التبني والكفالة في ظل أحكام القانون الفرنسي.....32
- الفرع الثاني: التبني والكفالة في ظل أحكام القانون التونسي.....33
- الفرع الثالث: موقف هيئة الأمم المتحدة من التبني.....35
- المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظامي التبني والكفالة.....36
- الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظام التبني.....36
- الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظام الكفالة.....42

الفصل الثاني: القواعد العامة التي تحكم إنشاء عقدي التبني والكفالة

- المبحث الأول: الشروط والإجراءات المتبعة في التبني والكفالة.....46
- المطلب الأول: الشروط والإجراءات المتعلقة بالتبني في القوانين الوضعية.....46
- الفرع الأول: شروط التبني في بعض القوانين الوضعية.....46
- الفرع الثاني: تتبع إجراءات التبني في بعض القوانين الوضعية.....48

المطلب الثاني: شروط وإجراءات الكفالة في القانون الوضعي الجزائري.....	49
الفرع الأول: شروط الكفالة.....	50
الفرع الثاني: إجراءات تحرير عقد الكفالة.....	58
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على قيام عقد التبني والكفالة وأسباب انقضاءهما.....	65
المطلب الأول: آثار التبني وآلية انقضائه.....	65
الفرع الأول: آثار التبني.....	65
الفرع الثاني: آلية إبطال التبني والتكييف الجزائري له في القانون الجزائري.....	67
المطلب الثاني: آثار الكفالة وأسباب انقضائها.....	69
الفرع الأول: آثار الكفالة.....	69
الفرع الثاني: أسباب انقضائها.....	74
الخاتمة.....	79
الملاحق.....	83
قائمة المصادر والمراجع.....	85
فهرس المحتويات.....	91
ملخص	

ملخص:

هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على نظامي التبني والكفالة لدى المجتمعات العربية والغربية، وكذا تبين كيفية تطبيق النظامين معا أو احدهما من طرف هذه المجتمعات، حيث أكدت على أن التبني نظام قديم عرفته العرب في الجاهلية ولدى المجتمعات الأخرى، إذ يتميز باتخاذ لطفل القاصر وإحاقه نسبه إلى نسب الشخص المتبني واعتباره بمثابة الولد الشرعي، فيحمل اسم العائلة وله الحق في الميراث، لهذا حرّمته الشريعة الإسلامية بشكل قاطع لما فيه من خلط للأنساب واعتداء على الحقوق وانتهاك للحرّمات، وأخذ بهذا المنع القانون الوضعي الجزائري بموجب نص المادة 46 من قانون الأسرة.

وبمقتضى هذا التحريم فتحت الشريعة الإسلامية باب الكفالة لما فيه من محاسن ومصلحة للأطفال القصر سواء معلومي النسب أو مجهولي النسب ماديا ومعنويا وتربويا وجعلهم في كفالة المجتمع والدولة وعاملهم معاملة قائمة على الواقع وبعيدة عن الخداع وكفلت لهم الرعاية الاجتماعية بأوسع معانيها

Résumé :

Cette étude visait à identifier l'adoption irrégulière et favoriser les sociétés arabes et occidentaux, ainsi que pour indiquer comment appliquer une combinaison des deux ou l'un d'entre eux par ces communautés. Où il a souligné que l'adoption est un ancien système connaissait les Arabes dans l'ignorance et dans d'autres communautés, caractérisée par l'adoption d'un enfant d'un mineur et réattribuer par rapport aux ratios adopteurs de la personne et considéré comme un enfant légitime, et porter le nom de famille et a le droit à l'héritage, à la sainteté de la loi islamique catégoriquement parce qu'il est mélange des lignées et un assaut sur les droits et la violation de la sainteté, et en prenant cette interdiction du droit positif algérien conformément à l'article 46 du code de la famille.

En vertu de cette interdiction a ouvert la loi islamique la porte du parrainage pour les pros et les intérêts des enfants mineurs, qu'ils soient Maloma ascendance ou de parents inconnus, matériellement et moralement, éducatif et de les faire en sorte que la société et l'Etat et les a traités le traitement est basé sur la réalité et loin de la tromperie et les a assuré du bien-être social dans le sens le plus large.

الحمد لله