جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التبني والكفالة بين الفقه والتشريع الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون اسرة

إعداد الطالبة:

مصباحي سندس

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. فايزة جروني	جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي	رئيسا
د. مكي دراجي	جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي	مشرفا ومقررا
أ. بدر شنوف	جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

الإهداء

قال تعالى:«يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أتوا العلم درجات»

إلى روح والدي الغالية

إلى أمي العزيزة التي ما ملت أبدا وهي من اجلي تبذل الغالي والنفيس في سبيل إيصالي إلى هذه المرحلة

إلى إخوتي وأخواتي

إلى صديقاتي وزملائي في الدراسة

لهم جميعا اهدي عملي هذا

شكر وعرفان

قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): « لم لا يشكر الناس لا يشكر الله »

اشكر في هذا الصدد الأستاذ المشرف الدكتور **مكي دراجي**

لنصائحه الثمينة وتوجيهاته القيمة

كما أتوجه بالشكر إلى من ساعدني ومد يد العون لي أثناء دراستي لهذا البحث خاصة للأختين **بده زكري حليمة وسليمة عطية**

والحمد لله من قبل ومن بعد

مقدمـــــة:

يعد الطفل الأساس الذي تبنى عليه الأسر التي تعتبر الخلية الأساسية لبناء المجتمع. فالطريق الصحيح والوحيد لبناء أسرة أساسها المودة والرحمة هو الزواج الذي أكرم به الله بني آدم من فوق سبع سموات لقوله تعالى:" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة, إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون" الآية 20 من سورة الروم. لكن يحدث وان تغلب الشهوة التي منعنا ديننا الحنيف من إتباعها وتقوم علاقة بين رجل وامرأة خارج إطار علاقة الزواج ويكون نتاجها طفلا ضحية غرائز بشرية لا دخل له بحدوثها, بسببها أطلق عليه مصطلح ابن غير شرعي. فهذا المخلوق الضعيف ومنذ أن يولد يكون عرضة لمختلف المشاكل الاجتماعية بسبب فقده وحرمانه لأهم الحقوق التي يتمتع بها باقي الأطفال الذين يولدون داخل إطار الزواج والتي من أهمها النسب الذي يحمي الطفل من الضياع ويكفل له النشأة السوية في حضن والديه في أسرة واحدة يتمتع من خلالها بكامل حقوقه من تربية ونفقة وحب وحنان وولاية عن ماله ونفسه.

لذلك يجد الطفل نفسه وحيدا يصارع حاضرا مخيفا ومستقبلا مجهولا.

وفئة الأطفال غير الشرعيين تتنوع حالاتها, فمن هؤلاء الأطفال من يكون مجهول الأب فقط ومنهم من يكون مجهول الأبوين معا. فمهما يكن فالشريعة الإسلامية وحدت في تسميتهم جميعا, فأي طفل يولد خارج علاقة الزواج الشرعي فهو " ابن غير شرعي" ولا يثبت له النسب ويعتبر ابن زنا مصداقا لقوله(ص): " الولد للفراش وللعاهر الحجر".

لكن الشريعة الإسلامية حفظت حقوق الأطفال عموما وحثت على العناية بهم وتربيتهم تربية سليمة بما فيهم الأطفال غير الشرعيين, حيث أوجبت رعايتهم والتكفل بهم ومنح الدفء العائلي لهم الذي حرموا منه بسبب أفعال لا مسؤولة صدرت عن غيرهم دون التعدي على الضوابط الشرعية التي وضعتها والتي من أهمها إباحة ما حرمه الله من إلحاق نسب لذلك الطفل دون وجود علاقة نسب حقيقية والتي تثبت بالزواج فقط.

وقد أطلق على ظاهرة إلحاق النسب بالتبني الذي عرفته البشرية منذ القدم وقبل ظهور الإسلام, فحتى الرسول الكريم كان قد تبنى زيد بن حارثة وكان زيدا يدعى زيد بن محمد إلى أن نزل قول الحق تعالى:" أدعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله" الآية 5 من سورة الأحزاب.

وقد حرمت الشريعة التبني نظرا لما فيه من مفاسد وخلط للأنساب وتعدي لحقوق ثابتة شرعيا والتي من بينها الإرث الذي يثبت بالقرابة, وفيه أيضا تعدي لحقيقة الطفل المتبنى بطمس هويته عند إلحاق نسبه بنسب غير صحيح وهو نسب المتبنى له.

فالشريعة حرمت التبني وجعلت البديل الأمثل له وهو نظام الكفالة وأجرت كل من يقوم بها من ثواب في الدارين. لذلك نظمت أحكام كفالة الأطفال الذين لا مأوى لهم بسبب ولادتهم خارج الزواج أو من ولدوا داخل إطار الزواج لكن لسبب ما تخلي عنهم ذويهم وأوجبت التكفل والسهر على رعايتهم وحمايتهم, الحماية التي يوفرها الأب لابنه الحقيقي.

والمشرع الجزائري سار على منهج الشريعة الإسلامية في تحريم التبني واستبداله بالكفالة, ولان ظاهرة الأبناء غير الشرعيين في تنامي وتزايد من سنة إلى سنة خاصة في مجتمعنا الجزائري رغم أننا مجتمع محافظ قائم على أسس ومبادئ الدين الإسلامي الذي يحرم أي علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة, لكن بسبب ضعف الوازع الديني تحدث تلك العلاقة وينتج عنها طفل غير شرعي.

ولان تزايد هذه الفئة من الأطفال داخل مجتمعنا من شانه أن يهدد ويهدم جميع المقومات الأخلاقية التي يبنى عليها ويثبت أيضا حقيقة عدم فاعلية الآليات القانونية التي أوجدها المشرع للحد من ظاهرة تزايدهم بمعاقبته على جريمة الزنا.

لكن واقع وجودهم بيننا أولى دراسة حال هذه الفئة رغم حساسية الموضوع كوننا مجتمع مسلم فمن الضروري إيجاد حل لوضعهم داخل المجتمع والدفاع أكثر عن حقوقهم بيننا خاصة مع التطورات التي يشهدها العالم الحديث.

أهمية الموضوع:

إن وجود هذه الفئة من الأطفال في المجتمع واقع وجب التسليم به والتعامل معه وفق ما تقتضيه الإنسانية باعتبارهم أطفالا لهم نفس حقوق الطفل الشرعي في الرعاية والاهتمام والحماية وهذا هو الجانب العلمي من أهمية دراسة موضوع التبني والكفالة في الفقه والتشريع الجزائري أما الجانب العملي فهو يكمن في معرفة الجانب الفقهي والنظام القانوني لهذه الفئة خاصة في ظل وضوح فشل بعض النصوص القانونية التي تمس هذه الشريحة وفي ظل وجود عدة ثغرات تعيق العمل القضائي بسبب نقص المواد القانونية التي تنظمها.

أسباب اختيار الموضوع:

إن الدافع وراء اختيار هذا الموضوع الذي عنوانه " التبني والكفالة بين الفقه والتشريع الجزائري" له سببان: الأول ذاتي وهو حجم المعاناة التي تعانيها هذه الفئة داخل المجتمع, والثاني موضوعي وهو معرفة أنماط الحماية التي أولاها الشرع والتشريع لهذه الفئة وخصائصها.

معرفة مصير هذه الفئة في ظل نقص النصوص التشريعية التي من شانها تدعيم تلك الحماية.

أهداف الدراسة:

إن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو هدف علمي وهو تحديد الحماية القانونية لهذه الفئة بما يتماشى وحقوقهم الشرعية وهدف عملي هو معرفة مدى فاعلية النصوص القانونية المنظمة لأحوال هذه الفئة. أيضا إيجاد حل لتلك الثغرات الموجودة في معظم النصوص المنظمة لهم وإيجاد حل يزيل العراقيل والإشكاليات التي تعيق عمل القضاء بخصوص إجراءات كفالة هذه الفئة.

إشكالية البحث:

قصد التعرض للموضوع ومحاولة الإلمام بجميع جوانبه سنحاول صياغة الإشكالية التالية: إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في وضع آليات قانونية لحماية فئة الأطفال غير الشرعيين تماشيا مع أحكام الفقه الإسلامي؟ وهل تحققت لفئة الأطفال غير الشرعيين الحماية

الكافية لهم؟ ومن خلال تلك الإشكالية يمكن طرح الإشكاليات الفرعية: ما هو التبني؟ ما هو موقف الفقه والتشريع الجزائري منه؟ ما هو البديل الذي يكفل حماية الطفل غير الشرعي؟ هل حققت بدائل التبني حماية كافية لتلك الفئة؟

الدراسات السابقة:

هناك العديد من الدراسات التي عالجت موضوع التبني والكفالة منها رسالة ماجستير في القانون الخاص بعنواه" التبني والكفالة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية" جامعة تلمسان من إعداد الطالبة أمال علال.

لكن تقريبا لم يسبق وان تطرق لدراسة هذا الموضوع الواقع تحت عنوان" التبني والكفالة بين الفقه والتشريع الجزائري" فهو يعتبر حديث الدراسة.

صعوبات البحث:

صادفتنا العديد من الصعوبات في هذا البحث من أهمها ندرة المراجع المتخصصة خاصة النصوص القانونية.

وجود بعض المراجع في شكل مقالات منشورة عبر الانترنت تعبر في الكثير منها عن آراء شخصية لا أكثر.

ضيق الوقت مقارنة بحجم هذه الدراسة التي تتطلب الكثير من الوقت للوقوف عند تحليل واستنباط النصوص المنظمة لها والخروج ميدانيا لمكان تواجد هذه الفئة والتقرب أكثر لجمع المعلومات حولها.

منهج البحث:

قصد الإجابة على إشكالية الدراسة والإحاطة بجميع جوانبها فإننا اعتمدنا على المنهج الوصفي في تبيان أهم المفاهيم ومعرفتها ومنهج تحليل المضمون في بعض المواد. أما المنهج المقارن اعتمدنا عليه في تبيان ما مدى التوافق بين الفقه والتشريع الجزائري بخصوص النظام الذي يحكم هذه الفئة.

ولقد قسمت الدراسة إلى فصلين حيث خصص الفصل الأول لمعرفة ماهية التبني وموقف الفقه والقانون الجزائري منه حيث تطرقنا فيه إلى معرفة طبيعة التبني ومفهومه وموقف الفقه والتشريع الوطني منه.

أما الفصل الثاني فقد كان بعنوان أحكام الكفالة في الفقه وقانون الأسرة الجزائري حيث تم التطرق فيه إلى معرفة مفهومها وشروطها والإجراءات المتبعة فيها وصولا إلى آثارها كعقد يرتب حقوقا وواجبات بين أطرافه وأخيرا انقضاءها والحالات التي بها تنتهي مسؤولية الكافل عل المكفول.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لفكرة التبني

عرفت البشرية قديما ظاهرة التبني, وقد مارسها العرب وغيرهم من العجم وحتى الرومان, لكن بظهور الإسلام حرم التبني وهذا التحريم سارت عليه معظم الدول المعاصرة وأكدت ذلك في قوانينها المتعلقة بتسيير العلاقات الأسرية. إلى جانب ذلك كان نظام الكفالة الذي اعتبر كبديل ملائم للتبني, حرمه الشرع الحكيم لما فيه من تعدي لبعض الحقوق وما يخلفه من اختلاط للأنساب التي حرص الإسلام على حمايتها منذ بزوغه, ولزاما لما تقدم وجب الوقوف عند التساؤلات التالية:

ما هو التبني؟ وماهية طبيعته التي تميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة له؟ وما هو النظام القانوني له؟

وللإجابة على تلك التساؤلات قمنا بتقسيم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين, سنعالج في المبحث الأول مفهوم التبني أما المبحث الثاني فسنتطرق فيه إلى معرفة النظام الخاص بالتبني.

المبحث الأول: طبيعة التبني.

اخذ معنى التبني طريقا واحدا على اختلاف المذاهب الإسلامية, وهذه الأخيرة التي تعرف التبني بالمفهوم الواسع له على انه اتخاذ الرجل لولد ليس من صلبه وإلحاق نسبه به.

فما هو تعريف التبني وما هي خصائصه؟ ما هي الأنظمة المشابهة له؟ ما هي الحكمة من تحريمه؟ وما هي بدائله في الشريعة الإسلامية؟

المطلب الأول: مفهوم التبني

مارس العرب وغيرهم في العصر الجاهلي التبني استجابة للنزعة الفطرية التي غرست في بني البشر من حب للأولاد وحب للتوارث بينهم, فكان الولد إذا ما تبنى شُّرع له النسب والميراث شأنه شأن الولد الصلبي يتمتع بجميع الحقوق وتفرض عليه كل الواجبات, وبمجيء الإسلام حرم التبني واستبدل بالكفالة التي أقرتها الشريعة الإسلامية الغراء وهذا التحريم سارت عليه جل الدول الإسلامية, وباعتبار الجزائر من ضمنها التي هي بدورها حرمت ذلك وهو ما

تثبته المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية.لكن أوجدت البديل له من خلال عدة آليات قانونية مستمدة من كتاب الله.

فما معنى التبني؟ ما هي الأنظمة المشابهة له؟ وما هي الحكمة من تحريمه في الدين الإسلامي؟

الفرع الأول: تعريف التبني

للتبني معنى لغوي ومعنى اصطلاحي وهما:

أولا: التعريف اللغوي: هو مصدر من تبني يتبنى تبينا, وتبني الجسم اكتنز وامتلأ واصله (بني) وهو بناء الشيء بضم بعضه إلى بعض. ومنه ضم الولد إلى الرجل[1]

التبني: من بنى جمع ابن مضافا إلى النفس, ويقال: تبنيته أي ادعيت بنوته, وتبناه: اتخذه إبنا. وقال الزجاج: تبنى به يريد تبناه. وفي حديث أبى حذيفة: انه تبنى سالما, اي اتخذه إبنا.[2]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للتبني

نجد أن الفقهاء في تعريفهم للفظ التبني في الاصطلاح لا يخرجون عن المعنى اللغوي له فيقال: تبنيته أي ادعيت بنوته, وتبناه اتخذه ابنا.[3], وفي حديث أبي حذيفة, انه تبنى سالما, أي اتخذه ابنا.وقد جاء في تفسير الطبري: التبني هو إذا ادعى رجلا رجلا وليس بابنه.[4]

---

[1]– فواز إسماعيل محمد, التبني وبدائله, مجلة كلية العلوم الإسلامية, العدد 13, جامعة الموصل, كلية التربية, قسم علوم القران, العراق,2013, ص4.

[2]– أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور, لسان العرب, دار صادر, بيروت, لبنان, الطبعة الثانية, المجلد 14, ص91.

[3]–أسامة الحموي, التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب النسب(دراسة فقهية اجتماعية مقارنة), مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية, العدد الثاني, جامعة دمشق, كلية الشريعة, سوريا, 2007, ص516.

[4]–أبي جعفر محمد بن جرير(المعروف بتفسير الطبري), جامع البيان عن تأويل القران, ضبط وتعليق شاكر محمود, دار إحياء التراث العربي, بيروت, لبنان, الطبعة الأولى, الجزء 21, ص137.

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

أيضا عرفه فقهاء القانون من بينهم الدكتور محمد صبحي نجم بقوله: التبني هو أن يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه وعرفه انه ليس ولده انه فينتسب هذا التبني إلى من تبناه, ويكون له على هذا المتبنى حقوق الولد, فالمتبني لا يقول أن هذا الولد ابنه من صلبه ولكنه انزله منزلة ابنه والتزم له بحقوق الولد وقطع نسبه إلى غيره.[2]

أما الدكتور بلحاج العربي فقد عرفه على انه: هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه ابنا له.[3]

وعرفه الأستاذ عبد العزيز سعد: تزييف النسب(التبني) هو ادعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه وإعطاءه نسب شخص آخر.[4]

كما عرفه الأستاذ فضيل سعد في شرح مفصل له بان: التبني هو عملية إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقينا انه ليس منه وهي علاقة بين الطرفين احدهما وهو الشخص الكبير امرأة أو رجل ويسمى المتبنى, أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبني.[5]

---

[1]– يوسف القرضاوي, الحلال والحرام في الإسلام, دار البعث, قسنطينة, الجزائر , الطبعة20, 1984, ص186.

[2]–محمد صبحي نجم, محاضرات في قانون الأسرة(سلسلة دروس العلوم القانونية), ديوان المطبوعات الجامعية, بن عكنون, الجزائر , ب ط , 1999, ص55.

[3]–العربي بلحاج, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق), ديوان المطبوعات الجامعية, بن عكنون, الجزائر , الطبعة الثالثة, 2004, الجزء 1, ص 200.

[4]– عبد العزيز سعد, الجرائم الواقعة على الأسرة, المؤسسة الوطنية للكتاب, الجزائر , ب ط , 2002,ص151.

[5]– شادية الصادق الحسن, حكم التبني في الإسلام, دورية العلوم والبحوث الإسلامية, العدد الرابع, جامعة السودان , العلوم التكنولوجيا, معهد العلوم الإسلامية, السودان, 2012, ص8. عن www.pdffactorx.com

نستخلص مما سبق أن التبني هو أن يُلحق شخص ما ولد ليس بولده إلى نفسه ويتولى رعايته كابن حقيقي له والمتبنى قد يكون معلوم النسب أو مجهول النسب, وفي اغلب الأحيان يكون الباعث من التبني القربة إلى الله تعالى من خلال رعاية يتيم والحفاظ عليه مما قد يتعرض له من أخطار في الحياة.

الفرع الثاني: خصائص التبني

يتميز التبني بخصائص يمكن ذكر أهمها كما يلي:

1- التبني نظام قديم عرفته المجتمعات العربية في العصور الجاهلية.

2- ينصب التبني على القصر دون سواهم ذكورا كانوا أم إناثا.

3- إن التبني مجرد تحقيق نسب مزعوم أو قول باللسان لا أساس له من الشرع ولا تتجسد فيه رابطة المودة والرحمة النابعة من صلة الرحم الأصلية مهما بلغت درجة الإنسانية.[1]

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

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

6- يكون المتبنى شخصا راشدا ذكرا كان أم أنثى

7- إمكانية تبني أي طفل بغض النظر عن جنسيته.[2]

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

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

---

[1]- فضيل سعد, شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق, المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية, الجزائر, ب ط , 1993, الجزء الأول, ص 224.

[2]- آمال علال, التبني والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي), رسالة ماجستير, تخصص قانون أسرة, جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان, كلية الحقوق, الجزائر, 2008-2009, ص18.

10- يتميز التبني بخصوصية انه يتم بموجب حكم قضائي, بعد إجراءات تحقيق معمقة رعاية لمصلحة الطفل الفضلى.

11- إن مضموم التبني يشمل الولاية التامة على نفس ومال المتبنى من رعاية وتربية وتمثيل قانوني في إدارة وتصرف في الأموال من قبل المتبنى.[1]

وعليه فالتبني ينشا علاقة مسؤولية مباشرة بين المتبني والمتبنى تتمثل في رعايته فهذا الأخير يكتسب حقوقا كما عليه واجبات. لكن بالرغم من ذلك فالتبني كنظام الهدف منه رعاية طفل مجهول أو معلوم النسب يختلف عن بعض الأنظمة الأخرى التي يشترك معها في الغاية المرجوة منه.

الفرع الثالث: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له

يلتقي التبني في مضمونه والغاية منه مع عدة مصطلحات أخرى يمكن القول بأنها تشبهه من حيث المبدأ لكن ينفرد عنها بشروطه التي يجب توفرها فيه, وهذه الأنظمة تتمثل في:

أولا: التبني والإقرار بالنسب

الإقرار بالنسب هو اعتراف شخص ما ببنوة أو أمومة لشخص أخر, فهذا الإقرار يصح ولو كان المقر في مرض الموت ولكن يجب توفر شرطين:

1- أن يصدقه العقل أو الحس, بان يكون فرق السن بينهما يسمح بالادعاء. فلا يصح الإقرار مثلا بأبوة شخص عمره 40 سنة لشخص آخر عمره 30 سنة.

2- أن يكون المقر له مجهول النسب, فإذا كان معلوم النسب لا يعتد بالإقرار.[2], فالإقرار بالنسب الأصل فيه أن النسب موجود فهو لا يُنشأه إنما كان نسبا ينقصه أن يعترف به, وهو جائز في الشريعة الإسلامية فبمجرد الإقرار يثبت النسب وتثبت معه جميع الحقوق الشرعية من ميراث ورعاية مادية ومعنوية للمقر له وتحرم به المصاهرة.

---

[1]-أمال علال, المرجع السابق, ص19.

[2]- الرشيد بن شويخ, شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل(دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية), دار الخلدونية, القبة القديمة, الجزائر, الطبعة الأولى, 2008, ص234

أما التبني الذي هو أن يدعي شخص بنوة ولد معلوم النسب أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه به ومع ذلك يتخذه ولد له ويعطيه اسمه.[1]

لذلك نجد أن الفرق بين التبني والإقرار بالنسب هو أن هذا الأخير لا ينشا النسب في حين أن التبني ينشا نسبا جديدا للمتبني والمتبنى, ولكن لا يترتب نفس الحقوق التي يرتبها الإقرار بالنسب والفرق الجوهري أيضا بينهما في التحريم فالتبني محرم شرعا وقانونا.

إذن نجد أن النظامين يختلفان من حيث المشروعية ومن حيث الآثار المترتبة على كلاهما.

ثانيا: التبني والحضانة

الحضانة كما عرفتها المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 [2]هي: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه وحفظه صحة وخلقا", يتفق التبني مع الحضانة في كون كلاهما يهدف إلى حماية مصلحة الطفل المحضون أو المتبنى ويحرص كلا النظامين في مبادئه الأساسية على تكوين فرد صالح في المجتمع, لكن يختلفان في عدة نقاط يمكن ذكر أهمها في:

1- أن الحضانة تمارس على طفل معلوم النسب, أما التبني فيكون إما على شخص معلوم النسب أو مجهول.

2- أن المحضون يحتفظ بنسبه خلاف المتبنى الذي نسب للعائلة المتبنية, ومن ثم فما التبني إلا تزييف للنسب.

3- يسقط زواج الحاضنة حقها في الحضانة كقاعدة عامة, على نقيض التبني الذي يشترط فيه المتبني أن يكون متزوجا.

---

[1]-الرشيد بن شويخ, المرجع نفسه, ص250.

2- الامر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتتم للقانون 84-11 المؤرخ في 06/09 /1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية, عدد15, لسنة 2005.

4- يرتب التبني جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات, كحرمة الزواج, واستحقاق الميراث والنفقة, أما الحضانة فلا ترتب شيئا من ذلك إذا كانت بيد غير الأبوين.[1]

أيضا في الحضانة التي نظم المشرع الجزائري أحكامها من المواد 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة المعدل, فقد روعي في هذه الأحكام مصلحة المحضون بالدرجة الأولى ومرتبة الحاضنين وانقضاء هذه الحضانة دون المساس بنسب الولد المحضون.

على خلاف التبني الذي يكتسب فيه الولد القاصر نسب العائلة التي تبنته تحدد له حقوق وواجبات تختلف عن النسب الأصلي في الحضانة.

وعليه فكلا النظامين يتشابهان في الهدف ويتفقان في كون مصلحة القاصر بالدرجة الأولى أهم ما يناديان به ولكن يبقى التبني يختلف عن الحضانة في كونه نظام قائم بذاته لم يقره الشرع ولا القانون إلا في بعض الدول العربية والأوربية ولكن المشرع والشرع استبدلاه بما يعرف بالكفالة.

ثالثا: اللقيط والتبني

اللقيط هو مولود حي حديث العهد بالولادة, لا يعرف له أب ولا أم, طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك من الأسباب, لأنهم في ظروف قاهرة أجبرتهم عن التخلي عن وليدهم من غير أي دلالة على نسبه أو هويته.[2]

ويختلف اللقيط عن المتبنى في كون الإسلام حرم التبني والغي جميع الآثار المترتبة عليه, أما اللقيط فيثبت نسبه إلى من ادعى أبوته وعند ثبوت النسب تثبت لهذا الأخير جميع الحقوق وتنتج جميع الآثار بعكس التبني الذي النسب فيه اعتباري.

وعليه فاللقيط له نسبه الثابت بالادعاء عن طريق الإقرار الذي هم من أهم وسائل الإثبات بالنسبة لإثبات النسب وقد حثت الشريعة والقانون على عدم ترك الأطفال اللقطاء بل

---

[1]-آمال علال, المرجع السابق, ص 22.

[2]- العربي بلحاج, أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري, دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع, الجزائر, ب ط , 2013, ص 721.

تحب رعايتهم وجوبا أو تسليمهم للمصالح المعنية,[1]من اجل التكفل ومعرفة هويتهم وإلا تعرض الأشخاص الذين يتركون هؤلاء الفئة للتهميش لعقوبات منصوص عليها قانونا. [2]

لذلك نخلص أن للقيط أحكام منظمة شرعا وقانونا يختلف عن ما يعرف بالتبني ويشتركان في المحافظة فقط على مصلحة الولد القاصر.

المطلب الثاني: حكم التبني في الشريعة الإسلامية

عرفت العرب قبل الإسلام التبني, فقد كان المتبني يلحق نسبه بالمتبنى كابن صلبي له ويتقاسم مع الأبناء الصلبيين كل الحقوق, وقد كانت أسس التبني حين ذلك العهد مبنية على أساس الإعجاب بالولد لجمال فيه أو لزيادة في الرفعة والعزة والشرف, فكان الرجل إذا ما أعجبه ولد تبناه وألحقه بنسبه وأصبح كابن حقيقي له ميراث ونفقة والى غير ذلك.

وقد تبنى الرسول الكريم خلال المرحلة الجاهلية زيد بن الحارث, سباه رجل من تهامة فاشتراه حكيم بن حزام بن خويلد, ثم وهبه إلى عمته خديجة زوجة النبي ثم وهبته إلى النبي (ص) إلا أن والد زيد كان شديد التعلق به فما برح يبحث عنه حتى لقيه عند النبي(ص) فذكر والد زيد النبي (ص) بما هو أهل له وطلب منه أن يمن عليه في فدائه, فقال النبي (ص): دعوه فخيروه فان اختاركم فهو لكم بغير فداء وان اختارني فوالله ما أنا بالذي اختار على من اختارني أحدا.

فاختار زيد النبي (ص) واثر البقاء معه على العودة مع أبيه إلى أهله. فاعتقه النبي (ص) وتبناه وقال: يا معشر قريش اشهدوا انه ابني ارثه ويرثني. وأصبح يدعى زيد ابن محمد. حتى جاء الإسلام وحرم التبني تحريما صريحا. [3]في السنة الخامسة للهجرة.

---

[1]–انظر المادة 67 من قانون الحالة المدنية(20/70) المؤرخ في 1970/02/19, المعدل بموجب الأمر 14/08 المؤرخ في 2014/08/09.

[2]–انظر المواد من المادة 321–327–326–269–442 من قانون العقوبات الجزائري.

[3]– فواز إسماعيل محمد, المرجع السابق, ص 3.

الفرع الأول: موقف الشرع من التبني

قبل الإسلام كان العرب يعيشون على عدة اعراف سيئة في الكثير منها لذلك سميت المرحلة التي عاشها العرب قبل الإسلام بالجاهلية ومن تلك العادات أو الأعراف السيئة الربا والوأد الذي كانت ضحيته البنات دون الذكور, أيضا التبني كان تقليدا متعارف عليه في ذلك العصر الجاهلي, ولان الإسلام جاء لإخراج الناس من الظلمات إلى النور حرم التبني كما حرمت مجموعة من الأفعال التي كان يمارسها العرب قديما قبل بزوغ فجره, وهذا التحريم الذي جاء مبنيا على أسس ومقاصد شرعية سيتم التعرف عليها كما سيأتي:

أولا: تحريم التبني بالكتاب

لقد أوضحت الشريعة أن النسب لا يثبت إلا بالولادة الحقيقية الناشئة عن النكاح الشرعي ولذلك حرمت التبني تحريما أبديا ورفضت أن يكون التبني سببا لثبوت النسب أو التوارث.[1], حيث قال تعالى:" وما جعل ادعياءكم أبناءكم[2], فالخالق عز وجل قدس من خلال ذلك الرابطة التي تنشأ من صلب الرجل, فالأبوة ليست لمجرد ادعاء يطلقه الرجل بل تثبت بعلاقة الدم التي نشأت, فالله تبارك وتعالى حرم ادعاء الأبوة أو النبوة حفاظا وقداسة للنسب.

وقال أيضا: "فلما قضى منها زيدا وطرا, زوجناكها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج ادعيائهم إذا قضوا منهن وطرا" [3], وفي هذه الآية احل الله للنبي (ص) الزواج من زوجة زيد الذي تبناه وكان ردا على المشركين الذين عارضوا الرسول (ص) في ذلك أن زيدا كان دعيا ولم يكن ابن محمد [4] لقوله تعالى أيضا: "وما كان محمد أبا احد من رجالكم, ولكن رسول الله وخاتم النبيين.[5]. وعليه جاءت هذه الآيات المحكمات لتحرم التبني وإباحة ما حرم بسبب التبني كحرمة المصاهرة التي لا تكون إلا بالنسب الحقيقي.

---

[1]– شادية الصادق الحسن, المرجع السابق, ص4.

[2]– انظر سورة الأحزاب الآية 37.

[3]–انظر سورة الأحزاب الآية 4.

[4]– هود بن محكم الهواري الأوراسي, تفسير كتاب الله العزيز, تحقيق وتعليق بلحاج بن سعيد شريفي, دار البصائر, حسين داي , الجزائر, ب ط, 2011, المجلد الثالث, ص380.

[5]– انظر سورة الأحزاب الآية 40.

ثانيا: تحريم التبني بالسنة النبوية الشريفة

لقد ثبت تحريم التبني بالسنة لقوله (ص): "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم انه غير أبيه فالجنة عليه حرام". وفي حديث لأبي ذر رضي الله عنه انه سمع رسول الله (ص) يقول: " ليس من رجل ادعي لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر بالله ومن ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليبتوا مقعده من النار ".[1]وقال (ص) أيضا: " من ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين, لا يقبل الله منه يوم القيامة عدلا ولا صرفا"[2]

وعليه فقد أبطل التبني بالكتاب والسنة بل إن الله عز وجل توعد من يقدم عليه بأشد العقاب وباللعنة إلى يوم الدين ومن المؤكد أن لهذا التحريم حكمة أراد الله بها صلاح العباد وهذا ما سنتعرف عليه كما سيأتي.

الفرع الثاني: الحكمة من تحريم التبني

جاء الإسلام للحفاظ على النظام الأسري في المجتمع, فحرم التبني الذي مارسه في الجاهلية نبي الله محمد (ص), فإرادة الله شاءت أن يختار محمد(ص) الذي تبنى زيدا قبل التحريم كي لا يكون شك عند الناس بين النظري والتطبيقي وما يترتب من اختلال وإستهدار لبعض الحقوق, فهذا التحريم جاء حفاظا على الفطرة التي خلقنا الله عليها ولما في التبني من ضياع للعلاقة الحقيقة بين الإفراد, كما جاء التحريم أبديا وعوقب على مخالفته اشد العقاب وهذا لحكمة يعلمها الله وفي هذا الفرع سنتطرق لها كما سيأتي.

أولا: التبني اعتداء على الأنساب

عندما حرم الإسلام التبني حرمه لأنه يتنافى مع المبادئ العامة التي بني عليها الإسلام ويهدم الكثير من المعالم التي بها يحفظ قوام الأسر, فالدين الإسلامي الحنيف ما جاء إلا

[1]– شادية الصادق الحسن, المرجع السابق, ص4.

[2]– محمد صبحي نجم, المرجع السابق, ص 60.

لإخراج الناس من الجهل إلى النور وجاء رحمة بالعباد لقوله تعالى:" ليخرجكم من الظلمات إلى النور وكان بالمؤمنين رحيما".[1]

ولما للتبني من خرق للحقيقة المتعلقة بنسب الأسر, فالمتبنى عندما يمنح له لقب تلك العائلة ويدمجونه بينهم ويحرمون به المصاهرة كالولد الصلبي, يصبح أخا لإخوته من التبني وتصبح زوجة المتبني كأنها أم له, وهو مخالف للحق تماما, فمهما يكن فهو أجنبي وليس له أي وجه حق بان يتمتع بنفس حقوق الأولاد الصلبيين فمصدر حقوقهم نابع من رابطة الدم الحقيقية التي تولد بينهم عاطفة المودة والرحمة والإخوة دون الولد المتبنى وهذا ما يثير الأحقاد والضغائن بين أفراد الأسرة الواحدة التي بنيت على أسس شرعية ثابتة لا تتغير, لذلك فالتبني هو اغتصاب صارخ للنسب لا يثبت إلا بالزواج الصحيح, ولما للتبني من علاقة وطيدة بالزنا التي حرمها الإسلام فهو لا يعترف بأي اثر من آثارها وأهمها النسب.

وعليه فالتبني عندما يولد به النسب الصوري المزيف فيه اعتداء على حق الأولاد الحقيقيين كالميراث وفيه أيضا اعتداء على إنسانية المتبنى خاصة الذي له نسب معلوم وسُلب منه فعند اكتشافه لنسبه الأصلي سيصدم نفسيا وربما تحول عبدا للعائلة التي تبنته كرها فيما بعد لإخفائهم عليه حقيقة نسبه الفعلي, وفي هذا قطع للأرحام بالنسبة له وبالنسبة أيضا للعائلة التي تبنته عندما ادخلوه بينهم.

ثانيا: التبني انتهاك للحرمات

عندما يدمج المتبنى في العائلة وتمنحه اللقب الرسمي لها يصبح كولد حقيق فيكون أخا وعما وخالا والى غير ذلك وهنا تنتج مسالة الاختلاط فيما بينهم بسبب ذلك النسب المزيف, فلو كان ذكرا لا يحل للإناث البالغات أن يتكشفن عليه بعد بلوغه وكذلك في الأنثى فانه لا يجوز لها بعد البلوغ أن تتكشف أمام الذكور البالغين, إلا أن الملاحظ في مثل هذه الحالات عدم

[1]– انظر سورة الأحزاب الآية 43.

مراعاة الأمور الشرعية لان الأسر قد جعلت هذا اللقيط ابنا لهم على المستوى العملي والرسمي.[1], فالتبني ينشأ حرمة غير موجودة بسبب علاقة النسب غير الصحيحة.

وان حدث وتزوج المتبنى بمن تحرم عليه حقيقة وفعلا كأخته الصلبية دون علمهما بحقيقة ذلك تختلط الأنساب وتنتهك الحرمات وبالتالي فساد المجتمع والأمة, والله حرم ذلك وشدد على عدم تجاوز حدوده, لقوله تعالى:"يا أيها الذين امنوا لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين"[2], لذلك جعلت الشريعة الإسلامية بدائل للتبني لإغلاق باب الحرام ولتحقيق العدالة بين بني البشر والمحافظة على قوام الفرد والأمة وهذا ما سنتعرف عليه في هذا الفرع الثالث.

الفرع الثالث: بدائل التبني.

لقد حرم الإسلام التبني لما له من آثار سلبية على الفرد والمجتمع, لان من مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم والحث على الابتعاد على كل ما يشوبها, وشريعتنا السمحاء لم تحرم شيئا إلا وجعلت بدائل له لكن في إطار شرعي يتماشى ومعالم الدين الحنيف فحرم الإسلام الربا وجعل البيع بديلا لها, كذلك حرُّم السفاح وكل نكاح شبهة, وجعل الزواج الذي يتماشى وغريزة بني البشر بديلا له .

ولما كان التبني نظام مبني على أسس فاسدة ولما يترتب عليه من آثار سلبية خطيرة من اختلاط للأنساب وتعدي للحقوق والواجبات حرمه الشرع, لكن جعل بديلا ولم يترك هؤلاء الأبناء اللقطاء, بل اوجب رعايتهم والتكفل بهم ولأنه لا ذنب لهم فنظر لهم نظرة رحمة وإنسانية وبرءهم من الجريمة التي كانت ثمرتها وجودهم في هذه الدنيا لقوله تعالى :"ولا تزر وازرة وزر

[1]– كريم شاتي السراجي, العرف وأثره في الأحكام الشرعية(التبني نموذجا), مجلة مركز دراسات الكوفة (مجلة فصيلة المحكمة), العدد 39, جامعة الكوفة, كلية الفقه, العراق 2015, ص12.

[2]–انظر سورة المائدة الآية 87.

أخرى"[1], لذلك عاملهم الإسلام معاملة الأيتام, بل الله وعد من يعتني بهم جزيل الثواب في الدنيا والآخرة لقوله تعالى:" وافعلوا الخير لعلكم تفلحون..." [2], فجعل البدائل التالية:

أولا: كفالة اليتيم

اوجب الإسلام كفالة اليتيم وحفظه ورعايته وتربيته إنقاذا له من الهلاك وإحياء للنفس البشرية.[3]لقوله تعالى :" ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا" الآية 32 من سورة المائدة,لذلك جعل الله كفالة هؤلاء اليتامى على عاتق المجتمع أولا ثم الدولة ثانيا.

فمن المقرر شرعا وقانونا عدم ترك هؤلاء في مكان يغلب فيه موتهم وهلاكهم, بل ان الشرع حث على رعايتهم والإنفاق عليهم وتعليمهم إلى سن البلوغ, ثم تامين حوائجهم بعد البلوغ وأمر الله عز وجل على حفظ أموالهم والمحافظة وتسليمها لهم عند بلوغهم, وحث على عدم قهر اليتيم وعدم المساس بكرامتهم لقوله تعالى:" فأما اليتيم فلا تقهر"[4] لكن دون إلحاقهم بنسب مزيف بل يجب إلحاقهم لنسبهم الحقيقي لقوله تعالى: " ادعوهم لإبائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا أبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم"[5]

وسنقوم بشرح مفصل للكفالة في الفصل الثاني من هذا البحث.

إلى جانب الكفالة التي الهدف منها رعاية المتبنى والإنفاق عليه وإعانته على العيش في هذه الدنيا ولان الميراث ليس من حق المتبنى باعتبار نسبه الغير حقيقي للعائلة التي تبنته, شرعت له الإعانة من أبواب أخرى كالهبة التي تكون حال حياة الواهب والوصية حال وفاته.

---

[1]–نظر سورة النجم الآية 38.

[2]– انظر سورة الحج الآية 77.

[3]– شادية الصادق حسن, المرجع السابق,ص7 .

[4]– انظر سورة الضحى, الآية 9.

[5]– انظر سورة الأحزاب, الآية 5.

ثانيا: الهبة

تعرف لغة من وهب يهب وهي من المصادر التي تحذف أوائلها وتعوض في آخرها التاء, ومعناها إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال.[1]

أما الاصطلاح فقد عرفها الحنفية على أنها "تمليك العين بلا شرط العوض في الحال" وعرفها المالكية على أنها تمليك بلا عوض والثواب الآخرة صدقه" أما الشافعية "فقد عرفوها على أنها" تمليك بلا عوض" والحنابلة قالوا بان " الهبة تمليك في الحياة بغير عوض شأنها شان الصدقة والهدية والعطية".[2]

لذلك تعتبر الهبة خيار آخر لإعانة المتبنى (الموهوب له) لحرمة استحقاقه للميراث فهي سبيل محلل شرعا, فالهبة تجوز لكل إنسان متى توفرت شروطها وأركانها خلال حياة الواهب, ويستطيع من يريد إعانة ذلك المتبنى بان يوصي له بشيء يستفيد منه بعد موته.

ثالثا: الوصية

تعرف في اللغة بمعنى التوصية مأخوذة من وصى الشيء يصي إذا اتصل ووصاه غيره يصيه وصله, والوصية في الاصطلاح هي: تمليك مضاف لما بعد الموت بطرق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع[3], وتماشى هذا التعريف مع تعريف الحنفية لها أما المالكية فقالوا" بأنها عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بهذه" والشافعية قالوا" هي تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت" والحنابلة قالوا أن الوصية "هي التبرع

[1]–فواز إسماعيل محمد, الرجع السابق, ص 9.

[2]–نسيمة شيخ, أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري(الهبة– الوصية– الوقف), دار هومة, الجزائر, ط2, 2014, ص15.

[3]– فواز إسماعيل محمد, المرجع نفسه, ص10.

بالمال بعد الموت"[1], ومتى توفرت شروطها وأركانها, كان للمتبني من خلالها عونا له وباب رزق يقتات به ويعيله في الزمن.

مما يستخلص من هذا الفرع أن هذه البدائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية ما هي إلا رحمة بهم ومن باب تعزيز رسالة الإسلام التي جاء بها نبي الله محمد (ص), القانون أيضا منع التبني ونظم أحكام خاصة بذلك المنع مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من التبني.

بالرغم من مصادقة المشرع الجزائري على العديد من الاتفاقيات التي من بينها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة1989 التي دعت إلى التبني والكفالة, إلا انه ساير الشريعة الإسلامية في تحريم التبني باعتبارها مصدر من مصادر التشريع إلى جانب العرف وهذا طبقا لنص المادة 46 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 02/27/ 2005 [2] والتي تنص على انه" يمنع التبني شرعا وقانونا" فبذلك المادة تؤكد على أن نسب الولد يلحق لأبيه لا لغيره متى توفرت أركان وشروط الزواج الشرعي حسب نص المادة 41 من نفس القانون, فالمشرع الجزائري ثابر على محاربة فكرة تحريف وتزييف الأنساب إذ انه لا يمكن إلحاق أي طفل سواء كان معلوم الأب أو مجهوله أو كان ابن زنا إلى نسب الغير ولو أبدى رضاه بذلك[3]لان ذلك يعتبر تعديا على ألقاب الغير وأكد القضاء الجزائري في عدة مناسبات متعلقة بحالات التبني على هذا, إذ أصدرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلغاء التبني لكن قد يعرض موضوع التبني على القاضي الوطني من طرف أجانب يتيح لهم قانونهم الداخلي ممارسة فعل التبني ,أيضا بالنسبة لعلاقة المرسوم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب وأحكام التبني الذي منع قانونا تماشيا مع الشريعة الإسلامية لذلك انقسمت الآراء في من يعتبر ذلك تبنيا ومخالفا لأحكام الشرع في من يعتبر غير ذلك. ولما كان موقف المشرع تحريم التبني

---

[1]–نسيمة شيخ, المرجع السابق, ص179.

[2]– الامر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتتم للقانون 84-11 المؤرخ في09/06/ 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية, عدد15, لسنة 2005.

[3] – امال علال, المرجع السابق, ص52.

وفقا للشرع أبطل فعل التبني ونص على عقوبات لكل من يدلي بشهادة زور فيما يخص ميلاد شخص ما أمام ضابط الحالة المدنية.

وفي هذا المبحث سيتم التطرق لكل هذا تباعا.

المطلب الأول: منع التبني

جاء تحريم التبني واضحا عند المشرع الجزائري لكن قد يعرض على القاضي الجزائري أثناء تأديته وظيفته ملف يحتوي على قضية تبني يكون أطرافها أجانب فإلى أي قاعدة إسناد يلتجأ القاضي لمعرفة القانون الواجب تطبيقه. خلال تعديل القانون المدني كان الحل في المادة 13 مكرر منه

وفي المرسوم التنفيذي رقم 24/92 اوجد المشرع من خلاله نوع من الحماية للمكفول بمنحه لقبه لتسهيل عليه عملية الاندماج في المجتمع.

من خلال هذا المطلب سنتطرق للمركز القانوني للمرسوم ومضمون ما جاءت به المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني من أحكام تحريم التبني في القانون الجزائري

الفرع الأول: مضمون ما جاءت به المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري.

لقد نصت المادة 46 قانون الأسرة صراحة على تحريم التبني, إذ يفهم من هذه المادة انه لا يمكن للإفراد إبرام عقد التبني ولا يجوز للقاضي أو الموثق إبرامه والإذن به إذ أن هذه المادة جاءت على إطلاقها لكونها استثناء, إذ أن حتى الأجانب المقيمين على الإقليم الجزائري والذين يسمح لهم قانونهم الداخلي بالتبني غير جائز لهم المطالبة بذلك أمام القاضي الجزائري.[1]

لكن هذه القاعدة لم تبقى على إطلاقها بل أصبحت نسبية وهذا على اثر تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 05-10 المعدل والمتمم له, إذ أصبح القاضي الجزائري, يأذن بالتبني ويبرم عقد التبني, لكن بشروط, وان هذه الشروط واردة ضمنيا في نص المادة 13 مكرر 01

[1] – امال علال, المرجع السابق, ص53.

لكونها وردت في الفصل الثاني المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان, فهي قواعد إسناد تبين القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي الداخلي, عندما يكون احد أطراف النزاع أو طرفي النزاع أجنبي على الإقليم الجزائري إذ أن مضمونها نص على أن صحة انعقاد التبني يخضع إلى قانون جنسية كل من طالب التبني والمتبني وقت إجراءه, فالقاضي الداخلي يأذن بالتبني حسب ما يسمح به قانون جنسية الأطراف, فان كان قانون جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني فان القاضي الداخلي يرفض طلب التبني, وعليه فان هذه المادة تطرح عدة احتمالات أما القاضي الداخلي الجزائري[1] وهي:

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

2- في حالة ما إذا كان قانون جنسية طالب التبني يسمح التبني, وقانون جنسية المتبني لا يسمح بذلك مثل: طالب التبني شخص تونسي والمتبني قاصر من جنسية جزائرية, فان القاضي الجزائري برجوعه إلى المادة: 46 من قانون الأسرة يجد " لا يؤذن بالتبني" إذن لا بد من احترام مضمون المادة 46 من قبل القاضي الداخلي.

3- في حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبني يسمح بالتبني, في حين قانون جنسية طالب التبني لا يسمح له بذلك, فان القاضي الجزائري لا محال يرفض الإذن بالتبني.

وعليه يستنتج انه " ما دامت المادة 13 مكرر 01 تعتبر من قواعد الإسناد التي تلزم القاضي الداخلي عندما تكون الأطراف أجنبية بالبحث عما إذا كانت القوانين الداخلية الأجنبية تسمح أو لا تسمح بالتبني, وانه مادامت المادة 46 من قانون الأسرة تمنع التبني فان هذا المنع يحترم من طرف القاضي الجزائري لكون المنع في هذه المادة منصب على الجزائريين ولا يمتد إلى غير الجزائريين غير أنه مادام التبني يخالف النظام العام فإن القاضي الجزائري لا يأخذ به.[2]

[1] - امال علال, المرجع السابق ,ص53-54.

[2] -آمال علال, المرجع السابق, ص53,54.

الفرع الثاني: مركز المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام التبني.

لقد أثار المرسوم التنفيذي 92-24 المؤرخ في 1992/01/13 المتمم للمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب ضجة كبيرة أثناء وبعد صدوره إذ ذهب البعض واغلبهم من غير المختصين إلى إنكار هذا المرسوم ومعارضته والدعوة إلى إلغاؤه وعدم دستوريته بدعوى انه خطوة نحو التبني الممنوع شرعا وقانونا.[2] فيما اعتبره آخرون غير ذلك.

إن هذا المرسوم طرح عدة تساؤلات لدى المختصين في القانون وكذلك لدى عامة المجتمع الجزائري متسائلين ما إذا كان هذا المرسوم متعلق بإعطاء اللقب للمكفول من قبل الكافل يؤدي إلى إلحاق النسب أم لا؟

بمعنى هل يعتبر هذا الإجراء بمثابة تبني أم يبقى دائما في نطاق الكفالة؟

أولا:الفريق الذي يعتبر تغيير اللقب في إطار المرسوم 24/92 تبنيا:

وهي الفئة التي رفضت تطبيقه على ارض الواقع عند صدوره لكونهم كيفوا هذا المرسوم تبنيا بطريقة غير معلن عنها صراحة, ذلك لان فيه تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول مجهول الأب, مع العلم أن ضابط الحالة المدنية يعطي لهذه الفئة مجهولة الأبوين الأسماء وتسجل في سجلات الحالة المدنية. أما الولد معلوم الأم مجهول الأب فان اللقب يكون بلقب الأم, وعليه يرون أن المصادقة على طلب تغيير اللقب فيه تغيير في النسب وإلحاق نسب ولد إلى نسب شخص جديد, وهذا يرجعنا إلى العصر الذي كان فيه العرب في الجاهلية يبيحون التبني ويرون أن مثل هذه الحالة تؤدي إلى اختلاط الأنساب, وفيه تعدي على اللقب العائلي لعائلة أخرى.

2- صالح حمليل, المركز القانوني للمكفول قي قانون الاسرة الجزائري والمرسوم التنفيذي 92-24, مجلة الحقيقة, العدد الاول, جامعة ادرار, الجزائر, 2012, ص193.

كما أنهم يبرزون أن مضمون هذا المرسوم يحمل في طياته تناقض مع أحكام المادة 120 من قانون الأسرة: " أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وان كان مجهول النسب, تطبق عليه أحكام نص المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

إذن هذا الفريق يؤكد على ضرورة احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي وبالتالي استبعاد تطبيق هذا المرسوم والاحتكام إلى أحكام الشريعة الإسلامية.[1]

ثانيا:الفريق الذي لا يعتبر محتوى هذا المرسوم تبنيا بل يبقى دائما في إطار كفالة:

وهو الرأي السائد حاليا وبموجبه أزال الغموض واللبس وعليه فإنهم يرون ضرورة للاستجابة إلى هذه الطلبات والمتعلقة بتغيير اللقب وبدون أي تخوف, إذا اعتمد هذا الرأي في حجته على, نص المادة 05 مكرر من المرسوم السالف الذكر والتي تقتضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد وكل العقود ومستخرجات الحالة المدنية, أين استخلص من هذا الرأي ومن هذه المعطيات أن اللقب الأصلي يبقى دائما محفوظ وان هذا الاسم هو إضافي فقط وهو حق استعمال شخصي له لأنه لا يمكن إخفاء الاسم الأصلي عند إبرام عقد الزواج, ولا يمكن استعماله في الميراث, ومن ثمة رأوا أن هذا المرسوم هو حفظ لكيان ونشأة الطفل داخل المجتمع ومكمل لنصوص الكفالة لا أكثر ولا اقل, إذا لا يلحق بموجبه النسب للكافل, ومن ثمة فان موانع الزواج لا تتقرر بموجب هذا اللقب, إذ انه يمكن للكافل أن يتزوج بمن كفلها حسب مقتضيات قانون الأسرة, بل يبقى حقه في الإرث وموانع الزواج قائمة مع عائلته الشرعية إذا كان معلوم الأم.

الفرع الثالث: بعض قرارات المحكمة العليا حول التبني.

صدرت عن المحكمة العليا عدة قرارات تبطل التبني والتي من بينها القرار الصادر بتاريخ 1987/01/26, ملف رقم 44571. حيث أن الطاعنة التي تطالب بعقد التخلي عن البنت (دليلة) التي هي البنت الشرعية للمطعون ضده (ج.ر) ولا توجد أي قرابة تربطها بالمطعون ضدها سواء بالنسب أو المصاهرة حتى تطالب بالحضانة.

[1]– خليف جاب الله, المرجع السابق, ص 22,23.

حيث أن المادة 106 من القانون المدني التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين فيما يخص آثار العقد.

حيث أن المادتين 96 و97 من نفس القانون تنصان من حيث محل العقد انه يجب أن يكون من الأمور الجائز قانونا التعامل فيها وإلا بطل العقد, واعتبارا بان التنازل عن الشخص لشخص آخر يعتبر من الأمور المخالفة للنظام العام.

ومتى تبين في قضية الحال أن محل العقد مما لا يجوز التعامل به شرعا وهو التبني الذي تطالب به الطاعنة ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

كذلك القرار ملف رقم 122761 الصادر بتاريخ 28 جوان 1994 الذي أكد أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب,فالطاعنة عندما أقامت دعواها أمام القاضي الأول طالبة إبطال التبني الذي أقامه زوجها المرحوم (م.م) للمطعون ضده منذ ولادته في 1966/11/01 وسجله بالحالة المدنية على انه ابنه مع كونه ابن أخ (ح.ع.ق) وزوجته (س.ف).

ومتى تبين في قضية الحال ان المدعى عليها (ح.ف) اعترفت أمام قضاة الموضوع وأقرت بان الدعوى المدنية صحيحة وان الولد لم يكن ابنا شرعيا للمرحوم (م.ع) بل سجله على اسمه كمتبنى وأنكرت على المدعية إخراجه من الميراث الذي تركه (م.ع) .

حيث انه من المقرر شرعا بان التبني باطل بنص القران الكريم " ادعوهم لآبائهم....." الآية (5) من سورة الأحزاب.

كما أن المادة 46 من قانون الأسرة منعت التبني شرعا وقانونا.

[1]– المجلس الأعلى, غرفة أحوال شخصية, 1987/01/26, ملف رقم 44571, مجلة قضائية, عدد4, 1992,ص52, عن لحسين بن شيخ آث ملويا, المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014), دار هومة, الجزائر, ب ط, 2014, ص111.

حيث أن المادة 47 من الأمر 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية.

حيث انه من المقرر قانونا أن إبطال العقود الخاطئة (شهادة الحالة المدنية) عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها يقدم الطلب إما بصفة أصلية أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع الذي تناول العقد...بالبطلان.

بذلك فان قضاة الموضوع قد اخطئوا في تطبيق القانون, متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. [1]

قرارا ملف رقم 103232 الصادر بتاريخ 1995/05/02 الذي أكد فيه الطاعنون إبطال التبني الذي أقامه المرحوم (ط.م) للمدعو (ط.ن) المولود في مارس 1968.

- حيث أن الدعوى كيفت على أنها دعوى نفي نسب عندما طبقوا قاعدة الولد للفراش

- حيث انه من المقرر قانونا أن قاعدة الولد للفراش لا تطبق إلا في حالة إثبات نسب.

- حيث أن قضاة الموضوع لما قضوا بإلغاء الحكم القاضي بإلغاء التبني بالرغم من تقديم الطاعنين محضر شهادة الشهود المؤرخ في 1985/12/24 وناقشوا الدعوى كأنها دعوى نفس نسب بالرغم من أنها دعوى إبطال التبني قد اخطئوا في تطبيق القانون.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. [2]

كذلك قرار رقم 234949 الصادر بتاريخ 2000/01/18 قضيته (ح.ع.ق) ضد

(د.ح.ه) الذي أكد على إبطال التبني وفي نفس الوقت إبطال عقد الميلاد, باعتباره عقد مزور طبقا للمادة 47 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية.

---

[1]-محكمة عليا, غرفة أحوال الشخصية,1994/06/28, 122761, عدد خاص, 2001, ص156-157, عن لحسين بن شيخ آث ملويا, المرجع السابق, ص112.

[2]-محكمة عليا, غرفة أحوال شخصية, 1995/05/02, 103232, مجلة قضائية, عدد 02, 1995, ص 100, عن المرجع نفسه, ص 112.

حيث انه من المقرر قانونا أن إبطال العقود الخاطئة (شهادة الحالة المدنية) عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها يقدم الطلب إما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر في سجل في العقد وإما بصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع الذي تناول العقد المشوب بالبطلان.

ومتى تبين في قضية الحال, الطاعن قدم أمام القضاء الموضوع شاهدين ذكرا بان المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة سنة 1997 وبذلك فان قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف رسميا اخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قراراهم للقصور في التنسيب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. [1]

كذلك القرار الصادر عن الغرفة الجنائية ملف رقم 183365 الصادر بتاريخ 2000/07/25 الذي أكد على ما قضت به الشريعة الإسلامية التي لا تعترف إلا بالنسب الشرعي (الولد للفراش) وأنها لا تعترف خارج النسب الشرعي لا بالنسب بالتبني ولا بالنسب الطبيعي.

– حيث أن قضية الحال ا ناب المتبنى الطاعن (س.س) الذي طالب بالنسب ومن ثم تأسيسه كطرف مدني للمطالبة بالتعويض.

– حيث انه من المقرر قانونا أن حق النسب من الحقوق المحمية شرعا وقانونا.

ومتى تبين ذلك فطعن (س.س) غير مؤسس قانونا مما يتعين رفض الطعن شكلا لعدم وجود صفة التقاضي. [2]

كذلك القرار ملف رقم 246924 الصادر بتاريخ 2000/11/21 قضيته أن السيد

(ر.ب) تبنى الطفل (س.ف) عمره ثمانية أشهر بتاريخ 1979/06/17.

---

[1]– آمال علال, المرجع السابق, ص52.

[2]– محكمة عليا, الغرفة الجنائية, 2000/07/25, ملف رقم 183365, مجلة قضائية, عدد2, لسنة 2000, ص 189 عن لحسين بن شيخ آث ملويا, المرجع السابق, ص113.

– حيث أن السيد (ر.ب) قام بالتصريح أمام ضابط الحالة المدنية على انه ولد له ولد ابن ذكرا.

– حيث أن ما قام به هذا الأخير يعتبر تبنيا.

– حيث أن التبني محرم بالشرع والقانون.

حيث أن قضاة الموضوع أصابوا في تكييف القضية أنها قضية تبني. إلا أنهم لم يبطلوا ذلك التبني بإلغاء شهادة الميلاد. ومتى كان ذلك وجب نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس. [1]

– كذلك القرار ملف رقم 259953 الصادر 2001/06/20 قضية (س.م) ضد (س.ع).

– حيث أن نسب المطعون ضده (س.ع) ثابت للمرحوم (س.م) بناءا على وثائق الحالة المدنية(شهادة ميلاد المطعون ضده).

حيث انه من المقرر قانونا أن النسب له قواعد إثبات خاصة ولا يقوم عقد الميلاد حجة أما شهادة الشهود لأنه مجرد تصريح يمكن أن يكون خاطئا أو غير صحيح من طرف من صرح به أمام ضابط الحالة المدنية ويمكن إبطاله بأي وسيلة بما فيها شهادة الشهود.

حيث أن المادة 46 من الأمر 70–20 المتعلق بالحالة المدنية والمؤرخ في 02/19/ 1970 تنص على الحالات التي تبطل فيها عقود الحالة المدنية.

ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع اعتبروا أن شهادة ميلاد المطعون ضده تثبت نسبه قد اخطئوا في تطبيق القانون رغم إقرار هذا الأخير على انه ليس ابن شرعي للطاعن (س.م) وان نسبه معروف.

[1]–محكمة عليا, غرفة أحوال شخصية,2000/11/21, ملف رقم 246924, عدد 2, لسنة2001, ص298–299, عن المرجع نفسه, ص114.

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

كذلك القرار الصادر بتاريخ 2012/11/14 ملف رقم 761943 قضيته ورثة(ز.ف) ضد (ب.س) المتعلقة بإسقاط نسب المدعى عليها من المرحوم (ب.م)و (ز.ف) وإلحاق نسبها بوالدها (ز.س) وأمها (د.س).

حيث انه من المقرر قانونا وشرعا أن الإقرار بالبنوة المجرد الذي ليس فيه تحصيل النسب على الغير يثبت به النسب ويكون ذلك حجة على المقر ولو ثبت بطريق آخر خلاف ذلك وهو بعد الإقرار لا يتحمل لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية وتحت أي ادعاء بالتبني أو بغيره سواء من المقر نفسه أو ورثته بعد وفاته لما ترتب عن ذلك من حق الولد في النسب وبالتالي فطالما أن المرحومة (ز.ف) قد أقدمت رفقة زوجها على تسجيل المطعون ضدها والتي وردت خالية من أي إشارة إلى التبني الذي ادعاه الطاعنين فان ذلك يعد منها إقرار بالبنوة لا بالتبني ويعد حجة عليها حال حياتها وبعد وفاتها.

ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع بقضائهم إجراء الخبرة والمصادقة عليها قد اخطئوا في تطبيق القانون.

ومتى تبين ذلك وجب نقض القرار المطعون فيه. [2]

المطلب الثاني: إبطال التبني والتكييف الجزائي له وبدائله في التشريع الجزائري.

التبني محرم في الشريعة الإسلامية بالكتاب والسنة لظلك لا يترتب أي اثر لعدم وجوده أصلا , كذلك هو الشأن في القانون الجزائري ليس له شروط ولا آثار. لذلك نجد المشرع الجزائري في كثير من القرارات التي تحتوي في مضمونها على إبطال التبني وآثاره , لكن لا

[1]–محكمة عليا, غرفة أحوال شخصية, 20 يونيو 2001, ملف رقم 259953, مجلة قضائية, العدد1, لسنة 2004, ص 262, عن لحسين بن شيخ آث ملويا, المرجع السابق, ص 115.

[2]– محكمة عليا, غرفة شؤون الأسرة والمواريث, 2012/11/14, ملف رقم 761943, مجلة المحكمة العليا, قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية, العدد2, لسنة 2013,ص 284 إلى 287.

يجود هناك دعوى إبطال التبني بنص قانوني, والمشرع من اجل تجنب اللجوء له بالحيل القانونية اوجد بديل له في إطار شرعي ولكن لم ينص صراحة على تحريم فعل التبني.

لذلك سندرس في هذا المطلب كيفية إبطاله وبدائله في القانون الجزائري.

الفرع الأول: كيفية إبطال التبني والتكييف الجزائي له.

بعد تفحص النصوص القانونية يتضح انه لا توجد من الناحية النظرية دعوى تسمى إبطال التبني. لكن يتلخص عمليا أن المحاكم تصدر أحكام بإبطال التبني وهو الشيء الذي يؤكد وجود دعوى إبطال التبني كمصطلح, إذ ورد في هذا القرار دعوى إبطال التبني, ملف رقم 122761 قرار بتاريخ 1994/06/28 قضية (ف.ف) ضد (م.و) دعوى إبطال تبني لإخراج المطعون ضده من الميراث. الحكم برفض الدعوى في تطبيق القانون.[1]

ومتى تبين في قضية الحال أن المدعى عليها اعترفت بان المطعون ضده ليس ابنا شرعيا للمرحوم بل سجله على اسمه كمتبنى وأنكرت إخراجه من الميراث.

حيث انه مقرر شرعا وقانونا أن التبني ممنوع.

حيث انه من حق المدعية إخراج المطعون فيه من الميراث.

حيث أن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني على أساس أن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبنى اخطئوا في تطبيق القانون.

حيث أن المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أن التبني محرم شرعا وقانونا.[2]

حيث أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي نسب ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

لذلك سندرس دعوى إبطال التبني كالآتي:

---

[1]–امال علال المرجع السابق, ص 99.

[2]–المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02.05 المؤرخ في 2005/02/27.

أولا: دعوى إبطال التبني.

يستوجب القانون شروط وإجراءات لمباشرة الدعوى القضائية. ولان دعوى إبطال التبني من الدعاوى القضائية وجب علينا التطرق إلى كيفية مباشرة هذه الدعوى كالآتي:

1- أطراف الدعوى: ميز المشرع من خلال المادة 13 من القانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية بين الشروط الشكلية والموضوعية لقبول الدعوى بحيث أبقى على الشرطين الشكليين وهما الصفة والمصلحة بينما أحال الأهلية بوصفها شرطا موضوعيا إلى المادة 64 من نفس القانون.[1]

ولان دعوى التبني تشترط كغيرها من الدعاوى توفر الصفة والمصلحة في كلا من المدعي والمدعى عليه فهي من الأمور التي تدخل في النظام العام لذلك نجد النيابة العامة[2]طرف أصلي فيها, وفي قضية الحال تتكون الدعوى من طرفين المدعي والمدعى عليه والنيابة العامة, فقضية الحال تتعلق بدعوى إبطال تبني وإخراج متبنى من الميراث.

لذلك لكل من له مصلحة في القضية من حقه الدفع به أمام القضاء.

2- المحكمة المختصة وسلطتها في النظر في الدعوى:

عملا بأحكام قانون الأسرة لا سيما 46 منه فان الاختصاص النوعي يؤول إلى جهات القضاء المدني, قسم الأحوال الشخصية أما الاختصاص المحلي فهو خاضع إلى القواعد العامة في الاختصاص حيث أن رافع الدعوى يرفع عريضيته محددا الوقائع والطلبات ومؤيدا بذلك بالحجج و الأسانيد[3] , هذا كدعوى أصلية وهذا ما جاء في ملف رقم 122761 قرار بتاريخ 1994/06/28 القضية التي رأيناها سابقا.

---

[1]-عبد الرحمان بربارة, شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية(قانون رقم 08-09 مؤرخ في 2008/02/23, منشورات بغدادي, الجزائر, الطبعة الأولى, 2009, ص33.

[2]-تنص المادة 3 مكرر من الأمر05-09 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الصادر بتاريخ 2005/02/27:"تعد النيابة العامة طرف أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

[3]-تنص المادة 15من ق. إ. م. إ الجديد على وجوب الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

أو الدفع أثناء سير الدعوى, فالقاضي بعد عرض النزاع عليه التأكد من صحة الإجراءات, يباشر إجراءات التحقيق مستعينا بشهادة الشهود مثلا, أو يستعين بالتقارير الطبية إذا كانت تثبت عقم الزوجين أو الاستعانة بالطرق العلمية كاللجوء إلى ADN أو إقرار المتبني.

أما سلطة القاضي في النزاع فهي لا تتحدد في إبطال التبني فقط بل في إبطال عقد الميلاد الذي أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/01/18 ملف رقم 234949 السالف الذكر الذي أكد على ضرورة إبطال عقود الميلاد الباطلة بعد إبطال التبني.[1]

3- قابلية أحكام التبني للطعن: إن الأحكام الصادرة عن محكمة الدرجة الأولى في هذه المسالة هي ابتدائية وليست نهائية فيمكن الطعن فيها بالطرق العادية بالمعارضة والاستئناف والطرق الغير عادية كالطعن بالنقض والتماس إعادة النظر.[2]

ثانيا: التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له.

1- التكييف الجزائي: على الرغم من أن الفعل الذي يقوم به الشخص القائم بالتبني يكون في حد ذاته مساس بالنظام العام, لأنه يحدث نزاعات عرقية وعائلية داخل المجتمع لكون هذا الطفل المتبني يعتبر دائما دخيلا على الأسرة الحاملة للقب العائلي الذي اعتدى عليه والذي يعتبر تعديا على حقوق الغير المتجسد في التعدي على لقب الغير, لكون اللقب تشترك فيه عدة عائلات. إلا أن المشرع الجزائري لم يجرم هذا الفعل بحد ذاته, لكن بالرجوع إلى طبيعة هذا الفعل نجده يكون في عناصره نوع من التحايل على القانون ويتمثل في ذلك الإقرار والإدلاء بالتصريحات لدى ضابط الحالة المدنية غير مطابقة للحقيقة بدليل أن الطفل ليس ابن شرعي وعلى هذا الأساس فانه يمكن تكييفه بعد الرجوع إلى نص المادة 34 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أن كل شخص ورد ذكره في الوثيقة ولم تكن تصريحاته حقيقية يتعرض للعقوبة المنصوص عليها في نص المادة 217 من قانون العقوبات.

---

[1]- أمال علال, المرجع السابق, ص100.

[2]- المرجع نفسه, ص101.

2- العقوبة الجزائية المقررة لفاعل التبني:

تنص المادة 217 من قانون العقوبات الجزائري على انه: " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 1000 دينار جزائري كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم انه غير مطابق للحقيقة".

من خلال نص المادة 217 فالمشرع جرم التصريح الخاطئ أو المزور أمام ضابط الحالة المدنية عند تسجيل طفل (مولود جديد) فيعاقب من أدلى بالتصريح المزور بعقوبة مالية تتمثل في الغرامة التي حددت من 500 إلى 1000 دينار جزائري وبعقوبة بدنية وهي السجن من سنة إلى خمس سنوات, فالمشرع كيف الإدلاء المزور بأنه جنحة وشدد العقوبة المقررة لها.

الفرع الثاني: بدائل التبني في القانون الجزائري

لقد ساير المشرع الوطني الشريعة الإسلامية في منع التبني, لما هذا الأخير من مقاصد الشريعة في المحافظة على عدم اختلاط الأنساب وانتهاك الحرمات لذلك حرم التبني وشدد العقوبة على من يدعي نسب ولد معلوم أو مجهول نسب أو ابن زنا عند التصريح أما ضابط الحالة المدنية المكلف بتسجيل عقود الميلاد ما إذا كان التصريح خاطئ أو في غير محله.

لذلك اوجد المشرع بدائل عن التبني وهذه البدائل أيضا مستمدة من الشرع من خلالها يمكن تامين حماية للقاصر الذي هو في حاجة إلى رعاية عندما يكون خارج الإطار الأسري الحقيقي له لذلك كانت الكفالة الراعي الرسمي لحماية فئة الأطفال المهمشين اسريا والذين ولدوا في ظروف خارجة عن المنحنى الطبيعي لكل إنسان كالأطفال المجهولي النسب أو اللقطاء وحتى معلومي النسب لكن بسبب ظروف خاصة تعرضوا لها وجبت كفالتهم, لذلك المشرع الجزائري عندما منع التبني, اقر نظام الكفالة كبديل له وقد مر هذا النظام على مرحلتين:

المرحلة الأولى: من سنة 1984 قبل تعديل قانون الأسرة, نص المشرع الجزائري على أحكام الكفالة في المواد من 116 إلى المادة 125 منه.

المرحلة الثانية: في 13 جانفي 1992 عندما صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-24 والمتعلق بتغيير اللقب, إذ يجيز للشخص الذي كفل في إطار كفالة ولدا "قاصرا" مجهول النسب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم الولد ولفائدته وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي.[1]

وسنتناول أحكام الكفالة بالشرح والتفصيل من خلال الفصل الثاني من هذا البحث.

[1]-خليف جاب الله, المرجع السابق, ص28.

ملخص الفصل الأول:

التبني هو أن يتخذ الرجل ولدا ليس من صلبه ابنا له ويلحق نسبه إليه ويثبت له أحكام البنوة من ميراث وحرمة المصاهرة سواء كانوا معلومي النسب أو مجهوليه.

هو نظام قديم كان ينصب على القصر دون سواهم وينشأ علاقة مسؤولية مباشرة بين المتبني والمتبنى من خلال رعايته والإنفاق عليه كابن حقيقي.

يتميز عن باقي الأنظمة المشابهة له كالإقرار بالنسب أن هذا الأخير لا ينشأ نسبا بينما التبني ينشأ نسبا جديدا, أما الحضانة فهو يلتقي معها في الهدف منهما وهو حماية الولد القاصر.

وقد حرُّم التبني في الشريعة الإسلامية بالكتاب والسنة لما فيه من حكمة جليلة وهي الحفاظ على المجتمع والفرد لان فيه اعتداء على الأنساب وانتهاك للحرمات, لذلك استبدل بالكفالة ووافق المشرع الجزائري على ذلك التحريم وسار عليه بتصريح المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني:

احكام الكفالة في الفقه وقانون الاسرة الجزائري

الفصل الثاني:أحكام الكفالة في الفقه وقانون الأسرة الجزائري

ساير القانون الجزائري الشريعة الإسلامية في تحريم التبني وهذا ما هو ثابت بنص المادة 46 من قانون الأسرة, لكن اقتضت الضرورة مقابل ذلك التحريم إيجاد بديل له لأجل حماية شريحة معينة من المجتمع التي كانت نتيجة خطأ خارج عن إرادتها في ارتكابه وهي فئة مجهولي النسب واللقطاء الذين كانوا ضحايا التصرفات اللامسؤولة من الأشخاص.

وهذا البديل كان تقرير الكفالة التي جاء بها الشرع قبل التشريع وهذا الأخير نص عليها في المواد من 116 إلى المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري.

ولمعرفة هذا النظام الذي استبدل به التبني يمكن طرح الإشكاليات التالية: ما هو مفهوم الكفالة؟ وما هي الإجراءات المتبعة فيها؟ وما هي آثارها وكيف تنقضي؟

المبحث الأول: مدخل إلى عقد الكفالة

قررت الكفالة كنظام اجتماعي إنساني من اجل حماية الأطفال مجهولي النسب واللقطاء الذين ولدوا دون مأوى لهم, وباعتبار حاجتهم الضرورية لحنان الأسرة الذي حرموا منه دون ذنب, اهتم به التشريع تماشيا مع الدين الإسلامي الحنيف.

ويأخذ مفهوم الكفالة بالمعنى الواسع الرعاية, لان هذه الرعاية الخاصة تستوجب توفر شروط وأركان وإجراءات معينة يتم إتباعها خلال إبرام هذا العقد الإنساني, لذلك في هذا المبحث سنتطرق لكل تلك الجوانب من عقد الكفالة. فما هو عقد الكفالة؟ ما هي شروط وأركان انعقاده؟ وما هي الإجراءات التي اوجب المشرع إتباعها فيه؟

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

يأخذ مصطلح الكفالة عدة معاني بين اللغة والاصطلاح فهي تعني الضم والضمان, وفي هذا المبحث سندرس مفهوم الكفالة من ناحية تولي شؤون القاصر الذي حرم من أسرته. لذلك استوجبت تلك الولاية عليه شروط حددها المشرع إلى جانب الشرع وسنتعرف عليها في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فروع كالآتي.

الفرع الأول: تعريف الكفالة

جاءت الكفالة البديل الشرعي للتبني لذلك وجب التعريف بها لما لها من شبه به من حيث مفهوم وهدف الرعاية للقاصر, لذلك نجدها تتميز بخصائص تميزها عن غيرها من المصطلحات الواسعة في الرعاية. ومن خلال هذا الفرع سنتطرق إلى التعريف بها وتميزها عن ما يشبهها وبماذا تتميز عن باقي الأنظمة الأخرى في الحماية الخاصة بالقصر؟

أولا: تعريف الكفالة.

1- تعريفها: للكفالة معنيين لغوي واصطلاحي.

أ- **المعنى اللغوي للكفالة:** تركيبها دال على الضم والتضمن.يقال: كفل المال وبالمال يكفل – من باب نصر وضرب- كفلا وكفولا وكفالة, وتكفل به كلمه: ضمنه واكفله إياه وكفّله: ضمّنه. فالكفالة هي: الضم والضمان والتضمّن في اللغة.[1]

والكافل: العائل, كفله يكفله وكفّله إياه. وفي التنزيل العزيز: (وكفّلها زكريا). سورة آل عمران الاية37. وقد قرئت بالتثقيل ونصب زكريّا وذكر الاخفش " انه قرئ وكفلها زكريا, بكسر الفاء, وفي الحديث الشريف:" أنا وكافل اليتيم لهاتين في الجنة له ولغيره" والكافل: القائم بأمر اليتيم المربى له, وهو الكفيل الضمين والضمير في له ولغيره راجع إلى الكافل أي أن اليتيم سواء أكان الكافل من ذوي رحمة وانساب هاو كان أجنبيا لغيره تكفل به وقوله كهاتين" إشارة إلى إصبعيه السبابة والوسطى: ومنه الحديث الرّاب: كافل. الرّاب: زوج أم اليتيم لأنه يكفل تربيته ويقوم بأمره مع أمه. أيضا في تفسير (وكفلها زكريا) هنا يعني أن المسالة جاءت من أعلى, انه الرب الذي تقبل بقبول حسن وهو الذي أنبتها نباتا حسن, إذن فرعاية زكريا لها جاءت بأمر من الله والدليل ما حدث عند كفالة مريم, اجتمع كبار القوم رغبة في كفالتها واجروا بينهم قرعة من اجل ذلك فالناس تكون قد خرجت من مراداتها المختلفة إلى مراد الله. [2]

---

[1]- الطيب مبروكي, الكفالة في الفقه الإسلامي, جامعة المدينة العالمية, كلية العلوم الإسلامية, شاه علم, ماليزيا, ص1, عن Tayeb.mebrouki@medu.my

2- محمد متولي الشعراوي, تفسير الشعراوي الخواطر, مطابع أخبار اليوم, 1997, الجزء 03, ص1439.

وفي الحديث وفد هوازن: وأنت خير المكفولين: يعني رسول الله صلى الله عليه وسلم أي خير من كُفِل في صغره وارّضع ورُبي حتى نشا, وكان مسترضعا في بني سعد بن بكر والكافل والكفيل: الضامن والأنثى كفيل أيضا, وجمع الكافل كفّل, وجمع الكفيل كفلاء, وقد يقال للجمع كفيل كما قيل في الجمع صديق وكفلّها زكريا, أي ضمّها إياه حتى تكفل بحضانتها ومن قرأ: وكفلها زكريا فالمعنى ضمن القيام بأمرها.[1]

ب- المعنى الاصطلاحي للكفالة: تعرف بالاصطلاح على معنيين: معنى حسب القانون المدني وآخر في باب النيابة الشرعية في قانون الأحوال الشخصية.

1- تعريفها في القانون المدني: عرفتها المادة 644 من القانون المدني على أن: " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"[2], والكفالة في القانون المدني تعني الضمان وهو نوع من أنواع التامين.

2- تعريفها في قانون الأسرة: عرفتها المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري على أنها:" الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي.[3]

تعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء أكان معلوم أو مجهول النسب.[4]

1- وسيلة نامة, المركز القانوني للابن غير الشرعي, مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص(أحوال شخصية), جامعة الشهيد حمى لخضر بالوادي, كلية الحقوق والعلوم السياسية, قسم الحقوق, الجزائر, 2014-2015, ص105.

2- نبيل صقر, القانون المدني (أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم وفقا لأحدث التعديلات)

3- انظر المادة (116) من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02,مرجع سابق الذكر.

4- امال علال, المرجع السابق, ص31.

وقد اعتبر الفقه الإسلامي الكفالة التزام شخص يصدر عن الكافل سواء أكان رجلا أو امرأة, لأنها تبرع منه مما يضفي عليها صبغة قانونية ودينية يبتغى بها وجه المولى عز وجل وعليه لا يستطيع إلزام غيره بها, لو كان زوجه مما يعني أن كفالة الزوجين للطفل يتطلب موافقتهما معا في الشريعة الإسلامية. إذن فكفالة الطفل الذي فقد رعاية والديه ممكنة من قبل الأشخاص والأسر في الشريعة الإسلامية مع مراعاة مصلحة المكفول في كل ذلك وهي عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة.[1]

ثانيا: خصائص الكفالة.

إن الكفالة تتميز بعدة خصائص تميزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها لذلك فهي تتميز بأنها:

1- الكفالة هي عبارة عن نظام بديل عن التبني, أراد المشرع من خلال وضعه الوصول إلى هدف اجتماعي سامي والمتمثل أساسا في محاولة توفير جو عائلي للأولاد المحرومين من الرعاية الأسرية وعلى رأسهم اللقطاء ومجهولي النسب, وذلك بجعل ولي أمر يتولى شؤونهم ورعايتهم وتربيتهم تربية صالحة.

2- الكفالة هي عبارة عن عقد ذو ثلاثة أطراف هم: الكفيل, والمكفول والشخص أو الهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكفيل أما الموثق أو المحكمة.

3- الكفالة التزام تبرعي من طرف الكفيل بدون مقابل.

4- الكفالة تضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي والذي يترتب عليه حقوق والتزامات متبادلة محددة وفقا للأحكام التي تحكم علاقة الأب بابنه. [2]

1- نور الهدى عنتير, الكفالة في قانون الاسرة الجزائري, مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الليسانس, قانون خاص, جامعة قاصدي مرباح, ورقلة, كلية الحقوق والعلوم السياسية.الجزائر, 2013-2014, ص9,

2- وسيلة نامة, المرجع السابق, ص 122.

5- الكفالة لا تقوم إلا إذا أبرمت أمام الجهات القضائية أو الموثق وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري.

6- الكفالة ليست أبدية بل تسقط وتنتهي لأسباب معينة ومحددة.

7- الكفالة تحافظ وتحمي الأنساب إذ أن المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة.

8- الكفالة تحافظ وتحمي الحقوق الميراثية وتمنع التعدي على حقوق التركة إذ لا يحق للمكفول ميراث فيها بل أن يحصل المكفول على هبة أو وصية من قبل الكافل.[1]

الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها

الكفالة كمصطلح للدلالة على الرعاية والحماية لقاصر حرم من حنان أسرة تضمنه, هناك من الأنظمة من تشترك معها في هدف الرعاية لكن مع بعض الفروق البسيطة. وهذه الأنظمة هي الحضانة والتبني, ومن خلال هذا الفرع سنتعرف على ذلك.

أولا: الفرق بين الكفالة والحضانة.

لمعرفة التمييز بينهما كان لزاما التعريف بالحضانة.

- فالحضانة تعرف لغة على أنها: نقول حضن أي ضمه إلى صدره.

- وتعرف في الاصطلاح الفقهي هي تربية الصغير والقيام بشؤونه خلال مدة معينة ممن له الحق في التربية والرعاية.[2]

- أما الحضانة في قانون الأسرة الجزائري فهي حسب نص المادة (62) منه " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه وحفظه صحة وخلقا".

إذن فيمكن القول بان الكفالة تختلف عن الحضانة في:

[1]- وسيلة نامة, المرجع السابق, ص122.

[2]- الرشيد بن شويخ, المرجع السابق, ص255.

1- أن الحضانة تتعلق بطفل اصغر سنا ممن هو في الكفالة, وهذا القول الذي يدعمه بنظر الشافعية الذين جعلوا الحضانة قبل بلوغ الصبي سبع (7) أو ثمان سنين(8) أما الكفالة فجعلوها بعد ذلك.

2- إن الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول, في حين الحضانة غرضها مد الحنان والرعاية وتقديم الخدمات المادية كما سبق ذكره دون أن تلزم الحاضن بالنفقة على المحضون..

3- إن الكفالة التزام على التبرع حيث لا يأخذ الكافل أي عوض خلاف الحضانة التي يجوز اخذ أجرة. [1]

4- إن الكفالة تسند بقرار إداري, بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام موثق أو إمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة, أما الحضانة فتسند بحكم قضائي.

5- للكافل الولاية القانونية على المكفول, أما الحاضن فليست له مبدئيا الولاية القانونية.

6- الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أو أبيه أو غيرهما, بينما الكفالة تطلق في الطفل الذي يكون عند غير والديه الأصليين.[2]

7- اشترط المشرع الجزائري في الكفالة الإسلام, أما في الحضانة لم يشترط ذلك في الحاضنة للاختلاف الفقهي القائم ما لم يكن الحاضن رجلا فلا نقاش في أن يكون متحدا في الدين مع المحضون.[3]

8- تنتهي الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه عشرة (10) سنوات مع إمكانية تمديدها إلى 16 سنة والأنثى ببلوغها سن الزواج.[4]

إذن فالكفالة تشمل الحضانة المادية والمعنوية للمكفول وتختلف عن الحضانة التي هي اثر من آثار انحلال العلاقة الزوجية كحق ثابت للأولاد الناتجين عن تلك العلاقة.

---

[1]- نور الهدى عنتير, المرجع السابق, ص11.

[2]- آمال علال, المرجع السابق, ص35.

[3]- المرجع نفسه, ص36.

[4]- انظر المادة (65) من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05.

ثانيا: الفرق بين الكفالة والتبني

التبني سبق ذكره هو اتخاذ الرجل ولدا ليس من صلبه مع علمه بذلك وينسب إليه, لذلك فالتبني يؤثر في النسب اذ ينتج عنه نسب صوري للمتبنى لذلك يصبح هذا الأخير وارثا متى توفرت شروط الميراث, لكن يختلف عن الكفالة في الشريعة الإسلامية وفي القانون الجزائري.

ويمكن ذكر الاختلاف بين الكفالة والتبني في النقاط الآتية:

1- الفرق بين الكفالة والتبني في الشريعة الإسلامية:

أ- **من حيث المشروعية:** تعتبر الكفالة مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله وإجماع العلماء, فمن الكتاب قوله تعالى:" قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتينني به إلا أن يحاط بكم فلمّا آتوه موثقهم قال الله على ما نقول وكيل". الآية (66) من سورة يوسف.

وقال جل شانه:" قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم". الآية 72 من سورة يوسف.

وجاء غي السنة النبوية عن أبي إمامة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "الزعيم غارم" ومعنى الزعيم الكفيل والغارم والضامن.

وقد اجمع العلماء, على جوازها ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعض من عصر النبوة دون تكبير من احد الأعضاء, أما التبني فكما سبق وان رأينا فهو محرم تحريما قطعيا بالكتاب والسنة.[1]إذ يقول عز وجل:" ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم لآبائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما" الآية (4و5) من سورة الأحزاب.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أخرجه البخاري ومسلم:" ليس من رجل ادعى إلى غير أبيه وهو يعلمه إلا كفر", وقوله أيضا:" من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم انه

[1]- آمال علال, المرجع السابق, ص37.

غير أبيه فالجنة عليه حرام". إلا انه في حالة النسب من التبني الخطأ فلا إثم عليه لقوله تعالى:" وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به". والدليل من السنة قوله صلى الله عليه وسلم:" إن الله تعالى رفع عن أمتي الخطأ والنسيان والأمر الذي يكرهون عليه".[1]

ب- من حيث الآثار: لقد حرم الإسلام التبني ومنعه وأبطل كل آثاره وذلك من اجل صون الأنساب وحفظ الحقوق الأسرية التي ارتبطت في التشريع الإسلامي بجهات القرابة ذات العماد الواقعي بين الوارثين ومورثهم, وليس من ريب أن في هذا التبني حرمان الأب الحقيقي من أن يتصل به نسبه المتولد من المنسوب إليه في الواقع وفيما يعلم الله والناس, وفيه إدخال عنصر غريب في نسب المتبني: يدخل على زوجته وبناته باسم البنوة والإخوة ويعاشرهن على أساس منهم وهو أجنبي عنهن لا يباح للابن أو الأخ الحقيقي لهن, وبقدر ما تتركز هذه البنوة الكاذبة في هذه الأسرة فان البنوة الحقة في الأسرة الحقة, تسير إلى الفناء والمحور والزوال وبذلك تضيع الأنساب ويختل التوازن[2], لذلك أمر الله سبحانه وتعالى أن تكون مكانة الأدعياء في المجتمع على أساس الأخوة في الدين والموالاة وذلك لكي لا يبقوا في المجتمع بغير رابطة بعد إلغاء نظام التبني لقوله تعالى:" فان لم تعلموا أبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم" الآية (5) من سورة الأحزاب.[3]

وبالتالي نستنتج أن التبني محرم شرعا ولا ينتج أي اثر ولكن الشريعة لم تغلق باب إمكانية الاعتناء بطفل أو ولد الغير, بل أكدت على هذه المسالة ولكن بضوابط وحدود معينة والتي من شانها عدم اختلاط الأنساب وكذلك عدم الاعتداء على حقوق الغير.[4], على عكس الكفالة التي كانت البديل له فهي مباحة ومشروعة بالكتاب والسنة وترتب آثارها منها جواز

---

[1]- امال علال, المرجع السابق, ص38.

[2]- وسيلة نامة, المرجع السابق, ص116.

3- المرجع نفسه, ص117.

4- المرجع نفسه, ص117

امتلاك المكفول لحق الزواج بإحدى بنات الشخص الكافل, كما أن بلوغ المكفول لسن الرشد يعطيه حرية التصرف في نفسه وفي ماله إن كان قد جمع مالا لنفسه.[1]

2-الفرق بين الكفالة والتبني في القانون الجزائري: لقد اخذ المشرع الجزائري في تحريم التبني موقف الشريعة الإسلامية, وهو ما أكدته المادة(46) من قانون الأسرة. كما أكد هذا التحريم في العديد من قرارات المحكمة العليا التي سبق ذكرها في الفصل الأول من هذا المبحث.[2]

في المقابل اعترف بنظام الكفالة الذي نظم أحكامه من المواد (116الى المادة 125) من قانون الأسرة, كما نظم مسالة اللقب بالنسبة للأطفال اللقطاء ومجهولي النسب في قانون الحالة المدنية [3], لذلك فالكفالة في القانون الجزائري أن مفهومها لا يخالف ما تقدمه الكفالة في الشريعة الإسلامية, ولقد حدث في سنة 1992 أن رئيس الحكومة احمد غزالي اصدر مرسوما تنفيذيا بترقيم 24/92 السالف الذكر والذي يخول للكافل منح المكفولين المجهولي النسب ألقابهم العائلية طبقا للمادة الأولى منه.

إلا أن هذا المرسوم طعن فيه بحيث اعتبره البعض انه " تبني " في صورة جديدة واعتبر أصحاب هذا الرأي أن منح الأطفال المجهولي النسب لقب الغير فيها ضياع للنسب ودعوه بالنظام الفاشل (المرسوم) في غياب رقابة دستورية على القوانين وفي غياب المؤسسات التشريعية.

إلا أن الجدير بالذكر هنا أن القانون الجزائري لم ينفذ وحده بالتأكيد والتأييد للشريعة الإسلامية, بل كذلك معظم المجتمعات الإسلامية وخاصة بعدما اخذ المؤتمر القومي بالتحفظات على ما يخالف الأحكام الشرعية, إلا أن اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989 إذ تنص الفقرة (01) من المادة (20) منها على أن كل طفل محروم بصفة مؤقتة أو دائمة, من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له حفاظا على مصالحه العليا وتبين الفقرتان 02-03 من المادة

1- نور الهدى عنتير, المرجع السابق, ص12.

2- انظر القرار رقم 103232 الصادر بتاريخ 1995/05/02, السابق الذكر, والقرار رقم 129761 الصادر بتاريخ 1994/06/28, السابق الذكر.

3- انظر المادة 64 من قانون الحالة المدنية 20/70 السالف الذكر.

كيفية تحقيق هذا الهدف وتضرب أمثلة لذلك بالحضانة أو الكفالة الواردة في القانون أو الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال بالبقاء في تلك البيئة, الحق في الحماية والمساعدة وهما خاصيتين توفرهما الدولة.[1]

ومما سبق يمكن القول أن المشرع أكد على الكفالة ومنع التبني وأولى الرعاية اللازمة بالنسبة للأطفال الذين هم في حاجة إليها من خلال مصادقته على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989, لذلك حدد المشرع الجزائري على غرار الشريعة الإسلامية شروط للكفالة والتي سيتم التطرق لها من خلال هذا الفرع.

الفرع الثالث: شروط الكفالة.

الكفالة باعتبارها عقد يستوجب لقيامه تتمثل في التراضي الذي يجب ان يكون خاليا من عيوب الإرادة المنصوص عليها في القانون المدني (الغلط المادة 81- التدليس المادة 87 – الإكراه المادة 8 – الاستغلال المادة 90) وركن المحل (المواد 92-93-94) وركن السبب

(المادة 98) من القانون المدني, بالإضافة إلى ركن الشكل, كما يجب أن تتوفر فيه شروطا تتعلق بالمكفول والكافل والجهة المخولة لها الإشراف على هذا العقد مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لأول مرة ينص صراحة على إبرام عقد الكفالة عقد الكفالة إذا كان احد أطرافها أو طرفيها أجنبيا من قبل القاضي الداخلي الجزائري وهذا حسب التعديل الجديد الوارد في القانون المدني بمقتضى المادة 13 مكرر1.[2]

أولا: الشروط التي أوجبتها الشريعة.

لقد اوجب الشريعة الإسلامية عدة شروط لكفالة من لا أصل له باعتبارها الدين الذي ينادي بالرحمة والإحسان بين الناس فقد أوصت الشريعة بان يعامل الكافل من هو في كنفه ب:

1- العدل, فيجب أن يكون عادلا مع الطفل اليتيم وان يعامله وكأنه احد أفراد أسرته.

---

[1]- آمال علال, المرجع السابق, ص41.

[2]- انظر المادة 13 مكرر1 من الأمر رقم 58/75 الصادر بتاريخ 1975/09/26 المتضمن القانون المدني عن نبيل صقر, المرجع السابق,ص7.

2- أن يتكفل به في جميع متطلباته الرئيسية من مأكل ومشرب ولباس وتعليم.

3- الإحسان إليه.

4- التكلم مع اليتيم بأسلوب العطف والحنان.

5- عدم تخويفه أو رفع الصوت عليه. [1]

6- عدم ظلمه وقد شدد على هذا الشرط لقوله تعالى:" فأما اليتيم فلا تقهر" الآية (9) من سورة الضحى.

والملاحظ أن الشريعة لم تورد شروط خاصة بالكافل لوحده بل جعلت شروط عامة تتعلق بكيفية معاملة اليتيم المكفول لذلك يمكن استنباطها من خلال شروط التعامل مع اليتيم ما دامت قد أمرت ببره والإحسان إليه فيمكن القول أن شروط الكافل في الإسلام هي العقل والقدرة الجسدية والعقلية والمالية

ثانيا:الشروط التي أوجبها قانون الأسرة.

1- الشروط المتعلقة بالكافل:

الكافل هو القائم بأمر اليتيم المربي له والمنفق عليه[2] لقوله تعالى:" وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم" الآية (44) من سورة آل عمران, وقوله سبحانه:" فتقول هل أدلكم على من يكفله" الآية (40) سورة طه, بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في مادتيه (117) والمادة (118) منه نجدهما قد حددا شروطا عامة التي يجب أن تتوفر في الكافل سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا فالهيئة المكلفة بان تعقد عقد الكفالة أن تتأكد من توافر هذه الشروط في الكافل وهي : الإسلام, العقل, القدرة.

[1] - دنيا مصطفى, شروط كفالة اليتيم www.mawdoou3.com يوم2016/05/05 الساعة 5:44. تاريخ الاطلاع يوم 2017/05/16 , الساعة 09:45.

2- العربي بلحاج, المرجع السابق, ص 717.

لكن عمليا القاضي يتحقق من عدة شروط أخرى ضرورية لكن غير تلك الواردة في المادتين السالفتي الذكر [1]والشروط الواجب توفرها في الكافل هي:

- أن يكون الكافل مسلما.

- أن يكون عاقلا.

- أن يكون أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته.[2]

وقد اعتبر القانون الجزائري كل طفل مجهول ولد على الأراضي الجزائرية جزائريا مسلما إلى أن يثبت ما يخالف ذلك.

هذا وقد نصت المادة 13 مكرر01 من القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 أجاز المشرع للإطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة وبغض النظر عن دينهم فان قواعد الإسناد المحددة في المادة السالفة الذكر تستوجب على القاضي فقط مراعاة قانوني مقدم طلب الكفالة والطفل المكفول عند إنشاء العقد .إلا ان المادة 11 مكرر1 تلزم القاضي أن يراعي القانونين معا يوم تحرير العقد في حين آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط.[3], أما شرط أن يكون عاقلا فنقصد بها الأهلية الكاملة, أي صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. أما بالنسبة للشخص الاعتباري فبمجرد ثبوت الشخصية القانونية له.

أما بالنسبة لسن الكافل فالمشرع من خلال نص المادة السالفة الذكر لم يحدد سن معينة للكافل إلا انه يمكن الرجوع إلى أحكام القانون المدني بالنسبة لأهلية تحمل الالتزامات.[4]

---

[1] – نور الهدى عنتير, المرجع السابق, ص13.

2– عبد الفتاح تقية, قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء, دار ثالة, الابيار, الجزائر, 2011, ص245.

3– امال علال', المرجع السابق, ص 74.

4– انظر المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

أما المقصود بان يكون أهلا للقيام بشؤون المكفول فنقصد بها القدرة المادية والجسدية والمعنوية وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/12/13 تحت رقم (39032) وهو ما أكدته المادة (116) السالفة الذكر من قانون الأسرة.[1]

لذلك من خلال ما سبق هناك من الشروط التي لم يتعرض لها المشرع وهي:

أ- **الشرط المتعلق بالكافل(رجلا أو امرأة)** : إذ انه من المفروض تحديد الكافل بدقة لأنه حتى المرأة أصلح في الرعاية من الرجل خاصة عندما يكون المكفول حديث الولادة.

ب- جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة: لا يوجد نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة مثل المؤسسات المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي بالرغم من أن هذه الأشخاص الاعتبارية عادة لها مركز مالي وتسيير بشري لائق, يمكنها التكفل بالأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب وحتى الأطفال معلومي النسب.[2]

ج- الفارق في السن بين الكافل والمكفول: لم يحدد سن معينة للكافل.

د- شرط الزواج: لا يوجد نص قانوني ينظم هذه المسالة لكن بالرجوع للواقع العملي على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي فإنها تشترط في طالب الكفالة تقديم وثيقة عقد الزواج باعتبار أن مصلحة المكفول تتطلب رعايته في وسط عائلي.

هـ- شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة إذا كانا معا على قيد الحياة: نجد أن المشرع الجزائري سكت أيضا عن هذا الشيء, رغم أنها ضرورية في تنشئة القاصر المكفول وتحقق الغرض المطلوب من الكفالة مع العلم أن رضا طالب الكفالة أي الزوج فقط هذا لا يعني دائما موافقة الزوجة, لهذا من اجل مصلحة الطفل الفضلى من المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين أمام القاضي أثناء التحقيق ويتم سماعهما وتحرير محضر بذلك. لكن نجد

[1]- وسيلة نامة, المرجع السابق, ص 127. (بتصرف)

[2]- امال علال, المرجع السابق, ص 77.

انه على مستوى المحاكم لا يتم تحرير محضر الموافقة للزوجين أمام القاضي إذ يكفي إحضار شاهدين فقط وحضور الأطراف.[1]

2- الشروط المتعلقة بالمكفول:

المكفول القاصر الذي محل الرعاية في عقد الكفالة, والذي ستمارس عليه تلك الأخيرة, ومما يمكن ملاحظته أن هذا الأخير لم يرد بشأنه أي شرط لذلك علينا أن نحدد بعض الشروط المطلوبة في حق المكفول وهي:

أ- سن المكفول: لم يحدد القانون سن المكفول بين أدناها وأقصاها فالمادة (116) من قانون الأسرة تكلمت فقط عن الولد القاصر. وعليه وبالرجوع إلى المادة 2/40 من القانون المدني فالولد القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي (19) سنة.

ب- عن أصل المكفول: كما هو وارد في المادة (119) من قانون الأسرة " الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب" وفي ذلك صورتين:

1- حالة المكفول معلوم النسب: وهو ولد الأبوين فان كان الاثنان على قيد الحياة يتعين رضاهما على الكفالة التي تعني ولدهما وإذ توفي احدهما أو كان عاجزا عن التعبير عن إرادته في شان الكفالة, فموافقة من هو على قيد الحياة تكفي.

وأخيرا إذا توفي الأبوان الاثنان أو عجزا عن التعبير عن إرادتهما لأسباب ما, يكون القول للمجلس العائلي, بعد موافقة من كان في حضنه الولد.[2]

وفي هذه الحالة يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي وهذا ما أكدته المادة (120) من قانون الأسرة بنصها" يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب".

2- حالة المكفول مجهول النسب:إذا كان المكفول مجهول النسب كاللقيط مثلا فان مديرية الصحة العمومية والسكان المختص هو الذي يوافق على الكفالة كما أكدت على ذلك المادة

[1]- امال علال, المرجع السابق, ص 78.

[2]- الغوثي بن ملحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء, ديوان المطبوعات الجامعية, بن عكنون, الجزائر, الطبعة الأولى, 2005, الجزء الأول, ص 170.

256 من الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 1976/10/23 والذي الغي فيما بعد.هذا ولا فرق أن يكون المكفول ذكرا أو أنثى.[1]

هذا ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على كفالة قاصر أجنبي من قبل جزائري أو العكس حالة ما يكون الكافل أجنبيا والمكفول جزائريا بالرغم من انه في المادة 13 مكرر1 من القانون المدني المتعلقة بقواعد الإسناد نصت على انه يكون طرف أجنبي في العقد أو كلاهما أجنبيا بالإحالة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي الداخلي في مجال الكفالة, لكن المشرع في قانون الأسرة لم ينص ولم ينضم هذه الحالة بالإجازة أو الرفض. [2]

كما تنص المادة (120) من قانون الأسرة أيضا على مسالة اللقب بالنسبة لحالة المكفول مجهول النسب حيث أشارت المادة السالفة الذكر إلى تطبيق المادة (64) من قانون الحالة المدنية والتي تسمح لضابط الحالة المدنية بإعطاء اسم للطفل. ولان حق امتلاك اللقب من الحقوق المنصوص عليها قانونا[3].

غير انه بعد صدور المرسوم رقم 24/92 المؤرخ في 13 يناير 1992 بإمكان الكافل أن يطلب تغيير لقب المكفول ليصبح مطابقا للقبه بشرط أن يكون الطفل مجهول النسب من الأب وان يكون قاصرا, وبموافقة الأم في حالة وجودها على قيد الحياة. [4]

وعليه فانه ليس للمكفول شروط كما في حالة الكافل لان المشرع في المادة (120) السابقة الذكر أشار إلى السن والى الفئة التي تستحق الكفالة بقولها: معلوم النسب أو مجهوله.

3- شروط عقد الكفالة: الكفالة باعتبارها من العقود التي تستوجب تطابق الإرادتين بين الكافل وبين أبوي المكفول أو المؤسسة التي بها صلاحية إبرام عقد الكفالة. وان كانت الشريعة الإسلامية منعت التبني وأتت بالكفالة بديلا له, ولان هدف هذه الأخيرة هو رعايتهم وتربيتهم

1- الغوثي بن ملحة,المرجع السابق, ص170.

2- آمال علال, المرجع السابق, ص81.

3- انظر المادة 28 من القانون المدني الجزائري.

4- لحسن بن شيخ آث ملويا, المرجع السابق, ص338-339.

وحضانتهم وفي النفقة عليهم باعتبارهم إخوانا لنا[1] لقوله تعالى:" وان تخالطوهم فإخوانكم" الآية 220 من سورة البقرة.

ولان أحكام الكفالة في القانون الجزائري مستمد بشكل مباشر من الشريعة الإسلامية والهدف منها هو توفير الرعاية لمن هم في حاجة إليها.

وكما سبق ذكره فان عقد الكفالة يتم إما أمام المحكمة أمام الموثق حسب نص المادة (117) من قانون الأسرة الجزائري , فان الكفالة تكون إمام المحكمة أو أمام الموثق.

فبالنسبة للكفالة التي تتم أمام القضاء:

أ- **الكفالة أمام القضاء:** تتم بموجب أمر أو حكم صادر عن رئيس المحكمة أو قاضي شؤون الأسرة.[2]

أما الكفالة التي تتم أمام الموثق:

ب- الكفالة أمام الموثق: بموجب المادة (117) من قانون الأسرة فانه يجوز للموثق بناءا على طلب ذوي الشأن تحرير عقد الكفالة وذلك بعد إجراء التحقيق المتعلق بالكفالة ومراعيا مدى توفر شروط الكفالة. وعليه بمجرد تحرير هذا العقد تصبح له القوة التنفيذية مثل الحكم القضائي ولا يحتاج إلى المصادقة من طرف القاضي. [3]

أما في حالة طلب الكفالة بالنسبة للجزائريين المقيمين بالخارج فان ذلك الطالب يقدم على مستوى القنصلية من ذوي الشأن.

ومما يمكن استخلاصه مما سبق بالنسبة للشروط الخاصة بعقد الكفالة أن المشرع الجزائري حدد بعضها واغفل البعض الآخر دون نص تشريعي.

---

[1] – احسن زقور, احكام القصر في الشريعة الإسلامية, القانون الوضعي, مجلة البحوث والدراسات, العدد 05, المركز الجامعي بالوادي, الجزائر, 2007. ص60.

2- انظر المواد من 492 الى 495, قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

3- وسيلة نامة, المرجع السابق, ص141.

لذلك حدد التشريع إجراءات دقيقة من عقد الكفالة لأجل تلك المصلحة السامية لفئة الأطفال المحرومين من حضن عائلتهم.

المطلب الثاني: إجراءات انعقاد الكفالة.

يخضع عقد الكفالة لمرحلتين من الإجراءات, فأولها المرحلة التمهيدية التي تعتمد فقط على قيام عقد الكفالة وعلى رضا الطرفين دون اللجوء إلى الهيئات التي اقر لها القانون صراحة تحرير هذا العقد سواء أكان الطفل القاصر معروف النسب وبالتالي يكون اتفاق بين طرفي العقد أبوي المكفول من جهة والكافل من جهة ثانية, أما إذا كان مجهول النسب فقد يكون معروف الأم ومهما يكن فان مصلحة النشاط الاجتماعي تكون طرفا في العقد باعتبار أن الطفل مجهول النسب تحت وصايتها وذلك بعد تخلي أمه عليه بناءا على محضر التخلي وهذا بالنسبة للأطفال مجهولي الأب, أو بعد نبذه في الشارع من طرف ذويه وبالتالي لا يعرف له احد من أقاربه, وأما المرحلة القضائية وهي الأهم حيث يتبلور في العقد ويصبح منتجا لآثاره القانونية. [1]

فمن خلال هذا المطلب الذي قسمناه إلى فرعين الفرع الأول مخصص لدراسة المرحلة التمهيدية, أما الفرع الثاني سنتطرق فيه لدراسة المرحلة القضائية. لكن قبل هذا نتعرف بإيجاز عن المؤسسات المتخصصة في رعاية الفئة المحرومة من الأطفال.

إن الدولة باعتبارها الحامي الأساسي عن طريق مؤسساتها لحقوق الفرد على رأسهم الطفولة خاصة الفئة المحرومة من كنف العائلة كان لزاما عليها إيجاد مكان لهؤلاء الأطفال [2] لذلك أنشئت دور رعاية خاصة بفئة الأطفال الذين لا مأوى لهم ووضعت قوانين تنظم سيرورة مهامها وهذه المؤسسات تتمثل في دور الرعاية المسعفة في الجزائر التي أنشئت

1- وسيلة نامة, المرجع السابق, ص143.

2- المرجع نفسه, ص55.

بموجب المرسوم 80-83 المؤرخ في 1980/03/15 المتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين الصادر بالجريدة الرسمية العدد 12 المؤرخة ب 1980/03/13 حيث عرفت المادة 02 منه أن:" دور الأطفال المسعفين مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي توضح تحت وصاية وزير الصحة. إلا أن هذا المرسوم تم إلغاؤه بموجب المرسوم رقم 12-04 المؤرخ في 2012/01/04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة الصادر بالجريدة الرسمية العدد 5 المؤرخة في 201/10/29 . وعليه فان مؤسسة الطفولة المسعفة[1] عبارة عن مؤسسة تربوية بيداغوجية تستقبل الأطفال وذلك للاستفادة من التكفل النفسي والتربوي وذلك بحمياتهم من مختلف الأخطار التي قد تهددهم.[2]

مديرية النشاط الاجتماعي هي مؤسسة ذات طابع إداري اجتماعي تهدف إلى خدمة مصالح الأفراد المكونين للمجتمع بكل فئاته لإعادة إدماج الفئة المهمشة كالأطفال المحرومين وهي تعمل تحت وصاية وزارة العمل والشؤون الاجتماعية والتكوين المهني فمن مهامها إدماج فئة الطفولة المسعفة في أسرة كفيلة ترعاهم.[3]

الفرع الأول: المرحلة التمهيدية.

هذه المرحلة هي التي يكون فيها التعبير عن إرادة أبوي الولد موضوع الكفالة, عن موافقتهما على الكفالة وهذا يتم بمقتضى تصريح من نفس الأبوين أمام الموثق أو أمام القاضي الموجود بموطن أو إقامة من يوافق على الكفل أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج حسب نص المادة (117) من قانون الأسرة الجزائري وعليه فان التعبير عن موافقة أبوي المكفول يكون بموجب ورقة رسمية وأقرت المادة (116) من قانون الأسرة الجزائري تتم بعقد شرعي.[4]

[1] – وسيلة نامة, المرجع السابق, ص 56.

2- المرجع نفسه,ص 58.

3- امال علال, المرجع السابق, ص92-93.

4- الغوثي بن ملحة, المرجع السابق, ص171-172.

ولكفالة القاصر نميز بين كونه مجهول النسب وفيما كان معلوم النسب:

أولا: حالة القاصر مجهول النسب: نفرق بين حالتين:

1- إذا كان معلوم الأم: لا بد من رضا الأم بان يتكفل الكافل بابنها القاصر وذلك للظروف التي قد تعيشها تلك نظرا لإنجابها طفلا خارج إطار الزواج الشرعي. فتقوم بالتخلي عنه ويكون ذلك على مستوى المستشفى فتقوم المساعدة الاجتماعية الخاصة بالمستشفى بتقديم لها محضر عن التخلي فتقوم الأم بملء البيانات الواردة في المحضر الخالص بالتخلي, وتسألها المساعدة الاجتماعية عن مدة التخلي هل هي مؤقتة أو نهائية مع العلم أن مدة التخلي المؤقتة تكون لمدة 3 أشهر وفي الأخير تقوم الأم بالإمضاء على المحضر والبصم عليه مع المساعدة. يوضع الطفل في دار الحضانة ليعيش فيها حتى يبلغ 3 أشهر وفي حالة لم تأتي الأم يحول إلى مديرية النشاط الاجتماعي وفي الأخير تقوم المساعدة الاجتماعية بالتفتيش عن العائلات التي ترغب بالتكفل[1] فيما إذا كان التخلي مؤقتا أو نهائيا فإذا كان محضر التخلي مؤقت فانه يمنع عل مديرية النشاط الاجتماعي أن تسلم الطفل لأي كافل خلال مدة 03 أشهر من تاريخ تسلم الطفل ذلك انه يمكن خلال هذه المدة أن تقوم الأم باسترجاع طفلها كما يمكن أن تكون الأم قد سوت وضعيتها مع أب الطفل فإذا مرت مدة 03 أشهر بدون أن تطالب الأم باسترجاع طفلها ففي هذه الحالة يكون المكفول محلا للكفالة.[2]

أما إذا كان محضر التخلي نهائي ففي هذه الحالة يكون الطفل مباشرة بمجرد تسليمه لمصالح النشاط الاجتماعي محلا للكفالة وبالتالي بعد أن تتأكد المساعدة الاجتماعية أن التخلي نهائي تقوم هذه الأخيرة بالبحث في ملفاتها عن الأسرة التي تريد أن تكفل الطفل محروم من الأسرة لكن المساعدة الاجتماعية لا يمكنها أن تقرر إسناد الكفالة لأي عائلة إلا بعد القيام بإجراءات البحث والتحري عن الأسرة الكفيلة إلى جانب أخصائي نفساني حول تلك العائلة حيث

1 -نور الهدى عنتير, المرجع السابق, ص19.

2- وسيلة نامة, المرجع السابق, ص148.

تعد تقريرا حول ما يتعلق بالأسرة, هذا التقرير قد يكون ايجابيا أو سلبيا يوضح العديد من الجوانب حول هذه الأسرة.[1]

2- إذا كان القاصر مجهول الأبوين(حالة اللقيط): فان القاصر يكون موجود على مستوى مؤسسة حماية الطفولة وبذلك نجد أن القانون لم يشترط رضا المكلف بهذه المؤسسة التي تقوم بدراسته لا بد أن يحتوي على الوثائق المطلوبة لطلب الكفالة ولا تمنح الموافقة إلا بعد التأكد من توفر كل الوثائق المطلوبة ثم تقوم المصلحة بتشكيل لجنة ولها الحق في الموافقة أو الرفض في طلب الكفالة, إذا قبلت اللجنة الكفالة تقول بإبلاغ الكافل ويقوم هذا الأخير بإحضار الوثائق وتسجل حينئذ في محرر رسمي عند رئيس المحكمة, وبالنسبة للمكفول يجب أن تتوفر لديه شهادة الميلاد وشهادة الوضع يقدمها مدير المصلحة للكافل.[2]

ويتكون الملف الخاص بطلب الكفالة بالنسبة للقاصر مجهول النسب من الوثائق التالية:

- شهادة ميلاد القاصر المكفول.
- شهادة ميلاد الكافل.
- تصريح شرفي بعدم معرفة الأم الطبيعية للطفل إذا كانت مجهولة.
- عقد زواج الكافل.
- كشف الراتب للكافل وشهادة العمل.
- صور لبطاقة التعريف للكافل والشاهدين.
- طابع جبائي.

أما بالنسبة للأشخاص المقيمين بالخارج فانه بالإضافة للوثائق السابقة أعلاه تقديم الوثائق الآتية:

1 - وسيلة نامة, المرجع السابق, ص148-149.

2- منتدى الاكليل, ابداع وتميز في الالتزام, يوم 28 مارس 2016, الساعة 10:08 (بتصرف)

- بحث اجتماعي موقع قانونا من قبل مصالح القنصلية المختصة والمعنية.

- وصل أعباء أو عقد الملكية.

- نسخة من بطاقة القنصلية. [1]

ثانيا: حالة القاصر معلوم النسب

في هذه الحالة يجب تقديم الوثائق التالية:

- شهادة ميلاد القاصر المكفول.

- تصريح شرفي لأبوي المكفول بتنازلهما عن كفالة ابنهما إلى شخص ما.

- شهادة ميلاد الكافل وشهادة عمل وكشف الراتب.

- عقد زواج الكافل.

- صور لبطاقة التعريف الوطنية للكافل وأبوي المكفول والشاهدين.

- الطابع الجبائي.

- شهادة عائلية.

وتدرج هذه الوثائق ضمن طلب خطي.[2] ويقدم هذا الملف أمام القاضي أو الموثق أو أمام ممثل البعثات الدبلوماسية مع موافقة أبوي المكفول طبقا لنص المادة (117) من قانون الأسرة الجزائري.

1- منتدى الجلفة, www.djelfa.info يوم 15 ماي 2017 الساعة 15:26.

1- منتدى الجلفة, www.djelinfa.info , يوم 15 ماي 2017 , الساعة 16:15.

الفرع الثاني: المرحلة القضائية.

عقد الكفالة يصدر بموجب حكم قضائي إذ يرفع الطلب بموجب عريضة متمثلة في طلب خطي يقدم من الكافل إلى القاضي وترفق العريضة بنسخة من مقرر الوضع المسلم من قبل المساعدة الاجتماعية للكافل وذلك بعد قبول ملف الكفالة من طرف اللجنة المكلفة بدراسة ملفات الكفالة إلى جانب الوثائق التالية:[1]

- شهادة ميلاد طالب الكفالة.
- شهادة ميلاد زوجة طالب الكفالة.
- نسخة من عقد الزواج.
- شهادة عائلية لتأكد حول وجود أطفال للكافل أم لا.
- كشف الراتب لطالب الكفالة إن وجد.
- شهادة عمل لطالب الكفالة.
- طابع جبائي(15000) دج. [2]

وللقاضي المختص محليا, هو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب وان كان موطن الذي يطلب الكفالة خارج الجزائر, يرفع الطلب إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول[3], ودور القاضي هنا يتصل فقط بالوظيفة الولائية بمعنى لم يحصل أمامه نقاش أو مرافعة كما أن القانون لم يلزم تدخل النيابة العامة. [4]

1 – وسيلة نامة, المرجع السابق, ص 153

2– المرجع نفسه,ص152.

3– الغوثي بن ملحة, المرجع السابق,ص 172.

4– امال علال, المرجع السابق, ص94.

وعليه فان رئيس المحكمة أو قاضي التحقيق عندما يتلقى الطلب يقوم بدراسة الملف جيدا والتحقق من توفر الشروط المطلوبة قانونيا لانعقاد الكفالة طبقا لأحكام قانون الأسرة مع مراعاة انه طبقا للتعديل الجديد في القانون المدني في المادة 13 مكرر1 فان القاضي الجزائري بموجب قواعد الإسناد يمكن أن يصدر حكم أو أمر بالكفالة يكون طرفيه أجنبيين أو احد أطرافه أجانب مقيمين على الإقليم الجزائري وذلك مع مراعاة للقانون الداخلي لكلا الطرفين عند إبرام العقد ما إذا كان يسمح بالكفالة أم لا. وعليه توسعت اختصاصات القاضي الداخلي بعدما كانت مقتصرة على الأطراف الجزائرية فقط.[1]

الأمر الذي يصدره القاضي هو غير قابل للطعن ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله عل هامش شهادة ميلاد المكفول.[2]

إن القاضي يباشر إجراءات التحقيق مراعاة لمصلحة الطفل المكفول إذ انه عمليا يتطلب حضور جميع أطراف العقد وإبداء رضا أبوي المكفول إذا كانا على قيد الحياة زيادة على ذلك إحضار الشاهدين اللذين يثبتان حسن سيرة طالب الكفالة, وان كانت من المستحسن أن ينتقل القاضي ويجري معاينة وميدانية لحالة طالبي الكفالة قصد الاطلاع على النوايا التي أدت إلى طلب الكفالة أو ما مدى استعدادهما لتحمل هذه المسؤولية وظروفهم المادية والاجتماعية فمن المفروض بعد إجراء هذا التحقيق يقرر القاضي إما الموافقة على طلب الكفالة أو الرفض حسب ما إذا كان التحقيق سلبيا أو ايجابيا.[3]

وبعد صدور الأمر بإسناد الكفالة يتم التنفيذ وذلك بتحرير محضر تسليم الطفل المكفول إلى الشخص أو الجهة الكافلة وذلك بحضور ممثل النيابة أو السلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية.[4]

وعليه نستخلص أن عقد الكفالة يمر بمرحلتين الأولى هي المرحلة التمهيدية والتي تعتمد على رضا الطرفين ولا بد أن يكون هذا الأخير صحيحا, ثم المرحلة القضائية والتي هي أهم

[1] – امال علال, المرجع السابق, ص94.

2– المرجع نفسه,ص 94.

3– المرجع نفسه, ص94.

4– منتدى الاكليل, الابداع المتميز في الالتزام, يوم 28 مارس 2016, الساعة 10:08.

مرحلة[1] والتي بعد صدور الحكم بالكفالة فيها فان ذلك العقد يرتب آثار بالنسبة لجميع الأطراف سواء الكافل أو المكفول, لكن بالرغم من أن الكفالة عقد مدني يكتسب طابع الإنسانية أي انه ذو طبيعة خاصة لكن بالرغم من ذلك ينقضي بشأنه شان باقي العقود الأخرى لأسباب تتعلق بطرفين أو لأسباب أخرى حددها الشرع والقانون.

المبحث الثاني: آثار عقد الكفالة وانقضاؤها.

بقيام الكفالة مستوفية لجميع الشروط التي اتفق الشرع والتشريع على توفرها, ترتب مجموعة من الآثار التي تكون حقوق والتزامات للطرفين, وهذه الالتزامات متفق عليها شرعا وقانونا تقع على عاتق الكافل .

كذلك عقد الكفالة ينتهي بأسباب تتعلق بأحد أطرافه أو بهما معا أو قد تكون متعلقة بتخلف ما اشترطه هذا العقد لقيامه صحيحا منتجا لآثاره التي تبنى عليها. فمن خلال كل ذلك يمكن طرح التساؤل حول: فيما تتمثل تلك الآثار؟ وكيف ينقضي عقد الكفالة؟.

ومن خلال هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين, المطلب الأول سنتطرق لآثار عقد الكفالة, أما المطلب الثاني سنخصصه لدراسة انقضاء هذا العقد.

المطلب الأول: آثار عقد الكفالة.

بمجرد انعقاد عقد الكفالة تؤول للكافل مهمة الأب في رعاية المكفول من نفقة وتربية وولاية على نفس المكفول ومن خلال هذا المطلب سنوضح واجبات الكافل نحو المكفول محددة شرعا والولاية المحددة قانونا.

الفرع الأول: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل.

يتفق الشرع مع التشريع في كون الكافل يكتسب من خلال عقد الكفالة الولاية على المكفول بالرغم من عدم تحديد المشرع لنوع تلك الولاية فهو أطلق عليها الولاية القانونية, لكن

[1] –امال علال, المرجع السابق, ص97.

نجد أن الشرع حدد التزامات للكافل تجاه المكفول ومن خلال هذا النوع سندرس ما نتيجة عقد الكفالة من آثار بالنسبة للكافل كالآتي.

أولا: واجبات الكافل نحو المكفول في الشريعة الإسلامية.

لقد حث الإسلام على الرفق واللين مع اليتامى والتكفل بهم ومعاملتهم بالحسنى بل جعل الله تبارك وتعالى كفالتهم من أفضل الأعمال عنده وأكثرها زكاة وجعل البر في إيتاء المال لعدة جهات أهمها كفالة الأيتام فقال عز وجل" ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب لكن البر من امن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب واتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين" الآية 177 من سورة البقرة.

فذكر الله عز وجل في هذه الآية بعض الأصناف التي تعد عند الله عز وجل من أفضل الأعمال وهي الاهتمام بشؤون اليتامى, وقد حذر الله سبحانه وتعالى وأكد في مرات عديدة وكثيرة على أهمية عدم الاقتراب من مال اليتيم وقد شدد الإسلام على عقوبة أكل مال اليتيم فجعل هذا الأمر من الموبيقات التي تدخل صاحبها في حال وقع فيها جهنم والعياذ بالله ولقد حذر القران الكريم على عدم إهانة اليتيم, قال تعالى:" فأما اليتيم فلا تقهر" الآية 09 من سورة الضحى, وفي هذه الآية دليل على وجوب التعامل باحترام مع اليتيم وعدم إهانته وقهره. [1]

اذ أجاز الإسلام للكافل الذي هو ولي لليتيم القائم بشؤونه أن يستلم المبالغ التي يتبرع بها المحسنون لذلك اليتيم, فيصرف عليه منها ويستثمرها إن رأى المصلحة في ذلك وله إن كان فقيرا محتاجا أن يأخذ من مال اليتيم بالمعروف لقوله تعالى:" ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف" الآية 05 من سورة النساء.

لهذا قد رخص جمهور أهل العلم للقائم بشؤون اليتيم والناظر في مصالحه إن كان فقيرا أن يأكل من مال اليتيم مقابل ما يقوم به من شؤون اليتيم.

[1] – حسام الدين عفانة, الضوابط الشرعية للتعامل مع اموال اليتيم, موقع فتوى, www.fatwa.islamweb.net , يوم 16 ماي 2017 الساعة 10:45.

والمال الذي يخصص لليتيم يكون ملكا له يصرف في مصالحه ولا يجوز لأحد أن يأخذ منه شيئا, إلا بحق شرعي والأخذ منه بغير حق شرعي كبيرة من الكبائر المهلكات, قال تعالى:" ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم انه كان حوبا كبيرا" الآية 02 من سورة النساء.

وقد اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك من المهلكات الموبيقات في الحديث الثابت في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي (ص) قال: "اجتنبوا السبع الموبيقات" قالوا: يا رسول الله وما هن, قال:" الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات". [1]

وعليه فكفالة اليتيم في الإسلام توجب نوعين منها كفالة مالية من إنفاق على اليتيم وأخرى أدبية, وهما نوعين من أنواع التبرع وهو بذل المكلف مالا أو منفعة لغيره في الحال والمآل بلا عوض بقصد البر والمعروف غالبا وفي الكفالة المتعارف عليها والتي تقوم بها دور الأيتام ببذل الكافل للمكفول المال والمنفعة معا فهي متحققة شرعا ويترتب عليها الثواب بحصول احد نوعيها أو كليهما المالي منها والأدبي.[2]

ومما يمكن استخلاصه من الواجبات التي أوكلت شرعا للكافل تجاه المكفول هي حفظه ورعايته بقصد التقرب إلى الله تعالى. وقد أوصى الرسول بحفظ مال المكفول إن كان يملك مالا مع الإجازة الشرعية التي اكتسبها الكافل وتعتبر بمثابة الرخصة ولكن بشروط وهي التصرف في مال اليتيم لكن بالمعروف وأوجب المحافظة على ماله وتسليمه ببلوغه الحلم.

ثانيا : واجبات الكافل تجاه المكفول في قانون الأسرة الجزائري

حسب نص المواد 116-121 من قانون الأسرة الجزائري تتحدد الولاية على المكفول بعنصرين: عنصر متعلق بالمال وعنصر متعلق بالنفس.

1- حسام الدين عفانة, الضوابط الشرعية للتعامل مع اموال اليتيم, www.fatwa.islamweb.net , تاريخ الاطلاع يوم 16 ماي 2017 الساعة 10:45.

2- موقع: www.ahram.org eg. اليوم 16ماي 2017, الساعة 13:19.

1- الولاية على نفس المكفول (المادة 121 من ق.أ.ج) :

لقد شرعت هذه الولاية للمحافظة على نفس المكفول وصيانته وهي تتجسد في النفقة والعناية والتربية والتعليم وتعتبر كل هذه التزامات واقعة على الكافل بموجب عقد الكفالة وهو مجبر أن يؤديها وذلك بكل حرص لان هذا ما يجر إلى المسؤولية المدنية عن أخطاء أفعال المكفول التي تلحق أضرار بالغير وذلك حسب المادة 134 من القانون المدني.[1] أما الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة فهي جميع المنح العائلية والدراسية. وواجبات الإنفاق والرعاية التي تقع على عاتق الكافل نحو المكفول أكدتها المحكمة العليا فقد صدر قرار رقم 369032 بتاريخ 2006/12/13 " يجب على الكافل القيام على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا ما لم يثبت تخليه عن الكفالة" [2]. أما في حالة طلاق الكافل فان آثار الطلاق وما يترتب عنها من حضانة ونفقة لا تسري على المكفول باعتبار الالتزام بالكفالة على وجه التبرع ولا ينتج هذا الالتزام اثر هالا إذا كان هذا المكفول تحت حضانة ورعاية الكافل.[3]

2- الولاية على مال المكفول (المادة 121-122 من ق.أ.ج):

أجاز المشرع للكافل أن يدير أموال المكفول المكتسبة من الإرث والوصية لكن المشرع وضع شروطا للتصرف في أموال المكفول إذ يشترط أن يتصرف تصرف الرجل الحريص في ذلك وعليه أن يستأذن القاضي في تصرفات محددة على سبيل الحصر وللقاضي السلطة التقديرية في منحه الإذن أو عدم منحه, وهذه التصرفات التي تتطلب الإذن القضائي هي:

- بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.

---

[1] - امال علال, المرجع السابق, ص108.

2- العربي بلحاج, قانون الاسرة وفقا لاحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة 1966 الى 2010 , د م ج, الجزائر, ط4, 2012, ص 454.

3- انظر المحكمة العليا, غرفة احوال شخصية, قرار رقم 613481 ,الصادر ب2011/03/10 , مجلة المحكمة العليا, عدد01, لسنة 2012,ص292 عن لحسن بن شيخ آث ملويا, المرجع السابق ,ص235-236.

– بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

– استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

– إيجار عقار القاصر لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد, كما اشترط المشرع في بيع العقار بعد الحصول على الأذن أن يكون عن طريق المزاد العلني[1] وانه في حالة ما إذا تعارضت مصالح الكافل مع مصالح المكفول يرجع إلى أحكام المادة (90) من قانون الأسرة الجزائري.

وفي حالة الإخلال بأحكام هذه الولاية تطبق على الكافل أحكام المادة 380 من قانون العقوبات الجزائري . وعليه فالمشرع منح الولاية القانونية على الولد المكفول إلا انه شدد في عقوبة سوء استغلالها واخضع معظم التصرفات لرقابة القضاء

الفرع الثاني: آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول.

يرتب عقد الكفالة آثار بالنسبة للمكفول تعتبر من حقوقه على الكافل وقد اتفق القانون مع الفقه في الكثير منها باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الذي جاءت منه الكفالة وباعتبار المشرع الجزائري وافق الفقه في تحريم التبني.

أولا: آثار قيام عقد الكفالة بالنسبة للمكفول في الشريعة الإسلامية.

جعل الإسلام بر اليتيم وحسن تربيته والقيام على شؤونه من معالم الإيمان الكامل وبوّأ فاعل ذلك مكانة عالية في جنات النعيم.

ومما شرعه الإسلام في معاملة اليتيم المسح على رأسه مؤانسة وملاطفة حتى يشعر بقربه من الناس وحبهم له, لعل هذا يخفف من بلائه ويشحن عزيمته, اخرج الإمام احمد عن أبي إمامة رضي الله عنه أن الرسول (ص):" من مسح رأس يتيم لم يمسحه إلا الله, كان له بكل

[1] نور الهدى عنتير , المرجع السابق, ص26.

شعرة مرت عليها يده حسنات" وروى احمد أن رسول الله (ص) كان يمسح رأس اليتيم ثلاثا ويدعو له بالخير والبر.[1]

كذلك منح الإسلام اليتيم حق الاحتفاظ بلقبه ويستطيع الكافل أن يجعل اليتيم في بيته أو يتكفل به في غير بيته دون أن ينسبه إليه ودون أن يحرم عليه الحلال ا وان يحل له الحرام كما هو في التبني, بل يكون الكفيل بصفة الكريم بعد الله سبحانه وتعالى فلا يقاس النسب في الكفالة كما في التبني الذي حرمته الشريعة لما فيه اختلاط للأنساب عند إعطاء المكفول لقب الكافل.[2]

وحول شروط وضوابط ميراث اليتيم من الكافل يوضح الدكتور خالد راتب من علماء الأزهر أن الابن المكفول لا يرث من الأب أو الأم الكافلين له, لان الكفالة ليست من أسباب الإرث, فلا توارث بين الكافل والمكفول, وكلاهما يرثه أقاربه بالفرض أو التعصيب لكن يجوز للكافل أثناء حياته أن يكتب شيئا من ثروته للطفل المكفول, وهذا على سبيل الهبة حال الحياة أو الوصية بعد الموت في حدود الضوابط الشرعية لكلا الرخصتين الهبة والوصية وليس على سبيل الإرث مؤكدا أن الله سبحانه وتعالى أمر بإعطاء اليتامى أموالهم وحذر من أكلها بالباطل كما أمر القرآن الكريم الوصي أو الكفيل بالتصرف المصلحي في أموال اليتامى, فإذا كان الوصي غنيا فليستعفف وإذا كان الوصي فقيرا فله أجره بالمعروف المتعارف عليه في المجتمع, والأمر باستعفاف الوصي عند الغنى والأكل بالمعروف عند الفقر حتى لا يأكل الوصي أموال اليتامى ويستهلكها قبل أن يبلغ اليتيم مبلغ الرشد وذلك لان الواجب على من يلي أموال اليتامى لا يتصرف فيها إلا إذا كان في ذلك مصلحة لليتيم.[2]

وعن حكم إضافة لقب العائلة إلى اليتيم المكفول, يوضح الدكتور مجدي عاشور انه يجوز شرعا لكافل اليتيم أو مجهول النسب أن يضيف لقب عائلة ذلك الكافل, سواء أكان رجلا أم

---

[1]– حسن عبد الغني اوغدة, حقوق الايتام في الشريعة الاسلامية fiqh.islammessage.com يوم 20 ماي 2017, الساعة 17:52

[2]- موقع: islam.ifo , يوم 16 ماي 2017 الساعة 11:30.

3- موقع www.ahram.org.er , يوم 16 ماي 2017, الساعة 11:40.

امرأة إلى اسم الطفل إلى اسم تلك العائلة[1] بحيث يظهر مطلق الانتماء إليها دون الإخلال أو التدليس بأنه ابنه أو ابنته من صلبه حتى لا يدخل في نطاق التبني المحرم شرعا, بل ان تلك الإضافة ستكون مثل علقة الولاء التي كانت بين القبائل العربية قديما, والولاء جائز شرعا.

أما فيما يخص مجهولي النسب أكد الدكتور مجدي عاشور, أن من حقهم أيضا الرعاية والإنفاق ووجبت حمايتهم من الضياع بتوفير بيئة صالحة لهم مع احترام الضوابط الشرعية في كون المكفول أجنبي عن كافله وزوجه وأصولهما وفروعهما إلا إذا رضع المكفول رضاعا شرعيا في سن الرضاع[2]

ثانيا: آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول في قانون الأسرة الجزائري.

رتب المشرع من خلال عقد الكفالة التزامات على عاتق الكافل تجاه المكفول وفي المقابل منحه جواز بعض الأولويات, ومن الآثار التي تنتج عن عقد الكفالة بالنسبة للمكفول ما يلي:

1- احتفاظ الطفل المكفول بنسبه: من خلال نص المادة 120 من قانون الأسرة الجزائري منح المشرع الجزائري للطفل المكفول الاحتفاظ بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب, وان كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية.[3]

2- جواز إمكانية الكافل التبرع للمكفول بالوصية أو الهبة: من خلال نص المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري أعطى المشرع للكافل رخصة التبرع عن طريق الهبة حال الحياة أو الوصية حال الموت للولد المكفول في حدود الثلث بالنسبة للوصية لأنه لا توارث في الكفالة

وهو الموقف الذي ساير فيه التشريع الجزائري الشريعة الإسلامية.

3- إمكانية عودة المكفول إلى والديه الأصليين: حسب نص المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري يمكن لوالدي المكفول استرجاعه لكن بشروط حددها المشرع وهي في حالتين:

1 -موقع www.ahram.org.er , يوم 16 ماي 2017, الساعة 13:20.

2- موقع www.ahram.org.er يوم 20 /2017/05, الساعة 00:00 (بتصرف)

3- انظر المادة 120 من قانون الاسرة الجزائري.

أ- **في حالة عدم بلوغ المكفول سن التمييز:** حدد المشرع الجزائري سن التمييز ب 13 سنة حسب نص المادة 42 من القانون المدني ويسترجع الأبوين ولدهما عن طريق تقديم طلب لرئيس المحكمة يبين فيه سبب الاسترجاع والقاضي في هذه الحالة يقوم بإجراء تحقيق حول أسباب ذلك الطلب مراعيا مصلحة المكفول, لذلك قد يتم رفض الطلب أو قبوله[1]

ب- في حالة الولد المكفول مميز: يخير بين العودة أو البقاء حسب نص المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري, وهذه الحالة في الواقع العملي صعبة التنفيذ قضائيا باعتبار أن إجراءات الكفالة تتم عن طريق القضاء فكان لزاما على المشرع أيضا في حالة عودة المكفول إلى والديه أن يتم بنفس طريقة منح الكفالة.

ج- إمكانية الكافل طلب تغيير لقب المكفول مجهول الأب بمنح لقبه العائلي: المبدأ أن المكفول يحتفظ بنسبه الأصلي, لكن بصدور المرسوم التنفيذي 92-24 المعدل والمتتم للمرسوم رقم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب والمشرع من خلال ذلك المرسوم اوجد الحل لهوية الطفل المكفول مجهول الهوية لما يتعرض له من مشاكل التي من بينها اختلاف لقبه عن لقب العائلة الكافلة له. لكن حدد شروطا لذلك :

- ضرورة وجود عقد كفالة.
- ضرورة أن يكون المكفول قاصرا مجهول النسب.
- أن تكون للكافل رغبة لمنح المكفول لقبه.
- موافقة أم المكفول إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.[2]

وقد حدد المشرع إجراءات خاصة لذلك بداية من إحضار الوثائق المطلوبة لذلك المكونة من ملف يحتوي على:

1- آمال علال, المرجع السابق, ص 113(بتصرف)
2- وسيلة نامة, المرجع السابق, ص 178.

– طلب خطي باسم الولد المكفول ولفائدته يوقعه الكافل شخصيا ويكون هذا الطلب متضمن مطابقة لقب الكافل بالمكفول موجه إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام,

–عقد ميلاد الكافل الأصلي ويجب أن لا يزيد تاريخه عن سنة.

– عقد ميلاد الطفل المكفول أصلي ولا تزيد مدته عن سنة.

– نسخة أصلية أو مصادق عليها من عقد الكفالة المحرر وفق المادتين 116و117 من قانون الأسرة الجزائري كذلك المادة 492 وما يليها من قانون إجراءات مدنية وإدارية.

– شهادة الوضع المسلمة من مصالح مديرية النشاط الاجتماعي نسخة أصلية ويجب أن تحمل هذه الشهادة توقيع وختم مدير النشاط الاجتماعي المختص هذا في حالة إذا تم تسليم الطفل من طرف مديرية النشاط الاجتماعي.

– عقد توثيقي شرعي يتضمن موافقة الأم البيولوجية على مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الكافل وهذا في حالة إذا كان الطفل سلم للكافل من طرف الأم البيولوجية.[1]

بعد تقديم هذا الملف يجرى تحقيق قبل الموافقة على ذلك الطلب وهذا التحقيق يجريه وكيل الجمهورية المختص إقليميا بعد انتهاء التحقيق يعيد وكيل الجمهورية إرساله حسب التدرج السلمي إلى النائب العام والذي بدوره يرسله إلى وزير العدل, وبعد استلام وزير العدل ذلك وفي حالة قبول الطلب يأمر النيابة بتنفيذه والتي بدورها ترسل في هامش الطلب إلى ضابط الحالة المدنية الذي يؤشر عليه على هامش سجل الحالة المدنية بعد تسجيله بسعي من النيابة العامة ويلحق في الأخير لقب المكفول بالكافل. [2] وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية لهذا اللقب الممنوح فهو حماية للمكفول فقط فهو لا يلغي هويته الأصلية التي تمت وفقا لأحكام المادة 64 من الأمر 70–20 المتعلق بالحالة المدنية اذ تبقى هذه الهوية في سجل الحالة المدنية . [3]

[1] وسيلة نامة, المرجع السابق, ص179.

2– المرجع نفسه, ص180 (بتصرف).

3– المرجع نفسه, ص187–188 (بتصرف).

لكن ذلك المرسوم اعتبره البعض تبني بطريقة غير مباشرة لان فيه تغيير لنسب الولد المكفول.

المطلب الثاني: انقضاء عقد الكفالة.

أخذت الكفالة مفهوما موحدا بين الفقه والتشريع من خلال الهدف الذي ناشدت به وهو رعاية من فقد حضن العائلة ولكن هذه الرعاية قد تنتهي لأسباب معينة فالشريعة حددت انتهاء كفالة اليتيم إلى حد رشده وليس بلوغه أما القانون الجزائري فقد حدد إلى جانب بلوغ المكفول سن الرشد أسباب أخرى كمطالبة أبويه في حالة ما إذا كان معلوم النسب رجوعه إليهم أو تخلف الشروط المنصوص عليها في المادة 118 أو وفاة احد أطراف عقد الكفالة ومن خلال هذا المطلب سنتطرق لانقضاء الكفالة في الشريعة الإسلامية ثم القانون الجزائري.

الفرع الأول: انقضاء الكفالة في الشريعة الإسلامية.

لم تحدد الشريعة الإسلامية انتهاء كفالة اليتيم ببلوغه سن الرشد, يقول الدكتور مجدي عاشور مفتي الجمهورية المصري أن الكفالة لا تتوقف بمجرد بلوغ اليتيم بل تستمر حتى استغناءه عن الناس وبلوغه حدا الذي يكون فيه قادرا على الاستقلال بشؤونه والاكتساب بنفسه فالكفالة باقية ما بقيت الحاجة إليها وأجرها مستمر ما دام مقتضيها باقيا موضحا أن تحديد المرحلة أو السن التي يتم فيها استقلال اليتيم بنفسه رعاية وكفاية واكتسابا بحيث تنتهي كفالته عندها هو أمر يخضع لحالاته وقدراته الذاتية واستعداده النفسي كما يخضع للعرف والنظام المجتمعي وطبيعة العصر الذي يحي فيه لقوله تعالى:" وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم" الآية 6 من سورة النساء. وأضاف أن مرامي الإسلام ومقاصده من كفالة اليتيم تتجلى في رعايته في جميع شؤون حياته ومعيشته مأكلا ومشربا وملبسا ومسكنا وتأديبا وتعليما وتثقيفا وزواجا وغير ذلك من ضروريات الحياة وحاجياتها كما يصنع الوالدان لولدهما سواء بسواء.[1]

1-موقع: www.ahram.org.eg يوم 20 ماي 2017, الساعة 13:20.

كما انه إذا بقي اليتيم به سفه أو جنون فيظلم في حكم اليتيم وتستمر كفالته والبنت تبقى في الكفالة حتى تتزوج.[1]

الفرع الثاني: انقضاء عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادتين 124 و 125 من قانون الأسرة الجزائري على الحالات التي تنتهي فيها كفالة الولد المكفول وهي كالأتي:

أولا: تخلف احد الشروط الواردة في المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري.

بما أن عقد الكفالة من مميزاته انه ينصب على القيام بقاصر وشؤونه أي على حياة إنسان فان القائم بشؤون ذلك الإنسان يجب أن تتوفر فيه الأهلية والإسلام والقدرة على القيام بالمكفول وما دامت هذه الشروط قائمة في حق الكافل فان عقد الكفالة يبقى قائما ومنتجا لآثاره. إلا انه عندما يطرأ أي تغير على هذه الشروط يجعل الكافل غير كفء في القيام بشؤون القاصر.

أ- **الأهلية:** مادام الكافل يقوم بتصرف يتضمن التبرع فلا بد أن تتوفر فيه أهلية التبرع الخالية من كل العيوب فإذا ما عيبت إرادته لأي سبب كالجنون أو الغفلة أو السفه أي ما يجعل إرادته معيبة فلا يمكنه إبرام عقد التبرع[2] لوجود تلك العيوب أو ظهورها وذلك ما أبرمت عقود تصرف تكون قابلة للإبطال ما دامت هذه العيوب تحد من تصرفاته بشان نفسه فكيف يمكنه القيام بشخص آخر وبالتالي تنقضي معها الكفالة والأهلية هنا تتضمن أساس العقل.

ب- الإسلام: وهو الشرط الثاني الذي ورد في نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري ويرجع ذلك كما سلف القول إلى محل العقد الذي ينصب على القيام بالقاصر وشؤونه[2], فلا بد أن يكون الكافل مسلما لان المكفول يكون على دينه فان غير الكافل دينه يكون سببا لانقضاء الكفالة.

---

[1] – موقع: www.islamonline.net يوم 16 ماي 2017, الساعة11:30.

2- امال علال, المرجع السابق, ص122.

ج- القدرة على القيام بشؤون المكفول: باعتبار الكافل وليا على المكفول فإذا تعرضت هذه الولاية إلى أي عارض صحي يحول دون قدرته على القيام بشؤون المكفول أو يصبح فقيرا ولا يمكنه حتى إعانة نفسه يؤدي ذلك لانقضاء عقد الكفالة بسبب عدم قدرته على إعالة القاصر اجتماعيا وماديا ومعنويا لأنه أصبح عاجزا عن ذلك.[1]

ثانيا: حالة طلب الأبوان.

إذ انه وبالرجوع إلى المادة 124 نجد أنها تطبيق مثالي لما جرى للرسول (ص) مع زيد بن حارثة حينما خير زيد بالالتحاق بعائلته أو البقاء مع الرسول (ص) فاختار الرسول (ص) وهذا قبل أن يحرم الله التبني.[2]

إلا أن المادة 124 جاءت لتخير المكفول المميز بين العودة إلى أبويه أو احدهما إذا طلباه أو البقاء مع الكافل, أما إذا لم يكن مميزا فانه يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحته.[3]

ثالثا: التخلي.

أما في حالة التخلي عن الكفالة من قبل الكافل وفي أي سنة كان عليها المكفول فان هذا التصرف طبقا للمادة 125 يجب أن يكون أمام الجهة التي أقرت الكفالة فإذا أقرته المحكمة فالتخلي يكون أمامها, وإذا اقره الموثق فلا يكون التخلي إلا أمامه, شرط أن يكون ذلك بعلم النيابة العامة.[4]

1- امال علال, المرجع السابق, ص123 (بتصرف).

2- صالح حمليل, المرجع السابق, ص192.

3- المرجع نفسه, ص192.

4- المرجع نفسه, ص192.

5- المرجع نفسه,ص 192-193.

رابعا: الوفاة.

يقصد بها وفاة الكافل, فهنا تنتقل الكفالة إلى الورثة أن التزموا بذلك, ذلك أن عقد الكفالة كما سبق هي التزام وبالتالي وتطبيقا للقواعد العامة في القوة اللازمة للعقود وانتقال الالتزامات, فان الورثة باعتبارهم خلفا عاما للكافل فان التزامه لا ينتقل إليهم إلا بموافقتهم ورضاهم وإلا كنا في حكم التخلي, وفي هذه الحالة فعلى القاضي أن يسند أمره إلى الجهة المختصة بالرعاية.[1]

وتنص المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه "عند وفاة الكافل تعين على ورثته أن يخبروا دون تأخير قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة ويتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر حول الإبقاء على الكفالة إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها, يعين القاضي احد الورثة كافلا, في حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب الأشكال المقرر لمنحها" وتنص المادة 493 من نفس القانون على "ويفصل القاضي في طلب إنهاء الكفالة بأمر ولائي"

وعند انتقال الكفالة لأحد الورثة فان القاضي يأمر بإجراء تحقيق فيما يراه مناسبا للتأكد من قدرة احد الورثة على الالتزام بواجبات الكفالة من ثم يعين كفيلا, تجدر الإشارة إلى انه فيما يتعلق باسم الطفل المكفول يبقى على اسم الكافل المتوفى ويعين هذا الوارث فقط بغرض تسيير أمور الكافل خاصة فيما يتعلق بالولاية, أما إذا قرر الورثة التخلي عن هذا المكفول فعليهم إخطار القاضي الذي اصدر الأمر بالكفالة حيث يبدون رغبتهم بالتخلي عن مكفول مورثهم وذلك بناء على طلب في شكل عريضة مقدمة للقاضي حيث ينظر هذا الأخير في طلب إنهاء الكفالة في غرفة المشورة وبعد اخذ رأي ممثل النيابة العامة[2]

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن انقضاء الكفالة.

بمجرد إنهاء أو إلغاء الكفالة فان الطفل المكفول يعود لحالته الأولى قبل كفالته و إذا كان قاصرا يعاد إلى مركز الطفولة المسعفة ويسقط عنه لقب العائلة الكافلة كما ترجع الولاية

[1] - صالح حمليل, المرجع السابق, ص192-193
2- وسيلة نامة, المرجع السابق, ص197.

عليه إلى مصالح النشاط الاجتماعي , كما انه يمكن للكافل التراجع عن وصيته للمكفول فانه إذا ترك ميراثا فلا يكون للمكفول أي شيء ذلك انه غير وارث.

حيث اجمع العلماء المسلمين أن اللقيط حر وبالتالي الأصل لا ولاء عليه إنما يرثه المسلمون ما دام ليس وارثا[1]

وحسب قانون الأسرة الجزائري فان تركة المكفول تؤول إلى الخزينة العامة. ذلك أن أسرته الكافلة ليسوا من ورثته وبالتالي اخذ برأي الجمهور, وفي حالة وفاة المكفول في حادث مرور تسبب فيه الغير فانه يمكن للكافل أن يتحصل على التعويض جراء الوفاة باعتبار الكافل وليا قانونيا عليه فالتعويض عن الوفاة لا يعتبر ميراثا. وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها رقم 724804 المؤرخ في 2012/01/19 الصادر عن مجلة المحكمة العليا عدد 01 لسنة 2012 بقولها " إن التعويض عن حوادث المرور تحكمه نصوص خاصة ولا يشكل التعويض عن الأضرار الناتجة عن حادث المرور ميراثا ولا محل لتطبيق المادة 137 ن قانون الأسرة عند التعويض عن حادث المرور" وفي حالة وفاة الكافل ورفض الورثة الالتزام بالمكفول فانه يرد إلى حالته قبل الكفالة إلا انه إذا كان الكافل أوصى له بوصية فمن حقه أن يتحصل عليها وان لم تعطى له يكون للجهات الوصية عليه أن تطالب بها باعتبارها وصية عليه[2], أما إذا كان الطفل سلمته الأم للكفالة فلها ان تسترده بعد انتهاء الكفالة وان رفضت يوجه إلى مؤسسة الطفولة المسعفة بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة وعند إنهاء وانقضاء الكفالة يرجع المكفول إلى حالته الأولى قبل الكفالة ابن غير شرعي أو مجهول النسب.[3]

[1] – وسيلة نامة, المرجع السابق, ص198.

2– المرجع نفسه, ص198.

3– المرجع نفسه, ص198–199.

ملخص الفصل الثاني:

تعتبر الكفالة من ابرز واهم من أنظمة الرعاية الخاصة بالأطفال القصر الذين حرموا من حضن الأسرة الواحد.

– الكفالة مباحة بالكتاب والسنة في الشريعة الإسلامية.

– نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في قانون الأسرة في الفصل السابع من الكتاب الثاني – المتضمن النيابة الشرعية في المواد من 116 إلى 125.

– تتميز الكفالة بأنها التزام تبرعي تضع المكفول في مرتبة الابن الشرعي, ترتب التزامات على عاتق الكافل شرعا وقانونا, ويعاقب الكافل عند الإخلال بالتزاماته في الولاية عن المكفول.

– يشترط في الكافل الإسلام, الأهلية والقدرة المادية والمعنوية في عقد الكفالة.

– تتم الكفالة أمام الموثق أو أمام المحكمة

– يجوز للكافل في عقد الكفالة أن يوصي للولد المكفول في حدود الثلث, كما يجوز له أن يهبه شيئا ما وفق ما هو محدد شرعا.

– يجوز للكافل منح لقبه للمكفول قانونا وهما ما لا يتفق مع الشرع.

– تنقضي الكفالة وتزول آثارها بتخلف احد شروطها أو بالوفاة أو التخلي أو في حالة طلب أبوي الولد معلوم النسب استرجاعه.

– عند التخلي عن الولد المكفول يرجع إلى المكان الأول الذي اخذ منه وكان عقد الكفالة لم يقم أصلا.

الخاتـــمة:

يكتسي موضوع التبني والكفالة من الأهمية ما يجعلهما قضية الأمس واليوم والمستقبل, ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع خلصنا إلى بعض النتائج التي ليست على سبيل الحصر هي:

– حرمت الشريعة الإسلامية التبني لما فيه من تزييف واختلاط للأنساب واعترفت بالبنوة التي تنتج عن الزواج الشرعي فقط ولا بنوة خارج هذا الإطار.

– أيد المشرع الجزائري الشريعة بتحريمه التبني بصريح نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري.

– كان البديل للتبني الكفالة التي شرعت لحماية فئة الأطفال مجهولي النسب الذين ولدوا خارج إطار الزواج الشرعي وحتى فئة الأطفال الذين ولدوا داخل إطار الزواج الصحيح لكن تخلي عنهم أو فقدوا أهلهم بسبب الحروب أو لأسباب أخرى.

– حيث كانت الكفالة واجبة شرعا وقانونا في حقهم, رغبت في رعايتهم وحمايتهم ومنحهم ما فقدوه من حنان ودفء الأسرة, وحسن تربيتهم وإنشائهم نشأة سوية كأنهم شرعيين لبناء مجتمع متكامل.

– أطلق على كافل اليتيم في الشريعة الإسلامية بالوصي على اليتيم أما في القانون الجزائري فيطلق عليه مصطلح الكافل.

– تتشابه الشروط الواجب توفرها في كل من الكافل والمكفول بين الشريعة والقانون الوطني.

– بتحريم الشريعة الإسلامية التبني أبطلت جميع آثاره ولا يوجد للتبني أي اثر في الشرع كذلك في التشريع الجزائري وهنا يظهر التشابه بينهما.

– كفالة الأطفال اليتامى ومجهولي النسب مسؤولية تقع على الجميع في الشريعة الإسلامية كذلك هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري لذلك نجد دور الطفولة المسعفة التي هي الحضن

الأول لتلك الفئة قبل التكفل بهم من طرف أشخاص تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها قانونا.

– جعل المشرع الجزائري قاعدة إسناد من خلال تطبيق القانون الداخلي لطالبي التبني الأجانب عند عرض النزاع على القاضي الوطني إن كان قانونهم الداخلي يسمح بالتبني.

– إصدار المرسوم التنفيذي رقم 92–24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بتغيير لقب المكفول بلقب الكافل لمساعدة المكفول على الاندماج في المجتمع خاصة فيما يخص حياته الدراسية والمهنية بعد بلوغه سن الرشد ومحاولة إخراجه من عقد تسمية الابن غير شرعي.

ولكن ما يمكن الوقوف عنده هو وجود فراغ قانوني في معظم نصوص مواد الكفالة بالنسبة للتشريع الجزائري خاصة بالنسبة للشروط الواجب توفرها في الكافل ويمكن إجمالها في:

– عدم وضوح نص يبين حق المرأة في الكفالة خاصة وأنها الأصلح للمكفول في مراحل عمره الأولى التي يحتاج فيها إلى الحنان, فهذه المشاعر موجودة في المرأة أكثر من الرجل.

– موافقة الزوجة في حالة ما إذا كان الكافل متزوجا.

– السن بالنسبة للكافل والمكفول, لا يوجد نص قانوني يحدده في التشريع الجزائري.

– في إجراءات تسليم المكفول وحضور الأطراف والشهود من المفروض أن تكون هناك نصوص قانونية تنظم ذلك وتسهل عمل القاضي.

– عدم وجود نص قانوني يفرض الرقابة القضائية على سيرورة عقد الكفالة ومتابعة المكفول عند انتقاله للأسرة الكافلة.

– أن إجراءات الكفالة منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 492–493–494–495 وهذا ما يتعارض مع نص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري.

– كان من الممكن على المشرع الجزائري ما دام انه ساير موقف الشريعة الإسلامية في تحريمه التبني وإلحاق أي نسب مزيف إلى نسب أصلي أن يضيف عند إصداره المرسوم 92–24

المتعلق بتغيير اللقب للمكفول عبارة " مولى" كما جاء في الشريعة الإسلامية تجنبا للوقوع في المحضور ولهذا تكون فاعلية ما جاء به المرسوم صحيحة ووفقا للشرع.

وان ما يمكن المطالبة به بالنسبة لهذه الفئة هو إحداث قانون خاص بهم يعالج جميع مشاكلهم ويضمن لهم الاستقرار حياتيا داخل المجتمع, ليس كما هو موجود حاليا في عدة نصوص مبعثرة في عدة قوانين مما يعيق الحماية التي أوجبها الشرع الإسلامي والتشريع الوطني لهم .

فهرس الموضوعات:

الفصل الأول: مـــــاهية التبني وموقف الفقه والقانون منه.....06

المبحث الأول: طبيعة التبني.....06

المطلب الأول: مفهوم التبني.....06

الفرع الأول: تعريف التبني.....07

أولا: التعريف اللغوي.....07

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للتبني.....07

الفرع الثاني: خصائص التبني.....09

الفرع الثالث: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له.....10

أولا: التبني والإقرار بالنسب 10

ثانيا: التبني والحضانة.....11

ثالثا: اللقيط والتبني.....12

المطلب الثاني: حكم التبني في الشريعة الإسلامية.....13

الفرع الأول: موقف الشرع من التبني.....14

أولا: تحريم التبني بالكتاب.....14

ثانيا: تحريم التبني بالسنة النبوية الشريفة.....15

الفرع الثاني: الحكمة من تحريم التبني.....15

أولا: التبني اعتداء على الأنساب.....15

ثانيا: التبني انتهاك للحرمات.....16

الفرع الثالث: بدائل التبني.....17

أولا: كفالة اليتيم.....18

ثانيا: الهبة.....19

ثالثا: الوصية.....19

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من التبني.....20

المطلب الأول : مركز المادة 13 مكرر من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون.. المدني من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة و مركز المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام التبني.....21

الفرع الأول: مضمون ما جاءت به المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري.....21

الفرع الثاني: مركز المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام التبني.....23

اولا: الفريق الذي يعتبر تغيير اللقب في اطار المرسوم التنفيذي 92-24 تبنيا.....23

ثانيا: الفريق الذي لا يعتبر تغيير اللقب في اطار المرسوم التنفيذي 92-24 تبنيا.....24

الفرع الثالث: بعض قرارات المحكمة العليا حول ابطال التبني.....24

المطلب الثاني: إبطال التبني والتكييف الجزائي له وبدائله في التشريع الجزائري.....29

الفرع الأول: كيفية إبطال التبني والتكييف الجزائي له.....30

أولا: دعوى إبطال التبني.....31

ثانيا: التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له.....31

الفرع الثاني: بدائل التبني في القانون الجزائري.....33

الفصل الثاني:أحكام الكفالة في الفقه وقانون الأسرة الجزائري.....36
المبحث الأول: مدخل إلى عقد الكفالة.....36
المطلب الأول: مفهوم الكفالة.....36
الفرع الأول: تعريف الكفالة.....37
أولا: تعريف الكفالة.....37
ثانيا: خصائص الكفالة.....39
الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها.....40
أولا: الفرق بين الكفالة والحضانة.....40
ثانيا: الفرق بين الكفالة والتبني.....42
1- الفرق بين الكفالة والتبني في الشريعة الإسلامية.....42
2-الفرق بين الكفالة والتبني في القانون الجزائري.....44
الفرع الثالث: شروط الكفالة.....45
أولا: الشروط التي أوجبتها الشريعة.....45
ثانيا:الشروط التي أوجبها قانون الأسرة.....46
1- الشروط المتعلقة بالكافل.....46
2- الشروط المتعلقة بالمكفول.....49
3- شروط عقد الكفالة.....50
المطلب الثاني: إجراءات انعقاد الكفالة.....52
الفرع الأول: المرحلة التمهيدية.....53

أولا: حالة القاصر مجهول النسب.....54

ثانيا: حالة القاصر معلوم النسب.....56

الفرع الثاني: المرحلة القضائية.....57

المبحث الثاني: آثار عقد الكفالة وانقضاؤها.....59

المطلب الأول: آثار عقد الكفالة.....59

الفرع الأول: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل.....59

أولا: واجبات الكافل نحو المكفول في الشريعة الإسلامية.....60

ثانيا: واجبات الكافل تجاه المكفول في قانون الأسرة الجزائري.....61

1- الولاية على نفس المكفول (المادة 121 من ق.أ.ج).....62

2- الولاية على مال المكفول (المادة 121-122 من ق.أ.ج).....62

الفرع الثاني: آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول.....63

أولا: آثار قيام عقد الكفالة بالنسبة للمكفول في الشريعة الإسلامية.....63

ثانيا: آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول في قانون الأسرة الجزائري.....65

المطلب الثاني: انقضاء عقد الكفالة.....68

الفرع الأول: انقضاء الكفالة في الشريعة الإسلامية.....68

الفرع الثاني: انقضاء عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري.....69

أولا: تخلف احد الشروط الواردة في المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري.....69

ثانيا: حالة طلب الأبوان. 70

ثالثا: التخلي.....70

رابعا: الوفاة.....70

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن انقضاء الكفالة.....71

الخاتمة.....72

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا : القران الكريم.

ثانيا: الكتب.

أ: كتب التفسير

1- أبي جعفر محمد بن جرير(المعروف بتفسير الطبري), جامع البيان عن تأويل القران, ضبط وتعليق شاكر محمود, دار إحياء التراث العربي, بيروت, لبنان, الطبعة الأولى, الجزء 21.

2- محمد متولي الشعراوي, تفسير الشعراوي الخواطر, مطابع أخبار اليوم, 1997, الجزء 03.

3- هود بن محكم الهواري الاوراسي, تفسير كتاب الله العزيز, تحقيق وتعليق بلحاج بن سعيد شريفي, دار البصائر للنشر والتوزيع, حسين داي, الجزائر, بدون طبع, المجلد الثالث.

ب: قاموس

1- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور, لسان العرب, دار صادر, بيروت, لبنان, الطبعة الثانية, المجلد 14.

ج: الكتب الشرعية

1- يوسف القرضاوي, الحلال والحرام في الإسلام, دار البعث, قسنطينة, الجزائر, الطبعة20, 1984,186.

د: الكتب القانونية

1- الرشيد بن شويخ, شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل(دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية), دار الخلدونية, القبة القديمة, الجزائر, الطبعة الأولى, 2008

2- العربي بلحاج, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق), ديوان المطبوعات الجامعية, بن عكنون, الجزائر, الطبعة الثالثة, 2004, الجزء 1.

3- ـــــــــــــــــــــ, أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري, دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع, الجزائر, ب ط , 2013.

4- ـــــــــــــــــــــ, قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة, سنة 1966-2010, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, الطبعة الرابعة.

3- الغوثي بن ملحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء, ديوان المطبوعات الجامعية, بن عكنون, الجزائر, الطبعة الأولى, 2005, الجزء الأول.

4- عبد الرحمن بربارة, شرح الإجراءات المدنية, قانون رقم (0809 مؤرخ في 2008/02/23), منشورات بغدادي, الجزائر, الطبعة الاولى.

5- عبد الفتاح تقية, قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء, دار ثالة, الابيار, الجزائر, 2011

6- عبد العزيز سعد, الجرائم الواقعة على الأسرة, المؤسسة الوطنية للكتاب,الجزائر, ب ط , 2002.

7- فضيل سعد, شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق, المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية, الجزائر, ب ط , 1993, الجزء الأول.

8- محمد صبحي نجم, محاضرات في قانون الأسرة(سلسلة دروس العلوم القانونية), ديوان المطبوعات الجامعية, بن عكنون, الجزائر, ب ط , 1999.

9- نبيل صقر, القانون المدني (أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم وفقا لأحدث التعديلات)

10- نسيمة شيخ, أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري(الهبة- الوصية- الوقف), دار هومة, الجزائر, ط2, 2014.

ثالثا: النصوص القانونية:

1- الأمر رقم 7558 مؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم 0502 مؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3- قانون رقم 2070 الصادر بتاريخ 1970/02/19 والمعدل بموجب الأمر رقم 0814مؤرخ في 2014/08/09 المتضمن قانون الحالة المدنية.

رابعا:الرسائل الجامعية:

1- آمال علال, التبني والكفالة(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي), رسالة ماجستير, تخصص قانون أسرة, جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان, كلية الحقوق, الجزائر, 2008-2009.

2- وسيلة نامة, المركز القانوني للابن غير الشرعي, مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص(أحوال شخصية), دامعة الشهيد حمى لخضر بالوادي, كلية الحقوق والعلوم السياسية, قسم الحقوق, الجزائر, 2014-2015.

3- خليفة جاب الله, التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية, مذكرة ماستر في الأحوال الشخصية, جامعة محمد خيضر بسكرة, كلية الحقوق والعلوم السياسية, .قسم الحقوق, الجزائر, 2014-2015.

4- نور الهدى عنتير, الكفالة في قانون الأسرة الجزائري, مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الليسانس, قانون خاص, جامعة قاصدي مرباح بورقلة, كلية الحقوق والعلوم السياسية, 2013-2014.

خامسا: مجلات قضائية.

1- مجلة المحكمة العليا, قسم الوثائق والدراسات القانونية, العدد 2, سنة 2013.

سادسا: المقالات.

1- أحسن زقور, أحكام القصر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي, مجلة البحوث والدراسات, العدد الخامس, المركز الجامعي بالوادي, الجزائر, 2007

2- أسامة الحموي, التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب النسب(دراسة فقهية اجتماعية مقارنة), مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية, العدد الثاني, جامعة دمشق, كلية الشريعة, سوريا, 2007.

4- صالح حمليل, المركز القانوني للمكفول قي قانون الاسرة الجزائري والمرسوم التنفيذي 92-24, مجلة الحقيقة, العدد الاول, جامعة ادرار, الجزائر, 2012

6- فواز إسماعيل محمد, التبني وبدائله, مجلة كلية العلوم الإسلامية, العدد 13, جامعة الموصل, كلية التربية, قسم علوم القران, العراق,2013.

7- كريم شاتي السراجي, العرف وأثره في الأحكام الشرعية(التبني نموذجا), مجلة مركز دراسات الكوفة (مجلة فصيلة المحكمة), العدد 39, جامعة الكوفة, كلية الفقه, العراق 2015.

سابعا: المواقع الالكترونية

1- الطيب مبروكي, الكفالة في الفقه الإسلامي, جامعة المدينة العالمية, كلية العلوم الإسلامية, شاه علم, ماليزيا, ص1, عن Tayeb.mebrouki@medu.my

2- شادية الصادق الحسن, حكم التبني في الإسلام, دورية العلوم والبحوث الإسلامية, العدد الرابع, جامعة السودان , العلوم التكنولوجيا, معهد العلوم الإسلامية, السودان, 2012, ص8. عن www.pdffactorx.com

3- www.djelfa.info

4- www.fatwa.islamweb.net

5- www.ahram.org .eg

6- www. Startimes.com

7- www.mawdoo3.com

8- **www.fatwa.islamweb.net**

9- fiqh.islammessage.com

10- islam.ifo

11- www.islamonline.net

الملخص:

التبني هو إلحاق ابن الغير كابن غير شرعي وإلحاق نسبه له ومنحه كل حقوق الابن الشرعي, وهو نظام قديم عرفته البشرية قبل ظهور الإسلام وقد حرمه هذا الأخير. والمشرع الجزائري وافق الشريعة الإسلامية في تحريمه بنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري, استبدل التبني بنظام الكفالة الذي حثت عليه الشريعة الإسلامية وهو رعاية اليتيم ومعاملته بالبر والإحسان. حرصت على حماية حقوقه وبشرت على من يقوم بذلك مصاحبة النبي (ص) وشددت العقاب على من يهين أو يقهر اليتامى ومنحت المكفول حقوقا على من يكفله ورخصت له الولاية على نفسه وماله وهو ما وافقها عليه المشرع الجزائري في المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة الجزائري الذي يسن أحكام الكفالة, التي هي رعاية المكفول واشترطت في ممارستها العقل والقدرة العقلية والمالية, ويمكن للكفالة أن تنتهي بالرغم من أنها عقد غير وقتي لكنه ذو طابع إنساني أساسه التقرب إلى الله.

Résumé:

L'adoption est ajouté au fils des autres Kappen est lignée illégale et lui causant et lui donner tous les droits légitimes du fils, un ancien système connu de l'humanité avant l'avènement de l'Islam a interdit ce dernier. Le législateur algérien a approuvé la loi islamique dans le texte de l'interdiction de l'article 46 du Code algérien de la famille, remplacer le système de parrainage adoption sollicitée par la loi islamique, qui prennent en charge l'orphelin et le traitement de la justice et de la charité. A voulu protéger ses droits et a marqué le début à une personne qui accompagnent le Prophète (r) a souligné la peine pour les orphelins insultants ou invincibles et accorder des droits garantis sur la compétence garantie et autorisé à lui sur lui-même et sa fortune, qu'il accepte sur le législateur algérien aux articles 116 à 125 du Code de la famille algérienne promulguant les dispositions de la libération sous caution, qui est garanti et les soins nécessaires à l'exercice de l'esprit la capacité mentale et financière, et peut assurer cette fin, bien qu'ils tiennent mon temps, mais il est la base d'un caractère humanitaire plus proche de Dieu..

Summary:

Adoption is the appendage of the son of others as an illegitimate son and to attach a percentage to him and grant him all the rights of the legitimate son, an ancient system known to mankind before the advent of Islam has been deprived by the latter. The Algerian legislator approved the Islamic shariah by banning article 46 of the Algerian Family Code, replacing the adoption of the kafala system, which was encouraged by Islamic law, which is to care for the orphan and treat him with righteousness and charity. (P) and tightened the punishment on those who humiliated or oppressed the orphans and granted the sponsored rights to those who sponsored him and authorized him the mandate for himself and his money, which was approved by the Algerian legislator in Articles 116 to 125 of the Algerian Family Code Which establishes the provisions of bail, which is the care of the sponsored and stipulated in the practice of mind and mental and financial ability, and can be guaranteed to end, although it is a contract but a time of a humanitarian nature based on proximity to God