الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم والبحث العلمي
جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان-
كلية الحقوق

مذكرة تخرج

لنيل شهادة الماجستير في الحقوق
تخصص: قانون الأسرة

التبني والكفالة

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

من إعداد الطالبة:
علاّل أمال

تحت إشراف الأستاذة:
د. دنوني هجيرة

لجنة المناقشة

- أ.د بوخاتمي فاطمة رئيسا	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران
- أ.د دنوني هجيرة مشرفا ومقررا	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان

السنة الجامعية: 2008 – 2009

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم ذا الجلال والإكرام، صل وسلم وبارك على إمام أنبيائك سيد رسلك سيدنا محمد وآله وعلى جميع إخوانه من النبيين والمرسلين، وجميع عبادك الصالحين من أهل السموات والأرض، وعلي معهم برحمتك يا أرحم الرحمين، يا الله يا ذا الجلال والإكرام

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

إلى أعز وأغلى ما لدي في الوجود عائلتي الصغيرة والكبير.

إلى من كان سند لي، وأذن صاغية، كما أنه ساعدني في إجتياز الصعاب بكل حنان ومودة، وامتزج فرحتي بفرحه، أتمنى له النجاح في حياته وطوال الصحة إلى زوجي نبيل.

إلى الكتكوتة الجميلة، الحنونة واللطيفة، التي لم تشكل لي أي عائق، والتي أهدي لها هذا العمل وبالنسبة إلي هي لب حياتي، ومنبع رزقي وأساس نجاحي، إلى أحلى هدية أهداني إياه سبحانه وتعالى طفلتي العزيزة رانيا.

إلى اللذان علماني بحبهما وعطفهما طريق النجاح واللذان كانا سراجا ينير لي طريقي، أتمنى لهما طوال العمر والصحة.

إلى أعظم وأحب إنسانة في الوجود، إلى منبع الحنان والمودة ورمز العطاء والتضحية، ومن كانت سندا لي في كل مراحل حياتي، إلى أمي.

إلى من علمني معنى الثقة بالنفس والصمود لكل عواقب الحياة ورافقني في أحلى وأسعد لحظات حياتي وكان لي سندا في دراستي، إلى أبي.

إلى من كانا يشاركاني قلقي وينصحاني ويساعداني بحنانهم وآرائهم، واللذان وجدتهما في اللحظات الصعبة التي واجهتها كما أنني أود لهما محبة خالصة وأتمنى لهما طوال العمر والصحة، إلى أحمائي "Mes beaux parents "

إلى من شاركوني حنان الوالدين وبراءة الصبا وأتمنى النجاح لكل واحد منهم وأن تبقى محبتنا تفوق كل عواقب الحياة، إلى إخوتي: إلهام وزوجها صلاح الدين، إكرام والتي ساعدتني بصفة خاصة في إنجاز هذا العمل وفي حياتي الخاصة، كنت أجدها دائما عندما أتلقى الصعوبات، أتمنى لكل شخص أخت مثالية كالتي رزقني عز جلاله بها، وزوجها نذير، إلياس وزوجته سمية، أمينة وزوجها بومدين، سيد أحمد وزوجته سامية، أختي صغيرة إيمان رغم كبرها تبقى دائما طفلة العائلة وأتمنى لها النجاح في دراستها.

إلى أحبائي "Mes Beaux Frères "

أناس وزوجته آمال، نسيمة وزوجها نصر، محمد الذي أتمنى له النجاح.

إلى أبناء إخوتي

محمد، غوتي، إلياس أمين، نهال، عويشة، أحلام.

إلى كل أصدقائي وصديقاتي في المشوار الدراسي وإلى جميع طلبة الماجستير خاصة نسرين دفعة 2006-2007.

إلى كل من تصفح يوما أوراق هذه المذكرة أهديه تحياتي وتمنياتي بالتوفيق.

آمال

كلمة شكر وعرفان

بسم الله الرحمن الرحيم
أتقدم بالشكر الخالص للأستاذة "دنوني هجيرة" التي تكرمت وقبلت الإشراف على إعداد هذه المذكرة، وأمدتني الكثير من وقتها الثمين، وتوجيهاتها العلمية الدقيقة، وملاحظاتها القيمة والعميقة.
وكما أتوجه بالشكر والتقدير إلى الأستاذة "بوخاتمي فاطمة" على قبولها رئاسة لجنة المناقشة وعلى ما أمضته من وقت وبذلته من جهد لقراءة هذه المذكرة.
كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة المناقشة "يوسف فتيحة" التي لم تبخل علينا بوقتها الثمين لقراءة هذه المذكرة ومناقشتها.
كما أتقدم بالشكر والإمتنان الخالصين إلى كل من ساهم في مساعدتي على إنجاز هذه المذكرة من قريب أو بعيد ولو بكلمة تشجيع
فجازى الله الجميع خيرا والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين
وفي الأخير، نتمنى أن يلقى عملنا المتواضع هذا رضا وقبولا وافرا.

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

ج:	الجزء.
ج.ر:	الجريدة الرسمية.
د.ت.ط:	دون تاريخ الطبعة.
د.م.ط:	دون مكان الطبعة.
ص:	الصفحة.
ط:	الطبعة.
غ.أ.ش:	غرفة الأحوال الشخصية.
ف:	الفقرة.
ق.أ.ج:	قانون الأسرة الجزائري.
ق.إ.م:	قانون الإجراءات المدنية.
ق.ح.م:	قانون الحالة المدنية.
ق.ع.ج:	قانون العقوبات الجزائري.
ق.م.ج:	قانون المدني الجزائري.
ق.م.ف:	قانون المدني الفرنسي.
م.ع.غ.أ.ش:	المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية.
م.ق:	مجلة قضائية.

باللغة الفرنسية:

D.A.S:	Direction de l'Assistance Sociale.
Edit:	Editeur.
E.N.A.L:	Entreprise Nationale Algérienne du Livre.
N°:	Numéro.
Op.cit:	Option Citée.
P:	Page.
PP:	Pages.
P.U.F:	Presse Universitaire de France (paris).
R.A.S.J.E.P:	Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques.
R.J.P.I.C:	Revue Juridique, Politique Indépendance et Coopération (Paris).
R.T.D:	Revue Tunisienne de Droit.
S:	Suite.

المقدمة

إن التطور الذي شهده المجتمع الإنساني منذ القدم أثر تأثيرا مباشرا على البنية الاجتماعية وبالتحديد على الأسرة، التي تعد الخلية الأساسية لبناء المجتمع[1]، إذ إن في الحقبة الأولى من الزمن كان سائد قانون القوة وبسبب ذلك كانت وضعية الطفل غير مستقرة داخل تلك الأسر، لأن زعماء القبائل يقومون بأخذهم ورعايتهم متى أعجبهم ولدا ويمنح له عدة امتيازات كالاسم والإرث ويجب الإشارة إلى أن هذا الأمر كان محل خلاف بين المجتمعات بإختلاف دياناتها ومذاهبها إلى غاية أن جاء الإسلام باعتباره آخر الكتب السماوية أين فرق بين مركزين للولد المحضون لدى الغير، فإذا كان الولد تم إلحاق نسبه إلى حاضنة فاعتبر ذلك حرام وما كان خلاف ذلك أجازه وأعطى الثواب والأجر عليه.

هناك عدة طرق لحل مشكلة تربية الأطفال ورعاية شؤونهم وصيانة حقوقهم[2]، منها الحضانة[3]، لكنها تخص فئة الأطفال معلومي النسب (أي تكون بين أبوي الطفل معلوم النسب)، لكن هناك مشاكل أخرى، تكون عند أطفال مجهولي النسب أو معلومي النسب وتخلو عنهم لعدم قدرة الأبوين على رعاية وتربية ولدهم لظروف اجتماعية وأخرى اقتصادية أجبرتهم على وضعه أو تسليمه إلى من يستطيع اجتماعيا وماديا رعايته.

1- أنظر، المادة 02 من ق.أ.ج، إذ تنص على: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة".

2- إذ تعتبر مشكلة الأطفال من أبرز المشاكل المترتبة عن فك الرابطة الزوجية بالطلاق، بحيث يحرم هذا الأخير من رعاية وتوجيه الأب والأم له الضروريين، وبالتالي من النمو العادي للأطفال، مما قد يدفع به إلى كره أحد الوالدين وربما الاثنين معا، وفي هذا الصدد يرى بعض الباحثون أنه كلما كان الطلاق يصاحب سنا صغيرا (من 02 إلى 12 عاما)، كلما كانت الصعوبات أشد بالنسبة للطفل، وسيعانى من عقد نفسية حادة في المستقبل، وهذا يؤدي إلى التشرد والتسول والانحراف. أنظر، مصطفى الخشاب، دراسات في الاجتماع العائلي، دار النهضة العربية، بيروت، 1981، ص. 234.

أنظر، أحمد الغندوز، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، بحث مقارن، ط1، دار المعارف، القاهرة، 1976، ص 68.

Cf.E.Gaudin de lagrange, droits de l'enfant. Mélanges P.Raynaud, édit, Dalloz, 1985, pp. 175-201.
Cf.L.Romain, les enfants devant le divorce, édit. P.U.F, 1979, pp. 46 et s.

3- الحضانة تعرف بأنها الالتزام بتربية الطفل ورعايته في سن معين ممن له الحق في ذلك، أي حفظ ممن لا يستقل بأمره وتربيته ووقايته مما يهلكه.

كما عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 62 من ق.أ.ج: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن ان يكون أهلا للقيام بذلك".

أنظر، رشدي شحاتة أبوزيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999، ص. 47 وما بعدها.

وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، الجزائر، 1992، ص. 717-718.

سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الفتح للعلم العربي، 1994، ص. 351.

وهناك أطفال آخرون لا يعرف آباؤهم أو أحد منهم فهم مجهولي الأب أو الأم وأكثر من ذلك الأطفال الذين خلقتهم العشرية السوداء بالجزائر إذ كانوا ضمن أسرهم ينعمون بالحنان والدفء وفي يوم مظلم وجدوا أنفسهم ضائعين ألا وهم أطفال ضحايا الإرهاب والمجازر، وأمام كل هذه الحالات وجد المجتمع نفسه أمام أطفال أحياء لا يمكنه إنكارهم لأن هذا في حد ذاته جريمة، ولا يمكنه البقاء كمتفرج عليهم. فما عليه إلا أن يعتني بهم ويبحث لهم عن طرق ووسائل تمكنه من رعايتهم وحمايتهم، فقد يصطدم المجتمع من أجل ذلك بما هو محرم شرعا بموجب أحكام الشريعة الإسلامية، وهو التبني الذي حرمه الشارع نظرا لما فيه من مفاسد وخلط في الأنساب، واعتداء على هوية الطفل، بإدخاله بيتا غير بيت أصله، الأمر الذي له انعكاسات وخيمة على مستقبل الطفل وخاصة عندما يعلم بعد بلوغه بواقعه فمن المحتمل أن يسبب له هذا الأمر صدمة لا يدري مداها، قال تعالى: (آدْعُو هُمْ لآبائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ)[1]. فهنا الولد ينسب لغير أبيه الحقيقي والذي من نتائجه حرمان بعض الورثة من حقهم في مال مورثهم، وحد المشرع الجزائري حذو الشريعة في هذه المسألة، لكن القوانين الوضعية الأخرى مثل فرنسا، تونس اخذوا بهذا النظام كوسيلة لرعاية الطفل.

لقد واجه كل من الشريعة والقانون حالة الأطفال المحتاجين للرعاية والحماية وأعطيا الفرصة لذوي البر والإحسان أن يتكفلوا بهم كلما كانت لهم الرغبة في ذلك، ومتى توفرت فيهم الشروط ليمسحوا لهؤلاء الأطفال بيدهم الرحيمة آثار البؤس والحيرة. فإذا كانت الشريعة الإسلامية أغلقت باب التبني، فإنها فتحت أبواب أخرى تضمن حماية أكثر للأطفال مجهولي النسب واللقطاء، وذلك بما يعرف بالكفالة كبديل ملائم للتبني والتي تأخذ بها الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري وبعض القوانين الأخرى.

لكن الشيء الملاحظ في الحياة اليومية أن شريحة الأطفال المجهولي النسب واللقطاء يعانون من عدة مشاكل عند بلوغهم سن الرشد، رغم كفالتهم من طرف مؤسسة الرعاية الاجتماعية أو بعض الأسر ذوي البر والإحسان الشيء الذي دفع ببعض العائلات الرغبة في إعطاء اللقب العائلي لهم لضمان أحسن لتنشئتهم، ونفس الشيء الذي دفع بهذه الأسر إلى الاستفسار عن مدى شرعيته

1- أنظر القرآن الكريم، سورة الأحزاب، الآية 05.

رغم صراحة النصوص القرآنية بتحريم التبني. فبعد عدة سنوات من النقاش صدرت فتوى في سبتمبر 1991 فرقت بين النسب واللقب وأجازت للعائلة الكفيلة إعطاء لقبها للطفل المكفول.

ففي الجزائر، صدر مرسوم وزاري في هذا الشأن في جانفي 1992، كما قامت العديد من العائلات بالإجراءات من اجل كفالة أطفال مجهولين النسب واللقطاء.[1]

كذلك ظهرت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 التي أكدت وأجبرت أشخاص المجتمع الدولي على إيجاد مؤسسات وأنظمة قانونية ترعى شؤون الطفل[2]، وخاصة الحالات التي يوجد فيها الولد كما يلي:

- إذا كان الولد من أبوين مجهولين.
- إذا كان الولد من أب مجهول وأم معلومة لكن تخلت عنه بمحض إرادتها.
- إذا كان يتيما أو عجزا أبويه على رعايته وتوفير وسائل معيشية مشروعة.
- إذا كان أبويه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعاية الولد وتربيته وتوجيهه.
- إذا سقطت الولاية الشرعية عن أبواه.

إن كل مثل هذه الوضعيات، حتم الأمر على أشخاص القانون الدولي لاسيما الدولة إيجاد حلول قانونية وذلك بإنشاء مؤسسات قانونية تقوم برعاية هذه الفئة قصد نشأتها ورعايتها مثل وضعية الابن الشرعي (الصلبي) وهو الشيء الذي أدى إلى اختلاف الدول في اختيار هذه الأنظمة والمؤسسات القانونية، فمنهم من أختار مؤسسات قانونية تقوم باحتضان الولد ومنحه الاسم وتمكينه من الإرث، ومنهم العكس نصت على معاملته معاملة الابن لكن لا ينسب إلى حاضنه ولا يرث وإنما يجوز التبرع له. وهناك من الدول من جمعت بين النظامين معا وهو ما يصطلح عليه في التشريعات الدولية الداخلية بنظامي التبني والكفالة.[3]

وبناءا عليه، ورغم ما يعانيه موضوع "التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" من ندرة في المراجع، ونقص في الدراسات المتخصصة والبحوث العلمية الجامعية،

1- Cf.Temi tidafi, de la protection de l'enfant privé de famille, paris, 18 Décembre 1994. p. 46.

2- أنظر، أحمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة والمعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، تلمسان، 2003، ص. 155.

3- أنظر، طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2006، ص. 02.

فلقد وقع عليه الاختيار نظرا لأهميته العلمية والعملية، وذلك لكون هذه الدراسة ستساهم في إزالة الكثير من اللبس والغموض على التبني والكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

وعلى هذا الأساس، لمعرفة محتوى هاذين النظامين وأهم آثارهما آرتأينا طرح الإشكالية التالية ومناقشتها فيما بعد.

ما هو موقف كل من الشارع والمشرع من نظامي التبني والكفالة؟

في هذا السياق نطرح عدة تساؤلات: هل التبني كفالة؟ وهل الكفالة هي تغيير للقب؟ وهل هناك فرق بينهما؟ وما هو النظام القانوني لكل من التبني والكفالة في التشريع الجزائري؟

أما القوانين الوضعية الأخرى سنقوم بدراسة مقارنة لها لكن بدون أن نتعمق فيها، خاصة بالنسبة للنقطة المتعلقة بكون أن الكفالة يأخذ بها التشريع الجزائري والتبني نجده في التشريع الفرنسي.

وبناءا عليه، فقد آستقر بنا الرأي على ألا نحصر الموضوع في منهج واحد، حيث اعتمدنا على المنهج التحليلي في طرح مفاهيم التبني والكفالة مع شرح وعرض موقف الشريعة والقانون، كما استندنا إلى المنهج المقارن في عرض موقف القانون المقارنة.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة، قسمنا بحثنا هذا إلى مقدمة، وفصلين، حيث حددنا في المقدمة موضوع البحث، الدافع إليه، الإشكال.

أما بالنسبة للفصلين تطرقنا إلى:

الفصل الأول: الطبيعة القانونية للتبني والكفالة.

الفصل الثاني: النظام القانوني للتبني والكفالة.

الفصل الأول

الطبيعة القانونية للتبني والكفالة

لقد عُرِف التبني كنظام لدى الشعوب العابرة منذ القدم وتبنته العديد من الدول المعاصرة ووضعت له آليات تنظمه. في حين نجد بعض الدول حرّمته ومنعته وأكدت على أنه لا يرتب أي أثر[1]، أو حكم مستعينة بوسيلة قانونية تمكن من إبطاله وهي دعوى إبطال التبني مستخلفة إياه بنظام الكفالة، الذي أعتبر كبديل ملائم لنظام التبني الذي حرمه الله عز وجل لما فيه من انتهاك وسلب لحقوق الغير ومنه نطرح التساؤلات التالية: ما هي الطبيعة القانونية لكل من التبني والكفالة؟

ولماذا حرّمت الشريعة الإسلامية التبني؟ هل التبني كفالة؟ وإذا كانت الإجابة بـ (لا) أين يكمن الفرق بينهما في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري؟ كل هذه الإشكاليات نجيب عليها من خلال دراستنا لهذا الفصل، وعليه سوف نتعرض إلى: التعارض بين التبني والكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري (المبحث الأول)، ثم التوافق بين التبني والكفالة في بعض القوانين الوضعية وموقف التشريع الجزائري منهما (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التعارض بين التبني والكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري

لقد كان المجتمع في الجاهلية كغيره من المجتمعات الأخرى الغير عربية، يتجاوب للنزعة الفطرية في حب الأولاد كحالة اليأس، أو العقم من الإنجاب أو للاستحسان ولدا أو بنتًا حفاظا عليه من الضياع، والحاجة إلى الأبناء للاستعانة بهم وقت الحرب، وكذا لمساندتهم في الظروف القاسية كل هذه الأسباب أدت إلى إقرار التبني كنظام ينسجم ومتطلباتهم إلى أن جاء الإسلام وحرم التبني[2]، إلا أن هذا التحريم كان له بديل يتمثل في نظام الكفالة الذي أقرته الشريعة الإسلامية والعديد من الدول الإسلامية، منها الدولة الجزائرية التي استبعدت نظام التبني طبقا للمادة 46 من قانون الأسرة وأعطت له البديل بمقتضى أحكام المواد 116 إلى 125 من قانون الأسرة فمن هنا نتساءل: ما معنى التبني والكفالة؟ وهل هناك أنظمة مشابهة لهما؟ وفيما يتمثل حكمهما في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري؟

1- أنظر، معرض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج2، د.م.ط، 1997، ص. 815.

2- أنظر، محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، سلسلة دروس العلوم القانونية، ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص. 55.

وعليه نستعرض في المطلب الأول: منع التبني في الشريعة الإسلامية والمطلب الثاني: تقرير الكفالة.

المطلب الأول: منع التبني في الشريعة الإسلامية

كان لابد من التطرق لهذا النظام لمعرفة مدى اختلافه وتميزه عن مختلف الأنظمة التي لها نفس المؤدي في قانون الأحوال الشخصية وخاصة الأسرة، ولكن رغم تعدد تعريفات التبني والاهتمام الواسع الذي حظي به من طرف الفقهاء ودارسي القانون باختلاف مذا هبهم.

إلا أن المعنى واحد، لكون الرجل يتخذ ولدا ليس من صلبه وينسبه إليه كما أنه يتشابه في محتواه مع بعض الأنظمة القريبة منه: مثل الإقرار بالنسب، الحضانة، اللقيط... ثم الانتقال إلى الحكم الذي خصته به الشريعة الإسلامية.

فبذلك نتساءل: ما هو التبني؟ وفيما تكمن خصائصه؟ وهل هناك أنظمة مشابهة له.

فمن هنا سوف نتعرض في المطلب الأول إلى معنى التبني وخصائصه، وفي المطلب الثاني: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له.

الفرع الأول: مفهوم التبني

إن للتبني معنيين إحداهما لغوي والأخر إصطلاحي ولتميزه عن باقي الأنظمة المشابهة له فهو يتميز بخصائص لهذا نستعرض في أولا تعريفه، ثانيا أهم خصائصه، وثالثا تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له.

أولا- تعريف التبني:

أ-التعريف اللغوي: التبني من تبني تبنيا ويقال تبني الصبي أي ادعى بنوته واتخذه إبنا.

ب-التعريف الإصطلاحي: لقد تعددت التعريفات، فمنهم من عرفه بحسب مضمونه ومنهم من عرّفه بحسب غايته.

1-عرّفه قاموس الإصطلاحات القانونية، أن التبني رابطة أبوية تقوم على الإرادة دون روابط الدم، تستهدف إيجاد روابط بين المتبني والمتبنَّى شبيهة بالنبوة الشرعية.[1]

1- أنظر، ابتسام القرام المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 1992، ص. 17.

2-وعرفه الدكتور محمد صبحي نجم: "التبني هو أن يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه وعرفه أنه ليس ولده فينتسب هذا المتبني إلى من تبناه.

ويكون له على هذا المتبنى حقوق الولد. فالمتبنى لا يقول أن هذا المتبنى إبنه ومن صلبه ولكنه أنزله منزلة ابنه وإلتزم له بحقوق وقطع نسبه إلى غيره".[1]

3-عرفه الدكتور عبد الرحمان الصابوني: هو أن يدعى شخص بنوة ولد معروف النسب من شخص معين أو مجهول النسب.[2]

4-وعرفه عبد العزيز سعد: "تزييف النسب (التبنى) هو إدعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبة إلى أبيه وإعطائه نسب شخص آخر".[3]

5-عرفه الدكتور بلحاج العربي: "هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه إنباله".[4]

6-وعرفه الدكتور يوسف القرضاوي: في معنيين، الأول: وهو أن يضم الرجل طفلا إلى نفسه مع علمه أنه ولد غيره ومع هذا يلحقه بنسبه وأسرته ويثبت له كل أحكام النبوة وآثارها مع إباحة اختلاط وحرمه الزواج واستحقاق الميراث.[5]

والمعنى الثاني: وهو أن يضم الرجل إليه طفلا يتيما أو لقيطا ويجعله كإبنه في الحنان عليه والعناية به وتربيته فيطعمه ويكسوه ويعامله كابن من صلبه ومع هذا لم ينسبه لنفسه ولم يثبت له أحكام البنوة.[6]

7-عرفه الدكتور أحمد حمد: "بأنه اتخاذ المرء إبنا له من غير صلبه، ويسمى الابن متبنى وسماه الإسلام دعيا أي إبنا بالدعوى لا بالحقيقة بلفظ اللسان لا بسلالة الدم".[7]

1- أنظر، محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص. 55.

2- أنظر، عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 2 (الطلاق وآثاره)، ط 8، منشورات جامعة دمشق، 2000-2001، ص. 192.

3- أنظر، عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002، ص. 151.

4- أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 01 (الزواج والطلاق)، ط03، ديوان المطبوعة الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 2004، ص. 200.

5- أنظر يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط 20، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1404 هـ، 1984 م، ص. 186.

6- أنظر يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص. 188.

7- أنظر، أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط1، دار البعث قسنطينة، الجزائر، 1983، ص. 213.

8-وعرفه الدكتور مصطفى شلبي: "استلحاق شخص معروف النسب إلى أب أو استلحاق مجهول النسب، مع التصريح بأن يتخذ ولدا وليس بولد حقيقي".[1]

9-عرفه الأستاذ فضيل سعد: "التبني هو عملية إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقينا أنه ليس منه وهي علاقة بين الطرفين أحدهما وهو الشخص الكبير، إمرأة أو رجل ويسمى المتبنى، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنى".[2]

والمتبنى إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسبي كاللقيط.

10-كما عرفه الدكتور توفيق حسن فرج: "بأنه تصرف قانوني ينشئ بين شخصين علاقة أبوة وبنوة صورية ومدنية بحتة".[3]

11-أما المستشار معوض عبد التواب: التبني هو استحقاق شخص معروف النسب أو مجهول له مع التصريح بأن يتخذه ولدا مع أنه ليس ولده الحقيقي.[4]

12-كما عرّفه الشيخ حماني: "التبني هو أن يعلن المرء أما الملإ أن "فلان الفلاني" إبنه ومن تلك اللحظة يصبح في أعين الناس إبنه، يجرى عليه جميع أحكام البنوة".[5]

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

14-ولمعنى التبني في الشريعة الإسلامية صورتان:

1- أنظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفري والقانون، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص. 723.

2- أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج 1، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1993، ص. 224.

3- أنظر، توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1980، ص. 697.

4- أنظر، المعوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج1، ط4، دار الوفاء، مصر، 1988، ص. 159.

5- أنظر، الشيخ أحمد حماني، استشارات الشرعية ومباحث فقهية، ج4، المؤسسة الوطنية المطبعية، الجزائر، 1993، ص. 515.

إحداهما–صورة التبني المشروع: وهي أن يضم الرجل الطفل الذي يعرف انه ابن غيره إلى نفسه، فيعامله معاملة الأبناء دون أن يلحق به نسبه فلا يكون إبنا شرعيا ولا يثبت له شيء من أحكام النبوة، والتبني بهذا المعنى يلجأ إليه بعض المحسنين وأرباب الخير، الذين يرون فيه قربة إلى الله.

والثانية–التبني المحضور: وهي المفهومة من كلمة تبني عند إطلاقها وفي عرف الشرائع وما هو متعارف بين الناس بأنه أن ينسب الشخص إلى نفسه طفلا يعرف أنه ولد غيره وينسبه إلى نفسه نسبة الإبن الصحيح ويثبت له أحكام البنوة الصحيحة والحقيقية.[1]

وعليه نستخلص أن التبني هو اتخاذ ابن الآخرين بمثابة الابن من النسب الصحيح أو الأصيل، فهو أحد هذه العادات الشائعة، إمّا لِتجاوب مع النزعة الفطرية في حب الأولاد حال العقم أو اليأس من الإنجاب، وإما لإستلطاف الولد أو للإستحسان ولد أو بنت الأخر، فيجعل الولد متبني مع العلم أنه ولد الأب الآخر الحقيقي وليس ولد للمتبني في الحقيقة. وربما كان سبب التبني أو الباعث هو رعاية ولد لقيط أو مفقود أو مجهول النسب أو لا عائلة له ولا مربّ له فيقوم بتبنّيه حفاظا عليه من الضياع أو الموت أو الهلاك.

ثانيا-خصائص التبني:

يتميز نظام التبني بعدة خصائص تميزه عن الأنظمة المشابهة له:

1-التبني نظام قديم عرفته المجتمعات العربية في العصور الجاهلية والمجتمعات الغربية عند الرومان واليونان.

2-التبني مقنن في ظل المجتمعات الحديثة في قوانين داخلية وبرتوكولات دولية.

3-ينص التبني على القصر دون سواهم ذكرا كان أم أنثى.

4-يتميز التبني بإلحاق نسب المتبني القاصر بنسب المتبني وآعتباره إبنا شرعيا.

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

6-يكون المتبني شخصا راشدا ذكرا أم أنثى كان.

7-إمكانية تبني أي طفل بغض النظر عن جنسيته.

1- أنظر، الإمام محمود شلتوت الفتاوى، الإسلام عقيدة وشريعة، ط 01، دار البعث قسنطينة، د.ت.ط، ص. 213.

8-يغلب على التبني الطابع الشكلي[1]، والإجرائي فهو بمثابة عقد بين المتبني والأشخاص والهيئات الراعية للطفل المرشح للتبني.

9-يتميز التبني بخصوصية أنه يتم بموجب حكم قضائي[2]، بعد إجراءات تحقيق معمقة رعاية لمصلحة الطفل الفضلي.

10-التبني يعطى للمتبني الحق في الإرث من المتبنى وفي نفس الوقت يلقي عليه واجبات مثل الابن الشرعي.

11-إن مضمون التبني يشمل الولاية التامة على نفس ومال المتبنى من رعاية وتربية وتمثيل قانوني في إدارة وتصرف في الأموال وكل ذلك من قبل المتبني.

وعليه يمتاز التبنّي بإلحاق نسب المتبنى ومنح اللقب، الولاية على نفس ومال القاصر المتبني، تمكينه من الإرث، حقوق وواجبات متبادلة بين المتبني والمتبنى، يثبت بموجب عقد أو حكم قضائي، إمكانية إسقاط التبني، المتبنى شخص مجهول النسب أو معلوم أو لقيط بغض النظر عن الجنسية.

إذن التبني هو إرتباط الشخص بأسرة غير أسرته فبذلك يتضح أنه يختلف عن إلا قرار بالبنوة، لأن هذا الأخير اعتراف بنسبة حقيقية لشخص مجهول، من هنا نطرح التساؤل التالي:

فيما يكمن الفرق بين التبني والأنظمة الأخرى؟.

ثالثا-تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له:

يتبادر إلى الذهن منذ الوهلة الأولى إلى أن التبني هو نفسه الإقرار بالنسب (أو البنوة) أو إلتقاط اللقيط، أو هو الحضانة بذاتها، أو هو التلقيح الإصطناعي أو التنزيل أو الانتساب.

أو هو نظام الرعاية الاجتماعية، لكن في الواقع هو خلاف ذلك فكل نظام مستقل بذاته وله شروطه، وعليه يمكننا التطرق إلى التميز بين هذه الأنظمة والتبني فيما يلي.

أ-التبني والإقرار بالنسب:

1- أنظر: قانون رقم 58/27 المؤرخ في 4 مارس 1958، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي.

2- أنظر، الفصل 13 من قانون رقم 27 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي.

إذا كان التبني هو أن يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب أو مجهول النسب مع علمه بأنه ليس بابنه من صلبه، فهذا أمر محرم ولا يصح في الشريعة الإسلامية.

في حين الإقرار بالنسب أحكامه وشروطه معلومة ومحددة في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة، إذ هو إقرار الشخص صراحة أن شخصا معينا إبنا له، بنسب صحيح وحقيقي، ولكن ظروف معينة أجلت هذا الإقرار، كعقد تم دون تسجيله بين زوجين وأنجبا ولدا، أو أنكر الأب الولد فترة معينة ثم عاد واعترف بأن عقدا شرعيا تم بينه وبين امرأة نتج عنه ولد شرعي.[1]

ليس الإقرار بالنسب هو التبني المعروف، لأن الإقرار لا ينشئ النسب وإنما هو "اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب، فهو يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائه فيكون إبنا له ثابت النسب منه، وليس له نسب آخر يتساوى مع إبنه الثابت نسبه بالفراش، لا فرق بينهما، إلا في طريق الإثبات إذْ تثبت له كافة الحقوق الثابتة للأبناء من النفقة والإرث وحرمة المصاهرة، وإحتمال أنه كاذب في الواقع لا يلتفت إليه، لأنه لا يوجد ما يثبت كذبه، فالظاهر يصدقه، والله يتولى سرائره".[2]

أما التبني فهو استلحاق شخص ولدا معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط ويصرح أنه يتخذه ولدا له مع كونه ليس ولدا له في الحقيقة. ومثل هذا النوع كان معروفا في الجاهلية، فكانوا يجعلونه كالابن الحقيقي يأخذ أحكامه من النفقة والميراث وتحريم زوجته على متبنيه.

فلما جاء الإسلام أبطله[3]، وبين أنه مجرد دعوى لا أساس لها بقول الله تعالى: (اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ، وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ اللآئِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ، وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ، وَاللَّهُ يَقُولُ الحَقَّ وَهُو يَهْدِي السَّبِيلَ).[4]

كما أن هناك اختلاف بين نظامي الإقرار بالنسب والتبني، ويتجلئ في عنصرين أساسين هما:

1-الإقرار اعتراف بنسب حقيقي والتبني تصريح بنسب صوري:

1- أنظر، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص. 193.

2- أنظر، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 723.

3- أنظر، بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ص. 632.

4- أنظر المصحف الشريف، سورة الأحزاب، الآيتان 4.

الإقرار هو آعتراف الشخص وإعلانه أن فلان ابنه، وقد يكون المقر رجلا أو إمرأة، كما يكون المقر له ذكرا أو أنثى، وهذا يتوفر على شرطين:

أ-أن يكون إقرار على شخص مجهول النسب.

ب-أن يكون إقرار هما يقبله العقل وتصدقه العادة: هذا يعني انه من الممكن ولادة هذا الولد حيث يمكن احتمال هذه الولادة مثلا؛

إقرار شخص عمره 20 سنة بنوة طفل ذو 10 سنوات، فلا يعقل أن يولد الطفل عشر سنين.

أما التبني فهو تصريح باتخاذ شخص معلوم النسب أو مجهول النسب ولدا له، وليس بولده الحقيقي، "والتبني منشئ لنسب وليس مثبتا لنبوة حقيقية".[1]

2-الإقرار يثبت التبني والتبني منشئ للنسب:

كما سبق الذكر أن الإقرار ليس منشأ للنسب وإنما هو طريق لإثباته وظهوره، وإذ توفرت شروط الإقرار يترتب عليه ثبوت النسب من المقر وله جميع الحقوق من نفقة وإرث...، "والنبوة التي تثبت بالإقرار فلا تتحقق إلا إذا لم يكن للولد أب معروف".[2]

أما التبني فهو تصرف قانوني[3]، منشئ لنسب يختلف في أحكامه عن النسب الحقيقي، الذي يكون في النسب بالإقرار، وإنما هو بنوة ثابتة بحكم القانون، كما أن البنوة التي تثبت بالتبني تتحقق ولو كان له أب معلوم.[4]

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

هناك الكثير ممن يعتقد أن نظامي الإقرار بالنسب والتبني متشابهان، لكن الاختلاف واضح بينهما، فالتبني لا يثبت به نسب المتبني، كما أنه لا يترتب عنه أي حق من الحقوق.

1- أنظر، المعرض عبد الثواب، المرجع السابق، ص. 159.

2- أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 695.

3- أنظر، بدران أبو العينين بدارن، الفقه المقارن للأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، ج1، دار النهضة العربية، لبنان، 1967، ص. 523.

4- أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 695.

الثابتة بين الآباء والأبناء، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بقوله: "يمنع التبني شرعا وقانونا"[1]، لكن الإقرار بالنسب هو إقرار الشخص صراحة أن شخصا معنيا إبنا له بنسب صحيح وحقيقي.

ب-التبني والحضانة:

إذا كان التبني هو عقد ينشئ بين شخصين علاقة صورية ومدنية محضة بالأبوة والبنوة المفترضة، كما يمكن أن يكون نتيجة نزع طفل من أبوين معلومين وإلحاق نسبه إلى المتبنى، في حين الحضانة هي "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايتة وحفظه صحة وخلقا"[2]. فهناك من يرى أن التبني يحمي مصالح الأطفال ويخدم مستقبلهم، فإذا كان الأمر كذلك، فإنه لاشك أن التبني يتفق مع الحضانة.[3]

أما الاختلافات الكائنة بينهما فهي كالآتي:

1-إن الحضانة تمارس على طفل معلوم النسب، أما التبني فيكون إما على شخص معلوم النسب أو مجهوله.

2-إن المحضون يحتفظ بنسبه، على خلاف المتبنى الذي يأخذ نسب العائلة المتبنية[4]، ومن ثم فما التبني إلا تزييف للنسب.[5]

3-يسقط زواج الحاضنة حقها في الحضانة، كقاعدة عامة، على نقيض التبني الذي يشترط في المتبنى أن يكون متزوجا.[6]

4-يرتب التبني جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات[7]، كحرمة الزواج[1]، واستحقاق الميراث والنفقة مثلا، أما الحضانة، فلا ترتب شيئا من ذلك إذا كانت بيد غير الأبوين.

1- أنظر، المادة 46 من ق.أ.ج.

2- أنظر، المادة 62 من ق.أ.ج.

3- أنظر، حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، تلمسان 2004-2005، ص. 101.

4- أنظر، الفصل 14 من قانون 1958/03/04 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

5- أنظر، جيلالي تشوار، أحكام الأسرة بين الإجتهاد والتقنين، "مجلة الأحياء"، 2001، العدد 4، ص. 235. أنظر، عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1996، ص. 185.

6- أنظر، الفصل 09 من قانون 1958/03/04، وعلى سبيل المقارنة، يشرط القانون الفرنسي أيضا الزواج في المتبنى (المادتان 343 و343-1 من القانون رقم 76-1179 لـ 1976/12/22 المتعلق بالتبني الكامل من القانون المدني الفرنسي).

7- أنظر، الفصل 1/15 من قانون 1958/03/04.

كما أن المشرع حدد الأشخاص الذين لهم الحق في حضانة الولد، وآستوجب أن يكون بموجب حكم قضائي، مع مراعاة مصلحة المحضون، فإن ذلك لا يفقده نسبه الأصلي من والديه الشرعيين، ولا يلحقه بنسب الحاضن، إذ العلاقة تبقى دائما في إطار الحضانة لا غير، إذ يمكن إسقاط الحضانة وانقضائها وفقا لما هو مقرر في أحكام الحضانة.[2]

وعليه، إن نظام التبني هو نظام قائم بذاته لدى المجتمعات التي أقرته ونظمته في قوانينها الداخلية مثل تونس التي تعتبر من بين الدول الإسلامية[3] وفرنسا، وكذا الأمر بالنسبة لأحكام الحضانة فهي قائمة بذاتها وتؤدي غرض محدد دون المساس بنسب القاصر.

جـ-التبني والبنوة الناتجة عن التلقيح الإصطناعي:

إذا كان التبني هو إلحاق شخص مجهول النسب أو معروف النسب مع التصريح بأن يتخذه ولدا مع أنه ليس ولدا حقيقيا، في حين إن البنوة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي خاضعة إلى شروط محددة في قانون الأسرة الجزائري تتمثل فيما يلي:

- "أن يكون الزواج شرعيا،
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".[4]

وعليه فإنه يعتبر نسب شرعي وحقيقي وينتج جميع آثاره المتعلقة بالبنوة والأبوة ولا يعتبر تبني.

وعليه، "إن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين داخل الرحم أو خارجه، إنما شرع لتحقيق هدف واحد، وهو التغلب على مشكلة العقم عند أحد الزوجين أو كليهما حينما يستعصى علاجه بالطرق ووسائل العلاج الطبية التقليدية"[5]، وعليه يعتبر المولود الناتج عن التلقيح

1- أنظر، الفصل 2/15 من قانون 1958/03/04، على أن موانع الزواج تبقى قائمة بين المتبنى وأقاربه إذا كانوا معروفين.

2- أنظر، المواد: 65، 66، و67، 68، 70 ق.أ.ج.

3- أنظر، الهادي سعيد، التشريع التونسي وحقوق الطفل، مجلة القضاء والتشريع، 1985، عدد 5، ص. 26.

4- أنظر، المادة 45 مكرر من القانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو سنة 2005.

5- أنظر، تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 4، 2006، ص. 56.

الاصطناعي ذات نسب شرعي وحقيقي، ولا يعتبر تبني، لأن الولد المتبنّى المعروف أنه للغير ينشأ عن ماء أبيه ويلحق بأسرة أخرى علما أنه ليس عنصرا منها.

د-المتبني واللقيط:

"التبني معروفا عند العرب قبل الإسلام ولكن الإسلام أبطله وألغى آثاره، وعلى هذا لا يجوز ولا يصح تبني المسلم لقيطا أو غيره، بأن يجعله إبنه وهو يعلم أنه ليس إبنه".[1]

"وهذا بخلاف اللقيط الذي يثبت نسبه ممن إدعاه، فيكون إبنا شرعيا لمن إدعاه، ويكون لكل منهما على الآخر ما للأب على إبنه، وما على الابن لأبيه، وهذه الدعوة إقرار نسبه".[2]

وهكذا، لا يثبت النسب بالتبني، ولو كان الولد المتبنى مجهول النسب، بعكس إدعاء بنوة اللقيط حيث يصدق المدعى ويثبت نسبه منه على اعتبار أن اللقيط[3]، إبنه حقيقة لا على أساس الاعتراف بنظام التبني الذي أبطله الإسلام.[4]

الفرع الثاني: حكم التبني في الشريعة الإسلامية

"كما هو معروف أنه كان للعرب في الجاهلية عادات وتقاليد حاول الإسلام تهذيب الصالح منها وإبطال الفاسد والمضر ومن أهم ما أبطله: "التبني".[5]

فلقد عرف العرب قبل الإسلام نظام التبني فكان الرجل إذا ما أعجبه فتى لوسامته أو حبا في الرفعة والانتساب إلى ولد شريف الأصل أو ذي عزة وجاه، تبناه وألحقه بنسبه وأعطاه كل الحقوق مثل الأولاد الصلبيين وله نصيب في الميراث وكما ينسب إلى المتبني لذلك يقال فلان بن فلان ولا ينسب إلى غيره.[6]

1- أنظر، مريم أحمد الداغستاني، أحكام اللقيط في الإسلام، ط1، د.م.ط، 1413هـ/1992م، ص. 122.

2- أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 201.

3- اللقيط هو المولود الذي لا يعرف له أب أو أم. واللقيط مجهول النسب، فمن أدعى نسب اللقيط ثبت نسبه بدون حاجة إلى بينة، سواه أكان المدعى الملتقط أو غيره.

4- أنظر، مريم أحمد الداغستاني، المرجع السابق، ص. 122.

5- أنظر، دليلة فركوس، تاريخ النظم، ج1، مطبعة الأطلس للنشر، 1993، ص. 214.

6- أنظر، محمد صبحى نجم، المرجع السابق، ص. 59.

وتماشيا مع هذه الظاهرة تبنى محمد بن عبد الله قبل أن يصبح رسولا بالرسالة الإلهية شابا من سبايا بلاد الشام، سباه رجل فآشتراه حكيم بن حزام بن خويلد، ثم وهبه إلى عمته خديجة زوجة النبي ثم وهبته إلى النبي صلى الله عليه وسلم بعد أن تزوجته ولما عرف أبوه وعمه مكانه، وطلباه من النبي صلى الله عليه وسلم، خيّره النبي صلى الله عليه وسلم، فما كان منه إلا أن اختار رسول الله صلى الله عليه وسلم على أبيه وعمه، فأعتقه وتبناه، وأشهد على ذلك القوم، فقال: "يا معشر قريش أشهدوا إنه ابني أرثه ويرثني".[1]

وهذا الوضع المتعلق بالتبني كشأنه في كثير من الأوضاع والمسائل التي ظلت سائدة فترة زمنية بعد ظهور الإسلام مثل الخمر والربا وبعض عادات الجاهلية، وكان زيد هذا يدعي (زيد بن محمد)[2]، ثم حرم الإسلام التبني تحريما صريحا لأن رسالة الإسلام والقرآن الإصلاحية كانت تعالج أوضاع المجتمع العربي تدريجيا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "إِنَمَا بُعِثْتُ لأُتْمِمَ مَكَارِمَ الأَخْلاَقِ".

"وفي السنة الخامسة للهجرة أبطل الله جلت حكمته التبني وحرمه"[3]، وأصبح حكم الشريعة في التبني كغيره من الأحكام مبني على حكم ومقصد شرعي وهذا ما سنحاول التعريف عليه.

أولا-التحريم بالكتاب:

حرم القرآن الكريم التبني تحريما باتا، وذلك في قوله تعالى: (وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَ كُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ)[4]، فالكلام لا ينشئ رابطة الدم، ولا علاقة الوراثة، للخصائص التي تحملها النطفة، ولا المشاعر الناشئة من كون الولد هو بضعة حية من جسم والده الحي، وإنما كل هذا لا يكون إلا بالدم والأبوة والنبوة الحقيقية[5]. وهي صريحة أيضا في منع نسب الشخص إلى غير أبيه منعا لا يدعي مجالا للشك وقال عز وجل: (واللَّهُ يَقُولُ الحَقَّ وَهُو يَهْدِي السَّبِيلَ)، أي أن الحق

1- أنظر، يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص. 183.

2- أنظر، رمضان علي السيد استربناضي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 2001، ص. 150.

3- أنظر، محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص. 59.

4- أنظر، المصحف الشريف، سورة الأحزاب، الآية 04.

5- أنظر، أحمد حمد، المرجع السابق، ص. 214.

هو العلاقات القائمة على أساس الرابطة المستمدة من الدم واللّحم، لا من صنع أفواه البشر وكلامهم.

فقوله تعالى: (آدْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ).

وقوله تعالى: (وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ).

حث الله عز وجل إلى رد الأنساب إلى حقائقها إلا في الحالات التي يعجزون عن ردها فقد رفع الله الحرج عنهم.

ولقد أكد الله سبحانه وتعالى بطلان تبني زيد لقوله تعالى: (فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لاَ يَكُونَ عَلَى المُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولاً).[1]

وقال جل ذكره: (مَا كَانَ مُحَمَّدُ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شيءٍ عَلِيمًا).[2]

الآية جاءت لإباحة ما كان محرما في الجاهلية، من تحريم زواج المتبنى من زوجة متبناه. فجعله عز وجل حلالا طيبا ورفع الحرج عن المتبنى في الزواج بها، واعتبارها من محارمه مع أنها أجنبية عنه في الأصل.[3]

ثانيا-التحريم بالسنة النبوية الشريفة (التشريع العملي):

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من إدعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام". رواه أحمد والبخاري والمسلم.

وقال عليه الصلاة والسلام: "من أدعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة عدلا ولا صرفا"[4]. رواه أبو داود.

1- أنظر، سورة الأحزاب، الآية 37.

2- سورة الأحزاب، الآية 40.

3- أنظر، محمد محده، سلسلة فقه الأسرة، ط2، أطلس للنشر، الجزائر، 1993، ص. 416.

4- أنظر، محمد صبحى نجم، المرجع السابق، ص. 60.

وقال صلى الله عليه وسلم: "ليس من رجل أدعى لغير أبيه وهو يعلم إلا كفر". رواه البخاري ومسلم.

لقد أبطل التبني بالشريع العملي بعد التشريع القولي[1]، واختارت الحكمة الإلاهية لهذه المهمة رسول الله صلى الله عليه وسلم هو نفسه. لكي يزيل كل شك ويدفع كل حرج عن المؤمنين في إباحة زواج مطلقات أدعيائهم، لكي يوقِنُوا أن الحلال ما أحل الله والحرام ما حرم الله.

وبهذا إنتهى أمر التبني في التشريع الإسلامي وأصبح رابطة غير معترف بها، لا يترتب عليه أي حكم ومن أقدم عليه كان آثِمًا وكان عمله عملا باطلا.

الفرع الثالث: الحكمة من تحريم التبني

لعل من الواجب أن يعرف المسلمون الحكمة من إبطال وهدم آثاره. وذلك لبيان مدى حرص الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب والحقوق الأسرية ومنع ضياعها، فبذلك نتساءل. ما هي الغاية من تحريم التبني في الشريعة الإسلامية؟.

تتجلى الأهمية من تحريم التبني في النقاط التالية:

أولا-التبني اعتداء على الأنساب:

"إن النسب يثبت عادة من الآباء للأبناء نتيجة لرابطة شرعية قانونية ليس لأحد أن يتعداها. بحيث يتصرف فيها بكل حرية، فيعطى لهذا اسمه أو نسبه بغير وجه حق. إذ أنه يدمج شخصا أجنبيا غريبا في الأسرة يشاركهم في حياتهم يسلبهم حقوقهم بغير حق، ويتعدى على نسبهم، غير أن ذلك لا يخوله أن يتمتع بحقوق المودة والرحمة وهي حقوق معنوية لا يتحقق إلا في صلة الدم واللحم، ولا يمكن تجسيدها في نسب أو قرابة مصطنعة، بل بالعكس تؤدي إلى توليد نوع من التنافر تؤثر على هذا الطفل نفسيا، ومن جهة أخرى فإن تجريد هذا الطفل من نسبه الأصلي إن كان معلوم النسب دون رضاه أو بغير علمه سيولد له اعتقادا بأنه ينتمي إلى تلك العائلة، لكن يكتشف هذا التزوير فيتحول حبه لوالديه الذين تبنياه كرها واحتقارا لهما".[2]

1- أنظر، يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص. 185.

2- أنظر، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 723.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة في المادة 77 منه، والتي هي مستمدة من الشريعة الإسلامية تنص: "يجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

فمن خلال نص المادة نجد بأن هناك حقوق وواجبات على أفراد العائلة فيما بينهم، فإذا أضيف فرد آخر فيكون دخيلا عليهم، يغتصب حقوقهم وينقص من أخرى كالإرث مثلا، إذ أن تحريم التبني هو غاية في حد ذاته إذ يمنع توريث من ليس له حق الإرث لأن الميراث له شروطه وأحكامه منها القرابة مثلا، وفي تحريمه عدم الإعتداء على حقوق الغير لأن إقرار التبني وثبوت التوريث يجعل منه تعدى على تركة الغير بغير وجه حق وهذا من شأنه أن يثير الحقد بين الأقارب الحقيقيين بسبب هذا الدخيل وبالتالي قطع الأرحام، وباعتبار أن الدين الإسلامي هو دين الحق والعدل وأيضا دين رحمة وتكافل، لم يمنع تربية الطفل وتعليمه، ثم تركه عند بلوغه سن الاعتماد على نفسه وإدراك مسؤولياته، تجاه المجتمع والأمة، وبالتالي إحياء لنفس كان هلاكها ممكنا[1]، لقوله تعالى: (وَمَنْ أَحْيَاهَا فكأَنَّمَا أَحْيَا النَاسَ جَمِيعًا).

ثانيا- التبني انتهاك للحرمات:

إن المعاملة التي يتلقاها الابن المتبنى على أنه أخ لبنات المتبني وابن لزوجته، فهو يأخذ مرتبة المحارم مع أنه يعتبر أجنبيا عنهم. لا يباح له ما يباح للإبن الصلبي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الشخص يحرم من حقه في الزواج من هؤلاء الأجنبيات، التي تعتبر أنه أخ لهن، وهو يعتبرهن أخواته، غير أنه قد يحدث ويتزوج هذا الشخص المتبنى بأخواته الصلبيات وهو محرم عليه. لذلك تختلط الأنساب، ويصبح المجتمع يقوم على نظام فاشل ضعيف الأسس يعاني خلخلة المجتمع الجاهلي.

ونخلّص القول بقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا لاَ تُحَرِمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلاَ تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لاَ يُحِبُّ المُعْتَدِينَ)[2]، أي حرمانه من الزواج من الأجنبيات اللاتي يعتبرونه أخ ويعتبرهنّ أخواته حتى لا يحرّم ما أحل الله.

1- أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 657-674.

2- سورة المائدة، الآية، 87.

فبذلك، إذا كانت الشريعة الإسلامية أغلقت باب التبني فإنها فتحت أبوابا أخرى تضمن حماية للأطفال مجهولي النسب واللقطاء وكذا بالنسبة لعدم قدرة الأباء في إحياء الأولاد، وذلك بما يعرف بالكفالة والاحتضان والرعاية التي تضمن حماية الأنساب وعدم اختلاطها.

وفي هذا الصدد أيضا أخذ المشرع الجزائري بنظام بديل عن التبني هو نظام الكفالة وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: تقرير الكفالة

لقد حرمت الشريعة السمحاء التبني بعدما كان معمولا به في الجاهلية قبل الإسلام، أين كان النبيّ محمدا صلى الله عليه وسلم قبل النبوة متبنيا زيد بن الحارثة والذي كان يدعى في ذلك الوقت زيد بن محمد، مثل باقي العرب في تلك الحقبة من الزمن.

إلا أن هذا التحريم كان له بديل وذلك لحماية شريحة في المجتمع التي كانت ضحية تصرفات سلبية التي نتج عنها الأطفال مجهولي النسب واللقطاء.[1]

وهذا البديل يتمثل في نظام الكفالة الذي عملت به العديد من الدول الإسلامية، منها الدول الجزائرية التي آستبعدت نظام التبني طبقا للمادة 46 من قانون الأسرة وأعطت له البديل بمقتضى أحكام المواد 116 إلى 125 من قانون الأسرة مقتدية بذلك أحكام الشريعة الإسلامية، ولمعرفة هذا النظام بوسعنا أن نتطرق لبعض الإشكاليات التي يطرحها هذا الموضوع.

في هذا المطلب وباقي الإشكاليات نتطرق إليها في الفصل الثاني، لكي نزيل كل إلتباس عالق في ذهن كل عارف. فإشكاليات هذا المطلب تتمثل في:

ما هو مفهوم الكفالة، وما حكمه في الشريعة الإسلامية؟

وفيما يكمن الفرق بين التبني والكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري؟

1- أنظر، زواوي فريدة، مدى تعارض الرسوم التنفيذية 24/92 المتعلقة بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المحلة القضائية، العدد 2000/2، ص. 69.

الفرع الأول: مفهوم الكفالة

وفي هذا الصدد نتعرض إلى تعريف الكفالة بمختلف مقاصدها مركّزين على الكفالة بمفهوم قانون الأسرة وأهم خصائصها.

أولا-تعريف الكفالة

يمكن تعريفها بحسب المعنى اللغوي والمعنى الإصطلاحي.

1-**المعنى اللغوي:** وتعنى الكفالة في اللغة[1]: الضم، ومنه قول الله تعالى: (وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَا).[2]

فهي من: كَفَلَ، يَكْفُلُ، كَفْلاً وكَفَالَةً، إذا فالكافل هو القائم بأمر اليتيم والمربي له، ولذلك يقول الله تعالى في كتابه الكريم: (وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)[3]، أي وأنابه كفيل.

وقوله عليه الصلاة والسلام أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما[4]، أي ضم اليتيم إلى نفسه.

2-**المعنى الاصطلاحي:** الكفالة في القانون لها معنيين: معنى حسب القانون المدني ومعنى حسب قانون الأسرة.

أ-القانون المدني: الكفالة تتطلب شروط محددة في القانون لانعقادها، وتعني الضمان في القانون المدني (Lecautionnement) وهو نوع من أنواع التأمين، نظمه المشرع الجزائري في القانون المدني[5]، كما أن المشرع نص على أنه عبارة عن "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه".[6]

1- أنظر، سيد سابق، فقه السنة، ج3، دار الفكر العربي للبنان، 1403هـ/1983م، ص. 283.

2- المصحف الشريف، سورة آل عمران، الآية 37.

3- المصحف الشريف، سورة يوسف، الآية 72.

4- أنظر، فضيل سعد، المرجع السابق، ص. 226 (رواه البخاري والترميدي وأبو داوود).

5- أنظر، حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 97.

6- المادة 644 من ق.م.ج.

ب–قانون الأسرة: الكفالة هي عبارة عن إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي.[1]

وعلى هذا المنوال فالكفالة هي عبارة عن إلتزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه.

إذ تمنح الكفالة بناء على طلب المعني وتكون سواء أمام القاضي المختص أو الموثق والشيء الملاحظ أن الكفالة عادة كما سبق وإن أشرنا هي وسيلة لحل بعض المشاكل اليومية داخل المجتمع، لاسيما في مرحلة سنين الجمر التي مرت بها الجزائر بداية من التسعينات التي ترتبت عنها ظاهرة ما يسمى بالأمهات العازبات واللواتي ليست لهن القدرة حتى على إعالة أنفسهن، لكن أحكام الكفالة كان لها أثر إيجابي في تلك الحقبة إذ فتحت الباب أمام عدة عائلات بالتكفل بأبناء الأمهات العازبات هذا من جهة ومن جهة أخرى كذلك فتحت الباب للأسر التي ترغب في الإنجاب ولكن لسبب ما لم يرزقهم الله بذلك فكانت أحكام الكفالة بمثابت المفتاح القانوني لحل مثل هذه المشاكل.

تعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم أو مجهول النسب.[2]

ونعني بها رعاية الطفل من قبل أسرة غير أسرته النووية سواء كانت من أقاربه أو غريبة عنه.[3]

1- المادة 116 من ق.أ.ج.

2- أنظر، محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأ المعارف جلال حزى وشركاه، الإسكندرية، مصر، د.ت.ط. ص. 67-68.

عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، د.م.ط، 1988، ص. 125.

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

عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، د.م.ط، 1999، 2000، ص. 293.

أحمد إبراهيم بك واصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الحربوصلي، مصر، د.ت.ط. ص. 563.

3- علي الهادي الحوات، رعاية الطفل المحروم (الأسس الاجتماعية والنفسية البديلة للطفولة)، مركز الإنماء العربي، ط1، 1989، ص 27-32.

أنسى محمد أحمد قاسم، أطفال بلا أسر، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، ط1، 1998، ص. 48.

ولم تكتف الشريعة الإسلامية بتنظيم الكفالة من خلال نظامها القانوني، بل شجعت عليها عن طريق قواعدها الدينية، كما جاء في قوله عليه الصلاة والسلام "خير بيوت المسلمين بيت فيه يتيم يكرمّ، وشرّ بيوت المسلمين بيت يقهر فيه يتيم".[1]

ولقد اعتبر الفقه الإسلامي الكفالة إلتزام شخصي يصدر عن الكافل سواء كان رجلا أو إمراة[2]، "لأنها تبرع منه مما يضفي عليها صبغة قانونية ودينية يبتغي بها وجه المولى عز وجل وعليه لا يستطيع إلزام غيره بها ولو كان زوجه. مما يعني أن كفالة الزوجين للطفل يتطلب موافقتهما معًا في الشريعة الإسلامية".[3]

إذن فكفالة الطفل الذي فقد رعاية والدية ممكنة من قبل الأشخاص والأسر في الشريعة الإسلامية مع مراعاة مصلحة المكفول في كل ذلك وهي عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة.

ثانيا-أهم خصائص الكفالة:

إن الكفالة تتميز بعدة خصائص تميزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها: مثل الحضانة والتبني فالكفالة يمكن إجمالها كما يلي:

الكفالة هي عبارة عن نظام بديل للتبني وضعه المشرع لغاية اجتماعية وذلك لرعاية الأولاد اللقطاء وكذا مجهولي النسب وتولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته لظروف اقتصادية.

– الكفالة هي عبارة عن عقد ذو ثلاثة أطراف هم: الكفيل والمكفول والشخص أو الهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكفيل أمام الموثق أو المحكمة.

– الكفالة إلتزام تبرعي من طرف الكفيل بدون مقابل.

1- رواه ابن ماجة، سنن ابن ماجة، حققه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني، د.ت.ط، الباب 6، المجلد 2، الحديث رقم 3689.

2- أنظر، محمد بن أحمد الصالح، حق الطفل في الشريعة الإسلامية، مطبعة النهضة، مصر، د.ت.ط، ص. 115-118.

بن عطبة بوعبد الله، أحكام اللقيط بين المذاهب الفقهية الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الشرعية، جامعة وهران، 2001-2002، ص. 109.

3- أنظر، ليلى جمعي، حماية الطفل، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2005-2006، ص. 138.

– الكفالة تضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي والذي يترتب عليه حقوق وإلتزامات متبادلة محددة وفقا للأحكام التي تحكم علاقة الأب بابنه.

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

– الكفالة ليست أبدية بل تسقط وتنتهي لأسباب محددة في قانون الأسرة.

– الكفالة تحافظ وتحمي الأنساب، إذ المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة.

– الكفالة تحمي الحقوق الميراثية وتمنع التعدي على حقوق التركة إذ لا يحق للمكفول الميراث فيها بل يمكن الحصول على الهبة أو الوصية فقط.[1]

إن الكفالة لها عدة خصائص كما ذكرنا أعلاه وهذه الأخيرة تميزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها، فمن هنا نطرح التساؤل التالي: فيما يكمن الفرق بين الكفالة والأنظمة الأخرى؟.

ثالثا-تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها:

ظاهريا لا يوجد فرق بين الكفالة والحضانة والتبني لأن كلهم يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا وكدا الإسناد الواقعي للطفل القاصر وضمه إلى أسرة أخرى ليست أصلية، لكن أصلا هناك اختلاف بينهم، وعليه يمكننا التطرق إلى التميز بين هذه الأنظمة والكفالة في مايلي:

أ-الفرق بين الكفالة والحضانة:

لابد من معرفة الفرق بين الكفالة والحضانة، وذلك لأن من الفقه من جعلها مرادفين[2]. فهل حقا لا يوجد اختلاف بينهما؟

1- المادة 123 من ق.أ.ج.

2- على سبيل المثال، عند فتح كتاب ابن قدامى نجد في فهرسه عنوان "باب من أحق بكفالة الطفل"، وفيه عن الحضانة، وهذا يدل على عدم تفرقته بين الكفالة والحضانة.

أنظر، موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي، المغني ويليه، الشرح الكبير، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983، ص. 297.

نفس الرأي سار عليه الدكتور وهبة الزجيلي في موضوع الحضانة الذي عنونه بـ "الحضانة أو كفالة الطفل". وهبة الزجبلي، الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص. 717.

لقد نظم المشرع الجزائري الكفالة في قانون الأسرة وذلك في الفصل السابع من الكتاب الثاني المتضمن النيابة الشرعية في تسعة مواد، وذلك من المادة 116 إلى المادة 125. ولم يكن الأول في معالجة هذا الموضوع[1]، وإنما سبقه المشرع التونسي الذي أصدر في 1958/03/04 قانونا يتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني[2]، "حيث حصر الكفالة في خمس مواد من الفصل الثالث إلى الفصل السابع".[3]

أول ما نبدأ به لكشف الفرق بن الحضانة والكفالة هو التعريف اللغوي لكل من المصطلحين. يقال كفل فلانا[4]، بمعنى عاله وأنفق عليه وقام بأمره[5]، وحضن الصبي أي جعله في حضنه وضمه إلى صدره[6]، ومن خلال هذين التعريفين استقطرنا الفرقين التاليين:

1-إن القاموس الذي اعتمدنا عليه وظب "فلان" في الكفالة و"صبي" في الحضانة، فهذا حسب استخلاصنا يدل على أن الحضانة تتعلق بطفل أصغر سنا ممن هو في الكفالة، وهذا هو القول الذي يدعمه بنظر الشافعية الذين جعلوا الحضانة قبل بلوغ الصبي سبع أو ثمان سنين، أما الكفالة فجعلوها بعد ذلك.[7]

2-إن الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول[8]، في حين الحضانة غرضها مدّ الحنان والرعاية وتقديم الخدمات المادية كما سبق ذكره دون أن تلزم الحاضن بالنفقة على المحضون.[9]

1- وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري أستعمل عبارة "كفالة لأول مرة في قانون الصحة العمومية الصادر في 1976/10/23 والذي ألغي لاحقا بالقانون الصادر في 1985/02/16 المعدل والمتمم.

Cf.N. Younsi Haddad, la kafala en droit Algérien, R.A.S.J.E.P., 1994, N° 4, P 22.

2- قانون عدد 58/27 المؤرخ في 1958/03/04، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 19، بتاريخ 1958/03/07، ص. 306.

3- أنظر، حميد وزكية، مصلحة المحضون...، المرجع السابق، ص. 96.

4- ورد ذكر "كفل" في القرآن الكريم في قوله تعالى: (إِذْ يُلْقُونَ أَقْلاَمَهُم أَيُهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ) سورة آل عمران، الآية 44، وفي قوله جل شأنه(هَلْ أَدُلُكُمْ عَلَى مَنْ يَكْفُلُهُ)، سورة طه، الآية 40.

5- أنظر، المنجد في اللغة والأدب والإعلام، ط 36، دار المشرق بيروت، 1997، ص. 691.

6- أنظر، المنجد في اللغة والأدب والإعلام، المرجع السابق، ص. 139.

7- أنظر، أحمد عبد الحي، المرجع السابق، ص. 16.

8- أنظر، الإمام أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج7، دار الفكر، د.ت.ط. ، ص. 76. واليتيم لغة وفقها من كان فاقد الأب، ولما كان الأب مكلف بالنفقة على أولاده، فقياسا الكفيل مخاطب بالنفقة على مكفول.

9- الأصل أن نفقة المحضون من ماله إن كان له مال، وإلا فعلى من تجب عليه نفقته، كأبيه أو غيره، أنظر، المادة 72 من ق.أ.ج.

أنظر، عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 242، 288 و289.

أما التباينات الأخرى فهي كالتالي:

3-إن الكفالة إلتزام[1]، وعلى وجه الدقة عقد[2]، يتم بدون مقابل، حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض ولا يقدمه[3]، على خلاف الحضانة التي يجوز فيها أخذ أجرة.[4]

4-إن الكفالة تسند بقرار إداري، بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام موثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة[5]، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي.

5-للكافل الولاية القانونية على المكفول[6]، أما الحاضن فليست له مبدئيا الولاية القانونية.[7]

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.[8]

1- أنظر، المادة 116 من ق.أ.ج.

2- أنظر، الفصل 3 من قانون 1958/03/04 التونسي، أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج1، الزواج والطلاق، ط3، دار نشر المعرفة، الرباط، 1994، ص. 296.

والهادي سعيد، المرجع السابق، ص. 26.

ويجدر التنبيه إلى الخطأ الذي ورد في المادة 117 من قانون الأسرة التي ورد فيها "عقد شرعي" والأصح "محرر شرعيّ وهذا ما يؤكده النص الفرنسي الذي استعمل "Acte légal".

3- أنظر، أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص. 125.

Cf.N. Younsi Haddad, Op. cite, P 13.

4- وهذا ما يراه الحنفية في أن الأم بعد انقضاء عدتها أو غيرها من الحاضنات تستحق أجرة الحضانة مقابل قيامها بعمل، وتلك الأجرة غير أجرة الإرضاع ونفقة الولد.

أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ج.2، ص. 734-735، عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص. 242، لكن المشرع الجزائري، فقد سكت عنها.

Cf.D. Charif Feller, la garde (hadanah) en droit musulman et dans le droit Egyptien, syrien et Tunisien, édit, Droz, Génève. 1996, P 118.

5- أنظر، المادة 117 من ق.أ.ج.، والفصل 04 من قانون 1958/03/04 التونسي، والمادتين 15 و16 من ظهير 1993/09/10.

6- أنظر، المادة 121 من ق.أ.ج.، والمادة 122 المتعلقة بالولاية على المال، والفصل الخامس الفقرة الأولى من القانون التونسي الصادر بتاريخ 1958/03/04.

7- في القانون الجزائري، تمنح الفقرة الثالثة من المادة 87 من ق.أ.ج، المعدلة الولاية للحاضن بصرف النظر عن جنسه.

كما أن المشرع الجزائري أقحم محتوى المادة 63 من ق.أ، ضمن الحضانة (وذلك قبل إلغائها بمقتضى المادة 18 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة)، كما أنه منح للأم سلطة توقيع كل شهادة إدارية مدرسية أو اجتماعية تتعلق بطفلها (داخل التراب الوطني) بعد تقديم طلبها أمام المحكمة. لكن، من ناحية أخرى قيدها في ذلك بإحدى الحالتين رأي فيهما ضرورة قضوي لتدخلها وهما:

– إهمال الأب لعائلته أو فقدانه. ولربما كان لهذا الموقف المتذبذب ما يبرره، كأن تتعدى الحاضنة سلطات الولي، فتذوب صلاحيات الولاية في مهام الحضانة وهو شيء قد لا يرغب فيه المشرع الجزائري، وقد تكون أقوى هذه التبريرات مصلحة المحضون التي تنادي بتفقد أحوال المحضون وشؤونه وعدم تضييعها.

8- أنظر، رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص. 44.

7-المكفول يطلق على الطفل الذي يكون معروف النسب أو مجهول النسب[1]، أما المحضون يطلق على طفل معروف النسب.

8-اشترط المشرع الجزائري على غرار المشرع المغربي دون نظير هما التونسي الإسلام في الكافل[2]، أما في الحضانة لم يشترط مثل هذا الشرط في الحاضنة للاختلاف الفقهي القائم ما لم يكن الحاضن رجلا فلا نقاش في أن يكون متحدا في الدين مع المحضون.[3]

9-تنتهي الكفالة في القانونين التونسي والمغربي ببلوغ المكفول سن الرشد[4]، في حين أشار القانون الجزائري إلى أن الكفالة تبقي مستمرة إلى غاية طلب الأبوين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما[5]، أو التخلي عنهما[6]، وهي طريقة لإنهاء عقد الكفالة[7]. أما إنهاء مدة الحضانة، فقد عرفت ثلاث مواقف قانونية مختلفة كما سبق الإشارة إليه. في التشريع الأسري الجزائري تنتهي الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه عشر سنوات مع إمكانية تمديدها إلى 16 سنة، والأنثى ببلوغها سن الزواج[8]، أي 19 سنة حسب الفقرة الأولى من المادة 07 من نفس القانون، والمشرع المغربي تنتهي الحضانة عنده ببلوغ المحضون سن الرشد سواءا كان ذكر أو أنثى[9]، في حين أن المشرع التونسي لم يحدد سنا لذلك.

إن الكفالة هي إلتزام الكفيل بالإنفاق على المكفول بعكس الحضانة التي غرضها الحنان والمودة والرعاية، ومما رأيناه من فرق بينهما فبذلك لا تعتبر الكفالة حضانة.

1- أنظر، المادة 199 من ق.أ.ج، والمادة 01 من ظهير 1993/09/10 سالف الذكر.

2- أنظر، المادة 118 من ق.أ.ج، المادة 07 من ظهير 1993/09/10.

3- أنظر، حول هذه النقطة شرط اتحاد الدين في الفصل الثاني، المطلب الرابع، الفرع الثاني، ص. 297، وما بعدها.

4- أنظر، الفصل 07 من قانون 1958/03/04، والمادة 23 من ظهير 1993/09/10

5- أنظر، المادة 124 التي تنص على أن "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الإلتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول". ويلاحظ انه يمكن في ظل القانون التونسي للمحكمة الإبتدائية فسخ عقد الكفالة بطلب من الكافل أو من والدي المكفول أو من النيابة العامة. أنظر بشأن هذا الموضوع.

Cf.A.Mahbouli, l'enfant en droit Tunisien, R.J.P.I.C, 1997, N° 02, P 449.

6- والتخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة، أنظر، المادة 125 من ق.أ.ج.

7- المشرع الجزائري لم يقيد إنتهاء الكفالة بسن معين.

8- أنظر، المادة 65 من ق.أ.ج.

9- أنظر، المادة 166 من المدونة، والسن القانوني في المغرب هي 18 سنة كاملة (المادة 209 من المدونة).

ب-الفرق بين الكفالة والتبني:

إن الشيء المتعارف عليه ظاهريا في التفرقة بين التبني والكفالة هو أن التبني يؤثر في النسب إذ يحدث نسب جديد اعتباري وهو النسب بالتبني هذا من جهة، ومن جهة أخرى يؤثر في العلاقة الميراثية بسبب النسب الاعتباري إذ يصبح وارث هو كذلك متى توافرت شروط الميراث.

I-في التشريعات الإسلامية:

1-من حيث المشروعية:

تعتبر الكفالة مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله، وإجماع العلماء فمن الكتاب قوله تعالى: (قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ، مَعَكُمْ حَتَى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إلاَّ أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ)[1]، وقال جل شأنه: (قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ المَلِكِ وَلِمَن جَاء به حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمُ)[2]، وجاء في السنة النبوية عن أبي إمامة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "الزعيم غارم"[3]، ومعنى الزعيم الكفيل، والغارم والضامن.

وقد أجمع العلماء[4]، جوازها ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعض من عصر النبوة دون تكبير من أحد الأعضاء، أما التبني فكما سبق وإن راينا فهو محرم تحريما قطعيا بالكتاب والسنة إذ يقول عز وجل:(مَّا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ من قَلبَيْنِ في جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ اللاَّئي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءكُمْ أبناءكُمْ ذلكم قَوْلُكُم بأفْوَاهكُمْ واللَّهُ يَقُولُ الحَقَّ وَهُوْ يَهْدِي السَّبِيلَ. ادْعُوهُم للآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عندَ اللَّهِ فإن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءهُمْ فإخْوَانِكُمْ في الدينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فيمَا أَخْطَأْتُم به ولكن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا).

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أخرجه البخاري ومسلم: "ليس من رجل أدعى إلى غير أبيه وهو يعلمه إلا كفر "وقوله أيضا: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم انه غير أبيه فالجنة عليه حرام" إلا أنه في حالة النسب من التبني الخطأ فلا إثم عليه لقوله تعالى: (وليس لكم

1- سورة يوسف الآية 66.

2- سورة يوسف، الآية 72.

3- رواه أبو داود الترمذي.

4- أخرجه الشيخان أبو داود عن ابن سعد ابن الوقاص.

جناح فيما أخطأتم به) والدليل من السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تعالى رفع عن أمتي الخطأ والنسيان والأمر الذي يكرهون عليه".

وبهذا جعل الله تعالى الإثم تعمد الباطل لقوله تعالى:(إدْعُوهُمْ للآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فإن لَّمْ تَعْلَمُوا آباءهُمْ فإخْوَانُكُمْ في الدِّينِ وَمَوَاليكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمُ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم به وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِمًا).[1]

ومن ذلك نجد أن الشريعة الإسلامية لم تحل مشكل التبني بل جاءت بنظام بديل لحفظ الأنساب وتطهير المجتمع من اختلاط الأنساب ويعرف بنظام الكفالة.

2-من حيث الآثار:

الملاحظ هنا أن لا يرتب أي اثر بحكم تحريمه القاطع فلا ميراث للتبني ولا نسب له إذ لا يمكن إلحاقه بالشخص الذي يريد تبنيه، ومن خالف هذه الأحكام يعد إثما مشركا بالله، والإسلام بهذا جعل لكل نظام سببا أصليا، ففي الإرث مثلا قال عز وجل: (والذِينَ آمَنُوا من بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُوْلَئِكَ مِنكُمْ وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَولى ببَعْضٍ في كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ).[2]

فربط القرآن الكريم سبب الإرث بصلة الدم والقرابة الحقيقية، وهو ما لا يتوفر عند المتبني والمكفول، أما في الزواج يقول تعالى : (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم)، حيث جعل القرآن الكريم من المحرمات حلائل الأبناء الصلبيين لا الأدعياء، لأنهم ليسوا من الصلب، هذا وقررت الشريعة الإسلامية أن النسب لا يثبت إلا بولادة حقيقية وفعلية وناشئة عن علاقة شرعية، أما في حالة عدم الاهتداء على الآباء الحقيقيين فإن الله عز وجل جعل مكانة الأدعياء في المجتمع على أساس الإخوة في الدين والموالاة، كذلك لكي لا يبقون في جماعتهم بغير رابطة بعد إلغاء نظام التبني لقوله تعالى: (فإن لم تعلموا آبائكم فإخوانكم في الدين ومواليكم) وهذه العلاقة شعورية وأدبية لا تترتب عليها التزامات النسب بالدم فيدعون باسم الأخوة و إذا كانت صلتهم واحدة.

1- سورة الأحزاب الآية 5.

2- سورة الأنفال، الآية 75.

وباسم الولاية إن كانوا عتقاء ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لزيد بن حارثة: "أنت أخونا ومولانا".

وخلاصة القول أن الكفالة بحكم جوزاها شرعا فهي ترتب بعض الآثار العرفية التي يمكنها أن تمس بما يترتب من آثار من وفاة الكافل، كما به خط 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 بنفسه.

II-في القانون الوضعي الجزائري:

إن المشرع الجزائري على غرار المشرعين الآخرين قد أيد الشريعة الإسلامية، يحرم التبني إذ قال "يمنع التبني شرعا وقانونا".[1]

معنى ذلك أنه لا يجوز لأي مسلم جزائري أن يدعي أن الولد الفلاني ابنه بالتبني ولا يجوز أبدا أن ينسب إليه ويسجل على لقبه واسمه بسجلات الحالة المدنية إلا أنه في مقابل هذا المنح يقترح المشرع الجزائري نظام الكفالة (Recueil légal) ويكون بذلك متأثرا بالشريعة الإسلامية ونظمه في قانون الأسرة 116-125 وعرف المشرع الجزائري الكفالة في المواد التالية:

المادة 116 ق.أ "الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

من المقرر قانونا أنه إذا كان محل أو سبب الإلتزام مخالفين للنظام العام والآداب العامة، كان العقد باطلا ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه.[2]

المادة 117: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وإن تتم برضا من له أبوان".[3]

1- أنظر، المادة 46 من ق.أ.ج.

2- أنظر، نبيل صقر، قانون الأسرة (نصا وفقها وتطبيقا)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص. 313.

3- أنظر، المادة 117 من ق.أ.ج.

كما أنه "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".[1]

وتنص المادة 64 على أن ظابط الحالة المدنية نفسه هو الذي يعطي الأسماء الشخصية للأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أباء مجهولين، كما ينص في نفس الوقت على أن يسمى الطفل في هذه الحالة بمجموعة من الأسماء ليتخذ آخرها كلقب له.[2]

"وتخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسة التي يتمتع بها الولد الأصلي". طبقا للمادة 121 من قانون الأسرة كما أنه "يجوز للكافل أن يوصى أو يتبرع للمكفول بما له في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة".[3]

ما يلاحظ في الكفالة في القانون الجزائري أن مفهومها لا يخالف ما تقدمة الكفالة في الشريعة الإسلامية ولقد حدث في سنة 1992 أن رئيس الحكومة السيد أحمد غزالي أصدر مرسوما تنفيذيا بترقيم 24/92 والذي يخول للكافل منح المكفولين مجهولي النسب ألقابهم العائلية طبقا للمادة الأولى من المرسوم حيث تنص: "كما يمكن أن يتقدم الشخص إلى كفل قانونا في إطار الكفالة ولد قاصر مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد وبهدف فائدته وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعند ما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن توقف موافقتها في شكل عقد شرعي بالطلب، كذلك في شهادة ميلاد الطفل المكفول يكتب اللقب العائلي لكافله لكن بالنسبة للأم يكتب: إسمها ولقبها مثلا: ولد: بتلمسان، لقب الكافل واسم المكفول.

1- أنظر المادة 120 من ق.أ.ج.

2- أنظر المادة 64 من ق.ح.م.

3- أنظر المادة 123 من ق.أ.ج.

إبن: ×××، واسم ولقب أمه البيولوجية[1] وتضيف كذلك المادة 05 مكرر يترتب المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون.[2]

وما يجدر التنبيه إليه أن المرسوم طعن فيه، ألصقت به تهم عديدة كونه "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 أخذ المؤتمر القومي[3]، بالتحفظات على ما يخالف الأحكام الشرعية.

إلا أن اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989 إذ تنص الفقرة 01 من المادة 20 من الاتفاقية على أن كل طفل محروم بصفة مؤقتة أو دائمة[4]، من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له حفاظا على مصالحه العليا وتبين الفقرتان 02-03 من المادة، كيفية تحقيق هذا الهدف وتضرب أمثلة لذاك بالحضانة أو الكفالة الواردة في القانون أو الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال[5]، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في الحماية والمساعدة وهما خاصيتين توفرهما الدولة.

وفي مصر يوجد في موارد الدولة قسم يطلق عليه موارد بيت المال ضم أخيرا إلى البنك الاجتماعي، وهو بنك يضم الأموال الشاغرة ليصرف منها هؤلاء اللقطاء الضائعين، وذلك يتفق مع منطق موارده التي تضم الأموال الضائعة. وهذا دليل على تأثرها بالشريعة كيفية المجتمعات الإسلامية.

1- معلومات مقتبسة من طرف المساعدة الاجتماعية لمديرية النشاط الاجتماعي لولاية تلمسان (D.A.S)

2- أنظر، الملحق رقم 01، "الجريد الرسمية، العدد رقم 5، الصادرة في 22 يناير 1992".

3- المؤتمر القومي حول مشروع الأمم المتحدة لحقوق الطفل بالإسكندرية، 1988.

4- محمد عبد الجواد محمد، حماية الأمومة والطفولة في المواثيق الدولية، منشأة المعارف، 1991، ص. 65.

5- محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص. 66.

III-في القانون الوضعي التونسي:

إن الشيء المتعارف عليه ظاهريا في التفرقة بين التبني والكفالة هو أن التبنّي يؤثر في النسب إذ يحدث نسب جديد اعتباري وهو النسب بالتبني ويؤثر بذلك في العلاقة الميراثية، إذ يصبح وارث هو كذلك متى توافرت شروط الميراث، لكن لو أخذنا تونس كنموذج في التفرقة للإستنارة به لوجدنا ما يلي حسب قانونها المتعلق بمجلة الأحوال الشخصية 04 مارس 1958 باعتبارها دولة مسلمة أخذت بالنظامين معا.

أ-من حيث الشروط الشكلية والإجرائية:

فإن بالرجوع إلى الفصل الرابع من القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بالولاية العامة والكفالة والتبني فإنه يؤكد على أن عقد الكفالة يبرم لدا عدلين بين الكفيل من جهة وبين أبوي المكفول أو أحدهما إذ كان الآخر ميتا أو مجهولا، وعند الاقتضاء الولي العمومي أو من يمثله من جهة أخرى، ويصادق الحاكم على عقد الكفالة، إذ أن القاضي هنا دوره المصادقة فقط على عقد الكفالة المبرم مسبقا. في حين أن شروط وإجراءات التبني وردت في الفصل 13 من نفس القانون السالف الذكر أين أعطت أكثر دقة وفرضت أكبر صرامة في الرقابة على التبني من طرف الجهات القضائية إذ يجب أن يتم عقد التبني بحكم ويصدره حاكم الناحية بمكتبه وبمحضر المتبني وزوجه أو عند الاقتضاء بمحضر والدي المتبني أو من يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية إلى الطفل الكفيل.

كما أنه يصدر حكم التبني بعد التحقق من توفر الشروط القانونية وبإمضاء الحاضرين وأن هذا الحكم يكون نهائي. ويجب خلال 30 يوما من صدوره أن يقوم ضابط الحالة المدنية المختص محليا بتسجيله وبرسميته في سجلات الحالة المدنية للمتبنى في مكان ولادته.

ب-من حيث الشروط الأصلية:

نص الفصل الثالث من قانون 04 مارس 1958 على أن الكفالة هي عقد يقوم بمقتضاه شخص رشيد (بالغ) متمتع بكامل حقوقه المدنية، أو هيئة بكفالة طفل قاصر.

في حين أن التبني كان أكثر دقة إذ يقتضي الفصل التاسع من نفس القانون على أنه ينبغي أن يكون المتبني شخصا راشدا ذكرا كان أم أنثى متزوجا ومتمتع بحقوقه المدنية وذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون القاصر المتبني.

وهو الشيء الغير مشترط في الكفالة لاسيما شرط الزواج، كما يجوز للقاضي أن يعفي طالب التبني من شرط الزواج إذا توفى زوجه أو طلق.

كما يقوم القاضي بالتحقيق في هذه المسألة وذلك بسماع كل شخص يرى فيه القاضي فائدة قصد التأكد من أسباب التبني وظروفه.

كما أضاف المشرع التونسي في الفصل العاشر على أن يكون الفرق في السن بين طالب التبني والمتبني 15 سنة على الأقل، إلا في الصورة التي يكون فيها المتبني ابن زوج المتبني.

كما أجاز للتونسي أن يتبنى أجنبيا وأضاف الفصل الحادي عشر على أنه في جميع الحالات يجب اخذ رأي الزوج الأخر والمصادقة عليه (أي زوج المتبني).

وأكد الفصل الثاني عشر على أن يكون المتبني طفلا قاصرا ذكرا كان أم أنثى وقد أكدا كذلك على أن للمتبني نفس الحقوق مثل الابن الشرعي لأنه يؤثر في النسب لكن إذا كان أقارب المتبني معروفين فإن موانع الزواج تبقى قائمة.

جـ-من حيث نهاية سريان الكفالة والتبني:

لقد نص المشرع التونسي في الفصل السابع على أنه تنتهي الكفالة ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني، كما يمكن للمحكمة الإبتدائية بطلب من الكفيل أو أولياء المكفول أو بناءا على طلب النيابة العامة فسخ عقد الكفالة مراعاة لمصلحة الطفل في حين ينتهي التبني، حسب الفصل السادس عشر بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بنزع الحضانة من المتبني وإسنادها إلى شخص آخر.

الفرق واضح بينهما: كون الكفالة هي عبارة عن إلتزام تطوعي لرعاية طفل وتربيته وحمايته، تنتهي بطريقة آلية ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني أو عن طريق القضاء، أما التبني فهو إلحاق

طفل قاصر بنسب المتبني واعتباره إبنا شرعيا له فيأخذ لقبه كما أنه له الحق في الميراث، وينتهي هذا الأخير بموجب حكم قضائي فقط مراعاة لمصلحة الطفل.[1]

الفرع الثاني: حكم الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري

بتحريم الله عز وجل التبني أي البنوة الإدعائية التي لا حقيقة لها، قضى على ما كان من أحكام زمن الجاهلية واستمرت حتى صدر الإسلام، الخامسة للهجرة. ولذلك كان من الضرورة إيجاد نظام يبيحه الإسلام والقانون فكان نظام الكفالة البديل الملائم، حماية للمجتمع ومنع لضياع الأنساب واختلال نظام الأسرة –منع تضييع حقوق الورثة بسب إرثهم الشرعي من الأب الكاذب (المتبني) فلا يرث إخوته ولا أخواته لوجود ابن الزور الذي منع بنوته الكاذبة إرثهم الشرعي.

وقد قال بعض العلماء لو فتح باب الانتفاء من الأب لأهملت المصالح، لإختلطت الأنساب ولضاعت حكمة الله في جعل الناس شعبا وقبائل"[2]، باعتباره الوضع الشرعي لمن يريد أن يقترب إلى ربه بضم ابن غيره إليه، يربيه وينفق عليه ويوصي له دون أن ينسبه إلى نفسه.

ولقد نظم المشرع الجزائري الكفالة في المواد 116 إلى 125 من قانون الأسرة وإذا أراد شخص أن يكفل طفلا سواء معلوم النسب أو مجهوله، فله ذلك على أن يلقى ذلك الطفل المعاملة التي يلقاها الطفل الصلبي من طرف والديه وبالتالي تولي طفل يتيم بالرعاية والتربية الحسنة والمعاملة الطيبة يحفظه من الضياع ويؤمن له جوا مستقرا ويضمن له حياة مستقرة.

لقد تعرضنا في هذا المبحث إلى دراسة التبني والكفالة في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وإن هذا الأخير نعني به القانون الوضعي الجزائري بصفة خاصة، ونتحدث عن بعض القوانين الوضعية الأخرى كفرنسا وتونس.

توصلنا في نهاية هذا المبحث إلى أن التبني حرّم شرعا وقانونا لما فيه من إنتهاك وسلب لحقوق الغير وخلط في الأسباب، لكن وجد المشرع بديل ملائم له وهو نظام الكفالة التي أقرته الشريعة

1- www.mémoireonline.com/03/07/397/m.
Hafid Assaoui. Kafala (le recueil légal).

2- أنظر، الإمام محمود شلتوت –الفتاوى–، المرجع السابق، ص. 223.

الإسلامية والعديد من الدول الأخرى، أيضا تعرضنا في هذا المبحث للفرق بين التبني والكفالة وهي تعتبر أهم نقطة في هذا البحث. كما أننا سوف نتعرض في المبحث الثاني إلى التوافق بين التبني والكفالة في بعض القوانين الوضعية وفيما يكمن موقف القانون الوضعي الجزائري منهما؟

المبحث الثاني: التوافق بين التبني والكفالة في بعض القوانين الوضعية وموقف التشريع الجزائري منهما

إن التبني والكفالة من الناحية القانونية تختلف من دولة إلى أخرى حسب النظام القانوني المتّبع في تشريعها الداخلي، ما إذا كان يسمح بالتبنّي والكفالة معا أم يسمح لإحداهما فقط، فمثلا: تونس وفرنسا والأمم المتحدة نظامهم القانوني المتعلق بالأحوال الشخصية يسمح بكلا النظامين، عكس الجزائر والمغرب اللذان يسمحان بالكفالة فقط.

"باستثناء التشريع الجزائري الذي اعترف للقاضي الداخلي بتطبيق التبنّي عندما يكون أحد الأطراف أجنبيا مقيم على الإقليم الجزائري"[1]، ذلك وفقا لقواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني والتي تلزم القاضي أن يراعي القوانين الداخلية للأطراف ويتفحصها جيدا ما إذا كانت تسمح به أم لا عند إبرام عقد التبني، طبقا للمادة 13 مكرر من قانون رقم 10/05.[2]

فهل التبني ممنوع في جميع القوانين الوضعية أم في القانون الوضعي الجزائري فقط؟

وهذا ما سوف نقوم بدراسته في مبحثنا هذا ففي المطلب الأول سوف نتعرض إلى مشروعية التبني والكفالة في بعض القوانين الوضعية، وفي المطلب الثاني موقف القانون الوضعي الجزائري من التبني والكفالة.

1- أنظر، طلبة مالك، المرجع السابق، ص. 19-20.

2- تنص المادة 13 مكرر 1 (من قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005): "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل.
وتطبق نفس الأحكام على التبني".

المطلب الأول: مشروعية التبني والكفالة في بعض القوانين الوضعية

إن نظام التبني له جذور في الأنظمة القديمة، إذ عرفه العرب في الجاهلية وكذا الأمر بالنسبة للشعوب الرومانية، وعلى الرغم من تأثير البعثة المحمدية في صدر الإسلام وتحريم التبني[1]، تحريما أبديا وشاملا على كل أنحاء المعمورة دون تمييز، إلا أن الكثير من الدول الغربية المعاصرة مثل فرنسا مازالت تتبناه وقننت أحكامه في تشريعاتها الداخلية، وهو الأمر الذي نهجته بعض الدول العربية كتونس.

وأبعد من ذلك نظمت أحكامه في عدة اتفاقيات دولية[2]، لاسيما منها المتعلقة بحقوق الطفل وعليه يمكن أن نتعرض في هذا المطلب إلى بعض الدول التي أخذت بنظام التبني والكفالة معا.

الفرع الأول: نظام التبني والكفالة في ظل القانون الفرنسي

لقد نظم المشرع الفرنسي أحكام التبني في القانون المدني الصادر بتاريخ 11 جويلية 1966 وردت أحكامه في المواد من 343 إلى 367 [3]. كما أن القانون الفرنسي يفرق بين:

التبني الناقص (L'adoption simple) والتبني الكامل (L'adoption plénière).

أولا: أنواع التبني في القانون الفرنسي

أ-التبني الكامل (L'adoption plénière):

(طبقا للمواد من 343 إلى 359 من القانون المدني الفرنسي)[4] "يتعلق إلاّ بالأطفال الذين لا يتجاوز سنهم 15 سنة"، والموجودين في مراكز التبني منذ ستة أشهر (06 أشهر) على الأقل[5] (المادة 345 ق.م.ف).

التبني الكامل ينشئ نسب للطفل الذي لا أصل له، ويحرم من كل علاقة مع عائلته الأصلية، وللطفل المتبني نفس حقوق وواجبات الطفل الشرعي (المادة 356) ويمكن للطفل المتبني الحصول

1- أنظر، محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص. 60.

2- الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي، قرار صادر عن الجمعية العامة لأمم المتحدة تحت رقم 40-85 المؤرخ في ديسمبر 1986. (الملحق رقم 02).

3- Cf. DENDANI Daouia. Droit de Filiation « Adoption et Kafala ». R.A.S.J.E.P, 1993. n°04, P 780.

4- الملحق رقم 03.

5- www.memoireonline.com

على اسم (المادة 357) وجنسية العائلة التي تبنته ويتحصل على شهادة ميلاد جديدة بكل حق كأي طفل شرعي أو طبيعي تحمل (اليوم والساعة ومكان الإزدياد، ذكر أم أنثى).

أيضا بالنسبة للمتبني (اسم، لقب ومكان الازدياد). الصورة طبق الأصل لهذه الشهادة (شهادة الميلاد) تحمل خصائص الحكم (تعين المحكمة وتاريخ الحكم).

كما يسمح للطفل المتبني أن يرى سجيله أمام المحكمة العليا إذا كان يعلم نسبه الأصلي (إذا كان معلوما).[1]

ب-التبني الناقص (بسيط) (L'adoption simple)[2]:

في هذا النوع من التبني لا يعتبر السن شرط أساسي إذ لا يؤخذ بعين الاعتبار (طبقا للمادة 360 من القانون المدني الفرنسي)، كما أن هذا الأخير يرجع إلى المتبني كل الحقوق الأبوية والطفل يبقى على إتصال بعائلته البيولوجية (الأصلية) ، وإنه يحتفظ بحقوقه حتى فيما يخص الإرث (المادة 364).

الطفل المتبني بالتبني الناقص له حقوق وواجبات على كلتا العائلتين، لكن إذا كان يحمل اسم عائلته المتبنية (أو حتى على اتصال باسمه) لا يمكن له أخذ جنسيتهم تلقائيا، ويمكن لجديه بالتبني أن يحرماه من الميراث. لكن يمكن له الحصول عليها علنيا حتى بلوغه سن الرشد[3](المواد 12 إلى 21 من القانون المدني الفرنسي)[4]، ولا يحصل على اسم المتبنى بكامل حقوقه (المادة 363 ق.م.ف).

يمكن سحب التبني الناقص لأسباب خطيرة بطلب من المتبني أو المتبنى[5]، الطفل المتبنى بالتبني الناقص من طرف شخص فرنسي الجنسية، يمكن له حتى بلوغه سن الرشد أن يعلن الجنسية الفرنسية، إذا كان في تلك الفترة يقطن بفرنسا.

« L'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité Française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants, qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'a l'époque de sa déclaration il réside en France, (L.N° 1.98-170 du 16 mars 1998) ».

1- Cf. Florence Lafond, l'adoption, Aubin Imprimem, Août 1999, P. 29.

2- أنظر، الملحق رقم 04.

3- www.apaerk.org

4- أنظر، الملحق رقم 05.

5- Cf. Florence Lafond, Op. cit, P. 29.

« Toutefois, l'obligation de résidence est supprimée lorsque l'enfant a été adopté par une personne de nationalité Française n'ayant pas sa résidence habituelle en France ».[1] (Entrée en vigueur le 1er sep 1998).

كما يمكن للطفل الحصول على الجنسية الفرنسية إذا:

أحتضن في فرنسا لمدة 5 سنوات، ومتربي عند شخص فرنسي الجنسية أو أرسل إلى المصالح الاجتماعية للطفولة.

أحتضن في فرنسا وتلقى حينئذ تكوينا فرنسيا لمدة 5 سنوات على الأقل "إما عن طريق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة يحمل الخصائص المحدد من طرف مجلس الدولة".[2]

ثانيا: تعديل الحكم القاضي بالتبني

لقد أجازت النصوص القانونية المنظمة للتبني إمكانية تعديله والرجوع في الحكم القاضي بالتبني وأعطت للأطراف الآتية الحق في طلب ذلك، وعليه فإنه يحق: للمتبنِي وللمتبنَى أو نائبه القانوني إذا كان قاصر أن يقدم طلب إلى المحكمة المختصة التي ثبتت في الطلب بعد تحقيق مطلوب في الحالة المطروحة مع مراعاة المصلحة الفضلى للطفل المتبنى، ثم تقرر بموجب حكم قضائي ما تراه مناسبا.

فإن أصدرت المحكمة قرار بحل رابطة التبني فإن الطفل المتبني يعود إلى أسرته الحقيقية كما كان في السابق.[3]

ومن هنا نستخلص أن نظام التبني نجده في القانون الفرنسي مقارنة مع القانون الجزائري الذي يأخذ بنظام الكفالة كبديل له.

كما أننا نجد أن النظام المتعلق بالتبني في فرنسا ملطف نوعا ما من بعض القوانين الأخرى إذ أن القانون حفظ أصله ونسبه وحقوقه المرتبطة بأسرته الأصلية إذ نص: على تواصل الرابطة الأسرية بين الطفل المتبني وعائلته الحقيقية[4]، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لقد نص القانون على أن للمتبني نفس الحقوق والواجبات المعترف بها للإبن الشرعي، فهو يعامل بنفس مرتبة الطفل الشرعي.[5]

1- www.apaerk.org.

2- قانون رقم 93/933 المؤرخ في 22 جويلية 1993.

3- أنظر، محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص. 62.

4- عكس القوانين البولونية والرومانية اللذان من شروطهم أن تنتهي الصلة والعلاقة بأسرة المتبنى الأصلية بما فيها جميع الحقوق والإلتزامات المألوفة... أنظر محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص. 55-61.

5- أنظر، نص المادة 358 من ق.م.ف (ملحق رقم 03).

الفرع الثاني: نظام التبني والكفالة في ظل القانون التونسي

إن المشرع التونسي يختلف كثيرا عن باقي التشريعات العربية سوى في مغربها أو في مشرقها، إذ أقرت تونس، بالرغم من انتمائها إلى العالم العربي الإسلامي[1]، ونظر التصورها الجد الحامي "للقاصر"[2]، لنظام الكفالة والتبني والولاية، الذي نص عليهم القانون رقم 27 الصادر بتاريخ 1958/03/04، وقد نص في المواد من 08-13 على جواز التبني[3]، جاهلة كل الانتقادات[4]، مطبقة مبدأ المساواة بين الطفل الشرعي والغير شرعي[5]، فيحمل الابن المتبني لقب الأب المتبني كما أنه ينتج عنه حرمه المصاهرة.[6]

أولا: تعديل الحكم القاضي بالتبني

لقد أجازت الأحكام القانونية المنصوص عليها في القانون رقم 27 سنة 1958 على إمكانية تعديل الحكم القاضي بالتبني وذلك مراعاة لمصلحة الطفل المتبني إذا تعرضت صحته وأخلاقه للخطر، إذ يمكن جعله من طالب التبني وضمه إلى شخص آخر جدير بالرعاية والحماية.[7]

ثانيا: الآثار المترتبة عن التبني:

– رتب القانون التونسي آثار هامة على التبني من بينها حمل المتبني اسم متبناه

– معاملته معاملة الابن الشرعي وإعطائه نفس الحقوق والواجبات الممنوحة للابن الصلبي.

– تظل موانع الزواج من الأقارب قائمة فلا يجوز له التزوج من أسرته.

إن الشيء الذي يمكن استخلاصه من خلال تفصيل أحكام التبني المنصوص عليها في القانون التونسي يتبين أنها أخذت بنظام التبني متبعة في ذلك خطى الدول الغربية التي تبيح التبني، وبذلك تكون قد خرجت عن الطريق المعهود في الدول العربية والإسلامية التي حرمت التبني وأعطت بديله بنظام الكفالة عملا بأحكام الآيتين (4-5 من سورة الأحزاب) لأن في ذلك يعتبر

1- أنظر، الفصل الأول من دستور جمهورية تونس.

2- Cf.L. Pruvost, le statut juridique du mineur en Tunisie, R.T.D., P. 281.

3- مجلة الأحوال الشخصية التونسية من قانون 1958.

4- Cf. M.Benjâafar, les acquis juridiques et sociaux de l'enfant, en la protection juridique et sociale de l'enfant, édit. Bruylant, Bruxelles, 1993, P 202.
Cf. L. Aslaoui, dame justice, réflexions au fil des jours, édit. E.N.A.L., Alger, 1990, P. 254.

5- انظر، جيلالي تشوار، أحكام الأسرة...، المرجع السابق، ص. 237.

6- أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص. 93.

7- أنظر، محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 63.

إخفاء لحقيقة النسب الأصلي للطفل واغتصاب لاسم الآخرين والتعدي على حقوق ومراكز الغير وينشر الفتنة بين أقارب طالب التبني، كما أن اعتمادها نظام التبني إلى جانب الكفالة لا يعني أنه أباح الزواج من أسرته واحل ما هو حرام في الإسلام إذ أنه يحرم الزواج من أسرته الحقيقية.

الفرع الثالث: موقف هيئة الأمم المتحدة من التبني

في إطار إتفاقية حقوق الطفل المنطوية تحت هيئة الأمم المتحدة فإن الجمعية العامة أصدرت قرارها رقم 41-85 المؤرخ في 3 ديسمبر 1986 والمتعلق بإعلان المبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي[1] فلقد أكدت هيئة الأمم المتحدة على ضرورة رعاية الأطفال وإلزام الحكومات باتخاذ التدابير الملائمة لحمايتهم ومن بين هذه الإجراءات هو اتخاذ إجراء التبني والحضانة، إذ أكدت في الفصل –ج– المتعلق بالتبني في مواد 13 إلى 24 على أن الغرض الأساسي من التبني هو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لم يمكن لوالديه الأصليان من توفير الرعاية اللازمة له وكذا رعاية المصلحة الفضلي للطفل، كما أكدت على ضرورة الدول إن تكفل في تشريعاتها الداخلية حقوق الطفل المتبني بوصفه فرد من أفراد الأسرة المتبنية.

كما نصت على أنه في حالة ما إذا تعذر على الدولة أن تجد للطفل أسرة حاضنة أو متبنية توفر للطفل الرعاية اللازمة في بلده الأصلي يجوز لها أن تبحث على وسيلة بديلة لتوفير أسرة له خارج موطنه الأصلي، وفي نفس الوقت هذه الدولة الأخيرة ملزمة برعاية الطفل واتخاذ إجراءات التبني لصالحه.

كل ذلك مع مراعاة المعاهدات والاتفاقيات بين الدول في هذا المجال. كما أقرت هيئة الأمم المتحدة أنه يجوز للطفل المتبني أن يسافر ويلحق بالوالدين المتبنيين له وكذا إمكانية حصوله على جنسيتهم.[2]

1- أنظر، الملحق رقم 02.

2- طلبة مالك، المرجع السابق، ص. 12.

ومن هنا نستخلص أن نظام التبني أقرته الأمم المتحدة وألزمت الدول المصادقة على الإتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل بإقرار نظام التبني واتخاذ الإجراءات الداخلية اللازمة من أجل رعاية الطفل وحضانته إذا كان محروما من أسرة أو لم تكن هذه الأسرة متوفرة على الشروط اللازمة لتنشئة الطفل، إذا سمحت بإيجاد أسرة بديلة حتى لو استدعى الأمر خارج الموطن الأصلي وكذا أقرت بإعطائه نفس الحقوق كابن شرعي، وإذا كان أجنبيا له الحق في جنسية متبنيه. لكن القانون الوضعي الجزائري له موقف آخر مخالف للقوانين الوضعية السابقة وهذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: موقف القانون الوضعي الجزائري من التبني والكفالة

إن الجزائر باعتبارها دولة مسلمة وباعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الثاني الذي يحكم المسائل المعروضة على القضاء عملا بأحكام المادة الأولى من القانون المدني[1]، فإنها سايرت معظم الدول العربية والإسلامية بتحريم التبني، ووجدت كبديل لها نظام الكفالة الذي اعتبره المشرع الجزائري إلتزام إرادي شخصي يصدر عن الكافل سواء كان رجلا أو إمرأة.[2]

فالإشكالية التي يمكن طرحها: ما موقف القانون الوضعي الجزائري من نظام التبني ونظام الكفالة؟ وبماذا يأخذ؟.

فمن هذه الإشكالية نقسم مطلبنا هذا إلى فرعين: موقف القانون الوضعي الجزائري من التبني (الفرع الأول)، وموقف القانون الوضعي الجزائري من الكفالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظام التبني

فمن خلال أخذ المشرع الجزائري للشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي من مصادر التشريع، فقد قضى بما قضت هذه الأخيرة إذ نص صراحة على تحريم التبني وثبوت النسب به، ومنعه صراحة في قانونيه الأسريين.[3]

1- القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بقانون 05-10 مادته الأولى.

2- أنظر، محمد أحمد الصالح، المرجع السابق، ص. 115-118.

3- حيث نصت المادة 149 من المدونة في فقرتها الأولى على أن: "يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية".

فبذلك المادة 46 من ق.أ. تؤكد على أن نسب الولد يلحق لأبيه لا لغيره متى توفرت أركان وشروط الزواج الشرعي.[1]

إذن فالمشرع الجزائري ثابر على محاربة فكرة تحريف وتزييف الأنساب، إذ أنه لا يمكن إلحاق أي طفل، سواء كان معلوم الأب أو مجهول النسب، وكان ابن زنا إلى نسب الغير ولو أبدي رضاه بذلك، لأن في 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 على إلغاء التبني وإبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة، سواء كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية وذلك بسبب مخالفتها لنظام العام الجزائري.

وعلى هذا الأساس صدر قرار عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/01/18، ملف رقم 234949 قضيته "ح.ع.ق" ضد "د.ح.ه"، ابن أكد على إبطال التبني وفي نفس الوقت إبطال عقد الميلاد، باعتباره عقد مزور طبقا للمادة 47 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية: حيث انه من المقرر قانونا أن إبطال العقود الخاطئة (شهادة الحالة المدنية) عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيما مزورة أو في غير محلها يقدم الطلب إما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل في العقد، وإما بصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع الذي تناول العقد المشوب بالبطلان.

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

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

ونصت المادة 46 من ق.أ.ج. على أن: "يمنع التبني شرعا وقانونا".

1- أنظر، المادة 41 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتعلق بالقانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

2- أنظر، المجلة القضائية للعدد الخاص 2001 ص. 03-04.

إذن من خلال هذا القرار نجده أقر مسالة إبطال التبني متى توفرت وسائل إثباته وأعطت للجهات القضائية في نفس الوقت الولاية في إبطال عقود الميلاد المزورة لكونها مخالفة للحقيقة وصدر في إطار إبطال التبني عدة قرارات عن غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا مثل القرار الصادر بتاريخ 1995/05/02 ملف 103232 قضية: (ف.ط) ضد: (ف.ط) دعوى إبطال التبني – تكيفها على أنها دعوى نفي النسب– خطأ في تطبيق القانون. إن قاعدة الولد للفراش لا تطبق إلا في إثبات دعوى نفي النسب[1]، ومن ثم قضاء الموضوع لما الغوا الحكم القاضي بإبطال التبني بدعوى عدم وجود الصفة للطاعنين مع أنهم قدموا الدليل على أنهم أبناء عمومة مثبتين دعواهم بشهادة الشهود، حسب المحضر المؤرخ في 1985/12/24 وناقشوا دعوى إبطال التبني كأنها دعوى نفي النسب وطبقوا عليها قاعدة الولد للفراش مع أنه لا يوجد أي فراش في التبني، فبقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون.

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

أولا: مركز المادة 13 مكرر من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة

لقد نصت المادة 46 قانون الأسرة صراحة على تحريم التبني، إذ يفهم من هذه المادة أنه لا يمكن للأفراد 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.

لكن هذه القاعدة لم تبقى على إطلاقها بل أصبحت نسبية وهذا على إثر تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 05-10 المعدل والمتمم له، إذ أصبح القاضي الجزائري، يأذن بالتبني ويبرم عقد التبني، لكن بشروط، وأن هذه الشروط واردة ضمنيا في نص المادة 13 مكرر 01 لكونها وردت في الفصل الثاني المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان، فهي قواعد إسناد تبين القانون الواجب

1- أنظر، بلحاج العربي، قانون الأسرة، (مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة)، ط3 (مزيدة ومنقته)، ديوان المطبوعات الجامعية، 1966، 2006، ص. 203.

2- أنظر، المجلة القضائية للعدد الخاص 2001 ص. 05-06.

التطبيق من قبل القاضي الداخلي، عندما يكون أحد 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 إجرائه، فالقاضي الداخلي يأذن بالتبني حسب ما يسمح به قانون جنسية الأطراف، فإن كان قانون جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني فإن القاضي الداخلي يرفض طلب التبني، وعليه فإن هذه المادة تطرح عدة احتمالات أمام القاضي الداخلي الجزائري.

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

2-في حالة ما إذا كان قانون جنسية طالب التبني يسمح بالتبني، وقانون جنسية المتبني لا يسمح بذلك مثل: طالب التبني شخص تونسي والمتبني قاصر من جنسية جزائرية، فإن القاضي الجزائري برجوعه إلى المادة: 46 من قانون الأسرة يجد "لا يؤذن بالتبني"، إذن لابد من إحترام 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، فإن القاضي الجزائري لا محال برفض الإذن بالتبني.

4-في حالة كلا القانونيين أي قانون جنسية الأطراف يسمح بالتبني فإن القاضي الجزائري ملزما بإبرام والإذن بالتبني.

وعليه يستنتج أنه "ما دامت المادة 13 مكرر 01 تعتبر من قواعد الإسناد التي تلزم القاضي الداخلي عندما تكون أطراف أجنبية بالبحث عما إذا كانت القوانين الداخلية الأجنبية تسمح أو لا تسمح بالتبني، وأنه مادمت المادة 46 ق.أ تمنع التبني فإن هذا المنع يحترم من طرف القاضي الجزائري لكون المنع في هذه المادة منصب على الجزائريين ولا يمتد إلى غير الجزائريين طبقا لقواعد الإسناد السالفة الذكر في المادة 13 مكرر 01".[1]

ثانيا: الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989

1- أنظر، طلبة مالك، المرجع السابق، ص. 13-14.

إن المشرع الجزائري أبطل هذا التبني إلا أنه صادق على العديد من الاتفاقيات، ومنها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989[1] وهي تعد القانون الدولي لحقوق الطفل، لأنها تضمنت كافة المواثيق الدولية المعنية بهذه القضية. وأضافت إليها كذلك بعض الحقوق والحريات وآليات التنفيذ ووسائل الحماية الجديدة لكي تشكل مرجعا هاما قانونيا وملزما في مجال حقوق الطفل في العالم[2]، ولقد نصت في المادتين 21/20 من هذه الاتفاقية على التبني وبديله الكفالة.

– تنص المادة 20 من هذه الاتفاقية على أن الطفل المحروم من بيئته العائلية، له الحق في التمتع بحماية ومساعدة الدولة، والمتمثلة خاصة في توفير له رعاية بديلة.

كما نجد أن الفقرة الأولى من نفس المادة راعت أيضا حالت الطفل الذي يكون من مصلحته عدم تركه في أسرته، وخولت له أيضا هو الآخر حق الاستفادة من مساعدة وحماية الدولة.

– تنص المادة 21 من نفس الإتفاقية تلزم الدول التي تجيز نظام التبني كوسط بديل أن تحترم وتراعي أولا وقبل كل شيء مصلحة الطفل عند القيام بالإجراءات اللازمة والخاصة بالتبني.

تضمن الدول التي تقر أو تجيز نظام التبني إيلاء مصالح الطفل الفضلى للاعتبار الأول والقيام بما يلي:

– تنص أنه لا تصرح بتبني الطفل إلا السلطات المختصة التي تحدد وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها وعلى أساس كل المعلومات ذات الصلة الموثوق بها، أن التبني الجائز نظرا لحالة الطفل فيما يتعلق بالوالدين والأقارب والأوصياء القانونيين وأن الأشخاص المعنيين عند الاقتضاء قد أعطوا عن علم موافقتهم على التبني على أساس حصولهم على ما قد يلزم من المشورة.

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

1- أنظر، الملحق رقم 06.

2- أنظر، منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص. 69.

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

– تتخذ جميع التدابير المناسبة كي تضمن بالنسبة للتبني في بلد آخر أن عملية التبني لا تعود إلى أولئك المشاركين في كسب مال غير مشروع.

– تعزز عند الاقتضاء أهداف هذه المادة بعقد ترتيبات واتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف وتسعى في هذا الإطار إلى ضمان أن يكون تبني الطفل في بلد آخر من خلال السلطات أو الهيئات المختصة".[1]

ونص المشرع الجزائري في دستوره على أن المعاهدة تسمو على القانون. لكن المعاهدة لم تأتي آمرة، وإنما قالت التي تقر أو تجيز نظام التبني. تخص الدول التي تجيز نظام التبني والجزائر أبطلته في المادة 46 من ق.أ.ج وبالرغم من ذلك فهي صادقت على هذه الاتفاقية ولم تظهر أي تحفظ بالنسبة لهذه المادة. ونصت المادة 20 من هذه الاتفاقية أن تهتم بالطفل المحروم. وذلك برعايته في مختلف أنظمتها حتى في الدول التي تأخذ بنظام الكفالة الذي جعلته بديلا عن نظام التبني.

فمن خلال كل هذا، فما يمكن ملاحظته أن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 تبنت مبدأ "الطفل أولا" قبل مصلحة الدولة أو والديه أو أوصيائه، وهو نقله جديدة على الصعيد الدولي نحو حماية حقوق الطفل، لأنه ليس بالضرورة أن تكون مصالح الطفل مرتبطة مع مصالح والديه أو أوصيائه.

وقد تبنت الإتفاقية عدة حقوق للطفل[2]، إلا أنه ما يهمنا وما يتماشى مع محور بحثنا هو حق الطفل في أن تكون له أسرة، وحق الطفل في الرعاية البديلة، وهذا ما سنتطرق إليه.

I-حق الطفل في أن تكون له أسرة:

1- أنظر، الملحق رقم 06.

2- حق الطفل في الرعاية الصحية، حق الطفل في التعليم، حق الطفل في أن يكون له اسم وجنسية، حق الطفل في حرية العقيدة والدين، حق الطفل في حرية التعبير عن رأيه، حق الطفل في اللعب في أوقات الفراغ والراحة، حق الطفل في الحصول على المعلومات المناسبة.

إن وجود الطفل بين أبيه وأمه في محيط أسرة تحيطه بالرعاية والاهتمام طيلة فترة الطفولة هو أبسط حقوق هذا الطفل ومن أهمها، فقد أشارت إلى هذا الحق العديد من مواثيق حقوق الإنسان الدولية، كما أشارت إليه ديباجة اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 حينما ذكرت أن الطفل لكي تنمو شخصيته نموا كاملا ومتناسقا يجب أن ينشأ في بيئة عائلية، في جو من السعادة والمحبة والتفاهم.

ومن خلال المادة 05 من اتفاقية حقوق الطفل التي نصت: "تحترم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين، أو عند الاقتضاء أعضاء الأسرة الموسعة أو الجماعة حسبما ينص عليه العرف المحلي، أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المسؤولين قانونا عن الطفل..." نلاحظ أنها تبنت المفهوم الواسع للأسرة لتشمل أيضا الأقارب والأهل جميعا بجانب الأبوين.

ومن أجل حماية هذا الحق، فقد أقرت الاتفاقية مبدأين:

1-عدم فصل الطفل عن والديه:

ونصت المادة 09 فقرة 01 من اتفاقية حقوق الطفل على عدم فصل الطفل عن والديه، واعتبرت ذلك قاعدة عامة لا يجوز الخروج عليها إلا في حالات الضرورة.

كما يجب جمع شمل الأسرة، ولذا أوجبت المادة 10 من هذه الإتفاقية على الدول الأطراف العمل على جمع شمل الأسرة بالنظر بشكل إيجابي وسريع وإنساني في الطلبات التي يقدمها الطفل أو والده لدخول أو مغادرة دولة بهدف جمع شمل الأسرة.

2-رعاية حقوق الطفل في حالة انفصال الوالدين:

عالجت المادة 11 من اتفاقية حقوق الطفل حالة انفصال الوالدين وتأثيرها على حقوق الطفل في أن تكون له أسرة، حيث نصت على أنه: "تتخذ الدول الأطراف التدابير اللازمة لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة، ولأجل تحقيق هذا الغرض تشجع الدول الأطراف على عقد اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف والانضمام إلى اتفاقيات قائمة تعالج هذا

الموضوع: "وهذا كما فعلت الجزائر وفرنسا بإبرامهما اتفاقية خاصة في عام 1988[1]، من أجل حل المشاكل الناجمة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات، حيث كانت تقوم الزوجات الفرنسيات بأخذ الأطفال وعدم السماح لهم بعودتهم إلى أبائهم والعكس صحيح.

فهذه الاتفاقية أقرت حق الطفل للاتصال بوالديه حتى في حالة انتهاء العلاقة الزوجية بينهما.

زيادة على هذا فقد راعت الاتفاقية حالة الطفل المحروم من الوسط العائلي بحيث أقرت له حقا آخر وهو الرعاية البديلة وهذا ما سنتطرق إليه في الجزء الثاني.

II-حق الطفل في الرعاية البديلة:

قد يولد الطفل محروما من وسطه العائلي، وقد يكون وسطه العائلي غير ملائم لتنشئته نشأة صالحة[2]. فقد أكدت اتفاقية حقوق الطفل على ضرورة إيجاد وسط عائلي بديل للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من هذه البيئة، ويتعين على الدول الأطراف في الاتفاقية أن توجد مثل هذا الوسط وفقا لقوانينها وتشريعاتها الوطنية.[3]

فقد أخذت الاتفاقية بنظام التبني باعتباره أحد وسائل الرعاية البديلة في القوانين الوضعية، كما أنها راعت موقف الدول الإسلامية التي ترفض فكرة التبني لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، فأقرت لها نظام الحضانة ونظام الكفالة كوسائل للرعاية البديلة، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال.

1-التبني:

قد سبق وأصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلان المبادئ الاجتماعية والقانونية بحماية الأطفال ورعايتهم، مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي في عام 1986، وخصص هذا الإعلان إثنى عشر مبدأ لموضوع التبني.[4]

1- أنظر، الملحق رقم 07.

2- د. محمد السعيد الدقاق، الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل في حقوق الإنسان، المجلد 02، دراسات حول الوثائق العلمية والإقليمية، دار الملايين للعلم، لبنان، 1989.

3- المادة 20 من الإتفاقية.

4- أنظر الملحق رقم 02.

والتبني نوعان:

تبني داخلي: وهو الذي يتم بين زوجين وطفل داخل دولة واحدة، وهي التي ولد فيها الطفل.

تبني خارجي: وهو الذي يحدث بين زوجين وطفل ولد خارج حدود دولة الزوجين، ويتم جلب الطفل إلى دولة الزوجين.

واستمرارا لتقنين وضبط التبني على الصعيد الدولي، فقد نصت اتفاقية حقوق الطفل في مادته 21 على مجموعة من التدابير والإجراءات التي يجب أن تلتزم بها دول الأطراف التي تأخذ بالتبني، مراعية أو لا وقبل كل شيء مصالح الطفل العليا، وهذه الإجراءات هي:

1-ضمان ألا يصرح بتبني الطفل إلا السلطات المختصة طبقا للقوانين والإجراءات السارية، وعلى أساس كل المعلومات الموثوق بها ذات الصلة بأن التبني جائزا نظرا لحالة الطفل فيما يتصل بالوالدين والأقارب والأوصياء القانونيين، والأشخاص المعنيين عند الاقتضاء قد أعطوا عن علم موافقتهم على التبني على أساس حصولهم على ما قد يلزم من مشورة.

2-الاعتراف بأن التبني في بلدا آخر يمكن اعتباره وسيلة بديلة لرعاية الطفل، إذا تعذرت إقامة الطفل لدى أسرة حاضنة أو متبنية، وإذا تعذرت العناية به بأي طريقة في بلده.

3-أن تضمن بالنسبة للتبني الخارجي أنه سيفيد الطفل من خلال ضمانات ومعايير تعادل تلك القائمة في التبني الداخلي.

4-اتخاذ كل التدابير المناسبة لكي تضمن بالنسبة للتبني الخارجي، أن عملية التبني لا تعود على أولئك المشاركين فيها بكسب مالي وغير مشروع.

5-تعزز عند الضرورة أهداف هذه المادة بعقد ترتيبات أو اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، وتسعى في هذا الإطار لضمان أن يكون تبني الطفل في بلد آخر من خلال السلطات أو الهيئات المختصة.

2-الحضانة:

فقد أشارت إليها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 باعتبارها إحدى وسائل الرعاية البديلة للطفل عند انفصال الزوجين، وهي أن يتولى من تسند له الحضانة بتربية الطفل وحفظه جسمانيا وعقليا وتوفير له كل ما يلزم حتى يقوى على القيام بمسؤوليات الحياة.

3-الكفالة:

كما أقرت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 نظام الكفالة كبديل لنظام التبني بالنسبة للدول الإسلامية التي تحرم التبني شرعا وقانونا، واعتبرتها إحدى الوسائل البديلة للطفل الذي لا أسرة له، والتي يجب أن تمنح لكل الأطفال الذين لا عائل لهم.

هذا عن أهم الضوابط التي جاءت بها اتفاقية حقوق الطفل، فلم تكن هي الاتفاقية الأولى التي اهتمت بالطفل، إلا أن اهتمام المجتمع الدولي بهذه الفئة الضعيفة تدرج من مجرد الإعلانات والتصريحات إلى تبني الاتفاقية الخاصة بحقوق الطفل، فقد كانت من أكثر الاتفاقيات الدولية التي حضت بمبادرة دول العالم عليها، فوقعت على هذه المعاهدة في اليوم الأول 60 دولة من ضمنها 4 دول عربية هي: الجزائر، لبنان، موريتانيا والمغرب. في حين وصل عدد الدول التي صادقت عليها 191 دولة، ولم توقع عليها إلا دولتين وهما: الولايات المتحدة الأمريكية والصومال.

ثالثا: تغيير اللقب (المادة 28 من القانون المدني، والمرسوم التنفيذي رقم 92-24)

كان لقانون الأسرة الأولى احتجاب ما قد يصبح كالسيل الجارف ومنه فليس لأي جزائري حاليا أن يدعى من ليس من صلبه ابنا له سواء علم أو جهل نسبه بمعنى أنه لا يجوز تغيير لقب شخص بلقب آخر وضمه إلى نسب هذا الأخير وهذا ما تناولته المادة 28 من القانون المدني[1]، التي يفهم منها أن الابن يحمل لقب والده دون غيره فيصبح جزءا من شخصيته وذلك في الحالة التي لم يعلم فيها نسب الشخص المتبني لكن إن جهل نسبه فلا يجوز إعطائه نسب آخر، إجتنابا للزور

1- جاء في الأمر 75 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975. المتضمن القانون المدني، المادة 28 فقرة أولى تنص على ما يلي: يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده.

الذي نهى عنه سبحانه وتعالى لذلك كان لابد من ردع كل مخالفة لهذه الأحكام المتعلقة بتزييف النسب وذلك بفرض عقوبات جزائية.[1]

ومن ثم لا يجوز لضابط الحالة المدنية منح لقب أسرة لشخص دون مبرر شرعي كذلك نفس العقوبة تطبق على من أدلى بتصريحات كاذبة أمام ضابط الحالة المدنية بأن طفلا ما من صلبه وطلب تقييده في سجلات الحالة المدنية لأنه بذلك يعتبر قد زور في محررات رسمية بإقرار وقائع غير صحيحة.[2]

ومن جهة أخرى فإن الزواج وسيلة لحفظ الأنساب (المادة 04 من قانون الأسرة) بينما نظام التبني يتعارض مع هذه الغاية السامية كونه يسهل اختلاط الأنساب بدل حفظها، لذلك كان المنع قاطعا من طرف المشرع الجزائري.

هذا وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 8 رجب 1412 الموافق لـ 13 يناير 1992 للمرسوم رقم 157/71 المؤرخ في 3 يونيو 1971 والمتعلق بتغيير اللقب الذي نص في مادته الأولى: كما يمكن أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن تقدم موافقتها في شكل عقد شرعي.

هذا النص جاء بصياغة احتيالية مناقضة لما سبق ذكره فبالرغم من أن النص جاء بشأن الكفالة، إلا أن الإشكال الأساسي يطرح حول الطبيعة القانونية لهذا التغيير (تغيير النسب) هل يعد كفالة بمعناها الفعلي؟ أم تبني بمعناه الشرعي؟ والإجابة على السؤال تفرض علينا الإطلاع على رأيين.

فقد اعتبر البعض أحكام هذا المرسوم بدعا وضلالة تهدف خاصة إلى أن التبني مخالف للأحكام الشرعية والنصوص التشريعية الواردة في قانون الأسرة، غير أن الرأي الثاني النقيض من ذلك لم يقر هذا التفسير إذ يرى أن هذا المرسوم جاء ليتمم المرسوم التنفيذي رقم 71-157 الصادر

1- تنص المادة 217 من ق.ع.ج على ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة 500-1000 دج كل شخص".

2- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، المرجع السابق، ص. 193.

في 03 جوان 1971 كون أن أحكامه لا تتعلق بالتبني ولا تلحق النسب إلى الكافل إنما يمنح للمكفول اللقب فقط ويبقى على البيانات الأساسية الأخرى كما هي[1]. فالتكيف القانوني لهذا التغيير في هذا المرسوم يقر التبني صراحة رغم أخذ الطفل اسم من تبناه ولم يناقشه المجلس الوطني الشعبي من طرف ممثلي الشعب لدراسة ما إذا كان هذا النص السابق الذكر يتعارض أو لا يتعارض[2] مع ثوابه الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظام الكفالة

اعتبر المشرع الجزائري الكفالة إلتزام إرادي شخصي يقوم به الكافل الذي يجب أن يكون رجلا وفق ما نصت عليه المادة 116 من ق.أ.ج "الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر، من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بآبنه وتتم بعقد شرعي".

فلقد جاء هذا النص مبهما وغامضا معتبر الكفالة إلتزام يصدر عن رجل فقط وكان الطفل لا يحتاج إلى أسرة بديلة بل إلى أب بديل، فهل هذا يعني أنه بإمكان الرجل الغير متزوج أن يكفل طفلا وحده؟ وإن كان متزوجا فما وظيفة زوجته وما دورها؟ والكفالة إلتزام شخصي يصدر عنه دونها.

فما هي طبيعة الرعاية التي أراد المشرع توفيرها للطفل بهذه الطريقة؟ إن الإجابة عن هذه الأسئلة يتطلب إعادة النظر في هذا النص، وإعادة صياغته بطريقة تجعل من الكفالة رعاية أسرية بديلة يوفرها الزوجان للطفل، وهو ما يجري العمل به في مديريات الصحة التي لا تسمح بالتكفل بالأطفال الموجودين بمصالحها إلا استوفيت الشروط التالية:

1-أن يكونا طالبي الكفالة زوجان.

2-أن يكون لهما منزل لائق، ويمكنهما إثبات ذلك عن طريق وصل للكراء، وتقرير المختصة الاجتماعية التي زارت المنزل.

1- أنظر، جيلالي تشوار، أحكام الأسرة بين الاجتهاد والتقنين، المرجع السابق، ص. 234.

2- في هذا النظار يري جيلالي تشوار إن هذا الخلاف ما كان ليثور على الإطلاق، فقد أغنانا المشرع نفسه مشقة البحث والجدل في هذا الصدد حينما قال في المادة 46 ق.أ.ج. "يمنع التبني شرعا وقانونا".

3-أن يكون لهما دخل مستقر.

4-إثبات عدم إصابتهما بأمراض.

5-الخضوع لإجراءات الفحص النفسي والاجتماعي من طرف الهيئات المختصة.[1]

إلا أنه لا يعني أن المشرع الجزائري يمنع التكفل بالطفل المحروم من شخص منفرد وفق ما نصت عليه المادة 67 من قانون الحالة المدنية.[2]

فلقد آعترف هذا النص لكل شخص إلتقط طفلا بحق التكفل به إذا رغب في ذلك دون تمييز بين كونه رجلا أو إمرأة، متزوج أو غير متزوج، مخلفا بذلك المادة 116 من ق.أ وما جرى العمل به في مديريات الصحة.

مما يؤكد أن موقف المشرع الجزائري من الكفالة وفق النصوص المذكورة أعلاه جاء غامضا وغير منسجم مما يوجب تعديله وفق المبادئ التالية:

1-القاعدة العامة: الكفالة تكون داخل أسرة مشكلة من زوجين قادرين على توفير الرعاية اللازمة للطفل.

2-استثناءا: يمكن أن توكل إلى شخص واحد داخل الأسرة الطفل الممتدة مع مراعاة مصلحته.

"كما أنه من المقرر قانونا أنه إذا كان محل أو سبب الإلتزام مخالفتين للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلان ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه".[3]

ومن المقرر قانونا طبقا للمادة 124 أنه "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفل إلى ولايتهما، يخير الولد في الإلتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من

1- أنظر، ليلي جمعي، المرجع السابق، ص. 138.

2- تنص المادة 67 من ق.ح.م: "يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه، وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية...".

3- أنظر، نبيل صقر، المرجع السابق، ص. 313.

م.ع.غ.أ.ش، 1987/01/26، ملف رقم 44571، م.ف، 1992، عدد 4، ص. 49.

القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول". "كما أنه في حالة وفاة الأب، تحل الأم محله قانونا"[1]، ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بالتناقض والقصور في الأسباب ليس في محله.[2]

إن التبني كما رأينا عرف منذ القدم وأخذت به دول كثيرة مثل فرنسا، فالقانون الفرنسي قسم التبني إلى نوعين، التبني الناقص والتبني الكامل وفرق بينهما، وفي الأخير وجدنا أن نظام التبني في فرنسا ملطف نوعا ما مقارنة مع بعض القوانين الأخرى.

كما أن التشريعات العربية لم تأخذ بنظام التبني واعتبرته محرما ماعدا تونس بالرغم من انتمائها للعالم العربي الإسلامي فلقد تبنت نظام التبني والكفالة وطبقت مبدأ المساواة بين الطفل الشرعي والطفل الغير شرعي.[3]

لكن أخذا بالقانون الوضعي الجزائري، فإنه حرم التبني شرعا وقانونا لأنه مخالف للنظام العام الجزائري، ووجد له بديل ملائم وهو نظام الكفالة.

لقد رأينا في هذا الفصل الطبيعة القانونية لكل من التبني والكفالة ومن خلالها تعرفنا عن التبني وكيف نشأ وعند ظهور الإسلام كيف حرمه الله سبحانه وتعالى وأخذ بهذا التحريم بعض التشريعات الوضعية ومن بينها التشريع الجزائري، وهناك بعض الدول التي لم تأخذ بهذا التحريم واعترفت به.

لكن بتحريم التبني وجد بديل له ويعرف بنظام الكفالة ومن خلال دراستنا لهذا الفصل تعرفنا عن معناه وأهم خصائصه، كما أن له أركان لم نتطرق إليها في بحثنا هذا، لكن نتحدث عليها بآختصار في هذه الخلاصة.

الكفالة بآعتبارها عقد مدني تقوم على أركان العقد من تراضي محل وسبب.

التراضي: هو تطابق إرادتين وحتى يكون صحيحا لابد أن يصدر من ذي أهلية[1] ولا يكون منشوب بأي عيب من عيوب الإرادة (الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال).

1- م.ع.غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم 184712، م.ق، 1998، عدد 2، ص. 89، مشار إليه في كتاب المنتفي، ج1، ص. 614. وفي كتاب نبيل صقر، المرجع السابق، ص 469-470.

2- أنظر، م.ع.غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم 184712، م.ق.، 1998، عدد 2، ص. 89، مشار إليه في كتاب المنتقى، ج1، ص. 614.

3- أنظر، جيلالي تشوار، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص. 237.

المحل: حسب القواعد العامة يجب أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروع حسب المواد من 92 إلى 96 من القانون المدني.

السبب: الكفالة قد تكون بمقابل أودونه، فإذا كانت بمقابل فإن إلتزام الكفيل سببه هو المصلحة التي سيتحصل عليها من الدائن، وسبب إلتزام هذا الأخير هو ضمان له أكثر، فإذا كان سبب الإلتزام مخالف للنظام العام[2]، كان باطلا أو أن محل الإلتزام كان مستحيلا أيضا فتكون الكفالة باطلة. كما قد تكون الكفالة دون مقابل فيكون السبب حينئذ هو نية التبرع والدافع الذي دفع الكفيل للتعاقد هو نية التبرع وهي الحالة التي تكون في عقد الكفالة المنصوص عليها في قانون الأسرة. إن أهم نقطة في هذا الفصل هي: هل هناك فرق بين التبني والكفالة؟ وهذا ما رأيناه من خلال دراستنا وبحوثنا وجدنا أن هناك فرق بين التبني والكفالة.

- التبني محرم بالكتاب والسنة بعكس الكفالة مشروعة بالكتاب والسنة.
- التبني هو إلحاق طفل قاصر بنسب المتبني ويعتبره إبنا شرعيا له ويأخذ لقبه كما انه له الحق في الميراث، لكن "يمنع التبني شرعا وقانونا"[3] لا يجوز لأي مسلم جزائري أن يدعى أن الطفل المتبني إبنه ولا يجوز أبدا أن ينسبه إليه ويسجل على لقبه واسمه بسجلات الحالة المدنية فبذلك يقترح المشرع الجزائري نظام الكفالة متأثرا بالشريعة الإسلامية. ولا يجوز للكافل أن يوصى للمكفول بما له إلا في حدود الثلث، وإذا زاد تبرعه عن الثلث بطل ما زاد إلا إذا إجازه الورثة.[4]

لكن هناك إشكالات أخرى لم نتطرق إليها في هذا الفصل وأهمها: ما هو النظام القانوني للتبني والكفالة؟ وهذا ما سوف ندرسه في الفصل الثاني.

1- أنظر، علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ت.ط، ص. 55.

2- أنظر، نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص. 74.

3- أنظر المادة 46 من ق.أ.ج.

4- م.ع.غ.أ.ش، 1998/07/21، ملف رقم 201022، أ.ق.غ.أ.ش، ص. 343.

الفصل الثاني
النظام القانوني للتبني والكفالة

رأينا في الفصل السابق الطبيعة القانونية لكل من التبني والكفالة ومن خلالها درسنا التبني وحكمه في الشريعة الإسلامية ولماذا حرمته تحريما باتا، إلا أن هذا الأخير وجد له بديل يعرف بنظام الكفالة الذي شرعته الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري، كما أننا رأينا في الفصل السابق فيما يكمن الفرق بين التبني والكفالة.

وفي هذا الفصل سوف نتطرق إلى: ما هو النظام القانوني للتبني والكفالة؟ ومن خلال هذه الإشكالية نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: شروط وإجراءات كل من التبني والكفالة.

وفي المبحث الثاني: آثار التبني والكفالة وانقضاؤهما.

المبحث الأول: شروط وإجراءات التبني والكفالة

إن التبني محرم شرعا وقانونا بالنسبة للقانون الوضعي الجزائري وبعض القوانين الوضعية الأخرى فبذلك لا تتوفر له شروط ولا إجرءات لكن الدول التي أخذت بهذا النظام مثلا: فرنسا وتونس لهم شروط وإجراءات سوف نتعرض إليها في بحثنا هذا.

لكن بالنسبة للكفالة هناك عدة نصوص قانونية تنظمها فبذلك هناك شروط لابد من إتباعها وإجراءات خاصة بها وعليه نطرح الإشكالية التالية:

ما هي شروط وإجرءات التبني والكفالة؟

فمن خلال هذه الإشكالية قسمنا مبحثنا هذا إلى مطلبين:

المطلب الأول: شروط وإجراءات التبني في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المطلب الثاني: شروط وإجراءات الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المطلب الأول: شروط وإجراءات التبني في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

بما أن التبني حرمته الشريعة الإسلامية وأخذ بهذا التحريم القانون الوضعي الجزائري طبقا لنص المادة 46 ق.أ.ج.

فمن خلال هذا التحريم لم يحدد المشرع الجزائري شروط وإجراءات خاصة بالتبني ولا آثاره، كما أن المحكمة العليا أصدرت في العديد من قراراتها على إلغاء التبني وإبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة، سواءا كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية، وذلك بسبب مخالفتها للنظام العام الجزائري.

لكن نقوم بدراسة شروط وإجراءات خاصة ببعض القوانين الوضعية التي أخذت بنظام التبني مثل: القانون الفرنسي والقانون التونسي، فبذلك ندرس: شروط التبني في القوانين الوضعية (الفرع الأول) وإجراءات التبني في القوانين الوضعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط التبني في القوانين الوضعية

أولا: شروط التبني في القانون الفرنسي

- "أن تكون هناك أسباب معقولة تدفع إلى التبني، وتقدير هذه الأسباب متروك للمحكمة.
- أوجب القانون الفرنسي شرط السن في طالب التبني كحد أدنى إذ يجب أن لا يقل سنه على 35 عاما.
- ضرورة وجود فارق في السن بين طالب التبني والمتبني إذ يشترط أن لا يقل عمره عن15 سنة.
- ضرورة موافقة الزوج الأخر إذا كانت الرابطة الزوجية قائمة.
- ضرورة موافقة الولي الشرعي للمتبني.
- ضرورة وجود مصلحة وفائدة للمتبني.
- عدم وجود خلف شرعي للمتبني يوم التبني.
- ليس لطالب تبني طفل دون السادسة عشر من عمره أن يتبناه إلا إذا كفله مدة ستة أشهر على الأقل قبل بدء إجراءات التبني ويقتضى إتمام التبني بعض الإجراءات الشكلية".[1]

ثانيا: ضرورة التبني في القانون التونسي

لقد إشترط التشريع التونسي على أن يكون طالب التبني راشدا ويتمتع بالأهلية القانونية وأن يكون متزوج، أو توفت زوجته أو طلقها.

- أشترط أن يكون الطفل المتبني قاصرا سوى كان ذكر أم أنثى.

1- أنظر، محمد صبحى نجم، المرجع السابق، ص. 61، 62.

❖ كما أشترط أن يكون الفارق في السن بين طالب التبني والمتبنى لا يقل عن 15 سنة يوم إصدار الحكم بالتبني.

❖ ألزم المشرع الزوج الأخر الموافقة على التبني إذا كان طالب التبني من أحد الزوجين.

❖ ضرورة حضور والدي المتبني أو ممثل السلطة الإدارية إذا كان مودعا لدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية أمام مكتب القاضي وكذا الأمر بالنسبة لطالب التبني وزوجه.

❖ كما سمح المشرع التونسي على جواز تبني الطفل القاصر الأجنبي من طرف الشخص التونسي.[1]

الفرع الثاني: إجراءات التبني في القوانين الوضعية

إن المشرع الجزائري لم يأخذ بنظام التبني فبذلك لا يوجد إجراءات خاصة بالقانون الوضعي الجزائري، لكن الدول التي أخذت بهذا النظام حددت له إجراءات وهذا ما سوف نتعرض إليه في هذا الفرع.

أولا: إجراءات تحرير عقد التبني في القانون الفرنسي

"بعد توفر الشروط السالفة الذكر يتم تحرير عقد التبني في وثيقة وهذا بعد إجراء التحقيق.

❖ تقوم الجهات القضائية المختصة بتحرير حكم قضائي من خلاله تقرر عقد التبني.

❖ الحكم الذي يصدر يكون غير نهائي وقابل للطعن.

❖ يجوز لكل ذي مصلحة أن يرفع طعنا ضد الحكم القاضي بالتبني.

❖ يجوز للنيابة العامة مراعاة للمصلحة العامة، أن ترفع طعنا ضد الحكم القاضي بالتبني.

❖ يجوز لكل من لحقه ضررا نتيجة الحكم القاضي بالتبني أن يطعن فيه".[2]

1- أنظر، محمد صبحى نجم، المرجع السابق، ص 63.

2- أنظر، محمد صبحى نجم، المرجع السابق، ص. 62.

ثانيا: إجراءات إصدار الحكم القاضي بالتبني

- تقديم طلب إلى القاضي المختص.
- حضور كل من طالب التبني وزوجه وكذلك حضور والد المتبني إن وجد أو ممثل السلطة الإدارية إلى مكتب القاضي.
- ضرورة موافقة زوج طالب التبني.
- ضرورة إجراء تحقيق مع مراعاة مصلحة الطفل الفضلي.[1]

وعليه نستنتج أن القوانين الوضعية التي أخذت بنظام التبني حددت له شروط وإجراءات لابد من توافرها، بعكس القانون الوضعي الجزائري الذي لم يأخذ بنظام التبني والذي لم يحدد له أي شروط ولا إجراءات، لكن وجد له بديل وهو نظام الكفالة الذي أخذ به ونظم له شروط لابد من توافرها وإجراءات وهذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: شروط وإجراءات الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الشريعة الإسلامية أخذت بنظام الكفالة التي اعتبرته بديل ملائم للتبني وبذلك المشرع الجزائري أخذ بما أحلته الشريعة الإسلامية وفي بحثنا هذا القانون الوضعي الذي نقوم بدراسته وهو القانون الوضعي الجزائري.

منذ الوهلة الأولى يتبادر إلى الذهن أن هناك عدة نصوص قانونية تنظم هذا الموضوع من عدة نواحي، وعليه فإننا نجد قانون الأسرة الذي يعد بمثابة القاعدة العامة في تنظيم أحكام الكفالة هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب الذي أعطى للكافل في إطار عقد الكفالة الحق في تقديم طلب إلى وزارة العدل قصد تغيير لقب القاصر مجهول النسب من الأب ليصبح مطابقا للقب العائلي للكافل[2] هذا من جهة.

1- أنظر، طلبة مالك، المرجع السابق، ص. 11.

2- المادة: 01 من المرسوم رقم 157/71 المتعلق بتغيير اللقب المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 24/92.

كذلك نجد إلى جانب ذلك قواعد الإسناد المستحدثة بموجب القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني في مادته 13 مكرر 01 التي ترشد القاضي الداخلي إلى القانون الواجب التطبيق عندما يكون في عقد الكفالة طرفا أجنبيا والتي تلزم القاضي الداخلي الجزائري أن يراعي قانوني الطرفين في عقد الكفالة عند إبرام العقد وعلى هذا الأساس يمكن التوضيح من ناحية الممارسة العملية والنظرية كيفية إنعقاد عقد الكفالة وإنشائه، وما هي الشروط المطلوبة في عقد الكفالة؟ في الفرع الأول.

أما في الفرع الثاني نتحدث عن إجراءات الكفالة.

الفرع الأول: شروط الكفالة

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

أولا: الشروط الواجبة في الكافل

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في مادتيه 117 و118[1]، نجدهما حددا شروطا عامة التي يجب على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة إن تتحقق من توافرها فعلى قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة أو الموثق أن يقوم بإجراء تحقيق ويراقب ما إذا توفرت هذه الشروط أم لا، فإذا إتضح للقاضي أو الموثق عدم توفرها في الكافل رفض الطلب أما إذا توفرت هذه الشروط حرر العقد من قبل الجهات السالفة الذكر، وهذه الشروط المطلوبة في الكافل هي: شرط الإسلام، شرط أن يكون عاقلا، شرط القدرة، لكن عمليا القاضي يتحقق من عدة شروط أخرى ضرورية لكن غير واردة في المادتين السالفتين الذكر.[2]

1- تنص المادة 117 ق.أ.ج: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان".

تنص المادة 118 ق.أ.ج: "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته".

2- أنظر، الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية 2005، ص. 169.

I-الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري:

1-شرط الإسلام:

لقد أوجب قانون الأسرة شرط الإسلام في مادته 118 إذ نص: "يشترط أن يكون الكافل مسلما".

يدين بالإسلام حتى يمكنه أن يتكفل بطفل، وأساس ذلك يرجع إلى أن الكافل سيمارس الولاية على نفس المكفول ويتولى كل أموره وعلى ذلك فيجب أن يكون مسلم وذلك لقوله تعالى: (بَشِّرْ الـمُنَّافِقِينَ بأَنَّ لَهُمْ عَذَابًا أَليمًا، الذينَ يَتَخِذُونَ الكَـافِرِينَ أَوْلِيَـاءَ مِـنْ دُونِ الـمُؤْمِنِينَ ايَبْتَغُونَ عِنْدَهُمْ العِزَّةَ فَإِنَّ العِزَّةَ للَّـهِ جمَيعًا).[1]

وقوله تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى المُؤْمِنينَ سَبِيلاً).[2]

ومادامت الكفالة ترتكز أساسا على رعاية المكفول فإن الإسلام هو الديانة الفضلى في تربية الفرد وفي تكوين أخلاقه وذلك لقوله عز وجل: (يَـا مُحَمَّـدْ إنَّـكَ لَعَلَـى خُلـقٍ عظـيم) والأخلاق الإسلامية تتضمن الصدق والأمانة وروح المسؤولية، وهذه الصفة الأخيرة هي التي تجعل المكفول عندما يكون لدى الكافل في مأمن من كل ما قد يتعرض له من ضرر نظرا لروح المسؤولية التي يتصف بها المسلم الكافل.

ومادامت الجزائر حسب الدستور ديانتها الإسلام، فإذا وجد أي طفل حديث الولادة فوق أرضها، فإنه يكتسب الجنسية الجزائرية باعتباره مجهول الأبوين أو مجهول الأب ما لم يثبت خلاف ذلك.[3]

"فبذلك آعتبر المشرع الجزائري شرط الإسلام شرطا ضروريا وبالتالي الغير مسلم سواء مسيحي أو يهودي الديانة عندما يقدم طلب كفالة طفل قاصر جزائري يرفض طلبه، وهذا ما يجرى عمليا في المحاكم، إذ انه سبق وإن إمرأة من جنسية فرنسية تقدمت بطلب لكفالة طفل قاصر جزائري لكنه رفض طلبها على أساس أنها من جنسية فرنسية، الشيء الذي استخلص معه أنها غير

1- أنظر، المصحف الشريف، سورة النساء، الآية 138-139.

2- أنظر، المصحف الشريف، سورة النساء، الآية 141.

3- أنظر، المادة 07 المعدلة بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005. (أنظر الملحق رقم 08).

مسلمة، لكن عمليا نجد عدة أجانب أعلنوا إسلامهم في الجزائر، ووافقت وزارة الشؤون الدينية على ذلك، كما أن شرط الإسلام يجرنا إلى الحديث عن شرط الجنسية إذ هل اشترط المشرع الجزائري الجنسية في طالب الكفالة أم لا؟".[1]

– بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع سكت على هذا الشرط إذ كان من المفروض النص عليه صراحة مع العلم أن كل من ولد بالجزائر هو جزائري الجنسية ويعتبر ثروة بشرية للبلاد، يجب أن لا نترك الغير ينهبها وعليه يجب أن يكون الكافل جزائري الجنسية.

– ولو فرضنا أن جزائري الجنسية طلب الكفالة لكن ظاهريا يعرفه العامة بأنه غير مسلم وقدم شهودا أمام القاضي وطلب القاضي شهود للتحقق من ذلك.

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

نلاحظ نحن أنه مراعاة لمصلحة الطفل والتي يجب على القاضي التحقق منها جيدا أن يرفض الطلب بناءا على سلطته التقديرية في تقدير الوقائع ورعاية لمصلحة الطفل وذلك في غياب شهادة إعلان الإسلام، لأنه إذا رجعنا إلى أحكام الحضانة لوجدناها تلزم الحاضن أن يرعى الولد ويربيه على دين أبيه[2]، وتسقط إذ أختلت إحدى شروط الحضانة ومن بينها حالة الردة أي الخروج عن الإسلام[3]، ولكون هذه المسألة تتعلق بالنظام العام وعليه فإنه ما ينطبق على الحضانة ينطبق على الكفالة، إذ حتى ولو كان الكافل جزائري الجنسية وثبتت ردته أو اعتناقه دينا آخر فإن القاضي يرفض الطلب وكذا الأمر بالنسبة للموثق.

1- أنظر، طلبة مالك، المرجع السابق، ص. 22.

2- أنظر، المادة 62 ق.أ.ج.

3- أنظر، المادة 67 ق.أ.ج.

1-طالب الكفالة أجنبي الجنسية:

حسب نص المادة 13 مكرر 01 قانون 10/05 أجاز المشرع للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة وبغض النظر عن دينهم فإن قواعد الإسناد المحددة في المادة السالفة الذكر تستوجب على القاضي فقط مراعاة قانوني مقدم طلب الكفالة والطفل المكفول عند إنشاء العقد وعليه فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانوني الأجانب يجيزا الكفالة، مع العلم أن طالب الكفالة والمكفول ليسا من جنسية واحدة فهنا القاضي بعد التحقيق الذي يجريه يقوم بتحرير عقد الكفالة.

أما حالة ما إذا كانا من نفس الجنسية (الكافل والمكفول) وقانونهما يجيز الكفالة هنا نفس الشيء القاضي يحرر عقد الكفالة.

لكن إذا كان أحد القوانين لا يجيز، فإنه بالطبع لا يمكن تحرير عقد الكفالة لأن المادة 11 مكرر 1 تلزم القاضي أن يراعي القانونين معا يوم تحرير العقد في حين آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط.

2-شرط العقل:

لابد أن يكون الكافل عاقلا[1]، متمتعا بالأهلية الكاملة، أي يجب أن يكون بالغا راشدا غير محجور عليه لسبب الجنون أو العته، لأن المعدوم عقله لا يمكنه التكفل بشخص، لأنه في الأصل لا يمكنه التكفل بشؤونه ويحتاج لمن يرعاه، فلا يمكن أن يرعى غيره وهو ما نصت عليه المادة 81 ق.أ.ج.[2]

وهذه الحالة ظاهرة إذ يمكن التعرف على الشخص طالب الكفالة هل متمتعا بقواه العقلية أم لا؟ ولمن تثبت سلطة تقدير ذلك؟.

1- أنظر، المادة 118 ق.أ.ج.

2- تنص المادة 81 ق.أ.ج: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو الجنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو ووصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

"فإن ثبت عدم تمتعه بالأهلية رفض الطلب لأن هذه المسألة من النظام العام، إذ يجوز للنيابة تقديم طلب الحجر إلى المحكمة وبالتالي لا يمكن له كفالة غيره بموجب الحكم القاضي بالحجر".

يرجع تقدير مسألة العقل لسلطة القاضي حسب ظروف كل حالة وما يتطلبه القاصر من رعاية وعناية وتربية، فالطفل في سن 15 سنة يختلف عن القاصر حديث الولادة الذي يختلف بدوره عن طفل ذو السن 04 سنوات أو 05 سنوات وحاجته إلى الكافل في كل مرحلة من المراحل.

3-شرط القدرة:

هذا الشرط مفاده أن يكون الكافل قادرا جسديا وماديا على التكفل بالقاصر.

أ-القدرة الجسدية: أي عجز يكون الكافل مصاب به يمكن أن يقف حاجزا كمن له عاهتين إذ يتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب هاتين العاهتين، بين وبين تكفله بالقاصر على أحسن وجه.

"وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في هذا الصدد بقوله: "ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية"[1].

ب-القدرة المادية: يقصد الشرع بالقدرة هنا الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون بطالا وليس له مورد رزق، إذ أنه عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقيق من هذه القدرة، وإلا رفض الطالب مراعاة لمصلحة الطفل.

والشيء الملاحظ أنه من المفروض مثل هذه الشروط المتعلقة بالوضعية المادية للكافل أن ينظمها بمقتضى التشريع ويبين كيف تثبت هذه الوضعية؟

هل بشهادة العمل أم كشف الرواتب، أم السجل التجاري، هذا من جهة ومن جهة أخرى فهناك عدة إشكالات عملية مطروحة في غياب النص التشريعي مثلا:

1- قرار رقم 33921 الصادر بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1989، ص. 76. أنظر، الملحق رقم 09.

– هل يشترط في الكافل أن يكون ذكرا فقط أم يجوز للمرأة كفالة الغير؟

– هل يمكن للهيئات والأشخاص غير الطبيعيين أن يطلبوا الكفالة؟

– هل يشترط الفارق في السن بين الكافل والمكفول؟ وكم هذا السن؟[1]

– هل يشترط في الكافل أن يكون متزوج؟

– هل يشترط موافقة الزوج والزوجة إذا كانا على قيد الحياة؟

هناك من يقول أنه "إذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة، يتعين موافقة الزوج الأخر".[2]

إن هذه الإشكاليات هي عملية يواجهها المواطن والقاضي يوميا، إذ كان من المفروض النص عليها صراحة في قانون الأسرة حتى يزول الغموض ولا يكون تناقض في التأويلات بين جهات القضاء الجزائري وكي توفر أحسن رعاية للطفل القاصر.

كما أنه يشترط في الكافل أن يكون أمينا على مصالح المكفول المادية إذا كان له أموال، ومعنوية في الرعاية الحسنة والمعاملة الطيبة.

كما أنه من الناحية العملية، يشترط أن يكون الطفل في وسط عائلي متكون من أب وأم حتى يشعر بدفء العائلة التي حرم منها، وحتى ينشأ كطفل عادي في ظروف عادية.

II-الشروط التي لم يتعرض لها المشرع:

ترك المشرع الجزائري عدة غموضات منها:

1-الشرط المتعلق بالكافل (رجل أو إمرأة):

إن المشرع الجزائري ترك عدة غموضات وبذلك هناك عدة إشكاليات تطرح ولا نجد لها أجوبة، رغم أنها مهمة جدا ففي نص المادة 118 ق.أ. نص على أنه "يشترط أن يكون الكافل مسلما..." هنا المصطلح يؤكد على "الكافل" هل يعني به الرجل وليس المرأة لأنها تعتبر "كافلة" أو يعني به رجل أو امرأة.

1- هناك من يضيف شرط للكافل وهو أنه يجب أن يكون أكبر سنا من الطفل المكفول، وهذا يعتبر معقول.

2- أنظر، الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 169.

فمن المفروض أن ينص المشرع على أن للمرأة الحق في طلب الكفالة لأنها هي أولى من الرجل في رعاية الطفل وتنشئته وتربيته وإعطائه الحنان، بحكم أن مرحلة الطفولة تكون دائما بين أحضان المرأة وليس بين أحضان الرجل بحكم طبيعة كل منهما.

عملا بالشروط التي تطلبها المساعدة الاجتماعية في طلب الكفالة أن يكون زوجين (أي رجل وزوجته) وحدّد الحدّ الأعلى لسن الرجل هو 60 سنة و55 سنة للمرأة، كما أنه في حالة طلاقهما ترجع الكفالة للزوج وليس للزوجة.[1]

2-جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة:

" لا يوجد نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة مثل: المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي، مع العلم أن مثل هذه الأشخاص الاعتبارية عادة لها مركز مالي وتسيير بشري لائق يمكنها التكفل بالأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب، وحتى الأطفال معلومي النسب، إذ أنه من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة وإعطائها الحق في الكفالة، أحسن من أن تقوم عائلات ببيع أبنائهم لعدم توفر الوسائل المالية المعيشية أو قتلهم.

إلا أن حق الأشخاص المعنوية المكلفة برعاية الأطفال نص عليه المشرع المغربي صراحة على هذا الحق وأشترط أن تكون الجمعية أو المؤسسة مؤهلة قانونا ومعتمدة، وأن تسهر على نشأة المكفول تنشئة إسلامية بحتة وإلا رفض الطلب أو قام القاضي المكلف بشؤون القصر بإلغاء الكفالة".[2]

3-الفارق في السن بين الكافل والمكفول:

بالرجوع للأحكام المتعلقة بالكفالة في قانون الأسرة لا نجد نص قانوني ينظم هذه الوضعية مع العلم أنه لو فرضنا أن طالب الكفالة متزوجا إذ رخص له القاضي قبل السن القانوني بالزواج ويوم تقديم الطالب بلغ سن 19 سنة، والمكفول كان سنُّهُ أنا ذاك 17 سنة، وعليه فالمنطق لا يقبل هذه

1- معلومات مقتبسة من المساعدة الاجتماعية لمديرية النشاط الاجتماعي لولاية تلمسان.

2- أنظر، طلبة مالك، المرجع السابق، ص. 23.

المعادلة، فكيف إذًا نتصور هذه الوضعية في غياب نص تنظيمي ينظم شرط الفارق في السن بين الكافل والمكفول كحد أدنى.

4-شرط الزواج:

بالرجوع إلى أحكام الكفالة لا نجد نص قانوني ينظم مثل هذا الشرط، لكن عمليا على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي طالب الكفالة ملزم بإرفاق الملف بشهادة عقد الزواج، وهذا الذي يثبت مراعاة مصلحة الطفل من طرف القاضي لكون الغاية من الكفالة نشأة الطفل في أسرة وعائلة التي كان يفتقر إليها سابقا.

لكن هذا الشرط حتى ولو نُظِّمَ في أحكام قانون الأسرة، فإنه يستوجب مراعاة حالة المطلق والمطلقة والأرمل والأرملة الذين يعيشون برفقة أبناء أو انعدام أبناء، لأن مثل هذه الحالة ستطرح مستقبلا على المحاكم لذلك يستوجب على المشرع مراعاة مثل هذه الحالات.[1]

5-شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة إن كان معا على قيد الحياة:

إن مثل هذه الحالة غير منصوص عليها في قانون الأسرة، 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. ولهذا من أجل المصلحة الفضلى للطفل فإنه من المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين أمام القاضي أثناء التحقيق ويتم سماعهما على محضر لكي يعرفا قيمة هذه المسؤولية، وعليه فإنه كان على المشرع تدارك مثل هذا الشرط والتنصيص عليه في قانون الأسرة، لأنه وجدنا عمليا أن أغلب المحاكم لا تراعي تحرير محضر الموافقة للزوجين أمام القاضي إذ يكفي إحضار شاهدين فقط وحضور الأطراف فقط.

إن كل هذه الشروط سكت عليها المشرع الجزائري ولم ينص عليها في قانون الأسرة وترك غموض كبيرة في مجال الكفالة خاصة في الشروط الواجبة في الكافل فالمشرع نص في المادة 118 على 03 شروط: شرط الإسلام، شرط العقل، وشرط القدرة، كما أنه لم يتعمق فيها. لكن على

1- أنظر، طلبة مالك، المرجع السابق، ص 24.

مستوى مديرية المساعدة الاجتماعية هناك شروط أخرى زيادة على الشروط التي نص عليها المشرع وهي[1]:

– مسلما، عاقلا، قادرا على القيام بشؤون المكفل ورعايته.

– الحد الأعلى هو 60 سنة بما لنسبة للرجل و55 سنة للمرأة (أي لابد أن يكون زوجين).

– دخل الطالبين الكفالة يتعدى الحد الأدنى للأجر بعد طرح كل الأعباء الشهرية.

– يجب توفر سكن لائق وصحي لطالبي الكفالة (إجراءات وكيفيات الوضع القانوني الكفالة).

ثانيا: الشروط الواجبة في المكفول

لم يرد في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للمكفول وعليه يمكن استنتاج بعض الشروط المطلوبة عمليا والمنوه إليها بصورة غير مباشرة في قانون الأسرة، بالرجوع إلى نص المادة 116 ق.أ. نستنتج أن المشرع أشترط في المكفول سن معين وهو أن يكون قاصرا، كذلك سردت المادة 119 منه وضعية الطفل المكفول مجهول النسب أو معلوم النسب.

I-الشرط الأول: أن يكون المكفول قاصرا

القاضي أو الموثق حتى يبرم عقد الكفالة يجب أن يجري تحقيق في الملف ومن بين الأمور التي يجب التأكد منها، شرط السن فقانون الأسرة أشترط أن يكون ولدا قاصرا فقط، فبذلك هو بحاجة إلى رعاية وتكفل وعناية به، وهي المرحلة التي يكون فيها المكفول غير قادر على القيام بنفسه خاصة وأن المشرع لم يحدد سن معين، أي حد أدنى وحد أقصى للشخص ليكون في مركز المكفول وتكلم فقط على وجوب أن يكون قاصر.

هذا يحيلنا إلى أحكام القانون المدني في مادته 40 الفقرة 02[2]، التي عرفت الولد القاصر بسنه، ونصت على أن القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي 19 سنة كاملة بما يفهم منه مفهوم

1- أنظر، الملحق رقم 10. (إجراءات وكيفيات الوضع القانوني "الكفالة").

2- تنص المادة 40 فقرة 02 ق.م: "وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

المخالفة أن المكفول يكون سنه أقل من 19 سنة، وهذا ما أكد عليه كل فقهاء الشريعة الإسلامية الذين تناولوا هذا الموضوع في تعريف الكفالة والكافل ومن في حكمه.[1]

كما أنه كان من المفروض على المشرع أن يحدد السن صراحة في أحكام الكفالة مثل ما فعل المشرع المغربي، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه استعمل مصطلح القاصر التي تعني الذكر دون الأنثى بينما المشرع المغربي نص صراحة على الطفل القاصر ذكر أم أنثى فمن الأحسن إضاحة النصوص والدقة في المصطلحات مثل ما هو سائد في باقي التشريعات المقارنة لأنها لا تكلف شيء بل بالعكس تسهل على الدارس وعلى كل شرائح المجتمع دون تمييز بين الشريحة القضائية التي تعتبر مثل هذه الأمور مبادئ عامة في حين يعتبر لدى الغير مجال للبحث.

إن الحكمة من أن يكون المكفول صغير السن حتى يمكن السيطرة عليه وتربيته ونشأته وإدماجه داخل الأسرة الكافلة، وإلا فلا فائدة من الكفالة إذا بلغ سن الرشد.

II-الشرط الثاني: المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب

هو شرط ورد في المادة 119 من قانون الأسرة "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".

أ-القاصر مجهول النسب[2]:

هؤلاء كما سبق الذكر هم اللقطاء "فمدير الصحة العمومية والنشاط الاجتماعي هو الذي يوافق على الكفالة كما أكدته المادة 256 من الأمر 76-79 المؤرخ في 1976/10/23 والذي ألغى فيما بعد.

كما أن المشرع إهتم بهم وأخضعهم إلى الدولة التي تتكفل بأعباء رعايتهم وتربيتهم داخل مراكز خاصة ورغم وجود هذه المراكز إلا أن الرعاية والتربية والعناية فيها بهم لا ترقى إلى مستوى أحسن للصعوبات التي تواجهها هذه المؤسسات ماديا وبشريا.

1- أنظر، بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 68.

2- أنظر، الملحق رقم 11 (يتعلق بعقد كفالة مجهول النسب).

ولذلك فكلما تأتي هناك فرصة اللقيط لوضعه في أسرة تتكفل به وترعاه وتكون محيط أحسن له، تعتبر أحسن من المراكز.

وإن هذا القاصر يكون بحاجة إلى أسرة تضمه وتحرس على تربيته وعلى القاضي هنا أن يبحث في حقيقة قدرة الكافل على العناية والرعاية والتربية لهذا الأخير، وحتى وإن كان ذلك مستحيلا، عليه أن يعرف باعث الكافل للتكفل بالقاصر، لكي لا يرمي هذا القاصر مرة ثانية إلى محيط يسيء أخلاقه ويعيد كرة الفساد والتكاثر اللاشرعي خاصة إذا كانت أنثى.

- هل يمكن للطفل القاصر ذو جنسية أجنبية أن يكفله جزائري الجنسية؟[1]

- هل يمكن للطفل القاصر ذو جنسية جزائرية أن يكفله أجنبي؟

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة ما إذا كان الطفل القاصر ذو الجنسية الأجنبية يمكن كفالته من طرف الكفيل الجزائري (طالب الكفالة)، على الرغم من أن المادة: 13 مكرر 01 من القانون المدني[2]، المتعلقة بقواعد الإسناد نصت على أنه: عندما يكون طرف أجنبي في العقد أو كلاهما أجنبيان بالإحالة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي الداخلي في مجال الكفالة، لكن المشرع في قانون الأسرة لم ينص ولم ينظم هذه الحالة بالإجازة أو بالرفض، فيما يخص إمكانية كفالة قاصر أجنبي مقيم في الجزائر من طرف شخص جزائري الجنسية، فمبدئيا في حالة وجود نص صريح يحكم هذه الوضعية فإنه يتعين رفض الطلب. لكن عمليا، إذا وافق وكيل الجمهورية على طلب الكفالة فهنا تتم الكفالة.

ونفس الشيء في الحالة الثانية، القاصر ذو جنسية جزائرية وطالب الكفالة أجنبي مقيم في الجزائر، فإنه يستوجب رفض الطلب لعدم وجود نص يجيز ذلك.

ب-القاصر معلوم النسب[3]:

أي أنه ولد لأبوين معروفين ورغم ذلك يضعوه في كفالة شخص آخر ويتنازل عليه للكافل، وهنا يشترط عند إبرام الكفالة أمام الموثق أو أمام القاضي أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية

1- أنظر، الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 170.

2- أنظر، القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم المتعلق بالقانون المدني.

3- أنظر، الملحق رقم 12 (يتعلق بعقد كفالة معلوم النسب).

الجزائرية بالخارج أن يحظرا ويُبْدِيَا رضاهما صراحة، وفي حالة ما إذا توفي أحدهما لسبب من الأسباب أو نزعت منه السلطة الأبوية أو الولاية على القاصر فحضور وقبول الوالد الآخر يكفي، ولابد أن يبدى رأيه ورضاه أمام الجهات المختصة بتحرير الكفالة.

أما في حالة وفاة الأبوين أو كانا فاقد الأهلية لأي سبب من الأسباب، فإن الرضا يكون للمجلس العائلي، بعد موافقة من كان في حضنه الولد.[1]

وفي كل هذه الحالات يحتفظ القاصر المكفول بهويته الأصلية وهذا ما تُقِرُهُ أيضا المادة 120 من قانون الأسرة.[2]

ثالثا: الشروط الواجبة في عقد الكفالة

إن عقد الكفالة يقوم صحيحا بمجرد تطابق إرادتي الطرفين:

الكافل وولي المكفول القاصر، ومتى كان خاليين من كل العيوب التي قد تؤدي بالعقد إلى البطلان سواءا المطلق أو النسبي فإن عقد الكفالة يكون عقدا سليما، إلا أن المشرع لم يتركه إلى حرية المتعاقدين وذلك بنصه في المادة 116 من قانون الأسرة على أن يتم بعقد شرعي كما سبق توضيح ذلك، وأكثر من ذلك فقد جاء في نص المادة الموالية "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق...".[3]

فما هو دور القاضي الذي يحرر الكفالة أو الموثق؟

ولماذا أخضع المشرع هذا العقد لتحريره للقاضي أو لضابط عمومي؟

لكن ما يمكن ملاحظته أنه يوجد ثلاثة جهات متخصصة بتحرير عقد الكفالة، داخليا نجد حسب نص المادة 117 من قانون الأسرة القاضي والموثق وفي الخارج نجد القنصليات الجزائرية التي لها الحق في تحرير عقد الكفالة.[4]

1- أنظر، الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 170.

2- تنص المادة 120 ق.أ.ج: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

3- أنظر، المادة 117 من ق.أ.ج.

4- أنظر، الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 171.

هذه الأمور تعد الشروط الأساسية في العقد ذاته للكفالة لإمكانية إثبات وجوده في حياة القانون.

I-الشرط الأول: الكفالة أمام القاضي[1]

نجد أن عقد الكفالة يتم أساسا خارج حرم المحكمة وبين طرفيه وهما الكافل وولي المكفول، سواءا كان أبواه أو مؤسسة حماية الطفولة ويقومان بتصرف قانوني بكل حرية بتطابق إرادتهما، إلا أن هذا العقد لا يحدث آثاره ولا يمكن وجوده في عالم القانون إلا باللجوء إلى القاضي عملا بأحكام المادة 117 من قانون الأسرة.

إن المحاكم هي المختصة في إبرام عقد الكفالة لأنها صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع القضايا المدنية. فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إما إلى قاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة[2] وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص، وهذا الأخير يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقة فيه، أي في شكل معين وبعد إطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف.

وهذا حفاظا على مصلحة المكفول حتى لا تهدر حقوقه، والنيابة العامة تمثل المجتمع وتعمل على حماية الحقوق والحريات فيه.

ومن جهة ثانية، فإن أمر رئيس المحكمة له قوة قانونية تمكن حامل هذا العقد وهو الكافل بتسجيل ذلك بمصالح الحالة المدنية حتى يتسنى له الحصول على الوثائق الإدارية سواء للكافل أو المكفول.

دور القاضي هام، ذلك أنه المراقب على التعاقد المبرم بين الكافل والوالي والذي محله قاصر، أي العناية والتربية المنصبة على القاصر فهذا الأخير جدير بحماية القاضي وبمراقبة مدى إمكانية تحسين معيشته بتغير وليه سواء كان أبواه معلومين أو موضوع بمؤسسة حماية الطفولة.

ونجد أن المشرع أعطى للقاضي هذا التصرف بإضفاء الصبغة القانونية على عقد الكفالة، حتى يكون القاضي باعتباره حامي الحقوق والحريات مراقب دائم لمعيشة ووضعية القاصر والمكفول

1- أنظر، الملحق رقم 13. (عقد الكفالة أمام القضاء).

2- أنظر، الملحق رقم 14 (طلب الحصول على عقد الكفالة).

وعليه أن يقوم بالتحري الكامل على حياة الكافل الاجتماعية والمادية والنفسية والعقلية حتى يمكن له أن يقبل رضاه وإبرامه لعقد الكفالة.

لكن من حيث الواقع ونظرا لكثرة المشاكل وإزدياد إنشغال رئيس المحكمة نظرا لكل المستجدات التي يواجهها المجتمع الذي توسعت رقته الجغرافية والبشرية والمادية لم يعد رئيس المحكمة يقوم بعمله كامل في مراقبة وتحقيق أولى علي الكافل للقاصر والمراقبة الدورية بعد وضعه تحت ولايته.

II-الشرط الثاني: الكفالة أمام الموثق

رغم أن عقد الكفالة رضائي وغاية الكافل وهدفه هو نية التبرع والإحسان للقيام بشؤون قاصر ورعايته والعناية به وتربيته كأنه ابنه الشرعي.

إلا أن المشرع وجد أن إبرام العقد أمام المحكمة يسبب حرجا للكافل أو والي المكفول أو حتى تأثير على نفسية المكفول، فقد أوجد طريق أخر لإفراغ العقد في شكل معين ليوجد في حياة القانون وذلك أمام ضابط عمومي وهو الموثق وهذا ما تؤكده المادة 117 من قانون الأسرة بنصها "...أمام المحكمة أو الموثق..." وتركت للأطراف الخيار بين اللجوء للمحكمة أو أمام موثق، خاصة وأن هذا الأخير له صلاحيات تدوين العقود وإبرامها أمامه وخاصة منها المتعلقة بالحالة المدنية كإبرام أمامه عقد الزواج.

ويعد عقد الكفالة من عقود الحالة المدنية، ذلك أنه يضع المكفول القاصر في مركز قانوني جديد بعد أن كان ابن شرعي فيغير مركزه وحالته إلى مكفول تحت ولاية الكافل، وقد يكون شرط تحرير العقد لدى الموثق لمراقبة إجراءات صحة العقد وإعطاءه قوة ثبوتية مطلقة باعتباره من العقود الرسمية والتي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير. طبقا للمادة 324 قانون المدني[1] والمادة 115 قانون الإجراءات المدنية.[2]

1- تنص المادة 324 ق.م: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطة واختصاصه.

2- تنص المادة 115 ق.إ.م: "يسلم كاتب الضبط إيصالا بالاستئناف الذي يبلغه فورا للمستأنف عليه، ويعمل على إحالة كامل ملف الدعوى إلى كتابه ضبط الجهة الاستئنافية خلال مدة شهر واحد تحت رقابة رئيس المحكمة وتحت طائلة العقوبات الجزائية".

حاليا بالنسبة للأطفال الموجودين في مديرية النشاط الاجتماعي لا تجرى الكفالة عند الموثق بل على مستوى القضاء فقط.

III-الشرط الثالث: البعثات الدبلوماسية

فيما يتعلق بالمقيمين بالخارج من الجالية الجزائرية، إذ أن تقديم الطلب يكون من ذوي الشأن إلى المصالح القنصلية في نسختين بالإضافة إلى الوثائق المطلوبة والمذكورة عند طالبي الكفالة القاطنين بالتراب الوطني، ويتضمن الملف ما يلي:

– تحقيق نفسي اجتماعي مملوء وموقع قانوني من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية.

– نسخة طبق الأصل من بطاقات ووثائق التعريف أي البطاقة القنصلية.[1]

وهذه الأخيرة إما تقبل أو ترفض الطلب حسب توافر الشروط المطلوبة.

"وفي حالة وفاة الكافل، تنتقل الكفالة إلى الورثة إن إلتزموا بذلك، وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية".[2]

رابعا: عوارض الكفالة

يكون طبقا للحالات التالية:

– إذا طلب الأبوان أو أحدهما، رجوع الولد المكفول إلى ولايتهما، يخير الولد في الإلتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزا، لا يسلم إلا بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول.[3]

– والتخلي عن الكفالة، يجب أن يتم هذا أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة، ويكون هذا بعلم النيابة العامة.

إن المشرع الجزائري نص على بعض الشروط في قانون الأسرة وسكت على أخرى، رغم أنها تعتبر مهمة وتساعد في عملية الكفالة. وفي الشروط التي نص عليها ترك بعض الغموض إذ كان عليه أن يحدد الفارق في السن، شرط الزواج لم يتحدث عنه المشرع الجزائري، فبذلك هناك نقاط لابد للمشرع التطرق إليها.

1- أنظر، الملحق رقم 10 (الكفالة إجراءات وكيفيات الوضع القانون).

2- أنظر، المادة 125 من ق.أ.ج.

3- أنظر، المادة 124 من ق.أ.ج.

كما أنه بوجود شروط الكفالة، هناك إجراءات لابد من إتباعها وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: إجراءات الكفالة

إن عقد الكفالة ينشأ كأساس على مرحلتين أولهما المرحلة التمهيدية وهي التي تعتمد فقط على قيام عقد الكفالة وعلى رضا الطرفين دون اللجوء إلى الهيئات التي أقر لها القانون صراحة تحرير هذا العقد سواء كان الطفل القاصر معروف النسب وبالتالي يكون اتفاق بين طرفي العقد أبوا المكفول من جهة والكافل من جهة ثانية، أما إذا كان مجهول النسب فقد يكون معروف الأم أولا، ومهما كان فإن مؤسسة حماية الطفولة تكون طرف في العقد فليتفقا على أن يتكفل الكافل بالطفل القاصر الذي تحت ولايتها، بالإضافة إلى المرحلة الثانية وهي القضائية وهي الأهم وهذا ما سوف نتطرق له في هذا المطلب.

أولا: المرحلة التمهيدية:

"كما سلف الذكر أعلاه هي المرحلة التي يظهر فيها طرفي العقد سواء كان المكفول معلوم النسب أو مجهوله تطابق إرادتهما، وقد أكد القانون على وجوب أن يكون رضا أبوي المكفول معلوم النسب صراحة بأنهم يمنحون ابنهم القاصر للكافل للقيام به ورعايته وتربيته"[1]، وذلك طبقا للمادة 117 من قانون الأسرة بقولها: "...وأن تتم برضا من له أبوان..." وهذا ما يفيد أن يكون الرضا صريحا.

لانعقاد عقد الكفالة لابد من التمييز بين القاصر المكفول مجهول النسب ومعلوم النسب.

I-بالنسبة للقاصر مجهول النسب:

نفرق بين حالتين:

1-إذا كان القاصر معلوم الأم: ففي هذه الحالة لابد من رضا الأم وهذا بأن يتكفل الكافل بإبنها القاصر، غير أن القانون لم يشدد في اشتراط رضا أم المكفول ذلك أن القبول الضمني يكفي

1- أنظر، الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 171.

لاعتباره صحيح، فإذا ما قامت أم المكفول بتسليم الطفل القاصر للكافل لكي يرعاه ويربيه ويعتني به يدل على رضاها.

وذلك نظرا للظروف التي قد تعيشها الأم العزباء في المجتمع الجزائري والإسلامي إذ لا ترغب في معرفتها ولا في أن تظهر في الواقع القانوني.

فهنا نصوص عقد الكفالة جاءت كأساس لحماية القاصر وهو الأولى بالحماية دون البحث في اشتراط رضا أمه العزباء في المجتمع الإسلامي خاصة ينظر إلى ظروفها الاجتماعية والأخلاقية.

هذا الإجراء يكون على مستوى الموثق[1]، ولكن هناك إجراء آخر بالنسبة للطفل القاصر معلوم الأم التي تخلت عنه عند ولادته، أي أن الأم البيولوجية تتنازل عن الطفل عند الولادة وذلك بطلب منها لأسباب خاصة مثلا: الأم العزباء، طفل نتج عن زواج غير شرعي...، فهنا تمر على عدة مراحل:

المرحلة الأولى: تكون على مستوى المستشفى

المساعدة الإجتماعية الخاصة بالمستشفى (مصلحة الولادة) هي التي ترى الأم البيولوجية، وتقدم لها محضر التخلي لكي تملؤه[2]، كذلك لابد من أن تقدم الأم البيولوجية نسخة من بطاقة التعريف الوطني وإذا لم تتوفر عندها تعطي شهادة الميلاد زائد صورة شمسية.

ثم تسألها هل تتخلى عن الطفل بصفة مؤقتة[3]، أو بصفة نهائية.[4]

وفي المحضر الموجود على مستوى المستشفى تكتب أمامه صفة التخلي وفي أخير هناك إمضاء الأم، بصمتها، وإمضاء المساعدة الاجتماعية.

وبعدها تقوم المساعدة الاجتماعية بتسجيله في البلدية مقدمة الوثائق التالية[5]:

1- أنظر، الملحق رقم 15. (الأم تسند إبنها القاصر للكافل عند الموثق).

2- أنظر، الملحق رقم 16. (Procès verbal d'abondons).

3- صفة مؤقتة "Manièreprovisoire": أي يعطى لها مهلة 03 أشهر لكي تتراجع عن قرارها، ويعطى في هذه الحالة للطفل في شهادة ميلاده إسم أمه. مثال: ابن: ××× وابن: اسم ولقب أمه البيولوجية. وعندما تنتهي هذه المهلة إما ترجع الأم طفلها لحضانتها أو تأخذه D.A.S.

4- صفة نهائية "Manièredéfinitive": أي يعطى لها مهلة شهر واحد لكي تتراجع عن قرارها، وإذا لم ترد تربيته يؤخذ منها بصفة نهائية، وفي شهادة ميلاده نكتب: ابن: ××× وابن: ×××. (أي الأم البيولوجية مجهولة).

5- معلومات مقتبسة من المساعدة الاجتماعية.

- صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطني.
- شهادة طبية للولادة.
- جدول الإرسال (Bordereau d'envoi) من المستشفى.

المرحلة الثانية: تكون على مستوى دار الحضانة

في المدة التي تكون الأم تتخذ القرار النهائي في أن تبقي الطفل تحت حضانتها أو التخلي عنه أي المدة المخولة لها في محضر التخلي (شهر أو ثلاثة أشهر)، يوضع المحضون في دار الحضانة ليعيش فيها تلك المدة المقررة.

عندما يبلغ 03 أشهر، ولم تأتي الأمه البيولوجية لإسترجاعه، يحال إلى مديرية النشاط الاجتماعي لولاية تلمسان (D.A.S)، ولا يجوز للأم بعد ذلك أن تطلب إعادة الطفل لحضانتها.

المرحلة الثالثة: على مستوى D.A.S

المساعدة الاجتماعية تأخذ ملف الطفل وتبحث في ملفاتها عن ملف العائلات التي تريد التكفل بطفل يتيم. لكنها قبل إعطاء كفالة طفل لعائلة ما تقوم بالكشف والتحري عن هذه الأسرة الكفيلة، فهذه الأخيرة تخرج مع أخصائي نفساني لإجراء التحريات (Enquête)، وبعدها تعطي قرارها قد يكون إجابي أو سلبي.

كما أنه هناك لجنة مكونة من 10 أعضاء كلهم يصادقون على هذه الكفالة.

2-إذا كان القاصر مجهول الأبوين: فإن هذا القاصر يكون موجود وتحت ولاية مؤسسة حماية الطفولة[1]، وهي التي تقوم برعايتهم والعناية بهم فنجد أن القانون لم يشترط رضا المكلف بهذه المؤسسة صراحة وفيما يخص إسم القاصر مجهول النسب عندما يدخل إلى المصلحة يحمل في البداية حرف × وحاليا يمنح للمجهول النسب اسمين متتاليين مثال: خالد عبد الكريم وبالنسبة للفتاة يعطى لها اسم ولد واسم بنت مثلا: خالد جميلة. يشترط أن يتقدم الكافل بملف لهذه

1- إذا كان القاصر من 0-6 سنوات يكون في دار الحضانة، والذي سنه 6-18 سنة يكون في مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة. (F.E.A بمرسى بن مهيدي) بعد 18 سنة، مؤسسة في وهران (مسرغين).

المؤسسة التي تقوم بدراسته لابد أن يحتوي على الوثائق التالية (الوثائق لتكوين ملف طلب الكفالة)[1]:

1-طلب خطي، يحدد فيه جنس الطفل ممضى من طرف الزوجين.

2-شهادة ميلاد لكل من الزواجين.

3-الشهادة العائلية للحالة المدنية.

4-كشف السوابق العدلية للزوجين.

5-شهادة الجنسية للزوجين.

6-شهادة عمل وكشف الرواتب لثلاثة الأشهر الأخيرة 15000 دج.

7-02 صور شمسية للزوجين.

8-عقد ملكية السكن أو الإيجار.

9-شهادة الإقامة.

10-شهادة طبية للحالة الصحية للزوجين.

11-شهادة السجل التجاري أو شهادة العمل.

12-عقد الزواج.

13-صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية.

ويتم طلب هذه الوثائق حتى يتم الإطمئنان للحالة الاقتصادية والاجتماعية للكافل وضمان وسط معيشي حسن للمكفول.

ولا تمنح الموافقة إلا بعد التأكد من ضرورة توفر الوثائق، تقوم المصلحة بتشكيل لجنة متكونة من[2]:

- رئيس المصلحة.
- مدير المديرية الاجتماعية (المساعد الاجتماعية).

1- معلومات تم أخذها من مساعدة اجتماعية من المديرية الاجتماعية لإيواء الطفولة المسعفة لولاية تلمسان.

www.arabic.mjustice.dz

2- معلومات تم أخذها من مساعدة اجتماعية من المديرية الاجتماعية لإيواء الطفولة المسعفة لولاية تلمسان.

- رئس الجمعية للطفولة.
- مختص نفسي.
- مدير دار الحضانة.
- مساعدة اجتماعية التي تقوم بنفسها من التحقق من وضعية الأسرة التي ترغب في الكفالة[1]، ومعها الطبيب النفسي.
- طبيب.
- رئيس المؤسسة المتخصصة.
- رئيس مصلحة التضامن العائلي.
- رئيس الحماية الاجتماعية للفئات المحرومة.

ولهذه اللجنة أن تقبل أو ترفض طلب الكفالة.

وإذا قبلت اللجنة الكفالة تقوم بإبلاغ الكافل ويقوم هذا الأخير بإحضار الوثائق، تسجل حينئذ في محرر رسمي عند رئيس المحكمة، أما فيما يخص حضور الوالدين فيحضر مكانهما باعتبارهما غير موجودين المساعدة الاجتماعية التي تمثل الدولة بتفويض من الوالي. [2]

بالنسبة للمكفول يجب أن تتوفر لديه:

– شهادة الميلاد.

– شهادة الوضع.[3]

وهي شهادة يقدمها مدير المصلحة للكافل بمعنى يفوض له الولاية على المكفول وهو ما نصت عليه المادة 118 و119 ق.أ.ج.

– شهادة الأصل، يشهد فيها مدير المصلحة بأن ليس له أصل ويعطى له رقم بعد أن يتم تسجيله ضمن أيتام الدولة.

1- أنظر، الملحق رقم 16. (التحقيق النفسي الاجتماعي لغرض الكفالة داخل الوطن).

2- أنظر، الملحق رقم 17.

3- أنظر، الملحق رقم 18. (شهادة الوضع + مقرر).

تنص المادة 121: "تخول الكفالة للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي".[1]

كما يشترط في المساعدة الاجتماعية أن تقدم:

– صورة مطابقة للأصل من بطاقة التعريف الوطني.

– قرار ممضي من المدير الاجتماعية التي تخول بها القيام بهذه المهمة.

فإذا توفرت كل هذه الوثائق يقوم بإبرام عقد الكفالة بحضور الشاهدين والكافل والمساعد. وبقرار من الوالي يتم منح الولاية القانونية للكافل على المكفول ويدخل تحت حماية الدول، ويمكن للكافل أن يمنح لقبه للمكفول ولكن لا يثبت له حق في الميراث ولا تنشأ حرمة المصاهرة.[2]

أما إذا كان الكافل مقيما خارج البلاد الجزائرية ويرغب في التكفل بطفل جزائري، فهنا لابد من توفر شروط معينة يتحقق الموثق منها ويوثق عليها، ثم تقدم إلى المحكمة لتختم عليها ثم يتقدم بوثائق تتطلبها القنصلية والمتمثلة في تحقيق اجتماعي يكون موقعا من طرف القنصلية، بالإضافة إلى نسخة من بطاقة القنصلية، وعقد الملكية ويدخل ضمن فئة مجهولي النسب وهم يشكلون نسبة كبيرة وهم اللقطاء وقد أدلى في هذه القضية ذووا الآراء باعتبارها مشكلة لا يكاد يخلو منها المجتمع.

اللقيط: يعرف بأنه مولود حي تركه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة ما.[3]

ويعرف أيضا بأنه مولود حي حديث العهد بالولادة لا يعرف له أب ولا أم تركه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة العرض.[4]

المشرع الجزائري لم ينص في أية مادة من مواد قانون الأسرة على اللقيط، ولكنه يدخله تحت حكم التبني لأن إدعاء نسبه غير متوفر لمن يريد ذلك وطلب المشرع الجزائري بحمايته.

الإجراءات الخاصة بكفالة اللقيط:

1- أنظر المادة 121 ق.أ.ج.

2- أنظر، المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 يناير 1992.

3- أنظر، الإمام محمود شلتوت، المرجع السابق، ص. 318.

4- أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 202.

وهي تتم على شكل صورتين: إما **الرعاية مدفوعة الأجر** وهي الطرق[1] المتبعة للتكفل بالأطفال اللاشرعيين عند مربية مأجورة وفي غالب الأحيان يكون هؤلاء الأطفال من فئة المعوقين حركيا، سمعيا، بصريا إما لأسباب أو لأخرى كمحاولة رعايتهم ووضعهم في أسرة كفيلة، ويحدد الأجر المدفوع للمربية وفقا للعقد الذي يتم تحريره من مديرية المصلحة، وتبقى الرعاية المدفوعة الأجر غير ناجحة في نتائجها حيث يصبح الطفل مصدر لدى بعض العائلات.

وأما **الرعاية المجانية** يقصد بها وضع الطفل أو أكثر في وسط عائلي دون مقابل، وتتم بواسطة عقد شرعي يحدد أمام الجهات المختصة وبتسهيلات وضعت تحت رعاية وزارة العمل والشؤون الاجتماعية وهذا النوع من الكفالة هو المقصود في دارستنا.

تجدر الإشارة إلى أن الجزائر على غرار دول العالم قد جاءت بطريقة ناجحة لرعاية الأطفال اللاشرعيين المحرومين من الجو العائلي لإقامة دور الحضانة التي توفر للمولود بعض شروط الحياة الكريمة من رعاية وتربية وأكل، وليس هذه المؤسسة كالحضانة وإنما هي تابعة لمديرية النشاط الاجتماعي للولاية التي سيأتي الحديث عنها فيما بعد، وهذه المؤسسة تحتوي على ثلاث أصناف من حيث السن.

أما بمركز الطفولة المسعفة فتضم فئة الأطفال البالغين.[2]

من العمر ما بين 6 إلى غاية 14 سنة فبعد وقوع الاختيار الكافل على الطفل يشرع فيما يلي:

– تشكيل ملف الإيداع وتقديمه لمديرية نشاط الاجتماعي ولتوضيح ذلك لابد أولا وقبل كل شيء التعريف بها.

مديرية النشاط الاجتماعي:

هي مؤسسة ذات طابع إداري اجتماعي تهدف إلى خدمة مصالح الأفراد المكونين للمجتمع بكل فئاته لإعادة إدماج الفئة المهمشة كالمعوقين حركيا، بصريا، عقليا وكذا الطفولة المحرومة عن طريق عمليات اجتماعية تقوم بها هذه المديرية.

1- من القرار الوزاري لوزير الداخلية والجماعات المحلية ووزير العمل والحماية الاجتماعية، الصادر بتاريخ 16 جانفي 1991.

2- من دليل الكفالة الصادر عن وزارة العمل والحماية الاجتماعية، ص. 06.

وتعتبر مديرية النشاط الاجتماعي هيئة تعمل تحت وصاية وزارة العمل والشؤون الاجتماعية والتكوين المهني فمن بين المهام التي تتسم بها هذه المؤسسة إدماج فئة الطفولة المسعفة في أسر كفيلة ترعاهم وكذا متابعتهم إداريا ومساعدتهم في الحصول على الوثائق الإدارية الخاصة.

II-بالنسبة للقاصر معلوم النسب:

فيما يخص كفالة معلوم النسب يجب تقديم الوثائق التالية:[1]

- طلب خطي.
- شهادة ميلاد القاصر المكفول.
- شهادة ميلاد الكافل وشهادة عمل وكشف الراتب.
- عقد زواج الكافل.
- صورة لبطاقة التعريف الوطنية للكافل وأبوي المكفول والشاهدين.
- الطابع الجبائي.
- شهادة الوضعية العائلية، يتم تسليمها من طرف مصالح مديرية المساعدة الاجتماعية (D.A.S).

كما أنه يتعين حصول على موافقة[2] أبويه على الكفالة إذا كانا معلومين، يتم عقد الكفالة إذن بموجب تصريح من أبوي الطفل حيث يكون ذلك أمام الموثق أو أمام القاضي الموجود بموطن أو إقامة من يوافق على التكفل أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج وهذا طبقا للمادة 117 من قانون الأسرة الجزائري.

أمّا إذا تخلو عنه عند ولادته[3]، وفي مدة 3 أشهر هنا لا نحتاج إلى موافقتهم لأنهم لا علاقة لهم بهذا الطفل ويصبح مجهول الأبوين، أو مجهول الأب ومعلوم الأم حتى في هذه الحالة لا نحتاج إلى موافقة أمّه.

ثانيا: المرحلة القضائية

عقد الكفالة يصدر بموجب حكم قضائي، "إذ يرفع الطلب بموجب عريضة متمثلة في طلب خطي تقدم من الكافل إلى القاضي ويرفق إليها الوثائق التالية[4]:

1- www.arabic.mjustice.dz

2- أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 201.

3- أنظر، الملحق رقم 19. (محضر التخلّي).

4- معلومات مقتبسة من المساعدة الاجتماعية.

- عقد زواج الكافلين.
- شهادة ميلاد الكافلين.
- نسخة طبق الأصل للكفيلين.

والقاضي المختص محليا هو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب، وإن كان موطن الذي يطلب الكفالة خارج الجزائر، يرفع الطلب إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول.

ودور القاضي هنا، يتصل فقط بالوظيفة الولائية، بمعنى لم يحصل أمامه نقاش ولا مرافعة، كما أن القانون لم يلزم تدخل النيابة العامة"[1].

وعليه فإن رئيس المحكمة أو قاضي التحقيق عندما يتلقى الطلب يقوم بدراسة الملف جيدا والتحقق من توافر الشروط المطلوبة قانونا لإنعقاد الكفالة طبقا لأحكام قانون الأسرة، مع مراعاة أنه طبقا للتعديل الجديد في القانون المدني في المادة 13 مكرر 01[2]، فإن القاضي الجزائري بموجب قواعد الإسناد يمكن أن يصدر حكم أو أمر بالكفالة طرفيه أجنبيين أو أحد أطرافه أجانب مقيمين على الإقليم الجزائري، وذلك مراعيا للقانون الداخلي لكلا الطرفين (الكافل والمكفول) عند إبرام العقد ما إذا كان يسمحان بالكفالة أم لا، وعليه توسعت إختصاصات القاضي الداخلي بعدما كانت مقتصرة على الأطراف الجزائرية فقط.

"الأمر الذي يصدره القاضي هو غير قابل للطعن ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الولد المكفول".[3]

القاضي يباشر إجراءات التحقيق مراعاة لمصلحة الطفل المكفول:

إذ أنه عمليا يتطلب حضور جميع أطراف العقد وإبداء رضا أبوي المكفول إن كانا على قيد الحياة زيادة على ذلك إحضار الشاهدين الذين يثبتان حسن سيرة طالب الكفالة، وإن كانت من

1- أنظر، الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 172.

2- تنص المادة 13 مكرر 01: "يسرى علي صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسرى على أثارها قانون جنسية الكفيل. وتطبق نفس الأحكام على التبني".

3- أنظر، الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 172.

المستحسن أن ينتقل القاضي ويجري معاينة ميدانية لحالة طالبي الكفالة قصد الإطلاع على النوايا التي أدت إلى طلب الكفالة ومدى 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 إجابيا".[1]

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

أما في الجزائر:

بعد إصدار الأمر أو الحكم فإنه لا ينفذ إلا بعد أن يصبح نهائيا، وعملية التسليم تتم تلقائيا بين طالب الكفالة والشخص الذي كان عنده المكفول دون حضور النيابة أو تحرير محضر بالتسليم.

– كما أنه يجب الإشارة أن ما يفتقر إليه القضاء الجزائري هو عدم وجود أو عدم إسناد هذه المهمة إلى القاضي المختص بالأحداث، الذي يتتبع تنفيذ الكفالة والذي يقوم بمراقبة مدى تنفيذ الكافل إلتزامات الكفالة. لكون المشرع اعتبرها مسألة مدنية ولكون قاضي الأحداث عادة مختص بالجانب الجزائي فقط، كما أنه من المفروض القيام بإجراء البحث في ذلك بواسطة النيابة العامة أو السلطة المختصة أو المساعدة الاجتماعية المؤهلة لذلك.

– كما أنه في الجزائر لا يوجد القاضي المكلف بشؤون القصر الذي من المفروض يسهر على تسجيل الكفالة في السجلات الحالة المدنية لدى بلدية المكفول، وهو الشيء الموجود بالمغرب إذ تسجل الكفالة في سجلات الحالة المدنية.[2]

– كما أن الاختصاص المحلي لعقد الكفالة في الجزائر محدد إما بموطن طالب الكفالة أو مكان تواجد المكفول.

1- أنظر، الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 172.

2- أنظر، مجلة الأحوال الشخصية المغربية.

إن القانون نص صراحة على أن عقد الكفالة يكون شرعي ويجب أن يحرره الموثق أو المحكمة، وتتطلب شهادة الكفالة الوثائق التالية:

– "عقد ميلاد الطفل.

– عقد ميلاد الأبوين الأصليين.

– عقد ميلاد الأبوين الكافلين.

– نسخ من بطاقة التعريف للأربعة أبوين.

– عقد زواج كل من الأبوين الأصليين والكافلين.

– طلب خطي.

– شهادة العمل".[1]

وتكون المحكمة المختصة هي المحكمة الواقع في دائرتها موطن طالب الكفالة أي الكافل وإذا كان موطن هذا الأخير موجود بالخارج فيكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن الطفل القاصر المرغوب في كفالته.

ويكون هذا الطلب الموجه إلى رئيس المحكمة، دون وجود منازعة ولا خصومة لأنها تعتبر من الأعمال الولائية لرئيس المحكمة.

كما أنها لا ترفع ضد وكيل الجمهورية، وعلى القاضي المختص أن يتأكد من الشروط الواجبة في عقد الكفالة والتي يشترطها القانون، تلقائيا يصدر حكمه في شكل أمر يمنح للكافل كفالة القاصر، وهذا الأمر نهائي.

ونسخة منه ترسل إلى ضابط الحالة المدنية لمكان زيادة الطفل القاصر المكفول لتسجيله على هامش شهادة ميلاده بأنه طفل مكفول.[2]

وبهذا تبقى الكفالة قائمة حتى إذا ما أراد الكافل إلغاءها وذلك بنفس الإجراءات التي قامت بها ويكون ذلك بإرادة الكافل أو ورثته بعد وفاته.

1- معلومات مقتبسة من طرف رئيس محكمة تلمسان (قسم شؤون الأسرة).

2- الدكتور الغوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص. 277.

ومن هنا نستخلص أن عقد الكفالة يمر بمرحلتين، الأولى هي المرحلة التمهيدية والتي تعتمد على رضا الطرفين ولابد أن يكون هذا الأخير صحيحا، وميزنا في هذه المرحلة بين القاصر المكفول مجهول النسب ومعلوم النسب وما هي الوثائق التي يجب أن يوفرها الكافل لكي يستطيع أن يتكفل طفل قاصر.

وبالنسبة للمرحلة الثانية والتي هي المرحلة القضائية وتعتبر أهم مرحلة، لقد بينا فيها المراحل التي يمر عليها عقد الكفالة، وفيما يتم رفض أو قبول طلب الكفالة.

أما بالنسبة للمبحث الثاني فسوف نقوم بدراسة آثار كل من عقد التبني وعقد الكفالة وكيفية انقضائهما.

المبحث الثاني: آثار التبني والكفالة وانتقضاؤهما

كما بينا سابقا أن عقد التبني ليس له شروط بالنسبة للقانون الوضعي الجزائري فبذلك لا يرتب أي أثار، لكن بالنسبة للدول التي أخذت بنظام التبني وكان لها شروط فبذلك يرتب عليها آثار وهذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث، أما بالنسبة لعقد الكفالة فهو لا ينعقد إلا بتوفر الشروط التي حددها القانون وبموجبها تقوم الكفالة صحيحة وتكون صالحة لأن تنتج آثارها القانونية ككل العقود التي تجوز رسميتها، وتتميز هذه الأخيرة بالديمومة والاستمرارية إلى أن يطرأ عليها أي ظرف يؤدي إلى زوال آثارها في واقع القانون أو إنقضائها وهذا ما سوف نتطرق له في المطلبين التاليين بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: آثار التبني وكيفية إبطاله

التبني حسب دراستنا وحسب القانون والشرع محرم في القانون الوضعي الجزائري وغير مأخوذ به، فبذلك ليس له شروط، ولا ينتج آثار. ما يمكن دراسته في هذا المطلب.

آثار التبني بالنسبة للدول التي أخذت به ووفرت له شروط (الفرع الأول). وسوف نتناول كيفية إبطال التبني والتكييف الجزائي له في ظل التشريع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار التبني

إن التبني يرتب آثار إلا في الدول التي أخذت به، أما بالنسبة للدول التي لم تأخذ به وحرمته تحريما باتا فلا يرتب أي أثر، فمثلا القانون التونسي أخذ بنظام التبني فبذلك رتب له آثار هامة من بينها حمل المتبني اسم متبنيه ومعاملته معامله الابن الشرعي، وإعطائه نفس الحقوق والواجبات الممنوحة للإبن الصلبي، كما أن القانون الفرنسي أخذ بنفس هذه الآثار.[1]

"كما أنه سبق أن رأينا انه يترتب على التبني قيام مانع من الزواج بين المتبني وأقاربه بالتبني، وذلك لدى بعض الطوائف المسيحية. وإلى جانب ذلك يترتب على التبني من الآثار ما يلي:

1-يخول التبني الحق للمتبنى أن يلقب نفسه بلقب من تبناه وذلك بإضافة اللقب إلى اسمه الأصلي.

2-يكون للمتبني وحده حق تأديب المتبني وتربيته وحق الموافقة على زواجه إن كان قاصرا.

3-وجوب النفقة للفقير من الطرفين على الأخر.

4-يجيز التبني حق التوارث بين أطراف التبني، يرث المتبني المتبنِّى.[2]

هذه هي الآثار التي تترتب على التبني. "ولما كان التبني رباطا صناعيا ينشيء أبوة وبنوة مصطنعة فإنه لا "يترتب عليه كافة الآثار التي تترتب على البنوة الأصلية. ولهذا لا يتوارث الطرفان ما لم يكن ذلك عن طريق الوصية. كما يراعى كذلك أن التبني لا يترتب عليه إخراج المتبني من عائلته الأصلية ولا يحرمه من حقوقه فيها. ويظل المتبنى ملتزما بنفقة والديه الأصليين، وإن كان والداه لا يلتزمان بنفقته إلا إذا لم يمكنه الحصول عليها من المتنبي".[3]

1- أنظر، محمد صبحى نجم، المرجع السابق، ص. 62-63.

2- أنظر، ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ت.ط، ص. 123.

3- أنظر، توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 697.

الفرع الثاني: كيفية إبطال التبني والتكييف الجزائي له في ظل التشريع الجزائري

بعد تفحص النصوص القانونية يتضح أنه لا توجد من الناحية النظرية دعوى تسمى إبطال التبني، لكن يستخلص عمليا أن المحاكم تصدر أحكام بإبطال التبني، وهو الشيء الذي يؤكد وجود دعوى إبطال التبني كمصطلح. إذ ورد في القرار دعوى إبطال التبني:

ملف رقم 122761 قرار بتاريخ 1994/06/28 قضية: (ف.ف) ضد: (م.و) دعوى إبطال التبني لإخراج المطعون ضده من الميراث –الحكم برفض الدعوى– خطاء في تطبيق القانون. [1]

ومتى تبين —في قضية الحال– أن المطعون ضده لم يكن إبنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث، لأن التبني ممنوعا شرعا وقانونا وعليه فإن قضاء الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف، القاضي رفض دعوى إبطال التبني على أساس أن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبني، لقد أخطئوا في تطبيق القانون، ذلك أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب. ومتى كان كذلك آستوجب نقض القرار المطعون فيه.[2]

لهذا سنحاول أن نتطرق إلى هذه الدعوى في ظل القانون الجزائري لكونها تحرم التبني بموجب قانون أحكام الأسرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى نحاول البحث عن التكييف الجزائي لفعل التبني مع العلم أنه لا يوجد نص عقابي محدد في قانون العقوبات الجزائري يعاقب على مثل هذا الفعل.

أولا-دعوى إبطال التبني:

إنه من المقرر قانونا، أن أي دعوى ترفع أمام القضاء تستوجب شروط وإجراءات مقررة في القانون وهو الشيء الذي ينطبق على هذه الدعوى باعتبارها كذلك دعوى قضائية، لهذا يمكن أن نتطرق إلى إجراءات رفع دعوى التبني وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع وتحديد أطراف النزاع وسلطة القاضي في النظر في الدعوى.

1- أنظر، المادتان 46 من ق.أ.ج و47 من الأمر المؤرخ في 1970/02/19 من ق.ح.م، من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا.

2- أنظر، المجلة القضائية للعدد الخاص 2001، ص. 155. نصر الدين مروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلانية، 2004، ص. 90-92.

أ-أطراف الدعوى:

ونعني في قضية الحال المدعي والمدعى عليه، فعملا بأحكام المادة 459 إجراءات مدنية فإن الدعوى لا تقبل أمام الجهات القضائية إلا إذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة وعلى هذا الأساس فإنها تقتضي كذلك توافر المصلحة لأن في المسائل الماسة بالنظام العام، تتسع المصلحة إذ للنيابة العامة الحق في رفع مثل هذه الدعاوي، إضافة إلى جانب الأطراف الخاصة، إن مناسبة رفع هذه الدعاوي عادة ما تكون مقترنة بالنزاعات المتعلقة بالميراث، إذ ورثه المتبني يعملون جاهدين على إخراج هذا الدخيل لكونه ليس بابن شرعي حتى يسد في وجهه باب الإرث، فلا تكون لهم أية وسيلة سوى وسيلة دعوى التبني أو الدفع بالتبني أثناء سير الدعوى الأصلية، وعليه نستخلص أن أطراف الدعوى هم النيابة العامة طبقا للمادة 03 مكرر من الأمر 05-09 المعدل والمتمم من قانون الأسرة[1] ومن جهة ثانية الشخص الذي يزعم أنه المتبني أو من جهة أخرى لكل صاحب مصلحة لاسيما الورثة الشرعيين.

ب-المحكمة المختصة وسلطاتها في نظر الدعوى:

عملا بأحكام قانون الأسرة لاسيما المادة 46 منه، فإن 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 عريضته محددا الوقائع والطلبات ومؤيدا بذلك بالحجج والأسانيد، هذا كدعوى أصلية وهذا ما جاء في ملف رقم 122761 قرار بتاريخ 1994/06/28 القضية التي رأيناها سابقا.

أو الدفع أثناء سير الدعوى، فالقاضي بعد عرض النزاع عليه والتأكد 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.[2]

1- تنص المادة 03 مكرر (قانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو 2005) على أنه: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

2- أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية 2001، ص. 166.

أما سلطة القاضي في النزاع المعروض فهي لا تقتصر على إبطال التبني فحسب بل إبطال حتى عقد الميلاد المتبني وهو الشيء الذي أكدته المحكمة العليا في اجتهادها القاضي بموجب قرار الصادر بتاريخ 2000/01/18 ملف رقم 234949 السالف الذكر الذي أكد على ضرورة إبطال عقود الميلاد الباطلة بعد إبطال التبني.

ج-قابلية أحكام التبني للطعن:

إذ أن الأحكام الصادرة عن المحكمة الدرجة الأولى في هذه المسألة هي إبتدائية وليست نهائية وبالتالي فيمكن الطعن فيها بالطرق العادية بالمعارضة والاستئناف والطرق الغير عادية كالطعن بالنقض والتماس إعادة النظر.

ثانيا-التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له:

أ-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 للقلب العائلي الذي اعتدى عليه، والذي يعتبر تعديا على حقوق الغير المتجسد في التعدي على لقب الغير، لكون اللقب تشرك في 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 ابنه الشرعي، وعلى هذا الأساس فإنه 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 قانون العقوبات.[1]

1- تنص المادة 217 ق.ع.ج: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 1000 دينار كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم أنه غير مطابق للحقيقة".

ب-العقوبة الجزائية المقررة لفاعل التبني:

طبقا لنص المادة 217 قانون العقوبات فإن العقوبة المقررة للقائم أو الذي أدلى أمام ضابط الحالة المدنية بتصريح بطفل على أساس أنه ابن له قصد تسجيله بالحالة المدنية مع علمه بأن هذا التصريح مخالف للواقع والحقيقة، بكونه ليس ابنه من صلبه، فلقد شدد المشرع في هذه الجنحة إذ وضع الحد الأدنى لها سنة والحد الأقصى 05 سنوات وبغرامة من 500 إلى 1000 دج كل ذلك لأن الشخص أضفي نسبه على طفل معلوم النسب أو مجهول النسب أو ابن زنا، وهذا يعتبر فعل مخالف للحقيقة وتعديا على اللقب العائلي للغير.

وبهذا يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية في القانون الوضعي الجزائري، لكنه يرتب آثار في بعض الدول التي تأخذ به مثلا: مانع الزواج بين المتبني وأقاربه بالتبني.

كما أنه هناك عمليا دعوى تدعى بدعوى إبطال التبني يقوم القاضي بإصدارها، كون أن التبني يمس بالنظام العام.

وبالنسبة لبديل التبني والذي هو نظام الكفالة يرتب هو الآخر آثار، كما أنه يتميز بالديمومة إلى أن يطرأ عليه شيء يؤدي إلى انقضائه وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: آثار الكفالة وإنقضاؤها

بعد أن يقوم عقد الكفالة بكل أركانه ويتوافر الشروط التي حددها القانون وبموجبها تقوم الكفالة صحيحة وتكون صالحة لأن تنتج أثارها القانونية في مواجهة الكافل الملزم بها، كما أنها تتميز بالديمومة والاستمرارية إلى أن يطرأ عليها أي ظرف يؤدي إلى زوال آثارها في واقع القانون أو انقضائها.

فالإشكالية التي يمكن طرحها كما يلي:

ما هو مضمون عقد الكفالة وما هي الآثار المترتبة عليها؟ لاسيما في كيفية تغيير لقب المكفول المجهول النسب ومنحه لقب الكافل وأهم الآثار المترتبة على ذلك وفقا للمرسوم التنفيذي 24/92؟ كفرع أول، أما الفرع الثاني فسوف نتعرض إلى انقضاء عقد الكفالة.

الفرع الأول: مضمون عقد الكفالة والآثار المترتبة عنها

بالرجوع إلى نص المادة 116 و121 من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري حاول تحديد مضمون الكفالة لكن ليس بدقة، مع العلم أن هذا المضمون ما هو إلا عبارة عن حقوق وإلتزامات متعلقة بالكافل، وذلك إذا تفحصنا نص المادة 121 من قانون الأسرة التي تنص على أن الكفالة تخول للكافل الولاية القانونية على المكفول مع العلم أن الولاية لها معنى واسع، فمنها الولاية على النفس والولاية على المال[1]، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن المادة 116 من قانون الأسرة تلزم الكافل بالنفقة والتربية والرعاية للمكفول بمثابة الأب، إذا فالكافل عندما يقدم على عقد الكفالة فهو مهيأ نفسيا، ماديا لتحمل مسؤولية هذا القاصر المكفول بمثابة الابن، وهو الشيء الذي سنتعرض له في شيء من التفصيل بتحديد محتوى الولاية على نفس المكفول وعلى ماله وهي التي يجب أن يتعهد الكافل عند إبرام العقد بالقيام بها على وجه التبرع دون تقصير منه، ولنفترض أن الكافل توفرت فيه الشروط المطلوبة وتعهد أمام القاضي باحترام مضمون الكفالة من ولاية على نفس المكفول وعلى ماله، فماذا ينتج عن قيام هذا العقد؟

إنه شيء حتمي بأن يتم الاسناد القانوني والواقعي للمكفول وذلك بالتسليم والاستلام وإلا إننا لسنا أمام قيام عقد الكفالة.

وهل هذا الإسناد القانوني والواقعي لتنفيذ الكفالة يجعل المكفول بمثابة الابن الشرعي ويفقده نسبه وبالتالي له الحق في الإرث؟ هل أن المشرع حدد مركزه وأعطى له بدائل الإرث؟

وهل إن الكفالة أبدية إذ لا تنتهي أم حدد المشرع أجلا لها؟ وفرضا أن الكافل توفي أثناء سريان تنفيذ عقد الكفالة فهل يمكن أن تنتقل الكفالة إلى الورثة أم تنتهي بوفاته؟

كذلك الشيء الذي يطرح نفسه عمليا أثناء سريان عقد الكفالة، إذا أراد أبوي المكفول إرجاعه في حين الكافل يرفض، هنا تطرح إشكالية إثبات الكفالة وعودة المكفول إلى أسرته الأصلية، وعليه للإجابة عن هذه التساؤلات إرتئينا حصرها في:

1- أنظر، محمد صبحى نجم، المرجع السابق، ص. 47.

أولا-مضمون عقد الكفالة:

"إن المشرع لم يحدد شكل معين لتحرير عقد الكفالة حتى يحدد فيه مضمون الكفالة بل تركها للسلطة التقديرية للقضاة، وكلا حسب فهمه للنصوص وأحيانا لا توجد أدنى عناصر مضمون عقد الكفالة التي بمقتضاها يلتزم الكافل بها وتحمي حقوق المكفول، إذ نجد مجرد هوية الأطراف وفي النهاية يحرر الإذن بكفالة القاصر من طرف المكفول، إذ أنه من الأجدر أن تحدد الإلتزامات والحقوق المقررة قانونا وشرعا للكافل وتحديد ما يلزم وما يحق للمكفول في عقد الكفالة هذا من جهة، أما من جهة ثانية فإن المشرع عدد عدة أوجه للإلتزامات والحقوق في أحكام الكفالة مثل واجب النفقة وواجب التربية والرعاية قيام الأب لإبنه".[1]

ثم ذكر في المادة 121 من قانون الأسرة، التي تخول للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية إذ أعتبرها كأثر من آثار الكفالة لكن هي أصلا تعتبر مضمون للكفالة لأن الولاية القانونية على المكفول هي ما يجب وما يحق للكافل والمكفول لكون الولاية القانونية على القاصر تتحدد بعنصرين، عنصر متعلق بالمال وعنصر متعلق بالنفس إذ يجب الربط بين هذه المادة[2]، التي تنص على الولاية القانونية والمادة التي تنص على واجبات الكافل اتجاه المكفول مثل مقام الأب، إذ الكافل هو بمثابة الأب وإن هذا الأخير له كامل الولاية القانونية على الولد القاصر سواء على نفسه أو ماله لذلك فالمكفول يأخذ مرتبة الابن الشرعي وعليه يمكن توضيح مضمون الكفالة إنطلاقا من الولاية على نفس الكفيل وعلى ماله معتبرين ما أشار إليه المشرع في بعض الإلتزامات المتعلقة بأحكام الكفالة هي مجرد عناصر مدمجة في الولاية بشكل عام.

أ-الولاية على نفس المكفول:

شرعت هذه الولاية للمحافظة على نفس المكفول وصيانته، إن هذه الولاية إن كانت تثبت كقاعدة عامة على القصر فإنها كذلك تثبت على المجنون والمعتوه، وعليه فإن الولاية تنتقل من أبوي المكفول إلى الكافل إذا كان معروف النسب، أو من والي المكفول وهو مدير مؤسسة حماية الطفولة

1- أنظر، طلبة مالك، المرجع السابق، ص. 29.

2- أنظر، المادتين 121 و116 ق.أ.ج.

إذا كان مجهول النسب، وهذه الولاية قانونية مخولة بقوة القانون طبقا لنص المادة 121 من قانون الأسرة[1]، وهي ولاية متعدية أي أنها قد تكون أصلية إذا كانت بسبب القرابة بحكم القانون "الحضانة" مثلا: أو غير أصلية والتي تستمد من الغير (الكفالة)" وهي التي تهمنا.

إذ أن الولاية بموجب عقد الكفالة تستمد من القاضي الذي يقرها[2]، وهذه الولاية الغير الأصلية التي نحن بصددها تنصب على القيام بشؤون المكفول وتكون بتوفير الرعاية والعناية الصحية، والتعليم والتربية والنفقة وهذا ما سوف نستعرضه.

I-النفقة:

وهي أول ما سوف يقوم به الكافل وذلك أنه قبل إعطاء المكفول القاصر لكافل فإن المحكمة أو الموثق يتأكد كل منهما من أن ذمة الكافل مليئة وذلك بتقديم ما يثبت ذلك من كشف للراتب أو ما يثبت ثراءه، حتى يمكن له التكفل بالقاصر. وبذلك فإن أول ما يلتزم به الكافل من جراء عقد الكفالة هو النفقة على المكفول وهذا ما نصت عليه المادة 116 من قانون الأسرة بقولها "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة..."

وتشمل النفقة حسب القانون ذاته في نص المادة 78 "الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من ضروريات العرف والعادة.

وبالتالي فإن أحكام النفقة تطبق في هذه الحالة لأن المكفول يأخذ نفس مرتبة الولد الشرعي.

فإذا كان للقاصر مال فتكون النفقة من ماله وإن لم يكن له مال فإن نفقته تقع على الكافل ويتصرف هذا الأخير تصرف رجل الحريص وذلك طبقا للمادتين 78 و88 من قانون الأسرة، غير أن عقد الكفالة أساسه التزام الكافل بالنفقة على المكفول لوجود نية التبرع لديه.

"المذاهب الإسلامية المختلفة ترى بأنه إذا لم يتمكن الكافل من الإنفاق على المكفول فإنه يستعين بالحاكم أو بالمسلمين وبيت المال".[3]

1- تنص المادة 121 من ق.أ.ج. "تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي".

2- أنظر، محمد حسينين، الوجيز في نظرية الحق، بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص. 96-97.

3- أنظر، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 711.

II-التربية والعناية بالمكفول:

وهي تلقين المكفول قواعد التربية والأخلاق ومنعه من القيام بالأعمال الغير لائقة، وتوجيه المكفول في كل مراحل حياته لتحديد المسار الذي سوف ينتهجه. والعناية هي التكفل بالجوانب الحياتية للمكفول وذلك بتتبع الحالة الصحية وسلامة جسده وعقله ونفسيته.

وضمن التربية والعناية يدخل التعليم وهو واجب يقع على عاتق الكافل سواء حسب الشريعة الإسلامية أو القانون، حتى يتمكن المكفول من التعرف على المعارف المختلفة وأن يصل إلى مستوى معين في العلم ليتكفل بنفسه مستقبلا ماديا ويعيش حياة سعيدة.

"الكافل عليه حماية المكفول من كل اعتداء يقع عليه إذ يمثل الولي القانوني له عند الاعتداء عليه، وهو الذي يرفع الشكاوى باسمه ويطالب بالتعويض لفائدته باعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحاكم هذه من جهة، ومن جهة أخرى فهو المسؤول القانوني أمام جميع الهيئات والأشخاص عن أفعال المكفول إذا ألحق أضرارا بالغير".[1]

فرضا أن المكفول تسبب بفعله الضار في تحطيم سيارة الغير، هنا الكافل هو الذي يمتثل أمام القضاء ويلتزم بالتعويض مع مراعاة أحكام القانون المدني، إذ يمكن للقاصر أن يتحمل التعويض نتيجة خطأه بشرط أن يكون مميزا لأن الخطأ يتطلب التميز الذي حدده المشرع بـ 13 سنة وأن تكون له ذمة مالية، وفي حالة عدم توفر هذين الشرطين فإن المكفول هو الذي يتحمل التعويض.

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو أن المشرع لم يحدد مركز الكافل في المسؤولية على أساس المادة 134 قانون المدني باعتباره صاحب الرقابة بموجب الاتفاق أي عقد الكفالة على القاصر المكفول؟ إذ كان من الأفضل توضيح النصوص ولتحديد مركزه مثل الأب والأم وذلك بالإشارة إلى مسؤولية الكافل مدنيا عن الفعل الضار الذي يسببه المكفول للغير لأن فكرة الرقابة القانونية أو الاتفاقية لها مفهوم واسع، ونحن في عصر يتطلب فيه الدقة والوضوح.

وعليه إذا اعتبرنا كل ما سبق ذكره هو ما يتلزم به الكافل في مضمون الكفالة وذلك إما بالإشارة إلى هذه الإلتزامات في عقد الكفالة أو تحديدها في فصل خاص بأحكام الكفالة بدقة،

1- أنظر، طلية مالك، المرجع السابق، ص. 29.

هذا إذا اعتبرنا أن الكافل ليس له نفس مركز الأب، أما إذا اعتبرنا الكافل بنفس مركز الأب فإن ذلك لا يطرح إشكال ما إذا كانت الأحكام المنظمة لعلاقة الأب والأولاد منظمة بدقة في أحكام الولاية.

أما الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة[1] فهي جميع المنح العائلية والدراسية وعليه فإنه يفترض في الكافل العامل فرضين إما أن يضع أثناء تكوين ملف العمل الذي يوضع لدى إدارة المستخدم شهادة عائلية مسجل بها إلى جانب الأبناء الشرعيين الولد المكفول مع الإشارة في نفس الشهادة بأنه مكفول.

أو يضع الشهادة العائلية زائد عقد الكفالة منفصلين قصد الاستفادة من المنح العائلية، وإن الأقرب إلى الصواب هو من المفروض بموجب عقد الكفالة يأمر القاضي ضابط في الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية للكافل مع الإشارة أنه مكفول وهو الشيء المعمول به لدى المغرب وغير موجود في الجزائر.

وبالنتيجة فإن الشهادة العائلية كان من المفروض أن يظهر فيها المكفول إلى جانب الأبناء الأصليين مع الإشارة إلى أنه مكفول.

ونفس الشيء يذكر في المنح الدراسية.

لكن الإشكال الذي يطرح عمليا: هو أنه في حالة وفاة القاصر المكفول هل الكافل يأخذ الدية؟ أي التعويض عن الوفاة إذا تسبب فيه الغير في ذلك أم ذويه الأصليين، وكذلك الأمر إذا كان سبب وفاة المكفول نتيجة حادث مرور تسبب فيه الغير هل القاضي يحكم بالتعويض إذا تقدم الكافل بموجب عقد الكفالة سواء بوجود الأبوين الحقيقيين أو بغيابهما؟

إذا علمنا أن الكافل وضعه المشرع في مرتبة الأب فكيف يحرم من الدية أو التعويض نتيجة الوفاة بسبب حادث مرور، رغم أنه تألم كثيرا هو وزوجته نتيجة فقدانهما للمكفول الذين اعتبراه ولدا لهما لاسيما الأسرة التي لا تنجب.

III-قبض المنح العائلية:

1- المادة 121 من ق.أ.ج.

بموجب عقد الكفالة فإنه يضع المكفول تحت مسؤولية الكافل في جميع جوانب حياته.

وقد إشترط قانون الحالة المدنية بأن تسجل الكفالة على هامش عقد ميلاد المكفول وبالتالي في الحياة الاجتماعية يعامل المكفول كالابن الشرعي للكافل.

ونص قانون الأسرة على الحق في المنح العائلية والدراسية الممنوحة للمكفول بأن يقبضها الكافل بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤولية ويقوم برعايته. كما نجد أن قوانين الضمان الاجتماعي تجعل المكفول ذو حقوق طبقا للمادة 67 من قانون 11/83 والمعدل والمتمم بالمادة 30 من الأمر 17/96[1]، هذا ما يتماشى مع قانون الأسرة.[2]

ننتهي إلى أن الولاية على المكفول من الكافل تتجسد في النفقة والعناية والتربية والتعليم وتعتبر كل هذه إلتزامات واقعة على الكافل بموجب عقد الكافل وهو محبر على أن يؤديها وذلك بكل حرص لأن هذا يجره إلى المسؤولية المدنية عن أخطاء وأفعال المكفول التي تلحق أضرار بالغير وذلك حسب المادة 134 من القانون المدني الجزائري.

ب-الولاية على مال المكفول:

إذا كان بمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل[3] على نفس المكفول فإن الأمر كذلك على ماله، إذا بمقتضى أحكام الكفالة[4]، حددت مضمون الكفالة فيما يتعلق بالذمة المالية للمكفول فسلطة الكافل هي إدارة مال المكفول إن وجد، وهذا شيء بديهي كون المكفول قاصرا لا يعمل، إذ تحرم جميع التشريعات المتعلقة بالعمل عمل القاصر وبالتالي فأموال المكفول هي ناتجة عن الإرث أو الوصية أو الهبة، إذ يجب عليه التصرف فيها تصرف الرجل الحريص.

وبما أن الكافل بمقتضى أحكام[5] الكفالة تخول له الولاية القانونية فإنه يتعين الرجوع إلى أحكام الولاية على مال القاصر[6] أين نجد المشرع تشدد ووضع شروطا عندما يريد الكافل التصرف

1- قانون الضمان الإجتماعي –نصوص تشريعية وتنظيمية- المعهد الوطني للعمل وحدة الطباعة للرهان الوطني الجزائري.

2- نص المادة 121 من ق.أ.ج.

3- أنظر، الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 173.

4- أنظر، المادة 122 من ق.أ.ج.

5- المادة 121 ق.أ.ج.

6- المادة 88 من ق.أ.ج.

في أموال المكفول إذ أشترط أن يتصرف تصرف الرجل الحريص، والرجل الحريص هو الذي يدرس الواقعة ونتائجها المستقبلية سواء سلبية أو إيجابية ثم يوازن بين الضرر والمنفعة، وأن يستأذن كذلك القاضي في تصرفات محددة على سبيل الحصر وللقاضي السلطة التقديرية في منح الإذن أو عدم منحه، وما بقي من هذه التصرفات فإن الكافل يجب أن يحترم شرط الحرص.

وفي حالة عدم مراعاة هذه الشروط وثبتت تصرفات الكافل في أموال المكفول وألحق به ضرر بسوء نية إستغلال أمواله نتيجة قصره وعدم خبرته، فإنه يحق لكل شخص إبلاغ النيابة العامة، وللنيابة العامة من تلقاء نفسها تحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة 380 قانون العقوبات والمعاقبة باستغلال حاجة قاصر لم يكمل 19 سنة بالاختلاس أموال مستغلا صغر سنه أو هوى أو ميلا أو عدم الخبرة.

حيث شدد المشرع في العقوبة المقررة لاستغلال حاجة قاصر دون 16 سنة مثل ما إذا كان مختلس الالتزامات أو مختلس الإبراء أو أي تصرفا آخر ينقل ذمته المالية إذا كان القاصر موضوع تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته، وعليه فالكافل يصنف في هذه الفئة إذ أن العقوبة في هذه الحالة هي من سنة إلى 05 سنوات وغرامة من 1000 دج إلى 15000 دج.

أما التصرفات التي تتطلب الإذن من القضاء هي التي يجب على القاضي أن يراعي حالة الضرورة ومصلحة القاصر.

- بيع العقار وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة.
- 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 أن المشرع إشترط في بيع العقار بعد الحصول على الإذن أن يكون عن طريق المزاد العلني وأنه في حالة ما "إذا تعارضت مصالح الكافل ومصالح المكفول القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءا على طلب من له المصلحة".[1]

ثانيا-الآثار المترتبة على قيام عقد الكفالة:

1- المادة 90 ق.أ.ج.

بعد أن يتم إبرام عقد الكفالة وذلك مراعاة لشروط المطلوبة قانونا وتعهد الكافل بالقيام بالتزامات اتجاه الولد المكفول بمثابة الأب الحريص على ابنه، تأتي مرحلة أخرى وهي مرحلة تنفيذ عقد الكفالة، إذا يمكن طرح السؤال التالي كيف يتم تنفيذ عقد الكفالة من الناحية العملية؟ قصد نقل حضانة الطفل إلى الكافل، وهل يترتب على الكفالة حق الإرث للمكفول أم... توجد بدائل أخرى عن الإرث؟

– وهل يفقد المكفول نسبه الأصلي؟

– وما هي إجراءات الانتقال أو التخلي عنها؟

أ-الإسناد الواقعي للمكفول:

بعدما ينشأ عقد الكفالة، فلا يمكن القول بقيامها ما لم يتم انتقال الولد المكفول من كنف الحاضنين له إلى كنف الكافل، إذ أن مجرد وثيقة محررة لا تكفي حتى يتحقق الغرض المطلوب من الكفالة.

ولكون عملية الإسناد تعتبر أصعب عملية في تنفيذ عقد الكفالة، وأنه من المفروض أن تتم بموجب إجراءات منصوص عليها في قانون الأسرة ضمن أحكام الكفالة، حيث من المفروض كذلك أن يحضر في التسليم ممثل الحق العام والأطراف مانحة الكفالة والأسرة المستفيدة من الكفالة والولد المكفول الذي يعتبر العنصر الأساسي في تنفيذ الكفالة ولا يتم إلا بحضور الشهود الذين حضروا أثناء إبرام العقد، ويتم تحرير محضر بذلك وتوقيع الأطراف الحاضرة، وهو الشيء المعمول به في المملكة المغربية إذ يتطلب عند الإسناد الواقعي حضور ممثل وكيل الملك وممثل السلطة المحلية وممثل المساعدة الاجتماعية وزيادة على تحرير محضر يتضمن هوية الكافل والمكفول وهوية الحاضرين وساعة وتاريخ التسليم وتوقيع العون المنفذ والكافل، ويحرر المحضر من ثلاث نسخ: يوجه أحدها إلى القاضي المكلف بشؤون القصر لأنه كما سبق وأن اشرنا أن المغرب من يتولى عقد الكفالة هو القاضي المتخصص عكس الجزائر رئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصية وتسلم النسخة الثانية إلى الكافل ويحتفظ بالنسخة الثالثة في الملف.

ب-عقد الكفالة يجيز للكافل أن يوصى للمكفول من أمواله أو يتبرع له في حدود الثلث:

إذا كانت الكفالة تعطى للكافل الولاية القانونية على المكفول وتجعله بمثابت الأب له فإن هذا لا يعني أنها ترتب نفس الآثار بين الأبناء الأصليين وأبائهم، إذ أن أحكامها[1] نصت صراحة على أنه يجوز للكافل فقط الهبة أو الوصية في حدود[2] الثلث، وبمعنى المخالفة أنه لا يرث من المكفول لعدم ثبوت النسب لأنه يحتفظ بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب. بل أعطاه المشرع بديل عن الإرث وهو البديل السابق الذكر، وما زاد عن الثلث فهو باطل إلا إذا أجازه الورثة، وعليه فإن للكافل إذن حق التبرع فقط للمكفول لأنه لا ينشأ حقوق ميراثيه بموجب عقد الكفالة وهو الشيء الذي أقرته الشريعة الإسلامية وهو ما يفرق بين التبني والكفالة.

"يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة"، ويفهم من هذا النص أن الكافل يمكنه أن يوصي للمكفول بماله غير أنه يخضع هنا لأحكام الوصية وذلك أن تكون في حدود الثلث، وإذا كان أكثر من ذلك فيتوقف على إجازة ورثة الكافل المتوفى.

غير أن المشرع ضم في نصه أنه يمكن للكافل أيضا أن يتبرع للمكفول بماله، غير أنه أخضع ذلك التبرع إلى حكم الوصية، ومع أن عقد التبرع هو عقد من العقود المدنية التي تتضمن إلى جانبه عقد الوصية، الهبة والكفالة...إلخ ولذلك نتساءل عن ما قصد المشرع في هذا النص بالتبرع مع ذكره للوصية فهل تنسحب إلى الهبة وبالتالي كان لابد على المشرع النص بدلا من كلمة التبرع كلمة الهبة لأن المعنى الأخير لعقد التبرع ينسحب إلى عقد الكفالة وهو أساس وجودها، وأن معنى التبرع الوارد في القانون المدني يختلف عن معناه في قانون الأسرة في الكفالة كون التبرع فيها يفيد الهبة وهذه الأخيرة والوصية يتضمنان التبرع ويشتركان في فكرة إخراج مال أو حق عيني أو منفعة من ذمة الكافل لتدخل في ذمة المكفول دون عوض، واخضع هذه الهبة لأحكام الوصية في تحديد مقدارها وذلك بأن لا تتجاوز الثلث وإذا تجاوزته تتوقف على إجازة الورثة.

1- المادة: 123 ق.أ.ج.

2- أنظر، الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 174.

ويستخلص مما سبق بأن الكافل يمكنه أن يوصي أو يهب للمكفول إلا أن هذين المفهومين يختلفان في فحواهم، فالوصية لا تدخل في ذمة الموصى له إلا بعد وفاة الموصي وهذا حسب ما نص عليه قانون الأسرة في المواد 184 إلى 201، أما الهبة فهو انتقال المال إلى الموهوب له بمجرد إتمام الحيازة أو التوثيق وذلك حسب المواد من 202 إلى 212 من نفس القانون، إذن سنفصل في كل نقطة:

I-الوصية:

يقصد بالوصية هي تبرع لما بعد الموت ومعناها هو أن يوصي الشخص لأخر بمال أو أي حق عيني. بأن يدخل ذمته ولكن بعد وفاته أي وفاة الموصى[1]، وحسب أحكام الشريعة الإسلامية والقانون فلا وصية لوارث.

إذن فالمكفول لا يعد وارثا للكافل لأنه لا يأخذ مركز الابن الشرعي فقد يتوفى هذا الكافل ويترك أموالا ويأخذه الورثة دون أن يعطوا للمكفول شيء خاصة إذا تنازلوا عن كفالته بعد وفاة مورثهم ولذلك تدخل المشرع بموجب المادة 123 قانون الأسرة، مفادها عدم ترك هذا القاصر المكفول بعد وفاة كافله فقيرا تعيسا أو متشردا ولحمايته فقد أعطى للكافل حق أن يوصي لهذا المكفول، وذلك طبقا لأحكام الوصية أي لا تكون أكثر من الثلث فما زاد عن ذلك فيتوقف على إجازة الورثة[2]، وهذا أيضا حماية للورثة من تعسف الكافل وحتى لا يترك ورثته دون مال إذا ما عمد إلى إعطاءه كلية للكافل، فإذا أجازوه الورثة أصبح حق للمكفول وإذا رفضوا ما زاد عن الثلث فحقهم، ويبقى نصيبه الثلث.

II-الهبة:

تختلف الهبة تماما عن الوصية فهي تبرع إلا أنه يكون في حياة الواهب وهي تمليك بلا عوض[3] لمال عيني أو منفعة أو دين لدى الغير[1]، وإذا ما قام الكافل بوهب المكفول مال أو أي شيء

1- أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، (الميراث والوصية) ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص. 230.

2- أنظر، المادة 185 ق.أ.ج.

3- أنظر، المادة 202 ق.أ.ج.

فينتقل بمجرد حيازته له، أما إذا كان عقار فإنه ينتقل له بإجراءات شكلية المحددة في القانون توثيق وشهر.

ولا توجد حدود للهبة فإن الواهب يتصرف في ماله بكل حرية مادامت إرادته سليمة إلا إذا كان في حالة مرض الموت فتسري على ما قام به من هبة في تلك الفترة أحكام الوصية.[2]

وهذا حماية للورثة من تصرف مورثهم في تلك الحالات التي يكون عليها، غير أن المشرع قد اعتبر الهبة أو ما سماه بالتبرع حسب المادة 123 من قانون الأسرة إذا كان من الكافل إلى المكفول يخضع لأحكام الوصية فيما يخص قيمة المال الموهوب، يجب أن يكون في حدود الثلث وإذا ما زاد عن ذلك يترك لايجازة الورثة مع أن التبرع يكون في حياة الشخص فما هو هدف المشرع من ذلك؟

ج-إمكانية عودة المكفول إلى والديه الأصليين:

فطبقا لأحكام الكفالة فإنه يجوز لأبوي المكفول إذا كانا معلومان أو أحدهما معلوم، طلب عودة الولد المكفول وأخذه من الكافل، وبالتالي تعود ولايتهما القانونية إليهم عليه، وتنتهي ولاية الكافل من جديد، لكن المشرع ميز بين حالتين عندما يطلب الوالدين عودة القاصر وذلك حسب سن المكفول[3]، إذا أشترط المشرع:

- **في حالة عدم بلوغ المكفول سن التمييز** والذي حدد في التشريع المدني الجزائري بـ 13 سنة[4] أن يتقدم الأب أو الأبوين بطلب إلى رئيس المحكمة يبين فيه سبب عودة الابن المكفول، وهنا القاضي يقوم بإجراء تحقيق حول الأسباب مراعيا مصلحة الولد المكفول وعليه في هذه الحالة يمكن أن يصدر أمر بالرفض أو بالقبول.
- **أما إذا كان الولد المكفول مميزا** أي بالغا 13 سنة فما فوق فإنه يخير بين العودة إلى أبويه أو البقاء مع الكفيل، لكن الإشكال هنا يطرح: هل إذا بلغ المكفول سن التمييز تتم عودته إذا إختار

1- أنظر، محمد حسيني، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مطبوعات جامعية، د.ت.ط، ص. 86-87. محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبي في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص. 18-21.

2- نص المادة 204 من ق.أ.ج: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية".

3- أنظر، المادة 124 ق.أ.ج.

4- أنظر، المادة 42 من القانون 10/05 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني.

العودة إلى أبويه خارج ساحة القضاء، ونفس الشيء في حالة الرفض فهل تتم أمام القضاء أم خارجه؟

إذ أنه من المفروض أن تتم أمام القضاء أو أمام المحضر القضائي الذي يقوم بتحرير محضر بذلك.

لعل أن هذه المسألة تتطلب الدقة في الإجراءات وحتى تراعي مصلحة المكفول يجب أن تكون في ساحة القضاء أين يسمع رأي المكفول بمناسبة طلب العودة دون أي ضغط عليه من كلا الطرفين (الأبوين أو الكافل)، ويحرر محضر بذلك أمام القاضي ويوقع عليه الأطراف، لأن مثل هذه الحالة فإنها ممكن أن تنهب حقوق للمكفول المنصوص عليها في مضمون الكفالة لذلك يجب إثبات عودة المكفول بموجب أمر أو حكم قضائي وتحرير محضر بذلك.

– ولقد صدر في هذا الصدد قرار عن المحكمة العليا ملف رقم 71801 بتاريخ 1991/05/21 أين قضت بعودة الولد المكفول –لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية– سماع رأي الولد المميز، إجراء جوهري يجب قيام به قبل الحكم.[1]

(من المقرر قانونا أن المسألة المتعلقة بالحالة الشخصية من النظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص.

– ومن ثم فإن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها، وتخييرها بين البقاء عند مربيها أو الذهاب لوالدها، رغم أنها تجاوزت سن التمييز، فإنهم بذلك خرقوا القانون واستحق قرارهم النقض).[2]

إذا: سماع رأي المكفول شرط ضروري عند طلب العودة إلى الوالدين وإثبات ذلك يكون بحكم أو أمر.

كما أنه في حالة الاستجابة إلى طلب العودة بالإذن أو قبول عودة المكفول فنحن نعتبره بطريقة غير مباشرة سقوط وتخلي عن الكفالة وهذه الأخيرة لا يمكن أن تتم إلا أمام الجهة التي

1- أنظر، نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص. 158.

2- أنظر، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1996، ص 115.

أقرتها[1]، وبعلم النيابة العامة وبالتالي تستبعد انتقالها خارج ساحة القضاء لأن النيابة تبدي طلباتها أمام القضاء وليس الموثق لذلك من الأحسن أن يكون قانوني ينظم هذه العملية.

د-إمكانية الكافل طلب تغيير لقب المكفول مجهول الأب بمنحه لقبه العائلي:

إن إمكانية تغيير لقب المكفول بموجب عقد الكفالة القانونية والشرعية المجهول النسب من الأب تعتبر من أهم الآثار القانونية المترتبة عن قيام عقد الكفالة، إذ أنه منذ سنة 1984 أين تم تقنين قانون الأسرة لم تتحد أي مبادرة تشريعية لحل بعض الإشكالات العملية المتعلقة بالشريحة الأساسية في المجتمع المتمثلة في الأطفال مجهولي النسب من الأب، إذ أنه ثبت عمليا أن الكفالة وحدها ليست كافية لتنشأة الطفل تنشأة قويمة وسليمة لأنه سرعان ما يكبر الطفل القاصر ويصبح مميزا ويبدأ في طرح عدة تساؤلات على نفسه وعلى من حوله، وخاصة عند الإطلاع على وثائقه المتعلقة بالحالة المدنية أين يكشف أن لقبه مغاير تماما للقب العائلة التي تكفلته والتي كان يظن أنها أسرته الحقيقة وفي كثير من الأحيان عند معرفته بالحقيقة كونه ليس ابن الأسرة الكافلة وكونه مجهول الأب يتعقد نفسيا.

ومنذ ذلك الحين يهجر تلك الأسرة التي كفلته خوفا من الفضيحة التي ليس له يدا فيها أمام زملائه وأصدقائه، وبهذا تكون قد تعقدت المشكلة بدلا من حلها، لذلك ونظرا لمثل هذه الوضعية الاجتماعية الأليمة، إرتأت الحكومة إيجاد حلا لهذه الفئة المكفولة مجهولة النسب من الأب وذلك بمنحه التأشيرة على جواز إعطاء الكافل لقبه لفائدة المكفول من أجل مصلحة المكفول ولتنشئته تنشئة سليمة بدون أية عقد نفسية حتى ينفع مجتمعه[2]، بدلا من أن يكون علة عليه، ولذلك جاء المرسوم التنفيذي رقم 92، 24 المعدل والمتمم للمرسوم رقم: 71-157 المتعلق بتغيير اللقب[3]، وفي النهاية سوف نبرز مركز هذا المرسوم بين أحكام الكفالة والتبني، بمعنى هل بموجب هذا المرسوم نبقى دائما في إطار نظام الكفالة أم فيه خروج وتطبيق لنظام التبني بطريقة غير مباشرة؟

1- المادة 125 ق.أ.ج.

2- أنظر، زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 69.

3- أنظر، الملحق رقم 01 (رقم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب).

I-الشروط المطلوبة قانونا لطلب تغيير لقب المكفول وإلحاقه بلقب الكافل:

لقد حدد المرسوم التنفيذي السالف الذكر هذه شروط، إذ أنه في حالة تخلف أحدها[1] لا يمكن الاستجابة للطلب وبالتالي يرفض من قبل وزارة العدل، وهذه الشروط هي:

1-**ضرورة وجود عقد الكفالة**: إذ حتى يمكن للكافل أن يغير لقب المكفول ومنحه لقبه العائلي لابد أن يكون كافلا له قانونا، ولا يمكن أن يثبت هذه الكفالة إلا بموجب عقد توثيقي صادر عن الموثق أو كفالة صادرة من الجهات القضائية، والمشرع لم يتطلب مدة معينة في الإسناد الواقعي للمكفول حتى يتسنى للكافل أن يمضيها ثم يقدم الطلب.

2-**ضرورة أن يكون المكفول قاصرا مجهول النسب من الأب**: إذ المشرع أجاز تغيير لقب المكفول سواء كانت بنتا أو إبنا قاصرا لكن ليس كل مكفول، بل مجهول النسب من الأب فقط لأن معلوم النسب من الأب لا يجيز القانون للكافل منحه لقبه.

3-**أن تكون المبادرة والرغبة في تغيير اللقب من طرف الكافل**: إذ أنه لا يمكن أن يتصور أن يقدم الطلب من طرف المكفول لانعدام أهلية التقاضي، ولكونه هو محتاج إلى رعاية وأن ولايته على نفسه هي مقررة للكافل، وهذا يدل على عنصر هام جدا وهو الإرادة الحرة الغير معيبة إذ يعبر في طلبه عن رضاه الصريح دون أي إكراه.

4-**شرط موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة**: إذ أن الأصل في مثل هذه الحالة إذا كان معلوم الأم فلقب المكفول المسجل في سجلات الحالة المدنية والمدلى به إلى ضابط الحالة المدنية هو اللقب العائلي لأمه لكونه مجهول الأب، وبالتالي أشترط المشرع الموافقة الصريحة أي أن يكون التعبير صريحا عن الإرادة بأن توافق على أن يحمل المكفول لقب الكفيل، وأشترط المشرع أن تكون الموافقة في شكل عقد شرعي مكتوب أما إذا كانت متوفاة أو غير معلومة فإنه يسقط هذا الشرط.

II-إجراءات تغيير لقب المكفول:

لقد حدد المشرع الجزائري الوثائق والإجراءات الملزمة لطالب تغيير اللقب.

1- أنظر، المادة الأولى من المرسوم التنفيذية رقم 92-24 المعدل والمتمم للمرسوم 71، 157 المتعلق بتغيير اللقب.

أ–الوثائق المطلوبة:

- طلب خطي موجه إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام موقع من طرف الكفيل.
- عقد كفالة محرّر طبقا لأحكام المادتين 116-117 من قانون الأسرة لدى الموثق أو المحكمة (أو نسخة مصادق عليها).
- نسخة من شهادة ميلاد الكافل (أصلي، تاريخه أقل من سنة).
- نسخة من شهادة ميلاد المكفول (أصلي، تاريخه أقل من سنة).
- نسخة من سجلات عقد زواج الكافل.
- الموافقة الكتابية لأم المكفول إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.
- بالنسبة للأطفال الموجودين في إطار المساعدة الاجتماعية زيادة على هذه الوثائق لابد من توفير شهادة وضع في إطار الكفالة مسلمة وموقفه من طرف مدير النشاط الاجتماعي (أو نسخة مصادق عليها).

ب–إجراءات التحقيق في الطلب وإصدار الأمر:

بعد تلقي السيد الوزير الملف والمرفوق بالطلب يقوم بتكليف السيد النائب العام للدائرة القضائية مكان ولادة الطالب لإجراء تحقيق بشأن هذا الطلب[1]، والذي بدوره يكلف وكيل الجمهورية للدائرة القضائية مكان ولادة الطالب لمتابعة التحقيق، والذي بعد إنجازه يتم إرساله بالطريق السلمي إلى السيد النائب العام والذي بدوره يرسل ما توصل إليه التحقيق إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام، وعادة هذا التحقيق يكون بسماع الشهود والبحث عن دوافع وأسباب تغيير اللقب وفي الأخير يرجع القرار إلى السيد وزير العدل الذي يقرر ما بشأن هذا الطلب بعد الإطلاع على ملف التحقيق، وعليه فإما أن يقبل أو يرفض الطلب وفي حالة قبول الطلب فإن وزير العدل يأمر النيابة العامة بالسهر على تنفيذ هذا القبول وذلك بتقديم التماساتها إلى السيد رئيس المحكمة عن طريق السلم التدرجي بواسطة وكيل الجمهورية قصد إصدار أمر بتغيير لقب المكفول وذلك خلال 30 يوما من تاريخ الإخطار مع السهر على تنفيذ الأمر وتسجيله بسجلات الحالة المدنية.

1- أنظر، المادة الأولى الفقرة 01 من المرسوم السابق الذكر.

– وعليه فممثل النيابة فور تلقيه الإرسالية يقوم السيد وكيل الجمهورية بتقديم التماساته الكتابية إلى السيد رئيس المحكمة لغرض تغيير لقب المكفول.

– وبعد تلقي السيد رئيس المحكمة الملف والمستندات المؤيدة، وبعد الإطلاع على التماسات النيابة والمرسوم السالف الذكر يصدر الأمر في إطار صلاحياته الولائية بتغيير لقب المكفول ليصبح لقبه (كدا.... بدلا من كدا).

– ويشير في الأمر بأن يسجل هذا الأمر على هامش سجل الحالة المدنية وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية.

– كما أن هذا المرسوم استثنى هذه الحالة المتعلقة بالمكفول من نشرها في الجرائد ولتقديم الاعتراضات بشأن طلب تغيير اللقب.

III-آثار ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 24/92:

من أجل تسهيل عملية تغير اللقب عمد المشرع على تبسيط الإجراءات، وذلك بأن يقوم الكافل بطلب موجه إلى وزير العدل (وزارة العدل ببير خادم آبيار، الجزائر العاصمة) يتضمن طلبه تغيير لقب القاصر المكفول ليلحق به وكذلك يقدم وثائق مع الطلب الخطي:

– عقد زواج.

– شهادة ميلاد الطفل، تصريح شرفي بعدم معرفة أمه البيولوجية، وإذا كانت معلومة يقدم تنازلها له.

– شهادة الوضع.

– شهادة الأصل.

– قرار الوضع.

والذي يصل في الأخير إلى رئيس المحكمة دائرة اختصاص مكان ولادة الطفل القاصر وذلك لتغيير اللقب عن طريق أمر، وقد ذهب المشرع لأكثر من ذلك إلى حجب إعلان الطلب وإن التغيير لا يكون بموجب مرسوم رئاسي بل بمجرد أمر من رئيس المحكمة.

1-غياب الإعلان:[1]

فبموجب المادة 05 من مرسوم 1992 وفي إطار الكفالة نصت على عدم إخضاع الطلب للإعلان.

غير أن بعض القضاة يستمرون في إعلانها، على أساس أن ما ورد بالمادة أعلاه يتعلق بالمادة 03 من مرسوم 1971 والتي تتكلم عن الاعتراضات أما المادة 02 منه التي تنظم أساسا إعلان العريضة في جريدة محلية تبقى مطبقة وهذا حسب تفسيرهم غير أنه مخالف لجميع المبادئ في جميع المجالات المتعلقة بالأحداث وتعارض أيضا فكرة وروح المشرع الذي أراد الحفاظ على الحدث وذلك بعدم إعلان عريضته ولأن ذلك يؤدي به إلى اضطرابات نفسية إذ يظهر بأنه ولد غير شرعي خاصة المجتمع الجزائري.

2-غياب إصدار المرسوم الرئاسي لتغيير اللقب:

يصدر على خلاف مرسوم 1971 تغير لقب المكفول في شكل أمر من رئيس المحكمة بعد طلب من وكيل الجمهورية وذلك في مهلة 30 يوم من تاريخ الإخطار المقدم من وزير العدل وهذا راجع لصعوبة إصداره في شكل مرسوم رئاسي نظرا للوضعية التي تتطلبها حالة القصر مجهولي النسب وما دام الأمر يتعلق بحالة الأشخاص، فقد أخرجها المشرع من سلطات رئيس الجمهورية كما كان منصوص عليها في مرسوم 1971 بغرض الفعالية والسرعة فإن السلطة التنفيذية حولت مسألة حالة الأشخاص إلى مجرد مسألة متعلق بالحالة المدنية وخرقت بذلك قاعدة دستورية غير أن هذا التحليل يتناقض مع ما تنص عليه المادة 29 من القانون المدني.[2]

ونجد أن الأمر الصادر من رئيس المحكمة والذي يتضمن تغيير لقب القاصر المكفول يبعث إلى ضابط الحالة المدنية كما سلف الذكر من أجل تنفيذه، ويتم ذلك بتغير الاسم الثاني الممنوح للقاصر مجهول النسب باللقب الكافل، أما مجهول الأب فقط فيغير لقب الأم بلقب الكافل وذلك على هامش عقد ميلاد القاصر وعلى أساس الأمر الذي يتضمن ذلك.

1- أنظر، يونسي جداد نادية، الكفالة المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، 1999، ص. 34 و35.

2- تنص المادة 29 من ق.م.ج. على ما يلي "يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية".

الطبيعة القانونية للاسم الممنوح للمكفول: وذلك بالبحث عن ما إذا كان الاسم الممنوح هو حق استعمال أم حق شخصي وقبل ذلك فإن منح الاسم حسب مرسوم 24/92 حماية للمكفول إذ أنه لا يلغي الاسم الذي اكتسبه قانونا بمقتضى المادة 64 من الأمر رقم 20/70 المتعلق بالحماية المدنية إذ يبقى مقيدا اسمه قبل منحه اسم الكافل في سجل الحالة المدنية فهو بهذا المفهوم حق استعمال.[1]

IV-مركز المرسوم رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام الكفالة أو أحكام التبني:

إن هذا المرسوم طرح عدة تساؤلات لدى المختصين في القانون وكذلك لدى عامة المجتمع الجزائري متسائلين ما إذا كان هذا المرسوم المتعلق 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؟

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

وهي الفئة التي رفضت تطبيقه على ارض الواقع عند صدروه لكونهم كيفوا هذا المرسوم تبنيا بطريقة غير معلن عنها صراحة، ذلك لأن 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 ومجهول الأب فإن 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.

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 وإن كان مجهول النسب، تطبق عليه أحكام نص المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

1- أنظر، زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 75.

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

2-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 أعتمد هذا الرأي في حجته على: نص المادة 05 مكرر من المرسوم السالف الذكر والتي تقضي 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 وأن 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 أقل، إذ لا يلحق بموجبه النسب للكافل، ومن ثمة فإن موانع الزواج لا تتقرر بموجب هذا اللقب، إذ أنه 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 الثاني: انقضاء عقد الكفالة

إن عقد الكفالة كغيره من العقود يقوم ويبقى، ينتج آثاره ما دام غير محدد المدة ولم يقم على شرط واقف أو فاسخ –غير أنه قد يكون عرضة لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى انقضاءه، ومادامت الكفالة تقوم على جانب إنساني، فقد حصر المشرع الجزائري أسباب انقضاءها في الحالتين المنصوص عليها في المادتين 124-125 من القانون الأسرة، وذلك بإرادة الطرف الثاني في عقد الكفالة بالنسبة للقاصر المكفول معلوم النسب، والحالة الثانية هي وفاة الكافل بالإضافة إلى الحالة العامة وهي تخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 من القانون[2] أعلاه مما يجعل عقد

1- أنظر، طلبة مالك، المرجع السابق، ص. 36.

2- تنص المادة 118 من ق.أ.ج: "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته".

الكفالة ينقضي بتعرض الكافل إلى أي عيب من العيوب التي قد تخل بإحدى هذه الشروط وهذا ما سوف نتطرق له في هذا الفرع.

أولا: تخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 من قانون الأسرة

بما أن عقد الكفالة من مميزاته أنه ينصب على القيام بقاصر وشؤونه، أي على حياة إنسان فكما سبق شرحه لابد من القائم به أو من سوف يقوم به أن تتوافر فيه الشروط: الأهلية، الإسلام والقدرة على القيام بالمكفول، ومادامت هذه الشروط قائمة في حق الكافل فإن عقد الكفالة يبقى قائما ومنتجا لأثاره، إلا أنه إذا ما تدخل أي تغير على هذه الشروط يجعل الكافل غير كفوء للقيام بالقاصر وذلك لعدم تمكنه بذلك.

أ-الأهلية:

"مادام الكافل يقوم بتصرف يتضمن التبرع فلابد أن تتوفر فيه أهلية التبرع الخالية من كل العيوب فإذا ما عيبت إرادته بأي سبب كالجنون، العته، الغفلة، السفه، أي ما يجعل إرادته معيبة وبالتالي لا يمكنه إبرام عقد التبرع".[1]

لوجود تلك العيوب أو ظهورها وذلك إذا ما أبرمت عقود تصرف تكون قابلة للإبطال فمادامت هذه العيوب تحد من تصرفاته بشأن 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 ويرجع ذلك كما سلف القول إلى محل العقد الذي ينصب على القيام بالقاصر وبشؤونه، فمادام القاصر سوف يأخذ أخلاق وعادات وتقاليد من يقوم بشؤونه وهو الكافل فلابد أن يكون دينه الإسلام، وذلك لوجود نص في الدستور على أن دين الدولة الجزائرية هو الإسلام ومن وجد فوق ترابها قرينة على أنه مسلم أو مفترض إسلامه إلى أن يثبت العكس، فإذا كان الكافل مسلم أثناء قيامه بإبرام عقد الكفالة

1- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 57.

والتكفل بشؤون القاصر المكفول ثم دخل تغير على ديانته لأي سبب من الأسباب تنقضي معه الكفالة.

ج-القدرة على القيام بشؤون المكفول:

إن مهام الكافل والإلتزامات المفروضة عليه بموجب عقد الكفالة هو العناية اللازمة بالمكفول، وذلك باعتباره وليا عليه فإذا اعترضت هذه الولاية أي عارض صحي تحد من قدرته على القيام بشؤون المكفول أو يصبح فقيرا ولا يمكنه حتى إعانة نفسه فيؤدي ذلك إلى انقضاء عقد الكفالة، لأن أساسه هو إعالة القاصر اجتماعيا وماديا ومعنويا فإذا أصبح الكافل عاجزا على مواجهة هذه الظروف فلا يبقى فائدة من عقد الكفالة الذي يضم في طيه نية التبرع. فبماذا سوف يتبرع هذا الكافل؟ لأن قدرته على القيام بشؤون القاصر أصبحت معدومة لديه.

ثانيا: انقضاء الكفالة بطلب والدي المكفول معلوم النسب

جاء قانون الأسرة صريح في مسألة انقضاء عقد الكفالة بالنسبة لمعلومي النسب، وذلك إذا ما عبر والديه عن نيتهم في استرجاع ولدهم المكفول وذلك في نص المادة 124 من قانون الأسرة التي ورد فيها: "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"، يستخلص من هذا النص أن المشرع قد ميز بين حالتين: وهما حالة المكفول الذي يكون غير مميز والمكفول الذي بلغ سن التمييز.

أ-بعد بلوغ المكفول سن التمييز:

ويختلف سن التميز من بلد لأخر، غير أن المشرع الجزائري قد حدد سن التمييز ببلوغ الولد ثلاث عشرة كاملة (13 سنة) وذلك وفقا لنص المادة 2/42 من قانون المدني بقولها: "أنه يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة" وهذا ما يفهم منه بأن من بلغ ثلاث عشرة سنة مميز، ففي هذه الحالة إذا طلب أبواه أو أحداهما من الكافل رده لهما ليعود إلى ولايتهما فلم يترك لهما المشرع الحرية المطلقة في ذلك، وإنما ترك الأمر للمكفول نفسه لأنه في ذلك السن يمكنه إبرام عقود تدور

بالنفع[1]، أي أنه أصبح يميز بين ما يفيده وما لا يفيده، وله هو سلطة الاختيار في الالتحاق بأبويه الأصليين أو البقاء في كنف الكافل خاصة وإن هذا الأخير قد تكون علاقته بالمكفول وطيدة وأن فراقه عنه قد يضر بالمكفول.

وإن الشريعة الإسلامية قد أقرت هذا الموقف في حادثة الرسول عليه الصلاة والسلام مع زيد بن الحارث، وذلك بعد نزول الآية الكريمة التي حرمت التبني إذ خيره الرسول صلى الله عليه وسلم بين التحاقه بأبيه أو البقاء معه واختار البقاء مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نظرا لعطفه وحنانه عليه.

ب-قبل بلوغ المكفول سن التمييز:

وهو الطفل الذي لم يبلغ ثلاث عشرة سنة (13 سنة) ودعاه أبواه أو أحدهما إلى العودة إلى ولايتهما، ولكن سن المكفول لا يسمح له من أن يعرف المكان الذي يبقى فيه ومع من؟ إلا أن المشرع لم يترك لوالدي المكفول الحرية المطلقة، إذ قيدها باللجوء للقاضي الذي يعتبر حامي الحقوق والحريات بما له من سلطة تقديرية للوقائع والظروف المحيطة بالمكفول ووالديه والكافل. هو الذي يعطي الإذن بعودة المكفول لوالديه أو أحدهما أو بقاءه مع الكافل كما تضيف المادة 125 قانون الأسرة "...مع مراعاة مصلحة المكفول"، ومعنى ذلك على القاضي القيام بدراسة كاملة وشاملة واستخلاص مصلحة المكفول أينما تكون وهذا المعيار هو الذي يرتكز عليه القاضي لتحديد بقاء المكفول مع كافله أو عودته لوالديه.

وفي كلتا الحالتين فإن عودة المكفول القاصر لوالديه يتم أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة وهو ما يطلق عليه حسب المادة المذكورة سالفا بالتخلي عن الكفالة، ويجب أن يكون بعلم النيابة العامة وذلك حتى تتمكن باعتبارها ممثلة المجتمع في كل المجالات من المراقبة، كما تتابع تطور مستجدات عقد الكفالة والأسباب التي أدت بالوالدين إلى المطالبة من جديد بإرجاع المكفول

1- الدكتور علي علي سليمان، مرجع السابق، ص. 55.

لولايتهما، وتبدي التماساتها. وعلى القاضي وهو من له الكلمة الأخيرة في تقدير الوقائع والمعطيات بأن يقرر، بالاعتماد على معيار الحفاظ على مصلحة المكفول.[1]

وكما قام عقد الكفالة أمام القاضي أو الموثق فلابد أن ينقضي بالتخلي حسب ما تنص عليه المادة أعلاه أمام نفس الجهة، لأن العقد قد قرر التزامات على عاتق الكافل والتزامات على عاتق أبو المكفول بأن يتكفل لهم بابنهم وهم يسلمونه له وهو عقد أبدي حتى بلوغ المكفول سن الرشد وليس عقد محدد المدة، وعلى الجهة المتخلي أمامها من فحص الوقائع والظروف والبحث عن الأسباب وجديتها ومصلحة المكفول لتقرير بعدها التخلي من عدمه ويكون التخلي بموجب الإجراءات والشكليات المحدد في القانون وتحت أحكام المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية.

ثالثا: انقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول

إن وفاة الكافل أو المكفول يؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة.

فوفاة المكفول يعد سببا من أسباب انقضاء عقد الكفالة، وذلك راجع إلى أن محل العقد هو القيام بقاصر، لم يعد هذا الأخير موجود وبالتالي فإن العناية والرعاية والتربية لم يعد لها محل في التطبيق لعدم وجود من سوف تقام من أجله أو لمصلحته وذلك بوفاة من أقرت لمصلحته، فإذا توفي المكفول وانقضت الكفالة فما مصير المال المملوك للمكفول؟

يجمع جمهور الفقهاء المسلمين على أن اللقيط حر وبالتالي الأصل لا ولاء عليه وإنما يرثه المسلمون مادام ليس له وارث[2]، إذا فيعود ماله إلى بيت المال وذلك لأن نفقة وتربية وتعليم اليتيم يكون على بيت المال، غير أن هناك استثناء عن هذا الرأي وهو رأي الإمام أحمد بن حنبل ورأي ابن تيمية وذلك بأن إرثه يرجع لمن إلتقطه باعتباره المنفق عليه، وأنا مع الرأي الأخير حتى نشجع الأشخاص على التكفل بالقصر ومعناه إذا ما كانت له أي أموال فإنها ترجع لكافله بعد وفاته ولكن ليس على أساس الإرث وإنما على أساس من قام بتربيته وتعليمه والإنفاق عليه من ماله فالأولى أن تعود له أموال مكفوله بعد وفاته.

1- أنظر، طلبة مالك، المرجع السابق، ص. 51.

2- أنظر، زواوي فريدة، المرجع السابق، ص. 75.

بينما وفاة الكافل وهو الملتزم الأساسي في عقد الكفالة باعتباره عقد تبرع فإن العقد يلزمه لأنه عقد ملزم لجانب واحد فبوفاته ينهار عقد الكفالة وينقضي التزامه ويستحيل بذلك تنفيذه، ويصبح الولد القاصر مرة ثانية يتيما وتصح في حقه كفالة جديدة من شخص آخر، لكن عقد الكفالة مادام ينص على القيام بشؤون قاصر وتربيته والعناية به فلم يترك المشرع فراغا في هذا بل تصد لهذه الحالة بموجب نص المادة 125[1] من قانون الأسرة وذلك حسب الحالات:

الحالة الأولى:

أن تنتقل الكفالة من المورث إلى الورثة وذلك إذا ما صرح ورثته بالتزامهم بالحلول محل مورثهم في مهمة التكفل بالقاصر وبموجب ذلك تنتقل الالتزامات المترتبة في عقد الكفالة إلى الورثة ويصبح أحد الورثة هو الكفيل الجديد. لكن المشرع نص على انتقالها دون أن يبين من الذي تكون له الولاية المباشرة على لمكفول بعد وفاة الكافل لكن هذا يجعلنا دائما نرجع إلى أحكام الولاية على النفس والمال ولاسيما النفس، التي تنص على أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل محله الأم.[2]

وعليه فإنه إذا ألتزمت بها زوجة الكافل المتوفى أصبحت كافلة للولد المكفول بموجب نص المادة 125 من قانون الأسرة، لكن هل توجد إجراءات قانونية لانتقال هذه الكفالة إلى الكافلة الجديدة؟.

كأن تقوم بتقديم طلب من جديد إلى القاضي أو الذهاب إلى الموثق وتحرير عقد كفالة من جديد، إنه بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يشير إلى هذه النقطة، إذ سكت وقال فقط تنتقل إلى الورثة إذا التزموا بها، لكن عمليا نجدهم يبادروا إلى تقديم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة يحددوا فيه الكافل الجديد.

الحالة الثانية:

1- تنص المادة 125 من ق.أ.ج: بنصها "... وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا ذلك..."

2- أنظر، المادة 87 ق.أ.ج.

وهي حالة عدم التزام الورثة بالتكفل بالمكفول الذي كان تحت رعاية مورثهم ففي هذه الحالة نص المشرع على أن القاضي هو الذي سوف يتصرف في حالة القاصر بماله من سلطة باعتباره هو الولي لمن لا والي له فيمكنه بذلك إسناد أمر القاصر الذي أصبح من جديد بدون كافل إلى الجهة المختصة بالرعاية فقد تكون مؤسسة حماية الطفولة.

كما أنه إضافة إلى ذلك تنتهي حسب ما يمكن استخلاصه من أحكام الولاية[1]، بالحجر على الكافل وفقا لأحكام الحجر، إذ أن أسباب الحجر هي أن يتعرض الكافل بعد إبرام عقد الكفالة وأثناء سريانها عارض من عوارض الأهلية: كالجنون، العته، السفه، ولا يكون الحجر إلا بموجب حكم يثبت ذلك حسب المادتين 101 و103 من قانون الأسرة.[2]

كذلك تنتهي الكفالة بعجز الكافل، وهنا يمكن أن نفهم العجز، بالعجز البدني والجسمي إذ الكافل يصبح غير قادر على الحركة، أين يصبح غير قادر على رعاية القاصر وحفظ أمواله، ولا يمكن تصور العجز العقلي في هذه الحالة لأنه مصنف ضمن حالات الحجر.

كذلك تنتهي الكفالة بإسقاط الولاية عن الكافل ولا تكون إلا بموجب حكم قضائي إذا كان مثلا:

1-إرتكب أفعال إجرامية، والحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية مما يؤدي إلى سقوط الكفالة.

2-إتصاف الكافل بسوء أخلاقه، وهذا ما قد يؤثر سلبا على الطفل الذي في ولايته كالإدمان على المخدرات.

3-الردة: إن خروج الكافل عن الدين الإسلامي يسقط عنه كفالة الطفل لأنه لا كفالة لكافر على مسلم لقوله تعالى: **(ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)**.[3]

4-وتبذير أموال المكفول من طرف الكافل بدلا من تصرفه تصرف الرجل الحريص والأمين على أموال المكفول.

1- أنظر، المادة 91 ق.أ.ج.

2- تنص المادة 101 ق.أ.ج. على: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أوطر أن عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه". تنص المادة 103 ق.أ.ج.: "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر".

3- أنظر، المصحف الشريف، سورة النساء، الآية 140.

من خلال دراستنا وجدنا أن التبني يرتب آثار إلا بالنسبة للدول التي تأخذ به، ومن بينها، أن يخول للمتبني أن يأخذ لقب من تبناه والانتساب له بصورة شرعية وهذا الشيء ممنوع ومحرم في قانوننا الوضعي الجزائري، ولهذا المشرع الجزائري لا يأخذ بهذا النظام وعمليا المحاكم تصدر أحكام بإبطال التبني، وإن هذه الدعوى تكون موجودة خاصة في النزعات المتعلقة بالميراث إذ الورثة يعتبرون هذا الابن المتبني دخيلا ليس ابن شرعي.

فبذلك وجد له بديل والذي كما عرفناه سابقا وهو نظام الكفالة الذي يرتب آثار، ويتميز بالديمومة إلا إذا طرأ عليه ظرف ما، يؤدي إلى زوال آثاره في واقع القانون وبذلك يكون سببا في إنقضائه.

الخاتمة

الخاتمة:

إن دراستنا للموضوع قادتنا إلى إكتشاف تداخلات متعددة لنظامي التبني والكفالة، ويعتبران من بين الأنظمة التي وجدت من أجل رعاية الطفل وحسن تنشئته، لاسيما الفئة المحرومة من الأبوة والأمومة لسبب ما.

كذلك وجدنا أن عملية التبني هي تلفيق للحقيقة، وتزييف لنظم الكون، ومخالفة للقانون الرباني، فالذي يتبنى طفلا فيجعله ابن صلبيا في الحقوق والواجبات إنما هو معتد وكاذب، يريد أن يجعل على الباطل حقا، ومن الحرام حلالا وهو يخالف ما جاءت به الفطرة، فهذا الزور بعينه الذي حرمه الإسلام ونبذه.

الشريعة الإسلامية تنهي عن تزييف الأنساب، ولا تقر بالتبني وتحرمه صراحة، لأن الحكمة من تحريمه الحفاظ على الأنساب ومنع اختلاطهم وتطهير المجتمع، وكذلك منع التعدي على تركة الغير، وهي تنكر بشدة أن الفاحشة طريق لثبوت النسب.

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

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

خلافا لهذا النظام وحفاظا على الأطفال اليتامى ومجهولي النسب، ندبت الكفالة كحل أمثل وأنجح لحماية هؤلاء الضحايا الأبرياء المحرومين، حماية اجتماعية وإنسانية تضمن تعويضهم بقدر الإمكان على ما يمكن أن يفقدوه من الحنان، ويضمن لهم توفير الرعاية اللازمة، وإعدادهم إعدادا مناسبا لما يستقبلهم من الزمان، فالكفالة بهذه الصورة تعتبر بديلا جائزا وملائما شرعا وقانونا عن التبني، رغم أن الشريعة الإسلامية لم تنص صراحة على الكفالة ولكن تضمنتها وذلك لقوله تعالى: "وكفلها زكرياء" أي أنه قام برعايتها والعناية بها وتربيتها. ووضع هذا البديل من أجل رعاية فئة الأطفال المحرومين حتى يصبحوا ذو فائدة لمجتمعهم.

هناك بعض الدول التي أخذت بنظام التبني وإلى جانبه نظام الكفالة لأجل مصلحة الطفل الفظي والعليا ولطالب الرعاية الاختيار بين الأنظمة حتى يتسنى له ترتيب الأثر الذي يريده لفائدة الولد الذي يريد أن يرعاه.

وهذا ما ذهبت إليه الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 والمصادق عليها، في مادتيها 20 و21، فهذه الاتفاقية كانت أولويتها "الطفل" قبل كل شيء، أي للطفل الحق في أن تكون له أسرة مستقرة ومترابطة، هذا حتى ولو كان الأبوين منفصلين، زيادة على هذا فقد راعت الاتفاقية حالة الطفل المحروم من الوسط العائلي فأقرت له حقا آخر وهو الرعاية البديلة[1]، وتعنى بها نظام التبني باعتباره أحد وسائل الرعاية البديلة في القوانين الوضعية، كما أنها راعت موقف الدول الإسلامية التي ترفض هذا النظام لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية، فأقرت لها نظام الحضانة ونظام الكفالة كوسائل للرعاية البديلة، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال.

كما أنها أجازت للقاضي الداخلي عندما يكون أطراف العلاقة أجانب موجودين على الإقليم الوطني أن يطبق التبني معتبرين في ذلك القاضي ما هو إلا عبارة عن سلطة فقط، تقوم بتطبيق القانون الأجنبي على أفراد أجانب لا غير دون اعتراف منها بتبني هذا النظام وتطبيقه على مواطنها.

وعليه مهما كانت سلطة وإرادة الدول في تبني أحد النظامي واختيارهما لكل حسب قناعته ومذاهبه، فعندنا في الجزائر أجاز المشرع للقاضي الداخلي تطبيق نظام التبني على أفراد العلاقة الأجنبية إلا أن هذا لا يعني إباحة التبني بين الأفراد الجزائريين بل هو مقصور على الأجانب فقط حسب ما يسمح به قوانينهم الداخلية.

وبالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بمنح اللقب للمكفول أي أنه يسمح للأسرة الكفيلة أن تمنح للطفل لقبها العائلي، ما هو إلا غاية لحسن تنشئة

1- أنظر، المادة 20 من الاتفاقية الدولية لسنة 1989.

الطفل وحماية له داخل المجتمع بشرط عدم المساس بحقوق الغير، وذلك مراعاة لمبادئ الشريعة الإسلامية لاسيما عدم اختلاط الأنساب.

كذلك بموجب هذا المرسوم أراد المشرع إلى جانب تنظيم وضعية الأولاد الشرعيين بصفة محكمة بموجب قانون الأسرة أن ينظم وضعية الأولاد المجهولي النسب بموجب قواعد شكلية وأخرى موضوعية حتى يضمن لهم حياة مستقرة داخل العائلة المتكفلة بهم خاصة، وداخل المجتمع بصفة عامة وذلك بتغيير لقبهم وتنسيبهم للكافل "غير أن القضاء يعمل عكس ما أراد المشرع الذهاب إليه".

فهدفه الوحيد هو حماية هؤلاء الأبرياء ودمجهم في المجتمع وحمايتهم من الانحراف، لأن قلة المراكز ومؤسسات الحماية تجعل هؤلاء عرضة للإنحراف وللإجرام لأن المجتمع ينظر لهم نظرة عدوانية واحتقار رغم عدم ارتكابهم أي ذنب في وجودهم فيه.

خاصة وأن الإسلام يعتبر اللقيط الموجود فوق أرض إسلامية هو حر وعلى المسلمين الاعتناء به وتربية تربية إسلامية، واعتباره أحد أعضاء المجتمع، وتكفل المشرع الجزائري لهذا القاصر بموجب أحكام الكفالة كما أوضحنا في هذا البحث، إلا أنه لم يواجه كل الحالات التي تفاقمت في المجتمع، ورغم وجود المرسوم 24/92 إلا أنه ما زال هناك أطفال في حالة خطر معنوي ومادي.

ما يمكن ملاحظته من خلال دراستنا هو ضرورة الدقة والوضوح في النصوص القانونية فلقد ترك المشرع ثغرات وغموض، خاصة فيما يتعلق بالشروط الواجبة في الكافل إذ من المفروض التنصيص على حق المرأة في الكفالة.

كذلك ضرورة موافقة زوجة الكافل.

النص على تحرير محضر أثناء التسليم وحضور كل الأطراف وبحضور المحضر القضائي.

النص على الفارق في السن بين الكافل والمكفول.

كذلك النص على إجراءات تسليم المكفول.

النص على انتقال الكفالة إلى الورثة، يجب أن تكون أمام الجهات القضائية فقط.

الأمر بالنسبة إلى عودة المكفول إلى والديه يجب النص صراحة على الاجراءات التي يجب أن تتبع في ذلك.

يجب النص على أن من بين الآثار المترتبة على الكفالة هو إمكانية تغيير لقب المكفول.

كان على المشرع النص بدلا من كلمة التبرع كلمة أكثر دقة مثلا الهبة أو الوصية.

كذلك النص على مسؤولية الكافل في نصوص القانون المدني صراحة.

إذن نجد نظام الكفالة نظام يحمي الطفل المكفول وحتى الأسرة الكافلة من التشتت والضياع، حيث تبقى متماسكة من غير إحداث أي تغير فيها، زيادة إلى الجزاء العظيم الذي يتلقاه الكافل بتكلفه بيتيم لم يلقى من يحميه من مصائب الدنيا ومصاعبها.

نرجوا أن نكون قد نجحنا في دراستنا لهذا الموضوع الهام والحساس، وتمكنا من شرح الغموض والالتباسات التي تطفوا على هذا الموضوع.

الملاحق

قائمة

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1-المراجع القانونية:

المراجع العامة:

القرآن الكريم

الخطاط عثمان طه، القرآن الكريم، ط04، دار الفجر الإسلامي، دمشق، 1403هـ.

1- ابتسام القرام المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 1992.

2- أنسى محمد أحمد قاسم، أطفال بلا أسر، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، ط1، 1998.

3- دليلة فركوس، تاريخ النظم، ج1، مطبعة الأطلس للنشر، 1993.

4- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002.

5- علي الهادي الحوات، رعاية الطفل المحروم (الأسس الاجتماعية والنفسية البديلة للطفولة)، مركز الإنماء العربي، ط1، 1989.

6- محمد عبد الجواد محمد، حماية الأمومة والطفولة في المواثيق الدولية، منشأة المعارف، 1991.

7- محمد السعيد الدقاق، الحماية القانونية للأطفال في إطار مشروع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل في حقوق الإنسان، المجلد 02، دراسات حول الوثائق العلمية والإقليمية، دار الملايين للعلم، لبنان، 1989.

8- محمد قطب، التطور والثبات في حياة البشر، دار الشروق، القاهرة، 1974.

9- مصطفى الخشاب، دراسات في الاجتماع العائلي، دار النهضة العربية، بيروت، 1981.

المراجع الخاصة:

1- أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج1، الزواج والطلاق، ط3، دار نشر المعرفة، الرباط، 1994.

2- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط01، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.

3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 01 (الزواج والطلاق)، ط03، ديوان المطبوعة الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 2004.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، (الميراث والوصية) ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

5- بلحاج العربي، قانون الأسرة، (مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة)، ط3 (مزيدة ومنقته)، ديوان المطبوعات الجامعية، 1966، 2006.

6- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.

7- توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1980.

8- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، الطلاق وآثاره، ط8، منشورات جامعة دمشق، 2000-2001.

9- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار الهومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

10- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ت.ط.

11- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج 1، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1993.

12- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

13- محمد حسيني، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مطبوعات جامعية، د.ت.ط.

14- محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، سلسلة دروس العلوم القانونية، ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

15- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج1، ط4، دار الوفاء، مصر، 1988.

16- معرض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج2، د.م.ط، 1997.

17- ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ت.ط.

18- نبيل صقر، قانون الأسرة (نصا وفقها وتطبيقا)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006.

19- نصر الدين مروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004.

2-المراجع المقارنة:

1- أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الحربوصلي، مصر، د.ت.ط.

2- أحمد الغندوز، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، بحث مقارن، ط1، دار المعارف، القاهرة، 1976.

3- أحمد حمد، موضوع النسب في الشريعة والقانون، ط1، دار البعث قسنطينة، الجزائر، 1983.

4- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996.

5- رشدي شخاته أبوزيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999.

6- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، د.م.ط، 1999، 2000.

7- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط03، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1965.

8- محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأ المعارف جلال حزى وشركاه، الإسكندرية، مصر، د.ت.ط.

9- محمد محده، سلسلة فقه الأسرة، ط2، أطلس للنشر، الجزائر، 1993.

10- منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2007.

3-المراجع الشرعية:

1-أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج7، دار الفكر، د.ت.ط.

2-أحمد حماني، استشارات الشرعية ومباحث فقهية، ج4، المؤسسة الوطنية المطبعية، الجزائر، 1993.

3-بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بين المذاهب الأربعة السنية والمذاهب الجعفري والقانون، (الزواج والطلاق)، ج1، دار النهضة العربية، لبنان، 1967.

4-رمضان علي السيد استربناضي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 2001.

5-سيد سابق، فقه السنة، ج3، دار الفكر العربي للبنان، 1403ه/1983م.

6-سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الفتح للعلم العربي، 1994.

7-عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، د.م.ط، 1988.

8-محمد بن أحمد الصالح، حق الطفل في الشريعة الإسلامية، مطبعة النهضة، مصر، د.ت.ط.

9-محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983.

10- محمود شلتوت الفتاوى، الإسلام عقيدة وشريعة، ط 01، دار البعث قسنطينة، د.ت.ط.

11- مريم أحمد الداغستاني، أحكام اللقيط في الإسلام، ط1، د.م.ط، 1413ه/1992م.

12- موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي، المغني ويليه، الشرح الكبير، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983.

13- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، الجزائر، 1992.

14- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط 20، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1404 هـ، 1984.

4-المقالات و المجلات:

باللغة العربية:

1-الهادي سعيد، التشريع التونسي وحقوق الطفل، مجلة القضاء والتشريع، 1985، العدد 5.

2-جيلالي تشوار، أحكام الأسرة بين الإجتهاد والتقنين، "مجلة الأحياء"، 2001، العدد 4.

3-جيلالي تشوار ، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، 2006، العدد 4.

4-زواوي فريدة، مدى تعارض الرسوم التنفيذية 24/92 المتعلقة بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، 2000، العدد 2.

5-يونسي جداد نادية، الكفالة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1999، العدد 04.

6-مجلة الأحوال الشخصية المغربية.

7-المجلة القضائية للعدد الخاص 2001.

باللغة الفرنسية:

1- A.Mahbouli, l'enfant en droit Tunisien, R.J.P.I.C, 1997, N° 02.
2- DENDANI Daouia. Droit de Filiation « Adoption et Kafala ». R.A.S.J.E.P, 1993. N°04.
3- Younsi Haddad, la kafala en droit Algérien, R.A.S.J.E.P., 1994, N° 4.

5-الرسائل:

1-أحمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة والمعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، تلمسان، 2003.

2-بن عطبة بوعبد الله، أحكام اللقيط بين المذاهب الفقهية الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة الماجستير في العلوم الشرعية، جامعة وهران، 2001-2002.

3-حميـد وزكيـة، مصـلحة المحضـون في القـوانين المغاربيـة للأسـرة (دراسـة مقارنـة)، رسـالة دكتـوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، تلمسان 2005/2004.

4-ليلى جمعي، حماية الطفل، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2005-2006.

5-طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2006.

6-المراجع النصية:

القوانين،الأوامر والمراسيم:

1-قـانون رقـم 58/27 المؤرخ في 4 مـارس 1958، المتعلـق بقـانون الأحـوال الشخصـية التونسـي (الولايـة العمومية والكفالة والتبني).

2-القانون رقم 76-1179 المؤرخ في 1976/12/22 المتعلق بالتبني الكامل من القانون المدني الفرنسي).

3-قـانون الصـحة العموميـة الصـادر في 1976/10/23 والـذي ألغـي لاحقـا بالقـانون الصـادر في 1985/02/16 المعدل والمتمم.

4-الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، طبعة 2007/2006.

5-الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1991.

6-الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970، المتعلق بالحالة المدنية.

7-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975. المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، طبعة 2007/2006، منشورات بيرتي.

8-الأمـر رقـم 10/05 المـؤرخ في 13 جمـادى الأولى 1426 الموافـق لـ 20 جـوان 2005 المعـدل والمـتمم للقانون المدني. (ج.ر رقم 52).

9-الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتعلق بقانون الأسرة المعدل.

10- الأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتعلق بقانون الجنسية. والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

11- الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي، قرار صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 85/40 المؤرخ في 03 ديسمبر 1986.

12- المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 جانفي 1992، المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر، العدد 05.

13- المدونة المغربية للأحوال الشخصية.

متفرقات:

دليل الكفالة، وزارة العمل والحماية الاجتماعية.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية "OUVRAGES EN FRANÇAIS "

OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX:

1- Charif Feller, la garde (hadanah) en droit musulman et dans le droit Egyptien, syrien et Tunisien, édit, Droz, Génève. 1996.

2- Florence Lafond, l'adoption, Aubin Imprimeur, Août 1999.

3- L. Aslaoui, dame justice, réflexions au fil des jours, édit. E.N.A.L., Alger, 1990.

4- L. Pruvost, le statut juridique du mineur en Tunisie, R.T.D.

5- L.Romain, les enfants devant le divorce, édit. P.U.F, 1979.

6- M.Benjâafar, les acquis juridiques et sociaux de l'enfant, en la protection juridique et sociale de l'enfant, édit. Bruylant, Bruxelles, 1993.

7- Temi tidafi, de la protection de l'enfant privé de famille, paris, 18 Décembre 1994.

SITE INTERNET:

1- www.apaerk.org

2- www.arabic.mjustice.dz

3- www.jora-dp.dz

4- www.memoireonline.com (Hafid Assaoui, Kafala).

ملخص:

التبنّي نظام قديم عرفته كل المجتمعات ومنها العربية منذ الجاهلية، ويتميّز بإلحاق نسب المتبنّي القاصر بنسب المتبني واعتباره إبنا شرعيا ويأخذ منزلة هذا الأخير، كما أنه يؤثر في الميراث. لهذا فهو محرّم بالكتاب والسنّة والإجماع لما يحدثه من خلط في الأنساب وانتهاك للحرمات، وأخذ بهذا التحريم القانون الوضعي الجزائري طبقا لنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري. فإذا كانت الشريعة الإسلامية أغلقت باب التبنّي فإنها فتحت أبوابا أخرى تضمن حماية أكثر للأطفال مجهولي النسب وحتى معلوميه، وذلك بما يعرف بالكفالة كبديل ملائم للتبنّي، وهكذا فالكفالة تضمن حماية الأنساب وعدم اختلاطها. عن طريقها يمكن منح اللقب للطفل المكفول طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 24/92 ليندمج في المجتمع بصفة أحسن.

الكلمات المفتاحية: الطفل، النسب، التبني، الكفالة، النظام العام.

RÉSUMÉ:

L'adoption est un système ancien connu par l'ensemble des sociétés, parmi elles: les sociétés arabes depuis l'époque ante-Islamique. Elle se caractérise par la procedure à unir l'apopté mineur à l'adoptant, et à le considerer "Enfant" légitime (il prend la place de ce dernier), et lui permettre de postuler à l'héritage. Cependant cette procedure était bannie selon le livre saint (Coran), la Sunna du Prophète et le Concensus (Idjmaâ) parce qu'elle engendre le mélange des liens de filiation, de même qu'elle encourage les dépravations des moeurs; ce qui a poussé le droit positif Algérien à "bannir" et 'intérdire" le principe de cette adoption selon l'article 46 du code de la famille algérien.

Toutefois, si la législation Islamique a fermé les voies de l'Adoption, elle a formulé d'autres solutions pour protéger plus d'enfants issus de filiation inconnue ou reconnus illégitimes, ou enfants abandonnés. Cette institution est qualifié de récueil legal: "Kafala". Elle a été conçue comme solution altérnative convenable pour l'ex.adoption, et qui a pu répondre à la Charia et à la législation algérienne. Cette dernière formule garantit la protection de la filiation légitime et empêche les mélanges "interdits". La Kafala permet à l'adopté de porter le nom de l'adoptant et de le prendre en charge, selon le décrét d'application numéro 92/24 pour une meilleure integration dans la société.

Les mots clés: L'enfant, la filiation, l'adoption, le recueil légal, l'ordre public.

ABSTRACT:

Adoption is an old system, known by all societies; among which are Arab societies, since the ante-Islamic era. It is characterized by the procedure to unite the minor adoptee and the adopter, to consider the adoptee as a legitimate "child" (he replaces the latter), and to allow him to apply for legacy. However, this procedure was banished, with regard to the Holy Book (Quran), the Prophet's Sunna, and consensus (Idjmaa) as it gives rise to a mixture of filiation links and encourages depravation of morals as well. This has urged the Algerian Legislation to "banish" and "forbid" this adoption principle according to article 46 of the Algerian Family Code.

However, if the Islamic Legislation has shut all paths to adoption, it has formulated other solutions to protect more children coming from unknown filiations or reported as illegitimate or abandoned children. This institution is known as the Legal Code "Kafala". It was designed as an alternative solution to replace the ex-adoption and to comply with the Chariâ and the Algerian Legislation. The latter formula guarantees.

Key words: child, filiation, adoption, Legal Code, public orde.

الفهرس

الفهرس

المقدمة..... 1

الفصل الأول: الطبيعة القانونية للتبني والكفالة **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**
المبحث الأول: التعارض بين التبني والكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري **14.....**
المطلب الأول: منع التبني في الشريعة الإسلامية.....15
الفرع الأول: مفهوم التبني.....15
أولا- تعريف التبني:.....15
ثانيا-خصائص التبني:.....18
ثالثا-تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له:.....19
الفرع الثاني: حكم التبني في الشريعة الإسلامية.....24
أولا-التحريم بالكتاب:.....25
ثانيا-التحريم بالسنة النبوية الشريفة (التشريع العملي):.....26
الفرع الثالث: الحكمة من تحريم التبني.....27
أولا-التبني اعتداء على الأنساب:.....27
ثانيا- التبني انتهاك للحرمات:.....28
المطلب الثاني: تقرير الكفالة.....29
الفرع الأول: مفهوم الكفالة.....30
أولا-تعريف الكفالة.....30
ثانيا-أهم خصائص الكفالة:.....32
ثالثا-تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها:.....33
I-في التشريعات الإسلامية:.....37
II-في القانون الوضعي الجزائري:.....39
III-في القانون الوضعي التونسي:.....42
الفرع الثاني: حكم الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري44
المبحث الثاني: التوافق بين التبني والكفالة في بعض القوانين الوضعية وموقف التشريع الجزائري منهما**.....45**
المطلب الأول: مشروعية التبني والكفالة في بعض القوانين الوضعية.....46

الفرع الأول: نظام التبني والكفالة في ظل القانون الفرنسي 46
أولا: أنواع التبني في القانون الفرنسي.....46
ثانيا: تعديل الحكم القاضي بالتبني.....48
الفرع الثاني: نظام التبني والكفالة في ظل القانون التونسي.....49
أولا: تعديل الحكم القاضي بالتبني.....49
ثانيا: الآثار المترتبة عن التبني.....49
الفرع الثالث: موقف هيئة الأمم المتحدة من التبني.....50
المطلب الثاني: موقف القانون الوضعي الجزائري من التبني والكفالة.....51
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظام التبني.....51
أولا: مركز المادة 13 مكرر من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني من مضمون
المادة 46 من قانون الأسرة.....53
ثانيا: الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989.....54
I-حق الطفل في أن تكون له أسرة:.....56
1-عدم فصل الطفل عن والديه:.....57
2-رعاية حقوق الطفل في حالة انفصال الوالدين:.....57
II-حق الطفل في الرعاية البديلة:.....58
1-التبني:.....58
2-الحضانة:.....59
3-الكفالة:.....60
ثالثا: تغيير اللقب (المادة 28 من القانون المدني، والمرسوم التنفيذي رقم 92-24) 60
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظام الكفالة.....62

الفصل الثاني : النظام القانوني للتبني والكفالة **ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.**
المبحث الأول: شروط وإجراءات التبني والكفالة.....67
المطلب الأول: شروط وإجراءات التبني في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي 67
الفرع الأول: شروط التبني في القوانين الوضعية 68
أولا: شروط التبني في القانون الفرنسي.....68
ثانيا: ضرورة التبني في القانون التونسي.....68
الفرع الثاني: إجراءات التبني في القوانين الوضعية.....69

أولا: إجراءات تحرير عقد التبني في القانون الفرنسي 69
ثانيا: إجراءات إصدار الحكم القاضي بالتبني 70
المطلب الثاني: شروط وإجراءات الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي 70
الفرع الأول: شروط الكفالة 71
أولا: الشروط الواجبة في الكافل 71
I-الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري: 72
II-الشروط التي لم يتعرض لها المشرع: 76
ثانيا: الشروط الواجبة في المكفول 79
I- أن يكون المكفول قاصرا 79
II- المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب 80
ثالثا: الشروط الواجبة في عقد الكفالة 82
I- الكفالة أمام القاضي 83
II- الكفالة أمام الموثق 84
III- البعثات الدبلوماسية 85
رابعا: عوارض الكفالة 85
الفرع الثاني: إجراءات الكفالة 86
أولا: المرحلة التمهيدية: 86
I-بالنسبة للقاصر مجهول النسب: 86
II-بالنسبة للقاصر معلوم النسب: 93
ثانيا: المرحلة القضائية 93
المبحث الثاني: آثار التبني والكفالة وانتقضاؤهما 97
المطلب الأول: آثار التبني وكيفية إبطاله 97
الفرع الأول: آثار التبني 98
الفرع الثاني: كيفية إبطال التبني والتكييف الجزائي له في ظل التشريع الجزائري 99
أولا-دعوى إبطال التبني: 99
أ-أطراف الدعوى: 100
ب-المحكمة المختصة وسلطاتها في نظر الدعوى: 100
ج-قابلية أحكام التبني للطعن: 101

ثانيا-التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له:.....101
أ-التكييف الجزائي:.....101
ب-العقوبة الجزائية المقررة لفاعل التبني:.....102
المطلب الثاني: آثار الكفالة وإنقضاؤها.....102
الفرع الأول: مضمون عقد الكفالة والآثار المترتبة عنها 103
أولا-مضمون عقد الكفالة:.....104
أ-الولاية على نفس المكفول:.....104
ب-الولاية على مال المكفول:.....108
ثانيا-الآثار المترتبة على قيام عقد الكفالة:.....109
أ-الإسناد الواقعي للمكفول:.....110
ب-عقد الكفالة يجيز للكافل أن يوصى للمكفول من أمواله أو يتبرع له في حدود الثلث:.....110
I-الوصية:.....112
II-الهبة:.....112
ج-إمكانية عودة المكفول إلى والديه الأصليين:.....113
د-إمكانية الكافل طلب تغيير لقب المكفول مجهول الأب بمنحه لقبه العائلي: .115
I-الشروط المطلوبة قانونا لطلب تغيير لقب المكفول وإلحاقه بلقب الكافل:..116
II-إجراءات تغيير لقب المكفول:.....116
III-آثار ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 24/92:.....118
IV-مركز المرسوم رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام الكفالة أو أحكام التبني:.....120
الفرع الثاني: انقضاء عقد الكفالة.....121
أولا: تخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 من قانون الأسرة 122
أ-الأهلية:.....122
ب-الإسلام:.....122
ج-القدرة على القيام بشؤون المكفول:.....123
ثانيا: انقضاء الكفالة بطلب والدي المكفول معلوم النسب.....123
أ-بعد بلوغ المكفول سن التمييز:.....123
ب-قبل بلوغ المكفول سن التمييز:.....124
ثالثا: انقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول.....125

الخاتمة:.....123