جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية–
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الكفـــالة والتبنـــــي

دراسة مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري
ومجلة الأحوال الشخصية التونسية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعـداد الطالبة :
– بيدويري كريمة

تحت إشراف:
– د . اقـروفة

لـجنـــة المنـــاقشـــة

– الأستاذ: تريكـــي فريـــد.....رئيسا
– الأستاذة: اقـــروفـة زوبيـدة.....مشرفا ومقررا
–. الأستاذة: تريكـــي دليـلة.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2013–2014

إهداء

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله

أهدي هذا العمل إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في مساعدتي ماديا ومعنويا ولو بكلمة طيبة على رفع همتنا مما ساعدنا على الوصول إلى هذه المرحلة.

يسرني أن أتقدم بإهداء هذا العمل المتواضع إلى الأستاذة الفاضلة اقروفة زوبيدة التي تكرمت وقبلت الإشراف على إعداد هذه المذكرة، التي أمدتني الكثير من وقتها ولم تبخل علي بأدنى معلومة، وتوجيهاتها العلمية الدقيقة وملاحظاتها القيمة.

وفي الأخير نسأل الله أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم، وأن يجعله في ميزان حسناتنا وأن يكون حجة لنا لا علينا.

مقدمة

إنه ما من نظام أولى الرعاية والاهتمام بالأسرة كما أولتها الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة اعتبرت الأسرة النواة الصغيرة للمجتمع فهي الدعامة الأساسية لضبط الأخلاق والسلوك إذا صلحت صلح المجتمع وإذا فسدت فسد المجتمع، ويظهر ذلك في الاعتناء الكبير بفئة الأطفال التي تعد لبنة المجتمع وذلك بالسهر على رعايتهم وحسن تربيتهم وتوجيههم وإرشادهم المستمر لكي يصبح إنسانا صالحا صاحب قيم ومبادئ وأخلاق حميدة، غير أنه هناك طائفة من الأطفال لا يحضون بذلك ومحرومين من الحماية القانونية والدفء الأسري وهم الذين لا يدرون أصلهم ومصيرهم، وهم الأطفال الذين فقدوا آبائهم أو تخلوا عنهم كاليتامى واللقطاء والمهلين ومجهولي النسب، ومن في حكمهم، إلا أن الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والتشريعات الداخلية أولت الاهتمام بهذه الطائفة فأوصت بحمايتهم وحفظ أموالهم، وحذرت من إهمالهم والقسوة عليهم أو الاعتداء على أموالهم.

وعليه فالمجتمع العربي على غرار المجتمعات الأخرى وضع قوانين وتشريعات تسير عليها، فمنها ما هو مبني على مبادئ ديننا الحنيف، ومنها ما يخالف تعاليم ديننا وكلها تهدف إلى حماية فئة الأطفال السالفة الذكر، ومنها الحضانة وإقامة المؤسسات أو الهيئات المتخصصة في رعاية الأطفال، ونظامي الكفالة والتبني وهما محل دراستنا.

وكلاهما يهدفان إلى الحماية والرعاية إلا أنهما في حقيقة الأمر نظامين مختلفين من حيث المشروعية وعدمها، فالكفالة من جهة هي باب التعاون في الإسلام استنادا لقوله عز وجل: " **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعانوا على الإثم والعدوان**"[1]، ومن جهة أخرى لها دور في حماية حقوق الأفراد خاصة الحق في الميراث، أما التبني الذي كان سائدا في المجتمع الجاهلي وصدر الإسلام فهو يعتبر ابن الغير كالابن الصلبي، إلا أنه الغي بمجيء الإسلام وبطبيعة الحال فإن الدول العربية استبعد هذا النظام وتبنت الكفالة كنظام بديل لحماية ورعاية الأطفال، غير أن المشرع التونسي هو الوحيد الذي يأخذ بالتبني خلافا للدول العربية، وبناءا على ذلك تم اختيار دراسة موضوع الكفالة والتبني في القانون الجزائري والقانون التونسي.

وعلى هذا الأساس وللوصول إلى مضمون النظامين الكفالة والتبني نطرح عدة إشكاليات في هذا السياق وهي:

---

[1]– سورة المائدة الآية 2.

ما هو موقف المشرعين الجزائري والتونسي من نظامي الكفالة والتبني؟ وماهي أوجه التداخل والاختلاف بينهما الفرق الجوهري بينهما؟

فقد استقر بنا الرأي أن نتبع في إجابتنا على الإشكالية المطروحة منهج التحليل والمقارنة في التعرض لموقفي التشريع الجزائري والتونسي وبناء عليه تم تقسيم بحثنا إلى فصلين:

- نتناول في الفصل الأول نظام الكفالة في القانون الجزائري والتونسي.
- وفي الفصل الثاني نظام التبني في القانون الجزائري والتونسي.

خطة البحث

الفصل الأول: نظام الكفالة في القانون الجزائري والتونسي

المبحث الأول: مفهوم الكفالة

المطلب الأول: المقصود بالكفالة

الفرع الأول: تعريف الكفالة

الفرع الثاني: حكم ودليل مشروعية الكفالة

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعيتها

المطلب الثاني: خصائص الكفالة وتمييزها عن الحضانة

الفرع الأول: خصائص الكفالة

الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن الحضانة

المطلب الثالث: شروط وإجراءات الكفالة

الفرع الأول: شروط الكفالة

الفرع الثاني: إجراءات الكفالة

المبحث الثاني: آثار الكفالة وأسباب انقضائها

المطلب الأول: آثار الكفالة

الفرع الأول: آثار الكفالة بالنسبة للكافل

الفرع الثاني: آثار الكفالة بالنسبة للمكفول

المطلب الثاني: أسباب انقضاء الكفالة

الفرع الأول: الأسباب المتعلقة بالكافل

الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة بالمكفول

الفصل الثاني: نظام التبني في القانون الجزائري والتونسي

المبحث الأول: مفهوم التبني

المطلب الأول: المقصود بالتبني

الفرع الأول: تعريف التبني

الفرع الثاني: حكم التبني ودليل تحريمه

الفرع الثالث: الحكمة من تحريم التبني

المطلب الثاني: خصائص التبني وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له

الفرع الأول: خصائص التبني

الفرع الثاني: تمييز التبني عن بعض الأنظمة المشابهة له

الفرع الثالث: الفرق بين التبني والكفالة

المطلب الثالث: شروط وإجراءات التبني

الفرع الأول: شروط التبني

الفرع الثاني: إجراءات التبني

المبحث الثاني: آثار التبني وموقف التشريع الجزائري من التبني

المطلب الأول: آثار التبني وأسباب انقضاء التبني

الفرع الأول: الحقوق والواجبات المترتبة عن التبني

الفرع الثاني: انقضاء التبني

المطلب الثاني: موقف التشريع الجزائري من التبني

الفرع الأول: نماذج من قرارات المحكمة العليا مضمونها إبطال التبني

الفرع الثاني: التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له

الفصل الأول

نظام الكفالة في القانون الجزائري والتونسي

إن موضوع الكفالة من المواضيع المهمة والواسعة، فبمجرد التطرق إلى هذا النوع من العقود يجعلنا نصطدم بعدة أنواع، منها ما يتعلق بضمان الدين وهذا ما نجده في الالتزامات التعاقدية المدنية، ومنها ما يتعلق بالرعاية والولاية على القصر وهذا ما نجده في الأحوال الشخصية، فالنوع الأول يمثل التأمينات الشخصية فهو ليس محل دراستنا، أما النوع الثاني يتعلق بالولاية على النفس أو المال أو الولاية على النفس والمال معا وهو محل دراستنا، فالكفالة جاءت بها الشريعة الإسلامية كبديل لنظام التبني الذي كان سائد في القديم، ففتحت الشريعة الإسلامية باب المعروف والإحسان والخير لوجه الله تعالى وذلك بالتكفل باليتامى واللقطاء ومجهولي النسب، بناء على ذلك تبنت الدول العربية هذا النظام وخير دليل النصوص القانونية الدالية لهذه الدول، وعليه ارتأينا دراسة مقارنة حول نظام الكفالة بين التشريع الجزائري والتشريع التونسي، وذلك من خلال تقسيمنا هذا الفصل إلى مبحثين مفهوم الكفالة في القانونين حكمها ودليل مشروعيتها، شروطها، إجراءاتها(المبحث الأول)، آثار الكفالة، أسباب انقضائها(المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الكفالة في القانون الجزائري والتونسي

الكفالة تعتبر من الوسائل البديلة لحماية الطفل الذي لا أسرته له، ولقد أخذت بهذا النظام كل من الجزائر وتونس على غرار التشريعات العربية الأخرى متبعة في ذلك الشريعة الإسلامية، وسوف نتعرض في هذا المبحث إلى مفهوم الكفالة في كلا القانون وتبيان ما إذا كان هناك اختلاف بين القانونين.

المطلب الأول

المقصود بالكفالة

تطرق كلا التشريعين إلى الكفالة في قانون الأسرة الجزائري[1] من المواد116إلى 125، ومن الفصل3 إلى الفصل 7 من القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني في القانون التونسي[2] وعليه يتطلب التطرق إلى هذه المواد الخاصة بالكفالة حتى نتوصل إلى المقصود بالكفالة.

---

[1]– القانون رقم 84–11، المؤرخ في09 رمضان عام1404، الموافق ل09يونيو سنة1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج. ر ع 31، المؤرخ في 30 جويلية1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم05–02، المؤرخ في18 محرم عام 1426، الموافق ل27 فبراير2005، ج،ر،ع15، المؤرخة في 27 فبراير2005.

[2]– القانون عدد27 لعام 1958 المؤرخ في4مارس1958، متعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني في تونس.

الفرع الأول

تعريف الكفالة

يمكن تعريف لغة واصطلاحا:

أولا: الكفالة لغة

الكفالة بفتح الكاف، كفل يكفل كفالة بمعنى التزام أو الضمان[1]، كأن تقول تكفلت بالمال أي التزمت به بمعنى الضم أي ضمها إلى نفسه[2].

ثانيا: الكفالة اصطلاحا

جاء تعريف الكفالة في نص المادة116 من قانون الأسرة الجزائري على أن: " **الكفالة التزام** على **وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي**" وفي الفصل الثالث من القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني ورد تعريف الكفالة، بحيث جاء في صلب الفصل مايلي: "**الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر**".

فالكفالة حسب النصين أعلاه التزام يقع على عاتق الكافل المتمثل في رعاية وحماية المكفول وضمان له حياة مستقرة وتعليم وتربية وتنشئة حسنة، قد يكون الكافل زوجين أو شخص أعزب، أو هيئة خاصة بكفالة الأطفال اليتامى، المهملين، اللقطاء أو مجهولي النسب أو معلومي النسب، بشرط أن ينسب الطفل إلى أبيه الحقيقي إن كان معروفا، فإن لم يكن معروفا فيقال في نسبه فلان أو فلان الذي يربيه قوله تعالى:" **فإخوانكم في الدين**"[2]، كما يجوز أن ينسب إلى أمه إذا لم يكن أب شرعي، فيقال فلان ابن فلانة[3].

---

[1]- محمد رواس قلعه جي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط1، دار النفانس للنشر والتوزيع، لبنان،1985، ص.287.

[2]- سورة الأحزاب، الآية 5.

[3]- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2012،ص.526.

الفرع الثاني

حكم ودليل مشروعية الكفالة

لاشك أن الشريعة الإسلامية تبقى دائما تعتني بالإنسان منذ ولادته، ويظهر ذلك بالحفاظ على حقيقة ونسب الإنسان.

أولا: حكم الكفالة

إن تحريم الإسلام لنظام التبني الذي إذا نظرنا إليه من الناحية الأخلاقية فإنه عمل نبيل، بحيث يساعد على حماية الكثير من الأطفال من الضياع ويعمل على توفير الدفء العائلي لهم ولكن إذا نظرنا إليه من ناحية أصل الإنسان فإنه يطمسها، فبمقابل هذا التحريم أمر الإسلام بالتكافل وحث على رعاية وكفالة مجهولي النسب واللقطاء واليتامى وغيرهم ممن تعرضوا لويلات الزمان ومعاملتهم معاملة إنسانية كريمة تحفظ لهم كامل حقوقهم المادية والمعنوية، فإن الشريعة الإسلامية السمحة أولت هؤلاء أشد الاهتمام وعظمت أجر الإحسان لهم قال عز وجل" **وأحسنوا إن الله** يحب **المحسنين**[1]" وقوله تعالى: " **ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا**"[2].

ثانيا: دليل مشروعية الكفالة

الكفالة مشروعة في الإسلام فهي من الأعمال الطيبة التي تقدسها الشرائع السماوية وتقدرها المجتمعات في مختلف الأزمان، ولقد استدل العلماء على مشروعيتها من الكتاب والسنة.

1/ من الكتاب: قوله جل جلاله: " **وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم**"[3] وقوله تعالى: " **إذ تمشي أختك فتقول هل أدلكم على من يكلفه**"[4].

2/ من السنة: جاء في السنة النبوية عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" **من قبض يتيما من بين المسلمين إلى طعامه وشرابه أدخله الله الجنة البتة إلا أن يعمل ذنبا لا يغفر له**[5]".

---

[1]– سورة البقرة الآية 195.

[2]– سورة المائدة، الآية 32.

[3]– سورة آل عمران، الآية44.

[4]– سورة طه، الآية40.

[5]– أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي(الجامع المختصر من السنن)، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض،ص.324.

وعن سهل بن سعد قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بأصبعيه يعني السبابة والوسطى**[1]".

الفرع الثالث

الحكمة من مشروعية الكفالة

إنه ما من نظام كفل الطفولة وتعهدها بالحفظ والعناية كنظام الشريعة الإسلامية، يظهر ذلك بفتح باب الإحسان للطفل على أوسع نطاق بتوفير الحياة الدافئة في مجتمع العدل والمساواة[2]" ويعتبر ذلك إنقاذ لروح ضعيفة من الهلاك، قال تعالى: " **ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا**[2] ويتمثل ذلك بالقيام بشؤونه حتى يستقل بنفسه، ومنها النفقة، الإيواء، التربية، الإرشاد، التعلم والتوجيه لمهنة تمكنة من الكسب المادي للعيش، وحتى يقوى كذلك للنهوض بتبعات الحياة.

المطلب الثاني

خصائص الكفالة وتمييزها عن الحضانة

استنادا لما تم ذكره فيما سبق، أن للكفالة مجموعة من الخصائص(الفرع الأول) تميزها عن ما يشابهها من الأنظمة(الفرع الثاني).

الفرع الأول

خصائص الكفالة

تتميز الكفالة بجملة من الخصائص يمكن تلخيص أهمها فيمايلي:

أولا: الكفالة عقد تبرعي مصدره العاطفة الإنسانية الصادرة من الشخص أو الكفيل الراغب بإبرام هذا العقد، دون مقابل من المكفول، ليس لأنه غير أهلا للالتزام فحسب بل لأنه ليس هناك التزام أو واجب يقابلها على الإطلاق[3].

---

[1] محمد إبراهيم أبو جريبان، عناية الشريعة الإسلامية بالطفولة مقارنة مع المواثيق والمبادئ الدولية والقانون الأردني، مجلة الجامعة الإسلامية(سلسلة الدراسات الإسلامية)، مج19، ع.2، الأردن،2011،ص.137.

[2]– محمد إبراهيم أبو جريبان، " عناية الشريعة الإسلامية بالطفولة مقارنة مع المواثيق والمبادئ الدولية والقانون الأردني، مجلة الجامعة الإسلامية(سلسلة الدراسات الإسلامي)، مج19،ع2، الأردن، 2011.ص 137

[2]– سورة المائدة، الآية32.

[3]– عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين، (دراسة تحليلية نقدية لظهير 13 يونيو2002 على ضوء أحكام مدونة الأسرة)؛ الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2008. ص 87

ثانيا: تضفي الكفالة الحماية والرعاية على الأطفال الذين يعجزون على حماية أنفسهم وكذا أموالهم، وتضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي.

ثالثا: الكفالة لا تمنح إلا بحضور القاضي أو الموثق وبعد إجراء تحقيق وحسب ما تقتضيه مصلحة المكفول.

رابعا: الكفالة تحافظ على جميع حقوق المكفول الناتجة عن نسبه خاصة لقبه وحقه في الإرث هذا من جهة، ومن جهة أخرى تحافظ على حقوق الميراث وتمنع التعدي عليها التي لا يحق للمكفول أن يرث فيها بل يمكن أن يحصل على وصية أو تبرع من طرف الكافل في حدود الثلث استنادا للمادة123 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني

تمييز الكفالة عن الحضانة

من الناحية الظاهرية من الصعب التمييز بين النظامين لأن كل منهما يهدفان إلى حفاظ ورعاية وتربية وتنشئة الطفل ماديا ونفسيا.

ومن أجل الوصول إلى الفروق الجوهرية بين النظامين نرجع إلى استقراء مواد القانون الجزائري وفصول التشريع التونسي المتعلقة بالنظامين، ويظهر التمييز بينهما فيمايلي:

أولا: الكفالة التزام بمعنى عقد يتعهد به الكافل اتجاه المكفول بالإتفاق عليه ورعايته رعاية الأب الحقيقي لأبنائه، في حين أن غرضها الحنان والمودة والصيانة والرعاية للطفل بما يحتاجه من منافع، ويدفع عنه من مضار، والحاضنة ليست ملزمة بالاتفاق عليه ، لأنه في الأصل أن نفقة المحضون تكون من ماله إن كان له مال[1].

ثانيا: تمنح الكفالة بموجب قرار قضائي بعد إبرامها أمام الموثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة المحكمة عليها، أما الحضانة فتستند بحكم قضائي.

ثالثا: الولد المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب كاللقيط، أما الولد المحضون يكون معلوم النسب.

---

[1] – علال أمال، الكفالة والتبني، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2009،ص.34.

رابعا: الكفالة موضوعها يرد على رعاية وصيانة طفل مهمل، أو مجهول النسب أو يتيم، فهذه الفئة تعتريها مجموعة من المشاكل في الحصول على المأوى، أما الحضانة فالطفل يحض بها بمجرد ولادته فهو حق ثابت لكل مولود على حاضنة[1].

واستنادا لما سبق نقول أن الكفالة ليست حضانة لأنها لو كانت كذلك لما نظمها المشرعين بل يكفي فقط بالإشارة إلى أحدهما ونجد أيضا المادة20 من اتفاقية حقوق الطفل نصت على أن الرعاية البديلة تشمل الحضانة، الكفالة والتبني.

المطلب الثالث

شروط و إجراءات عقد الكفالة

عقد الكفالة كباقي العقود الأخرى، لكي يرتب آثاره لابد من توافر شروط متعلقة بطالب الكفالة وشروط متعلقة بالمكفول(الفرع الأول)، ولإضفاء الطابع القانوني عليه فإن هذا الأخير اشترط إتباع مجموعة من الإجراءات(الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط الكفالة

تناول كلا المشرعين الشروط التي منها الجهة المختصة بإقرار الكفالة وذلك استنادا للتحقيق الذي تجريه هذه الجهة، وبالرجوع إلى قانون الأسرة والقانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني نجد أنهما تضمنت الشروط التالية:

أولا: الشروط المتعلقة بطالب الكفالة

استنادا للمادة 118 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه:" يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته"، وفصل 3 من الولاية العمومية والكفالة والتبني الذي جاء في صلبه أنه: " **الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر**"، **والفصل من 58** من مجلة الأحوال الشخصية[2] المتعلق بالشروط الخاصة بمستحق الحضانة، الذي أحالنا إليه الفصل5 من قانون بالولاية العمومية والكفالة والتبني بحيث

---

[1]– عبد القادر قرموش، المرجع السابق،ص.92.

[2]– الأمر العلي المؤرخ في13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، المنشور بالرائد الرسمي التونسي، عدد66الصادر في17أوت1956.

ينص على أنه:" **يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية...**"

2/ أن يكون مسلما:

إن الإسلام هو الدين المحترف في تربية الفرد وتنشئته وتكوين أخلاقه، لذا يشترط أن يكون الشخص يدين بالدين الإسلامي، لقوله تعالى:" بشر **المنافقين بان لهم عذابا أليما، الذين يتخذون الكافرين أولياء من دون المؤمنين أيبتغون عندهم العزة فإن لله جميعا**"[1] **وقوله عز وجل: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**"[2].

وذلك بإيماء قواه العقلية ببث القيم الدينية الأصلية ببساطة وسهولة ويسر، وإخراجه من دائرة التمركز حول نفسه رويدا رويدا إلى الطابع الاجتماعي من معرفة القيم والمبادئ والعادات والتقاليد[3].

وعليه اشترط إسناد مهمة الكفالة إلى حضن المسلم المتشبع بالأخلاق والمبادئ الإسلامية التي تتضمن الصدق وروح المسؤولية[4].

ويفهم من ذلك أن اليهودي أو المسيحي أو المتدين بدين آخر غير الإسلام فإنه يرفض طلبه من قبل الجهة المختصة وهذا بالنسبة للمشرع الجزائري كان موقفه صريحا في قوله:"....الكافل مسلما...."، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي على خلاف نظيره الجزائري لم يشترط الإسلام في الكافل.

3/ أن يكون عاقلا:

وثاني شرط هو أن يتمتع الكافل بكامل قواه العقلية، فليس من المعقول أن تسند مسؤولية تربية ورعاية وصيانة المكفول لشخص فاقد أو مضطرب عقليا بحيث أنه لا يحسن القيام بشؤونه بل أنه بحاجة إلى من يتكفل بأموره إذ يعتبر خطر على الطفل.

4/ أن يكون أهلا:

اشترط كلا المشرعين أن يكون الكافل رشيد وأهلا للقيام بشؤون المكفول، والأهلية في اللغة هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور فلأهلية للأمر هي الصلاحية له أو بمعنى آخر الأهلية عبارة

---

[1]–سورة النساء، الآية 138–139.

[2]– سورة النساء، الآية 140.

[3]– منصور الرفاعي عبيد، حقوق الأبناء على الآباء في المنظور الإسلامي، ط1، دار الجيل، بيروت،1993،ص.10.

[4]–علال أمال، التبني والكفالة، المرجع السابق،ص.72.

عن صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه[1]، بحيث قال تعالى: " **وألزمهم كلمة التقوى كانوا أحق بها وأهلها**"[2] وقوله:" **هو أهل التقوى وأهل المغفرة**"[3].

وفي الاصطلاح هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو تحمله التزاما[4]، وهذه الأخيرة هي التي يشترط أن تتوفر في الكافل وهي أهلية الأداء الكاملة التي لا تثبت إلا لمن توفرت أو اجتمعت شروط التكليف الشرعية الكاملة كالبلوغ والعقل مع خلوه من العوارض التي من شأنها تنقص أو تعدم الأهلية كأن يحجز عليه بسبب الجنون أو العته وسن الرشد هو19 سنة وهذا ما جاء في المادة40 من القانون المدني الجزائري: كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد هو19 سنة كاملة". أما بالنسبة للمشرع التونسي فسن الرشد هو20 سنة استنادا للفصل7 من مجلة الالتزامات والعقود[5] بحيث جاء في صلبها:" كل إنسان ذكر أم أنثى تجاوز عمره20سنة كاملة يعتبر رشيدا بمقتضى هذا القانون".

4/ أن يكون قادرا:

وتتمثل القدرة في أن تتوفر لدى الكافل الوسيلة المادية والمالية الكافية التي بواسطتها يوفر للمكفول الحاجيات والضروريات ومدام الكافل ملزم برعاية الولد رعاية الأب الحقيقي بابنه الصلبي فإن التزامه هذا يشمل الغذاء، الكسوة، العلاج، والسكن، أو أجرته وهذه تسمى بمشتملة النفقة المنصوص عليها في المادة78 من قانون الأسرة الجزائري فإن عدم توفرها يحول دون تحقيق الغرض المرجو من الكفالة، فالبطال مثلا أو العاطل عن العمل وكل من ليس له مورد رزق يتخذه قوتا فكيف له أن يوفر النفقة وخاصة أن الحياة المعيشية تزداد غلاء يوم بعد يوم، وعليه يشترط في الملف المقدم لطلب الكفالة أن يشمل الرواتب الشهرية للكافل.

---

[1]– علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، قاموس المصطلحات وتعريفات علم الفقه واللغة والفلسفة والمنطق والتصوف والنحو والصرف والعروض والبلاغة، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، مصر،2004،ص.36.

[2]– سورة الفتح، الآية 26.

[3]– سورة المدثر، الآية56.

[4]– لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن،1992،ص.77.

[5]– قانون عدد87 لسنة 2005 مؤرخ في15أوت2005، يتعلق بالمصادقة على بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود، المنشور بالرائد الرسمي عدد68المؤرخ في 15 أوت2005.

ويضاف إلى القدرة المالية القدرة الجسمية إذ من المفروض أن يكون الكافل يتمتع بصحة جيدة فإذا كان مشلولا أو مصاب بمرض معد فإن ذلك يمنعه من أداء واجبه اتجاه الطفل، لذا يشترط تقديم شهادة طبية لطالب الكفالة، كما يشترط في الكافل أن يكون أمينا أي لم يسبق له أن حكم عليه من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال، فالأخلاق الحسنة هي الأساس التي يكبر ويتربى عليها الطفل فإن ضاعت أو فسدت أساءت إلى الطفل المكفول خلقا وتربية[1].

ففي جميع الأحوال تعود السلطة التقديرية للقاضي فيما إذا كان الكافل يستحق الكفالة وذلك بعد مباشرة فتح تحقيق حول هوية كل كافل وما إن كان يرغب في التكفل بطفل فقط لدافع إنساني أم لأهداف أخرى، ليتم في الأخير الموافقة على ملف التكفل أو رفضه.

وما يجدر الإشارة إليه هو ما نستشفه من النصوص أعلاه بإجراء مقارنة بين التشريعين نرى أنه لم يجز المشرع الجزائري للأشخاص المعنوية الحق في طلب الكفالة بالرغم من أنها عادة لها ذمة مالية وتسيير بشري لائق يمكنها أن توفر جميع احتياجات الأطفال، ومن بين هذه الأشخاص نجد المؤسسات العمومية للأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي ومن جملتها نجد المؤسسة العمومية التي تحمل اسم الطفولة المسعفة المتواجدة تقريبا في كل ولاية من ولايات الوطن.

على خلاف المشرع الجزائري فإن نظيره التونسي يجيز للشخص المعنوي أن يقوم بكفالة الأطفال وهذا ما جاء في الفصل3 أن الكفالة يقوم بمقتضاها شخص رشيد أو هيئة بكفالة طفل قاصر.

ثالثا: الشروط المتعلقة بالمكفول

لم ينص المشرعين على الشروط التي يجب أن تتوفر في المكفول بصفة مباشرة وهذا لا يعني أنه لا يوجد شروط بل بالرجوع إلى النصوص المتعلقة بالكفالة فإننا نستخلصها من المادتين116و119 من قانون الأسرة الجزائري ومن الفصل3 من القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني وتتمثل هذه الشروط في:

1/- أن يكون المكفول قاصر

فالمشرعين اكتفى بأن يكون المكفول قاصرا وربط مفهوم القاصر بالأهلية وهذا من خلال نص المادة40 و42 من القانون المدني الجزائري وحسب الفصل7 من مجلة الالتزامات والعقود، ويمكن تعريف حالة القاصر وفقا للتشريع الجزائري بأنها حالة شخص الذي لم يبلغ19 سنة ولم يبلغ 20 سنة بالنسبة للقاصر في القانون التونسي وبالتالي فإن هذه الحالة تنتهي ببلوغ هذا السن باعتباره يمثل سن الرشد الذي

[1]- عبد القادر قرموش، المرجع السابق،ص.107.

من خلاله يصبح الشخص كامل الأهلية بإمكانه القيام بشؤونه بنفسه[1]، فالطفل في هذه المرحلة يعد محل اهتمام من قبل القوانين لأنه يعجز عن تأمين مستقبله بنفسه فهو بحاجة إلى من يتولى أموره إذ يقال أنه أمانة الله يجب أن نحافظ عليها وذلك برعايته وتعهده بما يصلحه وتربيته بدنيا ونفسيا وعقليا كي يستطيع القيام بنفسه ويصبح لبنة صالحة في بنيان مجتمعه.

وعليه إذا ثبت للجهة المكلفة أن المكفول بلغ سن الرشد فإنها ترفض أن تضعه تحت حماية الكافل بدليل أنه أصبح رشيدا يمكن أي يستقل بأمره.

2/ المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب:

النسب من الحقوق الهامة التي أثبتتها الشريعة الإسلامية للولد والوالدين[2]؛ ويحفظ النسب جميع حقوق الولد إذ تتحدد في اللقب والحضانة والنفقة والإرث[3] والمبدأ الأساسي لثبوت النسب أن يكون الولد ثمرة نكاح صحيح ولم ينف بالطرق المشروعة كاللعان، وفي حالة عدم الإقرار به من قبل الأب أو الأبوين كأن يتخلى عنه في الطريق العام أو في مستشفى يعتبر مجهول النسب ووفقا لذلك جاء في نص **المادة119** من قانون الأسرة الجزائري أن المكفول يمكن أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب.

أ/ – القاصر مجهول النسب

الطفل المجهول النسب هو الولد الغير معلوم الأب أو قام الأب الذي انتسب إليه بنفي نسبه عنه، يكون مجهول النسب مطلقا إذا لم يعرف له لا أب ولا أم[4] ويضاف إليه كل من اللقيط والمهمل، فاللقيط هو المتخلى عنه والمتروك في الطريق العام[5]، أما المهمل هو الذي أهمله والديه أو أهملته أمه وتركته في المستشفى لظروف مادية أو غيرها.

إلا أن القانون لم يغفل عن هذه الفئة التي تئن تحت وطأة هذا الإهمال بل اعتنى بها ووضع قوانين تعاقب كل من يقصر في حق هذه الفئة ويظهر ذلك من خلال مبادرة كل من تونس والجزائر

---

[1]– بوذراع عبد العزيز، الحماية القانونية لأموال القصر في القانون الجزائري ودور القاضي في ذلك، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر،2004،ص.7.

[2] – يوسف قاسم ، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر،1987،ص.385.

[3]–غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية؛ ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2010، ص.26.

[4]– أنيس سمكة، إثبات النسب بين الأحوال الشخصية والقانون عدد75 سنة1998، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، 2001،ص.4.

[5]- Djenned mohand. Les droits de l’enfant en Algérie .mémoire D.E.A. université PERPIGNaN.2006P.6.

بالمصادقة على اتفاقية حقوق الطفل بموجب القانون عدد92 لسنة 1991[1] وبموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461[2]، وكذا تعاقب كل من يترك أو يعرض طفل للخطر وهذا ما جاء في الفصل 212 من المجلة الجنائية التونسية[3] فكل من يعرض أو يترك مباشرة أو بواسطة بقصد الإهمال طفل لا طاقة له أو عاجز على حفظ نفسه يسجن لمدة ثلاثة أعوام وخطية قدرها مئتا دينار.

بالإضافة المادة **314** من قانون العقوبات الجزائري[4] وكما تظهر حماية المشرع أيضا في منح ضابط الحالة المدنية[5] الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والمهملين ومجهولي الأبوين بموجب **المادة64** من قانون الحالة المدنية وغيرها من النصوص القانونية الأخرى.

ورغم هذه الترسانة القانونية الضخمة المتعلقة بحماية الأطفال إلا أنه وللأسف نجد ظاهرة مجهول النسب في تزايد غير معقول ويجد نفسه في المراكز المختصة برعاية الطفولة، والتي لا ترقى إلى مستوى أحسن بسبب الصعوبات التي تواجهها من الناحية المادية والبشرية[6]مما يجعلها توافق على منح الطفل إلى عائلات ذو قدرة مادية وخاصة المعنوية التي تحقق مصلحة الطفل.

ب/- القاصر معلوم النسب

وقد يكون المكفول معلوم النسب وهو اثبت نسبه إلى أبيه بسبب الزواج الصحيح، الزواج الفاسد أو نكاح الشبهة بشرط أن يأتي الولد في مدة الحمل [5] ويكون محلا للكفالة في حالة وفاتهما أو وفاة

---

[1]- القانون عدد 92 المؤرخ في9 نوفمبر 1991، المتضمن المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع82 الصادر في 3 ديسمبر 1991.

2- المرسوم الرئاسي رقم 92-461، المؤرخ في 24 جمادى الثاني عام 1413، الموافق ل19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، ج.ر، ع.91، المؤرخة في 28 جمادى الثاني عام 1413، الموافق ل 23 ديسمبر 1999.

[3]- القانون عدد 93 سنة 1995، مؤرخ في 9 نوفمبر1995، المتعلق بتنقيح وإتمام بعض فصول المجلة الجنائية.

[4]- الأمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 يونيو1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم09-01، مؤرخ في29 صفر عام 1430 الموافق ل25 فبراير2009،ج.ر،ع15، الصادرة في8 مارس 2009.

[5]- الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية.

[6]- طلبة مالك، التبني والكفالة؛ مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، قضاء وهران، الدفعة الرابعة عشر،2003-2006،ص.23.

[7]- أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع الإعلان، مصراطة،1990. ص. ص 166-165

أحدهما أو إهماله وتركه لأسباب معيشية وعدم القدرة على تربيته ورعايته ويشترط موافقتهما أو أحدهما إذا كان الأخر ميتا أو مجهولا عند إبرام العقد أمام الجهات المكلفة بذلك.

الفرع الثاني

إجراءات عقد الكفالة

يخضع طلب الكفالة إلى رقابة قبل أن توافق عليه الجهة المكلفة بذلك وإلى رقابة لاحقة لقبول العقد، وتتمثل الأولى في تأكد هذه الجهة من توفر الشروط اللازمة في كل من الكافل والمكفول، أما الثانية فهي تكون أثناء سريان العقد بحيث تنظر الجهة في مدى التزام الكافل بتحقيق مصلحة المكفول، والجهات القادرة على إنشاء هذا العقد والسهر على سريانه صحيحا، وتتمثل حسب المادة117 من قانون الأسرة الجزائري، والفصل4 من القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، والفصل57 من مجلة حماية الطفل[1] في كل من الجهة القضائية، الموثق بالإضافة إلى مكاتب البعثات الدبلوماسية.

أولا: أمام القاضي

يقدم طلب الكفالة إلى المحكمة، فهي حسب **المادة32** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] صاحبة الولاية العامة تنظر في جميع القضايا من بينها شؤون الأسرة ويكون هذا الطلب رسمي بموجب عريضة تقدم أمام رئيس المحكمة أو أمام قاضي شؤون الأسرة لنفس المحكمة التي يوجد فيها موطن طالب الكفالة وهذا ما نصت عليه **المادة492** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعد التأكد من تطابق إدارة الكافل مع إدارة أبوي المكفول أو أحدهما إذا كان الآخر ميتا أو من يمثله من جهة أخرى و بتأكد من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل وذلك بعد مباشرته للتحقيق والبحث الملازم في خصوص أمانة ومقدرة الكافل المادية والمعنوية على رعاية القاصر والقيام بتربيته وحفظه والإنفاق عليه وتوفير كل المستلزمات المعيشية للطفل المنصوص عليها **المادة78** من قانون الأسرة الجزائري والفصل **50** من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ويتم عادة ذلك التحقيق من خلال أبحاث وتحريات تجرى بواسطة خبراء كالمرشدين الاجتماعيين ومندوبي حماية الطفل.

---

[1]–القانون عدد92 لسنة 1995 المؤرخ في9 نوفمبر1995، المتعلق بمجلة حماية الطفل، منشور بالرائد للجمهورية التونسية عدد32.

[2]– قانون رقم 08–09، المؤرخ في18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج، ر،عدد.21، المؤرخة في17 ربيع الأول عام 1429، الموافق ل23 أبريل 2008.

وتنتهي مهمة القاضي الجزائري بإصدار أمر مبرزا فيه إرادة الطرفين في قالب رسمي وذلك بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة وهذا حفاظا على مصلحة المكفول حتى لا تهضم حقوقه وهذا هو دور وكيل الجمهورية باعتباره ممثل المجتمع ويسعى إلى تحقيق حماية حقوق وحريات هذا الأخير، أما بالنسبة لمهمة القاضي التونسي فإنها تمتد وتتمثل في المراقبة اللاحقة لعقد الكفالة فالقاضي يقوم بمراقبة دورية بعد وضع المكفول في ولاية الكافل فحسب نص الفصل **57** من مجلة حماية الطفل: " **يسهر قاضي** الأسرة **على متابعة وضعية الأطفال المأذون بكفالتهم بالاستعانة بمندوب حماية الطفولة وبالمصالح والهيئات الاجتماعية المختصة**"، بحيث خول له القانون أن يسحب الطفل من الكافل كلما اقتضت مصلحة المكفول.

وما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد أن التشريع التونسي يأخذ إلى جانب الكفالة الاتفاقية الكفالة القضائية بعد صدور مجلة حماية الطفل وهي حكم يصدره قاضي الأسرة بدون توقف على رضا الأبوين أو يمثله بوضع الطفل المهدد تحت نظام الكفالة متى اقتضت مصلحة الطفل ذلك وهذا ما جاء في الفصل4/59 من مجلة حماية الطفل: " يمكن للقاضي الأسرة أن يأذن وضع الطفل تحت نظام الكفالة...".

ويبقى الطفل المكفول تحت رقابة قاضي الأسرة الذي عليه متابعة تنفيذ أحكامه ويمكنه مراجعة قرار وضع تحت نظام الكفالة كلما اقتضت مصلحة الطفل ذلك.

ثانيا: أمام الموثق

خول القانون للموثق بموجب المادة117 من قانون الأسرة الجزائري بتحرير عقد الكفالة وذلك بطلب من مستفيد هذا العقد، وقبل ذلك يتأكد من توفر الشروط المطلوبة في ملف طالب الكفالة وكذا يتحقق من تطابق الرضا بين والدي الطفل أو أحدهما إذا كان الآخر ميتا أو مجهولا أو الجهة المكلفة برعايته، وبعدها يقوم بتوقيع العقد ويقدمه للأطراف والشاهدين للإمضاء عليه، وهنا يكون العقد صحيحا وجاهزا للتنفيذ دون أن يخضع للمصادقة من طرف الجهة القضائية وهذا استنادا لنص المادة30 من القانون **رقم06-02**[1]، إلا أن عقد الكفالة التونسي يخضع للمصادقة من طرف القاضي استنادا للفصل4 من القانون المتعلق والولاية العمومية والكفالة والتبني:" **ويصادق** حاكم **الناحية على عقد الكفالة**....".

[1]- القانون رقم 06-02، المؤرخ في21 محرم عام 1427 الموافق ل20فبراير سنة2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج، ر، عدد14، المؤرخ في8 مارس2006، المعدل والمتمم.

ثالثا: أمام مكاتب البعثات الدبلوماسية

تختص هذه المكاتب بالإضافة إلى المحاكم والموثق بإبرام عقد الكفالة بالنسبة للفئة المغتربة الذين يرغبون في التكفل، وغالبيتهم حسب الواقع أزواج لم يكتب لهم الإنجاب وعليه يتقدم راغب الحصول على كفالة الطفل إلى هذه الجهة التابعة لوزارة الخارجية التي تقوم بدورها بفتح تحقيق بالبحث حول الوضع الاجتماعي الحقيقي لطالب الكفالة والنظر في مدى صحة الوثائق المطلوبة وتوفرها[1].

ويجب على طالب الكفالة أن يخطر جميع الوثائق المشكلة لملف الكفالة وتختلف بحسب ما إذا كان المكفول مجهول النسب أو معلوم النسب:

1/ بالنسبة لملف مجهول النسب: يجب تقديم الوثائق التالية:

* عريضة بطلب الكفالة موقعة من الكفيل أو الزوجين الكفيلين.
* عقد الزواج.
* شهادة طبية للكفيل.
* شهادة جنسية الكفيل.
* سجل السوابق العدلية للكفيل.
*صور لبطاقة التعريف الوطنية للكفيل والشهود.
* وثيقة تثبت القدرة المالية على التكفل(شهادة العمل+ كشف الرواتب).
* شهادة صادرة من مديرية النشاط الاجتماعي، تتضمن وضع القاصر تحت كفالة الكفيل.
* دفع رسم الكفالة وطابع جبائي.

2/ بالنسبة لملف معلوم النسب، يجب تقديم الوثائق التالية:

* عريضة بطلب الكفالة موقعة من الكفيل وولي المكفول.
* شهادة ميلاد الكفيل(إذا كان زوجين، يشترط إرفاق عقد زواجهما وشهادة ميلاد كل واحد منهما)
* شهادة ميلاد المكفول.
* شهادة ميلاد والدي المكفول وعقد زواجهما. تصريحا أبويا يتضمن موافقة الوالدين.
* وثيقة تثبت القدرة المالية على التكفل(شهادة العمل+ كشف الرواتب).

[1]– الملحق رقم 01 المتعلق بالشروط والوثائق المطلوبة وإجراءات الكفالة في تونس صادرة عن وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن والتونسيين بالخارج، المعهد الوطني لرعاية الطفولة،01 نهج جيران خليل جبران،2010. منوبة.

* بطاقة إقامة المكفول أو والديه تثبت الإقامة بدائرة اختصاص المحكمة.

* نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للأطراف والشاهدين.

* في حالة وفاة أحد والدي المكفول، إرفاق شهادة الوفاة.

* في حالة وفاة الوالدين، إرفاق شهادتي وفاتهما، وهنا يتم تعيين مقدم.

* دفع رسم الكفالة طابع جبائي.

أما بالنسبة للملف المقدم أمام البعثات الدبلوماسية فعلى الطالب أن يرفق بالإضافة إلى الوثائق المشار إليها أعلاه الوثائق التالية:

* بحث اجتماعي موقعا قانونا من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية.

* وصل الأعباء أو عقد الملكية.

* نسخة من بطاقات القنصلية[1].

المبحث الثاني

آثار عقد الكفالة وأسباب انقضائها

عقد الكفالة كباقي العقود إذا استكمل كل شروطه وتطابقت إرادة الأطراف فإنه يصبح قابلا للتنفيذ وإنتاج آثاره على أرض الواقع ويبقى كذلك إلى أن يسقط باعتباره عقد مؤقت ينقضي لأسباب معينة وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى الآثار الناجمة عن عقد الكفالة(المطلب الأول) ثم نبين لأسباب المؤدية إلى زواله وانقضائه(المطلب الثاني).

المطلب الأول

آثار عقد الكفالة

لا ينتج العقد آثاره إلا بعد أن ينتقل المكفول إلى حضن الكافل باعتباره محل العقد والعنصر الأساسي في تنفيذه، والقانون اعتبر الولاية القانونية على المكفول والمنح العائلية والدراسية المخولة له بموجب **المادة121** من قانون الأسرة الجزائري آثارا لعقد الكفالة وهي في حقيقة الأمر تمثل مضمون الكفالة وعليه يمكن توضيح هذه الآثار في فرعين آثار بالنسبة للكافل(الفرع الأول) وآثار بالنسبة للمكفول(الفرع الثاني).

[1]– دليل الكفالة ، وزارة العمل والحماية الاجتماعية، ص.1-3.

الفرع الأول

آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل

تكمن آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل في الالتزام بالولاية على المكفول كما يتولى الأب ولاية أولاده القصر، ويقصد بها بأنها نيابة قانونية مباشرة أي تستند مباشرة إلى نصوص قانونية تنشئها وتنظمها وهي مقررة على فاقدي الأهلية أو ناقصيها[1] وبناء على ذلك لا يعقل أن يترك هذا الطفل دون وسيلة يحقق بها مصالحه ويحافظ على أمواله، وعليه خول القانون للكافل الولاية القانونية بموجب عقد الكفالة وتتمثل في الولاية على نفس المكفول وماله.

أولا: الولاية على نفس المكفول

يقصد بالولاية على النفس سلطة الولي التي تتعلق المولى عليه من نفقة صيانة وحفظ وتأديبه وتعليمه وتزويجه، بما أن هذا الطفل عاجز عن القيام بتلك الأمور بنفسه حيث لا يدرك المصلحة فيها، فكان في أشد الحاجة إلى من يقوم بها[2] وبالتالي فإن الولاية على نفس المكفول تنتقل من والديه إلى الكافل إذا كان معلوم النسب، و تنتقل من مدير دار الحضانة أو مدير مؤسسة رعاية الطفولة أو الولي العمومي أو من يمثله من جهة أخرى إذا كان مجهول النسب، بمجرد إتمام عقد الكفالة ينتقل الطفل إلى حضن الكافل، وهذه الولاية في حقيقة الأمر هي واجبات والتزامات الكافل اتجاه المكفول وتشمل مايلي:

1/ النفقة: وهو حق أثبتته الشريعة الإسلامية للطفل ما دام صغيرا على الكسب لقوله تعالى:" **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها**[3]" والنفقة هي أول التزام يقع على عاتق الكافل تحقيقه وهذا استنادا لنص **المادة116** من قانون الأسرة الجزائري"....**بالقيام بولد قاصر من نفقة....**" وعليه لابد للقاضي أو الموثق قبل أن ينقلا المكفول إلى الكافل أن يتأكد كل منهما من أن ذمة الكافل يسيرة أي يملك المال الذي ينفقه على الطفل وذلك من خلال كشف راتبه الشهري، وما دام الكافل يكون بمثابة الأب والمكفول يأخذ مرتبة الابن الشرعي فإن نفقته تشمل حسب القانونين الغذاء، الكسوة، العلاج، السكن أو أجرته، نفقات التعليم وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة وهذا ما جاء في **الفصل50** من مجلة الأحوال الشخصية التونسي **والمادة78** من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1]– محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية(دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن)؛ ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2012، ص.54.

[2]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام؛ ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت،1993،ص.787.

[3]– سورة البقرة، الآية233.

2/- التربية والتأديب والتعليم: يلزم الكافل بتربية المكفول التربية الحسنة إيمانا خلقا عقلا جسما ونفسا ومنحه الحنان والعطف الدافئ الذي حرم منه وتعويضه عن كل ما افتقده كما يعوده على النفقة بالنفس والحب والتعاون والاعتماد عن الحساسية الزائدة حتى يظهر المكفول في المجتمع ويساعده على الاندماج الصحيح في المجتمع[1] ويضاف إلى ذلك حمايته من كل اعتداء يقع عليه إذ يمثل الولي القانوني له عند الاعتداء عليه فالكافل هو من يرفع الشكاوى باسمه و يطالب بالتعويض لفائدته باعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحاكم[2] ويكون مسؤول مدنيا على أعمال هذا المكفول إذا ألحق ضرر بغيره.

3/- الزواج: ما دمت وظيفة الكافل هي رعاية القاصر والإشراف على شؤونه فإنه بالإضافة إلى ما سبق له سلطة الولاية في زواجه إذا ما منح له ترخيصا بالزواج من القاضي.

ثانيا: الولاية على مال المكفول

ويقصد بها إشراف الولي على شؤون القاصر المالية[3] وكما يمكن تعريفها بأنها صلاحية يعترف بها الشرع لشخص يكون بمقتضاها صلاحية إنشاء وتنفيذ التصرفات المتعلقة بمال المولى عليه[4] فقد يكون له مال ورثه من والديه أو تحصل عليه عن طريق التبرع أو الوصية أو أي طريق آخر كالمنح المدرسية، إلا أن القانون منعه من التصرف في هذه الأموال فالكافل هنا هو من ينوبه في ذلك ما دام أن الولاية الشرعية انتقلت إليه بقوة القانون، وهذا استنادا إلى نص **المادة121 والمادة 122** من قانون الأسرة الجزائري.

ما نلاحظه على هذه النصوص القانونية المتعلقة بالكافل هو هشاشتها من جانب حماية القاصر المكفول، باعتبار تصرفات هذا الكافل تكون بعيدة نوعا ما عن عين القضاء، لذلك يرى البعض أنه من الأفضل اعتبار الكفيل وصيا على المكفول، لأن الوصي عليه التزامات إضافية على التزامات الولي[5] إذ يكون ملزما بتقديم حساب وفقا **للمادة 97** من قانون الأسرة الجزائري ويكون للكافل حق استعمال محدود لأموال المكفول إن احتاج إلى ذلك وعليه يكون للكافل السلطة في إدارة أموال المكفول في حدود السلطات التي منحها له القانون سواء في التسيير أو التصرف كالبيع أو الإيجار واشترط تصرف الرجل الحريص،

---

[1]- شرين زهير أبو عبدو، معالم الأسرة المسلمة في القرآن الكريم، بحث لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في التفسير وعلوم القرآن، الجامعة الإسلامية، غزة،2010،ص.91.

[2]- طلبة مالك، المرجع السابق،ص.29.

[3]- بوذراع عبد العزيز، المرجع السابق،ص.32.

[4]- محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص19.

[5]- بوذراع عبد العزيز، المرجع السابق،ص.39.

أما في حالة التصرف في أموال القاصر المتعلقة بالعقارات بيعه أو رهنه أو قسمته أو أي تصرف يتضمن تعديل ذمته المالية فلا بد من استئذان القاضي وهذا استنادا إلى نص **المادة88** من قانون الأسرة الجزائري.

وما يجدر الإشارة إليه هو أنه بالنسبة للكفالة في القانون التونسي تبقى الولاية من حق الأب البيولوجي إذا كان المكفول معلوم النسب أو المعهد الوطني لحماية الطفولة وعليه يبقى المكفول مرتبطا ارتباطا وثيقا بعائلته البيولوجية ولا يمكن للكافل الارتقاء قانونا لمرتبة الولي الشرعي مما يجعل المكفول في حالة من التشتت بين العائلتين.

الفرع الثاني

آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول

للطفل المكفول مجموعة من الحقوق يضمنها له الكافل بموجب عقد الكفالة ومنها حقوق معنوية تتمثل في احتفاظ القاصر معلوم النسب بلقبه، أما مجهول النسب فله الحق في الحصول على لقب كافله تترتب عن إسناد كفالة القاصر بتولي الكافل كل الأعباء والنفقات المادية على المكفول لغاية انقضاء عقد الكفالة.

أولا: احتفاظ المكفول بنسبه

غالبا ما يكون الطفل المكفول مجهول النسب وفي حالات أخرى يكون معلوم النسب نظرا للظروف الاجتماعية المزرية للأبوين التي تحول دون توفير حاجيات طفلهم دفعهم القدر إلى إسناد الكفالة إلى شخص أخر يوفر له شروط الحياة اللازمة لتنشئته، ولقد نص القانون في هذه الحالة على أن القاصر يحتفظ بلقبه الأصلي وهذا ما أقره في الفصل **6** من القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني:" **يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخص لقبه وحقوقه في الإرث**" والمادة **120** من قانون الأسرة الجزائري: " **يجب أن يحتفظ المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب**".

فالنسب يعتبر من الحقوق اللصيقة بالطفل وتسلط العقوبة على كل من يحاول طمس هذه الصلة، فعدم التصريح بميلاد طفل مثلا خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية فإنه تسلط عليه العقوبات المنصوص عليها في **المادة442** من قانون العقوبات: " **يعاقب بالحبس من عشرة(10) أيام على الأقل إلى شهرين(2) على الأكثر من وبغرامة من8.000دج إلى16.000دج:**

....كل من حضر الولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة، وكل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب ذلك القانون ما لم يوافق على أن يتكفل به ويقر بذلك أمام جهة البلدية التي عثر على الطفل في دائرتها..."

وبناء على ذلك فإن كلا التشريعين يعتبر فكرة احتفاظ المكفول بنسبه أو لقبه الأصلي من النظام العام ولا يمكن مخالفتها أو التعدي عليها والهدف من ذلك هو حماية الحقوق التي يكتسبها إلى والده الأصلي كالميراث وعدم اختلاط الأنساب، ولا ينبغي أن يؤثر بقاء الولد برضاه واختياره عند كافله على نسبه الحقيقي لأنه لا يثبت النسب بالكفالة[1].

ثانيا: إمكانية تغيير أو تطابق لقب المكفول مجهول النسب مع لقب كافله

منع القانون بإسناد مجهول النسب لقب أو اسم معروف وذلك حفاظا على النظام العام هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يتركه من دون هوية بل سعى لإيجاد حل لإشكاليات هذه الهوية التي تعترض هذه الفئة من الأطفال ويظهر ذلك بتدخل كل من التشريعين الجزائري والتونسي بترسانة قانونية ضخمة إذ خول لضابط الحالة المدنية بموجب **المادة64** من قانون الحالة المدنية الجزائري **والفصل27** من قانون الحالة المدنية التونسي[2] بإعطاء الأسماء والألقاب إلى الأطفال اللقطاء والمهملين والأطفال المولودين من أبوين مجهولين، كما حمل القانون **عدد75 لسنة1998**[3] الولي العمومي المعرف في الفصل الأول من القانون27 لسنة1958 المتعلق باختيار اسم ولقب عائلي لهؤلاء الأطفال إذا لم يتولى أحد أفراد عائلاتهم المطالبة بهم وهذا تماشيا مع نص الفقرة الأولى من نص **المادة7** من اتفاقية حقوق الطفل:" **يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب الجنسية...."**، والمادة **8** من نفس الاتفاقية:" تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلاته العائلية على نحو الذي يقره القانون.." **والفصل5** من مجلة حماية الطفل: " لكل طفل الحق في الهوية منذ ولادته". والمادة 28 من القانون المدني الجزائري:" **يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده**".

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1،ص.529.

[2]- القانون عدد3 لسنة1957 المؤرخ في غزة أوت1977 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع2و3، المؤرخ في30 جويلية و2 أوت 1997.

[3]- القانون عدد75 لسنة 1998، مؤرخ في 28 أكتوبر1998 ، يتعلق بإسناد لقب عائلي الأطفال مجهولي النسب أو المهملين، والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادرة بتاريخ 8 جويلية2003.

فالقانون الجزائري منح الحق للكافل في تغيير لقب المكفول ليتطابق مع لقبه وهذا ما لا نجده في القانون التونسي بالنسبة للكفالة أما بالنسبة للتبني فنجد أن المتبني يمنح لقبه للطفل المتبني وهذا ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني؛ وبالعودة إلى القانون الجزائري فلقد تدخل المشرع بموجب المرسوم التنفيذي **رقم 92-24**[1] بحق المكفول أن يحمل لقب كافله إذا كان مجهول الأبوين مطلقا أو مجهول الأب وهنا لابد من الحصول على موافقة الأم استنادا لنص المادة الأولى من المرسوم **رقم92-24:** " **كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب**".

ولقد وضع هذا المرسوم جملة من الشروط والإجراءات المتبعة لإسناد المكفول لقب كافله ويمكن تلخيصها فيما يأتي:

أ/- ضرورة وجود عقد الكفالة: طلب تغيير اللقب الطي يقدم بإسم ولصالح الطفل القاصر المولود من أب مجهول الهوية وذلك من طرف الشخص الذي رباه بطريقة قانونية في إطار الكفالة الصادرة من الجهة القضائية المختصة أو الموثق، من أجل أن يستفيد القاصر من لقب الشخص الذي يرعاه.

ب/- أن يكون المكفول قاصرا ومجهول النسب من الأب: اشترط القانون بموجب المادة الأولى من المرسوم التنفيذي أن يرد تغيير اللقب على طفل قاصر ذكر أو أنثى ومجهول النسب لأن البالغ يقوم بتغيير اللقب بإرادته.

ج/- أن يكون طلب التغيير بمبادرة من الكافل: لا يقبل الطلب إلا إذا قدمه الكافل بحيث لا يصح أن يقدمه المكفول لانعدام أهليته في التقاضي وأن ولايته مقررة للكافل ويشترط أن تكون إرادته خالية من العيوب وتكون حرة صادرة برضاه دون إكراه وضغط.

د/- ضرورة موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة: فالطفل المعلوم الأم اشترط القانون موافقتها صراحة ودون أي ضغط أو إكراه وتكون الموافقة مفرغة في وثيقة أصلية ورسمية يجب أن ترفق ملف الطلب، وفي حالة وفاة الأم يسقط هذا الشرط ونكتفي بالباقي، أما في حالة عدم العثور عليها يتعين على الكافل تقديم تصريح شرفي يذكر استحالة العثور عليها.

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 92-24، المؤرخ في8 رجب1412 الموافق ل13 يناير سنة 1992، يتمم ويعدل المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في3 يونيو 1971، المتعلق بتغيير اللقب، ج،ر،ع5 الصادرة في22 جانفي 1992.

ولتغيير اللقب لابد من إتباع إجراءات خاصة التي نستنتجها من المرسوم التنفيذي وهي:

أ/ يودع الملف لدى وزير العدل حافظ الأختام الذي يعالج الملف ويتضمن:

* طلب خطي بتغيير الاسم أو اللقب إلى وزير العدل موقع من طرف المعني بالأمر.
* شهادة ميلاد الطفل المكفول.
* شهادة ميلاد الكافل.
* نسخة من عقد الكفالة مصادق عليها.
* عقد توثيقي أصلي ورسمي يتضمن موافقة أم المكفول بتغيير لقب ابنها ومطابقته بلقب كافله.

ب/ التحقيق في الطلب وإصدار الأمر:

يوجه الطلب إلى وزارة العدل ويقوم وزير العدل حافظ الأختام بإرسال هذا الملف إلى السيد النائب العام لدى الدائرة القضائية مكان ميلاد الكافل بغرض إجراء التحقيق في الطلب وهو بدوره يقوم بتكليف وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمتابعة التحقيق وبعدها يقوم هذا الأخير بعد نهاية التحقيق بإرساله إلى النائب العام والذي بدوره يرسل التحقيق إلى السيد وزير العدل، وعادة ما يكون هذا التحقيق بسماع الشهود والبحث عن الأسباب والدوافع الجدية لتغيير اللقب، وفي النهاية يصدر وزير العدل أمر بقبول تغيير اللقب أو أمر يرفض ذلك، وفي حالة إصدار الأمر بالقبول فإن وزير العدل يأمر النيابة العامة بالسهر على تنفيذ هذا القبول، وبناء على ذلك يقوم وكيل الجمهورية بتقديم التماسات إلى رئيس المحكمة الذي يقوم بدوره بأمر تغيير اللقب وذلك خلال30 يوم من تاريخ الإخطار وترسل نسخة بدوره على هامش شهادة ميلاد الطفل المكفول تغيير الاسم[1]، ولا يكون الأمر الصادر بقبول تغيير اللقب محلا للاعتراض من الغير ولا نشره في الجريدة الرسمية.

وما يمكن قوله أن هذا المرسوم أحدث ضجة كبيرة عند صدوره سواء من رجال الدين أو من رجال القانون، إذ أن هذا المرسوم التنفيذي يخالف **المواد46 و120** من قانون الأسرة الجزائري وكذلك المادة **64** من قانون الحالة المدنية ويتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقتضي أن الطفل ينسب إلى أبيه إن كان معلوم النسب فإن كان مجهول النسب ينسب إلى المجتمع باعتبار الأخوة في الدين لقوله تعالى:" **فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين**"[2] وكما يرى رجال القانون والدين أن إستلحاق الطفل المكفول بالكافل عن طريق التسمية هو زور وتغيير للأحكام الشرعية وتزييف للنسب وهو ما يطابق التبني

---

[1]– دليل الكفالة، وزارة العمل والحماية الاجتماعية،ص.4.

[2]– سورة الأحزاب، الآية05.

في القوانين الغربية، ولكن هناك من يرى أن ذلك لا يعتبر تبينا بل دائما في إطار الكفالة لأن رئيس المحكمة يصدر أمر بعد أن يعرض عليه طلب تغيير اللقب يتضمن بتنفيذه في سجلات الحالة المدنية بإضافة عبارة "ابن بالكفالة" على هامش شهادة ميلاد المكفول ليكتب فلان ابن فلان بالكفالة وبهذا وضع حدا لعدم تطابق المرسوم السابق مع أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة صيانة لحقوق الأطفال مجهولي النسب حتى يكون لهم مركز قوي في المجتمع.

ثالثا: الوصية أو الهبة للمكفول

يجوز للكافل بموجب نص المادة123 من قانون الأسرة الجزائري أن يوصي أو يتبرع للمكفول حدود الثلث فإن أوصى أو تبرع بأكثر من الثلث تعد باطلا إلا إذا أجازه الورثة واعتبر المشرع الوصية والتبرع تعويض وإعانة إذ لا يجوز للمكفول أن يرث بالرغم من أنه يحمل لقب كافله.

1/- الوصية للمكفول:

تعرف الوصية حسب نص **المادة184** من قانون الأسرة الجزائري **والفصل171** من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، ويكون التمليك في الوصية شاملا لكل أنواع الوصايا سواء كانت واجبة أو منوبة وسواء كانت بالمال أو بغيره، كما تشمل الوصية بالمنافع من السكن لدار أو زراعة الأرض والوصية بالأعيان من منقولات وعقارات، وباعتبار أن الولد المكفول لا يكون له الحق في الميراث فإن القانون خول لكافله أن يوصي له من ماله في حدود ما شرعته المادة **123** من قانون الأسرة الجزائري أن لا يتجاوز ثلث ماله فإن ما زاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة، أما إذا لم يكن للكافل أي وارث فيمكن له أن يوصي للمكفول بما يزيد عن ثلث ماله والغاية من الوصية هو عدم ترك القاصر بعد وفاة كافله دون مورد من المال.

2/ الهبة للمكفول:

الهبة تختلف تماما عن الوصية فهي تبرع تكون في حياة الواهب وهي تمليك بلا عوض لمال سواء كان منقول أو عقار، فإذا كان محل الهبة منقول فإنه ينتقل بمجرد حيازته من طرف المكفول أما إذا كان عقار ينتقل إليه وفقا للإجراءات الخاصة بالعقار.

يحق للواهب أن يهب كل ماله أو جزء منه إذا كان أهلا للتبرع من غير مرض وإذا كان مريض مرض الموت فإن الهبة تتحول إلى وصية ويسري عليها أحكام هذه الأخيرة وهذا ما جاء في صلب المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري والفصل 206 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

المطلب الثاني

أسباب انقضاء الكفالة

ترجع أسباب انقضاء الكفالة حسب المادتين124 و125 من قانون الأسرة الجزائري والفصل 7 من القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني إلى أسباب تتعلق بالكافل وأخرى تتعلق بالمكفول وسنتطرق إلى هذه الأسباب في فرعين.

الفرع الأول

الأسباب المتعلقة بالكافل

قد تعترض الكافل أسباب تحول دون تنفيذ العقد أي دون تحقيق مصلحة المكفول التي تعهد بها اتجاه المكفول التي من أجلها وجد هذا العقد، وتتمثل هذه الأسباب فيما يلي:

أولا: فقدان الأهلية

تعتبر الأهلية من الشروط الواجب توافرها في الكافل والمنصوص عليها في المادة **118** من ق .أ.ج والفصل **3** من ق. و.ع.ك.ت وعليه إذا تخلفت يصبح وضع المكفول مهدد، ويكون الكافل فاقدا لأهليته بسبب من الأسباب التي تطرأ عليها منها الجنون، العته، السفه، المرض، والموت وباعتبار عقد الكفالة عقد تبرعي حسب المادة116 من ق.أ.ج والفصل 3 من ق.و.ع. ك. ت وملزم لجانب واحد يشترط فيه الأهلية الكاملة فبالنسبة للمجنون لا يعقل أن تسند إليه مهمة العناية والتكفل بالقاصر بل هو في حد ذاته يحتاج إلى من يتولى أموره ويستوي أن يكون الجنون مستمر أو متقطع فكلاهما مانع من الكفالة نفس الحكم يسري على المعتوه والسفيه، وعليه تسقط الكفالة لأنه يشكل هؤلاء خطر على المكفول سواء على ماله أو نفسه، وفي القانون التونسي فإن مندوب حماية الطفولة له أن يخرج الطفل من المكان الموجود فيه إذا كان الخطر محدق به ووضعه في مكان آمن وتحت مسؤوليته الشخصية إلى أن ينظر القاضي في وضعه وهذا استنادا إلى الفصل **46** من مجلة حماية الطفل.

كما تنقضي الكفالة بوفاة الكافل لاستحالة تنفيذ عقد الكفالة مادام ملزم لجانب واحد، ويصبح المكفول مرة أخرى دون ولي، ولكن باعتناء القانون بمصلحة الطفل الفضلى جاء في نص المادة 125 من ق.أ. ج أنه يمكن أن تنتقل الكفالة إلى الورثة إذا رغبوا فيها وذلك وفقا لإجراءات الكفالة كأن تنتقل إلى الأم، وإذا لم يلتزم الورثة بذلك جاز للقاضي أن يسند كفالة القاصر إلى الجهة المختصة برعاية الطفولة أو إسنادها إلى شخص آخر، ويعتبر المرض عارض للأهلية لأنه يمنع الكافل من التربية والقيام

بشؤون القاصر كالشلل، أو إصابته بمرض معد قد ينقل العدوى إلى المكفول وهنا يشكل خطر كبير على صحة المكفول وبالتالي فإن هذا القاصر تسند رعايته إلى من تتوفر فيه الشروط الملائمة.

ثانيا: الردة عن الإسلام

الإسلام من الشروط التي اشترطها القانون في الكافل وبالتالي فإن الكافر أو المرتد عن الإسلام يسقط حقه في استمرار القيام بالمكفول ولا تثبت ولاية الكافر على مؤمن لقوله تعالى:" **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**"[1] إذ يخشى على المكفول من الكافل أن ينشئه على دينه وهذا أكبر ضرر يصيب المكفول إذ أنه يتربى بيده ويأخذ أخلاقه وعاداته وتقاليده.

أما في القانون التونسي الذي لا يشترط الإسلام فإن الكفالة لا تسقط إذا كان دين الكافل يختلف عن دين المكفول.

الفرع الثاني

الأسباب المتعلقة بالمكفول

يمكن أن نبين هذه الأسباب بالرجوع إلى المادة 124 من ق. أ. ج بحيث جاء في مضمونها مايلي :

" 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 القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول "وجاء في الفصل **7** من القانون عدد **27** لسنة 1958 ما يلي : " تنتهي الكفالة عند بلوغ المكفول سن الرشد، ويمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من الكفيل أو من أولياء المكفول أو من النيابة العمومية فسخ عقد الوكالة حسبما تقتضيه مصلحة الطفل" واستنادا إلى هذين النصين فإن الكفالة تنقضي بما يلي:

أولا: طلب الأبوين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما

قد يود الوالدين استرجاع ولدهما الذي أسندت حضانته إلى غيرهما بمجرد تحسن وضعيتهما الاجتماعية أو بزوال السبب الذي أدى بهما إلى إسناده إلى حضن الكافل، وتبعا لذلك فإن المشرع ميز بين حالتين تتمثل الأولى ببلوغ المكفول سن التمييز والثانية تتمثل في عدم بلوغه سن التمييز.

1/- **الحالة التي يكون فيها المكفول مميز:** الطفل المميز هو من بلغ 13 سنة استنادا لنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري فإن المكفول في هذه الحالة يخير في الالتحاق بأبويه أو أحدهما أو بقائه عند كافله وغالبا ما يكون قراره بالبقاء عند كافله مع مراعاة القاضي مصلحة الطفل.

---

[1]- سورة النساء، الآية 140.

أما بالنسبة للمشرع التونسي لا يعتد باختيار المكفول بالرجوع إلى والديه أم لا ولكن ينظر فقط إلى مصلحة الطفل ويتخذ قراره [1]وفقا لمبدأ مصلحة الطفل الفضلى المنصوص عليها في المادة **3** من اتفاقية حقوق الطفل:" **في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى**".

2/- الحالة التي يكون فيها المكفول غير مميز: وهو الذي لم يبلغ 13 سنة إذا فهو لا يميز بين ما ينفعه وما يضره ففي هذه الحالة إذا دعاه والديه إليهما فإن القاضي هو من سيقرر بالرجوع إلى والديه من عدمه وذلك بعد تقديم الوالدين أو أحدهما طلب يبين فيه الأسباب الدافعة إلى طلب استرجاع الولد المكفول.

ففي كل الحالات القاضي يأخذ بعين الاعتبار الأسباب الجدية فحسب وإن تبين للقاضي مصلحة الطفل هو عودته إلى والديه قضى بإنهاء الكفالة برجوع المكفول إلى والديه أما إذا كانت عودته تشكل خطرا عليه حكم القاضي برفض طلب الأبوين وبقاء الطفل عند كافله.

ثانيا: بلوغ المكفول سن الرشد

تنقضي الكفالة بمجرد بلوغ المكفول سن الرشد وهي 20 سنة بالنسبة للقانون التونسي فيصبح قادرا على القيام بشؤونه لوحده، فالمشرع التونسي نص صراحة على ذلك في الفصل 7 المذكور أعلاه، وما يمكن أن نستنتجه أن المشرع التونسي أغفل في الإشارة إلى أن هذا السبب لا يسقط كفالة البنت والولد المعاق أو العاجز عن الكسب، فالنسبة للبنت حسب العرف تستمر الكفالة إلى أن تتزوج، أما الولد المعاق تستمر كفالته ما دامت تلك الإعاقة مستمرة.

ولم يشر القانون الجزائري إلى هذا السبب في المواد المتعلقة بانقضاء الكفالة لأنها لا تنقضي ببلوغ سن الرشد وإنما تنقضي حسب ما سبق بطلب الوالدين عودة ابنهما إليهما.

ثالثا: وفاة المكفول

بما أن مهمة الكافل تنصب على رعاية ونفقة وتربية وحفظ المكفول فإن مهمته هذه تنقضي بوفاة المكفول لاستحالة استمرارية الكفالة.

هناك أسباب أخرى تؤدي إلى انقضاء الكفالة ويمكن ذكرها فيما يلي :

1/- التنازل عن الكفالة استنادا للنصين أعلاه بسبب يتعلق بشخصيته مثل تدهور وضعه المادي والاجتماعي والصحي(الفقر المفاجئ، الإفلاس، وفاة أحد الزوجين خاصة الزوجة باعتبارها هي من يقوم

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.613.

بشؤون المكفول الأساسية، والمرض) ويكون هذا التخلي حسب التشريعين أمام الجهة التي أقرت بالكفالة وهنا يجب أن تكون بموجب طلب كتابي مسبب وبإعلام النيابة العامة بذلك قصد إبداء الرأي، إذ لا يمكن تصور هذه الحالة إلا أمام القضاء وبالتالي فمن الأحسن استبعاد الموثق هنا لأن القاضي هو الذي يستطيع أن يقدر مصلحة المكفول باعتباره حامي الحقوق دون غيره[1].

2- كما تنقضي كفالة المؤسسات العمومية أو الهيئات أو المنظمات أو الجمعيات المتخصصة برعاية الطفولة بإفلاسها أو حلها وفي هذه الحالة على القاضي المكلف بشؤون القاصرين أن يتخذ كل ما يراه مناسبا لمصلحة الأطفال المكفولين[2].

[1]- طلبة مالك، التبني والكفالة، المرجع السابق، ص.37.

[2]- عبد القادر قرموش، المرجع السابق، ص،245.

الفصل الثاني

نظام التبني في القانون الجزائري والتونسي

يعتبر التبني من بين الأنظمة البديلة التي نادت به اتفاقية حقوق الطفل بموجب المادة 20 منها التي جاء في صلبها: " **يمكن** أن **تشمل هذه الرعاية في جملة من الأمور الحضانة الواردة في القانون الإسلامي أو التبني...**" والتي تهدف من وراء ذلك حماية وتوفير للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئة عائلية بديلة، ولتحقيق ذلك فإن هذه الاتفاقية تؤكد على ضرورة أن يخضع التبني إلى قوانين وإجراءات تضبطها التشريعات الداخلية للدول، ومن بين الدول العربية التي تبني هذا النظام تونس الذي لا صدى له في باقي الدول العربية ولم يتأثر جيرانها بذلك كالجزائر[1] بحيث يظهر موقفها منه من خلال نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري: " **يمنع التبني شرعا وقانونا**".

وعليه ننفرد في هذا الفصل إلى التطرق لنظام التبني في التشريع التونسي وذلك من خلال مبحثين بحيث نستهل في المبحث الأول مفهوم التبني، شروطه وإجراءاته، وفي المبحث الثاني الآثار التي يرتبها وأسباب انقضائه، وكخلاصة للفصل نبين أوجه الاختلاف والاتفاق بين التبني والكفالة.

[1] – حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة ؛ دراسة مقارنة؛ رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005،ص.101.

المبحث الأول

مفهوم التبني

تناول المشرع التونسي نظام التبني بموجب الفصول **8** إلى 16 من القانون عدد **27** لسنة **1958** المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة والتبني، واستنادا إلى هذه الفصل نحاول التعرف على نظام التبني من خلال(المطلب الأول) والشروط الواجب توافرها والإجراءات المتبعة فيه من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المقصود بالتبني

لم ينص القانونين التونسي والجزائري بصراحة على تعريف التبني ولكن تعددت تعريفاته من طرف الفقهاء ودارسي القانون، ورغم تعددها إلا أن المعنى يصيب في أن يتخذ شخص أو زوجين طفل ليس من دمه وينسبه إليه، وهذا ما لا يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية مما أدى إلى إجهاضه بمجئ الإسلام، غير أن تونس على خلاف التشريعات العربية الأخرى الدولة الوحيدة التي تبنت هذا النظام الذي في نظرنا يعد النظام المثالي والجد الحامي للقاصر متجاهلة بأن الشريعة الإسلامية ترفضه رفضا قاطعا، ساعية في ذلك تحقيق مبدأ المصلحة الفضلى للقاصر، وسنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف التبني وحكمه من تحريمه.

الفرع الأول

تعريف التبني

أولا: التبني لغة

التبني مصدر من تبنى يتبنى تبنيا، وتبنى الجسم اكتنز وامتلاء وأصله(بنى) وهو بناء الشيء بضم بعضه إلى بعض، ومنه ضم الولد إلى الرجل[1].

ثانيا: التبني اصطلاحا

لقد تعددت تعاريف التبني من قبل الفقهاء ودارسي القانون ويمكن أن نشير إلى بعض منها:

[1]– علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، المرجع السابق، ص.33.

1/- عرفه الأستاذ عمر بن محمد السبيل، أن التبني هو أن يعهد إنسان إلى آخر معلوم النسب أو مجهوله، وينسبه إلى نفسه[1].

2/- عرفه الأستاذ عبد العزيز سعد، أنه إدعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبه إلى أبيه وإعطائه نسب شخص، أو إدعاء بنوة طفل مجهول النسب بإسناده إلى شخص آخر معلوم النسب دون مسوغ شرعي[2].

ومن التعريفين نستخلص أن التبني هو إلحاق الشخص ولد غيره ذكر أو أنثى بنسبه واتخاذه ولدا له، وذلك لدوافع كثير يمكن أن نبرز منها ما يلي:

1/- إحياء اسم المتبني لمن لا أبناء له لصلبه وذلك يحمل الولد المتبنى النسب.

2/ الإنسان بالمتبنى لمن لا ذرية له إذ قال تعالى: " **المال والبنون زينة الحياة الدنيا**"[3].

3/- إعانة المتبنى المتبنى عند كبر سنه.

4/- العاطفة لإنقاذ الولد المتبنى من الهلاك والضياع، أو استلطاف واستحسان ولد غيره.

5/- كما يدفع بالمتبني دافع الأضرار بالورثة، خاصة إذا كان لديه خصومة مع من سيكون وارثه.

الفرع الثاني

حكم ودليل تحريم التبني

نظرا أن نظام التبني ينشأ تخلخل في بناء الأسرة وفي بناء المجتمع كله فهو يتجاهل حقيقة الأسرة الطبيعية فهو نظام فاشل ويزور الأسس لا يمكن أن يدوم.

أولا: حكم التبني

التبني حرمه الإسلام تحريما قاطعا ومؤبدا بعد أن كان عرفا سائدا عند العرب الجاهلية وفي صدر الإسلام، بحيث كان العرب قبل الإسلام يلحقون المتبنى بالأبناء الصلبيين فيتقاسمهم الحقوق نفسها إن وجدوا، وإلا انفرد بالتركة، فكان الرجل يتبنى ولد غيره يقول له ابني أرثك وترثني ويصبح ولده وتجري عليه أحكام البنوة الشرعية كلها من الإرث ومحرمات المصاهرة وكل الأحكام المتعلقة بالإذن الصلبي على

---

[1]- عمر بن محمد السبيل، أحكام الطفل اللقيط، دراسة فقهية مقارنة؛ ط1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، 2005، ص172.

[2]- سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة؛ ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، (د.ب.ن)، (د.س.ن)، ص.151.

[3]- سورة الكهف، الآية 46.

الوجه الشرعي المعروف[1] وكان النبي قد تبنى زيد بن حارثة في الجاهلية جريا على عادة قومه فكان يدعى زيد بن محمد وبقي الحال كما هو إلى أن جاء الإسلام وأخرج العرب من ظلمات الجاهلية وخرافاتها وخلصها من عقائد زائفة وأوهام باطلة، ليبطل ويحرم عادة التبني التي اعتبرتها الشريعة الإسلامية من الكبائر.

ثانيا: دليل تحريم التبني

إن حكم الشريعة في ظاهرة التبني كغيره من الأحكام مبني على حكم ومقصد شرعي وهو معالجة وإصلاح أوضاع المجتمع العربي الجاهلي تدريجيا، وكان التحريم بآيات من الكتاب، وأحاديث من السنة.

1/- من الكتاب" القران الكريم":

حرم القرآن الكريم التبني تحريما باتا في آيات ثلاث في قوله تعالى:" **ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه، وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم وما جعل أدعياءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل**"[2] وقوله سبحانه وتعالى:" **أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما**[3]، وقال أيضا: " **ما كان محمد أبا أحد من رجالهم ولكن رسول الله وخاتم النبيين وكان الله بكل شيء عليما**[4]".

2/ من "السنة النبوية الشريفة":

جاء في السنة النبوية ما يدل على منع الإنسان من انتسابه وانتمائه إلى غير أبيه البيولوجي، قوله(ص):" **من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم، فالجنة عليه حرام**"[5].

وقوله (ص): **من ادعى إل غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا**"[6].

---

[1]- أسامة الحموي، التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب" دراسة فقهية اجتماعية مقارنة"؛ مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، مج 23،ع2007،2،ص518.

[2]- سورة الأحزاب، الآية 04.

[3]- سورة الأحزاب، الآية 05.

[4]- سورة الأحزاب، الآية 40.

[5]- الإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيساتوري، صحيح مسلم؛ بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، 1998،ص.47.

[6]- المرجع نفسه، ص.619.

وقال أيضا: " **من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام**"[1].

إذا فإن القرآن الكريم نص على تحريم التبني وأنهى أمره الذي كان سائدا قبل الإسلام، وجاءت السنة النبوية الشريفة مؤكدة ذلك الحكم، وأنه لا يترتب على التبني أي حكم شرعي، وأن من أقدم عليه كان آثما[2] وكان أول من طبق هذا الحكم هو الرسول صلى الله عليه وسلم عندما تزوج حليلة متبناه زيد بن حارثة بعد أن طلقها هذا الأخير، قوله تعالى: " **فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطرا**"[3].

فهذه الأدلة كلها قطعية الدلالة في تحريم التبني والانتساب لغير النسب الأصلي.

الفرع الثالث

الحكمة من تحريم التبني

إن الإسلام لما حرم التبني حرمه لأنه يتنافى مع نظامه العام ويهدر بكثير من الأحكام التي بني عليها نظام الأسرة، كما يهدر بحقوق الغير يفوتها على من له الأحقية فيها، وهي وسيلة الأضرار والكيد حرمان الورثة من نصيبهم الحقيقي في التركة[4].

بالإضافة إلى عديد من الحكم والمصالح والتي يمكن أن نلخصها فيما يلي:

أولا: التبني اعتداء على الأنساب

حرصت الشريعة الإسلامية على أقدس وأنبل رابطة وهي النسب من أجل الحفاظ على أصول كل فرد، فالتبني هنا يلعب دور سلبي يظهر في اختلاط الأنساب وضياعها وبالتالي انتشار الرذيلة والفاحشة بسبب انتساب شخص أجنبي إلى عائلة لا ينتمي إليها لا دما ولا لحما في حياتهم، فيشارك هذه العائلة في أخذ حقوقها من الأفراد الذين ينتمون إليها بيولوجيا والاعتداء عليهم ظلما بمشاركته في الميراث والنفقة وخاصة وأن نظام الإرث في الإسلام مقصور على القرابة القريبة لا البعيدة نسبيا، وإذا كان أحد الأفراد يعلم بأن هذا الابن دخيل وغريب عن الأسرة فهنا يحدث شقاق، خلاف، تفكك الأسرة وقطع حبل المودة بينهم[5].

---

[1]– الإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيساتوري، المرجع السابق، ص.48.

[2]– فواز اسماعيل محمد ، التبني وبدائله؛ مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الموصل، مج 7 ، ع13،2013،ص.6.

[3]– سورة النساء، الآية 23.

[4]– أسامة الحموي، المرجع السابق،ص.518.

[5]– عمر بن محمد السبل، المرجع السابق، ص.175.

ثانيا: التبني انتهاك الحرمات

إن التبني فيه الإطلاع على محارم متبنيه والاختلاط معهن والخلوة بهن فهو من أقوى الأسباب على هتك الأستار، وعدم صيانة الأعراض وفي هذا فساد عظيم وشر مستطير[1]، فهو أجنبي عنهن لا يباح له ما يباح للابن الصلبي، وكذلك فإنه من الناحية المنطقية يحل الزواج بإحداهن إلا أن التبني يحرم ذلك باعتباره أخ لهن وهذا تحليل للحرام وتحريم للحلال وذلك تلاعب بالشرع، إذ نجد في هذا الصدد قوله تعالى:" **يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا إن الله لا** يحب **المعتدين**"[2]، ويعد فاعله مرتكبا لكبيرة، وعليه يمكن القول أن تشييد الإسلام بالمحافظة على الأنساب وتقريرها لأصحابها وذلك يتماشى مع عناية الإسلام بصيانة الأسرة وروابطها من كل شبهة ومن كل دخل، وإحاطتها بكل أسباب السلامة والاستقامة والقوة والثبوت ليقيم عليها بناء المجتمع المتماسك السليم النظيف العفيف[3].

المطلب الثاني

خصائص التبني وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له

يتميز التبني ببعض الخصائص إذ بواسطتها يمكن أن نفرق بينه وبين أنظمة تشابهه في محتواه، وعليه نستهل هذا المطلب بالتطرق إلى خصائص التبني في(الفرع الأول) ثم تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خصائص التبني

للتبني خصائص عدة يمكن ذكر بعضها لتميزه عن ما يشابه من نظام يمكن أن تلخيص أهمها في:

أولا: التبني نظام تعود جذوره إلى العصور الجاهلية والمجتمعات الغربية عند الرومان واليونان.

ثانيا: التبني نادت به الاتفاقيات الدولية المادة 3/20 من اتفاقيات حقوق الطفل وكذا القوانين الداخلية.

ثالثا: يرد التبني على الأطفال ذكور أو إناث ويتم إلحاق نسب المتبنى القاصر بنسب المتبني وجعله مرتبة ابنه الشرعي وذلك بمساواته في الحقوق كان يرث معه في نفس المرتبة.

رابعا: المتبني يكون شخص راشد سواء كان ذكرا أو أنثى ويشترط أن يكون متزوجا.

---

[1]- المرجع نفسه،ص،175.

[2]- سورة المائدة، الآية 87.

[3]- أحمد الفار، المرجع السابق، ص،351.

خامسا: إمكانية تبني أي طفل بغض النظر عن جنسيته.

سادسا: التبني يكون بحكم قضائي بعد القيام بإجراءات تحقيق معمقة لمصلحة الطفل الفضلى.

سابعا: التبني يشمل الولاية التامة على نفس ومال المتبني من رعاية وتصرف وإرادة الأموال.

الفرع الثاني

تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له

لتمييز التبني عن ما يشابه لابد من التطرق إلى هذه الأنظمة أي غموض يشوبه:

أولا: تمييز التبني عن الإقرار بالنسب

يرى البعض أن الإقرار بالنسب ما هو إلا شكل من أشكال التبني، غير أن ذلك غير صحيح ويكمن التعرف على الاختلاف القائم بينهما:

1/- من حيث ثبوت النسب

التبنى يتمثل في إنشاء علاقة أسرية بين شخصين من أسرتين مختلفين وهي علاقة صورية لأبوة مفترضة ولا يعترف بها الإسلام ولا يثبت النسب به للطفل المتبني ما هو إلا تزييف للحقائق وأصول المجتمع والشريعة الإسلامية أكدت عن ذلك بقوله تعالى:" **ادعوهم لآبائهم** هو **أقسط عند الله**"[1].

أما النسب الذي يثبت بالإقرار هو نسب صحيح حقيقي ناتج عن الزواج الصحيح أو الفاسد وفقا للمواد 32، 33، 34، 35 من قانون الأسرة الجزائري.

2/- من حيث الشروط:

التبنى قد يقع على مجهول النسب أو معلوم النسب[2] فهو يقع أساسا على الادعاء ونقل نسب حقيقي إلى نسب أخر مزيف، أما في الإقرار يكون المقر به مجهول النسب لأن النسب الثابت لا يقبل الفسخ[3].

---

[1]- سورة الأحزاب، الآية 05.

[2]- عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق،ص.175.

[3]- رمضان على الشرنباطي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج الفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية؛ ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010،ص.575.

3/ من حيث الآثار:

التبنى هو نقل للنسب حقيقته الثابتة إلى ادعاء غير حقيقي وذلك بانتزاع الطفل من حضن عائلته البيولوجية إلى أسرة أجنبية عنه، أما الإقرار فهو تصحيح له بعد أن كان مدلسا، واعترف به بعد أن كان مجهولا.

ومن هنا فالتبني هو تزييف نسب معروف أو مجهول وارتباط الطفل المتبني بأسرة غير أسرته وبالتالي يختلف تماما عن الإقرار بالنسب الذي هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب.

ثالثا: تمييز التبني عن الالتقاط(ادعاء اللقيط)

قبل أن نميز بين التبني والالتقاط نتطرق إلى معنى الالتقاط، فالالتقاط هو بمعنى الملقوط أي المأخوذ من الأرض، وفي الشرع اسم لما يطرح على الأرض من صغار بني آدم خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا[1]، والالتقاط أمر واجب إذا كان هذا الطفل اللقيط والمنبوذ وحده في مكان يخاف منه الهلاك قد يكون التقاطه هنا واجبا عليه قوله:" **ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا**"[2].

ويقوم هذا الملتقط بتربيته ورعايته وجوبا كفائيا إذا قام به البعض سقط عت الباقين وإذا تركه الكل أثموا مع إمكان أخذهم له[3].

وبعد تعريفنا للالتقاط يمكن أن نبرز الاختلاف بين النظامين:

1/- من حيث الشرعية

التبني حرمه الإسلام تحريما باتا إذ اعتبره ما هو إلا استجابة للرغبة النفسية من المتبني حبا وتعلقا بالأولاد خاصة إذا كان الرجل وامرأته لم يكن لهما الحظ في إنجاب الأطفال، أما الالتقاط أوجبه الإسلام لأن ذلك يهدف إلى حماية وحفظ اللقيط من تعرضه إلى الهلاك ومن الاعتداء عليه.

2/- من حيث النفقة

في التبني ليس ما يدل هناك صراحة ووضوح طريقة الإنفاق إذ نجد بعض الأنظمة ينفق المتبني على متبناه وكما ينفق المتبني على متبنيه العاجز عن الإنفاق وأحيانا يكون التبني ضربا من إشباع النفس دون التزام من أحد بالإنفاق على الأخر[4]، أما الالتقاط فالشريعة حددت أن يكون الإنفاق على

---

[1]- علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، المرجع السابق، ص.295.

[2]-سورة المائدة، الآية 32.

[3]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1،ص،528.

[4]- عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق،ص،179.

اللقيط يقع على عاتق ملتقطه، أن يكون دينا على اللقيط أو الالتزام يقوم به بيت المال[1] وهذا يعني أن الإنفاق من جانب واحد.

3/- من حيث وضع النسب

في التبنى المتبنى يتناسى تماما نسبه الحقيقي إما عمدا أو عدم علمه بحقيقة أصله وعليه يعيش هذا المتبنى في ضلال وظلم وجهل عن أصله، أما وضع نسب اللقيط فهو يزول بمجرد معرفة نسبه الحقيقي إذا أقره والده بنسبه وادعاءه إليه ومن هنا ينسب إليه وإلى دينه ومجتمعه فتتغير نظرة هذا الأخير إليه.

4/- من حيث الآثار

في التبني المتبني يحمل نسبين، نسب حقيقي وآخر مزيف وهذا ما لا يوجد في الإسلام، أما اللقيط إذا ادعي وأثبت من ادعاءه أنه والده البيولوجي أصبح معروف النسب وصار مدعيه والده الحقيقي وبالتالي ينسب إليه ويترتب عليه الحقوق التي تنشأ من أية بنوة حقيقية، من نفقة وميراث.

ثالثا: تمييز التبني عن الحضانة

رغم أنهما يتفقان في حماية مصالح الأطفال إلا أنه في حقيقة الأمر يختلفان، يظهر الاختلاف في:

1/- أن الحضانة مشرعة شرعا وقانونا، أما التبني محرم تحريما قاطعا شرعا وقانونا.

2/- الحضانة تمارس على طفل معلوم النسب، أما التبني فيكون إما على معلوم النسب أو مجهوله.

3/- المحضون يحتفظ بنسبه، على خلاف التبني يأخذ نسب العائلة المتبنية.

4/- يرتب التبني جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات كحرمة الزواج واستحقاق الميراث والنفقة، غير أن الحضانة لا ترتب أي شيء من ذلك إذا كانت بيد غير الأبوين[2].

الفرع الثالث

الفرق بين التبني والكفالة

من خلال ما سبق بيانه في الفصل الأول المتعلق بالكفالة يتضح لنا أن نظامي التبني والكفالة يشتركان في كون أن كلاهما ينصبان على القاصر دون غيره، ويهدفان إلى حمايته ورعايته ماديا ومعنويا ويجعلان الولد المكفول في نفس مرتبة الابن الشرعي، مما يخول للكافل وللمتبني الولاية التامة على نفس ومال القاصر، غير أن هذا الاتفاق لا ينفي الفرق الجوهري القائم بينهما.

---

[1]- عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق ص.179.

[2]- حميدو زكية، المرجع السابق،ص.102.

أولا: الفرق بين التبني والكفالة من حيث الشروط والإجراءات

فهي شروط بسيطة بالنسبة للكافل التي اشترطها المشرعين الجزائري والتونسي، أن الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص بالغ، عاقل، يتمتع بحقوقه المدنية بكفالة طفل قاصر وقادرا على القيام بشؤونه من نفقة وتربية، في حين تعتبر هذه الشروط أكثر تفصيلا في التبني، إذ اقتضى الفصل التاسع من نفس القانون أنه ينبغي أن يكون المتبني شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى متزوجا متمتعا بحقوقه المدنية ذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون المتبني، وهو شيء غير مشترط في الكفالة سيما 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[1]، كما أضاف المشرع التونسي في الفصل العاشر على أن يكون الفرق في السن بين طالب التبني والمتبني15 سنة على الأقل، إلا في الصورة التي يكون فيها المتبني ابن زوجة المتبني التي تسكنه بشرط موافقة الأب الأصلي على التبني، كما أجاز للتونسي أن يتبنى أجنبيا وأضاف الفصل الحادي عشر على أنه في جميع الحالات يجب أخذ رأي الزوج الأخر والمصادقة عليه، أمّا فيما يخص الشروط الشكلية فالكفالة يتمّ إبرامها أمام الموثّق أو القضاء بعد اتفاق الأطراف على الكفالة بين الكافل من جهة وبين أبوي المكفول أو أحدهما إذا كان الآخر ميتًا أو مجهولاً أو عند الاقتضاء الولي العمومي أو يمثله من جهة أخرى و يصادق حاكم الناحية على عقد الكفالة بالنّسبة للكفالة التونسية، في حين نص الفصل الثالث عشر من نفس القانون بخصوص التّبني على شروط أكثر دقّة و تغلب عليها الرقابة القضائية، بحيث يتم عقد التّبني بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بحضور المتبنّي و زوجه أو عند الاقتضاء بحضور والدي المتبنّى أو من يمثّل السّلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطفل، و يصدر حاكم الناحية حكمه بالتّبني بعد التحقّق من الشروط القانونية ومن مصادقة الحاضرين،وحكمه يكون نهائيا، وبعدها يحال مضمون الحكم القضائي بالتبني في ظرف 30 يوما عل ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بتسجيله.

ومن هنا يتضح ان دور القاضي في الكفالة هو المصادقة فقط على العقد الذي تم ابرامه مسبقا بين الطرفين، اما التبني فهي اكثر دقة واكثر صرامة لخضوعه للرقابة من طرف القاضي، بحيث يتم عقد

[1]– طلبة مالك، المرجع السابق،ص.20.

التبني في مكتب حاكم الناحية ولا يصدر الحكم بالتبني الا بعد التحقق من توفر الشروط القانونية التي سنتطرق اليها في اجراءات التبني[1].

ثانيا: الفرق بين التبني والكفالة من حيث الاثار

إنّ الشيء المتعارف عليه ظاهريا في التفرقة بين التبني والكفالة هوان التبني يؤثر في النّسب، اذ يحدث نسبا اعتباريا جديدا بالتبني، فيلحق الولد المتبنّى بنسب متبنيه وهذا من جهة ومن جهة اخرى يؤثر في العلاقة الوراثية بسبب النسب الاعتباري[2] بحيث يصبح المتبني وارثا للمتبني وهذا مالا ترتبه الكفالة فهي لا تمنح للمكفول حقا في النسب ولا في الارث وهذا ما اكده الفصل السادس من القانون عدد 27 لسنة 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبنب انه يحتفظ المكفول بجميع حقوقه خاصة فيما يتعلق بلقبه ونسبه وحقه في الارث والمادة 120 من قانون الاسرة الجزائري، ففي الكفالة خول القانون للكافل ان يوصي للمكفول في حدود الثلث وما زاد عن الثلث يعتبر باطلا إلا إذا أجازه الورثة.

ثالثا: الفرق بين التبني والكفالة من حيث الانتهاء أو الانقضاء

تنقضي الكفالة ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني أو بفسخ الكفالة بطلب من الكافل أو النيابة العامة أو أولياء المكفول متى اقتضت مصلحة المكفول، على عكس التبني لا ينقضي ببلوغ المتبني سن الرشد بل يمتد إلى ما بعد، ويكون الانقضاء مبدئيا بنزع الحضانة وإسنادها إلى شخص آخر بموجب حكم قضائي مع مراعاة مصلحة المتبني.

المطلب الثالث

شروط وإجراءات التبني

بما أن التبني حرمته الشريعة الإسلامية وحذا حذوها المشرع الجزائري وعليه لم يحدد شروط وإجراءات التبني ولا آثارهن وقضت المحكمة العليا بإلغاء وإبطال أي وثيقة أو عقد يتضمن التبني وسواء كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أو أجنبية وذلك بسبب مخالفتها للنظام العام الجزائري، وعليه نقوم بدراستها في القانون التونسي، ونستهل(الفرع الأول) بالتطرق إلى شروط التبني وفي(الفرع الثاني) نبين الإجراءات اللازمة إتباعها لقيام التبني.

---

[1]– انظر شروط اجراءات التبني من هذه المذكرة، ص.ص 43–48.

[2]– لعرج ابراهيم واخرون، احكام كفالة القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج مكملة لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2008–2009. ص. 24.

الفرع الأول

شروط التبني

نتناول في هذا الفرع الشروط الخاصة بالمتبني والشروط الخاصة بالمتبني:

أولا: الشروط الخاصة بطالب التبني:

استنادا لنص الفصل الثامن من القانون **عدد27** لسنة **1958** المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني أنه:" **يجوز التبني حسب الشروط المبنية بالفصول الآتية**" وجاء الفصل التاسع ليبين الشروط الواجب توفرها للراغب في التبني وتتمثل حسب هذا الفصل:" **ينبغي أن يكون المتبني شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى متزوجا متمتعا بحقوقه المدنية ذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادر على القيام بشؤون المتبنى ويمكن للحاكم إعفاء طالب التبني الذي فقد زوجه بالموت أو الطلاق من شرط التزوج** إذا **اقتضت مصلحة الطفل ذلك، و في** هذه **الصورة للحاكم سماع كل من يرى فائدة في سماعه لتحقيق الظروف والأسباب التي تضمن المصلحة المذكورة**".

أما الفصل العاشر ينص على أنه:" **ينبغي أن يكون الفرق بين عمر المتبني وعمر المتبني خمسة عشر سنة على الأقل، إلا في الصورة التي يكون فيها المتبنى ابن زوج المتبني، للتونسي أن يتبنى أجنبيا**" ومن الفصول السالفة الذكر يمكن أن تلخص الشروط في:

1/- السن: حدد المشرع التونسي سن الرشد كسن أدنى للمتبني بشرط أن لا يتجاوز الفرق بين المتبني والمتبني خمسة عشر سنة إلا إذا كان المتبنى ابن زوج التبني.

وسن الرشد حدده الفصل السابع من مجلة الالتزامات والعقود التونسية:" **كل إنسان ذكرا كان أو أنثى تجاوز 20 سنة كاملة يعتبر رشيدا بمقتضى هذا القانون**" فحسب القواعد العامة هي التي تخول للفرد الأهلية في التعاقد، وبما أن التبني له صيغة تعاقدية حرص المشرع على أن يكون المتبني له الأهلية القانونية للتعاقد، واختيار هذه السن أخذت دون شك بعين الاعتبار المسائل المتعلقة بالنضج النفسي والعاطفي، بحيث يعتبر الجو النفسي السائد داخل الأسرة ذو أهمية بالغة في تكوين شخصية الأبناء وتنميتها وفقا لكل مرحلة من مراحل نموه، فالأسرة هي المكان الأول الذي يتلقى فيه الفرد دروسا في معاني المشاعر الإنسانية كالحب والكراهية والعطف والحنان[1].

---

[1]- دخينات عقيلة، وضعية الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لحضر، باتنة، 2011-2012،ص.114.

أما السن القصوى لم يحددها المشرع التونسي وترك المجال للاجتهاد القضائي بالنظر إلى مصلحة المتبني[1] وما يمكن قوله في هذه الحالة أن الأطفال الذين تم تبينهم من طرف المتقدمين في السن نظرا لما قد يصيبهم من مرض أو شلل أو عجز مالي، فيتعرضون إلى مآسي خاصة إذا رفض ورثتهم في التكفل بهم إذا توفي متبنيهم.

وعليه فلتحقيق مصلحة الطفل لا بد من تحديد السن القصوى حتى لا يكون الأمر رهينا للاجتهادات الذاتية للقضاة، كذلك بالنسبة للسن الدنيا بحيث كان من الأحسن أن لا تكون 20 سنة يقتضي أن لا يقل سن طالب التبني عن 28 سنة كما هو الشأن في فرنسا، واشترط أيضا لطالب التبني المتزوج أن يكون هذا الزواج منذ سنتين على الأقل وأن لا يكون الانفصال الجسماني بينهما وهذا ما جاء في المادة **343**[2] من القانون المدني الفرنسي وتضيف المادة **343** مكرر[3] على أنه موافقة الزوج الآخر على التبني ضرورية إلا في الحالة التي يمكن للزوج الآخر التعبير عن الإرادة ولا ينطبق الشرط المتعلق بمدة الزواج على من تجاوز سنهم 28 سنة، كذلك يعفى من بلغ سن 28 من الزواج.

2/- الزواج: بالرجوع إلى الفصلين **9 و11** من القانون عدد **27** لسنة **1958** المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، فنجده أوجب أن يكون طالب التبني متزوج وضرورة موافقة الزوج الآخر على التبني، غير أنه قد يعفى الزوج المطلق أو الأمل من شرط الموافقة لاستحالتها إذا تبين للقاضي أن مصلحة المتبنى تتحقق في حالة ما اسند له التبني، وهنا تطرح إشكالية حول السبب الذي منع العزاب أو الغير المتزوجين من الحق في التبني بالنظر أنهم في نفس وضعية المطلقين والأرامل، إلا أنه ما يمكن أن نشير إليه وما يثبته الواقع أن رعاية وتربية الطفل وكل ما يحقق مصلحته لا تتحقق إلا إذا كانت الأسرة تتكون من أب وأم كما أن الطفل بحاجة إلى انتماء، إذ تزداد ثقته بنفسه عندما ينتمي إلى هذه الأسرة تتقبله وتقدره وتحقق له مكانته الاجتماعية.

فإذا تقدمت مثلا عائلتين أحدهما زوجية والأخرى فردية فإنه حسب مصلحة الطفل يقبل طلب العائلة المتكونة من الأبوين.

---

[1]- عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية(مثلا تونس)؛ رسالة لنيل الماجستير المتخصص في حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، 2005-2006.ص.91.

[2]-« L. adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps. Maries depuis plus de deux ans aux âges l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans.

[3] - « L. adoption peut être aussi demandée par tout personne âgée de plus de vingt-huit ans.
Si la d'optant est marie et non séparé de corps. Le consentement de san conjoint est nécessaires a moins que ce conjoint ne soit dans l.impossibilite de manifester sa volonté ».

3/- الجنسية: بخصوص الجنسية اقتصر الفصل العاشر من القانون عدد 27 لسنة 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني الذي نص على أنه:"" **للتونسي أن يتبنى أجنبيا**" ولم يجز التبني من طرف الأجنبي، غير أنه ذهب إلى تمكين الأجنبي المسلم أو المعتنق للإسلام من التبني طفل تونسي وصدرت عدة أحكام في هذا الشأن ومثال على ذلك القرار المدني التالي:" بعد الإدلاء بشهادة في اعتناق الإسلام من طرف المتبني يكون حكم التبني فرنسيين لتونسي صحيحا إذا لم يكن مانع قانوني"[1].

ورغم ما قضى به القضاء التونسي يتبني الطفل التونسي من طرف الأجنبي فإنه لم يولي الاهتمام بالآثار التي يرتبها هذا التبني التي تتعلق بشخصية الطفل من الهوية والثقافة.

4/- السلامة العقلية والجسمية والنفسية:

يشترط لاستحقاق التبني أن يكون المتبني معفى من كل مرض يصيب العقل، وعليه فإذا كان طالب التبني مجنونا أو معتوها رفض طلبه لأنه في هذه الحالة يكون في حاجة من يرعى شؤونه فكيف يكون مسؤولا على غيره، إذ تعتبر السلامة العقلية إحدى الأسس التي ترتكز عليها مصلحة الطفل المتبنى، ولا يمكن للقاضي معرفة مدى سلامة عقل المتبني لوحده إلا بالاستعانة بالخبرة الطبية المتخصصة[2] وهذا ما يحقق ويؤكد سلامة الطفل المتبني عند انتقاله إلى حضن متبنيه، وبالتالي إذا ثبت للقاضي عدم توفر هذا الشرط فإنه يرفض طلبه ويحكم بعدم أهلية المتبني للقيام بشؤون الطفل.

يضاف إلى شرط السلامة العقلية السلامة الجسدية وهي لا تقل وجوبا عن الشروط السالفة الذكر إذ يشترط أن يكون خاليا من كل مرض معد يحول دون تحقيق العناية والمحافظة على سلامة وصحة الطفل المتبنى، ويشترط أيضا أن تكون أخلاقه حميدة ويتصف بالأمانة فهذه الأخيرة شرط لا بد أن يتوفر في طالب التبني، فإذا تبين للقاضي أنه سبق وأن حكم عليه بجريمة ماسة بالأخلاق أو بخيانة الأمانة فإنه يرفض طلبه.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالطفل المتبنى

بالرجوع إلى الفصول المتعلقة بالتبني فإن القانون التونسي لم يحدد بصفة صريحة الأطفال الذين يوضعون تحت نظام التبني، ولكن أن نعتبر كل طفل يفتقد للسند العائلي من اللقطاء، ومجهولو النسب، والمهملين الذين تركوهم أوليائهم، أو الأطفال الموضوعين تحت الولاية العمومية، أو الخاضعين لولاية

---

[1]- حكم مدني- ناحية تونس- عدد 2272 مؤرخ في 26 ديسمبر 1974، نقلا عن عائدة اليرماني غربال، المرجع السابق،ص.83.

[2]- حميدو زكية، المرجع السابق،ص.253

أبويهم أن يكونوا محلا للتبني، ويضاف شروط أخرى لابد من توفرها نص عليها القانون في الفصل 10 و12 من القانون عدد 27 لسنة 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني وتتمثل في :

1/- أن يكون المتبنى طفلا قاصرا ذكرا أو أنثى إما أن يكونا معلومي النسب أو مجهوله ويشترط أن يكون الطفل المتبنى مودع لدى المعهد الوطني لرعاية الطفولة، وهذا ما جاء في إحدى قرارات المحكمة الابتدائية التونسية بحيث تقدم أبوي طفلة للتخلي عنها أمام قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية باعتباره المتعهد بقضايا الطفولة المهددة ويتأكد القاضي من هوية الأبوين وبعد إتمام إجراءات إثبات النسب بحضور الأبوين وجاء مضمون القرار كما يلي:" وإثر الجلسة وبعد الإطلاع على أوراق الملف وعلى رأي مندوب حماية الطفولة بتونس وعلى رأي ممثل النيابة العمومية قررنا نحن.... قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتونس وعملا بأحكام الفصل 59 من مجلة حماية الطفل والفصل 2 من القانون عدد 27 لسنة 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني إيداع الطفلة نهائيا بالمعهد الوطني لرعاية الطفولة".

وبمقتضى هذا القرار يصبح الطفل تحت الولاية العمومية وبالتالي قابلا للتبني[1].

2/- أن يكون الفارق في السن بين المتبني والمتبنى لا يقل عن 15 سنة، واستثنى القانون الحالة التي يكون المتبنى ابن زوج المتبني وفي الحالة يشترط موافقة الأب الأصلي إذا كان معلوم وعلى قيد الحياة.

3/- يمكن أن يكون الطفل المتبنى تونسيا أو أجنبيا وهذا ما جاء في الفصل العاشر:" ... **للتونسي أن يتبنى أجنبيا**".

الفرع الثاني

إجراءات التبني

إن المشرع الجزائري لم يأخذ بنظام التبني وعليه لا يوجد إجراءات خاصة به متبعا في ذلك الشريعة الإسلامية، ولكن يمكن التطرق إلى هذه الإجراءات في القانون التونسي بالرجوع إلى الفصل **13** من القانون عدد **27** لسنة **1958** المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني بحيث جاء مضمونها في أنه:" **يتم عقد التبني بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه بمحضر المتبني وزوجه أو عند الإقتضاء بمحضر والدي المتبني أو من يمثل السلطة الإدارية المتعهدة بالولاية العمومية على الطفل الكفيل، ويصدر حاكم الناحية حكمه بالتبني بعد توفر الشروط القانونية ومن مصادقة الحاضرين وحكمه هذا يكون نهائيا، ويحال مضمون من الحكم في ظرف ثلاثين يوما على ضابط الحالة المدنية ذي النظر**".

---

[1]- قرار قاضي الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتونس، القضية عدد 1268 جلسة يوم 25 ماي 2005 (قرار غير منشور)؛ نقلا عن عائدة اليرماني غربال، المرجع السابق، ص، 84-85.

من خلال هذا النص يمكن تلخيص إجراءات عقد التبني فيما يأتي:

أولا: تقديم طلب ممضى من قبل طالب الخدمة وقرينه إلى المعهد الوطني لرعاية الطفولة مرفقا بالوثائق اللازمة وهي:

2/- 04 ظروف خاصة معلوم البريد.

3/- الوثائق المتعلقة بكل واحد من الزوجين:

* مضمون ولادة.

* بطاقة عدد 3.

* شهادة طبية في سلامة الصحة البدنية لرعاية طفل في إطار التبني.

* بطاقة خلاص أو تصريح بالدخل السنوي بالنسبة للعمل الحر.

* نسخة من بطاقة التعريف الوطنية.

* صورتان شمسيتان[1].

ثانيا: إجراء التحقيق وذلك بأمر من القاضي ويكون التحقيق بتقييم الوضعية الاجتماعية والمادية والاستعداد النفسي بالنسبة لطالب التبني وذلك بمساعدة من العون الاجتماعي وأخصائي في علم النفس[2]، ويقوم العون بكتابة تقرير عن الوضعية وبعدها يقدم التقرير للقاضي الذي يقوم بإصدار الحكم سواء بالقبول أو الرفض.

ثالثا: بعد توفر الشروط السالفة الذكر يتم تحرير عقد التبني في وثيقة وبعده المصادقة عليه من طرف القاضي ومن الأطراف، ويشترط موافقة الزوج الآخر على عقد التبني ويعفى من هذا الشرط إذا كان مطلق أو أرمل.

رابعا: إصدار الحكم القاضي بالتبني بعد أخذ رأي النيابة العامة، ويراعي القاضي في ذلك مصلحة الطفل الفضلى ويرسل القاضي مضمون الحكم لضابط الحالة المدنية والذي بدوره يقوم بتسجيل الطفل المتبنى ويعطي له شهادة ميلاد.

وما يجدر الإشارة إليه أن الحكم القاضي بالتبني يكون نهائي أي غير قابل للطعن وهذا ما جاء في الفصل **12** من القانون عدد **27** لسنة **1958**:"**... وحكمه هذا يكون نهائيا**"، وهذا ما يحيلنا إلى

---

[1]- الملحق رقم 02 المتعلق بالشروط والوثائق المطلوبة وإجراءات التبني في تونس صادرة عن وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن من التونسيين بالخارج ، المعهد الوطني لرعاية الطفولة، 01 نهج جبران خليل جبران 2010 منوبة.

[2]- أنظر الملحق رقم 02.

أهمية هذا الحكم وتأثيره في حياة ومستقبل الطفل وما تتطلبه رعايته من استقرار نفسي واجتماعي يحرص المشرع على تحقيقه من خلال التبني[1] إلا أنه قد يكون هذا الحكم محل طعن وهذا ما سنتطرق إليه في آثار التبني.

المبحث الثاني

آثار التبني وموقف التشريع الجزائري من التبني

إذا توفرت الشروط والإجراءات الخاصة للتبني وأصدر القاضي حكمه بإسناد الطفل إلى المتبني وباعتبار التبني مثله مثل العقود المدنية الأخرى يرتب آثارا على أرض الواقع ويبقى كذلك إلى أن يطرأ عليه سبب من الأسباب التي تحول دون ترتيب هذه الآثار، وعلى عكس القاضي التونسي فإن القاضي الجزائري لا يصدر حكم بالتبني ولا يأذن به ولكن ثبت وأن صادف القاضي الجزائري من القضايا المطروحة أمامه آثارا ناتجة عن التبني الذي تم بالتحايل والتزوير لشهادات الميلاد بالتصريح والإدعاء الكاذب من طرف أشخاص راغبين في التبني، وسنتعرض في (المطلب الأول) أثار التبني وفي (المطلب الثاني) لموقف المشرع الجزائري من التبني ومن آثار التبني التي تنجم عن التزوير.

المطلب الأول

آثار التبني وانقضائه

بعد انتقال المتبني إلى حضن العائلة المتبنية بموجب حكم القاضي بالتبني تثبت له مجموعة من الحقوق التي تنشأ بموجب عقد التبني سواء ما تعلق بهويته، وكذا حمايته من كل تهديد يمس جسمه ونفسه، فإنه إذا حدث أي أثر من شأنه يمس أو يهدد سلامة الطفل فإن ذلك لا يمنع من إنهاء التبني بالرغم من طبيعة الحكم القاضي بالتبني الذي يكون نهائيا، وسنتناول في (الفرع الأول) الحقوق المترتبة عن التبني، وفي(الفرع الثاني) انقضاء التبني.

الفرع الأول

الحقوق المترتبة عن التبني

خول القانون التونسي على التشريعات الأخرى التي تأخذ بنظام التبني مجموعة من الحقوق بموجب عقد التبني عقد التبني، وهذا ما جاء في القانون عدد 27 لسنة 1958 القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني بموجب الفصل 14 من هذا القانون، بحيث جاء في صلب الفصل على أنه:" **يحمل المتبني لقب متبنيه ويجوز أن يبدل اسمه وينص على ذلك بحكم التبني بطلب من المتنبي**"، ويضيف

[1]– عائدة اليرماني غربال، المرجع السابق،ص.91.

الفصل **15** على أنه: " **للمتنبى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات عليهما، إلا أنه في الصورة التي يكون فيها أقارب المتنبي معروفين تبقى موانع الزواج المنصوص عليها في الفصول 14، 15، 16، 17 من مجلة الأحوال الشخصية قائمة**".

واستنادا للنصين فإن القانون التونسي يمكن الطفل المتبني من التمتع بكل الحقوق التي يحص بها الولد الشرعي وكما يحمل عائلته بالتبني جميع الواجبات المحمولة عادة على العائلة الأصلية، مطبقا ذلك مبدأ المساواة بين الأطفال الشرعيين والغير الشرعيين[1]، فالطفل المتبنى له الحق في النسب بما يحتويه من عناصر الهوية وجنسيته وكذلك الحضانة والولاية على نفسه وماله والنفقة عليه وحسن المعاملة والتربية بما يقتضيه العرف والعادة[2].

أولا: حمل المتبني اسم متبنيه

استنادا للفصل 14 من القانون عدد 27 لسنة 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني أنه للمتبني أن يحمل لقب العائلة المتبنية بإضافته إلى اسمه الأصلي أو أن يبدله، واشترط القانون أن يكون ذلك بطلب من المتبني وبموافقة والدي الطفل، وينص على ذلك في الحكم القاضي بالتبني.

ثانيا: معاملة المتبني معاملة الابن الشرعي

وذلك بمنحه نفس الحقوق والواجبات الممنوحة للابن الصلبي من نفقة وتربية وتعليم وإحاطته بالرعاية اللازمة من أجل ضمان نموه الطبيعي، بحيث يكون للمتبني وحده حق تأديب المتبنى وتربيته وحق الموافقة على زواجه إذا كان قاصرا[3]، كما يثبت للمتبني الحق في الميراث ففي حالة وفاة والديه بالتبني يرثهما وهذا من الناحية الشرعية يعتبر تعدي على حقوق ومراكز الغير ونشر الفتنة بين أقارب المتبني[4].

كما تجب من جهة الابن المتبنى النفقة على والديه بالتبني مثلما هو الشأن في النفقة على الأبوين الأصليين في حالة عجزهما لمرض أو كبر في السن وهذا ما نص عليه الفصل **43** من مجلة الأحوال الشخصية التونسية:" **المستحق للنفقة بالقرابة صنفان الأبوان والأصول من جهة الأب وإن علو، ومن جهة الأم في حدود الطبقة الأول**".

---

[1]- علال أمال، المرجع السابق،ص.49

[2]- عائدة اليرماني غربال، المرجع السابق،ص.49.

[3]- مصطفى الجمال، الأحوال الشخصية لغير المسلمين؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص.440.

[4]- طلبة ملك، المرجع السابق، ص.11.

ثالثا: قيام موانع الزواج بين المتنبي وأقاربه(الأسرة البيولوجية)

في الحالة التي يكون فيها المتبني معلوم النسب فإنه تبقى موانع الزواج المنصوص عليها في الفصول 14، 15، 16 ،17 من مجلة الأحوال الشخصية قائمة بينه وبين عائلته من القرابة والمصاهرة والرضاع، فإن المتبني لا يحل له أن يتزوج بهذه الفئة، وهذا ضمانا لعدم اختلاط الأنساب وانسجاما مع الشريعة الإسلامية، وهذا إن دل على شيء إنما يدل أن المتبني لا يخرج من أسرته الأصلية وكما لا يحرمه من حقوقه، ولا يخلصه من واجباته اتجاه والديه البيولوجيين من نفقة وعلاج هذا من جهة، ومن جهة أخرى يكون والداه الأصليين ملزمان بالإنفاق عليه إذا عجز عن الحصول على نفقة من المتبني، وتعود السلطة الأبوية إلى والده الأصلي في حالة وفاة المتبني أو فقدان أهليته[1]، ومن جهة أخرى نجد الأثر الأخر يتمثل في قيام موانع الزواج بين المتبني وأسرته المتبنية أي ينتج عن ذلك التبني حرمة المصاهرة[2]، وهذا مخالف تماما للشريعة الإسلامية واعتداء على الحرمات.

الفرع الثاني

انقضاء التبني

عملا بمبدأ تحقيق مصلحة الطفل المتبنى، فإنه إذا تبين أن المتبني أخل بالتزاماته اتجاه الطفل المتبني، وأن بقائه لدى هذه العائلة المتبنية يشكل خطر على حياة الطفل المتبني، ورغم اعتبار وضع الطفل المتبنى مطابق لوضع الابن الصلبي فإن هذا لا يمنع الجهات المكلفة بحماية حقوق الأطفال المهددين والمعرضين لخطر من التدخل الوقائي من طرف هذه الجهة بمبادرة من مندوب حماية الطفولة[3] بعد تلقيه إشعار من المواطنين وبعد أخذ إذن من القاضي، ويقوم هذا الأخير إما بسحب الحضانة من الأسرة أو يحكم بقبول طلب الرجوع في التبني الذي يقدم من طرف المتبني بعد بلوغه سن الرشد.

---

[1]– مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص.441.

[2]– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،1996،ص.93.

[3]– مندوب حماية الطفولة: هي مؤسسة تسهر على تحقيق أهداف مجلة حماية الطفل تتمثل في الشخص مندوب حماية الطفل الذي يلعب دوره في التدخل الوقائي في الحالات الصعبة التي تهدد وتعرض الطفل للخطر استنادا للفصل30 من مجلة الطفل.

أولا: انقضاء التبني بسبب سحب الحضانة من المتنبي

بالرجوع إلى القانون عدد 27 لسنة 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني وبالضبط إلى الفصل 16 فإنه نص على إمكانية سحب أو نزع الحضانة من المتبني بحيث جاء مضمونها على أن:" **يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من وكيل الجمهورية أن تحكم بنزع الحضانة من المتبني وإسنادها إلى شخص آخر حسبما تقتضيه مصلحة المتبنى، وذلك إن اتضح أن المتبني أخل بواجباته إخلال فادحا**".

بالرغم مما جاء في الفصل **13** من القانون عدد **27** لسنة **1958** أن طبيعة الحكم الصادر بالتبني يكون نهائيا، إلا أن هذا لا يحول دون الرجوع فيه أو إبطاله إذا ثبت أن مصلحة الطفل الفضلى مهددة إذا استمرت الحضانة لدى المتنبي، وأن الهدف الذي من أجله وجد عقد التبني وهو تحقيق هذه المصلحة، ونقول هنا أن استمرار التبني وعدم استمراره متعلق بتحقيق أو عدم تحقيق مصلحة الطفل، وقد نادت اتفاقية حقوق الطفل في هذا الشأن أي الحرص والحفاظ على تحقيق المصلحة الفضلى للطفل بصفة عامة وذلك بموجب المادة **19** من الاتفاقية:" **تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال، وإساءة المعاملة أو الاستغلال، بما في ذلك الإساءة الجنسية، وهو رعاية الوالد(الوالدين) أو الوصي القانوني(الأوصياء القانونيين) عليه، أو أي شخص آخر يتعهد الطفل برعايته**" وكل ما يهدد الطفل ويعرضه للخطر بمفهوم الفصول20، 21،22، ،23 24،25،26، 27 من مجلة حماية الطفل، بالاستناد إلى هذه الأخيرة والاتفاقية يمكن أن نعرف الإخلال الفادح في الواجبات اتجاه الطفل بتعريضه إلى أشكال خطيرة من الاعتداءات سواء البدنية أو الجنسية أو الإهمال والتي تشكل جريمة ضد الطفل وبالتالي تستوجب تدخل النيابة العامة.

وبناءا لما سبق فإن القاضي يقوم بسحب المتبنى من العائلة المتبنية وضمه إلى عائلة أخرى جديرة بالرعاية والحماية ويتم ذلك بطلب من النيابة العامة[1].

وما يجدر الإشارة إليه للطفل الذي بلغ 13 سنة أن يشارك في القرارات التي تتخذ في شأنه وذلك بإبداء رأيه بالبقاء عند المتبني أم لا ، وهذا ما أقرته اتفاقية حقوق الطفل في المادة 12 من اتفاقية حقوق الطفل والفصل 10 من مجلة حماية الطفولة:" **تكفل هذه المجلة للطفل حق التعبير عن آرائه بحرية وتؤخذ هذه الآراء بما تستحق من الاعتبار وفقا لسن الطفل ودرجة نضجه، ولهذا الغرض تتاح للطفل**

[1]– عائدة اليرماني غربال، المرجع السابق، ص.91.

بوجه خاص الفرصة للإفصاح عن آرائه وتشريكه في الإجراءات القضائية وفي التدابير الاجتماعية والتعليمية الخاصة بوضع".

ثانيا: انقضاء التبني بسبب طلب الرجوع فيه

بالرغم من أن الحكم القاضي بالتبني يكون نهائيا أي غير قابل لأي طعن إلا أن القضاء التونسي يسمح ويقر بمبدأ الرجوع في التبني عند اتفاق الأطراف ومتى اقتضت مصلحة الطفل الفضلى، أو الرغبة الشديدة للمتبني الراشد في الانتساب إلى أبويه الأصليين وهو حق مشروع نادت به اتفاقية حقوق الطفل.

ولقد عرضت قضية في هذا الشأن والتي يمكن إن نلخص وقائعها في إن عائلة قامت بتبني طفلة قاصرة مولودة في 9 جوان 1987 وفقا للشروط والإجراءات اللازمة، ونظرا للازمة النفسية التي تعرضت لها الأم الطبيعية (الأم الأصلية) نتيجة حكم التبني الذي أصدرته محكمة ناحية تونس سنة 1988، وتجنبا لحدوث اثر سلبي على صحة ونفسية الطفلة نتيجة للخلافات الناشئة بين طرفي عقد التبني تقد الطرفين أمام القضاء بطلب الرجوع في التبني[1].

وقضت محكمة التعقيب التونسية بالحق في الرجوع في التبني وهذا ما جاء في القرار التالي:" **مصلحة المتبني هي السبب الجوهري و الرئيسي لسن عقد التبني، وهذا العقد شأنه شأن بقية العقود المدنية يمكن الرجوع فيه لفقدان أو تغيب مقوماته الشكلية أو القانونية**"[2]

و يتبين من هذا القرار أنّ مصلحة الطفل قد تتضرر بسبب تغير الظروف والأحوال ومتى ثبت ضرر ناتج بسببه استوجبت مصلحة الطفل المتبنى بغض النظر عن طبيعة الحكم القاضي بالتبني وبالتالي يجوز الرجوع في التبني، ويظهر من القرار المحكمة اتخذت موقفها هدا على اساس ان عقد التبني لا يختلف عن بقية العقود المدنية التي لا تنتفي فيها ارادة الاطراف وعملا بالقاعة العامة " **العقد شريعة المتعاقدين**" وكما أسّست موقفها على انه بالرجوع الى المواد المتعلقة بالتبني لا نجد اي نص صريح يمنع الرجوع في التبني.

---

[1]–عايد ة اليرماني غربال، المرجع السابق، ص.ص. 93–94

[2]– محكمة التعقيب، قرار مدني عدد 295 بتاريخ 23 مارس 1993، نقلا عن عائدة اليرماني غربال، المرجع السابق، ص. 93.

كما اقرت نفس المحكمة انه كل من يبلغ سن التمييز او الرشد له الحق في ان يرفض التبني وله الحق في انتسابه الى عائلته الاصلية، معتبرة ان ذلك حق مقدس له علاقة بحرية الشخص وهذا حق مقدس ناصرته تشريعات حقوق الانسان بصفة عامة وتشريعات حقوق الطفل بصفة خاصة [1] .

ثالثا: انقضاء التبني بسبب وفاة الطفل المتبنى

لم ينص التشريع التونسي على هذا السبب، وباعتبار الوفاة حسب القواعد العامة من الاسباب الطبيعية المؤدية الى انتهاء اي عقد او التزام بالتالي فان التبني ينقضي بوفاة الطفل المتبنى لاستحالة استمرارية التبني لعدم تحقيق الهدف والغاية من اجله انشئ عقد التبني.

وخلاصة لما سبق التطرق إليه فإن ينقضي متى ثبت أن المتبني أخل بالتزاماته إخلالا فادحا مما يضر بمصلحة الطفل، كما ينقضي أيضا بطلب الرجوع عن التبني سواء كان طلب الرجوع باتفاق الأبوين البيولوجيين والأبوين بالتبني على رجوع الطفل إلى أبويه الأصليين متى ثبتت مصلحة الطفل في ذلك، أو بطلب من المتبني متى أصبح في سن التمييز أو الرشد ورغب في الانتساب إلى عائلته الأصلية، بالإضافة أن التبني ينقضي بوفاة المتبنى.

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من التبني

باعتبار الجزائر من الدول الإسلامية التي لا تعترف بنظام التبني استنادا لنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري:" **يمنع التبني شرعا وقانونا**" ولا يجوز للقاضي أو الموثق إبرامه والإذن به إلا في الحالة التي يكون فيها الأطراف أجنبيين إذ يجوز للقاضي أن يأذن به وهذا ما جاء في تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 05-10 بموجب المادة 13 مكرر 1، وهذا ليس محل دراستنا في هذا المطلب.

وسنتطرق إلى موقف المشرع الجزائري من بعض آثار التبني الناتجة عن التزوير والتحايل على القانون.

فالمشرع الجزائري ندد بكل تزيف أو تزوير للحقائق الخاصة بالأنساب باعتبارها من النظام العام وأن مآلها الإبطال، وبالرجوع إلى النصوص القانونية لا نجد الإجراءات الخاصة بإبطال هذا التبني الناتج عن تزوير الوثائق، ولكن أحيانا هناك من القضايا التي رفعت أمام درجات مختلفة من المحاكم الجزائرية مضمونها إبطال التبني أو بعض آثاره، وعليه سنتناول في (الفرع الأول) نماذج من قرارات المحكمة

[1]- عايدة اليرماني غربال، المرجع السابق، ص. 94

العليا المتضمنة إبطال التبني أو بعض آثاره، وفي(الفرع الثاني) التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له.

الفرع الأول

نماذج من قرارات المحكمة العليا مضمونها إبطال التبني

رغم صراحة موقف المشرع الجزائري من التبني في نص المادة 46 من قانون الأسرة إلا أنه هناك بعض آثاره في أرض الواقع الناتجة عن التزوير والتحايل على القانون، ولقد أصدرت المحكمة العليا أحكاما مؤكدة فيها بالنفي القاطع بالتبني والآثار التي تنتج عنه، ومن جملتها النماذج التالية:

أولا: القضية الأولى

" دعوى إبطال التبني لإخراج المطعون ضده من الميراث- الحكم برفض الدعوى- خطأ في تطبيق المادة 46 من قانون الأسرة و47 من الأمر المؤرخ في 1970/02/19 من قانون الحالة المدنية من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا.

ومتى ثبت- في قضية الحال- أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني على أساس أن المتبني لم يذكر نسب الولد المتبني، قد أخطئوا في تطبيق القانون، ذلك أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب.

ومتى كان كذلك استجوب نقض القرار المطعون ضده"[1].

ثانيا: القضية الثانية

تبنى- تقديم شاهدين أمام قضاة الموضوع لإبطال التبني الحكم برفض الدعوى- خطأ في تطبيق القانون(المادة 47 من الأمر 70-20 المؤرخ في 1970/09/19 المتعلق بالحالة المدنية)

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

ومتى ثبت- في قضية الحال- أن الطاعن قدم أمام قضاة الموضوع شاهدين ذاكرا بأن المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة سنة 1997 وبذلك فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف وبرفض

---

[1]- المحكمة العليا، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 122761 بتاريخ 1994/06/28، العدد الخاص،2001، ص.155.

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"[1].

ثالثا: القضية الثالثة

" تبنى – إثباته– طلب إبطاله– رفض الدعوى– تزوير– براءة– خطأ في تطبيق القانون تبطل العقود عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها ولو غير محلها ولو أن العقد في حد ذاته صحيحا شكلا، ويجوز أيضا إبطال العقد عندما يكون محرر بصفة غير قانونية ولو كانت بياناته صحيحة.

وأن القضاء يرفض دعوى إبطال النسب للولد المتبني بناء على براءة المطعون ضدها من جنحة التزوير يعد خطأ في تطبيق القانون لأن النسب له قواعد ثابتة مستقلة لا تترتب على دعوى جزائية"[2].

رابعا: القضية الرابعة

" تبني – شهادة الشهود– عدم إبطال عقد التبني– مخالفة القانون.

إن تكييف القضية على أنها تبني دون إبطال عقد الميلاد للمتبني هو مخالفة للقانون[3].

ويستنتج من خلال هذه القرارات تأكيد المحكمة العليا على إلغاء التبني وإبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة سواء كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية[4] لمخالفتها للنظام العام، وهذا عملا بالمادة **46** من قانون الحالة المدنية التي جاء في صلبها:" **تبطل العقود عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها ولو أن العقد في ذاته كان صحيحا شكلا. كما يجوز أيضا إبطال العقد عند ما يكون محررا بصورة غير قانونية ولو كانت بياناته صحيحة**"

باعتبار دعوى إبطال التبني من طينة الدعاوى القضائية فإنه من المقرر قانونا أنه لا بد من توفر شروط وإتباع إجراءات لقبول هذه الدعوى أمام الجهة، وعليه سوف نتطرق إلى تحديد أطراف هذه الدعوى، والجهة القضائية المختصة بالنظر في هذه الدعوى.

---

[1]– المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد الخاص، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 234949 بتاريخ 2000/01/18، 2001، ص. 158.

[2]– جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية؛ قرارات المحكمة العليا، ط1 ، منشورات كليك، الجزائر،2013، ج3،ص.1204، (ملف رقم 265259 قرار بتاريخ 2001/01/23

[3]– المرجع نفسه، ج 1، ص، 990،(ملف رقم 236924 قرار بتاريخ 2000/11/21).

[4]– طلبة مالك، المرجع السابق، ص.13.

1/- أطراف الدعوى

بالرجوع إلى المواد 13 إلى 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن هذه المواد وضعت الشروط المتعلقة برفع الدعوى التي يجب أن ترفع ممن صفة على من له صفة وممن له المصلحة، وباعتبار دعوى إبطال العام فإنها يمكن أن ترفع من طرف النيابة العامة.

أ/- المدعى والمدعى عليه:

يمثلون طرفي النزاع ويشترط فيهما حسب نص المادة **13** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تتوفر فيهما الصفة والمصلحة، فإذا ثبت للقاضي عدم توفر الصفة في كلا الطرفين يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة لأنها من النظام العام، ومن الناحية الواقعية غالبا ما تكون مناسبة رفع هذه الدعوى مقترنة بالنزاعات المتعلقة بالميراث.

ب- النيابة العامة

بناءا على نص المادة **3** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه:" **تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون**" إذن تكون النيابة العامة طرفا أصليا في دعوى إبطال التبني باعتبارها الممثلة الرسمية للنظام العام إذ تتدخل لاحترامه وتلتمس تطبيق القانون بمشاركتها في هذه الدعوى.

2/- الجهة القضائية المختصة للنظر في الدعوى

يؤول الاختصاص إلى جهة القضاء العادي المحكمة الابتدائية قسم شؤون الأسرة، أما الاختصاص الإقليمي يخضع إلى القواعد العامة إذ لا يوجد نص خاص يدلنا على المحكمة المختصة وبالرجوع إلى القواعد العامة المادة **38 و37** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" **يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه وإن لم يكن له موطن فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها آخر موطن له وفي حالة اختيار الموطن يؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك**".

وبعد تأكد القاضي من صحة الإجراءات وتوفر الشروط في الأطراف يباشر القاضي إجراء التحقيق في القضية المعروضة عليه حسب المادة **424** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" **أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة في الموضوع بغرض الاستشارة**" كأن يستعين بشهادة الشهود أو بالتقارير أو إقرار المتبني أي اعتراف المتبني بأنه ليس

الابن الصلبي للمتوفى، وفي الأخير يقضي القاضي بإبطال التبني ويمتد اختصاصه هذا إلى حتى إبطال عقد ميلاد المتبنى وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 246924 الصادر بتاريخ 2000/11/21 المذكور في القضية الرابعة أعلاه.

الفرع الثاني

التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له

لم يضع المشرع الجزائري عقوبة خاصة بفعل التبني بالرغم من أنه جاء تحريمه قطعي بموجب المادة **46** من قانون الأسرة، وهذا لا يدل أنه لا عقوبة لمن قام بالتبني وعليه سوف نتعرض في هذا الفرع إلى التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له.

أولا: التكييف الجزائي لفعل التبني

إن التبني يمكن أن نكيفه على أنه جريمة لتزييف الأنساب الحقيقية إذ تعتبر من أخطر الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، وإن كان قانون العقوبات لم ينص عليها صراحة[1] بل اكتفى المشرع الجزائري بالنص عليها في المادة **46** من قانون الأسرة الجزائري التي تمنع التبني شرعا وقانونا لأن ذلك يحدث نزاعات عائلية لكون الطفل المتبني دخيلا وعائقا على هذه الأسرة بسبب انتسابها إليها مما ينتج على ذلك اعتداء على لقب الغير.

ثانيا: العقوبة المقررة لفاعل التبني

قلنا أن المشرع الجزائري لم يخصص عقوبة لفعل التبني بالنظر إلى طبيعة الفعل فإنه تزييف للألقاب وتحايل على القانون فالشخص الذي يتقدم أمام ضابط الحالة المدنية ويصرح بتسجيل طفل وإنسابه إليه وادعائه أنه ابن من صلبه وتقييده في سجلات الحالة المدنية فإن هذا الشخص يخضع لعقوبات بالرغم من أن القانون لم ينص عليها صراحة ولكن بإمكاننا أن نستنتجها من أحكام النصوص المتعلقة بأعمال التزوير وهذا ما نستنتجه من نص المادة **34** من قانون الحالة المدنية، بحيث جاء في صلبها على أنه:

" **يتعرض كل شخص ذكر في العقد ولم تكن تصريحاته حقيقية للعقوبات المنصوص عليها في المادة 217 من قانون العقوبات**" كما تنص المادة **217** قانون العقوبات على أنه: " **يعاقب بالحبس من سنة**

---

[1]– بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان،2008– 2009، ص139 .

إلى خمسة سنوات وبغرامة من 500 إلى 1000 دينار كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم أنه غير مطابق للحقيقة".

وعلى المشرع الجزائري أن يتدارك هذا النقص بتقنين عقوبات خاصة بهذه الجريمة، والتي تعد عدوانا صارخا على روابط الأسرة وانتهاكا واضحا لحرمة الشرع والقانون[1].

[1] بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري(دراسة مقارنة) ؛ ط1 ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2009،ص.81.

خاتـــمة

إن نظامي الكفالة والتبني من بين الأنظمة التي وجدت من أجل رعاية الطفل وحسن تنشئته لا سيما الفئة المحرومة من الجو العائلي بسبب وفاة الأبوين أو إهمالها أو عدم الاعتراف به؛ ولتحقيق مصلحة الطفل الفضلى والعليا وتماشيا مع المادتين **20** و **21** من اتفاقية حقوق الطفل ، فإن القانون الداخلي للدول التي صادقت عليها أعطى لطالب الرعاية والحماية الاختيار بين الأنظمة الذي يتسنى له ترتيب الأثر الذي يحقق فائدة ومصلحة الطفل الذي يريد أن يرعاه.

فبالنسبة للقانونين الجزائري والتونسي نجدهما من ضمن الدول التي تنادي بحماية الطفل المعرض أو المهدد بالخطر ويظهر ذلك من خلال مصادقتهما على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1991 بالنسبة لتونس و1992 بالنسبة للجزائر، ولقد رأينا من خلال دراستنا أن الجزائر تأخذ بالكفالة فقط دون التبني على عكس المشرع التونسي الذي تبنى كلا النظامين، إذ اعترف به صراحة بموجب القانون عدد 27 لسنة 1958 فحسب هذا القانون فإن المشرع التونسي هدفه هو المساواة بين الطفل الشرعي وغير الشرعي متجاهلا كل الانتقادات الموجهة إليه لمخالفة التبني للنظام العام بصفة خاصة ولأحكام الشريعة الإسلامية بصفة عامة.

بالرغم من أن نظامي التبني والكفالة يشتركان في كون أن كلا هما يهدفان إلى حماية ورعاية الطفل ماديا ومعنويا ويجعلان الولد المكفول في نفس مرتبة الابن الشرعي، مما يخول للكافل وللمتبني الولاية التامة على نفس ومال القاصر، إلا أنهما نظامين مختلفين تماما في نقاط جوهرية يمكن أن نلخصها في:

– أن الكفالة جائزة ومرغوبة وشرعية، أما التبني فهو محرم شرعا وقانونا.

– أن التبني فيه تزوير للأنساب والحقائق بإسناده بمنح المتبني لقبه العائلي للطفل، على عكس الكفالة التي يحتفظ فيها المكفول بلقبه الأصلي.

– الكفالة تنتهي ببلوغ المكفول سن الرشد أو طلب الوالدين عودته إليهما، بينما التبني كمبدأ لا ينقضي بالنظر إلى طبيعة الحكم القاضي بالتبني أنه نهائي.

وعليه نقول أن الكفالة أفضل نظام بديل لرعاية وحماية فئة الأطفال مجهولي أو معلومي النسب المحرومين من الدفء العائلي حتى يصبحوا ذو فائدة لمجتمعهم باعتبارهم رجال الغد، أما عن منح اللقب للمكفول مجهول النسب ما هو إلا غاية لحسن تنشئة الطفل وحصوله على حقوقه في المجتمع كالتعليم والمنح الدراسية وغيرها من الحقوق التي يتمتع بها أمثاله من الأطفال وذلك بشرط عدم المساس بحقوق الغير مراعاة لمبادئ الشريعة الإسلامية لا سيما عدم اختلاط الأنساب.

الملاحـق

الملحق رقم 01

المتعلق بوثائق تشكيل ملف طلب الكفالة

والاجراءات المتبعة للحصول على الكفالة في القانون التونسي

الجمهورية التونسية
وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن
و التونسيين بالخارج
المعهد الوطني لرعاية الطفولة

الكفالـــــــة

المؤسســـة : وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن و التونسيين بالخارج (المعهد الوطني لرعاية الطفولة).

مجال الخدمة : النهوض الاجتماعي.

موضوع الخدمة : حضانة طفل في إطار الكفالة.

شروط الانتفاع بالخدمة
- زوجان أو مطلقة أو أرملة أو عزباء من ذوي السيرة الحسنة والاستعداد النفسي والقدرة الصحية والمادية على تربية طفل.

الوثائق المطلوبة
1) مطلب ممضى من قبل طالب الخدمة وقرينه. 2) نسخة من عقد الزواج أو شهادة بالزواج (أو مضمون وفاة الزوج أو نسخة من حكم الطلاق عند الاقتضاء). 3) 04 ظروف خالصة معلوم البريد. 4) الوثائق التالية بالنسبة إلى كل من طالبي الكفالة. - مضمون ولادة. - بطاقة عدد 3. - شهادة طبية في سلامة الصحة البدنية لرعاية طفل في إطار الكفالة - بطاقة خلاص أو تصريح بالدخل السنوي بالنسبة للعمل الحر. - نسخة من بطاقة التعريف الوطنية. - صورتان شمسيتان. * يتم تقييم الوضعية الاجتماعية والمادية والاستعداد النفسي بالنسبة إلى طالبي التبني عون اجتماعي وأخصائي في علم النفس. **ملاحظة :** لا تتم دراسة الملف إلا إذا ما تضمن تقريري الأخصائي الاجتماعي والأخصائي النفساني علاوة على الوثائق المذكورة أعلاه.

مراحل الخدمة	الأطراف المتدخلة	الآجـــال
	- طالب الخدمة.	- إيداع الملف.
- 3 أشهر من تاريخ إيداع الملف	- المعهد الوطني لرعاية الطفولة - أو الإدارة الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن و التونسيين بالخارج: • قسم النهوض الاجتماعي • الوحدات المحلية للنهوض الاجتماعي المختصة ترابيا • مركز الدفاع والإدماج الاجتماعي. • أو الملحقون الإجتماعيون بالقنصليات التونسية بالخارج	- تقييم الوضعية الاجتماعية والمادية لطالبي الخدمة وتقييم استعدادهما النفسي.

منوبة 2010 جبران خليل جبران نهج 01 الطفولة لرعاية الوطني المعهد – : **العنوان**

-

- دراسة الملف ومعالجته.	- المعهد الوطني لرعاية الطفولة (لجنة التبني والكفالة والإيداع العائلي).	نصف شهر بعد استكمال الملف بما في ذلك تقييم الوضعية الإجتماعية والمادية والاستعداد النفسي.
- إعلام المعني بالأمر برأي اللجنة. - تسليم الطفل عند الموافقة.	- المعهد الوطني لرعاية الطفولة. - المعهد الوطني لرعاية الطفولة - أو وحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد - أو المستشفيات أو مراكز التوليد في حالات استثنائية	- نصف شهر من تاريخ اجتماع اللجنة. يتم تسليم الطفل متى أمكن ذلك وحسب تواجد الأطفال بالمعهد أو بوحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد.
- متابعة الطفل قبل إبرام عقد الكفالة: 3 زيارات بمعدل زيارة في الشهر	- المعهد الوطني لرعاية الطفولة. - أو مصالح الإدارات الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن و التونسيين بالخارج - أو وحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد	- زيارة في الشهر (3 زيارات على أقصى تقدير في الوضعيات العادية و في حالات استثنائية أكثر من 3 زيارات)
- إبرام عقد الكفالة(يتحمل الكافل مصاريف الكفالة)	- طالب الخدمة - مدير المعهد و شاهدان من المعهد أو مدير وحدة العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة معها بعد تفويض من مدير المعهد - و شاهدا عدل - و حاكم الناحية للمصادقة.	- حسب الوضعية - غالبا 4 أشهر بعد إيداع الطفل إلا أنه يمكن أن يطول هذا الأجل إذا لم تكتمل عناصر هوية الطفل بإسناده هوية أبويه الشرعيين إو هوية إفتراضية.
- متابعة الطفل في الكفالة	- المعهد الوطني لرعاية الطفولة، - مصالح الإدارة الجهوية للشؤون الإجتماعية و التضامن والتونسيين بالخارج - وحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد.	- زيارتان في السنة و كلما رأت مصالح المعهد حاجة لذلك حتى بلوغ الطفل سن الرشد.

مكـــان إيـــداع الملـــف
المصلحـــة : - مباشرة بالمعهد الوطني لرعاية الطفولة - أو عن طريق : * الإدارات الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن * أو أقسام النهوض الاجتماعي * أو الوحدات المحلية للنهوض الاجتماعي ***العنـــوان :*** - المعهد الوطني لرعاية الطفولة 01 نهج جبران خليل جبران 2010 منوبة - أو مقرات : * الإدارات الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن * أو أقسام النهوض الاجتماعي * أو الوحدات المحلية للنهوض الاجتماعي بالجهات.

أجل الحصول على الخدمة
- يتم تسليم الطفل متى أمكن ذلك و حسب تواجد الأطفال بالمعهد أو بوحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد أو من المستشفيات أو مراكز التوليد في حالات استثنائية.

مكان الحصول على الخدمة
المصلحة : - المعهد الوطني لرعاية الطفولة - أو وحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد - المستشفيات أو مراكز التوليد في الحالات الإستثنائية

الملحق رقم 02

المتعلق بوثائق تشكيل ملف طلب التبني

والاجراءات المتبعة للحصول على التبني في القانون التونسي

الجمهورية التونسية
وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن
و التونسيين بالخارج
المعهد الوطني لرعاية الطفولة

التبنـــــــي

المؤسســـة : وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن و التونسيين بالخارج (المعهد الوطني لرعاية الطفولة).

مجال الخدمـة : النهوض الاجتماعي.

موضوع الخدمة : تبني طفل مودع بالمعهد.

شروط الانتفاع بالخدمة
- زوجان أو مطلقة أو أرملة أو عزباء من ذوي السيرة الحسنة والاستعداد النفسي والقدرة الصحية والمادية على تربية طفل.

الوثائق المطلوبة
1) مطلب ممضى من قبل طالب الخدمة وقرينه. 2) نسخة من عقد الزواج أو شهادة بالزواج (أو مضمون وفاة الزوج أو نسخة من حكم الطلاق عند الاقتضاء). 3) 04 ظروف خالصة معلوم البريد. 4) الوثائق التالية بالنسبة إلى كل من طالبي التبني - مضمون ولادة. - بطاقة عدد 3. - شهادة طبية في سلامة الصحة البدنية لرعاية طفل في إطار التبني - بطاقة خلاص أو تصريح بالدخل السنوي بالنسبة للعمل الحر. - نسخة من بطاقة التعريف الوطنية. - صورتان شمسيتان. * يتم تقييم الوضعية الاجتماعية والمادية والاستعداد النفسي بالنسبة إلى طالبي التبني عون اجتماعي وأخصائي في علم النفس. **ملاحظة :** لا تتم دراسة الملف إلا إذا ما تضمن تقريري العون الاجتماعي والأخصائي في علم النفس علاوة على الوثائق المذكورة أعلاه.

الآجـــال	الأطراف المتدخلة	مراحل الخدمة
- إيداع الملف.	- طالب الخدمة.	
- تقييم الوضعية الاجتماعية والمادية لطالبي الخدمة وتقييم استعدادهما النفسي.	- المعهد الوطني لرعاية الطفولة - أو الإدارة الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن و التونسيين بالخارج: • قسم النهوض الاجتماعي • الوحدات المحلية للنهوض الاجتماعي المختصة ترابيا • مركز الدفاع والإدماج الاجتماعي. • أو الملحقون الإجتماعيون بالقنصليات التونسية بالخارج 53	3 أشهر من تاريخ إيداع الملف.
- دراسة الملف ومعالجته.	- المعهد الوطني لرعاية الطفولة (لجنة	نصف شهر بعد استكمال الملف بما في ذلك

	التبني والكفالة والإيداع العائلي).	تقييم الوضعية الإجتماعية والمادية والاستعداد النفسي.
- إعلام المعني بالأمر برأي اللجنة. - تسليم الطفل عند الموافقة.	- المعهد الوطني لرعاية الطفولة. - المعهد الوطني لرعاية الطفولة - أو وحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد - أو المستشفيات أو مراكز التوليد في حالات إستثنائية	- نصف شهر من تاريخ اجتماع اللجنة. - يتم تسليم الطفل متى أمكن ذلك وحسب تواجد الأطفال بالمعهد أو بوحدات العيش.
- متابعة الطفل في التبني قبل صدور حكم التبني : 3 زيارات على أقصى تقدير بمعدل زيارة في الشهر	- المعهد الوطني لرعاية الطفولة. - أو مصالح الإدارات الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن و التونسيين بالخارج - أو وحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد	- زيارة في الشهر (3 زيارات على أقصى تقدير) تبدأ المتابعةبعد تاريخ إيداع الطفل بشهر
- إصدار حكم التبني	- طالب الخدمة - ممثل المعهد الوطني لرعاية الطفولة - ممثل الإدارة الجهوية للشؤون الإجتماعية و التضامن و التونسيين بالخارج - حاكم الناحية.	- 4 أشهر بعد إيداع الطفل و يمكن تجاوزهذا الأجل في الحالات الإستثنائية و التي تتطلب فيها الوضعية القانونية للطفل مزيد المتابعة

مكـــان إيـــداع الملـــف
المصلحـة : - المعهد الوطني لرعاية الطفولة - الإدارات الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن - أقسام النهوض الاجتماعي - الوحدات المحلية للنهوض الاجتماعي - القنصليات التونسية بالخارج
العنـــوان : - المعهد الوطني لرعاية الطفولة 01 نهج جبران خليل جبران 2010 منوبة - أو مقرات : * الإدارات الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن * أو أقسام النهوض الاجتماعي * أو الوحدات المحلية للنهوض الاجتماعي بالجهات.

أجـل الحصـول علـى الخدمـة
- يتم تسليم الطفل متى أمكن ذلك و حسب تواجد الأطفال بالمعهد أو بوحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد.

مكـان الحصـول علـى الخدمـة
المصلحة : - المعهد الوطني لرعاية الطفولة - أو وحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد - المستشفيات أو مراكز التوليد في الحالات الإستثنائية
العنوان : - المعهد الوطني لرعاية الطفولة 01 نهج جبران خليل جبران 2010 منوبة - أو مقرات وحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد. - أو المستشفيات أو مراكز التوليد

	التبني والكفالة والإيداع المحاقلي).	تقييم الوضعية الإجتماعية و النفسية والاستعداد النفسي.
- إستماع المعني بالأمر برأي اللجنة. - تسليم الطفل عند الموافقة.	- المعهد الوطني لرعاية الطفولة. - المعهد الوطني لرعاية الطفولة - أو وحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد - أو المستشفيات أو مراكز التوليد في حالات إستثنائية	- نصف شهر من تاريخ إيداع الطفل. - يتم تسليم الطفل متى أمكن ذلك وحسب تواجد الأطفال بالمعهد أو بوحدات العيش.
- متابعة الطفل في التبني قبل صدور حكم التبني : 3 زيارات على أقصى تقدير بمعدل زيارة في الشهر	- المعهد الوطني لرعاية الطفولة - أو مصالح الإدارات الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن و التونسيين بالخارج - أو وحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد	- زيارة في الشهر (3 زيارات على أقصى تقدير) تبدأ المتابعةبعد تاريخ إيداع الطفل بشهر
- إصدار حكم التبني	- طالب الخدمة - ممثل المعهد الوطني لرعاية الطفولة - ممثل الإدارة الجهوية للشؤون الإجتماعية و التضامن و التونسيين بالخارج - حاكم الناحية.	- 4 أشهر بعد إيداع الطفل و يمكن تجاوز هذا الأجل في الحالات الإستثنائية و التي تتطلب فيها الوضعية القانونية للطفل مزيد المتابعة

مكـــان إيـــداع الملـــف

المصلحة : - المعهد الوطني لرعاية الطفولة
- الإدارات الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن
- أقسام النهوض الاجتماعي
- الوحدات المحلية للنهوض الاجتماعي
- القنصليات التونسية بالخارج

العنـــوان : - المعهد الوطني لرعاية الطفولة 01 نهج جبران خليل جبران 2010 منوبة
- أو مقرات : * الإدارات الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن
* أو أقسام النهوض الاجتماعي
* أو الوحدات المحلية للنهوض الاجتماعي بالجهات.

أجل الحصول على الخدمة

- يتم تسليم الطفل متى أمكن ذلك و حسب تواجد الأطفال بالمعهد أو بوحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد.

مكان الحصول على الخدمة

المصلحة : - المعهد الوطني لرعاية الطفولة
- أو وحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد
- المستشفيات أو مراكز التوليد في الحالات الإستثنائية

العنـــوان : - المعهد الوطني لرعاية الطفولة 01 نهج جبران خليل جبران 2010 منوبة
- أو مقرات وحدات العيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد.
- أو المستشفيات أو مراكز التوليد

قائمة المراجع

القــرآن الكريم

السنة:

1)- أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، جامع الترمذي(الجامع المختصر من السنن)، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض،(د، س،ن).

2)- الإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشري النيساتوري، صحيح مسلم، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض،1998.

أولا: اللغة العربية

الكتــب:

1)- أحمد الفار، دستور الأسرة في ظلال القرآن الكريم، ط2، مؤسسة للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1986.

2)- أجمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ط1، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع الإعلان، مصراطة،1990.

3)- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.

4)- بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري(دراسة مقارنة)؛ ط1،دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2009.

5)- رمضان علي السيد الشرنباطي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج الفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية؛ ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2010.

6)- سعد عبد العزيز، الجرائم المتعلقة على نظام الأسرة؛ ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، (د.ب.ن)،(د.س.ن).

7)- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري؛ ط3، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

8)- عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين، (دراسة تحليلية نقدية لظهير 13 يونيو2002 على ضوء أحكام مدونة الأسرة)؛ الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2008.

9)- عبد اللطيف محمد عامر، التبني بين التاريخ والشرائع؛ الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر،2008.

10)- عمر بن محمد السبيل، أحكام الطفل اللقيط، دراسة فقهية مقارنة، ط1،دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض،2005.

11)- غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية؛ ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2010.

12)- سايس جمال، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية؛ قرارات المحكمة العليا، ج3، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

13)- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى قي قضايا الأحوال الشخصية؛ ج1، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2005.

14)- لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري؛ ديوان المطبوعات الجامعية،(د.ب.ن)، الجزائر، 1992.

15)- محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية(دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن)؛ ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2012.

16)- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام؛ ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت،1993.

17)- مصطفى الجمال، الأحوال الشخصية لغير المسلمين؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2002.

18)- منصور الرفاعي عبيد، حقوق الأبناء على الآباء في المنظور الإسلامي؛ ط1، دار الجيل، بيروت، 1993.

19)- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي؛ دار النهضة العربية، مصر،1987.

القواميس:

1)- محمد رواس قلعه جي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء؛ ط1، دار النفاس للنشر والتوزيع، لبنان، 1985.

2)- علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، قاموس المصطلحات وتعريفات علم الفقه واللغة والفلسفة والمنطق والتصوف والنحو والصرف والعروض والبلاغة، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، مصر،2004.

الرسائل والمذكرات:

1)- علال أمال، الكفالة والتبني، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؛ مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2009.

2)- بوذراع عبد العزيز، الحماية القانونية لأموال القصر في القانون الجزائري ودور القاضي في ذلك؛ مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر،2004.

3)- أنيس سمكة، إثبات النسب بين الأحوال الشخصية والقانون عدد 75 سنة 1998؛ رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء،2001.

4)- طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،(قضاء وهران)؛ الدفعة الرابعة عشر، 2003-2006.

5)- شرين زهير أبو عبدو، معالم الأسرة المسلمة في القرآن الكريم؛ بحث لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في التفسير وعلوم القرآن، الجامعة، غزة،2010.

6)- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوقن جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2005.

7)- دخينات عقيلة، وضعية الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري؛ كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2011-2012.

8)- عائدة اليرماني غربال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية(مثلا تونس)؛ رسالة لنيل الماجستير المتخصص في حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية،2005-2006.

9)- بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري؛ مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2008-2009.

10)- لعرج إبراهيم وآخرون، أحكام كفالة القاصر قي التشريع الجزائري، مذكرة تخرج مكملة لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية؛ كلية الحقوق، جامعة جيجل،2008-2009.

المقالات:

1)- أسامة الحموي، التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب" دراسة فقهية اجتماعية مقارنة"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، مج 23، ع2، 2007.

2)- فواز إسماعيل محمد، التبني وبدائله؛ مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الموصل، مج7، ع 13، 2013.

3)- محمد إبراهيم أبو جريبان، " عناية الشريعة الإسلامية بالطفولة مقارنة مع المواثيق والمبادئ الدولية والقانون الأردني، مجلة الجامعة الإسلامية(سلسلة الدراسات الإسلامي)، مج19،ع2، الأردن، 2011.

النصوص القانونية:

نصوص تشريعية:

1)- القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج. د.ش، ع 31، المؤرخ في 30 جويلية 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426، الموافق ل 27 فبراير 2005، ج. ر. ج .ش، ع.15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

2)- الأمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 يونيو1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 09-01، مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009، ج. ر، ع. 15، الصادرة في 8 مارس 2009.

3)- الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية.

4)- قانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.د.ش، عدد. 21، المؤرخة في 17 ربيع الأول عام 1429، الموافق ل 23 أبريل 2008.

نصوص تنظيمية:

1)- المرسوم الرئاسي رقم 92-461، المؤرخ في 24 جمادى الثاني عام 1413، الموافق ل19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، ج.ر، ع.91، المؤرخة في 28 جمادى الثاني عام 1413، الموافق ل 23 ديسمبر 1999.

2)- المرسوم التنفيذي رقم 92-24، المؤرخ في 8 رجب 1412 الموافق ل13 يناير سنة 1992، يتمم ويعدل المرسوم رقم 71-157، المؤرخ في 3 يونيو 1971، المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر، ع. 5، الصادرة في 22 جانفي 1992.

القرارات القضائية:

1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 103232 بتاريخ 1995/05/02، قضية: (ف ط) ضد: (ف ط)، المجلة القضائية عدد خاص عن قسم المحكمة العليا، 2001.

2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 122761 بتاريخ 1994/06/28، قضية: (ف ف) ضد: (م و)، المجلة القضائية، عدد خاص عن المحكمة العليا،2001.

القانون المقارن:

1)- القانون عدد 27 لعام 1958 متعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

2)- القانون عدد 92 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتضمن المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989 ، والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 82 الصادر في 3 ديسمبر 1991.

3)- القانون عدد93 سنة 1995 ، مؤرخ في 9 نوفمبر 1995، المتعلق بتنقيح وإتمام بعض فصول المجلة الجنائية.

4)- القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995، المتعلق بمجلة حماية الطفل، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 32.

5)- القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في غزة أوت 1977 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع2 و3، المؤرخ في 30 جويلية و2 أ ، ت 1997.

6)- القانون عدد 75 لسنة 1998، مؤرخ في 28 أكتوبر 1998، يتعلق بإسناد لقب عائلي الأطفال مجهولي النسب أو المهملين، والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادر بتاريخ 30 أكتوبر1998، المنقح بالقانون عدد 51 لسنة 2003، والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادر بتاريخ 8 جويلية 2003.

7)- الأمر العلي المؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، المنشور بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

8)- قانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت2005، يتعلق بالمصادقة على بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود، المنشور بالرائد الرسمي عدد 68 المؤرخ في 15 أوت 2005.

متفرقات:

1)- دليل الكفالة، وزارة العمل والحماية الاجتماعية.

ثانيـــا: باللغــة الفرنسية

Thèses et mémoire

1/- Djenned mohand. Les droits de l'enfant en Algérie. Mémoires D.E.A. université PERPIGNAN.2006.

CODES

2/- MEGA CODE CIVIL. ANNOTATION des basses de donnée juridique.4eme éd. DALLOZ. PARIS2011.

الفهرس

العناوين

مقدمة 1

الفصل الأول: نظام الكفالة في القانون الجزائري والتونسي.....5

المبحث الأول: مفهوم الكفالة.....5

المطلب الأول: المقصود بالكفالة.....5

الفرع الأول: تعريف الكفالة.....6

الفرع الثاني: حكم ودليل مشروعية الكفالة.....7

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعيتها.....8

المطلب الثاني: خصائص الكفالة وتمييزها عن الحضانة.....8

الفرع الأول: خصائص الكفالة.....8

الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن الحضانة.....9

المطلب الثالث: شروط وإجراءات الكفالة.....10

الفرع الأول: شروط الكفالة.....10

الفرع الثاني: إجراءات الكفالة.....16

المبحث الثاني: آثار الكفالة وأسباب انقضائها.....19

المطلب الأول: آثار الكفالة.....19

الفرع الأول: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل.....20

الفرع الثاني: آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول.....22

المطلب الثاني: أسباب انقضاء الكفالة.....27

الفرع الأول: الأسباب المتعلقة بالكافل.....27

الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة بالمكفول.....28

الفصل الثاني: نظام التبني في القانون الجزائري والتونسي.....31

المبحث الأول: مفهوم التبني.....32

المطلب الأول: المقصود بالتبني.....32

الفرع الأول: تعريف التبني.....32

الفرع الثاني: حكم التبني ودليل تحريمه.....33
الفرع الثالث: الحكمة من تحريم التبني.....35
المطلب الثاني: خصائص التبني وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له.....36
الفرع الأول: خصائص التبني.....36
الفرع الثاني: تمييز التبني عن بعض الأنظمة المشابهة له.....37
الفرع الثالث: الفرق بين التبني والكفالة.....39
المطلب الثالث: شروط وإجراءات التبني.....41
الفرع الأول: شروط التبني.....42
الفرع الثاني: إجراءات التبني.....45
المبحث الثاني: آثار التبني وموقف التشريع الجزائري من التبني.....47
المطلب الأول: آثار التبني وانقضائه.....47
الفرع الأول: الحقوق المترتبة عن التبني.....47
الفرع الثاني: انقضاء التبني.....49
المطلب الثاني: موقف التشريع الجزائري من التبنيٍ.....52
الفرع الأول: نماذج من قرارات المحكمة العليا مضمونها إبطال التبني.....53
الفرع الثاني: التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له.....56
خاتمة.....58
الملاحق.....60
قائمة المراجع.....68
الفهرس.....74