جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المرسوم التنفيذي رقم92–24 المتعلق بتغيير اللقب بين التبني والكفالة

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

فرع: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين:

1. إخلف يسمينة
2. حيمي حبيبة

تحت إشراف الأستاذة:

تريكي دليلة

لجنة المناقشة:

1. الأستاذة: إسعد فاطمة..... رئيسة.
2. الأستاذة: تريكي دليلة..... مشرفة ومقررة.
3. الأستاذ الدكتور: تريكي فريد..... ممتحناً.

سنة المناقشة: 2014/2013

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

" ***وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلاً...***"

سورة الإسراء الآية 85

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة،

وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى انجاز هذا العمل

نتوجه بجزيل الشكر والإمتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل، وفي تسهيل ما واجهناه من صعوبات.

ونخص بالذكر الأستاذة المشرفة **تريكي دليلة** التي لم تبخل علينا بتوجيهاتها ونصائحها القيّمة التي كانت عونا لنا في إتمام هذا البحث.

إلى كل أساتذتنا في الجامعة

إلى أعضاء لجنة المناقشة

إلى الأستاذ المحامي خراز سعيد من جامعة قسنطينة

إلى كل من سهّل لنا السبيل للحصول على المادة العلمية بالخصوص القائمين على مكتبة كل من

جامعة بجاية، سطيف، جيجل، البويرة، تيزي وزو

إلى كل موظفي المؤسسة العمومية الإستشفائية لأميزور

إلى ظابط الحالة المدنية لبلدية أميزور

إلى المساعدة الإجتماعية لدى مديرية النشاط الإجتماعي لولاية بجاية

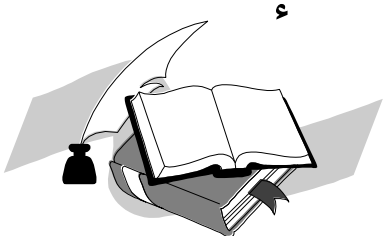
إلى الذين لطالما شجّعونا وما تأخرو أبدا في مساعدتنا الصديقان الوفيان

مناصري صفيان وبرجاح عادل

إلى هؤلاء جميعا نتقدّم بجزيل الشكر والعرفان على مساندتهم لنا

ح. حبيبة وإ. يسمينة

إهـداء



الحمد لله نحمده ونستعينه أمّا بعد: أهدي هذا العمل

إلى المعلم الأوّل، سيّد المرسلين والآخرين، خاتم النبيّين والمرسلين، حبيبي **محمد** صلى **الله** عليه وسلم.

إلى أعزّ وأغلى ما لديّ في الوجود إلى التي من كان دعاؤها سرّ نجاحي أمّي الغالية **ربيحة**.

إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهّد لي طريق العلم إلى الذي علّمني أنّ الدنيا كفاح ونضال ،إلى من أحمل اسمه بكلّ افتخار، إلى الحب الصادق والقلب الدافئ والأب المثالي **رابح**.

إلى من كانوا يضيئون لي الطريق ويساندوني في أوقات الشدّة، أختاي العزيزتان كلّ من **فتيحة** وزوجها والكتكوتة الصغيرة **سيرم هبة** ولؤلؤة قلبي فرّج **الله** كربتها وشفاها لنا أختي الغالية **سهيلة**

إلى كلّ إخواتي **زين الدين، نور الدين، محند، سمير ووليد** حفظهم **الله** لي جميعا.

إلى كلّ أسرتي الكبيرة وروح جدي الغالي رحمه **الله**

إلى أسرتي الثانية إنشاء **الله** عائلة خطيبي **مكلات بوزيد** ووالديه وكلّ أخواته وإخوته وكلّ أبنائهم.

إلى كلّ صديقاتي في الجامعة وخارجها وأخصّ بالذكر الصديقة التي قاسمتني عناء هذا العمل **حبيبة**.

إلى كلّ **أطفال** العالم الأبرياء أهدي ثمرة هذا الجهد وأسال **الله** أن ينفع به أبناء الأمّة **الإسلامية** أجمعين.

إ هـد ا ء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين

أهدي هذا العمل:

إلى الحبيب المصطفى صلى الله عليه وسلم

وإلى:

من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا الوجود أمي الحبيبة.

إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه أبى الكريم أطال الله في عمره.

إلى أغلى وأعز الناس إلى قلبي إخوتي وأخواتي

إلى من عمل معي بكد بغية إتمام هذا العمل صديقتي ياسمين

إلى كل أصدقائي وصديقاتي في الجامعة

إلى من بنى لي كل معاني الصدق والوفاء والإحترام ***م. صفيان***.

إلى كل مسلم ومسلمة

إلى كل الأطفال

أهديكم ثمرة جهدي

حبيبة

قائمة المختصرات

باللّغة العربية

ج.	الجزء
ج.ر.	الجريدة الرسمية
ج.ر.ج. ج.د.ش.	جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
د.س.ن.	دون سنة نشر
د.ب.ن.	دون بلد نشر
د.ج.	دينار جزائري
ص.	الصفحة
ص.ص.	من الصفحة إلى الصفحة.
ط.	الطبعة.
ع.	عدد
غ.أ.ش.	غرفة الأحوال الشخصية.
ق.إ.م.إ.	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ر.	رقم

باللّغة الفرنسية

2^{eme}	deuxième
6^{eme}	sixième
Ed .	édition
N°.	numéro
Idem.	lbidem
Op-cit.	opére-citato
P .	page
P.P.	de la page a la page
R.	Revue
A.	Algérienne
S.	Science
J.	Juridiques
E.	Economiques
P.	Politiques

مقدمة

تعتبر الأسرة من أهم الحقوق الثابتة للطفل إذ هي الكيان الأساسي لبناء المجتمع، لهذا حرصت الشريعة الإسلامية على تثبيتها على أسس ومبادئ دينية وأخلاقية سامية، فشرّعت الزواج الذي يتم بناءً على علاقة شرعية بين الرجل والمرأة، فحثّ الله عليه وحبّبه المصطفى صلوات الله عليه، لما فيه من منافع للمجتمع والأمّة بحيث يضمن استمرار النسل عن طريق أعظم نعمة ينعمها الله لعباده المتمثلة في الأولاد لقوله تعالى: **" المَالُ و البَنُونَ زِينَةُ الحَيَاةِ الدُنْيَا "** فإذا ما قامت الأسرة على أسس ومبادئ متينة تضمن تربية سليمة لأطفالها لكونهم يعدّون جيل المستقبل، لهذا اهتم الإسلام بالأسرة كونها المنشأ السليم الذي يعيش فيه الطفل، وأوقع على عاتق والديه واجبات وجعل مسؤوليتهم عظيمة في تربية الأطفال، كما سعت القوانين الوضعية من بعد الشريعة الإسلامية على حماية حقوق الطفل وصيانتها ماديا ومعنويا، اذ تنص المادة **65** من الدستور على: **" يجازى الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم "**. وهذا بالنسة للأطفال معلومي النسب والذين يعتبرون نتيجة لزواج صحيح قائم على الرابطة الزوجية الشرعية، لكن هناك فئة أخرى حرموا من الدفء العائلي خاصة في الآونة الأخيرة أين عرف المجتمع الجزائري الانحطاط الأخلاقي والبعد عن الوازع الديني وكذا الجهل بأحكام الشرع ومبادئه فانتشرت العلاقات غير الشرعية فأثمرت ضحايا لهذه العلاقات أطفال أبرياء لا ذنب لهم ولا قوة بحيث يكونون إمّا: مجهولي الأبوين من جهة الأب والأم أو سقطت عنهم الولاية الشرعية، أو مجهولي الأب ومعلومي الأم لكن تخلت عنهم بمحض ارادتها.

وأمام التزايد المخيف لهذه الحالات وتفشيها في المجتمع، ونظرا إلى أنّ الضحية الوحيدة هم فئة الأطفال، التي تعتبر الشريحة الضعيفة في المجتمع وخوفا عليهم من أن يكونوا فريسة سهلة لمن لا رحمة له ولا شفقة وخوفا من أن يترعرعوا بين شوارع التسول، كان من الضروري الاهتمام بها وذلك بالبحث لها عن أنظمة تحميها وتسعى لإيجاد أسر بديلة لهم تتولى رعايتهم وتنشئتهم.

وأثناء البحث عن هذه الأنظمة قد يصطدم المجتمع بما هو محرّم شرعا، أي لا يتناسب وأحكام الشريعة الإسلامية ونقصد هنا التبني الذي حرّمه الإسلام نظرا لمساوئه وما يؤدي به إلى خلط الأنساب وتزوير هوية الطفل، بحيث يحرم عليه ما هو حلالا طيّبا له ويحلّ له ما هو حرام عليه،

فقد يحدث وأن يتزوج الشخص مع أخته الأصلية، بينما يُحرم من الزواج مع أخته بالتبني التي لا تجمعهما أيّ رابطة أو علاقة شرعية فتكون محرّمة عليه رغم حلّها، كما يحرم من الإرث من عائلته الأصلية بينما يزاحم من هم أجانب عنه وليس له الحق في ذلك، لهذا حرّمت الشريعة الإسلامية التبني ومن بعدها القوانين الوضعية التي تعتبر الشريعة مصدر تشريعي لها مثل الجزائر، حيث حذت حذو الشريعة في هذا الشأن، لكن على الرّغم من أنّ ديننا الحنيف حرّم التبني إلاّ أنّه لم يغلق باب الرحمة للاعتناء باللّقطاء وذلك بإيجاد نظام بديل للتبني ألا وهو نظام الكفالة الذي حثّ عليه الإسلام ورغّب به الرسول صلى الله عليه وسلم كما أخذ به المشرّع الجزائري، حيث مكّن كلّ عائلة ترغب في كفالة طفل بتسهيل أمورهم للوصول إلى مبتغاهم بحيث يقوم الكافل مقام الأب لابنه بتربيته ورعايته والاعتناء به دون إلحاقه بنسبه. الأمر الذي يجعل الطفل المكفول يعاني عدّة مشاكل نظرا لعدم مطابقة لقبه للقب الكافل اذ يكتشف مبكّرا بأنّه ليس بابن صلبي للعائلة التي نشأ فيها هذا ما يجعل حالته النفسية مضطربة مما قد يؤدي به إلى هجر تلك الأسرة، وخوفا من حدوث ذلك فكّرت بعض العائلات بمنح لقبها العائلي لضمان تنشأة سليمة له.

ونفس الهدف أراد المشرّع الجزائري تحقيقه وذلك عن طريق اصدار المرسوم التنفيذي رقم **92-24** المتعلق بتغيير اللقب، بموجبه يستطيع الكافل طلب تغيير لقب المكفول وإلحاقه بلقبه، الأمر الذي دفع بالعائلات الكافلة إلى الاستفسار عن مدى مشروعية هذا المرسوم. لهذا بدأ الباحثون بتكييفه، فهناك من اعتبره تبني كونه يؤدي إلى الحاق لقب الكافل بالمكفول بينما رغّبت فيه فئة أخرى واعتبرته متمّما لأحكام الكفالة.

وأمام هذا الاختلاف بين الطائفتين ونظرا لأهمية هذا الموضوع العلمية والعملية، ونظرا لحداثته وكذا ندرة المراجع فيه ونقص الدراسات المتخصصة فيه وقع الاختيار عليه، فأردنا المساهمة في دراسته ومحاولة ازالة اللبس والغموض اللّذان يعتريانه.

وعلى هذا الأساس ونظرا للغموض الذي يشوب هذا المرسوم بين من اعتبره تبني ومن قال بأنّه كفالة ارتأينا طرح الإشكال التالي ومناقشته فيما بعد:

ما هو التكييف القانوني والشرعي للمرسوم التنفيذي 92-24 المتعلق بتغيير اللقب وما هي مكانته بين نظامي التبني والكفالة في اطار قانون الأسرة الجزائري؟

وللإجابة عن الإشكال المطروح اتبعنا المنهج التحليلي وذلك من خلال عرض الفرق بين التبني والكفالة وموقف بعض القوانين المقارنة منهما.

ولدراسة هذا الموضوع قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين، وكل فصل قسمناه إلى مبحثين بحيث تطرّقنا في الفصل الأوّل إلى المرسوم التنفيذي رقم **92-24** وأحكام التبني، حيث بدأنا بالحديث عن مفهوم التبني وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له وكذا عرض موقف الشريعة الإسلامية و موقف بعض القوانين منه(المبحث الأوّل) وبعدها قمنا بعرض موقف المشرّع الجزائري من التبني ومركز المرسوم التنفيذي رقم **92-24** منه (المبحث الثاني)، ثم نعرّج في الفصل الثاني إلى المرسوم التنفيذي رقم **92-24** وأحكام الكفالة حيث نتعرّض فيه لمفهوم الكفالة وتبيان خصائصها وكذا شروطها وإجراءات انعقادها (المبحث الأوّل)، وفي الأخير عمدنا إلى دراسة أحكام عقد الكفالة وعلاقته بالمرسوم التنفيذي رقم **92-24** (المبحث الثاني).

الفصل الأوّل

المرسوم التنفيذي رقم 92-24 وأحكام التبني

أولى المشرّع الجزائري حماية خاصة للأطفال المهملين ومجهولي النسب وذلك لتفاقم هذه الفئة في المجتمع، وخوفا من تأثيرها سلبا على هذا الأخير، بحيث عملت الدولة على ايجاد حلول قانونية للحد من هذه السلبيات، كإيجاد لهم أسر بديلة تتولى رعايتهم وتربيتهم، غير أنّ هذه الخطوة التي سعت إليها الدولة الجزائرية لم تلقى النجاح والصدى المرجو لأنّه وعلى الرّغم من أنّ هذه الفئة تعيش داخل أسرة تتولى رعايتها والتكفل بها، إلاّ أنّها هناك عدّة عوامل ومشاكل كانت وليدة لتصدّع هذه الشريحة وانشقاقها لكونها تعلم وفي سن مبكرة بأنّها فئة مهمّشة من طرف المجتمع، لذا أقرّ المشرّع الجزائري في سنة **1992** منح لقب عائلي للأطفال الغير الشرعيين وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم **92-24** حتى يتمكن الطفل المجهول النسب العيش في المجتمع كغيره من الأطفال دون شعوره بالنقص والتهميش داخل مجتمعه، غير أنّ هذا المرسوم طرح عدّة تساؤلات لدى عامة الناس عمّا إذا كان هذا الأخير المتعلق بتغيير اللّقب يؤدي إلى إلحاق النسب أم لا؟ أي هل يعتبر ذلك تبنّيا؟ إذا ما مفهوم التبني؟ وما موقف المشرّع الجزائري منه؟ وفيما يتمثل المركز القانوني للمرسوم التنفيذي رقم **92-24** مع أحكام التبني؟

وهذا ما يستدعي التطرّق إلى مفهوم التبني (المبحث الأوّل) والذي من خلاله نقوم بتعريف التبني (المطلب الأوّل)، ثمّ نعرّج إلى خصائص التبني وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له(المطلب الثاني) ثمّ موقف الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية منه (المطلب الثالث)، ومن ثمّ التطرّق إلى موقف المشرّع الجزائري من التبني ومدى تطابق أحكامه مع أحكام المرسوم التنفيذي رقم **92-24** (المبحث الثاني)حيث يتم عرض موقف المشرّع الجزائري (المطلب الأوّل) وكذا مدى توافق أحكام المرسوم التنفيذي رقم **92-24** مع أحكام التبني (المطلب الثاني).

المبحث الأوّل

مفهوم نظام التبني

عُرف التبني كنظام لدى الشعوب الغابرة منذ القدم سواء لدى العرب أو غير العرب، كما يشير إليه قوله تعالى في قضية سيّدنا يوسف عليه السلام لمّا قال عزيز مصر في شأن يوسف **" عَسَى أَنْ يَنْفَعَنَا أَوْ نَتَّخِذَهُ وَلَدًا "**[1]، بمعنى أنّه يتبناه ويتخذه ابنا له، فكان التبني سائدا في ذلك الزمان، ولكن حاليا مع التطور العلمي ظهرت عدة وسائل وأنظمة غير التبني تمكّن الأشخاص من تربية أطفال ليسوا من صلبهم، ومن بين هذه الأنظمة نجد الإقرار بالنّسب، الحضانة والتلقيح الإصطناعي وتبقى هذه الأنظمة قريبة في مفهومها من التبني، وهذا ما جعل البعض لا يفرق فيما بينها.

وهذا ما يستلزم تقديم تعريف للتبني(المطلب الأوّل) ثم ذكر بعض خصائص التبني وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له (المطلب الثاني)، ومن ثمّ التعرّض إلى موقف كل من الشريعة الإسلامية وكذا بعض القوانين الوضعية منه (المطلب الثالث).

المطلب الأوّل

تعريف التبني

حضى التبني باهتمام واسع من طرف الفقهاء ودارسي القانون وهذا ما دفعهم لإيجاد تعريف للتبني، لهذا يجب تقديم تعريف شامل وكامل لهذا المصطلح سواء اللّغوي أو الاصطلاحي.

الفرع الأوّل

التعريف اللّغوي

قبل التطرق إلى تعريف التبني يستلزم أوّلا تبيان معناه اللّغوي، فالتبني لغة:

من تبنى يتبنَّى: تَبَنَّ، تبنيا بمعنى اتّخذ الصبي ابنا[2].

---

[1]– سورة يوسف، الأية 21.

[2]– محمود المسعدي، القاموس الجديد للطلاب، معجم عربي مدرسي ألفبائي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص. 169.

ويقال أيضا: تبنى تبنيا، اتّخذه ابنا[1].

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي

توجد تعاريف مختلفة للتبني فمنه من عرّفه بحسب مضمونه، ومنه من عرّفه بحسب غايته.

– فلقد عرّفه الدكتور محمد مصطفى شلبي على أنّه:" استلحاق شخص ولدا معروف النسب لغيره أومجهول النسب كاللّقيط، ويصرّح أن يتّخذه ولدا له مع كونه ليس ولدا له في الحقيقة "[2].

– عرّفه الأستاذ سمير عبد السيد تناغو على أنّ:" التبني هو أن يتّخذ الشخص ابن غيره المعروف أو المجهول نسبه ابنا له، فتنشأ بينهما رابطة كتلك الموجودة بين الأب وابنه، وهذه الرابطة ليست حقيقية فهي لا تقوم على الدّم ولكنها رابطة اصطناعية، وتسمى رابطة قانونية إذا اعترف بها القانون ونظّمها"[3].

– وعرّفه الأستاذ محمد صبحي نجم:" التبني هو أن يتخذ الرجل ولدا ليس من صلبه، وعرف أنّه ليس ولده فينتسب هذا المتبنى إلى من تبناه"[4].

– أمّا الأستاذ حسن حسن منصور فقد عرّفه بأنّه:" التبني يقصد به أن يدّعي شخص بنوة ولد معروف النسب من غيره، وأن يستلحق مجهول النسب مع التصريح بأن يتّخذه ولدا وليس بولد حقيقي"[5].

---

[1]– خليل الجر، المعجم العربي الحديث، مكتبة لاروس، باريس، 1972، ص.1004.

[2]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط. 4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص. 723.

[3]– سمير عبد السيد تناغو، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 2001، ص. 224.

[4]– محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.3، الجزائر، 1992، ص. 55.

[5]– حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية: أحكام عقد الزواج، المجلد الثاني، مطبعة سامي لطباعة الأوفست والماستر، مصر، 1997، ص.296.

المطلب الثاني

خصائص التبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

يقوم نظام التبني أساسا على تربية طفل ورعايته بحيث نجد أنّ هناك عدّة أنظمة أخرى تقوم على هذا الأساس نفسه لتشابه محتواه مع غيره من المفاهيم القريبة منه، لهذا يجب أن نميّز بينه وبين هذه الأنظمة وذلك بذكر خصائصه أوّلا حتى نتمكن من تمييزه عن المفاهيم الأخرى.

الفرع الأوّل

خصائص التبني

يتميّز التبني بجملة من الخصائص نذكر منها ما يلي:

- نظام التبني معروف لدى المجتمعات العربية في الجاهلية[1]، وكذا المجتمعات الغربية عند الرومان واليونان.
- تمّ تقنين نظام التبني في معظم المجتمعات الحديثة في قوانين داخلية وبروتوكولات دولية[2].
- يتميز التبني بإلحاق نسب المتبنى القاصر بنسب المتبني، واعتباره ابنا شرعيا، ويستوي أن يكون القاصر ذكرا أو أنثى كما يجوز أيضا تبني أيّ شخص بغض النظر عن جنسيته[3].
- ينزّل الولد المتبنى منزلة الابن الصلبي ويجعلهما متساويان في الحقوق والواجبات[4].

---

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1: الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.200.

[2] – لعرج ابراهيم وآخرون، أحكام كفالة القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2008–2009، ص. 23.

[3] – قانون عدد 27لسنة1958، مؤرخ في 04مارس1958، يتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، تونس.

[4] - **F**rançois **T**erré et et **D**ominique **F**enouillet, Doit Civil: les personnes, la famille, les incapacités, 6eme ed, Dalloz , Paris, 1996, P 774 .

- يخوّل التبني للمتبني الولاية التامة على نفس ومال المتبنى من رعاية وتربية وتمثيل قانوني في التصرف وادارة أمواله.
- التبني جائز لكل شخص راشد رجل كان أو امرأة، متزوجا كانا أو غير متزوجا [1].
- يغلب على التبني الطابع الشكلي والإجرائي، فهو بمثابة عقد بين المتبني والأشخاص أو الهيئات الراعية للطفل المراد تبنّيه[2].
- يتميز التبني بخصوصية أنّه يتم بموجب حكم قضائي، بعد إجراءات تحقيق معمّقة رعاية لمصلحة الطفل[3].

الفرع الثاني

تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له

بعد عرضنا لمفهوم التبني وتبيان خصائصه، يتّضح لنا أنّه يتقارب كثيرا مع بعض المفاهيم كالحضانة، الإقرار بالنسب، وكذا التلقيح الاصطناعي، كون أنّ هذه الأنظمة كلّها هدفها واحد يتمثل في إدخال طفل إلى أسرة ما تقوم برعايته وحمايته، هذا ما جعل الكثير من الأشخاص لا يفرقون بينهم ولإزالة هذا الخلط واللبس على أذهان هؤلاء يتوجب علينا التطرق إلى كل هذه الأنظمة لتمييزها عن بعضها البعض.

أوّلا: التبني والإقرار بالنسب

يعتبر النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة[4]، وأوّل ثمرة من ثمرات الزواج، فالحمل والولادة من النتائج الطبيعية الشرعية للعلاقة الزوجية التي تربط بين الزوجين وينتج عنهما حق ثبوت

---

[1]- فتحي حسن مصطفى، دعاوي الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين، ط.2، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1991، ص 256.

[2]- فتحي حسن مصطفى، المرجع نفسه، ص. 257.

[3]- علال أمال، التبني والكفالة: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2002-2009، ص. 19.

[4]- رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلي الحقوقية، لبنان، 2002، ص. 372.

نسب الولد منهما[1]، كما يثبت أيضا بالإقرار الذي هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب إذا ما توفرت شروطه المحددة في المواد **40** إلى **45** من قانون الأسرة الجزائري.

ويعرف عند الفقهاء أيضا بأنّه: **"** اخبار المقرّ بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر**"**، وهذا يقتضي التلفظ بعبارة تفيد ذلك وينشأ عنها إلحاق نسب شخص بنسب شخص آخر[2].

أمّا التبني فهو استلحاق شخص ولد معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللّقيط فيتّخذه ولدا له في الحقيقة[3] وهو ليس بابنه، ومن هنا يتّضح لنا أنّ الإقرار بالنسب ليس هو التبني المعروف؛ لأنّ الإقرار لا ينشيء النسب وإنّما هو طريق لإثباته وكشفه–أي وسيلة كاشفة–؛ أمّا التبني فهو تصرف منشئ للنسب ولأنّ البنوّة التي تثبت بالتبني تتحقق ولو كان للمتبنى أب معروف، ونأخذ على سبيل المثال القانون الفرنسي الذي يسمح بتبني طفل معلوم النسب ويرتب للمتبني كل الحقوق الأبوية[4]، كما أنّ الطفل في هذه الحالة يبقى على اتصال بعائلته الأصلية[5]، ويحتفظ بحقوقه لاسيما الإرث وهو ما جاء في نص المادة **364** من القانون المدني الفرنسي، أمّا البنوّة التي تثبت بالإقرار فلا تتحقق إلاّ إذا لم يكن للولد أب معروف[6].

وقد استقرّ اجتهاد المحكمة العليا على أنّ التبني ممنوعا شرعا وقانونا وأنّه لا يجب الخلط بين التبني والإقرار بالنسب، كما أنّه لا يجوز تطبيق قاعدة الولد للفراش في مجال التبني، لأنّه لا يوجد أيّ فراش في التبني، بالإضافة إلى هذا فإنّه تبطل العقود بجميع وسائل الإثبات عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها، كما أنّ الابن من التبني هو وارث غير شرعي لأنّ التبني ممنوع شرعا وقانونا، بالإضافة إلى هذا لا تكون شهادة الميلاد في حالة التبني دليلا قاطعا على النسب، إذ ما هي إلاّ تصريح يمكن إبطاله بجميع وسائل الإثبات الشرعية والقانونية، وعليه فإنّ القضاء يرفض دعوى إبطال النسب للولد المتبنى بناء على براءة المطعون ضدّها من جنحة

---

[1] – جميل محمد فخري جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الجامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. ص. 60–61.

[2] – يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص. 390.

[3] – محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 723.

[4]- François Térre et et Dominique Fenouillet, op –cit, p. **776 .**

[5] - Idem, p. 777 .

[6] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته: الأحوال الشخصية، ج7 ، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1985، ص. 695.

التزوير يعد خطأ في تطبيق القانون، لأنّ النسب له قواعد ثابتة مستقلة لا تترتب على الدعوى الجزائية، ذلك أنّ دعوى إبطال التبني ليس كدعوى نفي النسب[1].

ثانيا: التبني والحضانة

إذا كان التبني هو إلحاق شخص مجهول أو معروف النسب مع التصريح بأن يتّخذه ولدا مع أنّه ليس ولدا حقيقيا له[2]، فإنّ الحضانة هي تربية الصغير والقيام بشؤونه [3]، وحفظه ورعايته إلى سن معيّنة ممن له الحق في تربيته[4]، ولقد جعلت الشريعة الإسلامية أمر حضانة الصغير ورعايته لوالديه كونهما أقرب الناس إليه عادة[5]، ثم الأقرب فالأقرب من عائلته.

من هنا يتجلى الفرق بينهما، كون أنّ المحضون يحتفظ بنسبه، على خلاف المتبنى الذي يأخذ نسب المتبني، ومن ثم فإنّ التبني ما هو إلاّ تزييف للنسب.

كما أنّ التبني يرتّب جميع آثار البنوّة من حقوق وواجبات، أمّا الحضانة فلا ترتب أيّ شيء من ذلك، إذا كانت بيد غير الأبوين[6].

ثالثا: التبني والبنوة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي

التبني كما سبق ذكره هو إلحاق طفل معلوم أو مجهول النسب إلى المتبني، في حين البنوّة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي "هي عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة، وذلك بالتحقق من

---

[1]– المحكمة العليا، غ.أ. ش. ملف رقم 103232، قرار بتاريخ 1995/05/02، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2000، ص. 152.

[2]– خلوفي بشير، التبني والكفالة، نقلا عن موقع: http://www.startimes.com/?t=28000482.

[3]– محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص. 147.

[4]– عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج2، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005، ص. 181.

[5]– أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص. 07.

[6]– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلّية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004–2005، ص. 102.

إدخال مني الزوج إلى الزوجة أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي"[1]، ذلك أنّ التلقيح الاصطناعي هدفه التوليد بغير الطريق الطبيعي[2]، ففي هذه الحالة يمكن اعتبار هذه العملية تبنيا بالنسبة للزوج كون أنّ الطفل ليس ابنه الحقيقي، بينما في القانون الجزائري أجاز التلقيح الاصطناعي بشروط نصّ عليها المشرّع في المادة **45** مكرر من قانون الأسرة.

التي تنص على : "لا يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية :

- أن يكون الزواج شرعي،
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ".

فنجد أنّ من بين الشروط التي نصّ عليها المشرّع هي أن يكون باستعمال مني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما، كما أقرّ المشرّع عدم جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة، ففي هذه الحالة إذن لا مجال للمقارنة بين التبني والبنوّة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي إلاّ إذا كان هذا الأخير في الدول التي تجيز استعمال الأم البديلة[3].

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أحسن مثال على ذلك حيث يلزم تبني الطفل المولود عن طريق الأم البديلة[4]، هنا فقط سيصبح تبنيا، أمّا في الدول التي لا تجيزه مثل الجزائر فبتوفر الشروط المذكورة في المادة السابقة فإنّه يثبت نسب شرعي وحقيقي وينتج جميع آثاره لتحقيق الرغبة في الولد

---

[1]– أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص. 58.

[2]– مروك نصر الدين، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعوم القانونية والاقتصادية والسياسية، رقم 04، 1999، ص. 09.

[3]- تعرّف الأم البديلة على أنّها:" المرأة التي تقبل شغل رحمها - بمقابل أو مجّانا – بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصّبة لزوجين استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة"، نقلا عن: مروك نصر الدين، المرجع نفسه، ص. 17.

[4]– مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص. 23.

بالنسبة للزوجان الذان ليس لهما ولد[1]، إذا كانا يعانيان من العقم واستعصى علاجه بالطرق الطبية التقليدية[2].

وعليه نسب المولود نتيجة لهذه العملية وفقا لهذه الشروط هو نسب شرعي وحقيقي ولا يعتبر تبنّيا.

المطلب الثالث

موقف الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية من التبني

عرفت الشريعة الإسلامية قديما ظاهرة التبني ومارسها العرب في الجاهلية، فكان الرجل إذا ما أعجبه فتى تبناه وألحقه بنسبه وأعطاه كل الحقوق مثل الأولاد الصليبيين وتماشيا مع هذه الظاهرة تبنى سيّدنا محمد صلى الله عيه وسلم قبل نزول الوحي عليه شابا من سبايا بلاد الشام وهو "زيد بن الحارثة"، بحيث اشتراه حكيم بن حزام بن خويلد ثم وهبه إلى عمّته "خديجة بنت خويلد" التي وهبته بدورها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأعتقه وتبناه[3].

وقد أخذت بهذا النظام الكثير من الدول الغربية التي لا مرجعية دينية وكذلك بعض الدول العربية والإسلامية، بالتالي كيف تعاملت الشريعة الإسلامية مع هذا النظام؟ وهل استمرت هذه الدول بالأخذ به؟

للإجابة عن هذا التساؤل ارتأينا أن نتعرض إلى موقف الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية من التبني.

---

[1]- محمد الصالح الصّديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،1999، ص. 241.

[2]- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية:دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص. 125.

[3]- عرفان العش حسوني الرمشقي، مسائل الزواج، الطلاق، الحضانة، الرضاع، تربية الأولاد، أنكحة محرّمة، مسائل الأنكحة، ج.6، دار الفكر والنشر والتوزيع، بيروت، 2010، ص. 2182.

الفرع الأول

موقف الشريعة الإسلامية

استقر العمل بنظام التبني في الجاهلية لفترة من الزمن إلى أن جاء الإسلام وبيّن أنّ هذه الظاهرة ماهي إلاّ دعوة لا أساس لها واتّخذ بذلك موقفا يساير مصالح العباد ويدرؤا المفاسد عنهم ويقلّلها وذلك بتحريمه لهذا النظام بالكتاب والسنة النبوية فحرّمه الله تعالى وأنزل سور في القرآن تبيّن تحريمه، كما بيّن نبيّنا الكريم تحريمه بالعمل في السنة النبوية الشريفة.

أولا: تحريم التبني بالكتاب

إنّ النسب رابطة سامية، وهي قوام القرابة في الأسرة، لذا حرص الإسلام أيّما حرص على حمايتها، فوضع سياجا منيعا من الأحكام لتحقيق ذلك فنجد من مظاهر تلك العناية الرحيمة تحريمه لنظام التبني[1]، وما يترتب عليه من الحقوق والآثار، وبيّن أنّه لا يستقيم في منطق العقل أن يكون الطفل دعيّا وابنا في آن واحد[2]، حيث أنزل الله تعالى قوله في القرآن الكريم " **وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ**[3]،

فقوله في هاتين الآيتين دلالة صريحة على إبطال التبني، وقد جاءتا لتهدم نظاما اجتماعيا كان شائعا في الجاهلية، وكان له امتدادا في صدر الإسلام بحيث رفع الله بهما حكم التبني ومنع من إطلاق لفضه[4].

كما منع أيضا نسبة الشخص إلى غير أبيه مما لا يدع مجالا للشك، لمّا قال عزّ وجلّ:" **وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ**"

أي أنّ الحق هو العلاقات القائمة على أساس الرابطة المستمدة من اللّحم والدّم، لا من صنع أفواه البشر وكلامهم[5].

---

[1]– بويزري سعيد، التبني والمرسوم التنفيذي الأخير، مجلد الإرشاد، ع. 10، 1992، ص. 42.

[2]– أسامة الحموي، التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب: دراسة مقارنة ، مجلة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 23، ع. 2، قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه، كلية الشريعة، جامعة دمشق،2007، ص. 518.

[3]– سورة الأحزاب، الآيتين 4 و5.

[4]– عبد اللّطيف محمد عامر، التبني بين التاريخ والشرائع، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2008، ص. 149.

[5]– علال أمال، مرجع سابق، ص. 26.

ويظهر من قوله تعالى:" **وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ** "[1]، أي بأن سبق على لسان أحدكم، دعوته إلى من تبناه، فهذا غير مؤاخذ به، أو علم أبوه ظاهرا، فدعوتموه إليه، وفي الباطن غير أبيه، فليس عليكم في ذلك حرج إذا كان خطأ [2]، وهذا ما يبيّن رحمة الله بعباده حيث أنّه عندما حرّم التبني لا يعاقب على ما قد سلف، ولكن بعد نزول الآية التي تحرّمه فمن ذلك الوقت سيحاسب الناس إذا استمروا بالعمل بهذا النظام، كما أكّد الله تعالى بطلان تبني " زيد" وكان هذا الإبطال بعمل الرسول صلى الله عليه وسلم وبالإخبار عنه في القرآن الكريم بعد نزول الوحي[3] لقوله تعالى:" **فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا، لِكَيْ لاَ يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا**"وقال أيضا:" **ما كانَ مُحمَّدٌ أبا أحَدٍ من رِجالكُمْ، وَلَكنْ رَسولَ الله وَخَاتَمَ النَّبيّينَ وَكَانَ اللهُ بكُلّ شَيْء عَليمًا**"[4]، وجاءت هذه الآية لإباحة ما كان في الجاهلية من تحريم زواج المتبني من زوجة متبناه حيث جعله عزّ وجل حلالا طيّبا ورفع الحرج عن المتبني في الزواج بها واعتباره من محارمه مع أنّها أجنبية عنه في الأصل[5].

بهذا قضى سبحانه وتعالى على التبني والبنوّة الإدّعائية التي لا حقيقة لها وهذا الإبطال للتبني جاء كاشفا بالكتاب الكريم وسنة نبيّه علية السلام.

ثانيا: تحريم التبني بالسنة

بعد تحريم التبني بالقول كان الأمر صعبا على الناس، لأنّه كان نظاما اجتماعيا عميقا في حياة العرب، فشاءت حكمة الله ألاّ يكتفي بهدمه وإهدار آثاره بالقول وحده بل بالقول والعمل، فبعد إبطال التبني أباح سبحانه وتعالى زوجة المتبنى لمن تبناه إذا طلّقها أو مات عنها، عكس ما جاء

---

[1] – سورة الأحزاب، جزء من الآية 05.

[2] – عبد الرحمان بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنّان، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان 2003، ص.628.

[3] – شادية الصادق الحسن، حكم التبني في الإسلام، دورية العلوم والبحوث الإسلامية، ع.4، د.ب.ن، 2012، ص. 05.

[4] – سورة الأحزاب، الآيتان، 37 و 40.

[5] – علال أمال، مرجع سابق، ص. 26.

لزوجات الأبناء من الصلب في تحريم نكاحهن[1]، بقوله تعالى:" **"وَحَلائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ "**[2]، واختارت الحكمة الإلهية رسول الله صلى الله عليه وسلم نفسه ليزيل كل شك ويدفع كل حرج عن المسلمين في إباحة الزواج بمطلّقات أدعيائهم وأن يوقنوا أنّ الحلال ما أحل الله والحرام ما حرّمه[3] .

فقد جاء في السنّة النبوية ما يدل على منع الإنسان من انتمائه أو من انتسابه إلى غير أبيه الحقيقي[4]، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: **"من ادّعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنّه غير أبيه فالجنة عليه حرام"**[5]،لأنّ الانتساب إلى غير الآباء من أكبر العقوق لهم[6].

فالعدل يقضي والحق يوجب نسبة الابن إلى أبيه الحقيقي لا لأبيه المُزوّر والعنصر الغريب عن الأسرة لا ينسجم معه لا في دين ولا في خلق[7] وقال صلى الله عليه وسلم:" **من ادّعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لايقبل الله منه يوم القيامة عدلا ولا صرفا"**[8].

وقال أيضا: **"ليس من رجل ادّعى إلى غير أبيه وهو يعلم إلاّ كفر"**[9] ، كذلك حذّر النبي صلى الله عليه وسلّم النساء من أن ينسبن إلى أزواجهنّ من يعلم أنّه ليس منهم[10]، فقال: **"أيّم امرأة أدخلت على قوم من ليس منه فليس من الله في شيء و لن يدخلها جنّته"**[11] وبعد أن أبطل الإسلام هذه العادة طلب من المسلمين أن يلحق كل متبنى بأبيه الأصلي فأصبح التبني حرام عند

---

[1]–عمر محمد السبيل، أحكام الطفل اللقيط: دراسة فقهية مقارنة، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، 2005، ص. 174.

[2]– سورة النساء، جزء من الآية 23.

[3]– يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار المطبعة ، الجزائر، 2002، ص. 208.

[4]– محد صالح الصديق، مرجع سابق، ص. 239.

[5]–أبي عبد الله البخاري، صحيح البخاري، ، كتاب الفرائض،الحديث ر.6385 دار صادر، لبنان، د.س. ن.

[6]– أسامة الحموي، مرجع سابق، ص. 514.

[7]– رمضان علي السيد الشرنباضي، مرجع سابق، ص.283.

[8]– صحيح البخاري، مرجع سابق، ج.1، كتاب الطلاق، الحديث ر. 7859.

[9]– صحيح البخاري، مرجع سابق، ج.1، كتاب اللّعان، الحديث ر.331.

[10]– شادية الصادق الحسن، مرجع سابق، ص. 5.

[11]– صحيح البخاري،مرجع سابق، ج.1، كتاب الطلاق، الحديث ر. 1427.

المسلمين[1]، ومن ثم انتهى التبني في التشريع الإسلامي وأصبح رابطة غير معترف بها، ولا يترتب عليه أي حكم ومن أقدم عليه فهو آثم، وعمله محرّم وباطل.

وأساس حكم تحريم التبني فإنّها تتجلى فيما يلي:

– تجريد الطفل من نسبه الأصلي[2]، حيث قال تعالى: "**ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ**"[3]، إذ أنّ رابطة المودّة والرحمة النابعة من صلة الرحم الأصلية تتجسد في القرابة عن طريق البنوّة مهما بلغت درجة الإنسانية.

– نظام الأسرة قائم على أسس شرعية ثابتة لا تتغير والتبني قد يتّخذ وسيلة للفساد وإثارة الأحقاد والضغائن بين أفراد الأسرة الواحدة[4].

– في التبني إعتداء على الأنساب: لأنّه ينسب الابن لغير أبيه وحرمان الأب من نسبة الابن إليه، وهذا سبب لانعدام البنوّة الحقيقية، وضياع للأنساب واختلاطها[5].

– التبني وثيق الصلة بالزنا الذي يحرّمه الإسلام تحريما شديدا، والذي لا يعترف بأيّ أثر من آثاره ومنها النسب الذي لا يثبت أبدا عن طريق الزنا[6]، وذلك لأنّ أصول الشريعة الإسلامية لا تسمح أبدا بجعل المحرّمات طريقا لتحصيل المصالح، ولأنّ في ذلك تشجيعا على الفاحشة، وعونا على انتشارها[7]، فكيف يحرّم الإسلام الزنا ثم يعترف بثمرته؟ فولد الزنا لا نسب له في الشريعة الإسلامية[8]، وذلك لقول الرسول صلى الله عيه وسلم:" **الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[9].

---

[1]– حسن حسن منصور، مرجع سابق، ص. 297.

[2]– طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابع عشر، الجزائر، 2006، ص. 07.

[3]– سورة الأحزاب، الآية 05.

[4]– أسامة الحميوي، مرجع سابق، ص. 518

[5]– عمر بن محمد السبيل، مرجع سابق، ص. 175.

[6]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.397.

[7]– أسامة الحموي، مرجع سابق، ص. 518.

[8]– محمد صالح الصديق، مرجع سابق، ص.243.

[9]– أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج.1، كتاب الرضاع، الحديث ر. 1458، توزيع دار الكتب العلمية، بيروت، 1991، ص. 1081.

– إنّ في التبني إطلاع على محارم الغير والاختلاط معهنّ والخلوة بهنّ[1]، كون أنّ المعاملة التي يتلقاها الابن المتبنى على أنّه أخ لبنات المتبني وابن لزوجته فهو يأخذ مرتبة الابن الصلبي، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنّ هذا الشخص يحرم من حقه في الزواج من هؤلاء الأجنبيات الذي يعتبر أخ لهنّ، وهنّ يعتبرن أخوات له، غير أنّه قد يحدث ويتزوج الشخص المتبنى بأخواته الصليبيات وهو محرّم عليه[2] ، ففي ذلك تحليل الحرام وتحريم الحلال.

فمن تبنى فتاة فله أن يتزوجها ما لم يوجد مانع من موانع الزواج، كما يصح للمتبنى أن يتزوج من المرأة التي تبنّته إلاّ إذا حرّمت عليه بسبب آخر من أسباب تحريم الزواج كالنسب والرضاع وغيرهما[3]، وهو ما جاء في قوله تعالى" **يَا أَيُّهَا الذينَ آمَنُوا لَا تُحَرّمُوا طَيّبَات مَا أَحَلّ الله لَكُمْ وَلاَ تَعْتَدُوا إنَّ اللهَ لاَ يُحبُّ المُعْتَدّين**"[4].

لهذه الأسباب وغيرها حرّمت الشريعة الإسلامية نظام التبني لمنافاته مبدأ العدل والحق، ولأنّه كذب وافتراء على الله سبحانه وتعالى وعلى الناس كما صرّح القرآن بذلك، لأنّه مجرّد ألفاظ تردد لا تعبر عن الحقيقة وفي ذلك يقول تعالى" **ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ** "[5]، ولذلك لا يمكن أن توجد المودة والرحمة والحنان التي توجدها الأبوة والأمومة والقرابة الحقيقية، فالإسلام يؤسس مجتمعه على روابط حقيقية طبيعية كما أنّه لا يأتي إلاّ بالحق والصدق.

ومن هنا فإنّ التبني يعد من أساسه كذب وافتراء و زور للحق والواقع.

---

[1]– عمر بن محمد السُّبيْل، مرجع سابق، ص.175.

[2]– علال أمال، مرجع سابق، ص 28.

[3]– شادية الصادق الحسن، مرجع سابق، ص. 05.

[4]– سورة المائدة الآية، 87.

[5]– سورة الأحزاب، جزء من الآية، 04.

الفرع الثاني

موقف بعض القوانين الوضعية من التبني

لكي لا تختلط الأنساب وتتداخل الحقوق الطبيعية أو تتعرض للانتهاكات فإنّ الإسلام حرّم التبني في جميع صوره وأشكاله بعد أن كان عرفا سائدا في الجاهلية، إلاّ أنّ الكثير من الدول الغربية المعاصرة كفرنسا مثلا تتبناه، وقد قنّنت أحكامه في تشريعاته الداخلية، وهو الأمر الذي نهجته بعض الدول العربية كتونس لذلك سنتعرض إلى موقف كل من القانون التونسي والقانون الفرنسي من التبني.

أوّلا: القانون التونسي

أقرّ القانون التونسي نظام التبني إلى جانب الكفالة والولاية، رغم انتمائه إلى العالم العربي الإسلامي، حيث نظم أحكامه في القانون رقم **27** لسنة **1958** المتعلق بأحكام الولاية والكفالة والتبني[1]، هذا ما سنحاول التطرق إليه بحيث نتناول شروط وإجراءات التبني، ثمّ الآثار المرتبة عليه.

يشترط المشرّع التونسي أن يكون طالب التبني راشدا أو يتمتع بالأهلية القانونية، وأن يكون متزوجا أو توفيت زوجته أو طلّقها[2]، و إذا كان طالب التبني من أحد الزوجين يشترط موافقة الزوج الآخر على التبني، حيث أخذ بعين الاعتبار الفارق في السن بين طالب التبني والمتبنى بحيث اشترط أن لا يقل عن **15** سنة عند إصدار الحكم بالتبني، مع ضرورة حضور والدي المتبنى أو ممثل السلطة الإدارية إذا كان مودعا لدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية أمام مكتب القاضي، وكذا الأمر بالنسبة لطالب التبني وزوجته، كما سمح المشرّع بجواز تبني طفل قاصر أجنبي من طرف شخص تونسي[3]، وإذا توفرت هذه الشروط يتعيّن إصدار الحكم القاضي بالتبني بتباع الإجراءات التالية:

---

[1]- خلوفي بشير، مرجع سابق.

[2]- قانون عدد 27 لعام 1958 مؤرخ في 04 مارس1958، مرجع سابق.

[3]- الفصل 12.10.09 من القانون عدد 27 لسنة 1958، مرجع سابق.

– تقديم طلب إلى القاضي المختص، مع ضرورة حضور كل من طالب التبني وزوجه وكذلك والدي المتبنى إن وجد، أو ممثل السلطة الإدارية إلى مكتب القاضي، كما يتوجب أيضا أخذ موافقة زوج طالب التبني، مع ضرورة اجراء تحقيق مراعاة لمصلحة الطفل الفضلى[1].

– كما أجازت الأحكام القانونية المنصوص عليها في القانون التونسي، على امكانية تعديل الحكم القاضي بالتبني وذلك مراعاة لمصلحة المتبنى إذا تعرّضت أخلاقه وصحّته للخطر، إذ تنتزع الحضانة من المتبني ليتم اسنادها إلى شخص آخر جدير بالرعاية والحماية[2].

كما رتّب القانون التونسي آثار هامة على التبني من بينها:

– يحمل المتبنى اسم متبنيه[3].

– معاملة المتبنى نفس معاملة الابن الشرعي واعطائه نفس الحقوق والواجبات الممنوحة للابن الصلبي.

– تظلّ موانع الزواج من الأقارب قائمة، فلا يجوز الزواج معهم[4].

ثانيا: القانون الفرنسي

نظّم المشرّع الفرنسي أحكام التبني في القانون المدني الصادر بتاريخ **23/ 12/1958** وقد نصّ على أحكامه في المواد **343** إلى **367**[5].

بحيث ميّز بين نوعين من التبني وهما:

– **التبني الكامل**[6]، الذي يتعلق بالأطفال الذين لم يتجاوز سنّهم **6** أشهر على الأقل، وهذا النوع من التبني ينشىء نسب للطفل الذي لا أصل له، فهنا لا توجد أيّ رابطة بين المتبنى وعائلته الأصلية[7] ويدخل في عائلة الشخص الذي تبناه[8] ويكون للطفل المتبنى نفس حقوق وواجبات الطفل الشرعي.

---

[1]– الفصل 13 من القانون 27 لعام 1958، مرجع سابق.

[2]– الفصل 16 من القانون 27 لعام 1958، مرجع سابق.

[3]– محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص. 63.

[4]– خلوفي بشير، مرجع سابق.

[5]- Méga code civil. annotations extraites des bases de données juridiques éd. Dalloz. 2001.

[6]– المادة 343 وما يليها من القانون المدني الفرنسي. مرجع سابق.

[7]-Grégory derville. Guillemette rabin-costy. La protaction de l'enfant. 2eme ed. dunod. paris. 2011. P.65.

[8]– بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد(وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص. 525.

– أمّا النوع الثاني فهو **التبني البسيط** وفي هذا النوع من التبني لا يرتبط بالضرورة بطفل قاصر، كما أنّ المتبنى يبقى على اتصال بعائلته البيولوجية، فيحتفظ بحقوقه سواء اسمه أو أمواله، وهذا الطفل يكون له حقوق وواجبات على كلتا العائلتين[1]، وهذا ما نصت عليه المادة **364**من القانون الفرنسي.

وما يمكن ملاحظته في هذا النوع من التبني هو تقارب مفهومه لمعنى نظام الكفالة المعمول بها في القانون الجزائري كون أنّ الطفل هنا يبقى على اتصال بعائلته الأصلية كما تبقى حقوقه من الإرث قائمة شأنه شأن المكفول، لهذا نتساءل ألاّ يعتبر هذا النوع كفالة؟

كما أوجب القانون الفرنسي مجموعة من الشروط من بينها شرط السن بحيث نصّ على أن يكون سن طالب التبني كحد أدنى **35** سنة مع ضرورة وجود فارق في السن بين طالب التبني والمتبنى يقدر ب**15** سنة[2]، مع ضرورة موافقة الزوج الآخر إذا كانت الرابطة الزوجية قائمة مع موافقة الولي الشرعي للمتبنى، كما اشترط ضرورة وجود مصلحة وفائدة للمتبني بحيث يقوم بتقديم مبررات لطلبه وتخضع هذه الأخيرة لتقدير من طرف المحكمة، كما أنّه نص على ضرورة عدم وجود خلف شرعي للمتبني يوم التبني[3].

أمّا فيما يتعلق بإجراءات تحرير عقد التبني، بعد توفر الشروط السالفة الذكر يتم تحريره في وثيقة، وهذا بعد إجراء تحقيق بحيث تقوم الجهات القضائية المختصة بتحرير حكم قضائي بموجبه تقرر عقد التبني الصادر بشأنه ويكون هذا الحكم، غير نهائي فهو قابل للطعن من طرف كلّ من له مصلحة في إبطاله وكلّ من تضرّر نتيجة إصدار الحكم القاضي بالتبني، كما يجوز للنيابة العامة أن تقوم برفع الطعن ضدّ الحكم وذلك مراعاة للمصلحة العامة[4].

إذا قام أحد الأطراف(المتبني والمتبنى أو نائبه القانوني إذا كان قاصرا) بالطعن في الحكم، يقوم القاضي بتعديل الحكم الذي أصدره بعد إجراء تحقيق للحالة المطروحة ويحكم حسب ما يراه

---

[1]- Gregory de rville. Op-cit, p,p. 65-66 .

[2]– عبد اللطيف محمد عامر، مرجع سابق، ص. 104.

[3]– محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص. 62.

[4]– طلبة مالك، مرجع سابق، ص. 10.

مناسبا لمصلحة الطفل المتبنى بموجب حكم قضائي، فإذا أصدرت المحكمة قرار بحل رابطة التبني فإنّ الطفل المتبنى يعود إلى أسرته الحقيقية كما كان في السابق[1].

كما رتّب المشرّع آثار هامة للتبني بحيث حافظ على أصل ونسب وحقوق المتبنى المرتبطة بأسرته الأصلية ونصّ على استمرار الرابطة الأسرية بين الطفل المتبنى وعائلته الحقيقية، كذلك تبقى حقوقه المكتسبة من الإرث محفوظة من أسرته الحقيقية من جهة ومن جهة أخرى قد نصّ أيضا على أنّ للمتبنى نفس الحقوق والواجبات المعترف بها للابن الشرعي فهو يعامل نفس معاملة الطفل الشرعي[2].

بالإضافة إلى هذا فقد نصّت المادة **354** على تحريم زواج الإخوة بالتبني بسبب تبنيهم من طرف شخص واحد مع أنّهم لا تربطهم إلاّ رابطة التبني فقط، كما نصّت أيضا على تحريم الزواج بين الولد بالتبني وبين من يرزق به المتبني فيما بعد من أولاد[3]، وهذا ما يعتبر تحليل للحرام وتحريم للحلال.

---

[1]- علال أمال، مرجع سابق، ص. 48.

[2] -ART.358 : «l'adopté a dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime »

[3]- عبد اللّطيف محمد عامر، مرجع سابق، ص. ص. 106-107.

المبحث الثاني

موقف المشرّع الجزائري من التبني ومركز المرسوم التنفيذي رقم 92- 24 منه

حرّمت الشريعة الإسلامية التبني نظرا للمساوئ الكثيرة التي يحملها هذا النظام في طيّاته والتي طغت على محاسنه، وبما أنّ الدولة الجزائرية دولة إسلامية، كما أنّ الشريعة الإسلامية هو مصدر احتياطي من مصادر التشريع عملا بأحكام المادة الأولى من القانون المدني الجزائري[1]، هذا ما يدفعنا للبحث عن كيفية تعامل المشرّع الجزائري مع هذا النظام، فهل أخذ به أم سرى على خطى الشريعة الإسلامية بتحريمه لهذا النظام؟

كما سندرس أيضا من خلال هذا المبحث المرسوم التنفيذي رقم **92-24** المتعلق بمطابقة اللقب، ونحاول أن نظهر مُبتغى المشرّع من خلال اصداره لهذا المرسوم، هل يقصد به الأخذ بنظام التبني بطريقة غير صريحة؟

هذا ما سنحاول عرضه من خلال هذا المبحث.

بحيث نتعرّض لموقف المشرّع الجزائري من التبني (مطلب أوّل)، ثمّ مركز المرسوم (مطلب ثاني).

المطلب الأوّل

موقف المشرّع الجزائري من التبني

إنّ الدولة الجزائرية باعتبارها دولة إسلامية يجب عليها أن لا تخرج عن أحكام ومبادئ ديننا الحنيف وعليها أن تقرّ عدم الأخذ بنظام التبني وإلاّ اعتبر هذا الفعل بمثابة مساس بالنظام العام وعليه، فهل أقرّ المشرّع نظام التبني أو منع الأخذ به كما فعلت الشريعة الإسلامية؟ وهو ما سنتعرّض إليه (فرع أوّل) ومن ثمّ التكييف الجزائي لفعل التبني (فرع ثاني).

---

[1]- قانون رقم 75-58 مؤرخ في20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني جريدة رسمية ع.78 مؤرخة في 30-09-1975، معدل ومتمم بالأمر 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر. ع. 44 الصادرة في 26 جوان 2006، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05، مؤرخ في 13 مايو سنة 2007، ج.ر. ع. 31 مؤرخة في 13 مايو 2007.

الفرع الأوّل

نظام التبني في القانون الجزائري

ساير المشرّع الجزائري الشريعة الإسلامية وكذا معظم الدول العربية الإسلامية بمنعه للتبني صراحة و ذلك في نص المادة **46** من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على: " **يمنع التبني شرعا وقانونا**"[1].

أوّلا: منع التبني

منع المشرّع الجزائري التبني قانونا كونه ممنوعا شرعا وعليه فإنّ المقرّر قانونا أنّ أيّ دعوى ترفع أمام القضاء تستوجب شروطا وإجراءات مقرّرة في القانون وهو الشيء الذي ينطبق على دعوى إبطال التبني باعتبارها كذلك دعوى قضائية فعملا بأحكام المادة **13** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، فإنّه لا يجوز لأيّ شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرّها القانون وباعتبارها تمس بالنظام العام فلنيابة العامة الحق في رفع مثل هذه الدعوى إلى جانب الأطراف الخاصة وغالبا ما تكون مناسبة رفع هذه الدعوى مقترنة بالنزعات المتعلقة بالميراث بسبب سعي الورثة إلى إخراج المتبنى من الميراث كونه ليس ابن شرعي للمتبني، لهذا فالطريقة الوحيدة لإخراجه من الميراث هي دعوى التبني أو الدفع بالتبني أثناء سير الدعوى الأصلية.

من هنا نستخلص أنّ أطراف الدعوى هم النيابة العامة طبقا للمادة **03 مكرر** من قانون الأسرة[3]، من جهة أخرى الشخص المتبنى والورثة الشرعيين.

أمّا بالنسبة للمحكمة المختصة بالنظر في هذه الدعوى فإنّ الاختصاص النوعي يؤول إلى جهات القضاء المدني، قسم الأحوال الشخصية، أمّا بالنسبة للاختصاص المحلي فيخضع للقواعد العامة في الاختصاص، من هنا فإنّ سلطة القاضي في النزاع المعروض لا تقتصر على إبطال التبني فحسب،

---

[1]– قانون رقم 87–11 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[2]– قانون 08– 09، مؤرخ في 18 صفر عام 1924 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج. د. ش.ع.21 مؤرخة في 17 ربيع الأول عام 1924، الموافق ل23 أبريل سنة 2008.

[3]– تنص المادة على: " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

بل إبطال حتى عقد ميلاد المتبنى، هذا ما أكّدته المحكمة العليا في اجتهادها القضائي "بموجب القرار الصادر بتاريخ **18/01/ 2000** ملف رقم **234949** قضية "ح ع ق" ضدّ" ذ ح هـ" أين أكّد على إبطال التبني وفي نفس الوقت إبطال عقد الميلاد باعتباره عقد مزور طبقا للمادة **47** من الأمر رقم **70-20** المتعلق بالحالة المدنية[1]، حيث أنّه من المقرر قانونا أنّ ابطال العقود الخاطئة (شهادة الحالة المدنية)، عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزوّرة أو في غير محلّها يقدّم الطلب إمّا بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي سجّل فيه العقد، وإمّا بصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع الذي تناول العقد المشوب بالبطلان، وهي تبيّن في قضية الحال أنّ الطاعن قدّم أمام قضاة الموضوع شاهدين ذاكرا بأنّ المطعون ضدّها قد تبنّتها المتوفاة سنة **1997**، وبذلك فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف وبرفض الدعوى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشهود في إبطال عقد الميلاد باعتباره عقدا رسميا أخطئوا في تطبيق القانون وعرّضوا قرارهم للقصور في التسبيب.

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

من خلال هذا القرار يتّضح لنا أنّ المشرّع أقرّ مسألة إبطال التبني متى توفّرت وسائل إثباته، كما أعطى للجهات القضائية في نفس الوقت الولاية في إبطال عقود الميلاد المزورة لكونها مخالفة للحقيقة، كما أنّه يعتبر تعدي على ألقاب الغير[3].

---

[1]- أمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجّة عام 1379 الموافق ل 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية،ج. ر. ع. 21،مؤرخة في 27فيفري 1970.

[2]- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار رقم 234949، بتاريخ 2000/01/18، الاجتهاد القضائي، غ. أ. ش.،سنة 2000، ص. 158.

[3]- خلوفي بشير، مرجع سابق.

ثانيا: مركز المادة 13 مكرر01 من القانون المدني من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة

أقرّ المشرّع الجزائري في المادة **46** من قانون الأسرة[1]، منع التبني شرعا وقانونا وعليه لا يمكن للأفراد إبرام عقد التبني، ولا يجوز للقاضي أو الموثق إبرامه أو الإذن به، إذ أنّ هذه المادة جاءت على إطلاقها بحيث أنّ الأجانب المقيمين على الإقليم الجزائري والذي يسمح لهم قانونهم الداخلي بالتبني لا يجوز لهم المطالبة بذلك أمام القاضي الجزائري، لكن هذه القاعدة لم تبقى على إطلاقها بل أصبحت نسبية وهذا بعد تعديل القانون المدني بمقتضى القانون **05-10** المعدل والمتمم له، إذ أصبح القاضي الجزائري يأذن بالتبني لكن بشروط خاصة واردة ضمنيا في المادة **13** مكرر **01** لكونها وردت في الفصل الثاني المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان، والتي هي قواعد إسناد تبيّن القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي الداخلي عند ما يكون أحد أطراف النزاع أجنبي على الإقليم الجزائري[2].

وبالرجوع إلى هذه المادة يمكن صياغة النص المتعلق بالتبني كالتالي: "يسري على صحة التبني قانون جنسية كل من المتبني والمتبنى وقت إجرائه، ويسري على آثاره قانون جنسية المتبني" ومن خلال النص نجد أنّ المشرّع بيّن القانون الواجب التطبيق على صحة التبني والقانون الذي يحكم آثاره، وعليه فإنّ المشرّع اعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على التبني الضابط المألوف في الأحوال الشخصية المتمثل في ضابط الجنسية، إلاّ أنّه ميّز في كيفية التعامل معه إذا كان النزاع متعلق بصحة التبني، أو كان متعلّق بآثاره، فإذا كان النزاع يتعلّق بصحة التبني والذي تدخل في هذا النطاق مختلف الشروط الموضوعية التي يتطلّبها العقد سواء تلك المتعلقة بالمتبني مثل السن وتقديم المزايا فلم يكن بوسع المشرّع الجزائري، إلاّ أن يتّخذ موقفا وسطا يراعي فيه قانون جنسية كلّ طرف فيخضع التبني لجنسية كل طرف في العقد لاختلاف القوانين بين الدول خاصة وأنّ الأمر يتعلّق بالتبني والذي ينتمي إلى الأحوال الشخصية الذي يعدّ موضوعا متعلّقا بالنظام العام، لهذا كان لزاما

---

[1]- قانون رقم 84-11 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[2]- أيت منصور كمال، " التبني ومشكلة الانفصال الجسماني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلّية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ع. 02، 2010، ص.ص.152-153.

على القاضي أن يطبّق على صحة التبني قانون الدولة التي ينتمي إليها كل طرف في العلاقة، أمّا إذا كان النزاع يتعلق بآثار التبني فيطبّق قانون جنسية المتبني، ولقد أخذ المشرّع هذا المعيار كون أنّ التبني تصرّف قانوني ينتج عنه حقوق والتزامات، وكون أنّ المتبني هو الذي يتحمّل الالتزامات التي تنتج عن عقد التبني[1].

ومن خلال تحليل المادة **13مكرر01** نجد أنّها تعتبر من قواعد الإسناد التي تلزم القاضي الداخلي عندما تقوم الأطراف الأجنبية بالبحث عمّا إذا كانت القوانين الداخلية الأجنبية تسمح أو لا تسمح بالتبني وأنّه مادامت المادة **46** من قانون الأسرة تمنع التبني فإنّ هذا المنع يحترم من طرف القاضي الجزائري، لكون المنع في هذه المادة منصب على الجزائريين ولا يمتد إلى غير الجزائريين طبقا لقاعدة الإسناد[2] المذكورة في المادة **13 مكرر01**. ولكن ما يعاب على المشرّع الجزائري بخصوص هذه المادة هو تعامله مع التبني في قواعد الإسناد نفس معاملته للكفالة، فكلاهما يخضعان لنفس الأحكام في حالة تنازع القوانين، إلاّ أنّه يختلف الأمر فالكفالة نظام مشروع نظّم المشرّع أحكامه في قانون الأسرة كما سنرى لاحقا، بينما التبني نظام ممنوع شرعا وقانونا.

الفرع الثاني

التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له

سلك المشرّع الجزائري نهج الشريعة الإسلامية كما أسلفنا الذكر ومعظم الدول العربية الإسلامية فاتخذ نفس الموقف بتحريمه للتبني شرعا وقانونا، إلاّ أنّه في الواقع المعيشي نجد بعض الأسر تقدم على هذا الفعل خاصة في حالة عقم الزوجين أو أحدهما الأمر الذي يجعل البعض يتّخذ من التبني حلا لمشكلتهم رغم أنّ القانون منعه كونه يمس بالنظام العام، لهذا ارتأينا أن نبحث في القانون عن كيفية تعامل المشرّع مع فاعل التبني، وكيفية تكييفه لهذا الفعل؟

[1] – طلبة مالك، مرجع سابق، ص. ص، 13–14 .

[2] – أيت منصور كمال، مرجع سابق، ص. 153.

أوّلا: التكييف الجزائي لفعل التبني

حرص المشرّع الجزائري على حماية النسب من حيث ثبوته وبرهن على مقصده بتجريمه لكثير من السلوكيات التي من شأنها إعاقة تحقيق هذا الهدف[1]، حيث منع التبني لما فيه من تزييف للنسب، وبالرّغم من أنّ هذا الفعل الذي يقوم به الشخص القائم بالتبني يكون في حدّ ذاته مساس بالنظام العام[2].

إلاّ أنّ المشرّع الجزائري لم يجرّم هذا الفعل بحدّ ذاته، لكن بالرجوع إلى هذا الفعل نجده يكون في عناصره نوع من التحايل على القانون، ويتمثل في ذلك الإقرار والإدلاء بتصريحات لدى ضابط الحالة المدنية غير مطابقة للحقيقة بدليل أنّه ليس ابنه الشرعي[3]، هذا ما جاء في نص المادة **34** من قانون الحالة المدنية[4]التي جاء في مضمونها أنّ كل شخص ورد ذكره في الوثيقة ولم تكن تصريحاته حقيقية يتعرّض للعقوبة المنصوص عليها في المادة **217** من قانون العقوبات التي تنص بدورها على أنّ كل شخص ليس طرف في المحرر أدلى أمام الموظف العمومي بتصريح يعلم أنّه غير مطابق للحقيقة يتعرّض لعقوبة جزائية إضافة إلى هذا جاء في قانون العقوبات تحت عنوان "انتحال الوظائف والألقاب والصفات وإساءة استعمالها"[5]، حيث ذكر فيها عدّة أنواع من الأعمال الإجرامية وقرّر لها عقوبات متعددة حسب خطورة كل واحد منها، وهناك أفعال أخرى تمثل بصفة غير مباشرة اعتداء على اللّقب العائلي كإدعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسب أبيه وإعطائه نسب شخص آخر، أو إدعاء بنوّة طفل مجهول النسب بإسناده إلى شخص آخر معلوم

---

[1]– بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري: دراسة مقارنة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر2009، ص. 78.

[2]– شادية الصادق الحسن، مرجع سابق، ص. 06.

[3]– خلوفي بشير، مرجع سابق.

[4] – أمر رقم 70–20 يتضمن قانون الحالة المدنية، مرجع سابق.

[5]– أمر رقم 66–156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386، موافق ل 08 يونيو سنة1966، يتضمّن قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج. د.ش. ع 49 لسنة 1966، معدل ومتمم بالقانون 11–14 ، مؤرخ في 02 أوت 2011، ج. ر.ج. ج . د. ش. ع 44، صادر في 10 أوت 2011، معدل ومتمم بالقانون رقم 14–01 مؤرخ 04 ربيع الثاني عام 1435 الموافق ل 04 فبراير2014 ج.ر.ج.ج. د.ش.ع.07 مؤرخة في 16 فبراير سنة 2014.

النسب دون مسوغ شرعي[1]، وعليه فإنّ حكم قضائي أو عقد توثيقي يتضمّن إضفاء نسب حقيقي لشخص معيّن على طفل معلوم أو مجهول النسب سيكون مآله البطلان لمخالفته نص المادة **46** من قانون الأسرة السالف الذكر، من جهة ومخالفته للنظام العام من جهة أخرى[2].

ما يمكن قوله هو أنّه ورغم خطورة هذا العمل إلاّ أنّنا لم نجد نص واضح يعاقب على جريمة تزييف النسب، إذ كان من المفروض على المشرّع أن يدمجها ضمن الجرائم الواقعة على الأسرة ويحدد لها نص عقابي، لكن هذا لا يعفي المشرّع الجزائري من تدارك هذا النقص وذلك بتقنين عقوبات خاصة بهذه الجريمة التي تعدّ عدوانا صارخا على روابط الأسرة وانتهاكا واضحا لحرمة الشرع والقانون[3].

ثانيا: العقوبة الجزائية المقررة لفاعل التبني

تمّ تكييف التبني على أنّه جريمة تزييف النسب، التي تعتبر من أخطر الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، إلاّ أنّ قانون العقوبات لم ينص عليها صراحة، بل اكتفى بالنص عليها في المادة **46** من قانون الأسرة التي تمنع التبني شرعا وقانونا[4].

ولكن يمكن استنتاج العقوبة المقررة لفاعل التبني من نص المادة **217** قانون عقوبات[5]، فإنّ العقوبة المقررة للتبني أو الذي أدلى أمام ضابط الحالة المدنية بتصريح بطفل على أساس أنّه ابنه قصد تسجيله في الحالة المدنية مع علمه بأنّ هذا التصريح مخالف للواقع والحقيقة، بكونه ليس ابنه من صلبه، فلقد شدّد المشرّع في هذه الجنحة، إذ وضع الحد الأدنى لها بسنة والحد الأقصى بخمس

---

[1]- بلخير سديد، مرجع سابق، ص. ص. 80-81.

[2]- بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الأسرة المقارن كلّية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2009، ص .140.

[3]- بلخير سديد، مرجع سابق، ص. 81.

[4]- بن عصمان نسرين إيناس، مرجع سابق، ص. 140.

[5]- أمر رقم 66-156، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

سنوات وبغرامة من 500إلى 1.000دج، كلّ ذلك لكون الشخص أضفى نسبه على طفل معلوم أو مجهول النسب أو ابن زنا، وهذا يعتبر مخالفا للحقيقة وتعدي على اللّقب العائلي للغير.

الفرع الثالث

الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989

منع المشرّع الجزائري التبني لما فيه من مفاسد على المجتمع الذي اتّبع في ذلك موقف الشريعة الإسلامية التي حرّمته تحريما قطعيا كما أسلفنا الذكر، إلاّ أنّه رغم ذلك صادق على العديد من الاتفاقيات الدولية ومن بينها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة **1989**[1]، التي تتضمن كافة المواثيق الدولية المعنية بحقوق الطفل بحيث كانت أولويتها الطفل قبل كل شيء أي للطفل الحق في أن تكون له أسرة مستقرة ومترابطة كون أنّ وجود الطفل في محيط أسرة تحيطه بالرعاية والإهتمام طيلة فترة الطفولة من أبسط وأهم حقوقه[2]، فقد أشارت إلى هذا الحق العديد من مواثيق حقوق الإنسان الدولية كما أشارت إليه ديباجة اتفاقية حقوق الطفل لسنة **1989**، حيث ذكرت أنّ الطفل لكي تنمو شخصيته نموا كاملا ومتناسقا، يجب أن ينشأ في بيئة عائلية في جو من السعادة والمحبة والتفاهم، فهي بذلك تقرّ حق الطفل في الإتصال بوالديه معا حتى في حالة انتهاء العلاقة بينهما وانفصال كل منهما عن الآخر[3].

بالإضافة إلى هذا فقد راعت هذه الاتفاقية حالة الطفل المحروم من الوسط العائلي فأقرّت له حق آخر وهو الرعاية البديلة[4]، حيث أكّدت على ضرورة تهيئة له وسط بديل وذلك بإلزام الدول الأطراف

---

[1]– مرسوم رئاسي رقم 92–461 مؤرخ في 24 جمادى الثاني 1413، الموافق لـ19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على إتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، ج.ر.ج.ج. د. ش، ع. 91. مؤرخة في 28جمادى الثاني عن 1413، الموافق لـ23 ديسمبر 1999.

[2] – أنظر المادة 11 من الإتفاقية.

[3] – منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص.78.

[4]– أنظر المادة 20 و21 من الإتفاقية.

في الاتفاقية بإيجاد " الرعاية البديلة " للأطفال الذين لا أسر لهم، وتعني به نظام التبني باعتباره أحد وسائل الرعاية البديلة في القوانين الوضعية، ونظرا لمنع الإسلام فكرة التبني فقد راعت الاتفاقية موقف الدول الإسلامية من القضية وأقرّت لها نظام الحضانة والكفالة كوسائل للرعاية البديلة والتي لا يرفضها الإسلام والدول الإسلامية[1].

وعليه فإنّ اتفاقية حقوق الطفل تؤكد على حق الطفل في الوسط العائلي وأنّ الأسرة هي المكان الرئيسي للتنشئة الإجتماعية السليمة، فهي بذلك تفرض الإلتزام بضرورة تمتع الطفل برعاية والديه[2] وباتخاذ الإجراءات اللّازمة في حالة حرمانه من هذا الوسط لأنّه يؤثر على حق الطفل في أن تكون له أسرة.

المطلب الثاني

التكييف القانوني للمرسوم التنفيذي رقم 92-24

أصدر المشرّع الجزائري في بداية التسعينات مرسوما تنفيذيا بموجبه يمكن تغيير لقب الطفل مجهول النسب قصد مطابقته للقب الوصي وهذا المرسوم لم ينل القسط الوافر من الاهتمام والبحث في مضمونه، ولعل السبب في ذلك راجع للّبس والغموض اللّذان يكتنفانه.

ولقد أثير جدال فقهي حول هذا المرسوم بحيث هناك من اعتبره تبنيا بصفة خفية واستند في ذلك إلى عدّة أسباب، لهذا سنحاول من خلال هذا المطلب تكييف هذا المرسوم وإزالة الغموض الذي يعتريه؟

[1] –منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص. 81.

[2] – أنظر المادة 09 من الاتفاقية.

الفرع الأوّل

مضمون المرسوم التنفيذي رقم 92-24

عاشت الجزائر في التسعينات ظروف صعبة وذلك راجع للعشرية السوداء، حيث ظهرت في تلك المرحلة ظاهرة الإرهاب فترتب عنها بقاء أطفال أبرياء مجهولي النسب –نتيجة الإغتصاب– يعانون مرارة الحياة، الأمر الذي يجعل التكفل بهذه الفئة من الأطفال ضرورة حتمية، كما أنّ تطوّر المجتمع الجزائري يفرض الاعتناء بالطفل عموما وباللّقطاء ومجهولي النسب خاصة[1]، وذلك عن طريق الكفالة التي توجب القيام بالمكفول ورعايته دون نسبته إليه الأمر الذي جعل هؤلاء الأطفال يعانون مشاكل اجتماعية بحيث يشعرون بأنّهم مهمّشون كونهم يحملون لقب مختلف عن لقب كافلهم، هذا ما دفع بالمشرّع الجزائري لإصدار المرسوم التنفيذي رقم **92-24**[2] المتمم للمرسوم رقم **71-157** المتعلق بتغيير اللّقب، الذي جاء من أجل إضافة وتعديل بعض مواد من المرسوم رقم **71-157**، وأهم مادة عدّلت هي المادة الأولى التي أضيفت إليها مقطع، نصّ على إمكانية طلب تغيير لقب المكفول قصد مطابقته للقب الكافل إن كان مجهول النسب، أمّا إذا كان مجهول الأب ومعلوم الأم وكانت هذه الأخيرة على قيد الحياة فيحب أن تبدي موافقتها على الطلب والمادة الأهم هي المادة **5** مكرر والتي تنص على ضرورة الإشارة على هامش عقود الحالة المدنية بأنّ لقب المكفول المذكور في شهادة الميلاد ليس بلقبه الأصلي.

وهدف المشرّع من إصدار المرسوم هو ايجاد الحل الذي يراه مناسبا لهذه الفئة التي كانت وليدة لظروف خارجة عن نطاق كل فرد جزائري فأثمرت فئة الأطفال مجهولي النسب وبما أنّها تعتبر مشكلة مطروحة أولى المشرّع اهتماما بالغا بهم، فسعى لإيجاد حل لهم حتى يتمكنوا من العيش والاستقرار في حياتهم، فما كان بوسعه إلاّ أن يصدر هذا المرسوم كحل لهذه القضية المطروحة.

---

[1]– محمدي زواوي فريدة، "مدى تعارض المرسوم رقم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية"، المجلة القضائية، العدد 2، 2000، ص. 69.

[2]– مرسوم تنفيذي رقم 92-24 مؤرخ في 08 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992، يتمم المرسوم رقم 71-157، المؤرخ في 03 يونيو لسنة 1971، المتعلق بتغيير اللّقب ج. ر. ج .ج، عدد 05، 22 يناير 1992.

.

الفرع الثاني

مدى توافق أحكام المرسوم وأحكام التبني

صدر مرسوم تغيير اللّقب وأقام ضجّة صاخبة في المجتمع الجزائري، حيث أنّه هناك فئة رفضت تطبيقه على أرض الواقع لكونهم كيّفوا هذا المرسوم على أنّه تبني بطريقة غير صريحة، ذلك لأنّ فيه تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المجهول الأب مع العلم بأنّ ضابط الحالة المدنية يعطي لهذه الفئة الأسماء وتسجل بسجلات الحالة المدنية، أمّا الولد معلوم الأم ومجهول الأب فإنّ اللّقب يكون مطابقا للقب الأم.

وعليه فإنّهم يرون أنّ المصادقة على طلب تغيير اللّقب فيه تغيير للنسب وإلحاق نسب ولد إلى نسب شخص جديد، وهذا يرجعنا إلى العصر الذي كان فيه العرب يبيحون التبني، هذا من جهة ومن جهة أخرى يرون أنّ مثل هذه الحالة تؤدّي لا محال إلى اختلاف الأنساب، وفيه تعدي على اللّقب العائلي لعائلة أخرى[1].

وأصل هذا الاعتراض هو الآيتان **04** و **05** من سورة الأحزاب المذكورتين سابقا، فقد حثّ الله سبحانه وتعالى على أن ينسب كل طفل إلى أبيه الحقيقي وذلك تجنّبا لتزييف الأنساب، كما أنّ الشريعة الإسلامية حثّت على الصدق ورفضت التزييف والخداع لما فيه من تغيير للحقيقة كون أنّ الطفل يحمل لقب وصيّه، وبما أنّ اللّقب يطلق على الأسرة التي ينتمي إليها الطفل ويشترك أفراد الأسرة الواحدة في حمله[2]، فنسبة طفل مجهول النسب إلى هذه العائلة يعتبر تعدّيًا عليها كما يعدّ كذبا وخداعا الذي نهى عنهم الله تعالى ورسوله الكريم، لذلك يرى الفريق الذي كيّف المرسوم على أساس أنّه تبني ضرورة احتفاظ الولد بنسبه الأصلي.

---

[1] – لعرج ابراهيم وآخرون، مرجع سابق، ص.ص.75–76.

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

ومن هنا فإنّ هذا المرسوم ليس له دليل شرعي، ولا سند قانوني أو منطق إجتماعي ولا نجد له نظير إلاّ في القوانين الغربية التي تسمح بالتبني[1].

الفرع الثالث

تناقض المرسوم التنفيذي رقم 92-24 وأحكام التشريع الجزائري

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من نص المادة الأولى من المرسوم **92-24** التي تنص على:"... **كما يمكن أن يتقدّم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا ولفائدته وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أمّ الولد معلومة وعلى قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدّمة في شكل عقد شرعي بالطلب**"[2].

وما يمكن ملاحظته هو أنّ منح لقب الكافل للمكفول مخالف للحقيقة والله يقول **"وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ،ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ "**، وهي مخالفة صريحة لهذه الآية[3]، كما نسجّل مخالفة المرسوم أيضا لقانون الأسرة خاصة نص المادة **46** السالف الذكر، وكذا نص المادة **120** حيث أنّ المرسوم يحمل تناقضا في طيآته مع أحكام هذه المادة التي توجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبّق عليه أحكام المادة **64** من قانون الحالة المدنية التي بموجبها يمنح ضابط الحالة المدنية بنفسه الأسماء إلى الأطفال اللّقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين، بحيث يقوم هذا الأخير بتعيين مجموعة من الأسماء يتّخذ آخرها كلقب عائلي .

كما يخالف المرسوم أحكام المادة **28** من القانون المدني الجزائري والتي تشترط أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده، بحيث يعتبر هذا اللّقب كأداة ترابط وتكامل وله دور مهم في تنظيم الأنساب ضمن الأسرة الواحدة، كما يدلّ أيضا على تقوية مشاعر الألفة بين الأفراد الذين ينتسبون إلى لقب واحد وحمايته من كل أنواع الاعتداء[4].

---

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، 532.

[2]- المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 92- 24، مرجع سابق.

[3]- بويزري سعيد، مرجع سابق، ص. 43

[4]- بلخير سديد، مرجع سابق، ص. 80.

فثمة من الباحثين والدارسين من يرون بأنّ المشرّع الجزائري بموجب هذا المرسوم قد خرق النصوص القانونية وهي مسألة دستورية إذ لا يمكن لمرسوم صدر عن سلطة تنفيذية أن يخالف أو يعدّل القانون الذي ناقشه ممثلو الشعب في المجلس الشعبي الوطني–أي السلطة التشريعية–[1]، كما تعدى أيضا على أحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما دفعهم إلى القول "بعدم مشروعية المرسوم التنفيذي والأمل قائم في إلغائه عملا بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة"[2].

ونحن نرى بأنّ المشرّع الجزائري بموجب هذا المرسوم لا يريد سوى أن يضمن حياة كريمة للأطفال مجهولي النسب، فهذه المواد تتدرج أساسا للأطفال معلومي النسب؛ أمّا الفئة المجهولة النسب لم تنل القسط الوافر من العناية والاهتمام لذا أراد المشرّع أن يولي لهم عناية أكثر، تجنّبا لشعورهم بأنّهم عالة على المجتمع أو يُنظر إليهم نظرة ازدراء فوجد حلاّ وسطا وهو ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم **92-24** المتعلّق بتغيير اللّقب الذي لا يعتبر في الحقيقة تبنّيا لأنّه رغم مطابقة لقبه بلقب الكافل إلاّ أنّه يظهر في شهادة الميلاد بأنّه مكفول وليس ابنا حقيقيا للكافل، ولهذا فإنّ المشرّع لم يتعدى على مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخرج عن مضمون الكفالة بموجب هذا المرسوم، وذلك ما سيتم عرضه في الفصل الثاني.

[1] – بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص. 532.

[2] – بويزري سعيد، مرجع سابق، ص. 43.

الفصل الثاني

المرسوم التنفيذي رقم 92-24 وأحكام الكفالة

طرح نظام التبني سلبيات وإشكالات في المجتمع العربي والإسلامي، لذلك أقرّ المشرّع الجزائري منع التبني شرعا وقانونا، تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية التي حرّمته تحريما قطعيا لما فيه من تزييف للحقيقة ومن تحريم الحلال وتحليل الحرام، ولكون الإسلام دين يسر وليس عسر فإنّه بتحريمه لهذا النظام لم يمنع بالمقابل من ذلك تربية ولد لقيط وتعليمه، بل أوجب الإحسان إليه، بحيث أعطى الرسول عليه الصلاة والسلام أحسن مكانة للكافل وجعله سببا لمرافقته في الجنة، لهذا جاءت الشريعة السمحاء، بنظام الكفالة كبديل للتبني وأقرّ المشرّع الجزائري بهذا النظام وأرسى أحكامه في المواد **116** إلى **125** من قانون الأسرة[1]، وهذا حتى لا يَحْرِمْ أيّ شخص يريد تربية طفل والإحسان إليه ورعايته، ولكن هذا الأخير لم يحقق الغرض المرجو منه، ألا وهو ضمان عيشة ملائمة للطفل المكفول الذي يلقى عدّة صعوبات من حيث إدماجه في المجتمع وذلك لحمله لقبا مخالفا للقب الكافل، ولتفادي هذه الصعوبات أصدر المشرّع المرسوم التنفيذي رقم **92-24** المتعلق بتغيير لقب المكفول إذا كان مجهول النسب من الأب.

هذا ما سيتم التطرق إليه في هذا الفصل، حيث نبيّن فيه ماهية الكفالة (المبحث الأوّل)، ثم نعرّج إلى أحكام وآثار عقد الكفالة وعلاقته بالمرسوم التنفيذي رقم **92-24** (المبحث الثاني) .

1- قانون رقم 84-11 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

المبحث الأوّل

ماهية عقد الكفالة

جاء نظام عقد الكفالة كبديل لنظام التبني المعمول به في عصور مضت واستمر حتى في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام قبل نزول الرسالة السماوية عليه وبعدها، ومازال يؤخذ به إلى غاية اليوم في بعض الدول كما سلف الذكر، خلافا للمشرّع الجزائري الذي حذا حذو الشريعة الإسلامية بتحريمه وأقرّ نظام الكفالة الذي وسّع فيه بموجب المرسوم التنفيذي رقم **92-24** المتعلق بمطابقة لقب المكفول للقب الكافل، هذا ما سنتعرض إليه في هذا المبحث حيث نقوم بتعريف عقد الكفالة (المطلب الأوّل)، وبيان خصائصها وشروط انعقادها (المطلب الثاني) ثمّ نعرّج إلى إجراءات عقد الكفالة (المطلب الثالث).

المطلب الأوّل

تعريف عقد الكفالة

تلعب الكفالة دورا فعّالا في ضمان وضعية اجتماعية وحياة أفضل للطفل داخل أسرة تحيطه بالرعاية التي لطالما حرم منها، وباعتبارها من المواضيع الهامة بالنسبة للطفل وكذا الأشخاص الراغبين بها على حد سواء، هذا ما يستلزم التطرّق إلى تعريف عقد الكفالة، ولكن قبل الوصول إلى التعريف الذي أخذ به المشرّع الجزائري يجب أوّلا المرور عل المعنى اللّغوي لهذا المصطلح ثم نعرّج إلى التعريف القانوني أو الاصطلاحي.

الفرع الأوّل

التعريف اللّغوي

تعني الكفالة في اللّغة: الضم، فهي من كَفَلَ، يَكْفُلُ، كَفلاً وكَفَالَةً فهو كَافلُ[1].
ومعناه القائم بأمر اليتيم وفي الحديث الشريف **" أَنَا وكَافلُ اليَتيم فِي الجَنَّة هَكَذَا وَأَشَارَ إلى السَبَّابَة وَالوُسْطَى"**[2].

---

[1]- محمود المسعدي، مرجع سابق، ص. 878.

[2]- صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب البيوع، الحديث ر.5304،ص.451.

ويقال الضَامن، العائلُ، الذي يصل القيام كُفُلُ[1].

فالكفالة إذن مشتقة من الكافل الذي يقوم بأمر اليتيم أو اللّقيط، فهو كلّ من يكفل إنسانا، يعوله وينفق عليه والكفالة بالولد أن يعوله ويقوم بأمره[2]، من تربية وتعليم وإنفاق عليه قيام الأب بابنه، ومنه قوله تعالى " **وكَفَلَهَا زَكَرِيَا**"[3].

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي

إنّ مصطلح الكفالة في القانون الجزائري له معنيين مختلفين تمام الاختلاف، ذلك حسب المجال القانوني الذي استعمل فيه والقانون المطبق عليه، فله معنى في القانون المدني[4]، ومعنى آخر في قانون الأسرة والذي هو محل دراستنا، بحيث نجد المشرّع الجزائري قد تناول الكفالة في الفصل السابع من قانون الأسرة تحت عنوان **النيابة الشرعية** وخصّها بعشر مواد من المادة **116** إلى المادة **125**، بحيث جاء تعريفها في المادة **116** على النحو التالي: **" الكفالة هي التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي".**

من خلال هذه المادة نجد أنّ الكفالة في قانون الأسرة هي عبارة عن عقد مبرم في شكل رسمي أمام الموثق أو أمام المحكمة بحيث يصرّح فيه طالب الكفالة سواء كان شخص طبيعي أو معنوي عن رغبته بالتكفل بولد قاصر، بالإنفاق عليه وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا، ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة.

---

[1]– محي الدين صابر، المعجم العربي الأساسي، المنظم العربية للتربية والثقافة والعلوم، د.ب.ن، د.س.ن، ص. 1047.

[2]– حجاب حفيد، الموسوعة الفقهية، ج17، ط. 2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1990، ص. ص.299– 300.

[3]– سورة أل عمران، جزء من الآية 37.

[4]– عرّف عقد الكفالة بموجب نص المادة **664** كالتالي: " عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهّد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه ".

المطلب الثاني

خصائص عقد الكفالة وشروطها

ينفرد نظام الكفالة بجملة من الخصائص التي تجعله مختلفا عن غيره من الأنظمة المشابهة له، كما تتوفر فيه جملة من الشروط ليكون عقدا سليما سواء تلك الخاصة بالكافل أو المكفول وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأوّل

خصائص عقد الكفالة

يتميّز نظام الكفالة ببعض الخصائص تتمثل في التالي:

- الكفالة نظام بديل للتبني وضعه المشرّع لغاية اجتماعية وذلك لرعاية الأطفال مجهولي النسب، كذلك تولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته لأسباب اقتصادية[1].
- الكفالة هي عبارة عن عقد يتكوّن من ثلاثة أطراف تتمثل في الكافل والمكفول والشخص أوالهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكافل أمام الموثق أو أمام المحكمة[2].
- الكفالة عمل مجّاني إذ لا يحصل الكافل على أجرة مقابل قيامه بها أي هي التزام على وجه التبرّع.
- تضع الكفالة الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي من حيث الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الأب وابنه[3].
- الكفالة لا تقوم إلاّ إذا أبرمت أمام الجهات القضائية (المحكمة)، أو أمام الموثق تطبيقا لنص المادة **117** من قانون الأسرة الجزائري[4].
- تضمن الكفالة الحفاظ على الأنساب حيث أنّ الطفل المكفول يبقى أجنبيا عن الأسرة الكافلة.

---

[1]– شادية الصادق الحسن، مرجع سابق، ص. 08.

[2]– خلوفي بشير، مرجع سابق، ص. 18.

[3]– تسنيم "محمد جمال" حسن استيتي، حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2007، ص. 63.

[4]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

- الكفالة تحمي الحقوق الميراثية كونها تمنع التعدّي على حقوق التركة، إذ لا يحق للمكفول الميراث من الكافل في حين أنّه يمكن لهذا الأخير التبرّع للطفل المكفول بطريق الهبة أو الوصية.
- نظام الكفالة ليس أبديا بل ينتهي لأسباب محددة في المادة **124** من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني

شروط عقد الكفالة

تقوم الكفالة في إنشائها كغيرها من العقود على توفر جملة من الشروط إذ يجب على الجهة المكلّفة بإبرام عقد الكفالة التحقق من توفرها فإذا توفرت هذه الأخيرة أُسندت الكفالة لطالبها، أمّا إذا لم تتوفر يجب على الجهة المكلّفة بذلك رفض الطلب وتتضمن هذه الشروط قسمين: شروط مرتبطة بالكافل وأخرى خاصة بالطفل المكفول.

أوّلا: الشروط المتعلقة بالكافل

أوجب المشرّع الجزائري على الشخص الكافل حتى تسند له الكفالة أن تتوفر فيه جملة من الشروط حدّدتها المادة **118** من قانون الأسرة وهي:

1-شرط الإسلام: يشترط في الكافل حتى يمكنه التكفل بطفل قاصر أن يكون مسلما وأساس ذلك هو أنّ الكافل سيمارس الولاية على نفس المكفول ويتولى كلّ أموره لذا فلا بدّ أن يكون مسلما حيث جاء في قوله تعالى **" بَشّرِ المُنَافِقِين بأَنَّ لَهُم عَذَابًا أَليمًا، الذينَ يَتَخذُونَ الكَافرين أَولِيَاءَ منْ دُون المُؤْمنينَ أَيَبْتَغُونَ عنْدَهُمُ العِزَّةَ فإنَّ العِزَّةَ للهِ جَميعًا"**[1]، وبما أنّ الكفالة ترتكز على حماية ورعاية الطفل المكفول فإنّ الإسلام هو الديانة المثلى في تربيته وتكوين أخلاقه بالإضافة إلى ذلك فالإسلام دين الدولة تطبيقا للمادة **02** من الدستور[2]، وما دامت الجزائر حسب هذا الأخير ديانتها الإسلام فأيّ طفل حديث الولادة وُجد على أرضها يعتبر مسلما كما أنّه يكتسب الجنسية الجزائرية

---

[1]- سورة النساء، الآيتان 138 و 139.

[2]- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي ر. 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 موافق ل07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.د.ش، ع. 76مؤرخة في08 ديسمبر 1996، معدل بالقانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج.د.ش، ع. 25، مؤرخة في 14 أبريل2002، وبالقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر2008، ج.ر.ج.د.ش، ع. 63 مؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

وفقا للمادة**07** من قانون الجنسية[1]، وباعتباره مجهول الأبوين ما لم يثبت خلاف ذلك، فبذلك اعتبر المشرّع الجزائري شرط الإسلام شرطا ضروريا وعليه إذا تقدم شخص غير مسلم لطلب الكفالة يُرفض طلبه إلاّ إذا أعلن هذا الأخير إسلامه في الجزائر[2]، وعلى غرار المشرّع التونسي الذي لم يحدد في قانون **04** مارس **1958**[3] الشروط الخاصة بالكافل أو المكفول، إنّما جاء **الفصل الخامس** منه ليحيل إلى تطبيق الفصل **54** وما بعده من مجلة الأحوال الشخصية – أحكام الحضانة – والتي نلاحظ فيها غياب الذكر الصريح لشرط عدم الإسلام والغريب أنّ المشرّع التونسي نصّ على عدم صحة حضانة مستحقّيها إذا كانت من غير دين أب المحضون وهذا الأمر يبدو عاديا، ولكن الغموض يكمن في أنّه لو كانت الحاضنة مسلمة وكان ولد المحضون من غير دين الإسلام، فهل يسقط حقّها في الحضانة؟ ونفس الأمر بالنسبة للكفالة لو أسقطنا نص هذا الفصل عليها[4].

2 –شرط العقل: اشترط المشرّع هنا أن يكون الشخص سوي التصرفات والمعاملات وخالي من الأمراض العقلية، فمن غير المعقول أن يتم إسناد كفالة طفل إلى شخص غير قادر حتى على تدبير شؤونه الخاصة، فكيف يمكنه تدبير شؤون القاصر[5] وهذا ما جاء في المادة **81** من قانون الأسرة التي تنص **"من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام القانون"**[6].

إذ يشترط في الكافل أن يتمتع بكامل قواه العقلية حتى يكون آهلا للقيام بشؤون المكفول ويرجع تقدير مسألة العقل للقاضي حسب ظروف كل حالة وما يتطلّبه القاصر من رعاية وعناية وتربية،

---

[1]– أمررقم70–86 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، يتضمن قانون الجنسية، ج.ر.ع.105، مؤرخة بتاريخ 18–12–1970، معدل ومتمم بالأمر رقم 05–01، مؤرخ في 18 محرم عام 1426، الموافق ل27فبراير سنة 2005، ج.ر.15 مؤرخة في 27–02–2005.

[2]– طلبة مالك، مرجع سابق، ص. 22.

[3]– قانون عدد 27 لسنة 1958، مرجع سابق.

[4]– أنارس لينة وعلام كريمة، الكفالة: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قسم القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص. 159.

[5]– الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص. 24.

[6]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

فالطفل في سن **15** سنة يختلف عن القاصر حديث الولادة الذي يختلف بدوره عن طفل ذو السن **04** أو **05** سنوات وحاجته للكافل في كل مرحلة من المراحل[1].

3-شرط القدرة: يقصد به أن يكون الكافل آهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته[2] ماديا ومعنويا لتحقيق غرض الكفالة[3]، وأن يضمن له معيشة ملائمة كأن يكون عاملا وأن يتقاضى راتبا يكفيه لتغطية نفقاته العائلية، فلا يعقل أن تسند الكفالة إلى شخص بطّال لا يقدر على تغطية مصاريفه واحتياجاته الخاصة به، فكيف يربي طفل قاصر ويلبي احتياجاته الضرورية.

والملاحظ من الناحية العملية أنّه عند تقديم طلب الكفالة، فإنّ مكتب المساعدة الإجتماعية لدى مديرية النشاط الإجتماعي، تقوم بإجراء تحقيق عن وضعية الكافل ومدى قدرته عن القيام بشؤون القاصر قبل وبعد إيداع الطلب، فبعد إجراء التحقيق تقوم اللّجنة المختصة على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي بعقد اجتماع لاتخاذ القرار الذي يكون إمّا القبول أو الرّفض، كما يؤخذ بعين الاعتبار أيضا القدرة الجسدية لطالب الكفالة، فلا يمكن تصوّر إسناد الكفالة إلى شخص مدمن أو ذو عاهة كأن يكون أعمى مثلا.

ثانيا: االشروط المتعلقة بالطفل المكفول

باستقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري لا نجد أيّ نصّ يحدد شروط خاصة بالطفل المكفول، لكن يمكن استنتاجها من نصّ المادتين **116** و**119** بحيث نجد المادة **116** نصت فقط على الولد القاصر، أمّا المادة **119** فنصّت على وضعية الطفل المكفول؛ فإمّا أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب.

إذ بالنسبة لسن الطفل المكفول، المشرّع لم يحدد سن معيّنة له بل أشار فقط على أن يكون المكفول ولدا قاصرا [4].

---

[1]- علال أمال، مرجع سابق، ص.75.

[2]- لحسن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص. 617.

[3]- Nadia Ait Zai, La kafala en droit algérien. R. A. S .J. E. P. n° 01, 1993 , p. 798.

[4]- Younci Haddad nadia , La kafala en droit algérien. R. A. S. J. E .P.N° 04 1999- P16.

لكن بالرجوع إلى الآراء الفقهية نجد أنّ الفقهاء قد اختلفوا بخصوص سن المكفول فقد ذهب الشافعية والحنفية والحنابلة إلى القول بأنّ السّن التي تثبت فيها الكفالة هي سبع سنين سواء للذكر أو الأنثى، وقال الشافعية أو ثمان، أمّا أبو بكر الرازي من الحنفية قدّره بتسع سنين، أمّا المالكية والظاهرية فلم يقولوا بالسّن التي تثبت بها الكفالة[1].

وأمام هذا الاختلاف بين الفقهاء والغموض الذي جاء في نصّ المادة **116** رجعنا إلى أحكام المادة **2/40** من القانون المدني الجزائري حيث تنص على أنّ :**" القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي 19 سنة"**[2].

أمّا فيما يتعلق بوضعية وأصل الطفل المكفول فكما نصّت علية المادة **119** من قانون الأسرة؛ فإمّا أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب، وعليه إذا كان الطفل المكفول معلوم النسب أي له أبوين معروفين، رغم ذلك يضعوه في كفالة شخص آخر ويتنازلون عنه للكافل، فإذا كان الاثنان على قيد الحياة يتعيّن رضاهما على الكفالة المتعلقة بابنهما، أمّا إذا توفي أحدهما أو كان عاجزا عن التعبير عن إرادته في شأن الكفالة، فموافقة من هو على قيد الحياة تكفي إذ يجب عليه أن يبدي رأيه ورضاه أمام الجهات المختصة بتحرير عقد الكفالة، وفي حالة ما إذا توفي الأبوين أو عاجزين عن التعبير عن إرادتهما لأسباب ما يكون القول للمجلس العائلي بعد موافقة من كان في حضنه الولد[3].

وفي كل الحالات يحتفظ القاصر المكفول بهويته الأصلية[4]، وهذا ما تقرّره أيضا المادة **120** من قانون الأسرة الجزائري[5]، وما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرّع الجزائري نظّم فقط أحكام كفالة

---

[1]– صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الاسلامية والقانون: بحث مقارن، الشركة الوطنية للتوزيع، بيروت، 1976، ص. ص. 234–235.

[2]– قانون رقم 75–58 يتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3]– الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص. 170.

[4]- Dendani Daouia. Op– cit. p. 788.

[5]– تنص المادة 120 من قانون الأسرة الجزائري على: " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64من قانون الحالة المدنية".

القصر رغم أنّه من الناحية العملية نجد من يقوم بكفالة أشخاص مسنين أو العجزة[1] بل وحتى أنّه يمكن كفالة الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة.

أمّا إذا كان المكفول مجهول النسب، كاللّقيط مثلا، والذي يقصد به الصغير الحي الذي ليس له أب وأم معروفان بحيث تخلّص منه أهله لأيّ سبب من الأسباب[2]، سواء خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا وغيره من الأسباب فالتقاطه فرض كفاية على الأمة، أمّا إذا أخذه أحد الأفراد فآخذ اللّقيط هو الأحق بحفظه من غيره، ويعتبر أخذ اللّقيط فرض عين على من وجده متى كان في تركه له هلاكه، وهذا ما تقرره أيضا الشريعة الإسلامية، فقد أوجبت التقاط اللّقيط ورعايته، فإذا قام به أحد من المسلمين سقط على الباقين، فقد شرّع الالتقاط في الإسلام ليفتح باب الإحسان على اللّقيط وتقديرا لظروفهم [3] على أوسع نطاق انقاذا للنفس البشرية وإحياءً لها[4].

ولكن الولاية على اللّقيط تثبت للقاضي؛ لأنّه ولي من لا ولي له، أمّا من التقطه فليس له عليه إلاّ ولاية الحفظ، أمّا بالنسبة لنفقة اللّقيط فإذا لم يوجد له مال فنفقته واجبة على خزانة الدولة بمقدار ما يدفع حاجته، إلاّ إذا تبرّع الملتقط أو أيّ شخص آخر بالنفقة عليه، فهنا نفقته تسقط على خزانة الدولة[5]، ولكن قد يحدث وأن يجد مع اللّقيط مال ففي هذه الحالة فإنّ نفقته تكون من ماله الموجود الموجود معه بعد استئذان القاضي، لأنّ الملتقط ليس عليه إلاّ ولاية الحفظ[6].

لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده لم يتناول قضية اللّقيط مع أنّها حالة ظاهرة ومتفشية في المجتمع بل تناولها المشرّع في مواضيع متفرقة من القوانين الأخرى كقانون الحالة المدنية وكذا قانون العقوبات، عندما نصّ على وجوب التبليغ عن كل لقيط عثر عليه أمام موظف

---

[1]– أنظر الملحق رقم 04، ص. 82.

[2]– أحمد بخيث الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص. 441.

[3]– عبد الحميد جياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما: دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، ليبيا، 2009، ص. 280.

[4]– لعرج ابراهيم وآخرون، مرجع سابق، ص. 51.

[5]– أحمد بخيث الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، مرجع سابق، ص. 442.

[6]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للتوزيع والنشر، القاهرة، د.س. ن، ص. 400.

الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه[1]، تطبيقا لنص المادة **1/67** من قانون الحالة المدنية، كما نصّ على منع الاحتفاظ بالطفل دون التبليغ عنه، ويعاقب كلّ مرتكب لهذه المخالفة بالحبس من **10** أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من **8.000** إلى **16.000**دج عملا بنص المادة **3/442** من قانون العقوبات.

وأمام هذا الفراغ القانوني بالنسبة للّقيط في قانون الأسرة كان من المفروض على المشرّع الجزائري أن ينظم أحكام اللّقيط في الباب الخاص بالنيابة الشرعية كون أنّه يمكن كفالة هذه الفئة خاصة مع ازدياد تفشي هذه الظاهرة في الآونة الأخيرة.

هذه هي الشروط الواردة في قانون الأسرة التي تمكّنا من استنتاجها والخاصة بالمكفول، لكن هناك شروط أخرى قد أغفل المشرّع عن ذكرها، فبالرجوع إلى نص المادة **118** من قانون الأسرة نجدها قد اشترطت أن يكون الكافل بالغا، مسلما وعاقلا.

ولكن لم ينص على جواز طلب الكفالة من طرف الشخص المعنوي إذ أنّه لا يوجد أيّ نص قانوني يجيز لهذا الأخير الحق في الكفالة مثل المؤسسات العمومية المكلّفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الإجتماعي، كون أنّها تملك مركز مالي وتسيير بشري لائق يمكنها التكفل بالأطفال اللّقطاء أو مجهولي النسب، إذ أنّه من الأحسن أن ينص عليها المشرّع في قانون الأسرة ويمنحها الحق في كفالتهم.

– أمّا فيما يتعلق بالفارق في السن بين الكافل والمكفول لم يتعرّض المشرّع أيضا لهذه الوضعية بحيث أنّه لا بد من أن تتجاوز سن الكافل سن المكفول.

– وبالنسبة أيضا لشرط الزواج فلا نجد نص قانوني ينظم مثل هذا الشرط، لكن عمليا على مستوى مديرية النشاط الإجتماعي تلزم طالب الكفالة بإرفاق الملف بشهادة عقد الزواج وهذا ما يثبت مراعاة مصلحة الطفل من طرف القاضي لكون أنّ الهدف من الكفالة هو نشأة طفل في أسرة لطالما حُرم منها.

[1]– بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص. 634.

– أخيرا شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة إذا كانا معا على قيد الحياة، إذ أنّه يشترط موافقة الزوج الآخر على الكفالة إذا أقبل أحد الزوجين عليها[1]، وهذا من أجل مراعاة المصلحة الفضلى للطفل.

وأمام هذا الغموض الذي تركه المشرّع في مجال الكفالة خاصة في الشروط المتعلقة بالكافل والمكفول إلاّ أنّه عمليا على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي هناك شروط أخرى لم ينص عليها المشرّع وهي:

- أن يتمتّع الكافل بالجنسية الجزائرية.
- أن يكون سن الكافل لا يتجاوز **60** سنة بالنسبة للرجل و **50** سنة بالنسبة للمرأة.
- أن يتمتع بكامل قواه العقلية والجسدية.
- يجب أن يتوفر لدى طالب الكفالة مسكن لائق.

المطلب الثالث

إجراءات عقد الكفالة

اشترط المشرّع الجزائري لانعقاد عقد الكفالة توفّر مجموعة من الشروط في كلّ من الكافل والمكفول، غير أنّ هذه الشروط ليست كافية ليكون عقد الكفالة صحيحا بل لا بدّ من تحرير هذا العقد أمام الجهات المكلفة بتحريره وهذا لإعطائه طابع رسمي ويستوي أن يكون ذلك أمام جهات قضائية أوغير قضائية. وبالرجوع إلى المادة **117** من قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على أنّه: **"يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان"**[2]، فمن خلال هذه المادة يتّضح لنا أنّ عقد الكفالة يتم على مرحلتين.

الفرع الأوّل

المرحلة التمهيدية

يكون في هذه المرحلة التعبير عن إرادة أبوي الولد موضوع الكفالة عن موافقتها على الكفالة[3]، بحيث يظهر فيه طرفي العقد سواء كان المكفول معلوم النسب أومجهوله وقد أوجب المشرّع الجزائري على أن يكون رضا أبوي المكفول معلوم النسب صراحة بأنّهم سيتنازلون عن ابنهم

---

[1] – الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص.169.

[2] – قانون رقم 84–11 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[3] -Chaouti ben melha, op. cit, p 276 .

القاصر للكافل للقيام به ورعايته وتربيته[1]، ويكون هذا التصريح أمام الموثق أو أمام القاضي تطبيقا لنص المادة **117** المذكورة أعلاه التي أوجبت أن يكون الرضا صريح، وعليه فإن التعبير عن موافقة أبوي المكفول يكون بموجب ورقة رسمية بحيث أوجبت المادة **116** من قانون الأسرة أن تتم بعقد شرعي[2].

وفي حالة ما إذا كان القاصر مجهول النسب فيجب التمييز بين حالتين:

ـإذا كان القاصر معلوم الأم: فلا بدّ من رضا الأم في أن يتكفل الكافل بابنها القاصر، غير أنّ المشرّع لم يشدّد في اشتراط رضا الأم صراحة، لأنّ تقديم الأم طفلها القاصر إلى الكافل ليربيه ويرعاه يدل ذلك على رضاها ويرجع ذلك إلى الظروف السيئة التي تعيشها الأم العزباء في المجتمع، الأمر الذي يجعلها لا ترغب في إبقاء الطفل معها لتربيته ولا لابداء رأيها بحيث لا تريد أيّة علاقة به، ويكون هذا الإجراء أمام الموثق ولكن هناك إجراء آخر بالنسبة للطفل القاصر معلوم الأم التي تخلت عنه والدته لأسباب خاصة مثلا كأن يكون ناتج عن زواج غير شرعي فهنا تمر على مرحلتين:

المرحلة الأولى: تكون على مستوى المستشفى

يقوم موظفوا مصلحة الولادات بالمستشفى باستقبال الأم البيولوجية بحيث لا تجبر على الإدلاء بأيّ تصريح أو تقديم أيّة معلومات عنها، ولكن تلزم بتقديم بطاقة الهوية وإن لم توجد تقدّم نسخة من شهادة الميلاد وعند الولادة تقوم رئيسة مصلحة الولادات بإعطائها شهادة ميلاد مؤقتة تتضمن اسم ولقب الأم، تاريخ وساعة الولادة وجنس المولود كما يبيّن فيه اسم المولود إذا رغبت في تسميته. وبعدها يقدّم لها محضر التخلي[3]، لتملؤه بحيث تحدّد فيه كيفية التخلي أي هل تتخلى عن طفلها بصفة مؤقتة أو بصفة مؤبّدة.

لكن رغم ذلك تعقد جلسة من طرف أخصائي نفساني للتحدث معها ومحاولة إقناعها بالعدول عن قرارها، وإذا تمسّكت برأيها تمضي المحضر ويسمح لها بمغادرة المستشفى[4]، بعد تحرير المحضر وإمضائه تقوم رئيسة مصلحة الولادات بتحويل الملف الذي يتكون من شهادة طبّية

---

[1]– أنظر الملحق رقم (03)، ص. 81 .

[2]– الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص. 172.

[3]– أنظر الملحق رقم (05)، ص. 83.

[4]– مقابلة شخصية مع السيدة " **زناتي سليمة** " رئيسة مصلحة الولادات بالمؤسسة الإستشفائية لأميزور يوم 05/14/ 2014، على الساعة الثامنة صباحا وخمسة عشر دقيقة.

للولادة[1]، مرفقا بمحضر التخلي إلى رئيس مكتب الدخول الذي يحرر محضر إعلان عن ولادة[2] وهذا الأخير يقوم بتسجيل الطفل لدى مصالح الحالة المدنية بالبلدية مقدّما شهادة الإعلان عن الولادة الخاصة بالطفل[3].

وتجدر الإشارة أنّ الطفل يبقى في المستشفى مدّة **24** ساعة فقط كما أنّه يعطى للأم مدّة شهر أو ثلاثة أشهر لتعيد التفكير فإذا كان التخلي بصفة مؤقتة يمنح لها مدّة ثلاثة أشهر، أمّا إذا كان التخلي بصفة نهائية فيمنح لها مدّة شهر فقط، وفي المدّة التي تكون الأم تتّخذ القرار النهائي في أن تُبقي الطفل تحت حضانتها أو تتخلى عنه نهائيا، يحال الطفل إلى مديرية النشاط الإجتماعي مرفقا بالملف، الذي يتكون من: نسخة عن محضر التخلي، جدول إرسال من المستشفى[4]، الدفتر الصحي للطفل، شهادة الولادة، شهادة الصحة الجيدة للأم و شهادة الصحة الجيدة للطفل[5].

المرحلة الثانية: على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي

في هذه المرحلة المساعدة الإجتماعية تأخذ ملف الطفل وتبحث في ملفاتها عن ملفات العائلات التي تريد التكفل بطفل يتيم، لكن قبل إسناد الكفالة إلى طالبها تقوم بالتحرّي عنه، حيث تقوم بدورها بإجراء التحرّيات رفقة اختصاصي نفساني ثم تعدّ قرار عن ذلك فقد يكون ايجابيا أو سلبيا، كما أنّه يعقد اجتماع من طرف لجنة مكوّنة من **10** أعضاء الذين يصادقون على الكفالة.

أمّا عن ملف طلب الكفالة يشترط أن يتقدم الكافل بملف لهذه المؤسسة لدراسته، ويجب أن يحتوي الملف على الوثائق التالية:

– طلب خطي يحدد فيه جنس الطفل يُمضى من طالبي الكفالة، شهادة ميلاد لكلا الطرفين، شهادة عائلية أو شهادة الحالة المدنية بالنسبة للأشخاص العازبين، كشف السوابق العدلية للطرفين طالبي الكفالة، شهادة عمل وكشف الرواتب لثلاث أشهر الأخيرة ، نسخة من السجل التجاري وعقد

---

[1]– أنظر الملحق رقم (06)، ص.84.

[2] – أنظر الملحق رقم (07)، ص.85.

[3]– مقابلة شخصية مع السيد " **أورابح نبيل**"، رئيس مكتب الدخول بالمؤسسة العمومية الإستشفائية لأميزور، يوم 2014/05/14، على الساعة العاشرة صباحا.

[4] – أنظر الملحق رقم (08)، 86.

[5]– مقابلة شخصية مع السيدة" **بخوخ كهينة** " مديرة فرعية لمصالح الصحة بالمؤسسة الإستشفائية لأميزور، يوم 2014/05/14، على الساعة الحادية عشر وخمس دقائق.

ملكية السكن أو الإيجار، نسخة من بطاقة التعريف الوطنية وصورة شمسية، شهادة طبّية تبين الحالة الصحّية للزوجين.

إذا توفرت كافة الشروط المطلوبة تقوم مديرية النشاط الإجتماعي بدراسة الملف والموافقة عليه، ومن ثم يحال الملف إلى لجنة متكوّنة من[1]: مختص نفساني، مُساعدة اجتماعية، رئيس المصلحة، رئيس الجمعية للطفولة، مدير دار الحضانة، طبيب، رئيس المؤسسة المختصة، رئيس مصلحة التضامن العائلي، رئيس الحماية الاجتماعية للفئات المحرومة، مدير المديرية الاجتماعية.

وإذا وافقت اللّجنة على قبول الكفالة يقوم بإبلاغ الكافل ويقوم هذا الأخير بإحضار الوثائق الخاصة به، أمّا بالنسبة للوثائق الخاصة بالمكفول فيجب أن تتوفر لديه: شهادة الميلاد، شهادة الوضع[2]، (يقدمها مدير المصلحة للكافل بمعنى يفوض له الولاية على المكفول)، شهادة الأصل[3]، إذ يعدّ ضمن أيتام الدولة.

الفرع الثاني

المرحلة القضائية

يقوم الكافل في هذه المرحلة بالإتجاه إلى جهة قضائية لتفعيل عقد الكفالة واعطاءه طابع رسمي وذلك بعد موافقة اللّجنة على الكفالة إذ يرفع الطلب بموجب عريضة تقدّم إلى القاضي مرفق بنسخة من التصريح بموافقة أبوي المكفول أو احد منهما، والقاضي المختص محليا هو الذي يوجد بموطن طالب الكفالة[4]، وإذا كان موطن الذي يطلب الكفالة خارج الجزائر يرفع طلبه إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول، ودور القاضي هنا يتصل فقط بالوظيفة الولائية بمعنى لا يحصل أمامه نقاش ولا مرافعة، كما أنّ القانون لم يلزم تدخل النيابة العامة، ومهمة القاضي تنصب أساسا على التحقق من توفر الشروط المطلوبة قانونا في قيام عقد الكفالة [5].

---

[1]– علال أمال، مرجع سابق، ص. 90.

[2]– أنظر الملحق رقم (13)، ص.91.

[3] – هي وثيقة محرّرة من طرف مدير المصلحة بحيث يشهد فيها بأنّ الطفل ليس له أصل.

[4]– أنظر المادة 492 من قانون رقم 08–09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[5]– الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص. 172.

أولا: بالنسبة لملف معلوم النسب

1- من جهة والدي المكفول

طلب ممضي من طرف الزوج والزوجة موجّه إلى السيد رئيس قسم شؤون الأسرة، بطاقة التعريف الوطنية (الأب والأم)، نسخة مطابقة لأصل البطاقة، شهادة ميلاد كلّ من القاصر(ة) ووالديه، شهادة عائلية وعقد زواج والدي القاصر(ة)، شهادة طبّية بصورة شمسية للقاصر.

2- من جهة الكافل

طلب ممضي من طرف الزوج والزوجة موجّه إلى السيد رئيس قسم شؤون الأسرة، نسخة مطابقة للأصل لبطاقة التعريف الوطنية أو جواز السفر(للكافل أو الكافلة)، شهادة ميلاد وشهادة عائلية للكافلان، شهادة طبّية للكافلان مع صورة شمسية، عقد الملكية أو عقد الإيجار ونسخة من الراتب الشهري.

ثانيا: بالنسبة لملف مجهول النسب

طلب الكفالة ممضي من طرف الزوج والزوجة إلى السيّد رئيس قسم شؤون الأسرة، شهادة ميلاد المعنيين مرفق بشهادة عائلية وعقد الزواج، بطاقة التعريف الوطنية للمعنيين –نسخة مطابقة للأصل–، شهادة ميلاد القاصر(ة) مرفق بقرار الوضع عن مديرية النشاط الاجتماعي لولاية بجاية، عقد الملكية أو عقد إيجار ونسخ من الراتب الشهري[1].

بتوفر الشروط والوثائق المذكورة أعلاه يصدر القاضي أمرا بإسناد الكفالة لطالبها ويكون الأمر غير قابل للطعن، ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على شهادة ميلاد الولد المكفول.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ المحكمة ليست الجهة الوحيدة المختصة بإبرام عقد الكفالة، بل يمكن إبرامه أمام ضابط عمومي وهو الموثق وأكّدت على ذلك المادة **117** من قانون الأسرة[2] والتي تنص على **"يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق..."**

---

[1]- مستخرج من محكمة بجاية.

[2]- قانون رقم 84- 11 يتضمّن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

لكن عمليا وبعد مقابلتنا لبعض الموثقين، فإنّ الموثق لا يقوم بإبرام عقد الكفالة، إذ يترك الأمر للمحكمة في إبرامه كون القاضي وليّ من لا ولي له، فهو الأجدر بحماية المكفول حتى لا تهدر حقوقه.

كما يمكن أيضا إبرام عقد الكفالة أمام البعثات الدبلوماسية بالنسبة للمقيمين بالخارج، إضافة إلى الوثائق المذكورة أعلاه يجب أن يتضمّن الملف مايلي:

- بحث اجتماعي موقّع قانونا من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية.
- عقد الملكية.
- نسخة من بطاقة القنصلية[1].

[1]– دليل الكفالة، وزارة العمل والحماية الإجتماعية.

المبحث الثاني

أحكام الكفالة وعلاقته بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24

تتلخص أحكام عقد الكفالة في الآثار التي تنتج عن قيام عقد الكفالة صحيحا، سواء تلك المتعلقة بالجهة الراغبة في الكفالة أو الطرف محل الكفالة.

كما يندرج أيضا ضمن مصطلح أحكام الكفالة انقضاء العقد، رغم أنّ الكفالة تتميّز بالديمومة والاستمرارية، إلا أنّها ليست أبدية كون أنّها قد يطرأ عليها ظرف مادي يؤدي بسببه إلى انقضاء العقد منها أسباب عامة وأخرى خاصة(مطلب أوّل)، وسندرس أيضا من خلال هذا المبحث المرسوم **92- 24** المتعلق بتغيير اللّقب وعلاقته بالكفالة، بحيث سنحاول من خلاله أن نبيّن أوجه التشابه والاختلاف بين الكفالة وأحكام المرسوم التنفيذي، كما سنتطرّق إلى الآثار التي جاء بها المرسوم وكذا النتائج التي تترتب على حمل المكفول لقب الكافل.

المطلب الأوّل

أحكام عقد الكفالة

رتّب المشرّع الجزائري لكل عقد يَنشأ صحيحا مجموعة من الآثار، وبما أنّ الكفالة هو عقد فبمجرد توفر الشروط المطلوبة قانونا تنتج آثارها وهذه الأخيرة هي مجموعة من الحقوق والالتزامات المتعلقة بطرفي الكفالة، فالمادة **121** من قانون الأسرة تخوّل للكافل الولاية القانونية على المكفول، مع العلم أنّ الولاية لها معنى واسع ويشمل الولاية على النفس والمال في حين ألزمت المادة **116** الكافل بالنفقة والتربية والرعاية للمكفول بمثابة الأب لابنه، بحيث تكون على وجه التبرع.

أمّا المادة **120** فنصّت على حق المكفول بالاحتفاظ بلقبه إن كان معلوم النسب أمّا إذا كان مجهول النسب فتطبّق عليه المادة **64** من قانون الحالة المدنية[1] وما يميّز عقد الكفالة هو الديمومة والإستمرارية إلاّ أنّها غير أبدية إذ أنّه يمكن أن يطرأ عليها أيّ ظرف يؤدي إلى زوال آثارها وبالتالي انقضائها وهذا ما سيتم دراسته من خلال هذا المطلب.

[1]- أمر رقم 70-20 يتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، مرجع سابق.

الفرع الأوّل

آثار عقد الكفالة

يترتب على إسناد الكفالة إلى الشخص الذي يرغب في كفالة طفل قاصر مجموعة من الآثار القانونية منها ما يتعلق بالكافل وهي عبارة عن التزام على عاتقه، ومنها ما يتعلق بالطفل المكفول التي هي حقوق ضمنها له المشرّع الجزائري.

أوّلا: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل

إنّ الحديث على آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل يقتضي التطرّق إلى كلّ من الولاية على نفس المكفول وكذا على ماله إذ يعتبر من أهم الآثار التي تنتج عن قيام عقد الكفالة. وسنبدأ أوّلا بالولاية على نفس المكفول ثم الولاية على ماله.

فبالنسبة للولاية على نفس المكفول تكون بتوفير الرعاية والعناية الصحية والتعليم والتربية والنفقة وهذا ما سنتعرّض إليه.

1- النفقة: إذ تعتبر أوّل أثر ينجم عن قيام عقد الكفالة وهذا ما نصت عليه المادة **116** قانون الأسرة"... **بالقيام بولد قاصر من نفقة...** "والنفقة حسب نص المادة **78**[1]من نفس القانون تشمل: الغذاء والكسوة والعلاج أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، فبالتالي أحكام هذه النفقة تطبق أيضا على حالة المكفول كونه يأخذ نفس منزلة الولد الشرعي، وتعتبر النفقة من أهمّ الأسباب التي يأخذ بها القاضي قبل إسناد أمر الكفالة، فيتأكّد من الذمّة المالية للكافل إن كان موسرا ويمكنه الإنفاق على الطفل المكفول فتسند له الكفالة أمّا إذا كان معسرا لا يستطيع الإنفاق عليه يرفض طلبه، ويتأكد القاضي من يسر الذمّة المالية للكافل عن طريق كشف الراتب الشهري الذي يرفق مع ملف عقد طلب الكفالة وبإسقاط نفقة الولد الشرعي على حالة المكفول فإنّه

[1]- تنص على:"تشمل النفقة: الغذاء الكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

وحسب نص المادة **75** من قانون الأسرة[1]، فإنّه تستمر نفقة الكافل على المكفول إلى غاية سن الرشد بالنسبة للذكور؛ أمّا الإناث فتستمر إلى الدخول.

وقد نصّ المشرّع على استمرار النفقة إن كان الولد عاجزا أو مزاولا للدراسة، لكن الفقهاء في شرط مزاولة الدراسة اشترطوا أن يكون طالب علم ناجح فلا تعطى النفقة لمن لا يكون ناجحا، كونهم يرون أنّه لا جدوى في طلبه للعلم إن كان غير متفوّق وعليه أن ينصرف لطلب القوت حتى لا يكون عالة على الناس[2].

ونلاحظ أنّه لا يوجد خلاف بين القانون الجزائري والقانون المغربي فيما يتعلّق بالنفقة على الطفل المكفول حيث أنّ المادة **22** من قانون كفالة الأطفال المهملين[3] والتي تنص :" **يترتب على الأمر المتعلق بإسناد الكفالة مايلي:**

- **تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو الجمعية أو المنظمة المعنية تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني،...**
- **إذا كان الطفل المكفول أنثى، فإن النفقة تستمر إلى غاية أن تتزوج..."**

إنّ القانون المغربي نصّ صراحة على النفقة الخاصة بالطفل المكفول، عكس المشرّع الجزائري الذي لم يأخذ بعين الاعتبار هذه النقطة، لذا كان لزاما علينا أن نسقط نفقة الأولاد الشرعيين على الأطفال المكفولين.

لكن نتساءل عن الحالة التي يحصل فيها الطفل المكفول على مال قبل أن تتزوج الأنثى وقبل أن يبلغ الذكر سن الرشد؟ فهل تأخذ النفقة من ماله الذي حصل عليه أم تستمر واجبة على الكافل؟

لم يتطرّق المشرّع إلى هذه الحالة، هل تكون واجبة على الكافل كون أنّ عقد الكفالة عقد تبرّعي، لكن بالرجوع إلى الآراء الفقهية فنجد أنهم يعتبرون من شروط وجوب النفقة الحاجة وكون القاصر لديه أموال فإنّه لا تجب نفقته على أحد حتى ولو كان أبواه، بل تجب نفقته من ماله

---

[1]– تنص على:" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"

[2]– محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص. 418.

[3]– قانون رقم 165– 93–1 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 الموافق ل 10 سبتمبر 1993 يتعلق بالأطفال المهملين بالمغرب.

الخاص[1]، وعليه فإن أنفق الكافل على المكفول فيكون بذلك قد رعى أساس عقد الكفالة وهو التزامه بالنفقة لوجود نيّة التبرّع، أمّا إذا أنفق من المال الذي حصل عليه المكفول فيكون قد احترم شرط وجوب النفقة وهو الحاجة وكون المكفول ليس بحاجة فيسقط بذلك الزامية النفقة عليه.

2-القدرة: ويقصد بها أن يكون الكافل آهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته[2]، ماديا ومعنويا لتحقيق غرض الكفالة[3]، وأن يضمن له معيشة لائقة كأن يكون عاملا ويتقاضى راتبا يكفيه لتغطية نفقاته العائلية، فلا يعقل أن تسند الكفالة إلى شخص بطّال لا يقدر حتى على تغطية مصاريفه الخاصة.

لكن الملاحظ من الناحية العملية عند تقديم طلب الكفالة فإنّ مكتب المساعدة الاجتماعية لدى مديرية النشاط الإجتماعي تقوم بإجراء تحقيق عن وضعية الكافل ومدى قدرته على القيام بشؤون القاصر قبل وبعد إيداع الطلب، ثم بعد إجراء التحقيق تقوم اللّجنة المختصة على مستوى هذه الأخيرة بعقد اجتماع لاتخاذ القرار بإسناد الكفالة لطالبها أو رفض طلبه، كما يأخذ بعين الاعتبار القدرة الجسدية بالنسبة للكافل، فلا يمكن تصوّر إسناد الكفالة إلى شخص مسن أو ذو عاهة كأن يكون أعمى مثلا.

3-التربية والعناية بالمكفول: إنّ رعاية وضمان تنشئة المكفول في جو سليم يقصد بها تربيته وتهذيب أخلاقه وسلوكه وإعداده للمستقبل وصيانته صحّيا وخلقيا، كما يدخل ضمنها حماية المكفول من كل اعتداء قد يقع عليه وحفضه من زوالق الإهمال والانحراف، كما أنّ رعاية الطفل المكفول وضمان تنشئته تفيد أيضا السهر على تعليمه وتأديبه في سلوكه العام، دينيا وخلقيا واجتماعيا، ذلك أنّ الطفل مجبول على التقليد وتقييم الأشياء بما يترجمه له الكبار من خير أو شر وواجب الكافل أن يعطي لمكفوله القدوة الحسنة بسلوكه مع الإرشاد والتوجيه ولو باستعمال وسائل التأديب إن اقتضى الأمر ذلك حتى يتعلم السلوك القويم ويحترم حقوق الآخرين، ومن وسائل رعاية المكفول وتربيته إلحاقه بالتعليم والتكوين حتى يتمكن من أن يصل إلى مستوى معيّن من العلم والتأهيل ليتكفّل بنفسه مستقبلا.

---

[1]- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص. 417.

[2]- لحسن بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص. 617.

[3] -Nadia Ait zai, op –cit, p. 798.

ولا يكتفي الكافل بتحمّل واجبات المكفول من حضانة ونفقة وتربية فقط، بل يعتبر مسؤولا مدنيا عن أفعال المكفول[1]، ومثال ذلك أن يقوم المكفول بتحطيم سيارة الغير، هنا الكافل هو الذي يمتثل أمام القضاء ويلتزم بالتعويض مع مراعاة أحكام القانون المدني، إذ يمكن للقاصر أن يتحمّل نتيجة خطأه بشرط أن يكون مميزا لأنّ الخطأ يتطلّب التمييز الذي حدده المشرّع بثلاث عشر سنة وأن تكون له ذمة مالية[2]، وفي حالة عدم توفر هذين الشرطين فإنّ الكافل هو الذي يتحمّل التعويض كون أنّ المشرّع قد جعل للكافل نفس مرتبة الأب باعتباره ولي على القاصر.

4-**ولاية النكاح:** يستمد الكافل ولاية النكاح أساسا من الولاية على نفس المكفول كونه هو وليه، وبما أنّ الكافل ناقص الأهلية لصغر في السن لا يستطيع أن يتولى زواجه بنفسه، لذا فمن لديه الولاية عليه هو المسؤول عن تزويجه.

والحكمة في أن يتولى ولي القاصر المكفول زواجه هو أنّ الزواج عقد له خطره وشأنه لما يترتب عليه من حقوق وآثار ووجه المصلحة فيه لا يدركها أصلا فاقد الأهلية ولا يستقل بفهمها ناقصها، لذا جعلت ولاية تزويجهما للكافل كونه هو المسؤول عن المكفول فيجب عليه أن يقدّر برأيه ونظره ما فيه المصلحة ويباشر ما يراه خيرا لهما وتقوم إرادته ورضاه مقام وإردة المولى عليه (المكفول) ورضاه[3].

ومن هنا نقول أنّ الولاية في الزواج هي مساعدة وحماية للمحافظة على حقوق ناقص أو فاقد الأهلية وحقوق ومصالح الفتاة الصغيرة بسبب عدم بلوغها وعدم تجربة الزواج، لأنّ وظيفة الولي هي رعاية القاصر والإشراف على مختلف شؤونه واختيار الأصلح له، وهذا خلافا لما يدّعيه بعض فقهاء الغرب من أنّ الولاية هي حق مطلق وأنّها سلطة تحكّم بدون حدود ولا قيود منافية لمبادئ الحرية في الزواج[4].

---

[1]- عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين، دراسة تحليلية نقدية لظهير 13يونيو 2002 على ضوء أحكام مدونة الأسرة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2008، ص. ص.186-187.

[2]- علال أمال، مرجع سابق، ص. 106.

[3]- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط.2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص. 59.

[4]- أنارس لينة وعلام كريمة، مرجع سابق، ص. 41.

أمّا فيما يخص الولاية على مال المكفول فبمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل، على نفس المكفول وعلى ماله[1]، ونعني بالولاية على المال بأن يشرف الولي على مال الصغير من تنميته واستثماره وإجراء التصرفات الشرعية التي تقتضيها مصلحة الصغير من الناحية المالية[2] وبما أنّ الكافل هو ولي قانوني حسب نص المادة **121** من قانون الأسرة فنجد أنّه جعله في مرتبة الأب كونه لديه الحق في تحصيل منح الطفل المكفول سواء كانت عائلية أو دراسية كما يفعله مع ابنه وذلك بعد تقديم الشهادة العائلية مرفقا بعقد الكفالة التي تبيّن مركز الولد بالنسبة للكافل[3].

اضافة إلى ذلك فإنّ للكافل الحق في إدارة أموال المكفول حسب المادة **122** من القانون السالف الذكر والتي تنص على أنّه: "**يدير الكافل أموال المكفول المكتسبة من الإرث، الوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول**" وأموال المكفول هنا تشمل كل ما يمكن أن يدخل في ذمّة القاصر سواء من أبويه إن كان معلوم النسب أو من أيّ شخص آخر عن طريق الوصية أو الميراث، فيتصرف فيها تصرف الرجل الحريص فيما يملك، وهذا ما نصت عليه المادة **88**: **"على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسئولا طبقا لمقتضيات القانون العام.**

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرّفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة،

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد".

ونجد المشرّع الجزائري قد وضع شروطا عندما يريد الكافل التصرف في أموال المكفول واشترط عليه أن يستأذن القاضي في بعض التصرفات، وللقاضي السلطة التقديرية في منح الإذن أو عدم منحه، وعدا هذه التصرفات فعلى الكافل أن يحترم شرط الحرص[4]. ويمكن اعتبار هذه المادة حماية بحد ذاتها لأموال المكفول، كما تظهر الحماية أيضا لصالح الطفل القاصر في المادة**89** من

---

[1]- الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص. 173.

[2]- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، 1987، ص. 424.

[3]- لعرج ابراهيم وآخرون، مرجع سابق، ص. ص. 70-71.

[4]- علال أمال، مرجع سابق، ص. 108-109.

قانون الأسرة[1]، بحيث أوجب بيع العقار الذي يملكه في المزاد العلني كونه هو المكان الذي يحقق له منفعة أكثر من بيعه بالطرق العادية.

ولكن قد يحدث ويقوم الكافل بتصرف ما ويلحق الضرر بأموال المكفول، ففي هذه الحالة يجوز لأيّ شخص علم بهذا الاستغلال أن يخطر النيابة العامة التي تقوم بتحريك الدعوى ضدّه بحيث يمكن أن تطبق عليه إحدى العقوبات المنصوص عليها في المادة **380** من قانون العقوبات والمتمثلة في الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة مالية من **1000** إلى **15000** دج.

وفي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يعيّن متصرّفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة وذلك في حالة تعارض مصالح الكافل ومصالح الولد المكفول[2]، وهذا وفقا لنص المادة **90** قانون الأسرة.

نخلص القول بأنّ الولاية التي منحها المشرّع للكافل، سواء الولاية على نفس المكفول أو الولاية على ماله ما هي إلاّ نوع من أنواع الحماية للقاصر كونه لا يزال صغيرا يحتاج إلى التوجيه والرعاية وإذا كان له مال كونه لديه أهلية لاكتساب الحقوق لكنّه غير آهل للقيام بإدارته، وما على الكافل إلاّ أن يكون مثل الأب الحقيقي في رحمته وعطفه على أولاده [3]، ليشرف على مال المكفول ولا يستغلها لمصلحته الخاصة.

ثانيا : آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول

الطفل المكفول هو محل عقد الكفالة وبسببه ينشأ العقد وللبحث عن الآثار التي تنجر عن قيام عقد الكفالة وينتجها للمكفول سنتطرق إلى أوّل أثر نصّ عليه المشرّع إذ يعتبر أهم أثر وهو احتفاظ المكفول بنسبه ثم نصّ على إمكانية عودة المكفول إلى والديه وأخيرا أجاز للكافل منح هبة أو وصية للمكفول.

---

[1]– تنص المادة 89 على أنّه:" على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

[2]– بليل صبرينة وشعلال نعيمة، عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013 ص. ص. 45-46.

[3]– يوسف قاسم، مرجع سابق، ص. 429.

1-احتفاظ المكفول بنسبه

يترتب على الكفالة التزام الكافل بالقيام بالطفل المكفول من تربية ورعاية، دون أن ينسب إليه لأنّ الولد لا ينسب لغير أبيه عملا بأحكام الشريعة الإسلامية يقول الله تعالى: " **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ**" وهذا ما يفيد أنّ الطفل يحتفظ بنسبه الأصلي إذ كان معلوم النسب، لكن قد يكون الطفل المكفول مجهول النسب وهنا يثار الإشكال فكيف يمكن الاحتفاظ بنسبه إن كان في الأصل لا نسب له؟

وللإجابة على هذا التساؤل ارتأينا أن نتعرّض لكل حالة على حدى.

الحالة الأولى: المكفول معلوم النسب

أقرّت الشريعة الإسلامية حق عظيم للطفل وهو حق النسب؛ أي أن يكون للطفل أب وأم معروفين، فالنسب هو القرابة الناشئة عن صلة الدم بالتناسل وامتنّ الله على عباده بالنسب على اعتبار أنّه نعمة أنعمها على الإنسان لقوله تعالى: **"وهُوَ الذي خَلَقَ منَ المَاء بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَبَا وَصهرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَديرا "**[1]، لذا فمن أهم حقوق الطفل أن يعيش داخل أسرة تحيطه بالرعاية والحماية، لكن عادة ما يقوم الأبوان بمنح ابنهما القاصر إلى شخص كافل يتولى رعايته وتربيته والنفقة عليه، نفس الشيء إذا كان المكفول معروف الأم ففي كلتا الحالتين فإنّ قانون الأسرة أعطى للقاصر المكفول حماية قانونية ضمن أحكام الكفالة وذلك بأن يحتفظ بنسبه أي يبقى حاملا لقب أبيه، أو لقب أمه[2].

فنجد المشرّع حمى القاصر المكفول معلوم النسب بعدم تجريده من نسبه الأصلي بتحريم للتبني من جهة[3]، ومن جهة أخرى فقد أكّدت المادة **120** قانون الأسرة على وجوب احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب لهذا فقد أوجب القانون على الكافل أن يقوم بتربية ورعاية الطفل المكفول قيام الأب بابنه دون نسبته إليه لأنّ في ذلك تجريد للطفل من نسبه الأصلي

---

[1]- سورة الفرقان ،الآية 54.

[2]- بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء،الدفعة الثانية عشر، 2004 ص. 37.

[3]- المادة 46 من قانون رقم 84-11يتضمّن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

الذي يعدّ بدوره تعدي على النظام العام، لهذا أوجب المشرّع الجزائري عدم مخالفته ولهذا اعتبرت جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات الجزائري[1]، كما جاء في المادة **247** منه والتي تنصّ على :**" كل من انتحل لنفسه في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية معدة لتقديمها للسلطة العمومية اسم عائلته خلاف اسمه وذلك بغير حق يعاقب بغرامة من 500 إلى 5.000دج ".**

الحالة الثانية: المكفول مجهول النسب

إنّ المشرّع الجزائري لم يتعرض في قانون الأسرة إلى الحالة المدنية للطفل المكفول مجهول النسب بعد انشاء الكفالة ولكن أحالنا لقانون الحالة المدنية، ذلك في المادة **64** منه التي تبيّن كيفية منح اللّقب العائلي للطفل مجهول النسب، ما يستخلص من هذه المادة أنّ ضابط الحالة المدنية هو الذي يعطي الأسماء للأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرّح أيّ أسماء، حيث يعيّن الطفل بمجوعة من الأسماء يتخذ آخره كلقب عائلي، كما نصّت نفس المادة على عدم منح مجهول النسب لقب معروف مهما كان حتى لا يكون اعتداء على نسب أيّ شخص. فبالنسبة لمجهول الأبوين فهنا لا يتمتع بأيّ لقب بينما الذي له أم معلومة فقد تمنح له لقبها ولها ذلك أي تجعل ابنها ينسب لها[2].

2-إمكانية عودة المكفول إلى والديه الأصليين

أقرّ المشرّع الجزائري لوالدي المكفول إذا كان معلومان(معلوم الأب والأم أو معلم الأم فقط) الحق في طلب عودة المكفول إلى ولايتهما، لكن المشرّع الجزائري ميّز بين حالتين عندما يطلب الوالدين عودة القاصر بحيث أخذ بعين الاعتبار سن المكفول[3].

ففي حالة عدم بلوغ المكفول سن التمييز المحدد في القانون المدني ب **13** سنة[4]، اشترط أن يتقدم الأب أو الأبوين بطلب إلى رئيس المحكمة يبيّن فيه سبب عودة الابن المكفول وهنا السلطة التقديرية للقاضي في قبول أو رفض الطلب بعد إجراء تحقيق حول الأسباب مراعيا مصلحة الولد

---

[1]- أمر رقم 66-156، يمتضمن قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

[2]- بوعشة عقيلة، مرجع سابق، ص.38.

[3]- المادة 24 قانون الأسرة التي تنص على: " إذا طلب الأبوان عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يُخيّر الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميز لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول".

[4]- المادة 42 من قانون 05- 10 معدل ومتمم للأمر 75-58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

المكفول[1]. أمّا فيما إذا كان الولد المكفول مميزا أي بالغا سن**13** سنة فما فوق، فقد أوجب المشرّع أن يخيّر بين العودة إلى أبويه أو البقاء مع الكافل عملا بأحكام المادة **124** قانون الأسرة الجزائري ويستحسن أن يكون ذلك أمام القضاء مراعاة لمصلحة المكفول بعيدا عن أيّ ضغط من كلا الطرفين وبالتالي يحرر محضر بذلك أمام القاضي ويوقّع عليه كلا الطرفين[2].

3-جواز الوصية أو الهبة للمكفول

رأينا فيما سبق أن الكفالة تجعل المكفول بمثابة الابن الحقيقي للكافل بحيث تعطي للكافل الولاية القانونية على الطفل المكفول وتجعله بمثابة الأب له. لكن رغم ذلك فهي لا ترتب نفس الآثار التي تكون بين الآباء وأبنائهم الأصليين خاصة في الميراث، هذا ما يعني أنّ المكفول لا يرث من الكافل لعدم ثبوت النسب بينهما.

لكن المشرّع وجد بديلا عن الإرث بحيث أجاز للكافل التبرّع من أمواله للطفل المكفول بالوصية أو الهبة[3].

-**الوصية:** إذا كان الولد المكفول لا يرث من مال كافله فإنّه بذلك لا يعني أنّه قد حُرم تماما من

هذا الحق إذ أنّه يجوز للكافل أن يوصي لهذا المكفول بجزء من ماله عن طريق الوصية[4]، التي تعد من أهم التصرفات المالية والقانونية. ويمكن تعريفها على أنّها تبرّع لما بعد الموت[5] ومعناه أن يوصي الشخص لآخر بمال أو أيّ حق عيني ويدخل في ذمته، لكن بعد وفاة الموصي.

كما عرّفتها المادة **184** قانون الأسرة **"الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرّع"** هذا ما يفيد أنّ أثر هذا التصرف لا يترتب إلاّ بعد وفاة الموصي كما أنّه يكون بدون عوض، فحسب أحكام الشريعة الإسلامية والقانون فإنّه لا وصية لوارث فبما أنّ المكفول لا تربطه أيّة قرابة وأيّ صلة بالكافل لعدم ثبوت النسب فإنّه لا يعتبر وارث.

---

[1]-علال أمال، مرجع سابق، ص. 113.

[2]- طلبة مالك، مرجع سابق، ص. 34.

[3]- المادة 123 من قانون الأسرة، مرجع سابق.

[4]- لعرج إبراهيم وآخرون، مرجع سابق، ص. 78.

[5]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري:الميراث والوصية، ج2، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007، ص. 230.

لهذا أقرّ حماية القاصر المكفول بعد وفاة الكافل وعدم تركه بدون مورد مالي، فأجاز المشرّع الجزائري للكافل أن يوصي له من أمواله وهو ما ورد في نص المادة **123** قانون الأسرة والتي جاء في مضمونها أنّه: **" يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك فإنه يتوقف على إجازة الورثة"**، وتجدر الإشارة إلى أنّ الوصية لا تصحّ إلاّ إذا كان الوصي كامل الأهلية سليم العقل وأن يكون رضاه خاليا من العيوب[1].

-**الهبة:** منح المشرّع الجزائري للكافل الحق في التبرّع من أمواله للطفل المكفول عن طريق الهبة بما أنّه حُرم من الميراث لانتفاء رابطة الدّم بينهما وتعرّف الهبة بأنّها: " تمليك المال في الحال أو تمليك المال بلا عوض حال حياة المملك"[2]، أمّا بالنسبة للمشرّع الجزائري فقد عرّفها في المادة **1/202** من قانون الأسرة على أنّ:" **الهبة تمليك بلا عوض**" كما نصّ في المادة **206** على أنّها: **"تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول"**.

يتّضح من هاتين المادتين أنّ الهبة عقد يتم بين الأحياء بإيجاب من الواهب الذي يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية، وقبول من الموهوب له الذي يكون في هذه الحالة طفلا قاصرا، وبالغا سن التمييز وإلاّ يقبله عنه وليّه أو وصيّه أو المقدم، فإذا كانت الهبة تتم بالحيازة فإنّه يحوزها نيابة عنه دون إذن القاضي وفي حالة ما إذا كان الواهب ولي الموهوب له فإنّ التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة حسب نصّ المادة **208** من قانون الأسرة.

أمّا بالنسبة للموهوب له الذي بلغ سن التمييز فإنّه يملك أهلية قبول الهبة وقبضها باعتبارها نافعة له نفعا محضا، أمّا إذا اقترنت بشروط والتزامات فتكون في هذه الحالة دائرة بين النفع والضرر وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي.وما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرّع الجزائري أخضع الهبة في مرض الموت لأحكام الوصية [3]، بحيث قيّدها بالثلث وما زاد عنها تتوقف عل إجازة الورثة، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة المنظمة للهبة نجدها أجازت للواهب التبرّع بجزء أو كل

---

[1]- تنص المادة 186 من قانون الأسرة على:" يشترط في الموصي ان يكون سليم العقل بالغا من العمر 19 سنة على الأقل " .

[2]- حمدي كمال، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف، مصر،1998، ص.154.

[3]- تنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري على:" الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية".

أمواله على عكس الأحكام المنظمة للكفالة، فإنّ المشرّع قيّدها بالثلث ونجد هذا مخالفا للمادة **205** التي تجيز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة.

هذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن هدف المشرّع الجزائري من تقييد قيمة الهبة بالثلث؟ هل هو حرصه الشديد على عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية؟ أم يرجع ذلك إلى حماية الورثة من تعسف الكافل وحرمانهم من الإرث؟

إنّ تحديد المشرّع الجزائري لقيمة الهبة في الكفالة إنّما راجع إلى حماية الورثة من تعسف الكافل، وذلك تفاديا لكلّ نزاع مستقبلي قد ينشأ بين المكفول والورثة الشرعيين كونه بهذه الطريقة يمكن أن لا يبقى شيء من أموال الكافل وبالتالي حرمانهم من الميراث[1].

وما نخلص إليه هنا هو أنّ المكفول رغم حرمانه من الميراث من جهة الكافل إلاّ أنّ القانون وضع بديلا عن ذلك بحيث منح للكافل حق التبرّع من أمواله للطفل المكفول، وهذا ما يميّز الكفالة عن التبني الذي يثبت لهذا الأخير الحق في الميراث.

الفرع الثاني

انقضاء عقد االكفالة

عقد الكفالة كغيره من العقود ينشأ صحيحا وينتج آثاره ما دام غير محدّد المدة ولم يقم على شرط واقف أو فاسخ، لكن قد يكون عرضة للانقضاء لأيّ سبب من الأسباب، سواء تلك المتعلقة بالكافل أو لأسباب خاصة متعلقة بالطفل المكفول، وسنتطرق إلى هذه الأسباب بشيء من التفصيل من خلال هذا الفرع.

أوّلا: الأسباب العامة

ينقضي عقد الكفالة لأسباب خارجة عن إرادة طرفيها إذ هي أسباب لا إرادية وبمقتضاها تنتهي العلاقة التي كانت تجمع بين الكافل والمكفول منها: وفاة أحد طرفي العقد وكذا تخلف أحد الشروط الواردة في المادة **118** من قانون الأسرة بحيث على أساسها أسندت الكفالة لطالبها، وعليه إذا ما تخلّفت أحد شروطها تنقضي بذلك الكفالة.

---

[1]– طلبة مالك، مرجع سابق، ص. 33.

1-وفاة أحد طرفي عقد الكفالة

تنتهي الكفالة بالوفاة، سواء وفاة المكفول أو وفاة الكافل، فإذا توفي المكفول انعدم محل وسبب الكفالة وكنتيجة حتمية تنتهي الكفالة وبصفة تلقائية كون أنّ المكفول هو محل الكفالة وهو الموضوع الرئيسي للكفالة فعدم وجوده يستلزم بالضرورة عدم وجود عقد الكفالة [1].

وبما أنّ الكفالة شرعت من أجل حماية الطفل القاصر من خلال الرعاية والتربية التي يقدّمها الكافل فهذه المهمة التي يقوم بها تنتهي بوفاة الطفل المكفول، كما تنتهي الكفالة أيضا بوفاة الكافل كونه الملتزم الأساسي في العقد وباعتبار الكفالة عقد تبرّعي وهو عقد ملزم لجانب واحد فبوفاته ينقضي العقد وينقضي معه التزامه ويستحيل تنفيذه، فيصبح المكفول يتيما وبالتالي تصحّ في حقه كفالة جديدة لشخص آخر، لكن استثناء يمكن أن تنتقل هذه الكفالة إلى الورثة إن التزموا بها وهذا ما جاء في نص المادة **125** وبالتالي يصبح الملتزم بها هو الكافل الجديد، أمّا إذا لم يلتزم الورثة بالكفالة فهنا يقوم القاضي بإسناد أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية[2].

لكن الإشكال المطروح هو أنّ المشرّع الجزائري نصّ على حالة الوفاة فقط، لكن السؤال المطروح: ماذا لو فُقد الكافل، فهل تنتهي الكفالة في هذه الحالة؟ فالمشرّع لم ينص على انتهاء الكفالة بسبب فقدان الكافل، لكن كما هو متعارف عليه أنّ غرض الكفالة هو رعاية المكفول وتربيته وحمايته، لكن هذا الغرض يتعطل في هذه الحالة ويتعرض المكفول إلى الإهمال، لذا كان يجب أن تنتهي الكفالة في هذه الحالة لو قمنا باسقاط حالة فقدان الكافل على حالة موته كون أنّ الفقد يشمل أوّلا احتمال الموت رغم انّه غير مؤكد، وثانيا نفس العلة تتحقق في حالتي الموت والفقد وهي تعطيل مصلحة المكفول[3]، لذا يجب على المشرّع أن يوسع من حالات انتهاء الكفالة، إذ أنّ الفقد ليس هو الحالة الوحيدة التي أغفل عنها المشرّع بل نجد أيضا الحالة التي يفقد فيها الكافل أهليته بعدما أسندت إليه الكفالة فلا نجد أيّ نصّ صريح على انتهاء الكفالة في مثل هذه الحالات فالنص الوحيد هو نص المادة **125** الذي نصّ على حالة الوفاة فقط، لذا يجب التوسيع في حالات انتهاء

---

[1]- لعرج ابراهيم و آخرون، مرجع سابق، ص.82.

[2]- بوعشة عقيلة، مرجع سابق، ص. 53.

[3]- عبد القادر قرموش، مرجع سابق، ص. ص. 236-237.

الكفالة حتى لا يترك أيّ غموض ولا نجد أيّ صعوبة في الواقع العملي سواء الأشخاص العاديين المهتمين لموضوع الكفالة أو رجال القانون على حد سواء.

2- تخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 قانون الأسرة

من بين الشروط التي نصّ عليها المشرّع الجزائري من أجل إسناد الكفالة لطالبها هي: الأهلية، الإسلام، القدرة على القيام بشؤون المكفول وبمفهوم المخالفة فبتخلف احدى هذه الشروط يؤدي ذلك حتما لانقضاء العقد كون أنّ الكافل غير كفء للقيام بكفالة طفل قاصر، وسنتعرّض لهذه الشروط بشيء من التفصيل وهي:

-**الأهلية:** "مادام الكافل يقوم بتصرّف يتضمّن التبرّع فلا بدّ أن تتوفر فيه أهلية التبرّع الخالية من كلّ العيوب فإذا غابت إرادته لأيّ سبب كالجنون، العته، الغفلة، السفه، أي ما يجعل إرادته معيبة وبالتالي لا يمكنه إبرام عقد الكفالة"[1].

وذلك راجع لوجود تلك العيوب في الكافل فإذا أبرم العقد فيكون قابلا للإبطال كون أنّ هذه العيوب تقع عائقا بينه وبين تصرّفاته وعدم وجود الأهلية في الكافل يؤدي ذلك إلى عدم قدرته على القيام بشؤونه، فكيف تسند لشخص كفالة طفل قاصر يحتاج إلى من يقوم بشؤونه إلى شخص لا يملك القدرة على القيام بأعماله هو؟

-**الإسلام:** من بين شروط إسناد الكفالة هو أن يكون الكافل مسلما وكونه يقوم بشؤون طفل قاصر يتأثر بتصرّفات وأفعال مربيه وهو الكافل لذا كان لزاما على المشرّع أن ينصّ على مثل هذا الشرط، كون أنّ الإسلام دين الدولة، والمكفول إذا ما وجد على التراب الجزائري فهو يعتبر بذلك مسلما، وعلى هذا الأساس يجب أن يتم كفالته من طرف شخص مسلم من هنا إن كان الكافل مسلما أثناء ابرامه لعقد الكفالة ثمّ ارتدّ عن دين الإسلام فإنّ الكفالة تنقضي بذلك[2].

-**القدرة على القيام بشؤون المكفول:** يفرض عقد الكفالة مهام والتزامات على الكافل اتجاه المكفول وهي العناية اللازمة به باعتباره وليّا على القاصر وبالتالي إذا ما اعترضت هذه الولاية أيّ عارض صحي يجعله غير قادر على القيام بشؤون القاصر أو أن يعتريه عارض مادي كأن يصبح فقيرا

---

[1]- علال أمال، مرجع سابق، ص. 122.

[2]- أنارس لينة وعلام كريمة، مرجع سابق، ص. 62.

مثلا لا يستطيع أن يضمن له قوت عيشه فتنقضي بذلك الكفالة كون أنّ أساسها هو إعالة القاصر ماديا ومعنويا وبالتالي إذا ما عجز الكافل على مواجهة مثل هذه الظروف فلا فائدة ترجى من عقد الكفالة فتنقضي بذلك[1].

ثانيا :الأسباب الخاصة

تنقضي الكفالة أيضا لأسباب خاصة وهذه الأسباب تتدخل فيها إرادة اطراف العقد سواء كانت صادرة من الطرف الذي أبدى رغبته في البداية عن الكفالة وبعدها يتراجع عنها كما قد تصدر من الأطراف الذين وافقوا في البداية على إبرامها ولظروف ما يطلبون من الكافل إرجاع ولاية المكفول إليهما، وهذا ما سنتعرض إليه.

1-انقضاء الكفالة بطلب والدي المكفول

نصّ المشرّع الجزائري صراحة في المادة **124** السالفة الذكر على انقضاء عقد الكفالة بالنسبة لمعلوم النسب، إذا ما عبّر والديه عن نيتهم باسترجاع ولدهم المكفول إلى ولايتهما، لكنّه ميّز بين حالتين هما:

الحالة الأولى: قبل بلوغ المكفول سن التمييز

أي قبل بلوغ الطفل **13** سنة كاملة ففي هذه الحالة تصرفاته باطلة حسب المادة **82** من قانون الأسرة[2]، وبالتالي في هذا السن المكفول لا يعرف ما ينفعه أو يضرّه، فالمشرّع هنا لم يترك الحرية المطلقة لوالدي المكفول إذ قيّدهما باللّجوء إلى القاضي بما له من السلطة التقديرية للوقائع والظروف المحيطة بالمكفول ووالديه من جهة وكذا الكافل من جهة أخرى، فهو من يعطي الإذن بعودة المكفول لوالديه أو أحدهما أو يقرّر أن يبقى مع الكافل إن كانت تقتضي مصلحة المكفول ذلك المادة **125** قانون الأسرة وذلك ما يقتضي على القاضي أن يقوم بدراسة كاملة وشاملة للقضية المطروحة أمامه ويقدّر أين تكمل مصلحة المكفول كونه هو المعيار الذي يرتكز عليه القاضي لتحديد بقاء المكفول مع كافله أو عودته لوالديه.

---

[1]- بوعشة عقيلة، مرجع سابق، ص. 49.

[2]- تنص المادة على أنّه: " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرّفاته باطلة".

الحالة الثانية: بعد بلوغ المكفول سن التمييز

حدّد المشرّع الجزائري سن التمييز ب **13**سنة حسب نصّ المادة **2/42** من القانون المدني التي تنص على:**"يعتبر غير مميز من لم يبلغ 13سنة "**[1]، وبالتالي من بلغ سن **13** سنة فهو مميّز، ففي هذه الحالة إذا ما طلب أبواه أو أحدهما من الكافل رد المكفول إلى ولايتهما، فإنّ المشرّع ترك الأمر للمكفول نفسه كونه قد بلغ سن التمييز وفي هذا السن يمكن له أن يقوم بإبرام عقود لكنها عقود دائرة بين النفع والضرر كونه في هذا السن يمكنه أن يميّز بين ما يفيده وما يضرّه فله سلطة الاختيار وبين العودة إلى أبويه الأصليين أو البقاء في كنف الكافل[2]، ونفس الموقف اتّخذه المشرّع المغربي في المادة **29** من ظهير الكفالة **13** يونيو **2002** على أنّه:**" يمكن لأحد الوالدين أو لكليهما إذا ارتفعت أسباب الإهمال استرجاع الولاية على طفليهما بمقتضى حكم تستمع المحكمة إلى الطفل إذا كان قد أرك سن التمييز وإذا رفض الطفل الرجوع إلى والديه أو إلى أحدهما، فإن المحكمة تقضي بما تراه مناسبا لمصلحة الطفل"**[3].

ونجد أنّ الشريعة الإسلامية قد أقرّت هذا المبدأ قبل وجود التشريعات الوضعية وذلك في حادثت " زيد بن الحارثة"مع الرسول عليه الصلاة والسلام عندما اختار زيد البقاء معه بعدما خيّره النبي صلى الله عليه وسلّم تخييرا حرّا وتركه يختار بمحض إرادته بينه وبين أبيه وعمّه، فاختار "زيد" البقاء مع الرسول عليه الصلاة والسلام قائلا:"ما أنا بالذي أفارقه أبدا" [4].

2-التخلي عن الكفالة

رأينا فيما سبق أنّ الكفالة يمكن أن تنتهي بطلب من والدي المكفول إذا كان معلوم النسب، لكن بالإضافة إلى هذا قد تنتهي الكفالة كذلك بتغيير الكافل عن رغبته الصريحة في التخلي عن واجباتهم اتجاه الولد المكفول كأن يتعرّض مثلا لأزمة مالية تجعله غير قادر على النفقة على المكفول وتلبية احتياجاته وبالتالي الإخلال بالالتزامات التي تعهّد بها اتجاه المكفول كما يمكن أن

---

[1]- قانون رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[2]- علال أمال، مرجع سابق، ص. ص. 123-124.

[3]- ظهير شريف رقم 1.02.1.72 الصادر في فاتح ربيع الأخير 1423(13 يونيو 2013) بتنفيذ القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بالمغرب.

[4]- أبي محمد عبد الملك المعافريّ، السيرة النبوية، دار الغدا الجديد للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2002، ص. 129.

يكون سبب اتخاذ هذا الموقف راجع لعجزه مثلا أو ظهور عارض جسمي يجعله غير قادر على القيام بأمور المكفول.

لكن لا يمكن التوقف عند هذين السببين للتخلي عن الكفالة بل تختلف من حالة لأخرى، فمهما اختلفت هذه الأسباب فإنّ هذا التخلي لا يمكن أن يرتب أيّ أثر إلاّ إذا تمّ أمام الجهة التي أقرّت الكفالة وأسندته له تطبيقا لنص المادة **125** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على:**" التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرّت الكفالة وأن يكون بعلم النيابة العامة"**، ومن المعلوم أنّ الجهات المخوّلة بإسناد الكفالة هي: القضاء، الموثق، والبعثات الدبلوماسية، وعليه إذا أسندت الكفالة من طرف القضاء فالتخلي يكون أمامه ونفس الشيء بالنسبة للموثق والبعثات الدبلوماسية، وقد أضاف المشرّع الجزائري شرط آخر وهو علم النيابة العامة بهذا التخلي لذا فدعوى التخلي عن الكفالة أو التنازل عنها ترفع وفق الإجراءات العادية بعد علم النيابة العامة وسماعها بذلك بحيث تنظر في الدعوى بجلسة سرّية عملا بأحكام المادة **496** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على:**" ترفع دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية، ينظر في الدعوى في جلسة سرّية بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباتها"**[1].

ونفس الشيء استقرّ عليه المشرّع المغربي، فالكفالة تنتهي عن طريق أمر قضائي يقضي بإلغائها وقد تنتهي لأسباب أخرى كالتنازل عنها[2]، بحيث نصّ في المادة **25** فقرة أخيرة من ظهير للكفالة على أنّه:" يمكن إلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالة إخلال الكفيل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة أو إذا اقتضت ذلك المصلحة الفضلى للطفل المكفول" [3]. وأخيرا تجدر الإشارة إلى أنّه يمكن إسقاط الكفالة عن الكافل بموجب حكم قضائي خاصة إذا كان سيء الأخلاق مثلا: أن يكون متعاطي للخمر والمخدّرات، مسيئا إلى أبنائه بالضرب وسوء المعاملة وذلك بتقديم دعوى ممن له مصلحة أو من طرف النيابة العامة[4].

---

[1]– قانون رقم 08–09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2]– عبد القادر قرموش، مرجع سابق، ص. 243.

[3]– القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين،مرجع سابق.

[4]– أنارس لينة وعلام كريمة، مرجع سابق، ص. 63.

المطلب الثاني

علاقة المرسوم التنفيذي 92-24 بالكفالة

تعتبر الكفالة نظام مستقرّ عليه في التشريع الجزائري، حيث أنّ الكافل يلتزم برعاية الطفل المكفول وتربيته رعاية الأب لابنه دون إلحاقه بنسبه، فبالنسبة لمعلوم النسب لا يثار أيّ إشكال كونه يحتفظ بلقبه العائلي، أمّا المكفول مجهول النسب فلا يحتفظ بنسبه كونه أصلا ليس له لقب هذا ما يجعله يلقى عدّة صعوبات من حيث إدماجه في المجتمع الأمر الذي جعل المشرّع الجزائري يسعى إلى حماية هذه الفئة بدمجها في المجتمع بطريقة فعّالة، حيث أصدر في جانفي **1992** المرسوم التنفيذي رقم **92-24** المتعلق بمطابقة لقب الكافل بالمكفول، من هنا يثار التساؤل عن علاقة هذا المرسوم بأحكام الكفالة؟

الفرع الأوّل

مدى توافق المرسوم التنفيذي رقم 92-24 وأحكام الكفالة

الكفالة نظام مستمد من الشريعة الإسلامية التي تحث على تربية ولد لقيط وتعليمه بل أوجب الإحسان إليه[1]، وأخذ به المشرّع الجزائري ومن ثم في سنة **1992** جاء بالمرسوم التنفيذي رقم **92 -24** المتعلق بمطابقة لقب الكافل بالمكفول الذي أثار عدّة إشكالات في المجتمع الجزائري، بحيث اعتبروه بمثابة تبني، لكن وبالرجوع إلى الماد **05** مكرّر **01** من المرسوم التنفيذي التي تقضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد ليس بلقبه الأصلي[2]، وهذا ما يدعّم الرأي الذي يعتبر محتوى هذا المرسوم مكمّلا لأحكام الكفالة وهو الرأي السائد حاليا، فهذا الفريق يرى ضرورة الاستجابة إلى هذه المتطلبات المتعلقة بتغيير اللّقب دون تخويف[3]، كون أنّ المكفول يحتفظ بلقبه والكافل يمنح لقبه للمكفول؛ ذلك لا يعني إلحاقه بنسبه وعليه يمكن أن نستخلص بعض أوجه الاختلاف والتشابه بين المرسوم والكفالة.

-فعن **أوجه الاختلاف** نقول بأنّ: الكفالة هي التزام الكافل برعاية المكفول دون منحه لقبه العائلي بينما المرسوم جاء لمنح لقب الكافل للمكفول.

---

[1]- محمدي زواوي فريدة، مرجع سابق، ص. 69.

[2]- محمدي زواوي فريدة، المرجع نفسه، ص .71.

[3]- لعرج براهيم وآخرون، مرجع سابق، ص. 76.

-أمّا عن **أوجه التشابه:** فما يمكن قوله هو أنّ المرسوم جاء متمّما لأحكام الكفالة، كون أنّها لا تدخل المكفول في عائلة الكافل كالابن الأصلي، فالمكفول لا يرث كافله، إلاّ إذا أوصى له أو وهب له من أمواله، كما أنّه يمكن للمكفول أن يتزوج من بنات الكافل لأنهنّ لسن بأخوات حقيقيات بل وحتى إذا كان المكفول فتاة يمكن لها أن تتزوج مع كافلها بما أنّهما أجنبيين عن بعضهما البعض وهذه الآثار التي تكون كنتائج عن قيام عقد الكفالة تبقى قائمة حتى بمنح الكافل لقبه لمكفوله " لأنّ الاسم الذي يعطى للمكفول هو اسم اضافي مذكور في الهامش مما يعني بقاء المكفول أجنبيا عن الكافل ولا يمكن نسبته إليه "[1].

لهذا نقول بأنّ المرسوم **92-24** جاء حتما ليكمّل أحكام الكفالة لكن خُصّص بالنسبة للمكفول مجهول الأب وهذا ما يتضح من خلال المادة الأولى من المرسوم.

الفرع الثاني

امكانية الكافل تغيير لقب المكفول مجهول الأب

محل عقد الكفالة يمكن أن يكون طفل معلوم أو مجهول النسب فعندما يكون للمكفول نسب معروف يلتزم الكافل فقط برعايته وتربيته.

أمّا إذا كان مجهول النسب أو مشكوك في نسبه فأغلب الظن أنّه يعيش في مهانة وذل وشعور بالضياع، كما أنّه سرعان ما يكبر ويبدأ بطرح الأسئلة سواء على نفسه أو على من حوله وخاصة عند الإطلاع على وثائقه المتعلقة بالحالة المدنية وهذا ما يؤثر عليه بشكل سلبي، فقد يصل الأمر به إلى حد هجره للأسرة التي كفلته، وبالتالي تكون قد تعقّدت المشكلة بدلا من حلّها وأمام هذه الحالة الاجتماعية غير المستقرة أُصدر المرسوم رقم **92-24** الذي يتمم المرسوم رقم **71-157** المتعلق بتغيير اللّقب حيث أجاز للكافل طلب تغيير لقب المكفول وإلحاقه بلقب الكافل فنصّ هذا الأخير على شروط وإجراءات تغيير اللّقب[2]، بحيث سنتطرّق إلى كل منها بالتفصيل وأخيرا سنتعرض للآثار التي جاء بها المرسوم، حيث حدّد المرسوم التنفيذي الشروط الضرورية لطلب تغيير اللقب وتتمثل فيما يلي:

---

[1]- محمدي زواوي فريدة، مرجع سابق، ص. 72.

[2]- طلبة مالك، مرجع سابق، ص. 94.

–ضرورة وجود عقد الكفالة: حتى يتمكن الكافل من تغيير لقب الطفل المكفول ومنحه لقب الكافل لا بدّ من أن يكون كافلا قانونا، إذ أنّ طلب تغيير لقب المكفول هو من أهم الآثار القانونية المترتبة عن قيام عقد الكفالة، وهذه الأخيرة لا تثبت إلاّ بموجب عقد توثيقي صادر عن الموثق أو عن الجهات القضائية، وما يمكن ملاحظته هو أنّ المشرّع الجزائري لم يشترط مدّة معيّنة في بقاء المكفول مع كافله ليتمكن من تقديم طلب تغيير اللّقب.

–ضرورة أن يكون المكفول القاصر مجهول النسب من الأب: فالمشرّع حينما نصّ على امكانية طلب تغيير اللّقب خصّ الطفل مجهول النسب من الأب فقط، سواء كان بنت أو ابن، أمّا معلوم النسب فلا يجيز القانون للكافل منحه لقبه.

–إنّ طلب تغيير اللقب يجب أن يصدر من طرف الكافل، إذ لا يمكن أن نتصور تقديم الطلب من طرف المكفول لانعدام أهلية التقاضي لديه.

–والشرط الأخير الذي نصّ عليه المشرّع هو في الحالة التي يكون فيها المكفول معلوم الأم، حيث اشترط أن ترفق موافقتها صراحة إذا كانت على قيد الحياة مع ملف الطلب إذ أنّ الأصل في مثل هذه الحالة يكون لقب المكفول في سجلات الحالة المدنية والمدلى به إلى ضابط الحالة المدنية هو اللّقب العائلي لأمّه كونه مجهول الأب، فاشترط أن تكون الموافقة في شكل عقد شرعي مكتوب[1].

أمّا بالنسبة لإجراءات تغيير اللّقب فقد وردت في المواد **3،2،1** من المرسوم التنفيذي السالف الذكر والتي تتلخص فيما يلي:

يجب تقديم طلب مسبب لوزير العدل حافظ الأختام، نشر الطلب في الجرائد المحلية لمكان ولادة الطالب أو عند الاقتضاء لمكان سكناه، إذا كان منفصلا عن مكان الولادة، تمنح مهلة ستة أشهر، ابتداء من تاريخ النشر لكل ذي مصلحة من خلالها يمكن له تقديم اعتراضه في هذا الشأن إلى وزير العدل حافظ الأختام، وعند انقضاء المهلة المذكورة يرفع الملف إلى لجنة مشكلة من ممثلين عن وزير العدل وممثلين لوزير الداخلية يعيّنان من أجل هذا الغرض من قبل السلطة التابعين لها، يقوم وزير العدل بعد تلقيه للملف المرفق بالطلب بتكليف النائب العام للدائرة القضائية مكان ولادة الطالب بإجراءات تحقيق بشأن هذا الطلب والذي بدوره يكلّف وكيل الجمهورية للدائرة

[1]– المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 92–24 ، مرجع سابق.

القضائية مكان ولادة الطالب لمتابعة التحقيق والذي بعد انجازه يتم إرساله إلى وزير العدل، حيث يتم التحقيق عادة عن طريق سماع الشهود والبحث عن دوافع وأسباب تغيير اللّقب، وبعد الإطلاع على ملف التحقيق يتّخذ وزير العدل قرارا بشأن الطلب، فإمّا أن يقبل الطلب أو يرفضه، ففي حالة القبول تقوم النيابة العامة بتنفيذ هذا القرار وذلك خلال أجل **30** يوما من تاريخ الإخطار[1]، وبعدها يقوم رئيس المحكمة بإصدار أمر[2] في إطار صلاحياته الولائية بتغيير لقب المكفول مع الإشارة على الهامش في سجلات عقود الحالة المدنية[3]،(المادة **5** مكرّر 1 من المرسوم التنفيذي).

أمّا عن آثار المرسوم االتنفيذي رقم **92-24** فيخوّل المشرّع بموجب هذا الأخير لكلّ من كفل قانونا ولد قاصر مجهول النسب من الأب أن يقدّم طلب إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام بتغيير اللّقب باسم هذا الولد لفائدته وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الكافل[4]، حيث يقدّم الطلب باسم ولصالح الطفل القاصر المولود من أب مجهول الهوية وذلك من طرف الشخص الذي كفله بطريقة قانونية في إطار "الكفالة" من أجل أن يستفيد القاصر من لقب الشخص الذي يرعاه قانونا[5]، ويتضمن هذا الطلب الوثائق التالية: عقد زواج، شهادة ميلاد الطفل، شهادة الوضع[6]، شهادة الأصل، قرار الوضع، تصريح شرفي بعدم معرفة أمّه البيولوجية وليتمكن الكافل من المحصول على الموافقة الصريحة لأم القاصر وإجراء كل التحريات اللازمة لتحقيق ذلك، يمنح السيد رئيس المحكمة للكافل مدة **30** يوم كأقصى مدة لتقديم هذه الموافقة أمّا في حالة عدم العثور على أم القاصر يتعيّن على الكافل تقديم تصريح شرفي يذكر فيه أنّه استحال عليه العثور على أم المعني.

أقرّ المشرّع الجزائري في المادة **5**مكرر**2** من المرسوم السالف الذكر أنّ طلب تغيير اللّقب لا يكون محل للنشر "الإعلان" وأنّ التغيير لا يكون بموجب مرسوم رئاسي بل بمجرد أمر من رئيس المحكمة كما سنبيّن أدناه:

---

[1] ـ لعرج ابراهيم وآخرون، مرجع سابق، ص. 75.

[2] ـ أنظر الملحق رقم (09)، ص.87.

[3] – أنظر الملحق رقم (11)، ص.89.

[4] – http://dzfordz.wordpress.com/2012/01/16/مطابقة لقب الكفيل بالمكفول

[5] – http://dzjob.forumn.org/t131-topic2011/10/27/ كيفية تغيير اللقب العائلي

[6] –أنظر الملحق رقم (14)، ص.92.

1-غياب الإعلان

أوجب المشرّع الجزائري في اطار الإجراءات العادية لتغيير اللّقب أن يخضع الطلب للإعلان عملا بأحكام المادة **02** من المرسوم رقم **71-157** المتضمن تغيير اللّقب، غير أنّه إذا كان هذا الطلب في اطار الكفالة فلا يخضع لهذا الإعلان حسب نص المادة **05** مكرّر **1/02** من المرسوم التنفيذي رقم **92-24** المتمم للمرسوم رقم **71-157** المذكور أعلاه[1].

2-غياب إصدار المرسوم الرئاسي

يصدر مرسوم تغيير اللّقب في شكل أمر من رئيس المحكمة بعد طلب[2] من وكيل الجمهورية وذلك في مهلة **30** يوما من تاريخ الإخطار المقدّم من وزير العدل وهذا راجع لصعوبة إصداره في شكل مرسوم رئاسي خلافا للمرسوم رقم **71-157** نظرا للوضعية التي تتطلبها حالة القصر مجهولي النسب وما دام الأمر يتعلق بحالة الأشخاص فقد أخرجها المشرّع من سلطات رئيس الجمهورية كما كان منصوص عليها في المرسوم **71-157** بغرض الفعّالية والسرعة، فإنّ السلطة التنفيذية خوّلت مسألة حالة الأشخاص إلى مجرد مسألة متعلقة بالحالة المدنية وخرقت بذلك قاعدة دستورية[3]،غير أن هذا التحليل يتناقض مع ما تنص عليه المادة **29** من القانون المدني الجزائري[4].

وعليه فإنّ الأمر الصادر من رئيس المحكمة والذي يتضمّن تغيير لقب القاصر المكفول يبعث إلى ضابط الحالة المدنية كما رأينا سابقا من أجل تنفيذه، ويتم ذلك بتغيير الاسم الممنوح للقاصر مجهول النسب وإلحاقه بلقب الكافل وبالنسبة لمجهول الأب فقط فيغيّر لقب الأم ويوقع مكانه لقب الكافل وذلك على هامش عقد ميلاد القاصر.

---

[1]- Younsi haddad nadia, la kafala en droit Algérien, R.A.S.J.E.P., 1999, N° 4. P.34

[2] - أنظر الملحق رقم (10)، ص.88.

[3]- علال أمال، مرجع سابق، ص. 119.

[4]- تنص المادة 29 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية".

الفرع الثالث

النتائج المترتبة على حمل المكفول اسم الكافل وفقا للمرسوم التنفيذي رقم92-24

نصّ المرسوم التنفيذي المتعلق بمطابقة لقب الكافل للقب المكفول على إمكانية إلحاق المكفول بلقب الكافل وذلك إذا ما توفّرت الشروط السالفة الذكر وبإتباع الإجراءات التي تمّ الإشارة إليها سابقا، لكن هذا المرسوم لم يمنح أي حقوق أخرى للمكفول، كحقه في الميراث مثلا، هذا ما يثير عدّة تساؤلات عن النتائج التي يمكن أن تترتب نتيجة تغيير لقب المكفول وهي:

1-بالنسبة لتبرّعات الكافل

إنّ حمل المكفول اسم الكافل لا يرتب حق التوارث بينهما كون أنّ اسم الكافل يعتبر اضافي إذ يشار إليه في الهامش مما يثبت بأن الطرفين أجنبيان عن بعضهما البعض وبالتالي لا ينسب المكفول للكافل فهو إذا ليس بتبني فتبقى موانع التوارث قائمة، لكن لا يوجد أيّ مانع شرعي ولا قانوني يمنع الكافل من هبة أمواله إلى المكفول كون أنّ الهبة اختيارية وهي مستحبة في ديننا الحنيف وعليه لا يمكن للورثة الاعتراض على ذلك إلّا إذا تجاوزت الثلث وهذا ما نصت عليه المادة **123** قانون الأسرة.

وما يمكن ملاحظته هو أنّ الوصية لأجنبي إذا زادت عن الثلث لا تكون نافذة في حق الورثة إلاّ إذا أجازوها وهذا ما ورد في نص المادة **185** من قانون الأسرة وهذا هو الصواب كونه يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية ويتطابق مع مقتضيات المادة **123**، لكن الغريب في الأمر هو أنّ المشرّع سوّى في المادة الأخيرة بين هبة ووصية الكافل للمكفول وجعلها في حدود الثلث وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة، لكنّنا نرى بأنّ المادة **123** متناقضة مع المادة **205** من نفس القانون فيما يخص الهبة كون أنّ المادة الأخيرة لا تقيّد الهبة بالثلث [1]، وبالتالي لا يمكن تقييد الهبة بالثلث إلاّ إذا أخذت حكم الوصية وذلك في حالتين هما: الهبة في مرض الموت والهبة مع الاحتفاظ بالحيازة[2].

---

[1]- تنص المادة على أنّه:" يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير".

[2]. محمدي زواوي فريدة، مرجع سابق، ص. 72- 73.

2-ميراث الكافل من المكفول

إذا كان المكفول لقيطا فإنّ جمهور الفقهاء يعتبرونه حرّ الأصل لا ولاء عليه إنّما يرثه المسلمون كونهم يرثون مال من لا وارث له، وعليه فإذا مات ولم يعرف له وارث فتركته لبيت المال[1]، وذلك راجع إلى أنّ نفقته تكون واجبة على بيت مال المسلمين، فيرتب له منه مقدار حاجته من طعام وكسوة[2]، وبالتالي إذا مات فتركته تكون لبيت المال، لكن استثناء يمكن أن يرثه من التقطه باعتباره هو من أنفق عليه، فإذا مات دون وارث، فالكافل أولى بهذه الأموال من الدولة باعتبار أنّ هذه الأموال أمواله في الأصل[3]، لأنّه أثناء تكفله به كان هو من ينفق عليه من أمواله الخاصة كتبرّع عليه، ففي حالة وفاته وتركه لأمواله فتكون من حق الكافل.

3-بالنسبة لموانع الزواج

يعتبر الكافل ولي المكفول وهذه الولاية تتدرج ضمنها أيضا ولاية الزواج فالمكفول هنا حسب ما جاء في المرسوم يحمل لقب الشخص الذي كفله، لكن هذا لا يخرجها من مضمون الكفالة بحيث يضل ظاهرا في سجل الميلاد أنّ علاقة القرابة منعدمة بينهما لذا كان على المشرّع مراعاة أنّ الكفالة لا تعتبر مانع من موانع الزواج سواء الدائمة منها أو المؤقتة، وبالتالي كان يجدر على المشرّع حماية المكفول أكثر في مجتمعنا إذ قد يرغم المكفول في الزواج من أحد أقارب الكافل خاصة إذا كان المكفول أنثى فقد تجبر على مثل هذا الزواج أو حتى على الكافل نفسه، على الرّغم من أنّ الشريعة تبيح هذا الزواج لكن حماية أكثر للمكفول كان على المشرّع أن يجعل القاضي وليا له في مثل هذه الحالة لأنّه يمكن للمكفولة أن تقبل الزواج خوفا فقط من عواقب رفضها كتخلي الكافل عن كفالتها هذا ما يدفعها لقبول هذا الزواج كرّها. ولهذا كان على المشرّع أن يضمن حماية أكثر للمكفول وذلك باضافة مواد أخرى توفّر هذه الحماية لهم وذلك تفاديا لأن يكونوا ضحايا المجتمع مرّتين فلا بد إذن من اشتراط موافقة القاضي على زواجها في مثل هذه الحالات[4].

---

[1]- رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص. 375.

[2]- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص. 400.

[3]- محمدي زواوي فريدة، مرجع سابق، ص. 74.

[4]- محمدي زواوي فريدة، مرجع سابق، ص. 75.

خاتمة

بعد دراستنا لهذا الموضوع ومحاولتنا الإلمام بجميع جوانبه نستنتج أنّ نظام التبني يشترك مع نظام الكفالة في كون أنّ كلاهما ينصبّان على القاصر كما قد ينصبّان على شخص ويهدفان إلى رعايته وحمايته ويضعانه في نفس مرتبة الابن الشرعي مما يخوّل للمتبني أو الكافل الولاية التامة على نفس ومال القاصر إلاّ أنّ هذا الإتفاق والتشابه بين هذين النظامين لا ينفي الفرق الموجود بينهما، فالكفالة نظام مختلف تماما عن التبني كون أنّ هذا الأخير ينشئ النسب كما يعطي للقاصر الحق في الإرث، الأمر الذي لانجده في الكفالة بحيث لا تمنح للمكفول الحق في النسب ولا في الإرث بل تجيز للكافل التبرّع للقاصر المكفول من أمواله بشرط أن لايتعدى الثلث، كما أنّ الكفالة تنتهي بقوة القانون عند بلوغ القاصر سن الرشد القانوني أو عن طريق القضاء؛ أمّا التبني ينتهي بحكم قضائي فقط مراعاة لمصلحة الطفل.

والجدير بالذكر أنّ هذا الفرق يختلف من الناحية القانونية من دولة إلى أخرى حسب نظامها القانوني المتبع في تشريعها الداخلي وذلك فيما إذا كان يسمح بالتبني أو الكفالة أو بكلاهما معاً لأنّه هناك من الدول كما أسلفنا الذكر من يأخذ بنظام التبني كالقانون الفرنسي مثلا، وهناك من أخذ بالنظامين ونجد في ذلك القانون التونسي تحقيقا حسبهم للمصلحة الفضلى للطفل، في حين نجد بعض الدول منعت التبني وأعطت له بديل يتمثل في الكفالة مثل الجزائر التي منعته شرعا وقانونا، ولكن رغم منعه لهذا الأخير صراحة إلاّ أنّه صادق على العديد من الاتفاقيات ومنها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة **1989** التي نصّت في المادتين20 و 21 على التبني وبديله الكفالة وعملا بأحكام هذه الاتفاقية أجاز المشرّع الجزائري للقاضي الداخلي عندما يكون أحد أطراف العلاقة أجنبيا موجود على الإقليم الوطني بتطبيق التبني على الأفراد الأجنبية لكن هذا لا يعني السماح كذلك للجزائريين بالتبني بل يقتصر فقط على الأجانب.

وعليه فإنّ المشرّع الجزائري تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية منع التبني وأقرّ نظام الكفالة كطريقة قانونية للقيام بولد قاصر وتربيته سواءً كان معلوم النسب أو مجهوله والقيام بجميع شؤونه من تربية ورعاية ونفقة بالإضافة إلى منح لقب عائلي للقاصر المكفول مجهول النسب من الأب بموجب المرسوم التنفيذي رقم **92-24** المتعلق بمطابقة لقب الكافل بالمكفول ، الذي كان يهدف

إلى حماية هؤلاء الأبرياء ودمجهم في المجتمع لكي لا يشعروا بنوع من التهميش وتفادي نظرة المجتمع إليهم نظرة احتقار وعدوانية رغم عدم إرتكابهم أيّ ذنب .

ولهذا أصدر المشرّع هذا المرسوم لضمان حسن تنشئة الطفل وحمايته داخل المجتمع دون المساس بحقوق الغير عملا بأحكام الشريعة الإسلامية لاسيما اختلاط الأنساب حيث يعتبر مكملا لأحكام الكفالة فهو إذن كفالة أكثر مما هو تبني ما يفيد بذلك أنّه لا يعارض أحكام التشريع الجزائري ولا أحكام الشريعة الإسلامية كونه لا ينشئ النسب الذي هو ناشئ عن رابطة الدّم بل ينصب فقط على إلحاق لقب المكفول بلقب الكافل كي يسهّل ادماج هذه الفئة في المجتمع مثلهم مثل الأبناء الشرعيين ، كما أنّه يظهر على شهادة ميلاد الطفل المكفول أنّه ليس ابن صلبي للكافل بحيث يكتب عليه كلمة "مولى" أو "مكفول" هذا ما يجعله أجنبيا عن العائلة الكافلة رغم حمله للقب الكافل، وليس له الحق في الميراث مثل الأبناء الصلبيين للكافل، ولكن ما يعاب على هذا المرسوم أنّه لو سلّمنا بأنّ المكفول يكتسب لقب الكافل ويكتب في الهامش عبارة مكفول فماذا يكتب على وثائق أبنائه هل يحتفظون بلقب أبيهم علما أنّه قد اكتسبه عن طريق الكفالة؟ وهل يجب التأشير كذلك على عقودهم أنّ أباهم مكفول؟

وعليه يمكن القول أنّ المرسوم التنفيذي رقم **92-24** المتعلق بتغيير لقب المكفول لمطابقته للقب الكافل ليس فيه شيئ من التبني بل يبقى دائما في إطار الكفالة فهو متمم لأحكامها لأنّه لو نظرنا إلى الأثار المترتبة عن منح لقب عائلي للقاصر المكفول نجدها تختلف تمام الإختلاف عن الأثار المترتبة عن التبني كون أنّ هذا الأخير يرتب للطفل المتبنى الحق في النسب والإرث مثله مثل الابن الصلبي وهذا ما لا نجده في الكفالة كونه يقتصر فقط على منح اللقب.

وما نلاحظه من خلال دراستنا أنّ أحكام الكفالة اتّسمت بالعمومية وعدم التفصيل فهي تعاني من نقص كبير بحيث كان من الأجدر بالمشرّع الجزائري إدراج مواد أخرى ضمن قانون الأسرة تسد هذه الثغرات وتفك الإبهام والغموض على هذه المواد خاصة فيما يتعلق بالشروط الواجبة على الكافل فلم يورد أيّ نص يتضمن ضرورة موافقة زوجة الكافل عليها، كذلك اجراءات تسليم الطفل المكفول وكذلك عدم النص على الفارق في السّن بين الكافل والمكفول، كما كان على المشرّع النص على أنّ انتقال الكفالة إلى الورثة يجب أن يكون أمام الجهات القضائية.

بالإضافة إلى هذا كان يجدر بالمشرّع الجزائري بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم **92-24** المتعلّق بتغيير اللقب أن ينص على أنّه من بين الآثار المترتبة على الكفالة امكانية تغيير لقب المكفول، وما يعاب عليه أيضا أنّه لم يحدد الطبيعة القانونية للّقب الممنوح للمكفول أي هل يعتبر حق شخصي أو حق استعمال.

كذلك النص على مسؤولية الكافل تجاه المكفول ضمن أحكام القانون المدني، وأكثر من ذلك كان على المشرّع أن ينص على امكانية الكفالة من طرف الشخص المعنوي ضمن أحكام الكفالة وذلك لما لهذه الأخيرة من أهمية ودور فعّال في رعاية هؤلاء الأطفال وتربيتهم والإحسان إليهم فهي تعتبر في الكثير من الأحيان الحل الأمثل للقضاء على ظاهرة التشرّد وحماية الحقوق الشرعية للّقطاء في حالة عدم وجود أسر تكفلهم.

لهذا نقترح على المشرّع الجزائري أن يتدارك الأمر ويحاول إضافة بعض المواد المتعلقة بالكفالة وخاصة بالنسبة لتصرفات الكافل فهي بعيدة عن رقابة القضاء وذلك من أجل حماية أكثر للطفل المكفول.

الملاحق

المحق رقم(1)

المرسوم التنفيذي رقم 92-24 يتعلق بتغيير اللّقب

الملحق رقم (2)

نموذج عن عقد الكفالة أمام القاضي

الملحق رقم (3)

نموذج عن عقد الكفالة أمام الموثق

الملحق رقم (4)

نموذج عن عقد الكفالة أمام الموثق

يتضمن التكفل بشخص مُسِن

الملحق رقم (5)

نموذج عن محضر التخلي

الملحق رقم (6)

نموذج عن شهادة طبية للولادة

(إعلان الولادة)

الملحق رقم (7)

نموذج عن شهادة إعلان عن ولادة

الملحق رقم (8)

نموذج عن جدول الإرسال

الملحق رقم (09)

أمر بمنح لقب عائلي

الملحق رقم (10)

عريضة لمنح لقب عائلي

الملحق رقم (11)

نموذج عن شهادة ميلاد طفل تمّ تغيير لقبه

الملحق رقم (12)

مخطط يبين وضعية الأطفال في دار الطفولة المسعفة لولاية بجاية لسنة 2013

الملحق رقم (13)

نموذج عن شهادة الوضع

الملحق رقم (14)

نموذج عن قرار الوضع

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أوّلا: باللّغة العربية

1- الكتب

1- أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، الجزء الأول، توزيع دار الكتب العلمية، بيروت، 1991.

2- أبي محمد عبد الملك بن هشام المعافريّ، السيرة النبوية، دار الغدا الجديد للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2002.

3- أبي عبد الله البخاري، صحيح البخاري، دار صادر، لبنان، دون سنة نشر.

4- أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.

5- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الإصطناعي بين أقوال الأطباء وأراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.

6- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

7- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

8- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد(وفق آخر التعديلات ومدّعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.

9- _____، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني: الميراث والوصية، ،الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

10-_____، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأوّل: الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

11-_____، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

12 –بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري: دراسة مقارنة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

13–جميل محمد فخري جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الجامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

14– حجاب حفيد، الموسوعة الفقهية، الجزء السابع عشر، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1990.

15–حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

16–حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية:أحكام عقد الزواج، المجلد الثاني، مطبعة سامي للطباعة الأوفست والماستر، مصر، 1997.

17– حمدي كمال، المواريث والهبة والوصية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1998.

18–رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

19–سمير عبد السيد تناغو، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2001.

20–صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون: بحث مقارن، الشركة الوطنية للتوزيع، بيروت، 1976.

21–عبد الحميد جياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما: دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، ليبيا، 2009.

22–عبد الرحمان بن الناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنّان، دار الحزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2003.

23– عبد اللّطيف محمد عامر، التبني بين التاريخ والشرائع، الهيئة المصرية العامة للكتاب القاهرة، مصر، 2008.

24–عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين: دراسة تحليلية نقدية لظهير 13 يونيو 2002 على ضوء أحكام مدونة الأسرة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2008.

25- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.

26- عرفان العش، حسوني الرمشقي، مسائل الزواج، الطلاق، الحضانة، الرضاع، تربية الأولاد، أنكحة محرّمة، مسائل الأنكحة، الجزء السابع، دار الفكر للنشر والتوزيع، بيروت، 2010.

27- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005.

28- عمر محمد السبيل، أحكام الطفل اللّقيط: دراسة فقهية مقارنة، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، 2005.

29- غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

30- فتحي حسن مصطفى، دعاوي الطلاق والنفقة للمسلمين وغير المسلمين، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1991.

31- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأوّل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

32- محمد كمال الدين إمام، جابر الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2003.

33- محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999.

34- محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1999.

35- محمد مصطفى شلبي، أحام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دون بلد النشر،1983.

36- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للتوزيع والنشر بالقاهرة، مصر، دون سنة نشر.

37- منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

38- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته: الأحوال الشخصية، الجزء السابع، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1985.

39- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار المطبعة، الجزائر، 2002.

40- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية بالقاهرة، مصر، 1987.

2- الأطروحات والمذكرات

أ-الأطروحات

1- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.

ب-المذكرات

1- بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

2- تسنيم "محمد جمال" حسن استيتي، حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2007.

3- علال أمال، التبني والكفالة: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

4- أنارس لينة وعلام كريمة، الكفالة: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

5- بليل صبرينة وشعلال نعيمة، عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2013.

6- لعرج إبراهيم وآخرون، أحكام كفالة القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2009.

7- بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، الجزائر، 2004.

8- طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابع عشر، الجزائر، 2006.

3- المقالات

1- أسامة الحموي، التبني ومشكلة اللّقطاء وأسباب ثبوت النسب: دراسة فقهية إجتماعية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد الثالث والعشرون، العدد الثاني، سوريا، 2007، ص.ص. 511-534.

2- أيت منصور كمال، التبني ومشكلة الإنفصال الجسماني، المجلة الأكادمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد الثاني، 2010، ص.ص.151-156.

3- بويزري سعيد، التبني والمرسوم التنفيذي الأخير، مجلد الإرشاد، العدد العاشر، 1992، ص.ص. 42-43.

4- محمدي زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم رقم 92-24 المتعلق بتغيير اللّقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2000، ص.ص. 69-77.

5- مروك نصر الدين، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، رقم 04، الجزائر، 1999، ص.ص. 09-63.

6- شادية الصادق الحسن، حكم التبني في الإسلام، دورية العلوم والبحوث الإسلامية، العدد الرابع، السودان، 2012، ص.ص. 02-10.

7- خلوفي بشير، التبني والكفالة، نقلا عن موقع:
http://www.startimes.com/?t=28000482

4-النصوص القانونية

I. الدستور

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996م، صادر بموجب مرسوم رئاسي ر. 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417هـ، موافق ل07 ديسمبر 1996م، ج.ر.ج.د.ش، ع. 76مؤرخة في08 ديسمبر 1996م، معدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في27 محرم 1423هـ الموافق ل 10 أبريل 2002م، ج.ر.ج.د.ش، ع. 25، مؤرخة في 14 أبريل2002م، وبالقانون

رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر2008م، ج.ر.ج.د.ش، ع. 63 مؤرخة في 16 نوفمبر2008م.

II. الإتفاقيات الدولية

- مرسوم رئاسي رقم 92-461 مؤرخ في 24 جمادى الثاني 1413هـ، الموافق ل19 ديسمبر 1992م، يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسبرية على إتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989م، ج.ر.ج.د.ش، ع. 91. مؤرخة في 28جمادى الثاني عن 1413هـ، الموافق ل23 ديسمبر1999م.

III. النصوص التشريعية

1- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ، الموافق ل09 يونيو سنة 1984م، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج. ر.ج، د. ش، ع 31، مؤرخة في 31 جويلية 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ، الموافق ل27 فبراير 2005م، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع.15، مؤرخة في 27 فبراير 2008م.

2-قانون رقم 75-58 مؤرخ في20 رمضان عام 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني ج.ر. ع.78 مؤرخة في 30-09-1975م، معدل ومتمم بالأمر 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005م، ج.ر. ع. 44 الصادرة في 26 جوان 2006م، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05، مؤرخ في 13 مايو سنة 2007م، ج.ر. ع. 31 مؤرخة في 13 مايو 2007م.

3-قانون 08- 09، المؤرخ في 18 صفر عام 1924هـ، الموافق ل 25 فبراير سنة 2008م، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع. 21 المؤرخة في 17 ربيع الأول عام 1924 هـ، الموافق ل23 أبريل سنة 2008م.

4-أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ، موافق ل 08 يونيو سنة1966م، يتضمّن قانون العقوبات، ج. ر.ج.ج.د.ش، ع. 49 لسنة 1966م، معدل ومتمم بالقانون 11-14 ، مؤرخ في 02 أوت 2011م، ج.ر. ج.ج.د.ش. عدد 44، صادر في 10 أوت 2011م، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-01 مؤرخ 04 ربيع الثاني عام 1435هـ، الموافق ل 04 فبراير2014 ج.ر.ج.ج.د.ش.ع.07 مؤرخة في 16 فبراير سنة 2014م.

5-أمررقم70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة1970م، يتضمن قانون الجنسية، ج.ر. ع.105، مؤرخة بتاريخ 18-12-1970م، معدل والمتمم بالأمر رقم 05-01، المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ، الموافق ل27فبراير سنة 2005، ج. ر. ع.15 مؤرخة في 27-02-2005م.

6-أمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1379هـ، الموافق 19 فبراير سنة 1970م، يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر. ع. 21، مؤرخة في 27-فيفري 1970م.

IV. النصوص التنظيمية

1- مرسوم تنفيذي رقم 92-24 مؤرخ في 08 رجب عام 1412هـ، الموافق 13 يناير سنة 1992م، يتمم المرسوم رقم 71-157، المؤرخ في 03 يونيو لسنة 1971م، المتعلق بتغيير اللّقب ج. ر. ج .ج، ع. 05، 22 يناير 1992م.

5-القوانين المقارنة

1-قانون عدد 27لسنة1958، مؤرخ في 04 مارس1958م، (12 شعبان 1377هـ)، يتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، تونس.

2-القانون رقم1.93.165، الصادر في 22 من ربيع الأول 1414هـ، الموافق ل 10 سبتمبر 1993م المتعلق بالأطفال المهملين بالمغرب.

3- ظهير شريف رقم 1.02.172 الصادر في فاتح ربيع الأخير 1423هـ(13 يونيو 2013) بتنفيذ القانون رقم 01-05 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بالمغرب.

6-القرارات القضائية والوثائق

1-المحكمة العليا، غ، أ، ش، ملف رقم 234949، قرار بتاريخ 2000/01/18م، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، لسنة 2000م.

2-المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 103232، قرار بتاريخ 1995/05/02م، المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 2000م.

3- دليل الكفالة، وزارة العمل والحماية الإجتماعية.

7-القواميس والمعاجم

1- خليل الجر، المعجم العربي الحديث، مكتبة لاروس، باريس، 1972.

2- محمودالمسعدي، القاموس الجديد للطلاب، معجم عربي مدرسي ألفبائي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.

3- محي الدين صابر، المعجم العربي الأساسي، المنظم العربية للتربية والثقافة والعلوم، دون بلد نشر، دون سنة نشر.

ثانيا: باللّغة الفرنسية

A)- Ouvrages

1-Ghaouti Benmelha, le droit Algerien de la famille, Office des publications universitaires, Alger, 1993.

2-Gregory Derville, Guellemette Rabincisty, la protection de l'enfant, 2eme edition, Donod, paris, 2011.

3- François Terré et et Dominique Fenouille ,droit civil: les personnes, la famille, les incapacités, 6eme edition, Dalloz , Paris, 1996 .

b)-Articles

1- Dendani Daouia, Droit de Filiation « Adoption et Kafala », Revue Algerienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, n°01, 1993.

2- Nadia Ait Zai, La kafala en droit algérien, Revue Algerienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, n° 01, 1993.

3- Younsi Haddad Nadia, la kafala en droit Algérien, Revue Algerienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, N° 04,1999.

c)-Codes

8- Méga code civil, annotations extraites des bases de données juridiques, edition dalloz, 2001

المواقع الإلكترونية

- مطابقة لقب الكفيل بالمكفول/2012/01/16 http://dzfordz.wordpress.com
- كيفية تغيير اللقب العائلي /2011/10/27 http://dzjob.forumn.org/t131-topic

الفهرس

العناوين **الصفحة**

مقدمة..... 01

الفصل الأول: المرسوم التنفيذي رقم 92-24 وأحكام التبني..... 04

المبحث الأول: مفهوم نظام التبني..... 05

المطلب الأول: تعريف التبني..... 05

الفرع الأول: التعريف اللّغوي..... 05

الفرع الثاني: التعريف الإصطلاحي.....06

المطلب الثاني: خصائص التبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له..... 07

الفرع الأول: خصائص التبني..... 07

الفرع الثاني: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له..... 08

أولا: التبني والإقرار بالنسب..... 08

ثانيا: التبني والحضانة.....10

ثالثا: التبني والبنوة الناتجة عن التلقيح الإصطناعي.....11

المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية من التبني..... 12

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التبني..... 13

أولا: التحريم بالكتاب..... 13

ثانيا: التحريم بالسنة..... 15

الفرع الثاني: موقف بعض القوانين الوضعية من التبني..... 18

أولا: القانون التونسي.....18

ثانيا: القانون الفرنسي.....19

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من التبني ومركز المرسوم التنفيذي رقم 92-24..... 22

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من التبني.....22
الفرع الأول: نظام التبني في الجزائر.....23
أوّلا: منع التبني 23
ثانيا: مركز المادة 13مكرر 1 من القانون المدني من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة..25
الفرع الثاني: التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة الجزائية المقررة له.....26
أوّلا: التكييف الجزائي لفعل التبني.....27
ثانيا: العقوبة المقررة لفاعل التبني.....28
الفرع الثالث: الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989.....29
المطلب الثاني: التكييف القانوني للمرسوم التنفيذي رقم 92-24.....30
الفرع الأول: مضمون المرسوم التنفيذي رقم 92-24.....31
الفرع الثاني: مدى توافق أحكام المرسوم التنفيذي 92-24 وأحكام الكفالة.....32
الفرع الثالث: تناقض المرسوم التنفيذي 92-24 وأحكام التشريع الجزائري.....33
الفصل الثاني: المرسوم التنفيذي 92-24 وأحكام الكفالة.....35
المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة.....36
المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة.....36
الفرع الأول: التعريف اللّغوي 36
الفرع الثاني: التعريف الإصطلاحي.....37
المطلب الثاني: خصائص عقد الكفالة وشروطها..... 38
الفرع الأول: خصائص عقد الكفالة..... 38
الفرع الثاني: شروط عقد الكفالة.....39
أوّلا: الشروط المتعلقة بالكافل.....39
1- شرط الإسلام.....39
2-شرط العقل.....40
3-شرط القدرة.....41
ثانيا: الشروط المتعلقة بالمكفول.....41
المطلب الثالث: اجراءات عقد الكفالة.....45

الفرع الأول: المرحلة التمهيدية 45
المرحلة الأولى: تكون على مستوى المستشفى.....46
المرحلة الثانية: تكون على مستوى مديرية النشاط الإجتماعي..... 47
الفرع الثاني: المرحلة القضائية.....48
أوّلا: بالنسبة لملف معلوم النسب.....49
1- من جهة والدي المكفول.....49
2-من جهة الكافل.....49
ثانيا: بالنسبة لملف مجهول النسب..... 49
المبحث الثاني: أحكام عقد الكفالة وعلاقته بالمرسوم التنفيذي رقم 92- 24..... 50
المطلب الأول: أحكام عقد الكفالة..... 50
الفرع الأول: آثار عقد الكفالة.....51
أوّلا: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل.....51
1- النفقة.....51
2-القدرة.....53
3-التربية والعناية بالمكفول.....53
4-ولاية النكاح..... 54
ثانيا: آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول.....57
1-احتفاظ المكفول بنسبه.....57
2-امكانية عودة المكفول إلى والديه الأصليين.....59
3-جواز الوصية أو الهبة للمكفول.....59
الفرع الثاني: إنفضاء عقد الكفالة 62
أوّلا: الأسباب العامة 62
1-وفاة أحد طرفي عقد الكفالة.....62
2-تخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118من قانون الأسرة.....63
ثانيا: الأسباب الخاصة.....64
1-انقضاء عقد الكفالة بطلب والدي المكفول.....65

2-التخلى عن الكفالة.....66
المطلب الثاني: علاقة المرسوم التنفيذي رقم 92-24 بالكفالة 67
الفرع الأول: مدى توافق المرسوم التنفيذي 92-24 وأحكام الكفالة 68
الفرع الثاني: إمكانية تغيير لقب المكفول مجهول الأب.....69
الفرع الثالث: النتائج المترتبة عن حمل المكفول اسم الكافل..... 72
1-بالنسبة لتبرعات الكافل..... 73
2-ميراث الكافل من المكفول..... 74
3-بالنسبة لموانع الزواج.....74
خاتمة.....75
الملاحق.....78
قائمة المراجع.....94
الفهرس.....103