التبني والكفالة بين الشريعة و القانون

مقدمة:

الانسان هو محور الكون الذي تدور حوله كل الأشياء والمسخرة له في كل الأزمان والأمكنة، حيث يعتبر آية من آيات الله العظمى، الذي خلقه في أحسن صورة لقوله تعالى: "لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم"[1]، و كرمه الله و اصطفاه من بين سائر الكائنات، فجعله خليفة له في الأرض من خلال المحافظة على بناء النوع البشري و مراعاة النفس من جانب الوجود و ذلك عن طريق التوالد والتناسل بالزواج لقوله سبحانه و تعالى:" و الله خلقكم من تراب ثم من نطفة ثم جعلكم أزواجا..."[2] و أكد على الهدف من الزواج بقوله عليه الصلاة والسلام:" تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة."

وعليه حظيت الأسرة باهتمام خاص من الشرائع السماوية والقوانين الوضعية باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع البنية الأساسية لتطوره وتماسكه وصلاحه فهي المدرسة الأولى التي حرص القرآ ن والسنة على وضع المبادئ السامية التي تجعل من البناء الأسري في غاية الاحكام.

وباعتبار أن الأطفال هي ثمرة عقد الزواج، ولأن من مقاصد الأسرة احصان الزوجين في المحافظة على الأنساب، فإننا نجد أن هذه الآثار غالبا مالا تتحقق ويكون ذلك لأسباب تدخل في حكمة الله سبحانه وتعالى، فتحرم الأسرة من وجود طفل أو وجود ظروف لا تناسب عيش الطفل في تلك الأسرة، ماساهم في بروز وظهور عادات وتصرفات مرتبطة بالجهل وعدم الادراك من بينها ظاهرة التبني التي كانت عادة جارية في الجاهلية واستمرت حتى صدر الإسلام، فكانت متأصلة في جذور المجتمعات سواء العربية القديمة وحتى الغربية(حاليا) غير أن الاسلام أبطل هذه العادة ابطالا لا رجعة فيه لما فيه من تزييف للوقائع واختلاط في الأنساب واعتداء على الأصول، وطمس لمعالم الأسرة الحقيقية، غير أن الشريعة الاسلامية شريعة سمحاء وباعتبار أن الطفل يولد لذنب ليس ذنبه كأنه ابن

[1] سورة التين، الآية رقم 04.

[2] سورة يس، الآية رقم 11.

زنا أو مجهول النسب أو أن والديه غير قادريين على تربيته ورعايته،فهو يحتاج لحنان الأسرة ورعاية خاصة،فان الاسلام أعطى بديلا للتبني تتمثل في نظام الكفالة الذي لايترتب أي آثار سلبية على الأسرة بل يساعد في ايجاد حلول للصعوبات التي تواجه الأطفال القصر المحرومين،فهو نظام أقره المشرع الجزائري الذي أبطل هو الآخر التبني وذلك للظروف التي طفت على المجتمع الجزائري أنذاك من عشرية سوداء وسوء الظروف المعيشية.

فهذه الأسباب والدوافع التي من خلالها وقع اختياري على موضوع التبني والكفالة الذي ظهر لي في بادئ الأمر أنه موضوع سهل الى أن تبين لي العكس باعتباره موضوع يعنى بشريحة حساسة من المجتمع والأسرة وهم الأطفال في محاولة لايجاد حلول وظروف معيشية والقدرة على الاندماج أكثر في ظل الحرمان الذي يعانوه.

فالدافع من وراء هذا البحث هو ملاحظة ماكان متفشيا في أغلب الأسر القديمة ومايزال خاصة ماينتابها من توترات في ظل ماأوصت به التعاليم القرآنية والتوجيهات النبوية،وتكمن أهمية هذا الموضوع في دحض أي سوء فهم حول أن التبني مشابه للكفالة ومحاولة تبيان الفرق بينهما والمميزات التي تتمتع بها الكفالة عكس التبني الذي له مساوئ أكثر من غايته النبيلة لأن فيه كذب وافتراء على الحقيقة الواقعية،فهو يرتب آثار لاتترتب الا على البنوة الأصلية في العلاقة الزوجية الصحيحة،من نسب ولقب عائلي وحرمة مصاهرة،فانه يرتب عداوات وأحقاد في حالة الميراث كالابن الأصلي مايجعل غريبا عن الأسرة يأخذ مثله مثل الأصل أو الفرع.

كما تبرز أهمية بحثنا في التطرق الى نظام الكفالة الذي هو أحسن بديل للتبني شرعا و قانونا فهو يضمن تمتع الطفل القاصر المحروم من الرعاية والتربية ووضعه موضع الابن، فلايرثه الا بالهبة أو الوصية وفي حدود الثلث،ولايتم منح اللقب وتغييره الا في الحالات الخاصة المحددة قانونا، فهو نظام يجمع بين غايته النبيلة في ادخال الطفل مظلة الأسرة المحروم منها وجعله يغيث بدون أي نقص أو حرج يذكر في حالة جهل الوالدين الأصليين.

وهذا مايقودنا الى طرح الاستفسار وطرح بعض التساؤلات حولكل من نظام التبني والكفالة وهي كلآتي:

1) مالمقصود بالتبني كمصطلح؟ وكيف تم ظهوره عند مختلف الشعوب.

2) ماهي النظرة والموقف المأخوذ من نظام التبني في الشرائع والقوانين الوضعية؟

3) مامدى توافق المشرع الجزائري مع هذا النظام في ظل الابطال الشرعي له في الاسلام

4) ماهي التعاريف التي صنفت الكفالة كعقد؟وماهي اجراءات انعقاده والآثار التي تنتج عنه

5) كيف عالج المشرع الجزائري نظام الكفالة قانونا وفي ظل المرسوم التنفيذي رقم **24/92**؟

وقد تم الاعتماد في هذا البحث على مراجع ومصادر للعديد من الفقهاء والكتاب أمثال الدكتور يوسف القرضاوي، والأستاذ بدران أبو العينين بدران، الأستاذ أحمد حمد و الأستاذ محمد صبحي نجم والأستاذ محمد المصطفى والأستاذ الامام محمد أبو زهرة، اضافة كتاب لعبد السلام الدويني، وآخر للأستاذ رمضان علي السيد الشرنباصي كما اعتمدت على كتاب الغوثي بن ملحة والأستاذ عبد العزيز سعد وكذلك الاعتماد على عدة مقالات من بينها للكاتب رضا بسيوني و عزه الشموخي و محمدي زواوي فريدة و كذلك هرادة عبد الكريم ولاننسى مذكرات تخرج كانت بمثابة الطريق الذي أمشي عليه كمذكرة الطالب القاضي خلوفي البشير وبوعشقة عقيلة كذلك وكاملي مراد.

كما تم الاعتماد على النصوص القانونية في عدة قوانين كالقانون المدني وقانون الأسرة وقانون العقوبات و قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائرية، و كذلك المرسوم التنفيذي 24/92 المعدل والمتمم للمرسوم 71/175 كما كان موضوع البحث مناقشا قبلا في اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدنا عليها كمرجع.

التبني والكفالة بين الشريعة و القانون

ورغم مايتميز به هذا الموضوع من أنه ذو طابع انساني تعرضت له الشريعة الاسلامية بكامل الدقة و الوضوح بين الابطال فيما يخص التبني و الحل بالنسبة لنظام الكفالة، غير أن الواقع الذي اصطدمت به أن التبني كموضوع مناقش في الكتب أكثر من الكفالة فالتبني تم فيه الاستناد الى الاسلام كمصدر أساسي و اعادة صياغة لما جاء به هذا الأخير فقط، كما تعرضت له العديد من الاتفاقيات في الدول التي تبيحه وتقره، فلم أجد مصادر تعنى بالجهة القانونية كنظام التبني في الدول التي تحرمه وتمنعه شرعا كالجزائر فالمصادر و المراجع في هذا الشأن كانت قليلة غير وافية في الشرح.

أما في المصادر والكتب في موضوع الكفالة فحدث و لا حرج حيث كانت شحيحة و قليلة جدا، وكانت اكبرالصعوبات في عدم الحصول على وثائق حول التبني والكفالة من المحاكم والجهات المختصة بسبب ماكان يقال لي بأنها أسرار خاصة...وكأني بها فاضحة.

كما تجلت الصعوبات التي صادفتني في استعارة الكتب من المكتبات سواء مكتباتنا الداخلية أو الخارجية بالولايات المجاورة، فلولا وجود الانترنت لما استطعت أن أخطو خطوة واحدة في هذاالبحث المتواضع الذي لم أستطع أن أوفيه جميع جوانبه.

فكان المنهج المتبع والغالب على البحث هو التحليلي الوصفي، فقد ارتأيت أن أقسم بحثي هذا الى فصلين:

الفصل الأول يتضمن ماهية التبني.

الذي انقسم الى مبحثين: تناولت في المبحث الأول مفهوم التبني وتطوره وتميزه عن بعض الأنظمة المشابهة له.

أما المبحث الثاني تطرقنا فيه الى موقف الشرائع والمواثيق والقوانين من التبني

وأما الفصل الثاني تضمن ماهية الكفالة

الذي انقسم الى مبحثين:

المبحث الأول تطرقت الى مفهوم الكفالة وخصائصها واجراءات انعقادها.

المبحث الثاني تطرقت الى الكفالة في ظل المرسوم رقم **24/92** وانقضاؤها.

تطرقت أولا الى تعريف التبني لغة واصطلاحا لفهم معناه الذي يعيدنا الى نشأته التاريخية في الجاهلية وتطوره حتى صدر الاسلام، مامكنني من تمييزه عن بعض الأنظمة والمصطلحات المشابهة له ثم انتقلت لأبين موقف كل من الشرائع والمواثيق والقوانين الوضعية منه لنختتم ذلك بالتركيز على موقف المشرع الجزائري وكيفية ابطاله ومعاقبة فاعله.

ثم انتقلنا بعد ذلك لدراسة و فهم الكفالة بالتطرق الى تعريفها لغويا و اصطلاحا حتى تتضح لنا خصائصها، ثم بعد ذلك حاولنا ادراك شروط ممارسة الكفالة واجراءات انعقادها والآثار المترتبة في حالة التمتع بها.

كما تطرقت الى الكفالة في اطار المرسوم التنفيذي رقم **24/92** الذي جاء بالجديد من ناحية امكانية تغيير ومنح اللقب العائلي . ثم اختتمت بحثي هذا بأسباب انتهاء وانقضاء الكفالة.

الفصل الأول: ماهية التبني

المبحث الأول: مفهوم التبني وتطوره وتميزه عن بعض الأنظمة المشابهة له.

رغم تعدد تعريفات التبني والاهتمام الواسع الذي حظي به من طرف الفقهاء ودارسي القانون باختلاف مذاهبهم والموقف المتخذ منه بعض الدول والشرائع، الا أننا نجد أن مفهوم التبني لا يمكن أن يخرج عن اطار معنى واحد، ألا وهو اتخاذ ابن أو بنت الآخرين بمثابة الابن أو البنت من النسب الصحيح أو الأصيل ، فيضمه الى نسبه كولده الشرعي. كما أننا نجد أن التبني بهذا المفهوم يتشابه مع بعض المفاهيم القريبة منه كالحضانة والاقرار... وهذا ما سوف اتطرق اليه.

المطلب الأول: تعريف التبني.

ان للتبني معنيين أحدهما لغوي والآخر اصطلاحي: -

الفرع الأول: - التبني لغة:وهو كما يلي:

التبني على وزن' تفعل' ،من الابن وبالنسبة الى الأبناء فيقال تبنيته أي ادعيت بنوته، وتبناه اتخذه ابنا . فيقال تبني الصبي أو ادعى بنوته أو اتخذه ابنا.[1]

الفرع الثاني : -التبني اصطلاحا : وهنا تتعدد المفاهيم من حيث مضمونه أوغايته :

عرفه الأستاذ بدران أبو العينن بدران" بأنه استلحاق شخص معروف النسب الى أب أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذ ليس بولد حقيقي، كما يعتبر التبني تصرف قانوني منشئ لنسب يختلف في أحكامه عن النسب الحقيقي يثبت بنوة بحكم القانون".[2]

[1] ابن منظور : لسان العرب – المجلد الجديد- دار المعارف، سنة 2003، القاهرة، ص 133، التحيين في 19 ماي 2011.

[2] بدران أبو العينين بدران: حقوق الأولاد في الشريعة الاسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، الاسكندرية، سنة 1987 ، ص 41.

وعرفه الدكتور محمد صبحي نجم:" بالتبني هو أن يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه، وعرف أنه ليس ولده، فينتسب هذا المتبنى الى من تبناه ويكون له على هذا المتبني حقاق الولد، فالمتبني لايقول أن هذا الولد ابنه ومن صلبه ولكن أنزله منزلة ابنه والتزم له بحقوق الولد وقطع نسبه الى غيره." [1]

وعرفه الدكتورأحمد مصطفى:"هو أن يعطي شخص نسبه شخصا آخر ويستلحقه به مصرحا أن يتخذ ولدا مع أنه ليس منه وهي علاقة ثنائية تربط طرفين أحدهما هو الشخص الكبير سواءا أكان رجلا او امراة فيسمى بالمتبني، أما الخاضع لهذه العلاقة فيكون دائما الطفل ويسمى بالمتبنى سواءا أكان معلوم النسب او مجهول النسب أي لقيط. [2]

مما سبق من تعاريف نخلص الى أن التبني هوأن يتخذ الانسان ابن غيره، بمعنى ضمه الى نسبه واعطاءه حقوق البنوة مع علمه بأنه ليس بابنه الشرعي سواء تعلق الأمر بمعلوم النسب أو مجهول النسب، وذلك حسب الغاية التي دعت الى التبني، فقد تكون بدرجة أولى راجعة الى عدم القدرة على الانجاب أي العقم أو استحسانا ومحبة في نسب ولد معروف النسب(كالقرابة مثلا)، أولدوافع انسانية وهي رعاية طفل مجهول النسب أي اللقيط الذي لا عائلة له.

المطلب الثاني : نشأة التبني وتطوره .

ولأن التبني أحد اللصائق التي تلتصق بالنسب، اذ يتخذ المرء ابنا له من غير صلبه، فيكون هذا الابن ابنا بالدعوى لا بالحقيقة، بلفظ اللسان لا بسلالة الدم فلذلك نجد أن التبني موجود من القدم قدم وجود الانسان في الأرض، لكن بصورة مختلفة وأشكال تطورت عبر الزمن حسب طبيعة كل حضارة ومفهومها للانسانية،فهناك من كان يأخذ الطفل لاستعباده او لاعتقاده بأنه سوف يكون فأل خير

[1] محمد صبحي نجم : محاضرات في قانون الاسرة ، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، سنة 1999، ص 55.

[2] احمد مصطفى: في الاحوال الشخصية ،المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2008، ص 213.

عليه، كما يمكن أن يؤخذ الطفل لعائلة ذات صيت وذلك للمحافظة على سلالتها، وغيرها من الحالات التي يكون فيها مضمون التبني وغايته مختلفة من مكان الى آخر، ولذا سوف نبحث في شكل التبني قديما في الجاهلية كيف كان ولماذا كان يلجؤ اليه؟ ثم ابحث بعد ذلك في التبني بعد مجيء الاسلام وكيف عالجه ؟[1]

الفرع الأول: التبني في الجاهلية.

لقد عرف التبني عند مختلف الشعوب قديما والدافع اليه متعدد منها عدم وجود رب العائلة او لزيادة أفراد القبيلة[1] كما كان الحال بالنسبة للرومان الذين أجازه قانونهم حتى في حالة ثبوت نسب المتبنى من ابه الحقيقي. فنظام التبني في القانون الروماني كان بقصد تحقيق عدة أغراض منها أغراض دينية كتخليد اسم العائلة لايمانهم بعبادة الاسلاف.

ومنها ما هو سياسي كالرغبة في منح الجنسية الرومانية أو رفع درجة العامة الى درجة الشرف لتولي مناصب الحكم أو لمنح العامة لأحد الأثرياء أو لاختيار ورثة الحكم.[2]

وقد ورد في مجموعة جستنيان أن التبني جائز " فليس أولادنا من النسب هم وحدهم أولادنا الذين يكونون في ولايتنا ، بل لابد أن يدخل فيهم أيضا من اتخذناهم أولادنا بالتبني."

وقد وضع القانون الروماني للتبني شروطا معينة أهمها:أن يكون المتبني رجلا فقط فليس للمراة أن تتبنى طفلا لأن لا ولاية لها حتى على أولادها الحقيقيين كما اشترط وجود سن مقبول[3] يكون فارقا بين المتبني والمتبنى تتمثل في ثماني عشر سنة على الأقل ذلك لأن التنبي محاكاة للطبيعة، ومما يخالف الطبيعة أن يكون المتبنى أكبر من المتبني.

---

[1] يوسف القرضاوي – الحلال والحرام- الطبعة 22، مكتبة وهيبة للنشر، سنة 1997، القاهرة، ص 199.

[2] أحمد المصطفى – المرجع السابق- ص213.

[3] .محمد صبحي نجم – المرجع السابق- ص 57.

التبني والكفالة بين الشريعة و القانون

أما عند العرب فقط كان التبني معروفا عند الجاهلية قبل الاسلام، وقد كانت هذه عبارة عن جارية من عادات الجاهلية، بل كانت نظام يؤخذ به في كثير من القبائل، ولهذا كان من المعتاد اذا أعجب رجل باحد الغلمان أن يتخذه ابنا له ويلحقه بنسبه ويتوارثان توارث النسب.ومع ماهو مشهور من الاعتزاز بالعفه والنسب فانه كانت توجد الى جانب هذا الاعتزاز ظواهر أخرى متناقضة في المجتمع في غير البيوت المحدودة النسب المشهور، حيث كان يوجد أطفال لا يعرف لهم آباء فكان الرجل يعجبه الفتى (مجهول النسب)من جلده ولظرفه فيضمه الى نفسه وكان ينسب اليه ويقال فلان بن فلان،كما كان هناك ابناء لهم آباء معروفون ومع ذلك تتم تبنيهم وقد كان التبني قديما موجود خاصة في شكل السبي،وكان هذا يتفق مع نظرة العرب في الجاهلية الى المال ووسائل كسبه.[1]

وقد كان الابن المتبنى يعامل على أنه ابن حقيقي فيصرح به المتبني أمام الجميع، فيعطى من الحقوق ما يعطى للابن الأصلي من نفقة وميراث وتحريم زوجيه.[2]

وترجع أسباب الأخذ بنظام التبني في الجاهلية نظرا للظروف الاجتماعية والسياسية التي اقتضت ذلك، فكان المتبنى يظم الى الأسرة زيادة في عددها ولاعانتها ومؤازرتها في الحروب وغيرها مما كان شائعا في الجاهلية خاصة ما يتعلق بعلو الشان واحترامه في حالة وجود العائلة على أبناء ذكور كثر لأن الفتاة قديما لم يكن مجيئها يجلب سوى التعاسة والذل والانكسار للعائلة.[3]

---

[1] أحمد حمد :النسب في الشريعة والقانون ،الطبعة الأولى، دار القلم ،قطر،سنة 1983،ص 213-214

[2] أحمد المصطفى –المرجع السابق – ص 213.

[3] محمد صبحي نجم – المرجع السابق – ص 59.

الفرع الثاني : التبني في صدر الاسلام

ولما كان التبني معروف لدى العرب قبل الاسلام فقط ظل معترفا به في صدر الاسلام حتى ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل أن يبعث رسولا ويشرفه ربه بالرسالة، فقد ثبت أنه تبنى صبيا يدعى ' زيد بن حارثة' وذلك بمقتضى العادات العربية، اذ كان زيد رقيقا لخديجة بنت خويلد رضي الله عنها زوجة النبي الكريم، ولكن أهدته للنبي عليه الصلاة والسلام وغير انه لما عرف أبوه وعمه مكانه طلباه من النبي الكريم فخيره بين البقاء معه أو الذهاب مع عائلته فاختار البقاء عند الرسول محمد صلى الله عليه وسلم حيث قال لهم رسول الله الكريم:"هو لكم من غير فدية ان قبل، فعرضواعليه فرضى المقام مع المصطفى صلى الله عليه وسلم ." [1] ولم يكن النبي قد بعث فأعتقه وتبناه وأخذ يطوف به على خلق قريش حول البيت ويقول لهم:"يامعشر قريش اشهدوأنه ابني أرثه ويرثني"

وكان يدعى هذا التبني وقبل المبعث وبعده بزيد بن محمد لا زيد بن حارثة وقد كان أول من آمن به من الموالي.[2]

المطلب الثالث : تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له.

ان نظام التبني بهذا المفهوم الذي تطرقنا اليه نجد أنه يتشابه في معناه وغايته الى العديد من المصطلحات والأنظمة الأخرى التي هي بدورها يدور معناها في اطار واحد الا وهو تأمين الرعاية الاجتماعية للطفل،والتكفل به وحمايته، غيرأن هذه الأنظمة وان كان شكلها الخارجي يتماشى ومعنى التبني الا أننا نجده من حيث المضمون يختلف

---

[1] محمد ابو زهرة: تنظيم الاسلام للمجتمع، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1965، ص 125.

[2] محمد صبحي نجم – المرجع السابق- ص 59.

اختلافا شديدا، اذ لكل نظام شروط وحالات تميزه وتبقيه بعيدا عن مفهوم التبني،وهنا ما سوف نتطرق اليه اذ نقوم بالمقارنة بينه وبين بعض الأنظمة المشابهة له فيما يلي:

الفرع الأول : التبني والاقرار بالنسب.

قد يظن أن نظام الاقرار بالنسب يشابه نظام التبني والحقيقة أنه لايوجد تشابه بينهما وذلك نظرا للأسباب والشروط الآتية :

- من حيث الاقرار: الاقرار اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول لأنه من يقر بمجهول النسب أنه ابنه فهو بذلك يعترف ببنوة هذا المجهول بنوة حقيقية وأنه سواء أكان صادقا أم لا حيث أن هذا الاقرار يثبت للولد على الوجه الشرعي جميع مفاعيل البنوة الشرعية.[1]

الاقرار ليس من الأسباب المنشئة للنسب وانما هو طريق من طرق اثباته وظهوره والسبب الحقيقي هو الولادة بالنسبة للمرأة وكذلك الاتصال الجنسي بناء على عقد صحيح أو فاسد أو بشبهة للرجل، ويكون الاقرار اذا توافرت فيه الشروط التالية :

1- أن يكون ممكن أن يولد لمثل هذا المقر ولد.

2- أن يكون الولد مجهول النسب لايعرف له أب .

3- أن يصادق المقر على اقراره، اذا كان مميز لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه الى غيره الا ببينة أو تصديق.

4- ألا يصرح المقر أن الولد زنائي ذلك لأن الزنا لا يصلح سببا للنسب، لكون النسب نعمة وحق من حقوق الله.أما الزنا فنقمة وجريمة تستحق العقاب لقوله تعالى:"ولا تقربو الزنا، انه كانت فاحشة وساء سبيلا"[2]

---

[1] المواد :40-44-45 قانون الاسرة الجزائري في الفصل الخامس المتعلق بالنسب من الامر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] أحمد مصطفى – المرجع السابق- ض 220- 221 .

فالاقرار بالنسب جائز ويقع صحيحا بالشروط الموضحة على الوجه السابق بيانه فهو ادعاء نسب واقع فعلا، لكنه غير ثابت بمراعاة تلك الشروط والاسلام حريص في تشريعه على أن يكون الولد نتيجة صلة مشروعة هي عقد الزواج بين الرجل والمرأة، وكان من التواعد التشريعية في هذا الصدد قول الرسول صلى الله عليه وسلم:"للولد الفراش وللعاهر الحجر." [1]

- أما التبني: فهو تصرف قانوني ينشئ نسبا يختلف عن النسب الحقيقي حيث أن التبني محرم بنص قاطع في القرآن الكريم الا أنه لا يثبت بنوة كتلك التي تترتب على الاقرار بالنسب، بل بنوة ثابتة بحكم القانون وهو ادعاء نسب غير موجود، يصرح فيه المتنبي أنه لاتجمع بينهما رابطة دم وأنه يعتبره ابنه فقط،فهو ابن اعتباري أو قولي أي بالقول فقط ينظمها القانون الوضعي كما هو الحال بالنسبة في بعض الأقطار العربية كسوريا وتونس فتتحقق البنوة الوضعية حتى مع وجود أب معروف لهذا الابن.[2]

الفرع الثاني: التبني والحضانة.

اذا كان التبني ادعاء بنوة مفترضة تنشىء علاقة صورية بين الطرفين سواء تعلق بمجهول النسب أو معلوم النسب،فان الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهرعلى حمايته وصحته وخلقه ونجد أن الشخص الذي يقوم بهذه الرعاية لابد أن يكون

من الذين لهم صلة القرابة والدم وهم الذين حددهم المشرع حتى يحافظ فيه الطفل على نسبه فلا يختلط بنسب غيره ولا يتغير ولايلحق الى غير،وهذا ما يدل على أن الحضانة مقررة للأشخاص ذو القربى بنسب وطيد مراعاة لمصلحة الطفل،فحتى وان لم ينشء الطفل بين والديه الشرعيين فان ذلك لا يفقده

[1] محمد صبحي نجم – المرجع السابق- ص 59.

[2] عبد السلام الدويني :الاسلام والطفل، الطبعة الاولى ، دار الملتقى للنشر، قبرص ، سنة 1993، ص 126-127 .

نسبه[1] عكس التبني الذي ينشىء نسبا قوليا لامحتوى له ولاسبب طبيعي لاثباته،فهو لايحقق النسب الفعلي الذي أشار اليه الله عز وجل في قوله: "...وهو الذي خلق من الماء بشر فجعله نسبا وصهرا، وكان ربك قدير... [2]

الفرع الثالث : التبني والتلقيح الاصطناعي.

واذا كان الاسلام قد حمى الانساب بتحريم الزنى وتحريم التبني لكي تصفو الأسرة من العناصر الغريبة عنها،فانه يحرم ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي اذا كان بغير نطفة الزوج[3] بل يكون في هذه الحالة –كما قال الأستاذ الأكبر الشيخ شلتون:"جريمة منكرة واثما عظيما"يلتقي مع الزنا في اطار واحد جوهرهما واحد ونتيجتهما واحدة وهي وضع ماء رجل أجنبي قصدا في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية يظلها القانون الشرعي والشريعة السماوية، وبهذا يكون التلقيح الاصطناعي دون شك افضع جرما وأشد منكرا من التبني، فابن التلقيح يجمع بين نتيجة التبني المذكور وهي ادخال عنصر أجنبي في النسب وبين نتيجة أخرى هي التقاؤه مع الزنى في اطار واحد[4]

الفرع الرابع : التبني ورعاية اللقيط .

ان التبني الذي أبطله الاسلام هو الذي يضع فيه الرجل طفلا الى نفسه مع علمه أنه ولد غيره ومع هذا يلحقه بنسبه وأسرته، ويثبت له كل حكم من أحكام البنوة وآثارها من اباحة اختلاط وحرمة زواج واستحقاق ميراث.

---

[1] أنظر المواد 62-64 من قانون الأسرة الجزائري .

[2] سورة الفرقان الاية رقم -54-

[3] المادة 45 مكرر – قانون الأسرة الجزائري-.

[4] د.يوسف القرضاوي:الحلال والحرام في الاسلام، المرجع السابق، ص200.

وهناك نوع آخر يظنه الناس تبنيا وهو ليس كذلك، وهو أن يضم الرجل طفلا الى نفسه يتيما أولقيطا، ويجعله كابنه في الحنوعليه والعناية به وتربيته له فيحضنه ويطعمه ويكسوه ويعلمه ويعامله كابن له، ومع هذا لم ينسبه لنفسه ولم يثبت له أحكام البنوة المذكورة أعلاه، فهذا أمر محمود في دين الله يستحق صاحبه عليه المثوبة في الجنة وقد قال عليه الرسول صلى الله عليه وسلم :"أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا،وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما." [1].

واللقيط في معنى اليتيم وهو بعد ذلك أولى من يطلق عليه ابن السبيل الذي أمرنا الاسلام برعايته. واذا لم يكن للرجل ذرية وأراد أن ينفع هذا الولد بشيء من ماله فله أن يهبه ما شاء في حياته وأن يوصي له في حدود الثلث من التركة قبل الوفاة [2].

الفرع الخامس : التبني والاستلحاق.

الاستلحاق هو خلاف التبني لأنه نسب حقيقي أظهره الاقرار،فهو اقرار بالنسب على النفس (تعريف المالكية)، وقد أجاز الحنفية أن تستلحق المرأة اذا لم يكن للمستلحق أم معروفة وكانت المدعية خالية من الأزواج وعدتهم أما بالنسبة للمتزوجة والمعتدة لابد اذا ادعت ولدها منها أن يصدقها الزوج لأنه سيلحق به وهذا الاستلحاق وان كان يتشابه مع التبني قليلا حيث أنهما الاثنان ادعاء لبنوة لكن الفرق يكمن في كون الاستلحاق هو ادعاء لبنوة ثابتة في حين أن التبني هو علاقة صورية مبنية لأبوة غيرحقيقية ولهذا أجاز المشرع الاستلحاق ولو في مرض الموت حرصا على المحافظة على الانسان لأنه لايمكن الدخول في النفوس ومعرفة اذا كان الادعاء صحيح أم لا لقوله صلى الله عليه وسلم :"عن أبي هريرة رضي الله عنه قال [3]:أيما امراة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء

---

[1] ابو داود: السنن- كتاب الأدب، باب في ضم اليتيم، رقم الحديث 5150: 338/4. صحيح البخاري.

[2] يوسف القرضاوي –المرجع السابق- ص 199.

[3] رواه ابو داوود النسائي.

ولن يدخله الله جنته..."لما في ذلك من شبهة وادخال لوارث.

المبحث الثاني: موقف الشرائع والمواثيق الدولية والقوانين من التبني.

ان التبني عادة من عادات الجاهلية فهو نظام موجود منذ القدم في مختلف الحضارات، وقد

كان العرب كغيرهم من الأمم التاريخية يلحقون بأنسابهم وأسرهم من شاؤو وذلك تجاوبا مع النزعة الفطرية في حب الأولاد واكثارهم، أولطبيعة تلك الظروف التي كانت كلها جهل وحروب وأمراض وحب التملك والاستعباد فكلها عوامل أدت الى اقرار التبني وجعله نظاما قائما بذاته تطرقت اليه مختلف الشعائر السماوية بين محلل ومحرم، وفي المواثيق الدولية التي كانت ترعى حقوق الانسان بصفة عامة والطفل بصفة خاصة وذلك بالاستناد على القوانين الوضعية والاعتماد عليها بحماية قانون الطفل واسنادها للذي يكفل مصلحته ويهتم بها، هذه الأخيرة التي بعض منا أجاز هذا النظام وبعضه منعه منعا مطلقا وهذا ما ساتطرق اليه فيما يلي :

المطلب الأول: التبني في ظل الشرائع السماوية.

واتطرق في هذا المطلب الى كل من الشريعة اليهودية لانتقل الى المسيحية ثم اختمها بالتركيز على بالشريعة الاسلامية.

الفرع الأول: التبني في الشريعة اليهودية.

لم تعرف الشريعة اليهودية نظام التبني، مما جعل فقهاء هذه الشريعة يجمعوا على تحريم التبني باعتباره عبارة عن صورة افتراضية لعلاقة النسب والرابطة الأبوية مما يخالف الواقع والحقيقة، لذلك فان أي أسرة يهودية تظم اليها أي صغير لا تسري عليه الحقوق المقررة للأولاد، كرابطة البنوة

والحق في الارث وغيره لذلك يبقى هذا المتبنى أجنبيا عن الأسرة، فلا يستفيد من الضم الا اذا أوصى له بشيء قبل وفاة أحد أفراد الأسرة.[1]

وتعتبر التوراة المصدرالتشريعي للديانة اليهودية،وقد اشارت الى فكرة التبني فيما يلي:

1) ماجاء في سفر التكوين أن رحال زوجة النبي يعقوب عليه السلام قالت له لما مضت عليهما مدة من زواجهما دون انجاب:"اقترب من آمتي بلها، فلعلها تلد بين ذراعي وعن طريقها سيكون لي ولد."

2) وورد كذلك في سفر التكوين أن سيدنا موسى عليه السلام عندما ألقت به أمه في النهر،

وتلقته ابنة فرعون واحتضنته وأجرت له مرضعة هي"أم موسى"، فلما كبر اتخذته كابن لها وأسمته موسى.

الفرع الثاني : التبني في الشريعة المسيحية.

لم يتضمن أي أنجيل من الأناجيل الأربعة المعترف بها في المسيحية أي اشارة عن فكرة التبني وكذلك الأمر في الفقه الكنسي، وقد صدر في عام **1917م** عن قداسة بابا روما مجموعة خاصة بالطائفة الكاثوليكية بالشرف وقدجاء في هاتين المجموعتين حكما بالاحالة الى القانون المدني في كل دولة توجد فيها الطائفة الكاثولكية، فاذا كان القانون المدني يجيز التبني أصبح جائزا بمقتضى هذه الحالة،غير أن سلطة الكنيسة يحق لها التدخل اذا عرض عليها أمر يتعارض مع قواعد الشريعة المسيحية،كأن يرغب المتبنى في دولة ما أن يتزوج بامرأة من أسرته الطبيعية فترفض الكنيسة اتمام هذا الزواج، حتى وان كان هذا المتبنى قد قطع كل صلاته بأسرته الأصلية.[2]

[1] محمد صبحي نجم – المرجع السابق – ص55-56.

[2] .محمد صبحي نجم – المرجع السابق –ص 56

الفرع الثالث : التبني في الشريعة الاسلامية.

با عتبار أن النسب أقوم الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها برباط دائم يقوم على أساس وحدة الدم والجزئية والبعضية فالولد جزء من أبوه والأب بعض من ولد، فرابطة النسب هي نسيج الأسرة ونعمة من نعم الله عز وجل[1] فلما جاء الاسلام ونظرا للفوضى في علاقات الأسرة في الجاهلية والفوضى الجنسية التي تخلف عنها اختلاط الأنساب وجهل في الأباء في بعض الأحيان، شرع الاسلام ينظم علاقة الأسرة على الأساس الطبيعي، ويحكم روابطها ويجعلها صريحة لا خلط فيها ولا تشويه، فانه أبطل عادة التبني هذه وأرجع علاقات النسب الى أسبابها الحقيقية :علاقات الدم والأبوة والبنوية الواقعية، فالكلام لا يغير واقعا ولا ينشئ علاقة غير علاقة الدم، وعلاقة الوراثة وعلاقة المشاعرالناشئة من كون الولد بضعة حبه من جسم والده الحي.

وقال جل شأنه في آية ابطال التبني"والله يقول الحق وهو يهدي السبيل."[2] أي يقول الحق المطلق الذي لا يلامسه باطل، ومن الحق اقامة العلاقات على تلك الرابطة المستمدة من اللحم والدم لا على كلمة تقال الفمنوهو الذي يهدي السبيل المستقيم بناموس الفطرة الأصيل الذي لايعني غناؤه سبيل آخر من صنع البشر يصنعونه بأفواههم بكلمات لا مدلول لهامن الواقع.[3]

اذن فلقد كان رأي الاسلام بحق التبني أنه تزوير على الطبيعة والواقع، تزوير يحعل الشخص غريبا عن أسرة فرد منها، يخلو بنساءها على أنهن من محارمه وهن غريبات فلا زوجة المتبني أمه ولاأخته عمته...انما هو غريب عن الجميع.[4]

رمضان علي السيد الشرباصي:أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية، الدار الجامعية، القاهرة ، سنة2001، ص 1.149

[2] سورة الأحزاب – آية رقم 05.

[3] أحمد حمد – المرجع السابق- ص 214.

[4] يوسف القرضاوي – المرجع السابق- ص 197.

الغصن الأول : الاسلام يبطل التبني.

لم يكن هذا الأمر سهلا على الناس، فقد كان التبني نظاما اجتماعيا عميق الجذور في حياة العرب،فشأت حكمة الله ألا يكتفي في هدمه واهدار آثاره بالقول وحده بل بالقول والعمل جميعا.

واختارت الحكمة الالهية لهذه المهمة رسول الله صلى الله عليه وسلم نفسه ليزيل كل شك، ويدفع كل حرج عن المؤمنين، حيث أن النبي الكريم كان نفسه قد تبنى زيد بن حارثة في الجاهلية وأصبح يسمى بزيد بن محمد، وقد أبطل التبني في السنة الرابعة أو الخامسة من الهجرة، وورد في ذلك العديد من الآيات القرآنية في هذا النظام[1] اعتبرها الفقهاء واتفقوا على انها موجهة لزيد بن حارثة كقوله تعالى: "وما جعل أدعياءكم أولادكم ذلكم قولكم بأفواهكم، فان لم تعلموا أباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم." [2]

ولنتأمل هذه الكلمة القرآنية الناصعة(وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم من أفواهكم)أي أن التبني انما هو كلمة فارغة ليس وراءها حقيقة خارجية، ان الكلام باللسان لايبدل الحقائق، ولايغير الوقائع ولايجعل الغريب قريبا ولا الأجنبي أصيلا ولا الداعي ولدا ، فالكلام بالفم لايجري في عروق المتبنى، ولا يخلق في صدر الرجل حنان الأبوة، ولا في قلب الغلام عواطف البنوة ولا ملامح الأسرة الجسمية والعقلية والنفسية،[3] فقد ذكر القرطبي في تفسيره أنه أهل التفسير على أن هذه الآية نزلت في زيد بن حارثة، وروى الأئمة أن عمر قال:"ماكنا ندعو زيد بن حارثة الا زيدا بن محمد حتى نزلت هذه الاية."[4]

---

[1] يوسف القرضاوي – المرجع السابق- ص 197-198.

[2] سورة الأحزاب – الآية 4-5 .

[3] .رمضان علي السيد الشرباصي – المرجع السابق- ص 150- 151

[4] تفسير القرطبي.

ولقد أبطل القرآن هذا النظام الجاهلي وحرمه تحريما باتا وألغى كل آثاره، وذلك في آيتين أخرتين لما اختبر الله سبحانه نبيه اختبارا شديدا، ذلك أن أمره بالزواج من خليلة زيد بن حارثة، ذلك أن زوج زيد لما انتفت نسبه الى النبي الكريم تململت من البقاء معه فكانت تضايقه وهم أن يطلقها، وكان النبي ينهاه ويقول له: "أمسك عليك زوجك، واتق الله." وكان الله قد أعلم نبيه بأنه سبحانه مفرق بينهما، وأن النبي سوف يتزوجها ليكون مثلا للعرب لابطال تلك العادة المستحكمة، وقد كان النبي عليه السلام يخفي ذلك ولايقوله والحياء مسيطر عليه لكي لايقول الناس قد تزوج امرأة ابنه فنزلت الآية الكريمة بقوله تعالى:"واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه، أمسك عليك زوجك واتق الله، وتخفي في نفسك، ما الله مبديه وتخشى الناس والله أحق أن تخشاه فلما قضى زيد منها وطرا زوجناه لكيلا يكون على المؤمنين من حرج في أدعياءهم، اذا قضوا منهن وطرا، وكان أمر الله مفعولا."[1]

ومضى القرآن يدافع عن رسول الله في هذا العمل ويؤكد على اباحته ورفع الحرج عنه في قوله تعالى: "ماكان على النبي من حرج فيما فرض الله له سنة الله في الذين خلق من قبل وكان أمر الله قدرا مقدورا ما كان محمدا أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين وكان الله بكل شيء عليم"[2]

وبهذا انتهى أمر التبني بالتشريع الاسلامي وأصبح رابطة غير معترف بها،لا يترتب عليها أي حكم أو أثرمن الآثار كالارث وتحريم الزواج من خليلة المتبنى، وكل من أقدم عليه كان آثما وكان عمله باطلا لقوله صلى الله عليه وسلم: "من ادعى لغير أبيه وهو يعلم أنه غبر أبيه فالجنة عليه حرام."[3]

---

[1] سورة الأحزاب الآية 37.

[2] سورة الأحزاب الاية 38-40.

[3] محمد صبحي نجم – المرجع السابق- ص 59-60.

الغصن الثاني: أسباب تحريم التبني.

يرى بعض المختصين أن التبني تم تحريمه وذلك لمنع الناس من تغيير الوقائع وخلط الأنساب والحقائق وصيانة حقوق الأولاد والأقارب وتم تحريم التبني للأسباب الآتية:

1- التبني مخالف للفطرة الانسانية وكذب، فان جعل شخص ولدا وهو ليس بمولود له كان ذلك افتراء على الحقيقة،وضد الطبيعة الانسانية ذلك أن الأبوة أو الأمومة ليست ألفاظ تردد أوعقد يعقد، لكنها حنان وشفقة وارتباط لحم ودم أو على حد تعبير الفقهاء ارتباط جزئية بحيث يكون الولد جزء من أبويه، فلا يمكن أن يكون هذا الارتباط الطبيعي كالارتباط الاصطناعي لأنهما متغايران متباينان.

2- أن ذلك اللصيق في الأسرة والذي يتخذ مكان الابن فيها لا يمكن أن يأتلف مع سائر أفرادها، فاذا كان للرجل الذي ألحق بنسبه ولد لأسرته أولاد آخرون فهم لايشعرون اتجاه هذا الدخيل بشعور الأخوة الذي يربطهم به بل ينفرون منه وكذلك الأقارب فانهم لايشعرون اتجاهه بمشاعر القرابة وهكذا لايمكن أن تتكون أسرة مع هذا التنافر والتنابذ.

3- أنه في كثير من الأحيان يتخذ التبني للمكايدة داخل الأسرة لا شفقة بالمتبنى، فيتم تبنيه لمنع ميراث قريب له، فلا يصح أن يقر نظام يتخذ سبيلا للظغائن والأحقاد وليس لتقوية أواصر الأسرة.[1]

4- يؤدي التبني الى تحليل الحرام وتحريم الحلال اذ يصبح الطفل المتبنى محرما لنساء أجنبيات عنه فيرى منهن ما لايحل له ويحرم مايحل له.

5- ان اقرار التبني وترتيب آثار البنوة الحقيقية عليه، يؤدي الى تحميل الأقارب واجبات تترتب على

[1] الامام أبو زهرة – المرجع السابق – ص 127.

ذلك، فتجب النفقة على المتبني عند الحاجة والعجز وهي في ذلك تحميل للأقارب تبعات ومغارم شخص تربطهم به نسب زائف غير صحيح.[1]

الغصن الثالث: الحكمة من التبني.

ان ابطال التبني وتحريمه في الاسلام له حكمة تظهر من خلال مايلي:

أولا: ان روابط الأسرة الصغرى في الاسلام من الأبوين والأولاد تعتمد على رابطة الدم الواحد والأصل المشترك وهي رابطة أو علاقة الدم- الرحم المحرم – لذا حرم الاسلام التزاوج بين الأقارب المحارم حفاظا على سمو العلاقة.

ثانيا: ان نظام الارث في الاسلام مقصور على القرابة القريبة، لا البعيدة نسبيا ومن باب أولى الحال عدم وجود القرابة والولد المتبنى، ليس له قرابة بالأسرة الصغرى، فكيف يحق له أن يرث فيما لو أجيز نظام التبني؟ ان صون حقوق الورثة هو الواجب النتعين،فلا بد من الحفاظ على حقوقهم من الضياع والانتقاص.

ثالثا: ان الاسلام يقوم في جميع علاقاته الاجتماعية على أساس من الحق والعدل ورعاية الحقيقة، وهذا يقتضي نسبة الولد الى أبيه الحقيقي، لا لأبيه المزعوم أو المزور والحق أن يتبع ويحترم.

رابعا: التبني مجرد تحقيق نسب مزعوم،أوقول باللسان،لا أساس له من شرع أو منطق أو حكمة ثابتة وحينئذ لا تكون نسبة الولد الى غيرأبيه الصحيح وانما هي مزورة.

خامسا: ان الاستظلال بمظلة المبدأ الواحد والمنشأ الواحد يساعد في التغلب على تكوين مجتمع قوي،

[1] عبد السلام الدويني –المرجع السابق – ص 126

منسجم يمارس نشاطه الأسري والاجتماعي من خلال وحدة المنطق ووحدة الغاية، فالولد المتبنى غريب عن هذه الأسرة في طباعه وميوله ومشاعره وتطلعاته في المستقبل، مما يعكرر صلته بأسرته التي تختلف عنه في كل شيء، فيؤدي الى هز المجتمع الصغير ويشكك في صدق الانتماء اليه ويخل بمقتضيات الثقة ووحدة العلاقة.

سادسا: تختلف مقومات فلسفة الأسرة في الاسلام عن غيرها من الأسر التي لاتأبه عادة بالأخلاق والقيم ورعاية مقررات الحلال والحرام والحفاظ على الغرض ونقاء الأصل والفرع ووحدة الدم والأصل، وهذا ما يتنافى منظام التبني الذي يعكر صفوى هذه المعاني مما يجعل التبني مفسدة اجتماعية.

فصحيح أن الولد المتبنى من الأفضل له أن يكون في مظلة أسرة، على أن يكون في ملجأ أو دار الأيتام أو تلك المراكز المخصصة لأمثاله. ولكننا نقول ان جعله تحت مظلة أسرة لايتعين أن يكون تحت نظام التبني وانما يكون تحقيق ذلك عن طريق التربية والتكافل والتعاون والحفاظ عليه من الضياع والتشرد الى البلوغ فهو أخ لا ابن.[1]

المطلب الثاني: التبني في ظل المواثيق الدولية.

تتمثل المواثيق الدولية في تلك المؤتمرات والاتفاقات التي بدأ انعقادها سواءا تلك المنطوية تحت منظمات حكومية أو غير حكومية، فهي هدفها بالدرجة الأولى حماية حقوق الانسان بصفة عامة في كافة المجالات وترعى حقوق الطفل بصفة خاصة، وذلك نظرا لما عايشه العالم من حروب وانتشار للأمراض وغيرها من المشاكل التي تعرض لها الانسان.

[1] عبد السلام الدويني – المرجع السابق – ص 127.

ونجد هذه المواثيق أباحت التبني وأجازته وذلك رعاية للطفل وحمايته خاصة الذين بدون أسر حتى لايبقوا بدون مأوى أو أسرة ترعاهم وتحافظ عليهم.

ولقي نظام التبني اهتماما واسعا وبالغا من طرف هيئة الأمم المتحدة التي نظمته في معاهدات واتفاقيات صادقت عليها جميع الدول، وهذا ماسنتطرق اليه فيما يلي:

الفرع الأول: التبني لدى هيئة الأمم المتحدة.

لقد اضطرب أمر المجتمعات التي لا تطبق شريعة الاسلام، وظل نظام التبني قائما فيها لاسيما عندما كانت تنزل الأزمات وتحل الكوارث فتفاقمت هذه المشكلة بعد الحرب العالمية الثانية، فاحتدمت المناقشات وعقدت المؤتمرات، ولم تقف مشكلة التبني عند حدود دولة ما من الدول الأوربية، بل اجتازت ذلك وأصبحت مشكلة عالمية، تجتذب لها هيئة الأمم المتحدة بما فيها منظمة الطفولة والصحة، وقد قررت أن تكون سنة **1979م** سنة عالمية للطفل وكان موضوع التبني هو محور المناقشات والقرارات والتوصيات.

فجعلو موضوع الأيتام مشكلا وجعلو موضوع العقم مشكلة أخرى ثم يلجأون الى التبني

(وهو مشكلة ثالثة)، ليجعلوه حلا لهاتين المشكلتين وقد أقامو لذلك وكالات خاصة يقصد اليها من أجل تبني الأيتام وأطفال الزنا وما أكثرهم في دول الغربية.

ولهذا تزايد الاهتمام الأوربي بهذا المشكل من خلال عقد العديد من المؤتمرات واصدار التوصيات، وكلها تحت اشراف هيئة الأمم المتحدة،وفي سنة**1978م** عقد مجموعة من الخبراء اجتماعا لهم في جنيف وأعدوا اعلانا تضمن مبادئ اجتماعية وقانونية تختص بالأطفال الذين يسري عليهم التبني مع توصيات على أن تتولى هيئة الأمم بعد ذلك تعميمه على الدول والحكومات في الوقت

المناسب وبالفعل تم ذلك من خلال اصدار الجمعية العامة للأمم المتحدة[1] قرارها رقم **41-85** المؤرخ في **03** ديسمبر **1986م**، والمتعلق باعلان المبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الطفل والزام الحكومات باتخاذ التدابير الملائمة لحمايتهم، ومن بين هذه الاجراءات هو اتخاذ اجراء التبني والحظانة والزام الدول على المصادقة عليه واقرار هذا النظام من أجل توفير أسرة دائمة للطفل المتبنى وتوفير الرعاية اللازمة لتنشئته تنشئة فضلى، كما أوردت هيئة الأمم المتحدة في اتفاقياتها المتعلقة بحقوق الطفل، وجوب كفالة حقوق الطفل في التشريعات الداخلية للدول وفقا لما هو منصوص عليه في الاتفاقية.

الفرع الثاني : التبني بموجب اتفاقية حقوق الطفل.

بالرجوع الى ديباجة الاتفاقية نجد أن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية ترى أنه وفقا للمبادئ المعلنة في الميثاق، يشكل الاعتراف بالكرامة المتأصلة لجميع أعضاء السرة البشرية وبحقوقهم المتساوية وغير القابلة للتصرف أساس الحرية والعدالة والسلام في العالم.

وباعتبار الأسرة الواحدة أساس للمجتمع والبيئة الطبيعية لنمو ورفاهية الطفل خاصة، فلقد تم ايلاء اهتمام خاص للأطفال، اذ أشارت اليهم الأمم المتحدة في الاعلان العالمي لحقوق الانسان بأن للطفولة الحق في الرعاية والمساواة، ولأجل ذلك أعدت الأمم المتحدة برامج تنموية واجراءات وقائية وحماية قانونية قبل الولادة وبعدها، وقد ذكرت هذه الرعاية في اعلان جنيف لحقوق الطفل لعام **1924م**، وفي اعلان حقوق الطفل الذي اعتمدته الجمعية العامة في **1959م**، وهو نفسه ما أخذت به هذه الاتفاقية المؤرخة في **20** نوفمبر **1989م** المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم، مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيد الوطني والدولي، وقد جاء فيها عدة

[1] أحمد حمد – المرجع السابق- ص 220-221.

مواد تنص على التبني صراحة كخيار لحماية القصر، ومن بين هذه المواد نذكر مايلي:

-المادة 20 : التي تنص أنه للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية، أو الذي لايسمح له حفاظا على مصلحته الفضلى بالبقاء في تلك البيئة، الحق في الحماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة.

- تضمن الدول الأطراف وفقا لقوانينها الوطنية رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.[1]

- يمكن أن تشمل هذه الرعاية في جملة أمور: الحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الاسلامي، أو التبني، أو عند الضرورة الاقامة في المؤسسات المناسبة لرعاية الأطفال.

- المادة21 : تضمن الدول التي تقر أو تجيز التبني ايلاء مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأول والقيام بما يلي :

- تضمن ألا تصرح بتبني الطفل الا للسلطات المختصة التي تحدد وفقا للقوانين والاجراءات المعمول بها.

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

- تتجدد جميع المعايير المناسبة كي تضمن بالنسبة للولد المتبنى أن عملية التبني لم تعد على المشاركين فيه بمكسب مالي غير مشروع.

---

[1] اتفاقية حقوق الطفل بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر1989، ص08.

- تعززعندالاقتضاء أهداف هذه المادة بعقد ترتيبات، أواتفاقيات ثنائية أومتعددة الأطراف وتسعى الى ضمان أن يكون من تبني طفل في بلد آخر من خلال السلطات والهيئات المختصة وذلك لتربية الطفل حسب خلفيته الدينية واللغوية والثقافية محافظة على أصوله.[1]

الفرع الثالث :الاعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الدولي والوطني.

لقد اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة **41/85** المؤرخ في **09** ديسمبر **1986**، فهي تؤكد من جديد على المبدأ السادس من ذلك الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي ينص على تنشئة الطفل في جو أسري يسوده العناية والرعاية والتي قد تتمثل في الحضانة أو الكفالة في العالم الاسلامي وكذلك التبني هذا الأخير الذي تناولته في **13** حتى **24** والتي تنص على :

المادة 13: الغرض الأساسي من التبني هو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لا يتمكن والداه الأصليان من توفير الرعاية له.

وقد تطرقت في هذه المواد الى الشروط والاجراءات للاتمام التبني، مع مراعاة الخلفية الدينية واللغوية والثقافية التي جاء منها الطفل، كما شددت على ضرورة أن يكون التبني لأسباب جدية وعن طريق وكالات معتمدة لا يكون هدفها الربح المالي، وبشرط موافقة الولي سواءا كان معلوم النسب أو مجهول النسب، كما نجدها قد نصت في **المادة 24:**على أنه في حالة اختلاف الجنسية بين المتبني والمتبنى يوالى الاعتبار الواجب لكل من قانون الطرفين مع الأخذ بمصلحة الطفل بدرجة أولى.[2]

---

[1] اتفاقية حقوق الطفل- المرجع السابق- المواد 21-22،ص 10.

[2] المواد 13-24 من الاعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحمايةالأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الدولي والوطني-جامعة منيسوتا-.

المطلب الثالث: التبني في ظل القوانين الوضعية.

كما سبق لنا التطرق أن التبني نظام قديم قائم بذاته، عرفته الحضارات والديانات بين مجيز ومحرم خاصة بعد ظهور الاسلام، ومما لا شك فيه أن هذا النظام تم التطرق اليه بنصوص تشريعية تنظمه وتحكم شروطه، بالنسبة الى التشريعات التي أخذت به، وبنصوص تشريعية تبطله، وهذا ما سوف نتطرق اليه بمعرفة موقف القوانين من هذا النظام، خاصة موقف التشريع الجزائري الذي سوف نوليه اهتمام أكثر لمعرفة رأيه في نظام التبني.

الفرع الأول : التبني في القانون الفرنسي.

عندما شرعت فرنسا في وضع قانونها المدني، فقد أسندت الى اللجنة التشريعية دراسة موضوع التبني ضمن المشروع العام للتقنين المدني، ولكن هذه اللجنة قد أهملت التعرض لنظام التبني بدعوى أن التبني يعد أساسا في القانون الفرنسي، غير أنها عدلت عن رأيها حين طلب منها قسم التشريع بمجلس الدولة ادراج موضوع التبني في المشروع وهذا بالفعل ماكان اذ أوردت أحكام التبني في المواد من **343** الى **367** من القانون المدني الفرنسي المؤرخ في **23** ديسمبر**1958**م غير أن التشريع لم يأخذ بالتبني الكامل واكتفى بالتبني الناقص وتتمثل شروط التبني في القانون الفرنسي فيما يلي:

1- أن تكون هناك أسباب معقولة تدفع الى التبني،وتقدير هذه الأسباب متروك للمحكمة.

2- أن توجد فائدة للمتبنى.

3- يشترط في طالب التبني ألا يقل عمره عن 35 سنة.

4- أن يوجد فرق عمر بين المتبني والمتبنى ب 15 سنة على الأقل. [1]

[1] محمد صبحي نجم- المرجع السابق- ص 61-62.

5- موافقة الزوج الآخر اذا كانت الزوجية قائمة.

6- ليس لطالب التبني طفل دون السادسة عشر من عمره،اذا كفله مدة **06** أشهر قبل بدء اجراءات التبني التي تتمثل في تحريرعقد التبني، ويصدرحكم قضائي في هذا العقد ويبقى قابلا للطعن من قبل النيابة العامة وكل ذي مصلحة اذا رأى أي ضرر يلحق بالطفل.

الفرع الثاني: التبني في القانون التونسي.

لقد اعترف المشرع التونسي بنظام التبني والكفالة والولاية، في القانون الصادر في **04** مارس **1958م** رقم **27** في الفصلين **08-13**، حيث أجاز التبني وهو مايعتبر شيئا مخالفا للشريعة الاسلامية وباقي التشريعات العربية.

وأهم أحكام التبني في القانون التونسي مايلي:

1- أن يكون المتبني راشدا، وأن يكون متزوجا أو فقد زوجته بوفاة أو طلاق.

2- أن يكون فارق السن بينهما خمسة عشر سنة على الأقل.

3- يجوز للتونسي أن يتبنى أجنبيا.

4- يجب أن يكون المتبنى قاصرا سواء ذكر أو أنثى.

5- يكون التبني بحكم قضائي، فيحمل المتبنى اسم متبنيه وتكون له ذات الحقوق للابناء الأصليين.

6- تظل موانع الزواج من أقارب المتبني قائمة، فلا يجوز له أن يتزوج بمحرم منه من أسرته الحقيقية.

7- اذا تعرصت مصلحة الصغير المتبنى الى خطر فيمكن نزعه ممن تبناه والحاقه بأسرة أخرى.[1]

[1] محمد صبحي نجم – المرجع السابق- ص 62-63.

الفرع الثالث : التبني في القانون المصري.

التبني قضية مثارة في مجتمعاتنا العربية والاسلامية، فالقانون الوضعي عالجها بفلسفته وأسلوبه وقبله عالجته الشريعة بنظرتها الأشمل والأعدل. ففي القانون المصري الوضعي تتطلب لائحة قانون الأحوال الشخصية الموحد توافر شروط معينة فيمن يريد أن يتبنى طفلا، وتتطلب شروطا أخرى وضعت لمصلحة الطفل وأوجبت ضرورة اتخاذ اجراءات معينة لاتمام التبني:

أولا :الشروط الواجب توافرها فيمن يريد أن يتبنى طفلا

نصت المادة 130 من اللائحة على الشروط الآتية:

- أن يكون سنه تجاوز الأربعين سنة.

- أن يكون له أولاد أو فروع شرعيون وقت التبني.[1]

- أن يكون حسن السمعة والسيرة.

- لايجوز لأحد الزوجين أن يتبنى طفلا الا برضى الطرف الآخر.

ثانيا : الشروط الواجب توافرها بمصلحة الطفل المتبنى.

أجازالقانون المصري أن يكون المتبنى ذكرا أوأنثى بالغا أوقاصرا ولكن بشروط:

- أن يكون أصغر من المتبني بخمسةعشرسنة ميلادية طبقا للمادة 131.

- لا يجوز للقاضي أن يأمربالتبني الا يوجود ضرورة ملحة لذلك ولأسباب تبرره،وكانت تعود بالفائدة على المتبنى،كما لايجوز التبني الا برضا والداه اذا كان معلوم النسب،كما يكفي رضا أحدهما في حالة عدم وجود الطرف الآخر.

---

[1] رضا بسيوني: مقالة "المعالجة القانونية والشرعية للتبني والاقرار بالنسب" جريدة لواء الشريعة، في 20 مارس2011، ص01.

- أما في حالة مجهول النسب فلا بد من موافقة الولي طبقا للمادة **134**.

- ويحصل التبني بموجب عقد رسمي، يحرره المأذون الشرعي، وأمام حضور الشهود وذلك بعد التحقق من الشروط المطلوبة قانونا، وفي حالة الرفض يكون الحق لكلا الطرفين استئناف الحكم طبقا للقواعد العامة (المادة **134**).

والتبني بهذا الشكل يخول للمتبنى أن يلقب بلقب المتبني واظافته الى لقبه وهذا ماجاءت به المادة **138**، كما يؤكد هذا القانون على أن الطفل المتبنى لايخرج من عائلته الأصلية ولا يحرمه من حقوقه منها، كما له كل حقوق الولد في الميراث وللشخص المتبني كل حقوق الوالد على الطفل المتبنى.[1]

الفرع الرابع: التبني في القانون الجزائري.

ان الجزائر باعتبارها دولة مسلمة وباعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الثاني الذي يحكم المسائل المعروضة على القضاء عملا بأحكام المادة الأولى من القانون المدني الجزائري [2] وبالتالي نجد أن الشريعة الاسلامية قامت بتحريم التبني وابطاله ابطالا مطلقا، وهذا مأأخذ به المشرع الجزائري في مادته **46** من قانون الأسرة الواردة في الفصل الخامس تحت عنوان النسب، وذلك بنص صريح:"يمنع التبني شرعا وقانونا."، وهد الأمر الذي سايرته معضم القوانين العربية مثل القانون المغربي في مادته **149** من مدونة الأسرة المغربية بأن التبني يعتبر باطلا ولماينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية.[3]

اذن فالمشرع الجزائري ثابر على محاربة تحريف وتزييف الأنساب اذ لايمكن الحاق الطفل الا بوالده الشرعي متى توفرت شروط الزواج وأمكن الاتصال وهذا ماجاءت به المادة **41** من قانون الأسرة

[1] رضا بسيوني – لمرجع السابق- ص 02.

[2] المادة 01 من القانون المدني الجزائري رقم 75-58 المؤرخ في26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بقانون 05-10.

[3] الجريدة الرسمية المغربية عدد84 -51 يتاريخ 05 فيفري 2004 الصادرة في 03 فيفري 2004، ص 418 .

الجزائري،وسواءا أكان معلوم النسب أو مجهول النسب أو كان ابن زنا ولو رضي الغير بذلك لأنه يعتبر تعد على الألقاب، وأكد القضاء الجزائري في عدة مناسبات متعلقة بحالات التبني وذلك في عدة اجتهادات قضائية كلآتي:

عن الوجه المأخوذ من الخطأ في تطبيق المادة **222** و **220** من قانون العقوبات الجزائري لأنهما يتعلقان بالتزوير في المحددات العرفية والادارية،ولاتتعلقان بالتبني ولكن حيث أن القرار أشار الى أن التبني محرم في الشريعةوحيث أن القضاة أشارو الى المادة **320** من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على معاقبة من سجل طفلا على أنه ولد لامرأة لم تضع حملا بعد تسليم اختياري أو اهمال من والديه، فان هذه المادة تنطبق على الدعوى(المحكمة العليا،الغرفة الجنائية، ملف رقم **74** غير منشور)[1]

وتأييدا للمعنى الذي ورد في نص المادة **46** من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يمنع التبني شرعا وقانونا" نجد ماجاء في قرار المحكمة العليا الصادرة في **2000/11/20** ملف رقم **246924** حيث جاء فيه : استنادا للمادة السابقة الذكر ومن خلال تمييز قضاة المحكمة العليا بين التبني والنسب الصحيح سواء قد تم اثباته بالاقرار أو بأي وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في المادة **40** من قانون الاسرة[2] فيثبت من الآيتين في سورة الأحزاب والنص القانوني أنهما اتفاقا على أن التبني محرم شرعا وقانونا فنجد في قرار المحكمة :

"من المقرر أنه متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا فان للمدعية الحق في اخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا...."

---

(1) بلحاج العربي، قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2006.

(2) المادة 40 من قانون الاسرة الفصل الخامس من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005.

ومن هنا لايجوز للمسلم الجزائري أن ينسب فلانا اليه ويسجله تحت لقبه واسمه في سجلات الحالة المدنية، لا مباشرة ولا أمام ظابط الحالة المدنية، ولا بموجب قرار قضائي،وكل تصرف مخالف لذلك يمكن أن يعرض صاحبه الى اتهامه بالتزوير ومعاقبته بمقتضى قانون العقوبات، ومن هنا أصبح التبني لايثبت نسب من المتبني ولا يترتب عليه أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء والأبناء[1] ولذلك أصرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على الغاء التبني وابطال أي وثيقة تتضمن هذه الحالة سواءا أكانت صادرة من جهات رسمية وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية وذلك بسبب مخالفتها للنظام العام.

وهذا ماسوف اتناوله في بعض النقاط القادمة عندما يتعلق الأمر في حالة وجود تنازع بين قانونين، وبعدها ساتطرق الى دعوى ابطال التبني والمحكمة التي تنظر فيها وجزاء مخالفة نص المادة **46** من قانون الأسرة الجزائري.

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

لقد نصت المادة **46** من قانون الأسرة الجزائري صراحة على تحريم التبني، اذ يفهم من هذه المادة أنه لا يمكن للأفراد ابرام عقد التبني ولا يجوز للقاضي أو الموثق ابرامه والاذن به، اذ أن هذه المادة جاءت على اطلاقها لكونها استثناء اذ أن حتى الأجانب المقيمين على الجزائر- الذي يسمح لهم قانونهم الداخلي بالتبني- غير جائز لهم المطالبة بذلك أمام القاضي الجزائري.

[1] المجلة القضائية- عدد خاص- سنة 2001، ص 155، قرار المحكمة العليا.التحيين في 25 نوفمبر 2010 من موقع الطالب.

لكن هذه القاعدة لم تبقى على اطلاقها بل أصبحت نسبية وهذا على اثرتعديل القانون المدني بمقتضى القانون**05-10**المتمم والمعدل، اذ أصبح القاضي الجزائري يسمح بالتبني ويبرم عقد التبني ولكن بشروط، وهذه الشروط واردة ضمنيا في نص المادة **13** مكرر**01** من القانون المدني الجزائري[1] لكونها وردت في الفصل الثاني المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان، فهي قواعد اسناد تبين القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي الداخلي عندما يكون أحد أطراف التنازع، أو طرفيه أجنبي على الاقليم الجزائري، فمضمونها نص صراحة على انعقاد التبني الى قانون جنسية كل من طالب التبني والمتبنى وقت اجراءه، وعليه فان هذه المادة تطرح عدة احتمالات أمام القاضي الداخلي:

1) في حالة ما اذا كان قانون جنسية طالب التبني والمتبني لا يسمحان بالتبني، فان القاضي الداخلي يرفض الاذن بالتبني على اساس القانون الداخلي للأطراف الأجانب.

2) في حالة ماذا كان قانون جنسية طالب التبني يسمح به وقانون جنسية المتبنى لا يسمح به مثل حالة طالب التبني يكون تونسيا والطفل المتبنى جزائري، فهنا يطبق القاضي المادة 46 فلا يأذن بالتبني،وفي حالة العكس حيث يكون طالب التبني قانون جنسيته يرفض التبني ويكون جنسية المتبنى يقره فان القاضي الداخلي الجزائري يرفض الاذن بالتبني.[2]

3) وفي الحالة التي يكون فيها قانونا الجنسية للمتبني والمتبنى تسمحان به فلا مجال أمام القاضي الداخلي الجزائري سوى منح الاذن بالتبني.

---

[1] المادة13 مكرر01 من القانون المدني05 - 10"يسري على صحة الكفالة قانون حنسية كل من الكفيل والمكفول وقت اجراءها...وتطبق نفس الأحكام على التبني"

[2] المجلة القضائية –العدد الخاص – سنة 2001، ص 05-06.

ثانيا: دعوى ابطال التبني

ان ادعاء بنوة الطفل ونسبته الى غير والده الحقيقي دون أي مصوغ وبموجب عقد رسمي أو حكم قضائي، فمآل هذا السند هوالبطلان تطبيقا لنص المادة**46** من قانون الأسرة[1] غير أنه بعد تفحص النصوص القانونية، يتضح أنه من الناحية النظرية دعوى تسمى ابطال التبني، لكن يستخلص عمليا أن التبني كمصطلح اذ صدرت عدة قرارات عن كل درجات التقاضي تبطل التبني وتمنعه وهو تكريس الشريعة الاسلامية،اذ ورد في هذا الشأن عدة قرارات نذكر منها :

صدرقرار عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ **2000 /01/18** ملف رقم **234949** قضية "ع.ع.ق" ضد "ن.ع.ش"، أين أكد على ابطال التبني وفي نفس الوقت ابطال عقد الميلاد، باعتباره مزورا طبقا للمادة **47** من الأمر **20-70** المتعلق بالحالة المدنية: حيث أنه من المقرر قانونا ابطال العقود الخاطئة (شهادة الحالة المدنية) عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها، يقدم الطلب اما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل في العقد، واما بصفة فلاعية أمام المحكمة التي رجع اليها النزاع الذي تناول العقد المشوب بالبطلان.

ومتى تبين- في قضية الحال- بأن الطاعن قدم أمام قضاء الموضوع شاهدين يأن المطعون ضدها تبنتها أخته المتوفاة سنة**1997 م**، وبذلك فان قضاة الموضوع لها قضوا بتأييد الحكم المستأنف، وبرفض الدعوى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشهود في ابطال عقد الميلاد باعتباره عقدا رسميا، وقد أخطؤا في تطبيق القانون وعرضو قرارهم للقصور في التسبيب ومتى كان ذلك استوجب قرارهم المطعون فيه النقض.

---

[2] أنظر الاجتهاد القضائي لغرفة االأحوال الشخصية المجلة القضائية- العدد الخاص- الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة2001، ص 155

موقع القانون في متناول الجميع ، التحيين في 18 أفريل 2011.

*اذن من خلال هذا القرار نجد أن مسألة ابطال التبني متى توفرت وسائل اثبات واعطت للجهات القضائية في نفس الوقت الولاية في ابطال عقود الميلاد المزورة لكونها مخالفة للحقيقة.[1]

كما ورد في قضية ابطال التبني ملف رقم 122761 قرار تاريخ 1994/06/28م دعوى ابطال التبني (ف.ف) ضد (و.م) لاخراج المطعون فيه من الميراث- الحكم برفض الدعوى- خطأ في تطبيق القانون "المادتان46 قانون الأسرة الجزائري والمادة47 قانون الحالة المدنية":

من المقررأن يثمنع التبني شرعا وقانونا ومتى تبين في –قضية الحال- أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فانه للمدعية الحق في اخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا، وعليه فان قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى ابطال التبني على أساس أن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبنى، قد أخطئوا في تطبيق ذلك أن دعوى ابطال التبني ليست كدعوى نفي النسب، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

انه من المقرر قانونا،أن أي دعوى أمام القضاء تستوجب شروط واجراءات مقررة في القانون، وهو الشئ الذي ينطبق على هذه الدعوى باعتبارها دعوى قضائية كذلك، لهذا يمكن أن نتطرق اجراءات رفع دعوى التبني وتحديد المحاكم المختصة للنظر في النزاع وتحديد أطراف النزاع وسلطة القاضي للنظر في الدعوى.[2]

أ-أطراف الدعوى: ونعني في قضية الحال المدعي والمدعى عليه، فعملا بأحكام المادة **13** من قانون اجراءات مدنية وادارية، فان الدعوى لاتقبل أمام الجهات القضائية الا اذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة، وعلى هذا الأساس فانها تقتضي كذلك توافرالمصلحة في المسائل الماسة بالنظام العام، وتتسع هذه المصلحة اذن للنيابة العامة التي لها الحق في رفع مثل هذه القضايا اضافة الى أطراف النزاع

---

[1] المؤلف مجهول: الاجتهاد القضائي، موقع القانون في متناول الجميع، التحيين في 18 أفريل 2011.

[2] المجلة القضائية للعدد الخاص –المرجع السابق – ص155.

والتي تكون مناسبة رفع هذه الدعاوى في المنازعات المتعلقة بالميراث، اذ يقوم ورثة المتبني بكل جهدهم على اخراج هذا الدخيل لكونه ليس ولدا شرعيا،حتى لا ياخذ شيئا من الأرث، فلا تكون لهم وسيلة سوى دعوى الابطال أو الدفع بالتبني أثناء سير الأصيلة(ألا وهي الميراث) وعليه نستخلص أن اطراف النزاع هم النيابة طبقا للمادة**03**مكرر ن الأمر رقم **05-02** المعدل والمتمم من قانون الاسرة الجزائري[1].ومن جهة أخرى كل صاحب سيما الورثة الشرعيين ومن جهة أخرى الذي يزعم تبنيه.

ب- المحكمة المختصة وسلطاتها في نظر الدعوى:

عملا بأحكام قانون الأسرة سيما المادة **46** منه، فان الاختصاص النوعي يؤول الى جهات القضاء المدني في قسم الأحوال الشخصية، أما الختصاص المحلي فهو خاضع الى القواعد العامة في الاختصاص، حيث أن رافع الدعوى يرفع عريضته محددة الوقائع والطلبات، ومؤيد ذلك بالحجج والبراهين هكذا كدعوى أصلية وهذا ماجاء في ملف القضية رقم **122761** بتاريخ **1994/06/20م** التي سبق لنا التطرق اليها فمتى تبين أن المتبى ابن غير شرعي للمتبني، فاللمدعية الحق في اخراجه من الميراث، فيثار هذا الدفع أثناء السيرفي الدعوى فيكون على القاضي بعد عرض النزاع عليه والتأكد من صحة الاجراءات ان يقوم بمباشرة اجراءات التحقيق للتأكد من مدى صحة ادعاء المدعية، مستعينا بشهادة الشهود مثلا، أو يستعين بالتقارير الطبية، اذا كانت تثبت عقم الزوجين، أو الاستعانة ADN[2]. بالطرق العلمية الذي هو طريقة من طرق الاثبات ولا مجال للخطأ فيه كتحليل

أما سلطة القاضي في النزاع فهي لا تقتصر على ابطال التبني،بل ابطال حتى عقد ميلاد المتبى.

---

[1] االمادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[2] المجلة القضائية –المرجع السابق- 155.

ج- قابلية الحكم للطعن : اذ أن الأحكام الصادرة عن محكمة الدرجة الأولى في هذه المسألة هي ابتدائية ولي نهائية، وبالتالي يمكن الطعن فيها بالطرق العادية بالمعارضة والاستئناف داخل الآجال المحددة قانونا والطرق العادية كالطعن بالنقض والتماس اعادة النظر.

هذا كأصل عام أما استثناءا و بالاعتماد على نص المادة **46** قانون أسرة[1] ، فنجد أن المدعى عليه والمتبنى ليس له حق التقاضي بالنقض والطعن لأن التبني محرم شرعا و قانونا، وبالتالي تقاضيه يكون في المعدوم لا يرجى منه شيئ، فلا يمكنه المطالبة بلقبه الممنوح له ولا الميراث لانعدام الصفة فيه، الا في حالة نجد له بعض الحق اذا تبرع له المتبني وهو في كامل قواه العقلية على هبة أووصية أوتبرع مايقارب الثلث لتوقع الشخص المتبني أنه بعد وفاته سوف يحصل ما يخشاه، وهو اخراج المتبنى من الميراث وعدم اعطاءه أي حق.[2]

ثالثا : التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له.

أ-التكييف الجزائي: على الرغم من أن الفعل الذي يقوم به الشخص بالتبني يكون في حد ذاته مساس بالنظام العام، لأنه يحدث نزاعات قوية في العائلة الواحدةنوعرقية داخل المجتمع لكون هذا الطفل يعتبر دائما دخيلا على الأسرة الحاملة للقب العائلي الذي اعتدى عليه والذي يعتبر تعديا على الغير مجسدا في التعدي على لقب الغيرلكون اللقب يشرك فيه عدة عائلات.

وبالرجوع الى المشرع الجزائري فاننا نجده لم يجرم هذا الفعل صراحة، ولم ينصص عليه بحد ذاته لكن بالرجوع الى طبيعة هذا الفعل نجده يكون في عناصره نوع من التحايل على القانون، ويشتمل ذلك في الاقرار والادلاء بالتصريحات لدى ظابط الحالة المدنية غير مطابق للحقيقة، بدليل أن الطفل ليس ابنه الشرعي للمتبني.وعلى هذا الأساس فانه يمكن تكييفه بالرجوع الى نص المادة **34** من قانون

[1] المادة 46 من قانون الاسرة الجزائري(27)

[2] المجلة القضائية – نفس المرجع- نفس الصفحة.

الحالة المدنية التي تنص على أن كل شخص ورد ذكره في الوثيقة ولم تكن تصريحاته حقيقية،فانه يتعرض للعقوبة المنصوص علهي في نص المادة 217 من قانون العقوبات الجزائري[1] والتي تنص على أن كل شخص ليس طرفا في المحور، وأدلى أمام العموم بتصريح يعلم أنه غير مطابق للحقيقة يتعرض للعقوبة الجزائية.[1]

ب- العقوبة المقررة لفاعل التبني : طبقا لنص المادة **217** من قانون العقوبات فان العقوبة المقررة للقائم، أو الذي أدلى أمام ظابط الحالة المدنية بتصريح بطفل على أساس أنه ابن له قصد تسجيله بالحالة المدنية، مع علمه بأن هذا التصريح مخالف للواقع والحقيقة، فلقد شدد المشرع في هذه الجنحة اذ وضع الحد الأدنى لها بسنة واحدة(01) والحد الأقصى بخمس سنوات(05) وبغرامة مالية من 500 الى 1000دج، كل شخص وضع طرفا في المحور أمام الموظف بتقرير يعلم أنه غير مطابق للحقيقة، لأنه تعدى على اللقب العائلي وفيه اختلاط للأنساب.

وبالتالي فاننا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد غلب عليه بعض التقصير،حيث نلاحظ أنه لم يحدد بنصوص قانونية العقوبات المقررة للشخص الذي تبنى ولدا ليس بولده ويلحقه بنسبه، حيث كان من الأولى له أن يدرج التبني في خانة الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ويحدد لها نص عقابي صريح باعتبار التبني ممنوع منعا باتا لما فيه من منكرات أبطلتها الشريعة الاسلامية وحدت من آثارها، وذلك بدل الاكتفاء بنص المادة **217** من قانون العقوبات المذكور سابقا وتكييف التبني على أنه تزوير وتحريف في الوقائع في محررات رسمية.[2]

---

[1] المادة 217 من قانون العقوبات الجزائري.

[2] خلوفي البشير – مذكرة تخرج حول التبني والكفالة- المدرسة العلياللقضاء،محكمة قضاء وهران، سنة 2003-2004ن ص 15.

الفصل الثاني: ماهية الكفالة

المبحث الأول : مفهوم الكفالة وخصائصها واجراءات انعقادها .

ان الكفالة كمصطلح قانوني له عدة معاني، منها ما يعني ضمان المدين، ومنها مايعني الولاية التي قد تكون ولاية على النفس أو المال، لكن ما يهمنا نحن من الكفالة هي التي تعنى برعاية الطفل القاصر في نفسه أولا ثم ماله، وهذا ما سوف نحاول معرفته من خلال التطرق الى مفهوم الكفالة من خلال مايلي:

المطلب الأول: تعريف الكفالة وخصائصها.

وهنا نتطرق الى الكفالة بمفهومها اللغوي والاصطلاحي،لكي نتمك من تحديد الخصائص التي يتميز بها هذا النظام.

الفرع الأول: الكفالة لغة.

الكافل: العائل، كفله يكفله و كفله اياه و في التنزيل العزيز: و كفلها زكريا، وقد قرئت بالتثقيل و نصب زكريا، و ذكر الأخفش أنه قرئ، و كفلها زكريا بكسر الفاء، وفي الحديث: أنه وكافل اليتيم كهاتين في الجنة له ولغيره، والكافل: القائم بأمر اليتيم المربي له، وهو من الكفيل الضمين، و الضمير في له و لغيره راجع الى الكافل أي أن اليتيم سواء كان الكافل من ذوي رحمه وأنسابه أو كان أجنبيا لغيره تكفل به.

الكافل والكفيل كالضامن ، والانثى كفيل أيضا وجمع الكافل كفل، و جمع الكفيل الكفلاء، و كلفها زكريا أي ضمنها اياه حتى تكفل بحضانتها ومن قرأ "وكفلها زكريا" فالمعنى ضمن القيام بأمرها.

---

[1] ابن منظور – لسان العرب – مجلد جديد ، ص 255، سنة 2003، دار المعارف، القاهرة. ص 255، التحيين في 19 أفريل 2011

الفرع الثاني: الكفالة قانونا.

الكفالة في القانون لها معنيين: معنى بحسب القانون المدني، ومعنى بحسب قانون الأسرة.

أ- في القانون المدني الجزائري: نصت عليه المادة **644** منه بأنه: "عقد من خلاله يكفل شخص بتنفيذ التزام قائم على عاتق شخص معين أو محتمل القيام به مستقبلا، اذ يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام مستقبلا، اذا لم يفي به المدين نفسه عند حلول الأجل."

ب- في قانون الأسرة الجزائري: و نصت عليه في المادة **116** بقولها: "عبارة عن التزام على وجه الشرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي."، كما تعرف بأنها التبني الشرعي أو الاستقبال الشرعي، وهي التزام المعني قانونيا بالأمر ليكفل تطوعا بنفقات و مصاريف التربية، الاعتناء وحماية الطفل القاصر مثلما يقوم بذلك الأب اتجاه ابنه.[1]

أما في القانون المغربي فقد ورد في مدونة الأسرة المغربية بأن الكفالة هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته، و يعتبر الطفل المهمل من كلا الجنسيين من لم تقل عمره عن **18** سنة شمسية كاملة اذا وجد في الحالات التالية:

- اذا ولد من ابوين مجهولين، أو لأب مجهول وأم معلومة تخلت عنه.

-اذا كان يتيما أو كان والديه عاجزين عن رعايته لأسباب معيشية.

- اذا كان أبواه منحرفيين، و لا يساعده على اكتساب سلوك حسن و بيئة ملائمة أو في حالة سقوط الولاية الشرعية اذا كان وليه غير مؤهل.[2]

---

[1] موقع المواطن – وزارة العدل الجزائرية- التحيين في 22 أفريل 2011.

[2] مدونة الأسرة المغربية- الجريدة الرسمية – عدد 5184- بتاريخ 2004/02/05، ص418- المادة الأولى –الباب الأول -.

وعليه نجد أن الكفالة سواءا كانت في القانون المدني أوقانون الأسرة فان مدلولها يتمحور هدفه في رعاية طرف آخر بصفة اختيارية تطوعية، فالكفالة تعتبر بديلا شرعيا للتبني، أقرته الشريعة الاسلامية، وأخذت به التشريعات العربية مثل المشرع الجزائري و المغربي و ذلك لمتطلبات الحياة، و للمحافظة على كيان المجتمع، بتعويض الطبقة المحرومة من الأطفال القصر من الرعاية و الاعانة الواجب توفرها في حال انعدامها لأسباب مختلفة و تهدف الكفالة الى الاحسان و رعاية وتربية القاصر بدون مقابل، بوضعه مرتبة الابن الشرعي في المعاملة، و في كثير من الأحيان يكون هذا الطفل يتيما أو لقيطا لاذنب له في هذا المجتمع فلا يحتاج الا الى أسرة تأويه وترعاه.

الفرع الثالث: خصائص الكفالة.

ان الكفالة تتميز بعدة خصائص تميزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها مثلالحضانة و التبني، فالكفالة يمكن اجمالها فيمايلي:

-ان الكفالة هي عبارة عن بديل لنظام التبني، و ضعه المشرع لغاية اجتماعية و ذلك لرعاية الأطفال القصر اللقطاء مجهولي النسب، و حتى علومي النسب و ذلك بتولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشأته و رعايته لظروفهم الاجتماعية الصعبة.

-الكفالة عبارة عن عقد ذو ثلاثة اطراف هم : الكفيل، المكفول والشخص أو الهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكفيل أمام الجهات القضائية المختصة قانونا

- الكفالة من العقود الشرعية تكون من طرف الكفيل من دون أي مقابل الا لغاية وباعث انساني.

- الكفالة تضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي و الذي يترتب عليه حقوق والتزامات متبادلة محددة وفقا للاحكام التي تحكم علاقة الابن والأب.

- الكفالة عقد يتم ابرامه و فقا للأشكال المتفق عليها، فلا يتم الا أمام الموثق أو الجهة القضائية طبقا لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري.

- الكفالة ليست أبدية بل تسقط لتحقق أحد الأسباب المحددة قانونا سواء أكانت أسبابا ارادية أو لا ارادية.[1]

- الكفالة تحافظ و تحمي الأنساب، اذ المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة و الكفالة تقوم بحماية الحقوق الميراثية، و تمنع التعدي على حقوق التركة، اذ لا يحق للمكفول الميراث بل يحصل فقط على الهبة أو الوصية.

المطلب الثاني: شروط الكفالة واجراءات انعقادها.

لقد نظم المشرع الجزائري الكفالة في اطار نصوص قانونية من عدة جوانب من حيث المضمون و الأطراف والشكل، وذلك في ظل قانون الأسرة الجزائري الذي يعتبر بمثابة الأساس الذي ترتكزعليه أحكام الكفالة، الى جانب المراسيم التنفيذية و ذلك بخصوص تغيير اللقب العائلي، كما نجد من جهة أخرى أن قانون الاجراءات المدنية و الادارية قد نظم الكفالة من حيث تباين الشروط الواجب اتباعها وغير ذلك، وهذا ماسوف نتطرق اليه بالتدرج من خلال التالي:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافل.

بالرجوع الى أحكام المادة **495** [2] من قانون الاجراءات المدنية و الادارية نجد أنه يتعين على قاضي شؤون الأسرة أن يتأكد من توافر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل و عند الاقتضاء

---

[1] القاضي خلوفي بشير ، المرجع السابق، ص 18-19.

[2] المادة 495 من قانون الاجراءات المدنية والادارية

يأمر باجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والانفاق عليه و تربيته. و متى توفرت هذه الشروط التي تطرق اليها المشرع في المادتيين **117-118** من قانون الاسرة: فانه يجوز تحديد واجازة طلب الكفالة و تتمثل هذه الشروط في : الاسلام، القدرة، العقل، و شروط أخرى لم يتطرق اليها المشرع بنصوص تشريعية.

أ- شرط الاسلام: لقد أوجب قانون الأسرة شرط الاسلام، أي أن يكون الكافل يدين الاسلام حتى يمكنه أن يتكفل بطفل و أساس ذلك يرجع الى أن الكافل سيمارس الولاية على نفس المكفول، و يتولى كل أموره و على ذلك يجب أن يكون مسلما لقوله تعالى: " لايتخذ المؤمنون الكافرون أولياء من دون المؤمنيين و من يفعل ذلك فليس من الله في شيئ."[1]، وكذلك قوله تعالى: " لن يجعل الله للكافرين على المؤمنيين سبيلا."[2]

ومادامت الكفالة ترتكز أصلا على رعاية وتربية المكفول،فان الاسلام هو الديانة الفضلى في تربية الفرد و تكوين أخلاقه، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة **118** من قانون الأسرة الجزائري[3]، و باعتبار الجزائر دولة اسلامية فان الأطفال اللقطاء الموجودون فوق أراضيها يسمون " بالمسلمين الأحرار"، كونهم وجدوا في دار اسلامية، كما أنهم يكتسبون الجنسية الجزائرية طبقا للمادة **6** فقرة**2**، و**7** من قانون الجنسية باعتبارهم مجهولي الأبوين أومجهولي الأب[4].

---

[1] سورة أل عمران – الآية رقم 22.

[2] سورة النساء – الآية رقم 141.

[3] المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري – الفصل السابع من الأمر رقم 05-02.

[4] المادتين: 06-07 من قانون الجنسية الجزائري.

وبالتالي الغير مسلم سواء أكان مسيحي أو يهودي الديانة عندما يقدم طلب الكفالة لطفل قاصر جزائري، فان طلبه يرفض و هذا مايجري عمليا في المحاكم، اذ أنه سبق لامرأة من جنسية فرنسية تقدمت بطلب لكفالة طفل جزائري لكن طلبها رفض على أساس أنها أجنبية وبالتالي غير مسلمة،ويترك أمر اعطاء الكفالة للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في الطلب لما في ذلك من حساسية الموضوع وأنه مساس بالنظام العام.[1]

ب- شرط القدرة: و هذا الشرط مفاده أن يكون الكافل قادرا ماديا ومعنويا على التكفل بالقاصر فأي عجز يكون الكافل مصاب به يمكن أن يقف عاجزا بينه وبين تكفل بقاصر على أحسن وجه .اذ لا يعقل في طالب الكفالة أن يكون بطالا، و ليس له مورد رزق ، اذ أنه عمليا يطلب القضاة من طالب الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقق من هذه القدرة والا رفض طلبه مراعاة لمصلحة المكفول، فالكافل عندما يقدم طلب الكفالة لابد أن يكون مهيأ لها ماديا و معنويا لتحمل مسؤولية المكفول القاصر على أحسن حال وبدون أي تقصيرنوهذا لايتحقق الا عند توافر شرط القدرة التي تكون حسية ومعلومة تؤتي ثمارها التي تتمثل في القدرة على رعاية وتربية المكفول كابن شرعي.

ج- شرط أن يكون الكافل عاقلا متمتعا بالأهلية الكاملة:

وهو شرط أساسي وجوهري في عقد الكفالة،وذلك أن المعدوم عقله لايمكنه التكفل بشخص آخر لأنه هو في الأصل لايمكنه التكفل بشؤونه ويحتاج لمن يرعاه،فلا يمكن تخيل أن يرعى غيره وبالتالي يجب أن يكون الكافل هنا بالغا،عاقل،غير محجوز عليه لسبب ما كالعته أو الجنون،وأن يكون متوازن متكامل،فهي الشروط المتفق عليها في كل عقد يبرم بين طرفين أو أكثر ويرجع تقدير مسألة العقل الى السلطة التقديرية للقاضي حسب ظروف كل حالة وما تتطلبه مصلحة المكفول.[2]

[1] عزة شموخي – مقال" الكفالة أو التبني الشرعي" التحيين في 20 يناير 2011.

[2] المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري

د- بعض الشروط الأخرى المتعلقة بالكافل غير منصوص عليها قانونا:

لقد أغفل المشرع الجزائري بعض التفاصيل الدقيقة في الشروط المتعلقة بالكافل فلم ينص عليها صراحة، عكس بعض التشريعات العربية الأخرى و هذا ماسوف نحاول تحديده في النقاط التالية:

1) جنسية طالب الكفالة: بالرجوع الى قانون الأسرة نجد أن المشرع سكت على هذا الشرط،اذ كان من المفروض التنصيص عليه صراحة باعتبار كل من ولد على التراب الجزائري هو جزائري الجنسية و يعتبر ثروة بشرية للبلاد يجب أن لا يتركها للغير، وعليه وجب على طالب الكفالة أن يكون جزائري الجنسية، غير أننا قد نفترض وجود شخص أجنبي طلب كفالة جزائري فانه بالرجوع الى نص المادة **13** مكرر **01** من القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري أجاز للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الداخلي بطلب الكفالة، وبغض النظر عن دينهم فان قواعد الاسناد المحددة في المادة أعلاه، تستوجب على القاضي فقط مراعاة قانوني مقدم الكفالة والطفل المكفول عند انشاء العقد اذا كانا يجيزان الكفالة أما اذا كان أحدهما لايجيزه فلا يمكن قبول طلب الكفالة.[1]

2) الشرط المتعلق بالكافل: فهو غير واضح اذ الكثير يقتصر على الرجل و هناك البعض الآخر لا يفرق بين اذا كان رجلا أو امرأة، غير أن المشرع الجزائري وبقراءة نص المادة **118** نجد أن المصطلح يؤكد على الكافل الذكر و ليس المراة و كان من الأولى له تحديد ذلك والاشارة الى حق المرأة لما تتميز به من العطف والحنان بحمك أن مرحلة الطفولة تكون دائما بين أحضان المراة و ليس الرجل فقط و هذا الأمر نجد أن المشرع المغربي تفطن له، وذلك في مدونة الأسرة حيث جعل كامل الحق للمرأة بطلب الكفالة الى جانب الرجل اذا توافرت فيها الشروط المنصوص عليها.[2]

(1) أ. الغوثي بن ملحة – قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء- الطبعةالأولى- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة2005 ، ص 171.

(2) مدونة الأسرة المغربية – المادة 09 .

3) طالب الكفالة شخص معنوي : لايوجد نص تشريعي يجيز للأشخاص المعنوية الحق في الكفالة مثل المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمنظمات ذات الطابع الاجتماعي مع العلم أن مثل هذه الأشخاص الاعتبارية عادة لها ملاءة مالية وتسيير بشري ملائم،اذ يمكنها التكفل بالأطفال اللقطاء ومجهولي النسب الذين تخلت عنهم أهاليهم بسبب الظروف الاجتماعية.

غير أن حق الأشخاص المعنوية في طلب الكفالة أجازه المشرع المغربي صراحة واشترط أن تكون الجمعية أو المؤسسة مؤهلة قانونا ومعتمدة، وأن تسهر على تنشئة اسلامية بحتة[1] فهنا نجد أن المشرع الجزائري قد قصر مرة أخرى من خلال عدم الاهتمام بحق المؤسسات في كفالة القصر باعتبارأن هذه المؤسسات موجودة في الجزائر، وتلعب دورا فعالا في حماية ورعاية القصر، وانتشالهم من الشارع والفقر من خلال ما يعرف بمراكز حماية الطفولة المسعفة أو المحرومة ، اذا توفرت لديهم الأجواء الأسرية المشابهة لأجواء العائلة الحقيقية.

4) شرط فارق السن بين الكافل والمكفول : فبالرجوع الى الأحكام المتعلقة بالكفالة في الفصل السابع من قلنون الأسرة الجزائري، نلاحظ أن المشرع لم ينص أو يحدد الأدنى الواجب توافره بين الكافل والمكفول، اذ هي مسألة مهمة حيث لا يمكن قبول و جود فارق قليل بين الكافل و المكفول فالمنطق لا يقبل كفالة قاصر من زوجين يبلغان من العمر70 سنة، اذ لا يمكن توفير الرعاية للطفل القاصر، كما هو الحال بالنسبة لحديثي الزواج أي لا بد من وجود سن معين بين طرفي الكفالة، فيكون ملائما و مناسبا لمسؤولية جدية كمسؤولية التكفل بقاصر.[2]

---

[1] القاضي مخلوفي البشير –المرجع السابق – ص 27.

[2] القاضي مخلوفي – المرجع السابق-

5) شرط الزواج : و هو شرط أساسي و ضروري لم يتم حتى الاشارة اليه في المواد المتعلقة بالكفالة، اذ كانت تشير لكلمة "الكافل"، ولم يشر الى طرف ثاني، غير أنه هذا الشرط يفهم عمليا وبدون تفكير فهذا الطفل القاصر يبحث عن جو اسري، هذا الأخير لا يكون الا في ظل طرفين فأكثر متكون من زوج و زوجة، كما يشترط في شهادة الكفالة الواجب توافرها لا كمال الاجراءات و جود شهادة الزواج و بالتالي فانه شرط يفهم ضمنيا ولا يحتاج الى الاشارة له.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالطفل المكفول .

لم يرد في قانون الاسرة الجزائري أي شرط بالنسبة للطفل المكفول بصفة دقيقة ومحددة، غير أنه يمكن استنتاج بعضها من خلال التمعن في المواد المتعلقة بالكفالة، اذ تم الاشارة اليها لكن بصورة غير مباشرة و ذلك بالرجوع الى نص المادة **116** التي حددت في المكفول صفة القاصر و في نص المادة **119** من نفس القانون، أشارت الى وضعية هذا الطفل بأن يكون مجهول النسب أو معروف النسب.

أ- شرط العمر: وهي أن يكون الطفل المكفول قاصرا، لأن سبب صغره هو الذي يجعله بحاجة الى الرعاية والتكفل به، و هي المرحلة التي يكون فيها المكفول غير قادر على القيام بنفسه وهذا ما ينص عليه نص المادة **02/40** فقرة **02** من القانون المدني التي عرفت الطفل القاصر بسنه ، و نصت على أن القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد ب**19** سنة كاملة، و بالتالي يجب على الموثق أو المحكمة حتى تبرم عقد الكفالة أن يجري تحقيق في الملف المتعلق بطلب الكفالة في كل صغيرة و كبيرة، ومن بين ذلك التأكد من أن سن المكفول تحت 19 سنة ، وهذا الأمر لم يحدده المشرع الجزائري عكس

المشرع المغربي الذي نص في مدونة الأسرة المغربية بأنه يعتبر طفل مهمل كل من لم يبلغ 18 سنة شمسية كاملة.[1]

ب- المكفول اما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب: وهو شرط ورد في نص المادة **119** من قانون الأسرة و هي أن يكون قاصرا لا يكون له شخص قادر على رعايته ، و يقوم بشؤونه أو و جوده مع تنازله أو عدم قدرته المالية و المعنوية على هذه الرعاية وهنا لا بد أن نفرق بين حالتين:

1- القاصر معلوم النسب: وهو ولد لأبوين معلومين و رغم ذلك يتم كفالته من الكافل بتنازل أبويه عنه. وهنا على القاضي ترجيح القدرة على رعاية المكفول بين أبويه والكافل مع الأخذ بالاعتبار مصلحة المكفول في كلتا الحالتين، ولا بد من موافقة كلا الوالدين على الكفالة أمام القاضي، و في حالة وجود أحد هما متوفى أو نزعت منه الولاية الشرعية لسبب معين، فانه يكفي حضور و قبول الطرف الآخر، أما في حالة وفاتهما أوكانا فاقدين الأهلية لأي سبب، فان الرضا يكون من مجلس العائلة أو من يتولى أمر المكفول وفي كل هذه الحالات يحتفض القاصر بنسبه الأصلي، وهذا ماتقره المادة **120** من قانون الأسرة الجزائري.

2- القاصر مجهول النسب: وهم اللقطاء و قد اهتم بهم المشرع و أخضعهم الى الدولة التي تتكفل بأعباء رعايتهم و تربيتهم داخل مراكز رعاية خاصة، و القاصر مجهول النسب هو الذي أولاه المشرع الاهتمام الأكبر من خلال المراسيم التنفيذية : فالمرسوم **92 /24** المتمم و المعدل للمرسوم

[1] موقع المواطن، من موقع وزارة العدل الجزائرية، التحيين في 15 أفريل 2011.

التنفيذي رقم **71/157** المتعلق بتغيير اللقب، فاشترط على المؤسسة التي ترعاه التأكد جيدا من نوايا الكافل اتجاه تعويضه من حرمان الجوالعائلي لأسباب لا دخل له فيها.[1]

الفرع الثالث: اجراءات انعقاد الكفالة.

ان الكفالة كعقد ينشؤ على مرحلتين:أولهما مرحلة تمهيدية يتم فيها التأكد من صحة توافر الشروط التي سبق ذكرها سابقا مع التأكد من رضا و قبول الطرفين للكفالة، ليتم بعد ذلك الانتقال الى المرحلة التنفيذية و مباشرة ذلك يكون أمام جهات قضائية مختصة حددها القانون، هذه الاخيرة التي تبرم عقد الكفالة و تقبله باشتراط وثائق ضرورية مطلوبة من كلا الطرفين كما يمكننا ملاحظة أن المشرع لم يشترط شكل معين لتحرير عقد الكفالة، بل تركها للسلطة التقديرية للقضاة بما يتماشى مع مصلحة الطفل القاصر المكفول فقط، و هذا ما سوف نحاول التطرق اليه فيا يلي:

أ- الجهات القضائية المختصة: وهي الجهات التي نصت عليها المادة **117** من قانون الاسرة وتكون مختصة بتحرير عقد الكفالة تتمثل في الموثق والقاضي داخليا،والقنصليات الجزائرية خارجيا ، والهدف من ذلك هو امكانية اثبات وجوده في حياة القانون كما تطالب هذه الجهات المعنية بارفاق طلب الكفالة بمجموعة من الوثائق يؤدي تخلفها الى رفض الطلب.

-القاضي: بالرغم أن عقد الكفالة يتم أساسا خارج حرم المحكمة، وبين طرفيه و هما الكافل و ولي المكفول (حيث يعتبر رضا وقبول الطرفين عقد الكفالة أ ول اجراء و أهم اجراء و لا يتم التقدم بطلب الطفالة من غير وجود تطابق ارادتي الطرفين باليجاب والقبول.) سواءا أ كان أبوه أو مؤسسة حماية الطفولة و يقومان بالتصرف القانوني بكل حرية، الا أن هذا العقد لايحدث آثاره ولايمكن وجوده في

[1] موقع المواطن، موقع وزارة العدل الجزائرية، التحيين في 16 أفريل 2011.

عالم القانون الا باللجوء الى القاضي، وهذا ماجاء في نص المادة 117 من قانون الأسرة[1] فالمقصود بالمحكمة هنا هو رئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصية، وهذا الأخيرالذي ينظر في طلب الكفالة وذلك بتوافر الشروط الشكلية والموضوعية، وبعد اطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف المطلوبة قانونا، اذ يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة [2] ولأن مصلحة المكفول مهمة والواجب حمايتها، و لأن للقاضي دور هام في ذلك فهو المراقب على التعاقد المبرم بين الكافل والولي(سواء أكان معلوم النسب أومجهول النسب)، فانه يجوزله عند الاقتضاء أن يأمر باجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والانفاق عليه وتربيته[3] ، وبعد التأكد من الشروط والاجراءات المتبعة يصدر القاضي في طلب الكفالة بأمر ولائي ويكون الأمر نهائي[4]، وذلك بعد نظر الطلب في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة[5]، باعتبار أن النيابة العامة تمثل المجتمع وتعمل على حماية حقوق والحريات فيه.

و عليه نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى الصلاحية الكاملة للقاضي باصدار طلب الكفالة بالقبول أوالرفض، بعد أخذ موافقة الولي ورضاه على ذلك، فهو دوره يكمن في افراغ ارادة الطرفين في شكل معين.

---

[1] المادة 117 من قانون الاسرة الجزائري.

[2] لمادة 492 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري

[3] المادة 495 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

[4] المادة 493 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

[5] المادة 494 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

وينظر في طلب الكفالة قاضي المحكمة الواقع في دائرتها موطن طالب الكفالة أي الكافل، أما اذا كان موطن هذا الأخير موجود بالخارج فيكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن الطفل المكفول[1]. ويكون هذا الطلب الموجه الى رئيس المحكمة دون و جود منازعة ولا خصومة لأ نها تعتبر من الأعمال الآتية للقاضي، وبالتالي متى تم الموافقة على الطلب، فان القاضي يصدر أمر يمنح الكفالة للكافل وهذا بارسال نسخة منه الى ظابط الحالة المدنية لمكان مولد الطفل المكفول لتسجيله على هامش شهادة ميلاده بأنه مكفول، مما يمكن حامل العقد أي الكافل بتسجيله بمصالح الحالة المدنية، ليتسنى له الحصول على الوثائق الادارية، ويجب الاشارة أن عملية التسليم تتم تلقائيا بين طالب الكفالة والشخص الذي عنده المكفول دون حضور النيابة أو تحرير محضر التسليم.

- الموثق: رغم أن عقد الكفالة رضائي، وغاية الكافل وهدفه هو نية التبرع و الاحسان للقيام بشؤون قاصر و رعايته و العناية به و تربيته كأنه ابن شرعي الا أن المشرع رغم ذلك، ونظرا لبعد نظره و الضروف التي قد تكون فيها حرجا على الكافل أو ولي القاصر التوجه الى المحكمة لابرام عقد الكفالة (كحالة تخلي معلومي النسب عن ولدهم لأسباب معيشية)، فقد أوجد طريقا آخر لاتمام العقد ويكون ذلك أمام ظابط عمومي وهوالموثقن وهذا ماتؤكده المادة **117** بقولها:"...أمام المحكمة أو الموثق..."، ويقدم عقد الكفالة من عقود الحالة المدنية، و ذلك أن يضع المكفول القاصر في مركز قانوني جديد، و هو المكفول بعد أن كان طفلا شرعيا أو ابن لقيط في مركز حماية الطفولة فيغير مركزه و حالته الى مكفول تحت ولاية الكافل، و قد يكون شرط تحرير العقد لدى الموثق لمراقبة اجراءات صحة العقد و اعطاءه قوة ثبوتية مطلقة باعتباره من العقود الرسمية و التي لايمكن الطعن فيها الا بالتزوير طبقا للمادة **324** من القانون المدني و المادة 115 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.[2]

---

[1] موقع المواطن- المرجع السابق- التحيين في 17 أفريل 2011.

[2] بوعشفة عقيلة: مدكرة حول الكفالة في القانون الاسرة والشريعة الاسلامية، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12 ،سنة 2001-2004، ص 26-27.

- ***البعثات الدبلوماسية :*** وهي عندما يكون طالب الكفالة أو الطفل المكفول مقيمين بالخارج، فيودع طلب الكفالة من قبل الجزائريين المقيمين بالخارج لدى رؤساء الديبلوماسية و ذوي الشأن، هذه الأخيرة اما تقبل أو ترفض الطلب حسب الشروط المطلوبة و تماشيا مع نص المادة **13** مكرر الفقرة الأولى من قانون المدني الجزائري.[1]

- و في حالة الموافقة فانه يشترط في طالب الكفالة أن يكون مسلما فيتقدم الى القنصلية بملف يتضمن الزاميا الوثائق التالية:

- طلب خطي يقدم فيه المعني أسباب طلب الكفالة.

- نسخة من رقم بطاقة تسجيل القنصلية لطلب الكفالة.

- شهادة ميلاد طالب الكفالة.

- الشهادة العائلية للمتزوجين.

- سجل السوابق العدلية لطالبي الكفالة.

- شهادة العمل وكشوف الرواتب لثلاثة أشهر الأخيرة.

- وثيقة اثبات السكن "القدرة على الايواء".

- شهادة طبية للزوجين.

وتقوم مصالح القنصلية بالتحقيق النفسي والاجتماعي لطالب الكفالة.

[1] المادة 13 مكرر الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري.

- الوثائق المطلوبة في ملف الكفالة :

تتطلب الكفالة وجود بعض الوثائق الضرورية والتي لا يمكن قبول الطلب الا اذا توفرت وهي تختلف باختلاف الحالة من الولد القاصر مجهول النسب الى الولد القاصر معلوم النسب، هذا الأخير يشترط فيه المحافظة على نسبه الأصلي.

لقد استقرالعمل في المحاكم على ان تكوين ملف الكفالة يكون باحضار الوثائق التي تقدم أمام الموثق أو رئيس المحكمة الأقرب على مكان اقامة الكفيل.

الوثائق المطلوبة في حالة قاصر معلوم النسب:

- لابد من موافقة الأبوين البيولوجيين وذلك بتصريح خطي.
- طلب خطي الى رئيس المحكمة.
- شهادة ميلاد القاصر المكفول.
- شهادة عمل الكافل.
- كشف الراتب للكافل.
- تصريح شرفي للكافل يثبت فيه اسلامه.
- شهادة اقامة المعني(الكافل)+ بطاقة التعريف.
- شهادة اقامة الوالدين+ بطاقة التعريف.
- طابع جبائي.
- شهادة طبية للزوجين.
- حظور شاهدين لاثبات الكفالة.

الوثائق المطلوبة في حالة قاصر مجهول النسب:

نفس الوثائق المبينة أعلاه، لكن يزاد على ذلك تقديم طلب خطي يثبت موافقة الأم البيولوجية في حالة اذا كانت معلومة. أما في حالة ما اذا كان القاصر مجهول الأبوين كلاهما فانه تقدم تصريح خطي بعدم معرفة الأبويين البيولوجيين، و يتم تقديم شهادة تسلمها مديرية الاسعاف الاجتماعي التي تثبت القاصر تحت الكفالة التابعة لوزارة التضامن الوطني. وهي شهادة الوضع تستخرج من مديرية النشاط الاجتماعي بالنسبة للطفل القاصر من طرف مصالح رعاية الطفولة.[1]

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على عقد الكفالة.

بعد أن يتم افراغ عقد الكفالة وابرامه،وفقا للشروط والاجراءات المطلوبة قانونا، و أمام الجهات القضائية المختصة، وبعد تعهد الكافل بالقيام برعاية القاصر المكفول رعاية الأب لابنه،يصبح هذا العقد ساري المفعول و منتجا لكل آثاره كغيره من العقود التي تبرم بين طرفين، وسنحاول معرفة هذه الآثار التي تنتج عن عقد الكفالة:

الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول.

لقد شرعت هذه الولاية للمحافظة على نفس المكفول وصيانته، وهي كقاعدة عامة ولاية تثبت للقصر، غير أنه يمكن ان تثبت على المجنون والمعتوه. وتتمثل هذه الولاية بانفاق الكافل على المكفول وذلك بتوفير الملبس والمأكل والمأوى والدواء والعلاج، وكذلك تربيته و هذا مانصت عليه المادة **121** من قانون الأسرة صراحة." تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي."

[1] عزة الشموخي – المرجع السابق-.

فيجب على الكافل أن يسهر على تعليمه و تربيته و حمايته من كل اعتداء يقع عليه، فهو يمثل الولي الشرعي له عند العتداء عليه،وهو الذي يرفع الشكاوى باسمه ويطالب بالتعويض لفائدته باعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحكمة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهو المسؤول القانوني أمام جميع الهيئات و الأشخاص عن أفعال المكفول التي تلقي أضرارا بالغير فلو أن المكفول تسبب في فعل ضار كتحطيم سيارة الغير فهنا الكافل هو الذي يمثل أمام القضاء و يلتزم بالتعويض مع مراعاة أحكام القانون المدني اذ يمكن للقاصر أن يتحمل نتيجة خطأه بشرط أن يكون مميزا[1] ، لأن الخطأ يتطلب التمييز الذي حدده القانون ب 13 سنة، وأن تكون له ذمة مالية[2] و في حالة عدم توفر هذين الشرطين فان المكفول هوالذي يتحمل.

والحقوق المقررة بموجب الكفالة هي جميع المنح العائلية والدراسية،وعليه فانه يفترض في الكافل العامل فرضين: اما أن يضع أثناء تكوين ملف العمل الذي يوضع لدى ادارة المستخدم شهادة عائلية مسجل بها الى جانب الأبناء الشرعيين وجود ابن مكفول، أو يضع الشهادة العائلية زائد عقد الكفالة منفصلين قصد الاستفادة من المنح العائلية، وان كان الأقرب هو من المفروض بموجب عقد الكفالة أن يأمر القاضي ظابط الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية للكافل مع الاشارة أنه مكفول وهو الذي معمول به لدى المغرب وغير موجود في الجزائر.[3]

---

[1] د. عبد العزيز سعد:الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، سنة2002،الجزائر،ص 186 "منتدى عبد الحليم للمحاماة- المادة القانونية-شؤون الأسرة- التعيين في10 نوفمبر2010."

[2] المادة 42 من القانون المدني.

[3] عبد العزيز سعد – نفس المرجع- نفس الصفحة.

الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول.

اذا كان بمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول، فان الأمر كذلك على ماله وهذا ماجاءت به المادة **122** من قانون الأسرة: " يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الارث، والوصية، أو الهبة لصالح الولد المكفول."

وهذا أمر بديهي فالقاصر لايعمل، وان عمل فاننا نجد كل التشريعات تمنع ذلك لما يتنافى ومفهوم الطفولة والبراءة، فيكون ماله ناتجا عن ا رث أ وهبة أو وصية، و مادام الكافل مخولا بحماية و رعاية المكفول في نفسه فان نفس الشيئ ينطبق على ماله ان وجد وأن يحافظ عليه و هنا يتعين علينا الرجوع الى أحكام الولاية على مال القاصر طبقا للمادة **88** من قانون الأسرة التي تنص على مايلي: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه يستأذن القاضي في التصرفات الآتية:

- بيع عقار أو تقسيمه ورهنه واجراءات المصالحة.
- بيع المنقول ذات الأهمية الخاصة.
- استثمار أموال القاصر بالاقراض أو الاقتراض والمساهمة في شركة.
- ايجار العقار لقاصر لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد."[1]

فنلاحظ أن المشرع شدد عندما وضع شروطا من أجل التصرف في أموال القاصر المكفول، فلابد أن يكون الكافل رجلا حريصا يوازن بين المنفعة والمضرة.

وفي حالة عدم مراعاة هذه الشروط،وتثبت تصرفات الكافل في أموال القاصر والحاق الضرر بها

[1] عبد العزيز سعد – المرجع السابق- ص 186-187.

وسوء استغلال أمواله نتيجة لقصره أو قلة خبرته، فانه يحق لكل شخص ابلاغ النيابة العامة، و للنيابة العامة من تلقاء نفسها تحريك دعوى عمومية طبقا للمادة **380** من قانون العقوبات الجزائري و التي تعاقب من يستغل أموال قاصر لم يبلغ 19 سنة لعدم خبرته بالسجن للشخص المختلس الذي يكون القاصر موضوعا تحت حمايته و الكافل يدخل في هذه الفئة، العقوبة تشدد بالسجن من سنة الى خمسة سنوات وغرامة مالية من 1000 الى 15000 دج

فالقاضي في كل الأحوال يراعي مصلحة الطفل المكفول في عقد الكفالة و في حالة تعارض مصلحة الكافل و مصلحة المكفول، فان القاضي يعين متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءا على طلب من له المصلحة و هذا ماجاءت به المادة **90** من قانون الأسرة.[1]

الفرع الثالث:عقد الكفالة يجيز للكافل أن يوصي للمكفول من أمواله بحدود الثلث.

اذا كانت الكفالة تعطي للكافل الولاية القانونية على المكفول و تجعله بمثابة الأب له فان هذا لا يعني أنها ترتب نفس الآثار بين الأبناء الأصليين و آبائهم، اذ أن المادة **121** من قانون الأسرة الجزائري نصت على ذلك صراحة بقولهاك"...على أنه يجيز للكافل أن يتبرع أويوصي للمكفول بماله في حدود الثلث، وان أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل مازاد على الثلث الا اذا أجازه الورثة."

وبمعنى المخالفة، فانه لا يرث المكفول لعدم ثبوت النسب لأنه يحتفظ بنسبه الأصلي اذا كان معلوم الأصل، وأعطاه المشرع بديلا عن الارث و الذي يتمثل في الهبة أو الوصية، وما زاد عن الثلث فهو باطل الا اذا اجازه الورثة. وعليه فان للكافل حق التبرع فقط للمكفول لأنه لا ينشيئ حقوق ميراثية بموجب عقد الكفالة وهوالشيئ الذي أقرته الشريعة الاسلامية، وهو الذي يفرق بين التبني والكفالة.

---

(1) أحكام المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري – الأمر 05-02 في الفصل الثاني المتعلق بالولاية.-

وبالرجوع الى أحكام الوصية، فانها تجيز للوصي أن يوصي في حدود الثلث وباعتبارها تمليك مضاف الى ما بعد الوفاة بطريق التبرع، وعليه لاثبات الوصية في حالة الورثة مع المكفول، فانه يجب اثبات أحكام الوصية طبقا للمادة **184** قانون الاسرة الجزائري و المادة **185** حتى المادة **201** من نفس القانون.[1]

ونفس الشيء ينطبق على أحكام الهبة في الوضعية بين الكافل و المكفول، ولكن الشيئ الملاحظ على المشرع الجزائري أنه حصر الهبة في الثلث. في حين نجد أن الوصية كقاعدة عامة وحدها التي تحصر الثلث ومازاد عنه متوقف على اجازة الورثة له وهذا يخالف المادة 205 من قانون الأسرة: " للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة." و عليه فان للمشرع حكمة من وراء تحديد الثلث في الهبة في أحكام الكفالة، و هي تفادي أي نزاع مستقبلي بين الورثة والمكفول.[2]

الفرع الرابع: امكانية طلب الكافل تغيير لقب المكفول مجهول الأب بمنحه لقبه العائلي.

ان امكانية طلب تغيير لقب المكفول بموجب عقد الكفالة القانونية والشرعية لمجهول النسب من الأب تعتبر من أهم الآثارالقانونية المترتبة عن قيام عقد الكفالة، و في قانون الأسرة الجزائري المقنن في سنة **1984م** نجده جاء متأخرا فيما يخص الاهتمام بأهم شريحة موجودة في المجتمع المتمثلة في الأطفال مجهولي النسب،حيث يثبت علميا أن الكفالة وحدها غير كافية لتنشئة الطفل تنشأة سوية وسلمية مماثلة للجو الأسري الطبيعي، وذلك راجع الى بعض التساؤلات التي تبدأ في طرحها المكفول عندما يلاحظ اختلافا بين لقبه و لقب العائلة التي ترعاه، وهذا مايسبب له احراجا و عدم انسجام في محيطه

---

[1] المواد 184-185-201 من قانون الأسرة الجزائري الأمر رقم 05-02 الفصل المتعلق

[2] الغوثي بن ملحة – المرجع السابق –ص 174.

الخارجي وحتى مع هذه الأسرة[1] و لذلك تدخل المشرع الجزائري لحماية الأطفال المهملين أو مجهولي الأبوين أوالأب منذ فجر الاستقلال في **1969م** بترسانة قوانين ضخمة لتنظيم كفالة هؤلاء الأطفال بمنحهم أسرا ولقبا عائليا من أهمها:

- الأمر **69-05** المؤرخ في **1969/01/30** المتضمن الحالة المدنية للأطفال المولودين في الجزائر من أبوين مجهولين.

- الأمر **07/76** المؤرخ في **1976/02/20** المتضمن وجوب اختيار لقب عائلي من قبل الأشخاص الذين لايحملون لقبا عائليا.

- المرسوم التنفيذي رقم **92/24** المؤرخ في ذلك **1992/01/13** المتعلق بمطابقة لقب الكفيل بالمكفول المعدل للمرسوم **157/71**، هذا الأخير الذي اعتبر اسم العائلة حق أساسي يرتبط بالشخص الطبيعي نفسه، وهذا ما نصت عليه المادة **28**من القانون المدني تنص على أنه:"يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر و لقب الشخص يلحق أولاده."

وعليه يجوز للكفيل أو المكفول أن يطلبو تغيير لقب المكفول مجهول النسب والحاقه بلقبه العائلي على شرط أن توافق والدته هذا اذا وجدت ويكون هذا الالحاق وفقا لشروط نظمها المرسوم **24/92**، و عليه فان الغرض حسب المنشور يكمن في امكانية ادماج هؤلاء الأطفال في السلك الاجتماعي.[2]

---

[1] محمدي زواوي فريدة: مقالة في المجلة القضائية- العدد02- سنة2000، ص75، التحيين في 2011/04/08. الموقع ثقافة ومجتمع.

[2] عزة الشموخي – المرجع السابق- .

المبحث الثاني: الكفالة في اطارالمرسوم التنفيذي 24/92 وانقضائها.

ان الكفالة عقد شرعي لرعاية و حماية الطفل القاصر، و يكون هذا الطفل معلوم النسب أو مجهول النسب، فيتم كفالة معلوم النسب لعدم قدرة عائلته الأصلية على رعايته لسبب معيشي ومادي أو لسبب آخر كعدم قدرتهما الأهلية لرعاية القاصر (كالجنون أو العته...)، في حين أن كفالة المجهول النسب تعتبرالأكثر انتشارا باعتباره لقيطا (ابن غير شرعي) تم التخلي عنه بدون أي وجه حق و في غالب الأحيان بدون اسم ولا لقب، هذا الوضع جعل المشرع الجزائري يتدخل لحماية هذه الفئة من الأطفال القصر من خلال عدة نصوص تشريعية في المراسيم التنفيذية، كان آخرها المرسوم التنفيذي رقم**24/92** المؤرخ في **1992/01/13** المتمم والمعدل للمرسوم رقم **71/157** المؤرخ في **06/03/ 1971** المتعلق بتغيير اللقب، هذا ما سنحاول التعرف عليه بدراسة الكفالة في ظله و ما الجديد الذي جاء به ؟ ثم ننتقل للبحث في كيفية انقضاء الكفالة وانتهائها.

المطلب الأول: النظرة الجديدة التي تضمنها المرسوم الجديد رقم 24/92.

ان حرص المشرع الجزائري على ايجاد بديل للتبني من خلال الكفالة باعتبار أن ادعاء البنوة تزييف للوقائع والا خلال بالنظام العام اذ نجده تدخل بموجب مرسوم تنفيذي ليعدل و يخفف من حزم و شدة عدم امكانية الطفل القاصر المكفول حمل لقب الكافل بموجب المرسوم **175/71** المؤرخ في **1971/06/03** المتعلق بتغيير اللقب، هذا الأخير الذي عمل على المحافظة على الأنساب وحمايتها من خلال الاجراءات التالية :

أ- يخول لمن يريد تغيير اللقب أن يكون له سبب جدي.

ب- طلب التغيير ينشر في الجريدة حتى يتمكن كل شخص له مصلحة و يرى اعتداء عليه باللقب الجديد أن يعترض. [1]

ج- نشر المرسوم المتضمن اللقب الجديد في الجريدة الرسمية حتى لا يكون له أي علاقة أي لقب آخر ويكون له دفتر عائلي مستقل وعقود حالة مدنية خاصة به.

وبالتالي لم يتضمن أبدا أخذ المكفول لقب الكافل، مما جعل المشرع يسرع في حماية الأطفال مجهولي النسب، وهذا من خلال المسروم رقم **24/92** الذي أدخل عليه تعديلات وذلك من خلال ادخاله اضافة جديدة وطرق استثنائية على القواعد المحددة في مرسوم **1971** و يمكن استخلاص الجديد الذي تضمنه هذا المرسوم من خلال مايلي:

1- اظافة حالة جديدة تتضمن الحاق نسب قاصر مكفول بنسب كافله.

2- أن يكون القاصر مجهول الأبوين أو الأب فقط.

3- ان يقوم الطلب من طرف الكافل باسم المكفول ولمصلحته بدلا من المعني بالأمر شخصيا خلال مرسوم 1971.

4- طلب الكافل يتضمن مطابقة لقب المكفول للقبه، وهو خروج عن مرسوم **1971** الذي يشترط لقب جديد لطالبه وليس له علاقة بأي عائلة.

5- طلب احالة الاجراءات بالسرية التامة و ذلك بعدم اخضاعها لنص المادة **02** و**03** من المرسوم **1971.**

6- اعطاء اجراءات منح اللقب الصفة القضائية،اذ يقدم طلب من الكافل مباشرة الى وزير العدل الذي يخطر به ويرسله الى النائب العام مكان ميلاد القاصر الذي يرسله الى وكيل الجمهورية الذي يقدم

(1) بوعشقة عقيلة – المرجع السابق- ص 41

بشأنه التماسات لرئيس المحكمة من أجل استصدار أمره الذي يتضمن تغيير اللقب.

وعليه فاننا نستنتج أن هذا المرسوم قد ساهم بالكثير في اعادة بعض التوازن لفئة اللقطاء مجهولي النسب من خلال امكانية جعلهم يعيشون حياة سوية مثل باقي الفئات في المجتمع بتمتعهم بلقب عائلي يكون بمثل اللقب الأصلي .[1]

ومن هنا علينا أن نتعرف الى طبيعة هذا الاسم الممنوح للمكفول، وماهي الاجراءات و الشروط الواجب اتباعها لمطابقة لقب الكافل والمكفول.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للاسم الممنوح للمكفول.

وذلك بالبحث عن ما اذا كان الاسم الممنوح هو حق استعمال أو حق شخصي و قبل ذلك فان صنع الاسم حسب المرسوم التنفيذي رقم **24/92** حماية المكفول اذ أنه لايلغي الاسم الذي اكتسبه قانونا بمقتضى المادة **64** من الأمر **20/70** [2] المتعلق بمنح اللقيط اسما و لقبا عائليا، اذ يبقى اسمه قبل منحه اسم الكافل في سجل الحالة المدنية، فهو بهذا المفهوم حق استعمال، كما أنه لايمكن نقل اسم الكافل الى أولاد المكفول بعد زواجه، اذ أنه مرخص له وحده استعماله فقط و أولاده يستعملون اسمه و لقبه القانوني و الذي يحمله والدهم في سجل الحالة المدنية، واذا أرادوا حمل اسم الكافل لوالدهم فعليهم المطالبة بتغيير لقبهم و ذلك حسب الاجراءات القانونية مع اشتراط كأساس عدم اعتراض حاملي نفس اللقب على ذلك.[3]

---

[1] المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 27/92 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 157-71 المتعلق بيغيير القب، من موقع العلوم القانونية والادارية الجزائري

[2] المادة 64 من قانون الحالة المدنية الأمر 20/70 المؤرخ في 1970/02/19

[3] محمدي زواوي فريدة – المرجع السابق – ص 75

الفرع الثاني: الشروط المطلوبة قانونا لطلب تغيير لقب المكفول والحاقه بلقب الكافل.

لقد حدد المرسوم التنفيذي رقم **24/92** في مادته الأولى أنه في حالة تخلف أحد هذه الشروط لا يمكن الاستجابة لطلب التغيير وبالتالي يرفض من وزارة العدل وهذه الشروط هي:

1) ضرورة وجود عقد الكفالة: اذ حتى يمكن للكافل تغيير لقب المكفول و منحه لقبه العائلي لابد أن يكون كافلا قانونيا و لا يمكن أن يثبت هذه الكفالة الا بموجب عقد توثيقي صادر عن الموثق أو كفالة صادرة من الجهات القضائية، و لم يطلب المشرع مدة معينة في الاسناد الواقعي للمكفول حتى يتسنى للكافل ان يمضيها حتى يتقدم بطل التغيير.

2) ضرورة أن يكون الطفل قاصر مجهول النسب من الأب: اذ المشرع أجاز تغيير لقب المكفول سواء أ كانت بنتا أو ولدا قاصر، لكن ليس كل مكفول بل مجهول النسب فقط، اذ معلوم النسب من الأب لايجيز القانون للكافل منح لقبه للمكفول بل يحتفظ بنسبه الأصلي في كل الأحوال.

3) أن تكون المبادرة والرغبة في تغيير اللقب من طرف الكافل: اذ أنه لا يمكن تصور أن يقدم الطلب من المكفول لا نعدام أهلية التقاضي و لكنه هو محتاج الى رعاية و أن و لايته على نفسه هي مقررة للكافل وهذا يدل على عنصر هام جدا وهو الارادة الحرة الغير معيبة،اذ يعبر في طلبه عن رضاه الصريح دون اكراه.

4) شرط موافقة أم المكفول صراحة اذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة: اذ أن الأصل في مثل هذه الحالة اذا كان معلوم الأم فلقب المكفول المسجل في سجلات الحالة المدنية والمدلى

بها الى ظابط الحالة المدنية هواللقب العائلي لأمه لكونه مجهول الأب، وبالتالي اشترط المشرع الموافقة الصريحة من خلال الموافقة على أن يحمل ابنها لقب الكفيل بادراج موافقتها في عقد شرعي مكتوب، أما اذا كانت مجهولة أو متوفاة فانه يسقط هذا الشرط.[1]

الفرع الثالث: اجراءات تغيير واكتساب اللقب العائلي.

بغرض تسوية وضعية الجزائريين الذين لا يتمتعون بلقب عائلي ، صدرالأمر رقم **76/07** المؤرخ في**1976/02/20** الذي يخول لهؤلاء الأشخاص الحق في اختيار لقب عائلي مناسب شريطة تمتعهم بالجنسية الجزائرية.[2]

وتقتصر اجراءات الحصول عليه على تقديم عريضة الى السيد وكيل الجمهورية لدى المحكمة الكائنة في نطاق اختصاصها، مكان تسجيل شهادة ميلاد المعني مع بيان اللقب العائلي المختار مرفقا بملخص لعقد ميلاده وكل ذلك في أجل أقصاه الأشهر الستة التالية لنشر هذا الأمر تحت طائلة غرامة مالية قدرها 200د ج، و من ثم فكل شخص راشد مولود شرعي لأب معلوم تحمل شهادة ميلاده عبارة "عديم اللقب" الحق في الحصول على لقب عائلي.

وبعد اجراء القاضي للتحقيقات الضرورية، يحيل السيد وكيل الجمهورية الملف الى رئيس المحكمة ليفصل في الطلب ليقدم حكم في أجل أقصاه شهريين ابتداءا من تاريخ ايداع العريضة لدى السيد وكيل الجمهورية، ويكون الحكم الصادر بذلك ابتدائيا و نهائيا غير قابل للاستئناف، ويتعين على وكيل الجمهورية أن يسهر على أن تلصق فورا ثلاث نسخ من الحكم الصادر بالمحكمة و بمقر المجلس

---

[1] محمد زواوي فريدة - المرجع السابق- ص69.

[2] عزة الشموخي – المرجع السابق-.

الشعبي البلدي لمكان ولادة مقدم العريضة ولمكان اقامته،لتمكين الغير المعنيين بالمعارضة في أجل 03 أشهر من تاريخ نشر حكم منح اللقب، والا أعتبر الحكم بمنح اللقب كامل الأثر.

غير أنه و من أجل تسهيل عملية تغيير اللقب و تبسيط الاجراءات ذهب المشرع الجزائري في المرسوم**24/92** الى حجب اعلان الطلب، وأن التغيير لايكون بموجب مرسوم رئاسي، بل بمجرد أمر من رئيس المحكمة.[1]

فبموجب المادة **05** من مرسوم **1992** نصت على اخضاع طلب الكفالة للاعلان و أراد من خلال ذلك الحفاظ على القاصر و حالته النفسية كيلا يعلم الجميع بأنه طفل غير شرعي مجهول النسب.

ولغرض السرعة و الفاعلية فان السلطة التنفيذية حولت مسألة الأشخاص لمجرد مسألة تتعلق بالحالة المدنية،وذلك باخراجها من سلطات رئيس الجمهورية كما كان منصوص عليه في مرسوم **1971**،وذلك لأن وضعية القصر مجهولي النسب تتطلب اصدار طلب الموافقة بالتغيير بشكل أسرع وأخف.

و عليه فانه يصدر أمر من رئيس المحكمة يتضمن تغيير لقب القاصر مجهول النسب حيث يتم ارسال مضمون الحكم الى ظابط الحالة المدنية من أجل أن يؤشر على شهادة ميلاده بتغيير الاسم الثاني الممنوح للقاصر بلقب الكافل، أما معلوم الأم فقط فيغير لقب الأم بلقب الكافل وذلك على هامش عقد ميلاد القاصر.[2]

---

[1] منتدى جمال نور عمور – دليل استخراج الوثائق الجزائرية – التحيين في 16 أفريل 2011.

[2] بوعشقة عقيلة – المرجع السابق- ص43

الفرع الرابع: مطابقة لقب الكفيل بالمكفول.

طبقا للمادة الأولى فقرة أولى من المرسوم التنفيذي رقم **24/92** فانه يخول لكل من كفل قانونا ولدا قاصر، مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب الى السيد وزير العدل لتغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الكفيل و ليتمكن الكفيل من الحصول على الموافقة الصريحة لأم القاصر، واجراء كل التحريات اللازمة لتحقيق ذلك.

فيمنح رئيس المحكمة للكفيل مدة 30 يوما كأقصى حد لتقديم هذه الموافقة أما في حالة عدم العثور على أم القاصر يتعين على الكفيل تقديم تصريح شرفي يذكر فيه أنه استحالت ايجاد أم المعني، بعد هذه الاجراءات يصدر السيد رئيس المحكمة أمرا بناءا بمطابقة لقب الكفيل بالمكفول وفقا لطلب الكفيل ويتم النطق بالأمر بناءا على طلب من السيد وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب، و يصدر الأمر في غضون 30 يوما الموالية لتاريخ الاخطار من السيد وزير العدل، ويكون هذا الأمر محل تسجيل واشارة على هامش السجلات والعقود ومستخرجات الحالة المدنية، و ذلك أنه يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية.[1]

ويتضمن ملف مطابقة لقب الكفيل بالمكفول الوثائق التالية:

- تقديم طلب الى وزير العدل حافظ الأختام ممضى من طرف المعني بالأمر.
- عقد ميلاد الكافل.
- عقد ميلاد القاصر المكفول.
- وثيقة أو سند الكفالة نسخة أصلية مصادق عليها.
- عقد توثيقي يتضمن موافقة الأم البيولوجية على مطابقة لقب الولد مع لقب الكافل،أما بالنسبة للطفل

(1) المادة 29 من القانون المدني الجزائري.

المقدم من طرف مصالح مديرية النشاط الاجتماعي تمنح شهادة الوضع أو الكفالة أو نسخة مصادق عليها.[1]

المطلب الثاني: انقضاء الكفالة.

ان عقد الكفالة كغيره من العقود يقوم بعد صحة شروطه و اجراءاته ويبقى معمولا به ومنتجا لآثاره، مالم يحدث عكس ذلك وذلك باعتبار أن الكفالة تقوم على الحانب الانساني،وهذا ماجعل المشرع الجزائري يربط انتهاء عقد الكفالة و انقضائها مرتبطا بذوات الأطراف، و عليه فكل اخلال أو نقص متعلق بالشروط المنصوص عليها في الكافل والمكفول طبقا للمادة **118** من قانون الأسرة يجعل الكفالة ملغاة ، غير أننا نجد أن هناك أسباب أخرى تجعل من الصعب الاستمرار في عقد الكفالة كطلب والدي المكفول رجوع ولدهما الى أحضانهما لسبب من الأسباب كما تنقضي الكفالة في حالة وفاة الكافل أو المكفول.

الفرع الأول: انقضاء الكفالة بعودة المكفول الى والديه الأصليين.

فطبقا لأحكام المادة **124** من قانون الأسرة الجزائري فانه يجوز لأبوي المكفول اذا كان معلومان أوأحدهما معلوم طلب عودته، وبالتالي تعود ولايتهما القانونية اليهم عليه و تنتهي ولاية الكافل، غير أن المشرع ميزبين حالتين عندما يطلب الوالدين عودة القاصر ذلك حسب سن المكفول اذ اشترط المشرع:

الحالة الأولى: في حالة عدم بلوغ المكفول سن التمييز والذي حدده المشرع ب13 سنة[2] في القانون المدني في المادة42 منه:"لايكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في سنه أوعته أوجنون ويعتبر غير مميز من لم يبلغ13سنة."،حيث يتقدم الأب أوالأبوين الأصليين بطلب

[1] عزة شموخي – مقال حول الكفالة أو التبني الشرعي- التعيين في 20يناير 2011.

[2] الغوثي بن ملحة – المرجع السابق- ص 174.

الى رئيس المحكمة يبين فيه سبب طلب عودة الابن المكفولنوهنا القاضي يقوم باجراءات التحقيق مراعيا مصلحة الطفل فيصدر قراره في هذه الحالة آمرا بقبول أورفض طلب العودة.

الحالة الثانية: أما اذا كان الولد المكفول مميزا أي بالغا ل13 سنة فما فوق فانه يخير بين العودة أو البقاء مع كافله، ومن المفروض أن تتم العودة أمام القاضي و أمام نفس الجهة القضائية التي أقرت الكفالة طبقا للمادة **125**من قانون الأسرة،فهذه المسألة تتطلب الدقة في الاجراءات التى تراعي مصلحة المكفول يجب أن تكون في ساحة القضاء أي يسمع رأي المكفول بمناسبة طلب العودة دون ضغط عليه فيحرر محضر بذلك أمام القاضي، و يوقع عليه الأطراف لأن مثل هذه الحالة يمكن أن تنهي حقوق الطفل المنصوص عليها في عقد الكفالة لذلك يجب اثبات عودة المكفول بموجب أمر حكم قضائي و تحرير محضر بذلك[1].

ولقد صدر في هذا الصدد قرار عن المحكمة العليا ملف رقم71801 بتاريخ 1991/05/21 أين قضت بعودة الولد المكفول – لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية- دون سماع رأي الطفل.

من المقرر قانونا أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية من النظام العام لايجوز الصلح بشأنها الا بنص خاص.

و من ثم فان قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في اسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها، و تخييرها بين البقاء عند مربيها أو الذهاب لوالدها رغم أنها تجاوزت سن التمييز فانهم بذلك خرقوا القانون واستحق قرارهم الطعن.

[1] الغوثي بن ملحة – المرجع السابق- ص 175.

و عليه فان دعوى الغاء الكفالة أو التخلي عنها ترفع حسب قواعد الاجراءات العادية، حيث تنظر في الدعوى في جلسة سرية بعد سماع ممثل النيابة في طلباته،وأخذ رأي الطفل المكفول، ويتم استئناف هذا الحكم حسب الاجراءات العادية.[1]

الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بموت الكافل أوالمكفول.

فبوفاة المكفول يعد سببا من الأسباب لانقضاء الكفالة، و ذلك راجع الى أن محل العقد هو القيام بقاصر لم يعد هذا الأخير موجودا، وبالتالي فان الرعاية و العناية و التربية لم يعد لها محل في التطبيق لعدم وجود من سوف تقام من أجله ولمصلحته.

أما الكافل وهو الملتزم الأصلي في عقد الكفالة باعتباره عقد تبرعي، فان العقد يلزمه من جانب واحد، فبوفاته ينهارعقد الكفالة وينقضي التزامه ويستحيل بذلك تنفيذه فيصبح الولد المكفول يتيما مجددا وتصح فيه كفالة جديدة من شخص آخر لكن عقد الكفالة مادام ينص على القيام بشؤون قاصر وتربيته، فلم يترك المشرع فراغا و ذلك حسب حالتين:[1]

الحالة الأولى: وهي أن تنتقل الكفالة من المورث الى الورثة و ذلك اذا ما صرح ورثتهم بالتزامهم بالحلول محل مورثهم في مهمة التكفل بالقاصر وبموجب ذلك تنتقل الالتزامات المترتبة في عقد الكفالة الى الورثة ويصبح أحد الورثة هو الكفيل الجديد، ويكون ذلك باخبار القاضي الذي أقر الكفالة عند وفاة الكافل، اذ يجمعهم في غضون شهر لسماعهم حول الابقاء على الكفالة.

الحالة الثانية: و هي حالة رفض الالتزام بالكفالة من طرف الورثة لرعاية الطفل الذي كفله مورثهم ، ففي هذه الحالة نص المشرع على أن القاضي هو الذي ينهي الكفالة حسب نفس الأشكال

[1] المادة 496 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

[2] المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري

المقررة لنصه[1] و يتصرف في حالة القاصر بماله من سلطة اعتباره هو الولي لمن لا ولي له، فيقوم باسناد كفالة القاصر من جديد الى أسرة مانواسناد أمر رعايته الى المراكز المختصة بحماية الطفولة المحرومة.[2]

[1] المادة 497 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

[2] محمد زواوي فريدة – المرجع السابق- ص75-76.

الخاتمة:

من مجمل هذا البحث ومن خلال ما سبق نستخلص نتائج مهمة تتمثل في استئصال الشريعة الاسلامية لعادة التبني التي كانت عادة منتشرة جدا و بأشكال مختلفة وحسب المفاهيم المعمول بها قديما لرعاية و تربية الطفل، ولأن رابطة الدم هي أقوى الروابط التي تجمع بين شخصين أو عدة أشخاص و الانسب هو عنوان هذه الرابطة و العلاقة الدالة عليها، وهذه الرابطة هي أساس الأسرة التي هي نواة المجتمع فاننا نجد أن التشريع الاسلامي و نتيجة للفوضى في علاقات الأسرة في الجاهلية و الفوضى الجنسية التي تخلف عنها اختلاط الأنساب (في حالة جهل الآباء الحقيقيين) فانه قام باعادة تنظيم الأسرة واقامة النظام الاجتماعي على أساسها حيث قرر ابطال نظام التبني الذي كان شائعا في الجاهلية و هو عادة قديمة يقوم فيها الرجل بادعاء بنوة تعاقدية لابن يختاره بتبنيه، في حين أنه لا تربطه به أي رابطة دم أو نسب فيصبح ابنه يرثه و يورثه و له من الحقوق و الواجبات ما تكون للأبناء الشرعيين، فكان الابطال بواسطة رسول الله الكريم، فكان من الصعب التخلص من عادة التبني نتيجة لسوء ادراك السلبيات التي تفرزها والتي هي أكثر من هدفها المتمثل في رعاية و تربية الولد الصغير.

و باعتبار الشريعة الاسلامية مصدر من مصادر القانون في التشريع الجزائري فانه هو الآخر قام بابطال التبني و معاقبة فاعله، لكن الملاحظ أن التبني كنظام ممنوع شرعا و قانونا نجد أن المشرع الجزائري تهاون كثيرا بخصوص هذه المسألة فلم يعالجها بنصوص صريحة، وترك مسألة تقديرها الى سلطة القاضي عكس نظام الكفالة الذي أولاه اهتمام كبير منه باجازته و اقراره قانونا لما فيه من ايجابيات و تحقيق لمنافع تعود بالنفع على المجتمع و الأسرة على حد سواء بحيث أنه التزام على وجه الشرع برعاية طفل قاصر من نفقة وتربية كقيام الأب بابنه بواسطة عقد شرعي بمراعاة شروط واجب توافرها في كل من طرفي العقد طالب الكفالة والطفل المكفول.

التبني والكفالة بين الشريعة و القانون

فهي نظام مسموح به شرعا و قانونا أقرته الشريعة الاسلامية وأخذ به التشريع الجزائري بحيث يعتبر ظاهريا مثله مثل نظام التبني باعتبار كليهما يهدف الى رعاية الطفل ماديا ومعنويا، غير أنهما يختلفان من الناحية القانونية لوجود فوارق جوهرية، فالكفالة لا تترتب عليها آثار الا في اطار مايجيزه الشرع والقانون معا، حيث يعتبر الكافل و ليا شرعيا للطفل المكفول على ماله و نفسه فهي تخول له حرية التصرف في أمواله لكن بدون الحاق ضرر به أو الاستلاء عليها كما تخول للكافل أن يتبرع للطفل المكفول بحد وهو الثلث من تركته و باجازة من و رثته حتى لا ينتج أحقاد و عدوات فيما بعد لأنه لا يعطيه كل شيء ولا يحرمه من كل شيئ فمهما كان فان الكفالة ترتب علاقة أبوية بكل معانيها الحقيقية لكن في اطار قانون منظم .

و نلاحظ كذلك أن الكفالة جانب آخر مختلف و مشابه للتبني نفس الوقت فالمكفول يحتفظ بنسبه المعلوم و لا يجوز له تغييره هذا من جهة، أما من جهة أخرى فان هذا المبدأ يتغير في حالة المجهول النسب الذي تطبق عليه أحكام المادة **64** من قانون الحالة المدنية بأن يعطيه ظابط الحالة المدنية مجموعة من الأسماء يتخذ أحدها كلقب عائلي في حالة لم يصرح له بأي اسم، كما يجيز له المرسوم التنفيذي رقم 24/92 الصادر في **13** جانفي **1992م** المتعلق يتغيير اللقب حيث يمكن للكافل أن يتقدم بطلب الى نفس الجهة القضائية التي منحت له الكفالة بطلب مطابقة لقبه بلقب الطفل المكفول ولايتم ذلك الا بتوافر الشروط المنصوص بها قانونيا، فاعتبر أن هذا اجازة غير مباشرة للتبني المحرم شرعا وقانونا لكننا نقول بعد الدراسة واستخلاص النتائج أن الكفالة تعتبر أحسن بديل لنظام التبني فهي غير مشابهة له حتى مع مطابقة اللقب ذلك لأن الطفل يكتب له و يشار عليه بأنه طفل مكفول. فالكفالة غير دائمة ولامستمرة فيمكن طلب الغائها ووفاة أحد الطرفين يجعلها منقصية وبالتالي فهي لاترتب في كل الأحوال بنوة أصلية لأن الأصل لايسقط ولا ينقضي بوفاة أوبغيرها.

وبعد الاجتهاد في رد الأنساب الى حقائقها فليس على المؤمنين من مؤاخذة في الحالات التي يعجزون عن الاهتداء فيها الى النسب الصحيح لقوله تعالى :"وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به، ولكن ماتعمدت قلوبكم." وهذه السماحة مرادها الى أن الله سبحانه وتعالى يتصف بالغفران والرحمة، فلاينسب الناس بما لايعرفون و ذلك صيانة للأسرة وروابطها فالحلال بين و الحرام بين، فطريق رعاية الطفل القاصر و تربيته و العناية به و محاولة التخفيف من حرمانه واظلاله بمظلة الأسرة المحروم منها هو طريق ظاهر للعيان مجاز قانونا ومحمي شرعا ألا و هو الكفالة.

ومن خلال كل ما سبق من ملاحظات و نتائج يمكن استخلاص بعض المقترحات:

- لا بد من مراعاة المصلحة الفضلى في كافة الأحوال للطفل القاصر المحروم من خلال ايجاد بدائل تحميه من الضياع في وسط مجتمع يحاسبه بجرم لم يرتكبه وينظر اليه نظرة الاحتقار و النقص خاصة اذا كان مجهول النسب، فلا بد من جعله يتمتع بالجو الأسري من خلال التكفل به في المؤسسات التي ترعى هذه الشريحة المجهول أصله و عائلته، فمن غير الممكن جعل الشارع مكانا له.

- الحضانة تعتبر أحسن حل من الكفالة للطفل الذي يتخلى عنه والده المعروفان لأسباب معيشية مادية ولعدم قدرتهما العقلية أو الأخلاقية، فتكون الحضانة مقررة لمن له صلة قرابة بالطفل مما يجعله يعيش عيشة سوية مقاربة لما كان عليه قبلا، فيعيش محضونا من قبل من يعرفه و يحس به باعتبار رابطة الدم أقوى الرابطات و أصدقها.

- يجب عدم التساهل في منح الكفالة لطالبها بمجرد أن هدفه هو رعاية الطفل القاصر، بل لا بد من زيادة الاجراءات والتشديد على عقوبة و جزاء الاهمال و الاساءة في رعاية الطفل المكفول، و ذلك راجع الى أن مرحلة الطفولة أهم مرحلة يمر بها الانسان تجعل منه سويا أو غير سوي.

- كما أقترح و نظرا للزمن الذي نعيش فيه و الذي كثرت فيه الآ فات الاجتماعية الاكثار من مرا كز ومؤسسات رعاية الطفولة لكن بمراقبة أكثر من الدولة لكيفية تسيير شؤون هؤلاء الأطفال حتى لا يصبحوا سلعة تشترى و تباع لعدم وجود ولي يحميهم و عائلة تسأل عنهم، فيتصرف في حياتهم و مستقبلهم كما يشاء المدير أو غيره.

وعليه لا يسعني في هذا البحث المتواضع الالمام بكافة الجوانب المتعلقة برعاية الطفل القاصر مجهول النسب أو معلوم النسب اما بتبنيه أو كفالته باعتباره موضوعا واسع النطاق يتمحور هدفه حول حماية هؤلاء الصغار تحت جناح الأسرة وتوفير البيئة الملائمة لذلك.

و عليه و كآخر ملاحظة واقتراح أتمنى أن يكون هناك دقة أكثر فيما يخص النصوص القانونية من حيث نظام الكفالة باعتباره المعمول به تتيجة لابطال التبني كما سبق الاشارة اليه و ذلك من خلال زيادة النصوص بشيئ من الايضاح و ذلك لغاية حسن تنشئة الطفل وحمايته داخل المجتمع بشرط عدم المساس بحقوق الغير أو التعدي عليها.

قائمة المراجع

المراجع العامة:

1) القرآن الكريم.

2) ابن منظور – لسان العرب – مجلد جديد، دار المعارف، القاهرة سنة 2003.

3) أحمد حمد، النسب في الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار القلم، قطر سنة 1983.

4) أحمد مصطفى، في الأحوال الشخصية، الطبعة(بدون طبعة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، سنة 2008.

5) بلحاج العربي، قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2006.

6) بدران أبو العنين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الاسلامية والقانون، الطبعة (بدون طبعة)، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، الاسكندرية، سنة 1987.

7) محمد أبوزهرة، تنظيم الاسلام للمجتمع، الطبعة(بدون طبعة)، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1965.

8) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، الجزائر، سنة 2002.

9) عبد السلام الدويبي، الاسلام والطفل، الطبعة الأولى، دار الملتقى للنشر، قبرصن سنة 1993.

10) الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.

11) محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، الطبعة(بدون طبعة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999.

12) رمضان علي السيد الشرباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية، الطبعة(بدون طبعة)، الدار الجامعية، القاهرة، سنة 2001.

12) يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الاسلام، الطبعة 22، مكتبة وهيبة للنشر، القاهرة، سنة 1997.

الرسائل الجامعية :

1) بوعشقة عقيلة، مذكرة تخرج حول الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الاسلامية، المعهد الوطني للقضاء،الدفعة 12، سنة 2001-2004.

2) خلوفي البشير، مذكرة حول التبني والكفالة، المدرسة العليا للقضاء، محكمة قضاء وهران، سنة 2003-2004.

3) كاملي مراد، مذكرة حول الوجيز في قانون الأسرة، سنة 2009-2010.

المجلات:

1) عزة شموخي – مقالة حول الكفالة أو التبني الشرعي – على الموقع: 2ymohali.ibda3.ozg

2) رضا بسيوني – مقالة حول المعالجة القانونية والشرعية للتبني والاقرار بالنسب، جريدة لواء الشريعة، التعيين في 20 مارس 2011.

3) محمد زواوي فريدة – المجلة القضائية – العدد 02، سنة2002 ، على موقع ثقافة ومجتمع، التعيين في 08 أفريل 2011.

4) هرادة عبد الكريم – مقالة حول كفالة الأطفال المجهولين في التشريع الجزائري –على موقع Maitre henade.maktoub blog.com التحيين في 20 نوفمبر 2010.

5) المجلة القضائية – عدد خاص- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2001، على موقع القانون في متناول الجميع، التعيين في 18 أفريل 2011 أو موقع الطالب، التعيين في 25 نوفمبر 2010.

6) مجلة الأحوال التونسية، رقم 27، المؤرخة في 04 مارس 1958 الفصلين 08-13.

القوانين والمراسيم والاتفاقيات:

- قانون الأسرة الجزائري.

- قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

- قانون الجنسية الجزائري.

- قانون الحالة المدنية الجزائري.

- القانون المدني الجزائري..

- قانون العقوبات الجزائري.

- المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71/157 المؤرخ في 3 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب.

- مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية، عدد 84-51ن المادة الأولى، الباب الأول، المؤرخة في 05 فبراير 2004.

- اتفاقية حقوق الطفل بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في **20** نوفمبر **1989 .**

-الاعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني بموجب القرار رقم **41/05** المؤرخ في **03** ديسمبر **1986** .

من شبكة الانترنت:

- منتدى عبد الحليم للمحاماة.

- منتدى جمال نور عمور.

- موقع المواطن، من وزارة العدل الجزائرية.

الفهرس

المقدمة أ

- الفصل الأول: ماهية التبني

- المبحث الأول: مفهوم التبني وتطوره وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له. 1

-المطلب الأول: تعريف التبني. 1

- الفرع الأول: التبني لغة. 1

- الفرع الثاني: التبني اصطلاحا. 1

- المطلب الثاني: نشأة التبني وتطوره. 2

- الفرع الأول: التبني في الجاهلية. 3

- الفرع الثاني: التبني في صدر الاسلام. 5

- المطلب الثالث: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له. 5

- الفرع الأول: التبني والاقرار بالنسب. 6

- الفرع الثاني: التبني والحضانة. 7

- الفرع الثالث: التبني والتلقيح الاصطناعي. 8

- الفرع الرابع: التبني ورعاية اللقيط. 8

- الفرع الخامس: التبني والاستلحاق. 9

- المبحث الثاني: موقف الشرائع والمواثيق الدولية من التبني. 10

- المطلب الأول: التبني في ظل الشرائع السماوية. 10

-الفرع الأول: التبني في الشريعة اليهودية. 10

- الفرع الثاني: التبني في الشريعة المسيحية. 11

- الفرع الثالث: التبني في الشريعة الاسلامية. 12

الغصن الأول: الاسلام يبطل التبني. 13

الغصن الثاني: أسباب تحريم التبني. 15

الغصن الثالث: الحكمة من تحريم التبني. 16

- المطلب الثاني: التبني في ظل المواثيق الدولية. 17

- الفرع الأول: التبني لدى هيئة الأمم المتحدة. 18

- الفرع الثاني: التبني بموجب اتفاقية حقوق الطفل. 19

- الفرع الثالث: التبني في الاعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بالأطفال ورعايتهم. 21

- المطلب الثالث: التبني في ظل القوانين الوضعية. 22

- الفرع الأول: التبني في القانون الفرنسي. 22

- الفرع الثاني: التبني في القانون التونسي. 23

- الفرع الثالث: التبني في القانون المصري. 24

- الفرع الرابع: التبني في القانون الجزائري. 25

الغصن الأول: مركز المادة 13 مكرر من القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة. 27

الغصن الثاني: دعوى ابطال التبني. 29

الغصن الثالث: التكييف الجزائي لفع التبني والعقوبة المقررة. 32

- الفصل الثاني: ماهية الكفالة.

- المبحث الأول: مفهوم الكفالة وخصائصها واجراءات انعقادها 34

- المطلب الأول: تعريف الكفالة وخصائصها. 34

- الفرع الأول: الكفالة لغة. 34

- الفرع الثاني: الكفالة قانونا. 35
- الفرع الثالث: خصائص الكفالة. 36
- المطلب الثاني: شروط الكفالة واجراءات انعقادها. 37
- الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافل. 37
- الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمكفول. 42
- الفرع الثالث: اجراءات انعقادها. 44
- المطلب الثاني: الآثار المترتبة على عقد الكفالة. 49
- الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول. 49
- الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول. 51
- الفرع الثالث: عقد الكفالة يجيز للكافل أن يوصي للمكفول من أمواله بحدود الثلث. 52
- الفرع الرابع: امكانية طلب الكافل تغيير لقب المكفول مجهول الأب بمنحه لقبه العائلي. 53
- المبحث الثاني: الكفالة في اطار المرسوم التنفيذي رقم 24/92 وانقضاؤها. 55
- المطلب الأول:النظرة الجديدة التي تظمنها المرسوم التنفيذي رقم 24/92. 55
- الفرع الأول: الطبيعة القانونية للاسم الممنوح للمكفول. 57
- الفرع الثاني: الشروط المطلوبة قانونا لطلب تغيير لقب المكفول والحاقه بلقب الكافل. 58-
الفرع الثالث: اجراءات تغيير واكتساب اللقب العائلي. 59
- الفرع الرابع: مطابقة لقب الكافل بالمكفول. 61
- المطلب الثاني: انقضاء الكفالة. 62
- الفرع الأول: انقضاء الكفالة برجوع المكفول الى والديه الأصليين. 62
- الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول. 64

الخاتمة.