

جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

رعاية القُصّر بنظامي التبني والكفالة

– دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية –

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر تخصص : قانون الأحوال الشخصية

تحت إشراف الدكتور :

جمال عبد الكريم

إعداد الطالب :

سرطوط علي

اللجنة العلمية

أ / بن الصادق أحمد رئيساً

د/ جمال عبد الكريم مشرفاً ومقرراً

أ/ حمزة عباس مناقشاً

الموسم الجامعي

2016م – 2017م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالَ تَعَالَى:

﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ
وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤﴾ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ
لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ ﴾

(سورة الأحزاب ، الآية : 04 ، 05)

وقَالَ تَعَالَى:

﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ^ط ﴾

(سورة آل عمران ، الآية : 37)

الإهداء

أهدي هذ العمل المتواضع

إلى سيد السادات ، وهادي الهداة ، إلى عظيم الإنسانية ، وصفوة البشرية ،
سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله أجمعين .
إلى روح الوالد العزيز - رحمه الله رحمة واسعة -
إلى الوالدة الحبيبة أدام الله ظلّها وأحسن عملها .
إلى الزوجة الكريمة وابنتي العزيزة - حفظهما الله ورعاهما -

شكر وتقدير

قال رسول الله ﷺ: « مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ ، لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ » .

أتقدم بجزيل الشكر ووافر العرفان إلى الدكتور المحترم : عبد الكريم جمال ، الذي تفضل علينا بكرم الإشراف على هذه المذكرة ، رغم أعبائه الكبيرة ، ومشاغله الكثيرة ، فجزاه الله عنا كل خير ، وبارك الله له في الصحة والأهل والمال . كما أتقدم بأسمى عبارات الامتنان وفائق وجوه الاحترام والعرفان إلى أخي فضيلة الدكتور : سرطوط يوسف الذي لم يبخل عليّ بشيء من علمه وجهده ووقته ، فجزاه الله عني كل خير .

كما أشكر كلّ من ساهم أو كان سبباً فيما توصلنا إليه من إنجاز لهذا العمل . ولا يفوتني أن أشكر - سلفاً - اللجنة العلمية التي ستتجشم عناء مطالعة هذا البحث المتواضع وتقديم الإرشاد العلمي المناسب ، لما عسى أن يكون قد وقعت فيه من قبل السهو والخطأ والنسيان ، ويبقى الكمال لله وحده .

وصلّى الله وسلّم وبارك على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله أجمعين

مقدمة

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ وعلى آله أجمعين .

لا تخلو نفس سوية من الشعور بحب الأطفال والحنو عليهم ، والسعي من أجلهم والحرص على حمايتهم وتكبد المشقة في سبيلهم ، وقد فطر الكبار عامة والأمهات خاصة في كل أسرة على الاهتمام الشديد بأطفالهم ، والتطلع إلى أن ينشؤوا نشأة صالحة تكون ثمرتها النفع لأنفسهم ولأسرهم ولجتمعاتهم . فالأطفال القصر كما نعلم يشكلون شريحة اجتماعية خاصة ومميزة ، تحيط بهم عناصر الضعف من كل جانب باعتبارهم قادمين جدد إلى هذا الوجود ، عاجزين عن إدراك مصالحهم فضلاً عن القيام بحمايتهم ، كما أنهم يعجزون عن القيام بقضاء حاجاتهم الأساسية ، إلا بالاعتماد على غيرهم من الكبار الراشدين .

فحق الطفل في هذه الحياة يعد حقاً أساسياً تتفرع منه عدة حقوق تحمي الطفل وتحيطه بالأمان حتى بلوغه سنًا معينة تؤهله جسدياً وعقلياً ونفسياً واجتماعياً لتولي أموره والتعرف على واجباته تجاه غيره من أفراد المجتمع .

وبالنسبة للأطفال القصر الذين لا يجدون من يرعاهم ويقوم بتنشئتهم ، فقد ساد منذ أقدم العصور عند مختلف الشعوب والقبائل نظام (التبني) وهو نظام اجتماعي يعامل هؤلاء القصر كالأبناء الصليبين الشرعيين تمامًا ، ويعطيهم كل الامتيازات والحقوق المتاحة للإبن الحقيقي ، ومن ضمنها الإسم (النسب) وحق التوارث ، ومعلوم ما في نظام (التبني) من مساس بالأنساب وتعريضها للاختلاط ، وكذا ما فيه من تعدد على الحقوق المالية للورثة الحقيقيين الذين يمتون للميت بقرابة الدم والمصاهرة .

وبالنظر إلى هذه المفاصد الكبيرة منع الإسلام نظام (التبني) وحرّمه بشكل صريح ، ولكن التشريع الإسلامي كعادته يعطي البديل المثالي ولا يكتفي بمجرد الحظر ، فشرع الإسلام نظام (الكفالة) وتابعه في ذلك أغلب التشريعات الوضعية العربية .

وبما أنني مقبل على إعداد مذكرة الماستر فقد وقع اختياري على هذا الموضوع وفق العنوان التالي :

رعاية القصر بنظامي التبني والكفالة

– دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية –

صعوبات البحث :

- 1) لا يخلوا أي عمل ذو قيمة من صعوبات ومشقّات تعقبها راحة وامتعة ، إلا أنّ الصّعوبات تختلف ، واختلافها يكمن في درجة الصّعوبة ، من بين الصّعوبات التي واجهتني ما يلي :
- 1) الانقطاع عن البحث والدراسة فترة من الزمن ، ألقى بظلاله على قدرتي في البحث والتنقيب والمراجعة وإيجاد المراجع .
- 2) قلة الدّراسات في قانون الأسرة الجزائري بشكل عام .
- 3) صعوبة الحصول على بعض المراجع والمصادر .
- 4) لا شك أنّ الارتباط بالعمل والمسؤوليّة على الأولاد تؤثر على الباحث كثيراً خاصّة في جانب الوقت والتّفرغ للمدكّرة، حيث أنّي من خلال هذا البحث أدركتُ السّر الذي جعل الكثير من العلماء والفقهاء عُزّاباً .

أسباب اختيار الموضوع :

- 1 - جهل الكثير من المسلمين بالحكم الشرعي لـ (التبني) ، رغم أن الإسلام حرّمه منذ أكثر من 14 قرناً ، وللأسف لا يزال الناس يفعلونه إلى يوم الناس هذا .
- 2 - إطلاع الناس على بديل نظام (التبني) والمتمثل في نضان (الكفالة) .
- 3 - معرفة محتوى نظامي (التبني والكفالة) وأهم آثاره. ما من الناحية الشرعية.
- 4 - معرفة تفاصيل نظامي (التبني والكفالة) وأهم آثاره. ما من الناحية القانونية .

أهمية الموضوع :

- 1 - إزالة كثيرٍ من اللبس والغموض فيما يتعلق بنظامي (التبني والكفالة) في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.
- 2 - التعرف على مدى التقارب أو التباعد بين قانون الأسرة والفقهاء الإسلامي فيما يتعلق بالتبني والكفالة .
- 3 - معرفة حكمة الشريعة الإسلامية في تحريم نظام (التبني) .
- 4 - بيان الأحكام الصحيحة للتبني وفق منهج الشريعة الإسلامية ثم وفق القانون الوضعي لتجنيب المجتمع الإسلامي المشاكل التي تقع بسبب التبني .
- 5 - للتأكيد على رجحان وعدالة الإسلام في موقفه من التبني من خلال بحث حاكم التبني من جهة والبدائل التي أباحها الإسلام كبديل عن التبني من جهة أخرى .

منهج الدراسة :

من المعلوم أنه لا بد أن يتوافق منهج دراسة موضوع ما مع محتواه ، فإن أنسب المناهج لدراسة موضوعنا هو المنهج التحليلي الوصفي في طرح مفاهيم التبني والكفالة مع شرح وعرض موقف الشريعة والقانون ، كما استندنا إلى المنهج المقارن للمقارنة بين مختلف التشريعات .

إشكالية البحث :

ما هو موقف الشريعة الإسلامية من نظامي (التبني والكفالة) ؟
وما هو موقف المشرع الجزائري من نظامي (التبني والكفالة) على وجه الخصوص ؟ ثم ما هو موقف القوانين الوضعية الأخرى ؟

خطة البحث :

تتلخص الخطة في مقدمة ومدخل تمهيدي وفصلين على الشكل التالي :

مقدمة

فصل تمهيدي : مفهوم القاصر و الأهلية القانونية

المبحث الأول : مفهوم القاصر و الصور المشابهة له

المطلب الأول : تعريف القاصر

المطلب الثاني : الصور المشابهة لحالة القاصر

المبحث الثاني : الأهلية القانونية

المطلب الأول : تعريف الأهلية

المطلب الثاني : أنواع الأهلية

الفصل الأول : التبني بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

المبحث الأول : مفهوم التبني وخصائصه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

المطلب لأول : تعريف التبني .

المطلب الثاني : خصائص التبني .

المطلب الثالث : الأنظمة المشابهة للتبني .

- المبحث الثاني : التبني في الشريعة الإسلامية .
- المطلب الأول : حكمه (الكتاب - السنة - آراء العلماء) .
- المطلب الثاني : مقاصد منعه في الإسلام (حكمة تحريمه) .
- المطلب الثالث : بدائل التبني في الإسلام .
- المبحث الثالث : التبني في القوانين الوضعية
- المطلب الأول : التبني في التشريع الجزائري .
- المطلب الثاني : التبني في بعض التشريعات العربية .
- المطلب الثالث : التبني في بعض التشريعات الأجنبية .

الفصل الثاني : النظام القانوني للكفالة

- المبحث الأول : مفهوم الكفالة وخصائصها وتمييزها عما يشابهها .
- المطلب الأول : مفهوم الكفالة .
- المطلب الثاني : خصائص الكفالة .
- المطلب الثالث : تمييز الكفالة عما يشابهها من أنظمة .
- المبحث الثاني : شروط الكفالة وأركانها و إجراءات انعقادها .
- المطلب الأول : شروط الكفالة .
- المطلب الثاني : أركان الكفالة .
- المطلب الثالث : إجراءات انعقاد الكفالة .
- المبحث الثالث : آثار الكفالة و انقضاؤها .
- المطلب الأول : آثار الكفالة .
- المطلب الثاني : انقضاء الكفالة .
- الخاتمة .

منهجية كتابة البحث :

لقد كانت الكتابة في هذا الموضوع وفق المنهج المعروف في كتابة الرسائل الجامعية ، مع محاولة الالتزام به قدر الإمكان ، وهذا المنهج يتلخّص فيما يأتي :

1- الرجوع للمصادر الأصلية في البحث ، ما استطعت إلى ذلك سبيلاً .

- 2- الحرص على التزام الأمانة العلمية في عزو الأقوال إلى قائلها ، وبذل الجهد في نقل قول كل قائل من كتابه ، إن تمكنت من ذلك .
- 3- الحرص على تدعيم البحث بالنصوص الشرعية من الكتاب والسنة ، ونصوص المواد القانونية مع تمييز كل ذلك بعلامات التنصيص والأقواس .
- 4- بيان مواضع الآيات القرآنية الكريمة في المصحف الشريف ، وذلك بذكر اسم السورة ورقم الآية.
- 5- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في ثنايا الرسالة ، من كتب الحديث المشهورة .
- 6- توثيق المعلومات الواردة في كل صفحة ، وذلك في أسفلها عن طريق الإحالات الهامشية .

وصلى الله وسلم وبارك على نبيِّنا محمد ﷺ وعلى آله أجمعين .

فصل تمهيدي

مفهوم القاصر

والأهلية القانونية

المبحث الأول : مفهوم القاصر والصور المشابهة له

سنتطرق في هذا المبحث للقاصر ، فنخصص المطلب الأول لتعريفه ، والمطلب الثاني لبيان الصور

المشابهة له ، كالتالي :

المطلب الأول : مفهوم القاصر:

أولاً : القاصر في اللغة : معنى القاصر في اللغة العاجز، والعاجزة ، والذي لم يبلغ النضج بعد ، وهو يطلق على الجنسين معا وجمعه قصر بضم القاف، وفتح الصاد وتشديدها¹.

ثانيا في الفقه الإسلامي : القاصر في الفقه الإسلامي هو كل شخص لم يبلغ الحلم ، وأطلق عليه تسميات

أخرى مثل الطفل والصغير والصبي لقوله تعالى : ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿٥٩﴾ (سورة النور، الآية : 59)

وقد اعتبر الاحتلام حدا فاصلا بين البلوغ والطفولة ، من هنا أصبح الاحتلام هو مناط التكليف لاعتباره وصفا قاطعا على كمال العقل ، فهو قوة طارئة على الشخص تنقله من الطفولة إلى الرشد ويعرف الحلم بظهور بعض العلامات عند الذكر الاحتلام وعند الأنثى الحمل والحيض².

وفي حالة عدم ظهور هذه العلامات بشكل قطعي لجأ علماء الفقه إلى معايير موضوعية تسري على جميع الحالات والأشخاص، وذلك بتقدير سن حكمي يفترض فيه أن الشخص قد بلغ ، وتجاوز مرحلة الطفولة وقد اختلف الفقهاء فيما بينهم في تحديد هذه السن الفاصلة بين مرحلة البلوغ الحكمي وبين مرحلة الطفولة³ ، فهي عند الشافعية وبعض الحنفية بلوغ سن الخامسة عشرة أما المالكية ورواية أبو حنيفة فهي بلوغ سن الثامنة عشرة، ما لم تظهر علامة البلوغ قبل ذلك ، ويرى الإمام السيوطي أن الطفل يظل حدثا مع ظهور تلك العلامات حتى يبلغ سن الخامسة عشر⁴.

ومن الفقهاء من يرى أن الطفل في الفقه الإسلامي يمر بثلاثة أطوار⁵:

الطور الأول : قبل سن التمييز .

الطور الثاني : طور التمييز .

¹ يوسف رشدي بركات : معجم الطلاب عربي . عربي ، دار الكتب العلمية بيروت . لبنان ، ط4 : 2003 ، ص 483 .

² منتصر سعيد حمودة ، بلال أمين زين الدين : انحراف الأحداث دراسة فقهية في ضوء علم الإجرام والعقاب والشريعة الإسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية مصر ، ط1 : 2007 ، ص24 .

³ نبيل صقر ، صابر جميلة : الأحداث في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، د.ط ، 2008 ، ص10 .

⁴ المرجع السابق ، ص10 .

⁵ أحمد فتحي بهنسي : الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، بيروت . لبنان ، د.ط ، 1994 ، 06/4 .

الطور الثالث : طور البلوغ .

الطور الأول : قبل سن التمييز

ويبدأ من الولادة حتى سن السابعة ويسمى في هذه المرحلة بالصبي غير المميز، ويكون هنا له حكم المجنون عديم الأهلية ، ولا جريمة عليه إن ارتكب ما يوجب الحد أو التعزير .

الطور الثاني : طور التمييز :

وهي الفترة بين سبع سنوات وبين ظهور علامات البلوغ تارة بالسنن، وتارة بالعلامة وتارة بهما معا، وعلامة الفتاة حيض واحتلام ، وحبل وأدنى المدة تسع سنين وهو الراجح ، وعلامة الذكر احتلام وإحبال ، وأدنى المدة إثنا عشر سنة⁶ .

وأما السن فقرر الفقهاء سن تسعة عشر سنة للذكر ، وسبعة عشر سنة للأنثى ، وقال بعض العلماء منهم الإمام مالك العبرة في ذلك بنبات الشعر ، وقال البعض ببلوغ سن الثامنة عشر ، والأنثى سبعة عشر ، وقال آخرون ببلوغهما سن الخامسة عشر وحكم الصبي في هذه المرحلة حكم المعتوه⁷ .

الطور الثالث : طور البلوغ :

إذا بلغ الصبي أو الصبية سن البلوغ عاقلين ، فيعتبران مسؤولين مسؤولين جنائية كاملة⁸ .

ثالثا : القاصر في القانون :

الفرع الأول : تعريف القاصر في القانون الداخلي :

المشروع الجزائري لم يحدد سن القاصر تحديدا جازما ، فجعله 18 سنة في قانون العقوبات المادة 326 بالنسبة للقصر المخطوفين بالعنف ، ثم مدد هذا السن إلى تسعة عشر عاما بالنسبة إلى جريمة التحريض على الفسق والفجور المنصوص عليها في المادة 342 من قانون العقوبات ، أما في جريمة الفعل المخل بالحياة ، بغير عنف المنصوص عليها في المادة 334 من قانون العقوبات ، وجريمة الاعتداء على قاصر دون الـ 16 سنة ، وجعل تقدير سن القاصر في بعض الأحيان إلى الشريعة العامة (القانون المدني) وأحيانا قانون الأسرة كما في جريمة عدم تسليم قاصر لمن قضى في شأن حضائته .

واستخدم مصطلح قاصر ضمن مواد الأمر 03/72 بدون تعريفه بل اقتصر على تحديد سن قصوى لاعتباره وكذلك قوله في المادة الأولى منه (إن القصر الذين لم يكملوا سن الواحد والعشرين من العمر) ،

⁶ أحمد فتحي بهنسي ، المرجع السابق ، ص 06 .

⁷ أحمد فتحي بهنسي ، المرجع السابق ، ص 07 ، 08 .

⁸ المرجع نفسه ، ص 10 .

نجد هنا أن المشرع قد مدد سن القاصر إلى سن الواحد والعشرون عاماً⁹، ونجد هنا أن المشرع قد مدد سن القاصر إلى سن الواحد والعشرين سنة كل هذا من أجل حماية أكبر لهذه الفئة، لأن هذه الشريحة من المجتمع تحتاج إلى عناية وحماية أكبر، وخاصة لعدم اكتمال النمو العقلي والجسمي، وعدم التمييز بين الخير والشر، ووقوعهم كفريسة سهلة لذوي النفوس الضعيفة.

الفرع الثاني: تعريف القاصر في القانون الدولي:

استعملت معظم التشريعات الدولية والعربية مصطلح الطفل للدلالة على الحدث أو القاصر. نصت المادة الثانية من قانون الطفل المصري رقم 1996/12 على أنه: (يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يبلغ سن الثمانية عشرة سنة ميلادية كاملة ويكون الإثبات بموجب شهادة ميلاد أو بطاقة شخصية أو أي مستند رسمي آخر¹⁰. ويتفق كل من التشريعات المصري والكويتي والإماراتي واللبناني في تحديد سن القاصر هو مادون الثامنة عشر سواء كان ذكراً أو أنثى¹¹.

. جاء في اتفاقية الأمم المتحدة حول حقوق الطفل الصادرة سنة 1989 ضمن المادة 01 ما يلي: (لأغراض هذه الاتفاقية يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز سن الثامنة عشر سنة، وألا يكون القانون الوطني يحدد سناً للرشد أقل من ذلك.

كما جاء في اتفاقية حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها الصادرة بخيف في 17 يونيو 1999 في المادة الثانية منه: (يطبق تعبير الطفل في مفهوم هذه الاتفاقية على جميع الأشخاص دون سن الثامنة عشرة)

يمكن انتقاد هذا التعريف بالرغم من المحاولة الدولية لتوحيد تعريف الطفل، ذلك أنه لم يحدد ما إذا كان سن الرشد المحدد في القانون الداخلي هو سن الرشد المدني.

أو الجزائي هذا من جهة، ومن جهة أخرى في حالة تعارض ذلك مع الاتفاقية كأن يكون سن الرشد الداخلي هو سبعة عشر عاماً، والاتفاقية حددته بأقل من ثمانية عشرة عاماً، يؤخذ بالقانون الدولي عند

⁹ راجع الأمر رقم: 03/72، المؤرخ في 10 فبراير 1972، المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة، الجريدة الرسمية العدد: 15 المؤرخة في: 1972/02/22.

¹⁰ عبد الفتاح بيومي حجازي: الأحداث والأنترنت، دراسة متعمقة عن أثر الأنترنت في انحراف الأحداث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2004، ص13.

¹¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق نفسه، ص14.

وجود هذا التعارض ، لذلك كان من الأفضل أن لا تربط الاتفاقية السن المحدد في القانون الوطني بالسن المحدد فيها ، حتى لا يكون هناك معياران لتحديد من هو الطفل .
أما بالنسبة للمواثيق الإقليمية الخاصة بالطفل نجد الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته المعتمد في أديسبابا في يوليو سنة 1990 ، وقد صادقت عليه الجزائر في 08 2003 جويلية ، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-242 ، عرف الطفل في المادة الثانية منه بقوله (بموجب هذا الميثاق يقصد بالطفل أي إنسان يقل عمره عن 18 عاما) .
ومنه نجد أن معظم التشريعات قد أجمعت على أن سن الرشد الجنائي بثمانية عشر سنة هذا البلوغ الذي يجعله أهلا لتحمل المسؤولية الجزائية وفق أحكام القانون الجنائي¹² .

¹² وزارة العدل الجزائرية : أهم اتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها من طرف الجزائر ، ديسمبر 2009 ، ص 199 .

المطلب الثاني : الصور المشابهة لحالة القاصر :

للقاصر عدة تسميات مختلفة ، منها مصطلح الطفل والحدث والصغير وحتى مصطلح المراهق، وسنرى فيما يلي ما أطلق منها في التشريع الوطني، وما أطلق منه في التشريع الخارجي .

أولا : الطفل :

تطلق كلمة الطفل على الذكر و الأنثى ،وعلى جمعهما أيضا ، لقوله تعالى : ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تَرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشَدَّكُمْ ثُمَّ لِتَكُونُوا شُيُوخًا وَمِنْكُمْ مَنْ يُنَوِّقُ مِنْ قَبْلِ وَ لِنَبِّغُوا أَجَلًا مُّسَمًّى وَ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴿٦٧﴾ (سورة غافر ، الآية : 67) .

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح الطفل ، بشكل واسع وبمعنى سطحي في بعض القوانين ، بداية من قانون الإجراءات الجزائية، إذ ورد هذا الاصطلاح في الباب السادس من الكتاب الثالث ، وجاء على النحو التالي : (حماية الأطفال المخني عليهم في جنايات أو جنح) ، رجوعا إلى المادتين 493 و 494 اللتين تضمنهما هذا الباب حيث لا نجد أثرا لاستعمال مصطلح طفل سواء بصيغة الجمع أو صيغة المفرد¹³

ويلاحظ كذلك أن المشرع قد استعمل في الأمر 03/72 الصادر بتاريخ 10/02/1972 مصطلح

طفل في البداية فقط ما في المحتوى فقد استعمل مصطلح القاصر ، وهو الشيء نفسه استعمله المشرع في بالنسبة للأمر رقم 64/75 الصادر بتاريخ 26/09/1975 المتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية المراهقة والطفولة الذي استعمل في أغلب طياته مصطلح حدث¹⁴ .

إلا أن المشرع الجزائري أصبح مؤخرا يستعمل مصطلح الطفل أو الطفولة أكثر مما سبق ، ليس كعنوان فقط بل في المحتوى أيضا ، وكمثال على ذلك ما ورد في المرسوم التنفيذي رقم : 410/02 المؤرخ في 26/09/2002 ، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة العدل¹⁵ .

كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف هذا المصطلح إلا في نقطة واحدة ، وهي حين عرّف صغار الأطفال بموجب المادة : 02 من المرسوم التنفيذي رقم 382/92 المؤرخ في 13/10/1992 ، والمتضمن

¹³ راجع المادتين : 493 و 494 من قانون الإجراءات المدنية والجزائية .

¹⁴ راجع الأمر رقم 64 /75 ، الصادر بتاريخ 26/09/1975 ، المتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة ، الجريدة الرسمية العدد 81 ، الصادر بتاريخ : 1981 .

¹⁵ الجريدة الرسمية العدد 80 المؤرخة في 27/11/2002 ، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 333/04 المؤرخ في 24/10/2004 ، الجريدة الرسمية العدد : 15 لسنة 2004 .

تنظيم استقبال صغار الأطفال ورعايتهم بحيث ينص على أن المراد بصغار الأطفال بمفهوم هذا المرسوم هم الأطفال الذين لم يبلغوا سن التمدرس الإجباري أي الذين قلّت أعمارهم عن ست سنوات، وعلى عكس ذلك فقد عرّف المشرع المصري بموجب المادة : 02 الطفل من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996 على أنه (يقصد بالطفل فيما يخص الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يبلغ سن الثامنة عشر ميلادية كاملة ،ويكون إثبات سن الطفل بموجب شهادة ميلاده أو بطاقته الشخصية أو أي مستند رسمي آخر)¹⁶

من خلال هذا جعل المشرع المصري مرحلة الطفولة ، وتنتهي ببلوغ سن الثامنة عشر. أما بعض التشريعات فضيقت مدلول الطفل والحدث ، فجعلته ينطبق على الصغير دون السابعة عشر بحيث من بلغ هذا السن يكون قد تجاوز مرحلة الطفولة ، وبالتالي فهو أهل لتحمل المسؤولية الجنائية ، ومن أمثلة تلك التشريعات القانون الإنجليزي ، والبولوني واليوناني ، وتنتهي محلة الطفولة في بعض التشريعات الأخرى في سن السادسة عشر مثل التشريع الإسباني ، والقانون المغربي والبرتغالي¹⁷ . وبصفة عامة تعتبر أغلب التشريعات أن الطفل هو كل من لم يتجاوز سن الثامنة عشر

ثانيا : المراهق :

المراهق هو الشخص الذي لم يثبت سلوكه على حال ، ولم يحدد بعد اتجاهها نهائيا ، فهو شخصية ضائعة تتلاعب بها الميول والأهواء ، والنزوات الصببانية . فهو ليس طفلا ينصاع لإرادة الكبار ، ولم يصبح بعد الراشد الذي يعتمد على إرادته وحرية الكاملة ، ويشترك في حدود الدور الذي يرسمه له المجتمع ويتحمل مسؤولياته .

فبالرغم من الاهتمام المتزايد بالمراهقة ، إلا أن هذه الفترة من حياة الإنسان لا تزال محل اختلاف بين مختلف التشريعات والعلوم ، من حيث التعرف والبدائية والنهائية ، فهناك من قال بأنها تبدأ من سن الثالثة عشر حتى سن الثامنة عشر ، وغير هم من يزعم بأنها قد تتواصل إلى غاية سن الواحد والعشرين وإلى غاية الخامسة والعشرين¹⁸ .

استعمل المشرع الجزائري مصطلح المراهق في عنوان الأمر 03/72 ، المذكور سابقا والمتعلق بحماية الطفولة والمراهقة .

¹⁶ شريف سيد كامل ، الحماية الجنائية للأطفال ، دار النهضة ، القاهرة ، مصر ، ط1 ، 2001 ، ص 05 .

¹⁷ شريف سيد كامل ، المرجع نفسه ، ص 02 .

¹⁸ غسان رايح : حدود الحدث المخالف للقانون أو المعرض لخطر الانحراف . دراسة مقارنة في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، د.ط ، 2005 ، ص 63 .

ثالثا : الحدث :

إن مصطلح الحدث على صلة وثيقة بمصطلحي الطفل والقاصر ، حيث أن الحدث والطفل هو صغير السن ، وكل شخص صغير يعتبر حدث أو طفل ، ومعنى الحدث في اللغة : حديث العهد بالوجود فإذا ذكرنا السن قلنا حديث السن ، وهؤلاء غلمان حدثان أي أحداث ، وطلق أيضا هذا المصطلح على الشاب¹⁹ .

وفي لغة القانون يعتبر الشخص حدثا ما لم يبلغ سنا محددة يصطلح عليها بتعبير " سن الرشد الجنائي " يفترض أنه كان قبلها معدوم أو ناقص الإدراك، والشعور فإذا بلغ هذه السن كان مكتمل الشعور، والإدراك²⁰ .

ولهذا يكون الشخص حدثا منذ ولادته حتى بلوغه تلك السن المحددة قانونا للرشد الجنائي، وتحديد سن الرشد الجنائي يختلف من بلد لآخر تبعا لاختلاف الظروف السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، والثقافية، والجغرافية، ففي الجزائر قد حدد المشرع سن الرشد الجزائي بموجب المادة 442: من قانون الإجراءات الجزائية، والتي تنص على أنه " يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر "، وما قبل هذه السن يعتبر الشخص حدثا، ولكن لم يحدد السن الدنيا للحدث، وترك ذلك للسلطة التقديرية حسب كل حالة.

أما دوليا فقد تم تعريف الحدث بموجب القواعد النموذجية الدنيا لإدارة قضاء الأحداث لقواعد بكوين لسنة 1985 ، وذلك في البند الثاني الذي عرفه بقوله " :الحدث هو طفل أو شخص صغير السن يجوز بموجب الأنظمة القانونية المختصة مساءلته عن جرم ما بأسلوب يختلف عن أسلوب مساءلة البالغ" ، وعليه فهذه المادة لم تحدد لا الحد الأدنى ولا الحد الأقصى لسن الحادثة، بل ربطت تحديد سن الحادثة بسن الرشد الجزائي لأنه هو الفاصل في تحديد أسلوب المساءلة المختلفة للبالغ عن الحدث.

بعد أن عرفنا كل من القاصر، وكذا الطفل، والحدث أو حتى المراهق من عدة زوايا نتوصل إلى أن هناك تداخل وتشابه، بل تطابق بين هذه المصطلحات، وكذا يلجئ إلى استعمالها من قبل الفقه أو القانون، وبالمقارنة بين مفهوم القاصر، ومفهوم الطفل والحدث نجد أن لها معنى واحد، أما بالنسبة للمراهق وإن اتفق معهم فإنه محدد بمرحلة عمرية معينة تبدأ من حوالي سن الثالثة عشر، وتنتهي ببلوغ الثامنة عشر

¹⁹ ابن منظور ، محمد بن مكرم : لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، ط3 : 1414هـ ، 70/3 .

²⁰ محمود سليمان موسى ، مرجع سابق ، ص90 .

إلا أن سن المراهقة قد يتعدى الحد الأقصى لسن الطفولة والحداثة لأنه قد يصل حتى سن الواحدة و
العشرين عاما كما رأينا سابقا.

المبحث الثاني : الأهلية القانونية

سنتطرق في هذا المبحث للأهلية القانونية ، فنخصص المطلب الأول لتعريفها ، والمطلب الثاني لبيان

أنواعها ، كالتالي :

المطلب الأول : تعريف الأهلية :

أ. الأهلية في اللغة : وهي مأخوذة من قولهم : "فلان أهل لكذا " أي : صالح ومستحق له ²¹.

ب. وفي الاصطلاح :

الأهلية عبارة عن صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه التزامات وتصدر عنه تصرفات

مشروعة على وجه يعتد به القانون ويحميه عندما يباشر حقوقه ويستعملها ²².

المطلب الثاني : أنواع الأهلية ²³ :

يتمتع الشخص بأهليتين يكتسب الأولى بمجرد ميلاده وهي أهلية الوجوب ، أما أهلية الأداء

فيكتسبها في وقت لاحق ، وهي تمر بمراحل معينة ، كما أنها مرتبطة بعدم إصابة الشخص بعارض من

عوارض الأهلية ، وستعرض لأهلية الوجوب ثم أهلية الأداء .

أولاً : أهلية الوجوب :

هي صلاحية الشخص لتحمل الواجبات والتمتع بالحقوق ، فهي ثابتة لكل شخص منذ ولادته إلى

غاية وفاته، وللمحافظة على حقوق الجنين تقررت له أقرت له أهلية الوجوب قبل ولادته ، إلا أنها ناقصة

، وتتمثل في اكتساب الحقوق مثل الهبة والإرث والوصية ، ووليّه هو الذي يقبلها عنه .

وإذا قضت القاعدة أن الجنين لا يتحمل أي التزام ، إلا أنه تجب عليه التزامات بحكم إدارة أمواله ²⁴.

وتثبت بالولادة للشخص أهلية وجوب كاملة ، فهي مرتبطة بالشخصية القانونية وحرمانه من أهلية

الوجوب يعني حرمانه من شخصيته القانونية ، وقد قيد المشرع بعض الأشخاص من أهليتهم في حالات

معينة ، فتصبح لهم أهلية وجوب غير كاملة في اكتساب بعض الأموال ، مثل ما نصت عليه المادة 402

مدني التي منعت بعض الأشخاص من شراء بعض الحقوق المتنازع فيها كالقضاة والمحامين وكتاب الضبط

إذا كان النزاع يدخل في دائرة المحكمة التي يباشرون فيها عملهم ، حيث أنه في هذه الحالة إذا تم البيع كان

²¹ ابن منظور ، مصدر سابق ، 28/11 .

²² غالب علي الداودي : المدخل إلى علم القانون ، دار وائل ، عمان ، الأردن ، ط 7 : 2007 م ، ص 247 .

²³ محمدي فريدة (زواوي) : المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، 2000م ، ص 75 - 78 .

²⁴ عباس الصراف وجورج حزيون : المدخل إلى علم القانون ، عمان ، 1985 ، ص 154 .

باطلا بطلانا مطلقا ، لأن أهلية هؤلاء الأشخاص ناقصة كما نصت المادة أما بالنسبة لتصرفات قانونية أخرى فيتمتعون بأهلية وجوب كاملة .

ويعتبر الحد أو التقييد من أهلية وجوب بعض الأشخاص في حالات معينة ، أمرا استثنائيا، لا ينال من المبدأ العام الذي يقرر ارتباط أهلية الوجوب بالشخصية القانونية²⁵.

ثانيا : أهلية الأداء :

هي صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني ، فهي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه بنفسه وبالتزاماته المالية بنفسه .

تنتقل أهلية الأداء في عدة مراحل ، كما أنها تتأثر بحالة الشخص الصحية ، فيفترض في الشخص السليم الإرادة ، وتتأثر بمرض الشخص ، فإرادة الشخص إما تكون منعدمة أو ناقصة أو كاملة .

وتتطور الأهلية من انعدام التمييز إلى نقص الأهلية إلى كمالها :

أ . **الأهلية المنعدمة** : تبدأ هذه المرحلة من ميلاد الشخص إلى سن التمييز ، فتثبت للطفل بمجرد ميلاده

أهلية الوجوب أي الشخصية القانونية ، فليست له أهلية أداء لانعدام الإدراك والتمييز لديه ،

فلا يعد الصغير دون السادسة عشر لا يعد أهلا لمباشرة أي تصرف قانوني حتى لو كان نافعا له نفعا محضا ، حيث نصت المادة 42 من مدني بقولها : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز

لصغر السن يعتبر غير مميز من لم يبلغ سن السادسة عشرة . "

وبالتالي فالعقود التي يبرمها باطلا بطلانا مطلقا ، ولا تصحح بالإجازة ، ومن ثمة فليس لإرادته أثر ،

فهو مثلا لا يستطيع ، قبول الهبة لأنه فاقد التمييز .

ويلاحظ من خلال المادة 210 قانون الأسرة أنه تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا ويقبلها عنه وليه ؛

لأنه من شروط الهبة القبول .

ب . **الأهلية الناقصة** : يعتبر ناقص الأهلية كل من بلغ سن التمييز (16 سنة) ولم يبلغ سن الرشد (19

سنة) حيث تنص المادة 43 قانون مدني على التالي " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يكون

ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون " .

ويمكن لناقص الأهلية أن يقبل الهبة والوصية فهو يباشر التصرفات النافعة له نفعا محضا .

²⁵ محمد حسام لطفي : موجز النظرية العامة للحق ، دار الثقافة ، القاهرة ، 1988م ، ص 132 .

ولا يباشر التصرفات الضارة له ضررا محضا ، كإبراء مدين له من الدين أو هبة أمواله ، أو الإقرار ولا تقع هذه التصرفات حتى لو أجازها وليه .

فالتصرفات التي من شأنها أن تفقر الشخص لا بد لها من أهلية التبرع وهي لا تثبت إلا إذا كان الشخص كامل الأهلية .

أما البيع والمقايضة أي التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية .

يمكن للقاصر أن يقوم بالتصرفات الضرورية للمحافظة على أمواله بحيث لا يكون لها أي ضرر ، كتجديد قيد الرهن وهذا متفق عليه من جميع التشريعات²⁶ .

كما تدخل أعمال التصرف التي تستلزمها إدارة الأموال المأذون للقاصر بإدارتها كإجراء ما يلزم للبذور وبيع المحصول ، يدخل هذا في أعمال الإدارة .

ج . الأهلية الكاملة : يعتبر كامل الأهلية كل شخص بلغ سن 19 سنة كاملة ، وله أن يتصرف في أمواله كما يشاء ، إذا لم يصبه عارض من عوارض الأهلية .

الفصل الأول

التبني بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

المبحث الأول : مفهوم التبني وخصائصه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له .

المبحث الثاني : التبني في الشريعة الإسلامية .

المبحث الثالث : التبني في القوانين الوضعية .

المبحث الأول : مفهوم التبني وخصائصه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

إن التبني معنيين أحدهما لغوي والآخر اصطلاحى ، ولتمييزه عن باقي الأنظمة المشابهة له فهو يتميز بخصائص ؛ لهذا نستعرض في المطلب الأول تعريفه ، وفي المطلب الثاني إلى أهم خصائصه :

المطلب الأول : تعريف التبني :

الفرع الأول : التبني لغة :. جاء في لسان العرب لابن منظور : (التَّبِيُّ : من بني جمع ابن مضاف إلى النَّفس، ويقال : تَبَّيْتُه أي ادعيت بَنَوْتَه . وتَبَّنَاهُ : اتخذناه ابناً . وقال الزجاج : تَبَّنَى به يُرِيدُ تَبَّنَاهُ . وفي حديث أبي حذيفة : إنه تَبَّنَى سالماً ، أي اتخذناه ابناً²⁷ .

الفرع الثاني : التبني اصطلاحاً :

أ – عرفه الدكتور محمد صبحي نجم²⁸ ، التبني هو أن يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه وعرفه أنه ليس ولده فينتسب هذا المتبنى إلى من تبناه . ويكون له على هذا المتبنى حقوق الولد . فالمتبنى لا يقول أن هذا المتبنى أبنه و من صلبه ولكنه أنزله منزلة : لقد تعددت التعريفات ، فمنهم من عرفه بحسب مضمونه و منهم من عرفه بحسب غايته .
بناه والتزم له بحقوق الولد و قطع نسبه إلى غيره .

ب – وعرفه الأستاذ فضيل سعد²⁹ ، التبني هو عملية إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقينا أنه ليس منه و هي علاقة بين الطرفين أحدهما وهو الشخص الكبير ، امرأة أو رجل و يسمى المتبنى ، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنى .
والمتبنى إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب كاللقيط .

ج – عرفه الدكتور عبد الرحمان الصابوني³⁰ ، هو أن يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب من شخص معين أو مجهول النسب .

الصعيديين الوطني و الدولي في المادة 13 من الفصل المتعلق بالتبني ، بالغرض الأساسي من التبني فهو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لم يتمكن والداه الأصليان من توفير الرعاية له .

²⁷ ابن منظور ، مصدر سابق ، 91/14 .

²⁸ محمد صبحي نجم : محاضرات في قانون الأسرة (سلسلة دروس العلوم القانونية) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992 ، ص 55 .

²⁹ فضيل سعد : شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق) ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986 ، 224/1 .

³⁰ عبد الرحمن الصابوني : شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (الطلاق وآثاره) ، منشورات جامعة دمشق ، 2006 ، 192/2 .

د - وقد عرفته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها على إثر الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال و رعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على إضافة إلى ذلك فقد عرفه الدكتور مصطفى شليبي " :استلحاق شخص معروف النسب إلى أب أو استلحاق مجهول النسب، مع التصريح بأن يتخذ ولدا وليس بولد حقيقي³¹.

أما محمد محي الدين عبد الحميد فقد عرفه: أن يعمد رجل ما إلى ولد معروف النسب إلى أبيه، فينسبه إلى نفسه، أو تعمد امرأة ما إلى ولد معروف النسب إلى أمه، فتنسبه إلى نفسها، ويسمى الولد المتبني على هذه الصورة: دعيا، وجمعه أدعياء³².

من خلال التعريفات التي أوردناها يتضح لنا أن التبيّي هو أن ينسب الإنسان ولد أ يعرف أنه ابن غيره.
المطلب الثاني : خصائص التبني .

. يشمل نظام التبني الولاية التامة على نفس ومال المتبني من تربية ورعاية وتمثيل قانوني في إدارة وتصرف في الأموال وكذلك من قبل المتبني.

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

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

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

التبني مقنن في ظل المجتمعات الحديثة في قوانين داخلية وبرتوكولات دولية .
ينص التبني على القصر دون سواهم ذكرا كان أو أنثى .

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

تنزيل المتبني منزلة الابن الصلي بمساواته في الحقوق معه .

³¹ محمد مصطفى شليبي : أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، ط4 : 1983 ، ص07 .

³² محمد محي الدين عبد الحميد : الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية ، بيروت، 2007 ، ص387 .

يكون المتبني شخصا راشدا ذكرا أو أنثى كان.

إمكانية تبني أي طفل بغض النظر عن جنسيته .

يغلب على التبني الطابع الشكلي ، والإجرائي فهو بمثابة عقد بين المتبني والأشخاص والهيئات الراعية

للطفل المرشح لتبني .

المطلب الثالث : الأنظمة المشابهة للتبني :

غالبا ما يختلط التبني بأنظمة أخرى مشابهة له ومن أجل ذلك وجب علينا أن نفرق بينه وبين تلك الأنظمة

بسبب التداخل فيما بينها .

الفرع الأول : التبني والكفالة :

لا يوجد فرق بين الكفالة والتبني في الظاهر لأن كلاهما يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا وضمه

إلى أسرة أخرى ليست أصلية ، لكن الشيء المتعارف عليه في التفرقة بين التبني والكفالة هو أف التبني

يؤثر في النسب إذ يحدث نسب جديد اعتباري وهو النسب بالتبني هذا من جهة، ومن جهة أخرى

يؤثر في العلاقة الميراثية بسبب النسب الاعتباري إذ يصبح وارث هو كذلك متى توافرت شروط

الميراث³³ .

الفرع الثاني : التبني والحضانة :

إذا كان التبني هو عقد ينشئ بين شخصين علاقة صورية ومدنية محضة بالأبوة والبنوة المفترضة، كما

يمكن أن يكون نتيجة نزع طفل من أبويه معروفين وإلحاق نسبه إلى المتبني، في حين الحضانة هي رعاية

الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا³⁴ .

وتكمن أن الاختلافات بينهما في إن الحضانة تمارس على طفل معلوم النسب؛ أما التبني فيكون

إما على شخص معلوم النسب أو مجهوله .

. إن المحضون يحتفظ بنسبه؛ على خلال المتبني الذي يأخذ نسب العائمة المتبنية ، ومن ثم فما التبني إلا

تزييف لمنسب.

³³ خليفة جاب الله : التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص : أحوال شخصية ،

تحت إشراف : جميلة فار ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، الموسم الجامعي : 2014 - 2015 ،

ص 09 .

³⁴ المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري .

. يسقط زواج الحاضنة حقها في الحضانة، كقاعدة عامة؛ عمى نقيض التبني الذي يشترط في المتبني أن يكون متزوجا.

. يرتب التبني جميع آثار البنوة من حقوق وواجبات كحرمة الزواج واستحقاق الميراث والنفقة مثلا؛ أما الحضانة، فلا ترتب شيئا من ذلك إذا كانت بيد غير الأبوين³⁵.

الفرع الثالث : التبني والإقرار بالنسب³⁶:

يتخيل البعض أن نظام التبني مثل الإقرار بالنسب والحقيقة انه لا تشابه بين النظامين ،فالتبني هو أن يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب أو مجهول النسب مع علمه بأنه ليس بابنه من صلبه . أما الإقرار بالنسب فهو إقرار الشخص صراحة أن شخصا معيننا إبننا له، بنسب صحيح وحقيقي، ولكن ظروف معينة حالت دون هذا الإقرار، كعقد لم يسجل بين زوجين وأنجبا ولدا، أو أنكر الأب الولد فترة معينة ثم عاد واعترف بأن عقدا شرعيا تم بينه وبين امرأة نتج عنه ولد شرعي . وليس الإقرار بالنسب هو التبني المعروف، لأن الإقرار لا ينشئ النسب وإنما هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب، فهو يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائه فيكون ابنا له ثابت النسب منه، وليس له نسب آخر يتساوى مع ابنه الثابت نسبه بالفراش ، إذ تثبت له كافة الحقوق الثابتة للأبناء من النفقة والإرث وحرمة المصاهرة، واحتمال أنه كاذب في الواقع لا يلتفت إليه لأنه لا يوجد ما يثبت كذبه، فالظاهر يصدقه، والله يتولى سريره³⁷.

³⁵ طالبة مالك : التبني والكفالة ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، التبرص الميداني : مجلس قضاء وهران ، محكمة أرزيو ، الدفعة

: 14 : 2003 – 2006 ، ص 05 .

³⁶ خليفة جاب الله : مرجع سابق ، ص 08 .

³⁷ محمد مصطفى شلي ، مرجع سابق ، ص 723 .

المبحث الثاني : التبني في الشريعة الإسلامية

سنتطرق في هذا المبحث للتبني في الإسلام ، فنخصص المطلب الأول لبيان حكمه ، والمطلب الثاني

ليبيان مقاصد منعه : أي الحكمة من تحريمه ، والمطلب الثالث لبدائله في الإسلام ، كالتالي :

المطلب الأول : حكم التبني :

من المعروف لدى كثير منا أنه كان للعرب في الجاهلية عادات وتقاليد حاول الإسلام تهذيب الصالح منها وإبطال الفاسد والمضر ومن أهم ما أبطله (التبني) ³⁸ .

فلقد عرف العرب قبل الإسلام نظام التبني فكان الرجل إذا ما أعجبه فتى لوسامته أو حبا في الرفعة والانتساب إلى ولد شريف الأصل أو ذي عزة وجاه، تبناه وألحقه بنسبه وأعطاه كل الحقوق مثل الأولاد الصليبين وله نصيب في الميراث وكما ينسب إلى المتبني لذلك يقال فلان بن فلان ولا ينسب إلى غيره ³⁹ .
وشأنه عليه الصلاة والسلام مثل عادة العرب ، تبني سيدنا محمد بن عبد الله ﷺ قبل أن يصبح رسولا بالرسالة الإلهية شابا من سبايا بلاد الغساسنة أي الشام ، سباه رجل فاشتراه حكيم بن حزام بن خويلد، ثم وهبه إلى عمته خديجة بنت خويلد زوجة الرسول الكريم ، ثم وهبته إلى النبي صلى الله عليه وسلم بعد أن تزوجته ، ولما عرف أبوه وعمه مكانه، وطلباه من المصطفى صلى الله عليه وآله وسلم، خيره النبي صلى الله عليه وسلم، فما كان منه إلا أن اختار رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على أبيه وعمه، فأعتقه وتبناه، وأشهد على ذلك القوم، فقال : " يا معشر قريش أشهدوا إنه ابني أرثه ويرثني " ⁴⁰ .

بقيت ظاهرة التبني معروفة مثل كثير من الأوضاع والمسائل التي ظلت سائدة فترة زمنية بعد ظهور الإسلام مثل الخمر والربا وبعض عادات الجاهلية، وكان زيد هذا يدعي (زيد بن محمد) ، ثم حرّم الإسلام التبني تحريما صريحا لأن رسالة الإسلام والقرآن الإصلاحية كانت تعالج (مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ) ⁴¹ .

الفرع الأول : التحريم من الكتاب

قال تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ۗ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ۗ ﴾

(سورة الأحزاب ، الآية : 04) .

³⁸ دليلة فركوس : تاريخ النظم ، مطبعة الأطلس ، الجزائر ، 1993 ، 214/1 .

³⁹ علال آمال : التبني والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي) مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص : قانون أسرة ، تحت إشراف : الدكتورة : دنوبي هجيرة ، كلية الحقوق ، جامعة بوبكر بلقايد ، تلمسان ، الموسم الجامعي : 2008 – 2009 ، ص24 .

⁴⁰ يوسف القرضاوي : الحلال والحرام في الإسلام ، دار البعث ، قسنطينة ، 1984م ، ص183 .

⁴¹ خليفة جاب الله : مرجع سابق ، 10 .

حرم الحق تبارك وتعالى التبني في القرآن الكريم تحريماً قاطعاً ، فالكلام لا ينشئ علاقة الوراثية ولا رابطة الدم ، وكون الولد هو بضعة حية من أبيه نتيجة خصائص في النطفة ، لا يكفي أيضاً ، وهي صريحة أيضاً في منع نسب الشخص إلى غير أبيه ، فلا عبرة إلا بالدم والأبوة والبنوة الحقيقية ، لقوله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴾ (سورة الأحزاب ، الآية : 04) . أي أن الحق والعدل يقوم فقط على علاقة الدم واللحم ، ولا يقوم على كلام البشر .

قال تعالى أيضاً : ﴿ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾ (سورة الأحزاب ، الآية : 05) .

وقوله عز من قائل : ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ ﴾ (سورة الأحزاب ، الآية : 05) .
 رغب ربنا في رد الأنساب إلى أصولها إلا في الحالات التي يعجز تماماً عن ردها فقد رفع الله الحرج عنهم أبطل الله تعالى تبني زيد رضي الله عنه بقوله صراحة في الآية الكريمة : ﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا ﴾

زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا ^٤ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا ﴿ (سورة الأحزاب : الآية : 37) .

وقال تعالى أيضاً : ﴿ مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ ^٥ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴾ (سورة الأحزاب ، الآية : 40) .

الفرع الثاني : التحريم من السنة النبوية .

قال رسول الله ﷺ : « مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ ، فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ » ⁴² .

وقال رسول الله ﷺ : « مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ ، أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ ، وَالْمَلَائِكَةُ وَالنَّاسُ أَجْمَعِينَ ، لَا يَقْبَلُ اللَّهُ مِنْهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ صَرْفًا وَلَا عَدْلًا » ⁴³ .

⁴² أخرجه البخاري ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي : الجامع الصحيح ، تحقيق : محمد زهير بن ناصر الناصر ، شرح وتعليق : د. مصطفى ديب البغا ، دار طوق النجاة ، بيروت ، ط1 : 1422هـ ، كتاب : الفرائض ، باب : من ادعى إلى غير أبيه ، رقم : 6766 ، 156/8 . وأخرجه مسلم بن الحجاج ، أبو الحسن القشيري النيسابوري : المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية (فيصل البابي الحلبي) ، القاهرة ، ط 1 : 1374هـ - 1955م ، كتاب الإيمان ، باب : بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم ، رقم : 63 ، 80/1 ، عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه .

من خلال ما سبق نستنتج أن النبي عليه الصلاة والسلام قد أبطل التبني بالتشريع العملي بعد التشريع القولي⁴⁴ ، واختارت الحكمة الإلهية لهذه المهمة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بنفسه لكي يزيل كل شك ويدفع كل حرج عن المؤمنين في إباحة زواج مطلقات أديعتهم، لكي يوقنوا أن الحلال ما أحل الله والحرام ما حرم الله.

إذا انتهى أمر التبني في التشريع الإسلامي وأصبح رابطة غير مسموح بها ، لا ينشأ عليه أي حكم ومن أقدم عليه كان عمله باطلا .

كما أن التبني يعتبر انتهاكا للحرمات للمعاملة التي يتلقاها الإبن المتبنى على أنه أخ لبنات المتبنى وابن لزوجته ، فهذه مرتبة المحارم مع أنه يعتبر أجنبيا عنهم .

لا يباح له ما يباح للإبن الصليبي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الشخص يحرم من حقه في الزواج من هؤلاء الأجنبيات، اللاتي تعتبرن أنه أخ لمن، وهو يعتبرهن أخواته، غير أنه قد يحدث ويتزوج هذا الشخص المتبنى بأخواته الصليبيات وهو محرم عليه . لذلك تختلط الأنساب، ويصبح المجتمع، يقوم على نظام فاشل ضعيف الأسس يعاني خلخلة المجتمع في الجاهلية.

ونلخص القول بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾ (سورة المائدة ، الآية : 87) .

ويعتبر التني أيضا اعتداء على النسب لأنه يثبت عادة من الآباء للأبناء نتيجة لرابطة شرعية قانونية ليس لأحد أن يتعدها.

بحيث يتصرف فيها بكل حرية، فيعطى لهذا اسمه أو نسبه بغير وجه حق . إذ أنه يدمج شخصا أجنبيا غريبا في الأسرة يشاركونهم في حياتهم ، يسلبهم حقوقهم بغير حق، ويتعدى على نسبهم، غير أن ذلك لا يخوله أن يتمتع بحقوق المودة والرحمة وهي حقوق معنوية لا يتحقق إلا في صلة الدم واللحم، ولا يمكن تجسيدها في نسب أو قرابة مصطنعة، بل بالعكس تؤدي إلى توليد نوع من التنافر تؤثر على هذا الطفل نفسيا، ومن جهة أخرى فإن تجريد هذا الطفل من نسبه الأصلي إن

⁴³ أخرجه أحمد بن حنبل : مسند الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، عادل مرشد ، وآخرون ، إشراف : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، دمشق ، ط1 : 1421هـ - 2001م ، رقم : 615 ، 52/2 ، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، قال شعيب الأرنؤوط : إسناده صحيح على شرط الشيخين .

⁴⁴ يوسف القرضاوي ، مرجع سابق :ص: 185 .

كان معلوم النسب دون رضاه أو بغير علمه سيولد له اعتقاداً بأنه ينتمي إلى تلك العائلة، إلا أنه سرعان ما يكتشف الخداع والتزوير ظلل به ويتحول حبه إلى والديه الذين تبنياه إلى حقد وكره⁴⁵.

الفرع الثالث : آراء العلماء .

قال الإمام القرطبي : " رفع الله حكم التبني ومنع من إطلاق لفظه وأرشد بقوله إلى أن الأولى والأعدل أن ينسب الرجل إلى أبيه " ⁴⁶ .

وقال العلامة الطاهر بن عاشور : " أَبْطَلَ - الله - حُكْمَ التَّبْيِّ الَّذِي كَانَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ " ⁴⁷ .

وقال الدكتور وهبة الزحيلي : التبني حرام في الإسلام لأنه يصادم الحقيقة، والأولى والأعدل أن ينسب الرجل إلى أبيه نسبا، ويحرم على الإنسان أن يتعمد دعوة الولد لغير أبيه، على النحو الذي كان في الجاهلية. فإن لم يكن كذلك، كما يقول الكبير للصغير تلطفاً أو تحننا وشفقة: يا ابني أو يا بني، فالظاهر عدم الحرمة، لكن أفتى بعض العلماء بكرهته سداً لباب التشبه بالكفار.

- وكما يحرم التبني، يحرم انتساب الشخص إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، بل هو من الكبائر إذا كان على النحو الجاهلي، فقد كان الرجل منهم ينتسب إلى غير أبيه وعشيرته، وجاء في السنة الوعيد الشديد عليه⁴⁸.

وجاء في فتاوى اللجنة الدائمة : " حرّم سبحانه أن ينسب الولد إلى من تبناه نسبة حقيقية، بل حرّم على الولد نفسه أن ينتسب إلى غير أبيه الحقيقي إلا إذا سبق هذا إلى اللسان خطأ فلا حرج فيه، وبيّن سبحانه أن هذا الحكم هو محض العدالة ؛ لما فيه من الصدق في القول، وحفظ الأنساب والأعراض، وحفظ الحقوق المالية لمن هو أولى بها⁴⁹ .

⁴⁵ انظر : محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص723 .

⁴⁶ انظر : محمد بن أحمد القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ط2 : 1384هـ - 1964 م ، 119/14 .

⁴⁷ انظر : محمد الطاهر بن عاشور : التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد» ، الدار التونسية للنشر ، تونس ، 1984 هـ ، 192/5 .

⁴⁸ انظر : وهبة الزحيلي : التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، ط2 : 1418هـ ، 240 /21 ، 241 .

⁴⁹ انظر : اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء : فتاوى اللجنة الدائمة - المجموعة الأولى ، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش ، الناشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة للطبع - الرياض ، السعودية ، 20 / 345 . وانظر : محمد بن عبد العزيز بن عبد الله المسند : فتاوى إسلامية لأصحاب الفضيلة العلماء ، دار الوطن للنشر، الرياض ، ط1 : 1415هـ ، 498/4 .

المطلب الثاني : مقاصد منعه في الإسلام (الحكمة من تحريمه)⁵⁰ :

أولاً : التبنى اعتداء على الأنساب :

"إن النسب يثبت عادة من الآباء للأبناء نتيجة لرابطة شرعية قانونية ليس لأحد أن يتعدها بحيث يتصرف فيها بكل حرية، فيعطى لهذا اسمه أو نسبه بغير وجه حق . إذ أنه يدمج شخصا أجنبيا غريبا في الأسرة يشاركونهم في حياتهم يسلبهم حقوقهم بغير حق، ويتعدى على نسبهم، غير أن ذلك لا يخوله أن يتمتع بحقوق المودة والرحمة وهي حقوق معنوية لا يتحقق إلا في صلة الدم واللحم، ولا يمكن تجسيدها في نسب أو قرابة مصطنعة، بل بالعكس تؤدي إلى توليد نوع من التنافر تؤثر على هذا الطفل نفسيا، ومن جهة أخرى فإن تجريد هذا الطفل من نسبه الأصلي إن كان معلوم النسب دون رضاه أو بغير علمه سيولد له اعتقادا بأنه ينتمي إلى تلك العائلة، لكن يكتشف هذا التزوير فيتحول حبه لوالديه الذين تبنياه كرها واحتقارا لهما."⁵¹

وتحريم التبنى هو غاية في حد ذاته إذ يمنع توريث من ليس له حق الإرث لأن الميراث له شروطه وأحكامه منها القرابة مثلا، وفي تحريمه عدم الإعتداء على حقوق الغير لأن إقرار التبنى وثبوت التوريث يجعل منه تعدى على تركة الغير بغير وجه حق وهذا من شأنه أن يثير الحقد بين الأقارب الحقيقيين بسبب هذا الدخيل وبالتالي قطع الأرحام .

ثانياً : التبنى انتهاك للحرمان :

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

⁵⁰ انظر : علال آمال : مرجع سابق ، ص 27 ، 28 . وخليفة جاب الله : مرجع سابق ، 13 ، 14 .

⁵¹ محمد مصطفى شلي ، مرجع السابق ، ص 723 .

المطلب الثالث : بدائل التبني في الإسلام :

أولاً: كفالة اليتيم :

برزت عناية الإسلام باليتيم ، والحث على تربيته ، والمحافظة على ماله ونفسه ، في القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة ، وقد أعلى الإسلام من شأن الاهتمام باليتيم من رعايته وتربيته وضمان العيش الكريم والمعاملة الحسنة ، فينشأ بذلك عضوا نافعا وفردا فاعلا في المجتمع

قال تعالى : ﴿ فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ ۝١ ﴾ (سورة الضحى الآية : 09) .

قال تعالى : ﴿ أَرَأَيْتَ الَّذِي يُكَذِّبُ بِالذِّينِ ۝١ فَذَلِكَ الَّذِي يَدْعُ الْيَتِيمَ ۝٢ ﴾ (سورة الماعون ، الآيتان : 01 - 02)

تؤكد هاتان الآيتان مدى العناية باليتيم والشفقة عليه ، كي لا يشعر بالنقص بمقارنته مع غيره مف أفراد المجتمع ، فيتحطم ويصبح عضوا هادما في مجتمعه المسلم⁵² .

ومما يؤكد على حرص التشريع الإسلامي على اليتيم والتأكيد المستمر على العناية به

وحفظه ، أمر الله عز وجل بحفظ أموال اليتامي ونهى عن التعرض لها بسوء ، وعد ذلك من كبائر الذنوب وشدد عقوبته . وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ۚ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۚ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ۝٣٤ ﴾ (سورة الإسراء، الآية : 37) .

قَالَ تَعَالَى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ۝١٠ ﴾ (سورة النساء ، الآية : 10) .

وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بكفالة اليتيم ، وضمه إلى بيوت المسلمين، وأسند هذه المهمة لكل المجتمع الإسلامي ، وبالرجوع إلى الحديث الذي أخرجه البخاري في صحيحه : قال رسول الله ﷺ : « أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا » وَأَشَارَ بِالسَّبَابَةِ وَالْوَسْطَىٰ ، وَفَرَّجَ بَيْنَهُمَا شَيْئًا »⁵³ .

ثانيا : الوصية :

الوصية هي أن يوصي شخص ببعض ماله لمن غير الورثة ، على أن يعطي لهم هذا المال بعد وفاته.

فالوصية في الشريعة هي تبرع مضاف لما بعد الموت

وقد شرعت الوصية بالكتاب والسنة وذلك على النحو التالي:

⁵² عبد الله بن ناصر بن عبد الله السرحان ، كفالة اليتيم ، السعودية، 2000 ، ص01 .

⁵³ أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب : الطلاق ، باب : اللعان ، رقم : 5304 ، 53/7 . عن سهل ﷺ .

من القرآن :

قوله تعالى : ﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ^ط حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾ ﴾ (سورة البقرة ، الآية : 180) .

من السنة :

عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: جَاءَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَعُودُنِي وَأَنَا بِمَكَّةَ، وَهُوَ يَكْرَهُ أَنْ يَمُوتَ بِالْأَرْضِ الَّتِي هَاجَرَ مِنْهَا، قَالَ: «يَرْحَمُ اللَّهُ ابْنَ عَفْرَاءَ»، قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَوْصِي بِمَا لِي كُلِّهِ؟ قَالَ: «لَا»، قُلْتُ: فَالْشَّطْرُ، قَالَ: «لَا»، قُلْتُ: التُّلْتُ، قَالَ: «التُّلْتُ، وَالتُّلْتُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَعْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ فِي أَيْدِيهِمْ، وَإِنَّكَ مَهْمَا أَنْفَعْتَ مِنْ نَفَقَةٍ، فَإِنَّهَا صَدَقَةٌ، حَتَّى اللَّقْمَةُ الَّتِي تَرْفَعُهَا إِلَى فِي امْرَأَتِكَ، وَعَسَى اللَّهُ أَنْ يَرْفَعَكَ، فَيَنْتَفِعَ بِكَ نَاسٌ وَيُضَرَّ بِكَ آخَرُونَ»، وَمَ يَكُنْ لَهُ يَوْمَئِذٍ إِلَّا ابْنَةٌ⁵⁴ .

ثالثا : الهبة :

الهبة أن يتبرع الشخص لغيره ، ويملكه ما تبرع له به، وذلك يكون في حياة المتبرع وليس بعد وفاته .

وإنفق فقهاء المذاهب على أن الهبة هي تمليك العين بلا عوض حال الحياة تطوعا

فيكون هذا التبرع بلا مقابل. وهي مشروعة بتقرير نصوص القرآن الكريم لقوله تعالى : ﴿ وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ

عَلَى حَبِيءٍ مَسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا ﴿٨﴾ ﴾ (سورة الإنسان الآية : 08) .

فالآية تمتدح الذين يحبون أن يطعموا المعوزين الطعام الذي يحبونه ، وذلك على سبيل الأعتية والهدية وبهذا تعتبر الهبة حلا آخر لإعانة المتبني .

ربعا : مسؤولية المجتمع عنم لا عائل لهم :

إذا كان لليتيم قريب وجب على هذا الأخير نفقته ورعايته، فالمجتمع الإسلامي وحدة متكاملة ومترابطة

يربطها الإيمان بين القلوب والألفة، والفروع التي فقدت أصولها لا يمكن أن تضيع في مجتمع يدعوهم دينهم إلى التكامل والتراحم .

⁵⁴ أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب : الوصايا ، باب : أَنْ يَتْرَكَ وَرَثَتَهُ أَعْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَتَكَفَّفُوا النَّاسَ ، رقم : 2742 ، 03/4

. عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه .

قريب ، وذلك لأن صلة الرحم واجبة و هي الإنفاق على القريب المحتاج، وخصوصا إذا كان محتاجا، أما إذا لم يكن لليتيم قريب ينفق عليه ولم يكن له أب معروف، أو كان لقيطا، فإن نفقته تكون على الدولة أي على عامة المسلمين .⁵⁵

⁵⁵ يحي أحمد زكريا الشامي : التبي في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الأزارطية الإسكندرية،

المبحث الثالث : التبني في القوانين الوضعية

سنتطرق في هذا المبحث للتبني في القوانين الوضعية ، فنخصص المطلب الأول للتبني في التشريع الجزائري ، والمطلب الثاني للتبني في بعض التشريعات العربية ، والمطلب الثالث للتبني في بعض التشريعات الأجنبية ، كالتالي :

المطلب الأول : التبني في التشريع الجزائري

نهج المشرع الجزائري على منهج المشرعين الآخرين و أيد الشريعة الإسلامية، ومعنى ذلك أنه لا يجوز لأي مسلم التبني إذ قال "يمنع التبني شرعا وقانونا". ومفاد ذلك أنه لا يجوز لأي جزائري مسلم أن يدعي أن الولد الفلاني ابنه بالتبني ولا يجوز ، أن ينسب إليه ويسجل على لقبه واسمه بسجلات الحالة المدنية .

ويكون بذلك متأثرا بالشريعة الإسلامية ونظمه في (Recueil légal) المشرع الجزائري نظام الكفالة.

كما نصت المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري على منع وتحريم التبني ، ويفهم من هذه المادة أنه لا يمكن للأفراد أو القاضي أو الموثق إبرام عقد التبني ، وتشمل هذه المادة كل الإقليم الجزائري بما في ذلك الأجانب في الجزائر ، لا يسمح لهم بالمطالبة بالتبني أمام القاضي الجزائري ، إلا أنه إثر تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 07-05 الصادر بتاريخ 13-05-2007 أصبحت هذه القاعدة نسبية .

الفرع الأول : مركز المادة 13 مكرر من القانون رقم 05-10 المعدل و المتمم للقانون المدني

من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة⁵⁶ :

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

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

⁵⁶ طلبة مالك ، مرجع سابق ، ص 13 - 14 .

الداخلي ، عندما يكون احد أطراف النزاع أو طرفي النزاع أجنبي على الإقليم الجزائري إذ إن مضمونها نص على إن صحة انعقاد التبني يخضع إلى قانون جنسية كل من طالب التبني و المتبني وقت إجرائه ، فالقاضي الداخلي يأذن بالتبني حسب ما يسمح به قانون جنسية الأطراف ، فان كان قانون جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني فان القاضي الداخلي يرفض طلب التبني ، وعليه فان هذه المادة تطرح عدة احتمالات إمام القاضي الداخلي الجزائري.

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

2- في حالة ما إذا كان قانون جنسية طالب التبني يسمح بالتبني ، و قانون جنسية المتبني لا يسمح بذلك مثل : طالب التبني شخص التونسي و المتبني قاصر من جنسية جزائرية فانه لا محال القاضي الجزائري يرجوعه إلى المادة : 46 من قانون الأسرة لا بإذن بالتبني ، إذن مضمون المادة : 46 أسرة احترام من قبل القاضي الداخلي .

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

4- في حالة كلا القانونيين أي قانون جنسية الأطراف يسمح بالتبني فان القاضي الجزائري ملزما بإبرام و الإذن بالتبني .

وعليه يستنتج انه ما دامت المادة : 13 مكرر 01 تعتبر من قواعد الإسناد التي تلزم القاضي الداخلي عندما تكون أطراف أجنبية بالبحث عما إذا كانت القوانين الداخلية الأجنبية تسمح أو لا تسمح بالتبني ، وانه مادامت المادة : 46 أسرة تمنع التبني فان هذا المنع يحترم من طرف القاضي الجزائري لكون المنع في هذه المادة منصب على الجزائريين ولا يمتد إلى غير الجزائريين طبقا لقواعد الإسناد السالفة الذكر في المادة : 13 مكرر 01 .

الفرع الثاني : مركز المرسوم التنفيذي رقم 92 - 24 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام التبني⁵⁷ :

ليس لأي جزائري حاليا أن يدعى من ليس من صلبه ابنا له سواء علم أو جهل نسبه بمعنى أنه لا يجوز تغيير لقب شخص بلقب آخر وضمه إلى نسب هذا الأخير وهذا ما تناولته المادة 28 من القانون المدني التي يفهم منها أن الابن يحمل لقب والده دون غيره فيصبح جزءا من شخصيته وذلك في الحالة التي لم

⁵⁷ علال آمال ، مرجع سابق ، ص 60 - 62 .

يعلم فيها نسب الشخص المتبني لكن إن جهل نسبه فلا يجوز إعطائه نسب آخر، إجتنابا للزور الذي نهى عنه سبحانه وتعالى لذلك كان لابد من ردع كل مخالفة لهذه الأحكام المتعلقة بتزييف النسب وذلك بفرض عقوبات جزائية .

ومن ثم لا يجوز لضابط الحالة المدنية منح لقب أسرة لشخص دون مبرر شرعي كذلك نفس العقوبة تطبق على من أدلى بتصريحات كاذبة أمام ضابط الحالة المدنية بأن طفلا ما من صلبه وطلب تقييده في سجلات الحالة المدنية لأنه بذلك يعتبر قد زور في محررات رسمية بإقرار وقائع غير صحيحة⁵⁸ .

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

هذا وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 92 - 24 المؤرخ في 08 رجب 1412هـ الموافق لـ 13 يناير 1992م للمرسوم رقم 157/71 المؤرخ في 03 يونيو 1971م والمتعلق بتغيير اللقب الذي نص في مادته الأولى : كما يمكن أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن تقدم موافقتها في شكل عقد شرعي.

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

فقد اعتبر البعض أحكام هذا المرسوم بدعا وضلالة تهدف خاصة إلى أن التبني مخالف للأحكام الشرعية والنصوص التشريعية الواردة في قانون الأسرة، غير أن الرأي الثاني النقيض من ذلك لم يقر هذا التفسير إذ يرى أن هذا المرسوم جاء ليتم المرسوم التنفيذي رقم 71 - 157 الصادر في 03 جوان 1971م كون أن أحكامه لا تتعلق بالتبني ولا تلحق النسب إلى الكافل إنما يمنح للمكفول اللقب فقط ويبقى على البيانات الأساسية الأخرى كما هي .

فالتكيف القانوني لهذا التغيير في هذا المرسوم يقر التبني صراحة رغم أخذ الطفل اسم من تنباه ولم يناقشه المجلس الوطني الشعبي من طرف ممثلي الشعب لدراسة ما إذا كان هذا النص السابق الذكر يتعارض أو لا يتعارض مع ثوابت الشريعة الإسلامية.

⁵⁸ عبد العزيز سعد : الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، دار هومة ، الجزائر ، 2013م ، ص193 .

الفرع الثالث : العقوبة الجزائية لفاعل التبني :

كل من أدلى بتصريح بطفل على أساس أنه ابنه و قصد تسجيله بالحالة المدنية مع علمه بأن هذا التصريح منافي للواقع والحقيقة، لكونه ليس ابنه من صلبه، وقد تشدد المشرع في هذه اللجنة طبقا لنص المادة 217 قانون العقوبات فإن العقوبة المقررة للذي أدلى أمام ضابط الحالة المدنية أو القائم

إذ وضع الحد الأدنى لها سنة والحد الأقصى 05 سنوات مع غرامة مالية تصل إلى 500 وإلى 1000 دج لذلك يعتبر هذا الفعل تعديا على اللقب العائلي ومنافيا للحقيقة لأن الشخص أضاف نسبه على طفل معلوم النسب أو مجهول النسب أو ابن زنا .

المطلب الثاني : التبني في بعض التشريعات العربية :

سنتطرق للتبني بشكل موجز في كل من القانون التونسي ثم في القانون المصري ، كالتالي :

الفرع الأول : التبني في القانون التونسي :

اختلف المشرع التونسي عن باقي التشريعات العربية و الإسلامية ، إذ تبني نظام الكفالة و التبني و الولاية ، الذي نص على جواز التبني في القانون رقم 27 لسنة 1958 وقد نص في الفصلين 08-13

59

1- أحكام نظام التبني في القانون التونسي : على التبني راشدا و يتمتع بالأهلية القانونية وان يكون

متزوج ، أو طلق زوجته أو متوفية .

- اشترط أن يكون الفارق في السن بين طالب التبني و المتبني يوم إصدار الحكم بالتبني أن لا يقل عن 15 سنة.

- اشترط أن يكون الطفل المتبني سواء كان ذكرا أو أنثى أن يكون قاصرا.

- إذا كان طالب التبني أحد الزوجين.ألزم المشرع الزوج الآخر الموافقة على التبني

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

- كما سمح المشرع التونسي للمواطن التونسي بيجاز تبني الطفل القاصر الأجنبي

2 - إجراءات إصدار الحكم القاضي بالتبني :

- ضرورة موافقة زوج طالب التبني .
- حضور الأطراف وهم طالب التبني وزوجه وكذلك حضور والد المتبني أن وجد أو ممثل السلطة الإدارية إلى مكتب القاضي
- تقديم طلب يلتمس فيه القاضي المختص بقبول التبني .
- ضرورة إجراء تحقيق مع تغليب مصلحة الطفل الفضلى .

3- تعديل الحكم القاضي بالتبني :

-أجازت الأحكام القانونية المنصوص عليها في القانون رقم 27 سنة 1958 على إمكانية تعديل الحكم القاضي بالتبني وذلك مراعاة لمصلحة الطفل المتبني إذا تعرض للخطر في صحته و أخلاقه ، إذ يمكن خلعه من طالب التبني وضمه إلى شخص آخر جدير بالرعاية .

4- الآثار المترتبة عن التبني :

- أنتج القانون التونسي آثارا هامة على التبني من بينها حمل المتبني اسم متبنيه .
 - المعاملة الحسنة مثل الابن الشرعي وإعطائه نفس الحقوق والواجبات الممنوحة للابن الحقيقي .
 - بقاء موانع الزواج من الأقارب قائمة فلا يجوز له التزوج من أسرته.
- خلاصة :** من خلال تفصيل أحكام التبني المنصوص عليها في القانون يمكن استخلاص الشريعة في تونس ، أخذ بنظام التبني مواكبة في ذلك نهج الدول الغربية التي أباحت التبني و بذلك يكون قد خرج عن الطريق المعهود في الدول العربية و الإسلامية التي حرمت التبني و أعطت بديله بنظام الكفالة عملا بحكم الشريعة الإسلامية لأنه يعتبر في ذلك إخفاء لحقيقة النسب الأصلي للطفل و اغتصاب لاسم الآخرين و التعدي على حقوق و مراكز الغير ، كما إن اعتمادها نظام التبني إلى جانب الكفالة لا يعني أنه أباح الزواج من أسرته واحل ما هو حرام في الإسلام إذ انه يحرم الزواج من عائلته الأصلية .

الفرع الثاني : التبني في القانون المصري :

أولا : بالنسبة للمصريين المسلمين .

حرم المشرع المصري التبني تحريما نهائيا، على المسلمين المصريين ، حيث تقرر المادة 354 من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية بنصها ،الدعي ليس ابنا حقيقيا،فمن تبني ولدا معروف النسب فلا تلزمه نفقته ولا أجره حضانته ،ولا تحرم عليه مطلقته ويتصاهران ولا يتوارثان .

بالإضافة إلى المادة الثانية من الدستور 1971 بعد التعديل الذي حصل في 22 ماي 1980 التي نصت (على أن الإسلام دين الدولة و اللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع).

وتقرر المادة 04 من قانون الطفل المصري (للطفل الحق في نسبه إلى والديه الشرعيين ، وله الحق في إثبات نسبه الشرعي إليهما بكافة الوسائل العلمية المشروعة ، وعلى الوالدين أن يوفر الرعايا والحماية الضرورية للطفل وعلى الدولة أن توفر رعايا بديلة لكل طفل حرم من رعايا أسرته ويحضر التبني).
بهذا يبطل أي قانون يسمح بالتبني للمسلمين أو يعطي آثاره أي معنى ، لأن الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في مصر قد حرمت التبني.

ثانيا : بالنسبة لغير المسلمين من المصريين :

يعتبر اليهود و النصارى فقط المقصود بهم غير المسلمين ، منهم من أجاز التبني ومنهم من لم يجزه.

وقد ذكر القانون 462 الصادر سنة 1955 شروط تطبيق شريعة غير المسلمين⁶⁰.

- يجب أن يكون طرفا التبني من نفس الملة ، مسيحيين أو يهود.
- توفر جهات قضائية واحدة ومنتظمة لطرفي التبني وقت صدور هذا القانون.
- أن لا يتعارض النظام العام في مصر مع حكم شريعة طرفي التبني .

المطلب الثالث : التبني في بعض التشريعات الأجنبية :

سنتطرق للتبني بشكل موجز في كل من القانون الفرنسي ثم في القانون البولوني ، كالتالي :

الفرع الأول : التبني في القانون الفرنسي :

وردت أحكام التبني في المواد من 343 إلى 367 من القانون المدني الصادر بتاريخ 23 / 12

/ 1958 حيث ضبطه المشرع الفرنسي فيها.

1 - أحكام التبني في القانون الفرنسي : أ

-اشترط القانون الفرنسي أن لا يقل السن عن 35 عاما ، في طالب التبني كأقل

- يجب أن يكون فرق السن بين طالب التبني والمتبني ، أكثر من 15 سنة .

ضرورة موافقة الزوج الآخر إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة .

- موافقة الولي الشرعي للمتبني

⁶⁰ يحي أحمد زكريا الشامي ، مرجع سابق ، ص64 .

- وجود مصلحة وفائدة للمتبنّي ، كما أن طالب التبني يقدم أسباب م قنعة في طلبه وتقوم المحكمة بتقديرها .

- انعدام وجود خلف شرعي للمتبنّي في يوم التبني .

- لا يقدر طالب التبني .

2 - تحرير عقد التبني وإجراءاته:

- يتم تحرير عقد التبني بعد توفر الشروط السابقة في وثيقة وهذا بعد إجراء التحقيق .

- تقرر الجهات القضائية المختصة بواسطة تحرير حكم قضائي عقد التبني .

- يكون الحكم الذي يصدر غير نهائي و قابل للطعن .

- يمكن لكل ذي مصلحة إن يرفع طعنا ضد الحكم القاضي بالتبني .

- كما يمكن للنيابة العامة مراعاة للمصلحة العامة أن ترفع طعنا ضد الحكم القاضي بالتبني .

- لكل من لحقه ضررا نتيجة الحكم القاضي بالتبني أن يطعن فيه .

3 - التعديل والرجوع في الحكم القاضي بالتبني:

- النصوص القانونية المنظمة للتبني تسمح إمكانية تعديله و الرجوع في الحكم القاضي بالتبني وأعطيت للأتي ذكرهم الحق في طلب ذلك ، وعليه :

للمتبنّي و للمتبنّي أو نائبه القانوني إذا كان قاصر أن يقدم طلب إلى المحكمة المختصة التي تبت في الطلب بعد إجراء التحقيق المطلوب في الحالة المطروحة مع مراعاة المصلحة الأحسن للطفل المتبنّي ثم تقرر بموجب حكم قضائي ما يتله ملائما .

فان أطلقت المحكمة قرارا بحل رابطة التبني فان الطفل المتبنّي يعود إلى أسرته الأصلية كما كان في الماضي

4 - نتائج التبني :

يتميز النظام المتعلق بالتبني في فرنسا بلطفه نوعا ما عن القانون البولوني إذ أن القانون يحفظ الأصل و النسب و الحقوق المرتبطة بأسرة المتبنّي الأصلية إذ حث و قرر:

تواصل الرابطة الأسرية بين الطفل المتبنّي وعائلته الأصلية .

وتبقى أيضا حقوقه المكتسبة من الإرث محفوظة من أسرته الأصلية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فقد قرر القانون على أن للمتبنّي نفس الحقوق و الوجبات المعترف بها للابن الشرعي ، فهو يعامل بنفس المرتبة مثله⁶¹ .

⁶¹ ضاوية دنداني : حق النسب و الكفالة مقال المجلة القانونية و الاقتصادية و السياسية ، عدد 04 ، 1993 ، ص 980 .

الفرع الثاني : التبني في القانون البولوني :

انتهدت بولندا كغيرها من الدول الغربية نظام التبني وقننت أحكامه في تشريعها الداخلي متوافقة مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها و المتعلقة بحقوق الطفل إذ وردت أحكام التبني في قانونها الداخلي كالآتي⁶².

1 - التبني في التشريع البولوني وأحكامه :

فرض المشرع البولوني عدة شروط مثل غيره من التشريعات الغربية الأخرى لحماية للطفل ،ومن أهم هذه الأحكام .

- يجب أن لا يبلغ الطفل سن الرشد .
- ينبغي أن تتوفر الأهلية القانونية في طالب التبني .
- قبول الزوجين معا صراحة في عقد التبني إذ تعتبر موافقة الطرف الآخر شرط ضروري لتبني الولد القاصر إذا كان للمتبنى أبوين على قيد الحياة فإن موافقة الولي شرط ضروري ماعدا مجهول الأبوين .
- أن يكون الطفل القاصر قد بلغ شهرين أو أكثر منذ ولادته .
- تكون العلاقة بين المتبني و المتبنى بمثابة علاقة الإباء لأبنائهم الصليين .
- ينتج على التبني كل الحقوق و الواجبات المتبادلة المعمول بها في العلاقة الأبوية والأسرية الأساسية.

- العلاقة بأسرة المتبنى الأصلية بما فيه جميع الحقوق والالتزامات المألوفة تصبح منتفية
- يحمل المتبنى الاسم لعائلي للمتبنى كأنه الابن الشرعي .

2 - بعض تعديلات أحكام التبني :

- للمتبنى الحق في تقديم طلب خطي إلى المحكمة المختصة يطلب فيه تعديل اسمه .
- للمتبنى أن يحل رابطة التبني .
- إذا رأت المحكمة الأسباب والدواعي لذلك مراعية في ذلك المصلحة الفضلى للطفل لها أن تنهي رابطة التبني .
- يستطيع النائب العام طلب حل رابطة التبني متى وجدت أسباب من أجل الحفاظ على مصلحة الطفل .

⁶² طلبة مالك ، مرجع سابق ، ص08 .

3 - أثر موت المتبني على حل رابطة التبني :

نص التشريع البولندي صراحة في أحكام التبني على أن وفاة المتبني لا تنهي هذه الرابطة بل يبقى دائما في مركز الأبناء الشرعيين في النسب وفي الإرث وله كافة الحقوق المنصوص عليها في التشريع .

4 - تأثير التبني في موانع الزواج :

جاء في أحكام التشريع البولندي صراحة عدم جواز إبرام عقد الزواج بين المتبني و المتبني مثلا إذا كانت المتبناة هي بنتا ثم بلغت سن الرشد فإن المتبني لا يجوز له عقد الزواج معها .
و تبقى موانع الزواج بسبب القرابة المحرمة قائمة بين المتبني وأسرته الأصلية إذ لا يجوز للمتبني إذا رشد أن يتزوج بإحدى ملحم أقربائه .

الفصل الثاني النظام القانوني للكفالة

المبحث الأول : مفهوم الكفالة وخصائصها وتمييزها عما يشبهها.

المبحث الثاني : شروط الكفالة وأركانها وإجراءات انعقادها.

المبحث الثالث : آثار الكفالة وانقضاءها .

المبحث الأول : مفهوم الكفالة وخصائصها وتمييزها عما يشبهها

للكفالة عدة معاني فمنها ما يعني ضمان الدين ومنها ما يعني الولاية على الشخص و منها ما يعني الولاية على المال ومنها ما يعني الولاية على نفس القاصر وماله ، لكن ما يعيننا نحن في هذا المبحث هو كفالة القاصر من جهة المال و النفس ، وعليه فإننا سنتعرض في هذا المبحث إلى مفهوم الكفالة في المطلب الأول ، وفي المطلب الثاني إلى خصائصها ، وفي المطلب الثالث إلى تمييزها عما يشابهها :

المطلب الأول : مفهوم الكفالة :

نتعرض إلى تعريف الكفالة بمختلف مقاصدها مركزين على الكفالة بمفهوم قانون الأسرة مع تمييزها عن التبني مبرزين طبيعتها القانونية وأهم خصائصها .

الفرع الأول : تعريف الكفالة : المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي .

- المعنى اللغوي : معنى الكفالة في اللغة⁶³ : الضم ، ومنه قول الله تعالى : ﴿ وَكَفَلَهَا زَكْرِيَّا ﴾ (سورة آل عمران ، الآية : 37) .

فالكافل هو القائم بأمر اليتيم والمربي له . فهي من : كفل يكفل كفالة .

- المعنى الاصطلاحي : للكفالة معنيين في القانون: معنى نجده في القانون المدني ومعنى في قانون الأسرة .
أ - في القانون المدني :

للكفالة شروط محددة في القانون لانعقادها ، فهي عقد من خلاله يكفل شخص ما ، تنفيذ التزام قائم على عاتق شخص معين أو محتمل القيام به مستقبلا إذ يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام مستقبلا إذا لم يفي به المدين نفسه عند حلول الأجل⁶⁴ .

ب - قانون الأسرة :

تعتبر الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية ورعاية كقيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي .

إذا فالكفالة هي عبارة عن التزام تطوعي لتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الأسلوب التي يتعامل بها الأب مع ابنه .

حيث تمنح الكفالة بناء على طلب المعني وتكون سواء أمام الموثق أو القاضي المختص

⁶³ سيد سابق : فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة : 1397 هـ - 1977 م ، 333/3 .

⁶⁴ المادة 644 قانون مدني الجزائري .

و يلاحظ أن الكفالة عادة كما سبق وان شرنا هي وسيلة لحل بعض المشاكل اليومية داخل المجتمع ، بالخصوص في الجزائر في مرحلة سنين الجمر التي مرت بها الجزائر بداية من التسعينات التي ترتبت عنها ظاهرة ما يسمى بالأمهات العازلت واللواتي ليست لهن القدرة حتى على إعالة أنفسهن ، لكن لأحكام الكفالة أثر إيجابي في تلك الحقبة حيث فتحت الباب أمام عدة عائلات بالتكفل بأبناء الأمهات العازيات هذا من جهة و من جهة أخرى فتحت الباب للأسر التي ترغب في الإنجاب و لسبب ما لم يوفقوا لذلك كانت أحكام الكفالة في القانون بمثابة الحل السحري لحل مثل هذه المعضلة⁶⁵ .

المطلب الثاني : خصائص عقد الكفالة :

هناك خصائص لعقد الكفالة تميزه عن غيره من العقود وهذه الخصائص هي التي تضي على هذا العقد صيغة مميزة .

لعقد الكفالة أطراف هم الكفيل المكفول و الهيئة التي تبرم العقد مع الكفيل فهي لا تقوم إلا إذا أبرمت أمام الجهات القضائية وفقا لنص المادة 117 من قانون الأسرة .

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

-الكفالة تحمي الحقوق الميراثية وتمنع التعدي على حقوق التركة إذ لا يحق للمكفول الميراث فيها بل يمكن الحصول على الهبة أو الوصية فقط⁶⁶ .

- الكفالة عقد تبرع : فالكفيل يقصد بكفالاته للصغير القاصر المكفول سداد خدمة له أو لوالديه إن كان معلوم النسب ، فهو يعتبر عقد الكفالة من عقود التبرع، و لوجه الله تعالى إن كان كذلك أو كان لقيطا دون من يرعاه . وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية و رعاية"⁶⁷ .

- يمكن أن تنقضي بأحد الأسباب التي سنتطرق لها فيما بعد ، فالكفالة ليست أبدية

تكون الكفالة على القاصر دون غيره، فالكفالة التزام على وجه التبرع بالعناية بولد قاصر (... المادة

116 من قانون الأسرة ، من محتوى المادة نجد إن الكفالة ترد على الأطفال دون الكبار ، كما إن

حالة الطفل المكفول لها عدة حالات

أولا : الكفالة التزام للقيام بشؤون ولد قاصر على وجه التبرع

⁶⁵ طلبة مالك ، مرجع سابق ، ص 17 .

⁶⁶ المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري.

⁶⁷ بوعزة مفتاح ، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية ، مذكرة تخرج ليسانس ، ورقلة ، 2002/ 2003 ، ص: 08 .

نفصل في ذلك كما يلي:

أولا :الكفالة التزام للقيام بولد قاصر:

تنص المادة " 116 الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية ، قيام الأب بالابن"...

12

إن مضمون الالتزام الناشئ عن الكفالة يتعلق بنظام الولاية و التي يكلف فيها المشرع أو القضاء شخصا كبيرا راشدا بأن يتصرف لمصلحة الطفل القاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية، فتكون للكافل الولاية على النفس والمال معا:

فالولاية على النفس: تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، كولاية التعليم والحضانة والتزويج فالولي في هذه الأمور له حق إنشاء عقود المولى عليه وتنفيذها.

والولاية على المال : " ⁶⁸تكون في المسائل المالية الخاصة بأموال المولى عليه ، وتجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال نافذة، كولاية الوصي على الموصى ⁶⁹.

كما أن المادة 119 من ق.أ.الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب (وقد اشترطت المادة 117 من نفس القانون تتم الكفالة برضا من له أبوان و عليه:

المعروف النسب: فإن كفالة ولد معلوم النسب) الأبوان معا أو لأم مسماة (فإن لكفالة لا تتم إلا برضا أبواه أو أحدهما ⁷⁰.

وبذلك تصبح الكفالة عقدا بين أبوي القاصر والكافل .

أما مجهول النسب اللقيط: هو مولود حي حديث العهد بالولادة لا يعرف له أب ولا أم ⁷¹.

⁶⁸ حيث جاء في المادة 47 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين " :الولاية على المال هي حفظ مال القاصر وكل ما له علاقة بهذا المال والعناية به وتنميته" القانون العربي النموذجي الموحد الصادر بموجب قرار اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 323 -ج 24 في 4 مارس 2002 ، ص13 .

⁶⁹ باسم حمدي حرارة : سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2010 ، ص 01 .

⁷⁰ المادة 117 قانون الأسرة الجزائري .

⁷¹ بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، ط 1 ، الجزائر 2012 ، ص:528 المادة 492 و 493 من ق.أ.م و إ .

الكفالة هنا تتم بأمر ولائي يصدره قاضي شؤون الأسرة بناء على طلب صاحب الكفالة بالنسبة للولد المكفول مجهول النسب⁷².

حسب المادة 492 و 493⁷³.

- الكفالة عقد شرعي : حسب المادة " 117 يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة ، أو أمام الموثق أن تتم برضا من له أبوان ومعنى هذا أن عقد الكفالة يجب أن يجرر أمام القاضي المحكمة بحضور التزاما لكافل بوجه التبرع سواء كان القاصر مجهول النسب أو معلوم النسب⁷⁴.

المطلب الثالث : تمييز الكفالة عما يشبهها من الأنظمة :

ظاهرا لا يوجد فرق بين الكفالة والحضانة والتبني لاختلاف فيما بينها لأن كلا منها يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا والضم الواقعي للطفل القاصر، وإلحاقه إلى أسرة أخرى ليست أصلية ، وعليه يمكننا التطرق إلى التمييز بين هذه الأنظمة والكفالة في ما يلي النسب التبني هذا من جهة وهو⁷⁵.

كما تعني الرعاية البديلة في جانب منها الاعتناء بالطفل بصفة مستمرة وغير محدودة عن طريق الأقارب أو غيرهم ممن هم قريبون من الطفل بصفة شخصية، وبمبادرة من الطفل نفسه أو والديه أو أي شخص آخر دون صدور أمر بذلك من لجنة حماية الطفل المختص من اتفاقية بذلك أو من محكمة الطفل⁷⁶، ومصطلح الرعاية البديلة ورد في المادة 20/ 2⁷⁷ حقوق الطفل التي صادقت عليها الجزائر في 1992 وطبقا لمبدأ سمو القاعدة القانونية

الدولية الوارد في المادة 132 من الدستور فإنها تسمو على القانون مع مراعاة خصوصية المجتمع الجزائري ومرجعياته الإسلامية التي تعتبر من المبادئ الدستورية، ونركز في الفرعين التاليين على مفهومي الحضانة والتبني ونميزهما عن الكفالة.

1 الفرق بين الكفالة و الحضانة :

لابد من معرفة الفرق بين الكفالة والحضانة، وذلك لأن من الفقه من جعلها مرادفين⁷⁸.

⁷² عنيتير نور الهدى : الكفالة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ليسانس ، ورقلة ، 2013، ص.10.

⁷³ المادة 492 و 493 من ق أ م و إ .

⁷⁴ عبد القادر مدقن : شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ، ملخص من الفقه الإسلامي ، ط1، الجزائر ، 1998 ، ص 48 .

⁷⁵ عنيتير نور الهدى ، مرجع سابق، ص.10

⁷⁶ أرجع إلى المادة 3/17 من القانون النموذجي لحماية الطفل ، صادر عن المركز الدولي للأطفال والمستغلين ، يناير 2013 ، ص 20

⁷⁷ نص المادة 2/20 من اتفاقية حقوق الطفل : "تضمن الدول الأطراف وفقا لقوانينها الوطنية ، الرعاية البديلة لمثل هذا الطفل

⁷⁸ وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، 717/3 .

لغة لكل من المصطلحين معني يدل عليه

يقال حضن الصبي أي جعله في حضنه وضمه إلى صدره وكفل فلانا، بمعنى عاله وأنفق عليه وقام بأمره. ومن خلال هذين التعريفين استخرجنا الفرقين التاليين:

1- الحضانة قبل بلوغ الصبي سبع أو ثمان سنين، أما الكفالة فجعلوها بعد ذلك إذا فالحضانة تتعلق بطفل أصغر سنا ممن هو في الكفالة، وهذا هو القول الذي يدعمه بنظر الشافعية الذين جعلوا.

2- الحضانة غرضها الحنان والرعاية وتقديم الخدمات المادية دون أن تلزم الحاضن بالنفقة على المحضون، في حين الكفالة تلزم الكفيل بالإففاق على المكفول .

3- الكفالة التزام على التبرع حيث لا يأخذ الكافل أي مقابل خلاف الحضانة فيجوز أخذ المقابل

4- إن الكفالة تسند بقرار إداري، بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام موثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة⁷⁹، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي.

5- للكافل الولاية القانونية على المكفول⁸⁰، أما الحاضن فليست له مبدئيا الولاية القانونية⁸¹.

6- الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أو أبيه أو غيرها، بينما الكفالة تطلق في الطفل الذي يكون عند غير والديه الأصليين.

2 - الفرق بين الكفالة والولاية :

وانطلاقا مما سبق ذكره يمكن استخلاص عناصر الاختلاف بين الكفالة و الولاية فيما يلي :

الكافل قد يكون قريب أو غريب عن المكفول، كما أن الكفالة تثبت بعقد شرعي، و أمام

⁷⁹ أنظر المادة 117 من ق أ ج والفصل 4 من قانون 1958/03/04 التونسي ، والمادتين 16،15 من ظهير 1993/03/10 .

⁸⁰ أنظر، المادة 121 من ق.أ.ج.، والمادة 122 المتعلقة بالولاية على المال، والفصل الخامس الفقرة الأولى من القانون التونسي الصادر بتاريخ 1958/03/04

⁸¹ في القانون الجزائري، تمنح الفقرة الثالثة من المادة 87 من ق.أ.ج، المعدلة الولاية للحاضن بصرف النظر عن جنسه .

كما أن المشرع الجزائري أقمم محتوى المادة 63 من ق.أ، ضمن الحضانة) وذلك قبل إلغائها بمقتضى المادة 18 من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

المعدل والمتمم لقانون الأسرة(، كما أنه منح للأم سلطة توقيع كل شهادة إدارية مدرسية أو اجتماعية تتعلق بطفلها) داخل التراب الوطني (بعد تقديم طلبها أمام المحكمة .لكن، من ناحية أخرى قيدها في ذلك بإحدى الحالتين رأي فيهما ضرورة قصوي لتدخلها وهما : -إهمال الأب لعائلته أو فقدانه .ولربما كان لهذا الموقف المتذبذب ما يبرره، كأن تتعدى الحضانة سلطات الولي، فتذوب صلاحيات الولاية في مهام الحضانة وهو شيء قد لا يرغب فيه المشرع الجزائري، وقد تكون أقوى هذه التبريرات مصلحة المحضون التي تنادي بتفقد أحوال المحضون وشؤونهم وعدم تضييعها.

الجهة الرسمية بخلاف الولاية التي تثبت بقوة القانون للأب أو للأم على أولاده لصلة الدم بينهما، وللأم أيضا في الحالات التي وضحتها القانون وطبعا اذا كان الشخص معلوم النسب، غير أن الوضع يختلف بالنسبة لمجهول النسب حيث لم يشر المشرع في قانون الأسرة الجزائري من تكون له الولاية على الطفل القاصر مجهول النسب كما أنه أغفل مؤسسة هامة في نظام الولاية، و تتمثل في المجلس العائلي، ولم يحدد مضمونه في قانون الأسرة الجزائري، و حسب ما هو معمول به ميدانيا حسب الدكتور غوثي بن ملح، يتكون المجلس العائلي من أربع أعضاء، يتم تعيينهم من القاضي الموجود بالدائرة التي تمارس فيها الولاية و يكون اختيارهم من بين أقارب القاصر أو من الأصهار ، اثنين من جهة أبيه، و اثنين من جهة أمه، ولا بد أن يكون أعضاء المجلس العائلي سالمين من كل ما يتنافى و الوظيفة التي هي إجبارية و مجانية .ويرأس القاضي جلسات المجلس العائلي و تدون مداولاته في محضر⁸² .

3- الفرق بين الكفالة والوصاية :

تتشارك الوصاية و الكفالة في بعض المسائل المتعلقة بالشروط و أسباب الانقضاء كبلوغ القاصر سن الرشد في المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري مع اختلاف يتم بيانه فيما يلي⁸³ :

- الوصاية تكون على القاصر بما فيهم ناقصي وعديمي الأهلية لصغر في السن أو الجنون أو عته أو سفه بينما الكفالة تكون فقط على الطفل القاصر .

- أن الوصاية مدتها محدودة بحيث تزول متى انتهت مهام الموصي التي أقيم من أجلها.

- أن الوصاية خاصة بالولاية على المال وليس كما في الكفالة حيث تشمل الولاية على المال

و النفس معا .

لم يضع المشرع أية شكلية لتعيين الوصي من طرف الأب أو الجد، ولهذا يجوز تعيينه بمجرد تصريح ممضي عليه أو بوثيقة يحررها الموثق تتضمن تصريح الأب أو الجد وبحضور شاهدين، ويتدخل القاضي عند تعدد الأوصياء، بغية اختيار من هو أصلح

لرعاية القاصر أو ناقص الأهلية . في حين الكفالة اشترط فيها المشرع شكلية معينة إذا تم أمام جهة رسمية

84

⁸² قديري سوسن : الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة مكاملة من متطلبات لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص :قانون

دولي وحقوق الإنسان بجامعة محمد خيضر - بسكرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تحت إشراف : صولي الزهرة ، 2014 - 2015 ، ص28 .

⁸³ محمد صبحي نجم ، مرجع سابق ، ص74.

4- الفرق بين الكفالة والتقديم :

يختلف التقديم عن الكفالة فيما يلي :

تم تعيين المقدم من المحكمة بطلب من أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو النيابة العامة في حال لم يكن له ولي، ولا وصي، وهو خاص لفئة معينة من القصر وهم عديمي الأهلية وناقصيها بما فيهم الصبي المميز وغير المميز والمحجور عليهم لجنون أو عته أو لسفه أو لغفلة ، في حين تثبت الكفالة للأطفال القصر فقط سواء كانوا مجهولي النسب أو معلومي النسب بناء على طلب الراغب في الكفالة مع موافقة من يمثل الطفل القاصر ويتم إفراغ الإرادتين في محرر رسمي وتسد بأمر ولائي.

يتولى المقدم نفس مهام الوصي وهي الولاية على المال، أما الكفالة فهي أوسع من ذلك إذ هي تشمل الولاية على النفس وعلى المال، و تدوم ما دامت العلاقة قائمة بين الكافل والمكفول⁸⁵.

5- الفرق بين الكفالة والتبني :

يمكن أن نقف عند أهم الفروقات بين الكفالة والتبني :

- التبني فهو إلحاق طفل قاصر بنسب المتبني واعتباره ابنا شرعيا له فيأخذ لقبه كما أنه له الحق في

الميراث، و ينتهي هذا الأخير بموجب حكم قضائي فقط مراعاة لمصلحة الطفل.

- لا يجوز للكفيل أن يلحق الطفل المكفول بنسبه ولا أن يضعه ضمن أولاده في الدفتر العائلي، ولا يورثه

و لا يرثه، و معنى ذلك أنه لا يجوز لأي مسلم أن يدعي أن الولد ابنه بالتبني ولا يجوز أبدا أن ينسب

إليه ويسجل على لقبه بسجلات الحالة المدنية إلا أنه مقابل هذا المنح يقترح المشرع الجزائري نظام الكفالة

و يكون بذلك تأثر بالشريعة الإسلامية⁸⁶.

125⁸⁷. والحفاظ بذلك على نسبه خصوصا إذا كان معلوم النسب .

⁸⁴ قديري سوسن ، مرجع سابق، ص37

⁸⁵ بلخير سديد : أحكام الأسرة ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، ط1 : 2009 ، ص118 .

⁸⁶ علال آمال : مرجع سابق، ص 39 ، 40 .

⁸⁷ فضيل سعد : مرجع سابق ص 230 .

المبحث الثاني : شروط الكفالة وأركانها و إجراءات انعقادها

سنتطرق في هذا المبحث لشروط الكفالة وأركانها وإجراءات انعقادها ، فنخصص المطلب الأول

لشروطها ، والمطلب الثاني لأركانها ، والمطلب الثالث لإجراءات انعقادها ، كالتالي :

المطلب الأول : شروط الكفالة :

لعقد الكفالة شروط كباقي العقود الأخرى يجب توفرها عند انعقادها ، فيها ما تتعلق بالكافل ومنها ما يتعلق بالمكفول ومنها ما يتعلق بعقد الكفالة .

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافل :

عندما نرجع إلى أحكام قانون الأسرة في مادتيه 117 و 118 منه نجد أنهما قد حددا شروطا يجب أن تتوفر في الكافل سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا فعلى الهيئة المكلفة بأن تعقد عقد الكفالة أن تتحرى من توافر هذه الشروط في الكافل هي : الإسلام ، العقل ، القدرة ، لكن في الواقع يتأكد القاضي من عدة شروط أخرى لازمة غير تلك الواردة في المادتين السابقتين وسأوضح ذلك.

1- شرط الإسلام : أوجب قانون الأسرة أن يكون الكافل مسلما أي يدين بدين الإسلام حتى يستطيع أن يتكفل بطفل مسلم لأن هذا الأخير قد يؤثر عليه ليغير دينه و بالتالي تكون الكفالة نقمة عليه بدل أن تكون نعمة وقد حذر الله عز وجل من مولاة الكافرين والمشركين فشرط الإسلام ضروري في الكافل حتى تسند إليه الكفالة و عليه المسيحي أو اليهودي أو من هو ملّة أخرى أخرى غير الإسلام يرفض طلبه في منح الكفالة له و لذلك نستنتج أن القانون الجزائري لا يهتم بجنسية الكافل كاهتمامه بدينه فقط. لكن كيف يمكن لمناح الكفالة أن يتحقق من دين الكافل وأنه يدين بالإسلام ؟

يمكن القول أن السلطة التقديرية تعود لمناح الكفالة و ذلك بعد التحقق باستخدام جميع الوسائل سواء بسماع الشهود أو القرائن أو غيرها من الوسائل التي يمكن الاستعانة للتحقيق في هذا الجانب.

وقد أجاز قانون رقم 05 - 10 في المادة 13 مكرر 1 كفالة الأجنبي للطفل الجزائري ولكن -بشرط أن يكون مسلما وذلك عملا بمجموع النصوص مثل ما يزعم الأستاذ ابن آكلي .

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

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

- هل القاضي بناء على شهادة الشهود وبدون أي وثيقة تثبت عدم الإسلام يرفض الطلب ؟
نلاحظ نحن أنه مراعاة لمصلحة الطفل والتي يجب على القاضي التحقق منها جيدا أن يرفض الطلب بناء على سلطته التقديرية في تقدير الوقائع ورعاية لمصلحة الطفل وذلك في غياب شهادة إعلان الإسلام، لأنه إذا رجعنا إلى أحكام الحضانة لوجدناها تلزم الحاضن أن يرعى الولد ويربيه على دين أبيه⁸⁸، وتسقط إذ أختلت إحدى شروط الحضانة ومن بينها حالة الردة أي الخروج عن الإسلام⁸⁹، ولكون هذه المسألة تتعلق بالنظام العام وعليه فإنه ما ينطبق على الحضانة ينطبق على الكفالة، إذ حتى ولو كان الكافل جزائري الجنسية وثبتت رده أو اعتناقه دينا آخر فإن القاضي يرفض الطلب وكذا الأمر بالنسبة للموثق⁹⁰.

2- شرط الأهلية : بمعنى مجرد صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات أما بالنسبة للشخص الاعتباري فبمجرد ثبوت الشخصية القانونية له.

حيث نصت المادة 116 من قانون الأسرة على هذا الشرط بعبارة عاقل و يقصد بان يكون الكافل عاقل، أن يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة أي يجب أن يكون بالغ لسن الرشد و غير محجور عليه بسبب جنون أو عته أو نتيجة لعقوبة جزائية و هذا شرط من السهل التأكد منه⁹¹.

3- شرط القدرة : مفاد هذا الشرط أن يكون الكافل قادرا جسديا وماديا على التكفل بالقاصر و المراد بالقدرة

أ- القدرة الجسدية: هي عجز الكافل عن التكفل بطفل إرادته بسبب إعاقته أو إصابته ببعاهتين أو وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في هذا الصدد بقوله: "ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية ."
ب - القدرة المادية: القدرة هنا الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يعقل لطالب الكفالة أن

⁸⁸ أنظر المادة 62 ق أ ج .

⁸⁹ أنظر المادة 67 ق أ ج .

⁹⁰ علال أمال، مرجع سابق، ص73 .

⁹¹ الغوثي بن ملححة : قانون الأسرة علي ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط1 ، 2005 ، ص169.

يكون بطالا وليس له مورد رزق، إذ أنه عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتأكد من هذه القدرة، وإلا رفض طلب الكافل.

ويلاحظ أنه من المفروض مثل هذه الشروط المتعلقة بالوضع المادية للكافل أن ينظمها بمقتضى التشريع ويبين كيف تثبت هذه القدرة المادية؟

هل تثبت بشهادة العمل أم بكشف الرواتب، أم السجل التجاري، هذا من جهة ومن جهة أخرى فهناك عدة إشكالات عملية مطروحة مثلا:

- هل يشترط موافقة الزوج والزوجة إذا كانا على قيد الحياة .

- هل يمكن للأشخاص غير الطبيعيين أن يطلبوا الكفالة؟

- هل يشترط الفارق في السن بين الكافل والمكفول؟ وما هو هذا الفارق

- هل يشترط في الكافل أن يكون متزوجا؟

يقول البعض أنه "إذا قبل أحد الزوجين على الكفالة، يتعين موافقة الزوج الآخر"⁹² .

هذه إشكالية جوهرية تواجهها هيئة المحكمة يوميا، فمن المفروض النص عليها صراحة في قانون الأسرة حتى يزول اللبس ولا يكون هناك تناقض في التأويلات بين جهات القضاء الجزائري و حتى نضمن أحسن حماية للطفل المكفول.

وينبغي في الكافل أن يكون أمينا على مصالح المكفول المادية إذا كان له أموال، ومعنوية في الرعاية الحسنة

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

الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالمكفول :

لم ينص القانون الجزائري على شروط خاصة متعلقة بالمكفول و منه يمكن لأي طفل سواء معلوم أو مجهول النسب أن يكون مكفولا، إلا أن الشرطين اللذين يمكن أن يستشف من المادتين 116 و 119 من قانون الأسرة أن يكون ليس بالغالسن الرشد و الذي هو محدد في القانون المدني ب 19 سنة أي السن القانوني .

⁹² الغوثي بن ملحة ، مرجع سابق ،ص 169 .

ومن هنا يلاحظ أن المشرع لم ينص على السن التي تشترط في المكفول صراحة في أحكام الكفالة الموجودة في قانون الأسرة إلا أنه أحالنا إلى القانون المدني باعتباره مرجع يحتوي على المبادئ العامة للقانون⁹³.

على القاضي حتى يبرم عقد الكفالة أن يجري تحقيقا في الملف ومن بين الأمور التي يجب التأكد منها هو شرط السن فقانون الأسرة أشتراط أن يكون ولدا قاصرا فقط، وهذا ما يرجعنا إلى أحكام القانون المدني في مادته 40 : الفقرة 02⁹⁴.

التي عرفت الولد القاصر بسنه و نصت على أن القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد و هي 19 سنة⁹⁵ و هنا كان من المفروض على المشرع أن يحدد السن صراحة في أحكام الكفالة مثل ما فعل المشرع المغربي. الشرط الذي لم يتعرض له المشرع :

جواز طلب الكفالة من الشخص المعنوي :

لا يوجد نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة مثل: المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي، مع العلم أن مثل هذه الأشخاص الاعتبارية عادة لها مركز مالي وتسيير بشري لائق يمكنها التكفل بالأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب، وحتى الأطفال معلومي النسب، إذ أنه من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة وإعطائها الحق في الكفالة، أحسن من أن تقوم عائلات ببيع أبنائهم لعدم توفر الوسائل المالية المعيشية أو قتلهم. إلا أن حق الأشخاص المعنوية المكلفة برعاية الأطفال نص عليه المشرع المغربي صراحة على هذا الحق واشترط أن تكون الجمعية أو المؤسسة مؤهلة قانونا ومعتمدة، وأن تسهر على نشأة المكفول تنشئة إسلامية بحته وإلا رفض الطلب أو قام القاضي المكلف بشؤون القصر بإلغاء الكفالة⁹⁶."

الفرع الثالث : الشروط الواجبة في عقد الكفالة :

إن عقد الكفالة ينشأ صحيحا عند تبادل أطرافه " الكافل والأبوان معا أو الأم أو المؤسسة المكلفة بتكفل بالأطفال " إضافة إلى خلو الإرادة من أي عيب من العيوب التي قد تصيبها التي تؤدي إلى جعلها باطلة

⁹³ الغوثي بن ملحمة ، مرجع سابق ص170 .

⁹⁴ عنتير نور الهدى ، مرجع سابق .

⁹⁵ بدران ابو العينين ، الفقه المقارن ، الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة ، الزواج والطلاق ، ج 1 ، ط 1 دار النهضة العربية ، لبنان 2001 ، 54/1 .

⁹⁶ طاع الله عوني ، رئيس مكتب في مجلس قضاء ولاية إيليزي مساعدة قضائية اعتمادا على الوثائق الداخلية للمحكمة .

سواء كان البطلان نسبي أو مطلق ، فنجد أن المشرع الجزائري أفرغ إرادة الأطراف في عقد رسمي ويكون ذلك أمام المحكمة فقط بعدما كانت أيضا من اختصاص الموثق.

المحاكم هي المختصة في إبرام عقد الكفالة لأن صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع القضايا المدنية . فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إما إلى قاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص، وهذا الأخير يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقة فيه، أي في شكل معين وبعد إطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف والهدف من هذا الإجراء هو ما لدي رئيس المحكمة من قوة قانونية تمكن حامل هذا العقد سلطة على المكفول و عدم تعرض لي والى المكفول في المستقبل إن وجدا⁹⁷ .

المطلب الثاني : أركان عقد الكفالة :

الكفالة كأى عقد من العقود لا بد أن تتوفر فيها الأركان العامة الواجب توفرها في كل عقد ، من ركن التراضي وركن المحل وركن السبب إضافة إلى ركن الشكلية سنتطرق إلى ذلك فيما يلي :

الفرع الأول : ركن التراضي :

تناول المشرع الجزائري موضوع الرضا في المواد 59 إلى 91 من القانون المدني حيث نص في المادة 59 من القانون المدني " يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"

والرضا يتجسد في عقد الكفالة من خلال :

أ - القاصر معلوم النسب : ويكون ركن التراضي في هذه الحالة بين المتعاقدين وهم والدي المكفول والكفيل سواء كانا معا أو أحدهما بأن يتبادلا التعبير عن إرادة كل طرف بإرادة الوالدين معا أو أحدهما بنيتهما التحلي عن الطفل بالمقابل

يكون رد الكافل بالموافقة على الطلب

ب - القاصر مجهول النسب : ويكون ركن التراضي في هذه الحالة بين المؤسسة المتكفلة بالأطفال و الكافل

⁹⁷ بوعشة عقيلة ، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية ، مذكرة نهاية التكوين ، المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة الثانية عشر :

في كلتا الحالتين السابقتين يجب على كل من الكفيل و المكفول أن تطابق إرادتين وحتى يكون صحيحا لا بد أن يصدر من ذي أهلية وغير مشيية بعب من عيوب الإرادة وهي الغلط ، التدليس ، الإكراه و الاستغلال⁹⁸ .

الغلط : هو حالة تقوم في نفس الإنسان تحمله على توههم غير الواقع

نصت المادة 81 من قانون المدني " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله⁹⁹ .

ويكون الغلط في عقد الكفالة:

بالنسبة إلى الكافل من خلال محاولة الكافل بتكفل بولد عمره شهرا وبعد زمن يكتشف أنه لديه أربعة أشهر فهنا يجوز له أن يطلب بأبطال عقد الكفالة¹⁰⁰ .

بالنسبة إلى والدي المكفول كلاهما أو أحدهما ، أو المؤسسة المختصة بالرعاية الأطفال و يكون من خلال التعاقد مع شخص

باعتباره شخص آخر ثم يظهر العكس مثلا: تعاقد الوالدين أو أحدهما أو المؤسسة مع رئيس المجلس الشعبي البلدي بلدية إيليزي

ثم يظهر أنه رئيس المجلس الشعبي لبلدية عين أمينا س¹⁰¹ .

2-التدليس : هو تحايل من قبل والدي القاصر يوهمون به الكافل حتى يدفعوه لإبرام العقد والتكفل التكفل بابنهم وذلك باستعمالهم طرق احتيالية بالقاصر ولولا الطرق التي استعملها الطرف الثاني سواء المادية أو المعنوية لتأثير على شخصيته لما أبرم هذا العقد فإذا ما طبقت القواعد العامة فيمكن لهذا الكافل أن يطلب إبطال العقد لوقوعه في تدليس فماذا عن مصير القاصر؟ وذلك مثلا: أب قاصر يكون ميسور الحال ولكن يتظاهر أمام الكافل بأنه معسر ولا يمكنه التكفل بالقاصر¹⁰² .

الإكراه : هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع الى التعاقد

⁹⁸ نبيل صقر : قانون الأسرة، نصا وفقها و تطبيقا ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة 2006 . ص 64 .

⁹⁹ علي علي سليمان : النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ط 1 ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 2006 ، ص 05 .

¹⁰⁰ عنيتر نور الهدى ، مرجع سابق ، ص 16 .

¹⁰¹ عنيتر نور الهدى ، مرجع سابق ، ص 18 .

¹⁰² بوعشة ، مرجع سابق ، ص 12 .

تنص المادة 88 من القانون المدني ” يجوز أبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في

نفسه دون حق . وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا

يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ”

يكون الإكراه بصور شتي منها في عقد الكفالة

بالنسبة إلى الكافل في عقد الكفالة بإكراه والدي المكفول معا أو أحدهما أو المؤسسة المكلف برعاية الأطفال بوضع الكافل

تحت إكراه مادي أو معنوي بكل الوسائل ويشترط القانون

أن يكون الإكراه بخطر محقق على نفس أو مال أو الغير.

بالنسبة لوالدي المكفول كلاهما أم أحدهما ، أو المؤسسة المختصة بالرعاية الأطفال من خلال قيام الكافل بإكراههم سواء كان

الإكراه مادي أو معنوي من خلال تهديد والعنف

غير أن الكفالة المدنية قد تكون بمقابل أو دون مقابل أي أن التزام الكفيل يقابله التزام لدى الدائن إذا كانت بمقابل¹⁰³ .

-الاستغلال : وهي حالة الأبوين اللذين يستغلان شخص الكافل ليسره وماله الطائل ليتكفل لهم بابنهم القاصر وقد لوحظت هذه الظاهرة في مجلس قضاء الشلف حينما يبرم والد القاصر عقد كفالة لمنح ابنته القاصرة لشخص كبير في السن مع وعد بالزواج بها عند بلوغها وذلك إذا لم يسمح لهم القاضي بإبرام عقد الزواج لصغر سن الفتاة ويكون الزواج عرفيا مع عقد كفالة حتى يتهرب والد الفتاة من أية مساءلة¹⁰⁴ .

الفرع الثاني : ركن المحل :

المحل حسب القواعد العامة يجب أن يكون ممكنا و معينا أو قابلا للتعين ومشروع حسب المواد من 92 إلي 96 من القانون المدني وحسبها فإن الالتزام قد يكون إعطاء شيء ، أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، و مؤداه أن يكون الالتزام في

¹⁰³ عنتر نور الهدى ، مرجع سابق ، ص17.

¹⁰⁴ بوعشة عقيلة ، مرجع سابق ، ص12.

الأصل موجود ومحل عقد الكفالة المنصوص عليه في قانون الأسرة لا يخرج عن هذه القواعد وهو يمكن في تقديم العناية و الرعاية و الأنفاق علي القاصر.

المتفق عليه في العقد غير أن هذا هو التحليل القانوني لاعتبار الكفالة عقد¹⁰⁵.

أما الكفالة في إطار قانون الأسرة هي كأصل تقوم دون مقابل وذلك علي سبيل الإحسان و التي وجدت كبديل للتبني المحرم وهذا ما كرسته الشريعة الإسلامية لرعاية اليتامى و اللقطاء وهذا ما تؤكدته المادة 116 من قانون الأسرة بقولها " الكفالة التزام علي وجه التبرع " ويفهم من هذا النص أن هذا العقد مبني أساسا هو رعاية وتربية والعناية بالقاصر والإنفاق عليه وهو التزام الكافل و محل عقد الكفالة. والذي

يتمثل إذا ليس في القاصر في حد ذاته وإنما رغبة الكافل في القيام بالقاصر وشؤونه أما الطرف الثاني في عقد الكفالة سواء كانا والداي القاصر إذا كان معلوم الأبوين ،أو أمه إذا كان مجهول النسب ومعلومة أمه فقط أو من مؤسسة حماية الطفولة إذا كان مجهول الأبوين فإن التزامهم هو تسلم القاصر

الفرع الثالث : ركن السبب :

السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه ، فقد نصت المادة 98 من القانون المدني " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقيم الدليل على غير ذلك . ويعتبر المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر غير مشروع أن يثبت ما يدعيه"

والسبب في الكفالة هي نيته أو الدافع إلى الكفالة وتحمله الإلتزامات التي على عاتقه من نفقة ورعاية وتربية¹⁰⁶.

ولصحة سبب الكفالة يجب أن يكون السبب صحيحا فالسبب غير الصحيح لا يصلح أن يقوم عليه التزام . ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد الأمرين إما لأن السبب الظاهر وهو سبب غير صحيح و أما السبب الظاهر هو سبب صوري، كما يجب أن يكون السبب مشروع أي لا يحرمه القانون ولا يكون مخالف للنظام العام و الآداب العامة¹⁰⁷.

الفرع الرابع : ركن الشكلية :

¹⁰⁵ بوعشة عقيلة ، مرجع سابق .ص14 .

¹⁰⁶ عنيتر نور الهدى ، مرجع سابق ص18 .

¹⁰⁷ بوعشة عقيلة ، مرجع سابق . ص14 .

يجب لتمام العقد الشكلي اتباع شكل مخصوص يحدده القانون فهولا يتم بمجرد تراضى المتعاقدان .

وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد ، إن الشكل في عقد الكفالة من خلال المادة 117 من قانون الأسرة " يجب أن تكون الكفالة "... يكون واجبا من خلال إفراغ إرادة المتعاقدان في ورقة رسمية حيث نلاحظ في المادة 116 من قانون الأسرة " الكفالة ... تتم بعقد شرعي " لو تنص على شكلية معينة بل اكتفى فقط برضى الوالدين إذا كان معلوم النسب¹⁰⁸ .

و قانون الأسرة لم يتضمن في أحكامه بطلان عقد الكفالة إذا لم يصدر في شكل معين لأن الشكلية المطلوبة للانعقاد تعرض انعدامها للبطلان ولا يتحقق ذلك إلا بنص فبالرجوع إلى نص المادة 116 من قانون الأسرة فقد ورد فيها " ويتم بعقد صريح شرعي " ...فماذا يقصد الشرعي الذي لا وجود له في إطار القانون ذلك أن هذا الأخير تكلم عن العقود الرسمية وأشكال رسمية طبق للمواد 324 و 324 مكرر 1 و ما يليها من القانون المدني فماذا يقصد المشرع بعقد شرعي؟ بالرجوع إلى الشرعية العامة

وهي القانون المدني نجد أنه ينص دائما إذا ما تعلق الأمر. بإفراغ العقد المبرم في شكل معين إلى مصطلح العقد الرسمي أو الشكل الرسمي المطلوب أو النموذج المطلوب غير أن مصطلح الشرعي يطرح جدلا كبيرا، لأن عقد الكفالة ليس من أركان قيامه الشكلية أي إفراغ للعقد في قالب رسمي لأن المتصفح لقانون الأسرة في المواد من 116 إلى 125 الخاص بالكفالة لم يقرن المشرع عدم إفراغ عقد الكفالة في شكل رسمي يجعله باطلا أي جزاء التخلف للشكلية يعرض العقد للبطلان¹⁰⁹ .

المطلب الثالث : إجراءات عقد الكفالة:

إن عقد الكفالة ينشأ كأساس على مرحلتين أولهما المرحلة التمهيديّة وهي التي تعتمد فقط على قيام عقد الكفالة على رضا الطرفين دون اللجوء إلى الهيئات التي أقر لها القانون صراحة تحرير هذا العقد سواء كان الطفل القاصر معروف النسب وبالتالي يكون اتفاق بين طرفي العقد أبوا المكفول من جهة و الكافل من جهة ثانية أما إذا كان مجهول النسب فقد يكون معروف الأم أو لا و مهما كان فإن حماية الطفولة تكون طرف في العقد فليتنفقا عل أن يتكفل الكافل بالطفل القاصر الذي تحت ولايتها بالإضافة إلى المرحلة الثانية و هي القضائية وهي الأهم وهذا ما سوف نتطرق له في هذا المطلب¹¹⁰ .

¹⁰⁸ عنيتر نور الهدى ، مرجع سابق ، ص18.

¹⁰⁹ بوعشة عقيلة ، مرجع سابق ، ص18.

¹¹⁰ بوعشة عقيلة ، مرجع سابق ، ص28 .

عبر المشرع على عقد الكفالة بالشرعي فماذا أراد المشرع بهذا المصطلح ؟
الرأي أن المشرع أراد أن يضيف علي هذا العقد الشرعية الدينية و مؤداها أن التكفل بقاصر بالعناية به وتربيته وخاصة أن الكافل تكون له حقوق عليه ويستفيد من ما قد يعود للقاصر من منح عائلة) أن يكون حسب شرع الله (ولأن تكون لهذه الكفالة قداسة التدبير الذي أرست من شأنه وهي رعاية اليتامى و اللقطاء الذين لا ذنب لهم إلا أنهم وجدوا في هذا المجتمع دون رغبة لهم أو إرادة أو أنهم فقدوا أسرهم. و أخيرا هو أن مصطلح العقد الشرعي الوارد في نص المادة 116 من قانون الأسرة هو تقديس وإضفاء الصيغة الدينية الإسلامية علي العقد أو التصرف القانوني.

وتجدر الإشارة إلى أنه توجد ثلاثة جهات متخصصة بتحرير عقد الكفالة ،داخليا نجد حسب نص المادة :117 من قانون الأسرة على : الموثق والقاضي ، وفي الخارج نجد القنصليات الجزائرية التي لها الحق في تحرير عقد الكفالة ¹¹¹ ، كذلك يستوجب على طالب عقد الكفالة أن يرفق طلبه بوثائق محددة وفي حالة تخلفها يرفض طلبها.

الفرع الأول : المرحلة التمهيديّة :

هي المرحلة التي يظهر فيها طرفي العقد سواء كان المكفول معلوم النسب أو مجهوله تطابق إرادتهما، وقد حرص القانون على وجوب أن يكون رضا أبوي المكفول معلوم النسب صراحة بأهم وذلك طبقا للمادة من قانون "يمنحون ابنهم القاصر للكافل للقيام به ورعايته وتربيته 117 من قانون الأسرة بقولها "... :و أن تتم برضا من له أبوان "... وهذا ما يفيد أن يكون الرضا صريحا¹¹².

أما القاصر مجهول النسب فهو حالتين:

1 إذا كان القاصر معلوم الأم :في هذه الحالة لا بد من رضا الأم وهذا بان يتكفل الكافل بابنها القاصر، غير أن القانون لم يشدد في اشتراط رضا أم المكفول ذلك أن القبول الضمني يكفي لاعتباره صحيح .

ومراعاة للظروف التي قد تعيشها أم عزباء في المجتمع الجزائري و الإسلامي توجد نصوص عقد الكفالة جاءت كأساس لحماية القاصر وهو الأولى بالحماية دون البحث في اشتراط رضا أمه العزباء في مجتمع إسلامي خاصة ينظر إلى ظروفها الاجتماعية و الأخلاقية.

¹¹¹ الغوثي بن ملحّة ، نفس المرجع السابق ، ص 171.

¹¹² المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري .

2 إذا كان القاصر مجهول الأبوين :فإن هذا القاصر يكون موجود تحت ولاية مؤسسة حماية الطفولة وهي التي تقوم برعايتهم و العناية بهم فنجد أن القانون لم يشترط رضا المكلف ب مؤسسة حماية الطفولة هذه المؤسسة صراحة ، غير أن الواقع يشترط أن يتقدم الكافل بملف لهذه المؤسسة التي تقدم بدراسته يحتوي على الوثائق التالية :

- 1 عقد الزواج
- 2 كشف الرواتب للكافل
- 3 شهادة عمل
- 4 شهادة الجنسية
- 5 شهادتين طبيتان للزوجين
- 6 سجل السوابق العدلية للكافل
- 7 وصل الأعباء /عقد الملكية.
- 8 طلب خطي
- 9 بطاقة عائلية

تمر الأم العزباء التي ولدت طفل من زواج غير شرعي على عدة مراحل
المرحلة الأولى : على مستوى المستشفى :

توجد (مصلحة الولادة)هي التي ترى الأم البيولوجية،في إطار المساعدة الاجتماعية وتقدم لها محضر التخلي لكي تملؤه، كذلك لا بد من أن تقدم الأم البيولوجية نسخة من بطاقة التعريف الوطني وإذا لم تتوفر عندها تعطي شهادة الميلاد زائد صورة شمسية. ثم تسألها هل تتخلى عن الطفل بصفة مؤقتة، أو بصفة نهائية وفي المحضر الموجود على مستوى المستشفى تكتب أمامه صفة التخلي وفي أخير هناك إمضاء الأم، بصمتها، وإمضاء المساعدة الاجتماعية. وبعدھا تقوم المساعدة الاجتماعية بتسجيله في البلدية مقدمة الوثائق التالية:

- شهادة طبية للولادة

- من المستشفى (Bordereau d'envoi) .جدول الإرسال

- صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطني.

المرحلة الثانية : على مستوى دار الحضانة :

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

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

المرحلة الثالثة : على مستوى d a s

تأخذ المساعدة الاجتماعية ملف الطفل وتبحث في ملفاتها عن ملف العائلات التي تريد التكفل بطفل يتيم . لكنها قبل إعطاء كفالة طفل لعائلة ما تقوم بالكشف والتحري عن هذه وبعدها الأسرة الكفيلة، فهذه الأخيرة تخرج مع أخصائي نفسي لإجراء التحريات تعطي قرارها قد يكون إيجابي أو سلبي كما أنه هناك لجنة مكونة من 10 أعضاء كلهم يصادقون على هذه الكفالة¹¹³ .

الفرع الثاني : المرحلة القضائية :

نستخلص أن عقد الكفالة يمر بمرحلتين، الأولى هي المرحلة التمهيديّة والتي تعتمد على رضا الطرفين ولا بد أن يكون هذا الأخير صحيحاً، وميزنا في هذه المرحلة بين القاصر المكفول مجهول النسب ومعلوم النسب وما هي الوثائق التي يجب أن يوفرها الكافل لكي يستطيع أن يتكفل بطفل قاصر. وبالنسبة للمرحلة الثانية والتي هي المرحلة القضائية وتعتبر أهم مرحلة، سنبين فيها المراحل التي يمر عليها عقد الكفالة، وفيما يتم رفض أو قبول طلب الكفالة.

نظم القانون إجراءات الكفالة وإجراءات انقضاءها في المواد من 492 إلى 497 من قانون الأسرة الجزائري وتنص المادة ” 492 أنه يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة ” من أجل أن يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل وفقاً لمواد قانون الأسرة ولأجل ذلك يجوز للقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيداً للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول و الإنفاق عليه و تربيته.

و لأجل تبسيط الإجراءات المتعلقة بطلب الكفالة التي تتسم بطابع إنساني فإن النظر في الطلب يتم بعد أخذ رأي النيابة وذلك حسب المادة 494 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ” ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة و التي تعد طرفاً في جميع قضايا شؤون الأسرة و يفصل في الطلب بموجب أمر ولائي . هذا ما نصت عليه المادة 493

من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ” يفصل القاضي في طلب الكفالة بأمر ولائي ” أما في حالة طلب التخلي عن الكفالة فإن المشرع أخضعها لقواعد الإجراءات العادية في رفع دعوى و تصدر بموجب حكم و هذا من باب ترجيح مصلحة المكفول وتكون في جلسة سرية بعد إبداء رأى النيابة العامة. وفي حالة موت

¹¹³ علال أمال، مرجع سابق، ص 88 .

الكافل أن يجربوا قاضي شؤون الأسرة الذي قام بإبرام عقد الكفالة وذلك طبقا لنص المادة من 495 إلى 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹¹⁴.

يكون عقد الكفالة شرعي ويجب أن يجره الموثق أو المحكمة و يتطلب لذلك الوثائق التالية

1 شهادة ممنوحة للكافل من قبل مديرية النشاط الاجتماعي

2 شهادة ميلاد الطفل القاصر.

3 كشف الرواتب

4 دفع الرسوم القضائية المحددة

من المستحسن أن ينتقل القاضي ويجري معاينة ميدانية لحالة طالبي الكفالة قصد الإطلاع على

النوايا

التي أدت إلى طلب الكفالة ومدى استعدادهما لتحمل هذه المسؤولية وظروفهم المادية والاجتماعية.

"فمن المفروض بعد إجراء هذا التحقيق يقرر القاضي إما الموافقة على طلب الكفالة أو

الرفض حسب ما إذا كان التحقيق سلبيا أو إيجابيا¹¹⁵."

- في الجزائر مثلا لا يوجد القاضي المكلف بشؤون القصر الذي من المفروض يسهر على

تسجيل الكفالة في السجلات الحالة المدنية لدى بلدية المكفول، وهو الشيء الموجود بالمغرب إذ

تسجل الكفالة في سجلات الحالة المدنية¹¹⁶.

- الاختصاص المحلي لعقد الكفالة في الجزائر محدد إما بموطن طالب الكفالة أو مكان

تواجد المكفول.

نص القانون صراحة على أن عقد الكفالة يكون شرعي ويجب أن يجره الموثق أو المحكمة،

وتتطلب شهادة الكفالة الوثائق التالية:

" -عقد ميلاد الطفل.

-عقد ميلاد الأبوين الأصليين.

-عقد ميلاد الأبوين الكافلين.

-نسخ من بطاقة التعريف للأربعة أبوين.

¹¹⁴ عنتر نور الهدى، مرجع سابق، ص 20.

¹¹⁵ الغوثي بن ملح، مرجع سابق، ص 172.

¹¹⁶ أنظر مجلة الأحوال الشخصية المغربية.

-عقد زواج كل من الأبوين الأصليين والكافلين.

-طلب خطي.

-شهادة العمل¹¹⁷ .

هنا المحكمة المختصة هي المحكمة الواقع في دائرتها موطن طالب الكفالة أي الكافل وإذا

كان موطن هذا الأخير موجود بالخارج فيكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن
الطفل القاصر المرغوب في كفالته.

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

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

ترسل منه نسخة إلى ضابط الحالة المدنية لمكان زيادة الطفل القاصر المكفول لتسجيله على
هامش شهادة ميلاده بأنه طفل مكفول¹¹⁸ .

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

¹¹⁷ بيانات مقتبسة من طرف رئيس محكمة تلمسان (قسم شؤون الأسرة).

¹¹⁸ الغوثي بن ملحمة ، مرجع سابق ، ص277.

المبحث الثالث : آثار الكفالة وانقضاؤها

سنتطرق في هذا المبحث لآثار الكفالة وانقضائها ، فنخصص المطلب لآثارها ، والمطلب الثاني

لإنقضائها ، كالتالي :

المطلب الأول : آثار الكفالة :

تعرف الولاية اصطلاحاً بأنها سلطة تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص

المولى عليه كالتربية و التعليم و التزويج¹¹⁹ .

تظهر هذه الولاية بالنسبة للكافل على المكفول في المحافظة على نفس المكفول وصيانته هذا طبقاً لنص

المادة 121 من قانون الأسرة . وعليه فإن الولاية تنتقل من أبوي المكفول إلى الكافل إذا كان معروف

النسب أو من والي المكفول وهو مدير مؤسسة حماية الطفولة إذا كان مجهول النسب

كما أن الولاية بموجب عقد الكفالة تستمد من القاضي الذي يقرها، وهذه الولاية الغير الأصلية التي

نحن يصددها تنصب على القيام بشؤون المكفول وتكون بتوفير الرعاية والعناية الصحية، والتعليم والتربية

والنفقة وهذا ما سوف نستعرضه

1- العناية وتربية المكفول :

وهي أن يتحمل الكافل أو المؤسسة المعنية تنفيذ الالتزامات المتعلقة برعاية المكفول في جميع مراحل حياته

و السهر على توفير الراحة و الاطمئنان و تلقيه قواعد التربية والأخلاق وتعاليم الشريعة الإسلامية حتى

يتسنى له الاندماج في المجتمع ويكونوا بذلك أعضاء فاعلين متفاعلين فيه.

إن التربية ضرورية لمواجهة الحياة ومتطلباتها وتنظيم السلوكيات العامة في المجتمع من أجل العيش بين

الجماعة عيشة ملائمة من خلال منعه من القيام بالأعمال الغير لائقة وتوجيه المكفول في كل مراحل

حياته لتحديد المسار الذي سوف ينتهجه. والعناية هي التكفل بالجوانب الحياتية للمكفول وذلك بتتبع

الحالة الصحية وسلامة جسده وعقله ونفسيته . وضمن التربية والعناية يدخل التعليم وهو واجب يقع على

عاتق الكافل سواء حسب الشريعة الإسلامية أو القانون، حتى يتمكن المكفول من التعرف على المعارف

المختلفة وأن يصل إلى مستوى معين في العلم ليتكفل بنفسه مستقبلاً مادياً ويعيش حياة¹²⁰ .

¹¹⁹ محمد مصطفى شليبي ، مرجع سابق ، ص 254 ،

¹²⁰ عنتر نور الهدى مرجع سابق ، ص 22 .

2- النفقة :

يجب على الكافل أن ينفق على المكفول من ماله كما ينفق الأب على ابنه الشرعي و ذلك باعتبار المكفول في منزلة الابن الشرعي إذا كان المكفول ولدا فإن النفقة عليه تكون حتى بلوغه سن الرشد أما بالنسبة إذا كان المكفول أنثى فإن النفقة والكفالة تمتد إلى ما بعد ذلك إلى أن تتزوج أي بالدخول عليها على الوجه المشروع .

3- قبض المنح العائلية :

بموجب عقد الكفالة فإنه يضع المكفول تحت مسؤولية الكافل في جميع جوانب حياته . وقد اشترط قانون الحالة المدنية بأن تسجل الكفالة على هامش عقد ميلاد المكفول وبالتالي في الحياة الاجتماعية يعامل المكفول كالأبن الشرعي للكافل . ونص قانون الأسرة على الحق في المنح العائلية والدراسية الممنوحة للمكفول بأن يقبضها الكافل بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤولية ويقوم برعايته . كما نجد أن قوانين الضمان الاجتماعي تجعل المكفول ذا حقوق طبقا للمادة 67 من قانون 11/83 المعدل والمتمم بالمادة 30 من الأمر 17/96 وهذا ما يتماشى مع قانون الأسرة¹²¹ .

المطلب الثاني : انقضاء الكفالة :

تناولنا في الفصل الثاني أن الكفالة هي عبارة على نظام قانوني محدد في قانون الأسرة ، وعليه إرادة المشرع من خلال النص القانوني هي التي تحدد شروط و آثار الكفالة والأمر كذلك بالنسبة لأسباب انقضائها، حيث تنتهي الكفالة لأسباب محددة في قانون الأسرة الجزائري ذكرها المشرع في المادتين 125 " ، " 124 اللتان اتسمتا بالعمومية مقارنة بأهمية هاته المسألة و أثرها النفسي على المكفول¹²²

الفرع الأول : انقضاء عقد الكفالة بوفاة المكفول أو الكافل :

أولا : وفاة المكفول :

بمجرد وفاة المكفول تنقضي الكفالة لأن الالتزام على الكافل من نفقة ورعاية و تربية لم يعد موجود لان أحد شروط المحل أن يكون موجودا أو قابل للوجود فهذا الشرط لم يعد متوفر و موجود عند موت المكفول.

ثانيا : وفاة الكافل :

في حالة موت أو وفاة الكافل تنتقل الكفالة إلى الورثة إذا التزموا بذلك في حالتين

¹²¹ نص المادة 123 من قانون الأسرة .

¹²² قديري سوسن : مرجع سابق ، ص 74 .

الحالة الأولى : وفاة الكافل فأن كفالة القاصر قد تسقط عن الكافل وتنتقل إلى ورثة الكافل المتوفى إذا التزموا بالقاصر ليقوموا بشؤونه كولد مكفول وتنتقل معه جميع الالتزامات نفقة ، تربية وعناية إلى الورثة ويصبح أحد الورثة

الكافل لكن المشرع نص على انتقالها دون أن يبين من الذي تكون له الولاية المباشرة على المكفول بعد وفاة الكافل . لكن هذا يجعلنا دائما نرجع إلى أحكام الولاية على النفس والمال ولاسيما النفس، التي تنص على أنه يكون الأب وليا على أولاده القاصر وبعد وفاته تحل محله الأم وعليه فإنه إذا التزمت بها زوجة الكافل المتوفى أصبحت كافلة للولد المكفول بموجب نص المادة 125 من قانون الأسرة، لكن هل توجد إجراءات قانونية لانتقال هذه الكفالة إلى الكافلة الجديدة؟.

كأن تقوم بتقديم طلب من جديد إلى القاضي أو الذهاب إلى الموثق وتحرير عقد كفالة من جديد، إنه بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يشير إلى هذه النقطة، إذ سكت وقال فقط تنتقل إلى الورثة إذا التزموا بها، لكن عمليا نجدهم

يبادروا إلى تقديم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة يحددوا فيه الكافل الجديد¹²³.

ثالثا: حالة عدم التزام الوارثة بالتكفل بالمكفول الذي كان تحت رعاية مورثهم ففي هذه الحالة نص المشرع علي أن القاضي هو الذي سوف يتصرف في حالة القاصر بماله من سلطة باعتباره هو الوالي لمن لا والي له فيمكنه بذلك إسناد أمر القاصر الذي أصبح من جديد بدون كافل إلي الجهة المختصة بالرعاية فقد تكون مؤسسة حماية الطفولة¹²⁴.

الفرع الثاني : انقضاء الكفالة بسبب تخلي الكافل :

يمكن أن تنقضي الكفالة بإرادة الكافل وذلك في حالة ما إذا تخلى عن كفالة القاصر إذ يجب أن يتم التخلي عنها أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة¹²⁵.

فحسب نص المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري ، التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة القضائية التي أقرتها بعد إبلاغ النيابة العامة .

فللكافل أن يطلب التخلي على الكفالة إذا طرأ طارئ يجعله غير قادر على التكفل بالطفل ماديا و معنويا ويقدم الطلب أمام الجهة القضائية التي منحت له الكفالة وتكون الجهة القضائية مختصة وهذا بعد تقديم

¹²³ عنتير نور الهدى ، مرجع سابق ، ص30

¹²⁴ بوعشة عقيلة ، مرجع سابق ، ص53

¹²⁵ بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص527 .

النيابة العامة لملاحظاتها و التماساتها، ويصدر القاضي حكماً بالإشهاد للكافل بالتخلي عن الكفالة أو بإفائها بطلب من الكافل ويقوم بإسناد كفالة الطفل إلى أي شخص يختاره بعينه مقدماً له، أو بإرجاع الطفل إلى أبيه أو أمه في حالة وجودهما وعند الاقتضاء إلى المؤسسة المختصة في رعاية الأطفال.

الفرع الثالث : بلوغ المكفول سن الرشد :

انطلاقاً من نص المادة 116 يفهم ضمناً أن الكفالة تعني الطفل القاصر ، ومعنى ذلك أنه إذا بلغ الطفل القاصر سن الرشد تنتهي الكفالة لانتفاء شرط من شروط الكفالة المتعلقة بالمكفول ، ويبقى له الخيار في البقاء مع الشخص الذي كفله ، ويترتب على ذلك أن يصبح الوالد الكافل التزاماً أخلاقياً أدبياً ، من باب اللحمة والألفة التي جمعت بينهما وليس التزاماً قانونياً .

الفرع الرابع : ارتكاب الفاحشة بين الكافل والمكفول :

الفواحش بين ذوي المحارم ، قياساً على إسقاط الولاية عن الوالي الأب و الأم ، و بموجب عقوبة مذكورة في المادة 337 مكرر 3 / و 4 من قانون العقوبات:"

وتطبق على العلاقات الجنسية بين الكافل والمكفول العقوبة المقررة للفاحشة المرتكبة بين الأقارب من الفروع أو الأصول

ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم أو الكافل سقوط الولاية و/أو الكفالة¹²⁶ .

الفرع الخامس : بلوغ المكفول سن التمييز :

و هو الطفل الذي بلغ من السن 16 سنة إلى 19 سنة ، يعتبر مميز وتكون تصرفاته دائمة بين النفع والضرر وهي قابلة للأبطال ، فإذا سلما الوالدين ولدهما للكافل بعقد شرعي سواء كان محرراً أمام المحكمة سواء كانا معاً أو أحدهما وطلبا عودة المكفول إليهما و الالتحاق بهما ، فهنا ترك المشرع حرية الاختيار للمكفول لأنه في سن يستطيع التمييز فيه ، فالمكفول إذا وافق على طلب الوالدين أو أحدهما فإن عقد الكفالة يفسخ وينقضي ، أما إذا رفض فإنه يرجع إلى ولاية كافله¹²⁷ .

¹²⁶ عدلت المادة 337 مكرر بالقانون 14 المؤرخ في 4 فيفري 2014 ، المتضمن تعديل قانون العقوبات ، الجريدة الرسمية العدد 7

المؤرخة في 16 . فيفري 2014 ، ص 07 .

¹²⁷ علي علي سليمان ، مرجع سابق ، 55 .

الخاتمة

إن نظامي التبني والكفالة من الأنظمة التي ما وُجدت إلا لرعاية الأطفال القصر ، وحسن تربيتهم ، على الرغم من وجود تباينات وتداخلات بين النظامين .

ففي ما يخص نظام التبني وجدناه نظامًا مصادمًا للفطرة الإنسانية ، ويجعل من الأجنبي أقرب الأقارب وهذا إعراض عن الحقيقة ، وتزييف لنظام الأسرة ، ومخالفة للسنة الإلهية ؛ فالذي يتبنى طفلا فيجعله ابناً صليباً ، له ما للابن الحقيقي من الحقوق والواجبات ، إنما هو معتدٍ وكاذب ، يريد أن يجعل من الباطل حقاً ، ومن الحرام حلالاً ، وهو يخالف ما جاءت به الفطرة ، فهذا هو الزور بعينه الذي حرّمه الإسلام ونبذته .

ولهذا نجد الشريعة الإسلامية تنهى عن تزييف الأنساب ، ولا تقر بالتبني وتحرّمه صراحة ؛ لأن الحكمة من تحرّمه هو الحفاظ على إحدى الكليات الشرعية الخمس ، ألا وهي كلية النسب ومنع اختلاطه ، وكذلك من مقاصد تحرّمه منع التعدي على تركة الغير ، فالطفل المتبنى أجنبي لا حق له في تركة متبنيه ، وكذلك من حكمة تحرّمه بناء الأسر على الزواج والطهارة والعفة ، فلا يثبت نسب إلا بزواج شرعي ، وفي هذا حرب على الفاحشة وقطع لجذورها ثم فروعها .

ومع ذلك فقد أوجدت الشريعة الإسلامية البديل ، ولم تكتف بالمنع والتحرّم ، فحفاظاً على الأطفال اليتامى ومجهولي النسب ، ندبت (الكفالة) كحل أمثل وأنجع لحماية هؤلاء الضحايا الأبرياء المحرومين، حماية اجتماعية وإنسانية تضمن تعويضهم بقدر الإمكان على ما يمكن أن يفقدوه من الحنان، ويضمن لهم توفير الرعاية اللازمة ، وإعدادهم إعداداً مناسباً لما يستقبلهم من الزمان، فالكفالة بهذه الصورة تعتبر بديلاً جائزاً وملائماً شرعاً وقانوناً عن التبني ، رغم أن الشريعة الإسلامية لم تنص صراحة على الكفالة ولكن تضمنتها وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ۗ ﴾ (سورة آل عمران ، الآية : 37) أي أنه قام برعايتها والعناية بها وتربيتها ، ووضع هذا البديل من أجل رعاية فئة الأطفال المحرومين حتى يصبحوا ذوو فائدة لمجتمعاتهم وأممهم .

ولقد حذى المشرّع الجزائري حذو الشريعة الإسلامية ، فمنع التبني ، ورخص الكفالة وأجازها ، بل نظّمها بما يضمن مصالح الأطفال القصر وصالحهم النفسي والتربوي والأخلاقي .

وبعد هذه الرحلة الممتعة مع موضوعنا الشيق ، نخلص إلى مجموعة من النتائج البارزة والتي نلخصها

في النقاط التالية :

أولاً : التبني :

- 1 - التبني نظام اجتماعي قديم عرفته أغلب المجتمعات الإنسانية عبر العصور وفي مختلف الثقافات ومنها العربية منذ العهد الجاهلي، وهو عبارة عن إلحاق نسب طفل قاصر بنسب المتبني واعتباره ابناً شرعياً له ما للابن الشرعي من مزايا وحقوق .
- 2 - إن موقف الشريعة الإسلامية من التبني واضح وصريح لا لبس فيه ، وهو التحريم والمنع والحكمة في ذلك المنع هي : حفظ أحد الكليات الشرعية الخمس ، وهي كلية حفظ النسب ؛ لأنه على أساس النسب تقسم التركات ومعلوم أن الموارث حقوق مالية لا تعطى إلا لمستحقيها بنسب متفاوتة على حسب قرابة النسب ودرجتها من الميت ، والابن المتبني أجنبي لا حق له في الميراث ، وبالتبني سيأخذ حقوق غيره ويعتدي عليها . كما أن بنات المتبني وزوجته أجنبيات على هذا المتبني لا يحل له النظر إليهن والمبيت معهن ، وهذا ما قد يفضي إلى الفاحشة . أضف إلى ذلك أن بنات المتبني يحل للمتبني الزواج بهن وفي جعله أخاً لمن حرمان له ولهن من الرابطة الزوجية المقدسة .
- 3 - لقد حذى المشرع الجزائري حذو الشريعة الإسلامية فمنع التبني ، وذلك في المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري .
- 4 - يظهر تفوق التشريع الجزائري على التشريعين التونسي والفرنسي الذين أخذوا بنظام التبني وجعلوا له شروطاً ورنبا له آثاراً ، رغم المفاصد الناجمة عنه .
- 5 - أجاز المشرع الجزائري للقاضي الداخلي تطبيق نظام التبني على أفراد العلاقة الأجنبية إلا أن هذا لا يعني إباحة التبني بين الأفراد الجزائريين ، بل هو مقصور على الأجانب فقط حسب ما سمح به قوانينهم الداخلية .
- 6 - ولعل مبرر المشرع الجزائري فيما أجاز استثناءً للقاضي الداخلي في تطبيق نظام التبني هو العمل بموجب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل و المصادق عليها عندما يكون أطراف العلاقة أجناب موجودين على إقليم التراب الوطني ، معتبرين في ذلك القاضي ما هو إلا عبارة عن سلطة فقط تقوم بتطبيق القانون الأجنبي على أفراد أجناب لا غير دون اعتراف منها بتبني هذا النظام و تطبيقه على مواطنها .

ثانيًا : الكفالة :

- 1 - الكفالة من حيث المفهوم : هي عبارة عن التزام تطوّعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الأسلوب التي يتعامل به الأب مع ابنه .
 - 2 - الكفالة هي حل بديل عن التبني ، فالشريعة الإسلامية إذ حرّمت التبني أعطت الحل والبديل لحماية هؤلاء القصّر الأبرياء ، فالكفالة توفرّ حماية اجتماعية وإنسانية لهؤلاء المحرومين ، وتضمن تعويضهم بقدر الإمكان على ما يمكن أن يفقدوه من الحنان، كما تضمن لهم توفير الرعاية اللازمة، وإعدادهم إعدادا مناسباً لما يستقبلهم من الزمان ، ليكونوا فاعلين في مجتمعاتهم وذوو فائدة لأمتهم.
 - 3 - أتبع المشرع الجزائري مبادئ الشريعة الإسلامية بوضع بديل للتبني و هو نظام الكفالة لأجل رعاية فئة الأطفال المحرومة حتى يصبحوا ذو فائدة لمجتمع اتم ، وذلك لمنع اختلاط الأنساب و منع التعدي على تركة الغير .
 - 4 - نص المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم : 92 - 14 المؤرخ في 13 جانفي 1992 على منح اللقب للمكفول مجهول النسب ؛ أي أنه يسمح للأسرة الكفيلة أن تمنح للطفل لقبها العائلي ، وهذا الإجراء يهدف إلى غاية نبيلة وهي حسن تنشئة الطفل و حماية له داخل المجتمع ، ولكن بشرط عدم المساس بحقوق الغير و ذلك مراعاة لمبادئ الشريعة الإسلامية سيما عدم اختلاط الأنساب .
 - 5 - كذلك بموجب هذا المرسوم أراد المشرع إلى جانب تنظيم وضعية الأولاد الشرعيين بصفة محكمة بموجب قانون الأسرة أن ينظم وضعية الأولاد المجهولي النسب بموجب قواعد شكلية وأخرى موضوعية حتى يضمن لهم حياة مستقرة داخل العائلة المتكفلة بهم خاصة، وداخل المجتمع بصفة عامة وذلك بتغيير لقبهم وتنسيبهم للكافل غير أن القضاء يعمل عكس ما أراد المشرع الذهاب إليه.
- فهدفه الوحيد هو حماية هؤلاء الأبرياء ودمجهم في المجتمع وحمايتهم من الانحراف ؛ لأن قلة المراكز ومؤسسات الحماية تجعل هؤلاء عرضة للانحراف وللإجرام ؛ لأن الجشتمتعنظر لهم نظرة عدوانية واحتقار رغم عدم ارتكابهم أي ذنب في وجودهم فيه.

التوصيات والمقترحات :

- 1 - لا بد من القيام بالتوعية والتثقيف والتذكير بتحريم التبني ، بشتى الوسائل : (كالمساجد والتلفزيون والسينما والإذاعة والمحاضرات الخ) فلا يُعقل ولا يُقبل أبدًا أن يُحرّم الإسلام التبني منذ 14 قرناً ، ويتبعه القانون في ذلك ، ثم نرى لحد الآن من يقوم بهذا العمل ، ما هذا إلا العجبُ العُجَاب .!!!!.
- 2 - في المقابل لا بد من القيام بالتوعية والتثقيف والتذكير بالبديل للتبني وهو الكفالة .
- 3 - ترك المشرع ثغراتٍ وغموضًا في النصوص القانونية ، يمكن أن نوجزها كالتالي :
 - أ - عدم التنصيص على حق المرأة في الكفالة.
 - ب - ضرورة موافقة زوجة الكافل.
 - ج - النص على تحرير محضرٍ أثناء التسليم ، وحضور كل الأطراف ، وبحضور المحضر القضائي .
 - د - النص على الفارق في السن بين الكافل والمكفول.
 - هـ - النص على إجراءات تسليم المكفول .
 - و - النص على انتقال الكفالة إلى الورثة أمام الجهات القضائية فقط .
- 4 - إعادة النظر في مرسوم منح لقب الكافل للمكفول ، ليتواءم مع روح قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية .

وصلى الله وسلّم وبارك على سيدنا محمد ، وعلى آله أجمعين .

المصادر والمراجع :

- 1 - أحمد ابن حنبل : مسند الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، عادل مرشد ، وآخرون ، إشراف : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، دمشق ، ط1: 1421هـ - 2001م .
- 2 - أحمد فتحي بھنسي : الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية ، بيروت - لبنان ، د.ط ، 1994 .
- 3- البخاري ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي : الجامع الصحيح ، تحقيق : محمد زهير بن ناصر الناصر ، شرح وتعليق : د. مصطفى ديب البغا ، دار طوق النجاة ، بيروت ، ط1: 1422هـ .
- 4- بدران ابو العينين ، الفقه المقارن ، الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة ، الزواج والطلاق ، دار النهضة العربية ، لبنان ، ط1 : 2001 م .
- 5- بلحاج العربي : أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، ط 1 ، الجزائر ، 2012 م .
- 6- بلخير سديد : أحكام الأسرة ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ط1 : 2009 .
- 7- دليلة فركوس : تاريخ النظم ، مطبعة الأطلس ، الجزائر ، 1993م .
- 8- سيد سابق : فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة : 1397 هـ - 1977م .
- 9- شريف سيد كامل ، الحماية الجنائية للأطفال ، دار النهضة ، القاهرة ، مصر ، ط1 ، 2001 .
- 10- ضاوية دنداني : حق النسب و الكفالة مقال المجلة القانونية و الاقتصادية و السياسية ، عدد 04 ، 1993م .
- 11- عباس الصراف وجورج حزبون : المدخل إلى علم القانون ، عمان ، 1985م .
- 12- عبد الرحمن الصابوني : شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (الطلاق وآثاره) ، منشورات جامعة دمشق ، 2006م .
- 13- عبد العزيز سعد : الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، دار هومة ، الجزائر ، 2013م .
- 14- عبد الفتاح بيومي حجازي : الأحداث والأنترنت ، دراسة متعمقة عن أثر الأنترنت في انحراف الأحداث ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، د.ط ، 2004 .
- 15- عبد القادر مدقن : شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ، ملخص من الفقه الإسلامي ، ط1 ، الجزائر ، 1998 ،
- 16- عبد الله بن ناصر بن عبد الله السرحان ، كفالة اليتيم ، السعودية ، 2000م .

- 17- علي علي سليمان : النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ط 1 ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ، 2006 م .
- 18- غالب علي الداودي : المدخل إلى علم القانون ، دار وائل ، عمان ، الأردن ، ط 7 : 2007م .
- 19- غسان رابح : حدود الحدث المخالف للقانون أو المعرض لخطر الانحراف . دراسة مقارنة في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، د.ط ، 2005 .
- 20- الغوثي بن ملح : قانون الأسرة علي ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 1 : 2005م .
- 21- فضيل سعد : شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق) ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986م .
- 22- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء : فتاوى اللجنة الدائمة - المجموعة الأولى ، جمع وترتيب : أحمد بن عبد الرزاق الدويش ، الناشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة للطبع - الرياض ، السعودية .
- 23- محمد الطاهر بن عاشور : التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد» ، الدار التونسية للنشر ، تونس ، 1984هـ .
- 24- محمد بن أحمد القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ط 2 : 1384هـ - 1964م .
- 25- محمد بن عبد العزيز بن عبد الله المسند : فتاوى إسلامية لأصحاب الفضيلة العلماء ، دار الوطن للنشر، الرياض ، ط 1 : 1415هـ .
- 26- محمد حسام لطفي : موجز النظرية العامة للحق ، دار الثقافة ، القاهرة ، 1988م .
- 27- محمد صبحي نجم : محاضرات في قانون الأسرة (سلسلة دروس العلوم القانونية) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992م .
- 28- محمد محي الدين عبد الحميد : الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية ، بيروت ، 2007م .
- 29- محمد مصطفى شلي : أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، ط 4 : 1983م .
- 30- محمدي فريدة (زواوي) : المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، 2000م .

- 31- مسلم بن الحجاج ، أبو الحسن القشيري النيسابوري : المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية (فيصل البابي الحلبي) ، القاهرة ، ط 1 : 1374هـ - 1955م .
- 32- منتصر سعيد حمودة ، بلال أمين زين الدين : انحراف الأحداث دراسة فقهية في ضوء علم الإجرام والعقاب والشريعة الإسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية مصر ، ط 1 : 2007 .
- 33- ابن منظور ، محمد بن مكرم : لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، ط 3 : 1414هـ .
- 34- نبيل صقر ، صابر جميلة : الأحداث في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، د.ط ، 2008 .
- 35- نبيل صقر ، قانون الأسرة ، نصا وفقها و تطبيقا ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة ، 2006 .
- 36- وهبة الزحيلي : التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، ط 2 : 1418هـ .
- 37- يحيى أحمد زكريا الشامي : التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الأزارطية الإسكندرية، 2009 .
- 38- يوسف القرضاوي : الحلال والحرام في الإسلام ، دار البعث ، قسنطينة ، 1984م .
- 39- يوسف رشدي بركات : معجم الطلاب عربي . عربي ، دار الكتب العلمية ، بيروت . لبنان ، ط 4 : 2003 .

الرسائل الجامعية :

- 40- باسم حمدي حرارة : سلطة الولي على أموال القاصرين ، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2010 م .
- 41- بوعزة مفتاح ، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية ، مذكرة تخرج ليسانس ، ورقة ، 2003/2002 .
- 42- بوعشة عقيلة ، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية ، مذكرة نهاية التكوين ، المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة الثانية عشر : 2004/2001 .

- 43- خليفة جاب الله : التبنى في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص : أحوال شخصية ، تحت إشراف : جميلة فار ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، الموسم الجامعي : 2014م - 2015م .
- 44- طلبة مالك : التبنى والكفالة ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، التبرص الميداني : مجلس قضاء وهران ، محكمة أرزيو ، الدفعة : 14 : 2003م - 2006م .
- 45- عنتير نور الهدى : الكفالة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ليسانس ، ورقة ، 2013 .
- 46- علال آمال : التبنى والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي) مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص : قانون أسرة ، تحت إشراف : الدكتورة : دنوبي هجيرة ، كلية الحقوق ، جامعة بوبكر بلقايد ، تلمسان ، الموسم الجامعي : 2008 - 2009 .
- 47- قديري سوسن : الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة مكاملة من متطلبات لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص : قانون دولي وحقوق الإنسان بجامعة محمد خيضر - بسكرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تحت إشراف الأستاذة : صولي الزهرة ، 2014 - 2015 .

القوانين والأوامر والمراسيم :

- 1- الأمر رقم : 03/72 ، المؤرخ في 10 فبراير 1972 ، المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة ، الجريدة الرسمية العدد : 15 المؤرخة في: 1972/02/22 .
- 2- الأمر رقم 64 /75 ، الصادر بتاريخ 1975/09/26 ، المتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة ، الجريدة الرسمية العدد 81 ، الصادر بتاريخ : 1981 .
- 3- المرسوم التنفيذي رقم : 410/02 المؤرخ في 2002/09/26 ، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة العدل ، الجريدة الرسمية العدد 80 المؤرخة في 2002/11/27 ، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 333/04 المؤرخ في 2004/10/24 ، الجريدة الرسمية العدد : 15 لسنة 2004 .

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	أ
صعوبات البحث :	ب
أسباب اختيار الموضوع :	ب
أهمية الموضوع :	ب
منهج الدراسة :	ت
إشكالية البحث :	ت
خطة البحث :	ت
منهجية كتابة البحث :	ت
فصل تمهيدي : مفهوم القاصر والأهلية القانونية	01
المبحث الأول : مفهوم القاصر و الصور المشابهة له	02
المطلب الأول : تعريف القاصر	02
المطلب الثاني : الصور المشابهة لحالة القاصر	06
المبحث الثاني : الأهلية القانونية	10
المطلب الأول : تعريف الأهلية	10
المطلب الثاني : أنواع الأهلية	10
الفصل الأول : التبني بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية	13
المبحث الأول : مفهوم التبني وخصائصه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له	14
المطلب لأول : تعريف التبني	14
المطلب الثاني : خصائص التبني	15
المطلب الثالث : الأنظمة المشابهة للتبني	16
المبحث الثاني : التبني في الشريعة الإسلامية	18
المطلب الأول : حكمه (الكتاب - السنة - آراء العلماء)	18
المطلب الثاني : مقاصد منعه في الإسلام (حكمة تحريمه)	22
المطلب الثالث : بدائل التبني في الإسلام	23

26	المبحث الثالث : التبني في القوانين الوضعية.....
26	المطلب الأول : التبني في التشريع الجزائري.....
29	المطلب الثاني : التبني في بعض التشريعات العربية.....
31	المطلب الثالث : التبني في بعض التشريعات الأجنبية.....
35	الفصل الثاني : النظام القانوني للكفالة.....
36	المبحث الأول : مفهوم الكفالة وخصائصها وتمييزها عما يشابهها.....
36	المطلب الأول : مفهوم الكفالة.....
37	المطلب الثاني : خصائص الكفالة.....
39	المطلب الثالث : تمييز الكفالة عما يشابهها من أنظمة.....
43	المبحث الثاني : شروط الكفالة وأركانها و إجراءات انعقادها.....
43	المطلب الأول : شروط الكفالة.....
47	المطلب الثاني : أركان الكفالة.....
51	المطلب الثالث : إجراءات انعقاد الكفالة.....
57	المبحث الثالث : آثار الكفالة و انقضاءؤها.....
57	المطلب الأول : آثار الكفالة.....
58	المطلب الثاني : انقضاء الكفالة.....
61	الخاتمة.....
63	النتائج.....
65	التوصيات والمقترحات.....
66	المصادر والمراجع.....
70	الفهرس.....