وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة زيان عاشور – الجلفة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

الموضوع:

الكفالة والتبني في مقاصد الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالب:
– بن ذياب أسامة

تحت إشراف الأستاذ:
د/– لحرش أسعد المحاسن

السنة الجامعية : 2018/2017م

كلمة شكر وتقدير

-أتقدم أولا بالحمد والشكر لله سبحانه وتعالى الذي وفقني لإنجاز هذا البحث.

-كما أتقدم بخاص شكري وفائق تقديري لأستاذي لحرش أسعد المحاسن الذي تقبل بالإشراف على رسالتي

والذي وجهني وشجعني على مواصلة هذا البحث وإتمامه وأتوجه بخالص الشكر والعرفان لكل أساتذة قسم الحقوق بجامعة الجلفة

-وإلى كافة الذين ساعدوني من قريب أو من بعيد لإنجاز هذا البحث

بن ذياب أسامة

إهداء

إلى روح والدي الطيبة أسأل الله أن يحفظه ويرعاه

إلى رمز المحبة والحنان والتي يعجز اللسان عن شكرها التي رفع الله شأنها وجعل الجنة تحت أقدامها أمي التي أطال الله عمرها وحفظها

إلى عائلتي التي كانت عونا وسندا لدي

بن ذياب أسامة

قائمة المحتويات	رقم الصفحة
شكر وتقدير	
إهداء	
ملخص الدراسة	
مقدمة	أ-هـ
الفصل الأول: الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	
تمهيد	**2**
المبحث الأول: ماهية الكفالة	**3**
المطلب الأول: مفهوم الكفالة	**3**
الفرع الأول: تعريف الكفالة	**3**
الفرع الثاني: أهم خصائص الكفالة	**6**
المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها	**7**
المطلب الثالث: حكم الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	**13**
المبحث الثاني: شروط الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	**14**
المطلب الأول : الشروط المتعلقة بالكافل.	**5**
الفرع الأول: الشروط المنصوص عليها في القانون.	**15**
الفرع الثاني: الشروط غير المنصوص عليها في القانون.	**18**
المطلب الثاني : الشروط المتعلقة بالمكفول	**20**
المطلب الثالث: مضمون الكفالة.	**23**
الفرع الأول : الولاية على نفس المكفول.	**24**
الفرع الثاني : الولاية على مال المكفول.	**25**
المبحث الثالث : انتهاء الكفالة الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (ق.أ.ج)	**28**
المطلب الأول: عودة الكفالة للوالدين أو انتهائها بتخلي الكافل عنها.	**28**
الفرع الأول: عودة الكفالة للوالدين	**28**

الفرع الثاني:انتهاء الكفالة بتخلي الكافل عنه.	**30**
المطلب الثاني :انتقال الكفالة إلى الورثة و انقضائها برفضهم لها أو بالحجر على الكافل	**31**
الفرع أول: انتقال الكفالة إلى الورثة و انقضائها برفضهم لها	**31**
الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بالحجر على الكافل	**32**
المطلب الثالث: انقضاء الكفالة بعجز الكافل أو بإسقاطها عنه	**33**
الفرع الأول: انقضاء الكفالة بعجز الكافل	**33**
الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بإسقاطها عن الكافل	**33**
خلاصة الفصل	**34**
الفصل الثاني : التبني في مقاصد الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (قانون الأسرة)	
تمهيد	**36**
المبحث الأول: مفهوم التبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له	**37**
المطلب الأول: مفهوم التبني	**37**
الفرع الأول : تعريف التبني	**37**
الفرع الثاني :خصائص التبني	**39**
المطلب الثاني: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له	**40**
الفرع الأول : التبني والإقرار بالنسب	**40**
الفرع الثاني : التبني والحضانة	**41**
الفرع الثالث : التبني والكفالة	**41**
المبحث الثاني : التبني في الشريعة الإسلامية	**42**
المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التبني	**42**
المطلب الثاني : الحكمة من تحريم التبني في الشريعة الإسلامية	**45**
المطلب الثالث :بدائل التبني في الشريعة الإسلامية	**47**
المبحث الثالث : التبني في التشريع الجزائري	**51**
المطلب الأول موقف المشرع الجزائري من التبني	**51**

الفرع الأول : مركز المادة 13 مكرر1 من القانون المدني الجزائري ، من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة	**51**
الفرع الثاني: بمركز المرسوم التنفيذي رقم 24 / 92 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام التبني	**53**
الفرع الثالث :كيفية إبطال التبني والتكييف الجزائي له في ظل التشريع الجزائري	**54**
المطلب الثاني : بدائل التبني	**59**
الفرع الأول : مشروعية الكفالة	**59**
الفرع الثاني :انتقال رعاية الطفل إلى الدولة	**61**
خلاصة الفصل	**62**
خاتمة	**64**
قائمة المصادر والمراجع	**69**

ملخص:

التبنّي نظام قديم عرفته كل المجتمعات ومنها العربية منذ الجاهلية، ويتميّز بإلحاق نسب المتبنّي القاصر بنسب المتبني واعتباره إبنا شرعيا ويأخذ منزلة هذا الأخير، كما أنه يؤثر في الميراث .لهذا فهو محرّم بالكتاب والسنّة والإجماع لما يحدثه من خلط في الأنساب وانتهاك للحرمات، وأخذ بهذا التحريم القانون الوضعي الجزائري طبقا لنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري .فإذا كانت الشريعة الإسلامية أغلقت باب التبنّي فإنها فتحت أبوابا أخرى تضمن حماية أكثر للأطفال مجهولي النسب وحتى معلوميه، وذلك بما يعرف بالكفالة كبديل ملائم للتبنّي، وهكذا فالكفالة تضمن حماية الأنساب وعدم اختلاطها .عن طريقها يمكن منح اللقب للطفل المكفول طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 24/92 ليندمج في المجتمع بصفة أحسن.

الكلمات المفتاحية :الطفل، النسب، التبني، الكفالة، النظام العام.

RÉSUMÉ:

L'adoption est un système ancien connu par l'ensemble des sociétés, parmi elles: les sociétés arabes depuis l'époque ante-Islamique. Elle se caractérise par la procédure à unir l'apopté mineur à l'adoptant, et à le considerer "Enfant" légitime (il prend la place de ce dernier), et lui permettre de postuler à l'héritage. Cependant cette procedure était bannie selon le livre saint (Coran), la Sunna du Prophète et le Concensus (Idjmaâ) parce qu'elle engendre le mélange des liens de filiation, de même qu'elle encourage les dépravations des moeurs; ce qui a poussé le droit positif Algérien à "bannir" et 'intérdire" le principe de cette adoption selon l'article 46 du code de la famille algérien.

Toutefois, si la législation Islamique a fermé les voies de l'Adoption, elle a formulé d'autres

solutions pour protéger plus d'enfants issus de filiation inconnue ou reconnus illégitimes, ou enfants abandonnés. Cette institution est qualifié de récueil legal: "Kafala". Elle a été conçue comme solution altérnative convenable pour l'ex.adoption, et qui a pu répondre à la Charia et à la législation algérienne. Cette dernière formule garantit la protection de la filiation légitime et empêche les mélanges "interdits". La Kafala permet à l'adopté de porter le nom de l'adoptant et de le prendre en charge, selon le décrét d'application numéro 92/24 pour une meilleure integration dans la société.

Les mots clés: L'enfant, la filiation, l'adoption, le recueil légal, l'ordre public.

ABSTRACT:

Adoption is an old system, known by all societies; among which are Arab societies, since the ante-Islamic era. It is characterized by the procedure to unite the minor adoptee and the adopter, to consider the adoptee as a legitimate "child" (he replaces the latter), and to allow him to apply for legacy. However, this procedure was banished, with regard to the Holy Book (Quran), the Prophet's Sunna, and consensus (Idjmaa) as it gives rise to a mixture of filiation links and encourages depravation of morals as well. This has urged the Algerian Legislation to "banish" and "forbid" this adoption principle according to article 46 of the Algerian Family Code.

However, if the Islamic Legislation has shut all paths to adoption, it has formulated other solutions to protect more children coming from unknown filiations or reported as illegitimate or abandoned children. This institution is known as the Legal Code "Kafala". It was designed as an alternative solution to replace the ex-adoption and to comply with the Chariâ and the Algerian Legislation. The latter formula guarantees.

Key words: child, filiation, adoption, Legal Code, public orde.

مقدمة

مقدمة

تحظى الأسرة بعناية كبيرة باعتبارها أساس المجتمع، فقد وجهت الشريعة الإسلامية قسطا كبيرا من عنايتها نحو تدعيم الأسرة، ثم إهتمت التشريعات الوضعية بها هي الأخرى وأحاطتها بما يكفل لها الصلاح والاستقرار.

لقد لقيت الأسرة اهتماما بالغا سواء بأسس تكوينها أو بأسباب دوام ترابطها، وهذا يعود لعوامل أساسية منها على وجه الخصوص تلبيتها الفطرة البشرية، لأن الإنسان دائم الحرص على أن يكون له إبن يحمل اسمه من بعده، ذلك أن الحياة نشوء وانتماء، نشوء بواقعة الميلاد وانتماء بثبوت النسب.

ويعتبر النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط بها أفرادها برباط دائم من الصلة، تقوم على أساس وحدة الدم، إذ من الله عز وجل على عباده بالنسب والصهر، لقوله تعالى : (وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ) (سورة النحل، الآية 72).

وقد أولت الشريعة الإسلامية المسألة الأنساب عناية خاصة، وأحاطتها بسياج منيع من الأحكام لضمان إثباته وحفظه وجودا وعلما، فشرع الإسلام الزواج ورغب فيه وبعده السبيل المشروع لإيجاد الذرية وابتغاء النسل، كما ضبط أركانه وعن شروطه وفصل أحكامه حتى لا يترك لأهواء الناس ونزعاتهم، فجعله عقدا ينبني على التأبيد والدوام حتى يقطع الطريق أمام التلاعب بالأعراض، وحتى ينشأ الأبناء في أحضان والديهم وفي كنف أسرة مستقيمة تحيطهم بالحنان والأمان .

فالأبناء هم ركيزة المجتمع، إذا كانت نشأتهم سوية كانوا فعالين في المجتمع، أما إذا نشؤوا في كنف أسرة غير مستقرة فإنه سيكون الدافع للانحراف والضياع مما يكون الباعث في تكوين السلوك الإجرامي لديهم.

لذلك فإننا نجد الشريعة الإسلامية قد ألغت كل نسب خارج إطار العلاقة الشرعية، وأوجبت الحد على مرتكب الفاحشة، وعلتها من كبائر الإثم والمعاصي التي توجب سخط الله ومقت العباد، وشددت العقوبة عليها، وما هذا إلا نوع من الحصانة والحماية للمجتمع حتى لا تستفحل فيه الفاحشة وما يعقبها من الفساد الذي يكون أدناه انتشار أطفال لا نسب لهم.

وأمام انتشار ظاهرة الأولاد مجهولي النسب أو معلومي النسب والذين تم التخلي عنهم، وجد المجتمع نفسه أمام أطفال أحياء لا يمكنه إنكارهم ولا يمكنه البقاء كمتفرج عليهم، فما عليه إلا أن يعتني بهم ويبحث لهم عن طرق ووسائل تمكنه من رعايتهم وحمايتهم.

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

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

إن كل هذه الحالات، حتم على أشخاص القانون الدولي إيجاد حلول قانونية وذلك بإنشاء مؤسسات قانونية تقوم برعاية هذه الفئة قصد نشأتها ورعايتها ، وهو الشيء الذي أدى إلى اختلاف الدول في اختيار هذه الأنظمة والمؤسسات القانونية، فمنهم من أختار مؤسسات

قانونية تقوم باحتضان الولد ومنحه الإسم وتمكينه من الإرث، ومنهم العكس نصت على معاملته معاملة الابن لكن لا ينسب إليه ولا يرثه وإنما يجوز التبرع له .وهناك من الدول من جمعت بين النظامين معا.

وبما أن الكفالة و التبني يعتبران من الأنظمة التي تعتني بهذه الفئات ، فقد وقع إختياري عليه هذا الموضوع وذلك للأسباب التالية :

- التعرف على مدى التقارب أو التباعد بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي فيما يتعلق بالكفالة والتبني .
- التأكيد على رجحان وعدالة الإسلام في موقفه من التبني من خلال بحث حكم التبني من جهة والبدائل التي أباحها الإسلام كبديل عن التبني من جهة أخرى.
- موضوع الكفالة والتبني من الموضوعات التي لم تنل قطا وافرا من البحث والدراسة.
- جهل الكثير من المسلمين بالأحكام الشرعية للتبني.
- وجوب بيان الأحكام الصحيحة التبني وفق منهج القرآن والسنة لتجنيب المجتمع الإسلامي المشاكل التي قد تقع بسبب مخالفة الشرع من ذلك .

ورغم أهمية هذا الموضوع، إلا انه يلاحظ وجود فراغ في البحث القانوني لهذه الظاهرة . فالمشرع الجزائري عالج موضوع أو نظام الكفالة في نقاط واقتصرها في عشرة مواد لا غير.

لذلك إرتأينا معالجة الحماية التي خصها المشرع الجزائري لهذه الفئة وذلك بالتركيز على الجانب المدني دون الجزائي، على إعتبار أن هذا الجانب طرأت عليه عدة تغيرات بالإضافة إلى كونه يطرح عدة إشكالات وهذا دون أن ننسى أهميته في حاضر ومستقبل أي طفل.

و عليه يمكن طرح الإشكاليات التالية:

-ما هي الحماية التي خصها المشرع الجزائري للطفل غير الشرعي؟ أو بالأحرى ما هي وضعية الطفل غير الشرعي في التشريع الجزائري من حيث الهوية وأنظمة التكفل والتبني به؟ وما موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من نظام التبني؟

-أسباب اختيار الموضوع :

- ✓ الرغبة الشخصية في بحث هذا الموضوع و المتعلق بكفالة وتبني الأطفال
- ✓ لم ينل موضوع الكفالة القسط الكافي من اهتمام المشرع و الأبحاث.
- ✓ توضيح موضوع التبني وحقيقته، ووجوب فهمه من الناس لتجنب الوقوع في المشاكل التي تؤدي إلى ضرر كبير خصوصا في مسألة الإرث والنسب .
- ✓ كون هذه الدراسة مطروحة على الساحة الاجتماعية.

-الفرضيات :

- ✓ تعد الكفالة بديل عن التبني شرعا و قانونا
- ✓ أن الكفالة تضمن حقوق و حماية للطفل من الضياع
- ✓ التبني حرام في الشريعة الإسلامية

-صعوبات البحث :

- ✓ عدم وجود مراجع متخصصة للكفالة في قانون الأسرة
- ✓ ندرة في المراجع ، ونقص في الدراسات المتخصصة والبحوث العلمية الجامعية

وقد قسمت هذه الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول : سنتكلم فيه عن الكفالة فتطرقنا إلى شرح معنى الكفالة وموقف الشريعة والقانون الجزائري منها وذلك وفق تقسيم هذا الفسل إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: ماهية الكفالة

المبحث الثاني: شروط الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (ق.أ.ج)

المبحث الثالث: انتهاء الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (ق.أ.ج)

أما في الفصل الثاني فتطرقنا إلى ماهية التبني وموقف الشريعة الإسلامية والقانون الأسرة الجزائري منه وقد قسمنا هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: مفهوم التبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة

المبحث الثاني: التبني في الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث: التبني في القانون الجزائري

الفصل الأول:

الكفالة في الشريعة الإسلامية

والقانون الجزائري

تمهيد:

على اعتبار أن دين الدولة الجزائرية الإسلام فإن المشرع الجزائري شأنه شأن الدول الإسلامية باستثناء تونس و العراق منع التبني.

وفي هذا السياق جاء نص المادة 46 من قانون الأسرة بنصها " يمنع التبني شرعا و قانونا " و في وجود هذا المانع كان ضروري إيجاد نظام بديل عن التبني، و ذلك لحماية شريحة معينة من المجتمع و التي تعد ضحية تصرفات لا مسؤولة نتج عنها أطفال مجهولي النسب .و عليه كان لازما إيجاد نظام تسمح به الشريعة الإسلامية يضمن الاستقرار و الأمن للطفل استحث المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية نظام الكفالة وبهذا النظام أقرته الاتفاقيات الدولية جاء في المادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في الفقرة الثالثة و التي إعتبرته نظام بديل عن التبني بالنسبة للمجتمعات الإسلامية

أما المشرع الجزائري فقد نظم أحكام الكفالة في المواد من 116 إلى 125 من قانون 02-05 و المتعلق بقانون الأسرة كما نظم إجراءاتها في المواد من 492 إلى497 من قانون 08-09 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

لهذا سنتطرق في هذا الفصل إلى:

- ✓ المبحث الأول: ماهية الكفالة
- ✓ المبحث الثاني: شروط الكفالة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري
- ✓ المبحث الثالث: انتهاء الكفالة الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (ق.أ.ج)

المبحث الأول: ماهية الكفالة

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

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

وهذا البديل يتمثل في نظام الكفالة الذي عملت به العديد من الدول الإسلامية، منها الدول الجزائرية التي استبعدت نظام التبني طبقا للمادة 46 من قانون الأسرة وأعطت له البديل بمقتضى أحكام المواد 116 إلى 125 من قانون الأسرة مقتدية بذلك أحكام الشريعة الإسلامية .

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

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

الفرع الأول: تعريف الكفالة

يمكن تعريفها بحسب المعنى اللغوي والمعنى الإصطلاحي.

أولا : الكفالة لغة : وتعنى الكفالة في اللغة[2]: الضم، ومنه قول الله تعالى : **(وكفلها زكريا)**[3]

فهي من: كَفَلَ، يَكْفُلُ، كَفْلاً وكَفَالَة ، إذا فالكافل هو القائم بأمر اليتيم والمربي له، ولذلك

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

[2] سيد سابق، فقه السنة، ج 3، دار الفكر العربي للبنان، 1983 م، ص. 283

[3] سورة آل عمران، الآية 37.

يقول الله تعالى في كتابه الكريم: (وأنا به زعيم)[1]، أي وأنا به كفيل.

وقوله عليه الصلاة والسلام أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما[2] ، أي ضم اليتيم إلى نفسه.

ثانيا: الكفالة اصطلاحا: الكفالة في القانون لها معنيين :معنى حسب القانون المدني ومعنى حسب قانون الأسرة.

أ-**القانون المدني** :الكفالة تتطلب شروط محددة في القانون لانعقادها، وتعني الضمان في القانون المدني (Le cautionnement) وهو نوع من أنواع التأمين، نظمه المشرع الجزائري في القانون المدني[3] ، كما أن المشرع نص على أنه عبارة عن" عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه."[4]

ب-**قانون الأسرة** :الكفالة هي عبارة عن إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي[5] .

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

إذ تمنح الكفالة بناء على طلب المعني وتكون سواء أمام القاضي المختص أو الموثق والشيء الملاحظ أن الكفالة عادة كما سبق وإن أشرنا هي وسيلة لحل بعض المشاكل اليومية داخل المجتمع، لاسيما في مرحلة سنين الجمر التي مرت بها الجزائر بداية من التسعينات التي ترتبت عنها ظاهرة ما يسمى بالأمهات العازبات واللواتي ليست لهن القدرة حتى على

[1] سورة يوسف، الآية72

[2] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج 1، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر، 1993، ص. 226 (رواه البخاري والترميدي وأبو داوود).

[3] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة) دراسة مقارنة(، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، تلمسان، ص9 .

[4] المادة 644 من ق.م.ج.

[5] المادة 116 من ق.أ.ج.

إعالة أنفسهن، لكن أحكام الكفالة كان لها أثر إيجابي في تلك الحقبة إذ فتحت الباب أمام عدة عائلات بالتكفل بأبناء الأمهات العازبات هذا من جهة ومن جهة أخرى كذلك فتحت الباب للأسر التي ترغب في الإنجاب ولكن لسبب ما لم يرزقهم الله بذلك فكانت أحكام الكفالة بمثابة المفتاح القانوني لحل مثل هذه المشاكل.

تعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم أو مجهول النسب.[1]

ونعني بها رعاية الطفل من قبل أسرة غير أسرته النووية سواء كانت من أقاربه أو غريبة عنه. [2]

ولم تكتف الشريعة الإسلامية بتنظيم الكفالة من خلال نظامها القانوني، بل شجعت عليها عن طريق قواعدها الدينية، كما جاء في قوله عليه الصلاة والسلام" خير بيوت المسلمين بيت فيه يتيم يكرمّ، وشرّ بيوت المسلمين بيت يقهر فيه يتيم".[3]

ولقد اعتبر الفقه الإسلامي الكفالة إلتزام شخصي يصدر عن الكافل سواء كان رجلا أو إمراة،[4] " لأنها تبرع منه مما يضفي عليها صبغة قانونية ودينية يبتغي بها وجه المولى عز

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

- عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، د.م.ط، 1988 ، ص125 .
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1965 ، ص400
- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، د.م.ط، 1999 ، 2000، ص 293.
- أحمد إبراهيم بك واصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الحربوصلي، مصر، د.ت.ط .ص563 .

[2] علي الهادي الحوات، رعاية الطفل المحروم (الأسس الاجتماعية والنفسية البديلة للطفولة)، مركز الإنماء العربي، ط1 ، 1989، ص27، 32.

- أنسى محمد أحمد قاسم، أطفال بلا أسر، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، ط1 ، 1998، ص48.

[3] -1 رواه ابن ماجة، سنن ابن ماجة، حققه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني، د.ت.ط، الباب 6، المجلد 2، الحديث رقم 3689.

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

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

وجل وعليه لا يستطيع إلزام غيره بها ولو كان زوجه .مما يعني أن كفالة الزوجين للطفل يتطلب موافقتهما معًا في الشريعة الإسلامية". [1]

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

الفرع الثاني: أهم خصائص الكفالة

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

- الكفالة هي عبارة عن نظام بديل للتبني وضعه المشرع لغاية اجتماعية وذلك لرعاية الأولاد اللقطاء وكذا مجهولي النسب وتولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته لظروف اقتصادية.
- الكفالة هي عبارة عن عقد ذو ثلاثة أطراف هم: الكفيل والمكفول والشخص أو الهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكفيل أمام الموثق أو المحكمة.
- الكفالة إلتزام تبرعي من طرف الكفيل بدون مقابل.
- الكفالة تضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي والذي يترتب عليه حقوق وإلتزامات متبادلة محددة وفقا للأحكام التي تحكم علاقة الأب بابنه.
- الكفالة لا تقوم إلا إذا أبرمت أمام الجهات القضائية أو الموثق وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة.
- الكفالة ليست أبدية بل تسقط وتنتهي لأسباب محددة في قانون الأسرة.
- الكفالة تحافظ وتحمي الأنساب، إذ المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة.

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

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

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها

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

أ- الفرق بين الكفالة والحضانة:

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

لقد نظم المشرع الجزائري الكفالة في قانون الأسرة وذلك في الفصل السابع من الكتاب الثاني المتضمن النيابة الشرعية في تسعة مواد، وذلك من المادة 116 إلى المادة 125 . ولم يكن الأول في معالجة هذا الموضوع [3] حيث حصر الكفالة في خمس مواد من الفصل الثالث إلى الفصل السابع". [4]

[1] المادة 123 من ق.أ.ج.

[2] على سبيل المثال، عند فتح كتاب ابن قدامى نجد في فهرسه عنوان "باب من أحق بكفالة الطفل"، وفيه عن الحضانة، وهذا يدل على عدم تفرقته بين الكفالة والحضانة.
موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي، المغني ويليه، الشرح الكبير، ج 9، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983 ، ص. 297.
نفس الرأي سار عليه الدكتور وهبة الزجيلي في موضوع الحضانة الذي عنونه ب "الحضانة أو كفالة الطفل". وهبة الزجيلي، الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 717.

[3] وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري أستعمل عبارة "كفالة لأول مرة في قانون الصحة العمومية الصادر في 1976/10/23 والذي ألغي لاحقا بالقانون الصادر في 021985/16 المعدل والمتمم.
Cf.N. Younsi Haddad, la kafala en droit Algérien, R.A.S.J.E.P., 1994, N° 4, P 22.

[4] حميد وزكية، مصلحة المحضون...، المرجع السابق، ص. 96

-أول ما نبدأ به لكشف الفرق بن الحضانة والكفالة هو التعريف اللغوي لكل من المصطلحين. يقال كفل فلانا [1]، بمعنى عاله وأنفق عليه وقام بأمره [2]، وحضن الصبي أي جعله في حضنه وضمه .

- إن الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول [3]، في حين الحضانة غرضها مدّ الحنان والرعاية وتقديم الخدمات المادية كما سبق ذكره دون أن تلزم الحاضن بالنفقة على المحضون. [4]

- إن الكفالة إلتزام[5] ، وعلى وجه الدقة عقد[6] ، يتم بدون مقابل، حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض ولا يقدمه[7] ، على خلاف الحضانة التي يجوز فيها أخذ أجرة[8] .

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

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

ب – الفرق بين الكفالة والتبني:

إن الشيء المتعارف عليه ظاهريا في التفرقة بين التبني والكفالة هو أن التبني يؤثر في النسب إذ يحدث نسب جديد اعتباري وهو النسب بالتبني هذا من جهة، ومن جهة أخرى

---

[1] سورة آل عمران، الآية 44 ، سورة طه، الآية 40.

[2] المنجد في اللغة والأدب والإعلام، ط 36 ، دار المشرق بيروت، 1997 ، ص. 691.

[3] الإمام أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج 7، دار الفكر، د.ت.ط. ، ص. 76 . واليتيم لغة وفقها من كان فاقد الأب، ولما كان الأب مكلف بالنفقة على أولاده، فقياسا الكفيل مخاطب بالنفقة على مكفول.

[4] الأصل أن نفقة المحضون من ماله إن كان له مال، وإلا فعلى من تجب عليه نفقته، كأبيه أو غيره، أنظر، المادة 72 من ق.أ.ج.
أنظر، عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 2 (الطلاق وآثاره)، ط 8، منشورات جامعة دمشق ، ص 242، 288، 289.

[5] أنظر، المادة 116 من ق.أ.ج.

[6] 2-أنظر، الفصل 3 من قانون 1958/03/04 التونسي، أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1، الزواج والطلاق، ط 3، دار نشر المعرفة، الرباط، 1994، ص 296.

[7] أحمد داود رقية، المرجع السابق، أحمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة والمعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير،2000، 2001، ص. 125

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

[8] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 2، الأحوال الشخصية، دار الفكر، الجزائر، 1992 ، ص734 . 735 ، ، عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 242 .، لكن المشرع الجزائري فقد سكت عنها.

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

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

I- في التشريعات الإسلامية :

1- من حيث المشروعية:

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

وقد أجمع العلماء[4]، جوازها ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعض من عصر النبوة دون تكبير من أحد الأعضاء، أما التبني فكما سبق وإن راينا فهو محرم تحريما قطعيا بالكتاب والسنة إذ يقول عز وجل: **(ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه وما جعل أواجه اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهي السبيل. اذعوهم للأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما).**

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

[1] سورة يوسف، الآية 66.
[2] سورة يوسف، الآية 72.
[3] رواه أبو داود الترميذي .
[4] أخرجه الشيخان أبو داود عن ابن سعد ابن الوقاص.

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

وبهذا جعل الله تعالى الإثم تعمد الباطل لقوله تعالى : **(إدعوهم للآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في التين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الهلغفورا رحيما).**[1]

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

2- من حيث الآثار: الملاحظ هنا أن لا يرتب أي أثر بحكم تحركه القاطع فلا ميراث للتبني ولا نسب له إذ لا يمكن إلحاقه بالشخص الذي يريد تبنيه، ومن خالف هذه الأحكام يعد إثما مشركا بالله، والإسلام بهذا جعل لكل نظام سببا أصليا، ففي الإرث مثلا قال عز وجل: **(والذين آمنوا من بعد وهاجروا وجاهدوا معكم فأولئك منكم و أولوا الأحام يضم أولى بعض في كتاب الله إن الله بكل شيء عليه).**[2]

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

[1] سورة الأحرب الآية 5 .
[2] سورة الأنفال، الآية 75

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

وخلاصة القول أن الكفالة يحكم جوزاها شرعا فهي ترتب بعض الآثار العرقية التي يمكنها أن تماس بما يترتب من آثار من وفاة الكافل، كما به خط امتلاك المكفول لحق الزواج بإحدى بنات الشخص الكافل، كما أن بلوغ المكفول لسن الرشد يعطيه حرية التصرف في نفسه وفي ماله إن كان قد جمع مالا بنفسه.

II- في القانون الوضعي الجزائري:

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

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

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

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

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

[1] أنظر، المادة 46 من ق.أ. ج.

[2] نبيل صفر، قانون الأسرة (نما وفقها وتعليقا)، دار المالي للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص. 313

[3] أنظر، المادة 113 من ق.أ. ج.

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

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

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

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

[1] أنظر المادة 130 من ق.أ.ج
[2] أنظر المادة 64 من ق. ح.م.
[3] انظر المادة 123 من ق.أ.ج

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

ومما يجدر التنبيه إليه أن المرسوم طعن فيه، ألصقت به قم عديدة كونه "تبني" في صورة جديدة واعتبر أصحاب هذا الرأي أن منح الأطفال المجهولي النتسب لقب الغير فيها ضياع للنسب ودعوه بالنظام الفاشل (المرسوم) في غياب رقابة دستورية على القوانين وفي غياب المؤسسات التشريعية.

إلا أن الجدير بالذكر هنا أن القانون الجزائري لم ينفذ وحده بالتأكيد والتأييد للشريعة الإسلامية بل كذلك معظم المجتمعات الإسلامية وخاصة بعدما أخذ المؤتمر القومي، [3] بالتحفظات على ما يخالف الأحكام الشرعية.

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

المطلب الثالث: حكم الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

بتحريم الله عز وجل التبني أي البنوة الإدعائية التي لا حقيقة لها، قضى على ما كان من أحكام زمن الجاهلية واستمرت حتى صدر الإسلام، الخامسة للهجرة. ولذلك كان من الضرورة إيجاد نظام يبيحه الإسلام والقانون فكان نظام الكفالة البديل الملائم، حماية للمجتمع ومنع لضياع الأنساب واختلال نظام الأسرة – منع تضييع حقوق الورثة بسب إرثهم

[1] معلومات مفية من طرف المساعدة الأجتماعية لمديرية النشاط الاجتماعي لولاية تلمسان (D.A.S)
[2] أنظر، الملحق رقم 01 الجريد الرسمية، العدد رقم 5، الصادرة في 22 يناير 1992.
[3] القومي حول مشروع الأمم المتحدة لحقوق الطفل بالإسكندرية، 1988.
[4] محمد عبد الجواد محمد، حماية الأمومة والطفولة في المواثيق الدولية، منشأة المعارف، 1991، ص، 65
[5] محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 66.

الشرعي من الأب الكاذب (المتبني) فلا يرث إخوته ولا أخواته لوجود ابن الزور الذي منع بنوته الكاذبة إرثهم الشرعي.

وقد قال بعض العلماء لو فتح باب الانتفاء من الأب لأهملت المصالح، لإختلطت الأنساب ولضاعت حكمة الله في جعل الناس شعبا وقبائل"[1]، باعتباره الوضع الشرعي لمن يريد أن يقترب إلى ربه بضم ابن غيره إليه، يربيه وينفق عليه ويوصي له دون أن ينسبه إلى نفسه.

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

المبحث الثاني: شروط الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

هناك عدة نصوص قانونية إهتمت بتنظيم موضوع الكفالة من عدة نواحي لاسيما تلك المتعلقة بالشروط،حيث نظمها قانون الأسرة لـ1984 ثم في تعديله ل .2005،[2] و هو القاعدة العامة في هذا الشأن،كما نجد المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب[3]، الذي أعطى للكافل في إطار عقد الكفالة الحق في تقديم طلب إلى وزارة العدل قصد تغيير لقب القاصر مجهول النسب من الأب ليصبح مطابقا للقب العائلي للكافل هذا من جهة أخرى،كما تعرض المشرع إلى حكم كفالة الأجانب ضمن قواعد الإسناد المستحدثة بموجب القانون 05 – 10 المعدل و المتمم للأمر 75 – 58 المتضمن القانون المدني [4]، و هذا في مادته 13 مكرر 01 التي ترشد القاضي الداخلي إلى القانون الواجب التطبيق عندما

[1] الإمام محمود شلتوت -الفتاوى، الإسلام عقيدة وشريعة، ط 01 ، دار البعث قسنطينة، د.ت.ط، ص 23 .

[2] الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 الصادر في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة

[3] المرسوم التنفيذي رقم 24/92، المؤرخ في 13 جانفي 1992 و المتعلق بتغيير اللقب.

[4] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 و بالقانون 07-05 مؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.

يكون في عقد الكفالة طرف أجنبي ،و عليه سنتعرض في هذا المبحث إلى الشروط الواجب توافرها في طرفي الكفالة ألا و هما الكافل و المكفول، في الفرعين الأول و الثاني،و نؤجل الحديث عن الجهة المخولة بإبرام هذا العقد إلى المبحث الثاني التطبيقي،لنتناول مضمون الكفالة أو بمعنى آخر على ما تقع الكفالة. [1]

المطلب الأول : الشروط المتعلقة بالكافل.

بالرجوع لقانون الأسرة المادتين 117 و 118 نجد أن المشرع قد حدد شروطا عامة يجب توفرها في الكافل،و التي يقوم المكلف بإبرامها،و هو قاضي الأحوال الشخصية، أو رئيس المحكمة، أو الموثق بإجراء تحقيق،و في هذا الصدد تنص المادة 117 على أنه "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة،أو الموثق و أن تتم برضا من له أبوان"[2]، ويراقب هؤلاء ما إذا توفرت هذه الشروط أم لا ، فإن اتضح له عدم توفرها في الكافل رفض الطلب،و يمكن إجمال شروط الكافل المنصوص عليها في المادتين: في الإسلام،و العقل،و القدرة ، و لكن الممارسة القضائية تطلب شروط أخرى تتمثل في: فارق السن،و الزواج،و موافقة الزوجين و أخرى نعرض لها فيما يلي.

الفرع الأول: الشروط المنصوص عليها في القانون.

يشترط في الكافل أن يكون مسلماً،أهلاً للقيام بشؤون المكفول،قادراً على رعايته و الإنفاق عليه[3]،ما نصت عليه المادة 118 قانون الأسرة "يجب أن يكون الكافل مسلماً،عاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول و قادراً على رعايته"[4] ،وسنفصل هذه الشروط كالآتي:

[1] علال أمال،رسالة ماجستير،الموسومة: التبني و الكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،الجزائر،2008-2009، ص 70، 71.

[2] الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 الصادر في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة.

[3] بلحاج العربي،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد،ج1،بدون طبعة،دار الثقافة للنشر،عمان،الأردن،2012، ص527.

[4] الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 الصادر في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة.

أ-شرط الإسلام.

اعتبره المشرع الجزائري شرطاً ضرورياً، و عليه فإن غير المسلم سواءاً كان مسيحياً أو يهودي الديانة إذا قدم طلباً لكفالة طفل قاصر جزائري لا شك أن طلبه سيرفض يرفض،وهذا ما يجرى به العمل قضاءاً.

و شرط الإسلام يثير إشكال الجنسية، فهل يشترط المشرع الجزائري الجنسية في طالب الكفالة ؟

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

-ولو فرضنا أن جزائري الجنسية طلب الكفالة لكن ظاهريا يعرفه العامة بأنه غير مسلم وقدم شهودا أمام القاضي و طلب القاضي شهود للتحقق من ذلك،هل للقاضي و بناءا على شهادة الشهود فقط،وبدون أي وثيقة تثبت عدم الإسلام يرفض الطلب ؟

يلاحظ أنه مراعاة لمصلحة الطفل والتي يجب على القاضي التحقق منها جيدا أن يرفض الطلب بناءا على سلطته التقديرية في تقدير الوقائع ورعاية مصلحة الطفل وذلك في غياب شهادة إعلان الإسلام، لأنه إذا رجعنا إلى أحكام الحضانة لوجدناها تلزم الحاضن أن يرعى الولد ويربيه على دين أبيه وتسقط إذ أختلت إحدى شروط الحضانة، و من بينها حالة الردة أي الخروج عن الإسلام، و لكون هذه المسألة تتعلق بالنظام العام، و عليه فانه ما ينطبق على الحضانة ينطبق على الكفالة ، إذ حتى و لو كان الكافل جزائري الجنسية و ثبتت ردته أو اعتناقه دينا آخر فإن القاضي يرفض الطلب، وكذلك الأمر بالنسبة للموثق. [1]

[1] علال أمال،مرجع سابق،ص72.

طالب الكفالة أجنبي الجنسية.

حسب نص المادة 13 مكرر 01 قانون05-10 أجاز المشرع للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة،و بغض النظر عن دينهم فإن قواعد الإسناد المحددة في المادة السالفة الذكر تستوجب على القاضي فقط مراعاة قانوني مقدم طلب الكفالة والطفل المكفول عند إنشاء العقد وعليه فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانوني الأجانب يجيز الكفالة، مع العلم أن طالب الكفالة والمكفول ليسا من جنسية واحدة فهنا القاضي بعد التحقيق الذي يجريه يقوم بتحرير عقد الكفالة.

- أما حالة ما إذا كانا من نفس الجنسية (الكافل والمكفول) وقانونهما يجيز الكفالة هنا نفس الشيء القاضي يحرر عقد الكفالة.[1]

- لكن إذا كان أحد القوانين لا يجيزها فإنه بالطبع لا يمكن تحرير عقد الكفالة لأن المادة 13مكرر1 تلزم القاضي أن يراعي القانونين معا يوم تحرير العقد في حين آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط.

ب-شرط أن يكون الكافل عاقلا متمتعا بالأهلية الكاملة.

ويعني هذا الشرط أن يكون الكافل بالغا راشدا غير محجور عليه لسبب الجنون أو العته،و يرجع هنا لأحكام الحجر المنصوص عليها في قانون الأسرة،المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة [2]،فإن ثبت عدم تمتع طالب الكفالة بالأهلية رفض الطلب لأنها مسألة من النظام العام.

[1] علال أمال،مرجع سابق،ص 73.

[2] الحجر هو منع التصرف القولي بسبب ضعف في تقدير المحجور عليه، فتكون تصرفاته القولية غير نافذة، ويكون محلا للحجر كل من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده(المادة 101قانون الأسرة)، ويصدر الحجر بحكم من القاضي بناء على طلب أحد الأقارب أو ممّن له مصلحة، أو من النيابة العامة، ويجب نشره لإعلام الغير به (المادتان102، 106قانون الأسرة). والحجر إنّما هو قرينة على انعدام الإرادة، فتعتبر بذلك تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة ولو كان الجنون متقطعا، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية، ويقع عبء إثباتها على من يدعيها أمام القضاء (المادة 107 قانون الأسرة)،أنظر بركة ناجم،محاضرات في نظرية الحق،السنة الأولى حقوق،المركز الجامعي النعامة،النعامة،الجزائر،2001-2013.

ج-شرط القدرة.

ويقصد بالقدرة هنا الحالة المالية و الاقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون بطالا وليس له مورد رزق ، وعمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقق من هذه القدرة ، وإلا رفض الطلب مراعاة لمصلحة الطفل.

-و الملاحظ أن الشروط المتعلقة بالوضعية المادية للكافل يجب أن تنظم بمقتضى التشريع، و يبين كيفية إثبات هذه الوضعية سواء بشهادة العمل أم كشف الرواتب ،أم السجل التجاري، وغيرها من الوثائق الضرورية في العقد حتى لا تطرح مشاكل عملية أمام القاضي والمتقاضي .

الفرع الثاني: الشروط غير المنصوص عليها في القانون.

بالإضافة لما سبق فهناك إشكالات عملية تطرح في غياب النص التشريعي، مثلا:

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

-هل يمكن للهيئات والأشخاص غير الطبيعية أن تطلب الكفالة ؟

-هل يشترط الفارق في السن بين الكافل و المكفول ؟ و كم هذا السن ؟

-هل يشترط في الكافل أن يكون متزوج ؟

-هل يشترط موافقة الزوج و الزوجة إذا كانا على قيد الحياة؟

إن هذه الإشكاليات هي عملية يواجهها المواطن والقاضي يوميا، إذ كان من المفروض النص عليها صراحة في قانون الأسرة حتى يزول الغموض و لا يكون هناك تناقض في التأويلات بين جهات القضاء الجزائري و لكي توفر أحسن رعاية للطفل القاصر، و سنعرض إليها فيما يلي .

1-الشرط المتعلق بالكافل ذكر أم أنثى.

فهو غير واضح إذ الكثير يقتصره على الرجل و هناك البعض لا يميز بين المرأة والرجل، لكن بقراءة عبارات نص المادة 118 قانون الأسرة نجد ها تؤكد على أن الكفالة للرجل دون

المرأة ، ومن المفروض أن يعطي المشرع الحق للمرأة في طلب الكفالة لأنها أولى من الرجل في رعاية الطفل، وتنشئته، وتربيته، وإعطائه الحنان، بحكم أن مرحلة الطفولة تكون دائما بين أحضان الأم لا الأب بحكم طبيعة كل منهما.

2-الكفالة 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 ملاءة مالية وتسيير بشري لائق يمكنها التكفل بالأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب ، وحتى الأطفال معلومي النسب الذين لا تملك عائلاتهم الإمكانيات المادية لتنشئتهم،و يرى البعض أنه من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة وإعطائها الحق في الكفالة،لتجنب بعض الظواهر كقيام عائلات ببيع أبنائها لعدم القدرة أو التخلص منهم بوسائل شتى. [1]

3-فارق السن بين الكافل والمكفول.

بالرجوع للأحكام المتعلقة بالكفالة في قانون الأسرة لا نجد أي نص قانوني ينظم هذه المسألة، مع العلم أنه فرضاً أن طالب الكفالة متزوج برخصة من القاضي قبل السن القانوني للزواج [2]، وأنه بلغ سن 19 سنة يوم تقديم الكفالة، في حين أن المكفول كان سنه أنذاك 17 سنة، وعليه فالمنطق لا يقبل هذه المعادلة، فكيف نتصور هذه الوضعية في غياب نص تنظيمي ينظم شرط الفارق في السن بين الكافل والمكفول كحد أدنى .

4-شرط الزواج.

بالرجوع لأحكام الكفالة لا نجد أي نص قانوني ينظم مثل هذا الشرط، لكن عمليا دأبت المحاكم،و منها محكمة آرزيو على إلزام طالب الكفالة بإرفاق الملف بشهادة الزواج،ما يثبت

[1] علال أمال،مرجع سابق،ص75، 77.

[2] المشرع لم يسير كل الأشخاص على أحكام موحدة بشأن سن الزواج إذ أنه طبقاً لاتفاقية نيويورك التي سمحت للدول أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرفين عند عدم بلوغ سن الزواج بحيث قد نص المشرع في الشطر الثاني من المادة 7 المعدلة من قانون الأسرة "و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".أنظر تشوار الجيلالي،مرجع سابق.

مراعاة مصلحة الطفل من طرف القاضي لكون الغاية من الكفالة، نشأة الطفل في أسرة وعائلة كان يفتقر إليها سابقاً.

لكن هذا الشرط حتى و لنظم في أحكام قانون الأسرة فإنه يستوجب مراعاة حالة المطلق، و المطلقة، و الأرمل، و الأرملة الذين يعيشون برفقة أبناء أو بدونهم، لأن مثل هذه الحالات ستطرح مستقبلا على المحاكم، لذلك يستوجب على المشرع مراعاتها.

5-شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة.

مثل هذه الحالة غير منصوص عليها في قانون الأسرة،و هي جد ضرورية في تنشئة القاصر المكفول و تحقق الغرض المطلوب من الكفالة، مع العلم أن رضا طالب الكفالة أي الزوج فقط، لا يعني دائما موافقة الزوجة. ولهذا و من أجل المصلحة الفضلى للطفل فإنه من المفروض أن تكون الموافقة صريحة و بحضور الزوجين أمام القاضي أثناء التحقيق، و يتم سماعهما في محضر ليعيا قيمة المسؤولية ،و عليه فإنه كان على المشرع تدارك مثل هذا الشرط والتنصيص عليه في قانون الأسرة ,وعملياً فإن أغلب المحاكم لا تراع تحرير محضر الموافقة للزوجين أمام القاضي، إذ يكفي إحضار شاهدين فقط وحضور الأطراف فقط.[1]

المطلب الثاني : الشروط المتعلقة بالمكفول

لم ينص قانون الأسرة على الشروط الواجب توافرها في المكفول، وعليه يمكن استنتاج بعض الشروط المطلوبة عملياً، والمنوه إليها بصورة غير مباشرة في قانون الأسرة ، فبالرجوع إلى نص المادة 116 قانون الأسرة"الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر..." ،نستنتج أن المشرع اشترط في المكفول سن معينة، و هي أن يكون قاصرا ، كذلك سردت المادة 119 منه وضعية الطفل المكفول المجهول النسب أو معلوم النسب بنصها "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".[2]

أولاً:شرط السن.

[1] علال أمال،مرجع سابق،ص78.

[2] الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 الصادر في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة.

إن القاضي أو الموثق حتى يبرم عقد الكفالة يجب عليه أن يجري تحقيقاً في الملف، ومن بين الأمور التي يجب التأكد منها هو شرط السن، فقانون الأسرة اشترط أن يكون المكفول قاصراً، وهذا ما يحيلنا إلى أحكام القانون المدني في مادته 40 الفقرة 02 التي عرفت الولد القاصر بسنه، و نصت على أن "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية،و لم يحجر عليه،يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"[1]. و هنا كان من المفروض على المشرع أن يحدد السن صراحة في أحكام الكفالة مثل ما فعل المشرع المغربي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه استعمل مصطلح القاصر التي تعني الذكر دون الأنثى بينما المشرع المغربي نص صراحة على الطفل القاصر ذكر أم أنثى، فمن الأحسن إضافة النصوص و الدقة في المصطلحات،و الحكمة من وراء اشتراط القصر في المكفول هي حتى يمكن السيطرة عليه،و تربيته ونشأته و إدماجه داخل الأسرة الكافلة، وإلا فلا فائدة من الكفالة إذا بلغ سن الرشد.[2]

ثانياً:المكفول إما أن يكون معلوم أو مجهول النسب.

وهو شرط ورد في المادة 119 من قانون الأسرة ،إذ يمكن أن يكون المكفول معلوم النسب أو مجهول النسب؛ و يستوي أن يكون الولد المكفول معروف النسب و لا كافل له،أو مجهول النسب كاللقيط مثلاً و وافقت الجهة المختصة على ذلك (المادة 119 من قانون الأسرة)، و في جميع الحالات،يحتفظ الصغير المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب،فإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية (المادة 120 قانون الأسرة)[3] ،و تنص المادة 64 قانون الحالة المدنية بأنه "يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء،و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين،و الذين لم ينسب لهم أية أسماء،و يعين للطفل مجموعة أسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".[4]

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 و بالقانون 07-05 مؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.

[2] علال أمال،مرجع سابق،ص 80

[3] بلحاج العربي،مرجع سابق، ص527.

[4] قانون رقم 14-08 مؤرخ في 09-08-2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 والمتعلق بالحالة المدنية.

أ- كفالة معلوم النسب.

وهو ولد لأبوين معروفين وهنا يشترط عند إبرام الكفالة أمام الموثق، أو القاضي، أو أمام مسئولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية بالخارج أن يحضرا ويبديا رضاءهما بالكفالة صراحة ،وفي حالة ما إذا توفي أحدهما فمن بقي منهما على قيد الحياة هو من يبدي رأيه ورضاه أمام الجهات المختصة بتحرير الكفالة.

-أما إذا توفى أبواه فالقول للحاضنة.

ب-كفالة مجهول النسب.

بالنسبة إلى مجهول النسب: كاللقيط مثلا : فمدير الصحة العمومية والسكان المختص هو من يوافق على الكفالة كما أكدته المادة : 256 في الأمر 76-79 الملغاة.

كذلك قد تطرح الإشكالات التالي:

-هل يمكن كفالة طفل قاصر ذو جنسية أجنبية من قِبل كافل جزائري الجنسية ؟

-هل يمكن كفالة طفل قاصر ذو جنسية جزائرية من قِبل أجنبي ؟

المشرع الجزائري لم ينص صراحة ما إذا كان الطفل القاصر ذو الجنسية الأجنبية يمكن كفالته من طرف الكفيل الجزائري (طالب الكفالة) ،على الرغم من أن المادة 13 مكرر 01 قانون مدني المتعلقة بقواعد الإسناد نصت على أنه إذا كان أحد طرفي العقد أجنبي أو كلاهما معاً يجب البحث في قانونهما البحث في قانونهما الداخلي معاً عن صحة الكفالة ،إلا أن المشرع في قانون الأسرة لم ينص ولم ينظم هذه الحالة بالإجازة أو الرفض،فمبدئيا في حالة وجود نص صريح يحكم هذه الوضعية فإنه يتعين رفض الطلب . ونفس الشيء في الحالة الثانية القاصر ذو جنسية جزائرية وطالب الكفالة أجنبي مقيم في الجزائر فإن يستوجب رفض الطلب لعدم وجود نص يجيز ذلك. [1]

[1] علال أمال،مرجع سابق،ص81، 82.

إلا و أننا[1] و على عكس ما ذهب إليه هذا الرأي، نرى أنه يمكن للقاضي أن يلبي الطلب لعدم وجود نص يمنع ذلك،على أساس من القول أن "الأصل في الأشياء الإباحة"،و لكن على القاضي أن يتأكد من توفر الطرف الأجنبي على الشروط المنصوص عليها في القانون الجزائري، و لاسيما منها شرط الإسلام.

المطلب الثالث: مضمون الكفالة.

بالرجوع إلى نص المادتين 116 و 121 من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري حاول تحديد مضمون الكفالة لكنه لم يحدده بدقة ، مع العلم أن مضمونها هو عبارة عن حقوق و التزامات متعلقة بالكافل، وذلك أنه و إذا تفحصنا المادة 121من قانون الأسرة التي تنص على أنه " تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي"[2] ،و غني عن البيان أن للولاية معنى واسع، فمنها الولاية على النفس، ومنها الولاية على المال هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المادة 116من قانون الأسرة تلزم الكافل بالنفقة و التربية و الرعاية للمكفول بمثابة الأب .

و تخول الكفالة للكافل حق الولاية على الطفل المكفول،و تعطي له جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي،و ذلك بالشروط و الأوضاع التي تنص عليها القوانين و اللوائح السارية،و للكافل إدارة أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث و الوصية أو الهبة لصالح هذا الصغير،و يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للولد المكفول بماله في حدود الثلث،و إذا أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك توقف ما زاد على الثلث على إجازة الورثة الشرعيين.[3]

إذا فالكافل عندما يقدم على الكفالة يكون مهيأ نفسياً و مادياً لتحمل مسؤولية هذا القاصر المكفول بمثابة الابن ،وهو ما سنتعرض له بشيء من التفصيل في هذا الفرع،و ذلك بتحديد مضمون الولاية على نفس المكفول وعلى ماله،

[1] بلحاج العربي،مرجع سابق، ص 526.
[2] الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 الصادر في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة.
[3] بلحاج العربي،مرجع سابق، ص 526.

الفرع الأول : الولاية على نفس المكفول.

لقد شرعت هذه الولاية للمحافظة على نفس المكفول وصيانته , إن هذه الولاية إن كانت تثبت كقاعدة عامة على القصر فإنها كذلك تثبت على المجنون و المعتوه، يجب على الكافل القيام بتربية الطفل المكفول و الإنفاق عليه و تعليمه[1] ،وعليه فإن الولاية على نفس المكفول تكون بإنفاق الكافل عليه وذلك بتوفير الملبس و الأكل و الدواء و المأوى و كذلك تربيته ،وهذا الواجب عادة موكول للنساء لكون الولد المكفول في المرحلة الأولى من عمره يكون محتاجا إلى عطف وحنان الأم أكثر من الأب . كذلك يجب على الكافل أن يسهر على تعليم المكفول وتربيته ،وحمايته من كل اعتداء يقع عليه إذ يكون بمثابة الولي القانوني عند الاعتداء عليه، وهو من يرفع الشكاوى باسمه، ويطالب بالتعويض لفائدته باعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحاكم ،هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهو المسؤول القانوني أمام جميع الهيئات و الأشخاص عن أفعال المكفول التي تلحق أضرارا بالغير,وفرضا أن المكفول تسبب بفعله الضار في تحطيم سيارة الغير، هنا الكافل هو من يمتثل أمام القضاء ويلتزم بالتعويض مع مراعاة أ حكام قانون المدني، إذ يمكن للقاصر أن يتحمل التعويض نتيجة خطئه بشرط أن يكون مميزا لأن الخطأ يتطلب التميز الذي حدده المشرع بـ 13 سنة، وأن تكون له ذمة مالية، وفي حالة عدم توفر هذين الشرطين فإن المكفول هو من يتحمل التعويض.

لكن الإشكال الذي يطرح هو أن المشرع لم يحدد مركز الكافل في المسؤولية على أساس المادة 134 قانون المدني[2] باعتباره صاحب الرقابة بموجب الاتفاق أي عقد الكفالة على القاصر المكفول ، اذ كان من الأفضل توضيح النصوص و لتحديد مركزه كالأب و الأم، و

[1] قرار المحكمة العليا رقم:56336 صادر بتاريخ 13 جويلية 1988،المجلة القضائية،العدد 4 لـ1991 ،ص 58،أنظر بلحاج العربي ،مرجع سابق،ص527

[2] المادة 134 معدلة بموجب القانون 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005،و نصها "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية،يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار.و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

ذلك بالإشارة إلى مسؤولية الكافل مدنيا عن الفعل الضار الذي يسببه المكفول للغير، لأن فكرة الرقابة القانونية أو الاتفاقية لها مفهوم واسع ، ما يتطلب الدقة والوضوح.

أما الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة فهي جميع المنح العائلية و الدراسية، وعليه فإنه يفترض في الكافل العامل فرضين: إما أن يضع أثناء تكوين ملف العمل الذي يوضع لدى إدارة المستخدم شهادة عائلية مسجل بها إلى جانب الأبناء الشرعيين الولد المكفول، مع الإشارة في نفس الشهادة بأنه مكفول، أو يضع الشهادة العائلية زائد عقد الكفالة منفصلين قصد الاستفادة من المنح العائلية ،وإن الأقرب إلى الصواب أن بموجب عقد الكفالة يأمر القاضي ضابط الحالة المدنية بتسجيله المكفول بسجلات الحالة المدنية،مع الإشارة أنه مكفول، وهو المعمول به لدى المغرب دون الجزائر. ونفس الشيء بالنسبة للمنح الدراسية.

لكن الأشكال الذي يطرح عمليا : هو في حالة وفاة القاصر المكفول هل تكون الدية حقاً للكافل؟ أم ذويه الأصليين؟ وكذا التعويض في حال الحوادث و غيرها؟

باعتبار الكافل قد وضع في المركز القانوني للأب فمن المنطقي ألا يحرم من الدية أو التعويض نتيجة الوفاة بسبب حادث مرور مثلاً.

الفرع الثاني : الولاية على مال المكفول.

إذا كانت الكفالة تقتضي انتقال الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول فإن الأمر كذلك بالنسبة لماله ،إذا أن أحكام الكفالة حددت مضمونها فيما يتعلق بالذمة المالية للمكفول، إذا أن للكافل السلطة في إدارة مال المكفول إن وجد، وهذا شيء بديهي كون المكفول قاصرا لا يعمل، إذ تحرم جميع التشريعات المتعلقة بالعمل عمل القاصر وبالتالي فأموال المكفول قد تكون ناتجة عن الإرث، أو الوصية، أو الهبة ، و يجب على الكافل أن يتصرف فيها تصرف الرجل الحريص.

وبما أن الكفالة تخول للكافل الولاية القانونية، فإنه يتعين الرجوع إلى أحكام الولاية على مال القاصر، أين نجد المشرع قد تشدد ووضع شروطا عند التصرف في أموال المكفول، إذ اشترط أن يتصرف فيها الكافل تصرف الرجل الحريص ،و الرجل الحريص هو الذي يدرس

الواقعة ونتائجها المستقبلية السلبية و الإجابية ثم يوازن بين الضرر و المنفعة ،و عليه أن يستأذن كذلك القاضي في تصرفات محددة على سبيل الحصر،كالتصرف في أمواله العقارية، وللقاضي السلطة التقديرية في منح الإذن أو عدم منحه .

وفي حالة عدم مراعاة هذه الشروط، و تصرف الكافل في أموال المكفول دونها، ما الحق به ضرر ، أو كان تصرفه بسوء نية، فإنه يحق لكل شخص إبلاغ النيابة العامة و للنيابة العامة من تلقاء نفسها تحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة 380 قانون العقوبات[1] ، المعاقبة على استغلال حاجة القاصر الذي لم يكمل 19 سنة، باختلاس أمواله مستغلا صغر سنه أو هوى أو ميلا أو عدم الخبرة.

حيث شدد المشرع في العقوبة المقررة للاستغلال حاجة قاصر دون 19 سنة، إذا كان القاصر موضوع تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته ،و عليه فالكافل يصنف ضمن هذه الفئة، إذ أن العقوبة في هذه الحالة هي من سنة إلى 05 سنوات، والغرامة من 1000 دج إلى 15000 دج.[2]

-أما التصرفات التي تتطلب الإذن من القضاء هي التي يجب على القاضي إن يراعي حالة الضرورة ومصلحة القاصر فيها.،و هي:

-بيع العقار وقسمته ، ورهنه وإجراء المصالحة؛

-بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة؛

-استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة؛

[1] الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في 8 يونيو1966،الذي يتضمن قانون العقوبات،المعدل و المتمم.

[2] تنص المادة 380 من قانون العقوبات على أنه "كل من استغل حاجة لقاصر لم يكمل التاسعة عشرة أو ميلاً أو هوى أو عدم خبرة فيه ليختلس منه التزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية و ذلك إضراراً به يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 500 إلى 10.000 د.ج.و تكون العقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات و الغرامة من1.000 إلى 15.000 د.ج إذا كان المجني عليه موضوعاً تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته و في جميع الحالات المنصوص عليها في هذه المادة يجوز أن يحكم أيضاً على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 و بالمنع من الإقامة و ذلك لمدة سنة على الأقل و خمس سنوات على الأكثر"،و قد نصت المادة 14 قانون العقوبات على أنه "يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة،و في الحالات التي يحددها القانون،أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 8 مكرر1،و ذلك لمدة لا تزيد عن خمس (5) سنوات.و تسري هذه العقوبة من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم"،مع ملاحظة أن المواد :6، 7، 8 من نفس القانون ملغاة و التي كانت تتضمن العقوبات التبعية ،ما يعني في اعتقادنا أن الحكم المنصوص عليه في المادة 380 و المادة 14 كان الأولى تعديله بالإحالة إلى المادة 9 المتضمنة العقوبات التكميلية (تبوكيوت يوسف).

-إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد ما نصت عليه المادة 88 قانون الأسرة"على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام.

و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1-بيع العقار،و قسمته،ورهنه، و إجراء المصالحة؛

2-بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة؛

3-استثمار أموال القاصر بالإقراض أو المساهمة في شركة؛

4-إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.".

كما أن المشرع اشترط في بيع العقار بعد الحصول على الإذن أن يكون عن طريق المزاد العلني، وأنه في حالة ما إذا تعارضت مصالح الكافل ومصالح المكفول القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائياً، أو بناءا على طلب من له المصلحة،و هذا في المادة 89 قانون الأسرة "على القاضي أن يراعي في الإذن:حالة الضرورة و المصلحة،و أن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".[1]

[1] الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 الصادر في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة.

المبحث الثالث : انتهاء الكفالة الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (ق.أ.ج)

من باب ترجيح مصلحة المكفول و حمايته،تختلف الإجراءات المتعلقة بإلغاء الكفالة أو التخلي عنها،عن تلك المقررة بمناسبة طلب الكفالة،يتضح ذلك من خلال نقطتين:

1-أن طلب إلغاء الكفالة أو التخلي عنها يخضع لقواعد الإجراءات العادية؛

2-يفصل في دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها بموجب حكم قابل للاستئناف حسب الإجراءات العادية.

ما نصت عليه المادة 496 قانون إجراءات مدنية و إدارية.[1]

المطلب الأول: عودة الكفالة للوالدين أو انتهائها بتخلي الكافل عنها.

الفرع الأول: عودة الكفالة للوالدين

إذا كان الولد المكفول له أبوان معروفان أو أحدهما-ثم طلب الولد المكفول العودة لولايتهما-تعين تمييز الولد-هل يلتحق بوالديه أم لا-و شرط التمييز هنا أن يكون الولد قد بلغ سن تخيرر،و يبدو من سياق نص المادة 124 قانون الأسرة،أن عودة الولد المكفول إلى والديه أو أحدهما قد يكون رضائياً خارج المحكمة.[2]

طبقاً لأحكام الكفالة فإنه يجوز لأبوي المكفول إذا كانا كلاهما معلومين أو أحدهما طلب عودة الولد المكفول و أخذه من الكافل، و بالتالي تعود ولايتهما القانونية عليه ،وتنتهي ولاية الكافل من جديد .

لكن المشرع ميز بين حالتين عندما يطلب الوالدان عودة القاصر، وذلك حسب سن المكفول:

* إذ اشترط المشرع في حالة عدم بلوغ المكفول سن التميز و الذي حدد في التشريع المدني الجزائري بـ 13 سنة أن يتقدم الأب أو الأبوين بطلب إلى رئيس المحكمة يبين فيه سبب عودة الابن المكفول،و على القاضي أن يقوم بإجراء تحقيق حول الأسباب مراعياً مصلحة الولد المكفول، وعليه في هذه الحالة يمكن أن يصدر أمر بالرفض أو بالقبول.

[1] عبد الرحمن بربارة،شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،ط4،منشورات بغدادي،الجزائر،2013،ص 366.

[2] أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري،بدونطبعة،دار الكتب القانونية،دار شتات للنشر و البرمجيات،جمهورية مصر العربية،2009، ص 198.

* أما إذا كان الولد المكفول مميزا أي بالغا 13 سنة فما فوق فإنه يخير بين العودة إلى أبويه أو البقاء مع الكفيل ، لكن الأشكال هنا يطرح :هل إذا بلغ المكفول سن التميز تتم عودته إذا خير فأختار العودة إلى أبويه خارج ساحة القضاء، ونفس الشيء في حالة الرفض فهل تتم أمام القضاء أم خارجه؟ من المفروض أن تتم أمام القضاء أو أمام المحضر القضائي الذي يقوم بتحرير محضر بذلك.

فلا تتم عودة الصغير المكفول غير المميز إلا بإذن من القاضي،مع مراعاة مصلحة المكفول،[1] فإذا بلغ الولد سن التمييز وجب تخييره في الالتحاق بوالديه أو أحدهما، ومن ثم، لا يجوز الصلح في إسناد الكفالة دون سماع رأي الولد المكفول، تخييره بين البقاء عند مربيه أو الذهاب لوالديه.

فإنه في قرار مشهور حكمت المحكمة العليا، بأن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت، دون سماع رأيها و تخييرها بين البقاء عند مربيها أو العودة لوالدها، رغم أنها تجاوزت سن التمييز، فإنهم بذلك خرقوا أحكام القانون و استحق قرارهم النقض.[2]

و حسب الأستاذ بلحاج العربي فهذا اجتهاد في حدود ما قرره القانون و الشرع،لأن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية هي من النظام العام،لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص قانوني خاص،كما أنه لا يجوز شرعاً نزع الطفل المكفول من الكافل إلا إذا أهمله أو أساء تربيته، أو طلب الأبوان أو أحدهما عودة الطفل المكفول إلى ولايتهما، بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول، وذلك بالشروط و الأوضاع المنصوص عليها قانوناً.

لعل هذه المسألة تتطلب الدقة في الإجراءات حتى تراعى مصلحة المكفول،فيجب أن تكون في ساحة القضاء أين يسمع رأي المكفول بمناسبة طلب العودة دون أي ضغط عليه من كلا

[1] قرار المحكمة العليا رقم:369032 صادر بتاريخ 13 ديسمبر2006،المجلة القضائية،العدد 1 لـ2007 ،ص 443،أنظر بلحاج العربي ،مرجع سابق،ص 527.

[2] قرار المحكمة العليا رقم:71801 صادر بتاريخ 21 ماي 1991،المجلة القضائية،العدد 1 لـ1996 ،ص 105،أنظر بلحاج العربي ،مرجع سابق،ص 105.

الطرفين الأبوين أو الكافل، ويحرر محضر بذلك أمام القاضي ويوقع عليه الأطراف ،لأن مثل هذه الحالة قد تضر بحقوق المكفول المنصوص عليها في مضمون الكفالة، لذلك يجب إثبات عودة المكفول بموجب أمر أو حكم قضائي وتحرير محضر بذلك.

و بهذا الصدد صد قرار عن المحكمة العليا ملف رقم 71801 بتاريخ 21 ماي 1991،مؤداه أنه " من المقرر قانوناً أن المسألة المتعلقة بالحالة الشخصية من النظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها ، وتخييرها بين البقاء عند مربيها أو الذهاب لوالدها ، رغم أنها تجاوزت سن التمييز ،فإنهم بذلك خرقوا القانون واستحق قرارهم النقض". [1]

إذ سماع رأي المكفول شرط ضروري عند طلب العودة إلى الوالدين واثبات ذلك يكون بحكم أو أمر. كما أنه في حالة الاستجابة إلى طلب العودة بالإذن أو قبول عودة المكفول.

الفرع الثاني:انتهاء الكفالة بتخلي الكافل عنها.

تنص المادة 124 من قانون الأسرة أن التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة،و أن يكون بعلم النيابة العامة،و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية.[2]

و في هذا نصت المحكمة العليا أنه يجب على الكافل القيام بتربية الطفل المكفول و الإنفاق عليه و تعليمه[3] ، باعتباره ولياً قانونياً ما لم يثبت تخليه عن الكفالة.[4]

[1] قرار المحكمة العليا ملف رقم 71801 بتاريخ 21 ماي 1991، دلاندة يوسف، قانون الأسرة: مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث،بدون طبعة، دار هومه، الجزائر،2002، ص 109، 110.

[2] أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري،بدون طبعة، دار الكتب القانونية،دار شتات للنشر و البرمجيات، جمهورية مصر العربية،2009،ص 169.

[3] قرار المحكمة العليا رقم:56336 صادر بتاريخ 13 جويلية 1988،المجلة القضائية،العدد 4 لـ1991 ،ص 58،أنظر بلحاج العربي ،مرجع سابق،ص527

[4] قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 10 مارس 1970،المجلة القضائية،العدد 2 لـ1972 ،ص 46،أنظر بلحاج العربي ،مرجع سابق،ص527.

فمن جهة أخرى إذا كانت الكفالة تنتهي بطلب من الأبوين حسب الحالات السالفة الذكر في المادة 124قانون الأسرة وذلك بعودة المكفول إلى أبويه، فإنها تنتهي كذلك بالتخلي الصريح من طرف الكافل عن كفالة القاصر أمام الجهة التي أقرت الكفالة، و يجب أن يكون بعلم النيابة العامة.

وهنا يجب أن تكون بموجب طلب كتابي مسبب، وبإعلام النيابة العامة بذلك قصد إبداء الرأي،إذ لا يمكن تصور هذه الحالة إلا أمام القضاء، وبالتالي فمن الأحسن استبعاد الموثق هنا لأن القاضي هو الذي يستطيع أن يقدر مصلحة المكفول باعتباره حامي الحقوق دون غيره.

المطلب الثاني :انتقال الكفالة إلى الورثة و انقضائها برفضهم لها أو بالحجر على الكافل

الفرع الأول: انتقال الكفالة إلى الورثة و انقضائها برفضهم لها

تتضمن المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،الإجراءات المتعلقة بحالة وفاة الكافل المنصوص عليها في المادة 125 قانون الأسرة،إذ عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا دون تأخير ،قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة.

و نظراً للطابع الاستعجالي لموضوع حماية المكفول،يتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة،فإذا التزم الورثة بالإبقاء عليها،يعين القاضي أحد الورثة كافلاً،أما في حالة الرفض،ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها و يسلم المكفول بحسب ما تقتضيه مصلحته ، إما لوالديه أو إلى الهيئة المكلفة بالرعاية.[1]

الكفالة تنتقل إلى ورثة الكفيل بعد موته بشرط أن يلتزم الورثة بهذه الكفالة و التزام الورثة بالكفالة يجب أن يكون أمام المحكمة أو الموثق.لأن الالتزام بالكفالة هو في حقيقته إنشاء الكفالة على وجه التبرع.[2]

[1] بربارة عبد الرحمن،مرجع سابق، ص 366.
[2] أحمد نصر الجندي،مرجع سابق، ص 199.

من الآثار المترتبة عن قيام عقد الكفالة وأثناء تنفيذها هو إمكانية انتقال الكفالة بمضمونها إلى الورثة في حالة وفاة الكافل ، لكن شرط أن يبدوا التزامهم بها،فالمشرع نص على انتقالها دون أن يبين من الذي تكون له الولاية مباشرة على المكفول بعد وفاة الكافل، لكن هذا يجعلنا دائما نرجع إلى أحكام الولاية على النفس والمال وسيما النفس ، التي تنص على أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل محله الأم، وعليه فإنه إذا ألتزمت بها زوجة الكافل المتوفى أصبحت كافلة للولد المكفول بموجب نص المادة 125 من قانون الأسرة ،لكن هل توجد إجراءات قانونية لانتقال هذه الكفالة إلى الكافلة الجديدة ؟ كأن تقوم بتقديم طلب من جديد إلى القاضي، أو الذهاب إلى الموثق وتحرير عقد كفالة من جديد؟

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يشر إلى هذه النقطةّ، إذ سكت وقال فقط تنتقل إلى الورثة إذا التزموا بها ،لكن عمليا نجدهم يبادرون إلى تقديم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة يحددون فيه الكافل الجديد .

و تنتهي الكفالة التوثيقية أو القضائية بوفاة الكافل وفي حالة ما إذا كان المكفول مجهول النسب ورفض الورثة الالتزام بمضمون الكفالة، ومراعاة لمصلحة المكفول ،فإن القاضي يمكن أن يأمر بتسليمه إلى المؤسسات المخولة في أمور المساعدة الاجتماعية المتخصصة بحماية الطفولة.

الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بالحجر على الكافل.

كما أنه إضافة إلى ذلك تنتهي حسب ما يمكن استخلاصه من أحكام الولاية بالحجر على الكافل وفقاً لأحكام الحجر ، إذ أن أسباب الحجر هي أن يعتري الكافل بعد إبرام عقد الكفالة وأثناء سريانها عارض من عوارض الأهلية كالجنون ،و العته ،أو السفه ،ولا يكون الحجر إلا بموجب حكم يثبت ذلك حسب المادتين 111و103 من قانون الأسرة.

المطلب الثالث: انقضاء الكفالة بعجز الكافل أو بإسقاطها عنه

الفرع الأول: انقضاء الكفالة بعجز الكافل.

كذلك تنتهي الكفالة بعجز الكافل، وهنا يمكن أن نفهم العجز ، بالعجز البدني و الجسمي إذ الكافل يصبح غير قادر على الحركة، أين يصبح غير قادر على رعاية القاصر وحفظ أمواله، ولا يمكن تصور العجز العقلي في هذه الحالة لأنه مصنف ضمن حالات الحجر.

الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بإسقاطها عن الكافل.

تنتهي الكفالة بإسقاط الولاية عن الكافل، ولا تكون إلى بموجب حكم قضائي إذ كان مثلا مسيئا لأبنائه، متعاطيا للخمور و المخدرات مثلاً.[1]

[1] علال أمال، مرجع سابق، ص.ص 121-124.

خلاصة الفصل

و في الأخير نصل من خلال هذه الدراسة الى النتائج التالية:

- وجود فئة الأطفال مجهولي النسب في مجتمعنا حقيقة إجتماعية و واقع ملموس
- أن الكفالة هي نظام هي نظام بديل للتيني المحرم شرعا بأعتبار أن الدولة الجزائرية مسلمة
- أن المشرع الجزائري وفي اطار احكام و مبادئ الشريعة الإسلامية قد كرس العديد من النصوص لحماية هده الفئة من الأطفال
- أن اجراءات الكفالة يجب ان تكون برضا الوالدين إذا كان معلوم النسب أما إذا كان مجهول النسب هنا تبقي من أختصاص القاضي في أسناد الكفالة أو لا
- تمنح الكفالة الولاية على نفس المكفول و ماله
- تسقط الكفالة بتخلف احد الأركان المنصوص عليها في المادة 116 من قانون الأسرة أو موت الكافل أو المكفول أو عن طريق طلب من والدي المكفول إذا كان معلوم النسب أو إنقضاءها لفسق و سوء سيرة

الفصل الثانـي:

التبنـي في مقاصد الشريعة الإسلاميـة والقانون الجزائري (قانون الأسرة)

تمهيد:

لقد عرف التبني كنظام لدى الشعوب الغابرة منذ القدم و تبنته العديد من الدول المعاصرة ووضعت له آليات تنظمه .في حين نجد بعض الدول حرمته و منعته وأكدت على أنه لا يرتب أي أثر أو حكم مستعينة بوسيلة قانونية تمكن من إبطاله و هي دعوى إبطال التبني مستخلفة إياه بالكفالة.

لهذا سنتطرق في هذا الفصل إلى:

- ✓ المبحث الأول: مفهوم التبني وتمييزهعن الأنظمة المشابهة له
- ✓ المبحث الثاني: التبني في الشريعة الإسلامية
- ✓ المبحث الثالث: التبني في التشريع الجزائري

المبحث الأول: مفهوم التبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

رغم تعدد تعريفات التبني و الاهتمام الواسع الذي حظي به من طرف الفقهاء ودارسي القانون باختلاف مذاهبهم. إلا أن المعنى واحد ، لكون الرجل يتخذ ولدا ليس من صلبه و ينسبه إليه كما أنه يتشابه في محتواه مع بعض الأنظمة القريبة منه . مثل الإقرار بالنسب ، الحضانة واللقيط.

المطلب الأول: مفهوم التبني

التبني يفيد إنشاء رابطة غير حقيقية بين شخصين لا يوجد بينهما أبوة أو بنوة حقيقية وترتب آثار العلاقة الحقيقية عليها وان للتبني معنيين إحداهما لغوي والأخر اصطلاحي .

الفرع الأول : تعريف التبني

أولا : لغة:

جاء في لسان العرب لابن منظور: (التبنِّي : من بني جمع ابن مضافاً إلى النفس، ويقال : تبنيته أي ادعيت بنوته .وتبناه : إتخذه إبناً . وقال الزجاج : تبَّنى به يريد تبناه. وفي حديث أبي حذيفة : إنه تبنَّى سالما، أي اتخذه ابنا [1]

ثانيا : اصطلاحا:

لا يخرج استعمال الفقهاء للفظ التبتي عن المعنى اللغوي

فقد جاء في تفسير الطبري: التبنِّي هو إذا ادعى رجل رجلاً وليس بابنه.[2]

[1] جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الطبعة الثانية، دار صادر بيروت مجلد14،ص91.
[2] أبي جعفر محمد بن جرير ،جامع البيان عن تأويل القران المعروف بتفسير الطبري ،ضبط وتعليق شاكر محمود، ج 21، ط 1، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، ص 137.

وعرفه عبد العزيز سعد: " تزييف النسب (التبني) هو إدعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسبة إلى أبيه وإعطائه نسب شخص آخر. [1]

وقد عرفه الدكتور بلحاج العربي : هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه إبنا له .[2]

وعرفه الدكتور يوسف القرضاوي: وهو أن يضم الرجل طفلا إلى نفسه مع علمه أنه ولد غيره ومع هذا يلحقه بنسبه وأسرته ويثيت له كل أحكام النبوة وآثارها مع إباحة اختلاط وحرمه الزواج واستحقاق الميراث .[3]

إضافة إلى ذلك فقد عرفه الدكتور مصطفى شلبي: استلحاق شخص معروف النسب إلى أب أو استلحاق مجهول النسب، مع التصريح بأن يتخذ ولدا وليس بولد حقيقي.[4]

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

أما محمد محي الدين عبد الحميد فقد عرفه أن يعمل رجل ما إلى ولد معروف النسب إلى أبيه ، فينسبه إلى نفسه ، أو تعمد إمرأة ما إلى ولد معروف النسب إلى أمه ، فتنسبه إلى نفسها ، ويسمى الولد المتبني على هذه الصورة: دعيا ، وجمعه أدعياء.[5]

---

[1] عبد العزيز سعد الجرائم الواقعة على الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002 ، ص151

[2] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسيرة الجزائر، ج 01 الزواج والطلاق، ط 3، ديوان المطبوعة الجامعية، المساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 200 .

[3] يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، الطبعة 13 ، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1980 م، ص 218.

[4] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنيدة والمذاهب الجفون والقانون، الطبعة الدار الجامعية، بيروت، 1983 ، ص 723.

[5] محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية ،بيروت، 2007 ، ص 387.

من خلال التعريفات التي أوردناها يتضح لنا أن التبني هو أن ينسب الإنسان ولداً يعرف أنه ابن غيره إلى نفسه.

الفرع الثاني :خصائص التبني

- 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 أم أنثى.
- يتميز التبني بإلحاق نسب المتبنى القاصر بنسب المتبني واعتباره إبنا شرعيا.
- تنزيل المتبني منزلة الابن الصلبي بمساواته في الحقوق معه.
- يكون المتبني شخصا راشدا ذكرا أم 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 للتبني.
- التبني يعطى للمتبنى الحق في الإرث من المتبني وفي نفس الوقت يلقي عليه واجبات مثل الابن الشرعي.
- إن مضمون التبني يشمل الولاية التامة على نفس ومال المتبني من رعاية وتربية وتمثيل قانوني في إدارة وتصرف في الأموال وكل ذلك من قبل المتبني.

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

المطلب الثاني: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له.

قد يختلط بالتبني أنظمة أخرى تتشابه معه فيجب التفريق بين التبني وبين هذه الأنظمة التي قد تتداخل معه .

الفرع الأول : التبني والإقرار بالنسب

يظن بعض الناس أن نظام الإقرار بالنسب يشبه نظام التبني والحقيقة أنه لا صلة بين النظامين ولا تشابه ، فالتبني هو أن يدعي شخص بقوة ولد معروف النسب أو مجهول النسب مع علمه بأنه ليس بابنه من صلبه .

أما الإقرار بالنسب إقرار الشخص صراحة أن شخصا معينا إبنا له، بنسب صحيح وحقيقي، ولكن ظروف معينة أجلت هذا الإقرار، كعقد تم دون تسجيله بين زوجين وأنجبا ولداً، 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 بنوة ولد مخلوق من مائه فيكون إبناً له ثابت النسب منه، وليس له نسب آخر يتساوى مع إبنه 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 سرائره.[1]

فالإختلاف إذن بين الإقرار بالنسب والتبني يظهر في عنصرين أساسيين :

- الإقرار إعتراف بنسب حقيقي والتبني تصريح بقصب صوري .
- الإقرار يثبت النسب والتبني منشئ للنصب .

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ، ص 723

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 أبوين معلومين وإلحاق نسبه إلى المتبنى، في حين الحضانة هي: " رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا" [1]

وتكمن أهم 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 خلاف المتبني الذي يأخذ نسب العائلة المتبنية ، ومن ثم فما التبني إلا تزييف للنسب .
- يسقط زواج الحاضنة حقها في الحضانة، كقاعدة عامة؛ على 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 الأبوين.

الفرع الثالث : التبني والكفالة

ظاهرايا لا يوجد فرق بين الكفالة والتبني لأن كلاهما يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا وضمه إلى أسرة أخرى ليست أصلية ، لكن الشيء المتعارف عليه في التفرقة بين التبني والكفالة هو أن التبني يؤثر في النسب إذ يحدث نسب جليد اعتباري وهو النسب بالتبني هذا من جهة، ومن جهة أخرى يؤثر في العلاقة الميراثية بسبب النسب الاعتباري إذ يصبح وارث هو كذلك متى توافرت شروط الميراث.

[1] المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري .

المبحث الثاني : التبني في الشريعة الإسلامية

لقد أوضحت الشريعة الإسلامية أن النسب لا يثبت إلا بالولادة الحقيقية الناشئة عن النكاح الشرعي، ولقد أعطت بدائل وحلول مناسبة من أجل تفادي تحريف وتزييف النسب .

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التبني

كما هو معروف أنه كان للعرب في الجاهلية عادات وتقاليد حاول الإسلام تهذيب الصالح منها وابطال الفاسد والمضر ومن أهم ما أبطله: "التبني".[1]

فلقد عرف العرب قبل الإسلام نظام التبني فكان الرجل إذا ما أعجبه فتي لوسامته أو حبا في الرفعة والانتساب إلى ولد شريف الأصل أو ذي عزة وجاه، تبناه وألحقه بنسبه وأعطاه كل الحقوق مثل الأولاد الصلبيين وله نصيب في الميراث و ينسب إلى المتبني لذلك يقال فلان بن فلان .[2]

وتماشيا مع هذه الظاهرة تبنى محمد بن عبد الله قبل أن يصبح رسولا بالرسالة الإلهية شابا من بلاد الشام، إشتراه حكيم بن حزام بن خويلد، ثم وهبه إلى عمته خديجة زوجة النبي ثم وهبته إلى النبي صلى الله عليه وسلم بعد أن تزوجته ولما عرف أبوه وعمه مكانه، وطلباه من النبي صلى الله عليه وسلم، خيره النبي صلى الله عليه وسلم، فما كان منه إلا أن اختار رسول الله صلى الله عليه وسلم على أبيه وعمه، فأعتقه وتبناه، وأشهد على ذلك القوم، وعرف منذ ذلك الحين بإسم زيد إبن محمد [3]

وهذا الوضع المتعلق بالتبني كشأنه في كثير من الأوضاع والمسائل التي ظلت سائدة فترة زمنية بعد ظهور الإسلام مثل الخمر والربا وبعض عادات الجاهلية، ثم حرم الإسلام التبني

[1] دليلة فرگوس، تاريخ النظم، الجزء 1، مطبعة الأطلس التشر، 1993، ص. 214
[2] محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة سلسلة دروس العلوم القانونية، الطبعة 03 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992 ، ص 55.
[3] يوسف القرضاوي، مرجع سابق، ص 215

تحريما صريحا لأن رسالة الإسلام والقرآن الإصلاحية كانت تعالج أوضاع المجتمع العربي تدريجيا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " إِنَمَا بُعِثْتُ لأُتْمِمَ مَكَارِمَ الأَخْلَاقِ".

وفي السنة الخامسة للهجرة أبطل الله جلت حكمته التبني وحرمه .[1]

وأصبح حكم الشريعة في التبني كغيره من الأحكام مبني على حكم ومقصد شرعي والأدلة على تحريم التبني كثيرة .

أولا : التحريم بالكتاب :

حرم القرآن الكريم التبني تحريما باتا، وذلك في قوله تعالى: **(مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ)** (الآية 4 ، سورة الأحزاب) ، حيث أن الإسلام نفى التبني وصحة ما كانوا يعملون في الجاهلية ، فلا يكون التبني مشروعا في الإسلام ، إنما أمرنا الإسلام بأن ننسب الأدعياء إلى أبائهم ، إذا كانوا معروفي الآباء فقال تعالى **(أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله)** أما إذا كانوا غير معروفي الآباء فلا تنسبهم إلى أحد وإنما هم إخواننا في الدين ومواليا فقال تعالى **(فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم)** وليسوا ابناءاً. [2]

وقد ورد في تفسير ابن كثير في قوله تعالى: **(ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله)** هذا أمر ناسخ لما كان في ابتداء الإسلام من جواز ادعاء الأبناء الأجانب ، وهم الأدعياء ، فأمر الله تعالى برد نسبهم إلى آبائهم في الحقيقة ، وأن هذا هو العدل والقسط . [3]

[1] محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 59.
[2] يحي أحمد زكريا الشامي، التي في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 27.
[3] إسماعيل ابن كثير القرشي الدمشقي تفسير القرآن العظيم، الجزء3، المكتبة التوفيقية،ص 466.

(والله يقول الحق وهو يهدي السبيل) يقول الحق المطلق الذي لا يلابسه باطل ، ومن الحق إقامة العلاقات على أساس الولادة الحقيقية وليس على أساس التبني. [1]

وهكذا يتضح من النص القرآني قطعية حرمة التبني وإبطاله بما لا يدع مجالا للإجتهاد في مقابل صراحة وقطعية النص القرآني .

(مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا) (الآية 40 ، سورة الأحزاب) ففي هذه الآية دلالة واضحة على التأكيد على حرمة التبني وأنها أصبحت عزيمة لا عودة فيها أبدا ، فقد كان أهل الجاهلية يدعون زيد ابن محمدا (ص) فلما تزوج مطلقته زينب بنت جحش قالوا إن محمدا تزوج زوجة إبنه ولم يكن ذلك شأنا معهودا عندهم ، فأنزل الله تعالى هذه الآية بيانا بأن الإسلام لا يقر التبني .[2]

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

ثانيا : التحريم بالسنة النبوية الشريفة:

ما رواه أبو ذر (رضي الله عنه) أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول **(ليس من رجل أدعي لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر بالله ، ومن أدعي قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار)** وعن واثلة بن الأصقع قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم **(إن من أعظم الفري أن يدعي الرجل إلى غير أبيه أو يري عينيه ما لم تريا ،أو يقول على رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لم يقل)**[4]

[1] يحي أحمد زكريا الشامي، مرجع سابق، ص 29.
[2] المرجع نفسه ، ص 29 .
[3] محمد محدد، سلسلة فقه الأسرة ، الطبعة، أطلس للنشر والجزائر ،1993،ص416.
[4] محمد بن إسماعيل البخاري فتح الباري شرح صحيح البخاري، مطبوع مع شرحه دار الفكر العربي، بيروت، 1996 .

ومنها ما رواه ابن عمر قال :أن زيد بن حارثة رضي الله عنه مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كنا ندعوه إلا زيد بن محمد حتى نزل قوله تعالى : (**أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله**) أخرجه مسلم والترميذي والنسائي عن طريق موسى بن عقبة (أخرجه البخاري في صحيحه– مكتبة الإيمان كتاب التفسير باب أدعوهم لآبائهم ص 1008).

وكانوا يعاملونهم معاملة الأبناء من كل وجه ، ولهذا قالت سهيلة بنت يعار الأنصارية إمرأة أبي حذيفة رضي الله عنها لرسول الله إنا كنا ندعو سالما إبناً لنا وإن الله قد أنزل ما أنزل وأنه كان يدخل علي وإني أجد في نفس أبي حذيفة من ذلك شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم **(أرضعيه تحرمي عليه)**[1]

لقد أبطل التبني بالتشريع العملي بعد التشريع القولي ، ولم يكن هذا الأمر سهلا على الناس، فقد كان التبني نظاما إجتماعيا عميق الجذور في حياة العرب .فشاءت حكمة الله ألا يكتفي في هدمه وإهدار أثاره بالقول وحده بل بالقول والعمل جميعا . واختارت الحكمة الإلهية لهذه المهمة رسول الله صلى الله عليه وسلم هو نفسه لكي يزيل كل شك ويدفع كل حرج عن المؤمنين في إباحة زواج مطلقات أدعيائهم، لكي يوقنوا أن الحلال ما أحل الله والحرام ما حرم الله [2]

المطلب الثاني : الحكمة من تحريم التبني في الشريعة الإسلامية

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

تتجلى الأهمية من تحريم التبني في النقاط التالية:

[1] رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الرضاعة ، باب رضاعة الكبير ،ص 700
[2] يوسف القرضاوي ، مرجع سابق، ص 217

أولا : التبني إعتداء على الأنساب

إن النسب يثبت عادة من الآباء للأبناء نتيجة لرابطة شرعية قانونية ليس لأحد أن يتعداها بحيث يتصرف فيها بكل حرية، فيعطى لهذا اسمه أو نسبه بغير وجه حق .

إذ أنه يدمج شخصا أجنبيا غريبا في الأسرة يشاركهم في حياتهم يسلبهم حقوقهم بغير حق، ويتعدى على نسبهم، غير أن ذلك لا يخوله أن يتمتع بحقوق المودة والرحمة وهي حقوق معنوية لا يتحقق إلا في صلة الدم واللحم، ولا يمكن تجسيدها في نسب أو قرابة مصطنعة، بل بالعكس تؤدي إلى توليد نوع من التنافر تؤثر على هذا الطفل نفسيا، ومن جهة أخرى فإن تجريد هذا الطفل من نسبة 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 .[1]

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

فمن خلال نص المادة نجد بأن هناك حقوق وواجبات على أفراد العائلة فيما | بينهم، فإذا أضيف فرد آخر فيكون دخيلا عليهم، يغتصب حقوقهم وينقص من أخرى كالإرث مثلا، إذ أن تحريم التبني هو غاية في حد ذاته إذ يمنع توريث من ليس له حق الإرث لأن الميراث له شروطه وأحكامه منها القرابة مثلا، وفي تحريمه علم الإعتداء على حقوق الغير لأن إقرار التبني وثبوت التوريث يجعل منه تعدى على تركة الغير بغير وجه حق وهذا من شأنه أن يثير الحقد بين الأقارب الحقيقيين بسبب هذا الدخيل وبالتالي قطع الأرحام، وباعتبار أن الدين الإسلامي هو دين الحق والعدل وأيضا دين رحمة وتكافل، لم يمنع تربية الطفل

[1] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 724

وتعليمه، ثم تركه عند بلوغه سن الاعتماد على نفسه وإدراك مسؤولياته، تجاه المجتمع والأمة، وبالتالي إحياء النفس كان هلاكها ممكنا[1]، لقوله تعالى: **(وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا)** (الآية 32 من سورة المائدة)

ثانيا : التبني إنتهاك للحرمات

إن المعاملة التي يتلقاها الابن المتبني على أنه أخ لبنات المتبني وابن لزوجته، فهو يأخذ مرتبة المحارم مع أنه يعتبر أجنبيا عنهم ولا 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 المتبني بأخواته الصلبيات وهو محرم عليه لذالك تختلط الأنساب، ويصبح المجتمع يقوم على نظام فاشل ضعيف الأسس.

وقد يؤدي التبني إلى الوقوع في أمور كثيرة كالنظر إلى العورات من المحرمات ،ومهما يكن من أمر فإن التبني لا يمكن أن يحصل منه ما يحدث من البنوة الحقيقية فالميل الحسي مثلا لا يمكن أن يكون من الأم نحو إبنها الحقيقي ولكنه يمكن نحو المتبنى .

وأشهر مثل على هذا قصة نبي الله يوسف عليه السلام التي وردت في القرآن الكريم ، فإذا بالأمومة المصنوعة تؤتي ثمارها وتكشف عن حقيقتها واذ بالشهوة تنطلق نحوه ونسيت بنوتها له، ولولا أنه نبي معصوم لوقع في الخطأ [2]

المطلب الثالث :بدائل التبني في الشريعة الإسلامية

لقد جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح العباد وتكثيرها ، ودرء المفاسد عنهم وتقليلها، وتتخذ في سبيل هذا الوسائل الكفيلة بتحقيق ذلك، إذ لم يحرم الإسلام شيئا وفطرة الإنسان

[1] رهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الأحوال الشخصية، ج 7 ، دار الفكر، سوريا،1985 ، ص 675
[2] يحي أحمد زكريا الشامي، مرجع سابق، ص 37 .

بحاجة إليه إلا وجعل له بدائل، وقد دعت فطرة الإنسان إلى قضاء غريزته الجنسية إلا أن قضاءها بالزنا لها آثار سلبية كبيرة فحرمه الشرع وجعل بديله النكاح الذي تتحقق به مصالح العباد وكذلك حرم الربا وجعل بديله البيع لتحقيق الكسب الحلال، ولما كان التبني يلبي بعض احتياجات الإنسان بيد أن فيه مفاسد كثيرة وخطيرة ، فقد حرمه الشرع وجعل له بدائل تحقق المقاصد المرجوة من التبني وتجنبنا الآثار السلبية المتولدة منه وعلى النحو الآتي:

أولا : كفالة اليتيم:

وضحت وبرزت عناية الإسلام باليتيم ، والحث على تربيته ، والمحافظة على نفسه وماله ، في القران الكريم والسنة النبوية الهادية، لقد إهتم الإسلام بشأن اليتيم إهتماما بالغا من حيث تربيته ورعاته ومعاملته وضمان العيش الكريم له، حتى ينشأ عضوا نافعا في المجتمع المسلم قال تعالى: (**فأما اليتيم فلا تقهر**) (الآية 9 من سورة الضحى) . وقال تعالى: **(أرأيت الذي يكذب بالدين • فذلك الذي يدع اليتيم)** (الآية 1-2 من سورة الماعون)

وهاتان الآيتان تؤكدان على العناية باليتيم والشفقة عليه ، كي لا يشعر بالنقص عن غيره من أفراد المجتمع ، فيتحطم ويصبح عضوا هاما في المجتمع المسلم .[1]

ومما يؤكد على حرص التشريع الإسلامي على اليتيم والتأكيد المستمر على العناية بها وحفظه ، أمر الله عز وجل بحفظ أموال الأيتام وعدم التعرض لها بسوء ، وبعد ذلك من كبائر الذنوب وعظائم الأمور ورتب عليه أشد العقاب .

قال تعالى : **(إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون ستعيرا) (الأية10من سورة النساء)، وقال تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا)** (الآية 34 من سورة الإسراء)

[1] عبد الله بن ناصر بن عبد الله السرحان كفالة اليتيم ، السعودية،2000، ص 15

وقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بكفالة اليتيم ، وضمه إلى بيوت المسلمين، وعدم تركه بلا راع في المجتمع المسلم ، فلقد أخرج البخاري في صحيحه أن رسول الله قال **(أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيأ)** (متفق عليه)

ثانيا : الهبة:

إتفق فقهاء المذاهب على أن الهبة هي تمليك العين بلا عوض حال الحياة تطوعا " أي أن يتبرع الشخص لغيره ، ويملكه ما تبرع له به، وذلك يكون في حال حياة المتبرع وليس بعد وفاته ، وأن يكون هذا التبرع بلا مقابل موهي مشروعة بعموم نصوص القرآن الكريم قوله تعالى **(ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا)** (سورة الإنسان الأية 8) فالآية تمتدح الذين يحبون أن يطعموا المعوزين الطعام الذين يحبونه هم ، وذلك على سبيل الهبة | والهدية .[1] إذ تعد الهبة خيارا أخر لإعانة المتبني.

ثالثا : الوصية :

الوصية في الشرع هي تبرع مضاف لما بعد الموت ، كأن يوصي شخص ببعض ماله لمن هم غير الورثة ، على أن يعطي لهم هذا المال بعد وفاته.

والوصية مشروعة بالكتاب والسنة وذلك على النحو التالي :

من الكتاب : قوله تعالى **(كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية الوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين)** سورة البقرة الآية 180

من السنة : عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه ، قال : جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعودني، وأنا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: يرحم الله ابن عفراء، قلت: يا رسول الله أوصى بمالي كله؟ قال: لا، قلت: فللشطر؟ قال: لا، قلت: الثلث،

[1] القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن 128/19

قال: الثلث، والثلث كثير، إلى أن تدع ورثتك أغنياء، خير من أن تعم عالةً، يتكففون الناس في أيديهم، وإنك مهما أنفقت من نفقة إنها صدقة حتى اللقمة ترفعها إلى في امرأتك، وعسى الله أن يرفعك، فينتفع بك ناس ويضر بك أخرون، ولم يكن له يومئذ إلا ابنة) .[1]

وقد دل النصان السابقان على إستحباب الوصية ، وأن الإنسان يستحب له أن يتبرع بما يصرف بعد موته للمعوزين والمحرومين فاليتامى أحق الناس بأن يوصى لهم .

رابعا: مسؤولية الجماعة عمن لا عائل لهم:

إن المجتمع الإسلامي وحدة متكاملة ربط الإيمان بين القلوب وألفها ،والفروع التي فقدت أصولها لا يمكن أن تضيع في مجتمع يدعوه دينه إلى التكامل والتكافل ، فإذا كان اليتيم له قريب فتجب نفقته على ذلك القريب الغني وذلك لأن صلة الرحم واجبة و صلة الرحم الإنفاق على القريب المحتاج، وخصوصا إذا كان فقيرا ، أما إذا لم يكن لليتيم قريب ينفق عليه ولم يكن له أب معروف، أو كان لقيطا ، فإن نفقته تكون في بيت مال المسلمين .[2]

[1] محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري كتاب الوصايا باب أن يترك ورته أغنياء خيرا من أن يتكففوا الناس
[2] يحي أحمد زكريا الشامي، مرجع سابق، ص 57

المبحث الثالث : التبني في التشريع الجزائري

المطلب الأول موقف المشرع الجزائري من التبني

قضى المشرع الجزائري بما قضت الشريعة الإسلامية إذ نص صراحة في المادة 46 من قانون الأسرة على تحريم التبني وثبوت النسب به.

إذن فالمشرع الجزائري ثابر على محاربة فكرة تحريف وتزيف الأنساب، إذ أنه لا يمكن إلحاق أي طفل، سواء كان معلوم الأب أو مجهول النسب، أو كان ابن زنا إلى نسب الغير ولو أبدي رضاه بذلك، لأن في ذلك يعتبر تعديا على ألقاب الغير وأكد القضاء الجزائري في عدة مناسبات متعلقة بحالات التبني على هذا الموقف، إذ أصدرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على إلغاء التبني وأبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة، سواء كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية وذلك بسبب مخالفتها لنظام العام الجزائري. [1]

لقد نصت المادة من 46 قانون الأسرة الجزائري صراحة على تحريم التبني، إذ يفهم من هذه المادة أنه لا يمكن للأفراد إبرام عقد التبني ولا يجوز للقاضي أو الموثق إبرامه والإذن به إذ أن هذه المادة جاءت على إطلاقها ، إذ أن حتى الأجانب المقيمين على الإقليم الجزائري والذين يسمح لهم قانونهم الداخلي بالتبني غير جائز لهم المطالبة بذلك أمام القاضي الجزائري، ولكن هذه القاعدة أصبحت نسبية وهذا على إثر تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 05-07 الصادر بتاريخ 2007/05/13.

الفرع الأول : مركز المادة 13 مكرر1 من القانون المدني الجزائري ، من مضمون المادة 46 من قانون الأسرة:

على إثر تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 05-07 الصادر بتاريخ 2007/05/13

[1] علال أمال البني والكفالة دراسية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي رسالة ماجستر ، جامعة تلمسان ،2009، ص52

وإضافة المادة 13 مكرر 1 ، إذ أصبح القاضي الجزائري، يأذن بالتبني ويبرم عقد التبني، لكن بشروط، وأن هذه الشروط واردة ضمنيا في نص المادة 13 مكرر 01 لكونها وردت في الفصل الثاني المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان، فهي قواعد إسناد تبين القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي الداخلي، عندما يكون أحد أطراف النزاع أو طرفي النزاع أجنبي على الإقليم الجزائري إذ أن مضمونها نص على أن صحة انعقاد التبني يخضع إلى قانون جنسية كل من طالب التبني والمتبني وقت إجرائه، فالقاضي الداخلي يأذن بالتبني حسب ما يسمح به قانون جنسية الأطراف، فإن كان قانون جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني فإن القاضي الداخلي يرفض طلب التبني، وعليه فإن هذه المادة تطرح عدة احتمالات أمام القاضي الداخلي الجزائري.[1]

- في حالة ما إذا كان قانون جنسية طالب التبني والمتبني لا يسمحان بالتبني فإن القاضي الداخلي الجزائري يرفض الإذن بالتبني على أساس القانون الداخلي للأطراف الأجانب.
- في حالة ما إذا كان قانون جنسية طالب التبني يسمح بالتبني، وقانون جنسية المتبني لا يسمح بذلك مثل: طالب التبني شخص تونسي والمتبني قاصر من جنسية جزائرية، فإن القاضي الجزائري برجوعه إلى المادة: 46 من قانون الأسرة يجد "لا يؤذن بالتبني"، إذن لابد من إحترام مضمون المادة 46 من قبل القاضي الداخلي.
- في حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبني يسمح بالتبني، في حين قانون جنسية طالب التبني لا يسمح له بذلك، فإن القاضي الجزائري لا محال برفض الإذن بالتبني.
- في حالة كلا القانونيين أي قانون جنسية الأطراف يسمح بالتبني فإن القاضي الجزائري ملزما بإبرام والإذن بالتبني.

[1] المرجع نفسه ، ص 52

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

الفرع الثاني: بمركز المرسوم التنفيذي رقم 24 / 92 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام التبني

إن هذا المرسوم طرح عدة تساؤلات لدى المختصين في القانون وكذلك لدى عامة المجتمع الجزائري متسائلين ما إذا كان هذا المرسوم المتعلق بإعطاء اللقب للمكفول من قبل الكافل يؤدي إلى إلحاق النسب أم لا؟

بمعنى هل يعتبر هذا الإجراء بمثابة تبني أم يبقى دائما في نطاق الكفالة؟

-الفريق الذي يعتبر تغيير اللقب في إطار المرسوم 24/92 تبنيا :

وهي الفئة التي رفضت تطبيقه على ارض الواقع عقد صدروه لكونهم كيفوا هذا المرسوم تبنيا بطريقة غير معلن عنها صراحة، ذلك لأن فيه تغيير الحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول مجهول الأب، مع العلم أن ضابط الحالة المدنية يعطي لهذه الفئة مجهولة الأبوين الأسماء وتسجل في سجلات الحالة المدنية. أما الولد معلوم الأم ومجهول الأب فإن اللقب يكون بلقب الأم، وعليه يرون أن المصادقة على طلب تغيير اللقب فيه تغيير في النسب وإلحاق نسب ولد إلى نسب شخص جديد، وهذا يرجعنا إلى العصر الذي كان فيه العرب في الجاهلية يبيحون التبني ويرون أن مثل هذه الحالة تؤدي إلى اختلاط الأنساب، وفيه تعدي على اللقب العائلي العائلة أخرى.

[1] مطلبة مالك مرجع سابق ، 13- 14.

كما أنهم يبرزون أن مضمون هذا المرسوم يحمل في طياته تناقض مع أحكام المادة 120 من قانون الأسرة: أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب، تطبق عليه أحكام نص المادة 64 من قانون الحالة المدنية" إذن هذا الفريق يؤكد على ضرورة احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي وبالتالي استبعاد تطبيق هذا المرسوم والاحتكام إلى أحكام الشريعة الإسلامية [1]

-الفريق الذي لا يعتبر محتوي هذا المرسوم بتبنيا بل يبقى دائما في إطار كفالة:

وهو الرأي السائد حاليا وبموجبه أزال الغموض وعليه فإنهم يرون ضرورة للاستجابة إلى هذه الطلبات والمتعلقة بتغيير اللقب وبدون أي تخوف، إذا أعتمد هذا الرأي في حجته على:

نص المادة 05 مكرر من المرسوم السالف الذكر والتي تقضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد وكل العقود ومستخرجات الحالة المدنية، أين استخلص من هذا الرأي ومن هذه المعطيات أن اللقب الأصلي يبقى دائما محفوظ وأن هذا الاسم هو إضافي فقط وهو حق استعمال شخصي له لأنه لا يمكن إخفاء الاسم الأصلي عند إبرام عقد الزواج، ولا يمكن استعماله في الميراث، ومن ثمة رأوا أن هذا المرسوم هز حفظ لكيان ونشأة الطفل داخل المجتمع ومكمل لنصوص الكفالة لا أكثر ولا أقل، إذ لا يلحق بموجبه النسب للكافل، ومن ثمة فإن موانع الزواج لا تتقرر بموجب هذا اللقب، إذ أنه يمكن للكافل أن يتزوج بمن كفلها حسب مقتضيات قانون الأسرة، بل يبقى حقه في الإرث وموانع الزواج قائمة مع عائلته الشرعية إذا كان معلوم الأم .[2]

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

بعد تفحص النصوص القانونية يتضح أنه لا توجد من الناحية النظرية دعوى تسمى إبطال التبني، لكن يستخلص عمليا أن المحاكم تصدر أحكام بإبطال التبني، وهو الشيء الذي يؤكد

[1] المرجع نفسه، ص36 .
[2] المرجع نفسه، ص 36.

وجود دعوى إبطال التبني كمصطلح. وهذا ما نلاحظه في العديد من القضايا القضائية منها:

م.ع، غ . أ ، ش (المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية)، 1995/05/02 ، ملف رقم: 103232 ،عدد خاص، ص 152م.ق (المجلة القضائية) ،1995، عدد2، ص99 .

إن قاعدة الولد للفراش لا تطبق إلا في إثبات دعوى أو نفي النسب. ومن ثم ، فإن قضاة الموضوع لما ألغوا الحكم القاضي بإبطال التبني بدعوى عدم وجود الصفة للطاعنين ، مع أنهم قدموا الدليل على أنهم أبناء عمومة ،مثبتين دعواهم بشهادة الشهود ، حسب المحضر المؤرخ في 1985/12/24 وناقشوا دعوى إبطال التبني كأنها دعوى نفي النسب ، وطبقوا عليها قاعدة الولد للفراش مع أنه لا يوجد أي فراش في التبني ، فبقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون ضده.[1]

2م.ع، غ.أ.ش (المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية)، 2000/11/21 ملف رقم:246924 ، م.ق (المجلة القضائية) ، 2001،ص عدد2،ص298

حيث أن الأوجه التي أثارها الطاعن ، كلها ترمي إلى مناقشة موضوع النسب ، مع أن القضية تتعلق بالتبني الذي أقامه المرحوم (ر ب) للطاعن وتسجيله بالحالة المدنية على أن إبنه الشرعي مع زوجته المرحومة (ب–ف).

حيث ثبت من شهادة الشهود بأن الزوجين المذكورين لم ينجبا في حياتهما أي مولود ،وغاية ما في الأمر أن المرحوم (ب) قد تسلم طفلا مسعفا إسمه (س ف) عمره ثمانية أشهر بتاريخ 1979/06/17 من مصلحة الحماية الإجتماعية لولاية الجزائر ، وسجله بنفس التاريخ كونه قد ولد له إبنا ذكرا قد إختار له إسم محمد. حيث أن ما قام به المرحوم (ر ب) يعتبر تبنيا بكل وضوح الأمر الذي تمنعه الشريعة منعا قاطعا لقوله تعالى: "**أدعوهم لآبائهم**" حيث أن

[1] بلحاج العربي ، قانون الأميرة وفقا لأحدث التعدين وما عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010 الطبعة 4 ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2012،ص 190

التصريحات التي أدلى بها المرحوم (ر ب) إلى ضابط الحالة المدنية ، تعتبر غير صحيحة وينبغي إلغاؤها طبقا للمادتين 46-47 من الأمر 70-20 المؤرخ في 1979/02/19 المتعلق بالحالة المدنية. حيث أن القرار المنتقد ، بعدما كيف القضية تكييفا سليما على أنها قضية تبني ، إلا أنه لم يبطل هذا التبني بإلغاء عقد الميلاد ، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس.[1]

م. ع، غ.أ.ش، 1994/06/28 ، ملف رقم: 122761 ، إ، ق. غ .أ .ش، عدد خاص، ص 155 .

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

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

أولا :دعوى إبطال التبني

إنه من المقرر قانونا، أن أي دعوى ترفع أمام القضاء تستوجب شروط وإجراءات مقررة في القانون وهو الشيء الذي ينطبق على هذه الدعوى باعتبارها كذلك دعوى قضائية، لهذا يمكن

[1] المرجع نفسه، ص192.

أن نتطرق إلى إجراءات رفع دعوى التبني وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع وتحديد أطراف النزاع وسلطة القاضي في النظر في الدعوى.

01/ دعوى إبطال التبني:

وتعني في قضية الحال المدعي والمدعى عليه، فعملا بأحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الدعوى لا تقبل أمام الجهات القضائية إلا إذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة وعلى هذا الأساس فإنها تقتضي كذلك توافر المصلحة لأن في المسائل الماسة بالنظام العام، تتسع المصلحة إذ للنيابة العامة الحق في رفع مثل هذه الدعاوي، إن مناسبة رفع هذه الدعاوي عادة ما تكون مقترنة بالنزاعات المتعلقة بالميراث، إذ ورثه المتبني يعملون جاهدين على إخراج هذا الدخيل لكونه ليس باين شرعي حتى يسد في وجهه باب الإرث، فلا تكون لهم أية وسيلة سوى وسيلة دعوى التبني أو الدفع بالتبني أثناء سير الدعوى الأصلية، وعليه نستخلص أن أطراف الدعوى هم النيابة العامة طبقا للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة، ومن جهة ثانية الشخص الذي يزعم أنه المتبني أو من جهة أخرى لكل صاحب مصلحة لاسيما الورثة الشرعيين.

02/: المحكمة المختصة وسلطاتها في النظر في الدعوى

إن الاختصاص النوعي يؤول إلى جهات القضاء المدني، قسم الأحوال الشخصية، أما الاختصاص المحلي فهو خاضع إلى القواعد العامة في الاختصاص، حيث أن رافع الدعوى يرفع عريضته محددا الوقائع والطلبات ومؤيدا بذلك بالحجج والأسانيد، هذا كدعوى أصلية وهذا ما جاء في ملف رقم 122761 قرار بتاريخ 06 / 1994 التي رأيناها سابقا.[1]

[1] علال أمال المرجع السابق، ص100.

أو الدفع أثناء سير الدعوى، فالقاضي بعد عرض النزاع عليه والتأكد من صحة الإجراءات يباشر إجراءات التحقيق مستعينا بشهادة الشهود مثلا :أو يستعين بالتقارير الطبية إذا كانت تثبت عقم الزوجين، أو الاستعانة بالطرق العلمية كاللجوء إلى ADN أو إقرار المتبني.[1]

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

03/ قابلية أحكام التبني للطعن:

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

ثانيا : التكييف الجزائي لفعل التبني والعقوبة المقررة له

01 : التكييف الجزائي

على الرغم من أن الفعل الذي يقوم به الشخص القائم بالتبني يكون في حد ذاته مساس بالنظام العام، لأنه يحدث نزاعات عرقية وعائلية داخل المجتمع لكون هذا الطفل المتبني يعتبر دائما دخيلا على الأسرة الحاملة للقلب العائلي الذي اعتدى عليه، والذي يعتبر تعديا على حقوق الغير المتجسد في التعدي على لقب الغير، لكون اللقب تشرك في عدة عائلات. إلا أن المشرع الجزائري لم يجرم هذا الفعل بحد ذاته، لكن بالرجوع إلى طبيعة هذا الفعل نجده يكون في عناصره نوع من التحايل على القانون ويتمثل في ذلك الإقرار والإدلاء بالتصريحات لدى ضابط الحالة المدنية غير مطابقة للحقيقة بدليل أن الطفل ليس ابنه

[1] جيلالي نشوار الزواج والطلاق إتجاه الاكتشافات الحية العلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية 2001، ص16

الشرعي، وعلى هذا الأساس فإنه يمكن تكييفه بعد الرجوع إلى نص المادة 34 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أن كل شخص ورد ذكره في الوثيقة ولم تكن تصريحاته حقيقية يتعرض للعقوبة المنصوص عليها في نص المادة 217 قانون العقوبات.[1]

02/: العقوبة الجزائية المقررة لفاعل التبني

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

المطلب الثاني : بدائل التبني

في التشريع الجزائري إن المشرع الجزائري و حفاظا على هذه الطائفة من الأطفال قرر تنظيم لهم كما فعلت من قبله الشريعة الإسلامية، حق الحماية من خلال توفير لهم رعاية بديلة، تتمثل في إيجاد لهم أسر جديدة تتولى كفالتهم، و إلا تتكفل الدولة نفسها حمايتهم بوضعهم في مؤسسات الرعاية.

الفرع الأول : مشروعية الكفالة

إن المشرع الجزائري منع نظام التبني، إلا أنه أقر نظام الكفالة، و قد عرف هذا النظام تطور على مرتين:

[1] تنص المادة 217 من قانون العقوبات الجزائري: " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 1000 دينار كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يحطم أنه غير مطابق للحقيقة"

– في سنة 1984 ، نص عليه قانون الأسرة من المادة 116 إلى المادة 125، و الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بإبنه و تتم بعقد شرعي (المادة 116 قا أ ج).

وتنص المادة 119 ق. أ. ج (قانون الأسرة الجزائري) : " الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".

و كذا نص المادة 120 ق. أ. ج : "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية" .[1]

كما تضيف المادة 121 على أنه تحول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي، كما أنه يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة (المادة 123قا أ ج).

–و في 13 جانفي 1992 ، صدر المرسوم التنفيذي رقم 92–24 والمتعلق بتغيير اللقب ،إذ يجيز للشخص الذي كفل في إطار كفالة ولدا قاصرا مجهول النسب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم الولد ولفائدته، و ذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي. [2]

فهذا الإجراء ما هو إلا دليل على مراعاة المشرع مصلحة الطفل، إذ انه يسمح له من حمل لقب لا يظهر ظروف ولادته و يسهل اندماجه داخل الأسرة الكافلة و الحياة الاجتماعية، حرصا من المشرع بناء على توصيات منظمة اليونيسيف على رعاية مصلحته الفضلى.[3]

لكن يعاب على هذا المرسوم أنه و لو علمنا بأن المكفول يكتسب لقب الكافل و نكتب على الهامش عبارة مكفول و لا يرتب أي أثر من الآثار المترتبة على الإبن الصلبي، فماذا نكتب

[1] المادة 64 من قانون الحالة المدنية ، الصادر بأمر رقم 70-20 تنص على أنه: يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينصب لهم المصرح أية أسما ويعين الطفل بمجموعة من الأسماء تأخذ أخرها كلقب عائلي

[2] بلحاج العربي ، مرجع سابق ص 203.

[3] بن عصمان نسرين ناس مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري رسالة ماجستير ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009،ص108.

على وثائق أبناء المكفول الذين سيولدون؟ هل يحتفظون بلقب أبيهم علما أنه قد اكتسبه عن طريق الكفالة؟ وهل يجب التأشير كذلك على عقودهم أن أباهم مكفول ؟[1]

و إذا كان والدا المكفول معلومان، يمكنهما القانون من طلب عودته إلى ولايتهما، فبالنسبة الولد المميز، يخير في الالتحاق بهما، و إذا كان غير مميز لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول، و هذا ما جاءت به المادة 124 (قانون الأسرة الجزائري).

الفرع الثاني : إنتقال رعاية الطفل إلى الدولة

إذا فقد الطفل والديه، و لم يجد أسرة تتكفل به ينتقل واجب رعايته إلى الدولة، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 125 قانون الأسرة الجزائري و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة".

و هو ما أكدت عليه المادة 20 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

فالأطفال التي تتراوح أعمارهم بين 0 و 6 سنوات، يوضعون في 12 ديار الحضانة الموجودة على المستوى الجزائري، و هذا في انتظار كفالتهم.[2]

في حالة عدم وجود أية عائلة كفيلة، فالأطفال الذين تتروح أعمارهم ما بين 6 إلى 19 سنة | يوضعون في مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة التي تقوم باستقبال، و إيواء و تربية الأطفال ربائب الدولة.[3]

هذه المؤسسات تضمن إجراءات إدماج أو إعادة الإدماج العائلي للطفل:

بإرجاعه إلى عائلته الأصلية، إذا كان هذا ممكنا. بوضعه في عائلة كفيلة. – بالتكفل بإجراءات الكفالة.

[1] المرجع نفسه،ص108.

[2] Nadia Ait Zai, les droits de l'enfants en Algerie, Rapport , alger, juin 2005, p9

[3] Nadia Ait Zai, op.citp 11

خلاصة الفصل

بعد دراسة موضوع التبني، والذي يعتبر من بين الأنظمة التي وجدت من أجل رعاية الطفل وحسن تنشئته، لاسيما الفئة المحرومة من الأبوة والأمومة لسبب ما، يتضح لنا جليا ما للموضوع من أهمية بالغة تتمحور أساسا في الآثار الوخيمة التي قد تنعكس على الطفل والمجتمع ككل ، وبناءا قمنا بإستخلاص بعض النتائج نلخصها في ما يلي:

– أن عملية التبني هي تحريف وتزييف للحقيقة والشريعة الإسلامية لا تقر بالتبني وتحرمه صراحة، لأن الحكمة من تحريمه الحفاظ على الأنساب ومنع اختلاطهم ، وكذلك منع التعدي على تركة الغير .

– إن المشرع الجزائري قد سلك أحسن الطرق من خلال منع نظام التبني وأخذ بحكم الشريعة الإسلامية وذلك في المادة 46 من قانون الأسرة.

خاتمة

خاتمة :

إن دراستنا للموضوع قادتنا إلى إكتشاف تداخلات متعددة لنظامي التبني والكفالة، ويعتبران من بين الأنظمة التي وجدت من أجل رعاية الطفل وحسن تنشئته، لاسيما الفئة المحرومة من الأبوة والأمومة لسبب ما.

كذلك وجدنا أن عملية التبني هي تلفيق للحقيقة، وتزييف لنظم الكون، ومخالفة للقانون الرباني، فالذي يتبنى طفلا فيجعله ابن صلبيا في الحقوق والواجبات إنما هو معتد وكاذب، يريد أن يجعل على الباطل حقا، ومن الحرام حلالا وهو يخالف ما جاءت به الفطرة، فهذا الزور بعينه الذي حرمه الإسلام ونبذه.

الشريعة الإسلامية تنهي عن تزييف الأنساب، ولا تقر بالتبني وتحرمه صراحة، لأن الحكمة من تحريمه الحفاظ على الأنساب ومنع اختلاطهم وتطهير المجتمع، وكذلك منع التعدي على تركة الغير، وهي تنكر بشدة أن الفاحشة طريق لثبوت النسب.

ولما كان تحريمه دينا ي رتب الإثم والجزاء يوم القيامة، فإن المشرع الجزائري أخذ بحكم الشريعة الإسلامية في المادة 46 من قانون الأسرة.

لكن بالمقابل هناك دول سبق أن أشرنا إليها لاسيما الدول الغربية يصلح عندها نظام التبني لرعاية الأطفال اليتامى مجهولي النسب أو معلومي النسب، الذين تخلوا عليهم لأي سبب من الأسباب.

خلافا لهذا النظام وحفاظا على الأطفال اليتامى ومجهولي النسب، ندبت الكفالة كحل أمثل وأنجح لحماية هؤلاء الضحايا الأبرياء المحرومين، حماية اجتماعية وإنسانية تضمن تعويضهم بقدر الإمكان على ما يمكن أن يفقدوه من الحنان، ويضمن لهم توفير الرعاية اللازمة، وإعدادهم إعدادا مناسبا لما يستقبلهم من الزمان، فالكفالة بهذه الصورة تعتبر بديلا جائزا وملائما شرعا وقانونا عن التبني، رغم أن الشريعة الإسلامية لم تنص صراحة على

الكفالة ولكن تضمنتها وذلك لقوله تعالى: **وكفلها زكرياء** "أي أنه قام برعايتها والعناية بها وتربيتها . ووضع هذا البديل من أجل رعاية فئة الأطفال المحرومين حتى يصبحوا ذو فائدة لمجتمعهم.

هناك بعض الدول التي أخذت بنظام التبني وإلى جانبه نظام الكفالة لأجل مصلحة الطفل الفظي والعليا ولطالب الرعاية الاختيار بين الأنظمة حتى يتسنى له ترتيب الأثر الذي يريده لفائدة الولد الذي يريد أن يرعاه.

وهذا ما ذهبت إليه الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 والمصادق عليها، في مادتيها 20 و21 ، فهذه الاتفاقية كانت أولويتها " الطفل " قبل كل شيء، أي للطفل الحق في أن تكون له أسرة مستقرة ومترابطة، هذا حتى ولو كان الأبوين منفصلين، زيادة على هذا فقد راعت الاتفاقية حالة الطفل المحروم من الوسط العائلي فأقرت له حقا آخر وهو الرعاية البديلة، وتعنى بها نظام التبني باعتباره أحد وسائل الرعاية البديلة في القوانين الوضعية، كما أنها راعت موقف الدول الإسلامية التي ترفض هذا النظام لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية، فأقرت لها نظام الحضانة ونظام الكفالة كوسائل للرعاية البديلة، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال.

كما أنها أجازت للقاضي الداخلي عندما يكون أطراف العلاقة أجانب موجودين على الإقليم الوطني أن يطبق التبني معتبرين في ذلك القاضي ما هو إلا عبارة عن سلطة فقط، تقوم بتطبيق القانون الأجنبي على أفراد أجانب لا غير دون اعتراف منها بتبني هذا النظام وتطبيقه على مواطنها.

وعليه مهما كانت سلطة وإرادة الدول في تبني أحد النظامي واختيارهما لكل حسب قناعته ومذاهبه، فعندنا في الجزائر أجاز المشرع للقاضي الداخلي تطبيق نظام التبني على

أفراد العلاقة الأجنبية إلا أن هذا لا يعني إباحة التبني بين الأفراد الجزائريين بل هو مقصور على الأجانب فقط حسب ما يسمح به قوانينهم الداخلية.

وبالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم 92- 24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بمنح للمكفول أي أنه يسمح للأسرة الكفيلة أن تمنح للطفل لقبها العائلي، ما هو إلا غاية لحسن تنشئة الطفل وحماية له داخل المجتمع بشرط عدم المساس بحقوق الغير، وذلك مراعاة لمبادئ الشريعة الإسلامية لاسيما عدم اختلاط الأنساب.

كذلك بموجب هذا المرسوم أراد المشرع إلى جانب تنظيم وضعية الأولاد الشرعيين بصفة محكمة بموجب قانون الأسرة أن ينظم وضعية الأولاد المجهولي النسب بموجب قواعد شكلية وأخرى موضوعية حتى يضمن لهم حياة مستقرة داخل العائلة المتكفلة بهم خاصة، وداخل المجتمع بصفة عامة وذلك بتغيير لقبهم وتنسيبهم للكافل" غير أن القضاء يعمل عكس ما أراد المشرع الذهاب إليه."

فهدفه الوحيد هو حماية هؤلاء الأبرياء ودمجهم في المجتمع وحمايتهم من الانحراف، لأن قلة المراكز ومؤسسات الحماية تجعل هؤلاء عرضة للإنحراف وللإجرام لأن المجتمع ينظر لهم نظرة عدوانية واحتقار رغم عدم ارتكابهم أي ذنب في وجودهم فيه.

خاصة وأن الإسلام يعتبر اللقيط الموجود فوق أرض إسلامية هو حر وعلى المسلمين الاعتناء به وتربية تربية إسلامية، واعتباره أحد أعضاء المجتمع ، وتكفل المشرع الجزائري لهذا القاصر بموجب أحكام الكفالة كما أوضحنا في هذا البحث، إلا أنه لم يواجه كل الحالات التي تفاقمت في المجتمع، ورغم وجود المرسوم 24/92 إلا أنه ما زال هناك أطفال في حالة خطر معنوي ومادي ما يمكن ملاحظته من خلال دراستنا هو ضرورة الدقة والوضوح في النصوص القانونية فلقد ترك المشرع ثغرات وغموض، خاصة فيما يتعلق بالشروط الواجبة في الكافل إذ من المفروض التنصيص على حق المرأة في الكفالة.

-كذلك ضرورة موافقة زوجة الكافل.

-النص على تحرير محضر أثناء التسليم وحضور كل الأطراف وبحضور المحضر القضائي.

-النص على الفارق في السن بين الكافل والمكفول.

-كذلك النص على إجراءات تسليم المكفول.

-النص على انتقال الكفالة إلى الورثة، يجب أن تكون أمام الجهات القضائية فقط.

-الأمر بالنسبة إلى عودة المكفول إلى والديه يجب النص صراحة على الاجراءات التي يجب أن تتبع في ذلك.

-يجب النص على أن من بين الآثار المترتبة على الكفالة هو إمكانية تغيير لقب المكفول.

-كان على المشرع النص بدلا من كلمة التبرع كلمة أكثر دقة مثلا الهبة أو الوصية.

-كذلك النص على مسؤولية الكافل في نصوص القانون المدني صراحة.

إذن نجد نظام الكفالة نظام يحمي الطفل المكفول وحتى الأسرة الكافلة من التشتت والضياع، حيث تبقى متماسكة من غير إحداث أي تغير فيها، زيادة إلى الجزاء العظيم الذي يتلقاه الكافل بتكلفه بيتيم لم يلقى من يحميه من مصائب الدنيا ومصاعبها.

نرجوا أن نكون قد نجحنا في دراستنا لهذا الموضوع الهام والحساس، وتمكنا من شرح الغموض والالتباسات التي تطفوا على هذا الموضوع.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

1. القرآن الكريم
2. زواوي فريدة، مدى تعارض الرسوم التنفيذية، 24/92 ، المتعلقة بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المحلة القضائية، العدد 2000/2.
3. سيد سابق، فقه السنة، ج 3، دار الفكر العربي للبنان، 1983 م.
4. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج 1، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر، 1993.
5. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، تلمسان.
6. المادة 644 من ق.م.ج.
7. المادة 116 من ق.أ.ج.
8. محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأ المعارف جلال حزى وشركاه، الإسكندرية، مصر، د.ت.ط.
9. عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، د.م.ط، 1988.
10. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1965.
11. عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، د.م.ط، 1999، 2000.
12. أحمد إبراهيم بك واصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الحربوصلي، مصر، د.ت.ط.

13. علي الهادي الحوات، رعاية الطفل المحروم (الأسس الاجتماعية والنفسية البديلة للطفولة)، مركز الإنماء العربي، ط 1، 1989.

14. أنسى محمد أحمد قاسم، أطفال بلا أسر، مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، ط 1، 1998.

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

16. محمد بن أحمد الصالح، حق الطفل في الشريعة الإسلامية، مطبعة النهضة، مصر، د.ت.ط.

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

18. ليلى جمعي، حماية الطفل، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2005، 2006.

19. المادة 123 من ق.أ.ج.

20. موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي، المغني ويليه، الشرح الكبير، ج 9، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983 .

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

22. المنجد في اللغة والأدب والإعلام، ط 36 ، دار المشرق بيروت، 1997.

23. الإمام أبي عبد الله محمد البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج 7، دار الفكر، د.ت.ط.

24. المادة 72 من ق.أ.ج.

25. عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 2 (الطلاق وآثاره)، ط 8، منشورات جامعة دمشق.

26. الفصل 3 من قانون 1958/03/04 التونسي، أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1، الزواج والطلاق، ط 3، دار نشر المعرفة، الرباط، 1994.

27. أحمد داود رقية، المرجع السابق، أحمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة والمعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير،2000، 2001.

28. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 2، الأحوال الشخصية، دار الفكر، الجزائر، 1992 .

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

30. أخرجه الشيخان أبو داود عن ابن سعد ابن الوقاص.

31. المادة 46 من ق.أ. ج.

32. نبيل صفر، قانون الأسرة (نما وفقها وتعليقا)، دار المالي للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006.

33. المادة 113 من ق.أ. ج.

34. المادة 130 من ق.أ.ج

35. المادة 64 من ق. ح.م.

36. معلومات مفية من طرف المساعدة الأجتماعية لمديرية النشاط الاجتماعي لولاية تلمسان (D.A.S)

37. الملحق رقم 01 الجريد الرسمية، العدد رقم 5، الصادرة في 22 يناير 1992.

38. القومي حول مشروع الأمم المتحدة لحقوق الطفل بالإسكندرية، 1988.

39. محمد عبد الجواد محمد، حماية الأمومة والطفولة في المواثيق الدولية، منشأة المعارف، 1991.

40. الإمام محمود شلتوت –الفتاوى، الإسلام عقيدة وشريعة، ط 01 ، دار البعث قسنطينة، د.ت.ط.

41. المرسوم التنفيذي رقم 24/92، المؤرخ في 13 جانفي 1992 و المتعلق بتغيير اللقب.

42. الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل و المتمم بالقانون 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 و بالقانون 07–05 مؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.

43. علال أمال،رسالة ماجستير،الموسومة: التبني و الكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،الجزائر،2008–2009.

44. بلحاج العربي،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد،ج1،بدون طبعة،دار الثقافة للنشر،عمان،الأردن،2012.

45. بركة ناجم، محاضرات في نظرية الحق،السنة الأولى حقوق،المركز الجامعي النعامة، الجزائر،2001–2013.

46. الأمر رقم 84–11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05–02 الصادر في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة.

47. قانون رقم 14–08 مؤرخ في 09–08–2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 70–20 المؤرخ في 19–02–1970 والمتعلق بالحالة المدنية.

48. الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 الصادر في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة.

49. المادة 134 معدلة بموجب القانون 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005.

50. الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966،الذي يتضمن قانون العقوبات،المعدل و المتمم.

51. عبد الرحمن بربارة،شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،ط4،منشورات بغدادي، الجزائر،2013.

52. أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري،بدون طبعة،دار الكتب القانونية،دار شتات للنشر و البرمجيات،جمهورية مصر العربية،2009.

53. دلاندة يوسف، قانون الأسرة: مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث،بدون طبعة، دار هومه، الجزائر،2002.

54. أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري،بدون طبعة، دار الكتب القانونية،دار شتات للنشر و البرمجيات، جمهورية مصر العربية،2009.

55. جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الطبعة الثانية، دار صادر بيروت مجلد14.

56. أبي جعفر محمد بن جرير ،جامع البيان عن تأويل القران المعروف بتفسير الطبري ،ضبط وتعليق شاكر محمود، ج 21، ط 1، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.

57. عبد العزيز سعد الجرائم الواقعة على الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002 .

58. العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسيرة الجزائر، ج 01 الزواج والطلاق، ط 3، ديوان المطبوعة الجامعية، المساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 2004.

59. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، الطبعة 13 ، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1980 م.

60. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنيدة والمذاهب الجفون والقانون، الطبعة الدار الجامعية، بيروت، 1983 .

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

62. المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري .

63. دليلة فرگوس، تاريخ النظم، الجزء 1، مطبعة الأطلس التشر، 1993.

64. محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة سلسلة دروس العلوم القانونية، الطبعة 03 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992 .

65. يحي أحمد زكريا الشامي، التي في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 27.

66. إسماعيل ابن كثير القرشي الدمشقي تفسير القرآن العظيم، الجزء3، المكتبة التوفيقية.

67. محمد محدد، سلسلة فقه الأسرة ، الطبعة، أطلس للنشر والجزائر ،1993.

68. محمد بن إسماعيل البخاري، فتح الباري ، شرح صحيح البخاري، مطبوع مع شرحه دار الفكر العربي، بيروت.

69. رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الرضاعة ، باب رضاعة الكبير .

70. رهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الأحوال الشخصية، ج 7 ، دار الفكر، سوريا،1985

71. عبد الله بن ناصر بن عبد الله السرحان كفالة اليتيم ، السعودية،2000.

72. القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن 128/19

73. محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري كتاب الوصايا باب أن يترك ورته أغنياء خيرا من أن يتكففوا الناس.

74. علال أمال ،البني والكفالة دراسية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي رسالة ماجستر ، جامعة تلمسان ،2009.

75. بلحاج العربي ، قانون الأميرة وفقا لأحدث التعدين وما عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010 الطبعة 4 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2012.

76. جيلالي نشوار، الزواج والطلاق إتجاه الاكتشافات الحية العلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية 2001.

77. بن عصمان نسرين ناس مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري رسالة ماجستير ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009.

المراجع باللغة الأجنبية :

78. Nadia Ait Zai, les droits de l'enfants en Algerie, Rapport , alger, juin 2005.