

جامعة مولود معمري تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون - نظام ل. م. د

## التبني والكفالة في ظل القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: القانون الخاص الداخلي

تحت إشراف:

د. بويصري سعيد

إعداد الطالبتين:

بومدان ياسمين

وليكان ثن هينان

### لجنة المناقشة:

أ. زايدي حميد، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا

د. بويصري سعيد، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... مشرفا ومقررا

أ. زوانتي لحسن، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنا

السنة الجامعية: 2016-2017

## كلمة شكر وتقدير

الشكر لله وحده والصلاة على رسوله الكريم وخير خلقه  
نتقدم بالشكر إلى الأستاذ الفاضل الذي أشرف على هذا  
العمل، الأستاذ سعيد بويزي الذي لم يبخل علينا بإرشاداته  
ومعلوماته القيمة خلال إعدادنا لهذه المذكرة  
كما نتقدم بالشكر لأعضاء لجنة المناقشة، الأساتذة الكرام  
الذين قبلوا مناقشة هذه المذكرة  
كما نتقدم بأسمى عبارات الشكر والعرفان إلى كل من  
ساعدنا في إتمام هذا العمل المتواضع

# إهداء

نشكر الله عز وجل على ما منحنا إياه من  
صبر ومثابرة لإنجاز هذا العمل الذي نهديه:

إلى الأولياء أطال الله في عمرهم

إلى كل أفراد عائلتنا

إلى الإخوة والأخوات

إلى كل الأصدقاء والزملاء

تتهينان وياسمينة

# مقدمة

شهد المجتمع القديم وضعا قاسيا إذ كان قائما على القوة والغزو والحروب والثأر، فكانت النتيجة الخراب والتشريد والقتل والجرائم بشتى أنواعها والتعدي على الطائفة الضعيفة، منهم اليتيم الذي لا حامي له، إذ يعتبرون اليتيم أو اللقيط مجلبة للنحس وسوء الحظ ويبتعدون عنه ولا يدخلونه منازلهم، فهذا ما نجده في مجتمع غابت عنه التوجيهات السماوية حيث تنطفئ أنوار الفطرة في نفوس أفرادها، فينحرف المجتمع عن الطريق الصحيح وتسود شريعة الغابة حيث يكون البقاء للأقوى، فإهمال هذه الشريحة من المجتمع أي اليتامى خطر على أنفسهم وخطر على المجتمع بأكمله كون هؤلاء الأطفال يمثلون الجيل القادم ودواء المجتمع في المستقبل، فإن صلحوا يصلح المجتمع وإن فسدوا يفسد المجتمع بأكمله.

دفع الوضع السائد بأشخاص القانون الدولي إلى إيجاد حلول قانونية وذلك بإنشاء مؤسسات قانونية تقوم برعاية هذه الفئة قصد نشأتها ورعايتها مثل وضعية الابن الشرعي، وهذا ما أدى إلى اختلاف الدول في اختيار هذه الأنظمة والمؤسسات القانونية، فمنهم من اختار مؤسسات قانونية تقوم باحتضان الولد ومنحه الاسم وتمكينه من الإرث، ومنهم العكس نصت على معاملة الابن كالأبن الشرعي لكن لا ينسب إلى حاضنه ولا يرث وإنما يجوز التبرع له، وهناك من الدول من جمعت بين النظامين معا وهو ما يصطلح عليه في التشريعات الدولية الداخلية بنظامي الكفالة والتبني، مما يدفعنا بدراسة النظامين، وذلك بطرح الإشكالية التالية:

### **فما هو مضمون التبني والكفالة وأي من النظامين تبناه المشرع الجزائري؟**

ولتدقيق البحث في هذا الموضوع نتطرق إلى النظام للتبني في الفصل الأول لدراسة كل من تعريفه وخصائصه وكذلك موقف الشرائع السماوية المختلفة، وفي الفصل الثاني ندرس النظام القانوني للكفالة مع بيان مفهوم وخصائص هذا النظام والطبيعة القانونية له وكذلك شروط إجراءات انعقاد هذا النظام أي نظام الكفالة.

# الفصل الأول

موقف الشرائع السماوية و التشريعات الوضعية

من نظام التبني

كان نظام التبني من بين الأنظمة التي تحرص على مصلحة ورعاية الطفل (الحضانة، الكفالة، النسب)، إلى أن جاءت المادة 46 ت.أ.ج. قاطعة وصريحة في منع التبني، فنصت أنه: « يمنع التبني شرعا وقانونا»، وعليه فلا يجوز لأحد أن يتبنى ولدا ليس من صلبه، ولمعرفة نظام التبني بالتفصيل اللازم، ارتأينا البحث في كل ما يتعلق بمفهوم التبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له في المبحث الأول من هذا الفصل، وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى موقف الشرائع السماوية المتعددة.

## المبحث الأول

### ماهية التبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

نظرا للاهتمام الواسع لنظام التبني نجد تعاريف متعددة وواسعة إلا أنها تنصب كلها في معنى واحد، لكون التبني إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول.

### المطلب الأول

#### تعريف التبني وخصائصه

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف التبني (الفرع الأول) ولتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له نقوم باستعراض خصائص التبني (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تعريف التبني

التبني هو إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول<sup>(1)</sup> مع علمه يقينا أنه ليس منه، وهي علاقة بن طرفين أحدهما هو الشخص الكبير امرأة أو رجل ويسمى المتبني أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبني.

والمتبني إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب كاللقيط، كما أن عملية التبني مخالفة للقانون الرباني والوضعي، وهو يختلف عن النسب أو الإقرار به وذلك لأن المقر بنسب شخص هو مثبت للحقيقة وكاشف لها.

كما عرفه الدكتور "محمد صبحي نجم"<sup>(1)</sup> التبني هو أن يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه وعرفه أنه ليس ولده فينتسب هذا المتبني إلى من تبناه.

<sup>1</sup> - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، طبعة 1985، المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1985، ص 224.



فالغرض الأساسي من التبني هو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لم يتمكن والداه الأصليان من توفير الرعاية له.

## الفرع الثاني

### خصائص التبني

إن للتبني خصائص متعددة مما يميزه عن الأنظمة المشابهة له (الحضانة، الإقرار بالنسب، الكفالة).

1- التبني نظام له وجود منذ القدم، حيث عرفته المجتمعات المختلفة في العصور الجاهلية.

2- اختلافا عن الأنظمة الأخرى يتميز التبني بإلحاق نسب المتبني القاصر بنسب المتبني واعتباره ابنا شرعيا.

3- يجب أن يكون المتبني شخصا راشدا ذكرا كان أم أنثى.

4- ينصب التبني على القاصر سواء كان ذكرا أم أنثى.

5- إمكانية تبني أي طفل بغض النظر عن جنسيته وفقا للمادة 13 مكرر 1 من قانون الأسرة الجزائري تطبيق على صحة التبني قانون جنسية الطرفين وفق إجراءاته وتطبيق على آثار التبني قانون جنسية المتبني

6- يغلب على التبني الطابع الشكلي والإجرائي، فهو بمثابة عقد بين المتبني والأشخاص والهيئات الراعية للطفل.

7- يتميز التبني بخاصية إصداره بموجب حكم قضائي بعد إجراءات تحقيق.

<sup>1</sup> - محاضرات في قانون الأسرة، سلسلة دروس العلوم القانونية، جامعة عنابة، ص 55.

## المطلب الثاني

### تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له في القانون الجزائري

إن للتبني خصائص ومميزات خاصة به مستقلا استقلالاً تاماً مقارنة بالأنظمة الأخرى بما فيها الحضانة، التلقيح الاصطناعي، الإقرار بالبنوة أو النسب، فكل نظام مستقل بذاته ولكل شروط وأحكام خاصة به، وعليه نحاول في هذا المطلب التطرق إلى التمييز بين هذه الأنظمة ونظام التبني.

## الفرع الأول

### التبني والإقرار بالنسب

إذا كان التبني هو إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقينا أنه ليس منه، وهي علاقة بين طرفين أحدهما هو الشخص الكبير امرأة أو رجل وهو المتبني والخاضع لهذه العملية أي الطفل المتبني.

وهذا أمر محرم ولا يصح في الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup> في حين الإقرار بالنسب خلافاً للتبني له أحكام وشروط محددة ومدروسة في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية.

فالنسب نعمة جعلها الله ثمرة لا تأتي إلا من منبت شريف طاهر، هو لقاء رجل وامرأة وفق الطريق المشروع، طبقاً للقانون فقد جعل الله سبحانه وتعالى للبنوة طريقاً واحداً ذكره في قوله: ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾ (سورة النحل، الآية 72).

<sup>1</sup> - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون سنة، ص 224.

إذ هو إقرار الشخص صراحة أن شخصا معيناً ابناً له بنسب صحيح وحقيقي، وحالت ظروف ما أجلت هذا الإقرار مثلاً كعقد تم دون تسجيله بين زوجين وأنجبا ولدا وفي حالة أخرى مثلاً أنكر الأب الولد فترة معينة ثم عاد واعترف بأن عقداً شرعياً تم بينه وبين امرأة نتج عنه ولد شرعي.<sup>(1)</sup>

## الفرع الثاني

### التبني والحضانة في القانون الجزائري

التبني هو أن يدعي شخص بنوة ولد معروف النسب أو مجهول النسب مع علمه بأنه ليس ابنه من صلبه فهذا أمر محرم ولا يصح في الشريعة الإسلامية. في حين الحضانة حق أساسي لدى الطفل لا يمكن إغفاله بحال من الأحوال<sup>(2)</sup> مراعاة لحسن تربيته ولاستقامة سلوكه وتقويمه نفسياً كما يكون بموجب حكم قضائي حرصاً على مصلحة المحضون حيث لا يفقده نسبه الأصلي من والديه الشرعيين ولا يلحقه بنسب الحاضن أي أن العلاقة تبقى دائماً في الحضانة لا غير.

## الفرع الثالث

### التبني والبنوة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري

التبني هو أن يضم الولد إلى الرجل ويجعل له نصيباً في الميراث يساوي نصيب أولاده من صلبه<sup>(3)</sup>، وقد تبني النبي صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة وصار يسمى زيد بن محمد حتى نزل قوله تعالى: ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ اللَّائِي تَظَاهَرُونَ

<sup>1</sup> - عبد الرحمان الصابون، شرح الأحوال الشخصية السوري،

<sup>2</sup> - الشحات إبراهيم منصور، عميد كلية الحقوق، حقوق الطفل وأثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 41.

<sup>3</sup> - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 39، رقم 01، 2001، ص 541.

مِنْهُمْ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٥﴾  
 ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿٤﴾ (الأحزاب، الآيتان 4-5).

وتكملة لقول الله تعالى جاءت المادة 46 ق.أ.ج قاطعة وصريحة في منع التبني فنصت أنه: «يمنع التبني شرعا وقانونا». ولكي يكون التلقيح الاصطناعي جائزا شرعا وقانونا لابد من توفر شروط حددت في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري ووضع له شروط خاصة به، إذ أنه يجب أن يكون هناك زواج شرعي وأن يكون بمني الزوج وبويضة من رحم الزوجة دون غيرها، وأن يكون التلقيح برضا الزوجين وفي حياتهما حيث يعتبر التلقيح الاصطناعي نسب شرعي وحقيقي وينتج جميع آثاره المتعلقة سواء بالبنوة أو الأبوة ولا يعتبر تبني.

## المبحث الثاني

### موقف الشرائع السماوية وبعض التشريعات الوضعية من نظام التبني

#### المطلب الأول

#### موقف الشرائع السماوية من نظام التبني

لقد اهتمت الشرائع السماوية بموضوع التبني منذ القديم، إذ كان من أهم المواضيع الحساسة التي تطرح في الحياة الاجتماعية لما فيه من تأثير على الواقع الأسري. وسنتطرق في هذا المطلب إلى رأي الديانات السماوية حول موضوع التبني وسنرى موقف كل من الشريعة اليهودية والمسيحية والشريعة الإسلامية.

#### الفرع الأول

#### التبني في الشريعة اليهودية

تعتبر الديانة اليهودية من أوائل الديانات السماوية التي بعث بها الله عزّ وجلّ إلى الأرض ليرشد الناس ويرسم لهم الطريق الذي يجب عليهم إتباعه، فكان كتاب الله التوراة المُنزّل على سيدنا موسى عليه السلام كتاب الله الحق الذي يقدر الرابطة الأسرية ويحمي كيانها حفاظاً على الأنساب الصحيحة وتفادي الإختلاط في الأنساب، وعليه فإنّ الديانة اليهودية لم تعترف بنظام التبني ولم تُقرّ به، حيث أنّ جميع الفقهاء ورجال الدين إتفقوا على تحريم التبني لما فيه من خطر إختلاط الأنساب<sup>(1)</sup> ولهذا فأى أسرة يهودية ضمتّ ابناً قاصراً لا تسري عليه الحقوق المقررة للأبناء الصليبيين كحق الميراث والحق في الإسم العائلي ولا

<sup>1</sup> - محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، الطبعة الثانية، 1992، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص

يكون هذا الضم مانعا من موانع الزواج كونه يُبقى الولد أجنبيا عن العائلة الحاضنة ولا يحمل دمها، وبالتالي يبقى متعلق بنسبه الأصلي.

وخلاصة القول أنّ نظام التبني عند اليهود غير مُعترف به كقاعدة من قواعد ثبوت النسب وهذا ما تدل عليه الآية الواردة في سفر التكوين حيث أخبر الله عزّ وجل إبراهيم عليه السلام أنّ من يرثه هو الابن الذي يخرج من أحشائه فقط وليس ابنا قام بتربيته<sup>(1)</sup>. استدلالا بحادثة سيدنا إبراهيم وزوجته سارة، نستخلص أنّ الديانة اليهودية لم تعتمد نظام التبني كونها ديانة تقديس الأسرة، وأنها رسالة من عند الله وأنّ الله حرّم التبني في كل كتبه السماوية المقدسة.

فالديانة اليهودية لا تعترف بالتبني كدرجة قرابة بين طفل يتيم وغريب والأسرة التي قامت برعايته واحتوائه، فكون العائلة احتوت الطفل لا يعني أنّه ينسب إلى تلك العائلة. تعتبر الديانة اليهودية نظام التبني صورة إفتراضية لعلاقة النسب والرابطة الأبوية مما يخالف الحقيقة الواقعية، ولهذا السبب فالأسرة اليهودية التي تضمّ طفلا إلى أفراد العائلة لا تسري عليه الحقوق المقررة للأولاد الصليبين من حق الميراث وغير ذلك من حقوق. ولا يترتب على ذلك أيضا تحريم الزواج لأنّ الطفل يبقى أجنبيا عن الأسرة، وفي نفس الوقت تتولى إهتماما بحماية الأبناء القصر الذين لا أهل لهم ولا مأوى وذلك بضمّهم إلى أسرة والقيام بتربيتهم ورعايتهم<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup>- ورد في سفر التكوين الصحاح 15\_الاعداد من 2\_4 حيث جرى حديث بين الرب وإبراهيم فقال " أَيُّهَا السَيِّدُ الرَّبُّ، مَاذَا تُعْطِينِي وَأَنَا مَاضٍ عَقِيمًا، وَمَالِكُ بَيْتِي هُوَ أَلْيَعَارِزُ الدَّمَشْقِيُّ " وقال إبراهيم أيضا: " إِنَّكَ لَمْ تُعْطِنِي نَسْلًا، وَهُوَذَا ابْنُ بَيْتِي وَارِثٌ لِي " فاد كلم الربّ قنلا " لَأ يَرِثَكَ هَذَا، بَلِ الَّذِي يَخْرُجُ مِنْ أَحْشَائِكَ هُوَ يَرِثُكَ " .

<sup>2</sup>- بودومي عبد الرحمان، التبني والكفالة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق قسم قانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2015-2016، ص 190.

## الفرع الثاني

### التبني في الشريعة المسيحية

تعتبر الشريعة المسيحية إحدى الشرائع السماوية التي أنزلت على سيدنا عيسى عليه السلام في كتاب الله المقدس الإنجيل، وعلى الرغم من تعدد الطوائف المسيحية، الكاثوليكية منها والأرثوذكسية، والطائفة الإنجيلية، والبروتستانتية، إلا أنها إتفقت على عدم جواز التبني. ولأنّ الدين المسيحي هو دين الله المُنزّل من السماء، فإنه لا يختلف عن الديانات السماوية الأخرى، إذ أنه جاء بنفس المبادئ التي جاءت بها جميع كتب الله عزّ وجل والتي تتمثل في فعل ما أمرنا الله به والإبتعاد عن ما نهانا عنه، أو ما لم يتم ذكره في الكتاب المقدس، لم يذكر موضوع التبني في الإنجيل ولهذا نجد أنّ معظم الفقهاء ورجال الدين إتفقوا على تحريم التبني كونه لم يرد في الكتاب المقدس فهو غير جائز.

فلا أحد يجراً على تبني ولد أجنبي لأنه مخالف لرغبة الله حسب ما فسره رجال الكنيسة كونه لم يتم ذكره في الأناجيل الأربعة المعترف بها<sup>(1)</sup>.

إلا أنه في سنة 1917، ظهرت مجموعة خاصة بالطائفة الكاثوليكية بالغرب، وفي عام 1949 ظهرت مجموعة خاصة بالطائفة الكاثوليكية بالشرق، حيث جاءت هاتين المجموعتين أحكام بالإحالة تختص التبني على القانون المدني في كل دولة توجد فيها الطائفة الكاثوليكية.

وعليه فإنّ كلما كان القانون المدني لدولة ما يجيز التبني إشتراط أن توجد فيها الطائفة الكاثوليكية سواء بالغرب أو الشرق، وهكذا تجيز تطبيق التبني بطريقة غير مباشرة ولكن تبقى سلطة الرقابة للكنيسة، ويكون لها الحق في التدخل إذا ما عرض عليها أمر يتعارض مع قواعد الشريعة المسيحية.

<sup>1</sup> - محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 56.

على رغم إقرار الطائفة الكاثوليكية بالتبني عن طريق الإحالة، إلا أنّ الكنيسة فرضت رقابة صارمة على من يقوم بالتبني، وذلك من أجل الحفاظ على الأنساب وحمايته من خطر الإختلاط<sup>(1)</sup>.

وخلاصة القول، فإنّ الديانة المسيحية لم تعترف بنظام التبني في البداية، إلا أنه فيما بعد ظهرت الطوائف الكاثوليكية التي تسمح بالتبني ولكن تحت مراقبة الكنيسة.

### الفرع الثالث

#### التبني في الشريعة الإسلامية

لقد كان العالم قبل مجيء الإسلام يعيش في ظلمة أخلاقية وظلال عقدي وفكري، بحيث كان الناس يجهلون القواعد الأساسية التي يجب إتباعها في علاقاتهم بعضهم ببعض، رغم ما جاءت به الديانات السماوية الأخرى من مبادئ وقيم وأخلاق، إلا أنّ الناس اختاروا تجاهل رسائل الله، وواصلوا السير في الظلمات وخاصة في العالم العربي حيث كان البقاء للأقوى ولا مكان للضعفاء بينهم، إلى أن بعث سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم رسالة الإسلام للعالمين التي كانت تحمل نظام عام وشامل لكل مسائل الحياة وكل أنواع العلاقات التي تربط شخص بآخر، بما فيه مسألة التبني والتي أكدت الشريعة الإسلامية على تحريمها تحريماً قطعياً حيث نصت صراحة عليه آيات الله الكريمة بعد بسم الله الرحمن الرحيم ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ اللَّائِي تَظَاهَرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴾ ﴿ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾ (سورة الأحزاب، الآيتان 4-5).

<sup>1</sup> - طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل الشهادة العليا للقضاء تريض مجلس قضاء وهران، محكمة قضاء أريزو، الدفعة



وقد يرجع السبب الأساسي لتحريم التبني في الشريعة الإسلامية لما فيه من خطر الإختلاط في النسب، ولطالما كان دين الإسلام يقدر نقاء النسب، وعلى خلاف الشرائع السماوية الأخرى التي لم يتم ذكر موضوع التبني، فإن الشريعة الإسلامية ذكرته في القرآن الكريم في الآيتين التي قد سبق وأن ذكرناهما، وقد أنزلت الآيتين بمناسبة حادثة تبني النبي محمد صلى الله عليه وسلم للولد "زيد بن حارث" قبل النبوة وبقصد النهي عن التبني الواقع عن طريق تحريف النسب.

ونستنتج من الآيتان أنّ الله عزّ وجلّ ينهى عن إدعاء بنوة ابن ليس من صلبه سواء كان معلوم أو مجهول النسب، وذلك لما فيه من إغتصاب الأنساب وتحريفها وذلك عن طريق تجريد الطفل من نسبه الحقيقي وحرمانه من التعرف على عائلته الأصلية، كما أنّه لا يجوز استبدال نسب ولد بنسب شخص آخر حتى ولو كان بنسب أحسن خلق الله الذي هو رسول الله صلى الله عليه وسلم، وما ينطبق على الرسول وعلى الطفل زيدا ينطبق على كافة الناس لأن دين الإسلام موجه للعالمين<sup>(1)</sup>.

#### ● نظرة الإسلام المعاصر للتبني

على الرغم من أنّ الشريعة الإسلامية قد حرمت التبني ونفت كل أثر يمكن أن يترتب عن هذه العلاقة، إلا أن الشريعة الإسلامية لم تبقى غير حساسة لموضوع الطفل، إذ قدمت أرقى وأسمى صور الحماية للطفل خاصة اليتيم منه، حيث إعترفت له بمجموعة من الحقوق وتستمر حتى سن الرشد، لأنّ الطفل رجل المستقبل، وآمال وحلم المجتمع. ولأنه ليس مسؤولاً عن أخطاء والديه اللذان أنجباه، سواء بعلاقة شرعية أو بعلاقة خارج إطار الزواج، منحه الدين الإسلامي عناية كبيرة، ووضع له أحكام وقوانين تحميه من ظلم المجتمع وحفظه من الضياع، وتحرص على تربية أجيال سليمة، فجاء الإسلام بنظام بديل عن نظام التبني وهو نظام الكفالة.

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الأولى، دار التونسي للنشر، ص 187.

### • الحكمة من تحريم التبني في الشريعة الإسلامية

تتجلى الحكمة من تحريم التبني في الإسلام فيما يلي:

- منع نهك الأنساب واختلاطها والطفل من نسبه الأصلي وذلك قد ذكر في آيات الله عزّ وجلّ، بعد بسم الله الرحمن الرحيم ﴿ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾<sup>(1)</sup>.

- الحفاظ على أرزاق الناس: حرّم الإسلام التبني لحفظ أرزاق الناس وذلك بعدم جواز توريث الطفل الغريب من ميراث العائلة، لأنّ الميراث له شروطه وأحكامه، ومن أهم هذه الشروط القرابة الدموية، وفي تحريم التبني عدم الاعتداء على حقوق الغير لأنّ إقرار التبني وثبوت التوريث يجعل منه تعديا على مال الغير دون أي حق، وهذا من شأنه أن يُثير الضغينة والأحقاد بين الأقارب بسبب الطفل الذي يعتبر دخيلا على الأسرة والذي اغتصب حقوقهم، وبالتالي قد يؤدي حتى إلى قطع صلة الرحم بين أفراد الأسرة، لأنّ الطفل قد يصبح أختا دون أن تكون هناك علاقة قرابة بينه وبين العائلة المتبنية.

<sup>1</sup> - سورة الأحزاب، الآية 5.

## المطلب الثاني

### موقف التشريعات من نظام التبني

تجدر الإشارة إلى أنّ نظام التبني رغم رفضه من جميع الديانات السماوية، إلا أنّ هناك بعض الدول تأخذ به، وهذا ما سنعرضه فيما يلي.

### الفرع الأول

#### موقف المشرع التونسي من التبني

تعتبر تونس الدولة العربية الوحيدة التي أجازت نظام التبني، حيث قامت بتنظيمه بموجب مجلة الأحوال الشخصية وذلك من خلال القانون رقم 1958-0027 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بأحكام التبني، وقد نظم هذا القانون أحكام التبني وإجراءاته القضائية.

#### أ- أحكام التبني في القانون التونسي

لقد إشتراط المشرع التونسي من المادة 8 إلى المادة 12 مجموعة من الشروط لكي تكون إجراءات التبني صحيحة وهي كالاتي:

- يقتضي حسب نص المادتين 8 و9 أن يكون طالب التبني راشداً وكامل الأهلية ويجب أن يكون متزوجاً أو مطلقاً أو متوفى عنه زوجه، ويجب أن يكون قادراً على التكفل بالمتبني من كافة الجوانب.

يشترط طبقاً للمادة 10 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أن يكون الطفل المتبني قاصراً، لا يكون الفرق في السن بين الطفل وطالب التبني يقل عن 15 سنة، وبموجب المادة نفسها أجاز المشرع التونسي لمواطن تونسي تبني طفل قاصر أجنبي.

- نصت المادة 11 من القانون نفسه على إلزامية موافقة الزوجين، وأيضاً حضور والدي الطفل إذا كان معلوم النسب، أمّا إذا كان مجهول النسب يلزم حضور ممثل السلطة الإدارية<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup>- طلبية مالك، مرجع سابق، ص 11

- لقد وردت في المادة 13 من القانون السالف الذكر، أنّ المشرع التونسي يربط صحة التبني بصدور حكم قضائي من الجهة القضائية المختصة، على أن يصدر الحكم في مكتب القاضي الواقع في دائرة اختصاصه هذا التصرف، ويشترط حضور طالب التبني وزوجته وكذلك حضور والدي الطفل كما سبق ذكره في محتوى المادة 11.

### ب- إجراءات التبني في القانون التونسي

حسب المواد 11، 12، 13 من القانون رقم 00-27 المؤرخ في 1958، المتضمن

إجراءات التبني في القانون التونسي نستخلص ما يلي:

- تقديم طلب إلى القاضي المختص
- ضرورة موافقة زوج طالب التبني
- حضور كل من طالب التبني وزوجه
- حضور والد المتبني إذا كان معلوم النسب أو ممثل السلطة الإدارية إن كان مجهول النسب

### ج- الآثار المترتبة عن التبني في القانون التونسي

لقد أشارت المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية التونسية إلى الآثار التي تترتب

عن التبني وذكرت منها:

- إحداث علاقة بنوة بين المتبني والمتبني.
- حمل الطفل المتبني اسم متبنيه.
- إستطاعة تغيير اسمه أي تغيير اسم الطفل المتبني.
- وتشير المادة 15 منه إلى أنّ المشرع التونسي عامل الطفل معاملة الإبن الشرعي من حيث منحه الحقوق المادية والمعنوية التي يتمتع بها الإبن الصلبي، وحملته كامل واجبات الأولاد الصليبين.
- تفضل موانع الزواج بين الأقارب قائمة.

وخلاصة القول فإنّ الدولة التونسية هي الدولة العربية الوحيدة التي تأثرت بما إتجهت إليه التشريعات الغربية من حيث إقرارها بنظام التبني، على عكس ما إتجهت إليه أغلبية الدول العربية والإسلامية التي إستتبطت أحكامها من الشريعة الإسلامية التي تحرم التبني.

## الفرع الثاني

### موقف المشرع الفرنسي من التبني

اهتم المشرع الفرنسي اهتماما كبيرا بموضوع التبني، بحيث أنه يسمح بأي عمل من شأنه أن يلبس الأطفال سواءً الشرعيين اليتامى أو غير الشرعيين الناتجين عن علاقة خارج إطار الزواج، لباس الشرعية وضمان أمنهم وحفظهم من الضياع، ولهذا فقد أعد المشرع الفرنسي نصوصا قانونية في القانون المدني حيث خصص له المواد من 343 إلى 370، وقسم التبني إلى نوعين: التبني البسيط *adoption simple* والتبني الشامل *adoption plénière*<sup>(1)</sup>.

وسوف نتطرق في هذا الفرع إلى هذين النوعين من التبني بشكل مختصر لنحيط بفكرة التبني التي تبناها المشرع الفرنسي في قانونه.

#### أ- التبني البسيط *Adoption simple*

طبقا للمادة 364 من القانون المدني الفرنسي، يقصد بالتبني البسيط ذلك التبني الذي لا يحدد أي شروط لتبني الأطفال مجهولي النسب، بحيث أنّ هذا التبني لا يترتب عنه قطع علاقة الطفل المتبني مع أسرته الأصلية، ويحق له الإحتفاظ بكل حقوقه الناتجة عن القرابة التي تربطه بالعائلة الحقيقية، مثل حقه في الميراث وحقه في الإحتفاظ بإسمه الأصلي أو يمكن للشخص الذي قام بالتبني أن يمنح له لقبه فيصبح الطفل يحمل لقب المتبني ولكن لا يمتد هذا التغيير إلى أفراد عائلته الأصلية، كما أنّه لا تسقط عنه جنسيته بطريقة تلقائية.

<sup>1</sup>- بودومي، مرجع سابق، ص162

ومن المادة السالفة الذكر، يمكن كذلك أن نستخرج الآثار التي تترتب عن التبني البسيط والتي تتمثل فيما يلي:

- إلحاق نسب الولد المتبني بالنسب الأصلي، ومحافظة على كامل حقوقه.
- إنشاء علاقة بين المتبني والمتبني فتمتد إلى فروع المتبني ولا تمتد إلى أصوله.

### ب- التبني الكامل Adoption plénière

يعتبر هذا النوع من التبني من أخطر أنواع التبني، لأن من شأنه العبث بالأنساب إذ أنه يكون بتجانس الطفل المتبني داخل العائلة المتبناة بصفة مطلقة دون رجعة، بمعنى أن يقطع الطفل كل الروابط التي تربطه مع عائلته الأصلية ليلتحق بالعائلة الغريبة التي قامت بتبنيه.

## الفرع الثالث

### موقف هيئة الأمم المتحدة من التبني

هيئة الأمم المتحدة هي الهيئة العالمية التي تضم العديد من دول العالم، والتي أنشأت لحماية حقوق الإنسان عامة، وحقوق الطفل والمرأة خاصة. وبما أنّ من شأنها حماية حقوق الطفل، فلقد أصدرت قرار رقم 41-85 المؤرخ في 3 ديسمبر 1986 والمتعلق بإعلان المبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم، مع الإهتمام الخاص بالحضانة والتبني، كما أنّها أكدت على أنّ الغرض الأساسي للتبني هو توفير مأوى للأطفال، أي أنّه قبل كلّ شيء هدف إنساني.

لقد اعترفت هيئة الأمم المتحدة بنظام التبني واعتبرته الطريقة المثلى لضمان حقوق الطفل وتوفير له العائلة التي يفتقد إليها، لذا ألزمت كلّ الدول التي صادقت على الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل بالإعتراف بنظام التبني<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup>- طلبه مالك، التبني والكفالة، المرجع السابق، ص 12.

وأقرت أنّ الطفل المتبنى له نفس الحقوق كإبن شرعي، وإذا كان أجنبي له الحق في جنسية متبنيه. فكلّ الدول التي تعترف بنظام التبني، من واجبها أو هي ملزمة بتوفير الرعاية اللازمة بالطفل، ومعاملته كإبن شرعي. حتى أنّ بعض الدول منحتة حق الميراث والإنفصال الكلي عن العائلة الأصلية مثل فرنسا في نظام التبني الكلي.

### المطلب الثالث

#### حكم التبني في القانون والقضاء الجزائري

سنعرض في هذا المطلب -الذي قسمناه إلى فرعين- رأي المشرع الجزائري فيما يخص نظام التبني، نعالج في الفرع الأول رأي القانون، وسنتطرق في الفرع الثاني إلى موقف القضاء من التبني.

### الفرع الأول

#### موقف القانون الجزائري من التبني

لقد تطرق المشرع الجزائري لمسألة التبني في المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(1)</sup>، إذ نصت هذه المادة صراحة على تحريم التبني، فلا يجوز للقاضي الحكم به أو الإذن به كما لا يجوز للأجانب المقيمين على التراب الجزائري والذي يسمح قانون بلدهم بالتبني طلب التبني أمام القاضي الجزائري.

أمّا المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب قانون رقم 05-10 المعدل والمتمم<sup>(2)</sup>، قد أجازت للقاضي الجزائري أن يأذن بالتبني ويبرم عقد التبني، لكن بشروط، فصحة انعقاد التبني يخضع إلى قانون جنسية كلّ من طالب التبني والمتبني وقت

<sup>1</sup> - المادة 46 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - قانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم.

إجراءاته، فالقاضي الجزائري يسمح بالتبني إبتاعا لما يسمح به قانون جنسية الأطراف، فإن كان قانون جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني فإن القاضي الداخلي يرفض طلب التبني<sup>(1)</sup>.  
 نلتمس نوعا من التناقض بين محتوى المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، إذ تمنع المادة 64 التبني منعا قطعيا، في حين نجد المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني جاء باستثناء والتي تتمثل بالسماح للأجنبي المقيم على الإقليم الجزائري بمنح الإذن بالتبني إن كان قانون دولته يسمح بذلك.

## الفرع الثاني

### موقف القضاء الجزائري من التبني

بطبيعة الحال ومن المنطقي أن يتبع القضاء القانون المدني الذي رسمه المشرع، فالقضاء بدوره حرس على محاربة التبني الذي من شأنه تزييف النسب وتدمير حياة الأطفال الأبرياء، إذ لا يسمح بإلحاق طفل سواء كان مجهول النسب أو معلوم النسب بعائلة غريبة عنه.

وبهذا الشأن، أصرت المحكمة العليا في العديد من القرارات على إلغاء التبني وإبطال أي وثيقة تتضمن هذه الحالة، وذلك بسبب مخالفتها للنظام العام الجزائري، وحسب المادة 47 من الأمر المؤرخ في 19/02/1970 من قانون الحالة المدنية، فإنه يمنع التبني شرعا وقانونا<sup>(2)</sup>.

ومن خلال ما سبق نجد أنّ المشرع الجزائري متمسك بموقفه من التبني ويعتبره من المحرمات التي لا يمكن الاعتراف بها، حتى أنه فرض عقوبات قانونية لمن يتبنى طفلا

<sup>1</sup>- قانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون رقم 05-01 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005.

<sup>2</sup>- بودومي عبد الرحمان، التبني والكفالة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 88.



مجهول النسب سواء كان على التراب الجزائري أو خارجه، فبمجرد تزيف لقب الطفل يعد جريمة في حد ذاتها.

## الفصل الثاني

### الكفالة في ظل القانون الجزائري

## تمهيد

تمثل الكفالة إحدى أهم الصيغ للتكفل بالأطفال المحرومين نهائياً من الأسرة، وقد أقرها الشرع والقانون كنظام بديل للتبني، وحتى الاتفاقيات الدولية أقرت بهذا النظام ومنها اتفاقية حقوق الطفل اعتمدت وعرضت التوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 44-25 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989.

إذ أن الشريعة حرمت التبني بعدما كان معمولاً به في الجاهلية قبل الإسلام، أين كان النبي محمد صلى الله عليه وسلم قبل النبوة متبنياً زيد بن حارثة والذي كان يدعى في ذلك الوقت "زيد بن محمد"، وعلى ذلك أنزل الله عز وجل الآية من سورة الأحزاب وقال تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾<sup>(1)</sup>.

إلا أن هذا التحريم كان له بديل وذلك لحماية شريحة في المجتمع التي كانت ضحية تصرفات سلبية، إذ نتج عنها أطفال مجهولي النسب واللقطاء، وهذا البديل يتمثل في نظام الكفالة.

<sup>1</sup> - الآية 5 من سورة الأحزاب

## المبحث الأول

### ماهية الكفالة وإجراءات انعقادها

لم تكن الشريعة الإسلامية بتحريمها التبني، ولكنها أوجدت البديل الذي يحفظ للطفل كيانه وهويته وشخصيته، فأولت له عناية كبيرة بغض النظر عن نسبه، سواء كان معلوماً أو مجهولاً.

وهذه العناية تجسد في نظام الكفالة التي أقرها قانون الأسرة الجزائري وأقرتها قوانين عربية أخرى مرتكزا في ذلك على مبدأ الأخوة في الدين المكرس في جل أحكام الشريعة الإسلامية، إذ تعتبر هذه الأخيرة بأن هذا المبدأ إنما يؤسس لنظام الحقوق المتبادلة بين المؤمنين، فيكون لليتيم ما يكون للمسلمين عامة وعليه ما على المسلمين، فكان واجبا على كل مسلم إيوائهم ورعايتهم وتربيتهم حتى يصبحوا قادرين على مواجهة مستلزمات الحياة العادية بالاستقامة والفعالية بعد الاندماج.

ولمعرفة نظام الكفالة بالتفصيل اللازم، ارتأينا البحث في كل ما يتعلق بخصائصها وطبيعتها القانونية والتي من خلالها يمكن تمييزها عن غيرها من الأنظمة البديلة في نطاق الرعاية الاجتماعية وشروط إجراءات انعقاد الكفالة في الجزائر، وعليه نحاول التطرق إلى تعريف الكفالة وأهم الخصائص التي يركز عليها نظام الكفالة وطبيعتها القانونية (المطلب الأول) وشروط إجراءات انعقاد الكفالة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول:

#### مفهوم الكفالة

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الكفالة بمختلف معانيها (الفرع الأول) وأهم خصائصها (الفرع الثاني)، مع الإشارة إلى طبيعتها القانونية (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### تعريف الكفالة

1- المعنى اللغوي: الكفالة هي الضم، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾<sup>(1)</sup>

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

2- المعنى الاصطلاحي: الكفالة هي عبارة عن عقد من خلاله يكفل شخص ما تنفيذ

الالتزام القائم على عاتق شخص معين، أو محتمل القيام به مستقبلا، إذ يتعهد للدائن بأن

يفي بهذا الالتزام مستقبلا إذ لم يفي به المدين نفسه عند حلول الأجل<sup>(2)</sup>.

ووفقا لقانون الأسرة الجزائري، الكفالة عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد

قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي<sup>(3)</sup>.

والمقصود بالكفالة شرعا: هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بالنفس.

لقد كان لنظام الكفالة الأثر الإيجابي داخل المجتمع الجزائري، إذ يمكن للعديد من

العائلات التكفل بهذه الفئة من المجتمع التي لا ذنب لها في هذه الوضعية الاجتماعية

والنفسية المأساوية.

ولقد فتح نظام الكفالة الباب أمام أسر لم يرزقها الله سبحانه وتعالى بالأولاد، أن تلجأ

لنظام الكفالة باعتباره المفتاح القانوني لحل مشكلة العقم بالنسبة لهذ الأسر.

ومن خلال ما سبق الإشارة إليه عند التطرق لمسألة تعريف الكفالة يمكن استخلاص

بعض الخصائص التي تتفرد بها الكفالة عن غيرها من الأنظمة الأخرى، ويمكن بعد ذلك

وعلى ضوء هذه الخصائص تحديد الطبيعة القانونية لهذا النظام.

<sup>1</sup> - سورة آل عمران، من الآية 37

<sup>2</sup> - المادة 644 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري.

## الفرع الثاني

## خصائص الكفالة

بقراءة متأنية للتعريف المنصوص عليه في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري يمكن استخلاص الخصائص التالية<sup>(1)</sup>:

**1- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:**

إن الكفالة التزام وبالتحديد عقد، ولهذا العقد أطراف، فإذا كان الولد معلوم النسب قد يتولى وليه (والده أو أحد أقاربه) مباشرة.

وما يجدر التنبيه إليه أن المشرع أهمل ذكر الرابطة الزوجية في المادة 116 ق.أ.ج، وهو ما لم يفعله في المواد الأخرى، الشيء الذي جعله يغفل عن ذكر زوجة الكافل وأهمية حضورها في العقد، باعتبارها الطرف الذي سيقوم بواجب التربية والرعاية، بل وحتى الرضاعة إذ كانت ولودا، حيث يجب موافقة كلا الزوجين على الكفالة، وهو رأي صائب لما قد يربته من آثار سلبية إذا انعقدت الكفالة على الرغم من رفض الزوجة لها.

فعقد الكفالة هو عقد من العقود التبرعية، والتبرع في هذه الحالة يأخذ شكل عقد تفضل لأنه يقدم منفعة وخدمة شخصية، وهذا الطابع التبرعي أضفى على نظام الكفالة صبغة إنسانية ترقى إلى تلك التصرفات الخيرية التبرعية الإنسانية الراقية التي تعمل على حماية الجنس البشري من الإهمال والمعاناة الاجتماعية والنفسية.

لإشارة فإن نظام الكفالة هو نظام مستوحى من أحكام الشريعة الإسلامية القائمة على الإحسان والود والمحبة والتآخي والتكاتف والتضامن، وهو بذلك بديل فعلي وفعال لنظام التبني الذي تتنادي بعض الجمعيات النسوية في الجزائر لكي يحل محله، وبعد ذلك في اعتقادنا تجنبنا على أحكام الكفالة التي تفردت بها الشريعة الإسلامية وأقرت بعد ذلك كل الهيئات الدولية والقوانين الغربية.

<sup>1</sup> - المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري.

**2- الكفالة تقع على ولد قاصر**

ويشترط أن يكون أحد طرفي عقد الكفالة وهو الولد المكفول قاصرا، أي دون سن التاسعة عشر، باعتباره سن الرشد القانوني اللازم لصحة التصرفات القانونية. هذه الخاصية تقترب كثيرا من المفهوم الشرعي للشخص المراد كفالته، والذي يعتبر مهما كانت الظروف أجنبيا، لذلك يشترط أن يكون غير بالغ حفاظا على حرمة العائلة وحماية الأنساب، فيبقى الولد المكفول غريب على العائلة من هذه الناحية إلى آخر أيام حياته.

**3- حقوق الكفيل على الولد المكفول شرعيا كان أم مجهول النسب:**

وهذا ما أقره المشرع من خلال المادة 121 من قانون الأسرة<sup>(1)</sup> حين خولت لكفيل المكفول الولاية التي يتمتع بها الولد الأصلي وهي الولاية على النفس، كما أن المشرع منح الولد المكفول امتياز الابن الشرعي في جوانب الإنفاق والتربية والرعاية، وسوى في هذه الحالة بين المكفول والابن الشرعي ومبدأ المساواة هذا يقوم أساسا على عامل نفسي وشخصي لا يخضع لأي مقابل مادي أو مالي، إنما يرجى من وراءه الأجر فحسب. إن قيام الكفيل بتحصيل بعض الحقوق المالية الممنوحة من طرف الدولة لهذا الولد المكفول لا ينقص من الأجر والثواب في شيء، ويترتب على هذا مجموعة من الحقوق والالتزامات متبادلة محددة وفقا للأحكام التي تحكم علاقة الأب بابنه.

هذه إذا أهم الخصائص التي تتميز بها الكفالة في القانون الجزائري، فما هي طبيعتها

القانونية؟

<sup>1</sup> - المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري.

## الفرع الثالث

## الطبيعة القانونية للكفالة

الواضح أننا لم نعثر على أي دراسة في مجال تحديد طبيعة الكفالة، خصوصا في الفقه الحديث، وسبب ذلك في نظرنا يرجع إلى أن الكفالة لم تنظم بمفهومها الجديد إلا حديثا، ولكن بالرجوع إلى مواد قانون الأسرة، يتضح بأن المشرع ترك الخيار للمتعاقدين في توثيق تصرفهما في شكل عقد يحرر أمام موثق أو أمام رئيس المحكمة، وفي هذا السياق أشارت المادة 117 من ذات القانون إلى أن الكفالة عقد التزام على وجه التبرع لأجل القيام بشؤون المكفول، وذلك إما باللجوء للمحكمة أو التقدم أمام موثق.

وبناء عليه، فإن الكفالة تتقرر بالعقد، وما حكم المحكمة سوى كشف لإرادة الأطراف، فهي تشمل على الكفيل والمكفول القاصر أو المجنون أو المعتوه أو المسن أو العاجز بدنيا وما يحتاجه من نفقة وتربية ورعاية، حاله في ذلك حال العلاقة القائمة بين الأب وابنه وبرضى الولي القانوني. إذا حقيقة الكفالة هو القيام بشؤون من لا يستطيع إدارة شؤونه بنفسه<sup>(1)</sup>.

فأصبح للقاضي سلطة تقرير مصير المكفول، بمعنى أنه هو وحده وبناء على هذه السلطة يقرر الموافقة أو الرفض في إسناد كفالة ولد ما مجهول النسب أو معلوم لكفيل ما، ويتم هذا الإجراء غير القضائي في شكل أمر يصدره ويكون نهائيا غير قابل لأي طعن. في حالة الموافقة تسلم نسخة من هذا الأمر لضابط الحالة المدنية المختصة إقليميا لأجل قيده في سجلات الحالة المدنية، وعلى هامش شهادة ميلاد الولد المكفول ويصبح العقد صحيحا، محدث لكل الآثار التي يترتب عن العقود التبرعية عند استيفائه للشروط المقررة قانونا.

<sup>1</sup>-المادة 117 من قانون الأسرة.



الملاحظ أن المادة 117 من قانون الأسرة أسندت كذلك الاختصاص إلى القاضي الذي يقع فيه موطن صاحب الطلب في الكفالة عن طريق طلب على شكل عريضة تقدم من هذا الكفيل إلى القاضي مرفوق بتصريح أبوي الولد، إن كان معلوم النسب. أو من أمه بموجب تصريح توثيقي. وقد وسعت المادة السالفة الذكر من اختصاص المحكمة للنظر في مدى أهلية الكفيل في ممارسة الالتزامات القانونية الملقاة على عاتقه بموجب أحكام، أما إذا قوبل الطلب بالرفض بسبب عدم اكتمال الشروط الواجب توافرها، فإنه يستصدر أمر بالرفض، ويتعين حينئذ على من له مصلحة في ذلك السعي من جديد في مراجعة الإجراءات وتصحيحها للحصول على الموافقة.

ويكف بعض الدارسين لموضوع الكفالة الأمر الصادر عن القاضي المحدد على مستوى نص المادة 117 من قانون الأسرة بأنه من صميم الأعمال الولائية التي ذكرها قانون الإجراءات المدنية (القديم والجديد بعد التعديل) وأسند مهامها إلى الجهات القضائية المختصة، ولكنها لا تعد من قبيل الأحكام القضائية التي يشترط فيها والوجاهية والعلنية لكي تنفذ بين أطراف الخصومة والغير. وتصح فيها جميع الطعون المقررة قانونا سواء كانت معارضة أو استئناف أو طعنا بالنقض في حين أن الأمر الصادر عن القاضي المختص لا يكون قابلا لأي طعن مهما كان نوعه.

والكفالة القضائية هي من الأعمال الولائية لكونه لم يحصل أمام القاضي أي نقاش ولا مرافعة، ولم يستلزم تدخل النيابة العامة<sup>(1)</sup>.

فالكفالة هي من قبيل الأعمال الولائية القائمة على السلطة التقديرية للقاضي وهي بذلك تدخل في نطاق الوظيفة الولائية لجهاز القضاء، ولا تدخل ضمن الأحكام التي ينطق بها قاضي الحكم بعد قيد عريضة وتبليغها وانعقاد الخصومة، وتمكين الأطراف من مناقشتها والمرافعة ثم النطق بالحكم.

<sup>1</sup>-تياب نادية، حق النسب والحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية، رقم 05-2008، ص158.

وخلاصة القول فإن الكفالة عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة، يلزم المخاطبين به احترام أحكامه لكون كافة قواعده القانونية آمرة من صميم النظام العام. ولأجل استعمال الصورة التي تميز الكفالة عن باقي الأنظمة الأخرى مثل نظام التبني، يتعين علينا التطرق للشروط التي يجب توفرها في الكفالة حتى تتخذ الشكل القانوني الذي يمكنها من النفوذ في حق الأطراف المعنية بها.

## المطلب الثاني

### شروط إجراءات انعقاد الكفالة في الجزائر

لقد تم تنظيم موضوع الكفالة في عدة نصوص قانونية، كما درس موضوع تغيير لقب القاصر مجهول النسب من الأب ليصبح مطابقا للقب العائلي للكافل<sup>(1)</sup>، وهذا وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 92-24 وحسب المادة 13 مكرر فإن في حالة وجود طرفا أجنبيا في عقد الكفالة فالقاضي الداخلي الجزائري ملزم أن يراعي قانوني الطرفين في عقد الكفالة عند إبرام العقد<sup>(2)</sup>. ففي هذا المطلب نحاول الإشارة إلى الشروط المطلوبة في العناصر الأساسية لهذا العقد وهو الشخص الكافل والشخص المكفول والجهة التي يتم فيها إنشاء هذا العقد، الشروط المتعلقة بالكافل (الفرع الأول)، الشروط المتعلقة بالمكفول (الفرع الثاني)، إجراءات الكفالة (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### الشروط المتعلقة بالكافل

لقد تم تحديد الشروط المتعلقة بالكافل في أحكام قانون الأسرة في المادتين 117 و118، وهي شروط عامة لا يمكن الاستغناء عنها، والتي تلزمها الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة، سواء كان لدى الموثق أو قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة، وبعد إجراء

<sup>1</sup> المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 8 رجب 1412 الموافق لـ 13 يناير 1992، يتم المرسوم رقم 157-71 المؤرخ في 3 يونيو 1971 والمتعلق بتغيير اللقب.

<sup>2</sup> المادة 13 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري.

التحقيق يحزر العقد من قبل هذه الجهات إذا ما توفرت هذه الشروط العامة والأساسية، أما إذا اختلت إحدى هذه الشروط في الكافل يرفض الطلب.

### 1- شرط الإسلام:

دين الإسلام شرط أساسي وضروري في عقد الكفالة، فالشخص الذي يدين بديانة أخرى غير الإسلام لا تمنح له الكفالة وهذا لمصلحة الطفل، ويتم التحقق من كون طالب الكفالة مسلما، وتستخدم جميع الوسائل كالشهادة، الشهود، القرائن.

### 2- أن يكون الكافل عاقلا متمتعا بالأهلية الكاملة:

أن يكون الكافل متمتعا بالأهلية القانونية الكاملة، أي يجب أن يكون الكافل بالغ سن الرشد وغير محجور عليه بسبب جنون أو عته أو نتيجة لعقوبة جزائية<sup>(1)</sup>.

### 3- شرط القدرة

أن يكون الكافل قادر من الناحية المادية، فلا يمكن للشخص المحتاج كفالة الشخص وغير قادر على تغطية كل ما يلزم المكفول من طعام وملبس ومسكن، فالقاضي يطلب من طالبي الكفالة تقديم كشف عن الراتب الشهري أو أية وثيقة أخرى تثبت أي كدليل على قدرة الشخص على الرعاية التامة للمكفول.

### 4- شرط الزواج:

لم يوجد أي نص قانوني يلزم الكافل أن يكون متزوجا، لكن عمليا (أي من حيث التطبيق) تدرج الدولة هذا الشرط من بين الشروط التي تلزمها في ملف طالبي الكفالة، رعاية لمصلحة الطفل المكفول حيث توفر له أسرة ويعيش في جو عائلي عادي كباقي الأطفال.

### • طالب الكفالة أجنبي الجنسية

يمكن لطالبي الكفالة أجنبي الجنسية التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة دون الأخذ بعين الاعتبار الديانة التي يتدين بها، وعلى القاضي مراعاة قانوني طالب الكفالة

<sup>1</sup> - المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري.

والطفل المكفول عند إنشاء العقد، فإذا ما رأى القاضي الجزائري أن قانون الأجنبي يجيز الكفالة مع اختلاف الأطراف في الجنسية ففي هذه الحالة يقوم القاضي بتحرير عقد الكفالة بعد إتمام التحقيق.

وفي حالة ما إذا كان الكافل والمكفول من نفس الجنسية وكان قانون دولتيهما يجيز الكفالة، فإن القاضي يحرر عقد الكفالة.

أما إذا كان أحد القوانين لا يجيز الكفالة، فلا يمكن تحرير العقد وهذا حسب المادة 13 مكرر 01 من قانون 05-10 التي تلزم القاضي أن يراعي القوانين معا في حال تحرير العقد<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### الشروط المتعلقة بالمكفول

لم يرد أي نص في قانون الأسرة فيما يخص الشروط الخاصة بالمكفول وإنما يمكن استخلاص بعض الشروط التي أشار إليها قانون الأسرة بطريقة غير مباشرة، فالمادة 116 تنص على أن المشرع الجزائري اشترط في المكفول أن يكون قاصرا، كما تطرقت المادة 119 إلى وضعية الطفل المكفول المجهول النسب أو معلوم النسب<sup>(2)</sup>.

#### 1- شرط السن

قبل إبرام عقد الكفالة يتم التحقيق في الملف من طرف القاضي أو الموثق حيث يتأكد من بعض الشروط، ومنها شرط السن، فقانون الأسرة يشترط أن يكون ولدا قاصرا فقط. وحسب أحكام القانون المدني في المادة 02/40 «القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي 19 سنة»

<sup>1</sup>-المادة 13 مكرر 01 من قانون 05-10.

<sup>2</sup>-المادتين 116 و119 من قانون الأسرة الجزائري.

## 2- المكفول معلوم أو مجهول النسب

## أ- معلوم النسب

ورد هذا الشرط في المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري حيث يمكن أن يكون للمكفول أبوين معروفين، ففي هذه الحالة يشترط عند إبرام الكفالة أمام الموثق أو أمام القاضي أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية بالخارج أن يحضرا ويصرحا برضاهما، وإذا كان أحدهما على قيد الحياة فهو الذي يبدي رأيه أي رضاه أمام الجهة المختصة بتحرير العقد<sup>(1)</sup>. أما إذا توفي أبواه فالقول يعود للحاضنة.

## ب- مجهول النسب:

يتولى مدير الصحة العمومية والسكان المختص الموافقة على الكفالة<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثالث

## إجراءات الكفالة

## أولاً- الجهات المختصة بإجراء عقد الكفالة

## 1-الجهات القضائية:

وفقا للمادة 117 من قانون الأسرة، فإن المحاكم هي المختصة بإبرام عقد الكفالة، فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إما إلى قاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة وفقا لسلطاته الولائية.

عندما يتلقى رئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصية طلب، يقوم بدراسة الملف مراعيًا توفر شروط انعقاد الكفالة طبقا للمادة 13 مكرر 01 ق.أ.ج، يصدر القاضي الجزائري بموجب قواعد الإسناد حكم أو أمر بالكفالة طرفيه أجنبيين، أو أحد أطرافه أجنبي مقيم في

<sup>1</sup>-المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup>-المادة 256 من قانون الأسرة الجزائري.

الإقليم الجزائري وذلك تطبيقاً للقانون الداخلي لكلا الطرفين الكافل والمكفول عند إبرام العقد ما إذا كان يسمحان بالكفالة أو لا.

يراعي القاضي وقت يباشر إجراءات التحقيق ويحرص على مصلحة الطفل المكفول، حيث يطلب حضور جميع أطراف العقد، وإبداء رضا أبوي المكفول إذا كانا على قيد الحياة، إضافة إلى ذلك إحضار الشاهدين الذين يثبتان طبيعة طالب الكفالة أي سيرته، وبعد إجراء هذا التحقيق يقرر القاضي إما الموافقة على طلب الكفالة أو الرفض.

وبعد إصدار الأمر أو الحكم فإنه لا ينفذ إلا بعد أن يصبح نهائياً وعملية التسليم تتم بين طالب الكفالة والشخص الذي كان معه المكفول دون حضور النيابة أو تحرير محضر بالتسليم.

## 2-الموثق:

بموجب المادة 117 من قانون الأسرة، فإنه يجوز للموثق تحرير عقد الكفالة إن كان هناك طلب وذلك بعد إجراء تحقيق أمامه وما مدى توفر شروط الكفالة. وبعد تحرير هذا العقد تصبح القوة التنفيذية مثل الحكم القضائي دون أية مصادقة القاضي<sup>(1)</sup>.

## 3- البعثات الدبلوماسية

وهذا يتعلق بالجالية الجزائرية المقيمة بالخارج، إذ أن الطلب يكون من طالب الكفالة إلى رؤساء البعثات الدبلوماسية، ويخضع الملف للدراسة ويحتمل القبول أو الرفض. ولانعقاد عقد الكفالة يجب التمييز بين القاصر المكفول مجهول النسب أو معلوم النسب.

<sup>1</sup> - طلبة مالك، مرجع سابق، ص 27.

## ثانيا- الوثائق المطلوبة لإجراء عقد الكفالة

### 1-القاصر مجهول النسب:

- شهادة ميلاد القاصر المكفول
- طلب خطي
- شهادة ميلاد الكافل
- عقد زواج الكافل
- طابع جبائي
- كشف راتب الكافل وشهادة عمل
- صور لبطاقة التعريف الوطنية للكافل والشاهدين

### 2- القاصر معلوم النسب:

يجب تقديم الوثائق التالية:

- طلب خطي
- شهادة ميلاد القاصر المكفول
- تصريح شرفي لأبوي المكفول بنتنازلهما عن كفالة ابنهما لشخص ما.
- شهادة ميلاد الكافل وشهادة عمل وكشف الراتب
- طابع جبائي
- شهادة عائلية للأبوين.
- عقد زواج الكافل.
- صور لبطاقة التعريف الوطنية للكافل وأبوي المكفول والشاهدين<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup>- طلبة مالك، مرجع سابق، ص 27.

## المبحث الثاني

### مضمون عقد الكفالة والآثار المترتبة عنه

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى محتوى النظام البديل للتبني الذي عملت به الجزائر باعتبارها دولة إسلامية تبنت أحكام الشريعة الإسلامية، وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين حيث يتضمن المطلب الأول مضمون عقد الكفالة، ثم يليه المطلب الثاني الذي سنتحدث فيه عن الآثار التي تنتج عن عقد الكفالة.

### المطلب الأول

#### مضمون عقد الكفالة

إنّ التكافل الاجتماعي واجب ديني وإنساني، فأى شخص يحمل داخله ذرة من الإنسانية يعتبر أنّه من الواجب التكفل بطفل ضائع لا مأوى له مجهول أو معلوم النسب، فالطفل شريحة جد حساسة في المجتمع، إذ يعتبر جيل المستقبل، ولضمان هذا المستقبل يجب ضمان حماية الطفل، سواءً الحماية الجسدية أي حمايته من أي اعتداء جسدي أو الحماية النفسية ويعني حمايته من إتهامات المجتمع والحرس على عدم جرح مشاعره بالإضافة إلى حماية ماله من أي استغلال، وبكل إختصار توفير له كل أنواع الحماية لضمان مستقبله.

### الفرع الأول

#### الولاية على نفس المكفول

لا يختلف الوضع على ما إن كان الطفل معلوم أو مجهول النسب، فبمجرد إنعقاد عقد الكفالة تنتقل الولاية إلى الكافل ليصبح هذا الأخير في مقام الأب للولد القاصر وبالتالي يكون مسؤولاً عن رعايته وتعليمه وضمان معيشته، وهذا ما أكدته المادة 121 من قانون



الأسرة الجزائرية والتي تنص على ما يلي «تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي» ونفهم من المادة السابقة أنّ بمجرد انعقاد الكفالة يكسب الطفل المكفول نفس حقوق الولد الأصلي فيما يخص الرعاية والدراسة والمنح العائلية، كما أنه يحق للكافل إعطاء لقبه للطفل مجهول النسب ذلك لتسهيل إنخراطه في المجتمع وتأقلمه وتفادي الأسئلة المرحجة التي قد توجه له داخل مجتمع لا يرحم.

فبعد إكمال كل الإجراءات القانونية اللازمة لعقد الكفالة والتي سبق وأن ذكرناها، يتم إعطاء لقب الكافل للطفل مجهول الهوية وذلك بموجب أمر من رئيس المحكمة، ويتم النطق به بناءً على طلب وكيل الجمهورية الذي يخطر وزير العدل بالطلب المذكور في المادة الأولى الفقرة الثانية من المرسوم 71-157 المتمم بالمرسوم 92-24<sup>(1)</sup>. لكن لا يمكن إدراج الطفل المكفول في الدفتر العائلي للكافل، وبعد التسجيل يمكن للطفل إستخراج كل مستخرجات الحالة المدنية ولكن يجب الإشارة أن شهادة الميلاد التي تستخرج لفائدة الطفل المكفول تحمل في الهامش كافة الملاحظات التي تبين وتؤكد أنّ الطفل مكفول، فإذا الكافل ملزم بحفاظ نفس الطفل وهذا ما جاء في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري: «الكفالة التّزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي».

إنّ يجب على الكافل أن يحل محل الولي الشرعي في حضائته وتشمل الولاية على النفس كل من التربية والتأديب والتعليم ومنع إعتداء الغير عليه وأيضا منع إعتدائه على الغير إذ يجب على الكافل الحفاظ على سلامة الطفل الجسمانية والعقلانية<sup>(2)</sup>. كما أنه يمكن أن يمثل الولي الشرعي في الزواج بالنسبة للابنت.

<sup>1</sup> - المرسوم لتفذي رقم 92-24 المؤرخ في 23 يناير 1992، المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71-157 المتضمن تغيير

اللقب، الجريدة الرسمية عدد 47 الصادر بتاريخ 11 يونيو 1971

<sup>2</sup> - مداني هجيرة سيده، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2011-2012، ص63.

وخلاصة القول فإنّ الولاية على النفس هي سلطة الولي التي تتعلق بنفس المولي أو شخصه من صيانتة وحفظه، وتربيته، وتأديبه وتزويجه، فتُثبت للولد الصغير حتى يبلغ وللبنات الصغيرة حتى تتزوج أو تتقدم في السن.

## الفرع الثاني

### الولاية على مال المكفول

إنّ الكفالة تمنح الطفل الكافل الولاية القانونية على المكفول، وتجعله بمثابة أب له والطفل المكفول في مكان أولاده الصليبين. ولكن هذا لا يعني أنّها ترتب نفس الآثار بين المكفول والأبناء الشرعيين إذ أنّ أحكام الكفالة نصت صراحة على أنه يجوز للكافل أن يمنح للمكفول هبة أو وصية في حدود الثلث، وهذا في المادة 123 من ق.أ.ج «يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازته الورثة».

في نفس الوقت منح القانون الكافل الحق في الولاية على مال المكفول حتى يبلغ هذا الأخير أشده، فالولاية على مال المكفول هي السلطة التي يملكها الكافل بصفته الولي الشرعي بإنشاء العقود التي تتعلق بمال المكفول من بيع وشراء، وإجارة، ورهن، إعاره وغيرها من الصفقات<sup>(1)</sup>، لمصلحة الطفل المكفول بغية الحفاظ على مال الطفل وقد ورد في القرآن الكريم تحريم أكل مال الغير بالباطل في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾<sup>(2)</sup>. فهو من شأنه فقط أن يمثل المكفول القاصر أمام المحاكم والدعاوى وإستثمارها لصالح المكفول القاصر.

<sup>1</sup> -مريم عطا حامد قوزح، أحكام مال اليتيم في الإسلام، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الفقه والشريعة، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011، ص42

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 29

## المطلب الثاني

### الآثار المترتبة على قيام عقد الكفالة

ينتج عن الكفالة عدة آثار منها إجازة الكافل أن يوصي للكفيل من أمواله في حدود الثلث وإمكانية عودة المكفول إلى والديه الأصليين وإمكانية الكافل بطلب تغيير لقب المكفول مجهول النسب ليمنحه لقبه العائلي وهذا ما سندرسه في هذا المطلب الذي يحتوي على ثلاثة فروع.

### الفرع الأول

#### إجازة الكافل أن يوصي للكفيل من أمواله في حدود الثلث

تنص المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري على «يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن يوصي أو يتبرع أكثر من ذلك، بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازته الورثة».

ويفهم من هذه المادة أنّ الطفل المكفول لا حق له في الميراث كونه ليس الابن الصلب ولأنه يحتفظ بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب ولكن أعطاه المشرع بديلا عن الإرث وهي الوصية والهبة في حدود الثلث وكل ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، وهذا أيضا ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، ولعل الحكمة من تحديد النسبة بالثلث هو تفادي كل نزاعات مستقبلية قد تنشأ بين المكفول والورثة الشرعيين.

وبالرجوع إلى الأحكام الوطنية، فإنها تُجيز للوصي أن يوصي من ماله في حدود الثلث، وباعتبار الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع وعليه فلا إثبات الوصية في حالة قيام نزاع بين الورثة والكافل، فإنه يجب إثبات أحكام الوصية<sup>(1)</sup>. وأن نص

<sup>1</sup> - الكفالة في قانون الأسرة [www.carrefour-de-droit.dz](http://www.carrefour-de-droit.dz)

المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، إنّما هو يعبر عن عدل وسماحة الشريعة الإسلامية واعتنائها بالطفل اليتيم.

ويجدر بنا القول أنّ معظم الذين يلجئون إلى كفالة طفل هم الأزواج الذين لم يرزقوا بأولاد، وفي هذه الحالة قد تكون نسبة الميراث التي تؤوّل إلى الطفل المكفول معتبرة، خاصة إذا كانت زوجة الكافل تسمح بذلك وأنّ باقي الورثة لم يعارضوا.

والمهم من كل هذا أنّ القانون منح الطفل المكفول حقه كاملا وهو نفس الحق الذي منحه إياه الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup>، والطفل حينما ينشأ منذ صغره داخل أسرة محترمة فلا يجوز للورثة تجاهله.

## الفرع الثاني

### إمكانية الكافل طلب تغيير لقب المكفول مجهول النسب ليمنحه لقبه العائلي

من أهم الآثار المترتبة عن عقد الكفالة، إمكانية تغيير لقب المكفول مجهول النسب، فقد ثبت عمليا أن الكفالة وحدها ليست كافية لنشأة الطفل نشأة قوية وسليمة، حيث أنّ الطفل بمجرد أن يكبر ويطلع على وثائقه الرسمية المتعلقة بالحالة المدنية ويكتشف أنّ اسمه مخالف تماما عن اسم العائلة التي تكفلت به كما قد يجد بدون لقب عائلي بالنسبة لمجهولين النسب، ويصطدم بالواقع الذي يسبب له اضطرابات، ويكون مضطر إلى مواجهة اتهامات المجتمع له كونه دون لقب عائلي أو لقبه مختلف عن العائلة التي تنشأ فيها، ونظرا لمثل هذه الحالة الاجتماعية المحرجة له يضطر القانون إلى إيجاد حل لهذه الفئة، وذلك بإجازة منح الكافل لقبه لفائدة المكفول، فصدر المرسوم التنفيذي 92-24 المعدل والمتمم للمرسوم

<sup>1</sup> - بودومي عبد الرحمان، التبني والكفالة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 160.

157-71 المتعلق بتغيير اللقب الذي يبين كيفيات تغيير اللقب وإجراءاته وشروطه وسنتطرق فيما يلي لهذه النقاط.<sup>(1)</sup>

### أولاً: شروط تغيير لقب المكفول وإحاقه بلقب الكافل

حددت الشروط اللازم إتباعها في المرسوم السالف الذكر والتي تتمثل فيما يلي:

#### ضرورة وجود عقد الكفالة :

حتى يمكن للكافل أن يغير لقب المكفول ويمنحه لقبه العائلي لا بد أن يكون كافلاً له بصفة قانونية ويجب إثبات ذلك بعقد توثيقي صادر عن الموثق، أو كفالة صادرة من الجهات القضائية، والمشرع لم يشترط مدة معينة في الإسناد الواقعي للمكفول حتى يتسنى للكافل تقديم طلبه.

#### ضرورة أن يكون المكفول قاصراً مجهول النسب من الأب:

أجاز المشرع تغيير لقب المكفول بشرط أن يكون مجهول النسب من الأب فقط لأنه إن كان معلوم النسب من الأب لا يُجيز منحه اللقب.

#### - شرط موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة

إشترط المشرع أن تكون الموافقة في شكل عقد رسمي مكتوب، أما إذا كانت متوفاة أو غير معلومة فإنه يسقط هذا الشرط.<sup>(2)</sup>

#### ثانياً: إجراءات تغيير لقب المكفول

حدد المشرع الجزائري الوثائق والإجراءات اللازمة لتغيير اللقب والتي تتمثل في: طلب خطي، عقد الكفالة، نسخة من شهادة سجلات عقد الزواج الكافل، الموافقة الكتابية لأم المكفول إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.

<sup>1</sup> - المرسوم لتنفيذي رقم 92-24، السالف الذكر.

<sup>2</sup> - في قانون الأسرة [الكفالة](http://www.carrefour-de-droit.dz) [www.carrefour-de-droit.dz](http://www.carrefour-de-droit.dz)

**ثالثاً: إجراءات التحقيق في الطلب وإصدار الأمر**

بعد تلقي وزير العدل الملف والمرفق بالطلب، يقوم بتكليف النائب العام للدائرة القضائية مكان ولادة الطالب لإجراء تحقيق بشأن هذا الطلب، والذي بدوره يكلف وكيل الجمهورية للدائرة القضائية مكان ولادة الطالب لمتابعة التحقيق، وبعد إنجاز التحقيق يتم إرساله إلى النائب العام، الذي بدوره يرسل ما توصل إليه التحقيق إلى وزير العدل حافظ الأختام، وعادة يكون التحقيق بسماع الشهود والبحث عن دوافع وأسباب تغيير اللقب، وفي الأخير يرجع القرار إلى وزير العدل ليقرر بشأن الطلب بعد الإطلاع على ملف التحقيق، فإما أن يقبل أو يرفض.

وفي حالة قبول الطلب فإن وزير العدل يأمر النيابة العامة بالسهر على تنفيذ هذا القبول، وذلك بتقديم التماساتها إلى رئيس المحكمة عن طريق السلم التدريجي بواسطة وكيل الجمهورية، قصد إصدار أمر بتغيير لقب المكفول وذلك خلال 30 يوماً من تاريخ الإخطار مع السهر على تنفيذ الأمر وتسجيله بسجلات الحالة المدنية، يقوم وكيل الجمهورية بتقديم التماساته الكتابية إلى رئيس لغيره لغرض تغيير لقب المكفول.

وبعد تلقي رئيس المحكمة الملف والإطلاع على التماسات النيابة والمرسوم السالف الذكر يصدر الأمر في إطار صلاحياته الولائية بتغيير لقب المكفول بلقب الكافل.

**الفرع الثالث****إمكانية عودة المكفول إلى والديه الأصليين**

تنص المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: «إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يُخبر الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإذا لم يكن مميزاً لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول»<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> -بودومي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص162

ونفهم من هذه المادة أنه يجوز لأبوي المكفول إذا كانا معلومي النسب كلاهما أو أحدهما طلب عودة الولد المكفول إلى ولايتهما وأخذه من المكفول ويعود ولايتهما القانونية عليه وتنتهي ولاية الكافل، ولكن ميّز المشرع الجزائري بين إذا ما كان القاصر مميزا أو غير مميز:

فإذا كان الطفل القاصر مميزا أي يبلغ سن 13 سنة حسب التشريع المدني، ففي هذه الحالة يُخيّر الطفل بين العودة إلى أبويه أو البقاء مع الكفيل، ويتم هذا أمام القضاء أو محضر قضائي الذي يقوم بتحرير محضر خاص، فلا تتم عودة الصغير المكفول لوالديه الأصليين إلا بإذن القاضي مع مراعاة مصلحة الطفل، فلا يجوز تغيير الكفالة دون سماع رأي الولد المكفول.

أما في حالة ما إذا كان الطفل غير مميز أي أقل من 13 سنة فعلى الأبوين أو أحدهما تقديم طلب إلى رئيس المحكمة يبين فيه سبب عودة الإبن المكفول، وعلى القاضي أن يقوم بتحقيق حول الأسباب مراعيًا في ذلك أولا وقبل كل شيء مصلحة الطفل وله السلطة التقديرية بالرفض أو القبول.

خاتمة



نختم بحثنا هذا الذي نتمنى أن نكون قد وفقنا فيه وأحطنا إحاطة شاملة بالموضوع الذي اخترناه ليكون موضوع دراستنا وهذا لاهتمامنا الكبير بموضوع الطفل الذي ليس له أهل يهتم به ولا مأوى، وهذا من خلال ابراز النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا لموضوع التبني والكفالة في ظل القانون الجزائري، حيث توصلنا إلى أن كون الدولة الجزائرية دولة إسلامية وتعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للقانون الجزائري وهذا ما أكد عليه قانون الأحوال الشخصية، فإن الجزائر قد عملت بما اتخذته معظم الدول العربية الإسلامية في موضوع التبني أي تحريمه شرعا وقانونا وهذا ما جاءت به المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري الواردة في الفصل الخامس تحت عنوان النسب والتي تؤكد على أن نسب الولد يسند لأبيه لا لغيره متى توفرت أركان وشروط الزواج الشرعي.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اجتهد في محاربة فكرة تحريف النسب إذ أنه لا يجوز الحاق أي طفل سواء كان مجهول أو معلوم النسب لغير أبيه لان في ذلك اعتداء على ألقاب الغير وأكد القضاء الجزائري على هذا في عدة مناسبات وذلك بصدر عدة قرارات من المحكمة العليا تقضي بإلغاء التبني وإبطال كل تصرف يتضمن حالة التبني، فلا يمكن في أي حال من الأحوال أن يدعى مواطن جزائري بنسب ولد أجنبي لنسبه بطريقة التبني، وكل تصرف من هذا القبيل يعرض صاحبه الى العقوبة بتهمة تزوير النسب.

رغم تحريم التبني في القانون الجزائري اتباعا لما جاء في الشريعة الإسلامية، إلا أن المشرع الجزائري ضبط نظاما من باب للإحسان إلى الولد الذي ليس له عائلة حيث يكون بإمكانه حماية الطفل ورعايته دون اللجوء إلى تزوير أو تحريف في الأنساب ويكون هذا النظام على شكل كفالة قانونية والتي تتمثل في تقديم الكافل العناية والرعاية اللازمة للقاصر مع توفير الشروط المادية والمعنوية التي يتمتع بها الولد الشرعي، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المواد 116 ورعايته دون اللجوء إلى تزوير أو تحريف في الأنساب ويكون هذا عن طريق على شكل كفالة قانونية والتي تتمثل في تقديم الكافل العناية والرعاية اللازمة

للقاصر مع توفير الشروط المادية والمعنوية التي يتمتع بها الولد الشرعي، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المواد 116 إلى 125 من قانون الأسرة "الكفالة هي إلزام على وجه التبرع بالعاينة بولد قاصر من نفقة وتربية وعاينة الأب بابه وتتم بعقد رسمي أمام المحكمة وأمام الموثق مع احتفاظ الولد بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، وإذا كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية.

# قائمة المراجع

1 القرآن الكريم والسنة النبوية

- سورة آل عمران

- سورة النساء

- سورة النحل

- سورة الأحزاب

2 الكتب

- الشحات إبراهيم منصور، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الجامعة الجديدة، 2011.

- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الأولى، دار التونسي للنشر، د س ن عبد الرحمن الصابون، شرح الأحوال الشخصية السوري، دمشق للنشر، د س ن

- فيصل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب شارع زيغود يوسف، الجزائر، د س ن.

- محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، سلسلة دروس العلوم القانونية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة عنابة، الجزائر، سنة 1992.

3 رسائل ومذكرات

- عبد الرحمان بودومي، التبني والكفالة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتورا علوم الحقوق قسم قانون الخاص، جامعة الجزائر كلية الحقوق، السنة الجامعية 2015/2016.

## قائمة المراجع

- مالك طلبة، التبني والكفالة، مذكرة لنيل الشهادة العليا للقضاء ترصد مجلس قضاء وهران، محكمة أرزيو، الدفعة 14، السنة الجامعية 2003/2004.
- مداني هجيرة سيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، مذكرة شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011/2012.
- مريم عطا حامد قوزح، أحكام مال اليتيم في الإسلام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والشريعة، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، سنة 2010.

### 4) المجالات

- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، الجزء رقم 39 العدد 01-2001

### 5) النصوص القانونية

#### أ/ القوانين الوطنية

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.
- الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في رجب عام 1412 الموافق لـ 13 يناير 1992 المتمم بالمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب.

ب/ القوانين الأجنبية

- القانون المدني الفرنسي، آخر تعديلات 2017/03/02.
- المجلة التونسية للأحوال الشخصية قانون رقم 27-04 مارس 1958.

(6) المراجع الإلكترونية

الكفالة في قانون الأسرة [www.carrefour-de-droit.dz](http://www.carrefour-de-droit.dz)

# الفهرس

1..... مقدمة

## الفصل الأول

### موقف الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية من نظام التبني

5.....المبحث الأول: ماهية التبني وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

5.....المطلب الأول: تعريف التبني وخصائصه

5.....الفرع الأول: تعريف التبني

6.....الفرع الثاني: خصائص التبني

7.....المطلب الثاني: تمييز التبني عن الأنظمة المشابهة له في القانون الجزائري

7.....الفرع الأول: التبني والإقرار بالنسب

8.....الفرع الثاني: التبني والحضانة في القانون الجزائري

8.....الفرع الثالث: التبني والبنوة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري

10.....المبحث الثاني: موقف الشرائع السماوية وبعض التشريعات الوضعية من نظام التبني

10.....المطلب الأول: موقف الشرائع السماوية من نظام التبني

10.....الفرع الأول: التبني في الشريعة اليهودية

12.....الفرع الثاني: التبني في الشريعة المسيحية

13.....الفرع الثالث: التبني في الشريعة الإسلامية

16.....المطلب الثاني: موقف التشريعات من نظام التبني

16.....الفرع الأول: موقف المشرع التونسي من التبني

16.....أ- أحكام التبني في القانون التونسي

17.....ب- إجراءات التبني في القانون التونسي

17.....ج- الآثار المترتبة عن التبني في القانون التونسي

18.....الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي من التبني

18.....أ- التبني البسيط **Adoption simple**

19.....ب- التبني الكامل **Adoption plénière**



- 19 ..... الفرع الثالث: موقف هيئة الأمم المتحدة من التبني
- 20 ..... المطلب الثالث: حكم التبني في القانون والقضاء الجزائري
- 20 ..... الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من التبني
- 21 ..... الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من التبني

## الفصل الثاني

### الكفالة في ظل القانون الجزائري

- 24 ..... تمهيد
- 25 ..... المبحث الأول: ماهية الكفالة وإجراءات انعقادها
- 25 ..... المطلب الأول: مفهوم الكفالة
- 26 ..... الفرع الأول: تعريف الكفالة
- 27 ..... الفرع الثاني: خصائص الكفالة
- 27 ..... 1- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:
- 28 ..... 2- الكفالة تقع على ولد قاصر
- 28 ..... 3- حقوق الكفيل على الولد المكفول شرعيا كان أم مجهول النسب:
- 29 ..... الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للكفالة
- 31 ..... المطلب الثاني: شروط إجراءات انعقاد الكفالة في الجزائر
- 31 ..... الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافل
- 32 ..... 1- شرط الإسلام
- 32 ..... 2- أن يكون الكافل عاقلا متمتعا بالأهلية الكاملة
- 32 ..... 3- شرط القدرة
- 32 ..... 4- شرط الزواج
- 33 ..... الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمكفول
- 33 ..... 1- شرط السن
- 34 ..... 2- المكفول معلوم أو مجهول النسب
- 34 ..... الفرع الثالث: إجراءات الكفالة

أولاً- الجهات المختصة بإجراء عقد الكفالة.....	34
1-الجهات القضائية:.....	34
2-الموثق.....	35
3- البعثات الدبلوماسية.....	35
ثانياً- الوثائق المطلوبة لإجراء عقد الكفالة.....	36
1-القاصر مجهول النسب:.....	36
2- القاصر معلوم النسب:.....	36
<b>المبحث الثاني: مضمون عقد الكفالة والآثار المترتبة عنه.....</b>	<b>37</b>
المطلب الأول: مضمون عقد الكفالة.....	37
الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول.....	37
الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول.....	39
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على قيام عقد الكفالة.....	40
الفرع الأول: إجازة الكافل أن يوصي للكفيل من أمواله في حدود الثلث.....	40
الفرع الثاني: إمكانية الكافل طلب تغيير لقب المكفول مجهول النسب ليمنحه لقبه العائلي.....	41
أولاً: شروط تغيير لقب المكفول وإحاقه بلقب الكافل.....	42
ثالثاً: إجراءات التحقيق في الطلب وإصدار الأمر.....	43
الفرع الثالث: إمكانية عودة المكفول إلى والديه الأصليين.....	43
<b>خاتمة.....</b>	<b>45</b>
<b>قائمة المراجع.....</b>	<b>48</b>
<b>الفهرس.....</b>	<b>52</b>