

أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا

الأستاذة عمارة مسعودة¹

مقدمة :

عرف المجتمع تطورات جعلت الفرد في كثير من الأحيان يتحمل مسؤولية نتائج الواقع الصعب الذي يواجهه .

و من المسائل التي فرضت نفسها ، هي وضعية الطفل المجهول الأبوين أو المعلوم و كذلك الأطفال الذين خلفتهم العشرية السوداء التي عرفت الجزائر، و إمام كل هذه الحالات و جد المشرع و القضاء و حتى المجتمع نفسه إمام واقع لا بد من مواجهته و إن كانت المسألة ليست بالجديدة و الحديثة فقد أعطى الإسلام والتشريع الوضعي و حتى الاتفاقية حقوقا متعددة للأطفال و القصر باعتبارهم جيل المستقبل والجيل المعول عليه في الحياة، ولذلك أولت لهم الشريعة الإسلامية بداية والتشريعات من بعدها عناية كبيرة وأعطت لهم جانب كبير من الاهتمام ، فشرعت الكثير من الحقوق المتعلقة بالطفل من ولادته و حتى قبلها ، إذ بمجرد ولادته فهو محمي من أشكال الذل والضياع فأثبتت له الكثير من الحقوق مثل النسب والميراث ، و حق الحياة والخ

وقد كان العرب في الجاهلية كغيرهم من الأمم الغربية يلحقون بأنسابهم وأسرهم من شاءوا عن طريق التبني ، فللرجل أن يضيف إلى أبنائه من يختار من الفتيان ويعلن ذلك فيصبح واحدا منهم ، له مالهم وعليه ما عليهم ويحمل بذلك اسم الأسرة ويكون له حقوقا .

إلى أن جاء الإسلام فوجد التبني منتشرا في المجتمعات العربية واعتبره تزوير على الطبيعة إذا جعل شخصا غريبا من الأسرة فردا منها، و هذا أمر لا يقبله لا الواقع و لا المنطق.

1- أستاذة بكلية الحقوق. جامعة سعد دحلب. البلدة.

ولهذا أبطلت الشريعة الإسلامية و التشريع الوضعي نظام التبني كليا واستبدل بنظام آخر يعرف بالكفالة .

حيث تعتبر الكفالة من الأنظمة القانونية التي تقوم على قيام شخص بالتكفل بشخص آخر ضمن شروط محددة مسبقا، وحيث هو نظام يسمح برعاية الأطفال والأيتام وإعطائهم فرصة العيش الكريمة كبقية الأطفال، ضمن اطر وقواعد يحددها القانون سلفا.

فإلى أي مدى وفق التشريع في إحكام قواعد الكفالة من قانون أسرة ومرسوم 24/9 و أمر 157/71 و القانون المدني 10/05؟ وما مدى نجاعة النظم القانونية المنظمة للكفالة في حماية الكفيل؟ وكيف تعامل المشرع الجزائري مع الكفالة وهل استطاع المشرع الاستغناء عن التبني المحرم شرعا وقانونا ؟ و هل من نظم -قبل ذلك و ذاك- قانونية واضحة تعالج هذه المسألة؟ و كيف كان موقف القضاء الجزائري من ذلك؟ خاصة و أن التشريع الجزائري للأسرة قد تم تعديله في 2005 مما يستدعي دراسة التعديلات التي جاء بها في مجال الكفالة و تقييمها و الوقوف على متغيراتها.

خطة البحث

- المبحث الأول: علاقة الكفالة بالتبني

المطلب الأول: موقف الفقهي والقانوني و القضائي من التبني.

الفرع الأول: موقف الفقه.

الفرع الثاني: موقف القانون.

الفرع الثالث: موقف القضاء

المطلب الثاني: الموقف الفقهي و القانوني من الكفالة.

الفرع الأول: موقف الفقه.

الفرع الثاني : موقف القانون .

الفرع الثالث: موقف القضاء

- المبحث الثاني: النظام القانوني و القضائي للكفالة.

المطلب الأول : شروط الكفالة في القانون الجزائري.

الفرع الأول: الشروط الشكلية.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.

الفرع الثالث: الشروط الإجرائية

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري

الفرع الأول: موقف القضاء من شروط انعقاد الكفالة

الفرع الثاني: موقف القضاء من الشروط الموضوعية

لانعقاد الكفالة.

القسم الأول: علاقة الكفالة بالتبني

يعتبر نظام التبني محرم شرعا من خلال آيات صريحة نزلت لمنع مثل هذا النظام الذي قد انتشر في القدم، وتبنته الشعوب الأولى، ولكي نجد نظام آخر يقوم مقامه على أسس دينية وأخلاقية وجدت الكفالة والتي أقرت بها الشريعة الإسلامية وكذلك بالنسبة للقانون الوضعي، والتي تعتبر الركيزة الأساسية التي اعتمد عليها الشارع وكذلك المجتمع للقضاء على ما يسمى ظاهرة يتم الأطفال.

المبحث الأول: الموقف الفقهي والقانوني من التبني¹

يعتبر نظام التبني عند الشريعة الإسلامية والقانون محل نظر وما يقال عنه هو أن الإسلام تطرق إليه بشكل كبير، حيث لم يدع له مجالا للشك والمسائلة بالنظر إلى حساسية الموضوع والجوانب التي تشملها والفئة المقصودة من التبني، و المشرع بالموازاة نظمه و قال كلمته فيه.

المطلب الأول: موقف الفقه.

في السنة الخامسة من الهجرة أبطل الله جلت حكمته التبني وحرمه وقد أوردت آيات عديدة بهذا الحكم منها قوله سبحانه وتعالى:

" وما جعل أديعائكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم، والله يقوم الحق ويهدي السبيل، أديعواهم لأبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين ومواليكم". هاتين الآيتين نزلتا بشأن قضية زيد بن حارثة الذي تبناه الرسول صلى الله عليه وسلم قبل النبوة، ويمكن القول أن هاتين الآيتين تنهيان عن إدعاء بنوة طفل معلوم الأب لما في ذلك من اغتصاب الأنساب، بتجريد طفل من نسبه إلى أبيه وإضفاء نسب الغير عليه دون أي ميرر شرعي، وينهى عن إدعاء بنوه طفل مجهول الأب لما في ذلك من خلع نسبه على من ليس له نسب وهذا ما كان واضحا في قوله سبحانه وتعالى: " أديعواهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين ومواليكم " ²

إذا فالإسلام رأى أن التبني هو تزوير على الطبيعة والوقائع تزوير يجعل شخصا غريبا من أسرة فردا منها³، وهكذا فقد ألغى الإسلام كل الآثار التي كانت تترتب على هذا النظام من إرث وتحريم الزواج من حليلة المتبني، ففي الإرث لم يجعل القرآن لغير صلة الدم والزوجية والقربة الحقيقية والعق قيمة وسببا في

1 - انظر لمزيد من التفصيل موقف بعض التشريعات الوضعية من التبني، طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاة، 2006/2003 ص 08 إلى غاية 12
2 - سورة الأحزاب برواية ورش عن نافع، الآية 4 و 5 أعده وأشرف على إنجازها اللجنة العلمية في مؤسسة الإيمان - بيروت - 1425 هـ / 2004 م، ص 418.
3- ياسين داود و فضيلة سويس، الكفالة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الليسانس حقوق نظام ل م د، جامعة البليدة 2009/2008 ص 03

الميراث ، وفي الزواج أعلن القرآن أن من المحرمات حلل الأبناء الحقيقيين لا الأدياء لقوله سبحانه وتعالى : << وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم >>¹.

والتبني هو أصلا مخالف للفطرة الإنسانية وهو كذب وافتراء على الله وعلى الناس ، فإذا ما جعل شخص ما ولدا وهو ليس مولود له كان هذا افتراء على الحقيقة وضد الطبيعة الإنسانية ، ذلك أن الأبوة والأمومة ليست ألفاظا تردد ولا عقد يعقد بل هي ارتباط لحم ودم أو على حد تعبير الفقهاء ارتباط جزئية بحيث يكون الولد جزءا من أبويه ولا يمكن أن يكون هذا الارتباط الصناعي كهذا الارتباط الطبيعي لأنها متباينات ومتغيرات.

ولذلك قرر القرآن الكريم أن التبني إلا بنوة بالأفواه لا بالطبع والفطرة والحقيقة إذ قال سبحانه وتعالى : " ذلك قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق ويهدي السبيل " ²

والحكمة من تحريم التبني في الشريعة الإسلامية تتجلى في:

- منع اغتصاب الأنساب وتجريد الطفل من نسبه الأصلي في قوله تعالى:
﴿أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم﴾.

ويقول الإمام أبو زهرة رحمه الله في هذا الصدد: " إن الأبوة والأمومة ليست ألفاظا تتردد ولا عقد يعقد ولكنها حنان وشفقة وارتباط لحم ودم " ³

- عدم التوريث للحفاظ على أرزاق الغير : إن 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 عدم الاعتداء على حقوق الغير ⁴.

المطلب الثاني: موقف القانون

تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية قرر قانون الجزائي تحريم التبني في:

*أولا في قانون الأسرة :

إن الجزائر باعتبارها دولة مسلمة و باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر أساسي من مصادر القانون فهو يمثل المصدر الثاني الذي يحكم المسائل المعروضة على القضاء عملا بإحكام المادة الأولى من القانون المدني ⁵ ، فإنها سايرت معظم الدول العربية و الإسلامية بتحريم التبني و منعت شرعا وقانونا ، وذلك بنص المادة 46

4 - سورة النساء الآية 22.

2- سورة الأحزاب، الآية 3

2- الإمام محمد أبو زهرة : تنظيم الإسلامي للمجتمع (دار الفكر العربي طبعة سنة 1965 ص 139)

4 - طلبه مالك ، المرجع السابق ص 08

5- القانون رقم 75 -58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بقانون 10-05 مادته الأولى

من قانون الأسرة الواردة في الفصل الخامس تحت عنوان النسب فهي بذلك تؤكد على أن نسب الولد يلحق لأبيه لا لغيره، متى توفرت أركان و شروط الزواج الشرعي¹.

إذن فالمشرع الجزائري ثابر على محاربة فكرة تحريف و تزيف الأنساب ، إذ انه لا يمكن إلحاق أي طفل ، سواء كان معلوم الأب أو مجهول النسب ، وكان ابن زنا إلى نسب الغير ولو ابدى رضاه بذلك ، لان في ذلك يعتبر تعديا على ألقاب الغير و أكد القضاء الجزائري في عدة مناسبات متعلقة بحالات التبني ، إذا أصرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على إلغاء التبني وإبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة ، سواء كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية وذلك بسبب مخالفتها لنظام العام الجزائري.

ولقد ورد في نص المادة الواحد والأربعين من قانون الأسرة الجزائري على أنه «يمكن أن ينسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية .

وورد في نص المادة 46 منه على أن " التبني ممنوع شرعا وقانونا " ، وعليه فإن القرآن الكريم والنص الوضعي متفقان على أن التبني الذي يهدف إلى إدعاء بنوة ولد معروف النسب أو مجهول أمر محرم شرعا وقانونا ومعنى ذلك أنه لا يجوز لأي مسلم جزائري أن يدعي أن الولد الفلاني ابنه بالتبني ولا يجوز أبدا أن ينسب إليه ويسجل على لقبه واسمه في سجلات الحالة المدنية ، لا مباشرة أمام ضابط الحالة المدنية ، و لا بموجب حكم قضائي ، وكل تصرف مخالف لذلك يمكن أن يعرض صاحبه أو فاعله إلى اتهامه بالتزوير بمقتضى قانون العقوبات و هذا ما تأكده الأحكام القضائية الجزائرية .

وعلى هذا الأساس نقول أنه لا يثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبني مجهول النسب وموازة لهذا النظام الذي يحرمه الشارع والقانون قد أباح نظاما آخر وهو الكفالة²

والذي بموجبه اعترف بالكفالة ونظم أحكامها، ومن هذا المنطلق قد عملت الجزائر على تثبيت هذا النظام والتماشي معه، حيث سهرت الدولة الجزائرية على التكفل بالأطفال المهملين واليتامى.

"ولقد أكد وزير التضامن الجزائري جمال ولد عباس في تصريح له ليومية الأيام الجزائرية أنه تم التكفل بأكثر من " 13 " ألف طفل خلال العشرية الأخيرة

1- لمادة 41 من قانون الأسرة الجزائرية رقم 84-11 المعدل في 2005

2- داود ياسين و فضيلة سويسى المرجع السابق ص 07 .

من أصل " 29 " ألف في إطار الكفالة من قبل عائلات بالجزائر و 2500 من طرف الجالية الجزائرية من هذه الفئة من المجتمع بما فيهم الأطفال المعاقين.¹

وهذا دليل على أن الجزائر قد تبنت وأقرت نظام الكفالة وقدمت كل الوسائل والإمكانيات للقضاء على مشكل تشتت الأطفال والذين هم في تزايد كل سنة وبأرقام تستوقفنا بأن نعالج المشكل بدقة ونضع له الوسائل اللازمة للقضاء ولو نسبيا على ظاهرة اليتيم.

إن القانون الجزائري فقد نظم الكفالة وجعلها النظام الأمثل والمتبع لحل مشكلة الأطفال والأيتام الذين يعيشون دون أبوين.

ومن خلال إقرار الكفالة وتنظيمها من طرف المشرع الجزائري وضع قواعد وأسس تستند عليها وهذه القواعد تعتبر منظمة للكفالة وطرق تنفيذها إضافة إلى المسؤولية التي تترتب على الكفيل ، ومن بين هذه القوانين نذكر قانون الأسرة من خلال المواد من 116 إلى المواد 125 والتي تحدثت كلها بصورة شاملة عن الكفالة من إجراءات وشروط ، وكذلك لإخفاء الصفة الشرعية أوجب قيد عقد الكفالة في عقود رسمية لدى الموثق.²

والى جانب الموثق يمكن أيضا اللجوء إلى المحكمة وبالتحديد لدى قسم شؤون الأسرة وذلك بتقديم طلب كفالة ويكون ذلك بموافقة القاضي بعد مراجعة الشروط اللازمة

ثانيا : المرسوم 24/92 مؤرخ 1992/1/13 والأمر 157/71 مؤرخ 1971/1/3

ومن بين القوانين التي تطرقت للكفالة نجد المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بتغيير اللقب ، والذي تطرق إلى شروط تغيير اللقب بالنسبة للمكفول ، وكذلك بالنسبة لقانون الحالة المدنية 157/71 الذي تطرق إلى الطفل اليتيم عندما نص على منحه الاسم من طرف ضابط الحالة المدنية في حالة عدم وجود أبوين له.³

ثالثا: القانون المدني: المادة 13 مكرر من القانون رقم 05-10 المعدل و المتمم للقانون المدني :

لقد نصت المادة 46 قانون الأسرة صراحة على تحريم التبني ، إذ يفهم من هذه المادة انه لا يمكن للأفراد إبرام عقد التبني ولا يجوز للقاضي أو الموثق إبرامه

1 - انظر الموقع الالكتروني: www.elayem-dz و لمزيد من التفصيل داود ياسين و فضيلة سويبي المرجع السابق ص 08

2- قانون رقم 88 - 27 المؤرخ في 12 جوان 1988 المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 06 - 02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق

3- نتناولهما بالدراسة في المبحث الثاني : النظام القانوني و القضائي المطلب الثاني : لتطورات القانونية و القضائية ، الفرع الاول : التطورات القانونية ص 16

والإذن به، إذ إن هذه المادة جاءت على إطلاقها لكونها استثناء ، إذ إن حتى الأجانب المقيمين على الإقليم الجزائري و الذين يسمح لهم قانونهم الداخلي بالتبني غير جائز لهم المطالبة بذلك أمام القاضي الجزائري .

لكن هذه القاعدة لم تبقى على إطلاقها بل أصبحت نسبية وهذا على اثر تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 05-10 المعدل و المتمم له ، إذ أصبح القاضي الجزائري ، يأذن بالتبني ويبرم عقد التبني ، لكن بشروط ، وان هذه الشروط واردة ضمنا 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 احد أطراف النزاع أو طرفي النزاع أجنبي على الإقليم الجزائري إذ إن مضمونها نص على إن صحة انعقاد التبني يخضع إلى قانون جنسية كل من طالب التبني و المتبني وقت إجرائه ، فالقاضي الداخلي يأذن بالتبني حسب ما يسمح به قانون جنسية الأطراف .

فان كان قانون جنسية الأطراف لا يسمح بالتبني فان القاضي الداخلي يرفض طلب التبني، وعليه فان هذه المادة تطرح عدة احتمالات أمام القاضي الداخلي الجزائري.

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

2- في حالة ما إذا كان قانون جنسية طالب التبني يسمح بالتبني ، و قانون جنسية المتبني لا يسمح بذلك مثل : طالب التبني شخص التونسي و المتبني قاصر من جنسية جزائرية فانه لا محال القاضي الجزائري يرجوعه إلى المادة : 46 من قانون الأسرة لا بإذن بالتبني ، إذن مضمون المادة : 46 أسرة احترام من قبل القاضي الداخلي¹ .

3- في حالة ما إذا كان قانون جنسية المتبني يسمح بالتبني في حين قانون جنسية طالب التبني لا يسمح له بذلك ، فان القاضي الجزائري لا محال برفض الإذن بالتبني 4- في حالة كلا القانونيين أي قانون جنسية الأطراف يسمح بالتبني فان القاضي الجزائري ملزما بإبرام و الإذن بالتبني .

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

1 - انظر طلبية مالك ، المرجع السابق ص 13

المادة منصب على الجزائريين ولا يمتد إلى غير الجزائريين طبقا لقواعد الإسناد السالفة الذكر في المادة : 13 مكرر 01 .

ثالثا: قانون العقوبات¹: المادة 217

لم يجرم المشرع الجزائري فعل التبني بحد ذاته ، لكن بالرجوع إلى طبيعة هذا الفعل نجده يكون في عناصره نوع من التحايل على القانون و يتمثل في ذلك الإقرار والإدلاء بالتصريحات لدى ضابط الحالة المدنية غير مطابقة للحقيقة بدليل أن الطفل ليس ابنه الشرعي ، وعلى هذا الأساس فإنه يمكن تكيفه بعد الرجوع إلى نص المادة 34 من قانون الحالة المدنية التي تنص على إن كل الشخص ورد ذكره في الوثيقة ولم تكن تصريحاته حقيقية يتعرض للعقوبة المنصوص عليها في نص المادة 217 قانون العقوبات ، و التي تنص على إن كل شخص ليس طرفا في المحرر وأدلى إمام الموظف العمومي بتصريح يعلم أنه غير مطابق للحقيقة يتعرض للعقوبة الجزائية إذ كان من المفروض على المشرع إن يدمجها ضمن الجرائم الواقعة على الأسرة و يحدد لها نص عقابي.

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

الفرع الثالث: موقف القضاء

إن الجزائر باعتبارها دولة مسلمة و باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الثاني الذي يحكم المسائل المعروضة على القضاء عملا بإحكام المادة الأولى من القانون المدني² فإنها سايرت معظم الدول العربية و الإسلامية بتحريم التبني و منعتة شرعا وقانونا ، وذلك بنص المادة 46 من قانون الأسرة الواردة في الفصل الخامس تحت عنوان النسب فهي بذلك تؤكد على أن نسب الولد يلحق لابنيه لا لغيره متى توفرت أركان و شروط الزواج الشرعي³.

إذن فالمشرع الجزائري ثابر على محاربة فكرة تحريف و تزيف الأنساب ، إذ أنه لا يمكن إلحاق أي طفل ، سواء كان معلوم الأب أو مجهول النسب ، وكان ابن

1- الأمر 156/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل في 2005

2- القانون رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بقانون 10-05 مادته الأولى.

3- المادة 41 من قانون الأسرة الجزائرية رقم 84-11 المعدل بموجب القانون 09/05 المؤرخ في 04 ، مايو سنة 2005

زنا إلى نسب الغير ولو ابدى رضاه بذلك ، لان في ذلك يعتبر تعديا على ألقاب الغير و أكد القضاء الجزائري في عدة مناسبات متعلقة بحالات التبني ، إذا أصرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على إلغاء التبني وإبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة ، سواء كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية وذلك بسبب مخالفتها لنظام العام الجزائري .

أصدرت المحكمة العليا عدة قرارات من بينها :

1*قرار عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/01/18
ملف رقم 234949 قضيته " ح ع ق " ضد " د ح ه " ، أين أكد على إبطال التبني وفي نفس الوقت إبطال عقد الميلاد ، باعتباره عقد مزور طبقا للمادة 47 من الأمر 20-70 المتعلق بالحالة المدنية .: حيث انه من المقرر قانونا إن إبطال العقود الخاطئة (شهادة الحالة المدنية) عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها يقدم الطلب أما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل في العقد وإما بصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع الذي تناول العقد المشوب بالبطلان. - ومتى تبين - في قضية الحال- الطاعن قدم أمام قضاء الموضوع شاهدين ذاكران بان المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة سنة 1997 وبذلك فان قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف وبرفض الدعوى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشهود في إبطال عقد الميلاد باعتباره عقدا رسميا اخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب .ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

إذن من خلال هذا القرار نجده اقر مسالة إبطال التبني متى توفرت وسائل إثباته و أعطت للجهات القضائية في نفس الوقت الولاية في إبطال عقود الميلاد المزورة لكونها مخالفة للحقيقة¹ .

2* و صدر في إطار إبطال التبني عدة قرارات عن غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا مثل القرار الصادر بتاريخ 1995/05/02 ملف 103232 قضية :
(ف ط) ضد : (ف ط) دعوى إبطال التبني -تكييفها على أنها دعوى نفي النسب - خطأ في تطبيق القانون - إن قاعدة الولد للفراش لا تطبق إلا في إثبات دعوى نفي النسب. ومن ثم قضاء الموضوع لما الغوا 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 انه لا يوجد أي فراش في التبني ، فبقضائهم كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه².

1- المجلة القضائية للعدد الخاص 2001 ص3 و ص4

2- المجلة القضائية للعدد الخاص 2001 ص 5 و ص6

3* قرار محكمة العليا في دعوى إبطال التبني : ملف رقم 122761 قرار بتاريخ 1994/06/28 قضية : (ف ف) ضد : (م و) دعوى إبطال التبني لإخراج المطعون ضده من الميراث – الحكم برفض الدعوى – خطأ في تطبيق القانون. (المادتان 46 من ق أ) (و 47 من الأمر المؤرخ في 1970/02/19 من قانون الحالة المدنية) من المقرر انه يمنع التبني شرعا و قانونا .

ومتى تبين – في قضية الحال – إن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فان للمدعية الحق في إخراجها من الميراث لان التبني ممنوع شرعا و قانونا وعليه فان قضاء الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني على أساس إن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبني ، قد اخطئوا في تطبيق القانون ، ذلك إن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

4* في ملف رقم 122761 قرار بتاريخ 1994/06/28 قضية : (ف ف) ضد : (م و) دعوى إبطال التبني لإخراج المطعون ضده من الميراث – الحكم برفض الدعوى خطأ في تطبيق القانون. (المادتان 46 من ق أ) (و 47 من الأمر المؤرخ في 1970/02/19 من قانون الحالة المدنية) من المقرر انه يمنع التبني شرعا و قانونا .

ومتى تبين – في قضية الحال – إن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فان للمدعية الحق في إخراجها من الميراث لان التبني ممنوع شرعا و قانونا وعليه فان قضاء الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني على أساس إن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبني ، قد اخطئوا في تطبيق القانون ، ذلك إن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه².

أو الدفع إثناء سير الدعوى فالقاضي بعد عرض النزاع عليه و التأكد 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 .

5* إما 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 القضائي بموجب قرار الصادر بتاريخ 18-01-2000 ملف رقم 234949 السالف الذكر الذي أكد على ضرورة إبطال عقود الميلاد الباطلة بعد إبطال التبني .

1- انظر : المجلة القضائية للعدد الخاص 2001 ص 155

2- نفس المرجع أعلاه بنفس الصفحة .

***6 وقرار المحكمة المدنية 1983/4/3 و الذي قضى بتحريم كل أشكال التبني¹.**

***7 الملف رقم 246924 بتاريخ 2000/11/21:** "إن تكييف القضية على أنها تبني دون إبطال عقد الميلاد للمتبني هو مخالف للقانون"²

المطلب الثاني : الموقف الفقهي و القانوني من الكفالة الكفالة.

لقد أقر المشرع الجزائري نظام الكفالة وجعله السبيل الأمثل الذي به يستطيع شخص التكفل أو القيام بولد قاصر سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب إلى جانب اعتبار أن الكفالة محددة بقوانين تنظمها وتمنح للكفيل امتيازات إلى جانب المكفول .

الفرع الأول : موقف الفقه .

تعرف الكفالة في اللغة على أنها الضم، ومنه قوله سبحانه وتعالى >>وكفلها زكرياء <<³. أي ضمها إلى نفسه، وقوله عليه الصلاة والسلام " أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة " أي ضام اليتيم إلى نفسه ، و لغة الرعاية و الزعامة⁴

والكفالة شرعا هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل في المطابقة بالنفس أو الدين أو عين أو عمل، وهذا التعريف لفقهاء الأحناف.⁵

أما بالنسبة للشافعية فهي التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من عليه الدين أو عين مضمونة، وقد يطلق على العقد الذي يحصل به ذلك.

ولتكون الكفالة صحيحة لابد من اللفظ الدال على الالتزام، فقد اشترط الشافعية في الضمان والكفالة أن يكون هناك لفظ دال على الالتزام سواء أكان صريحا أم كناية .

وأما إذا كان هناك لفظا ليس فيه التزام فلا تصح⁶. فلو قال تؤدي المال أو أحضر الشخص فهو وعد بالالتزام لا يلزم الوفاء به، لأن الصيغة لا تشعر بالالتزام. إلا إن صاحب ذلك قرينة دالة على الالتزام .

واشترط الحنفية قبول كل لفظ يدل على القبول والرضا، كأن يقول صاحب الحق : رضيت أو قبلت أو هويت وما أشبه ذلك، وهذا ويقام مقام اللفظ ما يدل عليه من الكتابة ومن إشارة الأخرس المفهمة.

1- قرار رقم 83/180 ، نشرة القضاة 1986، عدد 4 ص 84

2- المجلة القضائية العدد الثاني ، 2001 ص 297

3- سورة آل عمران ، برواية ورش عن نافع ، الآية 36 ، المرجع السابق ، ص 54

4- انظر بوعشة عقيلة ، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الاسلامية ، مذكرة نهاية التكوين ، المدرسة العليا للقضاء ، 2004/2001 ص 04

5- عامر سامية ، عامر ايناس ، الحماية القانونية للطفل في التشريعات الجزائرية ، مذكرة ليسانس ، جامعة سعد دحلب - البلدة-، 2001/2000، ص39.

6 - انظر الموقع الإلكتروني : www.Islampedia.com

6 - انظر الموقع الإلكتروني :

التعليق والتنجز في الصيغة : ذهب الشافعية في الأصح عندهم إلى أنه لا يجوز تعليق الصيغة بشرط كأن يقول في التعليق على شرط سواء أكان ذلك في ضمان المال أو كفالة البدن إن قدم فلان فقد ضمنت ما على فلان أو تكفلت ببذنه، لأن ذلك عقد فلا يقبل التعليق كالبيع.

والقول الثاني عندهم أنه يجوز التعليق فيه لأنه لا يشترط القبول فيه فأشبهه الطلاق، وهناك قول ثالث عندهم وهو أنه يمتنع تعليق الضمان بالمال دون الكفالة في البدن، لأن الكفالة بالبدن مبنية على الحاجة.

وأما التوقيت في فان كانت الكفالة بالبدن فالأصح عند الشافعية أنه لا يجوز توقيتها كأن يقول : أنا كفيل بزيد إلى شهر وبعده أنا برئ.

والقول الثاني عندهم لا يجوز توقيتها، لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة.¹

الفرع الثاني : موقف القانون.

نصت المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري 46 على منع التبني شرعا وقانونا لكنه يقر الكفالة، هذا بخلاف اللقيط الذي يثبت نسبه ممن ادعاه، فيكون ابنا شرعيا لمن ادعاه، من غير حاجة إلى بينة. وهو ما نص عليه قانون الأسرة في المواد من 116 إلى 125.

إلا أن المشرع الجزائري توسع في الكفالة عندما أجاز تغيير اللقب للمكفول² وبهذا المرسوم يكون جنح إلى القول بالتبني بوجه آخر وإن لم يسمّه تبني- وتناقض المرسوم مع نص القانون والمادة 21 من اتفاقية حقوق الطفل : تبيح التبني، وتشتترط له موافقة المعنيين به وتعتبره وسيلة لرعاية الطفل إلا أنها في المادة 20 التي تتكلم عن الحضانة والكفالة تشير في فقرتها الثالثة إلى أن رعاية الطفل تشمل الحضانة والكفالة الواردة في القانون الإسلامي أو التبني عند الضرورة، فهي بهذا يفهم منها أن القانون الإسلامي فيه حضانة وكفالة أما التبني فهو عند الضرورة ولغير المسلمين.³

ومن جهة أخرى هناك إشارة إلى موافقة ذلك لقوانين البلد الذي يحدث فيه التبني. وبهذا القيد يكون التبني لغير المسلمين فقط.

1- انظر الموقع الإلكتروني :

www.Islampedia.com

2- المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بتغيير اللقب - الجريدة الرسمية 1992 عدد 5 ص 138

3- داود ياسين و فضيلة سويسسي المرجع السابق 04.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد عرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري بقوله " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي "¹.

من هنا يتضح لنا أن المشرع الجزائري عند ذكره للكفالة قد اعتبرها التزام بوجه التبرع بحيث عند القيام بولد ما تصبح للكافل واجبات تجاه المكفول يجب عليه مراعاتها وفي حدود القانون الخاص بالكفالة بالإضافة إلى ذلك يستطيع الكفيل أن يدير أموال المكفول في حدود القانون الذي خول له ذلك واستنادا إلى المادة 122 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : " يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث ، والوصية ، أو الهبة لصالح الولد المكفول "².

و قد عرفت الجزائر تطورات قانونية في مجال الكفالة منها ما جاء:

* في قانون الأسرة:

كما سلف الإشارة إليه من المواد 116 إلى 125

* في المرسوم رقم 92 / 24 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام الكفالة وأحكام التبني :

أن 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 ؟ فهل يعد هذا المرسوم خروج على المادة 46 من قانون الأسرة ؟ اختلفت وجهات النظر إلى فريقين :

- الفريق الأول: يعتبر تغيير اللقب في إطار المرسوم 24/92 تبنيًا:

وهي الفئة التي رفضت تطبيقه على أرض الواقع عند صدوره لكونهم كيفوا هذا المرسوم باعتباره تبنيًا بطريقة غير معلن عنها صراحة ، ذلك لأن فيه تغيير لحقيقة 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 و مجهولة 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 إن مثل هذه الحالة تؤدي لا محال إلى اختلاط الأنساب ، وفيه تعدي على اللقب العائلي لعائلة أخرى .

• كما أنهم يبررون إن مضمون هذا المرسوم يحمل في طياته تناقص مع أحكام المادة : 120 قانون أسرة : إلى توجب أن يحتفظ الولد المكفول

1- القانون رقم 11 - 84 الصادر في جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05

- 02 الصادر في 27 فبراير 2005

2- انظر قانون الأسرة 02/05

بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب فتطبق عليه أحكام نص المادة : 64 حالة مدنية .

إذا هذا الفريق يؤكد على ضرورة احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي وبالتالي استبعاد تطبيق هذا المرسوم والاحتكام إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

- الفريق الثاني: لا يعتبر محتوى هذا المرسوم تبنيًا بل يبقى دائما في إطار كفالة:

وهو الرأي السائد حاليا و بموجبه أزال الغموض و اللبس و عليه فإنهم يرون ضرورة للاستجابة إلى هذه الطلبات والمتعلقة بتغيير اللقب و بدون أي خوف ، إذا أعتمد هذا الرأي في حجته على: نص المادة 5 مكرر: من المرسوم السالف الذكر والتي تقضي بضرورة تسجيل أسم المكفول في هامش شهادة الميلاد وكل العقود ومستخرجات الحالة المدنية ، أين أستخلص من هذا الرأي من هذه المعطيات أن اللقب الأصلي يبقى دائما محفوظ وأن هذا الاسم هو إضافي فقط و هو حق استعمال شخصي له لأنه لا يمكن اخفاء الاسم الأصلي عند إبرام عقد الزواج ، ولا يمكن استعماله في الميراث .

ومن ثمة رأوا أن هذا المرسوم هو حفظ لكيان و نشأة 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 كفله حسب مقتضيات قانون الأسرة ، بل يبقى حقه في الإرث و موانع الزواج قائمة مع عائلته الشرعية إذا كان معلوم الأم

الفرع الثالث : موقف القضاء

من بين أحكام الكفالة و ما يترتب عليها من آثار إمكانية عودة المكفول إلى والديه الأصليين، فطبقا لإحكام الكفالة فإنه يجوز لأبوي المكفول إذا كانا معلومان أو أحدهما معلوم طلب عودة الولد المكفول واحده من الكافل و بالتالي تعود ولايتهما القانونية إليهم عليه ، وتنتهي ولاية الكافل من جديد ، لكن المشرع ميز بين حالتين عندما يطلب الوالدين عودة القاصر وذلك حسب سن المكفول، إذا أشرط المشرع :

- في حالة عدم بلوغ المكفول سن التمييز و الذي حدد في التشريع المدني الجزائري بـ 16 سنة¹ أن يتقدم الأب أو الأبوين بطلب إلى رئيس المحكمة يبين فيه سبب عودة الابن المكفول، وهنا القاضي يقوم بإجراء تحقيق حول الأسباب ذلك مراعيًا مصلحة الولد المكفول وعليه في هذه الحالة يمكن أن يصدر أمر بالرفض أو بالقبول .

- أما إذا كان الولد المكفول مميزا أي بالغا 16 سنة فما فوق فإنه يخير بين العودة إلى أبويه أو البقاء مع الكفيل ، لكن الأشكال هنا يطرح : هل إذا بلغ المكفول

1- القانون المدني المادة 42 من القانون 10/05

سن التميز تتم عودته إذا خبير فأختار العودة إلى أبويه خارج ساحة القضاء، ونفس الشيء في حالة الرفض فهل تتم أمام القضاء أم خارجه؟
إذ انه من المفروض أن تتم أمام القضاء أو أمام المحضر القضائي الذي يقوم بتحرير محضر بذلك.

لعل أن هذه المسألة تتطلب الدقة في الإجراءات و حتى تراعي مصلحة المكفول يجب أن تكون في ساحة القضاء أين يسمع رأي المكفول بمناسبة طلب العودة دون أي ضغط عليه من كلا الطرفين الأبوين أو الكافل، ويحرر محضر بذلك أمام القاضي و يوقع عليه الأطراف ،لأن مثل هذه الحالة فإنها ممكن أن تنهب حقوق للمكفول المنصوص عليها في مضمون الكفالة لذلك يجب إثبات عودة المكفول بموجب أمر أو حكم قضائي وتحرير محضر بذلك.

- ولقد صدر في هذا الصدد قرار عن المحكمة العليا ملف رقم 71801 بتاريخ 1991/05/21 أين قضت بعودة الولد المكفول – لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية – سماع رأي الولد المميز
(من المقرر قانونا 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 البنات من دون سماع رأيها ، وتخييرها بين البقاء عند مربيتها أو الذهاب لوالدها، رغم أنها تجاوزت سن التمييز ،فإنهم بذلك خرخوا القانون واستحق قرارهم (النقص)¹ ، إذ سماع رأي المكفول شرط ضروري عند طلب العودة إلى الوالدين وإثبات ذلك يكون بحكم أو أمر.

المبحث الثاني: النظام القانوني و القضائي للكفالة

إن اعتبار الكفالة كنظام قائم على محاولة القضاء على ظاهرة يتم الأطفال وانحرافهم وتشردهم قد منح له شروط وضوابط تتماشى معه ومع التطورات الحاصلة في المجتمعات المعاصرة ، بالإضافة إلى الإجراءات المعتمدة للحصول على الكفالة والتي تعد من ضمن الشروط اللازمة لقيام عقد الكفالة .

المطلب الأول: شروط الكفالة في القانون الجزائري

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة الجزائري، وتتضمن هذه المواد مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية والإجرائية

و تجدر الإشارة أن عقد الكفالة كأى من العقود يجب توافر أركان العقد لقيامه من رضا و محل و سبب¹.

الفرع الأول: الشروط الشكلية.

هناك مجموعة من الشروط أوجدها القضاء على الكافل للتكفل بالأطفال المهملين والأطفال الذين ليس لهم من يسهر على تربيتهم ورعايتهم ومن بين هذه الشروط ما ورد في نص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على " يجب أن تكون الكفالة أما المحكمة أو أمام موثق² ".

و الأصل في العقود الرضائية³، و حسب المادة 117 من قانون الأسرة نتساءل عن مقصد المشرع من العقد الشرعي، فالمعروف أن الشكلية إما لانعقاد أو للإثبات، فما قصد المشرع بعبارة " العقد الشرعي " خاصة و أن القانون لا يتكلم إلا عن العقود الرسمية حسب المواد 324 و 324 مكرر من القانون المدني.

فهل يفهم من العقد الشرعي الرسمية؟، الأكيد لا يفهم ذلك فيبدو أن المشرع قصد منها موافقة العقد لأحكام الشريعة الإسلامية، لكن إذا رجعنا إلى نص المادة 117 نجدها أمرة إذ تلزم الكافل بتحرير الكفالة أمام المحكمة أو الموثق مستعملا عبارة " يجب "⁴.

لذا يجب أن تتم الكفالة بعقد شرعي قانوني يبرم أمام المحكمة المتواجدة بمقر سكن الأسرة الراغبة في الكفالة، ويتكفل بإجراءات الكفالة في هذه الحالة قسم شؤون الأسرة.

وفي حالة ما إذا كان الطفل لقيط⁵ كان عديم الأبوين بسبب الوفاة، أو كان مجهول النسب فلا بد من إبرام عقد الكفالة أمام القضاء.

وإذا كان معلوم النسب فإن موافقة الأبوين يكون بمقتضى تصريح كتابي يمنح التكفل ويكون أمام الموثق أو القاضي الموجود بموطن أو إقامة الموافق على الكفالة أو أمام البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج إذا كان أحد الأطراف مقيم بالخارج.

إذا للحصول على الكفالة يجب أن تفرغ في صيغة رسمية وتكون مثبتة في المحكمة هذا لضمان حقوق الأفراد سواء تعلق الأمر بالكافل أو المكفول أو والدي المكفول إن وجدا، حيث أن كفالة الأطفال تعتبر مسؤولية كبيرة لدى من يقوم بها، لذلك أوجب تحريرها في عقود رسمية مخافة ضياع حقوق الأطفال وفي نفس الوقت

1- انظر بالتفصيل بوعشة عقيلة المرجع السابق ص 05 و مايليها.

2- تنظم مهنة الموثق بموجب القانون رقم 06 - 02 المؤرخ في 20 فبراير 2006

3- المادة 59 من القانون المدني الجزائري

4- انظر بالتفصيل بوعشة عقيل، المرجع السابق ص 19

ضمانا للسير الحسن لنظام الكفالة الذي يعد من الأمور التي تشغل عقل المجتمع بصفة عامة.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.

لقد نص قانون الأسرة الجزائري على ما يلي " يشترط أن يكون الكافل مسلما ، عاقلا ، أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته "1، ومنه نستنتج مجموعة من الشروط نوجزها فيما يلي :

- يجب أن يكون الزوجان مسلمان، ويجب أن يكون قد مرّ على زواجهما ثلاث سنوات على الأقل.

- يجب أن يكون الزوجين بالغين سن الرشد وصالحين للكفالة أخلاقيا، واجتماعيا و ماديا.

- ألا يكون قد سبق الحكم عليهما معا أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو مرتكبة ضد الأطفال.

- يجب أن يكونا الزوجان سليمان من أي مرض معد أو مانع من تحمل مسؤوليتهما .

- ألا يكون بين الكافلين والمكفول ، أو بين الكافلين ووالدي المكفول الحقيقيين أي نزاع قضائي أو عائلي يضر بمصلحة المكفول.

- بالنسبة للمؤسسات والجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة فيشترط فيها أن تتوفر على الوسائل المادية والموارد والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية ، إذا تعددت الطلبات بشأن كفالة طفل مهمل تمنح الأسبقية للزوجين اللذين ليس لهما أطفال، أو اللذين تتوفر لهما أفضل الظروف لضمان المصلحة الفضلى للطفل.²

- لا يمنع وجود أطفال لدى الزوجين الكافلين بشرط أن يستفيد جميع الأطفال من الإمكانيات المتوفرة لدى الأسرة بنفس القدر.

- إذا تجاوز سن الطفل المهمل « 16 » سنة كاملة يشترط موافقته الشخصية على الكفالة إلا إذا كان طالب الكفالة عبارة عن مؤسسة عمومية ، أو هيئة أو منظمة أو جمعية ذات طابع اجتماعي معترف لها بصفة المنفعة العامة .

- الكفالة إما أن تكون على صيغة معلوم النسب من الأبوين أو من أحدهما ففي هذه الحالة يحتفظ الولد المكفول بنسبه وهذا ما أقرته المادة 120 من قانون

1- قانون رقم 05 - 09 المؤرخ في 04 ، مايو سنة 2005

2- أنظر لمزيد من التفصيل الموقع التالي : www.tanmia.ma

الأسرة الجزائري والتي تنص : " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية.

تنص المادة 64 من قانون الحالة المدنية على ما يلي: " يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودهما المصرح".

- يجب أن تكون الأسماء جزائرية ويجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية.

- تمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال أو العادة.

- يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء، والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء ، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي¹

الفرع الثالث: : الشروط الإجرائية .

تمارس الكفالة بمرحلتين أمام القضاء : ففي المرحلة الأولية للإجراءات يقوم الأبوين بالتعبير عن إرادتهما وإعلان موافقتها عن الكفالة وهذا يتم بمقتضى تصريح من نفس الأبوين . أمام الموثق أو القاضي الموجود بموطن أو إقامة الموافق على الكفالة أو أمام مسؤولية البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج وهذا طبقا لنص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة ، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان ".

و تنص المادة 116 من نفس القانون « الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي ".

أما المرحلة الثانية فتتمثل في تثبيت الكفالة من القضاء ، وهنا يرفع الطلب بموجب عريضة تقدم من الكافل إلى القاضي ويرفق إليها نسخة من التصريح بموافقة أبوي الولد المكفول ، والقاضي المختص محليا هو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب ، أما إذا كان صاحب الطلب خارج الجزائر . يرفع الطلب إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول.

ودور القاضي هنا يتصل فقط بالوظيفة الولائية بمعنى لم يحصل أمامه نقاش ولا مراعاة كما أن القانون لم يلزم تدخل النيابة العامة ومهمة القاضي تنصب أساسا على التحقق من توفر الشروط المطلوبة قانونا في قيام الكفالة لطالبه، والأمر

1- قانون الحالة المدنية أمر رقم 70 - 20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية

الذي يصدره القاضي هو غير قابل للطعن ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الولد المكفول¹

أما فيما يخص تكوين ملف الكفالة فهو كالآتي :

تنص المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري " الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب².

1* بالنسبة للقاصر مجهول النسب :

فيجب على طالب الكفالة تكوين الملف التالي .

- طلب خطي.
- شهادة ميلاد القاصر المكفول.
- شهادة ميلاد الكفيل.
- حضور شاهدين يثبتان حالة التكفل.
- تصريح شرفي بعدم معرفة الأم الطبيعية للطفل إذا كانت مجهولة.
- عقد الكفالة (ويتم التبني الشرعي أمام القاضي أو الموثق)

(D.A.S)

- شهادة الوضعية العائلية يتم تسليمها من طرف مصالح مديرية المساعدة الاجتماعية - طابع جبائي.

2* بالنسبة للقاصر معلوم النسب.

- طلب خطي.
- شهادة ميلاد الكفيل.
- تصريح أبوي يمنح التكفل.
- شهادة الوضعية العائلية يتم تسليمها من طرف مصالح مديرية المساعدة الاجتماعية (D.A.S)
- عقد الكفالة (يتم التبني الشرعي أمام القاضي أو الموثق).
- طابع جبائي

1- الأستاذ الغوثي بن ملح ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، ص 172.

2- انظر قانون الأسرة : قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتعلق بقانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005

المطلب الثاني : موقف القضاء الجزائري

الفرع الأول: موقف القضاء من شروط انعقاد عقد الكفالة

أكدت أحكام المحكمة العليا، على ضرورة تمتع عقد الكفالة بالشروط القانونية خاصة، ما تعلق منها بالرضا و المحل و السبب، وقد جاء في احد أحكامها انه لا يجب أن يكون سبب الكفالة مخالفا لنظام العام و الآداب العامة، و إلا كان باطلا في قرار للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية: " من المقرر قانونا انه إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين لنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا و من ثمة فان النعي على القرار المطعون فيه لمخالفة القانون غير وجيه ولما كان من الثابت في قضية الحال ان أساس دعوى الطاعنة يتعلق بعقد تخلي لها نهائيا عن البنت دون أن توجد أية قرابة سواء منها النسبية أو المصاهرة تربطهما بابوي البنت، فان قضاة الموضوع بقضائهم بإرجاع البنت إلى والديها طبقوا القانون"¹

الفرع الثاني: موقف القضاء من الشروط الموضوعية

كما أن المحكمة العليا لم تخفي موقفها في تطبيق الأحكام القانونية الموضوعية من ضرورة تمتع الكفيل بالقدرة المالية و الأخلاقية و الجسمانية لحماية و رعاية الكفيل و هذا ما أكدته حكم المحكمة العليا بصدد احد أحكامها قرار رقم 33921 الصادر بتاريخ 1989/7/9: " ولما كان من الثابت في قضية الحال ان الحاضنة فاقدة للبصر وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبناءها و من تم فان قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها و هي على هذا الحال قد حادو على الصواب و خالفوا القواعد الفقهية"²

الخاتمة:

الأكد من هذه الدراسة أن الاجتهاد القضائي الجزائري لم يخالف ما أقرته الشريعة الإسلامية من تحريم للتبني و التشريع الوضعي الظاهر في قانون الأسرة 02/05 و المرسوم 24/92 و المرسوم 20 /70 و القوانين الأخرى التكميلية ففي أحكام كثيرة اقر صراحة رفضه لتبني شرعا و قانونا

لكن نلاحظ على تشريعات المنظمة للكفالة كنظام بديل لتبني القصور فيجب على المشرع ان يعيد فيها النظر بما يتماشى و بالمرجعية الدينية خاصة ما تعلق منها بالمرسوم التنفيذي 24/92 و كذلك التفصيل في نصوص قانون الاسرة الخاصة بالكفالة .

1- بوعشة عقيلة ، المرجع السابق ص 18

2- قرار رقم 33921 الصادر بتاريخ 1989/7/9 المجلة القضائية العدد 4 سنة 1989

قائمة المراجع

المراجع :

-القرآن الكريم

- بن شويخ الرشيد ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري
بحث لنيل شهادة دكتوراه في القانون ، تخصص قانون خاص ، جامعة سعد دحلب -
البليدة - السنة الجامعية 2001 - 2002.

- نجمة عبد العالي ، أحكام النسب والتبني في الشريعة الإسلامية والقانون
الجزائري ، دراسة مقارنة ، مذكرة ليسانس ، جامعة سعد دحلب - البليدة.

- لشهب بوبكر ، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون ، بحث لنيل شهادة
دكتوراه دولة في العلوم الإسلامية ، تخصص فقه وأصوله ، المعهد الوطني العالي
لأصول الدين ، جامعة الخروبة ، العاصمة ، 1997 - 1998 .

- طلبة مالك ، التبني و الكفالة ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء
، 2003/2006،

الإمام محمد أبو زهرة : تنظيم الإسلامي للمجتمع (دار الفكر العربي طبعة
سنة 1965

بوعشة عقيلة ، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية ، مذكرة نهاية
التكوين ، المدرسة العليا للقضاء ، 2001/2004

عامر سامية ، عامر إيناس ، الحماية القانونية للطفل في التشريعات
الجزائرية ، مذكرة ليسانس ، جامعة سعد دحلب - البليدة-، 2000/2001

- الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، الساحة
المركزية بن عكنون الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية 1990

القوانين والمراسيم :

أ - القوانين :

- قانون الأسرة . أمر رقم . 11 - 84 الصادر في 09 جوان 1984
المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05 - 02 الصادر في
27 فبراير 2005 .

- قانون الحالة المدنية أمر رقم 70 - 20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام
1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية .

ب - المراسيم :

- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتعلق بقانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .
- قانون رقم 27/88 الصادر في 12-07-1988 يتضمن تنظيم التوثيق.
- المرسوم التنفيذي رقم 92 / 24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بتغيير اللقب، الجريدة الرسمية لسنة 1992 " العدد 05
- المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بتغيير اللقب
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05.
- الأمر 20/71 المؤرخ في 19 فيفري المتعلق بالحالة المدنية .
- الأمر 156/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات .

المجلات القضائية :

-المجلة القضائية للعدد الخاص 2001 ص3 و ص4

- المجلة القضائية للعدد الخاص 2001 ص 5 و ص6

- المجلة القضائية للعدد الخاص 2001 ص 155

- نشرة القضاة 1986، عدد 4 ص 84

-المجلة القضائية العدد الثاني ، 2001 ص 297

-المجلة القضائية العدد : 01 لسنة 1996 ص 115

-المجلة القضائية العدد 4 سنة 1989

المواقع الإلكترونية :

- _ www.islam.pedia.com
- _ www.tanmia.ma
- _ www.elayem-dz.com