جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

كفالة مجهولي النسب في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص:أحوال شخصية

إعداد الطالبتين– عنتري نورية : بإشراف د. بودومي عبد الرحمان

– مرزوق نسيبة

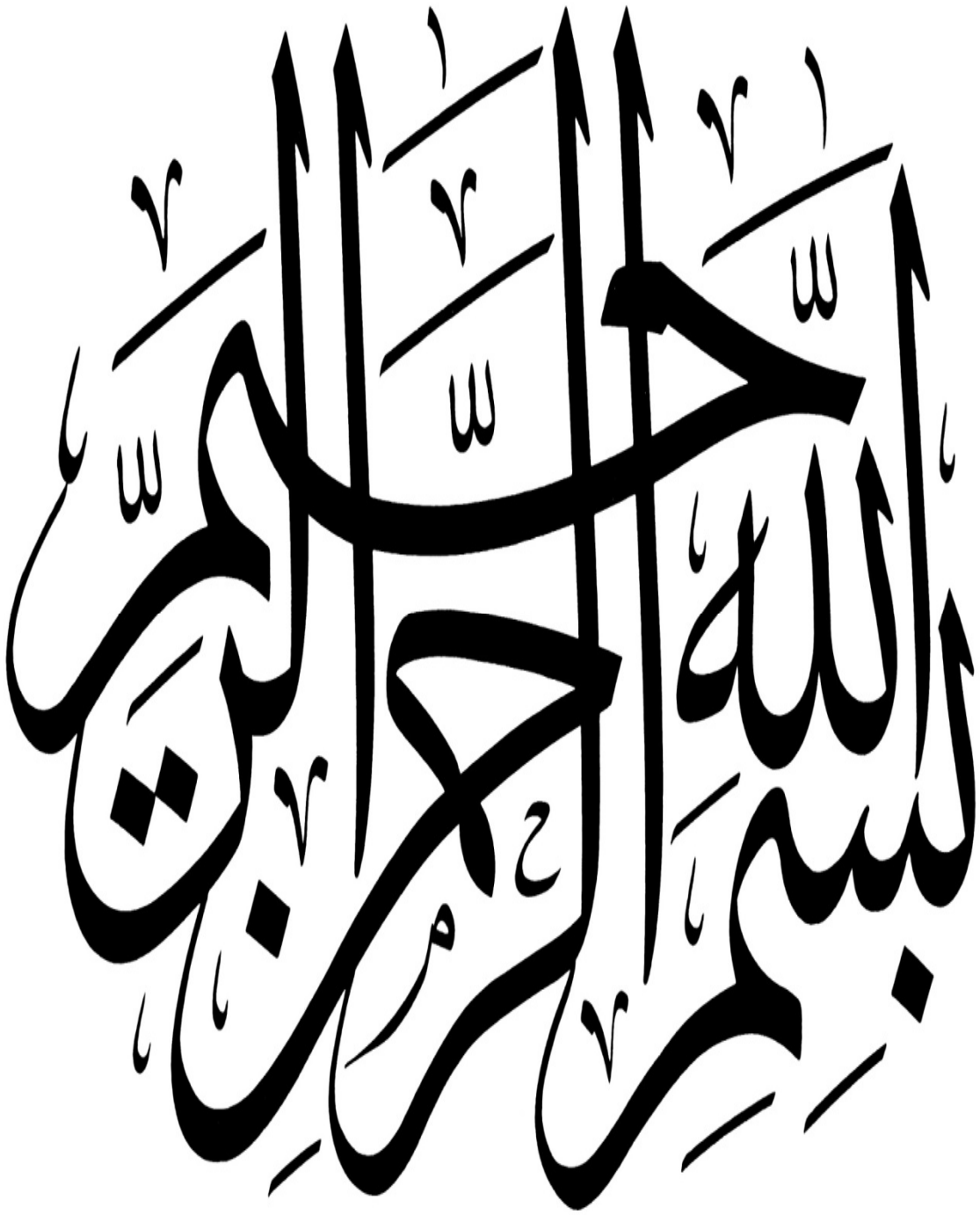
لجنة المناقشة:

1) الأستاذ:كرتوس أنيسة.....رئيسا.

2) الأستاذ:د. بودومي عبد الرحمان.....مشرفا و مقررا.

3) الأستاذ:أحمد يحياوي سليمة..... مقررا.

السنة الجامعية :2018/2017


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و عرفان

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ ..... وَقَالَ رَبِّ أَوۡزِعۡنِيٓ أَنۡ أَشۡكُرَ نِعۡمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنۡعَمۡتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنۡ أَعۡمَلَ صَٰلِحٗا تَرۡضَىٰهُ وَأَدۡخِلۡنِي بِرَحۡمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ١٩ ﴾ النمل: 19

نشكر الله سبحانه و تعالى على نعمه التي لا تعد و لا تحصى

و الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهك و عظيم سلطانك فله الحمد أن وفقنا لإتمام هذا العمل .

نتقدم بالشكر للأستاذ المشرف الدكتور بودومي عبد الرحمان على صبره معنا و إرشادنا في كل مراحل إنجاز هذه المذكرة

إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد

بسم الله الذي خلقني و هداني و أعطاني الحكمة و فصاحة اللسان

أهدي عملي هذا

إلى معنى الحياة و الحب و التفاني في العطاء إلى صديقة الروح و حبيبة القلب من كان وجودها سر فرحتي و نجاحي إلى أغلى الحبايب أمي الحبيبة

إلى سندي في الحياة فخري و عزتي من كان رضاه ضياء لي في طريقي أبي الغالي حفظه الله تعالى و ألبسه ثوب الصحة و العافية

إلى توأم روحي و رفيقة دربي أختي الحبيبة حميدة

و إبنهاحبيب خالته عبد المنعم

إلى أعز و أقرب الناس إلى قلبي إخوتي عبد الرحمان و مُحَمَّد و يونس وعبد العزيز و الغالي أيوب حفظهم الله تعالى من كل سوء

إلى خالتي الوحيدة و زوجها و كل أبنائها و أخص بالذكر أحلام

إلى خالي العزيز حميد و جدتي حفظها الله و أطال في عمرها

إلى صديقاتي اللواتي رافقنني في مسيرتي الدراسية زهرة ،صبرينة،خيرة ، أمال، نسيبة ، أسماء ،مريم ،بشرى ، كنزة .

إلى جميع الطلبة تخصص أحوال شخصية دفعة 2018

نورية

إهداء :

إلاهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ، و لا يطيب النهار إلا بطاعتك ، و لا تطيب اللحظات إلا بذكرك ، و لا تطيب الآخرة إلا بعفوك ، و لا تطيب الجنة إلا برؤيتك .

أهدي عملي هذا إلى الذي وفقني لهذا ، و لم أكن لأصل إليه لولا فضل الله علي .

و إلى من بلغ الرسالة ، أدى الأمانة ، و نصح الأمة ، إلى نبي الرحمة ، و نور العالمين عليه أفضل الصلاة ، و أزكى التسليم .

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من أعزها الله ، و جعل الجنة تحت قدميها ، أمي حبيبة روحي ، أطال الله في عمرها ، و جعلها دوما نبراس حياتنا .

إلى من كلله الله بالهيبة و الوقار ، إلى من علمني العطاء بدون انتظار ، أبي الذي أحمل اسمه بكل افتخار .

إلى إخوتي حماهم الله : **فاطمة الزهراء** ، **مُحَمَّد أمين** ، **ياسين** .

إلى كل أفراد أسرتي ، و كل من يحمل لقب مرزوق ، خاصة بنات عمي : **وسيلة** ، و **حياة**

إلى روح جدتي الطاهرة "**فاطمة**" ، و خالتي " **حورية** " ، أنار الله قبريكما ، و جعلها روضة من رياض الجنة .

أهدي هذا العمل إلى أختي التي لم تلدها أمي ، أخت بالقلب و ليس بالدم " **أسماء**" .

إلى صديقاتي و زميلاتي ، من تحلو بالإخاء ، و تميزوا بالوفاء و العطاء : **أسماء** ، **آمال** ، **كنزة** ، **بشرى** ، **مريم** .

نسيبة

مقدمة:

الطفل كمخلوق بشري ضعيف، له حقوق إنسانية ينبغي أن يعمل المجتمع والدولة على صيانتها، وضمان التمتع بها.

فأهم حق يثبت له، والذي تم الإجماع عليه من طرف واضعي القوانين، هو أن تكون له أسرة، باعتبارها الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل ويتفاعل مع أعضائها، وكذا المؤثر المباشر في التكوين الحسن والنفسي للطفل. ومن ثم يشكل توجهاته وفي مستقبل حياته إيجابا وسلبا .

فقد كان الإسلام أول من نادى بحقوق الأولاد، فوضع أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم، وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ، حيث اتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص شرعية تثبت نسبهم وحضانتهم، والإنفاق عليهم، وإدارة شؤونهم. وقدقصدت الشريعة الغراء من وراء هذه الأحكام حماية الأطفال القصر من الضياع، خاصة مع ظهور مشكلة الأطفال مجهولي النسب، التي تعد من الظواهر التي أثرت بشكل خطير على توازن المجتمع بحيث تجاوزت كل الحدود، وهذا راجع بالدرجة الأولى للابتعاد عن الوازع الديني، والانحلال الأخلاقي، إضافة إلى نقص التوعية، ونقص محادثة الآباء لأبنائهم. ولهذا فقد أصبحت هذه الظاهرة من أهم الظواهر الاجتماعية المطروحة للدراسة، نظرا لأهميتها وخطورتها في انحراف المجتمع وخلق مشاكل أخرى كظاهرة الإجراموالقتل .من هذا المنطلق كان ولابد من ايجاد الحل الأسرع والمناسب للحد من تفاقم هذا المشكل، ووجود حل ولو نسبي لهؤلاء الأطفال مجهولي النسب الذين يعتبرون الحلقة الأضعف في هذا الوضع والضحية الأولى التي لا ذنب لها في واقع الحال.

و قد اختلف موقف كل التشريعات الوضعية عن التشريع الإسلامي في نظراتها لهذه الظاهرة، فالتشريعات الوضعية عالجت وضع مجهولي النسب من خلال وسيلتين:

- الأولى: هي ابتداع نظام التبني، والذي حرمه الشارع نظرا لما فيه من مفاسد،وخلط في الأنساب، واعتداء على هوية الطفل، بإعطائه نسب غير نسبه الأصلي.

الأمر الذي أحدث انعكاسات سلبية على مستقبل الطفل، خاصة عندما يعلم بواقعه بعد بلوغه[1]

قَالَ تَعَالَى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ۝٥﴾فهنا ينسب الطفل لغير أبيه الحقيقي، أدى ومازال يؤدي إلى نتائج وخيمة منها حرمان الورثة من حقهم في مال مورثهم بسبب التبني، وهذا يولد البغضاء والتشاحن بينهم وبين الولد المتبنى.

- الثانية: تمتثل هذه الوسيلة في إيداع الطفل الملجأ، حيث يعيش وسط أعداد كبيرة من الأطفال في مثل عمره، ووضعيته، تحت إشراف مربيات بديلات عن الأمهات إلى سن معين يجبر بعد بلوغه على مغادرة هذه الدور الإجتماعية بدون معرفة إلى أين يتجه.

أما التشريع الإسلامي فقد أغلق باب التبني، نظرا لما فيه من مخلفات سلبية،وفتح أبواب أخرى تضمن حماية الأطفال مجهولي النسب، وذلك بما يعرف بالكفالة، كبديل ملائم للتبني، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة وبين أحكامه في المواد من 116 إلى 125[2]. حيث الهدف من وراء كفالة هذا الطفل القاصر مجهول النسب هو تسهيل أموره للوصول إلى مبتغاه، حيث يقوم الكافل مقام الأب الشرعي في الرعاية والتربية والتعليم ....و هذا دون إعطائه لقبه وادخاله في نسبه .لكن بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 92-24المتعلق بتغيير اللقب أصبح الأمر ممكنا وذلك بالسماح للكافل بمنح المكفول اللقب

[1] – سورة الأحزاب الآية 5 .

[2]- القانون رقم 84 – 11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 .

العائلي، الأمر الذي يثير عدة تساؤلات واستفسارات من ناحية مشروعية هذا المرسوم، لهذا بدأ الفقهاء والدارسون للقانون بالبحث في مدى مشروعيته من عدمهاوكذا قانونيته ومدى مطابقته للدستور ثم بعد ذلك تكييفه بتكييفه. فهناك من اعتبره تبني لكونه يؤدي إلى إلحاق لقب الكافل بالمكفول، بينما إتجه رأي آخر إلى جوازهواعتبرته ممتدا لأحكام الكفالة .

أهمية الدراسة: تتمثل هذه الأهمية في كون موضوع الكفالة الذي ينصب محله على كائن بريء، ضعيف، لا يقوى على الدفاع على نفسه، خاصة مع تزايد هذه الشريحة من سنة إلى أخرى، والتي يجب أن تكون محط اهتمام الدول والمجتمعات. ونظرا لأهمية هذا الموضوع العلمية والعملية، ارتأيناه محورا لدراستنا وبحثنا هذا. حيث أن هذه الدراسة ستزيل الكثير من اللبس والغموض حول إمكانية منح اللقب العائلي للقاصر المكفول من عدمها.

دوافع اختيار الموضوع: حماية القصر مجهولي النسب من كل اعتداء وإهمال، ومنحهم الدفء الأسري الذي حرموا منه. إضافة إلى تقييم المرسوم التنفيذي92-24 الذي لطالما أحدث ضجة كبيرة في الوسط القانوني الذي اعتبره أنه يحمل في طياته إجازة التبني الذي حرمته الشريعة الإسلامية .

و المناهج المعتمدة: اعتمدنا المنهج التحليليوهذا لتسهيل الدراسة .

صعوبات البحث: ولقد واجهتنا العديد من المشاكل والصعوبات أثناء إعدادنا لهذا البحث نذكر منها:

-ندرة المراجع التي تناولت موضوع الكفالة في قانون الأسرة الجزائري .

-قلة المراجع الوطنية التي تطرقت لهذا الموضوع الشيء الذي اضطرنا إلى الاستعانة بمراجع أخرى .

-صعوبة التحصل على بعض المعلومات من قبل مديرية النشاط الاجتماعي .

و منه نطرح الإشكالية التالية: ما مدى معارضة المرسوم رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب لأحكام الكفالة ؟

تناولنا البحث وفق خطة مزدوجة أي أنها تحتوي على فصلين، تطرقنا في الفصل الأول إلى مفهوم الكفالة وخصائصها، وانعقادها، وقسمناه إلى ثلاثة مباحث، المبحث الأول تطرقنا إلى مفهوم الكفالة شرعا وقانونا، المبحث الثاني بعنوان خصائص الكفالة، وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها، أما المبحث الثالث فتناولنا شروط الكفالة وإجراءاتها.

في الفصل الثاني تطرقنا إلى آثار الكفالة ومدى شرعية منح الاسم العائلي للولد مجهول النسب على ضوء المرسوم 92-24 المتعلق بتغيير لقب الولد المكفول ثم خاتمة البحث التي ادرجنا فيها بعض التوصيات.

الفصل الأول

النظام الشرعي و القانوني للكفالة

تمهيد:

تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية قرر قانون الأسرة الجزائري، منع التبني شرعاوقانونا، طبقا لنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على: "يمنع التبني شرعا وقانون ". وعليه أصبح على المشرع الجزائري إيجاد حل بديل. خاصةوأن الأطفال مجهولي النسب في تزايد .

ارتأى المشرع نظام الكفالة كنظام بديل، لحماية هذه الفئة والحفاظ على أمنها

و استقرارها، إضافة الى تمكين بعض الأسر التي لم تسعد بالإنجاب من كفالة طفل أجنبي عنها .

و عليه فنظام الكفالة من المواضيع بالغة الأهمية، إذن فهي تطرح عدة إشكالاتواستفسارات، والتي سنحاول دراستها ومعالجتها من خلال توضيح: مفهوم الكفالة شرعا وقانونا في المبحث الأول، وخصائصها وتمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لهافي المبحث الثاني، وذكر شروطها وانعقادها وإجراءاتها في المبحث الثالث .

المبحث الأول: مفهوم الكفالة شرعا وقانونا:

يحمل مصطلح الكفالة عدة دلالات ومعاني، فقد يعني ضمان الدين وهذا في القانون المدني، وقد يعني الولاية على نفس ومال القاصر، والنوع الثاني هو محور بحثنا ودراستنا هذه .

و عليه فإننا سنتطرق إلى مفهوم الكفالة لغة في المطلب الأول، واصطلاحا في المطلب الثاني، ومفهومها قانونا في المطلب الثالث .

المطلب الأول: مفهوم الكفالة لغة

مصطلح الكفالة مشتق من الفعل الثلاثي مفتوح الحروف، وكما جاء في لسان العرب مادة كفَّل، كفَل، يَكفُله، وكفَله إياه، والكافل العائل [1].

و الكفالة: الضم والضمان، وهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس أو دين أو بعين. في قول أبي ثور وبعض العلماء: بمعنى الحوالة. وهي ضم ذمة إلى ذمة آخر ويلتزم أيضا المطالبة التي لزمت في حق ذلك [2].

و الكفالة بالنفس هي الكفالة بشخص أحد .

و جمع الكافل كُفَل، وجمع الكفيل كُفلاء، وقد يقال للجميع كفيل كما قيل في جمع صديق. والأنثى كفيل أيضا. ويقال أيضا كفل الصغير أي رباه وأنفق عليه .و منه قول الله تعالى: " وكفلها زكرياء " معناه ضمها إلى إنفاقه وحضنه، والكافل هو المربي. قال السدي وغيره: إن زكرياء كان زوج أختها ، و يعضد هذا القول قول الرسول صلى الله عليهوسلم: "

[1]–حمليل صالح ، المركز القانوني للطفل المهمل في الوثائق الدولية و القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، سنة 2004 ، ص 306 .

[2]–سعدي أبو حبيب ،القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا الطبعة الرابعة ،دار الفكر ،2009، ص322

في يحيى وعيسى ابنا الخالة " والذي عليه الناس أن زكرياء إنما كفلها بالاستهام لتشاحهم حينئذ فيمن يكفل المحرر[1] .

و قوله أيضا: " وأنا به زعيم ": حمالة ، قال المجاهد: الزعيم هو المؤذن الذي قال أيتها العير، والزعيم هو الضامن في كلام العرب. وإضافة إلى كفالة النفس هناك: الكفالة بالتسليم وهي الكفالة بتسليم المال، والكفالة بالمال وهي الكفالة بأداء المال،وكفل المال بالمال أي ضمنه [2].

المطلب الثاني: المفهوم الاصطلاحي:

الكفالة هي القيام بشؤون اليتيم، والتكفل بمصالحه من إطعام وعلاج وكسوة، وتنمية لماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال أنفق عليه الكافل وكساه في سبيل الله.

و قال ابن أثير: الكافل هو القائم بأمر اليتيم المربي له[3] .

و الكفالة في الفقه الإسلامي التزام شخصي يصدر عن الكافل لأنها تبرع، وهي إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه. ولا شك أن تقديم الإسلام لمجهول النسب هذه الرعاية هو أمر بالغ الأهمية، وهذا لإدماج هذا الطفل في المجتمع، الذي يجب عليه معاملة هذا الطفل على أساس الأخوة الإنسانية والموالاة في الدين، وعدم النظر إليه بنظرة احتقارية على أنه صاحب الذنب لأنه في الحقيقة هو الضحية .

و لقد عرف الكثير من الفقهاء مصطلح الكفالة ، فلقد قال المالكية بأنها الحمالة، والزعامة، والضمان، وحقيقة الضمان عندهم شرعا: "شغل ذمة أخرى بالحق ". ومعناه هو:

[1]–عبد الرحمان الثعالبي ،الجواهر الحسان في تفسير القرآن ، الطباعة الشعبية للجيش ،الجزء 1، 2007، ص 313

[2] –عبد الرحمان الثعالبي ،الجواهر الحسان في تفسير القرآن، الطباعة الشعبية للجيش ، الجزء 2، 2007، ص 337

[3] – أ صفية الوناس حسين ، مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي و التشريع الوضعي ،قسم الفقه و أصوله ، كلية العلوم الإسلامية الخروبة، الجزائر ، ص 41

"شَغْل " مصدر شغل مضاف لمفعوله، وهو جنس في التعريف يشمل الضمان وغيره، بمعنى أن يشغل رب الحق ذمة أخرى مع الأولى بحقه، وإضافة "ذمة" مخرج لشغل غير الذمة، و" أخرى" فصل ثان أخرج به البيع والحوالة، و"بالحق" أي مما يتوجه به الطلب[1].

و قد انتقد هذا التعريف بعدة انتقادات:

- ❖ أنه غير مانع لشموله البيع المتعدد مثل بيع شيء بدين، ثم بيع سلعة أخرى بدين أيضا، والتشريك فيما اشترى .
- ❖ أنه تعريف غير جامع، وذلك لعدم شموله ضمان الوجه وضمان الطلب .
- ❖ أنه ليس جامع ولا مانع، لأن قولهم شغل مباين للمعرف، لأن الضمان سبب في الشغل، والشغل مسبب عنه لا نفسه كما أن الملك مسبب عن البيع لا نفسه.

أما ابن عرفة فقد عرف الكفالة بالحمالة، وهي التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره أو طلبه من عليه لمن هو له. وهذا التعريف شامل لأنواع الضمان الثلاثة وهي:

- ✓ ضمان المال: التزام دين لا يسقطه عمن هو عليه، فإنه بذلك يشغل ذمته بذلك المال، كما شغلت به ذمة المدين الأصلي بدون أن يتوقف على أمر آخر .
- ✓ ضمان الوجه: هو ضمان الإتيان بمن عليه الدين عند الحاجة وهو لا يصح في غير المال، وذمة الحميل فيه لا تشغل بالمال إلا إذا لم يحضر المدين، فإذا أحضره لم يلزم بشيء فشغل ذمة الحميل بالحق في هذا النوع يتوقف على عدم إحضار المدين .
- ✓ ضمان الطلب: هو التفتيش عن المضمون وإعلام المضمون له بمحله عند حلول الأجل[2] .

[1] – الدكتور علي محمد عبد الحافظ السيد ،الكفالة و تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ،2008، ص 06

[2] –الدكتور علي محمد عبد الحافظ السيد ، نفسالمرجع ، ص 8

و هو يصح فيه ضمان غير المال، وتشغل فيه الذمة بالمال إذا ثبت تفريطه في الإتيان بالغريم، أو في الدلالة عليه بأن علم مكانه وتركه، فشغل ذمة الكفيل في هذا النوع متوقفة على تفريطه وإهماله، وكذا مساعدة الغريم في الهرب .

من هنا يتبين لنا أن شغل الذمة في ضمان المال لا يتوقف على شيء، بينما شغل ذمة الكفيل في ضمان الوجه يتوقف على عدم الإتيان بالغريم، ولا تفريط الضامن في ضمان الطلب .

أما دليل الحنفية فهو أن الدين وأن أمكن شرعا اعتباره في ذمتين لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب هنا، لأن التوثيق بالدين يحصل بثبوت حق المطالبة، وأجابوا عن صحة الهبة ونحوها بأنهم جعلوا الدين في حكم الدينين لضرورة تصحيح تصرف صاحب الحق. ومن أدلة الحنفية أيضا أن الكفالة كما تصح بالمال، تصح بالنفس، مع أنه لا دين فيها، والمضمون بالكفالة بالنفس هو إحضار المكفول به، وكما تصح بالدين، تصح بالأعيان المضمونة. وتعريف الكفالة بما يفيد ثبوت حق المطالبة فيها هو من أجل شمول جميع هذه الأنواع، بخلاف ما لو قصرنا معناها على الضم في الدين، فإنه يراد بها الكفالة بالمال فقط[1] .

و الخلاصة هي أن تعريف الكفالة بالضم هي المطالبة أعم لشموله. والكفالة نوعان: الكفالة بالنفس والكفالة بالمال، وتنعقد الكفالة بالنفس إذا قال الكافل: تكفلت بنفس فلان، أو رقبته، أو بروحه، أو بجسده أو برأسه، أو ببدنه. وكذا إذا قيل بنصفه أو بثلثه، أو بجزء منه، لأن القاعدة الفقهية: " ذكر ما لا يتجزأ كذكر كله." فيكون كفيلا بكله .

[1] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء الخامس ، دار الفكر ، دمشق ، ص 133.

و كذا تنعقد إذا قال: ضمنته، أو قال: علي، أو قال: أنا به زعيم، بخلاف قوله: أنا ضامن بمعرفته[1].

المطلب الثالث: المفهوم القانوني:

بالرجوع إلى القانون الجزائري نلاحظ أن الكفالة عرفت من في قانون الأسرة و القانون المدني ، هذا ما سوف نتطرق إليه في هذا المطرف في فرعين مختلفين .

الفرع الأول: تعريف قانون الأسرة

باعتبار أن التبني هو نظام محرم شرعا وقانونا، وهذا طبقا لنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري[2]. ونظام الكفالة هو الحل والوسيلة الوحيدة، وهذا نظرا لبعض المشاكل اليومية داخل المجتمع الجزائري، وكذلك بالنسبة لوضعية بعض الأطفال[3] وهم فئة اللقطاء، ومجهولي النسب. سيما الجزائر في مرحلة العشرية السوداء، بداية من التسعينات، والتي ترتب عنها ظاهرة ما يسمى بالأمهات العازبات، واللواتي ليست لديهن القدرة على إعالة أنفسهن، فكيف لهن إعالة أطفال قصر.

لكن أحكام الكفالة كان لها أثر إيجابي في تلك الحقبة إذ فتحت الباب أمام عدة عائلات بالتكفل بأبناء الامهات العازبات هذا ن جهة، ومن جهة أخرى كذلك مكنت الأسر التي لم ترزق البنين بإعالة هذه الفئة المحرومة.

و بذلك كانت أحكام الكفالة بمثابة المفتاح القانوني لحل مثل هذه المشاكل [4].

---

[1]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص 136.

[2]- تنص المادة 46 من قانون الأسرة على أنه يمنع التبني شرعا و قانونا .

[3] – الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، 2015، ص 168

[4]– طلبة مالك ، التبني و الكفالة ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ،2003.2006، ص 18

و لم يكن قانون الاسرة الجزائري السباق لاستحداث مصطلح الكفالة، إذ سبقه لذلك قانون الصحة الملغى. إلا أن هذا القانون لم يتعرض لتعريف الكفالة، مكتفيا بالإحالة على قانون الأسرة، إلى حين صدر قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 منظما الكفالة في فصل خاص، وهو الفصل السابع، تحت عنوان الكفالة .في المواد من 116 إلى 125[1].

وورد تعريف الكفالة في المادة 116 منه، وهو كالتالي: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي ."

فالكفالة أو الاستقبال الشرعي، هو التزام المعني قانونا بالأمر ليتكفل تطوعا بنفقات التربية، والاعتناء، وحماية الطفل القاصر، مثلما يقوم بذلك الأب اتجاه ابنه الشرعي .

و بالتالي فعلى الشخص الكافل أن يضمن لمن كفله كل ما يحفظ له حياته،ويصلح أمره جسما، وعقلا، وخلقا، وذلك يتجسد عن طريق مجانية التعليم، وإجباريته، والذي يعد حق دستوري لكل مواطن. طبقا لنص المادة 65 من الدستور الجزائري والتي تنص على: "الحق في التعليم مضمون. التعليم العمومي مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون. التعليم الأساسي إجباري ..."[2]إذتمنحالكفالةبناءاعلىطلبمنالمعنيبالأمر (الكافل)، وتكونسواءأمام القاضيالمختص، وهوقاضيشؤونالأسرة ، أو أمام الموثق وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 117 التي تنص على: "يجب أن تكون الكفالة امام المحكمة، أو أمام الموثق ...."

وبناءا على ذلك فإن الكفالة تتقرر بالعقد، وحكم المحكمة ما هو إلا كشف لإرادة الأطراف، فهي تعطي مصادقة على العقد .

[1]- المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر .

[2]– القانون رقم 16–1 مؤرخ في جمادى الاولى عام 1437 الموافق ل 6 مارس سنة 2016 يتضمن التعديل الدستوري

و الملاحظ على تعريف قانون الأسرة للكفالة أنه جاء فيه نوع من الدقة والشمول، ويكون بذلك المشرع الجزائري قد أصاب إلى حد بعيد في تعريف الكفالة [1].

الفرع الثاني : الكفالة في القانون المدني

الكفالة في القانون المدني هو ذلك العقد الذي ينشأ نتيجة وجود علاقة مديونية أو إلتزام بين الدائن والمدين، والكفيل فلا يأتي إلا بذلك الوفاء بذلك الدين في وفاء المدين به[2].

و قال المشرع الجزائري بتعريفالكفالة أو ما يسمى بالضمان في نص المادة 644 من القانون المدني بنصه على أن " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بان يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه "

و بالتالي نستنتج أن عقد في القانون المدني عقد بين الكفيل والدائن وبماأنه كذلك فإنه لا ينشأ صحيحا إلا إذا توفرت الشروط التي يتطلبها أي عقد لإنعقاده، وهذا العقد لا يأتي من العدم وإنما لضمان دين لضمان دين الشخص المدين فيامتناعه أو عدم قدرته على قدرته على الوفاء بما عليه من إلتزام تجاه الشخص الدائن ذلك عند حلول أجل الدين وموعد الإستحقاق .[3]

[1] – عبد الرحمان بودومي، التبني و الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق ، قسم القانون الخاص ، سنة 2015 ، 2016، ص126

* التشريع المغربي عرف الكفالة في القانون 15–01–2001 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بأنها :" الإلتزام برعاية طفل مهمل و تربيته و حمايته و النفقه عليه كما يفعل الأب مع ولده و لا يترتب عن الكفالة حق في النسب و لا في الإرث ". نستنتج من خلال هذا التعريف و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري و المقارنة بينهما فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى النسب و الإرث و حرمان المكفول منهما مثلما جاء في القانون المغربي .

[2] – نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت ، دار الهدى للنشر و الطباعة و التوزيع ، الجزائر ، 2008 ، ص 61

[3]–زهية سي يوسف ، عقد الكفالة ، دار الأمل ، تيزي وزو ، د . س . ن

المبحث الثاني: خصائص الكفالة شرعا وقانونا وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها:

بعد تعريفنا لمصطلح الكفالة في المبحث السابق، سوف نتطرق في هذا المبحث إلى خصائص الكفالة شرعا وقانونا، ثم تمييزها عن الأنظمة الأخرى المشابهة لها.

فللكفالة عدة مميزات، سوف نذكر بعضا منها، وهذا فيالمطلب الأول، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى تمييزها عن نظامي الحضانة والكفالة .

المطلب الأول: خصائص الكفالة شرعا وقانونا:

من خلال التعريف السابق للكفالة نستنتج مجموعة من الخصائص تستقل بها الكفالة عن غيرها من الأنظمة، وهي أنها نظام اجتماعي وقانوني (الفرع الأول)، وأنها ملزمة لجانب واحد (الفرع الثاني)، وأخيرا الكفالة تقع على ولد قاصر (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الكفالة نظام اجتماعي وقانوني:

الغاية من نظام الكفالة هي رعاية الأطفال الذين لم يسعفهم الحظ بأن يحضو بجو أسري يربون فيه. فلا أب يحميه ويدافع عنه، ولا أم تعطف وتحن عليه، فهم إذن محرومون من العائلة التي تتولى شؤونهم من تربية ورعاية جسدية، وخلقية.

لذلك فإن نظام الكفالة جاء كوسيلة لتعويض هذا الإنسان الضعيف بالدفء الأسري الذي حرم منه، فيسند إلى الشخص الراغب في التكفل به، بعد استفائه لكافة الشروط التي يجب أن يتحلى بها خدمة لمصلحة الأطفال[1]، باعتبار أن هؤلاء الأطفال فئة منبوذة في المجتمع .

[1]–بليل صبرينة ،شعليل نعيمة ، عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، شعبة القانون الخاص ، تخصص قانون خاص شامل ، ص 11.

و يعتبر نظام الكفالة نظام قانوني لأن مجمل الأحكام المنظمة للكفالة محددة بموجب نصوص قانونية صريحة فهي تجد مصدرها في قانون الأسرة، إذن فكل راغب بالكفالة يجد نفسه ملزما بالامتثال لهذه الأحكام [1].

و التالي فالكفالة تجرد أطرافها من مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد، لأن هذه الإرادة محدودة ومقصورة في الإفصاح عن الرغبة في طلب الكفالة، وكذا في التخلي عنها، أما غير ذلك من الأحكام فهي خاضعة للقانون الذي ينظمها .

الفرع الثاني: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

إن الكفالة التزام، وبالرجوع إلى أحكام المادتين 256 و258 من قانون الصحة العمومي الملغى فإن الطرف الذي بإمكانه أن يكون طرفا في التعاقد مع الكافل هو الوصي، أو مجلس العائلة أو مصلحة الإسعاف العمومي في حالة الكفيل مجهول النسب وهو محل دراستنا هذه، فعلى المشرع استدراك هذا الفراغ، وإلى حين استدراكه فإن الأمر يعود إلى مدير الشؤون الاجتماعية على مستوى الولاية. وما يجدر التنبيه إليه هنا أن المشرع في المادة 116 أهمل ذكر الرابطة الزوجية، وهو ما لم يذكره حتى في المواد الأخرى، الشيء الذي جعله يغفل عن ذكر زوجة الكافل، وأهمية حضورها في العقد باعتبارها الطرف الذي سيقوم بواجب التربية والرعاية، وموافقتها على ذلك شرك أساسي[2].

فعقد الكفالة هو من العقود التبرعية، فالتبرع هنا يأخذ شكل عقد لأنه يقدم منفعة وخدمة شخصية، وهذا الطابع التبرعي أضفى على نظام الكفالة صبغة إنسانية ترقى على تلك التصرفات الخيرية التبرعية، الإنسانية الهادفة إلى حماية الإنسان من الإهمالوالمعاناة الاجتماعية .

[1] – طلبة مالك، مرجع سابق، ص 18.

[2] – فريدة محمدي زواوي ، مدى تعارض المرسوم التنفيذي رقم 92–24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث: تقع على ولد قاصر:

باعتبار أن الكفالة عقد فهي تتم بين طرفين، طالب الكفالة، والشخص الذي تقع عليه الكفالة (الولد المكفول)، ويشترط في هذا الأخير أن يكون قاصرا، أي لم يبلغ سن الرشد بعد والذي هو 19 سنة كاملة .

هذه الخاصية تقترب كثيرا من المفهوم الشرعي للشخص المراد كفالته، والذي يعتبر مهما كانت الظروف شخصا أجنبيا، لذلك يشترط أن يكون غير بالغ حفاظا على حرمة العائلة من ناحية، وحماية الأنساب من الاختلاط من ناحية أخرى[1] .

و ارتباط الكفالة بالولد القاصر إنما يرتكز على الحديث الشريف الذي رواه أبو داود والذي يقول فيه علي ابن أبي طالب"رضي الله عنه ": "حفظته عن الرسول ﷺ لا يتم – بمعنى زوال حالة اليتم – بعد احتلام ..."[2]

و اعتبار لولد أجنبيا عن الكفيل هذا لا يمنع من معاملة الطفل المكفول مثل الابن الشرعي بالعكس، فالقاصر المكفول له امتيازات ولد الكفيل في جوانب الإنفاق، والتربية، والرعاية [3].

و ساوى المشرع الجزائري في هذه الحالة بين القاصر المكفول، والابن الصلبي، طبقا لنص المادة 121 من قانون الأسرة [4]. ومبدأ المساواة هذا يقوم أساسا على عامل نفسي وشخصي حتى وإن تحصل الكفيل على بعض الحقوق المالية الممنوحة من طرف الدولة لهذا الولد المكفول، فهذا لا ينقص شيئا من الأجر والثواب .

---

[1] – عبد الرحمان بودومي، مرجع سابق ، ص 130

[2] – رواه أبو داود في سننه ، كتاب الوصايا ، متى ينقطع اليتم ، رقم الحديث 2489، منشور على الموقع الإلكتروني waqfea.com/book.php

[3]– الغوثي بن ملحة ، مرجع سابق ، ص 173

[4]– المادة 121 من قانون الأسرة السالف الذكر .

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها

الكفالة والحضانة والتبني، كلها أنظمة تسعى إلى رعاية، وحماية الطفل ماديا، ومعنويا، وكذا ضم الطفل القاصر إلى الأسرة ليست بأسرته الأصلية، لكن هناك اختلاف بين هذه الأنظمة، وعليه يمكن التطرق إلى التمييز بين هذه الأنظمة والكفالة فيما يلي:

الفرع الأول: الفرق بين الكفالة والحضانة:

هناك بعض الفقهاء من اعتبر الكفالة والحضانة مرادفين، فهل حقا لا يوجد اختلاف بينهما ؟.

إن نظام الكفالة والحضانة يتداخلان ويتشابهان في بعض الأحكام، والجوانب، وهذا ما يجعلهما يبدوان وكأنهما نظام واحد، ونذكر هذا التشابه فيما يلي:

البداية إن الغرض من الحضانة هو تحقيق مصلحة الطفل [1]، من صيانة ووقاية مما يضره، ويهلكه، وهذا لأنه إنسان ضعيف لا يقوى على حماية نفسه، وكذا القيام بمصالحه، وتأمين له الملبس والمأكل، وغيرهما .

و قد عرفها الكثير من الفقهاء كالحنفية الذين قالو بأنها تربية الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها .

وعرفها المالكية بأنها حفظ الولد في مبيته ومؤونة طعامه وتنظيف ثيابه .

ومن بين المعاني التي تحملها أيضا هي، ضم الولد إلى الصدر .

بالتالي الحضانة لا تحمل فقط الجوانب المادية السابقة الذكر، وإنما تشمل أيضا الحنان والعطف .ومن خلال كل هذا نستنتج توافق الكفالة مع الحضانة، واشتراكهما في نقاط

[1] – مصطفى محمد شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، لبنان، ص 763.

معينة. إضافة إلى ذلك، فكلا النظامين مؤقتين أي هناك إمكانية انتهائهما لسبب من الأسباب .

و إن نظام الكفالة والحضانة نظامان شرعهما الله عز وجل في كتابه العزيز، ونظمت أحكامها في القوانين الوضعية، فقد نص قانون الأسرة على الحضانة في المواد من 62 إلى 73 منه[1]. وهذا نظرا لكون فئة الأطفال هي الشريحة الغير قادرة على المطالبة بحقوقها، والدفاع عنها، لذلك أولى لهذه الفئة مكانة عالية وفضلى [2].

و رغم التشابه الموجود بين الكفالة والحضانة في بعض الأحكام والآثار، إلا أنهما يختلفان في عدة جوانب، منها ما يتعلق بالشروط، الإجراءات، الآثار، والانقضاء .

من حيث الشروط: اشترط المشرع الجزائري الإسلام في عقد الكفالة، وبالتحديد في الشروط المتعلقة بالكافل، ووجوب أن يدين هذا الأخير بالدين الإسلامي، حتى يكبر القاصر المكفول على مبادئ الدين الإسلامي، ويتربى على الأخلاق الإسلامية .

في حين أنه لم يرد هذا الشرط في نظام الحضانة، بل اكتفى المشرع في نص المادة 62 من قانون الأسرة بالتصريح على وجوب رعاية الولد، وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه. وبما أن الإسلام

دين الدولة، فقد كان مقصود المشرع من نص المادة هو الإسلام، هذا ما نستشفه من خلال استقرائنا لهذا النص بصفتنا مسلمين، لكن تعبيره على ذلك لم يكن صريحا، مما يعرض النص القانوني لمختلف التأويلات والتفسيرات، في حال الأبيعتنق دينآخر كالمسيحية، أو اليهودية .

[1]- المواد من 62 إلى 73 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر .

[2] – بليل صبرينة و شعليل نعيمة ، مرجع سابق ، ص 15.

إضافة إلى ذلك، تختلف الكفالة عن الحضانة في عنصر القرابة، حيث يعد هذا الشرط ضروريا، ولازما في الحضانة، أي يجب أن تربط بين الحاضن والمحضون علاقة قرابة. لأن القريب أحن على قريبه من الغريب، وبالتالي لا حضانة لغريب. في حين أن المشرع لم يتطرق إلى درجة القرابة بين الكافل والمكفول، ولا الصفة التي يجب أن تتوفر في الكافل. والنتيجة التي نتوصل إليها من هذا هي أن الشخص الكافل قد يكون قريب، أو أجنبي عن القاصر .

من حيث الإجراءات: بالرجوع إلى قانون الأسرة وإلى المادة 117 منه نلاحظ أن المشرع أقر أن عقد الكفالة يبرم أمام المحكمة، أو الموثق، وهي بذلك لا تسند إلى طالبها إلا بموجب عقد من طرف الموثق، أو بموجب أمر قضائي صادر من الجهة القضائية [1]، بعد تلقي القاضي طلب الكفالة. في حين أنه بالنسبة للحضانة فلا تنتقل إلا بحكم صادر من القاضي، بعد التحقق من أن مصلحة المحضون التواجد مع الحاضن، بحيث أن الحضانة لن يمنحها القاضي سوى لمن تتحقق مصلحته إلى جانبه .

من حيث الآثار: نظام الحضانة هو نتيجة، أو أثر من آثار انتهاء الرابطة الزوجية، بحيث لا تثار مسألة الحضانة إلا إذا كان هناك طلاق بين الزوجين، بينما نظام الكفالة فهو عقد مستقل ن وقائم بذاته، أي ليس نتيجة لأي عقد آخر .

من حيث الانقضاء: نصت المادة 65 [2]على: تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات ، و الأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون .

[1] – المادة 117 من قانون الأسرة السالف الذكر .

[2] – المادة 65 ، نفس القانون .

من خلال هذا نستنتج أن المشرع الجزائري قد حدد سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى، وهذا ما لم يحدده في أحكام الكفالة، فالمشرع لم يحدد سن انقضاء الكفالة، ولم يتحدث على ذلك لا صراحة، ولا ضمنيا .

هكذا نصل أخيرا إلى أنه ورغم وجود تشابه بين الكفالة والحضانة في عدة نقاط وجوانب، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود عدة أوجه اختلاف بينهما، وهذا ما يجعلهما نظامان يختلفان عن بعضهما .

الفرع الثاني: الفرق بين الكفالة والتبني:

التبني هو اتخاذ ابن أو بنت الآخرين، أي أنه ليس من صلبه بمثابة الإبن ، أو البنت من النسب الصحيح، وينزله مرتبة ابنه الشرعي. أو هو عملية إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول، مع علمه يقينا أنه ليس منه، وهي علاقة بين الطرفين أحدهما هو الشخص الكبير، امرأة أو رجل، ويسمى المتبنى، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنى [1].

من خلال تعريفنا للكفالة السابق الدراسة، فإنه يتضح لنا أن الكفالة تشترك مع التبني، في كون أن كلاهما ينصبان على الطفل القاصر، ويضعان الولد المكفول،أو المتبنى في نفس مرتبة الابن الشرعي، مما يعطي الحق للكافل، أو المتبني الولاية على نفس ومال هذا القاصر، ومعاملته معاملة الابن الصلبي رغم علمهما يقينا أنه ليس كذلك .

تشترك أيضا الكفالة مع التبني في أن كلاهما نظامان ورد ذكرهما في القرآن الكريم، إلا أن هذا التوافق بينهما لا ينفي وجود فرق واختلاف واضح وجلي في عدة نواحي منها:

من حيث الشروط: فبالرغم من اجتماع الكفالة والتبني في بعض الشروط الواجب توفرها سواءا بالنسبة للطفل القاصر، أو للطالب به، والتي يجب الإلمام بها من أجل انعقاد

[1] – فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، ص 224 .

هذان العقدان الصحيحان، من قصر الولد محل الكفالة والتبني، مع عدم تحديد السن بصفة دقيقة، وأهلية وقدرة كل من الكافل والمتبني على القيام بمصالح ذلك الطفل إلا أنهما يختلفان في كون أن المشرع الجزائري في عقد الكفالة تغاضى عن تحديد فارق السن بين طرفي هذا العقد، بحيث اكتفى فقط بذكر القصر بالنسبة لموضوع الكفالة، والأهلية بالنسبة لطالبها. أما بالنسبة للدول التي أخذت بنظام التبني كفرنسا مثلا، فقد حددت الفارق السني بين المتبني والمتبنى ب 15 سنة إذا لم يكن المتبنى ابن الزوج الآخر، أما إذا كان كذلك فلقد حدد المشرع الفرنسي ب 10 سنوات فقط. أما سن المتبني فهو بلوغ 25 سنة على الأقل .

من حيث الإجراءات: يتشابه كلا النظامين من ناحية الإجراءات في إمكانية تغيير لقب الولد القاصر، وانسابه إليهم، ولكن رغم ذلك فإن هذه المسألة تختلف في كون أن عقد الكفالة وبالرغم من إمكانية تغيير اللقب لا يعني ذلك امتداده إلى النسب، والحق في الميراث، وغيرها، عكسه في ذلك التبني الذي يثبت للمتبنى أحكام البنوة وآثارها، فهو بالتالي يقوم على تزييف شخصية الطفل المتبنى .

إضافة إلى ذلك يختلفان فيما يتعلق بالحكم في كلا من الكفالة والتبني، فإذا كان حكم إسناد المتبنى حكم غير نهائي وقابل للطعن فيه، والرجوع فيه، فإن الأمر الصادر بمنح الكفالة نهائي غير قابل للطعن فيه .

من حيث الآثار: إضافة إلى عدم وجود تشابه بين الكفالة والتبني من حيث الشروط، والإجراءات، فإنهما لا يتشابهان أيضا من حيث النتائج المترتبة على هذان النظامان .

فأول اختلاف هو أن الكفالة نظام جائز شرعا وقانوناقَالَ تَعَالَىٰ:﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾

أما التبني فهو محرم شرعا وقانونا

قَالَ تَعَالَى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [1]

و نص المادة 46 التي جاءت صريحة بقولها يمنع التبني شرعا وقانونا. وأسباب هذا التحريم راجع إلى الحفاظ على الأنساب من الاختلاط باعتبار أن النسب من أهم الحقوق وأشدها تأثيرا على شخصية الطفل ومستقبله والنسب يحقق مصلحة للمجتمع، فهو من الروابط الوثيقة التي تربط المجتمع بعضه ببعض، وبأسره وقبائله، وعشائره .

إضافة إلى مراعاة مصالح الورثة، وذلك أن النسب تترتب عليه حقوق وواجبات بين أفراد الأسرة الواحدة، فإذا أضيف فرد دخيل عليهم يغتصب بعض حقوقهم، أو ينقص من الأخرى .

لنصل أخيرا إلى أن التبني يؤدي إلى تحريم ما هو حلال كالزواج، وتحليل ما هو حرام كالاختلاط بنساء الأسرة المتبنية، وهذا ما يؤدي إلى تولد الأحقاد بين أفراد الأسرة الواحدة. بالتالي يترتب على مسألة التبني انحلال اجتماعي، وأخلاقي وهذا لتناقضه مع ديننا الحنيف [2].

من حيث الانقضاء: الاختلاف الآخر الواقع بين الكفالة والتبني، يكمن في أسباب أو حالات انقضاء كل من النظامين السابقين، فإذا كانت الكفالة تنتهي لعدة أسباب، والتي تم ذكرها في المواد 124، 125 من قانون الأسرة، فإن التبني لا ينتهي إلا بموجب حكم قضائي فقط، مراعاة في ذلك مصلحة الطفل دائما .

---

[1] - سورة الأحزاب الآية 5

[2] – بلحاج العربي ، أحكام الزواج و الطلاق في ضوء قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للتوزيع والنشر ، الأردن ،2001، ص 521 .

المبحث الثالث: شروط انعقاد عقد الكفالة وإجراءاتها

إن عقد الكفالة كسائر العقود التي لابد أن تتوفر على مجموعة من الشروط التي تتعلق بالكافل وهي: شرط الإسلام، والعقل، والأهلية .

و شروط خاصة بالمكفول وهي: أن يكون قاصرا، ومجهول النسب.

بالإضافة إلى ذلك يجب أن تمر بإجراءات لكي يصير هذا العقد ساري المفعول. وهذا ما سوف تنطرق إليه في مبحثنا هذا، حيث سندرس الشروط في المطلب الأول، والإجراءات في المطلب الثاني .

المطلب الأول: شروط عقد الكفالة

إن الكفالة لا تؤول إلى الراغب فيها بمجرد طلبها، بل لابد من توافر مجموعة من الشروط أقرتها المادة 118من قانون الأسرة بالنسبة للكافل[1]، و119 منه بالنسبة للولد المكفول [2].

و منه فهذه الشروط تمس كلا طرفي العقد (الكافل والمكفول).ففيما تتمثل هذه الشروط ؟

الفرع الأول: الشروط الخاصة بالكافل:

تنص المادة 118 من قانون الأسرة على: " يشترط أن يكون الكافل مسلما ، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته ".

انطلاقا مما ورد في هذا النص القانوني، تتمثل شروط طالب الكفالة فيما يلي:

[1]- يجب أن يكون الكافل مسلما ، عاقلا أهلا للقيام بشؤون الكافل و قادرا على رعايته .
[2]- الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب .

1. **شرط الإسلام:** لقد أوجب قانون الأسرة شرط الإسلام هذا ما نستشفه صراحة من المادة السالفة الذكر .

و جاء شرط الإسلام أول ما ذكره المشرع الجزائري على طالب الكفالة، ويرجع ذلك إلى أن الكافل سيمارس الولاية على نفس المكفول ويتولى كل أموره، وعلى ذلك يجب أنيكون مسلما، قَالَ تَعَالَى: [1] ﴿بَشِّرِ ٱلْمُنَٰفِقِينَ بِأَنَّ لَهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ۝١٣٨ ٱلَّذِينَ يَتَّخِذُونَ ٱلْكَٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۚ أَيَبْتَغُونَ عِندَهُمُ ٱلْعِزَّةَ فَإِنَّ ٱلْعِزَّةَ لِلَّهِ جَمِيعًا ۝١٣٩﴾

و بما أن الكفالة هدفها الأساسي هو رعاية المكفول، فلا شك أن الإسلام هو الديانة الفضلى في تربية هذا الولد دينا وخلقا. والأخلاق التي يجب أن يتحلى بها المسلم هي الأمانة والصدق وروح المسؤولية ...و هذه الأخيرة هي التي تجعل المكفول يكون في مأمن لدى الكافل، بحيث لا يكون عرضة لأي أذى، واستغلال أو إهانة .

و طبقا للدستور الجزائري الذي أقر أن الإسلام دين الدولة، فإذا وجد أي طفل حديث العهد بالولادة فوق أرضها، فإنه يكتسب الجنسية الجزائرية باعتباره مجهول الأبوين أو مجهول الأب ما لم يثبت خلاف ذلك [2].

و بذلك اعتبر المشرع الجزائري شرط الإسلام شرطا ضروريا، ولا تصح الكفالة بدونه، وبالتالي فغير المسلم عندما يقدم طلبا بكفالة طفل قاصر جزائري يرفض طلبه .

2. **شرط العقل:** وهو الشرط الثاني الذي يجب توافره في الراغب بالكفالة حتى يقبل طلبه، حيث لا يقبل لا شرعا ولا قانونا إمكانية إسناد أمر الولد المكفول إلى شخص مجنون أو معتوه لأنهما يشكلان خطرا عليه، بدلا من أن يكونا حاميان له ، بحيث أن كلا

[1] –سورة النساء الآية 138.

[2] –المادة 7 من الأمر رقم 70–86 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية معدل و متمم بالأمر رقم 05–01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

من المجنون والمعتوه بحاجة إلى رعاية. فمن لا يملك الولاية على نفسه، لا يملكها على غيره. [1]

أي أنه من لا يستطيع تدبير أمره كيف يعقل أن يتولى شؤون غيره .

3.**شرط الأهلية:** إضافة إلى العقل هناك الأهلية، والتي يقصد بها أهلية الوجوب capacitéjouissance وأهلية الأداء. أما الأولتعني صلاحية الشخص لأن يكتسب الحقوق، ويتحمل الالتزامات، وتثبت أهلية الوجوب للجميع، بصرف النظر عن السن أو الإدراك، أو التمييز، لأن مناط أهليه الوجوبهو الحياة .

أما أهلية الأداء capacitéd'éxercice فهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يعتد به القانون، ومعنى ذلك أن أهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه تعبيرا منتجا لآثاره القانونية، ومنه إبرام التصرفات القانونية. وهي لا تثبت إلا للشخص الذي تتوافر فيه ملكات التمييز والإدراك.

و بما أن عقد الكفالة يعد تصرفا قانونيا ، فإنه يستوجب على مبرم العقد، أن تتوفر فيه أهلية الأداء، والتي تكون ببلوغه السن القانونية والمحددة ب 19 سنة كاملة، ومتمتعا بكامل قواه العقلية، ولم يحجر عليه، طبقا للمادة 40من القانون المدني [2].

4.**شرط القدرة:** الشرط الرابع الذي يجب على الكافل أن يتمتع به حتى يقبل طلبه بالكفالة، ونعني بها استطاعة الكافل على توفير كل احتياجات القاصر المكفول والتي تعتبر من الضروريات، التي لا غنى عنها للنمو السليم له، بدنيا، وعقليا .

و معنى القدرة هنا هو ان يكون قادرا جسديا وماديا:

القدرة الجسدية: و هي أن لا يكون عاجزا أي كل عجز ينتاب الكافل يصبح حاجزا أمامه للتكفل بالقاصر، كمن له عاهتين إذ يتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب هاتين العاهتين .

---

[1] بليل صبرينة و شعليل نعيمة ، مرجع سابق ، ص 25.

[2] – المادة 40 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .

هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في هذا الصدد بقوله: ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك عاجزة عن القيام بشؤون أبنائهاومن ثمةفإن قضاة الاستئناف بإسنادهم لحضانة الأولاد، وهي على هذا الحال قد حادوا عن الصواب، وخالفو القواعد الفقهية [1].

القدرة المادية: والمقصود منها هو الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، إذ من غير المعقول أن يكون طالب الكفالة بطال ن وليس له مصدر رزق .

و عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقق من هذه القدرة، وإلا قوبل طلبه هذا بالرفض، مراعاة لمصلحة الطفل [2].

إضافة إلى هذه الشروط هناك عدة شروط أخرى أغفلها المشرع الجزائري، ولم يذكرها، و تعتبر هذه الشروط بالغة الأهمية بالنسبة لطالب الكفالة و المستفيد من الكفالة .

إذ أن هذا الغموضيحيلنا إلى جهات القضاء الجزائري في تأويلها، وهناك يحدث تناقض في التأويلات والتفسيرات ، و هذه الشروط هي :

الشرط المتعلق بالذكورة والأنوثة: حسب استقراء المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها تكلمت عن الكافل بصفته مذكر، ومنه ألغت دور المرأة في الكفالة، مع أنها هي أولى من الرجل في رعاية الطفل وتنشأته، فلا فرق بين أن يكون الكافل رجلا أو امرأة [3].

كفالة الشخص المعنوي: لا يوجد نص قانوني يجيزللأشخاصالإعتبارية الحق في الكفالة مثل المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمؤسسات ذات

[1] –قرار رقم 33921 الصادر بتاريخ 1984/7/9 مجلة قضائية ، العدد 4 سنة 1989 ، ص 76.

[2] – علال آمال ،التبني و الكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2008 ، 2009 ،ص 75.

[3] –الغوثي بن ملحة ، مرجع سابق ،ص 169

الطابع الإجتماعي، مع العلم أن الأشخاص الإعتبارية لها ملائمة مالية وتسيير بشري لائق يمكنها من التكفل بالأطفال مجهولي النسب، وحتى الأطفال معلومي النسب .

شرط فارق السن بين الكافل والمكفول: بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري والمواد المتعلقة بالكفالة[1]، لا نجد أي نص قانوني ينص على ذلك، فمثلا شخص يبلغ من العمر 19 سنة أي أنه مؤهل قانونا لطلب الكفالة في حين أن المكفول يبلغ من العمر 16 سنة، وعليه منطقيا لا تقبل هذه المعادلة، فكيف نتصور هذه الوضعية في غياب نص قانوني ينظم شرط فارق السن بين الكافل والمكفول .

شرط الزواج: لم ينص على هذا الشرط، لكن عمليا دأبن في المحاكم الجزائرية

و منها محكمة آرزيو التي ألزمت طالب الكفالة على إرفاق ملف الكفالة بشهادة الزواج، وهذا مراعاة لمصلحة القاصر محل الكفالة، حيث أن الغاية من الكفالة هي نشأة الطفل في جو أسري. وعليه على المشرع الجزائري إعادة النظر في المسألة وهذا لأهميتها [2].

شرط موافقة الزوجين: وتعتبر موافقة الزوجين على الكفالة من المسائل الضرورية في رعاية الولد المكفول وتحقق الغرض المطلوب من الكفالة، وهذا من أجل مصلحة الطفل من المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين أمام القاضي.

فكان على المشرع تدارك هذا الأمر والتنصيص عليه في قانون الأسرة .

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالطفل المكفول

لم يرد في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للمكفول، وعليه يمكن استنتاج بعض الشروط المطلوبة عمليا، والمنوه إليها بصورة غير مباشرة في قانون الأسرة، وبالرجوع إلى نص المادة 116 منه .

[1]- المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة السالف الذكر .

[2]– طلبة مالك ، مرجع سابق، ص 24.

نستنتج أن المشرع لم يشترط في المكفول سن معينة، كذلك سردت المادة 119 منه وضعية الطفل المكفول إما أ يكون مجهول النسب ، أو معلوم النسب [1].

أن يكون قاصرا: إن القاضي أو الموثق حتى يبرم عقد الكفالة يجب عليه أن يجري تحقيقا في الملف، ومن بين الأمور التي يجب التأكد منها هي شرط السن .

فقانون الأسرة اشترط أن يكون المكفول قاصرا، ولم يحدد سن معينأي حد أقصى، وحد أدنى للشخص ليكون في مركز المكفول. وهذا ما يحيلنا إلى أحكام القانون المدني في المادة 2/40 [2]التي تنص على: " وسن الرشد 19 سنة كاملة .

و من جهة أخرى استعمل مصطلح القاصر التي تعني الذكر دون الأنثى فكان عليه إضافة الدقة في المصطلحات، والحكمة من وراء اشتراط القصر في المكفول هي إمكانية السيطرة عليه وتربيته، وإدماجه داخل الأسرة الكافلة، وإلا فلا فائدة من الكفالة إذا بلغ سن الرشد .

أن يكون المكفول مجهول النسب: هؤلاء هم كما سبق القول اللقطاء، فمدير الصحة العمومية والنشاط الاجتماعي هو الذي يوافق على الكفالة، كما أكدته المادة 256 من الأمر 76–79 الملغاة .

كما أن المشرع الجزائري اهتم بهم وأخضعهم إلى الدولة التي تتكفل بأعباء رعايتهم، وتربيتهم داخل مراكز خاصة، ورغم وجود هذه المراكز إلا أن الرعاية، والتربية، والعناية بهم لا ترقى إلى مستوى أحسن للصعوبات التي تواجهها هذه المؤسسات ماديا وبشريا .

و في هذه الحالة تتولى السلطة التي تقوم برعايته وإعطاء الموافقة على الكفالة، كالمسؤول عن دار الحضانة، أو دار الأطفال المسعفين .

[1]- المادة 119 من قانون الأسرة السالف الذكر .

[2]– المادة 40 من القانون المدني السالف الذكر .

و تظهر الحماية التي تخضعها الدولة أيضا لهذه الفئة في معاقبة كل من ترك طفل في مكان ما، وتعريضه للخطر[1]، حسب نص المادة 314[2] من قانون العقوبات، التي تنص على: " كل من ترك طفلا، أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية، أو العقلية، أو عرضه للخطر في مكان خال من الناس، أو حمل الغير على ذلك، يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات .

و من جهة أخرى يمكن أن يكون المكفول معلوم النسب، وهو ولد لأبوينفإن كان الإثنين على قيد الحياة يتعين رضاهما على الكفالة التي تعني ولدهما، وإذا توفي أحدهما أو كان عاجزا عن التعبير عن إرادته في شأن الكفالة، بموافقة من هو على قيد الحياة تكفي.

أما إذا كان أبواه كلاهما قد توفيا أو عجزا عن التعبير عن إرادتهما ، فيكون القول للمجلس العائلي بعد موافقة من كان في حضنه الولد .

المطلب الثاني: إجراءات الكفالة

اشترط المشرع الجزائري إلى جانب الشروط السابقة الذكر لإبرام عقد الكفالة، أن تفرغ وتتم في شكل معينوبخصوص هذه المسألة أشارت المحكمة

العليا إلى أنه لا يجوز إثبات الكفالة إلا بعقد شرعي (أي بالكتابة) ، و هناك ثلاث جهات متخصصة بتحرير عقد الكفالة حسب نص المادة 117 من قانون الأسرة والتي تنص على: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة ، أو أمام الموثق ..."هذا في الداخل ، أما في الخارج فهي من اختصاص القنصليات الجزائرية في تحريرها، كما يستوجب على طالب الكفالة أن يرفق طلبه بوثائق محددة، وفي حالة تخلفها يرفض طلبه .

[1] –أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، الجزء الأول(الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال)دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، ص 179.

[2] – الأمر رقم 15–19 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق ل 30 ديسمبر سنة 2015 يعدل و يتمم الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات .

الفرع الأول: الجهات المتخصصة بإبرام عقد الكفالة:

كما سبق الإشارة إليه هناك ثلاث جهات مختصة بتلقي طلب الكفالة وتحريرها، وهي: الجهات القضائية، مكاتب التوثيق، مكاتب البعثات الدبلوماسية بالخارج .

أولا: الجهات القضائية:

عملا بأحكام المادة 117 من قانون الأسرة[1]، فإن المحاكم هي المختصة بإبرام عقد الكفالة لأنها الجهة القضائية الأولى التي ترفع إليها جميع القضايا المدنية [2].

و حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تبدأ إجراءات الكفالة بتقديم طلب للمحكمة، وفق المراحل التالية:

طلب الكفالة: تنص المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة ."[3]فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إما إلى قاضي شؤون الأسرة، أو إلى رئيس المحكمة، وفقا لسلطاته الولائية بالنظر في حالة الأشخاص

.كما أن عقد الكفالة قد يصدر كذلك بموجب حكم قضائي، في شكل تبادل عرائض وفقا للأوضاع العادية التي يختص بها قاضي الأحوال الشخصية. وعندما يتلقى قاضي شؤون الأسرة الطلب عليه أن يقوم بدراسة الملف، ومدى توافق شروط انعقاد الكفالة مع أحكام النص القانوني.

كما يمكنالقاضي الجزائري بموجب قواعد الإسناد، أن يصدر حكماأو أمرا بالكفالة طرفاه أجنبيان، أو أحد أطرافه أجنبي مقيم على الإقليم الجزائري. وهذا مع مراعاة القانون الداخلي لكلا الطرفين (الكافل والمكفول) عند إبرام العقد إذا توسعت اختصاصات القاضي الداخلي بعدما كانت مقتصرة على الأطراف الجزائرية فقط .

[1]- يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق و أن تتم برضا من له أبوان .

[2] –طلبة مالك ، مرجع سابق، ص 26.

[3]- المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر .

مباشرة إجراء التحقيق:

تنص المادة 494 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة ."

كما تنص المادة 495 من نفس القانون على: " يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل ، و عند الاقتضاء ، يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته " فعمليا يطلب القاضي حضور جميع أطراف العقد، زيادة على ذلك يطلب حضور شاهدين يثبتان حسن سيرة طالب الكفالة، وأمانته، وحالة طالبي الكفالة، قصد الإطلاع على النوايا التي أدت إلى طلب الكفالة، ومدى استعداده لتحمل هذه المسؤولية، والظروف المادية والاجتماعية. وبعد إجراءات هذا التحقيق يقرر القاضي إما الموافقة على الطلب، أو رفضه.

ويفصل في أمر الكفالة بأمر ولائي، وهذا طبقا لنص المادة 493[1] من القانون السالف الذكر، والتي تنص على: "يفصل القاضي في طلب الكفالة بأمر ولائي ".

و بعد إصدار الأمر والحكم، فإنه لا ينفذ إلابعد أن يصبح نهائيا. وعملية التسليم تتم تلقائيا بين طالب الكفالة، والشخص الذي كان عنده المكفول، وهذا بحضور النيابة العامة، وتحرير محضر بالتسليم .

ثانيا: الجهات الغير قضائية:

إن عقد الكفالة كما يمكن إبرامه أمام جهات قضائية يمكن فعل ذلك أمام جهات غير قضائية، والتي لاتقل شأن عنها ولا تنقص من قيمة العقد الذي يبرم .

و تتمثل هذه الجهات في كل من: الموثق، والبعثات الدبلوماسية .

1: الموثق:

[1]- المادة 493 من قانون الأجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر .

استنادا إلى نص المادة 117 من قانون الأسرة فإن الموثق يلعب دورا هاما في إبرام عقد الكفالة، إلى جانب المحكمة، بحيث يجوز له وبناءا على طلب أصحاب الشأن بتحريره، ويتبع في ذلك نفس المراحل والإجراءات التي يتبعها القاضي، بحيث يتأكد من مدى توفر العناصر المطلوبة في الملف الواجب على الكافل تشكيله، والتأكد من استكمال جميع الوثائق [1].

ولتحريرالعقديجبعلىالأطرافالمثول أمام الموثقللتأكدمنرضاهم، وبماأن القاصر المكفولهومجهول النسبفالجهةالمكلفةبرعايته هي المسؤولة عن التعبير عن رضاها ، فيحينإذابلغ القاصرسن التمييزفلهالحرية في الاختياربالقبولأوالرفض، معتذكيرالكافلبالالتزامات الشرعيةالتي تقععلىعاتقه بشأن الطفل.

كما يمكن أن يكون المكفول معلوم النسب وهنا يجب التأكد من رضا أبوي الطفل .و من ثمة وبحضور الشاهدين اللذان سيشهدان بأمانة ذلك الشخص، يمضيان على العقد إلى جانب الموثق ، الكافل والطرف الذي يمثل المكفول .و بعدها يصبح العقد صحيحا قابلا للتنفيذ الواقعي. لكون أن العقد الذي يبرمه الموثق له القوة التنفيذية دون الحاجة إلى التصديق عليه من طرف القاضي، طبقا للمواد 30، 31 من القانون المنظم لمهنة الموثق[2].

2: أمام البعثات الدبلوماسية:

بالإضافة إلى الموثق والمحكمة اللذان يختصان في إبرام عقد الكفالة داخل الوطن، نجد البعثات الدبلوماسية تختص بإبرامها خارج الوطن، إذا كان أحد الطرفين مقيم بالخارج، سواء كان الكافل أو المكفول أو كلاهما. بحيث يتم تقديم الطلب من ذوي الشأن إلى رؤساء البعثات الدبلوماسية، التي تتبع هي الأخرى إجراءات وخطوات فيما يخص الشروط [3]. أما فيما يتعلق بالوثائق فعلى صاحب الطلب أن يكون مرفقا بملف يتضمن الوثائق التالية:

---

[1] – بليل صبرينة و شعليل نعيمة ، مرجع سابق ، ص 35 .

[2]- القانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق .

[3]–الموقع الإلكتروني https:// www.facbook.com / carrefour des étudiants de droit – samedi 26 mars 2016 .

1)تقرير متضمن التقرير النفسي الاجتماعي الموجز بصفة مدققة من طرف المصالح القنصلية أو السفارات المؤهلة، حاملة لتوقيع وختم ذات المصالح .

2)نسخة طبق الأصل من بطاقات ووثائق التعريف القنصلية للزوجين المصادق عليها

3)تقرير متضمن التقرير النفسي الاجتماعي الموجز بصفة مدققة من طرف المصالح الاجتماعية لبلد إقامة المعنيين، وختم ذات المصالح، بالنسبة للجزائريين مزدوجي الجنسية .

4)عقد الملكية، أو عقد الإيجار .

الفرع الثاني: الوثائق اللازمة لإبرام عقد الكفالة:

عادة ما يوضع المكفول تحت ولاية مؤسسة حماية الطفولة، ويحمل الطفل اسمين متتاليين فأكثر، يكون الثاني لقبا له، مثل ما هو منصوص عليه في قانون الحالة المدنية، وفي هذه الحالة يقدمالراغب فيالكفالة طلبا بالكفالة غلى المؤسسة مرفوقا ب:

- طلب خطي يحدد فيه سن الطفل ممضي من طرف الزوجين .
- شهادة ميلاد لكل من الزوجين .
- شهادة عائلية للحالة المدنية .
- كشف السوابق العدلية للزوجين .
- شهادة الجنسية للزوجين .
- شهادة عمل، وكشف الرواتب ل 3 أشهر الأخيرة .
- صورتان شمسيتان .
- عقد ملكية سكن، أو عقد إيجار .
- شهادة إقامة .
- شهادة طبية للحالة الصحية للزوجين .

- عقد زواج .
- صورة طبق الأصل لبطاقات التعريف الوطنية للزوجين .
- رئيس المصلحة .
- المساعد الاجتماعي .
- رئيس جمعية الطفولة .
- مختص نفسي .
- مدير دار الحضانة .
- مساعدة اجتماعية تتحقق من وضعية الأسرة طالبة الكفالة بمعية طبيب نفسي .
- طبيب .
- رئيس المؤسسة المختصة .
- رئيس مصلحة التضامن العائلي .
- رئيس مصلحة الحماية الاجتماعية للفئات المحرومة .
- والوثائقالواجبتوفرها، والخاصةبالمكفولهي:
- شهادةميلاد.
- شهادة الوضع،
- وهي وثيقة يقدمها مدير المصلحة للكافل ليفوضه بمقتضاها الولاية على المكفول طبقا للمواد 118، 199 من قانون الأسرة الجزائري .
- شهادة الأصل يشهد فيها مدير المصلحة بأنه ليس له أصل، ويعطى له رقم بعد أن يتم تسجيله ضمن أيتام الدولة .

كماتقدمالمساعدةالاجتماعيةالوثائقالتالية:

- صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية .

- قرار ممضي من مدير النشاط الاجتماعي، يخول لها فيه القيام بهذه المهمة

الفصل الثاني

أحكام الكفالة وعلاقتها

بالمرسوم التنفيذي 92-24 المتعلق بتغيير اللقب

تمهيد:

رتب المشرع الجزائري لكل عقد ينشأ مجموعة من الآثار، وبما أن الكفالة عقد بمجرد توفر الشروط المطلوبة قانونا يرتب آثاره، وهذه الأخيرة هي مجموعة من الحقوق والالتزامات المتعلقة بطرفي الكفالة. فالمادة 121 من قانون الأسرة تخول للكافل الولاية القانونية على المكفول، وهي تشمل الولاية على النفس، والولاية على المال. في حين ألزمت المادة 116 من القانون السالف الذكر على الكافل النفقة، والتربية، والرعاية بمثابة الأب لابنه، حيث تكون على وجه التبرع. وتتميز الكفالة بالديمومة والاستمرارية، إلا أنها ليست مؤبدة، إذ يمكن أن يطرأ عليها أي ظرف يؤدي إلى زوال آثارها،وبالتالي انقضائها. هذا ما تتم دراسته في المبحث الأول .

و كأثر من آثار الكفالة أيضا منح لقب الكفيل للقاصر المكفول، هذا ما جاء في المرسوم رقم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب، حيث أجاز للكافل طلب تغيير لقب المكفول وإلحاقه بلقبه. ونص هذا المرسوم على شروط وإجراءات تغيير اللقب، هذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني، إضافة إلى مدى مشروعية هذا المرسوم من عدمها، حيث هناك رأي يعتبره مكملا لأحكام الكفالة، ولا يعتبر تبني، ورأي آخر يقضي بعدم مشروعيته لأنه يخالف أحكام الدستور والشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: آثار الكفالة

إن الآثار المتعلقة بكفالة الطفل القاصر مجهول النسب تتلخص في جملة من الالتزامات والواجبات، في مواجهة الكافل الملتزم بالكفالة، هذا بالنسبة للطرف الأول من العقد. أما الطرف الثاني وهو المكفول فيستفيد من مجموعة من الحقوق، والامتيازات، وهذا ما سندرسه في المطلب الأول .

و بما أن عقد الكفالة هو عقد مؤقت، وليس أبدي، إذن فيبقى ساري المفعول إلى غاية تعرضه لأسباب، وعوامل تجعله ينهي الآثار الناتجة عنه، هذا ما سندرسه في المطلب الثاني تحت عنوان انقضاء الكفالة .

المطلب الأول: آثار الكفالة

بمجرد إتمام عقد الكفالة، فإنه يفرض تولد مجموعة من الآثار بالنسبة للكافل، وهي تتمثل في الولاية على النفس، والولاية على المال. وسيتم التطرق إلى هذا في الفرع الأول، أما الفرع الثاني من نفس المطلب، فسندرس آثار الكفالة بالنسبة للمكفول، وهي منحه لهبة، أو وصية .

الفرع الأول: بالنسبة للكافل

بالرجوع إلى نص المادة 118 من قانون الأسرة[1] فقد اشترط المشرع الجزائري في الكافل أن يكون قادرا ماديا، وجسديا للقيام بأمور القاصر من تربية ورعاية ....

فالكافل مجبر بذلك، بما أن هذا القاصر انتقل إلى عائلته، فله الحق في المأكل، والملبس، والمشرب. وقد يحظى هذا الطفل القاصر بأموال عن طريق هبة، أو وصية منحت له من طرف الكافل، فالكافل هنا يصبح وليا على نفس ومال المكفول .

[1]- المادة 118 من قانون الأسرة السالف الذكر .

➢ **الولاية على النفس:** لقد أكد دستور 1996 على حماية الطفولة، وفي ذلك نصت المادة 65 منه على ما يلي: يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم [1].

و بالتالي فإن حماية الولد القاصر هي مشروعة بقانون أساسي .[2]

و إن عقد الكفالة يخول للكافل السلطة الأبوية على الطفل المكفول، وولاية على نفسه، والتي تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بالشخص المولى عليه. وتتمثل الولاية على النفس في أمرين هما: ولاية الحفظ والتربية، وولاية النكاح [3].

و السبب في تقرير الولاية راجع إلى الضعف البدني، والفكري للطفل القاصر، فهو بحاجة إلى من يتولى شؤونه إلى أن يصبح عضوا فعالا في المجتمع. ويستمر الطفل تحت رعاية الولي على نفسه ما دام صغيرا لم يبلغ [4]. ونصت على ذلك المادة القانونية 121 من قانون الأسرة الجزائري، التي نصت على: تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي [5].

و عليه فإن كفالة مجهول النسب تنتقل من ولي المكفول، وهو مدير مؤسسة حماية الطفولة إلى الكافل. وهذه الولاية بموجب عقد الكفالة تستمد من القاضي الذي يقرها، وهي ولاية غير أصلية بحكم أنها تستمد من الغير. وسوف نعرض لاحقا إلى ما تنصب حوله الولاية على النفس .

[1]- المادة 65 من الدستور الجزائري لسنة 1996 .

[2] – الغوثي بن ملحة ، مرجع سابق ، ص 206

[3] – حسين بن الشيخ آث ملويا ، المتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومة الطبعة الثالثة ، الجزء الأول ، 2011.

[4] محمد أبو زهرة ، الأحول الشخصية ، دار الفكر العربي ، مدينة النصر ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ص 455.

[5]- المادة 121 من قانون الأسرة السالف الذكر .

1. **النفقة:** وهي أول ما سوف يقوم به الكافل وذلك أنه قبل تسليم القاصر المكفول للشخص الكافل، يجب التأكد من القدرة المالية لهذا الشخص هذا ما ذكرناه سابقا، من طرف المحكمة أو الموثق ن وذلك بتقديم وثيقة كشف الرواتب أو كل ما يثبت ثرائه .

و بذلك فأول ما يلتزم به الكافل هو النفقة على المكفول طبقا لنص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري .و قد اتفقت المذاهب الإسلامية المختلفة بأنه إذا لم يتمكن الكافل من الإنفاق على المكفول، فإنه يستعين بالحاكم أو بالمسلمين، وبيت المال [1].

و تشمل النفقة حسب نفس القانون في نص المادة 78: الغذاء، والكسوة، والعلاج، والسكن، وأجرته، وما يعتبر من ضروريات العرف والعادة. وإذا كان للقاصر مال، تكون النفقة من ماله، أما إذا لم يكن له مال فإن نفقته تقع على الكافل،ويتصرف هذا الأخير تصرف الرجل الحريص، وذلك طبقا للمادتين 78[2]، و88 من قانون الأسرة الجزائري .

2. **التربية والعناية بالمكفول:** على الولي أن يقوم بتربية القاصر سواء كان بالتمدرس، أو بتربيته أخلاقيا، ودينيا [3]. وتتمثل في تلقين المكفول قواعد التربية والأخلاق، ومنعه من القيام بالأعمال الغير لائقة، والتي فيها مساس بالدين الإسلامي، وكذلك توجيه القاصر في كل مراحل حياته لتحديد المسار الذي سوف ينتهجه.

و ضمن التربية والعناية به يدخل كذلك التعليم باعتباره واجب ديني وقانوني، حتى يتمكن المكفول من التعرف على الثقافات، والعلوم المختلفة وأن يصل إلى مستوى معين في العلم والمعرفة ليتكفل بنفسه مستقبلا. كما أنه على الكافل حماية المكفول من كل اعتداء يقع عليه، إذ يمثل الولي القانوني له عند الاعتداء عليه .

---

[1] محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص 711 .

[2]- تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة .

[3] الغوثي بن ملحة ، مرجع سابق ، ص 206 .

و عليه هو الذي يرفع الشكوى باسمه، ويطالب بالتعويض لفائدته باعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحاكم هذه من جهة، ومن جهة أخرى فهو المسؤول القانوني أمام جميع الهيئات والأشخاص عن أفعال المكفول، إذا ألحق ضررا بالغير[1]. هنا الكافل هو من يمتثل أمام القضاء، ويلتزم بالتعويض مع مراعاة أحكام القانون المدني، إذ يمكن للقاصر أن يتحمل التعويض نتيجة خطئه، بشرط أن يكون مميزا، أن الخطأ يتطلب التمييز الذي حدده المشرع ب 13 سنة، وأن تكون له ذمة مالية، وفي حالة عدم توفر هذين الشرطين فإن الكافل هو من يتحمل التعويض .

أما الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة [2] فهي جميع المنح العائلية، والدراسية، وعليه فإنه يفترض في الكافل العامل فرضين ، إما أن يضع أثناء تكوين ملف العمل الذي يوضع لدى إدارة المستخدم شهادة عائلية مسجل بها إلى جانب الأبناء الشرعيين، الولد المكفول مع الإشارة في نفس الشهادة بأنه مكفول. أو يضع الشهادة العائلية إضافة إلى عقد الكفالة منفصلين قصد الاستفادة من المنح العائلية، وإن الأقرب إلى الصواب هو من المفروض بموجب عقد الكفالة يأمر القاضي ضابط الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية للكافل، مع الإشارة أنه مكفول، وهو الشيء المعمول به لدى المغرب، وغير موجود في الجزائر. وبالنتيجة فإن الشهادة العائلية كان من المفروض أن يظهر فيها المكفول إلى جانب الأبناء الأصليين، مع الإشارة إلى أنه مكفول .

3. **قبض المنح العائلية:** بموجب عقد الكفالة فإنه يضع المكفول تحت مسؤولية الكافل في جميع جوانب حياته. ونص قانون الأسرة الجزائري على الحق في المنح العائلية، والدراسية الممنوحة [3] للمكفول بأن يقبضها الكافل بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته.

---

[1] -الموقع الإلكتروني https:// www.facebook.com/carrefour des utudiant de droit .samedi 26 mars 2016 .

[2] -المادة 121 من القانون رقم 84-11 السالف الذكر .

[3] - الغوثي بن ملحة ، مرجع سابق ، ص 173 .

كما نجد أن التشريع الخاص بالضمان الاجتماعي قد ذكر الأشخاص الذين لهم صفة ذوي الحقوق، ومن بينهم الأشخاص المكفولين، وهذا في نص المادة 67 من القانون 83-11 المعدل والمتمم بالمادة 30 من الأمر 96- 17 [1].

و في الأخير نتوصل إلى أن الولاية على المكفول من طرف الكافل تتجسد في النفقة، والعناية، والتربية، والتعليم. وتوضع كل هذه الالتزامات على عاتق الكافل بموجب عقد الكفالة، وهو مجبر على تأديتها على أكمل وجه، وبكل حرص منه، وكل تقصير منه يؤديه إلى المسؤولية المدنية عن كل خطأ يرتكبه المكفول في حق الغير، وهذا طبقا لنص المادة 134 من القانون المدني التي تنص على:

- **الولاية على المال:** السلطة التي تثبت لشخص في أن يباشر تصرفا قانونيا على مال الغير، وتثبت هذه السلطة بمقتضى القانون، وتنحصر في التصرفات المالية، حيث يتولى الولي مباشرة تللك التصرفات باسم ولحساب الخاضع للولاية [2].

إذ بمقتضى أحكام الكفالة[3] حدد مضمون الكفالة فيما يتعلق بالذمة المالية للمكفول، فسلطة الكافل هي إدارة مال المكفول إن وجد كون القاصر المكفول لا يعمل، فجميع التشريعات المتعلقة بالعمل تحرم عمل القاصر. فأموال المكفول هي ناتجة عن الوصيةأو الهبة، إذ يجب عليه التصرف فيها تصرف الرجل الحريص. والرجل الحريص هو الذي يدرس الواقعة ونتائجها المستقبلية، سواء سلبية، أو ايجابية، ثم يوازن بين المنفعة والضرر .

و أن يستأذن كذلك القاضي في تصرفات محددة على سبيل الحصر، وللقاضي السلطة التقديرية في منح الإذن، أو عدم منحه، وما بقي من هذه التصرفات فإن الكافل يجب أن يحترم شرط الحرص .

---

[1]- الأمر 96-17 المؤرخ في 1996/7/6 يعدل و يتمم القانون 83-11 .

[2] - محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2004، ص 93-94 .

[3] -المادة 122 من قانون الأسرة السالف الذكر .

و في حالة عدم مراعاة هذه الشروط، وثبتت تصرفات الكافل في أموال المكفول، وألحق به ضررا بسوء نية استغلال أمواله نتيجة تقصيره، وعدم خبرته، فإنه يحق لكل شخص إبلاغ النيابة العامة، وللنيابة العامة من تلقاء نفسهاتحريك الدعوى العمومية. وقد نصت المادة 380 من قانون العقوبات الجزائري[1] على معاقبة كل من استغل حاجة قاصر لم يكمل 19 سنة أو ميلا أو هوى أو عدم خبرة فيه ليختلس منه التزامات أو إبراء منها، أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية وذلك إضرارا به يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنواتوبغرامة من 20000 إلى 100000دج. قد شدد المشرع في العقوبة المقررة وذلك بالحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 20000 إلى 100000 دج إذا كان المجني عليه موضوعا تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته. وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه المادة يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر[2] .

أما التصرفات التي تطلب الإذن من القضاء هي التي على القاضي أن يراعي حالة الضرورة، ومصلحة القاصر، وهي مذكورة في المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري وهي تنص على: على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام .

و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

بيع العقار وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة .

بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

[1]- المادة 380من قانون العقوبات السالف الذكر .

[2] – نفس المادة السابقة .

استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة .

إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغهسن الرشد.

كما أن المشرع اشترط في بيع العقار بعد الحصول على الإذن أن يكون عن طريق المزاد العلني، وأنه في حالة ما إذا تعارضت مصالح الكافل ومصالح المكفول القاصر، يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا، أو بناءا على طلب من له مصلحة [1].

الفرع الثاني: بالنسبة للمكفول:

إذا كانت الكفالة تعطي للكافل الولاية القانونية على المكفول، وتجعله بمثابة الأب له فإن هذا لا يعني أنها ترتب نفس الآثار مثلما ترتبه بين الآباء والأبناء الأصليين، إذ أن أحكامها [2] نصت صراحة على أنه يجوز للمكفول فقط الهبة، والوصية في حدود الثلث، ولا يجوز له أن يرث من الكاف لعدم ثبوت نسبه، بل أعطاه المشرع بديل الإرث، وهو البديل السابق الذكر. والوصية إذا زادت عن الثلث فهي باطلة ن إلا إذا أجازها الورثة [3].

و عليه فإن للكافل إذن حق التبرع فقط للمكفول، لأنه لا ينشأ حقوق ميراثية بموجب عقد الكفالة. وهو الشيء الذي أقرته الشريعة الإسلامية، وهذا ما يفرق بين التبني والكفالة .

و بالرجوع إلى نص المادة 123 نلاحظ أن المشرع أخضع التبرع للمكفول إلى حكم الوصية، ومع أن عقد التبرع هو عقد من العقود المدنية التي تضم إلى جانبها عقد الهبة، الكفالة، .... لذلك نتسائل عن مقصود المشرع من التبرع في هذا النص مع ذكره للوصية. فهل تنسحب إلى الهبة، وإذا كانت كذلك فكان لابد على المشرع الجزائري ذكر مصطلح

[1] – المادة 90 من قانون الأسرة السالف الذكر .

[2] –المادة 123 من نفس القانون .

[3]–علال آمال ، مرجع سابق ، ص 111.

الهبة بدلا من التبرع، لأنه حصر الهبة في الثلث، في حين نجد الوصية كقاعدة عامة وحدها التي تنحصر في الثلث، وهذا ما يخالف المادة 205 من قانون الأسرة التي تجيز للواهب أن يهب كل ممتلكاته، أو جزءا منها عينا، أو منفعة، والمشرع هنا ذكر الثلث في الهبة يمكن لتفادي كل نزاع مستقبلي ينشأ بين المكفول والورثة .

إذن سنفصل في كلا من الهبة والوصية .

✓ **الوصية:** يقصد بالوصية هي التبرع لما بعد الموت،ومعناها هو أن يوصي الشخصلآخر بمال، أو أي حق عيني، بأن يدخل ذمته، ولكن بعد وفاته، أي وفاة الموصي[1]. وعرفتها المادة 184 من قانون الأسرة: الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع [2].

و حسب أحكام الشريعة الإسلامية والقانون فلا وصية لوارث. إذن فالمكفول لا يعد وارثا للكافل، لأنه ليس من نسبه، ولا يأخذ مركز الإبن الصلبي، فقد يتوفى هذا الكافلويترك أموالا، وتقسم بين الورثة كل حسب نصيبه، دون أن يعطو للمكفول شيء، خاصة إذا تنازلوا عن كفالة هذا القاصر، بعد وفاة مورثهم، ولذلك كان ولابد على المشرع حماية هذا الشخص، وإيجاد الحل وتجسد ذلك في نص المادة 123 من قانون الاسرة السالفة الذكر .مفادها عدم ترك هذا القاصر المكفول بعد وفاة كافله فقيرا، تعيسا، متشردا، ولحمايته فقد أجاز للكافل أن يوصي لهذا المكفول، وذلك طبقا لأحكام الوصية، أي لا تكون أكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة. وهذا أيضا حماية للورثة من تعسف الكافل، وحتى لا يترك ورثته دون مال إذا ما عمد إلى إعطائه كلية للمكفول. فإذا أجازوه الورثة أصبح حق للمكفول، وإذا رفضوا مازاد عن الثلث فهذا حقهم، ويبقى نصيبه الثلث.

[1] –بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، الجزء الثاني ، الميراث و الوصية ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2004 ، ص 230 .

[2]- المادة 184 من قانون الأسرة السالف الذكر .

و يظهر دليل مشروعية الوصية وإجازتها في كتابالله العزيز على استحبابها[1] قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾ ﴾

✓ **الهبة:** إضافة إلى إمكانية، وحق الكافل في الإيصاء للولد المكفول، منح له الشرع والقانون الحق في التبرع له، عن طريق هبته من أمواله ما شاء منها، خاصة وأن هذا الولد محروم من الميراث لانتفاء أحد الأسباب الموجهة لاستحقاقه ألا وهي رابطة الدم.

فالهبة تعرف على أنها تمليك المال مجانا في الحال، أو بأنها تمليك المال بلا عوض حال حياة المملك. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف الهبة على أنها تمليك بدون عوض ينقل بموجبها الواهب ملكية كل، أو جزء من أمواله إلى الموهوب له، مع جواز تعليقها على شرط حتى تسري عليه، وتصبح نهائية في حق الواهب[2]. والتي تصح أن تصدر من شخص سليم العقل، بالغا، لم يحجر عليه إلى أي شخص، بغض النظر عن سنه، جنسه، أو درجة قرابته، فهي تصح للقريب، والغريب.

ونجد أن الهبة جائزة بالكتاب والسنة، والإجماع، قبل أن تجاز بالنصوص القانونية، خاصة وأن جل الأحكام المنظمة لموضوع الهبة مستمدة من الشريعة الإسلامية.

من خلال نص المادة 123 من قانون الاسرة[3] نجدها أجازت الهبة للولد المكفول في حدود الثلث، مع إمكانية التبرع له بأكثر من ذلك، ولكن في هذه الحالة يتوقف الأمر على إجازة الورثة. وبالتالي فالثلث يسري في حق المكفول بالرغم من عدم إجازته، أما ما زاد عن الثلث، فإن مصير الزيادة متوقف على الموقف الذي سوف يتخذه الورثة في ذلك.

---

[1]– سورة البقرة ، الآية 180 .

[2] –المادة 202 من قانون الأسرة السالف الذكر .

[3]- يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث ، و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة .

فإذا أجازوه استحقه، وإذا لم يجيزوه كان نصيبه الثلث فقط. فإذا ما قبلها البعض دون الآخر فإنها سوف تسري في حق من أجازها دون الرافضين للزيادة .

لكن وبالرجوع إلى الأحكام العامة للهبة، نجدها أجازت التبرع بكل أو جزء المال، دون تحديد نسبتها من جهة، ومن جهة أخرى في الأحكام المنظمة لعقد الكفالة نجد أن المشرع الجزائري قد قيدها بالثلث، وما تجاوزها متوقف على قبول الورثة.

من خلال ما سبق نلاحظ أن هناك تناقض في الأحكام المنظمة لعقد الهبة .

إن سبب عدم تحديد المشرع لقيمة الهبة، وعدم تقييدها بالثلث في الأحكام العامة، ربما راجع إلى رغبته في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، وحرية الشخص في التصرف في أمواله، خاصة وأن أول متضرر في هذا الفعل هو صاحب المال في حياته قبل الورثة، فيكون واع عن نتائج تصرفاته. أما فيما يتعلق بتحديد الهبة بالثلث بالنسبة للكافل اتجاه المكفول فسببها راجع إلى أن الورثة هم المتضررين في هذا التصرف لإمكانية التعسف في استعمال الحق، وبذلك حرمانهم من حق شرعه الله، والقانون لهم .

نصل أخيرا إلى أن المكفول رغم حرمانه من الإرث، إلا أن الشريعة الإسلامية والقانون منحوه بديل في ذلك، ألا وهو التبرع له بالهبة والوصية، وهذا هو الشيء الذي يميز الكفالة عن التبني، كون هذا الأخير يقر للمكفول حق الميراث [1].

المطلب الثاني: انقضاء عقد الكفالة:

إن عقد الكفالة كغيره من العقود يقوم ويبقى ينتج آثاره مادام غير محدد المدة، ولم يقم على شرط واقف، أو فاسخ. غير أنه قد يكون عرضة لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى انقضائه .

[1] بليل صبرينة و شعليل نعيمة، مرجع سابق ، ص 51 .

و من بين الأسباب المعدمة للالتزامات الواقعة على الكافل اتجاه الولد المكفول، والمنهية للآثار المترتبة على هذا العقد، نجد من جهة تخلف أحد الشروط الواردة في نص المادة 118 من قانون الأسرة السالفة الذكر، والتي بتوفرها يقبل طلب الكفالة، وباختلال أحدها يسقط هذا العقد مباشرة، خدمة لهذا الطفل وحماية له .

و من جهة أخرى وفاة الكافل أو المكفول، وفيما يلي تفصيل لهذا .

الفرع الأول: تخلف أحد شروط المادة 118 من قانون الأسرة:

لقد ذكرنا سابقا الشروط التي يجب أن تتوفر في طالب الكفالة حتى تسند إليه هذه الأخيرة، وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 118 من قانون الأسرة التي ذكرت هذه الشروط. وبالتالي فإسناد أمر هذا الطفل إلى الشخص الراغب في التكفل به متوقف أساسا على مدى توفر هذه الشروط فيه، ومن هنا يتحدد مصير طلبه، إما بالقبول فينشأ العقد آثاره، أو بالرفض لعدم توفرها، أو أحدها، أو بسقوطها للإخلال بها بعد نشوئه صحيحا، ما يجعل الكافل غير كفؤ للقيام بهذا القاصر.

أولا: الأهلية

و هو الشرط الأول الذي ورد في نص المادة 118 من قانون الأسرة، فما دام الكافل يقوم بتصرف يتضمن التبرع فلابد أن تتوفر فيه أهلية التبرع الخالية من كل العيوب التي تجعل هذا التصرف باطلا، كأن يكون مجنونا، أو سفيها، أو ذي غفلة، مما يجعل إرادته معيبة، وبالتالي لا يمكنه إبرام هذا العقد، فما دامت هذه العيوب تحد من تصرفاته بشأن نفسه، فكيف يمكنه القيام بشخص آخر .

ثانيا: الإسلام

وهو الشرط الثاني الذي ورد في نص المادة 118 السالفة الذكر[1]، ويرجع ذلك إلى محل العقد الذي ينصب على القيام بشؤون القاصر، وبما أن القاصر يأخذ أخلاق وعادات الكافل، فلابد أن يكون دينه الإسلام، وذلك طبقا للنص الدستوري الذي يقول بأن الإسلام دين الدولة، لهذا السبب اشترط المشرع الجزائري في الكافل تدينه بالدين الإسلامي، حتى يتشبع هذا الطفل بمبادئ وأخلاقيات المسلم، ويكبر عليها.

و على هذا الأساس يجب إسناد أمر الولد محل الكفالة، إلى من يؤمن عليه في سيرته، وأخلاقه، حتى لا يخشى عليه من استغلال ضعفه الفكري، لتصبح حريته في الفكر أداة للتفرقة التي قد تمس الأسرة الواحدة. وبالتالي تتلاشى مقومات الوحدة وتدخل في صراعات دينية، وطائفية.

ثالثا: القدرة

إضافة إلى الشرطان السابقان يستلزم شرط آخر وهو القدرة، سواء كانت مادية، أو جسدية. فمن مهام الكافل، والالتزامات المفروضة عليه بموجب عقد الكفالة،هو العناية اللازمة بالمكفول، وذلك باعتباره وليا عليه، فإذا اعترضت هذه الولاية أي عارض صحي تحد من قدرته على القيام بشؤون المكفول، أو يصبح فقيرا، ولا يمكنه حتى إعانة نفسه، فيؤدي ذلك إلى انقضاء عقد الكفالة، لأن أساسه هو إعالة القاصر اجتماعيا، وماديا، ومعنويا، فإذا أصبح الكافل عاجزا على مواجهة هذه الظروف، فلا يبقى فائدة من عقد الكفالة الذي يضم في طياته نية التبرع. وأصبح بالضرورة انقضاء الكفالة دون رغبة من الكافل وإسقاطها عنه [2].

و منه فإن الإلمام بالشروط المنصوص عليها في نص المادة 118 من قانون الأسرة أمر ضروري من أجل قبول طلب الراغب بالكفالة. فحتى تقوم الجهة المكلفة بإبرامها

[1]- المادة 118 من قانون الأسرة السالف الذكر .

[2] عقيلة بوعشة، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية ، مذكرة نهاية التكوين ، 2001-2004 ، ص 49 .

تتأكد أولا من توفرها، حتى يسند الطفل إليه [1]. وبالتالي وبمفهوم المخالفة فحدوث أي خلل في هذه الشروط أو غيابها يستوجب بالضرورة عدم قبول الطلب،أو إسقاطها عنه عند تخلفها

الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول

قد يحدث أن يتوفى الكافل، أو المكفول، فإذا توفى المكفول انعدم محل، أو سبب الكفالة، وكنتيجة حتمية عن ذلك ينتهي وينقضي معها العقد بصفة تلقائية، لأن الولد القاصر هو الموضوع الرئيسي في هذا النظام. وبالتالي انعدام هذا الأخير يستلزم بالضرورة انعدام الالتزامات الواقعة على الشخص الكافل اتجاه المكفول، فلا ضرورة في الاستمرار في العقد إن كان الطفل محل الكفالة غير موجود .

فالحكمة من إيجاد نظام الكفالة هو رعاية الطفل القاصر المحروم من الجو العائلي، والأخذ بشؤونه، والاهتمام بأموره حتى يبلغ أشده، ويصبح شابا، يافعا، وفردا نافعا في المجتمع. ولكن هذه المهمة الواقعة على الشخص الكافل تنتهي بوفاة هذا الطفل .

أما في الحالة الثانية وهي وفاة الشخص الذي يقع عليه التزام الرعاية، التربية، التعليم، وتوفير كل ما يحتاجه الولد في هذه المرحلة من حياته، وضمان له حياة أفضل، تنقضي معها الكفالة لاستحالة تنفيذها، فيجد الطفل المكفول مرة أخرى نفسه دون عائلة، مما يستوجب على هذا الطفل انتظار فرصة أخرى لعله يحظى بشخص آخر يتبرع برعايته، وضمه إليه، فلهذا السبب نجد أن المشرع الجزائري عمل على توريث عقد الكفالة، كتوريث المال إلى الورثة، خدمة لمصلحة الطفل، وحمايته من الضياع، خاصة مع طول إجراءات الكفالة وتعقيدها، ذلك وفقا لنص المادة 125 من قانون الأسرة [2].

[1] المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر .

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

نستخلص من هذه المادة أنه في حالة وفاة الكافل، تنتقل الكفالة إلى ورثة المتوفى، فهم أولى بالاستمرار فيها عن غيرهم، خدمة لمصلحة الطفل طبعا إن رغبوا في ذلك، لأنها لا تنتقل إليهم بقوة القانون كانتقال تركة المتوفى.

و بالتالي وعلى هذا الأساس يستوجب على الورثة إخطار قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة، وإخباره بوفاة الكافل، بحيث يقوم باستدعائهم في غضون شهر من وفاة الكافل لسماعهم، وإبداء رأيهم حول الإبقاء على الكفالة م عدمها، ويظهر ذلك جليا في نص المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1].

و بذلك فإن مصير الطفل سيحدد حسب الموقف الذي سيتخذه الورثة، فإذا كان موقفهم الإيجاب والتزامهم بالاستمرار في عقد الكفالة، وبالسهر على تطبيقه بشكل لائق، قام القاضي بتعيين أحدهم للقيام بهذه المهمة. أما في الحالة العكسية ينقضي العقد مع العلم أن الورثة أحرار في ذلك. فعلى اعتبار أن عقد الكفالة اختياري فلا شيء يجبرهم على الاستمرار فيها، ويقع على القاضي أن يتولى أمر هذا الطفل، ويقرر مصيره. فإذا بلغ سن الرشد يترك في حاله، أما إذا كان صغيرا فعلى القاضي أن يسند أمره إلى الجهات المختصة بالرعاية وحماية الطفولة، والتي تختلف بحسب سن الطفل. فهذه الجهات هي التي تتولى مهام إيواء الأطفال المحرومين، سواء كانت مؤسسات خيرية، أو حكومية [2]. ولكن ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قد أغفل ذكر أي الورثة أولى بالكفالة بعد وفاة الكافل، بحيث أشار واستعمل عبارة الورثة عامة، ولكن بالعودة إلى نص المادة 87 من قانون الأسرة والتي تنص على أن الأب يكون وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا [3].و يفهم من ذلك أنه بمجرد وفاة الكافل فمن المنطقي أن تنتقل مهمة الطفل إلى زوجة الكافل التي تعد

[1] ا -لمادة 497 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر .

[2] – عقيلة بوعشة، مرجع سابق ، ص 8 .

[3] – يوسف دلاندة ، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،2004-ص 108.

من بين ورثته، وبمثابة أم الطفل المكفول، مما يستدعي بنا القول أنه بمجرد وفاة الكافل فإن الكفالة تنتقل إلى زوجة الكافل.

وبما أن الكافل المتوفى قد أبرم عقد الكفالة باسمه فهو وحده الملتزم به، ومن الأجدر إعادة إبرام العقد من جديد لتحويل الكفالة من الكافل إلى الشخص الراغب بالاستمرار فيها[1].

الفرع الثالث: التخلي عن الكفالة:

و في هذا نصت المحكمة العليا في أنه يجب على الكافل القيام بتربية الطفل المكفول، والإنفاق عليه، وتعليمه [2]، باعتباره وليا قانونيا، ما لم يثبت هذا الأخير تخليه عن الكفالة .

و تنقضي الكفالة أيضا بالتخلي عنها وفقا لتعبير الكافل، ورغبته الصريحة في ذلك، وفي تخليه عن واجباته ومهامه اتجاه هذا الولد المكفول. ونصت المادة 125 من قانون الأسرة أن التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة. وأن يكون بعلم النيابة العامة .

من خلال هذه المادة يتضح لنا أنه بإمكان الشخص المتولي للكفالة التخلي عنها وذلك بالعدول عنها، والأسباب الدافعة إلى أخذ موقف التخلي عن الكفالة راجع لعدة ظروف وعوامل قد تطرأ على الكافل، كعدم القدرة المالية لتدهور مركزه الاقتصادي، فمخافة منه من عدم قدرته على إيفاء حق هذا الولد، وتوفير له كل ما يحتاجه، فإنه لا يجد طريقا إلا اللجوء إلى التخلي عنه، فلربما يجد كفيلا آخر يتبع بكفالته .

[1] – بليل صبرينة و شعليل نعيمة ، مرجع سابق ، ص 61 .

[2] – قرار المحكمة العليا رقم 56336، بلحاج العربي ، ص 527 .

كما يمكن أن يكون سبب اتخاذ هذا القرار، بسبب ظهور عارض جسمي، كتدهور صحته، أو إصابته بشلل، مما يجعله غير قادر على القيام بشؤون الولد، والوقوف عليه، وتأدية دوره كأب على أكمل وجه. كما يمكن أن لايكون للكافل أي سبب آخر يدفعه للتخلي عن هذا الولد، وإنما فقد رغبته في المواصلة فيها. فكل هذه الأسباب السابقة الذكر، وأسباب أخرى رغم اختلافها وتعددها إلا أنها تؤدي لنفس النتيجة وهي الإخلال بواجب الكفالة، وإهمال الطفل القاصر محل الكفالة .

و لتجسيد رغبة الكافل وإرادته في التخلي عن الكفالة، وإنهاء مهامه اتجاه المكفول، يستوجب عليه الامتثال أمام نفس الجهة التي قامت بإقرار هذا العقد، وإبرامه.وهذا من أجل فك الرابطة التي كانت تجمع بين الكافل والمكفول، والتي ترفع وفقا للإجراءات العادية، بعد علم النيابة العامة وسماعها بذلك، وينظر في الدعوى في جلسة سرية، وهذا طبقا لما ورد في نص المادة 496 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [1].

المبحث الثاني: المرسوم التنفيذي رقم 24/92 والتكييف القانوني والشرعي له

نظراللقيمة القانونية للاسم بالنسبة للشخص واعتباره من الحقوق الشخصية اللصيقة به ارتأيناالبحث في مضمونه في هذا المبحث بحيث سنتناول في(المطلب الأول) ماهية اللقب وخصائصه، والحماية التي أقرها المشرع الجزائري له، من الجانب المدني، والجزائي. أما في(المطلب الثاني نعرض الشروط والإجراءات لتغيير اللقب، بالنسبة لطالب الكفالة، وأخيرا المطلب الثالث نعرج أولا عن مضمون المرسوم التنفيذي 92-24 المتعلق بتغيير لقب المكفول، ومطابقته للقب الكافل، ثم سنتحدث عم مدى مشروعيته من الجانب الشرعي، والقانوني.

المطلب الأول: مفهوم اللقب وخصائصه والحماية القانونية له

[1]- المادة 496 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر .

يتكون المجتمع من العديد من الأشخاص والاسم هو الوسيلة أو العلامة التي تحدد ذاتية كل شخص، ولمنع اللبس بينه وبين الآخرين .[1]

قد كانت العرب تنسب أفرادها إلى اسم واحد غالبا ما يكون هو الاسم الشخصي للجد الأول أو الأصل الذي يجمعهم. ومن هذه الأسماء: شيبان ,عكرمة ,قريش , حزامة .....

وعندما تتم عملية الانتساب يصبح يقال لهم بنو تغلب – وبنو شيبان – وبنو عكرمة – ومثل ذلك القريشيونوالخزاميون ..... وإلى ذلك .

أما في بلادنا فعلى الرغم من أننا قد عثرنا على سجلات الحالة المدنية الموجودة ضمن محفوظات المجلس القضائي بعنابة مكتوبة بعضها باللغةالعربية، وبعضها باللغة الفرنسية، ويعود تاريخ إنشائهاإلى سنوات 1845وما بعدها. فإن أول تشريع يتعلق باللقب العائلي عثرنا عليه كان هو القانون الصادر في 23-06-1882 والمتعلق ببداية تأسيس الحالة المدنية للأهالي المسلمين، كما كانوا يسمونها في ذلك الوقت .

و كانت المادة 2 من هذا القانون تنص صراحة وبكل وضوح على انه يجب على كل جزائري أن يختار لقبا واسما عائليا. ورتب على كل مخالفة لأحكام هذه المادة عقوبة بدنية، وعقوبة مالية. وظل هذا القانون هو التشريع المطبق والجاري به العمل إلى أن ألغي بعد صدور الأمر 307/66 المتضمن شروطتأسيس الحالة المدينة، بالنسبة إلى الجزائريين الذين لا توجد لديهم ألقاب عائلية. وقد نص هذا الأمر في المادة 14 منه على أن استعمال اللقب العائلي سيصبح إجباريا بعد انتهاء إجراءات عملية التأسيس .[2]

[1] فريدة محمدي زواوي ، مدخل إلى العلوم القانونية ، طبعة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، سنة 2002، ص 63 .

[2] – سعد عبد العزيز ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الثانية ، سنة 2002 ،ص 143، 144

و في هذا الصدد ورد النص في المواد 30- 73- 80 من قانون الحالة المدنية[1]، على وجوب أن تشمل وثائق الحالة المدنية المتعلقة بالولادة، والزواج، أو المتوفي وهو ما يكسب اللقب ميزة كبرى، وقيمة معنوية عظيمة تستوجب التشبث به، وحمايته والدفاع عنه، وتستلزم معاقبة من ينتحله أو يعتدي عليه .

من هنا سنحاول التطرق في هذا المبحثإلى إعطاء مفهوم للقب، ومضمونه وخصائصه والطبيعة القانونية للاسم الممنوح للطفل مجهول النسب، ومدى أحقية، أو مشروعية منحه هذا الاسم .

الفرع الأول: تعريف اللقب

أولا - تعريفه لغة: يعرف الاسم في اللغة بأنه العلامة، أو اللفظ الموضوع على الجوهر، والعرض، وهو في معناه القانوني لايختلف كثيرا عن معناه اللغوي، حيث يعرف بأنه علامة على الشخص، وعلى الأسرة التي ينتمي إليها، أو العبارة اللفظية التي تستخدم عادة لتحديد الشخص وتفريده وتمييزه عن غيره من الأشخاص [2]، ويعرف اللقب بأنه اسم لشخص، أو حيوان، أو لغير ذلك، وقع الاختيار عليه ليضاف إلى الاسمالشخصي للفرد , وليدل على انتساب هذا الفرد، وانتمائه إلى مجموعة خاصة من ذوي القربى، المنحدرين من أصل واحد ، ومخصص ليستعمل رمزا أو علامة تميز هذه المجموعة عن تلكالمجموعات البشرية التي ستنضوي تحت لواء الاسرة، أو القبيلة، أو العشيرة [3]

ثانيا _تعريفه قانونا: يقصد بالاسم العائلي بأنه المصطلحالذي يطلق على شخص محدد، لتفريده عن غيره من الأفراد، وتحديد مركزه الاجتماعي، والثقافيوالمهني، فالاسملايشير

[1]- المواد 30 ، 73 ، 80 من الأمررقم 70 ، 20 مؤرخفي 19 فبرايرسنة 1970 يتعلقبالحالةالمدنية

2- الدكتور محمد واصل ، مرجع سابق، ص 254 .

[3] عبد العزيز سعد ،المرجع السابق ، ص 144

فقط إلى مجرد شخص تميزه عن غيره من الأشخاص ، وإنما تدل أيضا على المركز الذي يحتل الشخص عائلته.

ثالثا – مضمونه: الاسم هو الوسيلة التي يتميز بها الشخص عن غيره، ويعتبر الوسيلة التي تحدد ذاتية الشخص لمنع اللبس بين الأفراد، وللاسم معنيان، معنى ضيق ويقصد به الاسم الشخصي **prénom**، والمعنى الواسع يقصد به اللقب، أو إسم العائلة **nom de famille**، وتنصالمادة **28** من قانون الحالة المدنية أنه "يجب أن يكون لكل شخص إسم ولقب ، وإسم فأكثر ، ولقب شخص يلحق بأولاده .... " وهناك أنواع أخرى للإسم يحميها القانون إذا استعملت بصفة مستمرة وحمايتهاتكون بقدر حماية الإسم المدني، من بين ذلك إسم الشهرة، والإسم المستعار، والإسم التجاري .[1]

و كما نجد أغلب التشريعات الحديثة لم تعطي تعريف محدد للقب، وكذلكالتشريع الجزائري، حيث اكتفى بالنص عليه في المادة 63 من قانون الحالة المدنية بما يلي " يبين في عقود المدنية .....جنسالطفل والأسماء التي أعطيت له " [2] ومنه سنتناول مضمون كل من التعابير الخاصة بالإسم، أي الإسم العائلي، والإسم الشخصي .

1 –الإسم العائلي: لقب الشخص هو إسم الأسرة (le nom de famille)التي ينتسب إليها، ويشترك جميع أفراد الأسرة في حمله، ووضيفة اللقب هي تمييز كل أسرة عما عداها من سائر أسر المجتمع الأخرى. ومن شأن اسم الأسرةفضلا على تمييز كل أسرة عن غيرها من الأسر، أن يزيد من شعور الألفة، والوحدة، والترابط، والتضامن بين الأفراد الذين ينتمون إلى الأسرة الواحدة .

[1] فريدة محمدي زواوي ، مدخل إلى العلوم القانونية ،مرجع سابق ، ص63– 64

[2] المادة 63 من قانون الحالة المدنية السالف الذكر .

إن اتخاذ الشخص لقبا له أمر واجب كوجوب اتخاذ اسما له. والأصل أن يكتسب لقبه عن **طريق النسب** بقوة القانون، أي أن انتقال لقب الأب إلى أولاده يتم بصورة تلقائية كأثر من آثار البنوة، وهذا ما أقرته صراحة المادة 28 من القانون المدنيحيث نصت على أن " لقب الشخص يلحق أولاده ... "، وقد نصت المادة 41 من تقنين الأسرة أن" ينسب الولد لأبيه...." بمعنى أن الولد سواء كان ذكر، أو أنثى يحمل لقب الأب دون لقب الأم ، وما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، والعرف في مجتمعنا. إلى جانب اكتساب اللقب عن الطريق النسب، فقد يلحق لقب الشخص إلى زوجته بحكم القانون، كما هو الحال بالنسبة إلى القانون الفرنسي، والإنجليزي ، و تستطيع الزوجة استعادة لقبها الذي اكتسبته بالنسب في حالة الطلاق، كما يمكن أن تحتفظ بلقب طليقها في حالات معينة .[1]

إضافة إلى اكتساب اللقب عن طريقالنسب والمصاهرة ، يمكن أيضا اكتسابه عن طريق التبني (في الدول الذي تسمح بذلك). كما أنه ' طبقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم رقم 157/71 المؤرخ في 1992/6/30 المتعلق بتغيير اللقب، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 1992/01/13، يمكن للشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب **الوصي** والصحيح **الكافل**، طبقا لنصوص المواد من 116 إلى 125 من تقنين الأسرة .

2- الإسم الشخصي: يتم اكتساب الإسم الشخصي تلقائيا عند ولادة الطفل، وولي المولودأي أبوه أو أمه، أو من يقوم مقامهما، هو الذي يخلع عليه اسمه. وقد أشارت المادة 1/64 من قانون الحالة المدنية إلى أنه: " يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودهما المصرح ." وللأبوين مطلق الحرية في هذا الإختيار. ولا يحد من هذه الحرية إلا

[1] دكتور محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية ، الجزء الثاني (دروس في نظرية الحق) ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2011 ص 356 ، 358 ، 360

ضرورة مراعاة شرطين نص أحدهما في القانون المدني، والتي تقضي بوجوب أن تكون الأسماء جزائرية، والشرط الآخر نص في قانوني الحالة المدنية والقانون المدني واللذان يقضيان بضرورة عدم تسميته بأسماء غير مخصصة في الإستعمال والعادة. أو يكون الإسم محل سخرية، أو ضحك، ولا يضر بمصلحة الطفل .[1]

الفرع الثاني: خصائص اللقب

خصائص اللقب العائلي هي هامة ومتنوعة، ويمكن حصرها في كونها حق دائم لا يقبل التنازل عنهم، وحق يمكن توارثه، وفي أنه مشاع استعماله، ومحمي بقوة القانون.

أولا: حق دائم غير قابل للتنازل

إن للقب معنى يتصف بالديمومة ولا يقبل التنازل، أي أن اللقب غير قابل للتخلي عنه ممن كسبه. ويجب أن يكون لكل فرد لقب ممن لا يكسبونه، لأنه لا يجوز لأي مواطن جزائري معلوم الأب أن يعيش دون لقب مهما كانت الظروف. وأن القانون الصادر بتاريخ 20 فيفري سنة 1976 بموجب الأمر رقم 76-7 قد أوجب على كل شخص يحمل الجنسية الجزائرية أن يكون له لقب عائلي. وإن لم يكن له لقب وكان قد سجل في سجلات الحالة المدنية تحت عبارة بدون لقب وقت صدور هذا الأمر، فعليه أن يسعى في الحصول على لقب يختاره خلال الستة أشهر التالية لنشر هذا الأمر. وذلك تحت طائلة معاقبته بغرامة مالية قدرها 200 دج [2].

ثانيا: اللقب حق يمكن توارثه

من أهم خصائص اللقب أنه حق ثابت قانونا، ويمكن أن يورث مثل بقية الحقوق التي تكتسب بالتوارث، فيرثه الإبن عن الأب، والأب عن الجد، ثم ينتقل بين الفروع من

[1] – د . محمد سعيد جعفور، مرجع سابق ،ص 355 – 356

[2] عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ،ص 146 .

الأب إلى إبنه وابنته، وإلى أبناء الإبن، وهكذا إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. ثم إن اللقب لا يكسب بالتقادم، ولا يقبل التصرف فيه مثل بقية الحقوق الأخرى، حيث لا يجوز التنازل عنه، ولا تركه إلى غيره إلى لسبب قانوني، وفي إطار الشروط القانونية .

و نلاحظ من خلال هذا أن توارث اللقب بين الآباء والأبناء مقصور فقط على الأبناء الشرعيين الناتجين من زواج صحيح شرعا وقانونا، دون غيرهم من الأطفال مجهولي النسب واللقطاء. وهذا لعدم توفر شرط صلة الأبوة الشرعية بين هذا الطفل وغيره من الرجال، إضافة إلى انعدام شرط العلاقة الزوجية الصحيحة بين أم الطفل وبين الرجل الذي حملت منه .

ثالثا: اللقب ملك مشاع استعماله

من خصائص اللقب أيضا أنه ملك لكافة أفراد الأسرة المنحدرين من أصل واحد. والذين هم من نسل ذلك الشخص ، أو الجد الأول الذي اكتسب هذا اللقب .و يتمتعون جميعا بحق استعماله بالتساوي بينهم هو ومن تناسل منه من البنين والبنات ، و الأحفاد والحفيدات، حيث يعتبر ملك مشاع بين كل أفراد الأسرة الواحدة .

كما أنه لا يجوز لأي شخص أجنبي عنهم أن يشاركهم في حمله للقبهم، أو ينازعهم في استعماله، وإلا اعتبر متعديا على حقوق الغير ويستدعي عقابه .

رابعا: اللقب العائلي أداة ترابط وتكافل

تعتبر هذه الخاصية على غرار باقي الخصائص أنها ذات طابع عاطفي، وذات مؤيدات اجتماعية ومنفعية، وهي بذلك تعتبر الخاصية الوحيدة القادرة من حيث المبدأ على تنظيم الأنساب ضمن الأسرة، أو القبيلة، وعلى تقوية مشاعر الألفة واستمرار اللحمة بين الأفراد الذين ينتسبون إلى لقب واحد متميز. إضافة إلى هذا فهي تعتبر أهم عامل يساعد على خلق روح الترابط، والتكافل، والتعاون بين شركاء اللقب الواحد من أجل دفع

الضرروالأذى وجلب المنفعة، ومن هنا تبرز ضرورة الحفاظ على اللقب العائلي، وحمايته من كل أنواع الإعتداء عليه .

خامسا: اللقب العائلي محمي بالقانون

من أهم خصائص اللقب ومؤيداته أن القانون قد حماه من كل اعتداء قد يمس به، أو انتحاله من الغير ممن ليس لهم حق استعماله، والإنتساب إليه، كما تكفل بالمحافظة عليه. وضمن هذا الإطارتطرق قانون العقوبات إلى ذكر عدة حالات في المواد من 247 إلى 253 وقد جرمها وحدد لها العقوبات المناسبة .

الفرع الثالث: الحماية القانونية للإسم

فلقد رأينا أن القانون نص صراحة على أنه ينبغي أن يكون لكل شخص إسم يميزه عن غيره من الأشخاص الطبيعيين، والمقصود بالإسم هنا هو الإسم العائلي، وهو إسم الأسرة التي ينتمي إليها الشخص، والتي يشترك كل أفرادها في حمل هذا الإسم، ويصبح بذلك من الحقوق اللصيقة بالشخصية .لذلك أخضع المشرع الجزائري هذا الحق لحماية خاصة هذا ما ارتأيناه في قانون العقوبات، فانتحال الإسم دون حق واستعماله من أي شخص كان غريب على العائلة يعتبر اعتداء عليه، شريطة توافر الشروط والأركان المنصوص عليها قانونا في هذا الباب .

و يختلف انتحال الإسم في القانون المدني عن قانون العقوبات ففي هذا الأخير لا تقوم الجريمة إلا إذا كان الأمر يتعلق بأوراق رسمية، فإذا كان انتحال الإسم في محرر عمومي، أو رسمي، أو في وثيقة إدارية تكون العقوبة بغرامة مالية من 20000إلى 100.000 دج. ونص في المادة 248 من قانون العقوبات على أن كل من تحصل على صحيفة السوابق القضائية باسم الغير، منتحلا لقبا كاذبا أو صفة كاذبة يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة .

كما نصت المادة 249 من قانون العقوبات على أن كل من انتحل لقب الغير أدت إلى قيد حكم صحيفة السوابق العدلية القضائية لهذا الغير، أو كان من المحتمل أن تؤدي إلى ذلك فالعقاب هنا الحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات، دون الإخلال بإجراءات المتابعة بجناية إذا اقتضى الأمر[1]. ومعنى هذا الكلام هو أن كل مواطن جزائري لابد أن يكون يحمل لقب يرثه عن آبائه، وأجداده، ويلحق أبناءه وأحفاده .

و نظرا للأهمية الكبيرة للإسم العائلي وجب على المشرع أن يخصص له قصطا وفيرا من الدراسة ويقرر مجموعة من الوسائل والآليات القانونية لأجل حمايته. وتكون تلك الحماية وفق طريقين: حماية مدنية، وأخرى جزائية .

أولا : الحماية المدنية للإسم: نصت المادة 48 من القانون المدني الجزائري على حماية الإسم: يجوز من نازعه الغير في استعمال إسمه دون مبرر، ومن انتحل اسمه أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما لحقه من ضرر[2] .

أي أن المنازعة في الإسم هي أن يدعي شخص انتفاء شخص آخر في أن يتسمى باسم معين، أو انتحال الإسم وهو أن يتسمى شخص باسم شخص آخر معين دون أن يكون له هذا الإسم في الأصل. وفي كلتا الحالتين يجوز لمن أصابه ضرر أن يرفع أمره إلى المحكمة، عن طريق **دعوى وقف**. ويكون أساس هذه الدعوى في أن يخول صاحب الإسم المنازع عليه أو محل الإعتداء، أن يباشر دعوى أمام القضاء المدني لأجل وقف هذا اللإعتداء، وإجبار الغير على الإعتراف بحق صاحب الدعوى .

و من زاوية أخرى فإن المشرع أجاز الإعتراض على تغيير الإسم بعد نشره، عن طريق **دعوى الإعتراض**.حيث بعد بعد نشر طلب الإعتراض، فإنه يجوز لكل من له مصلحة

[1]- المادة 249 من قانون العقوبات السالف الذكر .
[2]- المادة 48 من القانون المدني السالف الذكر .

في ذلك أن يقدم اعتراض على هذا الطلب خلال ستة أشهر من تاريخ النشر طبقا لما ورد في نص المادة 3 من المرسوم 157/71 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب .

كملاحظة على ما سبق ذكره، فإن المشرع الجزائري قد أضفى حماية على الحق في الإسم من خلال المدة الطويلة نسبيا [1].

ثانيا : الحماية الجزائية: إن الإسم من أبرز الخصائص التي يتميز بها الشخص عن غيره من البشر، ولهذا فالمشرع الجزائري أحاطه بمجموعة من النصوص القانونية حماية لصاحبه في حالة الإنتحال، أو التزييف ممن ليس له حق في استعماله، فإنه يجوز لكل فرد من أفراد الأسرة المنطويين تحته أن يخطر بذلك الجهات القضائية المختصة، وأن يطلب عن اللإعتداء الذي لحق به تعويضا، وهذا طبقا لنص المادة 48 من القانون المدني، التي جاء فيها أن لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه دون مبرر، ومن انتحل الغير لقبه، أن يطلب أن يطلب وفق هذا الإعتداء التعويض عما يكون قد أصابه من ضرر[2]، ولهذا السبب تدخل قانون العقوبات فوضع قواعد تشريعية لضمان حماية اللقب، ولتأمين احترامه .

و جعل من انتحال اللقب والإعتداء عليه جريمة يعاقب عليها القانون. ومن هنا نستطيع أن نعلم حقيقة ومدى قيمة اللقب باعتباره من المميزات الخاصة بشخص الإنسان، والتي تميز أفراد عائلة عن عائلة أخرى. إضافة إلى أنه يعد بمثابة الرباط المعنوي الذي لا يلمس ولا يرى، ولكن تقدر أهميته بتلك الآثار، والنتائج المترتبة على استعماله بطريقة غير قانونية .

[1] – تشوار زكية ، مجلة العلوم القانونية الإدارية و السياسية ، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، ردمك 1112،4334–رقم 06 ، 2008 .

[2] – المادة 48 من القانون المدني السالف الذكر .

و يستنتج من كل ذلك الأهمية البالغة التي يحملها الإسم العائلي، ومن ثمة وجوب حمايته، والحفاظ عليه، ومعاقبة كل من يفكر في استعماله دون مبرر قانوني، أو يحاول انتحاله، أو الإعتداء عليه باعتبار أن هذا الإعتداء على اللقب يعتبر جريمة على نظام الأسرة، والمنتسبين إليها، ويصبح من حق متضرري تلك الأسرة أن يطلبو مجتمعين، أو فرادى وقف هذا الإعتداء، ومعاقبة المعتدي، وضمان الضرر .

- **عنصر الفعل المادي للإعتداء:** إن عنصر الفعل المادي للإعتداء يعتبر العنصر الأساسي الأول الذي يطلب القانون توفره، ويتمثل في أن ينتحل شخص ما لقب عائلة غير عائلته، ويضيفه إلى إسمه الشخصي في أوراقه الرسمية وكأنه لقبه الحقيقي، وذلك بقصد الهروب من المسؤولية الجزائية، أو بقصد الحصول على منفعة، أو لأي غرض آخر .
- **عنصر كون محل الإنتحال محرر رسمي:** أما العنصر الثاني من العناصر المطلوبة لتكوين جريمة الإعتداء على اللقب، هو أن الفعل المادي للإنتحال على وثيقة عمومية، أو رسمية، أو على وثيقة إدارية معدة لتقديمها إلى السلطة العامة، ذلك أن وقوع انتحال اللقب على وثيقة عادية أو وثيقة عرفية لا تقبلها السلطة الإدارية وإن كان من الممكن أن يشكل جريمة أخرى في قانون العقوبات، إلا أنه لا يشكل الجريمة المنصوص عليها في المادة 247 منه .
- **عنصر وقوع الإنتحال على لقب الغير:** أما العنصر الثالث من العناصر المكونة لجريمة الإعتداء على اللقب فيتمثل في استيلاء شخص على لقب الغير، أو انتحاله لنفسه دون أي وجه حق، ودون مبرر شرعي، ويكون استعمال لقب الغير استعمالا قانونيا وشرعيا، ومبررا في حالة الإستعمال عن طريق الصدفة، حيث يمكن أن يحمل أفراد عائلتين مختلفتين للقب عائلي واحد، دون قصد الإنتحال، وفي حالة استعمال لقب الغير عند تطبيق أحكام المادة 56 من قانون الحالة المدنية، والمرسوم رقم 71-157 الصادر في 03-06-

1971 المتعلق بتغيير الألقاب، وعند تطبيق أحكام الأمر رقم 76-07 المنظم لكيفية إعطاء اللقب للأشخاص الذين ليس لهم لقب عائلي، وكانو قد سجلو في سجلات الحالة المدنية تحت عبارة **عدم اللقب**، أو عندما يقع ذلك تبعا لتطبيق المادة 12 من قانون الجنسية المتعلقة بإمكانية تغيير اللقب والإسم في نفس المرسوم المتضمن منح الأجنبي للجنسية الجزائرية [1].

و عليه فإذا اجتمعت عناصر انتحال اللقب، أو الإعتداء المادي عليه، وكان محل الإعتداء محررا رسميا، أو عموميا، أو وثيقة إدارية معدة لتقديمها إلى السلطات العمومية، أو انتحال، أو استعمال قد وقع على لقب الغير دون أي حق، إضافة إلى القصد الجنائي، واستيفاء كل عناصر الجريمة المذكورة سابقا، فهذا يشكل اعتداء على الأسرة، والمتهم يستحق العقاب بغرامة مالية تقدر ب 500 إلى 5000 دج .

أما إذا كان هناك مبرر شرعي لاستعمال لقب الغير كما أشرنا سابقا، فإنه لا جريمة، ولا عقاب. ويكون المتهم صاحب حق في استعمال لقب الغير، وله مبرر قانوني[2].

جريمة تزييف اللقب:

إن النصوص القانونية لا تحمي الإسم فحسب في حالة انتحاله فقط، بل حتى في حالة تزييفه، وهذا ما أشارت إليه المادة 321 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: كل من استبدل طفلا آخر أو قدمه على أنه ولد لإمرأة لم تضع، وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته فإنه يعاقب بالسجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 إلى 1000.000 دج [3].

---

[1]- المادة 12 من الأمر رقم 70 -86 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية ، معدل و متمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 .

[2] - سعد عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 149-150 .

[3] - المادة 321 من قانون العقوبات السالف الذكر .

و قد شدد المشرع العقاب على مرتكبي هذا النوع من الجرائم، نظرا لما يترتب عنه من آثار على الكيان الأسري، وذلك ليس من حيث موانع الزواج، وما يترتب عنه من آثار فحسب، وإنما من حيث الميراث وما ينجر عنه من انتقال الأموال المورثة إلى شخص ليس له علاقة مع المورث، فإن تجريد الطفل من نسبه الأصلي واستلحاقه باسم شخص آخر دون أي مبرر قانوني، تكيف هذه الجريمة أصلا بجريمة اختطاف الأطفال .

و الحالة الأخرى التي نص عليها المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 217 من قانون العقوبات[1] هي أن كل شخص ليس طرفا في المحرر، والأمر هنا يتعلق بجريمة تزييف النسب، أي في الحالة التي يصرح فيها الشخص أمام ضابط الحالة المدنية بأن الطفل هو إبنه، وهو في الواقع ليس كذلك، ذلك من أجل أن يسجله في سجلات الحالة المدنية على هذاالأساس ، أي تغيير إسم الطفل بغير حق .

من خلال كل ما سبق يتبين لنا أنه لا يجوز تزييف الأنساب، إذ أن ادعاء بنوة أبناء الغير حرمته الشريعة الإسلامية، وما على الشخص إلا أن يرد نسب الإبن إلى أبيه الشرعي، أي أن يأخذ الطفل إسم أبيه الحقيقي وينسب إليه.

و ما ينبغي الإشارة إليه، أن هذه الجريمة لا يندرج تحت طياتها التصرف القانوني الذي أشارت إليه النصوص القانونية بمقتضى المرسوم رقم 92-24 المؤرخ في13-01-1992 .[2]

المطلب الثاني: الشروط والإجراءات المطلوبة لتغير لقب المكفول على ضوء المرسوم التنفيذي 24/92 .

الفرع الأول: شروط تغير لقب المكفول

[1]- المادة 217 من قانون العقوبات السالف الذكر .

[2] – تشوار حميدو زكية ، مرجع سابق .

حدد المرسوم رقم 24/92 هذه الشروط إذ أنه في حالة تخلف أحد هذه الشروط لايمكنالإستجابة للطلب، وبالتالي يرفض من قبل وزارة العدل. وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:[1]

أولا : ضرورة وجود عقد الكفالة: إذ حتى يمكن للكافل أن يغير لقب المكفول ويمنحه لقبه العائلي، لابد أن يكون كافلا له قانونا، ولايمكن أن تثبت هذه الكفالة إلا بموجب عقد توثيقي، صادر من جهات قضائية ، والمشرع لم يطلب مدة معينة في الإسناد الواقعي للمكفول، حتى يتسنى للكافل أن يمضيها ثم يقدم الطلب.

ثانيا : ضرورة أن يكون المكفول قاصرا مجهول الأب: إذ أن المشرع أجاز تغيير لقب المكفول سواء كانت بنتا، أو إبنا قاصرا لكنه لبي كل مكفول، بل مجهول النسب من الأب فقط، لأن معلوم النسب لا يجيز القانون للكافل منحه لقبه .

ثالثا : أن تكون المبادرة والرغبة في تغيير اللقب من طرف الكافل: إذ لا يمكنالتصور أن يقدم الطلب من طرف المكفول لانعدام أهلية التقاضي، ولكونه هو محتاج إلى رعاية، وأن ولايته على نفسه هي مقررة للكافل، وهذا يدل على عنصر هام جدا وهو الإرادة الحرة، الغير معيبة، إذ يعبر في طلبه عن رضاه الصريح دون أي إكراه.

رابعا : شرط موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة: إذ أنالأصل في مثل هذه الحالة إذا كان معلوم الأم، فلقب المكفول مسجل في سجلات الحالة المدنية، والمدلى به إلى ضابط الحالة المدنية هو اللقب العائلي لأمه[2]. لكونه مجهول الأب، وبالتالي اشترط المشرع الموافقة الصريحة، أي أن يكون التعبير صريحا عن الإرادة، بأن

[1] ا- لمادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المعدل و المتمم للمرسوم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب .

[2]- طلبة مالك، مرجع سابق ، ص 35 .

توافق على أن يحمل المكفول لقب الكفيل، واشترط المشرع أن تكون الموافقة في شكل عقد شرعي مكتوب، أما إذا كانت متوفاة، أو غير معلومة فإنه يسقط هذا الشرط .

الفرع الثاني: إجراءات تغيير لقب المكفول:

لقد حدد المشرع الجزائري الوثائق والإجراءات اللازمة لتغيير اللقب .

أولا : الوثائق المطلوبة:

ـ طلب خطي موجه إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام موقع من طرف الكفيل.

ـ عقد كفالة محرر طبقا للمادتين 116-117 من قانون الأسرة لدى الموثق أو المحكمة (أو نسخة مصادق عليها).

ـ نسخة من شهادة ميلاد الكافل (أصلي , تاريخه أقل من سنة) .

ـ نسخة من شهادة ميلاد المكفول (أصلي , تاريخه أقل من سنة) .

ـ نسخة من سجلات عقد زواج الكافل .

ـ الموافقة الكتابية لأم المكفول إذا كانت معلومة، وعلى قيد الحياة.

ـبالنسبة للأطفال الموجودين في إطار المساعدة الإجتماعية زيادة على هذه الوثائق، لابد من شهادة الوضع في إطار الكفالة مسلمة، وموقعه من طرف مدير النشاط الإجتماعي(أو نسخة مصادق عليها).

ثانيا : إجراءات التحقيق في الطلب وإصدار الأمر:

بعد تلقي السيد الوزير الملف المرفوق بالطلب، يقوم بتكليف السيد النائب العام للدائرة القضائية مكان ولادة الطالب، بإجراء تحقيق بشأن الطلب[1]، والذي بدوره يكلف وكيل الجمهورية للدائرة القضائية مكان ولادة الطالب لمتابعة التحقيق، والذي بعد إنجازه يتم إرساله بالطريق السلمي إلى السيد النائب العام، والذي بدوره يرسل ما توصل إليهالتحقيق إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام، وعادة هذا التحقيق يكون بسماع الشهود والبحث في دوافع، وأسباب تغيير اللقب، وفي الأخير يرجع القرار إلى السيد وزير العدل الذي يقرر ما بشان هذا الطلب بعد الإطلاع على ملف التحقيق، وعليه فإما أن يقبل، أو يرفض، وفي حالة قبول الطلب فإن وزير العدل يأمر النيابة العامة بالسهر على تنفيذ هذا السلم التدريجي، بواسطة وكيل الجمهورية، قصد إصدار أمر بتغيير لقب المكفول وذلك خلال 30 يوما من تاريخ الإخطار، مع السهر على تنفيذ الأمر، وتسجيله بسجلات الحالة المدنية .

و عليه فممثل النيابة العامة فور تلقيه الإرسالية يقوم السيد وكيل الجمهورية بتقديم التماساته الكتابية إلى السيد رئيس المحكمة تعرض تغيير لقب المكفول .

و بعد تلقي السيد رئيس المحكمة الملف والمستندات والمؤيدة ، وبعد الإطلاع على الإلتماسات النيابية، والمرسوم السالف الذكر يصدر الأمر في إطار الصلاحيات الولائية بتغيير لقب المكفول ليصبح لقبه (كذا ..... بدل كذا) .

و يشير في الأمر بأن يسجل هذا الأمر على هامش سجل الحالة المدنية ، و عقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية .

كما أن هذا المرسوم استثنى هذه الحالة المعلقة بالمكفول ونشرها في الجرائد ولتقديم الإعتراضات بشأن طلب تغيير اللقب[2] .

[1]أنظر المادة الأولى من المرسوم 92-24 السالف الذكر .

[2] – طلبة مالك، مرجع سابق ، ص 36 .

المطلب الثالث: التكييف القانوني والشرعي للمرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب، ومكانته بين نظامي التبني والكفالة

أصدر المشرع الجزائري في بداية التسعينات مرسوما تنفيذيا بموجبه يمكن تغيير لقب الطفل مجهول النسب، ليطابق لقب الكفيل، وهذا المرسوم لم ينل القسط الوافر من الإهتمام، والبحث في مضمونه، ولعل السبب في ذلك راجع للبس والغموض اللذان يكتنفانه.

لقد أثير جدل قانوني ، و فقهي حوله بحيث هناك من اعتبره تبنيا بصفه خفيه واستند في ذلك لعدة أسباب. هذا ما جعلنا نتطرق في هذا المطلب إلى البحث عن مشروعية هذا المرسوم من عدمها، والذي من خلاله نقوم (الفرع الأول) بتحديد مضمون المرسوم ومدى شرعيته، واعتباره مكملا لعقد الكفالة ، أما في (الفرع الثاني) سنحاول عرض الإتجاه المخالف للفئة المؤيدة لهذا المرسوم السالف الذكر، وإظهار تعارض مرسوم 24/92 للشريعة، والقانون اعتمادا على عدة أسباب نعرج عليها لاحقا .

الفرع الأول: الرأي المؤيد للمرسوم التنفيذي رقم 24/92 بجواز منح اللقب للكافل

عاشت الجزائر في التسعينات ظروف صعبة، وذلك راجع للعشرية السوداء، حيث ظهرت في تلك المرحلة ظاهرة الإرهاب فترتب عنها بقاء أطفال أبرياء مجهولي النسب نتيجة الإغتصاب، يعانون مرارة الحياة، الأمر الذي يجعل التكفل بهذه الفئة ضرورة حتميةكما أن تطور المجتمع الجزائري يفرض الإعتناء بالطفل عموما، وباللقطاء خاصة[1]، وذلك عن طريق الكفالة التي توجب القيام بالمكفول، ورعايته دون نسبته إليه، الأمر الذي جعل هؤلاء الأطفال يعانون مشاكل اجتماعية، بحيث يشعرون بأنهم مهمشون كونهم يحملون لقب مختلف عن لقب كافلهم، هذا ما دفع بالمشرع الجزائري لإصدار المرسوم التنفيذي رقم

[1] – محمدي زواوي فريدة ، مرجع سابق .

24/92 [1]، المتمم للمرسوم رقم 71/ 157المتعلق بتغيير اللقب، وأهممادة عدلت، هي المادة الأولى التي أضيفت إليها مقطع، نص على إمكانية طلب تغيير لقب المكفول قصد مطابقته للقب الكافل إن كان مجهول النسب، أما إذا كان مجهول الابنمعلوم الأم، وكانت هذه الأخيرة على قيد الحياة، فيجب أن تبدي موافقتها على طلب التخلي، التهميش وهذا يجعل الجهد الذي بذله الكفيل في التربية لا يحقق غايته.جاء المرسوم 24/92 للحد من هذه السلبيات، وترى الدكتورة زواوي فريدة في ذلك أنهلا يوجد مخالفة للآيتين 4 و5 من سورة الأحزاب، اللتين جاءتا بصدد الولد المحتمل غالبا علم نسبه .

لأن المادة 5 مكرر 1 من هذا المرسوم[2]تقتضي بالضرورة تسجيل لقب المكفول على هامش شهادة الميلاد، وبهذا يمكن لكل ذي مصلحة معرفةأن اللقب المذكور في شهادة الميلاد ليس بلقبه الأصلي، ولا يمكن إخفاءه عند إبرامه لعقد الزواج، ولا يمكن استعماله بالنسبة للميراث .

فإذا كانت الحكمة من تحريم حمل المتبنياسم من تبناه، هي لكي لايثبت التوارث بينهما، وألا يقع اختلاط في الأنساب، فالمرسوم 24/92 لا يخالف ذلك، ويضل في نطاق معمولا بالحكمة من التحريمإنما التطور المجتمع واستعمال سجلات الميلاد يحقق في الوقت ذاته حماية للطفل، تماشيا مع تعاليم، وأهداف ديننا، وتبقى الحكمة من تحريم التبني قائمة من حيث عدم جواز التوارث بين الكفيل، والمكفول، إذن الملاحظة الهامشية تبين أن المكفول ليس ابن الكفيل الشرعي، كما في حالة الزواج بكل بساطة العلم أن الإسم المذكور بالنسبةللمكفول ليس هو إسمه الأصلي [3]، إضافة إلى أن موانع الزواج لاتقرر بموجب هذا

[1] – المرسوم التنفيذي 92-24 السالف الذكر .

[2]- المادة 5 مكرر 1 من المرسوم التنفيذي 24/92 السالف الذكر .

[3] – محمدي زواوي فريدة ، مرجع سابق ، ص 70 .

اللقب إذ أنهلا يمكن للكافل أن يتزوج بمن كفلها حسب مقتضيات قانون الأسرة، بل يبقى في الإرث، وموانع الزواج قائمة مع عائلته الشرعية إذا كان معلوم الأم[1].

كما أن هذا المرسوم جاء كإجراء لحفظ كيان ونشأة الطفل داخل المجتمع، وينسيه ظروف ولادته، ويسهل عليه اندماجه داخل الأسرة الكافلة، والحياة الإجتماعية، حرصا من المشرع وبناءا على توصيات منظمة اليونسيف[2]، هذا من الناحية القانونية، وتأييدا لهذا المرسوم من الناحية الشرعية، فنجد بعض العلماء الذين أجازوا إلحاق لقب الكافل بالمكفول، من ضمنهم مفتي الجمهورية المصرية (الدكتور علي جمعة) الذي أفتى في هذه المسألة، حيث جاء في نص الفتوى يأكد أنه " يجوز شرعا لكافل اليتيم أو مجهول النسب أن يضيف لقب عائلته، سواء كان رجل، أو امرأة إلى إسم الطفل، أو تغيير الإسم الأخير من إسمه إلى تلك العائلة، بحيث يظهر مطلق الإنتماء إليها دون الإخلال أو التدليس بأنه ابنه من صلبه، حتى لا يدخل ذلك في نطاق التبني المحرم شرعا. "وقد أكد الدكتور علي جمعة أن تلك الإضافة ستكون مثل حلقة الولاء التي كانت بين القبائل العربيةموضحا أن الولاء جائز شرعا وهو يحقق مصلحة الطفل في المرحلة العمرية المختلفة مع الإحتفاظ بالأحكام الشرعية مع حرمة التبني، ومايترتب عليه من آثار شرعية[3].

و أتجه إلى نفس الموقف المؤيد لهذه لمسألة إثر صدور مرسوم سنة 1992 حيث يرى الشيخ حماني (رحمه الله) مفتي الجمهورية الجزائرية، وكرد لمن اتهموه بأنه يبيح التبني حيث جاء في هذا الصدد " في حوار انتساب المرء إلى غير أهله حيث أن العرب كانوا يسمحون به، إذ أنه ينتسب إلى قبيلة ليس من أهلها، وينتسب إليهم بالحف والولاء أو

---

[1] – طلبة مالك ، مرجع سابق ، ص 37 .

[2]– بن عصمان نسرين إناس ، مصلحة الطفل في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ، 2008-2009 ، ص 100 .

[3] – جريدة الأهرام – الصفحة الإلكترونية الصادرة في 28-07-2012– على الموقع:
http://digital.ahram.org.eg/youmi .

الإسلام على يد أحد أبناءها، فهذا يدل أن المحرم إنما هو إعلان بالبنوة ، وترتب البنوةآثارهاعليها من ميراث وتحريم الزواج. وهذا ما أشار إليه عمر بن الخطاب لجندي من جنوده وجد منبوذا، فقال له ما تملك على هذه النسمة، فقال له عريفه يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح (يعني سفين ابن جميلة رجل من بني سليم)، فقال له عمر أهو كذلك ؟ فقال له نعم، فقال عمر بن الخطاب اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته، فالمربي المنبوذ معفى من النفقة، والتربية، ويتكفل بهما بيت المال، ولكن ولاء اللقيط أي انسابه على خلاف العلماء وهو له أو بالمسلمين. بعض العلماءيختص مربيه على خلاف العلماء أهو له أو للمسلمين ؟ ,و يرى الشيخ حماني أن هذه المعاملة السامية أفضل من أن يعيش الصغيرعلى نسب مغشوش مزور، إذا اكتشفه من بعد يكون عليه عظيم مع ما يسببه للآخرين من حرمان، ومع ما يحرمه من حلال .

فالمقصود بعبارة" وله ولاءه " بفتح باب صحة الإنتساب بالولاء، فالله سبحانه وتعالى لم يؤاخذ اللقيط بما فعل أبواهولم يكتب عليه أن يعلن للناس أنه لقيط ، بأن يكتب فوق جبينه " هذا لقيط "، بل جعل له الحق في نسبة يرجع إليها فهو أخ لنا في الدين، وهذا يشمل الأخوة العامة، والأخوة لأحدهم فردا وقبيلة، أو يكون مولى "قَالَ تَعَالَىٰ: ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٥﴾[1]

وهذا المعنى قول عمر ابن الخطاب لا عبودية لأحد عليه ، و قوله لك ولاؤه – أي نسبه. ويضيف أيضا الشيخ حماني (رحمه الله)أنه يمكن اليوم جعل العائلة ذات القلب الكبير الشامل لمئات الأسماء بل للآلاف. مثل القبيلة قديما نجد مثل القبائل ذات العدد الكبير، مثل مخزوم، وبني أمية مثلا إذا قيل عمار الخزومي فليس معنى ذلك أن بني مخزوم ولدوه، وهذا مثل الألقاب الحديثة في بلادنا فإذا انتسب المنتسب إليهم فقد يكون ابنهم

[1] سورة الأحزاب الآية 5 .

الصلبي، وقد يكون مجرد ولاء. أما التبني الممنوع فهو أن ينتسب الإنسان إلى ولد غيره إليه. ويترتب على هذه البنوة حقوق لا يستحقها، يحرم حلالا لم يحرمه الشارع ويحل حراما لم يحله [1].

و على خلاف هذه الفتوى، كان للدكتور فركوس رأي آخر يقضي بعدم جواز منح الكفيلاسمه العائلي للمكفول مجهول النسب، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني: الرأي المخالف للمرسوم التنفيذي رقم 24/92 بجواز منح اللقب للكافل:

يتمثل المرسوم رقم 157/71 المتعلق بتغيير اللقب ..... إلى المادة الأولى الفقرة الثانية تتعلق بإمكانية تغيير لقب الطفل مجهول الأب ، و إعطاءه لقب الكافل، وجاء يحمل قواعد إجرائية، وتطبيقه بهدف تنفيذ ما نصت عليه المادة 56 من قانون الحالة المدنية[2]. وبإصدار هذا المرسوم نجدرئيس الحكومة الأسبق أحمد غزالي تجاوز الإختصاص بمساس الهيئة التشريعية في إصدار الأوامر، لأن الدستور نص صراحة " أن المجلس الشعبي الوطني يشرع في مجال القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية، وقانون الأسرة، ولا سيما الزواج والطلاق والبنوة ." أي أن اختصاص المجلس الشعبي الوطني الذي يشرع في مجال القواعد العامة لتنظيم الأحوال الشخصي باعتباره من خصائص العائلة ومن مميزات الأسرة، وبالتالي لا يجوز إدخال أي شخص ضمن أسرة هو أجنبي عنها دون علمها ورضاها، هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإن المرسوم 157/71 يسمح بتغيير من كان له لقب معروف ومسجل في سجلات الحالة المدنية لسبب مشروع يطلب تغييره، بينما المرسوم محل بحث يسمح بتغيير من ليس له لقب أصلا، ولم يكن مسجلا في سجلات الحالة المدنية .

[1] فتوى الشيخ أحمد حماني ، وزارة الشؤون الدينية ،الجزء 1، المؤسسة الوطنية للشؤون المطبعية ، الجزائر ، 1993،ص 513-519 ، أنظر النص كاملا في الملحق رقم 1

[2] - كل شخص يتذرع بسبب معين لتغيير لقبه يمكن أن يرخص له بذلك ضمن الشروط التي تحدد بموجب مرسوم .

و منه يتضح أن اعتماد رئيس الحكومة الأسبق على نص المادة 116الدستور التي تمنح لرئيس الحكومة صلاحية إصدار المراسيم تنفيذية من أجل إنشاء قاعدة تشريعية[1] جديدة تغيير في نظر الأستاذ عبد العزيز أساسا خاطئا .إضافة إلى هذا يرى أن رئيس الحكومة الأسبق أنه تعدىلاختصاص المجلس الشعبي الوطني من خلال المادتين 4/81 – 116 من الدستور1989[2] اللتان تمنحان له فقط صلاحية إصدار نصوص تطبيقية لاحقة بقصد تنفيذ قواعد تشريعية سابقة، ولا تمنحان له صلاحية إصدار قواعد تشريعية أصلا.

أولا : مخالفة المرسوم مبادئ الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

يتبن كذلك من هذا المرسوم 24/92 أنه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية بالرجوع إلى الآية الخامسة من سورة

الأحزاب قَالَ تَعَالَى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٥﴾

و بالتالي لا يمكن أن ينسب الولد مجهول الأب إلى الكفيل في ما ورد في المرسوم محلالبحث. فالدعوى إلى الأب يعني انتسابهم إلى لقب آبائهم إذا كانوا معلومين، ومعروفين لديكم، وفي حالة لم يكن الأب الشرعي معلوم فلا ينسبون لأي احد. لأن اللقب في عرف الناس ، و في القانون يعني النسب، والنسب حق مكتسب بمجرد ثبوت الزواج الشرعي الصحيح. لكن هل أهملت الشريعة الإسلامية مجهولي الأب ؟ طبعا الجواب بالنفي لأن الشريعة الإسلامية ألزمت الناس على معاملتهم بالحسنى، والإخاء لهم في الدين، وموالاتهم، وعدم الصدود عنهم، وتجنبهم، وأوجب الإسلام كفالة هذه الفئة، وكذلك قانون الأسرة، ليقوموا برعايتهم، وتنشئتهم دون إلحاق نسبهم لأي شخص .

[1] سعد عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 167 .

[2] – مرسوم رئاسي رقم 89 –18 مؤرخ في 22 رجب عام 1409 الموافق 28 فيبراير ،جريدة الرسمية رقم 234

أما بالنسبة إلى القانون المدني نجد في المادة 28 تنص على أن يجبأن يكون لكل شخص لقب واسم أو أكثر، ولقب الأب يلحق أولاده. بمعنى أن كل جزائري يخضع لهذا القانون، وملزم أن يكون له لقب واسم، وأن لقب الأب يرثه اولاده، وينتقل عن أب عن جد، ولا يجوز له أن يحرمهم من استعماله أو يمنحه إلى غيرهم. وزيادة عن ذلك فإن المادة 48 من القانون المدني قد منحت الحق إلى كل من نازعه، أو تعدىالغير على لقبه أن يطلب من القضاء أن يتدخل لوقف هذا الإعتداء. ومعنى ذلك أنه يجوز لكل واحد من أفراد العائلةالإعتراض على منح لقبه من أحد أفراد الأسرة، إلى شخص لا ينسب إليهم وليس من أعضائها سواء كان معلوم، أو مجهول الأب، وفاقد اللقب [1].

_ ومن جهة بالنسبة إلى قانون الحالة المدنية الصادر بموجب الأمر رقم 20/70 فإن الفقرة الأخيرة من المادة 64 منه تنص على أن اللقيط، والطفل المولود من أب مجهول، يعرف أو يعينبعدد من الأسماء، يكون آخرها بمثابة لقب عائلي له[2]. فهنا يصطدم المرسوم التنفيذي بأحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية ، ومنه نستنتج أن هذا المرسوم يسبب تناقض بين قاعدة تشريعية سابقة، وقاعدة تنفيذية لاحقة .

ثانيا : خرق المرسوم لمبدأ تغيير أو تبديل اللقب

إن المقارنة البسيطة بين المرسوم رقم 157/71 [3]الذي عدله رئيس الحكومة وبين المرسوم24/92 تجعلنا نفهم سهولة أن الأول صدر عن رئيس الجمهورية بصفته رئيسا للحكومة بما له من سلطات وصلاحيات تنظيمية، وجاء لإنشاء قاعدة إجرائية بقصد إمكانية، وتسهيل تنفيذ قاعدة تشريعية سابقة كان يضمنها قانون الحالةالمدنية، ونصت المادة 56 منه على أن كلشخص يتذرع بسبب معين لتغيير لقبه، وليس اسمه يمكن أن يرخص له بذلك ضمن الشروط التي ستجدد المرسوم .

[1] عبد العزيز سعد ،مرجع سابق ، ص 168 .

[2]- المادة 64 من قانون الحالة المدنية السالف الذكر .

[3] المرسوم 71- 157 المؤرخ في 03-06-1971 المتعلق بتغيير اللقب ، الطبعة 1 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000 .

أما هذا المرسوم محل البحث والنقاش جاء لينشئ قاعدة تشريعية موازية، ولم يكن يقصد وضع قاعدة إجرائية لتنفيذ قاعدة تشريعية سابقة، وهذا ما يراه الأستاذ عبد العزيز سعد أنها نظرية خاطئة. هذا من جهة، من جهة أخرى ينص المرسوم على أنه: يجوز للكافل أن يتقدم بطلب تغيير لقب هكذا بالفرنسيةchangement de nomباسم هذا الولد، ولصالحه قصد مطابقة لقب الولد مع لقب الكافل، و أن تحليل هذا النص الذي يبدوا أنه كتب بالفرنسة، وترجم إلى العربية يوحي لنا أن هذا الطفل مجهول الأب يحملقبا معلوما، وأن مايلزم فعله بشأنه هو فقط تبديل وتغيير لقب هذا الطفل مجهول الأب بشكل ينسجم ويتطابق مع لقب الكفيل، والحقيقة على خلاف ذلك فالطفل المكفول المراد رعايته والإهتمام به عديم النسب، وعديم اللقب أيضا، ولا يتصور عقلا ولا قانونا أن يكون المكفول مجهول الأب، وفاقد اللقب، ويكون له في نفس الوقت لقب عائلي يمكن أن يغيره بشكل يتفق، ويتطابق مع لقب كافله الذي سماه النص على أنه وصي (Tuteur). فالمفقود والموجود لا يمكن أن يتطابقا أبدا، وأن الدعوة إلى تغيير المفقود بما يتطابق مع الموجود يعتبر ضربا من الخيال، والتصور وهو ما يشكل خطأ أيضا.

ثالثا : خرقه من حيث مبدأ النشر بعدتغيير اللقب

نص المرسوم 24/92 في المادة 5 مكرر 2 على انه في الحالة التي يكون فيها طلب التغيير، أو تبديل اللقب قد قدم ضمن إطار الفقرة الثانية منالمادة الأولى فإن هذا الطلب لا يكون محلا للنشر المشار إليه في المادة 3، وأن الأصح هو نص المادة 2 من المرسوم سالف الذكر[1] .

فمن خلال استقراء هذه النصوص ، نجد تناقض آخر أو كما يرى الأستاذ عبد العزيز سعد تستر، وإخفاء لعملية التغيير، إذ جاز أن يكون التغيير قانوني أصلا ، كما

[1]- المواد 5 مكرر 2 ، المادة 2 و المادة 3 من المرسوم التنفيذي 24/92 السالف الذكر .

لماذا يمنع نشره حتى يطلع على عامة الناس ويمنع بطريقة غير مباشرة كافة أفراد الأسرة الشركاء في القلب من فرصة العلم ؟[1]

و منه نستخلص أن هذا المرسوم تجاهل حق الإعتراض على منح لقب العائلة لشخص أجنبي عنها لمن له مصلحة مشروعة فيه [2]. فقد كان حق الإعتراضمضمونا بحكم المادة 3 من المرسوم 157/71 نفسه الذي تم تعديله من طرف رئيس الحكومة سرا. مع أن حق الإعتراض كان ومازال مضمونا بحكم المادة 48 من القانون المدنيمضمون أيضا بحماية المادة 247 من قانون العقوبات،علما أن دور الحكومة من حيث مبدأ الشفافية والصراحة في التعاطي مع مصالح الفرد داخل الدولة باعتبارها منبثقة عن الإرادة الشعبية [3].

كما أن هذا المرسوم 24/92 يثير عدة مسائل علمية من بينها إدراج من له مصلحة في تلك الدعوى القضائية المختصة لأجل الإعتراض على عملية المطالبة concordance كما تسمى في البحوث العلمية، والمراجع الفقهية، والمطالبة بإلغاء أمر رئيس المحكمة. فهذا الحق كفله نص المادة 48 من القانون المدني. وفي هذه الحالة يرى الأستاذ عبد العزيز سعدفي المسألة لم يبقى سوبإصدار مرسوم آخر تنفيذي، يعدل القانون المدني ويلغي هذه المادة، ثم إصدار مرسوم ثاني يعدل قانون الحالة المدنية، ويلغي نص المادة منه .

رابعا : خرقه من حيث الإعلان بعد تغيير اللقب

إن المرسوم 175/71 الذي حرف عن مضمونهوهدفه بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 24/92، حيث ينص في المادة 4 أنه إذا لم يحصل أي اعتراض من الغير أو حصل لكنه رفض، فإنه يمكن تغيير اللقب بموجب المرسوم سالف الذكر الصادر عن رئيس

[1] سعد عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 170 .

[2] بن عبيدة عبد الحفيظ ، الحالة المدنية و إجراءاتها في التشريع الجزائري ، دار هومة ، ص 58 .

[3] سعد عبد العزيز ،مرجع سابق، ص 170 .

الجمهورية[1]، ومع ذلك نجد في المادة 5 مكرر 1 من مرسوم 24/92 تنص على " يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب وجوب التسجيل والإشارة إلى ذلك على الهامش في سجلات الحالة المدنية، أما الفقرة 2 من نفس المادة مكرر فإنها تنص على أنه " يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة "، وبعد الإطلاع على مضمون المادتين 4-5 فقرة 2 يتبينلنا تناقض واضح بشأن الجهة المخولة لها الإعلانعن تغير، أو تبديل اللقب.

أما فيما يخص النظر في هذا الأمر فإنه يتم بناءا على التماس من وكيل الجمهورية، الذي يكونأخطر من وزير العدل.

خامسا : خرق المرسوم حق في النسب للأب الشرعي

عند الإطلاع على هذا المرسوم قد يبدوا بالنسبة إلى عامة الناس أن الدافع من صدوره دافع إنساني، القصد من ورائه حل مشكل قديم، وهو مشكل الأطفال الذين يولدون خارج العلاقة الزوجية الشرعية، إلا أن المشكل أصعب من أن يحل بهذه الطريقة (مرسوم 24/92) ولن يغير من الواقع شيء، فالمشكل الحقيقي لا يكمن في حاجة الطفل مجهول الأب إلى لقب مزيف كلقب كافله ، وإنما يكمن في حالة أن يقال له ابن محمد أو ابن حميد، وفي حاجة أن يكتب لقبه واسم أبيه الحقيقي في شهادة ميلاده كما فيالوثائق الإدارية، والدراسية التي يحملها، أما أن يمنح له لقب غير حقيقي، ويبقى مكان الأب الحقيقي فارغ، أو يكتب مجهول الأب فإن المرجو من هذا المرسوم لم يبلغ هدفه، وعليه فإن هذا المرسوم قد خلى من الحل، وكل من كان وراءه من قانونيين ومستشارين كان عليهم إيجاد مسببات هذا المشكل الخطير من تصدع اجتماعي، وانحراف أخلاقي، والبعد عن الوازعالديني، وكذا الجهل بأحكام الشرع ومبادئه. الأمر الذي أدى إلى انتشار علاقات غير شرعية نجم عنها ضحايا أطفال مجهولي الآباء .

[1]- المادة 4 من المرسوم التنفيذي 24/92 السالف الذكر .

و الغريب في تسمية النساء اللائي ارتكبن الفاحشة تسمية الأمهات العازبات، ولكن في الحقيقة الأمر هن زانيات لا يجب التغطية عليهن بهذا الإسم.

_ هذا التجاوز كان من الجانب الدستوري أما التجاوز الآخر الذي أحدثه المرسوم محل البحثكان من الجانب القانوني ، وفيهذا الصدد ترى الأستاذة زكية تيشوار بأن منح الإسم العائلي لمجهول النسب أي للمكفول هو تجني على هذا الإسم العائلي هذامن ناحية، ومن ناحية ثانية ترى أن هذا المرسوم أدى إلى اندثار الإسم[1].ومن الناحية القانونية هذا المرسوم جاء في حقيقة الأمر إقرار بالتبني بصفة خفية كون هذا الكافل يمنح اسمه للمكفول مع علم اليقين بأنه ليس من صلبه، وهذا النوع من التبني البسيط الذي تعرفه بعض التشريعات العربية كالقانون الفرنسي المادة 1/364 من القانون الفرنسي .

كما أن طلب تغيير اللقب المقدم لوزير العدل لا يكون محل نشر في هذه الحالة وهذا على خلاف ما نص عليه قانون الحالة المدنية(مرسوم 157/71 المؤرخ في 3 جوان 1971) .

وتعتبر الدكتورة تيشوار حميدو زكية أنه بصدور هذا المرسوم فإن القيمة القانونية، والإجتماعيةللإسم العائلي تكون قد اندثرت بفعل المادة 01 من المرسوم التنفيذي الصادر سنة 1992 التي نصت صراحة على مايلي: ... يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولد قاصر مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد، ولفائدته وذلك قصد مطابقة الولد المكفول بلقب الوصي عندما تكون أم الولد القاصر معلومة، وعلى قيد الحياة فينبغي موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب [2]"

كما ترى الدكتورة أن الشيء الذي لا يمكن تجاوزه ما يتعلق بمدى دستورية هذا النص إذ جاء في المادة 115 من الدستور 1989 الذي كان ساريا آنذاك على أن المجلس

[1] زكية حميدو تشوار، مرجع سابق ، ص 4 .

[2]- المادة 1 من المرسوم التنفيذي 24/92 السالف الذكر .

الشعبي الوطني يشرع في مجال القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية، وحق الأسرة لاسيما الزواج، والطلاق، والبنوة ..." المادة 122 من دستور 1996 وهنا نلاحظ عدم احترام مبدأ تدرج القوانين ودستورية النصوص القانونية عند وضع نص كهذا .

فالمرسوم لم يأتي مخالفا لنص المادة 46 من قانون الأسرة فحسب بل حتى للنصوص الدستورية، وكما هو الظاهر من هذا النص أن التغيير يتعلق بمجهول النسب وليس بمعلوم النسب [1]، ولا يهم أن يكون طفلا منتميا إلى أمه أو مجهول النسب تماما ففي كلتا الحالتين يتم الإستلحاق.

_ أما فيما يتعلق بالجانب الشرعي يرى بالدكتور(محمد فركوس) بعدم جواز منح الكفيل لقبه للمكفول، وقد استدل من خلال سؤال طرح عليه بالعديد من الآيات القرآنية والأحاديث الشريفة، وماهو أصل الفتوى كما وردت من موقعه على الأنترنت المؤرخة في 28 جمادى الأولى 1429 هـ الموافق ل 03 جوان 2008، محور السؤال يتعلقبزواج بنت من الأولاد الذين تقوم الدولة برعايتهم، ذلك بتسجيلها في الأحوال الشخصية المنسوبة لهما، وقد كبرت هذه البنت، ويقوم بخطبتها رجل يعلم حالها، فنرجو التوضيح ما يأتي منفصلا إن أمكن وبارك الله فيكم:

هل يجوز الزواج بهذه البنت المنسوبة لهذين الزوجين بالتبني ؟ وهل يجب أن يتبرأ من هذا التبني ؟ وهل يكفي التوبة من هذا التبني ؟ وتبرؤ من هذا التبني البنت والزوجان قلبا وأمام كل الناس- أم يجب السعي لدى المصالح الحكومية لإلغائه ؟ وكذا في حالة موافقة البنت على إلغاء هذا التبني لدى المصالح الحكومية، ورفض الزوجين سواء بحجة أنهما يحبان البنت، ويعتبرانها بنتا لهما، وأنهما يرفضان مصطلح التبني، وإنما لجئا لتسجيلها في الدفتر العائلي لما تفرضه القوانين على أخذ الأولاد، أو بحجة العراقيل الإدارية

[1] زكية حميدو تشوار، مرجع سابق .

لدى المحاكم؟ والله نسأل أن يجازيكم خير الجزاء، فكان الجواب بما يلي" الحمد لله رب العالمين ، و الصلاة والسلام على من أرسله الله رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه وإخوانه إلى يوم الدين. أما بعد:

فلا يصح لأحد أن يثبت نسبه لأحد بالتبني، لأن النظام كان معمولا به في الجاهلية وفي أول ظهور للإسلام ، و يرتبون عليه تحقق البنوة النسبية، وغيرها من الآثاروالإسلام نسخ نظام التبني وأبطل جميع آثاره

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿مَّا جَعَلَ ٱللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِى جَوْفِهِۦ ۚ وَمَا جَعَلَ أَزْوَٰجَكُمُ ٱلَّٰٓـِٔى تُظَٰهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَٰتِكُمْ ۚ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ﴿٤﴾﴾

فالكلام بالبيان لا يبدل الواقع ولا يغير الحقائق لا تجعل الداعي ولدا ولا الغريب قريبا ولا الأجنبي أصيلافالواجب نسبته إلى أبيه الحقيقي، إن علم، فإن تعذر معرفة ذلك فهو من الإخوان في الدين وموالي ، فالأخوة في الدين، والموالاة عوض عما فاته من النسب

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٥﴾﴾

هذا وإذا كان الإسلام حرم التبني، وأبطله، فإنه لم يحرم أهل الإستطاعة من القيام على شؤون اليتامى، واللقطاء، والأطفال مجهولي النسب، بتربيتهم والإحسان إليهم. بل ندب إلى التكفل بهم على وجه يصلح حالهم، برعايتهم جسميا، وتربيتهم دينيا، وخلقيا، حتى يكبروا ويرشدوا، وهو مأجور على إحسانه إليه وتربيته له، لكن لا يجوز شرعا أن يعطي له الكفيل لقب عائلته مهما كان عذر الكفيل، أو أضاف إلى عذره حجة الرحمة به، والشفقة عليه، والعطف على تربيته، أو لإشباع غريزة الأبوة والأمومة إذا كان الكفيل عقيما، أو زوجته عاقرا، فهذه الأسباب أو غيرها لا تجعل الدعي ولدا، ولا يترتب على التبني أحكام البنوة الحقيقية لما يخلفه من آثار سيئة كالكذب والزور، واختلاط الأنساب والتدليس فيها، وتغيير

قسمة المواريث على وجه يحرم المستحق، ويعطي غير المستحق، وتحليل الحرام في الخلوةوالتكشف وغيرها من الأعراض، وتحريم الحلال كنكاح الابن من الصلب بالبنت من التبني، أو العكس، ونحو ذلك من أسباب التعدي على حدود الشريعة، وانتهاك لحرمات الله عز وجل.

و في هذا المضمون من إحلال الغريب الأجنبي محل الولد القريب الأصيل، ونسبته إلى غير أبيه، ومواليه، تأتي أقوال النبي عليه الصلاة والسلام محذرة من هذه الكبيرة، ومنكرة للكذب والزور، ومحرمة لتجاوز حدود الله فيها، في قوله ﷺ: " من ادعى إلى غير أبيه _ وهو يعلم _ فالجنة عليه حرام " أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب غزوة الطائف: (3982)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم: (220)، من حديث سعد أبي وقاص، وأبي بكر رضي الله عنهما، وفي قوله ﷺ: " ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلم إلا كفر " (2- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب نسبة اليمن إلى إسماعيل (3317)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان حال ايمان من قال لأخيه: يا كافر: (217)، من حديث أبي ذر رضي الله عنه، وفي حديث آخر: " من ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله المتتابعة إلى يوم القيامة "

(3- أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب في الرجل ينتمي إلى غير مواليه: (5115)، من حديث أنس رضي الله عنه. والحديث صححه الألباني في صحيح الجامع: (5987)، وفي قوله ﷺ أيضا: " من ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا " (4 - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب فضل المدينة ودعاء النبي فيها البركة: (3327)، والترمذي في سننه، كتاب الولاء والهبة، باب ما جاء فيمن تولى غير مواليه: (2127)، وأحمد في مسنده: (616)، من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه) أي لا يقبل منه توبة ولا فدية (5- النهاية لابن أثير: (3/24))

هذا والواجب تعديل لقب البنت بالتبني وتغييره إلى أصلها، ونسبها الحقيقي، وذلك بالرجوع إلى سجلات بيوت الحضانة، والأيتام الحكومية، فإن كانت يتيمة مات عنها أبوها فإنها تنسب إليه، وإن ولدت من سفاح فإنها تنسب إلى أمها الواضعة لها، وعلى المتبني الكافل أن

يبذل قصارى جهده ليصحح خطأه إن استطاع إلى ذلك سبيلا، فإن تعذر لموانع قانونية، أو لأسباب إدارية، فإنه يختار لها إسما يناسبها كأمة الله، أو أمة الرحمان، ووجب عليها أن تتبرأ من انتسابها للمتبني مع اعترافها بالجميل والمعروف الذي بذله من أجلها، وبالمقابل يتبرأ من نسبتها إليه، ويتوب من صنيعه إذا كان يعلم الحكم وتعدى على حدود الله، والله تعالى يقبل التوبة من عباده، قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ قُلْ يَٰعِبَادِيَ ٱلَّذِينَ أَسْرَفُوا۟ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ لَا تَقْنَطُوا۟ مِن رَّحْمَةِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يَغْفِرُ ٱلذُّنُوبَ جَمِيعًا ۚ إِنَّهُۥ هُوَ ٱلْغَفُورُ ٱلرَّحِيمُ ﴿٥٣﴾ وَأَنِيبُوٓا۟ إِلَىٰ رَبِّكُمْ وَأَسْلِمُوا۟ لَهُۥ مِن قَبْلِ أَن يَأْتِيَكُمُ ٱلْعَذَابُ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ ﴿٥٤﴾ ﴾[1]

و يجوز الزواج بها ويتولى أمرها الحاكم، أو من يقوم مقامه، فإن تعذر فإمام راتب، وإلا فللكافل أن يتولى تزويجها مع مراعاة بقية شروط عقد الزواج .

و العلم عند الله تعالى، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وإخوانه إلى يوم الدين، وسلم تسليما [2].

[1] سورة الزمر ، الآية 53 .

[2] – أنظر صفحة د. فركوس محمد ، أستاذ بكلية الشريعة بجامعة الجزائر ، و ذلك على موقعه www. Ferkous.com

الخاتمة

الخاتمة

لابد من القول في الأخير أن رئيس الحكومة لم يصدر مرسوما وإنما أصدر قانونا، في حين أن هذا ليس من صميم صلاحياته، وإنما من صلاحيات المجلس الشعبي الوطني وهذا وفقا لنص المادة 2/115 من دستور 1989، حيث نصت على ما يلـي: " يشرع المجلس الشعبي الوطني في المجالات التي خولها إياه الدستور". ويدخل كذلك في مجالات القانونية المتعلقة بالقواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية، وحق الأسرة لا سيما الزواج والطلاق والبنوة، والأهلية والتركات).

لقد عبث رئيس الجهاز التنفيذي كذلك نص المادة 02/16 من دستور 1989 التي حددت مجال تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة، وبإصداره لهذا المرسوم يكون قد خرق القانون.

فرئيس الحكومة لم يطبق القانون تطبيقا صحيحا. حيث أصدر مرسوما تنفيذيا أجهض به نص قانوني ألا وهو نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري المصادق عليه من قبل المجلس الشعبي الوطني.

علما بأن هذا المرسوم يتطلب وفقا لنص المادة 5 مكرر 01 منه وضع إشارة مكفول على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية، إلا أن هذا التأشير على الهامش قد يزول لأي سبب إرادي أو لا إرادي من طرف موظفي البلديات المكلفين بإعداد نسخ من شهادات الميلاد وغيرها، فيصبح مجهول النسب عضوا كاملة الحقوق مثله مثل باقي أفراد العائلة، وهذا أمر في غاية الخطورة.

يتضح إذن بأن مشكلة الأبناء غير الشرعيين لا تعالج بهذه الحلول الترقيعية ولكن بالتصدي لها بحزم وذلك بإقرار نصوص قانونية رادعة.

من الملاحظ أن نص المادة 339من قانون العقوبات الجزائري يكفي لوحده أن يكون دافعا قويا لإنتشارظاهرة الأطفال مجهولي النسب، إذ أقرت المادة صراحة بمعاقبة الزاني أو الزانية بـ"...يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل إمرأة متزوجة ثبت إرتكابها جريمة الزنا ".

وتطبق العقوبة ذاتها على كل من إرتكب جريمة مع إمراءة يعلم أنها متزوجةويعاقب الزوج الذي إرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبيق العقوبة ذاتها على شريكته.

ولا تباشر إجراءات المتابعة من طرف النيابة أو جهة التحقيق إلا بناء على شكوى الزوج المتضرر وإن صفح هذا الأخير يضع حد لكل متابعة.

فهذه المادة بالإضافة إلى العقوبة البسيطة المقررة فيها سنة إلى سنتين، علقت مباشرة الدعوى العمومية على شكوى الزوج المتضرر. فإذاتنازل هذا الأخير يوضع حدا لهذه المتابعة. فالمشرع جعل هذه العقوبة حق فردي – شخصي – للزوج المتضرر، في حين أنه حق للمجتمع .

هذا فضلا على أن الفعل المقترف لا يعد جريمة زنا في نظر القانون إلا إذا كان أحد الطرفين أو كلاهما متزوج وهذا مناقض لما أقرته الشريعة الغراء أصلا.

إلى حين الفصل في مسألة الجواز في منح الإسم العائلي من الناحية الشرعية وتبنيها من الناحيةالقانونية، فإننا نرى وجوب تقديم بعض التوصيات خاصة بهذه الدراسة المتواضعة لمشكل أطفال مجهولي النسب وهي:

- التنصيص على حق المرأة في الكفالة .
- كذلك ضرورة موافقة زوج الكافل .
- النص على تحرير محضر أثناء الإستلام، وحضور كل الأطراف، والمحضر القضائي .
- النص على الفارق في السن بين الكافل، والمكفول .
- كذلك النص على إجراءات تسليم المكفول .
- النص على حالة الإنتقال إلى الورثة، يجب أن تكون أمام الجهات القضائية فقط .
- كذلك الأمر بالنسبة إلى عودة المكفول معلوم النسب إلى والديه، إذ يجب النص صراحة على الإجراءات التي يجب إتباعها من طرف المكفول في مثل هذه الحالة.
- و يجب النص في قانون الأسرة على الآثار المترتبة على الكفالة، وإمكانية تغيير لقب المكفول .
- كذلك النص على مسؤولية الكافل في نصوص القانون المدني صراحة .

تمت بحمد الله

الملاحق

نـموذج رقم (-01)

فتوى الشيخ أحمد حماني المتعلقة بإعطاء اللقب العائلي للطفل مجهول النسب

اثار الحوار الذي اجرته الشعب مع الاستاذ مولود قاسم نايت بلقاسم ومازال يثير كثيرا من الاسئلة والردود بعد ان ابدى مواقف وآراء من مسألة «تبني» الاطفال مجهولي الاباء .. ومقام الشيعة في المذهبية الاسلامية .. ودور المسجد .. واشياء اخرى .. وهذا رد وتعقيب من الشيخ احمد حماني يلقي فيه الضوء على كثير من الامور التي تحتاج الى ايضاح ..

بسم الله الرحمـن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله .

اولا : الخطاب لابي يوغورطة، ولغيره من الذين يعقلون .

اما الله سبحانه فانه يوصي المؤمنين بقوله : ﴿ولاتجادلوا أهل الكتاب الا بالتي هي أحسن﴾ ويقول : ﴿ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن﴾ ويقول : ﴿وقولوا للناس حسنا﴾ . واما رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه يقول : «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا او ليصمت» فالامر بقول الخير فان لم يكن فالصمت المطلق، وليس من الخير ان تشتم غيرك، ولا ان تقوله ما لم يقل، ولا ان تنشر البهتان عنه فان ذلك يدعو الى نشر الفاحشة في الذين أمنوا وقد نهى الله عن ذلك في قوله تعالى : ﴿إن الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة﴾ ، (النور الاية 19) واي فاحشة ان

يقال عن انسان انه يفتي بغيرما انزل الله فيحل ماحرم الله ويحرم ما احل الله ويعارض الآيات القرآنية فنسبة مثل هذا المقال لأي كان، حكم عليه بالكفر والارتداد، والشرك بالله، فاذا جاءنا قول من احد بذلك عن شخص مافمعناه انه حكم عليه بالارتداد والمسلم لايصح منه ان يفعل ذلك مادام مؤمنا بالله لأن الله يقول : ﴿ياأيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على مافعلتم نادمين﴾ . (سورة الحجرات الآية 6) والتبين المأمور به يوجب ان يقوم البرهان على صحة القول المنسوب .

ثانيا : انا لم افت بما يخالف قول الله في حكم معلوم من الدين بالضرورة، فاذا قيل ان قرارا صدر بناء على فتوى فلان فالواجب البرهنة على صدور هذه الفتوى والامضاء عليها وصحة كل قول فيها. وانا والحمد لله اصدر الفتاوي بامضائي وختمي، معللة مدللة معروضة لمن يحكم فيها من العلماء فاذا صدر قرار يخالف الحكم الشرعي، من اي وزير، او رئيس ، مستندا على قول منسوب الي فإنني لا أتحمل مسؤوليته، ان كان مخالفا للدين بمجرد نسبته الي حتى يتبين أنه نفس قولي فأنا اتحمل صوابه وخطأه واشكر الله على الصواب، واستغفره على الخطأ .

ثالثا : إنما ذكرت هذا انني استدعيت الى اجتماع في وزارة الشؤون الدينية استشرنا في مشكلة المنبوذين، وما يعانونه فأدلينا بمانعرف في احكام التبني ولم ينكر قولي احد لأن اقوال الحاضرين اقوال علماء من اشهر علماء الجزائر، واعرفهم بالاحكام، وبعد مدة طويلة اخبرت بان قرارا رسميا صدر في حكم التبني ونسب الي خاصة الافتاء بما جاء فيه، وهل صحيح ذلك ؟ وكان اول من القى السؤال صحافي من جريدة «المساء» ثم هتف الي الاستاذ محمد فارح من جريدة الشعب ـ التي يجب ان تكون جريدة الشعب حقا، فانها جريدة جبهة التحرير ـ يسألني ان اصدر بيانا في الموضوع فاصدرت هذا البيان دون ان اطلع على المرسوم الوزاري، تحت عنوان : «التبني الجاهلي الممنوع والانتساب الغير ممنوع» .

وهو بيان اتحدى به كل من يطلع عليه ان يناقشني الحساب اذا وجد فيه فسادا شرعيا وحكما بغير ماأنزل الله لكنني لااقبل الا اهل الاختصاص

من العلماء المحققين . اما قول العوام واشباه العوام فلا اعتبرهم في الميزان، والعامي في قول اهل الاصول من ليس له اختصاص وان كان استاذا كبيرا جدا في غير الاختصاص،فدكتور الدولة في الطب اذا لم يدرس الشريعة عامي فيها ، ودكتور الدولة في علم الجيولوجيا عامي في العلوم التي لايتقنها. وبهذا قال اهل الاصول فيمن له الحق في الاجتهاد. فلماذا نفتح ابواب الفقه والتشريع، وتفسير القرآن، وبيان الاحكام الدينية لكل من هب ودب يجتهد فيها، ويكفر من يشاء، ويحكم عليه بالردة .

وهذا القول الذي صدرمني، واعترف به، واتحدى به كل من يطلع عليه. جاء في قولي : «من المعلوم ان التبني من الاحكام الجاهلية التي كانت شائعة في العرب وغيرهم فابطلها الاسلام قولا وفعلا ، قرآنا وسنة ، فليس لأحد ان يشرع ما ابطله الله فان فعل ذلك كان فعله اشراكا بالله، لأنه شرع لهم ما لم يأذن به الله .

ومن المعلوم ايضا ان هذا التبني الباطل المبطل هو ان يعلن المرء امام الملأ ان (فلان الفلاني) ابنه ومنذ تلك اللحظة يصبح في اعين الناس ابنه، تجري عليه جميع احكام البنوة وينسب اليه فيقال (زيد بن عمرو) مثلا وليس بابنه،ويصبح وارثا له وان كان لاحق له في الميراث ، كما تحرم عليه زوجته لأنها امه وليست بأمه ، وتحرم عليه ابنته لأنها اخته وليست بأخته وهكذا سائر احكام القرابة .

كان هذا هو التبني الشائع عند العرب وقد اقره الاسلام في اول امره وتبنى رسول الله (ص) زيد بن حارثة فكان يدعى«زيد بن محمد»، كما تبنى الاسود المقداد فكان يقال له «المقداد بن الاسود» وانما ابوه اسمه عمرو، وتبنى ابو حذيفة سالما، فكان يقال له : سالم ابن ابي حذيفة ، فلما ابطل الاسلام هذا الزور بقوله : ﴿وما جعل أدعياءكم أبناءكم﴾ ، وبقوله : ﴿أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم﴾،بطل.فهذا،الابطال القولي ، واما الابطال الفعلي فقد امر الله رسوله ان يتزوج زينب بنت جحش وكانت من قبل حليلة زيد ـ وهو ابنه بالتبني-وخشي رسول الله مقالة المشنعين من المشركين والمنافقين فقال له ربه : ﴿وتخشى الناس والله احق ان تخشاه﴾ وهكذا ابطل التبني ابطالا

قويا بالقول والفعل لأنه زور يوجب حقوقا لاتجب ويحرم اشياءلا تحرم والتحريم والتحليل لايكون الا لله . ومن ذلك اليوم نسب زيد لابيه فقيل (زيد بن حارثة) ونسب المقداد الى ابيه فقيل (المقداد بن عمرو) ، وان اشتهر بالنسبتين ولقب سالم بلقب (سالم مولى ابي حذيفة) ومثلهم غيرهم. فالصحابة كانوا اسرع الناس لامتثال امر الله الذي قال : ﴿أدعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم﴾ وهكذا كان امر المسلمين طيلة أيام حكمهم وعلم من امرهم ألا يحتقر احد بنسبه، ولايسمو بحسبه، وانما يكون كل ذلك بالاعمال، كما حكم الله سبحانه وتعالى في قوله : ﴿ان اكرمكم عند الله أتقاكم﴾ (هذا قولي في التبني عامة) لمن عرف ابوه المولود على فراشه ولمن جهل وكان من المنبوذين . واما المنبوذون الذين هم موضوع السؤال فقد قلت فيهم مانصه بالحرف : «ثم جاءنا عهد الحضارة الغربية والغزو الاستعماري فغرس فينا قيما جديدة واحيا عهودا جاهلية اندثرت ونشر فضائل في زعمه هي عين الرذيلة اوحماية لها وزينها في اعين الناس فرأوها زينا وهي شين . من هذه البلايا انه احيا «التبني» الجاهلي كما كان عند الجاهلية تماما بل اكثر منه ، وفتح للناس ابواب ملاجيء اللقطاء بحيث يذهب من يريد (ابنا) وعجز عن ولادته ويأتي من هؤلاء المنبوذين فيلحقه بنسبه ويخول له كل حقوق البنوة ويعطي لنفسه كل حقوق الابوة ويزين له الشيطان انه احسن صنعا بحماية هذا الصغير من عقدة النقص ويجد محامين عن هؤلاء اللقطاء يدعون الرحمة اكثر من رحمة الله بأولئك الصغار البرآء .

ومايدري هؤلاء بان الله ارحم بعباده منهم بهم، وقد شرع الاسلام احكاما واضحة جعلها للمنبوذ ـ كما يسمى عندهم ـ وضمن له الرعاية، والحماية، والحرية، والنشأة الكاملة والمثالية ويسر له ان يعيش كريما مضمونا من دولة المسلمين، ولم يمنع الناس من اخذ المنبوذ وتربيته في العائلة كأحد ابنائها ـ دون ان تكون له بنوة ، بل ضمن له ما قاله عمر لجندي وجد منبوذا ـ كما في الموطأ ـ «ما هذا ؟» فقال : «صبي وجدته في الطريق» فقال عريفه وهو حاضر بمجلس عمر «إنه رجل صالح يا أمير المؤمنين» فقال امير المؤمنين «أهو كذلك» ؟ ثم وجه اليه الكلام وقال له عن

الصبي : «خذه اليك فهو حر وعلينا نفقته ولك ولاؤه» فالمربي للمنبوذ معفى من النفقة والتربية، اذ يتكفل بهما بيت المال، ولكن له ولاء اللقيط، اي انتسابه على خلاف بين العلماء أهو له ام للمسلمين . بعض العلماء يقول يختص مربيه بولائه ، وبعضهم يقول بل يكون عاما لجميع المسلمين . فمثل هذه المعاملة السامية افضل من ان يعيش الصغير على نسب مغشوش مزور اذا اكتشفه من بعد كان وقعه عليه اعظم مع مايسببه للآخرين، من حرمان، ومع ما يحرمه عليه من حلال .

وقول عمر ابن الخطاب (ولك ولاؤه) يفتح باب صحة الانتساب بالولاء فأي جزء من هذا الكلام ينكره القوم ؟ أليس هذا هو حكم الاسلام، واي جزء يؤاخذنا به أبو يوغورطة ويكاد يخرج عن طوره، فيصدر علينا مثل هذا الحكم أليس مستنبطا من نفس ابطال التبني لكل من يفهم القرآن فالله سبحانه لم يؤاخذ اللقيط بما فعله أبواه ولم يكتب عليه ان يعلن لكل الناس انه لقيط بأن يكتب فوق جبينه : «هذا لقيط»، بل انه جعل له الحق في نسبة يرجع اليها فهو اخ لنا في الدين، وهذا يشمل الاخوة العامة والاخوة لاحدهم، فردا او قبيلة، او يكون مولى،وهذا شامل ان يكون مولى لأحدهم او لجماعة منهم او لجميع المسلمين قال تعالى : ﴿فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم﴾ وهذا معنى قول عمر في قوله : هو حر لاعبودية لأحد عليه وقوله «ولك ولاؤه» اي ينتسب اليك، كما ينتسب الولي فليزمك عقله ولك ارثه ان مات وكل مايلزمه الولاء وقد قلنا ان العلماء منهم من يجعل ذلك لبيت مال المسلمين ورأي عمر اجدر لأنه من الخلفاء الراشدين وكان معهودا في العرب قبل الاسلام وبعد الاسلام وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام «مولى القوم منهم» والمولى من معاينة .

والمولى في اللغة النصير وابن العم والعتيق ثم توسع فيه فشمل انواعا اخرى منهم الحليف ومنهم الذي اسلم على يده كما قلت في البيان ان يكون الشخص عبدا مملوكا فيأتي احدهم ويعتقه فينتسب اليه ويقال فيه : مولى فلان ويعد في عائلته فبلال الحبشي اعتقه ابو بكر ولهذا يعد بلال في رجالات قريش من بني تيم قبيلة ابي بكر ويقال فيه : (بل تيمي، قريشي بالولاء) .

وابلغ من ذلك ان موالي رسول الله معدودون في آل البيت وتحرم عليهم

الصدقة وقد أراد قوم من عائشة رضي الله عنها ان يكون لهم ولاء بريرة فأبى رسول الله ورفض شرطهم، وخاطب المسلمين : ان الولاء لمن اعتق وهكذا جرى المسلمون وكان عمار بن ياسر من موالي بني مخزوم فهو قرشي مخزومي وكثيرا مانجد في عظماء المسلمين من يقال فيه فلان من بني فلان صلبية اي من انفسهم او منهم بالولاء وقد ينتسب اليهم بالحلف كما اذا حالف احد ابناء القبيلة فيحسب منها وينتسب اليها لمجرد الحلف فيحسب من قريش وماهو في الاصل من قريش بل انه مشهور الى غيرهم فليس هذا ممنوعا ولاباطلا وقد توسعوا الى اكثر من ذلك فصار بعض الاعاجم اذا دخل الاسلام على يد رجل عربي انتسب الى قبيلته ومن امثلة ذلك عالم الاندلس الكبير (يحيى بن يحيى الليثي) نسب الى بني ليث وهي قبيلة عربية لأن جده اسلم على يد احدهم فانتسب فيهم وان كانت قبيلته في البربر شهيرة غير مغمورة وهي قبيلة (مصمودة) ولهذا انتسب اليها ايضا .

ومن أولئك الابرار محمد بن اسماعيل البخاري رجل الحديث العظيم اسلم جده الاعجمي على يد احد رجال اليمن فانتسب الى قبيلته فقيل فيه الجعفي وهذا كثير جدا غير منكور فالانتساب الى القبيلة قد يكون بالاصالة فيقال فيه : منهم صلبية وقد يقولون منهم بالولاء واذا كانوا قد أعتقوه أو أعتقوا اباه او جده ، وقد يكون منهم بالحلف اذا كان حليفا لهم او جده حليفا لهم وقد يكون منهم بمجرد انه اسلم او جده اسلم على يد احدهم، ومثل هذه النسبة صحيحة سليمة لأنها جارية على القواعد في الانتساب ولازور فيها ولافجور . ولعل ابا يوغورطة انكر الجزء الباقي من قولنا واستضعفه ، وهو ما جاء في قولي : «وفي رأيي انه يمكن اليوم جعل العائلة ذات اللقب الكبير الشامل لمئات الاسماء بل للآلاف مثل القبيلة قديما مثل قبائل الانتساب الى المدينة او الجهة واسع لاغبار عليه . ولاشك ان بعض القبائل كانت ذات عدد كبير مثل مخزوم وبني امية وبعضها كانت دونها مثل تيم واذا قيل في عمار : (مخزومي) فليس معنى هذا ان بني مخزوم ولدوه واذا قيل : ان بلالا تيمي فليس معنى هذا ان بني تيم ولدوه وهذا شأن الالقاب الحديثة في بلادنا فاذا انتسب المنتسب اليهم فقد يكون ابنهم صلبية وقد يكون مجرد ولاء .

اما الشيء الممنوع بتاتا في التبني فهو ان يجعل للطفل أب لم يلده أو أم لم تلده ، وان يترتب على هذه البنوة والامومة حقوق لايستحقها يحرم حلالا لم يحرمه الشارع ويحل حراما لم يحله وحتى لو اخترع للقيط اسم اب خيالي يصدق عليه انه إبن عبد الله أو عبيد الله والعاصي او اسم أم ، ابن العاصية او ابن امة الله فاني لاأرى بأسا بهذا الخيال ما لم يضر باحد او يوهم بأنه ابنه فاذا ساعد مثل هذا الخيال دون مضرة باحد ولاتحليل حرام او تحريم حلال فأي مضرة في ذلك وهذا ماكنت سئلت عنه فاجبت بالفحوى وكلامي معروض لذوي العلم ومن رأى غيره فليدل بحجة وحسبنا الله ونعم الوكيل .

وليعلم من لايعلم ان هناك فرقا واضحا بين الفتوى التي يجب ان تطابق حكم الله اذا صدرت ولو عن مجتهد بلغ درجة الاجتهاد وبين من صرح فيه انه مجرد رأي وخصوصا ممن يبلغ درجة الاجتهاد ثم انه قد صدر منا قبل هذا اليوم بمناسبة زلزال الاصنام قول لاننكره ونعتز به وقد نشرته جريدة العقيدة مشكورة واقتنعت به وبالتوضيح مشكورة .

1992/02/22

ملحق : ابويوغرطة هو المرحوم مولود قاسم ، وقد ثار ثورة عنيفة لما بلغه نسبة الفتوى كما في المرسوم إليّ ، فوجهت إليه الخطاب لأصحح له انني بريىء مما نسب إلي لعلمي انه عالم مفكر صحيح الادراك وقد كان رجلا كاملا فطنا غيورا حريا ان يقتنع ، وقد تلاقينا من بعد فلم نفهم منه انكارا علينا كما كان من قبل بل تفهما . أما غير العقلاء فانهم داموا على سخطهم وحملوا الكلام ما لا يحتمل وان كانوا مع الاسف يحملون ألقابا علمية ضخمة ويحتلون مناصب مسؤولة ولهذا نبهت في أول كلامي ان الخطاب للعقلاء .

نـموذج رقم (02)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العمل والحماية الاجتماعية

مديرية المساعدة والنشاط الاجتماعي.

وزارة العمل والحماية الاجتماعية

مديري النشاط الاجتماعي

لولاية .....

محضر التخلي

سنة ..... الألفين وفي ..... من ..... شهر .....

ب ..... الساعة ..... الدقيقة ..... من ..... طرف .....

أمام ..... نحن المكلف بمكتب التخلي عنهم ب ..... المفتوح

تقدم أمامنا السيد (ة) .....

الاسم .....

اللقب .....

ب .....

المولود ..... في

ولاية .....

الجنسية .....

رقم بطاقة الهوية .....

المستوى التعليمي:

- ابتدائي .....

- ثانوي .....

- جامعي .....

- بدون مستوى تعليمي .....

الوضعية الاجتماعية:

- عزباء .....- مطلقة .....

- المهنة .....

- .....

- بدون مهنة .....

- الساكنة بـ .....

صرحت لنا برغبتها في التخلي عن طفلها من جنس .....

المولود (ة) في بمصلحة الأمومة ل:

.....

ولاية .....

العنوان .....

مصرح به في الحالة المدنية اسم ولقب

.....

غير مصرح به في الحالة المدنية

.....

تصرح بأنها منحت اسمها للطفل .....

.....

- ما هي الأسباب المصرح عنها أو المتوقعة للتخلي؟ .....

.....

التفصيل .....

.....

الإشارة إذا كان الطفل بحوزتها أشياء خاصة به.

I- معلومات خاصة بالطفل:

الحالة الصحية: (المظهر العام) **(2)** الوزن .....

.....

- هل تم التعريف عليه من طرف الأم .....

.....

- هل تم التعريف عليه من طرف الأب .....

.....

- هل تم التعريف عليه من طرف الأب والأم

.....

- أين عاش الطفل منذ ولادته؟

.....

II- معلومات حول الحالة الصحية للأم: .....

.....

.....

III- معلومات أخرى ضرورية

.....

.....

IV- معلومات حول الأب:

.....

معلومات حول حالته الصحية:

.....

.....

هل يعلم الأب بودود الطفل؟

إذا كان الجواب نعم، هل يعلم بهذا الإجراء؟

- ما هو رأيه؟ .....

1) يسمح محضر التخلي النهائي بوضع الطفل مباشرة في الوسط العائلي.

2) يحدد محضر التخلي المؤقت فترة التفكير بشهر واحد، قابل لتجديد لمدة شهرين إثنين، عند انتهاء مدة التفكير المحددة بثلاث أشهر، يوضع الطفل مباشرة في الوسط العائلي.

3) إن قرار التخلي، يعني الانقطاع النهائي والكلي لكل الروابط التي تربط الأم بالطفل، وفقدانها جميع الحقوق عليه، والسرية التامة الخاصة بوضعه في العائلة.

4) تصبوا المعلومات المطلوبة لصالح الطفل فقط ولن يسمح باستعمالها ضد الأم كما يضمن لها السرية التامة فيما يخص المعلومات المقدمة.

إمضاء الأم المتخلية عن الطفل

إمضاء الشخص المكلف مكتب التخلي عنهم (التوقيع، ختم واضح للمؤسسة)

إمضاء الشخص الذي تقدم بالطفل للمؤسسة

نموذج رقم (03)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مديرية الشؤون المدنية **أدرار في:** .....

الموضوع: طلب تغيير لقب مكفول

- اسم الكفيل:.....
- اسم المكفول: .....
- الوثائق المرفقة: .....

تطبيقا للمرسوم التنفيذي **24/92** المؤرخ في **1992/01/15** المتمم للمرسوم رقم **157/71** لاسيما المادتين: **1 / 2** و **5** مكرر الفقرتين **2 و 3** منهما.

يرجى منكم إحالة هذا الطلب على وكيل الجمهورية مكان ولادة المكفول: .....

التابع لدائرة مجلسكم الذي يقوم على عجل بالتماس من السيد رئيس محكمة: ..... استصدار أمر بتغيير لقب المكفول: ..... المولود بتاريخ .....

إلى: ..... خلال (**30**) يوماً من تاريخ هذا الإخطار والسهر على تنفيذ الأمر بسجلات الحالة المدنية وإخطاري بالنتيجة النائية.

وزير العدل

نموذجرقم (04)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

-عريضة بتغيير لقب-

وزارة العدل

مجلس قضاء أدرار

محكمة أدرار

عريضة رقم

قرار رقم:

نحن وكيل الجمهورية لدى محكمة.....

بعد الإطلاع على الإخطار الموجه من طرف السيد وزير العدل، حافظ الأختام بواسطة

السيد المدير الفرعي للأعوان القضائيين المؤرخ في:.....

بعد الإطلاع على الأوراق والمستندات المرفقة بالطلب المقدم من طرف.....المقيم.....

والذي يرغب في تغيير لقب مكفوله المدعو/.....المولود بتاريخ:.....

بعد الإطلاع على المواد: **1،2**، و**2** مكرر من المرسوم رقم **157/71** المؤرخ: **1971/06/08** المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم **92/24** المؤرخ في **15** جانفي **1992**. والمتعلق بتغيير اللقب.

نلتمس من السيد رئيس المحكمة

– أن يأمر بتغيير لقب المدعو/ من.....إلى.....والباقي بدون تغيير.

– وأن يأمر بتسجيل هذا الأمر وأن يؤشر به على هامش العقد المذكور وكذلك بالسجل المحفوظ بمقر بلدية.....كما بالمودعلدى كتابه الضبط بمجلس القضاء.....

وأن يأمر بألا يجري تسليم نسخة من العقد المذكورة إلا مع التصحيح المأمور به.

حرر بأدرار

وكيل الجمهورية

-أمر-

نحن رئيس محكمة:.....

بعد الإطلاع على العريضة السابقة والمستندات المؤيدة لها.

– نأمر بأن عقد ميلاد المدعو/.....المحرر ببلدية: .....

– تحت رقم يصحح بحيث يبين فيه أن صاحب الشأن:.....بدلا من:.....

نأمر بتسجيل وتنفيذ هذا الأمر الحالي على هامش العقد المعدل وكذلك بالسجل المحفوظ بمقر بلدية: ..... مع الإشارة إلى أن المعني (مكفول) كما بالمودعة بكتابة الضبط بمجلس القضاء:.....

ونأمر بألا يجري تسليم صورة من العقد المذكور إلا مع التصحيح المأمور به.

حرر بأدرار

رئيس المحكمة

نموذج (05)

عقد كفالة

أمام الأستاذ ..... الموثق ب .....

حضـر

1) السيد مهنته ..... الساكن ب .....

المولد ب ..... في .....

2) السيدة ..... مهنتها: .....

زوجته الساكنة معه بنفس العنوان.

المولد بـ ..... في .....

الثابت تزويجها بعقد: .....

من جهة أولى

1) السيد مهنته .....

الساكن ب ..... المولد ب ..... في .....

2) السيدة ..... مهنتها: .....

زوجته الساكنة معه بنفس العنوان.

المولد بـ ..... في .....

الثابت تزويجها بعقد: .....

من جهة أخرى

وأشهد الأولان على نفسيهما وهما في حالتي الطوع والاختيار من أمرهما انهما صرحا بموجب هذا العقد وطبقا لأحكام المواد **116** إلى **125** من قانون الأسرة.

أنهما أسندا كفالة ابنهما القاصر المسمى:

المولود بـ ..... في .....

إلى المصاحبين لهما فلان وزوجته فلانة المذكورين أعلاه، وسلما لهما ليبقى في كفالتهما إلى بلوغه سن الرشد دون الرجوع عليهما مستقبلاً، وخولا لهما قبض ما يستحق للولد المكفول منحة كانت أو غيرها والسفر به خارج التراب الوطني والقيام بجميع شؤونه من تربية وتعليم وعلاج. كفالة أقاماهما بها مقامهما وأنزلاهما منزلتهما في حق الولد المذكور من جلب المنفعة له ودفع المضرة عنه، حيث إلتزم الكافلان لأن يعيش هذا الولد في كنفهما وتحت سقفهما وعلى مائدتهما من خالص مالهما كل منهما في ميدان اختصاصه دون مطالبة والديه بأية تعويضات كانت.

كفالة تامة بمحضر الشاهدين المعرفين هما:

1) السيد: ..... مهنته: .....

الساكن بـ: ..... المولود بـ: ..... في: .....

1) السيد: ..... مهنته: ..... الساكن بـ: .....

..... المولود بـ: ..... في: .....

التسجيـل

تؤدى حقوق التسجيل بإلصاق طوابع منقولة طبقا للمادة **208** من قانون التسجيل المعدل

إثباتا لما ذكر

حرر بمكتب الموثق الموقع أدناه

سنة .....

وفي .....

وبعد التلاوة وقع الحاضرون مع الموثق

تنبيـه

يسجل هذا العقد بمكتب التسجيل

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

القرآن الكريم

المراجع العامة :

1- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، الجزء الثاني ، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر .

2-فريدة محمديزواوي،مدخلإلىالعلومالقانونية،طبعةالمؤسسةالوطنيةللفنونالمطبعية،الجزائر، 2002 .

3- محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2004 .

4- محمد سعيد جعفور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، الجزء الثاني ، دروس في نظرية الحق ، دار هومة للطباعة .

المراجع الخاصة :

5-الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، 2015 .

6- بلحاج العربي ، أحكام الزواج و الطلاق في ضوء قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للتوزيع و النشر ، الأردن ، 2001 .

7-بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، الجزء الثاني ، الميراث و الوصية ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004 .

8-بن عبيدة عبد الحفيظ ، الحالة المدنية و إجراءاها في التشريع الجزائري ، هومة، للنشر .

9-حسين بن الشيخ آث ملويا ، المتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومة للطباعة ، الجزء الأول ، 2011 .

10- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر الطبيعي ، مدينة النصر ، القاهرة ، الطبعة الثانية .

11- يوسف دلاندة ، قانون الأسرة مدعم بأحدث المبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2004 .

المراجع الفقهية :

12-زهيةسييوسف،عقدالكفالة،دارالأمل ' تيزيوزو .

13-عبد الرحمان الثعالبي ، الجواهر الحسان في تفسير القرآن ، الطباعة الشعبية للجيش ، الجزء الأول ، 2007 ، صدر هذا الكتاب عن وزارة الثقافة بمناسبة الجزائر عاصمة الثقافة العربية .

14-عبد الرحمان الثعالبي ، الجواهر الحسان في تفسير القرآن ، الطباعة الشعبية للجيش ، الجزء الثاني ، 2007 ، صدر هذا الكتاب عن وزارة الثقافة بمناسبة الجزائر عاصمة الثقافة العربية .

15–علي محمد عبد الحفيظ السيد ، الكفالة و تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، 2008 .

16–محمد مصطفى بن شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطبعة الرابعة ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، لبنان .

17–نبيلصقر،تصفرفاتالمريضمرضالموت،دارالهدىللنشروالطباعةوالتوزيع،الجزائر 2008 .

18–وهبةالزحيلي،الفقهالإسلاميوأدلته،الجزءالخامس،دارالفكر،دمشق

المعاجم :

19– سعدي أبو حبيب ، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر، 2009 .

المذكرات :

20–بودومي عبد الرحمان ، التبني و الكفالة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق ، قسم القانون الخاص ، 2015،2016 .

21-بليلصبرينةوشعليلنعيمة،عقدالكفالةفيقانونا لأسرةالجزائري،مذكرةلنيلشهادةالماسترفيالحقوق،شعبةالقانونالخاص،تخصصالقانونالخاصالشامل.

22-بنعصمانسرينايناس،مصلحةالطفلفيالقانونالجزائري،مذكرةلنيلشهادةالماجستير،جامعةأبيبكر بلقايد،تلمسان، 2008 ، 2009 .

23-صفية الوناس حسين ، مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي و التشريع الوضعي ، قسم الفقه و أصوله ، كلية العلوم الإسلامية ، خروبة ، الجزائر .

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

25-عقيلة بوعشة ، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية ، مذكرة نهاية التكوين ، 2001، 2004 .

26-

علالآمال،التبنيوالكفالةدراسةمقارنةبينالشريعةالإسلاميةوالقانونالوضعي،مذكرةلنيلشهادةالماجستيرفيالحقوق،جامعةأبوبكربلقايد،تلمسان، 2008 ، 2009 .

27-محمد واصل ، الحقوق اللازمة للشخص الطبيعي ، رسالة دكتوراه ، 1995 ، دار الطبع ، نبراس الخدمات الطلابية ، جامعة دمشق ، منشور على شكل كتاب من طرف دار الجاحظ للطباعة و النشر .

المجلات القضائية :

-28

تشوارزكية،مجلةالعلومالقانونيةوالإداريةوالسياسية،كليةالحقوق،جامعةأبيبكربلقايد،تلمسان ،ردمك 1112- 4334- 06 ،سنة 2008 .

29-فريدة زواوي ، مدى تعارض المرسوم التنفيذي رقم 92 -24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، مجلة قضائية لسنة 2000.

القوانين و الأوامر التنفيذية :

30-القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .

31-القانون رقم 16-01 مؤرخ في جمادى الأولى عام 1437 الموافق ل 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري .

32-الأمر رقم 70 -86 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية معدل و متمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 .

33-الأمر رقم 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق ل 30 ديسمبر سنة 2015 يعدل و يتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات .

34-الأمر 96-17 المؤرخ في 1996/07/06 يعدل و يتمم القانون 83-11 .

35–الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني .

36–القانون رقم 08–09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

37–الأمر الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 22 رجب 1409 الموافق ل 28 فبراير 1989 ، الجريدة الرسمية .

38–القانون 02/06 المؤرخ في 20 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق .

المراسيم التنفيذية :

39–المرسوم 71–157 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2000 .

40–المرسوم التنفيذي رقم 92–24 المعدل و المتمم للمرسوم 71–157 المتعلق بتغيير اللقب .

المواقع الإلكترونية و الجرائد :

41– http :// facebook.com/carrefour des étudiants . samedi 26 mars 2016 .

42–أبو داود كتاب الوصايا ، باب متى ينقطع اليتم منشور على الموقع الإلكتروني waqufea . com / book .php .

43–جريدة الأهرام ، الصفحة الإلكترونية الصادرة في 28 –07– 2012، منشورة على الموقع https:// digital . ahram . org . eg / youm.

44 – د.فركوس محمد ، أستاذ بكلية الشريعة ، بجامعة الجزائر و ذلك على الموقع www.ferkous.com

القرارات :

45 – قرار رقم 33921 الصادر بتاريخ 1984/07/09 ، مجلة قضائية ، العدد الرابع ، سنة 1989 .

46 – قرار المحكمة العليا رقم 56336 .