

التعارض بين الأحكام الوضعية والأحكام الشرعية الإسلامية في سائلتي (التبني) وال Kafala

*The Contradiction between positive Law and Islamic Chariaa about adoption and kafala*الدكتورة سميرة كمال^{1*}

كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر حقوق الإنسان والحريات الأساسية، تلمسان، الجزائر

kamelsoumia1@gmail.com

القبول: 2024/09/22

الاستلام: 2024/09/17

Abstract:

Islamic charia is an essential source for personal status matters and it prevents adoption but civil law opposes this about applicable law in international relationships.

In another text, law authorizes changing family name for a child who he is unknown parentage and it opposes Islamic charia.

Keywords:

Adoption, applicable law, changing family name, Islamic charia, contradiction.

ملخص:

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدر جوهري لمسائل الأحوال الشخصية وهي تمنع التبني لكن القانون المدني يعارض ذلك في مسألة القانون المطبق على العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، هذا من جهة ومن جهة أخرى أباح القانون تغيير لقب الطفل المكفول المجهول النسب لي مطابق لقب الكافل وهو ما يعارض الأحكام الشرعية.

الكلمات المفتاحية:

التبني، القانون المطبق، تغيير لقب المكفول، الشريعة الإسلامية، التعارض.

مقدمة:

وفقا لقانون الأسرة الجزائري المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية يمنع التبني شرعا وقانونا حسب المادة 46 لكن القانون المدني تطرق لمسألة القانون الواجب التطبيق على التبني إذا كانت العلاقة مشتملة على عنصر أجنبي حسب المادة 13 مكرر 1 وفي نفس الوقت يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة حسب المادة 24 وهذا ما يشكل تعارضا بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، ويتضمن المرسوم التنفيذي رقم 223/20 إمكانية تغيير لقب الطفل المكفول المجهول النسب بطلب من الكافل لي مطابق لقبه وهو ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

من ناحية الصياغة القانونية يعتبر التعارض بين النصوص حالة اصطدام نص مع نص آخر بحيث لا يمكن الجمع بينهما، وهذا ما يؤدي إلى التباس وغموض في موقف المشرع الجزائري في مسألتَي التبني والكفالة، فمن جهة التبني ممنوع لكن يسمح به في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، ومن جهة أخرى يسمح للكافل أن يغير لقب الطفل المكفول وهذا ما يجعله يقترب من التبني البسيط.

تكمن أهمية الدراسة في معاينة التعارض ومحاولة تفسيره بين الأحكام الوضعية المتمثلة في القانون المدني وقانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية.

الموضوع فقهي قانوني موضوعي يطرح الإشكالات التالية:

كيف يبرز التعارض بين أحكام القانون المدني وأحكام الشريعة الإسلامية في مسألة التبني في العلاقات الخاصة الدولية؟

كيف يبرز التعارض بين مسألة تغيير لقب الطفل المكفول مجهول النسب لي مطابق لقب الكافل وأحكام الشريعة الإسلامية؟

كيف يمكن تفسير هذا التعارض؟

- يتم تقسيم الدراسة والإجابة على الإشكالات المطروحة وفق مبحثين الأول يتضمن التعارض بين أحكام القانون المدني وأحكام الشريعة الإسلامية في مسألة التبني، والمبحث الثاني يتطرق إلى التعارض بين أحكام المرسوم التنفيذي 223/20 وأحكام الشريعة الإسلامية في مسألة تغيير لقب المكفول.

المبحث الأول: التعارض بين أحكام القانون المدني وأحكام الشريعة الإسلامية في مسألة التبني.

تضمن القانون المدني في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول مسألة تنازع القوانين من حيث المكان في المواد من 9 إلى 24، وبموجب التعديل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 تضمن المادة 13 مكرر المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني.

ومن خلال الفقرة الثانية من هذه المادة يسري على صحة التبني قانون جنسية كل من المتبني والمتبني وقت إجرائه، ويسري على آثاره قانون جنسية المتبني.

وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولقانون الأسرة التبني ممنوع (المادة 46 من قانون الأسرة) وهو أن يتخذ الشخص شخصا آخر إنا له سواء أكان المتبني معلوم النسب أو مجهوله ويترتب عليه أن يتمتع بكل الحقوق التي يتمتع به الإبن كالنسب والميراث.

كان نظام التبني معروفا في الجاهلية واستمر مدة بعد الإسلام إلى أن حرّمه الله تعالى في سورة الأحزاب الآية 5 بقوله: "أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله" نظرا لما يترتب عليه من تزوير للنسب وإخلال بمبدأ العدل بين الأبناء الشرعيين وإدخال شخص غريب إلى العائلة الذي يؤدي إلى مفسد أخلاقية واجتماعية.

وهذا ما أقره قانون الأسرة الجزائري وما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا "لا يثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبني مجهول النسب"¹.

وبالتالي يوجد تعارض بين المادة 13 مكرر من القانون المدني التي تتعلق بالقانون المطبق على التبني وأحكام الشريعة الإسلامية وبناء على ذلك سيتم التطرق في المطلب الأول لمعاينة التعارض بين منع التبني وإباحته وفي المطلب الثاني لمحاولة تفسير هذا التعارض.

المطلب الأول: معاينة التعارض بين منع التبني وإباحته.

يعتبر كلّ من التبني والكفالة نظامين قانونيين لرعاية الطفل مجهول النسب لكنهما يختلفان من عدّة أوجه حيث أن التبني في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة ممنوع وفقا للمادة 46 لكن الكفالة معترف بها وفقا للمواد من 116 إلى 125، لكن في إطار العلاقات المشتعلة على عنصر أجنبي منها علاقات الأحوال الشخصية إذا كان الشخص يحمل جنسية أجنبية عن جنسية دولة القاضي فإن القانون المطبق هو قانون جنسية الشخص، وما يلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني فيما يخص القانون الواجب التطبيق طبق نفس الأحكام المتعلقة بالكفالة على التبني بالرغم من أنها مختلفتان.

فالتعارض ظاهر بين نص المادة 46 من قانون الأسرة المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ونص المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني، فالأولى تمنع التبني والثانية تبيحه.

عند معاينة التعارض من الناحية الشكلية للنصين يمكن القول أن كلّ من قانون الأسرة والقانون المدني من فروع القانون الخاص، ويعتبر القانون المدني الشريعة العامة وأصل القانون الخاص بالنسبة لعلاقات القانون الخاص ويترتب على ذلك أنه إذا لم يوجد لمسألة ما حكم أو قاعدة قانونية في فرع من فروع القانون الخاص يتعين الرجوع لمعرفة حكمها إلى ما يقرره القانون المدني².

ويعتبر قانون الأسرة القانون الذي ينظم العلاقات بين أفراد الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع تجمع بينهم صلة القرابة والزوجية، فهو يرتبط بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع المتحضر والمتمسك بقيمه الدينية والأخلاقية لهذا يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، وهو فرع مستقل بذاته من فروع القانون الخاص أغلب قواعده آمرة ترتبط بالنظام العام فلا يجوز مخالفتها.

من الناحية الموضوعية بالنسبة لمصدر القانون المدني فيتمثل في التشريع كمصدر أصلي وفي حالة عدم وجوده يتم الاستعانة بالمصادر الاحتياطية وهي الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وهذا وفقا لنص المادة الأولى منه، أما بالنسبة لقانون الأسرة فحسب المادة 222 منه تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا جوهريا يتم اللجوء إليها في حالة عدم وجود نص تشريعي في قانون الأسرة.

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا مهما للقانون الوضعي الجزائري تلي مباشرة النصوص التشريعية كما استقر اجتهاد المحكمة العليا على أسبقية تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على مسائل الأحوال الشخصية³

بسبب ارتباطها بالدين الإسلامي على أساس أن الإسلام دين الدولة، ويقتصر تطبيق القانون المدني على مسائل الأحوال العينية أو المالية. لكن إذا تعلق الأمر بعلاقات الأحوال الشخصية المشتمة على عنصر أجنبي فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يكون من خلال قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في القانون المدني وهو حال المادة 13 مكرر 1 التي تعتبر قاعدة تنازع القوانين تطبق على مسألتَي الكفالة والتبني.

ومن هنا يمكن القول بوجود ترابط بين القانون المدني (قواعد تنازع القوانين) والشرعية الإسلامية إذ تأخذ الجنسية كضابط إسناد صريح ومباشر وتعتبر الديانة ضابط إسناد غير مباشر حيث يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة، لكن في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة فلا يرجع للقانون المدني.

المطلب الثاني: تفسير التعارض بين قاعدة تنازع القوانين والشرعية الإسلامية.

هذا يندرج ضمن التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، وبالرجوع للقواعد العامة في التفسير بين النصوص التشريعية إذا كان التعارض بين تشريعات متساوية في الدرجة فالتشريع اللاحق يلغي التشريع السابق، وإذا كان التعارض بين تشريعات متساوية في القوة وصادرة في وقت واحد فيرجح أحدهما على الآخر بناء على عبارات النص من خلال الاستناد على الغاية من النص وحكمته ومن خلال التقريب بين النصوص ومقارنتها كما يمكن اللجوء إلى الأعمال التحضيرية والمناقشات التي تمت قبل إصدار النص التشريعي أو الرجوع إلى المصدر التاريخي كالشرعية الإسلامية بالنسبة للأحوال الشخصية⁴.

يعتبر كل من القانون المدني وقانون الأسرة تشريعين من نفس الدرجة لأنها صادرين بموجب قانون بالنسبة للأول فيما يخص التعديل وأمر بالنسبة للثاني فيما يخص التعديل وقد صدر التعديلان في نفس الوقت وهو سنة 2005، إذن من أجل تفسير التعارض يتعين اللجوء إلى وسائل خارجية وهي البحث عن الغاية من النص وتقريب النصوص.

يعتبر النص الذي يمنع التبني واضح وقطعي الدلالة ومستوحى من الشرعية الإسلامية بصريح الآية الكريمة التي تأمر بانتساب الشخص لوالده فهو لا يقبل التأويل، أما بالنسبة للنص الذي يبيح التبني قياسا على الكفالة فيثير الغموض من حيث موقف المشرع، قد يفسر هذا الغموض على أساس أن التبني محرم بين الجزائريين ومباح بين الأجانب، لكن إذا عرضت منازعة أمام القاضي الجزائري حول تحديد القانون الواجب

التطبيق على التبني وكان كلّ من المتبني والمتبني يحملان جنسية أجنبية وبالتالي يكون القانون المطبق قانونا أجنبيا فهل يستتبعه القاضي بسبب مخالفته للنظام العام أو يطبقه استنادا على المادة 13 مكرر1 من القانون المدني.

بالإضافة إلى أن المادة 221 من قانون الأسرة تنص على أن هذا القانون يطبق على كلّ المواطنين الجزائريين ولو كانوا مقيمين في الخارج ويطبق كذلك على المقيمين في الجزائر ولو كانوا أجنب مع مراعاة قواعد القانون المدني المتعلقة بتنازع القوانين. فهذه المادة عامة بالنسبة لخضوع كلّ المواطنين والمقيمين من الأجانب لأحكام القانون الجزائري وفي نفس الوقت هي خاصة في مسألة إدراج تنازع القوانين في القانون المدني على خلاف ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة التي أخضعت كل ما لم يرد فيه نص لأحكام الشريعة الإسلامية وليس لأحكام القانون المدني⁵.

من أجل رفع هذا التعارض يتعيّن إلغاء الفقرة الثانية من المادة 13 مكرر1 لأن التبني يعتبر محرم وممنوع شرعا وقانونا سواء كان بين جزائريين أو بين أجنب وهو مخالف للنظام العام لأنه كيف يعقل أن يحرم عقد التبني بين تونسيين في الجزائر وهو مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، كما يمنع التبني إذا كان أحد أطرافه جزائريا مقيما في الخارج ولو كان القانون المحلي لمكان الإبرام يبيحه.

وهذا التناقض بين التقنين المدني وتقيين الأسرة يرجعه البعض⁶ إلى مرحلة نقل التقنين المدني الجزائري من التقنين المدني المصري الذي فصل بين الأحوال العينية والأحوال الشخصية بسبب أن مصدر الأحوال الشخصية ليس موحدا بالنسبة لجميع المصريين فبعضها يرجع إلى الشريعة الإسلامية والبعض الآخر يرجع إلى مصادر دينية أخرى ومن أجل عدم إرباك التقنين المدني بعقبات يصعب تذليلها تمّ الاقتصار على أحكام المعاملات المالية، وفي الجزائر تمّ تخصيص تقنين مستقل للأحوال العينية هو القانون المدني الذي صدر بموجب الأمر 58/75 في 26 سبتمبر 1975 وبعده بتسع سنين صدر قانون الأسرة بالقانون رقم 11/84 في 09 جوان 1984، وباعتبار أن تقنين الأسرة جزء مكمل للتقنين المدني كان ينبغي مراعاة الانسجام معه في الأحكام التي يتضمنها وتقادي أوجه التعارض بينها.

المبحث الثاني: التعارض بين المرسوم التنفيذي 223/20 وأحكام الشريعة الإسلامية في مسألة تغيير لقب الطفل المكفول.

صدر المرسوم التنفيذي 223/20 معدلا ومتمما للمرسوم رقم 157/71 المتعلق بتغيير اللقب ونصت المادة الأولى مكرر منه أنه يمكن للشخص الذي كفل قانونا (في إطار الكفالة) طفلا (ولدا قاصرا) مجهول النسب من جهة الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائده وذلك من أجل مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الكافل، وإذا كانت الأم معلومة وعلى قيد الحياة فينبغي أن يرفق الطلب بموافقتها المقدمة في شكل عقد رسمي (موثق)، أو يرفق الطلب بتصريح شرعي في شكل عقد رسمي من الكافل وتحت مسؤوليته أن كل المساعي التي قام بها للاتصال بالأم كانت دون جدوى، فتغيير اللقب يكون في إطار الكفالة.

إذا كانت الشريعة الإسلامية حرمت التبني وإذا كان قانون الأسرة تبعا لذلك منع التبني فإنه تم تعويضه بالكفالة من خلال فتح باب الإحسان لرعاية يتامى واللقطاء، فإذا كان الطفل معلوم النسب من جهة الأب فينسب لأبيه وإذا كان مجهول النسب وكان أبوه مجهولا وادعت امرأة أنها أمه فيثبت نسبه منها، وإلا ينسب إلى المجتمع على أساس الأخوة في الدين لقوله تعالى في الآية 5 من سورة الأحزاب: "...فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين..."، لكن الكفالة لا تثبت النسب⁷ بين الكافل والطفل المكفول.

وتثير مسألة تغيير لقب الطفل المكفول مجهول النسب من جهة الأب ليطلق لقب الكافل تعارضا بين الأحكام الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية، وبناء على ذلك سيتم التطرق في المطلب الأول إلى معاناة التعارض وفي المطلب الثاني إلى محاولة تفسيره.

المطلب الأول: معاناة التعارض بين المرسوم التنفيذي رقم 223/20 وأحكام الشريعة الإسلامية.

من الناحية الشكلية أن النص القانوني المتضمن تغيير لقب الطفل المكفول ليطلق لقب الكافل صادر في شكل مرسوم تنفيذي موقع عليه من طرف الوزير الأول وأن قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية والذي يمنع التبني شرعا وقانونا وفق المادة 46 صادر في شكل قانون من طرف البرلمان، وبالتالي يمكن القول أن المرسوم التنفيذي يخالف القانون، بالإضافة إلى أن المرسوم التنفيذي يخالف المادة 120 من قانون الأسرة التي توجب أن يحتفظ الطفل المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب وإذا كان مجهول النسب فتطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية التي تنص في فقرتها الأخيرة على أن ضابط الحالة المدنية يمنح

الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والمولودين من أبوين مجهولين ويتخذ آخرها كلقب عائلي، وأن هذا النص القانوني صادر في شكل أمر.

كذلك أن المادتين 46 و120 من قانون الأسرة تعتبران قاعدتان آمرتان حيث أن الصياغة في الأولى "يمنع" وفي الثانية "يجب"، في حين أن المادة الأولى مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 223/20 لا يمكن اعتبارها قاعدة أمرة بسبب أن صياغتها "يمكن".

من الناحية الموضوعية فيما يخص اللقب الذي يعتبر من الخصائص التي تميز الشخص الطبيعي وهو من الحقوق التي لا تقبل التصرف فيها أو التنازل عنها، أوجبت المادة 28 من القانون المدني أن يكون لكل شخص لقب واسم وأن لقب الشخص يلحق أولاده، ولفظ "أولاده" يعني أبنائه من صلبه، بالإضافة إلى المادة 29 من القانون المدني التي تنص على أنه يسري على اكتساب الألقاب وتغييرها القانون المتعلق بالحالة المدنية، وهو ما أشارت إليه كذلك المادة 120 من قانون الأسرة فيما يتعلق بلقب الطفل المكفول بالرجوع إلى قانون الحالة المدنية.

كما تنص المادة 44 من قانون الأسرة على أن يثبت النسب لمجهول النسب بالإقرار بالأبوة... متى صدقه العقل أو العادة.

وهنا ألا يمكن اعتبار تغيير لقب الطفل المكفول بمثابة إقرار بالأبوة وفقا للعادة.

المطلب الثاني: تفسير التعارض بين المرسوم 223/20 وأحكام الشريعة الإسلامية في مسألة تغيير لقب الطفل المكفول.

هو تعارض بين المرسوم التنفيذي وقانون الأسرة وبالنسبة لتفسير التعارض بين النصوص فإنه يرجح النص الأقوى⁸ من حيث الدرجة أي يرجح القانون على المرسوم التنفيذي لأنه أقوى منه من حيث التدرج التشريعي، لأنه تعارض بين تشريعات مختلفة في الدرجة وبالتالي يغلب التشريع الأعلى في الدرجة⁹.

يرى بعض الفقه¹⁰ أنه أمام وضوح النصوص التشريعية التي تبين صراحة أن الطفل مجهول النسب والمكفول يعين بمجموعة من الأسماء يكون آخرها لقباً عائلياً له فإن المرسوم التنفيذي 223/20 المتعلق بتغيير لقب الطفل المكفول ليطابق لقب الكافل يتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى أن إلحاق الطفل

المكفول بالكافل عن طريق التسمية هو زور وتغيير للأحكام الشرعية وهو ما يطلق عليه بالتبني العادي في القانون الفرنسي، فالعبرة بحقيقة المعاني والدلالات وليس بالألفاظ التي تكون في صيغة صورية، وعليه فإن المرسوم 223/20 ليس له دليل شرعي ولا سند قانوني أو منطق اجتماعي وليس له نظير إلا في القوانين الغربية وكان يستحسن بالمشروع تحقيق الانسجام بين النصوص التشريعية وتأكيد مبدأ تدرج التشريعات على أساس أن قانون الأسرة ينص في المادة 223 منه على أن تلغى جميع الأحكام المخالفة له سواء كانت سابقة عليه أو لاحقة به.

كما أن اعتراض البعض على حمل المكفول لقب الكافل يرجع بالدرجة الأولى إلى عدم تحديد المشرع للطبيعة القانونية لهذا الاسم إن كان حق استعمال أو حق شخصي لا يستقط عن صاحبه وينقل لأولاده، بالإضافة إلى أن تغيير لقب المكفول فيه تغيير لنسبه الحقيقي وهو صورة للاعتداء على اللقب العائلي إذ يجوز لكل فرد من العائلة أن يعترض على منح اللقب العائلي إلى شخص لا ينتسب إليها¹¹.

فبالأسرة حسب المادة 32 من القانون المدني تتكون من ذوي القربى وكل من يجمعهم أصل واحد، وحسب المادة 33 القرابة المباشرة هي الصلة بين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي تكون بين أشخاص يجمعهم أصل واحد، كما جاء في المادة 4 من قانون الأسرة أن الهدف من الزواج هو تكوين أسرة والمحافظة على الأنساب، يفهم من هذه النصوص أن الطفل المكفول لا يعتبر فردا في الأسرة الكافلة وأن تغيير لقبه لن يغير من مركزه وبالتالي ألا يكون من الأفضل أن يحتفظ بلقبه الأصلي القانوني وأن تتم رعايته على أساس أنه مكفول ويتم إعلامه بذلك لأن تغيير لقبه قد يجعله يعتقد أن ابن العائلة الكافلة ليصدم بالحقيقة بعد مدة من الزمن وقد يؤثر ذلك على حالته النفسية.

من جهة أخرى يرى البعض¹² أن العبرة بالمعاني وحقيقة الأمور وليس بالألفاظ لأن الظن بأن الطفل المكفول هو ابن طبعي للكافل الذي منحه لقبه هو ظن لا أثر له في الحقيقة بسبب عدم وجود صلة قرابة أو نسب حقيقي بينهما ولا يترتب عليه أي حق بل هو مجرد إجراء تنظيمي يهدف إلى التيسير ورفع الحرج على الطفل ولا تعارض بين أحكام المرسوم التنفيذي 223/20 والشرعة الإسلامية لأنها مبنية على رعاية المصالح ودرء المفاسد مادام أن تغيير اللقب لا يتضمن إقرارا بالبنوة أو الأبوة، وأن نية المشرع بإصدار هذا المرسوم هو خلق وضع قانوني مستقر يعكس إيجابا على نفسية الطفل ومراعاة مصلحته الفضلى.

وأن الرأي السائد أزال اللبس والغموض ويرى ضرورة الاستجابة لتغيير اللقب معتمداً على أن تسجيل اللقب الجديد للمكفول يكون على هامش شهادة ميلاده ويكون محل تسجيل وإشارة على هامش سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية لمقر ميلاد الطفل المكفول وهذا وفقاً للمادة 5 مكرر 2 من المرسوم التنفيذي 233/20، فاللقب الأصلي يبقى دائماً محفوظاً وأن اللقب الجديد هو إضافي وحق استعمال له لأنه لا يمكن إخفاء اللقب الأصلي عند إبرام عقد الزواج وفي الميراث، فالمرسوم مكمل لنصوص الكفالة ولا يوجد تعارض مع الشريعة الإسلامية¹³.

فاستعمال اللقب الجديد للمكفول هو مجرد حق استعمال شخصي ولا يلغي اللقب الذي اكتسبه قانوناً بموجب المادة 64 من قانون الحالة المدنية الذي ينقله المكفول لأولاده¹⁴.

كما يمكن الاستعانة بحكمة التشريع¹⁵ والمصلحة التي يهدف المشرع إلى تحقيقها عند إصدار المرسوم التنفيذي تفسيراً للتعارض بينه وبين قانون الأسرة أو أحكام الشريعة الإسلامية.

فالحكمة من تحريم حمل المتبني اسم من تبناه هي لكي لا يثبت التوارث بينها وألاً يقع اختلاط في النسب والرسوم 223/20 لا يخالف ذلك ويظل نطاقه معمولاً بالحكمة من تحريم التبني وعدم جواز التوارث بين الكفيل والمكفول لكن تطور المجتمع واستعمال سجلات الميلاد يحقق في الوقت نفسه حماية الطفل تماشياً مع تعاليم وأهداف ديننا¹⁶.

بالإضافة إلى أنه يمكن تجنب هذا التعارض لو أن المشرع أدرج مسألة تغيير لقب الطفل المكفول مجهول النسب لي مطابق لقب الكافل ضمن قانون الأسرة أو ضمن قانون الحالة المدنية.

خاتمة المقال:

التعارض أو التناقض واضح بين الأحكام الوضعية في مسألتَي التبني وتغيير لقب المكفول والمتمثلة في الفقرة الثانية من المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني باعتبارها قاعدة تنازع القوانين وفي المرسوم التنفيذي 223/20 وبين الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر المادي والجوهري لمسائل الأحوال الشخصية.

التعارض بين النصوص من الناحية الشكلية والموضوعية يبرز أهمية البحث عن نية المشرع والغاية من التشريع عند التعارض بين نصوص قانونية متساوية في الدرجة أو متفاوتة فيها.

من أجل تفسير التعارض يتعين البحث عن الغاية من النص وتقريب النصوص المتساوية في الدرجة وصادرة في وقت واحد في مسألة التبنّي.

التبني ممنوع شرعا وقانونا سواء بين الجزائريين أو بين الأجانب وبالتالي يتعين إلغاء الفقرة الثانية من المادة 13 مكرر 1 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على التبنّي لأنه مخالف للنظام العام وهو ما يحقق الانسجام بين القانون المدني وقانون الأسرة.

من أجل تفسير التعارض بين نصين قانونيين متفاوتين في الدرجة فيرجح النص الأقوى والأعلى درجة. اختلفت الآراء بين معارضة المرسوم التنفيذي 223/20 المتعلق بتغيير لقب الطفل المكفول ليطابق لقب الكافل لمخالفته الشريعة الإسلامية وبين مؤيد لأنه يحقق الاستقرار النفسي للأطفال المكفولين وتسيير اندماجهم في الأسرة الكافلة وفي المجتمع.

يمكن تجنب التعارض إذا تم إدراج مسألة تغيير لقب المكفول ضمن قانون الأسرة أو قانون الحالة المدنية. - اقترح إلغاء الفقرة الثانية من المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني وإدراج مسألة تغيير لقب المكفول ضمن قانون الأسرة أو قانون الحالة المدنية.

المصادر والمراجع

الكتب:

بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، عدم ذكر بلد النشر، الطبعة الأولى، 2010.

المجلات:

محمد (زواوي) فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 2000، العدد 2، ص ص 69-77.

مُحمَّد سعيد جعفرور، نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، Revue
Université Benyoucef Benkheda Algérienne des sciences juridiques et politiques,
d'Alger, volume 38, 2001, n°3, pp 31-46.

حوباد حياة، مدى إمكانية تغيير الكافل لقب المكفول، Les cahiers du LADREN,
Université Oran2 Mohamed ben Ahmed, volume 4, 2013, n°1 pp 295-300.

علال طحطاح، ضوابط تطبيق القانون-حالة التعارض بين النصوص، مجلة العلوم القانونية
والسياسية، جامعة الواد، المجلد 12، 2021، العدد 2، ص ص 882-895.

زيان سعدي، منح لقب الكافل العائلي للمكفولين مجهولي النسب في التشريع الجزائري والشريعة
الإسلامية، دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 15،
2022، العدد 1، ص ص 1954-1977.

عسال غالم قدور، حماية الحالة المدنية للأطفال مجهولي النسب (منح لقب الكافل للمكفولين بين
الإباحة والتجريم)، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، المجلد 8، 2022، العدد 1، ص
ص 10-01.

القوانين:

قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، 1984، العدد
24، ص 910، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، 2005، العدد 15،
ص 18.

أمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، 1970، العدد 21، ص 274.
أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، 1975، العدد
78، ص 2 وما يليها، المعدل والمتمم.

قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتم القانون المدني، الجريدة الرسمية، 2005،
العدد 44، ص 17.

المرسوم التنفيذي 223/20 المؤرخ في 8 غشت 2020 يعدل ويتم المرسوم 157/71 المؤرخ في 3 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب، الجريدة الرسمية، 2020، العدد 47، ص 9.

هوامش المقال:

1. انظر بلحاج العربي: أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هوم للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 712.
2. انظر محمد حسن قاسم: المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول: القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 120.
3. بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 28.
4. انظر محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 410، 411.
5. علال طحطاح: ضوابط تطبيق القانون حالة التعارض بين النصوص، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 02، سبتمبر 2021، ص ص 882-895، ص 890، 891.
6. محمد سعيد جعفر: نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، Revue Algérienne des sciences juridiques et politiques, volume 38, n°3, 15/09/2001, pp 31-46.
7. بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 727.
8. صالح طليس: المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، عدم ذكر بلد النشر، الطبعة الأولى، 2010، ص 115.
9. محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 410.
10. بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 726، 727، 728.
11. عسال غالم قدور: حماية الحالة المدنية للأطفال مجهولي النسب (منح لقب الكافل للمكفول بين الإباحة والتجريم)، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 8، العدد 2022/1، ص ص 10-01.
12. زيان سعدي: منح لقب الكافل العائلي للمكفولين مجهولي النسب في التشريع الجزائري والشرعية الإسلامية، دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 01 / 2022، ص ص 1954-1977.
13. حو باد حياة: مدى إمكانية تغيير الكافل لقب المكفول، Les cahiers du LADREN, volume 4, n°1, 31/12/2013, pp295,300.
14. عسال غالم قدور: المرجع السابق، ص ص 10-01.
15. صالح طليس: المرجع السابق، ص 116.
16. محمد (زاوي) فريدة: مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، العدد 2 سنة 2000، ص 72.