جامـــــعة محمـــــد خيضــر بســكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقــوق

عنوان المـــــــــذكـــــــــرة:

الكفالة في قانون الأسرة

مذكرة مكملة من متطلبات لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالبة:
- عربية لويزة

إشراف الأستاذ:
*دبابش عبد الرؤوف

السنة الجامعية:2017/2016.

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

الشكر لله العلي القدير أولا و أخيرا، الذي أنعم علينا بفضله و بنعمته

و الذي ثبت أقدامنا وشد عزمنا و سير لنا و سدد لساننا لإتمام هذا العمل

المتواضع الذي هو ثمرة جهودي وعملي المتواصل ،

فاللهم لك الحمد كثيرا طيبا مباركا فيه.

ثم أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المشرف " دبابش عبد الرؤوف "،

بارك الله فيه على التوجيهات و النصائح التي قدمها لي و التي ساعدتني

كثيرا في عملي .

كما أشكر كل أساتذة و إدارة كلية الحقوق و طاقم المكتبة أيضا.

كما أتقدم بالشكر إلى كل من ساعدني على إنجاز و إتمام هذا العمل سواء

من قريب و من بعيد و لم يبخلوا علينا بالدعاء و الكلمة الطيبة.

الإهداء

إلى من خاض شوط التعب و المشقة لتربيتي، إلى صاحب القلب الكبير،

إلى من عمل ليلا و نهارا ليوصلني إلى بلوغ غايتي إلى من أدين له بكل حرف

....أبي الغالي.

إلى القلب الحنون و العزيزة و الغالية على قلبي و التي هي مصدر وجودي

وسهل جهودي ....أمي حبيبة قلبي.

إلى إخوتي و أخواتي الأحباء و خاصة إلى فانوس البيت الذي بضحكاته

يملأ قلوبنا فرحا و سعادة ....إلى ابن أختي الكتكوت الصغير " أشرف ".

إلى كل الأقارب و إلى كل من كان لهم مكانة مميزة في فؤادي .

إلى رفيقة دربي و صديقة روحي و الغالية على قلبي و التي كانت سندا لي

في حياتي بدعمها لي ... " حسينة ".

إلى من تذوقت معهم أجمل الذكريات و اللحظات صديقاتي و حبيباتي.... شهرة،

روقية، صارة، نعيمة، أمال، سهام، إكرام.

إلى كل طالب للعلم يبتغي منه رفعة للإسلام ورفعة للأمة و وطنه.

مقدمة

إن الأسرة هي الخلية الاجتماعية الأولى التي زودها الله تعالى جنت حكمته لمقومات البقاء والرقي والتقدم لبناء المجتمع فهي عماد المجتمع وهي الركيزة الأساسية التي يرتكز عليها صلاح المجتمع الإنساني أو فساده، وإذا نظرنا إلى الأسرة من المنظور الاجتماعي نجد بأنها مجموعة متكونة من أشخاص مرتبطين بعلاقة بيولوجية قائمة على اقتران شخصين من جنسين مختلفين وعلى التناسل من أصل مشترك، أما إذا نظرنا إليها من المنظور القانوني فنجد أنها تتشكل من كل الأشخاص الذين تربطهم علاقة القرابة أو الزوجية كما أشار إلى ذلك المشرع الجزائري في المادة الثانية من قانون الأسرة الجزائري " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة "

لذا نجد أن الأسرة كانت منذ القديم محل اهتمام كبير من حيث نشأتها و تكوينها، حيث نجد أن الإسلام رعاها و أحاطها بعناية كاملة، بين أفضل السبل لإقامتها و المحافظة عليها، فبشر الإسلام الإنسان بحقوقه منذ نشأته ، ومن هذه الحقوق التي أكد عليها الإسلام و التي تعتبر الأساس في تكوين الأسرة و قيامها هو الزواج وفي ذلك جاء قوله تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة أن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"، وقد أكدت الآية الكريمة الاهتمام الكبير الذي يوليه الإسلام للزواج و الترغيب فيه وعلى حسن اختيار الزوجين ثم نظم الحقوق و الواجبات لكل منهما،وكيفية تأمين الود و السكينة بينهما، ثم شرع المناهج السديدة لقيامها بتربية الأولاد و رعايتهم الرعاية الكاملة، ثم عظم من شأن الوالدين للبر و الطاعة، لتبقى الأسرة محاطة بسور منيع من القيم و الأحكام التي تحفظها لتؤدي ووظيفتها.

إلا أن التطور الذي شهده المجتمع اثر تأثيرا مباشرا على البنية الاجتماعية، وبالتحديد على الأسرة حيث أصبحت الكثير من فئات المجتمع محرومة من الوسط العائلي نتيجة لهذا التطور الذي سيطر على العقول وكان السبب في فساد الأخلاق التي تبنى عليها الأسر. ومن هذه الفئات نجد فئة الأطفال الذين أصبحت وضعيتهم غير مستقرة داخل الأسر، فالطفولة لم تلقى الاهتمام اللازم كفئة اجتماعية مستقلة في

العالم،لان الطفولة تقتضي عناية خاصة وحماية زائدة تبدأ من الأسرة أولا، ثم ثانيا هي قضية المجتمع الذي سينصهر فيه و يندمج معه، وكما نعلم أنه في وقت قريب لم يكن الطفل يشكل موضوعا مؤرقا في مجتمعنا، ولكن مع تعقد الحياة الاجتماعية اليوم، تفاقمت قضايا الطفل وباتت تشكل خطرا على الطفل نفسه وعلى المجتمع أيضا، وذلك نتيجة ظهور علاقات غير شرعية في المجتمع إضافة إلى ذلك ظروف الحياة الصعبة، كالفقر والحروب و الكوارث الطبيعية كل ذلك أدى إلى ظهور ما يسمى بالأطفال اللقطاء أو الأيتام أو مجهولي النسب أو غير ذلك، وهؤلاء هم أكثر الفئات الذين هم بحاجة إلى الرعاية والحماية من الأخطار و الأضرار التي تعترضهم.

لذا نجد أن المجتمع الدولي قد بدأ مؤخرا يتحرك بقوة لتهيئة ظروف طبيعية تمكن هذه الشريحة من الأطفال أن تنشأ في كنف عائلات تعتني بهاو ترعاها، وذلك من خلال البحث عن طرق ووسائل تمكنه من رعايتهم و حمايتهم، وقد ظهرت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 التي أكدت و أجبرت الأشخاص المجتمع الدولي على إيجاد مؤسسات و أنظمة قانونية ترعى شؤون الطفل وخاصة الحالات التي يوجد فيها الولد كما يلي:

- إذا كان الولد من أبوين مجهولين
- إذا كان الولد من أب مجهول و أم معلومة لكن تخلت عنه بمحض إرادتها
- إذا كان يتيما أو عجزا أبويه على رعايته و توفير و سائل معيشية مشروعة له
- إذا كان أبويه منحرفين و لا يقومان بواجبهما في رعاية الولد و تربيته و توجيهه
- إذا سقطت الولاية الشرعية عن أبواه

كل هذه الحالات حتم على أشخاص المجتمع الدولي إيجاد حلول قانونية ، الشيء الذي أدى إلى اختلاف الدول في اختيار أنظمة ومؤسسات قانونية تقوم برعاية هذه الفئات فمنهم من اختار مؤسسات قانونية تقوم باحتضان الولد و منحه الاسم وتمكينه من الإرث ومنهم من نصت على معاملته معاملة الابن لكن لا ينسب إليه و لا يرثه و إنما يجوز التبرع له وهناك من لدول من جمعت بين النظامين معا، وبما أن التبني

يعتبر من الأنظمة التي تعتني بهذه الفئات من الأطفال إلا انه بحكم أن تشريعات الدول الإسلامية لا تقر بنظام التبني هذا لا يعني أن تشريعنا أهمل هذه الفئة من الأطفال.

فرغم غلقه لباب التبني إلا أنه وجد حل يتماشى مع شريعتنا ألا وهو نظام الكفالة، كبديل ملائم للتبني وهذا النظام الذي اقتبسه المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية نظم أحكامه قانون الأسرة من المادة 116 إلى المادة 125 منه وكذا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

أسباب الدراسة:

يعتبر موضوع الكفالة من المواضيع ذات الأهمية العلمية و العملية، وعليه فان اختياري لهذا الموضوع لم يكن عشوائيا بل تتعدد الأسباب التي تدفعني إلى البحث فيه ، فهي تجتمع بين عوامل و معايير ذاتية و التي تتمثل أساسا في ميولي للبحث في كل ما يتعلق بشؤون الطفولة و خاصتا الشريحة الضعيفة من الأطفال التي أصبح المجتمع ينظر إليها نظرة قاسية دون رحمة ويحاسبون على جرائم و أفعال ليس لهم أي يد فيها، ومعايير موضوعية تتمثل في كون الطفولة فئة عمرية مهمة من فئات السكان و التي يمكن أن تلعب الدور الريادي في مستقبل و نهضة و تقدم المجتمع، فيما إذا منحت الرعاية و الحماية الفعالة اللازمة، لذلك يجب تشجيع المؤسسات و الأسر على كفالة هؤلاء الأطفال الأبرياء.

أهداف الدراسة

- البحث في نظام الكفالة كأسلوب من أساليب الرعاية البديلة للطفولة
- إعطاء موضوع الكفالة مكانته التي يستحقها في الأسرة و المجتمع ككل
- بيان موضوع الكفالة وحقيقته كونه من الموضوعات التي لم تنل قسطا وافرا من البحث و الدراسة .
- معرفة مدى التقارب بين قانون الأسرة و الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالكفالة.

إشكالية البحث:

من خلال ما سبق عرضه ومن أجل البحث في الموضوع، لنا أن نثير الإشكالية التالية:

هل عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري يوفر الحماية الكافية للطفل القاصر المكفول؟

وفي هذا السياق تطرح التساؤلات التالية:

- ما هي حقيقية نظام الكفالة؟
- إلى أي مدى راعي المشرع مصلحة الطفل المكفول مجهول النسب؟

المنهج المتبع:

وبناء عليه اعتمدنا في دارستنا لهذا الموضوع على المنهج التحليلي الوصفي من خلال طرحنا للمفاهيم مع شرح وعرض موقف الشريعة و القانون لكون الشريعة هي الصدر الأساسي والاحتياطي في نفس الوقت لقانون الأسرة الجزائري.

خطة البحث:

من أجل معالجة مختلف جوانب الموضوع و للإجابة على الإشكالية المطروحة، اعتمدنا الخطة التالية والتي اشتملت على فصلين يتناول كل فصل مبحثين مدعمة بمطالب:

الفصل الأول: الكفالة بين الشريعةالإسلامية و القانون

المبحث الأول: ماهية الكفالة

المبحث الثاني: الكفالة في الشريعة الإسلامية

الفصل الثاني: الكفالة بين التشريع الجزائري والقوانين الوضعية

المبحث الأول: الكفالة في التشريع الجزائري

المبحث الثاني: موقف بعض التشريعات الوضعية من الكفالة.

صعوبات الدراسة:

نقص المراجع المتخصص في دراسة موضوع الكفالة.

الفصل الأول

بما أن قانون الأسرة الجزائري أغلب أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية واجتهادات العلماء الفقهية، فان أحكامه المتعلقة بالطفل لن تخرج عن ماهو مقرر في الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي و الواضح أن قانون الأسرة الجزائري لم يفرد فصلا خاصا بالطفل و إنما تناول حقوقه وأحكامه في ثنايا مواد القانون عند حديثه عن الولاية و الوصية والنسب والنفقة والميراث والحضانة و الهبة و الكفالة وهذه الأحكام تتجاذب العلاقة فيها بين الطفل وغيره من الأفراد الأسرة كالأب و الأم وغيرهما، كما أن قانون الأسرة لا يمثل فقط قانونا لتبيان حقوق الزوج و الزوجة وواجبات كل منهما اتجاه الآخر، بل هو أيضا قانون لبيان حقوق الطفل باعتبار أن الطفل طرف قوي في العلاقة الأسرية لذلك لابد أن ينشأ الطفل في جو أسري طبيعي ينمو فيه ويقوم بحمايته كونه أكثر طرف ضعيف عرضة للآثار السلبية الناجمة عن عدم وجود الحماية الأسرية له،فقد يكون ضحية لتغيرات التي تطرأ على المجتمع من ظهور علاقات غير شرعية و التي تؤدي إلى خلق أطفال بدون عائلات، لذلك فإننا سوف نحاول تتبع أهم الحقوق التي كفلها القانون لهذه الشريحة من الأطفال للطفل الذين لا اسر لهم من بين هذه الحقوق إيجاد اسر بديلة لهم وهذا هوا الهدف من نظام الكفالة باعتبارها وسيلة من وسائل الرعاية البديلة، وبالتالي سوف نحاول من خلال هذا الفصل التعرض الى المقصود بهذا النظام والذي قسمناه إلى مبحثين كالآتي :

المبحث الأول: ماهية الكفالة

المبحث الثاني: الكفالة في السريعة الإسلامية

المبحث الأول: ماهية الكفالة

تماشيا مع الشريعة الإسلامية، قرر قانون الأسرة منع التبني قانونا المادة 49ق.أ لكنه ونظرا للمشاكل الواقعة في المجتمع الجزائري بسبب تزييف الأنساب وما ترتب على قضية التبني من اخذ ورد، وكذلك بالنسبة لوضعية بعض الأطفال و بعض الأسر التي لا تسعد بالإنجاب أتجه المشرع الجزائري إلى مشروع الأسرة البديلة المتمثل في الكفالة ونظم أحكامها في المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة وعليه سنتعرض في هذا المبحث إلىتبياناالمقصود بالكفالة وأهم خصائصها(المطلب الأول)ثم تمييزها عن الأنظمة المشابهة لها (المطلب الثاني) ثم سنتعرض إلى أهم شروط الكفالة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

لتحديد مفهوم الكفالة سنتناول في هذا المطلب مفهوم الكفالة (الفرع الأول) ثم نتناول أهم خصائصها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الكفالة

أولا: الكفالة في اللغة

جاء في لسان العرب: معنى كفل، أنكفل بالتحريك:العجز، وقيل: ردف العجزوالجمع أكفال ولا يشتق منه فعل ولا صفة، والكفل: من مراكب الرجال،هواكساء يؤخذ فيقعد طرفاه ثم يلقي مقدمه على الكاهل ومؤخره مما يلي العجز، وقيل: هوا شيء مستدير يتخذ من خرق أو غير ذلك ويوضع على سنام البعير، وفي حديث أبي رافع قال: ذاك كفل الشيطان، يعني مقعده وأكتفل البعير: جعل عليه كفلا [1].

[1]أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج13، الطبعة 2، دار صادر، بيروت، 2003، ص3906

وورد الفعل "كفل" بالتشديد بمعنى جعله كافلا له راعيا، جاء هذا في قوله عز وجل **(فَتَقَبَّلَهَا رَبُهَا بِقُبُولٍ حَسَنْ وَ أَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا، وَ كَفَلَهَا زَكَرَيَا)**[1]

ثانيا: الكفالة في الاصطلاحالقانوني .

للكفالة في القانون معنيين: معنى في القانون المدني ومعنى في قانون الأسرة.

1. **الكفالة في القانون المدني:** تنص المادة 644 من القانون المدني على أن الكفالة "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه "[2]، يؤخذ من هذا التعريف بان الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن وما يهم في الكفالة هنا هوا التزام المدين إذ أن هذا الالتزام هوا الذي يضمنه الكفيل، فالكفالة إذا تفترض وجود التزام مكفول وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي بهي و دائن، فالكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل، لان الكفالة تعتبر من التأمينات الشخصية[3].

2. **الكفالة في قانون الأسرة:** ورد تعريف الكفالة في قانون الأسرة بالعبارة التالية: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي " [4] .

- إذا فالكفالة ذات طابع مجاني إذ لا يحصل الكافل على أجرة مقابل الكفالة، وتكون على النفس و المال معا.

---

[1] سورة آل عمران، الآية44

[2] المادة 644 من القانون المدني الجزائري

[3] بوخاتم، **محاضرات في مقياس التأمينات العينية و الشخصية**، السنة الثالثة قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 201،،2015،

[4] القانون رقم 84–11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الاسرة.

وعرف القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين الكفالة في المادة السابعة كتالي "الكفالة عقد يقوم بمقتضاه شخص طبيعي يتمتع بحقوقه المدنية أو شخص اعتباري كهيئة بر بإعالة القاصر و رعايته و الإنفاق عليه"[1].

كما عرف احمد نصر الدين الجندي كفالة الأولاد في معنيين:

الأول: مرحلة ضم الصغار بعد انتهاء مرحلة الحاضنة هذا الضم يكون لمن له الولاية ذكورا وإناثا ودرء الأذى عنهم والقيام بشؤونهم وإكمال تربيتهم التي بدأت في مرحلة حضانتهم و كذلك إكمال تعليمهم.

الثاني: وهو نوع أخر من الكفالة يتمثل في كفالة اليتيم، أي من فقد أباه قبل البلوغ هذه الكفالة ندب الإسلام إليها وكفالة اليتيم تشمل من كان يتيم ذا قرابة ومن كان يتيما لا قرابة له، لان اليتامى في الإسلام لا يضعون سبب فقدهم الآباء و الأمهات فتصح كفالتهم من القريب وغير القريب[2].

ونعني بالكفالة أيضا: هي رعاية الطفل من قبل أسرة غير أسرته النووية سواء كانت من أقاربه أو غريبة عنه[3].

نستخلص من خلال هذه التعاريف بأن الكفالة تعتبر إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم أو مجهول النسب، حيث يتم من خلالها رعاية الطفل القاصر في مختلف جوانب حياته من نفقة و تربية و رعاية و يكون الطفل القاصر في مرتبة الابن الشرعي، حيث يتعامل الكافل مع المكفول بنفس المعاملة التي يتعامل بها الأب مع ابنه.

---

[1] المادة 7 من القانون العربي النموذجي الموحد لرعاية القاصرين، الصادر بموجب قرار معتمد لدى المكتب التنفيذي ل مجلس وزراء اشرح العدل كقانون نموذجي استرشادي، بالقرار رقم 323، ج24، في 4 مارس2002

[2] احمد نصر الدين الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص196

[3] علي الهادي الحواة، **رعاية الطفل المحروم (الاسس الاجتماعية والنفسية البديلة للطفولة)**، الطبعة1، مركز الإنماء العربي، 1989، ص27

الفرع الثاني: خصائص الكفالة

تتميز الكفالة بعدة خصائص تميزها عن بقية الأنظمة المشابهة لها تتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

1. الكفالة هي عبارة عن عقد ذو ثلاثة أطراف هم: الكفيل و المكفول و الشخص أو الهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكفيل أمام الموثق أو المحكمة .
2. الكفالة مطلقة يكون فيها الكافل قريب للمكفول، وقد يكون أجنبيا عنه لا تربطه به قرابة.
3. الكفالة التزام تبرعي من طرف الكفيل بدون مقابل.
4. أن المكفول لا يكون إلا قاصرا، بما مؤداه عدم جواز كفالة البالغ ذكرا أو أنثى من الشخص الأجنبي.
5. الكفالة تبرع من الكفيل فهي ليست التزاما عليه بسبب قرابة أو غيرها.
6. الكفالة تشترط فيها الرسمية فهي و إن كانت تبرعا فلا تتم إلا بعقد شرعي، يكون أمام المحكمة أو أمام الموثق.
7. الكفالة عقد مؤقت وليست مؤبدة فهي تسقط وتنتهي وفق أسباب محددة في قانون الأسرة[1].

وعليه فان الكفالة تمتاز بأنها التزام على وجه التبرع، القاصر فيها ، ولا يترتب عنها إلحاق نسب المكفول إلى كافله فهي تحافظ وتحمي الأنساب إذ المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة التي تكفله

وبما أن الكفالة هي ارتباط شخص بأسرة غير أسرته وتمتاز بمجموعة من الخصائص كما تم التعرض لها فيما سبق بيانه لذلك يتضح أنه قد تختلط بأنظمة مشابهة لها مثل الحضانة والتبني وهذا ما سيتم بيانه.

[1] احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص197

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها.

قد تختلط بالكفالة أنظمة أخرى مشابهة لها لذا يجب التفريق بين الكفالة وبين هذه الأنظمة.

الفرع الأول:تمييز الكفالة عن الحضانة:

لكي نتمكن من التفريق بين الكفالة والحضانة لابد أولا أن نعرف ما المقصود بالحضانة بعد تعرضنا فيما سبق بيانه على المقصود بالكفالة حتى يتسنى لنا معرفة الفرق بينهما.

أولا : تعريف الحضانة

1) التعريف اللغوي للحضانة:

جاء في لسان العرب معنى "حضن" الحضن، ما دون الإبط إلى الكشح وقيل هوا الصدر والعضدان وما بينهما والجمع أحضان ومنها جعل الشيء في حضنك، وحضان جمع حاضن لان المربي والكافل ويضم الطفل إلى حضنه ونقول حضنت الصبي، إذ جعلته في هذا الموضع[1] .

2) التعريف الاصطلاحي للحضانة :

عرف قانون الأسرة الحضانة كالآتي "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا "[2].

وعرفها بالحاج لعربي: " الحضانة في الاصطلاح الشرعي هي: تربية الولد ورعاية شؤونه لمن له حق الحضانة حتى يبلغ سنا معينة[3].

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ص911

[2] المادة 62 من قانون الأسرة.

[3] بالحاج لعربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الجزء1، الطبعة04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص379.

وبالنسبة لمن لهم الحق في الحضانة نجد أن المشرع الجزائري قد نص على ذلك في المادة 64 من قانون الأسرة " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "[1].

بناء على نص المادة نجد إن الحضانة تثبت للنساء أكثر من الرجال لكونهم الأفضل و الأنفع لتحقيق مصالح الصغير، كما قدم النساء على الرجال لكونهم أقدر من الرجال بما يحتاج إليه الصغير[2].

ثانيا : الفرق بين الكفالة و الحضانة

ظاهريا لا يوجد فرق بين الكفالة و الحضانة فكلاهما يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا، إلا إن هذا لا يعني عدم وجود اختلاف بين هذين النظامين، وعليه فيما يتمثل هذا الاختلاف ؟

1. الكفالة التزام على وجه التبرع بدون مقابل تلزم الكفيل بلا نفاق على المكفول[3]، في حين الحضانة لا تلزم الحاضن بالإنفاق بل غرضها مد الحنان والرعاية ويجوز أخذ الأجرة فيها[4].

2. الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه وأبيه غيرهما، بينما الكفالة فان المكفول يكون إما مجهول النسب أو معلوم النسب.

[1] المادة 63 من قانون الأسرة.

[2] عبد العزيز سعد، **الزاج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة3، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، ص293

[3] المادة 116 من فانون الأسرة الجزائري

[4]الأصل أن تكون نفقة المحضون من ماله إذا كان له مال و إلا فعلى من تجب عليه نفقته كأبيه أو غيره، أنظر المادة 72 ق،أ

3. الحضانة تثبت لأقارب الطفل معلوم النسب، بينما الكفالة فإنها تثبت للقريب وغير القريب[1].

الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن التبني.

كثير من الناس من يعتقد أن الكفالة هي نفسها لذلك فانه حتى نستطيع تمييز عن الكفالة عن التبني يجب علينا أولا أن نتعرض إلى مفهوم التبني ونعرف المقصود منه.

أولا :تعريف التبني:

1. **التعريف اللغوي للتبني:**

جاء في لسان العرب معنى التبني: من بني جمع ابن مضافا إلى النفس، ويقال: تبنيته أي ادعيت بنوته، وتبناه: اتخذه ابنا، وفي حديث أبي حذيفة: انه تبني سالما، أي اتخذه ابنا[2].

2.**التعريف الاصطلاحي للتبني:** هناك عدة تعريفات للتبني نذكر منها:
عرفه عبد العزيز سعد: " تزييف النسب (التبني) هوا دعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق النسب من نسبه إلى أبيه وإعطائه نسب شخص أخر "[3].

❖ عرفه أحمد أحمد: بأنه اتخاذ المرء ابنا له من غير صلبه، ويسمي الابن متبني وسماه الإسلام دعيا أي ابنا بالدعوى لا بالحقيقة بلفظ اللسان لا بسلالة الدم"[4].

---

[1] علال أمال، **التبني والكفالة دراسة مقارنة بينالشريعة والقانون الوضعي**، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2009، ص32

[2] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، مرجع سابق، ص91

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

[4] احمد احمد، **موضوع النسب في الشريعة و القانون**، الطبعة1، دار البعث، الجزائر، 1983، ص213

❖ عرفه الدكتور محمد صبحي نجم: " التبني هو أن يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه وعرفه انه ليس ولده، فينتسب هذا المتبني إلى من تبناه "[1].

من خلال هذه التعريفات نجد أن التبني هو أن يقوم شخص بإلحاق نسب ولد قاصر يعلم أنه ابنا غيره بنسبه، وتنزيله منزلة الابن الصلبي بمساواته في الحقوق معه.

ثانيا : الفرق بين الكفالة و التبني .

ظاهريا لا يوجد فرق بين الكفالة و التبني فكلاهما يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا وكذا الإسناد الواقعي للطفل القاصر وضمه إلى أسرة أخرى ليست أصلية.

أما أوجه الاختلاف بينهما فتتمثل فيما يلي:

الشيء المتعارف عليه في التفريق بين التبني والكفالة هو أن التبني يؤثر في النسب إذ يحدث نسب جديد اعتباري وهو النسب بالتبني هذا من جهة أخرى يؤثر في العلاقة الميراثية بسبب النسب الاعتباري إذ يصبح وارث كذلك متى توافرت شروط الميراث، عكس الكفالة فهي لا تمنح المكفول حقا في النسب ولا في الميراث بل نخول وتجيز للكافل أن يوصي للمكفول من ماله في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث فهو باطل إلا إذا أجازه الورثة

عكس الكفالة فهي لا تمنح المكفول حقا في النسب ولا في الميراث بل تخول وتجيز للكافل أن يوصي للمكفول من ماله في حدود الثلث، وما زاد على الثلث فهو باطل إلا إذا أجازه الورثة[2].

أما من الناحية القانونية فهو يختلف من دولة إلى أخرى حسب النظام القانوني المتبع في تشريعها الداخلي، ما إذا كان يسمح بالتبني والكفالة معا أم يسمح بأحدهما

[1] محمد صبحي نجم، **محاضرات في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1992، ص57

[2] خليفة جاب الله، **التبني في القانون الوضعي و الشريعة الاسلامية**، مذكرة نيل شهادة الماستر، جامعة محمد خير بسكرة،،2015، 2014، ص9

فقط، فمثلا يسمح النظام التونسي المتعلق بالأحوال الشخصية بكلى النظامين عكس الجزائر والمغرب اللذان يسمحان بالكفالة فقط[1].

إذ تنص المادة46 من قانون الأسرة " يمنع التبني شرعا و قانونا" ويقصد بذلك بأنه لا يمكن للشخص أن يتبنى طفل آخر[2].

ومن ثم في حالة ما إذا تبناه ومنح له اللقب ففي هذه الحالة يكون قد خرج عن أحكام الشريعة والقانون.

إذ أن التبني حرام بنص صريح من القرآن الكريم وشهادة الميلاد في حالة التبني ليست دليلا قاطعا على النسب وما هي إلا تصريح يمكن إبطاله بجميع وسائل الإثبات[3].

بينما الكفالة مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم التي سنوضح أدلتها من خلال ما سنتعرض إليه.

المطلب الثالث: شروط الكفالة

عقد الكفالة كسائر العقود الأخرى التي يجب عند انعقادها توفر شروط بحيث يجب على الجهة المكلفة بعقد الكفالة أن تتحقق من توافرها، من هذه الشروط ما يتعلق بالكافل ومنها ما يتعلق بالمكفول وعليه سنتعرض في هذا المطلب إلى أهم هذه الشروط.

[1] علال أمال، المرجع السابق، ص45

[2] المادة 46 من قانون الأسرة

[3] تشوا ر الجيلالي، **محاضرات في قانون الأسرة**، طلبة السنة الثالثة قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقا يد، تلمسان، الجزائر، 2015، 2014

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافل

بالرجوع إلى نص المادة 118 من قانون الأسرة نجدها قد حددت الشروط التي يجب أن تتوافر في الكافل وهي الشروط نفسها المفروضة على الوصي والمقدم، ولابد للقاضي أو الموثق التأكد من توافر هذه الشروط قبل منح الكفالة[1].

ويمكن إجمال الشروط المنصوص عليهافي نص المادة السالفة الذكر والمتعلقة بالكافل في: الإسلام، العقل، القدرة كما أن هناك شروط لم يتعرض لها المشرع سوف يتم عرضها فيما يلي:

أولا: الشروط المنصوص عليها في القانون

الشرط الأول: الإسلام: اوجب قانون الأسرة شرط الإسلام في المادة 118 ق.ا " يشترط أن يكون الكافل مسلما " فعلى الكافل أن يكون متحدا في الدين مع الولد المكفول وقد قال الحنابلة أن الولد أحق بكفالة ولده، وان كان كافرا لم يتبعه في دينه لأنه محكوم بإسلامه ولأنه لا ولاية للكافر على المسلم لكن يثبت نسبه منه [2].

ومن ذلك قوله تعالى :(**بَشِرْ الْمُنَافِقِيْنَ بِأَنَّ لَهُمْ عَذَابًا أَلِيْمًا الذِيْنَ يَتَخِذُوْنَ الكَافِرِيْنَ أَوْلِيَاءَمِنْ دُوْنِ المُؤْمِنِيْنَ، ايَبْتَغُوْنَ عِنْدَهُمْ العِزَّةَ فَإِنَّ العِزَّةَ لِلَّهِ جَمِيْعًا)**[3].

وقولهتعالى:

(وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهَ لِلْكَافِرِيْنَ عَلَىْ المُؤْمِنِيْنَ سَبِيْلاً).[4]

فبذلك اعتبر المشرع الجزائري شرط الإسلام شرطا ضروريا وبالتالي الغير مسلم سواء مسيحي أو يهودي الديانة عندما يقدم طلب كفالة طفل قاصر جزائري

---

[1] لحسين بن شيخ آت ملويا، **قانون الأسرة نصا و شرحا**، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص110

[2] العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص213

[3] سورة النساء، الآية 138

[4] سورة النساء، الآية 141

يرفض طلبهوهذا ما يجري عمليا في المحاكم إذ انه سبق وان امرأة من جنسية فرنسية تقدمت بطلب كفالة طفل قاصر جزائري لكنه رفض طلبها على أساس أنها من جنسية فرنسية، الشيء الذي استخلص معه أنها غير مسلمة لكن عمليا نجد عدة أجانب أعلنوا إسلامهم في الجزائر، ووافقت وزارة الشؤون الدينية على ذلك.

وشرط الإسلام يثير إشكال الجنسية، فهل يشترط الجزائري الجنسية في طلب الكفالةبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع سكت عن هذا الشرط إذ كان من الفروض التنصيص عليه صراحة، مع العلم أن كل من ولد بالجزائر فهوا جزائري الجنسية، ولو فرضنا أن جزائري الجنسية طلب الكفالة لكن ظاهريا يعرفه العامة بأنه غير مسلم وقدم شهود أمام القاضي وطلب القاضي شهود، هل القاضي بناء على شهادة الشهود فقط وبدون وثيقة تثبت عدم الإسلام يرفض الطلب؟

نلاحظ انه مراعاة لمصلحة الطفل والتي يجب على القاضي التحقق منها جيد إن يرفض الطلب يناء على سلطته التقديرية في تقدير الوقائع ورعاية مصلحة الطفل وذلك في غياب شهادة إعلان الإسلام لأنه إذا رجعنا إلى أحكام الحضانة لوجدناها تلزم الحاضن أن يرعى الولد ويربيه على دين أبيه وتسقط إذا اختلت إحدى شروط الحضانة، ومن بينها حالة الردة أي الخروج عن الإسلام ولكون هذه المسألة تتعلق بالنظام العام، وعليه فانه ما ينطبق على الحضانة ينطبق على الكفالة، إذ حتى ولو كان الكافل جزائري الجنسية وثبتت ردته أو اعتناقه دينا آخر فان القاضي يرفض الطلب، وكذلك الأمر بالنسبة للموثق[1].

طالب الكفالة أجنبي الجنسية:

حسب نص المادة 13مكرر 01 من القانون المدني أجازالمشرع للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة، وبغض النظر عن دينهم فان قواعد الإسناد المحددة في المادة السالفة الذكر تستوجب على القاضي فقط مرعاه قانوني مقدم طلب الكفالة والطفل المكفول عند إنشاء العقد .

[1] طلبة مالك، **التبني و الكفالة**، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2003،2006، ص22

وعليه فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانوني الأجانب يجيز الكفالة، مع العلم أن طالب الكفالة والمكفول ليسا من جنسية واحدة فهنا القاضي بعد التحقيق الذي يجريه يقوم بتحرير عقد الكفالة، أما إذا كان الكافل والمكفول من نفس الجنسية وقانونهما يجيز الكفالة هنا القاضي يحرر عقد الكفالة [1].

الشرط الثاني : شرط أن يكون الكافل عاقلا وأهلا للقيام بشؤون المكفول

يشترط في الكفيل أن يكون متمتعا بسلامة العقل ويكون بالغا لان البالغ غير العاقل فاقد الأهلية ويكون مختار غير مكره ولا يكون محجورا عليه [2].

والقصد من ذلك أن الكافل لابد أن يكون بالغ سن الرشد وهي 19 سنة كاملة حسب نص المادة 40 من القانون المدني الفقرة[3]، وذلك حتى يكون بإمكانه إبرام هذا العقد باعتبار الأهلية من النظام العام وعلى القاضي مراقبة أهلية الكافل لان انعدام الأهلية معناه أن العقد باطل والتصرف غير قائم و منعدم، فلابد أن يكون للكافل أهلية الأداء وهذه الأخيرة مناط التمييز، المادة 83 من قانون الأسرة نصت على أن " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (40) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء[4].

[1] الأمر رقم 75_85، المؤرخ في 20 رمضان علم 1995، الموافق ل 6 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري

[2] العربي بختي، المرجعالسابق، ص213

[3] المادة 40 من القانون المدني الجزائري

[4] بو عيشة عقيلة، **الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية**، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، 2004، 2001، ص10

أما إذا بلغ الكافل سن الرشد وعيب إرادته بالعته أو الجنون هنا بنص القانون على وجوب الحجر عليه.

فإذا أبرم عقد الكفالة بعد الحكم عليه بالحجر فان تصرفه باطل بطلان مطلق، أما إذا ابرمه قبل الحكم عليه بالحجر فيعتبر صحيحا إلا إذا كان الجنون والعته ظاهرا، فيعتبر باطل ويرجع تقدير مسألة العقل لسلطة القاضي حسب ظروف كل حالة، وما يتطلبه القاصر من عناية و رعاية و تربية، فالطفل حديث الولادة يختلف عن الطفل في سن 4 سنوات أو5 سنوات وحاجته إلى الكافل تختلف في مرحلة من هذه المراحل[1].

الشرط الثالث: القدرة .

المقصود بالقدرة على الرعاية، هي القدرة المالية والجسدية وعلى القاضي إجراء تحقيق للتأكد من ذلك[2].

- **القدرة الجسدية:** هي عجز الكافل عن التكفل بطفل إصابته بعاهة أو إعاقة، مثال ذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا في هذا الصدد بقوله " ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمة فان قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية "[3] وبما أن كل من الحضانة و الكفالة تشتركان في هدف واحد ألا وهو القيام برعاية الولد القاصر والعناية به، وبالتالي فان ما ينطبق على الحضانة ينطبق على الكفالة بالنسبة لهذه القضية.

[1] عليعلي سليمان، **النظرية العامة للالتزام**، الطبعة07، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص55

[2] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص110

[3] قرار رقم 339221، الصادر بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد 40 سنة 1989، ص76

• **القدرة المادية أو المالية:** يقصد المشرع بالقدرة هنا الحالة المالية و الاقتصادية لطالب الكفالة إذ لا يعقل أن يكون الكافل بطالا وليس له مورد رزق[1]، فيجب أن يكون ذا مال حتى يقوم بالأنفاق على المكفول[2].

ملاحظة: إذا كان من المفروض أن ينظم المشرع الشروط المتعلقة بالوضعية المادية للكافل بمقتضى التشريع ويبين كيف تثبت هذه الوضعية.

ثانيا: الشروط الغير منصوص عليها في القانون

بالإضافة لما سبق هناك إشكالات عملية تطرح في غياب النص التشريعي وهي كالآتي:

هل يشترط في الكافل أن يكون ذكرا فقط أم يجوز للمرأة القيام بعقد الكفالة؟

هي يمكن للهيئات والأشخاص غير الطبيعية أن تطلب الكفالة؟

هل يشترط الفرق في السن بين الكافل والمكفول؟

هل يشترط في الكافل أن يكون متزوجا؟

هل يشترط موافقة الزوج والزوجة إذا كان على قيد الحياة؟

هذه الإشكاليات كان من المفروض النص عليها صراحة في قانون الأسرة حتى لا يوجد أي غموض أو تساؤلات بشأنها وحتى لا يكون هناك أي نقص بالقضاء الجزائري لكي يوفر أحسن رعاية للطفل القاصر مقارنة بتشريعات قوانين الدول الأخرى[3].

---

[1] قديري سوسن، **الكفالة على ضوء قانون الاسرة الجزائري**، رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014،2015، ص 46

[2] ألغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء،الطبعة الأولى**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص169

[3] طلية مالك، المرجع السابق، ص77

بالنسبة لشرط أن كون الكافل رجل آو امرأة:

جاء في نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري " يجب أن يكون الكافل مسلم وعاقلا ...." فمصطلح " الكافل" الوارد في نص المادة يدل ويؤكد على إن الكفالة للرجل دون المرأة، لكن قد يفهم ضمنيا أن الكافل يشمل كل من الرجل والمرأة، إذ كان من المفروض أن ينص المشرع صراحة على حق المرأة في طلب الكفالة لأنها أولى من الرجل في رعاية الطفل[1]، ويرى البعض انه لا فرق بين أن يكون الكافل رجلا أو امرأة[2].

أما فيما يخص كفالة الشخص المعنوي فلا يوجد نص في قانون الأسرة يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة مثل المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي، مع العلم أن مثل هذه الأشخاص الاعتبارية عادة لها طابع ومركز مالي وتسيير بشري لائق يمكنها من التكفل بالأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب وحتى معلومي النسب الذين لا تملك عائلاتهم الإمكانيات المادية لرعايتهم فكان منالأحسن النص في قانون الأسرة على حق الأشخاص الاعتبارية في الكفالة .

إلا أن القانون النموذجي المتعلق بمؤسسات الطفولة المسعفة في المادة الخامسة منه نجدها أعطت للهيئات والجمعيات والمنظمات ذات الطابع الاجتماعي الحق في الكفالة بقوة القانون للأطفال دون سن الثامنة عشر سنة في انتظار وضعهم في جو عائلي ويمكن تلخيص الشروط المتعلقة بهاته المؤسسات في :

- أن تكون المؤسسة ذات صبغة عمومية و إدارية
- أن يكون لها مركز مالي وتسيير بشري لائق[3].

[1] المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري

[2]ألغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص77

[3] قديري سوسن، المرجع السابق، ص49

أما بالنسبة إلى فارق السن بين الكافل والمكفول: لا يوجد نص في قانون الأسرة ينظم هذه المسألة إلا انه من ليس من العقول أن يكون الكافل اصغر سن من المكفول فلا بد أن تتجاوز سن الكافل سن المكفول، حتى في غياب نص قانوني ينظم شرط فارق السن.

إلا أن مديرية المساعدة الاجتماعية قامت بتحديد الحد الأعلى للسن بالنسبة للرجل 60 سنة أما بالنسبة للمرأة 55 سنة[1].

أما شرط الزواج أيضا لا يوجد نص قانوني ينظم مثل هذا الشرط لكن عمليا دأبت المحاكم إلزام طالب الكفالة بإرفاق الملف بشهادة الزواج مراعاة لمصلحة الطفل من طرف القاضي،[2] لأن الغاية من الكفالة هي حماية القاصر وضمان وجوده في أمان وكذا ضمان حسن تربيته ورعايته[3] .

وبالنسبة لموافقة الزوجين فيرى البعض أنه إذا اقبل احد الزوجين على الكفالة يتعين موافقة الزوج الآخر[4].

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمكفول

لم يرد في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للمكفول، لذلك فانه علينا أن نحدد بعض الشروط المطلوبة في حق المكفول، والتي أشار إليها المشرع بصورة غير مباشرة في قانون الأسرة وذلك بالرجوع إلى نص المادة 116 منه نجده قد ذكر أن "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر"[5] .

---

[1] حملا وي شهرزاد، **الكفالة و إشكالاتها القضائية في ظل قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2011،2012، ص5

[2] علال أمال، المرجع السابق، ص77

[3] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص110

[4] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص169

[5] المادة 116 من قانون الأسرة

فنجد أن المشرع في هذه المادة قد اشترط سن معين للمكفول، وكذلك بالرجوع إلى نص المادة 119 من قانون الأسرة نجده قد تكلم على وضعية الطفل المكفول، الذي قد يكون أما مجهول النسب، وأما معلوم النسب[1].

أولا: شرط السن

لم يحدد القانون سن المكفول،فلم يبين أدناها أو أقصاها فالمادة 116 ق. أتكلمت فقط على الولد القاصر كما سبق بيانها وعليه يجب معرفة المقصود بمصطلح القاصر:

القاصر قانونا: هو كل شخص ذكر أو أنثى لم يبلغ سن الرشد القانوني حسب نص المادة 40 ق.م.ج

"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة "

نلاحظ أن المادة عرفت الطفل القاصر بسنه، وحددت سن الرشد وهو 19 سنة كاملة[2].

وهي نفس التعاريف التي يقدمها فقهاء القانون، فمثلا عرفه الدكتور كمال حمدي كالتالي: القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني، ذلك لان حياة الفرد تنقسم إلى مرحلتين الأولى يكون فيها قاصر والثانية يكون فيها راشد، ذلك أن الطبيعة نفسها قسمة الحياة إلى مراحل عدة تبعا للتقدم الجسماني والعقلي للإنسان[3].

لذلك فانه على القاضي أو الموثق حتى يبرم عقد الكفالة يجب عليه يجري تحقيقا في الملف ومن بين الأمور التي يجب عليه التأكد منها هو شرط السن.

---

[1] المادة 119 من ق،أ " الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب"

[2] المادة 40 من القانون المدني الجزائري

[3] كمال حمدي، **الأحكام الموضوعية في الولاية على المال**، 1997، ص17

والشيء الملاحظ بالنسبة لسن المكفول انه كان من المفروض على المشرع أن يحدد السن صراحة في الأحكام المتعلقة بالكفالة مثل ما فعل المشرع المغربي .

ثانيا: أصل المكفول

حسب نص المادة 119 من قانون الأسرة " الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب "

الكفالة ليست تبنيا ولهذا لا يشترط أن يكون الولد المكفول مجهول النسب، بل قد يكون أبواه معروفين وعلى قيد الحياة أو أنهما متوفين، فالغاية هي ضمان تربية الطفل في وسط عائلي حتى يسلم من كل آفة اجتماعية[1] .

أي يستوي أن يكون الولد المكفول معروف النسب ولا كافل له، آو مجهول النسب كاللقيط مثلا ووافقت الجهة المختصة على ذلك، وفي جميع الحالات يحتفظ الصغير المكفول بنسبه الأصلي، إذا كان معلوم النسب، فان كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية[2].

القاصر المكفول معلوم النسب:

وهو ولد لأبوين معروفين، فان كان الاثنين على قيد الحياة يتعين رضاهما على الكفالة التي تعين ولدهما، إذا توفي احدهما اهو كان عاجزا عن التعبير عن أرادته في شأن الكفالة، فموافقة من هوعلى قيد الحياة تكفي، وإذا توفي الأبوان الاثنان أو عجزا عن التعبير إرادتهما لأسباب ما، يكون القول للمجلس العائلي بعد موافقة من كان في حضنه الولد[3].

[1] لحسين بن شيخ ،المرجع السابق، ص110

[2] بالحاج لعربي، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفق آخر تعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة01، عمان، الاردن، 2012، ص526.

[3] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص170

القاصر المكفول مجهول النسب

مثال عن ذلك نجد فئة اللقطاء، واللقيط صنف من الأطفال مجهولي النسب ويقصد بهم كل مولود لم يعلم أبواه سواء كان ثمرة علاقة شرعية أو غير شرعية، فمن هو اللقيط؟

تعريف اللقيط

اللقيط لغة: فعيل بمعنى مفعول، أي ملقوط، كجريح و أسير، اسم لما يلقط، أي يرفع ويؤخذ من الأرض ومنه اللقط، وهو أخذ الشيء من الأرض، فيعم كل شيء يلتقط ويرفع[1].

اصطلاحا:اختلفت تعبيرات الفقهاء في تعريف اللقيط لاختلافهم في الملحوظ الذي لاحظه كل منهم عند تعريفه

اللقيط شرعا: طفل نبيذ أو مطروح بنحو شارع لا يعرف له مدعي[2].

واللقيط: هو مولود حي تركه أهله خوفا من الفقر أو فرار من تهمة ما[3].

كما يمكن أن نعرفه أيضا بأنه: هو الطفل الذي يلقي به أحد والديه في الطريق العام، اما هربا من تحمل مسؤولية الإنفاق عليه وكفالته، و تربيته، أو اخفاء لجريمة زنا ذلك اللقيط ثمرتها[4].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص222

[2] محمد عبد الرؤوف المنوي، **التوقيف على مهمات التعاريف**، الطبعة1، دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، 1410، ص625

[3] محمد شلتوت ، **الإسلام عقيدة و شريعة**، الطبعة1، دار البعث، قسنطينة، ص318

[4] عقلة محمد، **نظام الأسرة في الإسلام**، الطبعة2، مكتبة الرسالة، عمان،1989، ص280

من خلال هذه التعاريف نستنتج أن: اللقيط هو صبي لم يبلغ، نبذه أهله أو ضاع منهم، التقط لحفظه و رعايته.

أحوال اللقيط:

تتمثل في حالتين: قد يكون الالتقاط عن الطريق المعتاد أو ترك الطفل.

1- **الالتقاط المعتاد:** هو الذي يتم بصفة عادية أو عن المستشفيات وفيما سبق كان الأمر 76-79 المؤرخ في أكتوبر 1976 و المتعلق بقانون الصحة العمومية قد حدد الإجراءات التي يتم حسبها الالتقاط.

لكن فيما بعد ألغي نفس الأمر بمقتضى القانون رقم 85-05 المتضمن حماية وترقية الصحة وعليه المصلحة المكلفة بالطفولة بما في ذلك اللقطاء والمعوقين حولت الحماية الاجتماعية التابعة لوزارة العمل و الشؤون الاجتماعية حاليا.

هذا وقد يكتسي الالتقاط شبه الشرعي بحيث هو مسموح به للضرورة وعليه فان الالتقاط تصرف إرادي[1].

2- **ترك طفل:** قد يكون الالتقاط غير شرعي، وفي هذه الحالة يشكل ترك الطفل، وقد جرم المشرع نفس الفعل حيث نصت المادة 314 من قانون العقوبات على أنه:

" كل من ترك طفلا ...أو عرضه للخطر في مكان خالي من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات "[2]

وجاءت المادة 315 بتشديد العقوبة بحيث أنه إذا كان مرتكب الحادث من أصول الطفل ممن لهم سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته فتكون العقوبة كما يلي: الحبس من سنتين إلى خمس (5) سنوات في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 315.[3]

[1] تشوار الجيلالي، المرجع السابق،
[2] المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري
[3] المادة 315 من قانون العقوبات الجزائري

آثار الالتقاط: هذه الآثار تتمثل في أمرين

يؤدي الالتقاط إلى سقوط السلطة الأبوية ويلحق اللقيط بمركز الإيواء والمراقبة أو بمصلحة مكلفة بمساعدة الطفل لتحضنه و ترعاه .

كما يجوز كفالة اللقيط طبقا لأحكام قانون الأسرة[1].

وبالنسبة للمكفول نجد أن المشرع أيضا لم يتعرض إلى شرط الجنسية وبالتالي فان التساؤل الذي يطرح في هذه الحالة:

هل يمكن للطفل القاصر ذو الجنسية الأجنبية أن يكفله جزائري الجنسية؟

هل يمكن للطفل القاصر ذو الجنسية الجزائرية أن يكفله أجنبي الجنسية؟

المشرع الجزائري لم ينص صراحة ما إذا كان الطفل ذو الجنسية الأجنبية يمكن كفالته من طرف الكفيل الجزائري على الرغم من أن المادة 13 مكرر 01 من القانون المدني المتعلقة بقواعد الإسناد نصت على انه إذا كان أحد طرفي العقد أجنبي أو كلاهما معا يجب البحث في قانونهما الداخلي معا من طرف القاضي الداخلي عن صحة الكفالة إلا أن المشرع في قانون الأسرة لم ينظم هذه الحالة بالإجازة أو الرفض[2].

فمبدئيا في حالة وجود نص صريح يحكم هذه الوضعية فانه يتعين رفض الطلب، ونفس الشيء في الحالة الثانية القاصر ذو الجنسية جزائرية وطالب الكفالة أجنبي مقيم في الجزائر فانه يستوجب رفض الطلب لعدم وجود نص يجيز ذلك ، لكن عمليا إذا وافق وكيل الجمهورية على طلب الكفالة فهنا تتم الكفالة[3].

نخلص من خلال ما تم بيانه بالنسبة للشروط التي وضعها المشرع من أجل القيام بعقد الكفالة، أن الكافل يجب أن يكون مسلم، عاقل، قادر، فكل هذه الشروط تعتبر ضرورية بالنسبة للكافل، ولا يقوم عقد الكفالة في حالة عدم وجودها.

---

[1] تشوار الجيلالي، المرجع السابق.

[2] المادة 13 مكرر 01،،من القانون المدني .

[3] علال أمال، المرجع السابق،81.82

لكن من جهة أخرى نجد بأن المشرع قد أهمل بعض الشروط وهي الأخرى ضرورية بالنسبة لقيام عقد الكفالة، حيث نجد أن المشرع لم ينص عليها صراحة في قانون الأسرة الجزائري كما فعلت بعض التشريعات الأخرى التي تأخذ بنظام الكفالة، مثل المشرع المغربي، لذلك فعلى المشرع النص على هذه الشرط حتى لا يبقى هناك أي غموض أو إشكال بشأنها.

المبحث الثاني: الكفالة في الشريعة الإسلامية

لقد حرمت الشريعة الإسلامية التبني بعدما كان معمول به في الجاهلية قبل الإسلام، فكان الرجل إذ ما أعجبه فتى لوسامته أو حبا في الرفعة و الانتساب، تبناه و ألحقه بنسبه وتماشيا مع هذه الظاهرة تبنى محمد صلى الله عليه وسلم قبل النبوة زيد بن الحارثة و الذي كان يدعى في ذلك الوقت زيد بن محمد، إلا أن هذا التحريم كان له بديل وهذا البديل يتمثل في نظام الكفالة الذي عملت به العديد من الدول الإسلامية لذلك سنتعرض في هذا المبحث إلى موقف الشريعة الإسلامية من الكفالة (المطلب الأول) ثم نتعرض إلى فوائد الكفالة في الإسلام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من الكفالة

لقد اهتم الإسلام بشأن اليتيم اهتماما بالغا من حيث تربيته ورعايته ومعاملته وضمان سبل العيش الكريمة له حتى ينشأ عضوا نافعا في المجتمع المسلم، وقد ظهرت هذه العناية باليتيم في القرآن الكريم منذ الفترة الأولى حين بدأ الوحي إلى الفترة الأخيرة، حيث قارب الوحي الكمال والتمام[1]

بدأها الله عز و جل بتذكير نبيه صلى الله عليه وسلم بما عليه من حال اليتيم قال تعالى(**فَأَمَا اليَتِيْمَ فَلاَ تَقْهَرْ**)[2]، ومما يؤكد على حرص التشريع الإسلامي على اليتيم و التأكيد المستمر على العناية به وحفظه هو ورود كلمة اليتيم ومشتقاتها في ثلاث

[1] محمود شلتوت، تفسير القرآن، الطبعة7، دار الشروق، بيروت، لبنان، 1399، ص127

[2] سورة الضحى، الآية 9

وعشرين آية من آيات القرآن العظيم، كلها تحث على إقرار كثير من الحقوق لفئة من الأولاد وهم اليتامى و اللقطاء أو مجهولي النسب والأدلة على كفالة اليتيم كثيرة سواء من القرآن الكريم أو السنة النبوية[1].

الفرع الأول: الكفالة من القرآن الكريم

بالنظر إلى نصوص القرآن العديدة في شأن اليتيم نجده قد حث في أكثر من موضع على الإحسان إلى اليتيم وإمداده بالعطف و الرعاية اللازمة للتخفيف عنه[2]، لقوله تعالى(**و إذا أَخَذْنَا مِيْثَاقَ بَنِيْ اِسْرَائِيْلَ اَنْ لاَ تَعْبُدُوْا إِلاَ اللَّهَ وَ بِالْوَالِدَيْنِ اِحْسَانًا وَذِيْ القَرْبَيْوَ اليَتَامَى وَ المَسَاكِيْنَ وَ قُوْلُ لِلْنَاسِ حَسَنًا وَ اَقِيْمُوْا الصَلاَّةَ وَ آتُو الزَّكَاةَ ثُّم تَوَلَيْتُمْ اِلَا قَلِيْلًامِنْكُمْ وَ أَنْتُمْ مُعْرِضُونَ)**[3].

تظهر العناية باليتيم في صورة أخرى من شأنها أن تجعل القلوب مهما كانت قاسية، تنفجر بالرحمة و العطف على اليتيم حيث يجعل قهر اليتيم آية واضحة من آيات التكذيب بيوم الدين قال سبحانه و تعالى: **(أَرَاَيْتَ الذَيْ يُكَذِبُ بِالْدِيْنِ، فَذَلِكَ الذَّيْ يَدُعُالْيَتِيْمَ وَ لاَ يَحُضُ عَلَى طَعَامِ المِسْكِيْنِ)**[4] .

وقد ورد الفعل (يكفل) في القرآن الكريم بمعنى يتعهد الصغير ويرعى شئونه[5]، ونقرأ قول الحق تبارك وتعالى:

(هَلْ اَدُلُكُمْ عَلَى اَهْلِ بَيَت يَكَفُولُونَّهُ)[6].

---

[1] عز الدين بحر العلوم، **اليتيم في القرآن و السنة**، الطبعة02، دار الزهراء للطباعة و النشر بيروت، ص13

[2] العربي بختي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مقارنة بقانون الأسرة الجزائري**، الطبعة1، كنوز الحكمة، الجزائر،2013، ص290

[3] سورة البقرة، الأية73

[4] سورة الماعون، الآيتان01،02

[5] علي أحمد السالوسي، **الكفالة في ضوء الكتاب و السنة و التطبيق المعاصر**، ص42

[6] سورة القصص، الأية12

ففي كل هذه الآيات دليل على أن الكفالة في القرآن الكريم تعني الرعاية والعناية بالصغير وحفظه، ولم يرد الفعل كفل في غير هذا الموضع.

وقد اوجب الإسلام المحافظة على إعزاز اليتيم و إكرامه، و استصلاح حاله وماله وعدم التعدي عليه لقوله حل جلاله:

(اِنَّ الذَّينَّ يَأكُلُونَّأَموَالَ اليَتَامَى ظُلُمًا اِنَّمَا يَأكُلُونَّ فِيْ بِطُونِهِمْ نَارًا وَسَيُّصلَّونَّ سَعِيْرًا)[1]، وقوله تعالى:

(وَلاَ تَقَربَوْا مَالَ اليَّتِيْمَ اِلاَ بِالَتِيْ هَيْ اَحسَّنْ حتَى يَبْلُغَ أَشدَهُ)[2].

كما اعتبرت الشريعة الإسلامية الإنفاق على اليتيم من أفضل النفقة التي ينفقها المسلم، قال تعالى: **(يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقِوْنَّ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرِ وَ لِلْوَالْدَيْنِ وَالَاقَرَبِيْنَ وَ اليَتْامَى)**[3].

الفرع الثاني: الكفالة من السنة النبوية الشريفة

مع التأكيد على حق اليتامى في القرآن، فان السنة النبوية اهتمت باليتيم فقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم أرحم الناس باليتيم وأشفقهم عليه وحض على كفالة اليتيم ورغب بها في أكثر من موضع منها:

عن سهل– رضي الله عنه – قال: قال رسول الله– صلى الله عليه وسلم " **أنا وكافل اليتيم في الجنة كهذا، وأشار بالسبابة و الوسطى، وفرج بينهما شيئا** "[4].

---

[1] سورة النساء، الآية 10

[2] سورة الإسراء، الآية 34

[3] سورة البقرة، الآية 213

[4] البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، **الجامع الصحيح المختصر**، ج5، ط2، دار ابن كثير، بيروت، 1987، ص2032.

وعن مالك بن الحرث– رضي الله عنه انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول " **منضم يتيما بين أبوين مسلمين إلى طعامه، وشرابه حتى يستغني عنه، وجبت له الجنة البتة**"[1].

جاء في رواية الترمذي لهذا الحديث– عن عكرمة ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم– قال:" **من قبض يتيما من بين المسلمين إلى طعامه وشرابه، أدخله الله الجنة البتة،إلا أن يعمل دنيا لا يغفر** "[2].

وقال – صلى الله عليه وسلم " **خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يحسن إليه، وشر بيتفي المسلمين بيت فيه يتيم يساء إليه** "[3] .

ففي جميع هذه الأحاديث تأكيد على بشارة كافل اليتيم بالجنة، ولقد وعد الرسول– صلى الله عليه وسلم– بالأجر العظيم لمن تكفل برعاية الأيتام، فقال– صلى الله عليه وسلم –(من عال ثلاثة من الأيتام كان كمن قام ليله وصام نهاره وغدا وراح شاهرا سيفه في سبيل الله وكتب أنا وهوا في الجنة أخوين كهاتين أختان وألصق إصبعيه السبابة و الوسطى)

أما الكفالة في الإجماع : فنجد انه قد اجمع الفقهاء على مشروعيتها وجوازها وذلك منذ عصر الصحابة كونها جاءت تخدم مصالح الناس والأطفال مجهولي النسب خاصة اللقطاء، ولما فيها من تفريج الكروب حيث لا يزال المسلمون يكفل بعضهم البعض[4].

والذي يستخلص من هذه الآيات والروايات عظم حق اليتيم ووجوب رعايته لأن معالم كفالة اليتيم في الشريعة الإسلامية تتمثل في رعايته نفسيا و جسديا، دينيا وخلقيا و المحافظة على سائر حقوقه التي كفلتها له الشريعة الإسلامية من أن تهضم أو تسلب.

---

[1] أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ج4، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ص344

[2] الترمذي محمد بن عيس أبو عيسى الترمذي، **سنن الترمذي**، ج4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص320

[3] البخاري، **الأدب المفرد**، ط3، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1989، ص61

[4] علي احمد السالوسي، المرجع السابق، ص50

ويجب الإشارة أن كلمة اليتيم في الإسلام لا تعني اليتيم الحقيقي فقط الذي مات أبواه، بل تتسع كفالة اليتيم في الشريعة الإسلامية لتشمل أصناف أخرى لهم أباء غير ميتين لكنهم في حكم الأموات و يمكن اعتبار أولادهم في حكم الأيتام و في المجتمع نماذج كثيرة من هذه الأصناف:

وهم اللقطاء، أبناء الزنا، أبناء المعاقين، أيتام الأم، الأطفال المشردين(أبناء الشوارع)، أبناء المفقودين....ألخ، لذلك فكل هؤلاء الأصناف هم بحاجة الى الحنان و الرعاية والمساعدة كالأيتام الحقيقيين، بل قد تستوجب حالات الكثير منهم الى الرعاية والحنان أشد ما يحتاج إليهم اليتيم الحقيقي.

المطلب الثاني: فوائد الكفالة في الإسلام

لقد رتب الله الشرع جملة من الفوائد التي تتحقق عند قيام أحد أفراد المسلمين بكفالة الأيتام ورعايتهم ومن هذه الفوائد نجد:

- ❖ كفالة اليتيم من قبل المسلم تؤدي إلى مصاحبة الرسول صلى الله عليه وسلم في الجنة وكفى بذلك شرفا و فخرًا.
- ❖ كفالة اليتيم والإنفاق عليه وتربيته و العناية به تدل على طبع سليم وفطرة نقية وقلب رحوم.
- ❖ كفالة اليتيم والمسح على رأسه وتطييب خاطره وتؤدي إلى ترقيق القلب وتزيل القسوة عنه.
- ❖ كفالة اليتيم تعود على صاحبها بالخير الجزيل والفضل العظيم في الحياة الدنيا فضلا عن الآخرة قال تعالى: " هل جزاء الإحسان إلا الإحسان"، أي هل جزاء من أحسن في عبادة الخالق، ونفع عبيده، إلا أن يحسن خالقه إليه بالثواب الجزيل، و الفوز الكبير و العيش السليم في الدنيا و الآخرة .
- ❖ كفالة اليتيم تساهم في بناء مجتمع سليم خال من الحقد والكراهية وتسود فيه روح المحبة و المودة، قال صلى الله عليه وسلم **(ترى المؤمنين في تراحمهم و توادهم وتعاطفهم كمثل الجسد، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى).**
- ❖ في إكرام اليتيم والقيام بأمره ورعايته والعناية به وكفالته إكرام لمن شارك الرسول صلى الله عليه وسلم[1].
- ❖ كفالة اليتيم تزكي مال المسلم وتطهره وتجعل هذا المال نعم الصاحب للمسلم
- ❖ كفالة اليتيم من الأخلاق الحميدة التي أقرها الإسلام و أمتدح أهلها
- ❖ في كفالة اليتيم بركة عظيمة تحل على الكافل وتزيد في رزقه
- ❖ كفال اليتيم تجعل البيت الذي فيه اليتيم من خير البيوت

[1] عبد الله بن ناصر بن عبد الله، **فضل كفالة اليتيم، دعوة الى مرافقة الرسول صلى الله عليه وسلم في الجنة**، المملكة العربية السعودية، 1421، ص25

❖ في كفالة اليتيم حفظ لذريتك من بعدك وقيام الآخرين بالإحسان إلى ايتامك قال تعالى " وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا".

❖ كما تعتبر كفالة اليتامى من المسلمين وغير المسلمين في البلاد الفقيرة نوعا من التعاون على البر والتقوى الذي أمرنا الله تعالى به في كتابه العزيز، و قطع كفالة اليتيم يعتبر نوعا من أنواع التعاون على الإثم و العدوان[1].

وبناء على ما سبق نجد بأن الإسلام قد أحاط اليتيم بالعناية والرعاية اللازمة، وضمن له صيانته وتوفير العيش الكريم له من خلال ترغيبه في كفالته، بضمه إلى الأسرة المسلمة بضوابط وشروط، حيث رتب الإسلام لكفالة اليتيم فائدة كبيرة بما في ذلك من التقرب إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم والحصول على الجزاء من الله تعالى.

لذلك تعتبر كفالة اليتيم مسؤولية المجتمع المسلم كله في أي زمان وفي أي مكان وهو فرض كفاية على الأمة فان تركت الأمة كفالة اليتامى أثمت جميعها .

وتعتبر مصادرة كفالة اليتامى التي يعيش عليها من أشد أنواع القهر والإذلال لليتيم لأنها تفتح الباب أمامه ليبحث عن الطعام بأي وسيلة ولو بتبديل دينه، و المحافظة على الدين من أهم المقاصد العظمى التي جاءت الشريعة الإسلامية للحفاظ عليها[2].

نستخلص من خلال الفصل الأول أن الكفالة هي تصرف قانوني يقوم به شخص وذلك باتخاذ ولد الغير مجهول أو معلوم النسب، والقيام برعايته والنفقة عليه، ومعاملته معاملة الابن الشرعي، حيث يكون لكل من الطرفين مجموعة من الحقوق والواجبات.

ولكون الكفالة تصرف قانوني فهي تختلف عن الكثير من الأنظمة المشابهة لها كالحضانة والتبني حيث يبقى الطفل يحتفظ ينسبه الأصلي، ولكن هذه الأنظمة تشترك في تحقيق هدف واحد وهوا رعاية وحفظ وتربية الطفل القاصر.

[1] عبد بن ناصر بن عبد الله، المرجع السابق، ص26

[2] عز الدين بحر العلوم، المرجعالسابق، ص20

ومن جهة أخرى نجد أن القانون لم يغفل أمر صحة عقل الكافل واستمرار سلامة العقيدة الدينية للمكفول لهذا نجد أن قانون الأسرة اشترط مجموعة من الشروط مثل الشريعة الإسلامية كأن يكون الكافل مسلم وعاقل وأهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته.

لذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ساير الشريعة الإسلامية بمنعه التبني شرعا وقانونا في المادة في المادة 46 من ق.ا و أخذه بنظام الكفالة كبديل ملائم للتبني. ومن جهة أخرى نجد انه من اجل تحقيق مصلحة اليتيم في الشريعة الإسلامية وردت عدة آيات و أحاديث تقر نظام الكفالة الذي كان معمولا به منذ عصر النبوة وبقيت جذوره ممتدة إلى يومنا هذا، وذلك لان نظام الكفالة وسيلة لحماية الأطفال المحرومين من الجو الأسري لأجل رعايتهم وإدماجهم في كنف أسرة قادرة على تحمل مسؤولياتهم.

الفصل الثاني

إن نظام الكفالة كما سبق بيانه هو عقد من العقود التبرعية التي تقوم على القيام برعاية ولد قاص، لذلك فان عقد الكفالة من العقود المهمة التي يتبادر إلى الذهن أن هناك عدة نصوص قانونية تنظم موضوعه من عدة نواحي، وعليه نجد قانون الأسرة الجزائري الذي يعد بمثابة القاعدة العامة في تنظيم أحكام الكفالة كما سبق بيانه، كما نجد أن المشرع الجزائري قد بين في قانون الأسرة كيفية انعقاد عقد الكفالة و إنشائها وما يترتب عليها من أثار قانونية، مع الإشارة أن المشرع الجزائري لأول مرة ينصص صراحة على إبرام عقد الكفالة إذا كان أحد أطرافها أجنبيا من فبل القاضي الداخلي الجزائري وهذا حسب التعديل الجديد قي القانون المدني الجزائري بمقتضى المادة 13 مكرر1،هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب الذي أعطى للكافل في إطار عقد الكفالة الحق في تقديم طلب وزارة العدل قصد تغيير لقب القاصر مجهول النسب من الأب ليصبح مطابقا للقب العائلي للكافل، كما نجد بالإضافة إلى التشريع الجزائري تشريعات أخرى أخذة بنظام الكفالة ونظمت أحكامه كذلك وهذا ما سوف نتناوله في هذا الفصل حيث قمنا بتقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: الكفالة في التشريع الجزائري

المبحث الثاني: موقف بعض التشريعات الوضعية من الكفالة

المبحث الأول: الكفالة في التشريع الجزائري

إن الكفالة عقد يبرم بين الكافل والطرف الثاني، قد يكون هذا الطرف القاصر نفسه أو هيئة مختصة، ويكون ذالك لدى موثق مختص،أوجهة قضائية، أوأمام قنصليات بالخارج، ويتم لأجل ذالك إتباع إجراءات معينة، وهذا ما سنتعرض إليه في هذا المبحث، حيث سنتعرض في (المطلب الأول) إلى إجراءات انعقاد الكفالة، أما (المطلب الثاني)، فسنتعرض فيه لآثار الكفالة، ثم سنتناول انقضاء الكفالة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: إجراءات انعقاد الكفالة

إلى جانب الشروط السابقة والتي يجب أن تتوفر في كل من الكافل والمكفول وضع المشرع شروط أخرى من اجل إبرام عقد الكفالة، فيجب أن تتم الكفالة في شكل معين، وهناك ثلاث جهات مختصة بتحرير عقد الكفالة، داخليا نجد حسب نص المادة 117 من قانون الأسرة كلا من الموثق والقاضي، وخارجيا نجد القنصليات الجزائرية، ويستوجب على طالب الكفالة أن يرفق طلبه بوثائق محددة وفي حالة تخلفها يرفض طلبه، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى توضيح كيفية انعقاد عقد الكفالة :

الفرع الأول: الجهات المختصة بإبرام عقد الكفالة

بالرجوع إلى نص المادة 117 من قانون الأسرة نجد أنه " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان "

يفهم من خلال نص المادة السالفة الذكر بأن عقد الكفالة يتم تحريره من قبل جهتين مختصتين،حيث اشترط المشرع تحريرها أمام جهة قضائية أو أمام الموثق[1]، بالإضافة إلى نص المادة 116 من قانون الأسرة ".....وتتم بعقد شرعي"[2]،

[1] المادة 117 من قانون الأسرة

[2] المادة 116 من قانون الأسرة

حيث انه بخصوص هذه المسألة أشارت المحكمة العليا إلى انه لا يجوز إثبات الكفالة إلا بعقد شرعي (أي بالكتابة)[1].

ولما كان من الثابت– في قضية الحال – أن عقد الكفالة لم يثبت بوثيقة كتابية فان قضاة الموضوع طبقوا القانون التطبيق الصحيح حين اخرجوا المطعون ضده من الخصومة باعتباره ليس كفيلا ومتى كان ذالك استوجب رفض الطعن [2].

وبناء على نص المادة 117 من ق.أ تطرح التساؤلات التالية :

1. ما هو دور كل من قاضي الأحوال الشخصية و الموثق في مسألة تحرير عقد الكفالة ؟
2. بما أن الكفالة تمنح للجزائري المقيم بالخارج فما هو دور القنصليات الجزائرية الخارجية في عقد الكفالة؟

أولا : الجهات القضائية :

عقد الكفالة يتم أساسا خارج المحكمة وبين طرفيه وهما الكافل وولي المكفول سواء كان أبواه أو مؤسسة حماية الطفولة ويقومان بتصرف يتطابق إرادتهما بكل حرية، إلا أن هذا العقد لا يحدث آثاره ولا يمكن وجوده في عالم القانون إلا بلجوء إلى القاضي عملا بأحكام المادة 117 من قانون الأسرة[3].

إنا المحاكم هي المختصة بإبرام عقد الكفالة لأنها هي الجهة القضائية ذات الولاية العامة ينظر في جميع القضايا المدنية، وبتالي فان إجراءات الكفالة تتم بتقديم طلب أمام المحكمة ، و المقصود بعبارة المحكمة رئيس الجهة القضائية المختص وهو قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة طبقا للمادة 492 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

---

[1] بالحاج لعربي، المرجع السابق،ص526

[2] قرار في 1988/07/13 المشار اليه في كتاب نبيل صقر، **قانون الأسرة (نصا وفقها وتطبيقا)**، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، ص315

[3] علال أمال، المرجع لسابق، ص83

"يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة "[1]، فالكفالة تتم بموجب أمر ولائي صادر عن قاضي شؤون الأسرة[2]، ويصدر القاضي أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقتين في شكل معين وذالك بعد اخذ رأي النيابة العامة طبقا للمادة 494 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وهذا حفاظا على مصلحة الطفل المكفول حتى لا تهدر حقوقه[3].

وعليه فان دور القاضي عندما يتلقى طلب الكفالة يتصل فقط بالوظيفة الولائية، ومهمة القاضي تنصب أساسا على التحقق من توافر الشروط المطلوبة قانونا في قيام الكفالة[4].

مع مراعاة كذالك انه طبقا للتعديل الجديد في القانون المدني في المادة 13 مكرر 01، فان القاضي الجزائري بموجب قواعد الإسناد يمكن أن يصدر حكما أو أمرا بالكفالة طرفاه أجنبيان أو احد أطرافه أجنبي مقيم على الإقليم الجزائري.

وهذا مراعاة للقانون الداخلي لكلا الطرفين الكافل و المكفول عند إبرام العقد إذ توسعت اختصاصات القاضي الداخلي بعدما كانت مقتصرة على الأطراف الجزائرية فقط[5].

---

[1] المادة 492 من القانون رقم 08،09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 ،المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

[2] لحسن بن شيخ آت ملويا، مرجع سابق، ص109

[3] نص المادة 494 ق.ا.م " ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة "

[4] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص176

[5] المادة 13 مكرر1"يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل و المكفول وقت إجرائها، ويسري على أثارها قانون جنسية الكفيل "

نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي هذه المهمة أو هذا التصرف لإضفاء الصبغة القانونية على الكفالة حتى يكون القاضي باعتباره حامي للحقوق والحريات مراقب دائم لمعيشة ووضعية القاصر المكفول، وعليه يقوم بالتحري الكامل على حياة الكافل الاجتماعية و المادية والنفسية حتى يمكن له أن يقبل رضاه وإبرامه لعقد الكفالة.

لكن من حيث الواقع ونظرا لكثرة المشاكل و ازدياد انشغالات رئيس المحكمة بالمستجدات التي يواجهها المجتمع الذي توسعت رقعته الجغرافية و البشرية، لم يعد رئيس المحكمة يقوم بعمله كامل في مراقبة و تحقيق أولي على الكافل للقاصر والمراقبة الدورية بعد وضعه تحت ولايته.[1]

ثانيا: الموثق

بموجب المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري، فانه يجوز للموثق بناءا على طلب ذوي الشأن تحرير عقد الكفالة، وذالك بعد إجراء تحقيق أمامه مراعيا مدى توافر شروط الكفالة وكذا مراعاة الأوضاع والأشكال المنصوص عليها في قانون التوثيق[2].

وقد اوجد المشرع هذا الطريق لإفراغ العقد أمام الموثق مراعيا في ذالك ما قد يسببه إبرام عقد الكفالة أمام المحكمة من حرج للكافل أو ولي المكفول أو حتى تأثير على نفسية المكفول.

وعليه بمجرد أن يقوم الموثق بتحرير عقد الكفالة تصبح له القوة التنفيذية مثل الحكم القضائي، ولا يحتاج للمصادقة عليه من طرف القاضي، باعتبار العقد الذي يحرره الموثق عقدا رسميا وله الحجية المطلقة على كافة التراب الوطني حسب المادة 324 وما يليها من القانون المدني[3].

---

[1] علال أمال، المرجع السابق، ص26

[2] قانون رقم 06–02 مؤرخ في 21 محرم عام 1827 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، يتضمن مهنة الموثق .

[3] تنص المادة 324 ق.م " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف او ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه"

وتجدر الإشارة انه باستقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من المادة 492 إلى غاية المادة 494 منه الخاصة بإجراءات الكفالة فإنها لم تتطرق إلى إبرام عقد الكفالة أمام الموثق وبذالك يكون قد ألغى ضمنيا تحرير الكفالة أمام الموثق .

وهذا تطبيقا للمادة الثانية الفقرة الثانية من القانون المدني " قد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

وبالتالي يفهم أنه سحبت من الموثق صلاحية إبرام عقد الكفالة واقتصرت على القضاء فقط وذلك راجع لخطورة هذا العقد.

فعلى المشرع تعديل المادة 117 لإزالة التناقض[1].

ثالثا: البعثات الدبلوماسية

بالنسبة للجزائريين المقيمين بالخارج الراغبين في الكفالة، يمكنهم تقديم الطلب إلى ذوي الشأن من رؤساء البعثات الدبلوماسية، وفق ماهر مقرر من القوانين الخاصة بتنظيم عملهم والصلاحيات المخولة لهم بموجب قانون الحالة المدنية، ويرسل الملف لدى المصالح القنصلية في نسختين بالإضافة إلى الوثائق المطلوبة بالنسبة لطالبي الكفالة بالتراب الوطني ومن بين ما يتضمنه الملف ما يلي :

- تحقيق نفسي اجتماعي مملوء وموقع قانون من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية.
- نسخة طبق الأصل من بطاقات ووثائق التعريف أي البطاقة القنصلية وللجهات القنصلية أن تقبل أو ترفض الطلب حسب توافر الشروط المطلوبة.[2]

[1] سميرة بن دحمان، أمال كاب، **التبني و الكفالة**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، جامعة أمحمد بوقره، بومرداس، 2015،2016، ص43

[2] علال أمال، المرجع السابق، ص85

الفرع الثاني: مراحل إبرام الكفالة

لانعقاد عقد الكفالة يجب على طالب الكفالة إتباع مراحل معينة، وتجدر الإشارة هنا أنه بتعديل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أصبح طلب إبرام عقد الكفالة لا يتم إلا أمام المحكمة وعليه اشترط القانون في الشخص الراغب في كفالة طفل قاصر، تقديم طلب الكفالة بموجب عريضة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة طبقا لنص المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالفة الذكر.

ويرفق معها نسخة من التصريح بموافقة أبوي المكفول أو أحد منهما في شكل عقد رسمي مع مجموعة من الوثائق تختلف نوعا ما حسب وضعية الطفل القاصر اذا ما كان معلوم النسب أو مجهول النسب[1].

أولا: القاصر المجهول النسب

وهنا يجب التفريق بين حالتين:

1. **إذا كان القاصر معلوم الأم :**

إذا كان القاصر معلوم الأم ففي هذه الحالة لابد من رضاها، غيران القانون لم يشدد في رضا أم المكفول ذالك أن القبول الضمني يكفي لاعتباره صحيح، فإذا ما قدمت أم المكفول بتسليم الطفل القاصر للكافل لكي يرعاه ويربيه و يعتني بهي يدل على رضاها، وقد يكون تخلي الأم عن طفلها لأسباب مادية بحتة، أو عادة يكون لكونها أما عزباء أو أنجبته من زواج غير شرعي، فيجب أن نميز هنا عدة مراحل.

المرحلة الأولى: على مستوى المستشفى

المساعدة الاجتماعية الخاصة بالمستشفى(مصلحة الولادة) هي التي ترى الأم البيولوجية وتقدم لها محضر التخلي لكي تملأه، ويبين ف هذا المحضر كون التخلي

[1] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص172

مؤقتا أو دائما أو نهائيا، وبعد توقيعه من قبل الأم البيولوجية، تقوم المصلحة بتسجيله في الحالة المدنية، مقدمة الوثائق التالية:

- صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية للأم.
- شهادة طبية للولادة
- جدول الإرسال من المستشفى(Bordereau d'envoi)

المرحلة الثانية: على مستوى دار الحضانة

تمنح الأم مدة ثلاث (3) أشهر لاتخاذ القرار النهائي بالتخلي ويوضع الطفل خلالها في دار الحضانة، في حالة تخلي الأم النهائي يحال الطفل إلى مديرية النشاط الاجتماعي ولا يجوز للام بعدها المطالبة بعودة الطفل[1] .

المرحلة الثالثة: على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي (D.A.S)

قبل أن نوضح تشكيل الملف الذي يودع لدى هاته المؤسسة، يجب أولا التعريف بها:

مديرية النشاط الاجتماعي هي مؤسسة ذات طابع إداري اجتماعي تهدف إلى خدمة مصالح الأفراد المكونين للمجتمع بكل فئاته، لإعادة إدماج الفئة لمهمشة كالمعوقين حركيا، بصريا، عقليا، وكذا الطفولة المحرومة عن طريق عمليات اجتماعية تقوم بها المديرية.

تقوم مديرية النشاط الاجتماعي بأخذ ملف الطفل، وتبحث في ملفاتها عن ملف العائلات التي تريد التكفل بطفل يتيم، وتقوم بايداع الطفل لدى عائلة حاضنة، بعد التأكد من توافرها على شروط الكفالة.وإتباع الإجراءات القانونية اللازمة.

[1] علال أمال، المرجع السابق،ص86،87

وتتكون اللجنة المقررة لمنح الطفل للعائلة الكافلة من 10 أعضاء يقرون منحه أو عدمه بعد إجراءات التحقيقات النفسية و الشاملة و المعاينة الميدانية[1].

2. إذا كان القاصر مجهول الأبوين

عادتا ما يوضع المكفول في ولاية مؤسسة لحماية الطفولة، ويحمل الطفل أسمين متتاليين فأكثر، ويكون الثاني لقبه مثل ما هو منصوص عليه في قانون الحالة المدنية، وفي هذه الحالة يقدم الراغب في الكفالة طلبا بالكفالة إلى المؤسسة مرفقا بالوثائق التالية:

- طلب خطي يحدد فيه سن الطفل ممضي من طرف الزوجين
- شهادة ميلاد لكل من الزوجين
- شهادة عائلية للحالة المدنية
- كشف السوابق العدلية للزوجين
- شهادة عمل، وكشف الرواتب للثلاثة أشهر الأخيرة
- صورتان شمسيتان(2)
- عقد ملكية سكن أو عقد إيجار
- شهادة إقامة
- شهادة طبية للحالة الصحية للزوجين
- عقد الزواج طالب الكفالة
- صورة طبق الأصل لبطاقات التعريف الوطنية للزوجين [2]

وبعد تلقي مديرية النشاط الاجتماعي الملف السابق ذكره تقوم المديرية بإجراء تحقيق حول طالب الكفالة وحالته العائلية من اجل التأكد من توافر الشروط المنصوص عليها في القانون لاسيما القدرة المادية و البدنية و العقلية للزوجين.

---

[1] المرجع نفسه، ص87

[2] علال برزوق أمال، **أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي دراسة مقارنة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقا يد، تلمسان، 2014،2015، ص263

وبعد اكتمال الملف تشكل لجنة مكونة من:

- رئيس المصلحة
- المساعدة الاجتماعية (مديرية النشاط الاجتماعي)
- رئيس جمعية للطفولة
- مختص دار الحضانة
- مدير دار الحضانة
- مساعدة اجتماعية تتحقق من وضعية الأسرة طالبة الكفالة بمعية طبيب نفسي
- طبيب
- رئيس المؤسسة المتخصصة
- رئيس مصلحة التضامن العائلي
- رئيس مصلحة الحماية الاجتماعية للفئات المحرومة

وفي حالة قبول اللجنة للطلب، تبلغ كافل بذلك، حيث يتم تسجيل الكفالة لدى رئيس المحكمة، ويحضر نيابة عن الوالدين باعتبارهما غير موجودين المساعدة الاجتماعية التي تمثل الدولة بتفويض من الوالي، والوثائق الواجب توافرها في المكفول تكون كما يلي:

- شهادة ميلاد
- شهادة الوضع،وهي وثيقة يقدمها مدير الصحة للكافل ليفوضه بمقتضاها الولاية على المكفول
- شهادة الأصل، يشهد فيها مدير الصحة بأنه ليس له أصل ويعطي له رقم بعد أن يتم تسجيله ضمه أيتام الدولة

كما تقدم المساعدة الاجتماعية:

- صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية

- قرار ممضي من مدير النشاط الاجتماعي يخول لها فيه القيام بهذه المهمة[1].

وبوافر الشروط يتم إبرام عقد الكفالة بحضور شاهدين، والكافل و المساعدة الاجتماعية، وبقرار من الوالي يتم منح الولاية القانونية للكافل على المكفول.

والى جانب ما سبق يشترط إذا كان طالب الكفالة من الجالية الجزائرية و مقيما بالخارج فانه يقدم طلبه إلى مصالح القنصلية الجزائرية والتي يتمثل دورها في تلقي الطلبات والقيام بالتحقيق الاجتماعي حول وضعية طالب الكفالة المقيمين بالخارج، بالإضافة للختم على عقد الموثق من قبل المحكمة على اعتبار أن العقد يستنفذ بالخارج، وفق ما نص عليه قانون التوثيق 02.06[2].

ثانيا: القاصر معلوم النسب

إذا كان المراد كفالته قاصرا معلوم النسب، يجب تقديم الوثائق التالية:

- طلب خطي
- شهادة ميلاد القاصر المكفول
- تصريح شرفي لأبوي المكفول بتنازعها عن كفالة أبنهما الى شخص ما .
- شهادة ميلاد الكافل
- شهادة عمل وكشف الراتب
- عقد زواج الكافل
- صورة لبطاقة التعريف الوطنية و أبوي المكفول و الشاهدين
- الطابع الجبائي [3]

وبعد تقديم طلب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة يتأكد هذا الأخير من توفر الملف على الوثائق المطلوبة والشروط الواجب توافرها في الكافل طبقا لنص المادة

[1] المرجع نفسه، ص264

[2] قديري سوسن، المرجع السابق،ص54

[3] سميرة بن دحمان، أمال كاب، المرجع السابق، ص53

495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توافر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل، وعند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مقيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول و الإنفاق عليه وتربيته"[1]، فعمليا يطلب القاضي حضور جميع أطراف العقد، وإبداء رضا أبوي المكفول إن كان على قيد الحياة، زيادة على ذالك يطلب حضور شاهدين يثبتان حسن سيرة طالب الكفالة وأمانته[2].

وان كان من المستحسن أن ينتقل القاضي ويجري معاينة ميدانية لحالة طالبي الكفالة قصد الاطلاع على النوايا التي أدت إلى طلب الكفالة، وظروفهم المادية و الاجتماعية[3]

والنظر في طلب الكفالة يتم في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة طبقا لنص المادة 494 من نفس القانون،[4] ويفصل فيه بموجب أمر ولائي تطبيقا لنص المادة 493 السالفة الذكر.[5]

- فإذا تبين للقاضي أن طلب الكفالة ملما بكافة الشروط و الوثائق فانه يتم قبول

طلب الكفالة ويمنح للكافل كفالة القاصر، فإذا أصدر الأمر هنا يكون نهائي، وترسل نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية لمكان زيادة الطفل القاصر المكفول، ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الطفل المكفول[6].

وتتم هنا عملية التسليم تلقائيا بين طالب الكفالة و الشخص الذي كان عنده المكفول دون حضور النيابة العامة أو تحرير محضر التسليم.

---

[1] المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[2] عبد الرحمان بربارة، **شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**، الطبعة4، منشورات بغدادي، 2013، ص365

[3] المرجع السابق، ص365

[4] نص المادة 494 ق.أ.م " ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة "

[5] نص المادة 493 ق.أ.م " يفصل القاضي في طلب الكفالة بأمر ولائي"

[6] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص277

وتجدر الإشارة أن ما يفتقر إليه القضاء الجزائري هو عدم وجود أو عدم إسناد نهمة التسليم إلى القاضي المختص بالإحداث الذي يتتبع تنفيذ الكفالة من أجل مراعاة مصلحة الطفل المكفول، والذي يقوم بمراقبة مدى تنفيذ الكافل التزامات الكفالة لكون المشرع اعتبرها مسألة مدنية.

كما يلاحظ أنه في الجزائر لا يوجد قاضي مكلف بشؤون القصر، الذي من المفروض يسهر على تسجيل الكفالة في سجلات الحالة المدنية لدى بلدية المكفول، كما هو موجود بالمغرب إذ تسجل الكفالة في سجلات الحالة المدنية .

ثالثا: أحوال اللقيط

لم ينظم المشرع الجزائري حالة اللقيط في أي مادة من مواد القانون، و النظام المتبع في الجزائر هو أنه على من وجد لقيطا يسلمه إلى رجال الشرطة الذي يسلمونه بدورهم إلى دور الرعاية الاجتماعية المخصصة لاستقبال اللقيط و تربيتهم وحمايتهم.

وطبقا للمادة 67 من قانون الحالة المدنية فانه " يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه " هذا الأخير يقوم بتحرير محضر تذكر فيه جل المعلومات بالتفصيل: تاريخ و ساعة و مكان و ظروف التقاطه و جنسه و سنه الظاهري، و أي علامة يحملها و يدون المحضر بذاك التاريخ في سجلات الحالة المدنية.

و يعاقب قانون العقوبات الجزائري على عدم الإبلاغ عن طفل حديث الولادة وذلك ما نصت عليه المادة 442 الفقرة الثالثة على أنه " يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من 8000 إلى 16000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من حظر ولادة طفل و لم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة وكل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب القانون....."

وضابط الحالة المدنية يتسلم اللقيط و طيقا لأحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية، يقوم بإعطاء الأسماء إلى الأطفال اللقطاء أو الأطفال المولودين من أبوين مجهولين، والذين لم ينسب لهم المصرح أية تسمية ويعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كقلب عائلي، وفي حالة ظهور والدي اللقيط الحقيقيين أو أحدهما بعد ذلك، فمن حقهما أخذه من دور الرعاية الاجتماعية وإلحاقه بنسبهما.

كما تكون البلدية التي عثر فيها محلا لولادته ومن جهة أخرى فانه من مهام عون الحالة المدنية تحرير عقود الميلاد للقطاء ومجهولي الأبوين الذين تأويهم مصالح الإسعاف العمومي يناء على التصريحات التي تدلي بها هذه الأخيرة[1].

الإجراءات الخاصة بكفالة اللقيط :

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على أحوال اللقيط، ولكنه يدخله تحت حكم التبني، وتتم الإجراءات الخاصة بكفالة اللقيط في صورتين:

1-الرعاية المدفوعة الأجر:

وتكون بتكفل بالأطفال غير الشرعيين عند مربية مأجورة وفي غالب الأحيان يكون هؤلاء الأطفال من فئة المعوقين حركيا أو سمعيا أو بصريا، ويحدد الأجر المدفوع للمربية وفقا للعقد الذي يتم تحريره من مديرية المصلحة، لكن هذه الطريقة غير ناجحة في نتائجها حيث يصبح الطفل مصدر لدى بعض العائلات.

2-الرعاية المجانية:

يقصد بها وضع الطفل أو أكثر في وسط عائلي دون مقابل، وتتم بواسطة عقد شرعي يحدد أمام الجهات المختصة وبتسهيلات وضعت تحت رعاية وزارة العمل و الشؤون الاجتماعية وهذا النوع من الكفالة هو المقصود في دراستنا[2].

[1] علال برزوق أمال، المرجع السابق، ص 193

[2] علال أمال، المرجع السابق، ص92

- نستخلص من خلال ما سبق أن طلب الكفالة ليس بالأمر السهل فقد وضع المشرع الجزائري جملة من الشروط والتي يجب إتباعها ،وهذه الشروط سواء المتعلقة منها بأطراف عقد الكفالة والتي سبق التعرض لها، او المتعلقة بعقد الكفالة في حد ذاته وانعقاده، وهذا ما قمنا بدراسته في هذا المطلب والمتمثلة في الجهات المختصة بإبرام عقد الكفالة، التي حددتها المادة 117 من قانون الأسرة، حيث تتم الكفالة أمام المحكمة أو الموثق، وبالنسبة للجزائريين المقيمين خارج الجزائر في هذه الحالة تتولى البعثات الدبلوماسية عقد الكفالة، بالإضافة إلى هذه الشروط لابد من إتباع مجموعة من الإجراءات القانونية الخاصة بإيداع طلب الكفالة وكل الوثائق الخاصة به والتي نص عليها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من المواد 492 إلى غاية المادة 495 منه .

المطلب الثاني: آثـــــــــار الكفالـــــــــــة

بعد أن يتم إبرام الكفالة بمراعاة كل الشروط المطلوبة قانونا،ووفق لكل الإجراءات القانونية، والتي بموجبها تقوم الكفالة صحيحة وتكون صالحة لأن تنتج آثارها القانونية، فنجد أن المشرع بالرجوع إلى نص المواد122،121،116 من قانون الأسرة قد حاول تحديد آثار الكفالة التي تتمثل في شكل حقوق و التزامات رتبها عاتق الكافل و المكفول، حيث أن الهدف منها هو الحفاظ على مصلحة الطفل المكفول، وللتوضيح أكثر فإننا سنتناول في هذا المطلب آثر الكفالة بالنسبة للكافل (الفرع الأول) ثم سنتناول آثارها بالنسبة للمكفول في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار الكفالة بالنسبة للكافل

لا يمكن القول بقيام عقد الكفالة ما لم يتم انتقال الولد المكفول من والديه أو من مؤسسة الرعاية إلى كنف الكافل،حيث أن الوثيقة المحررة و المتضمنة لعقد الكفالة لا تكون كافية حتى ترتب آثارها بالنسبة للكافل إلا إذا تحقق الغرض المطلوب من الكفلة والذي يتمثل في القيام بالولد القاصر المكفول من نفقة وتربية ورعاية، وهذا سنتطرق إليه بوضوح:

بالرجوع إلي نص المادة 121 من قانون الأسرة نجد بأن الكفالة" تخول للكافل الولاية القانوني وجميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الشرعي"[1].

وعليه يعتبر الكافل بمثابة الوالي الشرعي للمكفول، لذلك تخول له جميع السلطات التي يتمتع بها الأبوين الأصليين على طفلهما بما في ذلك من ولاية على النفس وولاية على المال، وهذا ما يحيلنا إلى البحث في التعريف بالولاية وما يتعلق بها[2].

أولا: التعريف بالولاية

1-الولاية في اللغة: هي يفتح الواو وكسرها مصدر بمعنى النصرة و بمعنى السلطة وتولي الأمر، ووالي الرجل إذا أعانه ونصره، وأقام بأمره وتولى شؤونه.

والولاية بالكسر: هي السلطان، و بالفتح هي النصرة، يقال هم على ولاية أي مجتمعون في النصرة.[3]

2-الولاية في الاصطلاح القانوني

لم يعرف قانون الأسرة الولاية وإنما يفهم من نص المادتين 87 و 88 من قانون الأسرة

حيث نص في الأولى على من له الحق في الولاية على القصر والتي جاء فيها "يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا "[4]

[1] المادة 121 من قانون الأسرة

[2] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص111

[3] جمال الدين محمد بن مكرم، المرجع السابق، ص405

[4] المادة 87 من قانون الأسرة

كما نص في المادة الثانية على مقتضيات الولاية " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص "[1]

3-الولاية في الاصطلاح الشرعي

الولاية شرعا هي: قيام شخص كبير راشد، على شخص قاصر، في تدبير شؤونه الشخصية و المالية[2]

وهي أيضا قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله، أو على نفس الغير أو ماله[3].

ثانيا: أنواع الولاية: تنقسم الولاية إلى ولاية وولاية على المال

1-**الولاية على النفس:** هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية كالتزويج و التعليم و التأديب و التطبيب و التشغيل في حرفة ونحو ذلك.

2-**الولاية على المال:** هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من حفظ المال و استثماره و إبرام العقود و التصرفات المتعلقة بالمال.[4]

وقد عرفها القانون النموذجي الموحد لرعاية القاصرين كتالي " الولاية على المال: هي حفظ مال القاصر، وكل ماله علاقة بهذا المال، و العناية به وتنميته "[5]

وما يهمنا في تحديد معنى الولاية و أنواعها هو توضيح مضمون الكفالة انطلاقا من الولاية على النفس المكفول و على ماله معتبرين ما أشار اليه المشرع في بعض الالتزامات المتعلقة بأحكام الكفالة هي مجرد عناصر مدمجة في الولاية بشكل عام.

---

[1] المادة 88 من قانون الأسرة

[2] الرزق مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**،ج2،الطبعة3، دار القلم، دمشق، سوريا، ص843

[3] زيدان عبد الكريم، **المفضل في أحكام الأسرة**، ج6، الطبعة2، مؤسسة الرسالة، 2000، ص339

[4] أحمد علي جرادات، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد(الولاية و الوصاية و شؤون القاصرين والإرث و التخارج)**، الطبعة1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص16

[5] المادة 47 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين

ثالثا: مضمون الكفالة

1-الولاية على نفس المكفول

شرعت الولاية للمحافظة على نفس المكفول وصيانته، إن هذه الولاية إن كانت تثبت كقاعدة عامة على القصر فإنها كذلك تثبت على المجنون والمعتوه، وعليه فان الولاية تنتقل من أبوي المكفول إلى الكافل إذا كان معروف النسب أو من والي المكفول وهو مدير مؤسسة حماية الطفولة إذا كان مجهول النسب، والولاية في هذه الحالة مخولة بقوة القانون طبقا لنص المادة 121 من قانون الأسرة السالفة الذكر[1]، وهي ولاية متعدية أي أنها قد تكون أصلية إذا كانت بسبب القرابة بحكم القانون " الحضانة " فيمنح القاضي هنا الولاية لمن أسندت له الحضانة[2]

أو غير الأصلية والتي تستمد من الغير وتتمثل في " الكفالة " وهي التي تهمنا، وهذه الولاية غير الأصلية تنصب على القيام بشؤون المكفول من رعاية وتربية ونفقة وهذا ما سنتعرض له:

أ- **النفقة:** وهي أول ما يلتزم به الكافل نتيجة عقد الكفالة، وهذا ما جاء في نص

المادة 116 من قانون الأسرة السالفة الذكر، وهي من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للطفل لأنه بها تصان حياته وتوفر له الحماية و الرعاية، لذالك يعامل المكفول كالابن من طرف الكافل و الذي يلتزم بالإنفاق عليه [3]، فعلى القاضي أو الموثق قبل إعطاء الكفالة للكافل أن يتأكد من ذمة الكافل وذلك بتقديم ما يثبت ذلك من كشف الراتب وغير ذلك من الإثباتات التي تثبت قدرته على النفقة حتى يمكن له التكفل بالقاصر[4].

---

[1] علال أمال، المرجع السابق، ص104

[2] نص المادة 87 الفقرة 2 "يمنح القاضي الولاية امن أسندت له حضانة الأولاد "

[3] المادة 116ق,أ " الكفالة التزام.... بالقيام بولد القاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الابن بابنه "

[4]الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص173

وتشمل النفقة حسب القانون كل من الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن وكل ما يعتبر من ضروريات العرف و العادة[1].

ومادام الكافل بمرتبة الأب بالنسبة للمكفول فإنها تطبق عليه أحكام النفقة كما حددها قانون الأسرة، لذلك فان الكافل ينفق على المكفول مالم يكن له مال فبالنسبة إلى الذكر إلى حين بلوغه سن الرشد وهو 19 سنة كاملة[2]،

أما إذا كانت أنثى فان النفقة عليها تمتد إلى حين أن تتزوج، كما على الكافل أن يستمر في النفقة على المكفول إذا كان عاجزا بسبب أي عاهة أو كان مزاولا للدراسة، حتى بعد بلوغه سن الرشد، هذا وان كان للقاصر مال فان النفقة تكون من ماله[3].

ومن جهة أخرى فالمكفول إذا بلغ سن الرشد هو مطالب بالإنفاق على كافله إذا كان بحاجة لذلك[4]، كما أن المذاهب الإسلامية المختلفة ترى بأنه إذا لم يتمكن الكافل من الإنفاق على المكفول ولم يكن للمكفول مال فانه يستعين بالحاكم أو بيت مال المسلمين[5].

ب- التربية و العناية

تعتبر التربية و الرعاية أو العناية بالمكفول من أهم الالتزامات الناتجة عن عقد الكفالة كما هوا موضح في نص المادة 116 من قانون الأسرة السالفة الذكر، فيجب على الكافل تنفيذ كل الالتزامات المتعلقة برعاية وتربية الولد المكفول وذلك من خلال توجيهه في جميع مراحل حياته و تتبع حالته الصحية المتمثلة في سلامة جسده وعقله

---

[1] نص المادة 78ق,أ " تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج، والسكن او أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة "

[2] المادة 40 من القانون المدني

[3] نص المادة 75ق,أ " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما أذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة .."

[4] نص المادة 77ق.ا " تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج ودرجة القرابة في الإرث"

[5] محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة و المذهب الجعفري و القانون، الطبعة4، الدار الجامعية ، بيروت، 1983، ص711

ونفسيته، كما عليه أن يضمن تربيته وعنايته من خلال تعليمه وهو واجب يقع على عاتق الكافل سواء حسب الشريعة الإسلامية وكذلك القانون، لكي يتمكن المكفول من التعريف على المعارف المختلفة وان يصل إلى مستوى معين في العلم ليتكفل بنفسه مستقلا ماديا ويعيش حياة سعيدة، وأكثر من ذلك تمتد واجبات الكافل لتشمل ولاية الزواج كما لا يجوز للكافل إرغام المكفول الذي تحت ولايته على الزواج دون موافقته[1].

ج- قبض المنح العائلية

بالرجوع إلى نص المادة 121 من قانون الأسرة، نجد بأن الكفالة تخول للكافل الحق في تقاضي المنح العائلية و الدراسية، فيكون للكافل الحق في الحصول على جميع المنح العائلية و الدراسية كما هو الحال بالنسبة للولد الشرعي، خاصة وأن هذه المنح انما تعطى لصالح الطفل ومن البديهي تمكين الكافل منها بغية الاستعانة بها في القيام بشؤون المكفول[2] .

نستنتج من خلال ما سبق بأن الولاية على نفس المكفول من الكافل تتجسد في النفقة و العناية و التربية و التعليم، وعلى الكافل بموجب عقد الكفالة القيام بكل هذه الالتزامات وهو مجبر على أن يؤديها بكل حرص وذلك لأنها تدخل ضمن مسؤولياته التي يفرضها عليه القانون نتيجة قيامه بعقد الكفالة.

2-الولاية على مال المكفول

إذا كان الكافل يتمتع بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على نفس المكفول، فان الأمر كذلك على ماله[3].

[1] سميرة بن دحمان، أمال كاب، المرجع السابق، ص59

[2] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص111

[3] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص173

حيث له أن يدير أموال المكفول المكتسبة من الإرث و الوصية أو الهبة[1]، وعليه أن يقدم حسابا للمكفول بعد بلوغه سن الرشد و أن يسلمها له أو لورثته في حالة وفاة المكفول، ويكون مسؤولا عن إهماله في إدارة أموال المكفول[2].

وعليه فان هذه الإدارة تستمد أحكامها من أحكام الولاية المنصوص عليها في المواد من 88 إلى 90 من قانون الأسرة[3]، حيث وضع المشرع قاعدة عامة لتصرف الولي في أموال القصر، إذ ألزم الولي أن يتصرف في أموال القصر تصرف الرجل الحريص، فإذا ثبت العكس ذلك كان مسؤولا وفقا لمقتضيات القانون العام لأن المسائل المتعلقة بالأشخاص وأهليتهم من النظام العام[4]، وبما أن الكافل بمثابة الولي الشرعي للمكفول، بتالي فانه يجب عليه إدارة أموال الولد المكفول إدارة الرجل الحريص، فعلى الكافل احترام شرط الحرص وان يستأذن القاضي في التصرفات المحددة على سبيل الحصر وفق ما جاء في نص المادة 88من قانون الأسرة وتتمثل هذه التصرفات فيما يلي:

- بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة
- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة
- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد[5]

[1] نص المادة 122 من ق.أ " يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الارث و الوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول "

[2] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص 176

[3] قديري سوسن، مرجع سابق، ص31

[4] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 176

[5] المادة 88 من قانون الأسرة

وللقاضي السلطة التقديرية في منح الإذن وعليه فان القاضي يراعي في الإذن في كل هذه التصرفات حالة الضرورة و المصلحة، وان يكون بيع العقار عن طريق المزاد العلني[1].

كما أنه يجب الإشارة انه إذا الحق الكافل ضررا بالمكفول نتيجة إهماله أو عدم خبرته فانه يحق لكل شخص إبلاغ النيابة العامة، لتقوم من تلقاء نفسها بتحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة 380 من قانون العقوبات التي تنص على " كل من استغل حاجة قاصر ولم يكمل التاسعة عشر أو ميلا أو هوى أو عدم خبرة فيه ليختلس منه التزامات أو براء منها أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية وذلك إضرار به يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج "[2].

الفرع الثاني: آثار الكفالة بالنسبة للمكفول

مادام محل الكفالة لا ينصب على منقول أو عقار و إنما ينصب على الولد القاصر و بالتالي فانه يؤثر مباشرة على محل العقد ويرتب عليه أثار، وقد وضع المشرع الجزائري قواعد لحماية هذا القاصر المادية و المعنوية، من طمس شخصيته الحقيقية و نسبه وصيانة لقبه العائلي و انتمائه إلى أسرة معينة إذ كان معروف النسب، أما إذا كان مجهول النسب فقد وضع المشرع الجزائري أيضا قواعد لتنظيم حالة هذا القاصر، وهذا ما سنتعرض إليه في هذا الفرع[3].

[1] المادة 90 من قانون الأسرة

[2] الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386ه الموافق ل 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم، الطبعة الاولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1991

[3] سميرة بن دحمان، أمال كب، ص60

أولا: احتفاظ المكفول بنسبه

تنص المادة 120 من قانون الأسرة على أنه " يجب أن يحتفظ الولد المكفول ينسبه الأصلي أن كان معلوم النسب، وان كان مجهول النسب نطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية "[1]

يفهم من نص المادة السالفة الذكر بأن الولد المكفول قد يكون معلوم النسب من أبويه وهنا يحتفظ بنسبه منهما، داخل الأسرة الكافلة[2]

وهو ما دعت إليه الشريعة الإسلامية في قوله تعالى:**(أُدْعُوهُمْلآبَائِهِمْ هوَ أَقْسَطُ عِنْدَالله)**[3].

واحتفاظ الطفل القاصر معلوم النسب بنسبه من النظام العام و التعدي على الأنساب الحقيقية يعد تعديا على النظام العام ويستوجب معه وقفه، وقد عمل المشرع على تجريم هذه الأفعال في المواد 247و 250 من قانون العقوبات الجزائري[4].

و المادة 120 منق.أ اهتمت بالمكفول معلوم النسب وتركت أمر مجهول النسب الى قانون الحالة المدنية، فبالنسبة للأطفال مجهولي النسب فقد نطبق عليهم نص المادة 64 من قانون الحالة المدنية :

" يختار الأسماء الأب أو الأم أ, في حالة عدم وجودهما المصرح ويجب أن تكون الأسماء أسماء جزائرية ويجوز أن تكون غي ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية، وتمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال أو العادة

[1] المادة 120 من قانون الأسرة

[2] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص110

[3] سورة الاحزاب، الآية 5

[4] نص المادة 247 من ق,ع " كل من انتحل لنفسه في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة ادارية معدة لتقديمها للسلطة العمومية، اسم عائلة خلاف اسمه وذلك بغير يعاقب بغرامة من 500 الى 5000 دج "

يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، ويعين للطفل بمجموعة من الأسماء يعد أخرها كلقب عائلي "[1]

وعليه فان بنوة الطفل مجهول النسب إليه دون أي مسوغ شرعي بموجب عقد رسمي أو حكم قضائي، فمآل هذا السند هو البطلان تطبيقا لنص المادة 46 من قانون الأسرة[2]، وذلك لأنه يعتبر تبنيا، وبخصوص هذه المسألة وردت عدة قرارات عن المحكمة العليا تبطل التبني سوف نتعرض إلى بعضها كما يلي:

" ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فان للمدعية الحق في إخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا

وعليه فان قضاة الموضوع لما أبدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني على أساس إن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبني، قد أخطأ في تطبيق القانون ، ذلك أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " [3]

ثانيا: تغيير لقب المكفول

اعتبر المشرع الجزائري بنوة الطفل سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب جريمة لأنها تتضمن تزييف النسب ويدخل ضمن التزوير في وثائق رسمية[4]، لذلك منح المشرع للكافل إمكانية تغيير لقب الطفل مجهول النسب بموجب عقد الكفالة القانونية، حيث أنه ثبت عمليا أن الكفالة وحدها ليست كافية لتنشئة الطفل تنشئة سليمة.

[1] المادة 64 من قانون الحالة المدنية

[2] المادة 46 من قانون الأسرة " يمنع التبني شرعا وقانونا "

[3] ملف رقم 122761، فرار يتاريخ 1994/06/28، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2001،ص297

[4] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص18

وبذلك صدر المرسوم التنفيذي 92-24 المعدل و المتمم للمرسوم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب والذي أجاز للكافل إعطاء لقبه للمكفول من أجل مصلحة الطفل وقد بين المرسوم جميع الشروط و الإجراءات المطلوبة للقيام بعملية تغيير اللقب[1].

1-شروط تغيير لقب المكفول و إلحاقه بلقب الكافل

لقد حدد المرسوم التنفيذي هذه الشروط حيث أنه في حالة تخلفها يرفض الطلب من قبل وزارة العدل، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي المقطع الثاني على أن " كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي يكفل قانونا في إطار الكفالة، ولد مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي

وعندما تكون أم القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب. "[2]

وبناء على نص المادة يتبين لنا الشروط التالية:

أ- ضرورة وجود عقد الكفالة

حتى يتمكن الشخص الكافل من تغيير لقب المكفول و إلحاقه بلقبه العائلي لابد أن يكون ذلك في إطار عقد الكفالة الشرعي و الذي يصدر من المحكمة أو الموثق حسب نص المادة 117 من قانون الأسرة[3]

[1] المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992، و المتمم للمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو 1971 و المتعلق بتغيير اللقب.

[2] المادة الاولى من المرسوم التنفيذي 92-24 السالف الذكر

[3] طلبة مالك، المرجع السابق، ص35

ب- أن يكون القاصر المكفول ولد مجهول النسب من الأب

حيث أجاز المشرع الجزائري تغيير لقب المكفول القاصر مجهول النسب من الأب سواء كان ذكرا أو أنثى أما معلوم النسب من الأب فلا يجوز للكافل منحه لقبه

ج- أن يكون طلب تغيير اللقب من طرف الكافل

حيث أنه لا يجوز للمكفول أن يتقدم في طلب تغيير لقبه و مطابقته للقب المكفول، لكون ولايته على نفسه هي مقررة للكافل.

د- موافقة أم القاصر المكفول إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة

لأن الأصل أن يحمل القاصر لقب أمه المعلومة لذا اشترط المشرع الموافقة الصريحة لها في شكل عقد شرعي بالطلب [1]

2-الوثائق المطلوبة لتغيير لقب المكفول

حدد المشرع الوثائق المطلوبة كالآتي

- طلب خطي
- عقد الكفالة
- نسخة من شهادة ميلاد الكافل
- نسخة من شهادة ميلاد المكفول
- نسخة من سجلات عقد زواج الكافل
- الموافقة الكتابية لأم المكفول إذ كانت معلومة وعلى قيد الحياة[2]

[1] المرجع السابق، ص 35

[2] علال أمال، المرجع السابق، ص17

3-إجراءات التحقيق في الطلب

بعد تلقي وزير العدل الملف المرفوق بطلب تغيير اللقب يقوم هذا الأخير بتكليف النائب العام للدائرة القضائية مكان ولادة طلب تغيير اللقب لإجراء تحقيق بشأن هذا الطلب، والذي بدوره يكلف وكيل الجمهورية للدائرة القضائية مكان ولادة طالب تغيير اللقب لمتابعة التحقيق، والذي بعد انجازه يتم إرساله إلى النائب العام الذي بدوره يرسل ما توصل إليه إلى وزير العدل حافظ الأختام، وعادة هذا التحقيق يكون بسماع الشهود والبحث عن الدوافع وأسباب تغيير اللقب، وفي الأخير يرجع القرار إلى وزير العدل ليقرر بشأن الطلب بعد الاطلاع على ملف التحقيق[1] .

فأما أن يقبل أو يرفض، وفي حالة قبول الطلب فان وزير العدل يأمر النيابة العامة بالسهر على تنفيذ هذا القبول، وذلك بتقديم التماساتها إلى رئيس المحكمة عن طريق السلم التدريجي بواسطة وكيل الجمهورية قصد إصدار أمر بتغيير لقب المكفول[2].

ويصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين (30) الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل[3]، وبعد تلقي رئيس المحكمة الملف و المستندات المؤيدة يصدر الأمر بتغيير اللقب في إطار صلاحياته الولائية، ويسجل الأمر على هامش سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية.[4]

وقد استثني المرسوم أن يكون الطلب محل النشر في الجرائد.[5]

---

[1] قديري سوسن، المرجع السابق، ص 71

[2] المرجع السابق، ص71

[3] المادة 5 مكرر من المرسوم التنفيذي 92-24

[4] المادة 5 مكرر 1 من المرسوم السالف الذكر

[5] المادة 5 مكرر 2 من المرسوم 92-24

4-الإشكالات المتعلقة بشأن المرسوم التنفيذي 92-24 المتعلق بتغيير اللقب

لقد آثار المرسوم المتعلق بتغيير اللقب جدلا كبيرا بين رجال القانون و الدين، اذ في شكله يعدل أحكام المرسوم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو 1971 لكن في حقيقة الأمر أنه مخالف له.

وذلك لأن المرسوم الرئاسي 71-157 ينص في مادته الرابعة أنه إذا لم يحصل أي اعتراض أو لم يقبل الاعتراض المرفوع يجوز تغيير اللقب بموجب أمر يصدره رئيس الجمهورية وينشر في الجريدة الرسمية في حين تنص المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 92-24 أنه يعدل اللقب بموجب أمر رئيس المحكمة بناء على طلب من وكيل الجمهورية، كما تجاهل هذا المرسوم حق الاعتراض على منح اللقب العائلي لشخص أجنبي عنها لمن له مصلحة مشروعة وهذا يشكل تناقضا بين المرسوم الرئاسي 71-157 و المرسوم التنفيذي 92-24.

كما أنه أيضا المرسوم الرئاسي 71-157 يسمح بتغيير لقب من كان له لقب معروف ومسجل بالحالة المدنية ولسبب مشروع، أما المرسوم التنفيذي 92-24 يسمح بتغيير لقب المكفول مجهول النسب من الأب وحتى إن كانت أمه معلومة وعلى قيد الحياة طبقا لنص المادة الأولى منه[1].

لذلك فان السؤال الذي يطرح: هل المرسوم المتعلق بإعطاء اللقب من قبل الكافل يؤدي إلى إلحاق النسب أي هل يعتبر بمثابة تبني أم يبقى في نطاق لكفالة

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

وهي الفئة التي رفضت تطبيقه على أرض الواقع عند صدوره لكونهم كيفوا هذا المرسوم باعتباره تبنيا بطريقة غير معلن عنها صراحة، ذلك لأن فيه تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول مجهول الأب، مع العلم أن ضابط الحالة المدنية هو من

[1] سميرة بن دحمان، أمال كاب، المرجع السابق، ص 63

يعطي لمجهولي الأبوين الأسماء وتسجل في سجلات الحالة المدنية، أما الولد معلوم الأم ومجهول الأب فان اللقب يكون بلقب الأم.

وعليه يرون أن المصادقة على طلب تغيير اللقب فيه النسب وإلحاق نسب ولد إلى نسب شخص جديد، كما أن هذا الفريق يؤكد على ضرورة احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي، وبالتالي استبعاد تطبيق هذا المرسوم و الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية .

ب- الفريق الذي لا يعتبر محتوى هذا المرسوم تبنيا بل يبقى في إطار الكفالة

وهو الرأي السائد حاليا، وبموجبه زال الغموض واللبس وعليه فإنهم يرون ضرورة الاستجابة لهذه الطلبات المتعلقة بتغيير اللقب وبدون أي تخوف،

إذ اعتمد هذا الرأي في حجية على نص المادة الخامسة مكرر من المرسوم السالف الذكر، والتي تقضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد، وكل العقود ومستخرجات الحالة المدنية ، أين يستخلص أن اللقب الأصلي يبقى دائما محفوظا، وان اللقب الجديد هو لقب إضافي فقط لأنه لا يمكن إخفاء الاسم الأصلي عند إبرام عقد الزواج .

كذلك لا يمكن استعماله في الميراث، ومن ثمة فان هذا المرسوم هو حفظ لكيان الطفل، ونشأته في المجتمع ومكمل لنصوص الكفالة.

ثالثا: إمكانية الكافل أن يوصي أو يتبرع للطفل المكفول

بما أن الولد المكفول لا تربطه علاقة نسب بالكافل، فهو ليس بوارث له و بالتالي يكون أجنبيا عنه بموجب قواعد الميراث، لهذا يجوز للكافل أن يوصي أو يهب للمكفول من ماله لكن في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث فهو باطل، إلا إذا أجازه الورثة[1].

" يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وان أوصى أو تبرع بأكثر من دلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة "

[1] لحسين بن شيخ، المرجع السابق، ص111

يفهم من نص المادة أن المشرع ضم أو ألحق التبرع بالوصية، على الرغم ان التبرع عقد من العقود المدنية، والتي إلى جانبها تتضمن عقد الوصية و الهبة و الكفالة..

وبالتالي فما هو قصد المشرع بالتبرع في نصه؟

بما أن الهبة و الوصية يتضمنان التبرع فقصد المشرع في هذا النص بالتبرع ينسحب إلى الهبة، لذلك كان لابد على المشرع أن ينص بدلا من كلمة التبرع كلمة الهبة، كون معنى التبرع في قانون الأسرة يفيد الهبة، لذلك فان الهبة في عقد الكفالة نخضع لأحكام الوصية[1]

وعليه سوف نتعرف إلى تفصيل كل من أحكام الهبة و الوصية فيما يلي:

1-الوصية:

أ- تعريف الوصية

لقد عرف الفقهاء الوصية على أنها: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وهي من أسباب نقل الملكية في الإسلام ، وأمرها موكول إلى صاحب المال يضعه حيث يشاء وهي مقدمة على الميراث في حدود ثلث التركة[2].

كما عرفها قانون الأسرة الجزائري: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.[3]

ب- مشروعيتها

الوصية مشروعة بكتاب الله وسنة نبيه عليه الصلاة و السلام.

---

[1] المادة 123 من قانون الأسرة

[2] محمد مصطفى شحاتة الحسيني، **الأحوال الشخصية(الولاية ،الوصية ، الوقف)**، د،ط، دار التأليف، 1976، ص70

[3] المادة 184 من قانون الأسرة

من الكتاب قوله تعالى " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين "[1].

من السنة قوله عليه الصلاة و السلام " أن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم "[2]

- المكفول لا يعد وارثا للكافل لأنه لا يأخذ مركز الابن الشرعي فقد يتوفى الكافل ويترك أموالا ويأخذه الورثة دون إنيعطوا للمكفول شيء، خاصة إذا تنازلوا عن كفالته بعد وفاة مورثهم، لذلك تدخل المشرع بموجب المادة 123 من قانون الأسرة والتي مفادها جواز إن يقوم الكافل بالتبرعأوالوصية للمكفول حتى لا يبقى المكفول بعد وفاة كافله فقيرا أو محتاجا[3].

حيث إن الوصية التي بها الكافل يجب إن تكون وفقا لإحكام الوصية، بحيث لا تكون أكثر من الثلث، و الوصية للوارث لا تنفذ مطلقا مهما كان مقدار الموصى به إلا بإجازة الورثة، فان أجازها الورثة نفذت و إلا بطلت، وان أجازها بعضهم دون بعض جازت في حصة المجيز وبطلت في حق من لم يجز، فالوصية للوارث لا تجوز إلابإجازة الورثة باتفاق المذاهب الأربعة مهما كان مقدارها، إلا إن المالكية يبطلون الزائد عن الثلث حتى وان أجازه الورثة[4] .

[1] سورة البقرة الآية 180

[2] المادة 123ق.أ " يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، و ان أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة "

[3] بوعيشة عقيلة، المرجع السابق، ص46

[4] هبة علي جواد الشمري، سعدون محمود الساموك، **المدخل إلى الشريعة الإسلامية**، الطبعة1، دار وائل للنشر، الأردن، 2012، ص186

2-الهبة

عرف قانون الأسرة الجزائري الهبة بأنها " تمليك بلا عوض حيث انه يجوز للواهب إن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماما على انجاز الشرط "[1]

وعليه فانه إذا قام الكافل بوهب المكفول مال أو شيء آخر فانه ينتقل بمجرد حيازته، إذا كان بيد الغير فيجب إخباره به ليعتبر حائز له[2] .

كما انه من خلال استقرائنا لنصوص المواد من 202إلى 211 من قانون الأسرة و المتعلقة بالهبة، نجد إن الهبة لا حدود لها فان الواهب يتصرف في ماله بكل حرية مادامت إرادته سليمة، إلا إذا كان الواهب في مرض الموت فهنا تطبق على الهبة في هذه الحالة إحكام الوصية و بالتاي تعتبر وصية[3] .

وبما إن المشرع اعتبر الهبة مثل الوصية في حالة إذا كانت الهبة من الكافل إلى المكفول وبالتالي تطبق علها إحكام الوصية، فتكون الهبة في حالة الكفالة في حدود الثلث ومزاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة.

- نستنتج من خلال ما سبق بان الكافل يمكنه إن يوصي أو يهب للمكفول، والمشرعالحق الوصية بالهبة في عقد الكفالة، على الرغم إن هاذين المفهومين يختلفان في فحواهما عن بعضهما البعض، فالوصية تكون بعد موت الموصي ولها حدود، إما الهبة فتكون حال الحياة الواهب وليس لها حدود، ولكن الغرض لكل من الهبة و الوصية مشترك من قبل الكافل، فالهدف من وراء كل منهما هو التبرع للمكفول و إعالته كما إنهما يشتركان في فكرة إخراج المال أو حق عيني من ذمة الكافل الى ذمة المكفول دون عوض.

---

[1] المادة 202 من قانون الأسرة

[2] نص المادة 207 ق.أ " إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة و إذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا "

[3] نص المادة 204 ق.أ " الهبة في مرض الموت، و الإمراض و الحالات المخفية، تعتبر وصية "

المطلب الثالث: انقضـــــــــــاء الكفالـــــــــــة

إن عقد الكفالة كغيره من العقود حيث أنه بعد قيامه و إنتاج آثاره فانه يكون عرضة لمجموعة من الأسباب التي قد تؤدي إلى انقضاءه، وقد بين المشرع الجزائري أسباب انقضاء عقد الكفالة من خلال نص المادتين 124 و 125 من قانون الأسرة، حيث أن إجراءاتإلغاء الكفالة أو التخلي عنها تختلف عن تلك المقررة بمناسبة طلب الكفالة، لذلك فإننا سوف نتحدث في هذا المطلب عن هذه الأسباب ، حيث سنتناول انقضاء الكفالة بسبب الكافل في(الفرع الأول)، ثم انقضاء الكفالة بسبب المكفول في(المطلب الثاني)

الفرع الأول : انقضاء الكفالة بسبب المكفول

إذا كان الولد المكفول له أبون معروفان أو احدهما، ثم طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما، فهل يتعين هنا تخيير الولد هل يلتحق بوالديه أم لا يشترط؟

بالرجوع إلى نص المادة124ق,أ " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وان لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول "[1]

يبدو من سياق المادة السالفة الذكر إن عودة الولد المكفول إلى والديه أو احدهما قد يكون رضائي خارج المحكمة بدليل إن النص يقول " إن لم يكن – أي الولد– مميز لا يسلم إلا بإذن من القاضي ، وعلى القاضي إن يراعي مصلحة المكفول[2].

لذلك نجد إن المشرع ميز بين حالتين عندما يطلب الوالدين الأصليين عودة الولد المكفول إلى ولايتهما، وذلك حسب سن المكفول:

[1] المادة 124 من قانون الأسرة

[2] احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص198

أولا: إذا كان الطفل غير مميز

الطفل غير المميز: هي الفترة الممتدة من ولادة الإنسانحيا حتى إكماله سن الثالثة عشرة[1]، فتكون له بمجرد ولادته ذمة مطلقة و أهلية وجوب صالحة ترتب الحقوق عليه، ولكن بالنظر لضعف سنه الصغير و قصور عقله يكون فاقد الإدراك و التمييز و لاتكون له أهلية أداء[2].

فإذا كان الطفل غير مميز وطلب أبواه أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما، فان قرار العودة من صلاحيات القاضي حيث يقوم بإجراء تحقيق حول الأسباب التي أدت إلى رغبتهما في عودة الولد المكفول إلى حضانتهما مراعيا في ذلك مصلحة الطفل عند الحكم بذلك، فلو رأى مصلحة الطفل بقاءه مع كافله قضى برفض الطلب[3].

من المقرر قانونا انه (إذا طلب الأبوانأواحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وان لم يكن مميزا لا يسلم إلابإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول)

ومن المقرر أيضا انه" في حالة وفاة الأب وتحل إلام محله قانونا " ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بالتناقض و القصور في الأسباب ليس في محله

ومن الثابت – في قضية الحال إن المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة و التصريح بعودة الكفيلين إلى ولاية أمهما بناء على رغبتهما ومراعاة لمصلحتهما فان القرار يكون عندئذ خاليا من أي قصور أو تناقض في الأسباب

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[4]

---

[1] المادة 42الفقرة 2 ق.م.ج" يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة "

[2] بوكزازة أحمد، **المسؤولية المدنية للقاصر(دراسة مقارنة)**، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة قسنطينة، 2013،2014، ص33

[3] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص 112

[4] ملف رقم 184712 قرار بتاريخ 1998/03/17 المشار إليه في كتاب دلا ندة يوسف، **قانون الأسرة**، دار هومة، الجزائر، 2005، ص108

ثانيا: إذا كان الطفل مميزا

والطفل المميز هو: هو الشخص الذي لا أهلية أداء كاملة له، و لكنه من ذوي التمييز، فمتى أكمل الصبي سن الثالثة عشرة في القانون المدني الجزائري يعتبر مميزا مما يدل على أن هذه السن هي سن التمييز، و في الشرعالإسلامي حددت هذه السن بسبع سنين وقد جاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " وعلموا الصبي في سبع سنين..." وقد جاءت كتب السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " إذا عرف الصبي يمينه من شماله فأمره بالصلاة "[1].

وبالنسبة لهذه الحالة ترك المشرع سلطة نخير المكفول بين الالتحاق يهما ، فان وافق على طلب أبويهأو احدهما في الالتحاق يهما فان عقد الكفالة ينتهي مع كافله، إماإذا رفض الالتحاق يهما فانه يبقى تحت ولاية الكافل وبالتالي فان عقد الكفالة يبقى قائما[2].

ومن المقرر قانونا أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية و النظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاصا.

لذلك فانه في قرار مشهور حكمت المحكمة العليا: بان قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت، دون سماع رأيها وتخييرها بين البقاء عند مربيتها أو العودة لولدها رغم أنها تجاوزت سن التمييز فأنهم بذلك خرقوا إحكام القانون والشرع، لان المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية هي من النظام العام و لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص قانوني خاص[3].

الفرع الثاني: انقضاء الكفالة يطلب من الكافل

بالرجوع إلى نص المادة 125 من قانون الأسرة نجد إن الكفالة يمكن إن تنقضي أيضا بإرادة الكافل لأسباب تجعله غير قادر على القيام بشؤون المكفول و التخلي عن الكفالة

[1] بوكزازة أحمد، المرجع السابق، ص34

[2] لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص112

[3] بالحلج لعربي، احكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد(وفق آخر تعدلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، الطبعة1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص526

يكون إمام نفس الجهة التي أقرت الكفالة وتكون بموجب طلب كتابي مسبب و بإعلام النيابة العامة بذلك، قصد إبداءالرأيإذ لا يمكن تصور هذه الحالة إلاإمام القضاء، وبالتالي فمن الأحسن استبعاد الموثق هنا، لان القاضي هو الذي يستطيع ان يقدر مصلحة المكفول اعتباره حامي الحقوق دون غيره.

الفرع الثالث: انقضاء الكفالة لتخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 من قانون الأسرة.

ومن الأسباب التي تؤدي إلى إنهاء عقد الكفالة هو تخلف إحدى الشروط الواردة في المادة 118 من قانون الأسرة المتعلقة بالكافل وهي كتالي:

أولا: تخلف شرط الإسلام

حرص المشرع على توفر شرط الإسلام بالنسبة للكافل في عقد الكفالة، حيث أن الكافل له دور فعال في تشكيل شخصية الطفل المكفول من خلا تربيته على ثقافات دينه، لذلك فانه يأخذ منه عاداته و تقاليده، لهذا اشترط المشرع أن يكون الكافل مسلم كشرط ضروري لقيام عقد الكفالة، وإذا تخلف هذا الشرط تسقط الكفالة، وفقا لنص المادة 118 من قانون الأسرة[1].

ثانيا: تخلف شرط الأهلية

طالما أن الكافل يقوم بالتزام تبرعي فانه لابد أن تتوفر فيه أهلية التبرع و إن تكون خالية من أي عيب عيوب الإرادة كالجنون أو العته أو السفه ... ، فإذا شاب إرادته أي عارض من هذه العوارض فان ذلك يؤدي إلى الحجر عليه، وبالتالي إبطال أي تصرف يقوم به[2]

[1] سميرة بن رحمان، أمال كاب، ص66

[2] حملاوي شهرزاد، المرجع السابق، ص20

فما دامت هذه العوارض تحد من تصرفاته بشان نفسه فكيف يمكنه القيام بشخص أخر، والأهلية أساسا تقوم على العقل[1]، وبالتالي فان ذلك يؤدي إلى انقضاء الكفالة.

ثالثا: تخلف شرط القدرة

لقد حمل المشرع الكافل مسؤولية الطفل المكفول من تربية وعناية والنفقة عليه باعتباره وليا شرعيا، فإذا حدث سبب يؤثر على القدرة الكافل على القيام بالمكفول من كل جوانب حياته المادية والمعنوية كتعرض الكافل إلى مانع صحي مثل الإصابة بعاهة مستديمة كالعمى أو إعاقة جسدية فهو بهذه الحالة بحاجة إلى من يرعاه، فكيف يستطيع أن يرعى شخص أخر، وبالتالي هذا يؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة[2].

الفرع الرابع : انقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول

إن واقعة الوفاة تعني النهاية لذا فان وفاة الكافل أو المكفول يعد سبب من الأسباب المؤدية لانقضاء عقد الكفالة .

فوفاة الكافل باعتباره ملتزم أساسي في عقد الكفالة يؤدي بالضرورة إلى انقضاء عقد الكفالة، إلاأن المشرع الجزائري حرصا منه على مصلحة المكفول وحماية له فانه نص بموجب المادة 125 من قانون الأسرة انه في حالة الكافل تنتقل الكفالة إلى الورثة، وذلك في حالة قبولهم الالتزام بالحلول محل مورثهم وتولي شؤون القاصر من كل جوانب حياته[3].

تتضمن المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بحالة وفاة الكافل المنصوص عليها في المادة في المادة 125 من قانون الأسرة، إذ عند وفاة الكافل يتعين على ورثته إنيخبروا دون تأخير قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة[4].

---

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص57

[2] عبد القادر مدقن، **الشرح الوجيز لنظام الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي**، الطبعة1، المطبعة العربية، الجزائر، 1998، ص53

[3] المادة 125 من قانون الأسرة

[4] المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

نظرا لطابع ألاستعجالي لموضوع حماية المكفول، يتعين على القاضي إن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة فإذا التزم الورثة بالإبقاء عليها، يعين القاضي احد الورثة كافلا، و التزام الورثة بالكفالة يجب إن يكون أمام المحكمة أو الموثق، لان الالتزام بالكفالة هو في حقيقته إنشاء الكفالة على وجه التبرع، إما في حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الإشكال المقررة لمنحها ويسلم المكفول بحسب ما تقتضيه مصلحته إما لوالديه ا والى الهيئة المكلفة بالرعاية[1].

أما حالة وفاة المكفول لم يشر إليها المشرع الجزائري في نص المادة السالفة الذكر، لكن بما أن المكفول هو محل عقد الكفالة، فوفاته يعني عدم وجود محل لعقد الكفالة وبالتالي القيام برعاية و تربية ونفقة الطفل القاصر المكفول لم يعد لها محل من التطبيق.

وباعتبار الكفالة عقد وله أركان فان اختلال ركن من أركانه العقد وهو(المكفول) وفق للقواعد العامة يؤدي إلى انقضاء العقد وهذا ما يطبق على عقد الكفالة، فعدم وجود ركن المحل يعتبر سبب من الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة وبالتالي انتهاء العلاقة بين الكافل و المكفول.

يجب الإشارة انه من الآثار المترتبة عن قيام عقد الكفالة و أثناء تنفيذها، هو إمكانية انتقال الكفالة بمضمونها إلى الورثة في حالة وفاة الكافل، لكن شرط أن يبدوا التزامهم بها، فالمشرع نص على انتقالها دون أن يبين من الذي تكون له الولاية مباشرة على المكفول بعد وفاة الكافل.

لكن هذا يجعلنا دائما نرجع إلى أحكام الولاية على النفس و المال وسيما النفس، التي تنص على انه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله.

وعليه فانه إذا التزمت بها زوجة الكافل المتوفى أصبحت كافلة للولد المكفول بموجب نص المادة (125 من ق.أ) لكن هل توجد إجراءات قانونية لانتقال هذه الكفالة إلى

[1] عبد الرحمن برابرة، المرجعالسابق، ص366

الكافلة الجديدة؟ كان تقوم بتقديم طلب من جديد إلى القاضي، أو الذهاب إلى الموثق وتحرير عقد كفالة من جديد؟

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يشر إلى هذه النقطة، إذ سكت وقال فقط تنتقل إلى الورثة إذا التزموا بها لكن عمليا نجدهم يبادرون إلى تقديم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة يحددون فيه الكافل الجديد[1] .

نستخلص مما سبق إن المشرع الجزائري نظم انقضاء الكفالة من خلال المادتين 124و 125 من قانون الأسرة، حيث حصر انقضاء الكفالة في حالتين أساسيتين هما

إما أن تنقضي الكفالة بإرادة والدي المكفول لرغبتهما في استرجاع ولدهما لحضنهما، وإما أن تنقضي بإرادة الكافل وحده وذلك بتخليه عن كفالة الطفل القاصر لأسباب تجعله غير قادر على التكفل به والقيام بشؤونه، كما يمكن إن تنقضي الكفالة لتخلف احد الشروط الواردة في نص المادة 118 من قانون الأسرة، الإسلام ، القدرة، الأهلية .

كما إن المشرع نص في المادة 497 من قانون الإجراءات المنية و الإدارية على إن الكفالة تنقضي بوفاة الكافل، حيث انه في هده الحالة تنتقل الكفالة إلى الورثة إذا التزموا بها، وإلا فان عقد الكفالة ينتهي بنفس الإجراءات المقررة لمنحها ويتم وضع الطفل في مؤسسات الرعاية

المبحث الثاني: موقف التشريعات الوضعية من الكفالة

من المبادئالأساسية التي استقرت عليها شريعتنا الغراء هو تحريمها للتبني في المجتمع الجزائري، وهذا ما اتبعه المشرع الجزائري بمنعه التبني في المادة 46 من قانون الأسرة، حيث واكبه في ذلك المشرع المغربي في إقراره لنظام الكفالة في تشريعه، لكون ذلك يتماشى مع قيمنا الدينية المستمدة من الشريعة الإسلامية التي تعتبر كمصدر رسمي لقانون الأسرة، حيث إن هذا لم يمنع دولة عربية أخرىإقرارها لنظام الكفالة في تشريعها كما هو الشأن بالنسبة لتشريع التونسي.

[1] علال أمال، المرجع السابق، ص121، 124

وبناء على ما سبق ذكره سنتعرض في هذا المبحث إلى موقف بعض التشريعات من نظام الكفالة، فنتناول موقف المشرع المغربي من الكفالة (المطلب الأول)، ثم موقف المشرع التونسي من الكفالة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: موقف المشرع المغربي من الكفالة

نظم المشرع المغربي الكفالة من خلال الظهير شريف رقم 1،02،172 صادر في 13 يونيو 2002 تنفيذ القانون رقم 01،15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، حيث اقر المشرع المغربي الكفالة وحدد لها شروط و إجراءات لذلك سنتناول شروط و إجراءات الكفالة في القانون المغربي (الفرع الأول) ثم سنتطرق إلى انقضاء الكفالة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: شروط و إجراءات الكفالة في القانون المغربي

عرف القانون 15.01 كفالة طفل مهمل في مادته الثانية كتالي: كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون هي الالتزام برعاية طفل مهمل و تربيته و حمايته و النفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث[1]،

من خلال هذه التعريف سوف نحاول توضيح الشروط التي وضعها القانون 15,01 المتعلقة بالأطفال الذين يمكن التكفل بهم، و الأشخاص الذين لهم الحق بتكفل بهؤلاء الأطفال المهملين .

أولا: شروط الكفالة

لكفالة طفل مهمل من طرف الكافل لابد من استفاء هذا الأخير الشروط المنصوص عليها في القانون حيث اعتبر قانون كفالة الأطفال المهملين انه يعتبر مهملا الطفل من

[1] المادة2 من القانون رقم رقم 1،02، 172، صادر في 13 يونيو 2002، تنفيذ القانون رقم 15.01، المتعلق بكفالة الأطفال المهملين

كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عسر سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:[1]

- إذا ولد من أبوين مجهولين أو ولد من أب مجهول و أم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها
- إذا كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش
- إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته و توجيهه

وسعيا من المشرع المغربي إلى حماية أكثر للطفل المحروم من الأسرة وتامين الرعاية البديلة له نص على مجموعة من الشروط يجب أن تتوافر في الجهة التي ترغب في رعاية الطفل وكفالته، حيث حدد المشرعفي المادة 9 من قانون كفالة الأطفال المهملين الأشخاص و الهيئات و المؤسسات التي تسند إليها كفالة الأطفال الذين صدر الحكم بإهمالهم، كما حدد الشروط المطلوبة في هؤلاء الأشخاص و الهيئات وهي كتالي:

- تسند كفالة الأطفال الذين صدر إهمالهمإلىالأشخاص و الهيئات الآتي ذكرها:

1- الزوجان المسلمان اللذان استوفيا الشروط التالية:

أ- أن يكون بالغين لسن الرشد القانوني، صالحين للكفالة أخلاقيا و اجتماعيا ولهما وسائل مادية كافية لتوفير احتياجات الطفل.

ب-أن لا يكون قد سبق الحكم عليهما معا أو على احدهما من اجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال.

ت-أن يكون مسلمين من كل مرض معد أو مانع من تحمل مسؤوليتها

ث-أن لا يكون بينهما وبين الطفل الذي يرغبان في كفالته أو بينهما وبين والديه نزاع قضائي، أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المكفول .

2- المرأة المسلمة التي توفرت فيها الشروط الأربعة المشار إليها في البند الأول من هذه المادة.

[1] المادة 1 من القانون 15،01 المتعلق بكفالة الاطفال المهملين

3- المؤسسات المكلفة برعاية الأطفال، و الهيئات و المنظمات و الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة المتوفرة على الوسائل المادية و المواد و القدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال و حسن تربيتهم و تنشئته إسلامية[1].

من خلال قراءتنا للشروط نلاحظ أن المشرع اشترط أن يكون طالب الكفالة متزوجين، وان يكون مسلمين[2] وفي هذه الحالة نجد أن المشرع قد غلب مصلحة الطفل المكفول عندما اسند كفالته إلىأسرة بديلة تتوفرعلى طرفيها الرئيسيين (الزوج و الزوجة) وذلك لتعويض الطفل المكفول عن أسرتهاالأصلية المفقودة في أي حالة من حالات الإهمال.

كما يفهم أيضا من خلال نص المادة أن غير المتزوج لا يجوز له التكفل بطفل مهمل، وهذا المنع لا مبرر له حيث انه أعطىنفس الحق للمرأة المسلمة التي تتوافرفيها نفس الشروط، كما اشترط في الكافل بلوغه سن الرشد القانوني، حتى يكون أهلالإسناد الكفالة إليه، لان كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليةأو انعدامها يكون كامل الأهليةلمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته[3].

كما انه بالإضافةإلى هذه الشروط أشار المشرع المغربي انه في حالة تعددت الطلبات بشان كفالة طفل مهمل، تمنح الأسبقية للزوجين الذين ليس لهما أطفال، أو الذين لهما أفضل الشروط لضمان مصلحة الطفل المهمل[4].

غير انه لا يمنع وجود أطفال لدى الزوجين من كفالة أطفال مهملين، شريطة استفادة جميع هؤلاء الأطفال من الإمكانيات المتوفرة لدى الأسرة عن طريق المساواة بينهم[5]، كما انهأشارإلى انه لا تتم كفالة طفل مهمل يتجاوز سنه اثنتي عشر سنة كاملة إلا

[1] المادة 9 من القانون نفسه.

[2] مما يعني ان الزوجين المغربيين اليهوديين او المسيحيين لا يحق لهما التكفل بطفل المسلم المهمل

[3] محمد أشو، المرجع السابق، ص59

[4] المادة 10 من القانون نفسه

[5] المادة 11 من القانون نفسه

بموافقته الشخصية[1]، فنجد أنالمشرع هنا فرق بين الطفل البالغ 12 سنة وبين الطفل الذي لم يبلغ هذه السن، لذلك فانه لاتتم كفالة الطفل الذي تجاوز سن 12 سن كاملة إلا بموافقته الشخصية، لان الكفالة ولاية على النفس و تخضع لمقاييس واعتبارات شخصية تتعلق بالمكفول[2]، إلاأن هذا شرط لا يطبق إذا كان طالب الكفالة مؤسسة عمومية مكلفة برعاية الأطفالأو هيئة أو منظمة أو جمعية ذات طابع اجتماعي ومعترف لها بصفة النفع العام.

كما يجب الإشارة انه لا تتم كفالة طفل مهمل واحد من طرف عدة كافلين في آن واحد[3].

نلاحظ من خلال هذه الشروط التي وضعها المشرع المغربي من اجل التكفل بطفل مهمل، انه قد تفوق على المشرع الجزائري في بعض النقاط، والتي أهملت من طرف المشرع الجزائري.

فنجدأن المشرع المغربي نص صراحة على شرط الزواج في عقد الكفالة، كما أعطى المرأة الحق في الكفالة، وأيضا نص صراحة على حق الأشخاص الاعتبارية في الكفالة مثل المؤسسات العمومية والهيئات...، كما حدد السن المناسب للطفل المكفول، كل هذه النقاط لم يتعرض ولم يتم النص عليها في قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: إجراءات الكفالة

بما أن، الكفالة عمل خيري فان إجراءات المسطرة المتبعة فيها تبدأ بتقديم طلب من طرف الشخص أو الجهة الراغبة في كفالة طفل مهمل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الطفل المهمل[4]، ويكون الطلب مشمولا بالوثائق

[1] المادة 12 من القانون نفسه

[2] نور الدين الشرقاوي الغزواني، **قانون كفالة الأطفال المهملين**، الطبعة1، مكتبة دار السلام للطباعة و النشر، الرباط، ص27

[3] المادة 13 من نفس القانون

[4] المادة 14 من القانون 15.01" يعهد إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الطفل المهمل بإسناد الكفالة إلى الشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة "

المثبتة لاستفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون 15.01 و بنسخه في رسم ولادة الطفل المراد كفالته إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص[1].

غير أنه قبل إصدار الأمر بإسناد الكفالة، يقوم القاضي المكلف بشؤون القاصرين ببعض الإجراءات التي تسبق البث في الطلب، منها جمع المعلومات والمعطيات المتعلقة بالظروف التي ستتم فيها كفالة الطفل المهمل عن طريق بحث يجريه بواسطة لجنة مكونة من:

- ممثل السلطة العامة
- مم ثل السلطة المحلية
- ممثل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقافوالشؤونالإسلامية
- ممثل السلطة الحكومية المكلفة بالطفولة

والهدف من هذا البحث هو معرفة ما إذا كان الشخص أو الجهة الراغبة في كفالة الطفل المهمل مستوفية للشروط المنصوص في المادة 9 أعلاه، فإذا توافرت الشروط المطلوبة فان القاضي المكلف بشؤون القاصرين يصدر الأمربإسناد الكفالة إلى الشخص أو الجهة الطالبة التي تقدمت بطلب[2].

حيث ينص هذا الأمر على تعيين الكافل مقدما على المكفول، ويكون أمر القاضي مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون، ولا يكون الأمر الصادر بإسناد الكفالة حكما نهائيا بل يكون قابل للاستئناف بغرفة المشورة لمحكمة الاستئناف[3].

إجراءات تنفيذ الكفالة:

طبقا لنص المادة 18 من القانون رقم 15.01 ينفذ الأمر الصادر بالكفالة داخل 15 يوم من تاريخ صدوره وقد أسندت المادة مهمة التنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التابع

[1] المادة 14 من نفس القانون

[2] المادة 16 من القانون نفسه

[3] المادة 17 من القانون نفسه

لها القاضي الذي اصدر الأمر بالكفالة ويتم تنفيذ الأمر بانجاز محضر يتضمن خصوصا تسليم الطفل المكفول إلى الشخص أو الجهة الكافلة كما يتم بحضور كل من:

- ممثل النيابة العامة
- السلطة المحلية
- المساعدة الاجتماعية عند الاقتضاء

ويتضمن محضر التنفيذ هوية الكافل و المكفول و الأشخاص الذين حضروا عملية التسليم ومكان و ساعة تسليم الطفل، ويجب أن يوقع المحضر من طرف عون التنفيذ و الكافل و يحرر في ثلاث نظائر، يمنح احدها إلى القاضي و الأخرإلى الكافل و يحفظ الثالث لدى المحكمة المنفذة [1].

بالنسبة لإجراءات الكفالة في التشريع المغربي فان أهم ما يمكن ملاحظته هو أن أهم خطوة تفوق بها المشرع المغربي على المشرع الجزائري هي إن المشرع المغربي قام بإسناد مهمة البت في طلب الكفالة إلى قاضي مختص وهو القاضي المكلف بشؤون القاصرين، كما أنه حدد الجهة التي تسند لها مهمة تنفيذ الكفالة وهي المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي الذي أصدر الأمر بالكفالة، وهذا ما يفتقر إليه القضاء الجزائري كما تم بيانه فيما سبق.

الفرع الثاني: آثار الكفالة و انقضائها

أولا: آثار الكفالة

يترتب عن الأمر الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين المتعلق بإسناد كفالة طفل مهمل جميع الآثار القانونية:

- تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو الجمعية أو المنظمة المعنية تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول و حضانته و رعايته و ضمان تنشئته في جو سليم مع الحرص على تلبية حاجاته الأساسيةإلى حين بلوغه سن الرشد القانوني،

[1] المادة 18 من نفس القانون

أيأن الكفالة هنا بمثابة تعد بمثابة ولاية على النفس إذ هي تستلزم السهر على العناية بالولد و حفظه مما قد يتعرض له من خطر في جسمه و سلوكه و صحته.

- استفادة الكافل من التعويضات الاجتماعية المخولة للوالدين على أولادهممن طرف

الدولة أوالمؤسسات العمومية أو الخصوصية التي تقدمها على قدم المساواة بالولد الشرعي

- كما يمكن للكافل أن يلجأ إلىإعمالأحكام التنزيل أو الوصية أو الهبة التي من شأنها

التعويض على الطفل المتكفل به من إقصاءه من الإرث وذلك تحت إطار مراقبة السيد القاضي المكلف بشؤون القاصرين [1]

- وبما إن توسع العلاقات العائلية في تزايد مستمر على الصعيد الدولي فقد أدى ذلك إلىتكاثر حالات إسناد الكفالة من قبل السلطات لفائدة أشخاص مغاربة و أجانبمقيمين خارج المغرب ولأجل ضمان استمرارية الوضعية القانونية لمؤسسة الكفالة العابرة للحدود فانه يفترض أن ينتقل المكفول مع كافله إلى موطنه سواء كان مقيما في المغرب أو خارجه حيث سيكون مقر إقامته وهوما تعرض له المشرع في المادة 24 من الظهير[2]

ثانيا: انقضاء الكفالة

تنقضي الكفالة بأحد الأسباب التالية:

- بلوغ المكفول سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة ولا تسري هذه المقتضيات على البنت غير المتزوجة ولا على الولد المعاق أو العاجز عن الكسب، فالكافل ملتزم بالإنفاق على الطفل المكفول إلى حين بلوغ هذا الأخير سن الرشد في 18 سنة شمسية كاملة

[1] محمد أشو، المرجع السابق، ص63،64

[2] المادة 24 " يمكن للكافل السفر بالطفل المكفول للاقامة الدائمة خارج المملكة المعربية، بعد حصوله على اذن بذلك من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين وذلك لمصلحة الطرفين "

- موت المكفول: يعتبر سببا لانقضاء الالتزام الناتج عن الكفالة بحيث لا يتحمل الكافل أي التزام إزاء ورثته بعد وفاته، لان الكفالة لا يترتب عنها حق في الإرث
- موت احد الزوجين الكافلين معا أو المرأة الكافلة: ولا يترتب عن الموت احد الزوجين فقط انقضاء الكفالة بل إن هذه الأخيرة تستمر مع الزوج الذي يبقى على قيد الحياة
- فقدان الزوجين الكافلينلأهليتهما معا أو فقدان المرأة الكافلة لأهليتها
- حل المؤسسة أوالمنظمةأوالهيئة أو الجمعية الكافلة
- إلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالات إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة أو اقتضت ذلك المصلحة الفضلا للطفل المكفول[1].

وفي حالة انقضاء الكفالة يبت القاضي المكلف بشؤون القاصرين في شان التقديم على الطفل المكفول بناء على طلب الشخص المعني أو من النيابة العامة

المطلب الثاني: موقف المشرع التونسي من الكفالة

نظم المشرع التونسي الكفالة من خلال القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958، المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة و التبني وذلك من الفصل الثالث إلى غاية الفصل السابع، حيث أقر المشرع التونسي الكفالة وحدد لها شروط

الفرع الأول: شروط الكفالة

أولا: الشروط الشكلية و الإجرائية

يبرم عقد الكفالة لدى عدليين بين الكفيل من جهة و بين أبوي المكفول أو احدهما إذا كان الآخر ميتا أو مجهولا أو عند الاقتضاء الولي العمومي أو من يمثله من جهة

[1] المادة 25من القانون15.01

أخرى، و يصادق الحاكم على عقد الكفالة، إذ أن القاضي هنا دوره المصادقة فقط على عقد الكفالة المبرم مسبقا [1]

ثانيا: الشروط الأصلية

نص الفصل الثالث من القانون المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة و التبني على أن الكفالة هي عقد يقوم بمقتضاه شخص رشيد(بالغ) متمتع بكامل حقوقه المدنية، أو هيئة بكفالة طفل قاصر[2] .

وبمعنى أن المشرع التونسي لم يشترط أن يكون طالب الكفالة ذكرا أم أنثى، كذلك لم يشترط شرط الزواج.

وبالنسبة للحقوق و الواجبات فانه تكون للكفيل و المكفول نفس الحقوق و الواجبات المنصوص عليها بالفصل 54 و ما بعده من مجلة الأحوال الشخصية

و الكفيل علاوة على ذلك يكون مسؤولا مدنيا على أعمال مكفوله مثل أبويه

ويحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن سنه و بالأخص لقبه و حقوقه في الرث

الفرع الثاني: انتهاء الكفالة

بخصوص نهاية سريان الكفالة فقد نص المشرع التونسي في الفصل السابع على أنه تنتهي الكفالة ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني، كما يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من الكفيل أو أولياء المكفول أو بناء على طلب النيابة العامة فسخ عقد الكفالة مراعاة لمصلحة الطفل المكفول [3]

[1]الفصل الرابع منالقانون عدد 27لسنة 1957 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة و التبني

[2] الفصل الثالث من القانون نفسه

[3]الفصل السابع، من القانون نفسه

أي إن الكفالة بالنسبة للمشرع التونسي هي عبارة عن التزام تطوعي لرعاية طفل و تربيته و حمايته لذلك فإنها تنتهي بطريقة آلية ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني أو عن طريق القضاء

نستخلص من خلال ما سبق أن التشريع التونسي يختلف عن التشريع المغربي و الجزائري، بحيث نجد أن المشرع التونسي لم يتوسع في الشروط الشكلية و الإجرائية المطلوبة للقيام بعقد الكفالة، كما أنه لم يشدد فيها ولم يرتب أي أثار في حالة إبرام عقد الكفالة أي أن الكفالة في القانون التونسي لا تخرج عن كونها وسيلة رعاية وتربية وحماية للطفل المكفول فقط.

كما يجب الإشارة أن التشريع التونسي يتفق مع التشريع المغربي في نقطة واحدة إلا وهي انقضاء الكفالة ببلوغ سن الرشد القانوني وهذا مالم يتعرض له المشرع الجزائري في قانون الأسرة .

الخاتمة

نستنتج من خلال دراستنا لهذا الموضوع، ان الكفالة تعتبر من بين أهم الأنظمة التي أوجدها القانون من أجل رعاية وحماية الطفل، لاسيما الأطفال المحرومين من الأبوة و الأمومة لسبب ما.

وعليه يتضح لنا جليا بعد دراستنا لموضوع الكفالة في قانون الأسرة الجزائري مجموعة من النتائج يمكن أن نلخصها فيما يلي:

1-أن المشرع الجزائري قد سلك أحسن الطرق بمنعه لنظام التبني و أخذه بنظام الكفالة كحل أمثل و أنجح لحماية هؤلاء الأطفال فهو بذلك قد ساير الشريعة الإسلامية.

2- كذلك نجد أن الإسلام قد حرص على كفالة الأطفال اليتامى على رغم أن الشريعة الإسلامية لم تنصص صراحتا على الكفالة وذلك لقوله تعالى " وكفلها زكريا " أي أنه قام برعايتها و العناية بها و تربيتها.

3-أن إجراءات الكفالة يجب أن تكون أمام جهات قضائية وهي المحكمة و الموثق و البعثات الدبلوماسية، و تكون الكفالة برضا الوالدين إذا كان معلوم النسب أما إذا كان مجهول النسب هنا تبقى الكفالة من اختصاص القاضي في إسناد الكفالة أم لا.

4-كما أجاز المشرع الجزائري بموجب التعديل الجديد في القانون المدني للقاضي الداخلي إسناد الكفالة في حالة كان طرفاه أجنبيان أو أحد أطرافه أجنبي مقيم على الجزائر مراعاة للقانون الداخلي لكلا الطرفين.

5-تمنح الكفالة للكافل الولاية على نفس المكفول وعلى ماله، كما يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول في حدود الثلث

6-وبالنسبة للمرسوم التنفيذي 92-24 المتعلق بمنح اللقب للمكفول، نجد أن المشرع أراد بموجبه تنظيم وضعية الأولاد مجهولي النسب وسمح للأسر الكفيلة أن تمنح للطفل لقبها العائلي وما هو إلا إجراء إداري، و الغاية منه هو تنشئة الطفل وحمايته داخل المجتمع بشرط عدم المساس بحقوق الغير، وذلك مراعاة لشريعة الإسلامية لاسيما عدم اختلاط الأنساب.

7-تسقط الكفالة في حالات: أما بطلب من والدي المكفول أو بطلب من الكافل، كما تسقط في حالة تخلف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 118 من قانون الأسرة، أو في حالة موت كل من الكافل أو المكفول.

رغم معالجة المشرع الجزائري لموضوع الكفالة إلا أننا نجده قد أغفل عدة جوانب تتعلق بالكفالة، لذلك فان السعي إلى مراجعة قانون الأسرة يبقى أمرا مرغوبا فيه، وذلك لإعادة صياغة نصوصه صياغة دقيقة و مضبوطة، لإزالة الغموض و التناقض بين مواده وتداركا للنقائص الموجودة و منحها الأهمية التي تستحقها باعتبارها تمس بمصلحة الطفل ولنا بعض الاقتراحات:

- ضرورة وجود قانون خاص بالطفل حتى يوفر الحماية الكافية لوضعية الطفل مجهول النسب
- وفيما يخص شروط و إجراءات الكفالة فنجد أن المشرع الجزائري قد ترك ثغرات و غموض، فبالنسبة لشروط الواجبة في الكافل كان من المفروض النص على حق المرأة في الكفالة وكذلك الموافقة الزوجية كما فعل المشرع المغربي.
- النص على محضر و إجراءات التسليم للمكفول.
- النص على الفارق في السن بين الكافل و المكفول
- النص على كيفية انتقال الكفالة إلى الورثة و الإجراءات التي يجب إتباعها
- ضرورة إعادة النظر في المرسوم التنفيذي رقم 92-24 الخاص باستلحاق المكفول بالكافل عن طريق الاسم و الذي آثار ضجة بين أوساط الفقهاء.
- كذلك يجب النص على مصير الطفل القاصر المكفول في حالة الطلاق و انفصال الزوجين و التي لم يشر أليها المشرع الجزائري.
- وفي الأخير نجد أن المشرع الجزائري و التشريعات الأخرى بتبنيها موقف الشريعة الإسلامية و أخذها بنظام الكفالة قد سلكوا الطريق الصحيح من أجل استقرار الأسرة و المجتمع.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر:

1. القرآن الكريم
2. احمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، مسند الإمام احمد، ج4، مؤسسة قرطبة، القاهرة.
3. البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح المختصر،ج5، ط2، دار ابن كثير، بيروت، 1987.
4. البخاري، الأدب المفرد، ط3، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1989.
5. الترمذي محمد بن عيسى، سنن الترمذي، ج4، دار إحياء التراث العربي، بيروت،

القوانين و المراسيم:

6. القانون النموذجي الموحد لرعاية القاصرين، الصادر بموجب قرار معتمد لدى المكتب التنفيذي لمجلس وزراء شرح العدل، كقانون نموذجي استرشادي، بالقرار رقم 323، ج24، في 4 مارس 2002
7. الأمر رقم 66/ 156 المؤرخ في 18 صفر 1386، المرافق ل 8 جوان 1960، المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم، الطبعة الولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1991.
8. القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958، المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة و التبني.
9. المرسوم التنفيذي رقم 92-24، المؤرخ في 13 يونيو 1992 و المتمم للمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو 1971، و المتعلق بتغيير اللقب.
10. الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 20 رمضان عام 1995، المرافق ل 6 سبتمبر 1975، و المتضمن القانون المدني الجزائري.
11. القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الادراية.
12. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و المتضمن قانون الاسرة.

13. القانون رقم 15،01 الصادر عن الظهير شريف رقم 172، 1،02 في 13 يونيو 2002، المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

ثانيا: قائمة المراجع

المعاجم و القواميس:

1. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الطبعة 2، دار صادر، بيروت، 2003.

الكتـــــــب:

10. لحسين بن شيخ آت ملويا، قانون الأسرة نصا و شرحا، دار الهدى، الجزائر، 2014.

11. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013.

12. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

13. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

14. كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، 1997.

15. بالحاج لعربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد(وفق آخر تعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة1، عمان، الأردن، 2012.

16. محمد عبد الرؤوف المنوي، التوقيف على مهمات التعاريف، الطبعة1، دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، 1410.

17. محمد شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، الطبعة1، دار البعث، قسنطينة.

18. عقلة محمد، نظام الأسرة في الإسلام، الطبعة2، مكتبة الرسالة، عمان، 1989,

19. محمود شلتوت، تفسير القرآن، الطبعة7، دار الشروق، بيروت، لبنان، 1399.

2. أحمد نصر الدين الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009

20. عز بحر العلوم، اليتيم في القرآن والسنة، الطبعة2، دار الزهراء، للطباعة و النشر، بيروت.

21. العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، الطبعة1، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.

22. علي أحمد السالوسي، الكفالة في ضوء الكتاب و السنة و التطبيق المعاصر.

23. عبد الله بن ناصر بن عبد الله، فضل كفالة اليتيم(دعوة الى مرافقة الرسول صلى الله عليه وسلم في الجنة، المملكة العربية السعودية، 1421.

24. نبيل صقر، قانون الأسرة(نصا وفقها وتطبيقا)، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر.

25. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة4، منشورات بغدادي، 2013.

26.الرزق مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، الجزء2، الطبعة3، دار القلم، دمشق، سوريا، 2012.

27. زيدان عبد الكريم، المفضل في أحكام الأسرة، الجزء6، الطبعة2، مؤسسة الرسالة، 2000.

28. أحمد علي جرادات، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية الجديد (الولاية و الوصاية وشؤون القاصرين و الإرث والتخارج)، الطبعة1، دار الثقافة، الأردن، 2012.

29. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه مذاهب السنة و المذهب الجعفري و القانون، الطبعة4، الدار الجامعية، بيروت، 1983

3. بوخاتم محاضرات في مقياس التأمينات العينية و الشخصية، السنة الثالثة قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015، 2014

30. هبة علي جواد ألشمري، سعدون محمود الساموك، المدخل إلى الشريعة الإسلامية، الطبعة1، دار وائل للنشر، الأردن، .2012

31. دلا ندة يوسف، قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، .2005

32. عبد القادر مدقن، الشرح الوجيز لنظام الأسرة الجزائري ملخص من الفقه الإسلامي، الطبعة1 ، المطبعة العربية، الجزائر، 1998

33. نور الدين الشرقاوي الغزواني، قانون كفالة الأطفال المهملين، الطبعة1، مكتبة دار السلام للطباعة و النشر، الرباط.

4. علي الهادي الحواة، رعاية الطفل المحروم(الأسس الاجتماعية و النفسية البديلة للطفولة)، الطبعة 1، مركز الإنماء العربي، .1989

5. بالحاج لعربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء1، الطبعة4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، .2005

6. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة3، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر.

7. أحمد أحمد، موضوع النسب في الشريعة و القانون، الطبعة1، دار البعث، الجزائر، 1983.

8. محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، .1992

9. تشوار الجيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، طلبة السنة الثالثة قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015، 2014.

الرسائل و المذكرات:

1. بوعيشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، 2001،2004.
2. بوكزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر(دراسة مقانة)، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة قسنطينة، 2013،2014.
3. حملاوي شهرزاد، الكفالة و إشكالاتها القضائية في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، 2011،2012.
4. خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015، 2014.
5. سميرة بن دحمان، أمال كاب، التبني و الكفالة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2015،2016.
6. طلبة مالك، التبني و الكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2003،2006.
7. علال أمال، التبني و الكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2009.
8. علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي(دراسة مقانة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2014،2015.
9. قديري سوسن، الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014،2015.
10. محمد أشو، الولد غير الشرعي في القانون المغربي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، 2013.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
الشكر والعرفان	/
مقدمة	أ- هـ
الفصل الاول: ماهية الكفالة وموقف الشريعة الاسلامية منها	
المبحث الأول: ماهية الكفالة	07
المطلب الأول: مفهوم الكفالة	07
الفرع الأول: تعريف الكفالة	07
أولا: الكفالة في اللغة	07
ثانيا: الكفالة في الاصطلاح القانوني	08
الفرع الثاني: خصائص الكفالة	10
المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها	11
الفرع الأول: تمييز الكفالة عن الحضانة	11
أولا: تعريف الحضانة	11
ثانيا: الفرق بين الكفالة و الحضانة	12
الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن التبني	13
اولا: تعريف التبني	13
ثانيا الفرق بين الكفالة و التبني	14
المطلب الثالث: شروط الكفالة	15
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافل	15
اولا: الشروط المنصوص عليها في القانون	16
ثانيا: الشروط الغير منصوص عليها في القانون	20
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمكفول	22
اولا: شرط السن	23
ثانيا: أصل المكفول	24
المبحث الثاني: الكفالة في الشريعة الاسلامية	28

المطلب الأول: موقف الشريعة الاسلامية من الكفالة	28
الفرع الأول: الكفالة من القرآن الكريم	29
الفرع الثاني: الكفالة من السنة النبوية الشريفة	30
المطلب الثاني: فوائد الكفالة في الاسلام	33
الفصـــــل الثاني: الكفـــالة بين التشريع الجزائري والقوانيـــــن الوضعيـــــــة	
المبحث الأول: الكفالة في التشريع الجزائري	37
الفرع الأول: اجراءات انعقاد الكفالة	37
المطلب الأول: الجهات المختصة بإبرام عقد الكفالة	37
اولا: الجهات القضائية	38
ثانيا: الموثق	40
الفرع الثاني: مراحل ابرام عقد الكفالة	42
اولا: القاصر مجهول النسب	42
ثانيا: القاصر معلوم النسب	46
ثالثا: أحوال اللقيط	48
المطلب الثاني: آثار الكفالة	50
الفرع الأول: آثار الكفالة بالنسبة للكافل	50
اولا: التعريف بالولاية	51
ثانيا: أنواع الولاية	52
ثالثا: مضمون الكفالة بالنسبة للكافل	53
الفرع الثاني: آثار الكفالة بالنسبة للمكفول	57
اولا: احتفاظ المكفول بنسبه	57

ثانيا: تغيير لقب المكفول	59
ثالثا: امكانية أن يوصي أو يتبرع للطفل المكفول	64
المطلب الثالث: انقضاء الكفالة	67
الفرع الأول: انقضاء الكفالة بسبب المكفول	68
اولا: اذا كان الطفل غير مميز	68
ثانيا: اذا كان الطفل مميزا	69
الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بسبب من الكافل	71
الفرع الثالث: انقضاء الكفالة لتخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 من قانون الأسرة	71
اولا: تخلف شرط الاسلام	71
ثانيا: تخلف شرط الأهلية	72
ثالثا: تخلف شرط القدرة	72
الفرع الرابع: انقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول	72
المبحث الثاني: موقف التشريعات الوضعية من الكفالة	74
المطلب الأول: موقف المشرع المغربي من الكفالة	75
الفرع الأول: شروط و اجراءات الكفالة في القانون المغربي	75
اولا: شروط الكفالة	75
ثانيا: اجراءات الكفالة	78
الفرع الثاني: آثار الكفالة و انقضائها	80
اولا: آثار الكفالة	80
ثانيا: انقضاء الكفالة	81
المطلب الثاني: موقف المشرع التونسي من الكفالة	82

الفرع الأول: شروط للكفالة	82
اولا: الشروط الشكلية و الجرائية	82
ثانيا: الشروط الأصلية	82
الفرع الثاني: انتهاء الكفالة	83
الخاتمة	86
قائمة المراجع	89
الفهرس	95

ملخص:

تعتبر الكفالة البديل الملائم للتبني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وتتميز باتخاذ ولد الغير مجهول أو معلوم النسب ومعاملته معاملة الابن الشرعي، فالكفالة تضمن حماية الأنساب وعدم اختلاطها عن طريقها يمكن منح اللقب للطفل المكفول طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 24/92 ليندمج في المجتمع بصفة أحسن كما يمكن للكافل أن يتبرع أو يهب للمكفول في حدود الثلث و بإجازة الورثة، والكافل بواسطة عقد الكفالة يكون بمثابة الوالي الشرعي على نفس و على مال المكفول

ومن زاوية أخرى نجد بأن نظام الكفالة هو طريق صحيح لحماية الطفل المكفول وحتى الأسرة الكافلة من التشتت، بالإضافةإلى الجزاء العظيم الذي يناله الكافل.

الكلمات المفتاحية: الطفل، النسب، الكفالة، مجهول النسب، معلوم النسب، النظام العام.