جامعة آكلي محند أولحاج البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

كفالة الأطفال في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: عقود ومسؤولية

من إعداد الطالبتين:

معاتقي مريم

شلابي خديجة

تحت إشـــــراف

د/ ضريفي الصادق

لجنة المناقشة

الأستاذة ربيع زاهية .....رئيساً

الدكتور ضريفي الصادق .....مشرفاً مقرر ً ا

الأستاذة عينوش عائشة ..... ممتحناً

تاريخ المناقشة 01/18 /2017

قال الرسول صلى الله عليه و سلم:

"أنا وكافل اليتيم في الجنّة هكذا، وقال بأصبعيه السبّابة والوسطى ".

رواه البخاري.

إهـــــــــداء

إلى من قال فيهما الرحمن "وقضى ربك ألا تعبدوا ألا إياه و بالوالدين إحسانا"

إلى مثليا الأعلى الذين خلقهما الله تعالى ليكونا روحا واحدة لا تنفصل عن روحي

إلى مصدر الحب و الحنان إلى من ربتني وتطنت في العطاء من أجلي أمي الغالية حفظها الله و أطال في عمرها.

إلى قدوتي في الحياة ومنير دربي الذي زرع فيا حب الدراسة و التفاني في العمل

أبي العزيز حفظه و أطال في عمره.

إلى جدي و جدتي الحبيبين أطال الله في عمرهما.

إلى من تقاسمت معهم حلو الحياة و مرها أخواتي وإخوتي سامية، إيمان، نور الهدى، يوسف، عبد السلام.

إلى كل من وسعتهم ذاكرتي و لم تسعهم مذكرتي

مريـــم

إهـــــــــداء

إلى الدمع و الحنان، إلى القلب الدافئ الفياض، إلى الجميل الذي لا يوفى، إلى من الجنة تحت قدميها أمي الغالية.

إلى من كانوا سنداً لي في دربي و مشواري، إلى من تميزوا بالوفاء و العطاء، إلى من سعدت معهم، وفي دروب الحياة الحلوة والحزينة سرت، إلى أخوالي مسعود، محمد، بلقاسم، بلال، وأخي العزيز علي.

خديجة

شـــكـــــر

الحمد لله جل جلاله و تقدست أسمائه نحمده و نشكره على ما أنعم علينا من قوة و إرادة لإتمام هذا العمل.

لقول خير المرسلين عليه الصلاة و السلام

(من لم يشكر القليل لم يشكر الكثير و من لم يشكر الناس لم يشكر الله و التحدث بنعمة الله شكر و تركها كفر)

بعد الشكر و الحمد للمولى سبحانه و تعالى الذي أنار لنا طريق النجاح و المعرفة نتقدم بكلمة شكر و عرفان مع أسمى معاني التقدير و الاحترام للجنة التي أشرفت على مناقشة المذكرة المتمثلة في الأستاذة **ربيع زاهية** رئيساً، و الأستاذة **عينوش عائشة** مناقشًا و أخص بالشكر الأستاذ المشرف **خريفي الصادق** الذي لم يبخل علينا بنصائحه و توجيهاته البناءة.

كما لا يفوتنا أن نخص بالشكر صديقتنا **عماد أحلام** على مساعدتنا في كتابة المذكرة.

و إلى كل من قدم لنا يد العون و المساعدة سواء من قريب أو من بعيد.

قائمة المختصرات

أولاً : باللغة العربية

ج: الجزء.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.ت.ن: دون تاريخ النشر.

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

م.ج.ع.ق.إ.س: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

م.ق: مجلة قضائية.

ثانياً: باللغة الفرنسية.

N°:Numéro.

Op.cit: Option citée.

P: page.

R.A.S.J.P.E: Revue Algérienne de Sciences Juridiques Economiques et Politiques.

مـقـدمـة

مقدمة

للطفل كمخلوق بشري ضعيف، حقوق إنسانية أساسية ينبغي أن تعمل الدولة وهيئات المجتمع على صيانتها وضمان تمتعه بها، وأهم حق يثبت له الذي تم الإجماع عليه من طرف جميع القوانين الوضعية هو أن تكون له أسرة باعتبارها الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها ويتفاعل مع أعضائها، فإذا ثبت له هذا الحق وقع على عاتق والديه واجب الرعاية والاهتمام، كما يجب عليهم المحافظة على تماسك الأسرة من عوامل الهدم والضياع، إذ أن في القديم كان قانون القوة سائداً وبسبب ذلك كانت وضعية الأطفال غير مستقرة داخل الأسر، لأن زعماء القبائل كانوا يقومون بأخذهم ورعايتهم متى أعجبهم طفل، ويمنحون له عدة امتيازات كالاسم والإرث، إلى غاية مجيء الذين فرّقوا بين مركزين للولد المحضون لدى الغير، فإذا تم إلحاق نسب الولد إلى حاضنه اعتبر ذلك حرام، وما كان خلاف ذلك أجازه و أعطاه الأجر والثواب عليه.

ولهذا وضعت الشريعة الإسلامية للطفل حقوقاً ومكانةً، حيث بيّن القرآن الحكمة من وجود الأطفال لقوله تعالى: ﴿ ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ﴾[1]، وقوله أيضا: ﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً ﴾[2].

و حقوق الطفل واحدة مهما كانت وضعيته سواء كان معلوم النسب، لكن واجهت أهله مشكلة في تربيته ورعاية شؤونه لظروف اجتماعية وأخرى اقتصادية أجبرتهم على تسليمه إلى من يستطيع رعايته، أو مجهول النسب أو لقيطاً لا يعرف له أب أو أم لأنهم كانوا ضحية الاستغلالات الجنسية، أو لأخطاء يقع فيها الشباب بسبب الطيش، وأكثر من ذلك نجد الأطفال غير الشرعيين واليتامى والمتشردين الذين كانوا من ضحايا الإرهاب والمجازر الجماعية[3]، التي خلّفت نتائج سلبية على حياة الأطفال ومستقبلهم.

---

[1] سورة الكهف، من الآية 46.

[2] سورة النحل، من الآية 72.

[3] علال آمال، التبني و الكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، رسالة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2009/2008 ، ص10.

وأمام كل هذه الحالات وجد المجتمع نفسه أمام أطفال أحياء لا يمكنه نكرانهم و ما عليه إلاّ الاعتناء بهم والبحث عن طرق ووسائل تمكن من رعايتهم وحمايتهم، فقد يصطدم المجتمع منأجل ذلك بما هو محرم شرعاً وهو التبني نظرا لما فيه من مفاسد، واختلاط في الأنساب، واعتداء على هوية الطفل بإدخاله بيتاً غير بيت أصله، ما دفع بالمشرع الجزائري إلى العمل بما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية واعتماد نظام الكفالة كبديل عن التبني من أجل الحفاظ على مصير فئة الأطفال الذين حرموا من حنان الوالدين والمحتاجين للرعاية و الحماية، ليكون الكافل بمثابة الحصن الذي يحميهم من خطر التعرض للآفات الاجتماعية[1]، فتحريم الدين للتبني وحثّه على العطف والإحسان لليتامى والمساكين كان نتيجة لما خلّفه من آثار سلبية.

وما يمكن ملاحظته في الحياة اليومية أن شريحة الأطفال مجهولي النسب واللقطاء يعانون من عدة مشاكل عند بلوغهم سن الرشد، رغم كفالتهم من طرف مؤسسة الرعاية الاجتماعية أو بعض الأسر ذوي البر والإحسان، الشيء الذي دفع ببعض العائلات إلى الرغبة في إعطاء اللقب العائلي لهم لضمان أحسن لتنشئتهم و تعليمهم ومزاولة حياتهم بشكل طبيعي في إطار عقد الكفالة الذي يشكل أساساً هاماً لحماية الأطفال القصر.

و لعلّ موضوع الأطفال مجهولي النسب واللقطاء ذات أهمية بالغة لاسيما بعد إدراك واقعها الحقيقي في الجزائر، وذلك بالنظر إلى عدد الأطفال المستقبلين من طرف مراكز الطفولة المسعفة المتواجدة عبر التراب الوطني والمقدرة بـ 3000 و 4000 طفل متخلى عنهم حسبما أكده مختصون خلال لقاء نظمته جمعية الطفل البريء، و أنّ هذه الأرقام التي أوردها منتدى "فورام" سنة 2014[2] مرشحة للارتفاع إذا لم تتخذ الإجراءات اللازمة للحد من هذه الظاهرة.

وتكمن أهمية الموضوع في ارتباط الدراسة بشريحة مهمة وهي فئة الأطفال التي تحتاج إلى عناية خاصة سواءً كان ذلك داخل المحيط الأسري أو خارجه، ولما للموضوع من

[1] بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004/2001،ص3.

[2] www.ennahaonline.com/ar/algeria_news.

أهمية إنسانية بالدرجة الأولى وقانونية بالدرجة الثانية يجب عرضه للتحليل والنقاش من خلال تحليل ما جاء به المشرع في نصوصه القانونيةلمعالجة وضعية إنسانية حساسة جد ًا.

بالإضافة إلى هذا هناك مجموعة من الأسباب دفعتنا لاختيار هذا الموضوع أبرزها:

- الرغبة الشخصية في دراسة هذا الموضوع والمتعلق بكفالة الأطفال.
- ارتباط الموضوع بالفئة الأضعف في المجتمع.
- التعرف على هذه الفئة باعتبارها جزء لا يتجزأ من المجتمع الجزائري.
- لم ينل موضوع كفالة الأطفال الاهتمام الكافي سواء ً من المشرع أو الأبحاث.
- الواقع الذي تعيشه الجزائر في ظل انتشار الأطفال غير الشرعيين.
- التعرف على الحقوق و الضمانات التي منحها القانون للطفل المكفول.

وقد اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي والوصفي نظر ً ا لطبيعة نظام الكفالة الذي يستدعي خلال البحث فيه الوصفو التحليل وذلك من خلال طرح الإشكالية التالية:

ما هي أحكام الكفالة التي أقرها المشرع الجزائري كنظام بديل عن التبني لحماية فئة الأطفال المحرومين والتكفل بهم؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا تقسيم الموضوع إلى فصلين، تطرقنا في الفصل الأول إلى النظام القانوني للكفالة، وذلك من خلال تبيان مفهوم الكفالة وكذا شروطها (المبحث الأول)وأركانها وا ٍجراءات انعقادها (المبحث الثاني).

أم ّا بالنسبة للفصل الثاني فقد تناولنا فيه آثار عقد الكفالة وانقضاءها، وذلك من خلال توضيح آثار عقد الكفالة بالنسبة لكل من الكافل والمكفول (المبحث الأول)، وكذا الأسباب العامة و الخاصة لانقضاء عقد الكفالة (المبحث الثاني).

الفصل الأول

الفصل الأول

النظام القانوني للكفالة

حرمت الشريعة الإسلامية التبنيعدما كان معمولاً به في الجاهلية قبل الإسلام، حيث كان النبي صلى الله عليه وسلم قبل النبوة متبنيا "زيد بن الحارثة" والذي كان يدعى في ذلك الوقت "زيد بن محمد"وبمناسبة هذه الواقعة أنزل الله عزّ وجل الآيتين الكريمتين:﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ۝ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ۚ ﴾[1].

ومن أجل حماية شريحة معينة في المجتمع والتي تعد ضحية تصرفات سلبية لامسؤولة نتج عنها أطفال مجهولو النسب ولقطاء، تم إيجاد بديل لهذا التحريم يتمثل في نظام الكفالة الذي عملت به العديد من الدول الإسلامية على غرار الجزائر نجد أن المشرع عمل بأحكام الشريعة السمحاء واستبعد نظام التبني طبقا لأحكام المادة 46 في قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه **"يمنع التبني شرعا وقانونا"**[2]، وأعطت له بديل بمقتضى أحكام المواد 116 إلى 125 من نفس القانون، كما نظّم إجراءاتها في المواد 492 إلى 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

---

[1] سورة الأحزاب، من الآية 4-5.

[2] قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة ، ج ر، العدد 24، الصادر في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم.

[3] قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، العدد 21، الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

المبحث الأول

مفهوم الكفالة

مصطلح الكفالة له عدة معاني يقصد بها ضمان الدين، الولاية على المال، الولاية على نفس القاصر، لكن ما يهمنا في هذا البحث هو الولاية على القاصر من ناحية المال والنفس، وعليه فإننا سنتطرق في هذا المبحث إلى التعريف بالكفالة (المطلب الأول)، مع تحديد شروطها سواء المتعلقة بالكافل أو المكفول (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعريف بالكفالة

سنتعرض في هذا المطلب إلى المقصود بالكفالة (الفرع الأول) في المعنى اللغوي أولاً، وفي المعنى الاصطلاحي ثانياً من خلال ما نص عليه قانون الأسرة والقانون المدني، و التطرق إلى أهم خصائصها(الفرع الثاني)، معتمييز ها عن التبني (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بالكفالة

أولاً :الكفالة لغة: بمعنى الضم، وكفله بمعنى ضمنه، وتكفل بالشيء ألزم نفسه به ومنه قوله تعالى:﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾[1]، أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها، وعلى قراءة كفلها بالفتح، فالمعنى ضمن زكريا عليه السلام بأمرها[2].

وقوله صلى الله عليه وسلم :**"أنا وكافلاليتيم في الجنة هكذا، وقال بأصبعيه السبّ ابة والوسطى"**[3]، أي ضم كافل اليتيم إلى نفسه.

---

[1] سورة آل عمران، من الآية 37.

[2] جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور، لسان العرب،(مادة كفل)، ط4، دار صادر، لبنان، 2005،ص186.

[3] احمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، د.ب.ن، د.ت.ن، كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيما، حديث رقم 5659، ص2237.

ثانياً: الكفالة اصطلاحاً: الكفالة في القانون لها معنيين: معنى حسب القانون المدني، ومعنى حسب قانون الأسرة.

1-المقصود بالكفالة في القانون المدني: تنص المادة 644 من ق.م.ج[1] على:

"الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأي تعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

أي أن الكفالة عقد تأمين شخصي، يلتزم بموجبه شخص الكفيل بالوفاء بالتزام المدين متى عزف هذا الأخير عن أدائه، وذلك بضم ذمته المالية لذمة المدين[2].

2- المقصود بالكفالة في قانون الأسرة: نصت المادة 116 من ق.أ على:

"الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

فالكفالة هي التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل صغير(قاصر) والإنفاق عليه وتربيته ورعايته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه باعتباره وليا قانونيا له[3].

الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة

أولاً : الكفالة عقد فيها طرفين هما: الكفيل، والهيئة التي تبرم العقد مع الكفيل، فهي لا تقوم إلاّ إذا أبرمت أمام الجهات القضائية أو الموثق وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 117 من ق.أ.ج التي تنص على أنه **:" يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق...".**

---

[1] قانون رقم 58/78 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدّل و المتمم.

[2] نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص128.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء1،(أحكام الزواج)، ط6، د.م.ج، الجزائر، 2012، ص422.

ثانياً: الكفالة من عقود التبرع، حيث أن الكافل لا ينتظر مقابل نتيجة تكفله بهذا الطفل سواء كان مجهول النسب، أو معلوم النسب، إنّما ابتغاءً لوجه الله تعالى، و هي واردة على الطفل القاصر دون غيره حسب نص عليه المشرع الجزائري في المادة 116 من ق.أ ج المذكورة سابقاً .

ثالثاً : الكفالة عقد محدد المدة ليست أبدية، وتسقط لأسباب محددة في قانون الأسرة.

رابعاً : الكفالة تحافظ على الأنساب وتحميها من الإختلاط إذ أنّ المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة وعليه لا يمكن أن يرث المكفول كافله حتى ولو منح هذا الأخير لقبه للطفل المكفول.

الفرع الثالث: تمييز الكفالة عن التبني

ظاهريا لا يوجد فرق بين الكفالة والتبني لأنّ كلاهما يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا وكذا الإسناد الواقعي للطفل القاصر وضمه إلى أسرة أخرى ليست أصلية، وكذا من الناحية القانونية فهو يختلف من دولة إلى أخرى حسب النظام القانوني المتبع في تشريعها الداخلي، وعليه يمكننا التطرق إلى التمييز بينهما من حيث المشروعية (أولاً)، ومن حيث الآثار (ثانياً).

أولاً : من حيث المشروعية

الكفالة مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وإجماع العلماء، وهي من التعاون على البر والتقوى،فهي مستحبة من الكافل وإحسان إلى المكفول، ومن أدلة مشروعية الكفالة قوله تعالى:﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾[1]، وقوله عز وجل في آية أخرى: ﴿ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ

[1] سورة آل عمران، من الآية 44.

﴿لَكُمۡ﴾[1]، فورود الفعل "يكفل" في الآيات السالفة الذكر بمعنى تعهد الصغير ورعاية شؤونه[2]، فيما يخص التبني فهو محرم تحريمًا قطعيًا بالكتاب والسنة النبوية حيث قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدۡعِيَآءَكُمۡ أَبۡنَآءَكُمۡۚ ذَٰلِكُمۡ قَوۡلُكُم بِأَفۡوَٰهِكُمۡۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلۡحَقَّ وَهُوَ يَهۡدِي ٱلسَّبِيلَ ٤﴾[3]، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أخرجه البخاري: **"ليس في رجل ادعى إلى غير أبيه وهو يعلمه إلاّ كفر"[4].**

من خلال هذا يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية جاءت بنظام بديل عن التبني وهو نظام الكفالة وذلك من أجل حفظ وتطهير المجتمع من اختلاط الأنساب.

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع عمل بما جاءت به الشريعة الإسلامية، حيث حرّم التبني بنص المادة 46 من ق.أ.ج، معنى ذلك أنه لا يجوز لأي جزائري مسلم أن يدعي أن الولد الفلاني ابنه، و لا يجوز إطلاقا أن ينسب إليه أو يسجل على لقبه أو اسمه في سجلات الحالة المدنية، وعليه في حالة ما إذا تبناه ومنح له اللقب يكون بذلك قد خرج عن أحكام الشريعة والقانون إذ أن التبني حرام بنص صريح سواءً في الدين أو في القانون هذا ما تطلب إيجاد نظام بديل عنه و هو نظام الكفالة[5].

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن التبني ممنوع شرعًا وقانونًا وأنه لا يجب الخلط بينه وبين الإقرار بالنسب، حيث أنه لا يثبت النسب بالتبني ولو كان المتبنى مجهول

---

[1] سورة القصص، من الآية 12.

[2] يحياوي حمزة، الحقوق المعنوية والمادية للطفل (دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، 2015، ص50.

[3] سورة الأحزاب، من الآية 4.

[4] احمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، كتاب المناقب، حديث رقم 3317، ص624.

[5] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص427.

النسب[1]، لا تعتبر شهادة الولادة دليلاً قاطعاً على النسب إنّما هي تصريح يمكن إبطاله بجميع وسائل الإثبات الشرعية و القانونية[2].

ثانياً: من حيث الآثار

لا يرتب التبني أي أثر بحكم تحريمه القاطع فلا ميراث للمتبنى و لا نسب له إذ لا يمكن إلحاقه بالشخص الذي تبناه، و من عمل بخلاف هذه الأحكام يعدّ آثما ومشركاً بالله عزّ وجلّ، بهذا جعل الإسلام سبباً أصلياً لكل نظام فنجفي الميراث مثلاً قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنۢ بَعۡدُ وَهَاجَرُواْ وَجَٰهَدُواْ مَعَكُمۡ فَأُوْلَٰٓئِكَ مِنكُمۡۚ وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۗ إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمُۢ ٧٥ ﴾[3] من خلال هذه الآية يتضح لنا أنّ القرآن الكريم ربط سبب الإرث بصلة الدّم والقرابة الحقيقية، وهو ما لا يتوفر عند المتبني و المكفول، وكذلك فيما يخص الزواج نجد أنّ القرآن الكريم جعل من المحرمات الأبناء الصلبيين لا الأدعياء لأنهم ليسوا من الصلب[4]، قال تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ ﴾[5].

هذا قررت الشريعة الإسلامية أنّ النسب لا يثبت إلا بولادة حقيقية وفعلية وناشئة عن علاقة شرعية، أمّا في حالة عدم الاهتداء إلى الآباء الحقيقيين فإن الله عزّ وجل جعل مكانةً للأدعياء في المجتمع على أساس الأخوة في الدين والموالاة ، ولكي لا يبقوا في جماعتهم

---

[1] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/11/21، ملف رقم 242924، م.ق، العدد2، 2001، ص 298، مأخوذ من بلحاج العربي، المرجع السابق، ص418.

[2] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/06/20، ملف رقم 259953، م.ق، العدد 1، 2004. ص 260، مأخوذ من المرجع نفسه، ص419.

[3] سورة الأنفال، من الآية 75.

[4] علال آمال، المرجع السابق، ص38.

[5] سورة النساء، من الآية 23.

بغير رابطة بعد إلغاء نظام التبني لقوله تعالى:﴿ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ﴾[1].

المطلب الثاني

شروط عقد الكفالة

بالرجوع إلى نص المادة 118 من ق.أ.ج[2] نجد أنّه حدّد شروطاً عامة يجب على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة أن تتحقق من توفرها تتمثل في شروط متعلقة بالكافل من جهة (الفرع الأول) وشروط متعلقة بالمكفول من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافل

أولا: الشروط التي نص عليها المشرع في قانون الأسرة الجزائري

نصت عليها المادة 118 من ق.أ.ج المتمثلة في شرط الإسلام، و شرط أن يكون الكافل عاقلاً متمتعاً بالأهلية الكاملة، وشرط أن يكون قادراً على رعاية الولد المكفول.

1-الإسلام: اعتبر شرط الإسلام في الكافل ضروري حتى تستند إليه الكفالة، إذ يجب أن يكون متحدا في الدين مع الولد المكفول[3] حتى يتربى الطفل على أساس تعاليم الدين الإسلامي ويكبر مسلما في مجتمع مسلم، لقوله تعالى: ﴿ لَّا يَتَّخِذِ ٱلْمُؤْمِنُونَ ٱلْكَٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَۖ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَلَيْسَ مِنَ ٱللَّهِ فِي شَيْءٍ ﴾[4]، فالشخص الذي يدين بديانة غير الإسلام يرفض طلبه في منح الكفالة، لكن كيف يمكن لمانح الكفالة أن يتحقق من دين الكافل؟.

---

[1] سورة الأحزاب، من الآية 5.

[2] المادة 118 ق.أ.ج :" يشترط يكون الكافل مسلما عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته".

[3] العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، الجزائر،2013،ص213.

[4] سورة آل عمران، من الآية 28.

يتم منح الكفالة بناءً على السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الوقائع ورعاية مصلحة الطفل وذلك في غياب شهادة إعلان الإسلام، ويستخدم جميع الوسائل سواءً سماع الشهود أو القرائن أو غيرها من الوسائل التي يمكن الاستعانة بها للتحقق من هذه النقطة[1]، فشرط الإسلام ضروري حتى تسند إليه الكفالة، وعليه فالشخص الذي يدين بديانة غير الإسلام يرفض طلبه في منح الكفالة له، إذ أنه سبق وأن امرأة من جنسية فرنسية تقدمت بطلب لكفالة طفل جزائري قاصر، لكنّه تم رفض طلبها على أساس أنها من جنسية فرنسية، الشيء الذي استخلص منها أنها غير مسلمة، لكن عمليا نجد عدة أجانب أعلنوا إسلامهم في الجزائر، ووافقت وزارة الشؤون الدينية على ذلك[2].

ثانيا-يكون الكافل عاقلاً متمتعًا بالأهلية الكاملة

يشترط أن يكون الكافل عاقلا[3]متمتعًا بالأهلية الكاملة، أي يجب أن يكون بالغا لسن الرشد والمحدد بتسعة عشر سنة كاملة[4]، وغير محجوز عليه بسبب الجنون أو العته، لأنه المعدوم عقله لا يمكنه التكفل بشخص آخر فهو في الأصل لا يمكنه أن يرعى غيره[5]، ويرجع تقدير مسألة العقل لسلطة القاضي حسب ظروف كل حالة وما يتطلبه القاصر من رعاية وتربية.

[1] علال آمال، المرجع السابق، ص73.

[2] طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر،2004/2003، ص22.

[3] م 118 ، ق.أ.ج:"يشترط ان يكون الكافل مسلماً ".

[4] م 2/40 ق.م.ج:" سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

[5] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط2، دار هومه، الجزائر، 2014، ص120.

3- أن يكون الكافل قادرًا على رعاية الولد المكفول

هذا الشرط مفاده أن يكون الكافل قادرًا جسديًا وماديًا على التكفل بالقاصر والمراد بالقدرة هو:

أ- **القدرة الجسدية**: عجز يصيب الكافل يمكن أن يقف حاجزًا بينه وبين تكفله بالقاصر على أحسن وجه كمن له عاهتين إذ يتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب العاهتين[1]، وفي هذا الصدد نجد قرار المحكمة العليا الذي يقضي:"**ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة عن القيام بشؤون أبناءها ، ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية**"[2].

ب- القدرة المادية: يقصد بها الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة إذ لا يعقل أن يطلب شخصا معوزًا أو بطالاً وليس له مورد رزق كفالة طفل وهو غير قادر على إطعامه ومنحه ملبس أو مسكن لائق، إذ أنه عمليًا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتبالشهري، أو أي وثيقة تثبت قدرة الشخص على إعالة المكفول وإلاّ رفض الطلب مراعاةً لمصلحة الطفل[3].

ثانيا: الشروط التي لم ينص عليها المشرع في قانون الأسرة الجزائري

هناك عدة إشكالات عملية مطروحة في غياب النص التشريعي، مثلاً إذا كان طالب الكفالة أجنبي الجنسيةشرط الزواج، وهل يشترط في الكافل أن يكون رجلاً أو امرأة؟، وهل

[1] بوشوكة أمينة، الحقوق المالية وغير المالية للطفل في ظل أحكام قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة آكلي محند أولحاج، 2014/2013، ص41.

[2] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/04/06، ملف رقم 33921، م.ق، العدد4، 1989،ص76، مأخوذ من بوعشة عقيلة، المرجع السابق، ص21.

[3] نقيب نور الإسلام، الآليات القانونية لحماية الطفل في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014، ص124.

يجوز للشخص المعنوي أن يكون كافلاً ؟، ومسألة الفارق في السن بين الكافل والمكفول؟، وشرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة إن كانا معاً على قيد الحياة؟، كل هذه الإشكاليات لم يتطرق إليها المشرع الجزائري وترك الأمر غامضاً[1]، وعليه يجب النص عليها صراحة في قانون الأسرة حتى يزول الغموض ولا يكون هناك تناقض في التأويلات بين جهات القضاء الجزائري ولكي توفر أحسن رعاية للطفل القاصر.

1-طالب الكفالة أجنبي الجنسية

إنّ المشرع لم ينص صراحة على هذا الشرط في ق.أ إذ كان من المفروض النص عليه، لكن بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المادة 13 مكرر 01 منه تجيز للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي بطلب الكفالة، وبغض النظر عن دينهم فإن قواعد الإسناد المحددة تستوجب على القاضي مراعاة قانوني مقدم طلب الكفالة والطفل المكفول عند إنشاء الرابطة وعليه فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانون الأجانب يجيز الكفالة، مع العلم أنّ طالب الكفالة والمكفول ليسوا من جنسية واحدة فهنا القاضي بعد التحقيق الذي يجريه يقوم بتحرير عقد الكفالة، أمّا في حالة ما إذا كان الكافل والمكفول من جنسية واحدة، وقانونهما يجيز الكفالة فيحرر العقد[2].

لكن إذا كان أحد القوانين لا يجيز الكفالة، فلا يمكن تحرير العقد لأنّ المادة 13 مكرر 1 من ق.م تلزم القاضي أن يراعي القانونين معاً يوم تحرير العقد، في حين أنّ آثار الكفالة يحكمها قانون الكفيل فقط حيث نصت على:" **: يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكافل والمكفول وقت إجراءها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل".**

[1] والي عبد اللطيف، الحماية القانونية لحقوق الطفل،(دراسة مقارنة ، الجزائر، تونس، المغرب)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014، ص73.

[2] نقيب نور الإسلام،المرجع السابق، ص124.

لكن هناك إشكال آخر فيما يخص إمكانية شخص جزائري أن يكفل قاصر ًا ذو جنسية أجنبية فبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن ّ المشرع لم ينص صراحة عن إمكانية كفالة شخص جزائري لطفل قاصر ذو جنسية أجنبية على الرغم من أن ّ نص المادة 13 مكرر 01 في القانون المدني المتعلقة بقواعد الإسناد التي تقضي بأن ّه عندما يكون طرف أجنبي في العقد أو كلاهما أجنبيان بالإحالة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي الداخلي في مجال الكفالة، لكن المشرع في ق.أ لم ينص ولم ينظم هذه الحالة بالإجازة أو الرفض فيما يخص إمكانية كفالة قاصر أجنبي مقيم في الجزائر من طرف شخص جزائري الجنسية، فمبدئيا في حالة وجود نص صريح ينظم هذه الوضعية فإنه يتعين رفض الطلب، ونفس الشيء في حالة القاصر ذو جنسية جزائرية وطالب الكفالة أجنبي مقيم في الجزائر فإن ّه يستوجب رفض الطلب لعدم وجود نص يجيز ذلك[1].

2-شرط الزواج: بالرجوع إلى أحكام الكفالة لا نجد هناك نص قانوني يلزم الكافل أن يكون متزوج ًا، لكن عملي ًا ومن خلال الشروط التي تفرضها الدولة في ملف الأفراد طالبي الكفالة تبين أن ّ الزواج شرط ضروري للحصول على كفالة الطفل المحروم من العائلة[2]، وهذا ما يثبت مراعاة مصلحة الطفل من طرف القاضي لكون الغاية من الكفالة نشأة الطفل في أسرة وعائلة التي يفتقد إليها، إذ يشترط أن يكون الطفل في وسط عائلي متكون من أب وأم حتى يشعر بدفء العائلة التي حرم منها، وحتى ينشأ كطفل عادي في ظروف عادية.

3شرط موافقة الزوجين إن كانا مع ًا على قيد الحياةإن ّ مثل هذه الحالة التي لم يتم النص عليها رغم أهميتها في تنشئة القاصر المكفول وتحقق الغرض المطلوب من الكفالة، وا ٍذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة يتعين موافقة الزوج الآخر[3]، ومن أجل المصلحة الفضلى للطفل فإنه من المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين أمام القاضي أثناء

[1] علال آمال، المرجع السابق، ص81.

[2] نقيب نور الإسلام، المرجع السابق، ص125.

[3] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص169.

التحقيق ويتم سماعهما على محضر لكي يعرف قيمة هذه المسؤولية، لكن عملياً نجد أن أغلب المحاكم لا تراعي تحرير محضر موافقة الزوجين أمام القاضي، إذ يمكن حضور الشاهدين والأطراف فقط وعليه فإنه على المشرع تدارك مثل هذا الشرط والنص عليه في قانون الأسرة[1].

4-شرط الكافل أن يكون رجلاً أو امرأة: لا فرق أن يكون الكفيل رجلاً أو امرأة[2]، لكن بقراءة نص المادة 118 من ق.أ.ج نجد المصطلح يؤكد على الكافل الرجل وليس المرأة الكافلة، فمن المفروض أن ينص المشرع على أنّ للمرأة الحق في طلب الكفالة لأنها هي أولى من الرجل في رعاية الطفل وتنشئته وتربيته وإعطائه الحنان بحكم أنّ مرحلة الطفولة تكون دائما بين أحضان المرأة وليست بين أحضان الرجل، وبحكم طبيعة كل منهما لكون الرجل معظم وقته يسعى في الخارج وراء العمل[3].

5-شرط الفارق في السن بين الكافل والمكفول: بالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بالكفالة لا نجد نصاً قانونياً بهذا الخصوص، وعدم تحديد المشرع لمسألة الفارق في السن يعتبر إغفالاً منه وعدم التفطن إليه[4]، وعليه يجب أن يتجاوز سن الكافل سن المكفول[5] وعملاً بالشروط التي تطلبها المساعدة الاجتماعية في طلب الكفالة بالإضافة إلى شرط الزواج نجد أنه تم تحديد الحد الأدنى لسن الرجل ب60 سنة، و55 سنة بالنسبة للمرأة، كما أنه في حالة طلاقهما ترجع الكفالة للزوج وليس للزوجة[6].

---

[1] علال آمال، المرجع السابق، ص78.

[2] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص169.

[3] حورية مالكي، نسيبة شيشة، مجهولي النسب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي بونعامة، 2015/2014، ص87.

[4] بوشوكة أمينة، المرجع السابق، ص41.

[5] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص169.

[6] علال آمال، المرجع السابق، ص77.

6-جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة: لا يوجد نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة مثل:المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي، مع العلم أنّ مثل هذه الأشخاص الاعتبارية عادة لها مركز مالي وتسيير بشري لائق يمكنها التكفل بالأطفال سواءً كانوا لقطاء أو مجهولي النسب، أو معلومي النسب الذين لم تتمكن عائلاتهم من توفير الإمكانيات المادية للمعيشة، إذ أنه من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة وإعطائها الحق في الكفالة أحسن من أن تقوم هذه العائلات ببيع أبناءها لعدم القدرة على الإنفاق عليهم، أو قتلهم لعدم توفر الوسائل الضرورية من أجل معيشتهم[1].

بينما حق الأشخاص المعنوية المكلفة برعاية الأطفال تضمنه القانون المغربي صراحة بشرط أن تكون الجمعية أو المؤسسة مؤهلة قانونا ومعتمدة، وأن تسهر على نشأة المكفول تنشئة إسلامية بحتة وإلاّ رفض الطلب أو قام القاضي المكلف بشؤون القصر بإلغاء الكفالة[2].

الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالمكفول

لم ينص المشرع الجزائري على أي شرط يخص المكفول، ولكن يمكننا استنتاج بعض الشروط المنوه عنها بطريقة غير مباشرة بالرجوع إلى نص المادتين 116 والمادة 119 من ق.أ.ج المتمثلة في سن المكفول (أولاً)، ونسب المكفول وأصله (ثانياً).

أولاً : سن المكفول

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على السن التي تشترط في المكفول في أحكام الكفالة الموجودة في قانون الأسرة لكنه قد لمح في المادة 116 منه[3] إلاّ أن الولد القاصر

[1] حورية مالكي، نسيبة شيشة، المرجع السابق، ص87.

[2] طلبة مالك، المرجع السابق، ص23.

[3] م 116، ق.أ.ج.

محل الكفالة لا بد أن يكون قاصر ًا لحظة إبرام العقد دون أن يحدد أدنى هذا السن أو أقصاه[1]، هذا يعني أن هذه المرحلة تبدأ بالميلاد وتنتهي بالبلوغ، وعليه فالولد القاصر حسب نص المادة2/40 من ق.أ.ج هو الذي لم يبلغ سن الرشد (19سنة)، وهذا يعني أنه على من لم يبلغ هذا السن يعتبر قاصر ًا ويجوز كفالته.

ثانيا: نسب المكفول وأصله

نصت المادة 119 من ق.أ.ج على أنه**:"الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".**

1-مجهول النسب:بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعط تعريف ًا لمجهول النسب، إلا ّ أنه ذكر هذا المصطلح في المادة 44 من نفس القانون عندما نص على إثبات النسب بالإقرار بالبنو ّ ة ،أو الأبوة ،أو الأمومة بالنسبة لمجهولي النسب[2].

وحسب المادة 246 من قانون حماية الصحة وترقيتها[3]، التي تنص على فئة أيتام الدولة ومن بينهم الولد المولود من أب أو أم مجهولين، وهو حسب ذات المادة يعتبر لقيط ًا، وبالتالي فمجهولو النسب هم الذين يولدون من أبوين مجهولين، أو الأطفال غير الشرعيين الذين يكون أحد والديهم غير معروف، وغالب ًا ما تكون الأم معروفة والأب مجهولا ً ، ويكون هذا الطفل ناتج ًا عن علاقة خارج إطار الزواج، ويدخل أيضا ضمن هذا التعريف الأطفال

[1] سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1، 2008/2007، ص 70.

[2] م 44 من ق.أ.ج:" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة ،أو الأبوة ،أو الأمومة لمجهول النسب...".

[3] أمر رقم 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، جريدة ر سمية، العدد 8، الصادر في 17 فيفري 1985، المعدل والمتمم.

مجهولو النسب نتيجة الحروب والكوارث الطبيعية أو نتيجة الاعتداءات الجنسية داخل الأسرة أو خارجها[1].

والطفل اللقيط هومولود حي حديث العهد بالولادة لا يُعرف له أب ولا أم[2]، وتشمل هذه التسمية كل من مجهول الأبوين وابن الزنا على أساس عدم ثبوت نسبهم سواء كانت نتيجة علاقة شرعية أو غير شرعية، وقد يكون الالتقاط عن الطريق أو ترك الأطفال.

أ-الالتقاط الشرعي: هو الذي يتم بصفة عادية أو عن طريق المستشفيات عندما تضع الأم ولدها وتتركه هناك، وقد حدّد فيما سبق الأمر 79/76 المؤرخ في 1976/10/13 المتعلق بقانون الصحة العمومية الإجراءات التي يتم حسبها الالتقاط، لكن تم إلغاء هذا الأمر بموجب القانون 05/85 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، وعليه تم تحويل المصلحة المكلفة بالطفولة بما في ذلك اللقطاء والمعوقين إلى مصلحة الحماية الاجتماعية التابعة لوزارة العمل والشؤون الاجتماعية حالياً[3].

ب-الالتقاط غير الشرعي: لما كان الالتقاط تصرفا إراديا فإنه قد يحدث وأن يكون بطريقة غير مشروعة، وفي هذه الحالة ترك الطفل يشكل جريمة معاقب عليها[4]، وهذا طبقا للمادة 314 من قانون العقوبات الجزائري[5]، التي نصت على أنه**:" كل من ترك طفلا أو عاجزاً غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر في**

---

[1] موسوني وهيبة، مجهولو النسب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، 2016/03/03، ص08.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص424.

[3] يزيد السعيد، آثار الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، 2015، ص37.

[4] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 177.

[5] قانون رقم 156/66 مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر، العدد 49، الصادر في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم.

مكان خال من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات...".

تجب الإشارة إلى أن ّ حق الناس بإمساكاللقيط من التقطه إذا كان أمين ًا على الطفل في دينه وخلقه وتعليمه ورعايته، إذ يمكن للملتقط أن يتصرف في أمور اللقيط الضرورية النافعة له، فيشتري ما يلزمه من طعام وكسوة ويقبض ما يوهب له أو يتصدق به عليه، وفي حالة عدم وجود من يرغب في كفالة اللقيط وتربيته، فيجب على الدولة أن توفر الرعاية الاجتماعية والنفسية والصحية لهذه الفئة، كما تطرق قانون الجنسية الجزائري[1] لتحديد وضعية الطفل مجهول النسب، فبالنسبة للرابطة القانونية بينه وبين الدولة التي وجد فيها يأخذ جنسيتها طبقا لأحكام المادة 07 من قانون الجنسية الجزائري التي اعتبرت أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين جزائريا بالولادة ويطبق نفس الحكم على المولود الذي عثر عليه في الجزائر دون أن ينسب لأحد جزائري الجنسية،و التي اعتبرت أيضا أن الولد المولود من أم جزائرية وأب مجهول جزائري الجنسية بالنسب[2]، وهذه الرابطة تمنحه حق الحماية والرعاية سواء ً من طرف الأشخاص الطبيعيين أو تتكفل به الدولة من خلال مراكز رعاية الطفولة.

[1] قانون رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية، ج.ر، العدد 105، الصادر في 18 ديسمبر 1970، المعدل والمتمم.

[2] م 7، ق.ج:"يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر:

1-الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين.

غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائري ًا قط إذا ثبت خلال قصوره انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفق ًا لقانون جنسية أحدهما.

إن الولد حديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك.

2-الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات تمكن من إثبات جنسيتها."

2-معلوم النسب: هو طفل معروف الأبوين، لكن نتيجة لظروف صعبة قد تكون مادية أو معنوية تضطر العائلة إلى تقديم أولادها للكفالة من قبل أقاربهم، أو أشخاص آخرين مع رضا الطرفان بذلك، لكن هذه الحالة قليلة الحدوث مقارنة بالأطفال مجهولي النسب[1].

وقد يكون القاصر المراد كفالته يتيماً، واليتيم هو الطفل القاصر العاجز عن الكسب الحلال والعمل الشريف الذي توفي عنه كل من الأب والأم أو أحدهما وفاة عادية أو نتيجة كوارث طبيعية، ويعتبر نسب اليتيم ثابتاً لكن تبقى وضعيته شبيهة بوضعية اللقيط، وذلك في حرمانهم من جو أسري أين تحفظ فيه حقوقهم ويتلقون الرعاية الكاملة[2].

ونظراً لقسوة اليتم ومرارته فقد اهتم به الإسلام فأعزه وأسعده وجعل الحياة تبتسم في وجهه، وقد ظهرت عناية الله تعالى بهذه الفئة منذ بدء الوحي وظلت آياته تتوالى بالحث على تربيته والرفق به وحسن معاملته، حيث قال تعالى:﴿ فَأَمَّا ٱلۡيَتِيمَ فَلَا تَقۡهَرۡ ۝٩ ﴾[3]، وأوجب المحافظة على ماله حيث قال تعالى في آية أخرى:﴿ وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ ﴾[4] إلى أن أكمل الله دينه وأتم نعمته على المؤمنين[5].

المبحث الثاني

أركان عقد الكفالة وإجراءات انعقادها

الكفالة باعتبارها عقد لابد أن تتوفر فيه الأركان الهامة الواجب توفرها في كل عقد، وإجراءات لابد من إتباعها لقيام هذا العقد وينتج آثاره بالنسبة لكلا الطرفين و قيامه صحيحاً

[1] Nadia Younsi Haddad, La kafala en droit Algérien, faculté de droit, R.A.S.J.P.E, N°04, Alger, 1999, p17.

[2] يزيد السعيد، المرجع السابق، ص 32.

[3] سورة الضحى، من الآية 09.

[4] سورة الإسراء، من الآية 34.

[5] محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومه، الجزائر، د.ت.ن، ص ص 192-193.

يجب الامتثال أمام الجهات المكلفة بتحرير العقد سواء كانت هذه الجهات قضائية أو غير قضائية فهذه الجهات هي الكفيلة و القادرة على إنشاء هذا العقد و سريانه صحيحاً ومنحه الصبغة القانونية، وسنتطرق في هذا المبحث إلى أركان عقد الكفالة (المطلب الأول)، وا ٍجراءات انعقادها(المطلب الثاني).

المطلب الأول

أركان عقد الكفالة

عقد الكفالة كغيره من العقود لا بد من توفر أركان لقيامه، وسنتطرق في هذا المطلب إلى أركان عقد الكفالة المتمثلة في ركن التراضي (الفرع الأول)، ركن المحل (الفرع الثاني)، ركن السبب (الفرع الثالث)، ركن الشكلية (الفرع الرابع).

الفرع الأول: التراضي

نصت المادة 59 من ق.م.ج على أنه:**"يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".**

ويقصد بالتراضي هو اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب، ويجب أن تتوافق إرادة طرفية، وحتى يكون صحيحا يجب أن يصدر من شخص متمتع بالأهلية وألا يكون مشوبا بأي عيب في عيوب الإرادة[1]، وفيما يلي سنتطرق إلى أطراف العقد (أولاً) وعيوب الإرادة (ثانياً):

أولاً : أطراف العقد: وهنا نميز بين الطفل معلوم ومجهول النسب.

1-بالنسبة للقاصر مجهول النسب: يكون التراضي في هذه الحالة بين الكافل والمؤسسة المكلفة برعاية الأطفال التي تتولى مهمة إيواء وتربية الأطفال المتروكين أو

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، دار الهدى، الجزائر،2007، ص ص 79-152.

المهملين أو أبناء الزنا، وتكون هذه المؤسسات هي صاحبة الولاية القانونية على أولائك الأطفال ولها صلاحية التعاقد مع الكافل من خلال مديرها الذي يتصرف باسمها، بأن يقدم أحد الأطفال إلى الكافل متى توفرت فيه الشروط اللازمة وتحت إجراءات قانونية محددة من قبل المؤسسة التي تباشر صلاحياتها تحت مسؤولية الوالي التي توجد بدائرة اختصاص ولايته، بحيث تتنازل عن طفل ما لصالح الكافل بعد إعلان إرادته بذلك ويتم تطابق الإرادتين[1].

2-بالنسبة للقاصر معلوم النسب: يكون التراضي في هذه الحالة بين الكافل ووالدي الطفل المكفول سواءً كانا معلومين معا أو أحدهما، بأن يتبادلا التعبير عن إرادة كل طرف بإرادة الطرفين معا أو أحدهما بنيتهما التخلي أو التنازل عن الطفل بسبب ظروف مادية واجتماعية لا تمكنهم من التكفل بهم كلهم، أو بسبب بعض المشاكل التي تثور داخل الأسرة فيتقرر طلاقهم أو افتراقهم، أو وفاة أحدهم، أو لسبب آخر كأن يقوم الوالدين بتقديم القاصر للكافل وذلك نظرا لعدم قدرته على الإنجاب فيمنحونه ابنهم وغالبا ما يحدث هذا الأمر بين الأقارب، وفي مقابل ذلك يكون رد الكافل بالموافقة على الطلب.

وقد أوجب القانون في هذا العقد أن يكون الرضا قائما ومبنيا على أرادة كاملة وأن يصدر الإيجاب من طرف والقبول من الطرف الثاني ولا بد أن تكون إرادتهم خالية من كل العيوب وأن يصدر من ذي الأهلية لتحقيق الرضا الصحيح.

ثانيا: عيوب الإرادة: وهي أن يقع الكافل في أحد العيوب التي ذكرها القانون بالنسبة للعقود وهي: الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال.

[1] بوعشة عقيلة، المرجع السابق، ص ص8-9.

1-الغلط: هو وهم يقوم في الذهن فيحمل على الاعتقاد بصحة أمر على خلاف الحقيقة[1]، وقد نصت المادة 81 من ق.م.ج على أنه:**"يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله".**

ويكون الغلط هنا بالنسبة للكافل، كأن يتكفل بطفل عمره شهر وبعد فترة يكتشف أن له أربعة أشهر، وبالنسبة لوالدي المكفول أو أحدهما، أو المؤسسة المكلفة برعاية الأطفال ويكون ذلك من خلال التعاقد مع شخص فيتم بعد ذلك اكتشاف أنه تم الوقوع في غلط في صفة من تعاقد معه.

2-التدليس: هو اللجوء إلى الحيلة والغش بقصد إيهام المتعاقد بغير الحقيقة لحمله على التعاقد[2]، وقد نصت المادة 87 من ق.م.ج على أنه:**"إذا صدر تدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد الآخر أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتمت أن يعلم بهذا التدليس".**

ويكون التدليس هنا كأن يقع الكافل في تجاهل من قبل والدي المكفول أو أحدهما بأن يتظاهروا أمام الكافل بأنهم معسوري الحال ولا يمكنهم التكفل به، أو من قبل المؤسسة المكلفة برعاية الأطفال كأن تقوم بإعطاء معلومات مزيفة عن الطفل كأن يكون مجهول النسب وهو في الحقيقة معلوم النسب حتى يدفعوه لإبرام العقد.

3-الإكراه: هو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه[3]، وقد نصت م 88 من ق.م.ج على أنه:**"يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد في نفسه دون حق".**

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر،2007، ص164.

[2] المرجع نفسه، ص173.

[3] علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص201.

ويكون الإكراه في عقد الكفالة كأن يقوم الأطراف كالكافل أو الوالدين معًا أو أحدهما، أو المؤسسة المكلفة برعاية الأطفال بوضع الطرف الثاني تحت إكراه مادي أو معنوي بكل الوسائل من خلال التهديد أو العنف، مما قد يلحق به خطرًا جسيما يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.[1]

4-الاستغلال: هو أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامحًا في شخص آخر لكي يبرم معه تصرفا يؤدي إلى غش فادح[2]، أو هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، وقد نصت عليه م 90 من ق.م.ج التي تقضي بأنه:**"إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرًا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر..."**.

ويكون الاستغلال في هذه الحالة كأن يقوم الأبوين مثلا باستغلال الشخص ليسره وماله الطائل ليتكفل لهم بابنهم القاصر، أو العكس كأن يستغل الكافل حاجة الوالدين إلى المال بسبب ظروفهم الصعبة وعدم قدرتهم على تلبية حاجياتهم فيستغل ماله ومكانته من أجل تحقيق مصلحته.

الفرع الثاني: المحل

محل العقد هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها، أما محل الالتزام فيكون إما بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، ويشترط في المحل شروط معينة تضمنتها المواد من92 إلى96 من ق.م.ج و هذه الشروط هي[3]:

-أن يكون المحل ممكنًا وموجودًا.

أن يكون المحل معينًا أو قابلاً للتعيين.

---

[1] م 02/88 ق.م.ج.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 198.

[3] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط1، د.م.ج، الجزائر، 2006، ص96.

- أن يكون المحل مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

فالمحل في عقد الكفالة منصوص عليها في ق.أ.ج لا يخرج عن هذه القواعد، ويكمن في تقديم العناية والرعاية والإنفاق على القاصر، ذلك أن الكفالة بهذا المفهوم هي كأصل تبرعية[1] تقوم دون مقابل على سبيل البر والإحسان بالقيام بشؤون القاصر وهو التزام الكافل الذي يتمثل أساسا في رغبته بتربية وعناية القاصر وليس القاصر في حد ذاته.

أما بالنسبة لالتزام الطرف الثاني في العقد سواءً كان الأبوان أو الأم، أو المؤسسة المكلفة برعاية الطفولة فإن التزامهم يكمن في تسليم الطفل إلى الكافل، إضافة إلى أنه يجب أن يكون الطفل المتكفل به موجوداً ومعينا، ويجب أن يكون قد تخلى عنه والده وأمه أو المؤسسة هي التي أعطته له وليس مسروق منهم.

الفرع الثالث: السبب

السبب هو الغرض الذي يقصد به المتعاقدان إلى تحقيقه[2]، وقد نصت المادة 98 من ق.م.ج في الفقرة الأولى على أنه:**"كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك".**

السبب في الكفالة هو نية الكافل أو الدافع إلى تحمله الالتزامات التي تقع على عاتقه وهو أخذ الطفل والالتزام برعايته والنفقة عليه والعناية به وتربيته ووضعه مرتبة الابن الحقيقي في المعاملة، علىوجه التبرع والإحسان، كما أنه يجب أن يكون السبب مشروعاً، فإذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً وهو ما نصت عليه المادة 97 من ق.م.ج[3].

[1] م 116 من ق.أ.ج.

[2] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص213.

[3] م 97 من ق.م.ج"إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً ".

الفرع الرابع: الشكلية

الأصل في العقود الرضائية وركن الشكلية فيها هو الاستثناء الوارد على هذا الأصل، حيث اشترط المشرع إفراغ رغبة الطرفين في شكل معين حتى يصبح العقد منتج لآثاره، أي يجب لتمامه إتباع شكل مخصوص يحدده القانون.

إن قانون أ.ج لم يتضمن في أحكامه بطلان عقد الكفالة لعدم إفراغه في شكل رسمي حيث أن المادة 119 من نفس القانون نصت على أنه **:"تتم بعقد شرعي"** ولم تنص على شكلية معينه، وبالرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة نجد أنه تكلم عن العقود الرسمية طبقا للمواد 324وما يليها، ولم يستعمل المصطلح الشرعي، كما أنه وبالرجو ع إلى نص المادة 117 من ق.أ.ج نلاحظ أنها نصت على وجوب تحرير عقد الكفالة أمام المحكمة أو الموثق، فهي قاعدة آمرة جاءت بصيغة الوجوب مما يضفي إلزامية وجود هذا السند لإثبات قيام الكافل بالتكفل بالطفل القاصر، فالهدف الأساسي من هذا النص هو حماية المكفول بالدرجة الأولى لأنه في مركز المتعامل فيه ومن هذا نستبعد اعتبار العقد الشرعي هو الإثبات[1]، وبخصوص هذه المسألة أشارت المحكمة العليا إلى أنه لا يجوز إثبات الكفالة إلا بعقد شرعي[2].

وبالرجوع إلى نص المادة 117 من ق.أ.ج نجد أنها نصت على المحكمة والموثق، و المقصود بالمحكمة إما قاضي الأحوال الشخصية، أو رئيس المحكمة وفقاً لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص، الذي يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقتين في شكل معين، بعد إطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف، إضافة إلى المحكمة نجد طريق آخر لإفراغ العقد في شكل رسمي وذلك أمام ضابط عمومي وهو الموثق الذي له صلاحيات

[1] بوعشة عقيلة، المرجع السابق، ص19.

[2] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/10/11، ملف رقم 367977، م.ق، العدد 1، 2007، ص 473، انظر بلحاج العربي،المرجع السابق،ص 423.

تدوين العقود المتعلقة بالحالة المدنية، وعليه للأطراف الخيار بين اللجوء إلى المحكمة أو إلى الموثق[1].

المطلب الثاني

إجراءات انعقاد الكفالة

ينشأ عقد الكفالة عن مرحلتين، مرحلة تمهيدية ومرحلة قضائية:

الفرع الأول: المرحلة التمهيدية

في هذه المرحلة يتم إبداء كل من الكافل ووالدي المكفول معًا أو المؤسسة المكلفة برعاية الطفولة عن إرادتهما بالموافقة على الكفالة، ونميّز في هذا الشأن بين حالتين:

أولاً : بالنسبة للقاصر معلوم النسب

لإجراء عقد كفالة طفل معلوم النسب من الأبوين لابد من الحصول على رضا الوالدين معًا أو أحدهما على الكفالة ويجب أن يتم التخلي عنه من طرفهمأما إذا كان الطفل يتيمًا فالرضا يكون حسب الحالات التالية:

1-القاصر يتيم الأم: إذا كانت الأم متوفية فإن الأب يحتفظ بسلطته الأبوية على القاصر، وبالتالي يكون تعبيره عن رضاه كافيا لكفالة ابنه القاصر.

2-القاصر يتيم الأب: إذا كان الأب متوفيا فإن الأم هي التي تحل محله في الولاية على الطفل القاصر طبقا لنص المادة 1/87 ق.أ.ج[2].

[1] بوعشة عقيلة، المرجع السابق، ص ص25-27.

[2] م 1/87، ق.أ.ج"تكون الأب وليًا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونًا".

3-القاصر يتيم الأب والأم: في هذه الحالة يصرح الوصي عليه برضاه على كفالة الطفل ويشترط حصوله على إذن من طرف القاضي المختص[1].

أما إذا كان معلوم الأم في هذه الحالة لا بد من رضا الأم بأن يتكفل الكافل بابنها القاصر، ولم يشدد القانون في اشتراط رضا أم المكفول ذلك أن القبول الضمني يكفي باعتباره صحيحا، فإذا قامت أم المكفول بتسليم الطفل القاصر للكافل من أجل رعايته وتربيته فهذا يدل على رضاها، وذلك نظر ًا للظروف التي قد تعيشها الأم العزباء في الجزائر إذ لا ترغب في معرفتها ولا في أن تظهر في الواقع، ومن جهة أخرى نجد الطفل القاصر معلوم الأم التي تخلت عنه عند ولادته، أي أن ّ الأم البيولوجية تتنازل عن الطفل عند الولادة وذلك بطلب منها لأسباب خاصة مثلا ً :الأم العزباء، طفل نتج عن زواج غير شرعي[2].

وعليه يجب أن تقوم الأم بالتخلي عن ولدها على مستوى المستشفى فتقوم المساعدة الاجتماعية التابعة للمستشفى بتقديم محضر التخلي للأم لكي تملأه وتسألها عن مدة التخلي إن كانت مؤقتة أو نهائية[3]، مع العلم أن مدة التخلي المؤقتة محددة بثلاثة أشهر وفي الأخير تقوم الأم بالإمضاء على المحضر مع المساعدة الاجتماعية، وفي هذه الفترة يوضع الطفل في دار الحضانة، وفي حالة عدم استعادة الأم لولدها يحول إلى مديرية النشاط الاجتماعي ويتم البحث عن العائلات الراغبين في التكفل[4]، وسنتطرق فيما يلي إلى حالات التخلي:

أ-حالة التخلي المؤقت: في هذه الحالة يبقى الطفل تحت رعاية الدولة التي تسهر على تلبية جميع احتياجاته من إطعام، وعلاج، ومسكن وهنا تمنح للأم مهلة ثلاثة أشهر للتفكير في القرار النهائي في أن تبقي الطفل معها أو تتخلى عنه نهائي ًا، وبعد انتهاء هذه

[1] سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 72.

[2] علال آمال، المرجع السابق،ص 86-87.

[3] يزيد السعيد، المرجع السابق، ص 06-07.

[4] عنتير نور الهدى، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الليسانس، جامعة قاصدي مرباح، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، 2014/2013، ص19.

المدة دون عودة الأم تستدعى ثانية من قبل مصلحة المساعدة الاجتماعية لتأكيد التخلي من عدمه، وفي حالة عدم حضور الأم بعد الاستدعاء لمدة ثلاثة أو أربعة أشهر وبعد توجيه لها عدة استدعاءات فإن قاضي الأحداث يوجه لها استدعاءً أخيرا، وفي حالة عدم الإجابة يقوم بإجراء الأمر بالوضع بالمؤسسة في حالة وجود طلب لكفالة هذا الطفل فإن قاضي الأحداث يتحقق من العائلة الكافلة والظروف التي ستوفرها للطفل وهنا يستدعي الأم إن كانت معروفة، وفي حالة عدم استجابتها يصدر أمرًا برفع اليد، أو رفض طلب الكفالة حسب ما تقتضيه مصلحة المكفول، كما يمكن للأم أن تتقدم بطلب أمام الجهة المتواجد بها ابنها لاسترجاعه، وفي هذه الحالة تقوم المساعدة الاجتماعية بإجراء تحقيق حول الظروف الاجتماعية والاقتصادية للأم، فإذا كان التحقيق إيجابيًا يمنح لها تسريح من المصلحة المختصة وتستعيد هذه الأم ابنها[1].

ب-حالة التخلي النهائي: يتم التخلي النهائي أمام المساعدة الاجتماعية بحيث تقوم الأم بالإمضاء على محضر التخلي النهائي عن الطفل، وفي هذا الصدد يري الدكتور عبد العزيز سعد أنه من غير المنطقي أن تتنصل الأم من جميع مسؤولياتها اتجاه الطفل الذي أنجبته بموجب إجراء إداري بسيط وهو تلقي الأقوال وتدوينها في محضر بالتخلي النهائي أمام المساعدة الاجتماعية وإمضاءه في حين أن الكفالة لا تقوم إلاّ بعد جملة من الإجراءات القانونية[2].

ثانيًا: بالنسبة للقاصر مجهول النسب:

إذا كان القاصر المراد كفالته مجهول النسب، يجب الحصول على موافقة مدير مصلحة المساعدة الاجتماعية للطفولة باعتباره وليا عنه بعد وضعه في المركز التابع لهذه المصلحة، وهذا ما أكدته المادة 256 من الأمر رقم 79/76 المؤرخ في 1976/10/23

[1] عنتير نور الهدى، المرجع السابق، ص ص 19-20.

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002، ص 123.

المتعلق بقانون الصحة العمومية الملغى بموجب المادة 268 من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والذي لا يتضمن حاليا أي تدبير بشأن الطفولة المحرومة رغم كونه القانون الأكثر ارتباطا بهذه الفئة[1].

الفرع الثاني: الجهات المختصة بإبرام عقد الكفالة

نص القانون صراحة على أن عقد الكفالة يكون شرعي ويجب أن يتم أمام المحكمة أو الموثق[2]، وقد نظم القانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 492 إلى 497 إجراءات طلب الكفالة وا ٍجراءات إلغائها.

ويجب الإشارة إلى أنه يوجد ثلاث جهات مختصة بتحرير عقد الكفالة وهي: القاضي والموثق، هذا فيما يتعلق بداخل التراب الوطني، أما في الخارج فهناك القنصليات التي لها الحق في تحرير عقد الكفالة، وكذلك يستوجب على طالب الكفالة أن يرفق طلبه بوثائق محددة في حالة تخلفها يرفض طلبه.

أولاً : المحكمة

عملاً بأحكام نص المادة 117 من ق.أ.ج فإنّ المحكمة هي المختصة بإبرام عقد الكفالة لأنها الجهة القضائية ذات الولاية العامة بالنظر في جميع القضايا المدنية، وتبدأ إجراءات الكفالة بتقديم طلب للمحكمة وفقاً للمراحل التالية:

1-طلب الكفالة: نصت المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية على أنه**:" يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة"**، فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إلى قاضي شؤون الأسرة أو إلى رئيس المحكمة من أجل كفالة القاصر سواءً كان معلوم النسب أو مجهول النسب، فالأمر يصدر

[1] يزيد السعيد، المرجع السابق، ص ص 07-08.

[2] م 116 من ق.أ.ج.

بنفس الكيفية أي بموجب عريضة مؤرخة وموقعة منه أو من محاميه أو وكيله، تتضمن كل البيانات التي يجب أن تتضمنها عريضة رفع الدعوى في القضايا المدنية العادية، وخاصة فيما يتعلق منها ببيان موطن ولقب واسم كل من طالب الكفالة والولد المكفول، وكذلك بيان ما يتعلق بقدراته ومؤهلاته اللازمة للقيام بالكفالة على الوجه الصحيح[1]، تقدم هذه العريضة إلى القاضي ويرفق إليها نسخة من التصريح بموافقة أبوي الولد المكفول أو أحد منهما والقاضي المختص محليا هو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب، وا ٍن كان موطنه خارج الجزائر، فيرفع طلبه إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول[2]، وهذا يعني أن الاختصاص الإقليمي لعقد الكفالة في الجزائر محدد إما بموطن طالب الكفالة، أو مكان تواجد المكفول إذا كان طالب الكفالة جزائري ًا مقيم ً ا في الخارج.

2-مباشرة القاضي إجراءات التحقيق:بعد أن يتم تسجيل العريضة بأمانة الضبط يقوم قاضي قسم شؤون الأسرة بتحديد جلسة تعقد في غرفة المشاورة، أو بمكتب القاضي للنظر في طلب الكفالة، ثم يقوم القاضي بدراسة الملف[3] والتأكد من مدى توافر الشروط المتوفرة في الكافل وفقا لأحكام م 118 من ق.أ.ج وقد نصت م 495 من ق.إ.م.إ على أنه**:" يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل، وعند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيد ً ا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته"**، ويكمن دور القاضي في أنه المراقب على التعاقد المبرم بين الكافل والوالي والذي محله القاصر، أي العناية والتربية المنصبة عليه فهو جدير بحماية القاضي وبمراقبة مدى إمكانية تحسين معيشته بتغيير وليه سواء ً كان أبواه معلومين أو موضوع بمؤسسة حماية الطفولة، وعليه فعلى القاضي أن يقوم بالتحري الكامل على حياة الكافل الاجتماعية

[1] عبد العزيز سعد، اجراءات ممارسة دعاوى ...، المرجع السابق، ص163-164.

[2] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص172.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص163.

والمادية والنفسية والعقلية[1]، وبعد إجراء التحقيق يقرر القاضي إما الموافقة على الطلب أو رفضه، ولأجل تبسيط الإجراءات المتعلقة بطلب الكفالة التي تتسم بطابع إنساني[2]، فإن المادة 394 من ق.إ.م.إ نصت على أنه**:" ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة"**، ويتم الفصل فيه بموجب أمر ولائي[3]، بإسناد الكفالة لطالبها كما أنه الأمر الذي يصدره القاضي هو غير قابل للطعن ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الولد المكفول[4]، وتتم عملية التسليم تلقائيا دون حضور النيابة أو تحرير محضر التسليم.

ثانياً :الموثق

بموجب المادة 117 من ق.أ.ج فإنه يجوز للموثق حسب القانون المنظم لمهنة التوثيق[5]،بناءً على طلب ذوي الشأن تحرير عقد الكفالة باعتباره ضابط عمومي، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية[6]، فالموثق له صلاحيات تدوين العقود وا إبرامها أمامه وخاصة المتعلقة بالحالة المدنية، وبما أن عقد الكفالة من عقود الحالة المدنية، فله صلاحية تحريره مراعيا في ذلك مدى توافر شروط الكفالة، وعليه بمجرد تحرير هذا العقد تصبح له القوة التنفيذية مثل الحكم القضائي باعتباره العقد الذي يحرره الموثق

[1] علال آمال، المرجع السابق، ص ص83-84.

[2] عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ط4، منشورات بغدادي، الجزائر، 2013، ص 365.

[3] م 493 من ق.إ.م.إ. "يفصل القاضي في طلب الكفالة بأمر ولائي".

[4] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 172.

[5] قانون رقم 02/06 المؤرخ في 22 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق ، ج.ر، العدد 14، الصادر بتاريخ 2006/03/08، المعدل والمتمم.

[6] م 3 من قانون التوثيق. "الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة".

عقدا رسميا له الحجية المطلقة على كافة التر اب الوطني، ولا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير وهو ما جاء في نص المادة 324 مكرر 5 [1].

وللموثق أن يتبع نفس المراحل والإجراءات التي يتبعها القاضي بحيث يتأكد من مدى توفر العناصر المطلوبة في الملف الواجب على الكافل تشكيلها والتأكد من استكمال جميع الوثائق فيها دون نقص، وعند تحرير العقد يجب على الأطراف المثول أمام الموثق ليتأكد من رضاهم، سواء ً رضا أبوي الطفل أو رضا الجهة المكلفة برعاية الطفل مجهول النسب، وا ٍذا بلغ سن التمييز فله الحرية في الاختيار بالقبول أو الرفض مع تذكير الكافل بالالتزامات التي تقع على عاتقه اتجاه الطفل المكفول[2]، بعدها وبحضور الشاهدان اللذان سيشهدان

بأمانة ذلك الشخص ويمضيان على العقد إلى جانب الموثق والكافل والطرف الذي يمثل المكفول[3].

لكن بالرجوع إلى المواد 492 من ق.إ.م.إ نلاحظ أن المشرع الجزائري اقتصر إجراءات الكفالة على القضاء فقط دون ذكر الموثق ومن خلال هذا نستنتج أن الموثق حسب آخر تعديل قد تم السحب منه صلاحية إجراء عقد الكفالة.

ثالثاً : البعثات الدبلوماسية

بالإضافة إلى الموثق والمحكمة المختصان في إبرام عقد الكفالة داخل الوطن نجد البعثات الدبلوماسية للمقيمين في الخارج من الجالية الجزائرية سواء ً كان الكافل أو المكفول

[1] م 324 مكرر 5 من ق.م.ج. "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذ ًا في كامل التراب الوطني".

[2] طلبة مالك، المرجع السابق، ص ص 26-27.

[3] يحياوي حمزة، المرجع السابق، ص61.

أو كلاهما، بحيث يتم تقديم الطلب من ذوي الشأن إلى رؤساء البعثات الدبلوماسية التي تتبع نفس الخطوات والإجراءات التي يتبعها القاضي أو الموثق[1].

الفرع الثالث: الوثائق الخاصة بملف عقد الكفالة

يقع على ملتمس الكفالة تشكيل ملف من الوثائق تختلف بحسب ما إذا كان الولد معلوم أو مجهول النسب[2]:

- طلب خطي.
- شهادة ميلاد القاصر المكفول.
- شهادة ميلاد الكافل.
- تصريح شرفي بعدم معرفة الأم الطبيعية للطفل إذا كانت مجهولة.
- عقد زواج الكافل.
- كشف راتب الكافل وشهادة العمل.
- صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية الخاصة بالكافل.
- تصريح شرفي لأهل المكفول يتضمن تنازلا عن كفالة ابنهما إلى شخص ما، في حالة ما إذا كان القاصر معلوم النسب.
- بحثاجتماعي موقع رسمي ًا من طرف مصالح القنصلية المختصة مع وصل أعباء أو عقد ملكية ونسخة من بطاقة القنصلية بالنسبة للأشخاص القاطنين خارج الوطن.

[1] يحياوي حمزة، المرجع السابق، ص 61.

[2] www.crjj.mjustice.dz

الفصل الثاني

الفصل الثاني

آثار عقد الكفالة وانقضاءها

بعد إبرام عقد الكفالة وتعهد الكافل بالقيام بالتزاماته التي عددها المشرع في أحكام الكفالة، مثل واجب النفقة وواجب التربية والرعاية بمثابة الأب الحريص على ابنه اتجاه الولد المكفول، تأتي مرحلة تنفيذ عقد الكفالة القائم بكل أركانه وشروطه المحددة قانوناً والتي بموجبها تقوم الكفالة صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية، سواءً بالنسبة للكافل أو المكفول ككل العقود الرسمية، والتي تتميز بالديمومة والاستمرارية إلا أن يطرأ عليها ظرف قد يؤدي إلى زوال آثارها في واقع القانون أو انقضائها، وسنتطرق في هذا الفصل إلى آثار عقد الكفالة (المبحث الأول)، وانقضاءها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

آثار عقد الكفالة

إذا توفرت الشروط و الأركان التي نصت عليها مختلف اللوائح و القوانين المعمول بها و تمت الكفالة أمام الجهات المختصة بإبرامها، فإنّ الكافل يكتسب الولاية القانونية على المكفول، و بالتالي يصبح عقد الكفالة منتجاً لآثاره سواء بالنسبة للكافل أو المكفول، وسنتطرق في هذا المبحث إلى آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل (المطلب الأول)، وبالنسبة للمكفول (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل

آثار الكفالة بالنسبة للكافل تتمثل في الولاية القانونية على القاصر والتي تتحدد بعنصرين، عنصر متعلق بالنفس و يعني هذا الولاية على نفس المكفول (الفرع الأول)، وعنصر متعلق بالمال أي الولاية على مال المكفول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول

تعرف الولاية اصطلاحاً بأنها سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها[1].

وتتجسد هذه الولاية في المحافظة على نفس الطفل القاصر وصيانتها وقد نصت المادة 121 من ق.أ على أنه:" **تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح الدراسية والعائلية التي يتمتع بها الولد الشرعي**"، وعليه فإن المادة حددت جميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي[2]، خاصة وأن هذه المنح إنما تعطى لصالح الطفل، ومن البديهي تمكين الكافل منها بغرض الاستعانة بها في القيام بشؤون الطفل المكفول[3]، وتنتقل هذه الولاية من أبوي المكفول إلى الكافل إذا كان معلوم النسب، أو مدير المؤسسة المكلفة برعاية الطفولة إذا كان مجهول النسب، وهي مخولة للكافل بقوة القانون طبقا لما جاء في نص المادة 121 المذكورة سابقاً، وهي ولاية متعدية فقد تكون أصلية إذا كانت بسبب القرابة كالحضانة مثلاً أو غير أصلية مستمدة من الغير كالكفالة[4]، وهي الولاية التي نحن بصدد دراستها والتي تنصب على القيام بشؤون المكفول من رعاية، وعناية صحية، وتعليم، وتربية، ونفقة.

أولاً : النفقة

باعتبار أن الكفالة التزام بالنفقة على وجه التبرع على ولد قاصر[5]، فيجب على الكافل أن ينفق على الولد المكفول كما ينفق الأب على ابنه الشرعي لأنه يعتبر في مرتبته[6].

---

[1] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط3، دار النهضة العربية، بيروت، 1997، ص254.

[2] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة في منظور الفقه والتشريع والقضاء، دار ثالة، الجزائر، 2011، ص 246.

[3] لحسين بن شيخ آل ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص111.

[4] عنتير نور الهدى، المرجع السابق، ص23.

[5] م 116 من ق.أ.ج.

[6] محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، د.م.ج، الجزائر، 1999، ص36.

وتشمل النفقة حسب المادة 78 من ق.أ.ج التي تنص على أنه:" **تشمل النفقة:الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**"، فإنه من حقوق المكفول الأساسية على كافله إشباع حاجته المادية كالطعام، والمسكن، والملبس والعلاج وغيره، سواء كان من ماله الخاص، أو من مال الدولة إذا كان لا يملك شيئا، ويستوي في ذلك أن يكون الطفل معلوم النسب أو يتيما أو مجهولا أو لقيطًا، لأن تأمين هذه الأمور يؤثر على حياة الطفل، فالحياة السهلة الميسورة التي تلبي كل حاجات الطفل تؤثر على عقليته ونفسيته بشكل إيجابي بعكس الفقر والحرمان الذي ربما يؤدي إلى آثار عكسية كالحقد والكراهية للكافل[1].

وينفق الكافل على المكفول إلى غاية بلوغه سن الرشد إن كان ذكرا، أو إلى غاية زواج البنت المكفولة، كما أنه على الكافل أن ينفق على المكفول إن كان عاجزا حتى بعد بلوغه سن الرشد، وإن لم يكن للكافل مال، فنفقة المكفول تكون على عاتق أبويه الشرعيين[2].

ثانيا: التربية والعناية بالمكفول

وهي أن يقوم الكافل بمراقبة علاقات الطفل المكفول بمحيطه، وتربيته بما يراه أصلح وأجدر شريطة ألا تكون مخالفة للدين[3]، وعليه تلقينه قواعد التربية والأخلاق ومبادئ الشريعة الإسلامية، وتوجيهه في كل مراحل حياته والسهر على توفير الراحة والاطمئنان، وتنظيم سلوكياته حتى يتسنى له العيش والاندماج في المجتمع، وعدم قيامه بالأعمال غير اللائقة، إضافة إلى هذا فعلى الكافل أن يهتم بالجوانب التي لها علاقة بحالته الصحية وسلامته الجسدية والعقلية والنفسية.

ويدخل ضمن التربية والعناية واجب التعليم الذي يقع على عاتق الكافل حتى يتمكن المكفول من التعرف على مختلف العلوم والمعارف، والوصول إلى مستوى معين في التعليم

[1] يزيد السعيد، المرجع السابق، ص 19.

[2] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص173.

[3] Nadia Younsi Haddad, OP.Cit, p27.

يمكنه من التكفلبنفسه مستقبلا ويعيش حياةً كريمة، ولا تقتصر التربية على التعليم فقط، بل تشمل كذلك التأديب لأنه من فرائض الشريعة الإسلامية، وذلك أن التربية الحسنة للطفل لا تكون إلا باللين واللطف وكذا الشدة عند اللزوم وهذا ما ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم، فقد كان له أسلوب مثالي في التربية يرتكز أساسًا على حسن التأديب والرعاية في كل صغيرة وكبيرة لتنشئة أعضاء نافعين في المجتمع[1].

كما أنه على الكافل حماية المكفول من كل اعتداء يقع عليه باعتباره الولي القانوني له، وهو الذي يرفع الشكاوى باسمه ويطالب بالتعويض لفائدته باعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحاكم، ومن جهة أخرى فهو المسؤول القانوني أمام الهيئات والأشخاص عن أفعال المكفول إذا ألحق أضرارا بالغير.

ثالثاً : قبض المنح العائلية

تجعل الولاية من حق الكافل قبض المنح العائلية وكذلك المنح الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي لتكون من حق الولد المكفول[2]، باعتبار أن الولد المكفول يعد بمرتبة الولد الشرعي للكافل، وقد نص قانون الأسرة على الحق في المنح العائلية والدراسية الممنوحة للمكفول[3]، بأن يقبضها الكافل بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤوليته ويقوم برعايته، وعليه يفترض في الكافل العامل فرضين، إما أن يضع أثناء تكوين ملف العمل الذي يوضع لدى إدارة المستخدم شهادة عائلية مسجل بها الولد المكفول إلى جانب الأبناء الشرعيين مع الإشارة في الشهادة بأنه مكفول، أو يضع الشهادة العائلية زائد عقد الكفالة منفصلين قصد الاستفادة من المنح العائلية، لكن الأقرب إلى الصواب هو أن يأمر القاضي بموجب عقد الكفالة ضابط الحالة المدنية بتسجيله في سجلات الحالة المدنية للكافل مع الإشارة إلى أنه

[1] سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 85.

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شنات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص198.

[3] م 121 من ق.أ.ج.

مكفول وهذا ما كان يجب أن يظهر في الشهادة العائلية إلى جانب الأبناء الأصليين، وهو الشيء المعمول به في المغرب وغير موجود في الجزائر[1].

الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول

بمقتضى عقد الكفالة فإن الولاية القانونية التي يتمتع بها الكافل تخول له إدارة أموال المكفول المكتسبة من التبرعات كالميراث، الوصية أو الهبة[2]، وعلى الكافل تقديم حسابات للمكفول بعد بلوغه سن الرشد ويكون مسؤولا عن إهماله في إدارة أموال المكفول[3]، وبما أن أحكام الكفالة خولت للكافل إدارة أموال المكفول باعتباره وليا له، فإنه يتعين الرجوع إلى أحكام الولاية على مال القاصر كون المكفول قاصر ًا فعلى الكافل أن يتصرف تصرف الرجل الحريص الذي يدرس الواقعة ونتائجها المستقبلية سواء ً كانت إيجابية أو سلبية، وعليه الموازنة بين المصلحة والضرر وبالرجوع إلى نص المادة 88 من ق.أ.ج نجدها تنص على ما يلي:" **على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.**

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

بيع العقار وقسمته، ورهنه، وا ٍجراءات 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".

[1] عنتير نور الهدى، المرجع السابق، ص25.

[2] م 122 من ق.أ.ج. "يدير الكافل أموال المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول".

[3] لحسين بن شيخ آت ملويا، قانون الأسرة، دراسة تفسيرية، المرجع السابق، ص 111.

وعليه فعلى الكافل أن يحصل على الإذن من القاضي في حالة قيامه بإحدى هذه التصرفات المحددة على سبيل الحصر في نص المادة 88 المذكورة سابقا، وعلى القاضي حسب سلطته التقديرية منح الإذن من عدمه مراعيا في ذلك حالة الضرورة والمصلحة، وحالة بيع العقار في المزاد العلني[1]، وفي حال تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءً على طلب من له مصلحة[2].

وفي حالة عدم التزام الكافل بهذه الشروط وتصرف في أموال المكفول وألحق بها ضررا واستغل أمواله نتيجة لقصره أو عدم خبرته، فإنه يجوز للنيابة العامة بعد إبلاغها تحريك الدعوى العمومية من تلقاء نفسها طبقا لأحكام المادة 1/380 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على**:" كل من استغل حاجة لقاصر لم يكمل التاسعة عشر أو ميلا أو هوى أو عدم خبرة فيه ليختلس منه التزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية وذلك إضرارا به يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 10000 دينار جزائري".**

وتم تشديد العقوبة المقررة لاستغلال حاجة قاصر لم يكمل التاسعة عشر حسب المادة 2/380 التي تنص على أنه:" **وتكون العقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 1000 إلى 15000 دينار جزائري إذا كان المجني عليه موضوعا تحت رعاية الجاني ورقابته أو سلطته وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه المادة يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر".**

[1] م 89 من ق.أ.ج. " على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".
[2] م 90 من ق.أ.ج.

المطلب الثاني: آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول

سنتطرق في هذا المطلب آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول المتمثلة في الإسناد الواقعي للمكفول (الفرع الأول)، احتفاظ الطفل المكفول بنسبه (الفرع الثاني)، إمكانية الكافل تغيير لقب المكفول ومنحه لقبه (الفرع الثالث)، جواز الكافل التبرع للمكفول بالوصية أو الهبة (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الإسناد الواقعي للمكفول

لا يعد عقد الكفالة قائماً ما لم يتم انتقال الولد المكفول إلى الكافل، فتحرير وثيقة الكفالة لا يكفي لتحقق الغرض المطلوب منها، ولكون عملية الإسناد تعتبر المرحلة الأهم في عملية تنفيذ هذا العقد فمن المفروض أن تتم بموجب إجراءات منصوص عليها في قانون الأسرة ضمن أحكام الكفالة، ومن المفروض أيضا أن يحضر وقت التسليم ممثل الحق العام والأطراف مانحة الكفالة والأسرة المستفيدة منها والولد المكفول الذي يعتبر العنصر الأساسي في تنفيذ الكفالة، وألاّ تتم إلا بحضور الشهود الذين حضروا أثناء إبرام العقد، ويتم تحرير محضر بذلك وتوقيع الأطراف الحاضرة وهو الشيء المعمول به في المغرب، إذ يتطلب عند الإسناد الواقعي للطفل حضور ممثل وكيل الملك، وممثل السلطة المحلية، وممثل المساعدة الاجتماعية، إذ يتضمن المحضر هوية الكافل والمكفول وهوية الحاضرين وساعة وتاريخ التسليم وتوقيع العون المنفذ والكافل، ويحرر المحضر من ثلاث نسخ يوجه أحدها إلى القاضي المكلف بشؤون القصر، لأنه في المغرب يكون القاضي المختص هو الذي يتولى عقد الكفالة، عكس الجزائر يكون رئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصية هو المختص وتسلم النسخة الثانية إلى الكافل ويحتفظ بالنسخة الثالثة في الملف[1].

[1] يزيد السعيد، المرجع السابق، ص 44.

الفرع الثاني: احتفاظ الطفل المكفول بنسبه

وهذا يعني احتفاظ الطفل المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معروف النسب لقول تعالى: ﴿ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ ﴾[1]، وقد اعتبر المشرع الجزائري الادعاء ببنوة الطفل سواءً كان معلوم أو مجهول النسب جريمة لأنها تتضمن تزييف النسب ويدخل ضمن التزوير[2]، لأنه يمس بالنظام العام، وقد نصت المادة 120 من ق.أ.ج على أنه:" **يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية**"، فبالنسبة لمجهولي النسب فقد نظم قانون الحالة المدنية كيفية منحهم اسم، وعليه سنتطرق إلى حالة المكفول معروف النسب (أولاً)، والمكفول مجهول النسب (ثانياً).

أولاً: المكفول معروف النسب

في هذه الحالة يكون للمكفول أبوين ويقومان بمنحه إلى الكافل بغرض رعايته وتربيته والنفقة عليه لعدم قدرتهم على ذلك لأي سبب من الأسباب، أو إذا كان المكفول معروف الأم ففي كلتا الحالتين فإن قانون الأسرة وبموجب عقد الكفالة، أعطى للقاصر المكفول حماية قانونية في الاحتفاظ بنسبه بأن يبقى حاملاً للقب أبيه أو لقب أو اسم أمه وعدم تجريده منه، وهو ما نصت عليه المادة 120 من ق.أ.ج وهذا ما يجعل فكرة احتفاظ الطفل القاصر معلوم النسب بنسبه من النظام العام والتعدي على الأنساب الحقيقية يعد تعديا على النظام العام ويستوجب وقفه، وقد عمل المشرع على تجريم هذه الأفعال في المواد 247 إلى 250 من ق.ع.ج[3].

[1] سورة الأحزاب، من الآية 05.

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة...، المرجع السابق، ص 185.

[3] بوعشة عقيلة، المرجع السابق، ص ص 37-38.

ثانياً: المكفول مجهول النسب

إذا كان الطفل مجهول النسب فإنه حسب م 120 من ق.أ.ج تطبق عليه أحكام المادة 4/64 من قانون الحالة المدنية التي تنص على**:" يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".**

وما يفهم من نص هذه المادة أنه يمكن للطفل أن يحتفظ باسمه الأصلي رغم أنه مجهول النسب، ويسجل المكفول في كل الوثائق حسب الاسم واللقب الذي منحه له ضابط الحالة المدنية[1]، ونظرا لكون أن نص المادة 64 من ق.ح.م لم تفصل في الإجراءات المتبعة لمنح الاسم للطفل المكفول مجهول النسب فقد صدر بتاريخ 1987/01/17 منشور وزاري مشترك بين وزارة الداخلية والجماعات المحلية، ووزارة الحماية الاجتماعية، ووزارة العدل يشرح كيفية منح ضابط الحالة المدنية الأسماء والألقاب لهذه الفئة من الأطفال، وهذا المنشور شأنه شأن المادة 64 إذ يعطي حماية للطفل اللقيط أو مجهول الأبوين، ويفضل إدراجه في المجتمع دون تهميشه[2]، وقد حدد هذا المنشور شرط تطبيق المادة 64 من ق.ح.م التي تمنح لضباط الحالة المدنية إمكانية منح الأسماء للأطفال الذين عثر عليهم وللأطفال المولودين من أبوين مجهولين، وقدميّز المنشور بين حالتين:

1-حالة المولود الذكر:

في هذه الحالة يقوم ضابط الحالة المدنية بمنح الطفل سلسلة من الأسماء الخاصة بالذكور، ويتخذ آخر هذه الأسماء كلقب عائلي لهم.

[1] والي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ص 74-75.

[2] نقيب نور الإسلام، المرجع السابق، ص 100.

2-حالة المولود الأنثى:

يمنح ضابط الحالة المدنية في هذه الحالة سلسلة من الأسماء الخاصة بالإناث، بحيث يتخذ آخر هذه الأسماء كلقب عائلي لهن على أن يكون هذا الأخير من الأسماء المخصصة للذكور، والعلة من عدم استعمال اسم الأنثى كلقب عائلي راجع إلى أنه في حالة استعماله فإنه يدل على وضعيتها كونها طفلة لقيطة أو غير شرعية، وبالتالي عدم تحقق الغاية المنشودة والمتمثلة في إدماجهم في المجتمع ومن منح هؤلاء الاسم واللقب[1].

الفرع الثالث: إمكانية الكافل تغيير لقب المكفول ومنحه لقبه

يمكن للكافل تغيير لقب المكفول مجهول النسب ومنح لقبه وهذا بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 1992/01/13 المتعلق بتغيير اللقب بناءً على فتوى الشيخ "أحمد حماني" رحمه الله، مفادها أنه يمكن منح الطفل مجهول النسب لقب كفيله في إطار عقد الكفالة دون أن يمس ذلك الأحكام الشرعية كالنسب والميراث[2]، حيث تضمن هذا المرسوم إمكانية حمل المكفول اسم الكافل وهذا أمر ضروري جدا بالنسبة للطفل خاصة في مرحلة معينة يكون فيها المكفول عديم الأهلية، وبالتالي يشعر بالتهميش وبغية توفير نوع من الاستقرار النفسي له يجعله على الأقل يعيش طفولته عيشة عادية لا يتحمل فيها نتائج ذنب لم يقترفه[3].

مكن هذا المرسوم بعد صدوره من إلحاق المكفول بالكافل عن طريق اللقب حيث جاء بأحكام تسمح بموجبها للأسرة الكافلة منح لقبها للطفل المتكفل به وفقاً لشروط محددة والمنصوص عليها في المادة الأولى منه وفي حالة تخلف أحدهما لا يتم الاستجابة للطلب.

---

[1] المنشور الوزاري المشترك بين وزارة الداخلية والجماعات المحلية ووزارة الحماية الاجتماعي، الصادر بتاريخ 1987/01/17 المتضمن الحالة المدنية للأطفال المولودين من أبوين مجهولين.

[2] Nadia Younsi Haddad, OP.CIT, p3.

[3] محمدي فريدة زواوي، "من أجل توفير حماية أكبر للمكفول،" **م.ج.ع.ق.إ.س**، كلية الحقوق، العدد1، ص 89.

أولاً : الشروط المطلوبة لتغيير لقب المكفول

1-وجود عقد الكفالة: حتى يتمكن الكافل طلب تغيير لقب المكفول، لا بد أن يربطه بالمكفول عقد الكفالة بجميع أركانه وشروطه المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري.

2-ضرورة أن يكون المكفول قاصرا مجهول النسب من الأب: أجاز المشرع تغيير لقب المكفول سواءً كان بنتًا أو ابنًا قاصرا شرط أن يكون مجهول النسب من الأب، لأن معلوم الأب لا يجيز القانون للكافل منحه لقبه.

3-المبادرة في تغيير اللقب تكون من طرف الكافل: فلا يمكن تصور تقديم الطلب من طرف المكفول لانعدام أهلية التقاضي، لمونه محتاج للرعاية وأن الولاية على نفسه مقررة للكافل.

4-موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة: اشترط المشرع الموافقة الصريحة من طرف الأم بأن توافق على أن يحمل المكفول لقب الكافل باعتبار أنه في مثل هذه الحالات إذا كان معلوم الأم فلقب المكفول المسجل في سجلات الحالة المدنية والمدلى به إلى ضابط الحالة المدنية هو اللقب العائلي للأم لكونه مجهول الأب، ويجب أن تكون الموافقة في شكل عقد شرعي مكتوب[1]، أما في حالة عدم العثور على أم القاصر فيتعين على الكافل تقديم تصريح شرفي يذكر فيه أنه استحال عليه العثور على أم المعني.

ثانيًا: الوثائق المطلوبة لتغيير لقب المكفول

بعد اكتمال الشروط يقدم الكافل الوثائق التالية:

- طلب خطي.
- عقد ميلاد الكفيل.

[1] م 01 من المرسوم التنفيذي رقم 24/92، الصادر في 13 جانفي 1992، المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر، العدد 5، الصادر في 22 جانفي 1992.

- عقد ميلاد المكفول.
- عقد الكفالة محرر طبقا لنص المادة 116-117 من قانون الأسرة لدى الموثق أو المحكمة (نسخة مصادق عليها).
- تصريح شرفي يتضمن موافقة أم المكفول إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة، أو تصريح شرفي بعدم معرفتها.
- شهادة الوضع في عائلة مسلمة من طرف مصالح الحماية الاجتماعية.

ولا يتم أخذ الملف بعين الاعتبار إلا بعد إتمام كل الوثائق المطلوبة.

وبعد تقديم الطلب يصدر الأمر بتغيير اللقب من رئيس المحكمة ويتم النطق به بناءً على طلب من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب، ويصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين (30)الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل، ويكون محل تسجيل وا ٍشارة على الهامش على النحو المنصوص عليه في المادة 5 مكرر 1، يتم تسجيله من طرف ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بتغيير الاسم الثاني الممنوح للقاصر مجهول النسب بلقب الكافل أما بالنسبة لمجهول الأب فقط فيتم تغيير لقب الأم بلقب الكافل[1].

لكن المرسوم رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب عرف عدة تساؤلات وأثار موجة من الاعتراضات فهناك من اعتبر هذا الإجراء تبنيا غير معلن عنه صراحة لأن فيه تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول مجهول الأب، وأساس هذا الاعتراض قوله تعالى:﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ۝٤ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ۚ ﴾ [2]، إضافة إلى هذا فإن الولد غير الشرعي معلوم الأم فإنه يكون حاملا

[1] بوعشة عقيلة، المرجع السابق، ص44.

[2] سورة الأحزاب، من الاية 4-5.

للقبها، وهذا الإجراء يحمل في طياته مخالفة لأحكام قانون الأسرة الذي نص على ضرورة احتفاظ الولد بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، أما إذا كان مجهول النسب فتطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية[1]، وبما أن هذا الحق تقرر لحماية المكفول في مرحلة معينة فهو حق استعمال فقط وبالتالي لا يلغى الاسم الذي اكتسبه قانونا بمقتضى المادة 64 إذ يبقى هذا الاسم مقيدا في سجلات الحالة المدنية ولا يستطيع نقل اسم الكافل إلى أولاده لأنه اسم تقرر لاستعماله الشخصي فقط، لأن المكفول ينقل إلى أولاده اسمه القانوني الذي منحه إياه ضابط الحالة المدنية، كما أن هذا الإجراء لا يرتب أية آثار كالنسب أو الإرث[2].

الفرع الثالث: جواز الكافل التبرع للمكفول بالوصية أو الهبة

يجوز للكافل أن يترك أموالا للمكفول ولكن ليس باعتباره ابنا شرعيا ووريثا له لعدم ثبوت نسبه له، واحتفاظه بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، فعقد الكفالة لا ينشئ حقوق ميراثية، لكن المشرع الجزائري أعطى بديلا للكافل بموجب قانون الأسرة التي نصت على أنه:**"يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث وا ٍن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة"**، هذا يعني أنه يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله بموجب أحكام الوصية وذلك في حدود الثلث، وأي تجاوز لهذا الحد يكون باطلا إلا إذا تم إجازته من قبل الورثة، لكن يلاحظ من خلال النص أنه يمكن للكافل أن يتبرع للمكفول بماله غير أنه أخضع ذلك التبرع إلى حكم الوصية مع أن عقد التبرع هو من العقود المدنية ويعرف بأنه عقد يولي به أحد الطرفين الآخر فائدة دون مقابل لمن أعطاه، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا، ومن أمثلة العقود التبرعية نجد عقد الوصية، الهبة، الكفالة...إلخ، ولذلك نتساءل عن قصد المشرع بالتبرع مع ذكره للوصية،

[1] م 120 ق.أ.ج:" يجب أن يجب يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم و إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

[2] محمدي فريدة زواوي، "مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 مع مبادئ الشريعة الإسلامية"، **م.ج.ع.إ.س، م.ق**، كلية الحقوق، العدد 2، 2000، ص 75.

فهل كان يقصد بها الهبة أم لا؟، وا ن كان كذلك فلا بد أن ينص المشرع على مصطلح الهبة بدلا من التبرع، والتي لا يمكن تقييدها للكفيل بالثلث لأن الهبة لا تقيد بهذه المقدار إلا إذا أخذت حكم الوصية، وهذا لا يتحقق إلا في حالتين محددتين وهما الهبة في مرض الموت، والهبة مع احتفاظ الواهب بالحيازة طول حياته[1].

زيادة على هذا فإن معنى التبرع الوارد في القانون المدني يختلف عن معناه في قانون الأسرة وتحديدا في الكفالة كون التبرع فيها يفيد الهبة وهذه الأخيرة والوصية يتضمنان التبرع ويشتركان في فكرة إخراج حق عيني أو منفعة في ذمة الكافل لتدخل في ذمة المكفول دون عوض أو مقابل، وأخضع هذه الهبة لأحكام الوصية في تحديد مقدارها وذلك بألا تتجاوز الثلث وا ذا تجاوزته تتوقف على إجازة الورثة[2].

وما يتم استخلاصه مما سبق بأن الكافل يمكنه أن يوصي أو يهب للمكفول، إلا أن هذين المفهومين يختلفان في فحواهما، فالوصية لا تدخل في ذمة الموصى له إلا بعد وفاة الموصي حسب ما نصت عليه م 184 من ق.أ.ج، أما الهبة فهي انتقال المال إلى الموهوب له بمجرد إتمام التوثيق والحيازة.

وعليه سنتطرق إلى كل عنصر الوصية (أولاً)، و عنصر الهبة (ثانياً):

أولاً : الوصية

حسب نص م 184 من ق.أ.ج**:" الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"**، ويعني هذا أن يوصي شخص لآخر بمال أو أي حق عيني بأن يدخل ذمته ولكن بعد وفاته أي وفاة الموصي[3]، والوصية لا تكون للوارث فحسب الشريعة الإسلامية والقانون لا وصية لوارث.

[1] محمدي فريدة زواوي، من أجل توفير حماية أكبر للمكفول...،المرجع السابق، ص90.

[2] علال آمال، المرجع السابق، ص111.

[3] بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2(الميراث والوصية)، ط3، د.م.ج، الجزائر،2004، ص230.

وبما أن المكفول لا يأخذ مكانة الابن الشرعي فليس له حق في الميراث، فقد يتوفى الكافل ويترك أموالا فيأخذها الورثة دون أن يتركوا له شيئا خاصة إذا تنازلوا عن الكفالة بعد وفاة مورثهم أي الكافل، فقد يبقى هذا المكفول دون مأوى يعيش فقيرا، تعيسا، أو مشردا، وتفاديا لمثل هذا الأمر ولبسط حماية أكبر للمكفول تدخل المشرع بموجب المادة 123 من ق.أ.ج المذكورة سابقا وأعطى للكافل الحق في أن يوصي للمكفول من ماله الخاص في حدود الثلث، وفي حالة التبرع بأكثر من الثلث بطل ما زاد عنه وليس بطلان الوصية إلا إذا أجازه الورثة[1] فإن أجازوه أصبح حقا للمكفول، وا ٍذا رفضوه فيبقى من نصيبه الثلث فقط.

ثاني ًا: الهبة

حسب نص المادة 202 من ق.أ.ج: **"الهبة تمليك بلا عوض"**، وهي تختلف تماما عن الوصية، فهي تبرع إلا أنه يكون في حياة الواهب، وقد نصت م 205 من ق.أ.ج على أنه: **"يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير"**، فإذا قام الكافل بوهب المكفول مالا أو أي شيء فينتقل له بمجرد حيازته له بعد تطابق إرادتيها، ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات المحددة في التوثيق والشهر وا ٍتباع الإجراءات الخاصة بالمنقولات[2].

كما أنه لا توجد حدود في الهبة، فإن تصرف الواهب في ماله بكل حرية مادامت إرادته سليمة إلا إذا كان في حالة مرض الموت، أو مصابا بأحد الأمراض والحالات المخيفة فتسري على الهبة التي قام بها في تلك الفترة أحكام الوصية[3]، وهذا حماية للورثة في تصرف مورثهم في تلك الحالات، غير أن المشرع قد اعتبر الهبة أو ما سماه بالتبرع حسب المادة

[1] عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة، ط1، المطبعة العربية، الجزائر، 1998، ص ص51-52.

[2] م 206 ق.أ.ج:"تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول، وتتم الحيازة ،ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات".

[3] م 204 ق.أ.ج:"الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية".

123 من ق.أ.ج إذا كان من الكافل إلى المكفول يخضع لأحكام الوصية فيما يخص قيمة المال الموهوب يجب أن يكون في حدود الثلث، وإذا ما زاد عن ذلك يترك لإجازة الورثة.

فحسب رأي الأستاذة محمدي فريدة زواوي أن هذه المادة تفيد هبة الكفيل للمكفول بالثلث لا أساس له وهذا الحكم يتناقض مع المبدأ المقرر في م 205 من ق.أ.ج التي تجيز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا، أو منفعة، أو دينا لدى الغير، فكيف تكون هبة الشخص لغيره غير مقيدة بمقدار معين، وهبة الكفيل للمكفول مقيدة، أو بعبارة أخرى كيف تكون هبة الشخص لغير مكفوله غير مقيدة بمقدار معين، وإذا تمت للمكفول تصبح مقيدة بالثلث؟ فلا أساس لهذه التفرقة ومن الضروري إلغاء المادة 123وإبقاء نص الحكم الوارد في المادة 205 كمبدأ عام يجيز الهبة بدون تقييد[1].

وكذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا:" **حيث أنه إذا كان بإمكان الواهب أن يهب كل ممتلكاته وفقًا لنص المادة 205 من قانون الأسرة، فإن ذلك مقيد بألاّ يكون الواهب كافلاً والموهوب له مكفولا، كون الكافل مقيد اتجاه المكفول بأن لا يزيد التصرف بالوصية أو التبرع عن حدود الثلث وفقًا للمادة 123 المشار إليها إلاّ إذا أجازه الورثة، وبذلك يكون عقد التبرع المبرم خلافًا لنص المادة 123 قابلاً للطعن فيه بإبطال التصرف فيما زاد عن الثلث ممن لهم مصلحة.**

حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة الحكم اعتبروا عدم انطباق نص المادة 123 من قانون الأسرة على التصرف محل النزاع استناداً إلى وجود فرق بين الأحكام المنظمة لقواعد الوصية والتبرع والأحكام المنظمة لقواعد الهبة دون تحديد ما يميز عقد الهبة من عقد التبرع أو ذكر هذه الفوارق، وبالتالي فطالما أن عقد الهبة الذي أبرمه الكافل للمكفول موضوع قضية الحال يدخل ضمن عقود التبرع فإن المجلس بقضائه

[1] محمدي فريدة زواوي، "من أجل توفير حماية أكبر للمكفول...،المرجع السابق، ص ص90-91.

خلاف ذلك يكون قد خالف نص المادة 123 من قانون الأسرة، وبذلك يكون الفرع سديد ويتعين معه نقض القرار..."[1].

المبحث الثاني

انقضاء الكفالة

إن عقد الكفالة كغيره من العقود ينتج آثاره مادام غير محدد المدة ولم يقم على شرط واقف أو فاسخ، غير أنه قد يكون عرضة لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى انقضاءها في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 124-125 من ق.أ.ج، إضافة إلى الحالة العامة التي تؤدي إلى انقضاء الكفالة وهي تخلف أحد الشروط الواردة في م 118 من ق.أ.ج مما يجعل عقد الكفالة ينقضي بتعرض الكافل إلى أي عيب من العيوب التي قد تخل بإحدى هذه الشروط، و سنتطرق له في هذا المبحث إلى الأسباب العامة لإنقضاء عقد الكفالة (المطلب الأول)، والأسباب الخاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة

من بين الأسباب العامة الخارجة عن إرادة ورغبة أطراف العقد وا نتهاء الآثار المترتبة عنه، نجد تخلف أحد الشروط الواردة في نص المادة 118 ق.أ.ج (الفرع الأول)، أو بوفاة الكافل أو المكفول(الفرع الثاني).

[1] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2011/05/12، ملف رقم 620402، م.ق، العدد 2، 2011، ص ص 285-286، مأخوذ من لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص341.

الفرع الأول: سقوط الكفالة لتخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري

من مميزات عقد الكفالة أنه ينص على القيام بشؤون القاصر من طرف الكافل الذي لا بد من أن تتوفر فيه شروط معينة، فإذا قامت وتحققت هذه الشروط فإن عقد الكفالة يبقى قائما ومنتجا لآثاره، لكن إذا تخلف أحد هذه الشروط و المتمثلة في الأهلية (أولاً)، الإسلام (ثانياً)، القدرة على القيام بشؤون المكفول (ثالثاً)، يصبح الكافل غير كفء للقيام بشؤون القاصر.

أولاً : الأهلية

اشترطت المادة 118 من ق.أ.ج في الكافل أن يكون أهلا وعاقلا باعتبار أنه يقوم بتصرف تبرعي، فلا بد أن تتوفر فيه أهلية التبرع ، أي أن يكون كامل الأهلية وغير محجوز عليه، لكن في حالة إصابة الكافل بغيب من عيوب الإرادة كالجنون، العته، السفه والغفلة، فهذا الأمر يجعل إرادته معيبة وبالتالي لا يمكنه إبرام عقد تبرع[1]، ففي حالة ظهور أحد العيوب بعد إبرام عقد تصرف تكون قابلة للإبطال لأنها تحد من تصرفات الكافل بشأن نفسه وبالتالي لا يمكنه القيام بشأن القاصر مما يؤدي إلى انقضاء الكفالة.

ثانياً: الإسلام

هو الشرط الثاني الذي نصت عليه المادة 118 من ق.أ وذلك لأن المكفول القاصر يأخذ أخلاق وعادات وتقاليد الكافل الذي يقوم بشؤونه وتربيته، لذا اشترط أن يكون دينه الإسلام وذلك لوجود نص في الدستور ينص على أن الإسلام هو دين الدولة الجزائرية، فإذا كان طالب الكفالة غير مسلم فإن الكفالة لا تسند إليه، أما إذا كان الكافل مسلما أثناء إبرامه لعقد الكفالة ثم غير دينه فهنا تسقط عنه الكفالة، حيث يقول تعالى:﴿ وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص57.

لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا ١٤١ ﴾[1]وقوله عز ّ وجل في آية أخرى:﴿ وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ ﴾[2].

ثالثًا: القدرة على القيام بشؤون المكفول

من الالتزامات المفروضة على الكافل بموجب عقد الكفالة، نجد العناية اللازمة بالمكفول، واشترط في الكافل أن يكون قادرا على ذلك حسب ما جاء في نص المادة 118 من ق.أ.ج، فإذا أصيب الكافل بعارض صحي كأن يصاب بمرض ما يجعله غير قادر على الحركة مثلا، فهذا الأمر يحد من قدرته على القيام بشؤون القاصر، أو كأن يصبح فقيرا ولا يمكنه حتى إعالة نفسه فهذا يؤدي إلى انقضاء الكفالة لأن قدرته على إعالة القاصر اجتماعيا وماديا ومعنويا أصبحت معدومة، وبالتالي عدم تحقق الغاية من الكفالة.

الفرع الثاني: وفاة المكفول أو الكافل

قد يحدث أن يتوفى الكافل أو المكفول، فإذا توفي المكفول انعدم محل أو سبب الكفالة، وكنتيجة حتمية عن ذلك ينتهي وينقضي عقدالكفالة أم ّا في حالة وفاة الكافل الذي يقع عليه التزام الرعاية والتربية والعناية والتعليم و توفير كل ما يحتاجه الولد في هذه المرحلة من حياته، وضمان له حياة افضل، و بالتالي تنقضي الكفالة إم ّا بوفاة المكفول (أولاً)، أو بوفاة الكافل (ثانياً).

أولاً : وفاة المكفول

أجمع جمهور الفقهاء المسلمين على أن ّ موت المكفول يبرئ الكفيل من الكفالة ولا يلزم الكفيل بشيء[3]،ووفاة المكفول يعد سبباً من أسباب انقضاء عقد الكفالة وذلك راجع إلى أن ّ محل العقد هو القيام بقاصر لم يعد موجودوبالتالي فإن ّ العناية والرعاية والتربية لم يعد لها

[1] سورة النساء، من الآية 141.

[2] سورة الأنفال، من الآية 73.

[3] أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2009، ص 118.

محل في التطبيق لعدم وجود من سوف تقام من أجله أو لمصلحته، وذلك بوفاة من أقرت لمصلحته[1].

ثانياً: وفاة الكافل

وهو الملتزم الأساسي في عقد الكفالة باعتباره عقد تبرعي فإن العقد يلزمه لأنه عقد ملزم لجانب واحد، فبوفاته ينهار عقد الكفالة وينقضي التزامه، وبالتالي يستحيل تنفيذه، فيصبح المكفول مرة أخرى بلا سند فتصح في حقه كفالة جديدة من شخص آخر.

وفي هذا الصدد يرى المالكية والحنابلة أنه إذا مات الكفيل بالنفس، فلا تسقط الكفالة وإنما يطالب ورثة الكفيل إحضار المكفول عنه وتسليمه في الوقت المعين لذلك، فإن لم يتم تسليمه أغرموا، بحيث يؤخذ من تركة الكفيل بقدر الدين المستحق للمكفول له[2]، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، فعمل على توريث عقد الكفالة، من خلال نص المادة 125 من ق.أ.ج على وفاة الكافل ففي هذه الحالة تنقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بضمانها، وإن لم يلتزموا بذلك فعلى القاضي أن يسند حضانة القاصر إلى المؤسسة المختصة برعاية الطفولة[3].

وقد نصت المادة 497 من ق.إ.م.إ على الإجراءات المتعلقة بحالة وفاة الكافل، فعند وفاته يتعين على ورثته أن يخبروا دون تأخير قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة، وعلى القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة[4]، نظراً للطابع الاستعجالي لموضوع حماية المكفول[5]، وهنا نميز بين حالتين:

---

[1] بوعشة عقيلة، المرجع السابق،ص52.

[2] أسامة يعقوب الأيوبي، المرجع السابق، ص 116.

[3] م 125، ق.أ.ج:"وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلاّ فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية".

[4] م 497 ق.إ.م.إ.

[5] عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق،ص 366.

1- حالة التزام الورثة بالكفالة: حسب نص م 3/497 من ق.إ.م.إ التي نصت على أنه**:إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها يعين القاضي أحد الورثة كافلاً "**، وهذا يعني أن الكفالة تنتقل إلى الورثة إذا صرح ورثته بالتزامهم بالحلول محل مورثهم في مهمة التكفل بالقاصر، وبموجب ذلك تنتقل الالتزامات المترتبة على عقد الكفالة إلى الورثة ويصبح أحد الورثة هو الكافل الجديد، لكن المشرع نص على انتقالها دون أن يبين من له الولاية المباشرة على المكفول، لكن هذا الأمر يجعلنا نرجع إلى أحكام الولاية على النفس والمال لاسيما النفس، نجد أن م 87 من ق.أ.ج تنص على أنه**:" يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"**، وعليه فإذا التزمت بها زوجة الكافل المتوفى أصبحت كافلة للولد، لكن لا توجد إجراءات قانونية لانتقال هذه الكفالة إلى الكافلة الجديدة باعتبارها أحد ورثة المكفول[1].

2-حالة عدم التزام الورثة بالكفالة: وهي حالة عدم التزام الورثة بالتكفل بالمكفول الذي كان تحت رعاية مورثهم ففي هذه الحالة نص المشرع على أن القاضي هو الذي يتصرف في حالة القاصر بما له من سلطة باعتباره هو الولي لمن لا ولي له، فيمكنه إسناد أمر القاصر الذي أصبح من جديد بدون كافل إلى الجهة المختصة برعاية الطفولة[2].

المطلب الثاني

الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة

الأصل أن الكفالة لا تنتهيفي الأوضاع الطبيعية إلاّ ببلوغ سن الرشد بالنسبة للولد، وسن الزواج بالنسبة للبنت، وذلك من أجل حمايتهم من أي استغلال، غير أنه قد يطرأ ظرف يجعلها تنتهي قبل أوانها لأسباب خاصة راجعة إلى رغبة الأبوين الأصليين في استعادة ولدهما أو راجعة لإرادة الشخص الكافل في التخلي عن التزاماته اتجاه الطفل المكفول وعليه

[1] عنتير نور الهدى، المرجع السابق، ص 31.

[2] علال آمال، المرجع السابق، ص 127.

سنتطرق إلى طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد إلى ولايتهما (الفرع الأول)،و التخلي عن الكفالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد إلى ولايتهما

قد جاء قانون الأسرة صريحً ا في مسألة انقضاء عقد الكفالة بالنسبة للأطفال معلومي النسب وذلك إذا ما عبّر الوالدين الأصليين عن نيتهما في استرجاع ولدهما المكفول إلى حضنهما بعدما قاموا بالتخلي عنه لسبب مولذلك الطلب يصدر من كلاهما أو أحدهما سواءً الأب أو الأم، وذلك وفقًا لما جاء في نص المادة 124 من ق.أ.ج مفادها أنه**:" إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزا فإنه لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"**، ويتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع ميز بين حالتين، وهما حالة المكفول مميز(أولاً) وحالة المكفول غير المميز (ثانياً).

أولاً : بعد بلوغ الولد المكفول سن التمييز

في حال بلوغ الطفل المكفول سن التمييز، فإنه يخير بين الالتحاق بوالديه أو البقاء مع الكافل[1] يعني أن المشرع لم يترك الحرية المطلقة للوالدين وإنما ترك الأمر للمكفول نفسه ، لأنه بعد بلوغه سن التمييز يمكنه إبرام عقود تدور بالنفع[2]، وأصبح يميز بين ما يفيده وما يضره، وبالتالي له سلطة الاختيار في الالتحاق بوالديه الأصليين أو البقاء في كنف الكافل، خاصة أن علاقة المكفول بالكافل قد تكون وطيدة وأن فراقه قد يضر به.

وقد أقرت الشريعة الإسلامية هذا الموقف في حادثة الرسول صلى الله عليه وسلم مع زيد بن حارثة وذلك بعد نزول الآية الكريمة التي حرمت التبني، إذ خيره الرسول صلى الله عليه وسلم بين أمرين، إما البقاء معه أو الالتحاق بأبيه، فاختار البقاء مع الرسول صلى الله عليه وسلم نظرا لعطفه وحنانه عليه.

[1] م 124 ق.أ.ج.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص55.

ثانيـًا: قبل بلوغ سن التمييز

الطفل غير المميز هو من لم يبلغ سن الثالثة عشرة (13) من عمره، فإذا طلب أبواه أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايته فإن قرار العودة من صلاحيات القاضي الذي يراعي في ذلك مصلحة الطفل عند الحكم بذلك، فلو رأى مصلحة الطفل تقتضي بقاءه مع كافله قضى برفض الطلب[1]، فالمشرع لم يترك لوالدي المكفول الحرية المطلقة إذ قيدها باللجوء إلى القاضي لما له من سلطة تقديرية للوقائع والظروف المحيطة بالمكفول ووالديه والكافل، وهو الذي يعطي الإذن بعودة المكفول إلى والديه أو إلى أمه، أو بقاءه مع الكافل وذلك مع مراعاة مصلحة المكفول، ويتخذ القاضي جميع الإجراءات اللازمة لمعرفة أين تكمن مصلحة المكفول، وذلك من خلال البحث الشامل والمكثف.

وفي هذا الصدد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه:**"..ومن المقرر قانونـًا وفقـًا للمادة 42 من القانون المدني والمادة 124من قانون الأسرة، فإنّ عودة الابن المكفول غير المميّز لا يسلم إلاّ بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول ومتى تبين في قضية الحال أن البنت المكفولةغير مميّزة، وقضاة الموضوع قضوا بإلحاقها بأمها مراعاةً لمصلحتها يكونوا قد طبقوا القانون ولم يخالفوه، الأمر الذي يستوجب معه رفض الوجهين معـًا لعدم تأسيسهما..."[2].**

الفرع الثاني: التخلي عن الكفالة

تنقضي الكفالة بالتخلي عنها صراحة من طرف الكافل، وذلك بالتعبير رغبته صراحة في التخلي عن الولد المكفول إذا طرأ طارئ يجعله غير قادر على التكفل بالطفل كعدم القدرة المالية لتدهور مركزه الاقتصادي مما يؤثر على قدرة الكافل على تلبية كل حاجيات الطفل المكفول، أو قد يكون بسبب عارض جسمي أفقده القدرة على القيام بأمور الطفل وتجسيد

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا،المرشد...، المرجع السابق، ص341.

[2] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/10/11، ملف رقم 367977، م.ق، العدد 1، 2007، ص 476، مأخوذ من المرجع نفسه، ص 343.

دوره كأب له، وقد يكون بسبب عدم رغبته في مواصلة الالتزام بعقد الكفالة، ولتجسيد رغبة الكافل في التخلي عن الكفالة يستوجب عليه الامتثال أمام نفس الجهة التي أقرتها[1] سواء أمام المحكمة أو الموثق أو أمام البعثات الدبلوماسية من أجل فك الرابطة التي كانت تجمع الكافل بالطفل المكفول[2].

وقد نصت المادة 1/496 من ق.إ.م.إ على أنه:**"ترفع دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية، ينظر في الدعوى في جلسة سرية بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباته"**، ومعنى هذا الكلام هو أننا سنكون أمام حالتين هامتين هما حالة طلب إلغاء الكفالة المقدم من الغير، وحالة طلب التخلي عن الكفالة المقدم من الكافل نفسه، ومهما يكن من أمر فإن طلب إلغاء الكفالة أو طلب التخلي عنها يجب أن يكون بموجب دعوى يرفعها المعني وفقاً لقواعد الإجراءات العادية المقررة لرفع الدعوى، ويتعين على قاضي قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة أن يفصل في هذه الدعوى في جلسة سر ية، لا يحضرها سوى الأطراف ومحاموهم وممثل النيابة العامة، الذي لا تنعقد الجلسة ولا يصدر الحكم إلاّ بحضوره وسماع طلباته الشفهية أو الكتابية باعتبار انه طرف أصلي وا ٍهمالها وعدم حضور جلسة الفصل في الطلب يعيب الحكم ويمكن أن يعرضه للإلغاء إذا وقع الطعن فيه، و عليه فإذا صدر الحكم برفض دعوى إلغاء الكفالة أو برفض التخلي عنها، ولم يرض أحد أطرافها فإن هذا الحكم سيكون قابلاً للطعن فيه بطريق الاستئناف وفقاً للأشكال والإجراءات العادية المقررة في القانون للطعن بالاستئناف، أي تقديم عريضة كتابية موقعة ومسببة من الطاعن أو محاميه إلى أمانة الضبط بالمجلس[3].

[1] م 125، ق.أ.ج:" التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة وأن يكون بعلم النيابة العامة...".

[2] يحياوي حمزة، المرجع السابق، ص 67.

[3] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة...، المرجع السابق، ص ص 164-165.

خـاتـمـة

خاتمة:

تعتبر مرحلة الطفولة من أهم المراحل في حياة الإنسان الذي خلقه الله تعالى ليستخلفه في الأرض، ذلك أن الأطفال هم أمل المستقبل وأداة صنعه، فوجب حمايته ورعايته، لاسيما الفئة المحرومة من الأبوة والأمومة لسبب ما، ومن بين الأنظمة القانونية التي تحمي الطفل نجد الكفالة كنظام بديل عن التبنيلما فيه من تزييف للحقيقة، فالشخص الذي يتبنى طفلاً ويلحقه به، هو بذلك يخالف ما جاءت به الفطرة لهذا حرمته الشريعة الإسلامية صراحة لمنع اختلاط الأنساب.

و قد أخذ المشرع الجزائري بحكم الشريعة الإسلامية في المادة 46 من قانون الأسرة، وجاءت الكفالة كحل بديل جائز وملائم شرعاً وقانوناً عن التبني لرعاية الأطفال اليتامى، ومجهولي أو معلومي النسب الذينتمّ التخلي عنهم من طرف أهاليهم لأي سبب من الأسباب وحمايتهم، وتعويضهم قدر الإمكان على الحنان والعطف الذي فقدوه.

واهتم المشرع الجزائري بحماية الأطفال من جميع الأخطار سواءً كانت مادية أو معنوية، فأراد تنظيم وضعية الأطفال غير الشرعيين بصفة محكمة فجاء بالمرسوم التنفيذي رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب الذي يسمح للأسرة الكفيلة أن تمنح للمكفول لقبها العائلي بغرض تنشئته تنشئة حسنة وحماية له داخل المجتمع وذلك بتغيير لقبه وتنسيبه للكافل بشرط عدم المساس بحقوق الغير، إلى جانب قانون الأسرة الذي قام بتنظيم وضعية هؤلاء الأطفال مجهولي النسب بموجب قواعد شكلية وأخرى موضوعية حتى يضمن لهذه الفئة الاستقرار داخل العائلة المتكفلة بهم بصفة خاصة، وداخل المجتمع بصفة عامة دون عقد وحمايتهم من الانحراف لأن قلة المراكز ومؤسسات الحماية تجعل هذه الفئة معرضة للانحراف والإجرام.

وما يمكن ملاحظته من خلال دراستنا ضرورة الدقة والوضوح في النصوص القانونية، فلقد ترك المشرع ثغرات وغموض من المفروض التطرق اليها:

- إصدار قانون خاص بفئة الأطفال المحتاجين للتكفل بهم.
- التدقيق في المواد الخاصة بالكفالة.
- الشروط المتعلقة بالكافل بدقة ضمانا لتوفير حماية أكبر لهذه الفئة.
- وضع نصوص قانونية تضبط بدقة إجراءات الكفالة، خاصة إجراءات تسليم الطفل، وتحرير محضر أثناء التسليم، بحضور المحضر القضائي والأطراف المعنية.
- النص صراحة على المسؤولية المدنية والجزائية للكافل في حالة إخلاله بالتزاماته القانونية.

وفي الأخير نستنتج أن نظام الكفالة سواءً بالنسبة للطفل معلوم النسب أو مجهول النسب يحمي الطفل وحتى الأسرة الكافلة من التشتت والضياع لعدم قدرتهم على الإنجاب، ولأجل أن تبقى متماسكة من غير إحداث أي تغيير فيها، زيادة على الجزاء العظيم الذي يتلقاه الكافل من الله عز وجل نظير تكفله بطفل لم يجد من يحميه من مصائب الدنيا ومصاعبها.

قائمة المراجع

أولاً -المصادر:

- القرآن الكريم
- احمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، د.ط، دار الريان للتراث، د.ب.ن، د.ت.

- جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ط4، دار صادر، لبنان، 2005، ص186.

ثانياً -المراجع باللغة العربية:

أ-الكتب:

01- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شنات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

02- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 2013.

03- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، د.م.ج، الجزائر، 2005.

04- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (أحكام الزواج)، ط6، د.م.ج، الجزائر، 2012.

05- ـــــــــــــ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2 (الميراث والوصية)، ط3، د.م.ج، الجزائر، 2004.

06- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط4، منشورات بغدادي، الجزائر، 2013.

07- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط3، دار هومه، الجزائر، 2014.

08- ـــــــــــــ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002.

09- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة في منظور الفقه والتشريع والقضاء، دار ثالة، الجزائر، 2011.

10- عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة، ط1، المطبعة العربية، الجزائر، 1998.

11- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط1، د.م.ج، الجزائر، 2006.

12- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

13- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2015.

14- ـــــــــــــــــــ قانون الأسر ة، دراسة تفسيرية، دار الهدى، الجزائر، 2014.

15- محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومه، الجزائر، د.ت.ن.

16- محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، د.م.ج، الجزائر، 1999.

17- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2007.

18- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، ط2، بيروت، 1977.

19- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1(مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، د.ط، مصر، 2007.

20- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، د.ط، الجزائر، د.ت.ن.

ب- الرسائل والمذكرات:

1- الرسائل:

01- والي عبد اللطيف، الحماية القانونية لحقوق الطفل (دراسة مقارنة بين الجزائر، تونس، المغرب)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014-2015.

2- المذكرات:

01- أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2009.

02- بوشوكة أمينة، الحقوق المالية وغير المالية للطفل في ظل أحكام قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة آكلي محند أولحاج، 2014/2013.

03- بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004/2001.

04- حورية مالكي، نسيبة شيشة، مجهولي النسب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي بونعامة، 2014-2015.

05- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر1، 2007/2008.

06- طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003/2006.

07- علال آمال، التبني والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، رسالة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2008/2009.

08- عنتير نور الهدى، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة الليسانس، تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح، 2013/2014.

09- موسوني وهيبة، مجهولو النسب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، 2016.

10- نقيب نور الإسلام، الآليات القانونية لحماية الطفل في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014/2015.

12- يحياوي حمزة، الحقوق المعنوية والمادية للطفل (دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، 2015.

13- يزيد السعيد، آثار الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، 2015.

ج-المقالات والمجلات:

01- محمدي فريدة زواوي، "من أجل توفير حماية أكبر للمكفول"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية**، كلية الحقوق، العدد1 ، 2000.

02- ــــــــــــــ، "مدى تعارض المرسوم التنفيذي رقم 24/92 مع مبادئ الشريعة الإسلامية"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية**، كلية الحقوق، العدد 2، 2000.

د-النصوص القانونية:

1-القوانين و الأوامر:

01- قانون رقم 156/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية، العدد 49، الصادر في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم.

02- قانون رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية، جريدة رسمية، العدد 105، الصادر في 18 ديسمبر 1970، المعدل والمتمم.

03- قانون رقم 58/78 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

04- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1948 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية، العدد24، الصادرة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم.

05- أمر 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، جريدة رسمية، العدد 8، الصادر في 17 فيفري 1985.

06- قانون رقم 02/06 مؤرخ في 22 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق ، جريدة رسمية، العدد 14، الصادر بتاريخ 2006/03/08، المعدل والمتمم.

07- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، العدد 21 الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

08- قانون رقم 20/70 مؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية، العدد 49، الصادر بتاريخ 20 أوت 2014، المعدل والمتمم.

2-المراسيم التنفيذية:

01- المرسوم التنفيذي رقم 24/92المؤرخ في 13 جانفي 1992 يتمم المرسوم رقم 157/71 مؤرخ في 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب، جريدة رسمية، العدد 05 الصادر بتاريخ 22 جانفي 1992.

هـ-المناشير:

-المنشور الوزاري المشترك بين وزارة الداخلية والجماعات المحلية ووزارة العدل ووزارة الحماية الاجتماعية الصادر بتاريخ 17 جانفي 1987 المتضمن الحالة المدنية للأطفال المولودين من أبوين مجهولين.

ثالثاً : المراجع باللغة الفرنسية:

Article

-Nadia Younsi Haddad, La kafala en droit Algérien, Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, Faculte de droit , N°4, Alger, 1999 .

الـفـهـرس

مقدمة.....2

الفصل الأول: النظام القانوني للكفالة

المبحث الأول: مفهوم الكفالة.....7

المطلب الأول: التعريف بالكفالة.....7

الفرع الأول: المقصود بالكفالة 7

أولاً : الكفالة لغة 7

ثانياً:الكفالة اصطلاحاً 8

1-المقصود بالكفالة في القانون المدني.....8

2-المقصود بالكفالة في قانون الأسرة.....8

الفرع الثاني: خصائص الكفالة.....8

الفرع الثالث: تمييز الكفالة عن التبني.....9

أولاً : من حيث المشروعية.....9

ثانياً: من حيث الآثار.....11

المطلب الثالث: شروط عقد الكفالة.....12

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافل.....12

أولاً : الشروط التي نص عليها المشرع في قانون الأسرة الجزائري.....12

1-الإسلام.....12

2-أنيكون الكافل عاقلاً متمتعاً بالأهلية الكاملة 13

3- يكون الكافل قادر ًا على رعاية الولد المكفول.....13

أ-القدرة الجسدية.....14

ب-القدرة المادية.....14

ثاني ًا: الشروط التي لم ينص عليها المشرع في ق.أ.ج 14

1-طالب الكفالة أجنبي الجنسية.....15

2-شرط الزواج.....16

3شرط موافقة الزوجين إن كانا مع ًا على قيد الحياة.....16

4شرط الكافل أن يكون رجلا ً أو امرأة.....17

5-شرط الفارق في السن بين الكافل والمكفول.....17

6-جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة.....17

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمكفول.....18

أولا ً : سن المكفول.....18

ثاني ًا: نسب المكفول وأصله.....19

1-مجهول النسب.....19

أ-الالتقاط الشرعي.....20

ب-الالتقاط غير الشرعي.....20

2-معلوم النسب.....21

المبحث الثاني: أركان عقد الكفالة وا إجراءات انعقادها.....22

المطلب الأول: أركان عقد الكفالة.....23

الفرع الأول: التراضي.....23

أولاً : أطراف العقد.....23

1-بالنسبة للقاصر مجهول النسب.....23

2-بالنسبة للقاصر معلوم النسب.....24

ثانياً: عيوب الإرادة.....24

1-الغلط.....24

2-التدليس.....25

3-الإكراه.....25

4-الاستغلال.....26

الفرع الثاني: المحل.....26

الفرع الثالث: السبب.....27

الفرع الرابع: الشكلية.....27

المطلب الثاني: إجراءات انعقاد الكفالة.....29

الفرع الأول: المرحلة التمهيدية.....29

أولاً :بالنسبة للقاصر معلوم النسب.....29

1-القاصر يتيم الأم.....29

2-القاصر يتيم الأب.....29

3-القاصر يتيم الأب والأم.....29

أ-حالة التخلي المؤقت.....30

ب-حالة التخلي النهائي.....31

ثانياً: بالنسبة للقاصر مجهول النسب.....31

الفرع الثاني: الجهات المختصة بإبرام عقد الكفالة.....32

أولاً : المحكمة 32

1-طلب الكفالة.....32

2-مباشرة القاضي إجراءات التحقيق.....33

ثانياً : الموثق.....34

ثالثاً : البعثات الدبلوماسية.....35

الفرع : الوثائق الخاصة بملف عقد الكفالة.....35

الفصل الثاني: آثار عقد الكفالة وانقضاءها

المبحث الأول: آثار عقد الكفالة.....38

المطلب الأول: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل.....38

الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول.....39

أولاً : النفقة.....39

ثانياً: التربية والعناية بالمكفول.....40

ثالثاً: قبض المنح العائلية والدراسية.....41

الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول.....42

المطلب الثاني: آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول.....44

الفرع الأول: الإسناد الواقعي للمكفول.....44

الفرع الثاني: احتفاظ الطفل المكفول بنسبه.....45

أولاً : المكفول معلوم النسب.....45

ثانياً: المكفول مجهول النسب.....46

1-حالة المولود الذكر.....46

2-حالة المولود الأنثى.....47

الفرع الثالث: إمكانية الكافل تغيير لقب المكفول ومنحه لقبه.....48

أولاً : الشروط المطلوبة لتغيير لقب المكفول.....49

1-وجود عقد الكفالة.....49

2-ضرورة أن يكون المكفول قاصرا مجهول النسب من الأب.....49

3-المبادرة في تغيير اللقب تكون من طرف الكافل.....49

4-موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.....49

ثانياً: الوثائق المطلوبة لتغيير لقب المكفول.....49

الفرع الثالث: جواز الكافل التبرع للمكفول بالوصية أو الهبة.....50

أولاً : الوصية.....51

ثانياً: الهبة.....52

المبحث الثاني: انقضاء الكفالة.....54

المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة.....54

الفرع الأول: سقوط الكفالة لتخلف أحد الشروط الواردة في م 118 من ق.أ.ج.... 55

أولاً : الأهلية.....55

ثانياً: الإسلام.....55

ثالثاً: القدرة على القيام بشؤون المكفول.....56

الفرع الثاني: وفاة المكفول أو الكافل.....56

أولاً : وفاة المكفول.....56

ثانياً: وفاة الكافل.....57

1- حالة التزام الورثة بالكفالة.....58

2- حالة عدم التزام الورثة بالكفالة.....58

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة.....58

الفرع الأول: طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد إلى ولايتهما.....59

أولاً : بعد بلوغ الولد المكفول سن التمييز.....59

ثانياً: قبل بلوغ الولد المكفول سن التمييز.....60

الفرع الثاني: التخلي عن الكفالة.....60

خاتمة.....63

قائمة المراجع.....66

الفهرس.....74