جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

آثار الكفالة في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون

تخصص : قانون الأسرة

إعداد الطالب

يزيد السعيد

تحت إشراف الأستاذ

بلعزوز رابح

لجنة المناقشة

الأستاذ: حسين عثماني.....رئيسًا

الأستاذ: بلعزوز رابح.....مُشْرِفًا ومقرّرًا

الأستاذة: زهية ربيع.....عُضْوًا

تاريخ المناقشة: .../.../2015

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الرسول عليه الصلاة والسلام :

« أنا وكافل اليتيم كهاتين
في الجنة و أشار إلى إصبعيه
الإبهام و السبابّة »

شكـر وتقدير

أولا أحمد الله عز وجل على توفيقه لي في إنجاز هذا العمل

وأتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من :

- الأستاذ المشرف بلعزوز رابح، الذي قدم لنا النصائح والتوجيهات طيلة مدة إنجاز هذا العمل.
- إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد.

إهـــداء

أهدي هذا العمل إلى من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى روح أمـــي الغالية

إلـــــى من أحمل اسمه بكل افتخار إلى من أهداني النجاح دون انتظار إلى روح أبي العزيز

إلى توأم روحي وسندي في الحياة زوجتـــي العزيزة

إلـــى فلذات كبدي ونور حياتي أبنائـــي محمد فارس و عبد الكريم

و بناتـــــي أمـال ومنـــال

إلـــى كل إخوتي وأخواتـــي

إلى كل الأصدقاء والزملاء في العمل كل باسمه

قائمة أهم المختصرات

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ص: الصفحة

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

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

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

مقدمـــة

عرفت المجتمعات القديمة في العصر الجاهلي نظام التبني[1]، الذي كان يقوم من خلاله الأشخاص بالادعاء ببنوة أولاد معلومي ومجهولي النسب مع علمهم بعدم وجود أية قرابة تربطهم بهم، ومع ذلك يتخذونهم أولادا لهم ويعطونهم أسماءهم، غير أنه بمجيء الإسلام سرعان ما حرم التبني، وهذا ماجاء في القرآن الكريم حيث قال عز وجل **«وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما»**[2].

فتحريم الدين للتبني وحثه على الإحسان والعطف على اليتامى والمساكين مصداقا لقوله تعالى **«فأما اليتيم فلا تقهر»**، كان نتيجة لما خلفه التبني من مشاكل وآثار سلبية[3].

1- يرى بعض الفقه أن الأخذ بالتبني، مهما كانت متطلبات الواقع المعاش والتطورات الاجتماعية الطارئة، يقوم على تزييف شخصية الطفل المتبنى من جهة، وعلى تشجيع العلاقات غير الشرعية بين الرجل والمرأة من جهة أخرى، وهو موقف سليم وفي محله، لأن التبني ينشئ بين الطفل المتبنى والشخص الذي تبناه علاقات صورية محضة لأبوة مفترضة، ترتكز على أساس مخادع غايته ملىء غريزة وإشباع حاجة لا غير، وليس بدافع الشفقة والرغبة بتكوين أسرة صادقة، وهذا رغم وجود العقود المدنية والطرق الشرعية للزواج، أنظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، الجزائر، سنة 2010، ص420- 421.

2- سورة الأحزاب، الآية 4 و 5.

3- وتظهر هذه المشاكل والآثار السلبية فيما يلي: قطع نسب الولد المتبنى عن عائلته الأصلية وارتباطه بعائلة أخرى لا صلة له بها، نظام التبني يجعل للولد المتبنى قد يتزوج من إخوته من أبيه الأول الذي انقطعت صلته بهم، كما أنه يقضي على جميع المحارم من أسرة الأب الأول، فالولد المتبنى لا يعرف هؤلاء المحارم، ومن ثم يكون له أن يتزوج بواحد من محارمه دون أن يعرف، يحرم على الولد المتبنى أن يتزوج من أسرة الأب الذي تبناه ومن محارمه رغم أنهن حل له، نظام التبني ينشيء حقوقا لم تكن موجودة ويبطل حقوقا كانت ثابتة، فالولد المتبنى كان يرث أباه وأمه، والتبني يبطل هذا الحق، وأنشأ حقا لم يكن له وهو ميراثه لمن تبناه ولزوجة هذا المتبنى إن صارت له أما، الأب الأصلي لا يرث الولد الذي تبناه...، أنظر: أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2009، ص 96.

وقد ساير المشرع الجزائري ذلك، وهو ما يتضح من نص المادة 46 من ق.أ.ج التي تنص على أنه «**يمنع التبني شرعا وقانونا**»، وقرار المحكمة العليا رقم 122761 المؤرخ في 1994/06/28، الذي كرس من خلاله تحريم التبني وتطبيق المادة 46 من ق.أ.ج «**متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني على أساس أن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبنى قد أخطئوا في تطبيق القانون ذلك أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه**»[1].

غير أن ظاهرة الأطفال غير الشرعيين واليتامى والمتشردين ظهرت بشكل لا يمكن تجاهله في المجتمعات، خاصة في المجتمع الجزائري بداية من فترة الاستعمار وصولا إلى فترة العشرية السوداء، وما خلفته هذه المراحل من نتائج سلبية على حياة الأطفال.

ومن هذا المنطلق جاء نظام الكفالة كحل لهذه الفئة وكبديل لنظام التبني[2]، ولعل أهم ما يبرر هذا النظام هو تحريم الإسلام للتبني[3]، فديننا الحنيف عالج كل المسائل التي تخص حياة

1. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2001، ص 155.

2. كفالة الأولاد عند الفقهاء -في شأن الأولاد- لها معنيان: الأول: مرحلة ضم الصغار بعد انتهاء مرحلة الحضانة- هذا الضم يكون لمن له الولاية على النفس- هذا الضم أطلق عليه الفقهاء "الكفالة" الغرض منها تحقيق مصلحة الأولاد- ذكورا وإناثا – ودرء الأذى عنهم والقيام بشؤونهم، وإكمال تعليمهم بما يحتاجونه، فالكفالة هنا استكمال للحضانة من ولى النفس أو من يقوم مقامه، وهناك نوع آخر من الكفالة – وهو كفالة اليتيم- أي من فقد أباه قبل البلوغ، هذه الكفالة ندب إليها الإسلام حتى أن الرسول ﷺ جعل لكافل اليتيم مكانة في الجنة، وتشمل كفالة اليتيم من كان يتيما لا قرابة له ومن كان يتيما ذا قرابة، لأن اليتامى في الإسلام لا يضيعون بسبب فقدهم الآباء والأمهات فتصح كفالتهم من القريب وغير القريب، أنظر: أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 197.

3.Après l'interdiction de l'adoption en 1976, il était nécessaire de trouver une solution qui pouvait permettre la prise en charge d'enfants abandonnés en adéquation avec la Charia. L'apparition de la kafala en1984, en tant que recueil légal, visait en premier lieu la prise en charge de cette catégorie d'enfants, Elle devait ainsi permettre dans l'immédiat de prendre en charge cette frange sociale marginalisée de la société algérienne; la mère célibataire, l'enfant adultérin, Yamina HOUHOU, LA KAFALA en droit Algérien et ses effets en droit Français, thèse pour l'obtention de doctorat en sciences juridiques, Ecole Doctorale sciences sociales et humanités, université de PAU et des pays de L'ADOUR, France, 2014, p 19.

الإنسان إذ قال الله عز وجل «**فتقول هل أدلكم على من يكفله**»[1]، كما قال الرسول عليه الصلاة والسلام «**أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين (وأشار إلى سبابتيه)**» [2].

هذا النظام الذي يشكل أساسا هاما لحماية الأطفال القصر، طرح عدة إشكالات ولا يزال يثير الكثير من الجدل في مسألة تطبيقه، خاصة فيما يتعلق بالآثار القانونية التي يرتبها بالنسبة لطرفيه أي الكافل والمكفول.

كما أن المشرع الجزائري قد صادق على العديد من الاتفاقيات، ومنها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989، والتي تعد القانون الدولي لحقوق الطفل، لأنها تضمنت كافة المواثيق الدولية المعنية بهذه القضية، وأضافت إليها بعض الحقوق والحريات وآليات التنفيذ ووسائل الحماية الجديدة لكي تشكل مرجعا هاما قانونيا وملزما في مجال حقوق الطفل في العالم.

أهمية الموضوع

تبرز أهمية هذا الموضوع من خلال تناوله لمسألة جد حساسة نظرا لحساسية الفئة التي يعالجها في المجتمع، ألا وهي فئة القصر خاصة وأن الدين الإسلامي قد حرم التبني وسايرته في ذلك القوانين الوضعية، مما أدى بالتشريعات وعلى رأسها المشرع الجزائري بالبحث عن نظام يحقق نوعا من الحماية لهذه الفئة لكي لا تهمش، وهو ما يتضح جليا من خلال نظام الكفالة.

أسباب اختيار الموضوع

وتعود أسباب اختيار هذا الموضوع إلى ما يلي:

- الميول الشخصي لهذه المواضيع.
- الواقع الراهن الذي تعيشه الجزائر في ظل انتشار الأطفال غير الشرعيين.

1- سورة طه، الآية 40.

2- صحيح البخاري، حديث رقم 6005، في الأدب(باب فضل من يعول يتيما).

- التعريف بنظام الكفالة في قانون الأسرة الجزائري وآثارها بالنسبة لكل من الكافل والمكفول.
- التعرف على الحقوق والضمانات التي خولها القانون للولد المكفول.

الإشكالية التي يطرحها الموضوع

إذا كان المشرع الجزائري قد أقر نظام الكفالة فما هي آثارها بالنسبة للكافل والولد المكفول؟، وهل يترتب عن هذه الآثار تحقيق المساواة في الحقوق بين الطفل المكفول والطفل الشرعي؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا تقسيم الموضوع إلى فصلين، نتناول في الأول آثار الكفالة بالنسبة للكافل من خلال تبيان الشروط الواجب توافرها في الكافل وتحديد التزاماته، أما الفصل الثاني فتناول فيه آثار الكفالة بالنسبة للولد المكفول من خلال تبيان كذلك الشروط الواجب توافرها فيه، وتحديد حقوقه اتجاه الكافل.

الفصل الأول

الفصـل الأول

آثار الكفالة بالنسبة للكافل

إذا توافرت الشروط والأوضاع التي تنص عليها القوانين واللوائح السارية المفعول في الكافل، وتمت الكفالة أمام المحكمة، اكتسب الكافل الولاية القانونية على الولد المكفول، وعليه فإنه يتمتع بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس من تربية المكفول ورعايته والإنفاق عليه، كما له أن يدير أموال المكفول المكتسبة من الإرث أو الوصية أو الهبة، وكذا الحق في جميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في هذا الفصل من خلال التطرق إلى الشروط الواجب توافرها في الكافل ، ثم نتطرق إلى التزامات الكافل في المبحث الثاني.

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها في الكافل

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في مادتيه 117و118 منه[1]، نجدهما حددتا شروطا عامة فيما يخص الكافل، والتي يجب على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة أن تتحقق من توافرها، فعلى قاضي الأحوال الشخصية أن يقوم بإجراء تحقيق ويراقب ما إذا توفرت هذه الشروط أم لا ، فإذا أتضح للقاضي عدم توفرها في الكافل رفض الطلب، أما إذا توفرت هذه الشروط فيحرر العقد من قبل الجهة السالفة، وهذه الشروط المطلوبة في الكافل هي : شرط الإسلام- شرط أن يكون عاقلا– شرط القدرة، لكن عمليا فإن القاضي يتحقق من عدة شروط أخرى ضرورية غير واردة في المادتين السالفتين الذكر، هذا فيما يتعلق بالشخص الطبيعي، أما بالنسبة للشخص المعنوي فالقانون لم يحدد الشروط الواجبة فيه وهذا ما سنفصل فيه فيما يلي.

1- قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر عدد 15، المعدل والمتمم.

المطلب الأول

الكافل شخص طبيعي

تضمن قانون الأسرة الجزائري جملة من الشروط المتعلقة بالكافل إذا كان شخصا طبيعيا، من شروط شكلية بمختلف إجراءاتها، وشروط موضوعية، يجب توافرها في طالب الكفالة، وهذا حرصا على مصلحة المكفول القاصر وحماية له.

الفرع الأول: الشروط الشكلية

تنص المادة 117 من ق.أ.ج على أنه «**يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان**»، وما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع أوجب في الكفالة رضا من له أبوان والنص الفرنسي نص على Le consentement de l'enfant، أي رضا الطفل الذي له أبوان، ولكن الأصح هو رضا أبوان الطفل إن كان له أبوان، لأنه لا يعقل الأخذ بإرادة من ليس له إرادة بقوة القانون[1]، ومن هذا المنطلق فإن طلب ممارسة الكفالة يقوم على إجراءين أساسين يتمثلان في الإجراءات الأولية والإجراءات القضائية.

أولا ـ الإجراءات الأولية

تأتي هذه الإجراءات مباشرة بعد إبداء كل من الكافل ووالدي الطفل معا أو أحدهما، أو المؤسسة المكلفة بالأطفال عن إرادتهما بالموافقة على الكفالة، ونميز في هذا الشأن بين الحالات الآتية:

1-القاصر معلوم النسب: لإجراء عقد كفالة طفل معلوم النسب يجب أن يتخلى عنه والداه، إذ تقوم الأم بالتخلي عن ولدها على مستوى المستشفى فتقوم المساعدة الاجتماعية التابعة للمستشفى بتقديم محضر بالتخلي للأم لملئه، وتسألها عن مدة التخلي إن كانت مؤقتة أو

1-العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، سنة 2007، ص 91.

نهائية[1]، وفي الأخير تقوم الأم بالإمضاء عليه مع المساعدة، وبعد ذلك يوضع الطفل في دار الحضانة ليعيش فيها حتى يبلغ 3 أشهر من عمره.

وفي حالة عدم عودة الأم بعد هذه المدة وبعد توجيه لها عدة استدعاءات، فإن قاضي الأحداث يوجه لها استدعاء أخيرا، وفي حالة عدم الاستجابة يحرر الأمر بالوضع في المؤسسة كإجراء هام، وفي 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 فإنه يصدر أمرا برفع اليد أو رفض طلب الكفالة حسب ما تقتضيه مصلحة المكفول.

يمكن لأم الطفل أن تتقدم بطلب أمام الجهة المتواجد بها ابنها لاسترجاعه، وفي هذه الحالة تقوم المساعدة الاجتماعية بإجراء تحقيق حول الظروف الاجتماعية والمادية لهذه المرأة، فإذا كان التحقيق إيجابيا يمنح لها تسريح من المصلحة المختصة وتستعيد هذه الأم ابنها.

وحسب رأي الدكتور عبد العزيز سعد، فإنه 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 وإمضائه، في حين أن الكفالة لا تقوم إلا بعد جملة من الإجراءات القانونية[2]، وهو ما يشكل تناقضا واضحا في الإجراءات من جهة، ومن جهة أخرى يشكل تساهلا من طرف السلطات.

2-القاصر مجهول النسب: إذا كان القاصر المراد كفالته مجهول النسب، يجب الحصول على موافقة مدير مصلحة المساعدة الاجتماعية للطفولة باعتباره وليا عنهم بعد وضعهم في المركز التابع لهذه المصلحة، وهذا ما أكدته المادة 256 من الأمر رقم 79/76 المؤرخ في 1976/10/23 المتعلق بقانون الصحة العمومية، الملغاة بموجب المادة 268 من القانون رقم

1- يكون التخلي المؤقت لمدة 3 أشهر، وفي حالة عدم عودة الأم يحول إلى مديرية النشاط الاجتماعي، أين تقوم المساعدة الاجتماعية بالتنسيق مع العائلات الراغبة في كفالة الأبناء.

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

85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[1]، والذي لا يتضمن حاليا أي تدبير بشأن الطفولة المحرومة رغم كونه القانون الأكثر ارتباطا بهذه الفئة.

3-القاصر اليتيم: قد يكون القاصر المراد كفالته يتيم الأب أو الأم:

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

-القاصر يتيم الأب: إذا كان القاصر المراد كفالته يتيم الأب، فإن الأم هي التي تحل محله في الولاية على الطفل القاصر طبقا لنص المادة 87 من ق.أ.ج[2]، إذ يمكنها التصريح برضاها لكفالة الطفل، وتطبق نفس الأحكام في حالة سقوط السلطة الأبوية عن الأب.

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

4-حالة الطلاق: تعد ظاهرة الطلاق من أخطر المشاكل التي أصبحت تهدد المجتمعات، لاسيما المجتمع الجزائري، إذ يعد الأطفال الضحية الأولى التي يخلفها انفصال الوالدين، وبعد إسناد الحضانة باعتبارها من أهم آثار الطلاق، فإن القاضي يمنح الولاية لمن أسندت له الحضانة، وفي هذه الحالة فإن الحاضن هو الذي يصرح برضاه عن الكفالة سواء كان أبا أو أما.

1- قانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 08، مؤرخة في 17 فبراير سنة 1985، المعدل والمتمم.

2- والتي تنص على ما يلي: «يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد».

3- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2008، ص 72.

والملاحظ في هذه النقطة الجد حساسة، أن المشرع الجزائري لم يتطرق لكفالة الأولاد في حالة طلاق الوالدين، رغم ما تعرفه الجزائر من قفزة نوعية في تصدرها لقائمة الدول التي انتشر فيها الطلاق، بشكل يستدعي اهتمام الدولة بهذه الشريحة التي أصبح مصيرها مجهولا في ظل لامبالاة الوالدين وقلة إحساسهم بالمسؤولية من جهة، وعدم تشديد الإجراءات من جهة أخرى، والملاحظ أن إنشاء الصندوق الوطني للطلاق سيساهم بشكل كبير في تفاقم الظاهرة، إذ أن هذا الصندوق لا تظهر فائدته إلا كونه تدعيم لكل شخص يرغب في الطلاق دون تردد أو إحساس بالذنب، فالأب سيكون مطمئنا إذا طلق زوجته لأنها ستحصل على مدخول، والأم ستكون في غنى عن زوجها لأنها ستحصل على المال كل شهر، وبين هذا وذاك أبرياء لا دخل لهم في كل ما يحصل، فمن المسؤول الحقيقي عن كل هذا؟، ومتى ستحظى هذه الفئة باهتمام خاص.

ثانيا ـ الإجراءات القضائية:

نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، إجراءات الكفالة في المواد من 492 إلى 497، حيث نصت المادة 492 على أنه«**يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة**»[2]، وبعد تقديم الطلب فإن القاضي يتأكد من توافر الشروط المطلوبة في الكافل، وعند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق طبقا للقانون لاسيما

1- قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل سنة 2008.

2- الوثائق الخاصة بملف عقد الكفالة هي:

- 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
- بحث اجتماعي موقع رسميا من طرف مصالح القنصلية المختصة مع وصل أعباء أو عقد ملكية ونسخة من بطاقة القنصلية بالنسبة للأشخاص القاطنين خارج الوطن، راجع الموقع التالي: www.crjj.mjustice.dz

أحكام المادة 495 من القانون السابق الذكر، ويفصل القاضي في طلب الكفالة بأمر ولائي طبقا لنص المادة 493 من نفس القانون.

وتجب الإشارة إلى أن نص المادة 492 من ق.إ.م.إ المذكور أعلاه لم يذكر الموثق وبذلك يكون قد ألغى ضمنيا تحرير الكفالة أمام الموثق، وهذا تطبيقا لنص المادة 2/2 من القانون المدني «**وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم**»[1]، مما يستوجب معه اعتماد ق.إ.م.إ في هذا الشأن.

وباعتبار أن النيابة العامة طرف في جميع قضايا شؤون الأسرة طبقا للمادة من ق.أ.ج[2]، فإن النظر في طلب الكفالة يكون بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة، وهذا ما نصت عليه المادة 494 من نفس القانون على أنه «**ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة**».

كما أن المشرع الجزائري قد أخضع طلب التخلي عن الكفالة لقواعد الإجراءات العادية في رفع الدعوى، وتصدر بموجب حكم مراعاة لمصلحة المكفول، وتتم في جلسة سرية بعد إبداء النيابة العامة لرأيها، وهذا ما تضمنه نص المادة 496 من نفس القانون.

وفي حالة وفاة الكافل يجب على ورثته أن يخبروا قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة دون تأخير طبقا لأحكام المادة 497 من نفس القانون، وهو إجراء ضروري حفاظا على سلامة المكفول، أين يقوم القاضي بجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول قضية الإبقاء على الكفالة، فإذا التزموا بالكفالة يعين القاضي أحد الورثة كافلا، أما في حالة رفضهم الاستمرار في الكفالة فإن القاضي يقوم بإنهائها بنفس الأشكال التي منحها بها، غير أنه يعاب على المشرع الجزائري في هذه النقطة أنه استعمل صيغة الجمع بالنسبة لورثة الكافل، مما يزيد الإجراءات

1- أمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم.

2- وهذا طبقا لنص المادة 3 من ق.أ.ج، التي تنص على أنه:«**تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون**».

تعقيدا، نظرا لصعوبة تواجد كل الورثة في وقت واحد من جهة، ومن جهة أخرى من المستحيل أن يتفق الورثة على رأي واحد، فكان أحرى بالمشرع أن ينص على تقدم شخص واحد ممثلا لبقية الورثة.

وما يمكن ملاحظته بهذا الصدد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لم يتضمن إجراءات الكفالة التي تتم أمام الموثق، على عكس قانون الأسرة، وبالتالي يفهم أنه سحبت من الموثق هذه الصلاحية واقتصارها على القضاء فقط، وذلك راجع لخطورة هذا العقد.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

نصت على هذه الشرط المادة 118من ق.أ.ج «**يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته**»، وقد جاءت هذه الشروط بصفة عامة، إذ لم يتطرق المشرع الجزائري إلى بعض الشروط الأخرى والتي تعتبر جد مهمة نظرا لأهمية وحساسية هذه الفئة في المجتمع كشرط الزواج مثلا بالنسبة للكافل وسنه وحسن سيرته، وغير ذلك من الشروط المنطقية، لذلك ستقتصر دراستنا لهذه الشروط طبقا لما جاء في نص المادة السابقة الذكر.

أولا- الإسلام

يشترط لقبول أي شخص لكي يكون كافلا لأي ولد قاصر أن يكون مسلما، باعتبار أنه لا تجوز كفالة كافر لولد مسلم ومنحدر من والدان مسلمين [1]، لذلك أوجب قانون الأسرة أن يكون الكافل مسلما أي يدين بدين الإسلام حتى يستطيع أن يتكفل بطفل مسلم لأن هذا الأخير قد يجره إلى تغيير دينه، وبالتالي تكون الكفالة نقمة عليه بدلا من أن تكون نعمة عليه.

1- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2013، ص 160.

وقد حذر الله عز وجل من موالاة الكافرين، فشرط الإسلام في الكافل ضروري حتى تسند إليه الكفالة مصداقا لقوله تعالى **«ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا»**[1]، وعليه فالمسيحي واليهودي والمتدين بأي ديانة أخرى غير الإسلام يرفض طلبه في منح الكفالة والقانون الجزائري لا يهتم بجنسية الكافل بقدر ما يهتم بدينه، وتعود السلطة التقديرية للقاضي في منح الكفالة، وذلك بعد التحقق من أن الكافل يدين بالإسلام باستخدام جميع الوسائل سواء بسماع الشهود أو القرائن أو غيرها من الوسائل التي يمكن الاستعانة بها للتحقق من هذه النقطة.

ثانيا ـ العقل

بالرجوع إلى مضمون المادة 118 من ق.أ.ج السابقة الذكر، نجد أن المشرع الجزائري استعمل عبارة عاقل، وقد قصد المشرع بذلك أن يتمتع الكافل بالأهلية القانونية الكاملة، أي يجب أن يكون بالغا لسن الرشد وغير محجور عليه بسبب جنون أو عته أو نتيجة لعقوبة جزائية[2]، وهو شرط من السهل على القاضي التحقق منه، وعمليا يثبت هذا الشرط بتقديم صحيفة السوابق القضائية، أي يقصد بالعاقل غير المجنون وبالتالي يجب تقديم شهادة طبية تثبت سلامة العقل.

ثالثا ـ القدرة

يمكن للقاضي أن يأمر كتابيا عند الاقتضاء بإجراء أي تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته ورعاية شؤونه، وبعد ذلك يمكنه أن يفصل في طلب الكفالة بموجب أمر ولائي مسبب يتضمن قبول أو رفض الطلب[3].

ويراد بالقدرة في هذا الشأن:

1ـ سورة النساء، الآية 141.

2ـالغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الجزائر، سنة 2005، ص 169.

3ـ وهذا ما نصت عليه المادة 495 من ق.إ.م.إ «يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل، وعند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته».

1-القدرة الجسدية: هي عدم عجز الكافل عن التكفل بالطفل بسبب إصابته بإحدى العاهات أو إعاقة مثلا، وهذا ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا «ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية»[1]، وتثبت القدرة الجسدية بتقديم شهادة طبية.

2-القدرة المادية: يقصد بالقدرة المادية الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، فمن غير المعقول أن يكون بطالا وليس له أي مورد مالي أو رزق، وعمليا فإن القضاة يطلبون تقديم كشف الراتب الشهري للتحقق من ذلك، أو أية وثيقة تثبت أن لطالب الكفالة مصدر رزق دائم.

والملاحظ بهذا الشأن أن المشرع الجزائري لم ينص على مثل هذا الشروط المتعلقة بالوضعية المادية للكافل رغم أهميتها، ويمكن القول أن هناك فراغا قانونيا كبيرا فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في الكافل، من حيث السن والزواج من عدمه وغيرها من الشروط الهامة الأخرى، والتي تشكل غموضا يكتنف تطبيق الكفالة رغم حساسيتها التي تكمن أساسا في حساسية موضوعها أو جوهرها، كان على المشرع الجزائري أن يفصل فيها تفصيلا نظرا لخطورة الوضع الراهن في الجزائر.

1- قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1989، ص 76.

المطلب الثاني

الكافل شخص معنوي

لا يوجد أي نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة، مثل المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الإجتماعي، مع العلم أنه طبقا للقانون المدني الجزائري، فإن مثل هذه الأشخاص الاعتبارية عادة لها ملاءة مالية وتسيير بشري لائق[1]، مما يمكنها التكفل بالأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب، وحتى الأطفال معلومي النسب والذين تفتقر عائلاتهم للإمكانيات المادية للمعيشة، إذ أنه كان من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة وإعطائها الحق في الكفالة، بدلا من أن تقوم عائلات ببيع أبنائها أو قتلهم بسبب العجز على الإنفاق عليهم، فهناك عدة عائلات تقوم ببيع أبنائها، لا لشيء إلا لعدم توافر الوسائل و الإمكانيات المادية للمعيشة.

الفرع الأول: مؤسسات حماية الطفولة

تتعدد وتنوع هيآت حماية الطفولة بين هيآت حكومية تمولها الدولة، وهيآت خيرية تمولها أطراف خاصة وحكومية كذلك، إذ تنشط اليوم في المجال الخيري أكثر من 5 آلاف جمعية محلية وولائية وجهوية ووطنية، وهيئات فاعلة في مجال كفالة اليتيم لإعطاء الدعم لهذه الفئة الحساسة من الأطفال الذين فقدوا خاصة الأبوين أو فقدوا الأب الكافل، رغم أن كل ما تقدمه هذه الجمعيات مجرد إعانات مادية لا غير.

1- وقد حددت المادة 49 من ق.م.ج الأشخاص الاعتبارية على سبيل المثال والتي تنص «الأشخاص الاعتبارية هي:
- الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية».
كما نصت المادة 50 «يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون، يكون لها خصوصا:
- ذمة مالية، أهلية في الحدود التي يقررها القانون،...».

وقد تغير اليوم مصطلح الكفالة مع تغير الأفكار والتجارب التي أثبتت أن كفالة اليتيم سواء كان مجهول النسب أو معلومه، يجب أن تتم داخل الحضن العائلي والدفء الأسري والإبقاء على الأطفال اليتامى داخل العائلة الكبيرة، بعد أن أثبتت نفس التجارب أن كفالة الأطفال والزج بهم في مراكز للأيتام فشلها النفسي والاجتماعي خاصة للأطفال في سن المراهقة.

أما فيما يخص المؤسسات والمراكز الحكومية التي وجدت لهذا الغرض، فهي عديدة أيضا ولكل منها نظامها الداخلي، فنجد على سبيل المثال مؤسسات الطفولة المسعفة التي تجد إطارها القانوني في المرسوم التنفيذي رقم 12-04 المؤرخ في 04 يناير سنة 2012[1]، الذي يحدد سيرها ونشاطها، وهي موزعة عبر التراب الوطني، وتقدم خدمات عديدة لا يمكن تجاهلها في مجال حماية الطفولة.

الفرع الثاني: صلاحيات مؤسسات حماية الطفولة

تختلف مهام مؤسسات حماية الطفولة باختلاف هذه المؤسسات والجمعيات، إذ تتمثل صلاحيات مؤسسات حماية الطفولة كنموذج لهذه المؤسسات طبقا للمادة الخامسة من المرسوم التنفيذي المنظم لها والمذكور أعلاه فيما يلي:

«تكلف المؤسسات باستقبال الأطفال المسعفين من الولادة إلى سن ثماني عشرة (18) سنة، والتكفل بهم ليلا ونهارا وهذا في انتظار وضعهم في وسط عائلي.

غير أن المصالح المكلفة بالنشاط الاجتماعي المعنية تضمن من خلال تدابير ملائمة، المرافقة والتكفل بهذه الفئة من السكان، وعند الاقتضاء إلى ما بعد السن المحدد في الفقرة أعلاه بغرض إدماجهم الاجتماعي والمهني.

1- المرسوم التنفيذي رقم 12-04، المؤرخ في 04 يناير سنة 2012، يتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، ج.ر عدد 05، مؤرخة في 29 يناير سنة 2012.

وتكلف بهذه الصفة على الخصوص بما يأتي:

. ضمان الأمومة، من خلال التكفل بالعلاج والتمريض،

. ضمان الحماية من خلال المتابعة الطبية والنفسية والعاطفية والاجتماعية،

. ضمان حفظ الصحة وسلامة الرضيع والطفل والمراهق على المستويين الوقائي والعلاجي،

. تنفيذ برامج التكفل البيداغوجي والتربوي،

. مرافقة الأطفال والمراهقين أثناء فترة التكفل قصد اندماج مدرسي واجتماعي ومهني أفضل،

. ضمان سلامة الأطفال والمراهقين الجسدية والفكرية،

. ضمان التنمية المنسجمة لشخصية الأطفال والمراهقين،

. ضمان المتابعة المدرسية للأطفال والمراهقين،

. السهر على تحضير المراهق للحياة الاجتماعية المهنية،

. العمل على وضع الأطفال في الوسط العائلي».

كما نصت المادة الساسة من نفس المرسوم على أنه«يستفيد الأطفال المسعفون المعوقون من التكفل في مؤسسة متخصصة حسب إعاقتهم في المجال النفسي والطبي والتربوي».

المبحث الثاني

التزامات الكافل

شرعت هذه الولاية في الأصل للمحافظة على نفس المكفول وماله، وباعتبار الطفل عنصرا فعالا في المجتمع، لأن أطفال اليوم هم رجال الغد، وهذا ما يستدعي تكوينه وتنمية شخصيته وإعداده للحياة إعدادا صحيحا وسليما، ولا يتم ذلك إلا عن طريق توفير الرعاية والتربية الحسنة والتعليم والتأديب[1].

المطلب الأول

الولاية على نفس المكفول

الولاية على نفس المكفول هي ولاية قانونية مخولة بقوة القانون[2]، وهذا طبقا لنص المادة 121من ق.أ.ج، التي تنص على أنه «تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي»، فالولاية التي تنشأ بموجب عقد الكفالة تستمد من حكم القاضي الذي يقرها[3]، فهي تثبت على القصر، وإما تنتقل من أبوي المكفول إلى الكافل إذا كان معروف النسب[4]، وإما تنتقل من ولي المكفول مجهول النسب، وهو في هذه الحالة مدير مؤسسة حماية الطفولة المسعفة، مثلما تطرقنا له في المطلب من هذا الفصل.

1- وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2006/12/13، يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة، نقلا عن باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2012، ص 92.

2- تعرف الولاية اصطلاحا بأنها سلطة تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعّلقة بشخص المولى عليه كالتربية و التعليم و التزويج، أنظر محمد مصطفي شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دارسة مقارنة بين فقه المذاهب الستة والمذهب الجعفري والقانون، دار جامعية بيروت، الطبعة الثالثة، بيروت سنة 1983، ص254.

3- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1985، ص96.

4- إن الولاية على النفس تندرج ضمن الولاية الخاصة والتي تندرج بدورها ضمن الولاية المتعدية، ولقد شرعت الولاية في الإسلام من أجل المحافظة على حقوق القصر وكذلك العاجزين عن التصرف لسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها ومن

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو أن المشرع لم يحدد مركز الكافل في المسؤولية على أساس المادة 134 من القانون المدني، باعتباره صاحب الرقابة بموجب الاتفاق أي عقد الكفالة على القاصر المكفول، إذ كان من الأفضل توضيح النصوص القانونية لتحديد مركزه مثل الأب والأم، وذلك بالإشارة إلى مسؤولية الكافل مدنيا عن الفعل الضار الذي يسببه المكفول للغير، لأن فكرة الرقابة القانونية أو الاتفاقية لها مفهوم واسع، مما يستدعي الدقة والوضوح.

الفرع الأول : النفقة

بما أن الكافل يحل محل الولي الشرعي، فإنه ينفق على المكفول إلى حين بلوغه سن الرشد[1]، سواء كان المكفول ذكرا أو أنثى، والمكفول ليس مطالبا بالنفقة على الكافل مهما كان غنيا لأن القانون لا يمنح الكفالة للشخص الذي لا يتوافر على مصدر رزق، كما أن المادة 122 من ق.أ.ج ألزمت الكافل بإدارة أموال المكفول لصالح هذا الأخير وبالتالي لا يجوز له أن يأخذ منها دينارا واحدا.

مع الإشارة إلى أنه إذا وجد مع اللقيط مال فهو ملك له، فينفق عليه منه بعد أخذ إذن القاضي، لأنه ليس له عليه إلا ولاية الحفظ، وإن أنفق الملتقط على اللقيط من ماله الخاص من غير إذن القاضي فهو متبرع، أما إذا كان بإذن القاضي فإنه يستطيع أن يرجع على اللقيط إذا أيسر، وللملتقط على اللقيط ولاية التربية، فيشتري له ما يلزمه ويرسله إلى من يعلمه علما أو حرفة وينتقل معه حيث انتقل[2].

أجل رعاية مصالحهم من الضياع، كما أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، ومن عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولى أمره ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر.

1- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، سنة 2008، ص 173.

2- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2007، ص66.

أولا ـ المقصود بالنفقة

النفقة هي توفير احتياجات الطفل من مأكل وملبس وسكن، بالإضافة إلى دفع أجور بعض الأمور التي قد يحتاج إليها الطفل في شؤون حياته، كمصاريف العلاج والدواء، ومصاريف الدراسة، وغيرها من الأمور التي جرى العرف الاجتماعي على إرسائها [1].

ثانيا ـ مشتملات النفقة

انطلاقا من نص المادة 78 من ق.أ.ج التي تنص على أنه «**تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**»، فإنه من حقوق المكفول الأساسية على كافله إشباع حاجاته المادية، كالطعام والمسكن والملبس وكل ما به بقاؤه من علاج وغيره سواء كان من ماله أو من مال غيره أو من مال الدولة إذا كان لا يملك شيئا، ويستوي في ذلك اليتيم مع اللقيط وغيره، لأن تأمين هذه الأمور يؤثر على حياة الطفل، فالحياة السهلة الميسورة التي تلبي كل حاجات الطفل تؤثر على عقليته ونفسيته بشكل ايجابي، بعكس الفقر والحرمان الذي ربما يؤدي إلى آثار عكسية كالحقد والكراهية للكافل[2].

فالأطفال يحتاجون إلى وجبات مغذية منتظمة ولباس مناسب ومنزل نظيف ومريح، وكل إنسان يحتاج إلى مثل ذلك، وقد أمن الله ذلك لأدم وزوجه في الجنة وهذا ما يحتاجه الإنسان في الدنيا كما قال الله تعالى لآدم عندما كان في الجنة «**إن لك ألا تجوع فيها ولا تعرى وأنك لا تظمؤا فيها ولا تضحى**»[3].

ولا شك أن تمتع الطفل بصحة جيدة يعد من الأمور المهمة التي يتطلبها نمو الطفل في جميع النواحي الجسمية والمعرفية والفكرية والوجدانية، وأي نقص في التغذية يؤدي إلى خفض

1ـ سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 80.

2ـ محمود إبراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس، العدد الأول، سنة 2010، ص 195.

3ـ سورة طه، الآية 118-119.

مستوى الصحة والمناعة وتعرض الطفل للأمراض، لأن معظم أمراض الأطفال ذات أصل جسمي.

الفرع الثاني: التربية

على الكافل حماية المكفول من كل اعتداء يقع عليه، إذ يمثل الولي القانوني له عند الاعتداء عليه، وهو الذي يرفع الشكاوى باسمه ويطالب بالتعويض لفائدته، باعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحاكم هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهو المسؤول القانوني أمام جميع الهيآت والأشخاص عن أفعال المكفول إذا ألحق أضرارا بالغير[1].

أولا- المقصود بالتربية: هي تلقين المكفول قواعد التربية والأخلاق ومنعه من القيام بالأعمال الغير لائقة، وتوجيه المكفول في كل مراحل حياته لتحديد المسار الذي سوف ينتهجه، والعناية هي التكفل بالجوانب الحياتية للمكفول وذلك بتتبع حالته الصحية وسلامة جسده وعقله ونفسيته.

ويدخل التعليم كركن هام وأساسي ضمن التربية والعناية، وهو واجب يقع على عاتق الكافل سواء حسب الشريعة الإسلامية أوالقانون، حتى يتمكن المكفول من اكتساب المعارف المختلفة وأن يصل إلى مستوى معين من العلم ليتكفل بنفسه ماديا في المستقبل[2].

تنص المادة 3/36 من ق.أ.ج «**يجب على الزوجين:... - التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم**»، والتربية الحسنة للطفل تكون باللين واللطف والشدة عند اللزوم، فحق الطفل في التربية والرعاية يقع على عاتق الوالدين معا، لما له من أهمية وأثر في تكوين الطفل وتوجيهه وإعداده للحياة، والأحكام الشرعية التي تبين واجبات الوالدين في تربية أبنائهم كثيرة ومتنوعة بحيث تشمل تربية الطفل الصحية والنفسية والخلقية والدينية، وفي هذا

1- علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2009، ص 55.

2- علال أمال، المرجع السابق، ص 106.

يقول الرسول عليه الصلاة والسلام «**أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم فإكرام الطفل يكون بتعليمه الأدب وحسن الخلق**».

وقد قال الله عز وجل «**وإذ قال لقمان لابنه وهو يعظه يا بني لا تشرك بالله إن الشرك لظلم عظيم**». «**يا بني أقم الصلاة وأمر بالمعروف وانه عن المنكر واصبر على ما أصابك إن ذلك من عزم الأمور، ولا تصعر خدك للناس ولا تمش في الأرض مرحا إن الله لا يحب كل مختال فخور، واقصد في مشيك واغضض من صوتك إن أنكر الأصوات لصوت الحمير**»[1].

فالطفل الصغير عرضة للمؤثرات الخارجية لذلك كان من الواجب إحاطته بكل ما هو إيجابي، لأن التربية في الصغر كالنقش على الحجر، وقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام «**كل مولود يولد على الفطرة وأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه**»[2].

ثانيا- نطاق التربية

للتربية نطاق واسع فهي تشمل التعليم والتأديب:

1- التعليم: يعتبر التعليم حق لكل فرد في المجتمع، والجانب العلمي يكمل الجانب التربوي فأول ما نزل من وحي على سيدنا محمد ﷺ، كان أمرا بالقراءة والتعليم وهذا مصداقا لقوله تعالى «**إقرأ باسم ربك الذي خلق، خلق الإنسان من علق، إقرأ وربك الأكرم الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم**»[3]، ومصداقا لقوله تعالى «**قل هل يستوي الذي يعلمون والذين لا يعلمون**»[4]، وفي هذا يقول الرسول عليه الصلاة والسلام «**طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة**».

1 - سورة لقمان، الآيات رقم 13، 17-18-19.

2 - رواه البخاري ومسلم.

3 - سورة العلق، الآية من 1-5.

4 - سورة الزمر، الآية رقم 9.

فحق التعليم هو حق ثابت للطفل منذ الصغر، حماية له من التشرد والضياع متى بلغ السن التي تؤهله لاكتساب العلم، فقد حث الرسول عليه الصلاة والسلام على طلب العلم بقوله **«أطلبوا العلم من المهد إلى اللحد».**

2ـ التأديب: لا تقتصر التربية على التعليم فقط، بل تشمل كذلك التأديب لأنهما من فرائض الشريعة الإسلامية، وذلك أن التربية الحسنة للطفل لا تكون إلا باللين واللطف وكذا الشدة عند اللزوم، وهذا ما ثبت عن الرسول ﷺ، فقد كان له أسلوب مثالي في التربية يرتكز أساسا على حسن التأديب والرعاية في كل صغيرة وكبيرة لتنشئة أعضاء نافعين في المجتمع[1]، وفي هذا الصدد يقول الرسول عليه ألف صلاة وسلام **«أدبوا أبناءكم على ثلاث خصال حب نبيكم، وحب آل بيته، وتلاوة القرآن، فإن حملة القرآن في ظل عرش الله، يوم لا ظل إلا ظله».**

لكن ما تجب الإشارة إليه أن سلطة الكافل في تأديب المكفول تبقى مقيدة بالضرورة والعرف، لتحقيق الغاية المرجوة من خلال التربية والإصلاح، وعليه لا يجوز إساءة استعمالها.

كما كرست الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، حق الطفل في التعليم من خلال المادتين 28 و29، وكذلك تطرقت إلى ضرورة أن تضمن الدول وتعزز حق الطفل في التربية، كما ألزمتها أن تبذل جهودها لضمان المسؤولية المشتركة للوالدين عن تربية الطفل ونموه من خلال المواد 18 و 31.

الفرع الثالث: إمكانية الكافل طلب تغيير لقب المكفول مجهول الأب بمنحه لقبه العائلي:

يعتبر الحق في الاسم واللقب من الحقوق اللصيقة بالشخصية طبقا لنص المادة 1/28 من ق.م.ج التي تنص «يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده»، الذي منع التعدي على هذا الحق من خلال تقرير الحماية القانونية طبقا لنص المادة 48 من نفس القانون.

1 ـ سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 85.

وبما أنه من أهم الآثار القانونية المترتبة على قيام عقد الكفالة، هو إمكانية تغيير لقب الطفل المكفول المجهول النسب من الأب بموجب عقد الكفالة القانونية والشرعية للطفل، فقد نص المشرع صراحة في المادة 28 من ق.م.ج على أنه «**يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية**».

وبالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13يناير سنة 1992، نجد أنه يمكن للشخص الذي كفل ولدا قاصرا مجهول نسب الأب، أن يتقدم بطلب تغيير لقب الولد المكفول ليحمل لقب الكافل[1]، ويوجه الطلب إلى وزير العدل حافظ الأختام مرفوقا بشهادة ميلاد الطفل المكفول، وشهادة ميلاد الكافل وكذا عقد الكفالة.

يرسل السيد وزير العدل حافظ الأختام ملف الطالب إلى السيد النائب العام لدى المجلس القضائي التابع لاختصاصه مكان ولادة الطفل بهدف إجراء تحقيق وتحويل الملف إلى السيد وكيل الجمهورية الذي يقوم بإجراء التحقيق ثم تقديم الملف مرفوقا بطلب السيد وكيل الجمهورية لتغيير اللقب، إلى السيد رئيس المحكمة المختص إقليميا، وهو نفس اختصاص السيد وكيل الجمهورية.

1- Formellement, le nom patronymique du kafil est conféré au makfoul, qui ne portera que celui-ci, l'enfant makfoul de parent inconnu, ou lorsque la mère biologique renonce à son enfant, ce dernier ne gardera aucun lien juridique avec sa mère, il s'agit incontestablement d'un renoncement définitif à sa vraie filiation au profit d'une nouvelle filiation juridique identique à celle de la filiation du kafil, voir : Yamina HOUHOU, LA *KAFALA* en droit Algérien et ses effets en droit Français, thèse pour l'obtention de doctorat en sciences juridiques, Ecole Doctorale sciences sociales et humanités, université de PAU et des pays de L'ADOUR, 2014, p 213.

يتعين طبقا للمرسوم التنفيذي السالف الذكر أن تتم الإجراءات الخاصة بالتحقيق المشار إليها أعلاه، وإصدار الأمر بتغيير اللقب من رئيس المحكمة خلال أجل 30 يوما الموالية لتاريخ الإخطار من السيد وزير العدل حافظ الأختام، وعندما تكون أم الولد القاصرة معروفة وعلى قيد الحياة فيشترط في هذه الحالة أن ترفق موافقتها لتغيير اللقب بالملف في شكل عقد رسمي.

بعد صدور الأمر بتغيير اللقب من السيد رئيس المحكمة، يسجل في فهرس الأوامر الخاصة بالحالة المدنية بكتابة الضبط، ثم يقوم السيد وكيل الجمهورية بإرسال نسخة من الأمر إلى كتابة الضبط بالمجلس القضائي، ونسخة ثانية إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية من أجل تسجيل اللقب الجديد على هامش عقد ميلاد الولد المكفول بسجلات الحالة المدنية بالبلدية والمجلس القضائي[1].

وقد ثبت عمليا أن الكفالة وحدها ليست كافية لتنشأة الطفل تنشأة قويمة وسليمة، كون أنه سرعان ما يكبر الطفل القاصر ويصبح مميزا، ويبدأ في طرح عدة تساؤلات على نفسه وعلى من حوله، و خاصة عند الإطلاع على وثائق الحالة المدنية أين يكتشف الحقيقة ويصطدم بالأمر الواقع عندما يعرف أن لقبه مغاير تماما للقب العائلة التي تكفله، والتي كان يظن أنها أسرته الحقيقية.

وفي كثير من الأحيان عند معرفة الحقيقة من طرف الولد المكفول بعدم انتسابه للأسرة الكافلة، وكونه مجهول الأب ينجر عن هذا عدة مشاكل نفسية تؤثر سلبيا على شخصية الطفل في المستقبل، وقد يهجر تلك الأسرة التي كفلته، وهذا خوفا من الفضيحة التي ليس له يدا فيها أمام زملائه وأصدقائه، وبهذا تكون قد تعقدت المشكلة بدلا من حلها.

1 ـ بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، سنة 2011، ص 69-70.

مع الإشارة إلى أن هذا المرسوم جاء غامضا لما أكد على مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي دون بيان كيفية المطابقة، وما إذا كانت تقتصر على حمل اللقب أو تتعداه إلى أن تحمل شهادة ميلاد المكفول لقب واسم الكافل[1].

لكن الظاهر أن الغموض أو اللبس كان متعمدا حتى لا يصطدم تنفيذ المرسوم بمعارضة في التطبيق، وبانتقادات من الجهات الرسمية والشعبية، وذلك لكونه جاء مخالفا للدستور والقانون ومخالفا للمرسوم الرئاسي الذي يدعي تعديله، مع التأكيد على أن تسجيل اللقب الجديد على هامش عقد ميلاد الولد بسجلات الحالة المدنية، دون أن يسجل هذا الولد في الدفتر

---

1 ـ وهذا يتجلى في النقاط الآتية:

أولا: أن هذا المرسوم في شكله يعدل أحكام المرسوم رقم 71ـ157 المؤرخ في 03 يونيو 1971 لكن في حقيقة الأمر أنه مخالف له، لأن المرسوم الرئاسي رقم 71ـ157 ينص في مادته الرابعة أنه إذا لم يحصل أي اعتراض أو لم يقبل الاعتراض المرفوع يجوز تغيير اللقب بموجب مرسوم يصدره رئيس الجمهورية طبعا وينشر في الجريدة الرسمية، في حين تنص المادة 5 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم92ـ24 أنه يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة بناء على طلب من وكيل الجمهورية، كما تجاهل المرسوم حق الاعتراض على منح لقب العائلة لشخص أجنبي عنها لمن له مصلحة مشروعة. وهذا يشكل تناقضا بين المرسوم الرئاسي والمرسوم التنفيذي، كما أن المرسوم التنفيذي لا يمكن أن يعدل المرسوم الرئاسي لأنه أكثر قوة منه باعتباره صادر عن رئيس الجمهورية، كما أن صياغته جاءت واضحة لا تحتاج إلى أي تعديل، مع الإشارة إلى أن المرسوم رقم 71ـ157 يسمح بتغيير لقب من كان له لقب معروف ومسجل بالحالة المدنية ويكون الطلب لسبب مشروع، أما المرسوم رقم92ـ24 يسمح بتغيير لقب من ليس له لقب أصلا.

ثانيا: أنه مرسوم مخالف للدستور، لأن المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لاسيما الزواج والطلاق والنسب والبنوة طبقا للمادة 122 من الدستور هي من اختصاص المجلس الشعبي الوطني الذي يشرع في مجال القواعد العامة لتنظيم الأسرة، وان اللقب يدخل في إطار الأحوال الشخصية باعتباره من خصائص العائلة ومن مميزات الأسرة، كما أنه حق معنوي مشاع بين أفراد الأسرة الذين يتوارثونه أبا عن جد، وبالتالي لا يجوز إدخال أي شخص ضمن أسرة هو أجنبي عنها دون علمها ورضاها، وفي هذا تجاوز للاختصاص ومساس باختصاص الهيئة التشريعية، لأن المادة 58 من الدستور تمنح رئيس الحكومة صلاحية إصدار نصوص إجرائية تطبيقية لقواعد تشريعية فحسب.

ثالثا: أنه مرسوم مخالف للقانون لاسيما قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية والقانون المدني، فبالرجوع للمواد 41 و 43 46 من قانون الأسرة أنها مستمدة من قوله تعالى «**أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم**» وبالتالي لا يمكن أن ينسب الولد مجهول الأب إلى الكفيل حسب ما ورد في المرسوم رقم92ـ24، أنظر: بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 70ـ71.

رابعا: هذا المرسوم تجاهل النصوص القانونية المتعلقة بمنح اللقب وتغييره، ووقع في تناقض لا يخدم القانون ولا يخدم الكافل والمكفول في هذه النقطة، لأنه يجوز لأي فرد من أفراد العائلة أن يعترض على منح لقبه من أحد أفراد الأسرة إلى شخص لا ينتسب إليها سواء كان معلوم أو مجهول الأب.

العائلي للكافل ولا أن ينسب إليه في شهادة الميلاد أو أية وثيقة أخرى من وثائق الحالة المدنية، ويقتصر التغيير على اللقب فقط.

المطلب الثاني

الولاية على مال المكفول

الولاية على المال هي أن يشرف الولي على مال الصغير، من تنميته واستثماره، وإجراء التصرفات الشرعية التي تقتضيها مصلحة الصغير من الناحية المالية، وقد أمرت الشريعة الإسلامية بالمحافظة على الأموال وعدم أكلها بالباطل فقد قال تعالى «**يا أيها الذين امنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل**»[1].

الفرع الأول: إدارة أموال المكفول

اشترط المشرع أن يتصرف الكافل في أموال المكفول تصرف الرجل الحريص، الذي يدرس الواقعة ونتائجها المستقبلية سواء سلبية أو إيجابية ثم يوازن بين الضرر والمنفعة، وأن يستأذن القاضي في تصرفات محددة على سبيل الحصر[2]، وللقاضي السلطة التقديرية في منح الإذن أو عدم منحه، وما بقي من هذه التصرفات فإن الكافل يجب أن يكون فيها حريصا.

---

1 ـ سورة النساء الآية 29.

2 ـ التصرفات التي تتطلب الإذن من القضاء والتي يجب على القاضي أن يراعي مصلحة القاصر وحالة الضرورة فيها هي:- بيع العقار وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة، وقد اشترط المشرع في بيع العقار في هذه الحالة أن يكون عن طريق المزاد العلني وأنه في حالة تعارض مصلحة الكافل مع مصلحة المكفول القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له المصلحة- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة. - استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد، للتفصيل أكثر راجع: عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة، ملخص من الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المطبعة العربية، الجزائر، سنة 1987، ص52.

وقد حددت المادة 122 من ق.أ.ج مضمون الكفالة فيما يتعلق بالذمة المالية للمكفول فسلطة الكافل هي إدارة مال المكفول إن وجد، وهذا شيء بديهي كون المكفول قاصر ولا يعمل، فمعظم التشريعات المتعلقة بالعمل تمنع وتحرم عمل القصر، وبالتالي فغالبا ماتكون أموال المكفول ناتجة عن إرث أو وصية أو هبة.

وإذا ثبت أن تصرف الكافل قد ألحق أضرارا بأموال المكفول بسوء نية، فإنه يحق لأي شخص إبلاغ النيابة العامة، ويحق لهذه الأخيرة تحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة 380 من قانون العقوبات[1]، ومعاقبة الكافل باستغلال حاجة قاصر لم يكمل 19 سنة باختلاس أمواله، مستغلا صغر سنه أو هوى أو ميلا أو عدم خبرته، وقد شدد المشرع الجزائري العقوبة المقررة لاستغلال حاجة قاصر دون 16 سنة، كما لو كان مختلس الالتزامات أو مختلس الإبراء أو أي تصرف آخر ينقل ذمته المالية، إذا كان القاصر موضوع تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته، وعليه فإن الكافل يصنف ضمن هذه الفئة[2]، وتكون العقوبة المقررة له من سنة إلى خمس سنوات وغرامة مالية من 1000دج إلى 15000دج.

الفرع الثاني: قبض المنح العائلية

انطلاقا من نص المادة 121 من ق.أ.ج«تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي»

و بما أن عقد الكفالة يضع المكفول تحت مسؤولية الكافل في جميع جوانب حياته، فقد اشترط قانون الحالة المدنية بأن تسجل الكفالة على هامش عقد ميلاد المكفول وبالتالي يعامل المكفول كالابن الشرعي للكافل في الحياة الاجتماعية، لذلك نص قانون الأسرة صراحة على الحق في المنح العائلية والدراسية الممنوحة للمكفول بان يقبضها الكافل بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤوليته ويقوم برعايته، كما أن قوانين الضمان الاجتماعي تجعل المكفول من

1. أمر 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، مؤرخة في 11 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم.

2 ـ طلبة مالك، الكفالة والتبني، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة العاشرة، سنة 2006/2003، ص 31.

ذوي الحقوق طبقا للمادة 67 من قانون 11.83 المعدلة والمتممة بالمادة 30 من الأمر 17.96 وهذا ما يتماشى مع قانون الأسرة[1].

يمكن القول أنه إذا اعتبرنا أن الكافل ليس له نفس مركز الأب، فكل ما سبق ذكره هو ما يلتزم به الكافل في مضمون الكفالة، وذلك إما بالإشارة إلى هذه الالتزامات في عقد الكفالة أو تحديدها في فصل خاص بأحكام الكفالة بدقة، أما إذا اعتبرنا أن الكافل له نفس مركز الأب فإن ذلك لا يطرح أي إشكال لأن الأحكام المنظمة لعلاقة الأب و الأولاد، تناولها المشرع بدقة في أحكام الولاية.

1 ـ بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، سنة 2001. 2004. ، ص 36.

خلاصة الفصل الأول

يمكن القول أن نظام الكفالة بالنسبة للكافل يعتبر مصدرا لالتزاماته، وذلك راجع إلى أن نية الكافل في هذا العقد اتجهت إلى التبرع والالتزام بالقاصر في كل جوانب حياته، واعتباره كولد شرعي يعامل معاملة الابن الحقيقي من جميع النواحي لاسيما فيما يتعلق بالتربية والتعليم والنفقة وإدارة أمواله بكل حرص وعناية، لذلك كان لزاما على المشرع الجزائري التشدد في وضع شروط محكمة تخص الكافل، نظرا لخطورة هذا العقد الذي يتعلق بفئة جد حساسة في المجتمع.

ورغم أن المشرع الجزائري أدرج جملة من الشروط المتعلقة بالكافل إلا أنه أهمل شروطا أخرى، ولم ينص على المسؤولية المدنية للكافل سواء في حالة تعرض المكفول لأضرار نتيجة إهمال أو قلة اهتمام أو نقص الرعاية الكافية، أو في الحالة التي يلحق بها المكفول نفسه أضرارا بالغير وهو في حماية الكافل.

وفي الأخير يجب الإشارة إلى أن الكافل يبقى تصرفه إنسانيا، إن لم يؤجر عليه في الدنيا، فإن الله لا يضيع أجر المحسنين، وقد وعده خير خلق الله بالجنة، وهذا طبعا إذا كانت كفالة بأتم معنى الكلمة.

الفصل الثاني

الفصل الثانـي

آثار الكفالة بالنسبة للمكفول

بما أن محل نظام الكفالة ليس منقولا أو عقارا، وإنما ولد قاصر وذلك من خلال القيام برعايته وتربيته والنفقة عليه، وبالتالي هذا يؤثر مباشرة على محل العقد، ويحمي القاصر من طمس شخصيته الحقيقية، ونسبه وصيانة لقبه العائلي وانتمائه إلى أسرة معينة إذا كان معروف النسب، وأما إذا كان مجهول النسب وهو من أهم المشاكل التي يعرفها نظام الكفالة[1]، خاصة عندما يتعلق الأمر بمسألة النسب، كونها نافذة لضياع هذه الفئة، لذلك فقد تصدى المشرع الجزائري لهذه الحالة من خلال وضع قواعد لحماية هذا القاصر والحفاظ على وجوده وكيانه مادام المكفول يتمتع بأهلية الوجوب، أي الصلاحية لتحمل الالتزامات وكسب الحقوق، وهذا ما سنتعرض إليه في هذا الفصل من المذكرة.

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها في المكفول

لم يرد في قانون الأسرة أي شرط يتعلق بالمكفول، وبالرجوع إلى نص المادة 119 من ق.أ.ج والتي تنص على أن «الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب»، مما يفهم من هذه المادة أن المكفول قد يكون معلوم النسب، وهو ولد لأبوين، فإذا كان الاثنان

1- Le concept de la kafala en droit positif algérien est un concept nouveau, c'est un concept fort complexe dès lors qu'il est analysé sous l'angle juridique, Sa complexité est inhérente aux multiples questions qu'il soulève :
- La question de la filiation est épineuse, particulièrement pour l'enfant né sous x,
- La question de la diversité des mineurs concernés par la kafal*a* constitue également un facteur de complexité.
- La kafala soulève aussi la question de la protection de l'enfant qui est actuellement au centre de toutes les préoccupations, voir : Yamina HOUHOU, LA KAFALA en droit Algérien et ses effets en droit Français, thèse pour l'obtention de doctorat en sciences juridiques, Ecole Doctorale sciences sociales et humanités, université de PAU et des pays de L'ADOUR, 2014, p 185-186.

على قيد الحياة يتعين رضاهما على الكفالة التي تعني ولدهما[1]، وإذا توفي أحدهما أو كان عاجزا على التعبير عن إرادته في شأن الكفالة فموافقة من هو على قيد الحياة تكون في هذه الحالة كافية، أما إذا توفي الأبوان أو كانا عاجزين عن التعبير عن إرادتيهما لسبب من الأسباب، يكون القول لمجلس العائلة، بعد موافقة من كان الولد في حضانته هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يكون المكفول مجهول النسب كاللقيط مثلا، فإنه في هذه الحالة يكون مدير الصحة العمومية والسكان هو المختص بالموافقة على الكفالة، وهذا ما أكدته المادة 256 من الأمر 76-79 المؤرخ في 1976/10/23 والذي ألغي فيما بعد، كما أنه لا يوجد فرق في أن يكون الولد المكفول ذكرا أم أنثى.

المطلب الأول: المكفول معلوم النسب

يكون الطفل المكفول معلوم النسب، إذا كان ينتسب لأبوين معلومين، وغالبا ما تطرأ تغيرات ووقائع على العائلات كموت أحد الوالدين، أو الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، أو تعرض العائلة لصعوبات مادية قاهرة تضطرها للتفكير في حماية أبنائها بتقديمهم للكفالة لأقاربهم أو لغيرهم، وسنحاول في هذا المطلب التطرق لأهم الحالات التي تتعلق بالمكفول معلوم النسب من خلال النقاط التالية.

الفرع الأول: الولد اليتيم

لقد كانت نظرة الإسلام إلى مجتمع اليتامى نظرة إيجابية واقعية فاعلة، لعب فيها عنصر الإيمان وحافز الثواب دورا أساسيا، فهم ليسوا عالة على المجتمع المسلم ولا عبئا على أفراده، وإنما هم من المنظور الشرعي حسنات مزروعة تنتظر من يحصدها ليفوز بجوار النبي ﷺ ورفقته يوم القيامة.

1- تنص المادة 117 من ق.أ.ج «يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان»، وما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع أوجب في الكفالة رضا من له أبوان والنص الفرنسي نص على " Le consentement de l'enfant"، أي رضا الطفل الذي له أبوان، ولكن الأصح هو رضا والدي الطفل إن كان له أبوان، لأنه لا يعقل الأخذ بإرادة من ليس له إرادة بقوة القانون، أنظر: العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، سنة 2007، ص 91.

وقدم الإسلام هذه الفئة إلى المجتمع، في أروع صورة إنسانية شهدتها المجتمعات الحضارية، ولم يقدمهم على أنهم ضحايا القدر أو بقايا المجتمع كما هو شائع في مجتمعات أخرى، بل كانوا موضوعا لآية قرآنية كريمة رسمت عنهم صورة إيمانية تسمو على كل الارتباطات المادية والدنيوية، إذ يقول تعالى «**وإن تخالطوهم فإخوانكم**»[1].

أولا- تعريف اليتيم[2]

تعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة، التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم أو مجهول النسب.

واليتيم هو الطفل القاصر والعاجز عن الكسب الحلال والعمل الشريف الذي توفي عنه كل من الأب و الأم وفاة عادية أو نتيجة كوارث طبيعية مثل الزلازل والفيضانات والحرائق، ويعتبر نسب الطفل اليتيم ثابتا لكن تبقى وضعيته شبيهة بوضعية اللقيط وذلك في حرمانهم من جو أسري أين يحفظ فيه حقوقهم ويتلقون الرعاية الكاملة[3].

هذا وقد اعتبر الفقه الإسلامي الكفالة التزام شخصي يصدر عن الكافل سواء كان رجلا أو امرأة، لأنها تبرع منه، مما يضفي عليها صبغة قانونية ودينية يبتغيا وجه المولى عز وجل، وعليه لا يستطيع إلزام غيره ولو كان زوجه مما يعني أن كفالة الزوجين للطفل يتطلب موافقتهما معا في الشريعة الإسلامية، لذلك فقد حث ديننا الحنيف على اللطف بهذه الفئة، إذ قال عز وجل «**فأما**

1- سورة البقرة، الآية 220.

2- يبدأ القرآن الكريم كعادته دائما بتسمية الشيء باسمه ليبني على هذا الشيء مقتضاه، فعندما أطلق القرآن وصف اليتم بصيغة الإفراد والتثنية والجمع، وكرر لفظ اليتيم ومشتقاته أكثر من عشرين مرة في الكتاب العزيز، كان المقصود من ذلك بيان أن صفة اليتم ليس فيها عيب ولا تهمة، وأن فقد الآباء والأقرباء ليس سخرية من القدر أوجبت احتقارا من البشر، فاليتيم شخص كامل في شخصيته، تام في إنسانيته، وبالتالي فلا مكان للشعور بالدونية أو الإحساس بالنقص لدى اليتيم، وقد كان وراء إطلاق هذا الوصف، إفهام الناس أن اليتيم شخص وحيد منقطع مهمل، على ما تؤديه هذه الكلمة من معان في اللغة، كلها من لوازم اليتم، وكلها تنطبق على اليتيم، وكان القصد منها طبعا لفت الانتباه إليه لسد حاجته وإصلاح شأنه، للمزيد من التفاصيل يرجى زيارة فريق العمل في موقع أيتام: http://www.islamdoor.com/k7/yateem.htm

3- سلامي دليلة، المرجع السابق، ص68.

اليتيم فلا تقهر»[1]، كما قال الرسول عليه الصلاة والسلام «**خير بيوت المسلمين بيت فيه يتيم يكرم، وشر بيوت المسلمين بيت يقهر فيه يتيم**»[2].

ثانيا ـ منزلة اليتيم في القرآن الكريم

لقد اهتم القرآن الكريم باليتامى اهتماماً بالغاً، وذلك يتجلّى في الآيات الكثيرة التي تحدثت عنه وبينت أحكامه، حيث ذكر لفظ اليتيم وما يشتق منه مقروناً بالأحكام الخاصة به أربعاً وعشرين مرة ضمن ثلاث وعشرين آية ضمن اثنتي عشرة سورة، وسنعرض فيما يأتي للمحاور التي ذكر فيها القرآن الكريم اليتامى، وهي في الحقيقة محاور شاملة لكلّ نواحي الحياة، و بها يكفل القرآن العيش الكريم لليتيم وتظهر منزلته التي أولاها له.

محور الإحسان إلى الأيتام والرفق بهم والعطف عليهم، والنفقة والتوسيع عليهم بالصدقة وبذل المعروف لهم، قال تعالى «**ألم يجدك يتيما فآوى**»[3]، «**ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا**» [4].

محور التأكيد على أنّ الإحسان إلى اليتيم وإكرامه من علامات الإيمان، وأنّ نهره وزجره من علامات التكذيب بالدين، والوعيد الشديد على من أهمله أو اعتدى عليه واحتقره، قال عز وجل «**كلا بل لا تكرمون اليتيم ولا تحضون على طعام المسكين**» [5].

محور بيان تنظيم حياة الأيتام، بكفالتهم ورعايتهم وحفظ أموالهم وتنميتها لهم، ودفعها لهم عند إيناس الرشد منهم، والوعيد على أكلها بغير وجه حق، مصداقا لقوله تعالى « **ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده**» [6].

---

1. سورة الضحى، الآية9.
2. أخرجه ابن ماجة في الأدب، حق اليتيم 3679.
3. سورة الضحى، الآية 6.
4. سورة الإنسان، الآية 8.
5. سورة الفجر، الآية17-18.
6. سورة الأنعام، الآية 152، ذكرت كذلك في سورة الأسراء الآية 34.

محور تأكيد حقوق اليتيم على ولاة الأمور، وبيان أنه يجب أن يعطى من الموارد المالية للدولة، خاصة إذا لم يكن له من ينفق عليه ويتولّى شؤونه، فيعطى من خمس الغنائم والفيء، ويعطى من مصرف الفقراء والمساكين في الزكاة نحوها، وفي هذا إشارة إلى أنه يجب على ولي الأمر النظر في شؤون الضعفاء والمحتاجين والعاجزين، وتدبير القوت لهم حتى يحيوا حياة كريمة كباقي الأفراد[1].

وبالتالي فإن تولي طفل يتيم بالرعاية والتربية الحسنة والمعاملة الطيبة، يحفظه من الضياع ويؤمن له جوا مستقرا ويضمن له حياة مستقرة، خاصة وأن مقصد حفظ النفس من أهم من مقاصد الشريعة الإسلامية، خاصة مع ارتفاع نسبة الأيتام في الجزائر[2].

الفرع الثاني: المكفول الفقير

رغم الجهود التي تبذلها الحكومة الجزائرية في مجال التنمية، إلا أنها لم تعرف أي تغيير، مما انعكس سلبا على النسيج الاجتماعي في هذا البلد[3]، وبروز عدة ظواهر وآفات اجتماعية أصبحت تهدد المجتمع الجزائري في كيانه.

---

1. مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام، دراسة فقهية مقاصدية معاصرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، سنة2009-2010، ص 111، 102.

2. فقد بلغ عدد اليتامى في الجزائر أكثر من مائتي ألف طفل بحاجة إلى رعاية وكفالة، أغلبهم يحيون حياة صعبة بسبب فقدان الأبوين، مما دفع بمئات الجمعيات الخيرية إلى تخصيص مشاريع كبرى للتكفل بهذه الفئة من الأطفال ماديا ومعنويا، وتسعى هذه الجمعيات إلى تقديم إعانات مادية للعائلات الكافلة لليتامى في حين تكتفي جمعيات أخرى بتوزيع بعض المواد الغذائية والألبسة عليهم، وهو أيضا ما كانت تفعله الدولة قبل عقود حيث كان اليتيم يحظى مع نهاية السنة الدراسية بحذاء وبعض اللباس، أنظر الموقع التالي:http://www.echoroukonline.com/ara/?news=166436

3. فقد أظهرت الدراسة التي مست عينة تتضمن 5080أسرة جزائرية موزعة على مستوى 43 ولاية بالمناطق الجغرافية الأربع للوطن شمالا وجنوبا وشرقا وغربا، في الفترة الممتدة مابين 2007-2009 أن نسبة الفقر بلغت 7.5% مقارنة مع النسبة المسجلة خلال فترة العشرية السوداء، والتي بلغت ذروتها سنة 1995 بنسبة وصلت إلى 25%، وفي المقابل أكد الخبراء والباحثون الجزائريون أن نسبة الفقر بالجزائر لا تقل عن 40%، معتمدين في ذلك على دراسات وأبحاث كشفت أن أكثر من 45% من الأجراء يعيشون تحت الخط الأدنى للفقر، فكل المؤشرات وعلى رأسها الفقر في تزايد مستمر، فالجزائر حققت تحسن كمي ولم تحقق تحسن نوعي، لذلك صنفت كدولة غنية في ثرواتها وفقيرة بوضعها العام، أنظر: حاج قويدقورين، المرجع السابق، ص20.

يدل الفقر على وجود أوضاع وظروف معيشية لفئات اجتماعية وهي أوضاع تتسم بالحرمان على مستويات مختلفة، غير أنه تسود مفاهيم عديدة للفقر الأدبيات الحديثة ذات العلاقة بموضوع الفقر، والتي تصف الفقراء بأنهم أولئك الذين ليس بمقدوره الحصول على سلة السلع الأساسية التي تتكون من الغذاء والملابس والسكن، إضافة إلى الحد الأدنى من الاحتياجات الأخرى مثل الرعاية الصحية والمواصلات والتعليم، إذ تركز بعض تعاريف الفقر على أشكال مختلفة من الحرمان، وتشمل أشكال الحرمان الفسيولوجية والاجتماعية[1].

ومن هذا المنطلق فالفقر يكمن في عدم القدرة على بلوغ الحد الأدنى من الشروط الاقتصادية والاجتماعية التي تمكن الفرد من الحياة الكريمة، لذلك فهو يأخذ عدة أبعاد اقتصادية وإنسانية وسياسية واجتماعية وغيرها.

ومن وجهة نظر الفقراء أنفسهم يرون الفقر بأنه عدم القدرة على تلبية الاحتياجات الأساسية للفرد والأسرة، والمتمثلة في توفير المأكل والملبس والمسكن الملائم، وضمان العلاج وتوفير المستلزمات التعليمية لأفراد الأسرة وتسديد فواتير الماء والكهرباء وتلبية الواجبات الاجتماعية[2].

فالآثار السلبية لظاهرة الفقر، كجرائم الأطفال المتمثلة خاصة في السرقة والإدمان على المخدرات وعملهم في سن مبكر، أدت ببعض العائلات إلى التفكير في منح أبناها لعائلات أخرى من أجل كفالتهم، خوفا من ضياع أبنائها من جهة، ومن جهة أخرى من أجل حمايتهم من خلال وضعهم في وسط أسري يحقق لهم ما لم تستطع أن تحققه لهم عائلاتهم الحقيقية.

1- الحرمان الفسيولوجي: يتمثل في انخفاض أو انعدام الدخل والغذاء والملبس، فهو يشمل فقراء الدخل وفقراء الحاجات الأساسية.

-الحرمان الاجتماعي: يرتبط بالتباينات الهيكلية المختلفة كالائتمان، الأرض، البنى التحتية المختلفة، وحتى الأملاك العامة المشتركة، إضافة إلى عدم تمكن الفقراء من الاستفادة من الأصول الاجتماعية كالخدمات الصحية والتعليمية، أنظر: حاج قويدقورين، ظاهرة الفقر في الجزائر وآثارها على النسيج الاجتماعي في ظل الطفرة المالية، البطالة والتضخم، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 12، الجزائر، سنة 2014، ص 17.

2- حاج قويدقورين، نفس المرجع.

المطلب الثاني: المكفول مجهول النسب

يكون الطفل مجهول النسب، إذا لم يعرف نسبه لا من قريب ولا من بعيد[1]، ويعد الأطفال مجهولي النسب أكثر الأطفال خضوعا للكفالة، وهذا راجع لعدة أسباب تتمثل أساسا في أن العائلات التي لم تسعد بالإنجاب تطمئن أكثر عند كفالة طفل ليس له نسب خوفا من عودة أهله، فكفالة مجهول النسب تحقق هدفين أساسين، يتمثل الأول في إدخال الفرحة إلى العائلة المحرومة من الأولاد، ويتمثل الثاني في تأمين جو عائلي لطفل محروم من العائلة، وسنسلط الضوء في هذا المطلب على الأطفال اللقطاء باعتبارهم الشريحة الأكثر حرمانا وخطورة في نفس الوقت، وباعتبارهم المثال الحي لفئة الأطفال المجهولي النسب.

الفرع الأول: اللقيط

أولا ـ تعريف اللقيط:

اللقيط هو الطفل المولود الذي يعثر عليه حيا ولا يعرف له نسب[2]، وإيواء اللقيط فرض كفاية على كل من يعلم به، ويكون إيواؤه فرض عين على من يراه في مكان ويغلب على ظنه الهلاك، إن تركه، وإن لم يخش الهلاك، كان إيواؤه مندوبا عليه[3]، وتسمية اللقيط تشمل كل من

1ـ ويقول عز وجل **«فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم»**، سورة الأحزاب، الآية 5، وهذا في مجهول النسب ممن فقد والديه ففقد العلم بالنسب يثبت للشخص بدلالة الآية الكريمة أخوة دينية وولاية خاصة تجلب له – عند تطبيق مقتضياتها – مصالح جمة وخدمات لا تحصى.

2ـ وعرفه كمال صالح البنا كما يلي: اللقيط مولود حي نبذه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك، أنظر بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، سنة 2008، ص 245.

3ـ الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، سنة 2008، ص 176.

مجهول الأبوين وابن الزنا [1]، على أساس عدم ثبوت نسبهم سواء كانت نتيجة علاقة شرعية أو غير شرعية، وقد يكون الالتقاط عن الطريق المعتاد أو ترك الأطفال.

1ـ الالتقاط الشرعي: هو الذي يتم بصفة عادية، أو عن طريق المستشفيات، عندما تضع الأم الحامل ولدها وتتركه هناك، وقد حدد فيما سبق الأمر 76-79 المؤرخ في 1976/10/23 والمتعلق بقانون الصحة العمومية الإجراءات التي يتم حسبها الالتقاط، لكن فيما بعد ألغي هذا الأمر بموجب القانون 85-05 المتضمن حماية الصحة وترقيتها[2]، وعليه تم تحويل المصلحة المكلفة بالطفولة بما في ذلك اللقطاء والمعوقون إلى الحماية الاجتماعية التابعة لوزارة العمل والشؤون الاجتماعية حاليا.

2ـ الالتقاط غير الشرعي: لما كان الالتقاط تصرفا إراديا فإنه قد يحدث وأن يكون بطريقة غير مشروعة، وفي هذه الحالة فإن ترك الطفل يشكل جريمة معاقب عليها [3]، وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 314 من ق.ع.ج والتي جاء في مضمونها أنه «كل من ترك طفلا أو عرضه للخطر في مكان خال من الناس أو حمل الغير على ذلك، يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات...» [4].

وتجب الإشارة إلى أن أحق الناس بإمساك اللقيط من التقطه، إذا كان أمينا على الطفل في دينه وخلقه وتعليمه ورعايته، إذ يسوغ للملتقط أن يتصرف في أمور اللقيط الضرورية النافعة له فيشتري ما يلزمه من طعام وكسوة ويقبض ما يوهب له أو يتصدق به عليه ويسلمه لتعلم

1ـ يعرف ابن الزنا بأنه الولد الذي جاء إلى الدنيا نتيجة علاقة غير شرعية، فيثبت نسبه لأمه فقط إذا كانت معلومة دون أبيه، أما مجهول الأبوين، فيشمل جميع الأطفال اللقطاء والأطفال المتروكين والأطفال المهملين وأبناء الزنا الذين لا يعرف لهم أب ولا أم أي مجهول النسب، سلامي دليلة، المرجع السابق ص 67.

2ـ قانون رقم 85ـ05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 08، مؤرخة في 17 فبراير سنة 1985، المعدل والمتمم.

3ـ الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 177.

4ـ أمر 66ـ156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، مؤرخة في 11 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم.

العلم فإن لم يفلح سلمه لحرفة يتخذها وسيلة لتكسبه، وله نقله حيث شاء ما لم يكن في ذلك ضرر له[1].

مع العلم أنه في حالة ما لم يوجد من يرغب في كفالة اللقيط وتربيته، فيجب على الدولة أن توفر الرعاية الاجتماعية والصحية والنفسية لهذه الفئة خاصة في حالة عدم وجود أقارب لهم.

كما تعرض قانون الجنسية لتحديد وضعية الطفل مجهول النسب[2]، فبالنسبة للرابطة القانونية بينه وبين الدولة التي وجد فيها فإنه يأخذ جنسيتها طبقا لأحكام المادة 2/06 من قانون الجنسية الجزائري والتي اعتبرت الولد من أم جزائرية وأب مجهول جزائري الجنسية بالنسب، كما اعتبرت المادة 1/07 من نفس القانون الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين جزائريا بالولادة، ونفس الحكم يطبق على المولود الذي يعثر عليه في الجزائر دون أن ينسب لأحد، فهو يعتبر جزائري الجنسية، وهذه الربطة تمنحه حق الحماية والرعاية سواء من طرف الأشخاص الطبيعيين، أو تتكفل به الدولة من خلال المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض والمسماة بمراكز الطفولة المسعفة[3].

1. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض، دون دار نشر، الطبعة الخامسة، القاهرة، سنة 2003، ص 238.

2. أمر رقم 70-86، المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، المتضمن قانون الجنسية، ج ر عدد 105، مؤرخة في 18 ديسمبر سنة 1970، المعدل والمتمم.

3- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 250.

وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بوضع اللقيط[1]، على عكس قانون الأسرة الجزائري الذي لم يتعرض إلى أحكام اللقيط مجهول النسب إلا من باب الإشارة عرضا، والغريب في الأمر أن هذا القانون قد تم تعديله عدة مرات، غير أنه لم يتضمن بعد نصوصا قانونيا تعالج أحكام هذه الفئة خاصة وأن ظاهرة الأطفال اللقطاء انتشرت بشكل مخيف في الجزائر، مما يستوجب معه معالجة هذه الظواهر التي تسيطر على مجتمعنا.

ثانيا ـ آثار الالتقاط

يؤدي الالتقاط إلى سقوط السلطة الأبوية ويلحق اللقيط بمراكز الإيواء والمراقبة أو بمصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة لتحضنه وترعاه[2]، مما يجعله خاضعا للكفالة، إذ تستقبل مراكز الطفولة المسعفة المتواجدة عبر التراب الوطني كل سنة ما بين 3000و 4000 طفل متخلى عنه (مجهولي النسب)، حسبما أكده مختصون خلال لقاء نظمته جمعية الطفل البرئ وأن هذه الأرقام التي أوردها منتدى" **فورام** " **سنة 2014** [3]، مرشحة للارتفاع إذا لم تتخذ سريعا الإجراءات الردعية للحد من هذه الظاهرة.

1ـ كما قرر الفقهاء جملة من الأحكام نلخصها فيما يلي: من وجد طفلا عاجزا في مكان يغلب على ظنه الهلاك لو ترك لكان التقاطه فرض عين بمعنى يصير أمرا واجبا ولا يجوز تركه للهلاك ولا يهم بعد ذلك الجهة التي ترعاه سواء الملتقط أو الدولة من خلال الجهة المكلفة بالرعاية- الملتقط أحق باللقيط من غيره إذا رغب في رعايته، ولا ينزع منه إلا للضرورة معقولة، وعليه كفالته وتربيته وتعليمه، فإذا عجز سلمه للدولة لرعايته- إذا وجد مع الملتقط مال يحفظ له هذا المال حتى يبلغ، وإذا احتاج الملتقط لهذا المال أو بعضه للإنفاق منه على اللقيط، جاز له أن يطلب من القاضي ترخيصا باعتباره وصيا عليه أو كفيلا له- إذا أقر الملتقط بنسب اللقيط صح هذا النسب بالإقرار لأن الإقرار كما يثبت به النسب متى صدقه العقل والعادة- أما إذا ادعى غير الملتقط نسب اللقيط بواسطة الطرق الشرعية لإثبات النسب ثبت نسبه منه ويأخذه من الملتقط لأن الأحق به هو من ثبت نسبه منه، كما أن مصلحة اللقيط تكون مع المنسوب إليه قبل غيره-إذا لم يوجد من ينفق على اللقيط ولم يوجد لديه مال وجب على الدولة أن تنفق عليه لأنها تكفل كل من هو غير قادر على الإنفاق لأن حق في بيت مال المسلمين، ولا يجوز للحاكم أن يضيعه-يعتبر اللقيط مسلما إذا وجد في بلاد المسلمين أو في منطقة يوجد فيا المسلمون، فإذا وجد في بلد غير مسلم فهو على دين ذلك البلد إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص246.

2ـ الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الجزائر، سنة 2005، ص 178.

3ـ http://www.ennaharonline.com/ar/algeria_news

كما طالبوا في هذا المنتدى بتمديد مدة بقاء الأطفال في مراكز الطفولة المسعفة لأن السن القانوني للخروج من هذه المراكز هو 18 سنة. وخروج الأطفال إلى الشارع في هذه السن المبكرة يشكل خطورة كبيرة عليهم و هم في عز مرحلة المراهقة"، وتمت الإشارة إلى أن العائلات يرفضون التكفل بالأطفال ذوو الإعاقات الذهنية و الجسدية، مما يجعلهم يمكثون في هذه المراكز إلى حين بلوغهم 18 سنة، و بعد ذلك يلقى بهم في الشارع دون أية إعانة.

الفرع الثاني: العوائق التي تلحق كفالة اللقيط

إذا ادعى إنسان نسب اللقيط تصح دعوته ويثبت نسبه منه، دون حاجة إلى بينة سواء كان المدعي أم غيره وهذا استحسانا باللقيط حتى يثبت نسبه، وفي ذلك راحة نفسية للطفل ومزيد من العناية والرعاية له، أما إذا ادعاه أكثر من واحد، وكان لأحدهم دليل على أنه ابنه فان نسبه يلحق به، أما إذا لم يكن لأحدهم أي دليل على أنه ابنه، وكان أحدهم مسلما والآخر كافرا، فإن نسبه يلحق بالمسلم دون الكافر[1].

أما إذا ادعت امرأة أنها أم اللقيط، فانه يثبت نسبه منها إذا أقامت البينة بالولادة عن طريق المشاهدة إن كانت غير متزوجة ولا معتدة، فإن كان لها زوج أو كانت معتدة فيشترط لثبوت نسب اللقيط منها تصديق الزوج[2]، أو إقامة البينة، لأن في ادعائها بنوة اللقيط تحميل النسب على الغير وهو الزوج، وفي هذا ضرر عليه، فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به إلا ببينة، فان أقامت البينة صحت دعوتها ولحق بها نسب اللقيط، ولحق زوجها إن أمكن العلوق منه، ولا ينتفي عنه إلا باللعان.

وإذا ادعت نسب اللقيط امرأتان وأقامت إحداهما البينة فهي أولى به، وان أقامتا بينتين متعارضتين ففي هذه الحالة يعرض على القيافة وهو الخبراء في الأنساب بالشبه والمقاربة ونظرا

1- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص246.

2- إن الفقه الإسلامي يستعمل الحيل الشرعية، لإثبات النسب لمن لا نسب له وذلك بان يثبت النسب بأدنى دليل مهما كان ضعيفا، بما ينفع مجهول النسب ويعود عليه بالخير والإحسان لمن لا يعرف أبوه، ولهذا فان اللقيط إن لم يدع نسبه إلا شخص واحد فان نسبه يثبت له، سواء كان مدعي النسب رجل أم امرأة وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها«**إن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن، لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك، وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد**»، أنظر: بلحاج العربي، المرجع السابق ص 224.

لعدم وجودهم في الوقت الحاضر فانه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية من خلال إجراء تحاليل الدم وفحوصات البصمة الوراثية لمعرفة نسب الولد[1].

المبحث الثاني: حقوق المكفول

ترتب الكفالة للمكفول جملة من الحقوق جزء منها يشكل حقوقا غير مالية تتمثل في الحق في المعاملة الحسنة والحق في الاحتفاظ بالنسب الأصلي، وحق المكفول في العودة إلى والديه، ويشكل الجزء الآخر منها حقوقا مالية تتمثل أساسا في الحق في الوصية والحق في الهبة وهذا ما سنتعرض له في هذا المبحث.

المطلب الأول: الحقوق غير المالية

هي تلك الطائفة من الحقوق التي لا يمكن تقويمها بالنقود، فهي لا تتميز بطابع مالي لأنها تستهدف حماية مصالح وقيم معنوية تسموا على الماديات، ومن ثم فهي لا تدخل في الذمة المالية ولا يجوز التصرف فيها، وتتمثل قي الحقوق اللصيقة بالشخصية وحقوق الأسرة والحقوق السياسية، وسنحاول في هذا المطلب التركيز على أهم الحقوق غير المالية للمكفول.

الفرع الأول: الحق في المعاملة الحسنة

إن حسن الخلق أمر عظيم في الإسلام، ولما كانت نظرة الإسلام إلى الأخلاق باعتبارها نوعاً من المران والممارسة لما يراه الشرع والعقل مصلحا لحال الإنسان، ومحققا له السعادتين سعادة التعايش في الدنيا، وسعادة الثواب والنعيم في الآخرة، فإنه لا بد للكافل أن يظل مرتبطا بالأخلاق ارتباطا وثيقا، يعامل المكفول كالابن من طرف الكافل وبالطريقة المعتادة في معاملة الأب لابنه،

ومن حق المكفول كانسان أن يعامل معاملة إنسانية قبل كل شيء، بالنظر إلى سنه وحالته التي تذيب الصخر، ولنا في رسول الله أسوة حسنة في العناية بالطفل وضمان حقوقه

1- بلحاج العربي، المرجع السابق ص 224-225.

كرب أسرة، ورئيس دولة، ويظهر ذلك من رعايته لأولاده وأحفاده خاصة، وأطفال المسلمين عامة.

إن أهم ما يميز قواعد المعاملة عند المسلم عن غيرها من القواعد أنها ترتبط برابطة الدين وبرابطة الإسلام، فالإنسان المسلم لا يتعامل مع الناس طبقا لمصالح وأهداف ضيقة، كمصالحه الشخصيّة مثلا، بل يتعامل معهم وفقا للرؤية والمصلحة التي يقدمها له الإسلام. ومن المعلوم أن رؤية الإسلام فيما يتعلق بمصلحة المجتمع هي رؤية واسعة وعظيمة جدا، حيث إنها لا تستثني أي شريحة منه، ولا تغفل عن أي بعد من أبعاده، وإذا أردنا أن نلحظ النقلة النوعية في قواعد التعامل البشري التي يمكن أن يُحدثها الإسلام في أي مجتمع، فإن نموذج المجتمع الجاهلي، والتحول الرهيب الذي حصل له بعد دخول الإسلام إليه هو أفضل مثال يمكن أن يؤتى به في المقام.

إن للتعامل الحسن مع المكفول وفعل الخير نتائج طيبة وعظيمة في المجتمع، فالمعاملة الحسنة كالبذرة التي تبذر وتنمى وينتظر أوان ثمرها وحصادها، ومن أبرز نتائجها حالة السعادة الروحية التي يعيشها المجتمع فالتعامل الحسن ينشر الطمأنينة والسلام، خاصة وأن المكفول يكون غالبا حديث الولادة مما يجعله كالصفحة البيضاء يكتب عليها الكافل ما يشاء ويزرع فيه ما يشاء ليحصد ثمارا ربما لا يحصدها من الابن الشرعي، ثم إن فاعل الخير ينتظر جائزته الكبرى من ربه وخالقه، وهو خير مجاز ومكافئ.

الفرع الثاني: الحق في الاحتفاظ بالنسب الأصلي

انطلاقا من نص المادة 120 من ق.أ.ج التي تنص صراحة على أنه«يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية».

لا ينسب الطفل المكفول إلى الكافل إذا كان من نسب معروف[1]، أما إذا كان مجهول النسب فتطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية والتي ورد في مضمونها «**يختار**

1- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، مطابع ثالة، الجزائر سنة 2011، ص245.

الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودهما المصرح يجب أن تكون الأسماء جزائرية ويجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية، تمنع جميع الأسماء غير مخصصة في الاستعمال أو العادة».

وتنص الفقرة الأولى من المادة 28 من ق.م.ج «**يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده**»، وكذا المادة29 من ق.م.ج «**يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية**».

وأمام وضوح هذه النصوص القانونية التي تبين صراحة أن الطفل المكفول معلوم النسب يحتفظ بنسبه، وأن مجهول النسب يختار له ضابط الحالة المدنية اسما، مما يوفر للطفل الرعاية النفسية والاجتماعية.

هذا وقد اعتبر المشرع الجزائري الادعاء ببنوة الطفل سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب جريمة لأنها تتضمن تزييف النسب وهذا يدخل ضمن التزوير[1]، لأنه يمس بالنظام العام، وقبل صدور قانون الأسرة سنة 1984 تدخل المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي ليعدل من إمكانية الطفل القاصر المكفول حمل لقب الكافل الذي نظمه بموجب المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب.

وعلى إثر ذلك جاء المرسوم رقم 92-24 المؤرخ في 1992/01/13 والذي أدخل تعديلات على المرسوم المذكور أعلاه وذلك في إمكانية انتساب المكفول إلى كافله بموجب عقد رسمي وحدد إجراءات استثنائية يمنح بها هذا اللقب بناء على طلب وكيل الجمهورية بعد أن يخطر وزير العدل، غير أن هذا المرسوم واجهته موجة من الاعتراضات أساسها الآيتين 4 و5 من سورة الأحزاب لقوله تعالى«**وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول**

1- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر سنة 2002 ، ص185.

الحق وهو يهدي السبيل، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم...». [1].

الفرع الثالث: الإسناد الواقعي للمكفول:

بعدما ينشأ عقد الكفالة، لا يمكن القول بقيامها ما لم يتم انتقال الولد المكفول من كنف الحاضنين له إلى كنف الكافل، إذ أن مجرد وثيقة محررة لا تكفي حتى يتحقق الغرض المطلوب من الكفالة.

ولكون عملية الإسناد تعتبر أصعب عملية في تنفيذ عقد الكفالة، وأنه من المفروض أن تتم بموجب إجراءات منصوص عليها في قانون الأسرة ضمن أحكام الكفالة، حيث من المفروض كذلك أن يحضر في التسليم ممثل الحق العام والأطراف مانحة الكفالة، والأسرة المستفيدة من الكفالة والولد المكفول الذي يعتبر العنصر الأساسي في تنفيذ الكفالة، وأن لا يتم إلا بحضور الشهود الذين حضروا أثناء إبرام العقد، ويتم تحرير محضر بذلك وتوقيع الأطراف الحاضرة، وهو الشيء المعمول به في المملكة المغربية إذ يتطلب عند الإسناد الواقعي 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 المتخصص 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- ترى الأستاذة فريدة زواوي بأنه حق استعمال فقط فهو لا يلغي الاسم الذي اكتسبه قانونا بمقتضى المادة 64 من قانون الحالة المدنية السابق اذكر إذ يبقى هذا الاسم الأخير مقيدا في سجل الحالة المدنية ولا يستطيع نقل اسم الكفيل إلى أولاده لأنه اسم تقرر لاستعماله الشخصي فقط لان المكفول ينقل إلى أولاده اسمه القانوني الذي منحه إياه ضابط الحالة المدنية كما أن هذا الإجراء لا يرتب أية آثار قانونية كالنسب أو الإرث، للمزيد من التفاصيل راجع: زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية عدد2، سنة 2000، ص71.

الفرع الرابع: حق المكفول في العودة إلى والديه

إذا طلب الوالدان أو أحدهما عودة ورجوع الولد والمكفول إلى ولايتهما، فإنه يتعين التفريق بين ما إذا كان الولد المكفول مميزا وبلغ سن التمييز أو أنه لم يبلغ بعد سن التمييز[1].

فإذا كان الولد القاصر قد بلغ وأصبح مميزا فإنه يمنح حق الخيار بين أن يلحق بوالديه أو بأحدهما، أو أنه لا يلحق بهما ويفضل البقاء مع كافله، وإذا لم يبلغ سن التمييز والتي هي سن الثالثة عشر طبقا للمادة 42 من القانون المدني المعدلة[2]، فإنه لا يسلم إلى والديه إلا بأمر من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول وذلك إذا كان الكافل لم يتخل عنه ولم يتركه[3].

المطلب الثاني: الحقوق المالية

اهتم الإسلام بالطفل وأعطاه حقوقه كاملة، ومن ذلك حقوقه المالية التي غفل عنها كثير من الناس هذه الأيام، حيث تبدأ هذه الحقوق قبل أن يولد ومنذ أن تدب به الحياة، وهو جنين في بطن أمه، وإلى أن يموت وضمن له أسباب الحياة، وحافظ على ماله وحث على تنميته، والحق

1- وهذا تطبيقا لنص المادة 124 من ق.أ.ج« إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول».

- وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/03/17 «من المقرر قانونا أنه إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما، يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول، ومن المقرر أيضا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله قانونا، ومن الثابت في قضية الحال أن المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة والتصريح بعودة الكفيلين إلى ولاية أمهما بناء على رغبتهما ومراعاة لمصلحتهما فإن القرار عندئذ يكون خاليا من أي قصور أو تناقض في الأسباب»، قرار المحكمة العليا رقم 184712، الصادر بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، سنة 1998، ص89.

2- والتي تنص على ما يلي: «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة».

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص162.

المالي هو كل ما يتعلق بالمال كملكية الأعيان أو الديون أو المنافع وهو إما شخصي أو عيني أو معنوي له قيمة مالية[1].

الفرع الأول: الحق في الوصية

أجاز القانون للكافل أن يوصي لمن كفله وهذا في حدود ثلث التركة، أما إذا أوصى الكافل بأكثر من ثلث التركة، فإن مازاد عن الثلث يكون باطلا طبقا لنص المادة 123 من ق.أ.ج[2]، ومن حق الطفل أن يقبل وليه ما يوصي له إن كان يستحق ذلك، ويجوز أن يوصي لغيره مع خلاف بين العلماء في ذلك.

أولا- تعريف الوصية

عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من ق.أ.ج علي أن الوصية« **تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**»، بمعنى أن الموصي يستطيع بموجبه نقل ملكية أمواله إلى شخص أخر وهو الموصي له، كما قام المشرع بتحديد شروط الموصي من خلال المادة 186 من قانون الأسرة التي تنص على أنه «**يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغا من العمر تسع عشرة(19) سنة على الأقل**».

والوصية بمعناها العام تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، سواء كان ذلك مالا أو غير مال، والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت، أو هي ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد

1- وتعرف الحقوق المالية بأنها تلك الحقوق التي يمكن تقويمها بالنقود، وتهدف إلى تمكين الفرد من التمتع بأمواله وتختلف عن الحقوق غير المالية، إذ يمكن للشخص أن يتصرف فيها ويستطيع أن يتنازل عنها و تدخل في ذمته المالية، كما أنها تكتسب بالتقادم وهي تنقسم إلى ثلاث أقسام: الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق المعنوية أو الذهنية، راجع: جاسم محمد العنتلي، نظرية الحق: **http://kenanaonline.com/users/antali/posts/415739**

2- وقد جاء في مضمون هذه المادة أنه «يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل مازاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة»، وما يلاحظ على نص المادة أن هذا التعبير غير دقيق من الناحية القانونية، لأن البطلان لا تلحقه إجازة وكان من الأصح أن تتضمن المادة أنه إذا أوصى أو تبرع بأكثر من الثلث توقفت الزيادة على إجازة الورثة، أنظر: أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 198.

موته، في حدود الثلث[1]، والوصية جائزة بالكتاب والسنة والإجماع حيث قال تعالى «**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين**»[2].

ثانيا ـ مقدار الوصية

الوصية في عقد الكفالة تكون من خلال تبرع الكافل بجزء من أمواله سواء كان عقارا أو منقولا إلى المكفول، وقد أجاز القانون ذلك حسب المادة 123 من قانون الأسرة «**يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة**».

من خلال المادة السابقة نلاحظ أن المشرع قد وضع قيدا على مقدار التبرع من مال الكافل الخاص للمكفول وهو في حدود الثلث، وفي حالة التبرع أكثر من الثلث بطل ما زاد على الثلث وليس بطلان الوصية إلا إذا أجاز الورثة ذلك[3].

الفرع الثاني: الحق في الهبة

من حق الطفل المكفول الحصول على الهبة والهدية كإنسان يمكن أن يتملك، لأن الهبة والهدية تحبب الناس ومنهم الأطفال لمن أهدوا لهم انطلاقا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال الرسول عليه الصلاة والسلام«**تهادوا تحابوا**».

أولا ـ تعريف الهبة

عرف المشرع الجزائري الهبة في الفقرة الأولى من نص المادة 202 من ق.أ.ج «**الهبة تمليك بلا عوض**»، فالهبة تمليك مال معلوم موجود مقدور على تسليمه في الحياة، غير واجب،

1ـ محمود إبراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس، العدد الأول، سنة 2010، ص 190.

2ـ سورة البقرة، الآية 180.

3ـ عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة، ملخص من الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المطبعة العربية، الجزائر، سنة 1987، ص51-52.

بغير عوض مما يعد هبة عرفا، ومن دفعها إلى إنسان للتودد والتقرب كانت هدية ولا يشترط في المهدى له أن يكون فقيرا.

وتختلف مسألة قبول الهبة حسب حال الصبي ممن يصح قبوله وقبضه، فالطفل غير المميز لا يصح قبوله ولا قبضه لنفسه لأنه ليس من أهل التصرف، ووليه يقوم مقامه وأما الطفل المميز فيجوز له قبول وقبض الهبة لأنه محض مصلحة[1].

كما أن المشرع حدد شروط الواهب التي يجب أن تتوفر فيه حتى تكون الهبة صحيحة، إذ يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة سنة وغير محجور عليه، وهذا طبقا لنص المادة 203 من ق.أ.ج.

ثانيا ـ مقدار الهبة

الهبة في عقد الكفالة تكون من طرف الكافل للمكفول، ويجوز أن يهب الكافل كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة، أو دينا لدى الغير وذلك طبقا لنص المادة 205 من ق.أ.ج.

والهبة هي من عقود التبرع بدليل ورودها في الفصل الثاني من الكتاب الرابع الذي يحمل عنوان التبرعات في قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي ما يسري على الوصية من أحكام يسري على الهبة طبقا لنص المادة 123

وبما أن الهبة تعتبر من عقود التبرع فإن المشرع الجزائري قد ألحقها بالوصية، وهذا ما يتضح جليا من خلال قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2011/05/12 والذي جاء في حيثياته ما يلي:

«حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 123 من قانون الأسرة، يتبين أنها إذا كانت تجيز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، فإن أي تجاوز لهذا يكون باطلا إلا إذا أجازه الورثة.

1ـ محمود إبراهيم الخطيب،المرجع السابق، ص 191.

حيث يعرف التبرع بأنه العقد الذي يولي به أحد الطرفين الآخر فائدة دون مقابل لما أعطاه ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه، ومن أمثلة هذا العقد الهبة بلا عوض.

حيث أنه إذا كان بإمكان الواهب أن يهب كل ممتلكاته وفقا لنص المادة 205 من ق.أ.ج، فإن ذلك مقيد بألا يكون الواهب كافلا والموهوب له مكفولا، كون الكافل مقيد اتجاه المكفول بأن لا يزيد التصرف بالوصية أو التبرع عن حدود الثلث وفقا للمادة 123 المشار إليها إلا إذا أجازه الورثة، وبذلك يكون عقد التبرع المبرم خلافا لنص المادة 123 قابلا للطعن فيه بإبطال التصرف فيما زاد عن الثلث ممن لهم مصلحة.

حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة الحكم اعتبروا عدم انطباق نص المادة 123 من ق.أ.ج على التصرف محل النزاع استنادا 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 يدخلا ضمن عقود التبرع، فإن المجلس بقضائه خلاف ذلك يكون قد خالف نص المادة 123 من ق.ا.ج، وبذلك يكون الفرع سديد ويتعين معه نقض القرار»[1].

وفي الأخير و بما أن الولد المكفول لا تربطه علاقة نسب بالكافل فهو ليس بوارث له، وبالتالي يكون أجنبيا عنه بموجب قواعد الميراث، ولهذا يجوز للكافل أن يوصي له بماله أو يهب له لكن في حدود الثلث، ويبطل مازاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة[2]، ولقد ألحق المشرع هنا الهبة بالوصية، وهذا مخالفة للقواعد العامة في الهبة التي تجيز هبة كل المال وليس ثلثه

1- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2014، ص 340-341.

2- Le kafil dispose le droit de léguer ou de faire donation de ses biens à son enfant makfoul dans la limite du tiers, Cette disposition constitue une absurdité juridique de la part du droit algérien qui va à l'encontre de la constitution et de la volonté du donateur et une discrimination à l'égard de l'enfant makfoul, voir : Yamina HOUHOU, op cité, p 205.

فقط، وهذا القياس من المشرع له عدة مبررات أهمها أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يصبح الولد المكفول وريثا بالمعنى الحقيقي.

خلاصة الفصل الثاني

ترتب الكفالة جملة من الحقوق بالنسبة للمكفول، هذا الأخير الذي لم يتناول المشرع الجزائري الشروط الواجب توافرها فيه، متجاهلا في ذلك الأوضاع التي يشهدها المجتمع الجزائري لاسيما كثرة الأبناء غير الشرعيين.

فمن حق المكفول أن يعامل معاملة الابن الشرعي، ومن حقه كذلك أن يحتفظ بنسبه الأصلي إذا كان معروف النسب، ويحق له كذلك العودة إلى والديه الأصليين.

وقد جعلت معظم التشريعات كالتشريع التونسي الولد المكفول في منزلة الابن الشرعي، له نفس المرتبة ونفس الحقوق ابتداء من منحه اسم العائلة وصولا إلى الميراث، وهو ما لم يأخذ به المشرع الجزائري وهو موقف يحمد عليه، فرغم أن الولد المكفول ليس من الورثة طبقا للشرع والقانون، إذ لا يحق للكافل أن يورثه، غير أن ذلك لا يمنع الكافل أن يهب أو يوصي له بجزء من أمواله في حدود القانون.

ويمكن القول أن الحقوق التي يتمتع بها الابن المكفول طبقا للقانون الجزائري، لا يمكن تجاهلها، فهي تضمن له جوا عائليا وحماية قانونية.

خاتمــة

يمكن القول من خلال هذه الدراسة أن وجود فئة الأطفال مجهولي النسب، في مجتمعنا حقيقة اجتماعية و واقع ملموس، أن الكفالة هي نظام بديل للتبني المحرم شرعا باعتبار أن الدولة الجزائرية مسلمة.

وقد أحسن المشرع الجزائري عندما حرم التبني مسايرا في ذلك الشريعة الإسلامية، لمنع اختلاط الأنساب وتداخل الحقوق، لأن نظام التبني يعني إعطاء كل حقوق الإبن الحقيقي من نسب وقرابة ونفقة وميراث للابن المتبنى، وبذلك يكون نظام التبني قد أنشأ حقوقا لم تكن موجودة وأبطل حقوقا كانت ثابتة، فالولد المتبنى كان يرث أباه وأمه، والتبني أبطل هذا الحق، وأنشأ له حقا لم يكن موجودا وهو ميراثه لمن تبناه ولزوجة هذا المتبني إن صارت له أما، وهذا أمر باطل لا تقره الشريعة الإسلامية هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن الواقع الاجتماعي قد أثبت أن التبني وسيلة للفساد والاضطراب، وهذا لعدم قيامه على حرمة المصاهرة بين الطفل ومن تبناه، فضلا عن إثارة الأحقاد والضغائن بين أفراد الأسرة الواحدة عندما ينازع الطفل المتبني وهو وارث غير شرعي، ورثة المتبني الشرعيين بغير حق، مما يؤدي لا محالة إلى الكيد والتنازع وحرمان الورثة، وهو ما يظهر جليا في النتائج السلبية التي خلفها والتي تمس أساسا بكرامة الإنسان، أين أصبح الاتجار بالأطفال وتهريبهم من الدول الفقيرة بدعوى تبنيهم وتسوية وضعيتهم تجاه السلطات العامة، وهذا يشكل جريمة خارقة للمعاهدة الدولية لحقوق الطفل.

إن المشرع الجزائري وفي إطار أحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية قد كرس العديد من النصوص لحماية هذه الفئة من الأطفال، وهو بإقراره لنظام الكفالة يكون قد أوجد حلا لرعاية فئة القصر اليتامى والفقراء وكذا اللقطاء الذين لا ذنب لهم، مكرسا بذلك نوعا من الحماية القانونية لهم، كما خول للمكفول حقوقا لا يمكن تجاهلها رغم أنه لم يقم المساواة بينه وبين الطفل الشرعي وهذا أمر منطقي ومقبول شرعا وقانونا.

وما يمكن ملاحظته حول قانون الأسرة الجزائري أنه لم يتصدى لجميع الحالات التي تتعلق بالقصر والتي ظهرت وتفشت في المجتمع بشكل كبير، كما أنه لم يتعرض لمواجهة المشاكل التي تعترض حياة هؤلاء القصر، خاصة ما يتعلق باستخراج وثائق الحالة المدنية التي كثيرا ما تكون السبب في حرمان هؤلاء من مزاولة الدراسة كباقي الأطفال، وإن تمكنوا من مزاولتها في الطور الابتدائي فلن يتمكنوا من مواصلة باقي الأطوار، بالإضافة إلى النظرة السلبية للمجتمع لهذه الفئة.

وبما أن الكفالة تمنح للكافل الولاية على نفس المكفول و ماله، فما ترتبه من حقوق للولد المكفول يجعل منها نظاما عادلا ومنطقيا إلى حد جد بعيد.

وتبقى قضايا حقوق الأطفال وانشغالاتهم من أهم القضايا المطروحة في العالم اليوم، حيث تعقد حولها الكثير من الندوات وتنشر العديد من الدراسات، وتسن لأجلهم القوانين والتشريعات التي تحميهم وتحفظهم، بغية توفير الرعاية اللازمة لهم، ذلك أنهم أطفال اليوم ورجال الغد، وهي جهود محمودٌة في مجملها لأنها تخدم الأطفال وهم صغار، ليصيروا بناة وحماة للأوطان في المستقبل لا معاول هدم وتخريب، وهذا ما يبرز أهمية موضوعنا هذا.

فاليتيم أو اللقيط أو الفقير هو طفل من بين هؤلاء الأطفال، غير أنه يحتاج إلى الكثير من الرعاية والحنان والعطف كما يحتاج إلى الكفالة المادية والمعنوية، لأنه يختلف عن غيره من الأطفال بأن لا أب له يشفق عليه، فهو بفقدان أبيه فقد تلك العاطفة الأبوية الشفيقة تجاه الأبناء، وتغلبت عليه الكآبة والحزن والحرمان، وهو على هذه الحال أحوج ما يكون إلى حلول عملية تأخذ به إلى شاطئ النجاة والأمان، وتنقذه من الحيرة والكبت والحرمان، بل وحتى الضياع والتشرد والانحراف.

الاقتراحـــات

نظرا للنقص الواضح في النصوص القانونية التي تعالج موضوع الكفالة، فإنه يجب على المشرع الجزائري التدخل للأسباب التالية:

ـ لتفعيل دور مؤسسات حماية الطفولة، في مجال حماية الأطفال القصر.

ـ التعرض للشروط المتعلقة بالكافل بدقة ضمانا لتوفير أكبر حماية لهذا الفئة.

كما يجب على المشرع تنظيم أحكام اللقيط بنصوص خاصة تستقل بها، وبشكل متكامل في قانون الأسرة لأن ظاهرة الأطفال اللقطاء منتشرة في المجتمع الجزائري بكثرة وبالتالي لابد من إعطاء الحماية الكافية لهذه الفئة الضعيفة.

يجب وضع نصوص قانونية تضبط بدقة إجراءات الكفالة، خاصة ما يتعلق بتسليم المكفول، وتحرير محضر من طرف المحضر القضائي بحضور جميع الأطراف المعنية.

يجب على المشرع الجزائري معالجة هذه الحالات، وإدراج نصوص قانونية لسد الثغرات الموجودة، من خلال التطرق لأوضاع الأطفال اللقطاء وأبناء الزنا بشكل مفصل لتوفير أكبر قدر من الحماية لهذه الفئة باعتبارها ضحية مجتمع، وإدراج شروط صارمة فيما يتعلق بالنظام الداخلي لمؤسسات حماية الطفولة، نظرا للإهمال واللامبالاة التي تشهدها هذه المراكز من جهة، ومن جهة أخرى تسليط عقوبات صارمة على كل الجرائم التي تمس هذه الفئة.

رفع التناقض بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية الجزائري، كون الموثق لم يعد له الحق في إجراء عقد الكفالة طبقا لقانون إ.م.إ.ج، خلافا لقانون الأسرة، وتطبيقا لقاعدة القانون الخاص يقيد القانون العام فإنه يطبق قانون الأسرة على عقد الكفالة كونها مسألة موضوعية.

وأخيرا يجب النص صراحة على المسؤولية المدنية والجزائية للكافل في حالة إخلاله بالتزاماته القانونية، كإهمال المكفول أو تعريض حياته للخطر .

الملاحق

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

MINISTÈRE DE LA JUSTICE
Cour d'ALGER
Tribunal de Sidi M'hamed
Bureau du Président
N°

Acte de Recueil Légal
«KAFALA»

En date du ..... de l'an .....
Nous, ……..…… pour le président du Tribunal de Sidi m'Hamed, assistée
de Monsieur ……..... greffier.
Vu la requête introduite par Monsieur……Père……, né le …….à……..
wilaya de ..... et .....la mère..... née le ..... à……..
demeurant au ....., par laquelle ils sollicitent le recueil légal de L'enfant mineur, la nommée .....Nom et Prénoms de l'Enfant..... :
Vu les documents joints à la requête, en particulier le Certificat délivré par la Direction de l'action sociale de la Wilaya d'Alger sous le n°..... Établi le .....dans lequel il apparaît que l'enfant mineur sus-cité est recueilli par les requérants depuis le .....
Vu les articles 116, 117, 118, 119 et suivants du code algérien de la famille,

DÉSIGNONS

Monsieur .....dit .....le .....à ....., wilaya de .....
Fils de ..... et de ....., et Madame .....née le.....
à.....et fille de.....et de.....

Les bénéficiaires du droit du recueil Légal de L'enfant mineur ...., née le .....à..... (de parents inconnus)

Les bénéficiaires du Recueil Légal s'engagent à inculquer à l'entant recueilli, une éducation islamique, de l'entretenir, de veiller sur lui et de le chérir comme le ferment des parents légitimes pour leur enfant.
Ce recueil légal ouvre également droit aux bénéficiaires de percevoir toute pension ou allocation due à L'enfant recueilli, et de signer tout document le concernant, et de voyager avec lui à l'étranger.
Et l'enfant recueilli sera libre de ses actes après avoir atteint l'âge adulte.
Après lecture du contenu de l'acte de recueil légal, les comparant .....
ont signé avec nous et le greffier à la date sus-citée.

Suivent les cachets et signatures du Président et du greffier

الشعبية الديمقراطية الجزائرية الجمهورية

وزارة العدل
مجلس قضاء الجزائر
محكمة سيدي محمد
مكتب الرئيس
رقم

عقد الكفالة

بتاريخ.....من شهر.....سنة.....
نحن السيد.....رئيس محكمة سيدي محمد بالنيابة بمساعدة السيد.....
كاتب الضبط بالمحكمة.

-بعد الاطلاع على الطلب المقدم من طرف السيد.....المولود.....ب.....
والسيدة.....المولودة.....ب.....الساكنان ب.....
والذين يلتمسان من خلاله منحهما كفالة الطفلة القاصرة.....

-بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة بالطلب.
وبالأخص الشهادة الصادرة عن مديرية النشاط الإجتماعي لولاية الجزائر رقم .....مؤرخة في .....والتي يتبين من خلالها أن الطفل القاصر المذكور أعلاه وضع تحت كفالة الطالبان منذ تاريخ.....

-بعد الإطلاع على المواد 116-117-118-119 وما يليها من قانون الأسرة.
نعين السيد .....مولود بتاريخ.....بال.....ولاية .....وابن.....و.....
والسيدة.....المولودة بتاريخه.....بال.....ولاية.....ابنة.....و.....

وقد التزم الكافلان بتربية المكفول تربية اسمية، ويرعيانه صحيا ويقومان بتعليمه ويتصرفان معه تصرف الوالدين الحريصين، وتكون مسؤوليتهما عن تصرفاته، ويتوليان حمايته، ويقبضان المنح والعلاوات المستحقة قانونا، ويرخص لهما بإمضاء جميع الوثائق والخروج معهما للخارج.

وللمكفول حرية التصرف في الأمور بعد بلوغه سن الرشد القانوني.

بعد تلاوة مضمون الكفالة على الكافلان أمضينها نحن وكاتب الضبط بالتاريخ المذكور أعلاه.

الرئيس كاتب الضبط

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المراجع:

أولا: المصادر

* القرآن الكريم

ثانيا: المراجع باللغة العربية

1-المؤلفات:

01- أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض، دون دار نشر، الطبعة الخامسة، القاهرة، سنة 2003.

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

02-باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2012.

03-بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، سنة 2011.

04-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، الجزائر، سنة 2010.

05-بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، سنة 2008.

06- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2013.

07-ـــ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر سنة 2002.

08- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، مطابع ثالة، الجزائر سنة 2011.

09-عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة، ملخص من الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المطبعة العربية، الجزائر، سنة 1987.
10-العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، سنة 2007.
11- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الجزائر، سنة 2005.
12- ـــ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، سنة 2008.
13-لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2014.
14-محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1985.
15-محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دارسة مقارنة بين فقه المذاهب الستة والمذهب الجعفري والقانون، دار جامعية بيروت، الطبعة الثالثة، بيروت سنة 1983.
16- يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بأحدث مباديء واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2014.

2- المذكرات

01- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2008.
02- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2007.

03- علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

04- مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام، دراسة فقهية مقاصدية معاصرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر،2009-2010.

05- بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر،2001ـ2004.

06- طلبة مالك، الكفالة والتبني، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة العاشرة، 2003/2006.

3- المقالات

01-حاج قويدقورين، ظاهرة الفقر في الجزائر وآثارها على النسيج الاجتماعي في ظل الطفرة المالية، البطالة والتضخم، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 12، الجزائر، سنة 2014.

02-زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية عدد2، سنة 2000.

03-محمود إبراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس، العدد الأول، سنة 2010.

4- المجلات والدوريات

01- المجلة القضائية الجزائرية، العدد 04، سنة 1989.

02-المجلة القضائية الجزائرية، العدد 02، سنة 1998.

5- النصوص التشريعية والتنظيمية:

01-دستور1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 438/96، المؤرخ في 07 ديسمبر 1991، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم.

02-قانون رقم 84.11، المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر عدد 15، المعدل والمتمم.
03-قانون رقم 85.05، المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 08، مؤرخة في 17 فبراير سنة 1985، المعدل والمتمم.
04-قانون رقم 08.09، المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل سنة 2008.
05-أمر 66.155، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد 48، مؤرخة في 11 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم.
06-أمر 66.156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، مؤرخة في 11 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم.
07-أمر رقم 70-86، المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، المتضمن قانون الجنسية، ج ر عدد 105، مؤرخة في 18 ديسمبر سنة 1970، المعدل والمتمم.
08-أمر 75.58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم.
09-المرسوم التنفيذي رقم 12-04، المؤرخ في 04 يناير سنة 2012، يتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، ج.ر عدد 05، مؤرخة في 29 يناير سنة 2012.

ثالثا: المراجع باللغة الفرنسية

Thèses :

Yamina HOUHOU, LA *KAFALA* en droit Algérien et ses effets en droit Français, thèse pour l'obtention de doctorat en sciences juridiques, Ecole Doctorale sciences sociales et humanités, université de PAU et des pays de L'ADOUR, 2014.

رابعا: المواقع الإلكترونية:

http://www.islamdoor.com/k7/yateem.htm

د/جاسم محمد العنتلي، نظرية الحق:
http://kenanaonline.com/users/antali/posts/415739

http://www.echoroukonline.com/ara/?news=166436

http://www.ennaharonline.com/ar/algeria_news

الفهـرس **الصفحة**

مقدمة.....01
الفصل الأول: آثار الكفالة بالنسبة للكافل.....05
المبحث الأول: الشروط الواجب توافرها في الكافل.....05
المطلب الأول: الكافل شخص طبيعي.....06
الفرع الأول: الشروط الشكلية.....06
أولا: الإجراءات الأولية.....06
ثانيا: الإجراءات القضائية.....09
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.....11
أولا: الإسلام.....11
ثانيا: العقل.....12
ثالثا: القدرة.....12
المطلب الثاني: الكافل شخص معنوي.....14
الفرع الأول: مؤسسات حماية الطفولة.....14
الفرع الثاني: صلاحيات مؤسسات الطفولة.....15
المبحث الثاني: التزامات الكافل.....17
المطلب الأول: الولاية على نفس المكفول.....17
الفرع الأول: النفقة.....18
أولا: المقصود بالنفقة.....19
ثانيا: مشتملات النفقة.....19
الفرع الثاني: التربية.....20
أولا المقصود بالتربية.....20
ثانيا: نطاق التربية.....21
الفرع الثالث: إمكانية الكافل طلب تغيير لقب المكفول مجهول الأب بمنحه لقبه العائلي... 23
المطلب الثاني: الولاية على مال المكفول.....26
الفرع الأول: إدارة أموال المكفول.....26

الفرع الثاني: قبض المنح العائلية.....28
خلاصة الفصل الأول.....29
الفصل الثاني: آثار الكفالة بالنسبة للمكفول.....30
المبحث الأول: الشروط الواجب توافرها في المكفول.....30
المطلب الأول: المكفول معلوم النسب.....31
الفرع الأول: الولد اليتيم.....31
أولا: تعريف اليتيم.....32
ثانيا: منزلة اليتيم في القرآن الكريم.....33
الفرع الثاني: المكفول الفقير.....34
المطلب الثاني: المكفول مجهول النسب.....36
الفرع الأول: اللقيط.....36
أولا تعريف اللقيط.....36
ثانيا: آثار الالتقاط.....39
الفرع الثاني: العوائق التي تلحق كفالة اللقيط.....40
المبحث الثاني: حقوق المكفول.....41
المطلب الأول: الحقوق غير المالية.....41
الفرع الأول: الحق في المعاملة الحسنة.....41
الفرع الثاني: الحق في الاحتفاظ بالنسب الأصلي.....42
الفرع الثالث: الإسناد الواقعي للمكفول.....44
الفرع الرابع: حق المكفول في العودة إلى والديه.....45
المطلب الثاني: الحقوق المالية.....45
الفرع الأول: الحق في الوصية.....46
أولا: تعريف الوصية.....46
ثانيا: مقدار الوصية.....47
الفرع الثاني: الحق في الهبة.....47
أولا: تعريف الهبة.....47

ثانيا: مقدار الهبة.....48
خلاصة الفصل الثاني.....51
خاتمة.....52
الاقتراحات.....54
الملاحق.....55
قائمة المراجع والمصادر.....57
الفهرس.....62