وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

النظام القانوني للكفالة في قانون الأسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأحوال الشخصية

من تقديم الطالبة: سياب حنان

المشرف: بوخنان صبرينة

لجنة المناقشة

_أ/ مسيخ محمد الأمين	رئيسا
_ أ/بوخنان صبرينة	مشرفا
_ أ/ عتيق نظيرة	مناقشا

دورة جوان 2015

شكر و تقدير

الحمد لله الواحد القهار،العزيز الغفار، مكور الليل على النهار،تذكرة لأولي القلوب والأبصار و تبصرة لذوي الألباب و الاعتبار.الذيأيقظ من خلقه من اصطفاه فزهدهم في هذه الدار وشغلهم بمراقبة و إدامة الأفكار وملازمة الاتعاظ والأذكار ووفقهم للدأب في طاعته والصلاة والسلام على رسوله الحبيب محمد صلى الله عليه وسلم

أتوجه بجزيل الشكر وخالص التمنيات للأستاذةالفاضلة «**بوخنان صبرينة**»لإشرافها على مذكرتي وتوجيهاتها ومساعدتها فجزاك الله كل خير.

كما أتقدم بالشكر لكل الأساتذة جزاكم الله كل خير.

وإلى كل من ساعدني وكان دعما لي.

شكرا

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم .

« قل لو كان البحر مدادا لكلمات ربي لنفذ البحر قبل

أن تنفذ كلمات ربي لو جئنا بمثله مددا»

أهدي ثمرة عملي هذا البسيط إلى روح جدتي الطاهرة

فاطمة رحمها الله

إلىتاج رأسي ومفتاح نفسي إلى أدفء حضن ضمني

إلى القلب الذي يفيض ألحانا عذبة أمي الحنون.

إلى أعز الناس وأغلى الأحباب إلى رمز التضحية و العطاء إلى

من رباني و علمني وكشف عني ستار الجهل أبي العزيز.

إلى سر ابتسامتي و فرحي بالحياة عبد الرزاق.

إلى من شاركوني بسمةالحياة إخواني وأخواتي:

رزيق وزوجته رزيقة	فتيحة وزوجها يوسف
فاتح وزوجته فريدة	سميرة وزوجها كمال
سمير وزوجته سهام	ريمة وزوجها هاني

إلى الأسد المزمجر من حولي أخي عبد الحق سفيان .

إلى البراعم الصغيرة : أسماء،أحمدأشرف،ندى ،أميرة ،أماني،ياسمين،لينا،إسلام

عبدالرحمان،رانيا.

إلى زملائي في دفعة ماستر أحوال شخصية .

إلى الأستاذة المشرفة على هذا العمل –**بوخنان صبرينة**–

حفظهم الله جميعا

أهدي ثمرة هذا الجهد والعمل.

حنان

منتديات ترانيم الأمل

مقدمة

مقدمة

تعد الطفولة من أهم المراحل التي يمر بها الإنسان باعتبارها أساس بناءه و بداية حياته وتكوين شخصيته إذا وجدت من يكونها التكوين الجيد.

ونظـرا لان الطفـل عنـد ولادتـه يكـون بحاجـة للرعايـة و الحمايـة إلـى مـن يرشـده سـواء السـبيل و يهديـه، إلـى مـن يعلمـه، يثقفـه، يقومـه ويهـذب سـلوكه . نجـد أن غالبيـة الشـرائع والقـوانين وضـعت اهتماماتهـا بالطفـل واهـم هـذه الشـرائع الشـريعة الإسـلامية حيـــث ورد فـــي كتابـــة العزيـــز فـــي الآيـــة 46 مـــن ســـورة الكهف:{**الْمَـالُ وَالْبَنُـونَ زِينَـةُ الْحَيَـاةِ الـدُّنْيَا وَالْبَاقِيَـاتُ الصَّـالِحَاتُ خَيْـرٌ عِنْـدَ رَبِّـكَ ثَوَابًـا وَخَيْـرٌ أَمَـلًا**}. هـذا إن دل علـى شـيء فإنمـا يـدل علـى المكانـة العاليـة التـي منحهـا الإسـلام للطفـل باعتبـاره رجـل وامـرأة المسـتقبل وبالتـالي هـو اسـتثمار يمكـن الاعتمـاد عليه.

كما صدر في ذلك العديد من الاتفاقيات و المعاهدات التي تلزم الدول على وضع آليات وقواعد ونظم تحافظ عليه وتوفر له الحياة الكريمة، أبرز هذه الاتفاقيات هي اتفاقية حقوق الطفل المؤرخة في 20نوفمبر1989 حيث نجدها تعترف بقائمة طويلة مفصلة بالحقوق الواجب احترامها و تؤمن له في جميع الأوقات وبموجبها فإن الطفل:هو كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ، مالم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه أهم هذه الحقوق حق الطفل في الحياة ، النمو،التسجيل عند الولادة ،الاسم،الهوية بما في ذلك الجنسية ، الصلات العائلية ، معرفة والديه وتلقي رعايتهما ...

وهذا ماأكدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1959 بموافقتها على إعلان حقوق الطفل الذي تضمن عشرة مبادئ أساسية.

وأهم ما يضمن تكريس حقوق الطفل وحمايتها هو تواجده في مكانه الطبيعي وهو الأسرة ونظرا لمكانتها العالية في حياة الطفل فهي بمثابة الأساس من البناء والجذع من الشجرة

والبذرة من الزرع ، فكما هو متعارف عليه أن الولد هو ثمرة الزواج شرعي بين الرجل والمرأة يكونان له الأب والأم وهما من يتوليا جميع شؤونه و متطلباته، الا أنه قد توجد حالات نجد فيها الولد يفتقد لدفء العائلة و يجد نفسه في ضياع حيث يمكن حصر هذه الحالات في :قد يكون للطفل عائلة ونسب معلوم لكن يعجز أبواه على رعايته والقيام بواجبهما نحوه وذلك نظرا لظروف اجتماعية و اقتصادية فيضطران للتخلي عنه ،أو قد يكونان منحرفان لا يباليان ولا يهتمان ، أضف إلى ذلك أن لكل إنسان أجل و بالتالي قد يفقد الطفل والديه إما كلاهما أو احدهما وفي هذه الحال يصبح يتيم.

-حالة يكون فيها الطفل مجهول النسب أي لا أصل ولا نسب وكأنه يبدأ الحياة من نفسه لا من الآباء والأمهات أو من في حكمه كاللقيط، أو ناتج عن علاقة غير شرعية تجعل الم تتخلى عنهبخصوص هذا النوع من الأطفال كانوا يعتمدون في القدم قبل ظهور الإسلام على ما يعرف بنظام التبني،من خلاله يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه ويعرف انه ليس ولده فينتسب هذا المتبنى إلى من تبناه .

بظهور الإسلام حرم هذا النظام و عوض بنظام الكفالة و هو يعمل على وضع الولد القاصر سواء كان معلوم النسب أو مجهول في أسرة بديلة تتولى رعايته و تتكفل بشؤونه وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال منعه لنظام التبني حسب المادة 46 منه التي ورد في: «يمنع التبني شرعا و قانونا » ونصه على الكفالة في المواد من 116الى125 هذا ما أضفى واكسب موضوع النظام القانوني للكفالة أهميةعلمية تكمن في :التعريف به و تمييزه عن الأنظمة المشابهة لهومعرفة الأسس التي يبنى عليها،الإجراءات المتبعة في سريانه و آليات حمايتها.

وأهمية عملية تتجلى في كثرة تهافت وإقبال العائلات الجزائرية لكفالة الأطفال ووجود رغبة لديهم خاصة الذين حرموا من نعمة الإنجاب هذا من جهة ومن جهة أخرى أهميته في حماية الطفل من الضياع و الشتات.

من هنا جاء اختيارنا لهذا الموضوع للبحث فيه نظرا للإشكالات التي يطرحها. وإشكالنا يكمن في النظام القانوني للكفالة في قانون الأسرة الجزائري و على هذا الأساس

هل وفق المشرع الجزائري في وضع نظام قانوني محكم للكفالة لحماية الولد القاصر وتعويضه فقدان الأسرة ؟

هذا الإشكال تنبثق عنة جملة من التساؤلات تكمن في :

– ما الذي يميز نظام الكفالة عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له؟

–ما هي الأسس التي اتبعها المشرع الجزائري لقيام النظام القانوني للكفالة ؟ماهي إجراءاته؟ماهي آليات حماية سريانه ؟ هل توجد أسباب تؤدي إلى انقضاءه ؟

– هل المشرع الجزائري من خلال مصادقته على المرسوم التنفيذي 92–249المعدل للمرسوم 71– 157 المتعلق بتغيير اللقب خرج على إحكام الشريعة الإسلامية أم يوجد هدف وراء ذلك ؟

–هل حقوق الكافل و المكفول نفسها حقوق الأب وابنه الصلبي؟

بقي أن ننوه في الأخير أنه اعترضتنا بعض الصعوبات لإعداد بحث متكامل يجمع شتات هذا الموضوع و أحكامه في الماضي و الحاضر نوجزها في قلة المراجع التي تتحدث عن نظام الكفالة بصورة واضحة، إضافة إلى غموض القواعد القانونية و عدم تجاوب الهيئات المختصة بتزويدنا بالمعلومات الكافية . وكذلك ضيق الوقت.

للإجابة عن الإشكالية و التساؤلات المطروحة ارتأينا إتباع منهجين الأول تحليلي وذلك من خلال قراءة النصوص القانونية و محاولة فهمها وتحليلها و استخراج ما تهدف إليه.

أما الثاني مقارن من خلال قيامنا بمقارنة بين نظام الكفالة والأنظمة القانونية المشابهة له.

وعليه تم تناول هذا الموضوع في فصلين خصصنا الأول لدراسة طبيعة نظام الكفالة من خلال بيان مفهومه أولا،ثم التمييز بينه وبين ما شابهه من الأنظمة القانونية الأخرى وأخيرا تحديد الأسس التي تؤدي لقيامه.

في حين الفصل الثاني كان لدراسة سريان النظام القانوني للكفالة في ثلاث مباحث كان أولها لبيان إجراءات سريان النظام القانوني للكفالة، ثانيا تدابير حماية سريان النظام القانوني للكفالة و أخيرا أسباب انقضاء الكفالة.

الفصل الأول:

طبيعة نظام الكفالة

الفصل الأول:
طبيعة نظام الكفالة

نظم المشرع الجزائري نظام الكفالة في قانون الأسرة الجزائري وانتهج في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية التي وضعت هذا النظام كبديل للتبني الذي حرم بمجيء الإسلام لما فيه من اختلاط في الأنساب وتداخل الحقوق فكانت الكفالة خير بديل لذلك لضمان حماية الولد القاصر وحفظ حقوقه سواء كان معلوم النسب أو مجهول.

ولأهمية هذا النظام الذي كان محل دراسة غالبية الفقهاء وأهل القانون سنحاول من خلال هذا الفصل إلى معرفة فيما تتمثل طبيعته؟

وذلك من خلال تحديد مفهوم الكفالة في المبحث الأول لمعرفة معناها في شتى المجالات باعتبارها لها استعمالات مختلفة بتحديد معناها اللغوي و الاصطلاحيوكذلك بيان مدى مشروعيتها بين الفقه والقانون.

وفي المبحث الثاني سنحاول مقارنة هذا النظام بما يشابهه من الأنظمة نبدأ أولا مقارنته بالتبني والحضانة وثانيا بصور النيابة الشرعية المتمثلة في الولاية، الوصاية، القوامة

أما في المبحث الثالث نركز على أهم الأسس التي يقوم عليها من خلال الشروط الواجبة في أطراف الكفالة والتي تضم كل من الكافل، المكفول، وعقد الكفالة، وثانيا الأركان التي بناءا على توفرها يتم إبرام العقد وقيام النظام بأحسن صورة المتمثلة في وجود التراضي وقيام المحل والسبب وأخيرا اتخاذه شكل معين.

المبحث الأول: مفهوم نظام الكفالة.

الكفالة مصطلح شاسع لها معاني مختلفة تضاربت أراء الفقهاء وأهل القانون بشأنها فمنها ما يعني الولاية على المال والولاية على النفس ومنها ما يعني ضمان الدين، ومنها ما يعني العناية والرعاية والقيام بولد قاصر.

وهي نظام منصوص عليه في كلا القانونين المدني و قانون الأسرة لكن كل واحد أعطى لها مفهوم مختلف و حدد لها نظام مغاير.

و ما يهمنا في هذا المبحث هو نظام الكفالة المنصوص عليه في قانون الأسرة وعليه سنتطرق أولا إلى بيان مفهومها الذي يشمل كل أنواعها مع التركيز في ما يخص النوع الذي نحن بصدد دراسته و هو كفالة الولد القاصر، و ثانيا نحاول ضبط ما مدى شرعيتها في الفقه و القانون من خلال مطلبين مسارهما على النحو الآتي:

المطلب الأول:تعريف نظام الكفالة .

تعددت آراء الفقهاء وأهل القانون في تحديد مفهوم واحد للكفالة و ذلك نظرا لتعدد استخداماتها في مجالات مختلفة ومن بينها مجال الأحوال الشخصية لهذا سنسعى من خلال هذا المطلب إلى التطرق لمختلف التعاريف المتعلقة بهذا المصطلح:

أولها يكون تعريفا لغويا و الآخر يكون اصطلاحيا، الذي يضم في محتواه تعريف الشريعة الإسلامية و القانون.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للكفالة.

الكفالة لها مقاصد مختلفة، ففي مجال المعاملات نجد لها معنى خاص وفي الأحوال الشخصية لها معنى مغاير ولهذا سنتطرق في هذا الصدد إلى وضع تعريف لغوي في كلا المجالين لتحديد المعنى المعمول به في قانون الاسرة.

الكفالةفي اللغة العربية: الضم وزعامة وحمالة وقبالة وصبارة وكل هذا بمعنى واحد[1].

الكفالة اسم مشتق من الكفل والكفل في اللغة بمعنى: كفل: الكفل: الضعف[2]. قال تعالى:**{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَآَمِنُوا بِرَسُولِهِ يُؤْتِكُمْ كِفْلَيْنِ مِنْ رَحْمَتِهِ وَيَجْعَلْ لَكُمْ نُورًا تَمْشُونَ بِهِ وَيَغْفِرْ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ}**[3].

(والكفل) وازن حمل: الضعف من الأجر أو الإثم والكفل أيضا: الحظ والنصيب[4]ومنه قوله تعالى:**{مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ مُقِيتًا }**[5].

الكفل: الذي لا يثبت على ظهور الخيل. قال الشاعر: كفل الفروسة دائم الإعصام[6].

(1)مجد الدين محمد بن يعقوب، قاموس المحيط، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية ،2007،ص 1065.

(2) أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، قاموس الصحاح،مجلد واحد، دار الحديث، القاهرة،1430– 2009، ص 1005.

(3) سورة الحديد، الآية: 28.

(4) رجب عبد الجواد إبراهيم، معجم المصطلحات الإسلامية في المصباح المنير، دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ،1423–2002، ص 203.

(5)سورة النساء، الآية: 85.

(6)أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص 1005.

ذو الكفل: اسم نبي من أنبياء الله صلوات الله عليهم أجمعين، وهو من الكفالة سمي ذا الكفل لأنه كفل بمائة ركعة كل يوم فوفى بها، وقيل لأنه كان يلبس لحساء كالكفل[1].

الكفل أيضا ما اكتفل به الراكب، وهو أن يدار الكساء حول البعير ثم يركب، ومنه حديث إبراهيم–عليه السلام– قال:« يكره الشرب من ثلمه الإناء ومن عروته».

قال: « يقال: كفلت به كفالة، ولحفت عنه بالمال لغريمه، وكفلت أيضا كفلا، أي واصلت الصوم ».

قال القطامي يصف إبلا بقلة الشرب:

يلدن بأعقار الحياض كأنها نساء النصارى أصبحت هي كفل.

و أكفلته المال، أي ضمنته إياه،وكفلته إياه فكفل به هو كفلا وكفولا، والتكفيل مثله وتكفل بدينه تكفلا[2].

وكفل المال بالمال: ضمنه، وكفل بالرجل يكفل. وكفل كفلا و كفولا وكفالة وكفل وكفل تكفل به كله ضمنه.

والكفالة من كفل –تكفلت إياه بمعنى التنزيل العزيز:« وكفلها زكريا» أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها ورعايتها أي القيام بأمرها وفي الحديث:**((كافل اليتيم له أو لغيره أنا وهو كهاتين في الجنة))**رواه مسلم[3].

الكافل: الذي يكفل إنسانا ويعوله، ومن قوله تعالى:" وكفلها زكريا". وذكر الأخفش أنه قرئ أيضا (وكفلها) بكسر الفاء.

(1)محمد ابن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء الاول، المجلد الخامس ، دار صادر، بيروت الطبعة الاولى ، 1997 ، ص 422.

(2)أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص 1005.

(3)محمد ابن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، ص 422.

والكفل بالتحرك للدابة وغيرها، يقال: أكفلت بكذا إذا وليته كفلك"[1].

– كفل (الكفيل) الضامن، الكافل هو الذي يعول إنسانا وينفق عليه[2]، الكافل:القائمبأمر اليتيم المربي له، وهو الكفيل الضمين أي أن اليتيم سواء كان الكافل من ذوي رحمه وأنسابه أو كان أجنبيا لغيره تكفل به.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.

أولا– تعريف الكفالة في الشريعة الإسلامية:

بالنسبة لمجال المعاملات لا تبتعد الكفالة في الاصطلاح الفقهي عن معناها اللغوي فهي عند فقهاء الشريعة تعني الضم والضمان والمماثلة، فالكفيل ضامن وتنضم ذمته إلى ذمة الأصيل ليكون مماثلا في تحمل المسؤولية اتجاه الطالب.

حيث عرفهاالأحناف بتعريفين هما:

الأول: الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة.

الثاني: هو ضم الذمة إلى الذمة في الدين[3].

ويرى ابن عابدين أن من عرفها بالضم في الدين إنما أراد تعريف نوع منها هو الكفالة بالمال وأما الكفالة بالنفس فهي المطالبة اتفاقا وهماماهيتانلا يمكن جمعهما في تعريف واحد[4].

(1)أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ص 1005.

(2)رجب عبد الجواد إبراهيم، ،المرجع السابق، ص 302.

(3) محمود احمد مروح مصطفى، الكفالة أنواعها وطرق الإبراء منها، ، دار النفائس، الأردن،الطبعة الأولى،2003 ص 01

(4) محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت،الطبعة الثانية ، 1989، ص 282.

تعريف المالكية:

عرف فقهاء المالكية الكفالة بلفظ الضمان فكانت تعريفاتهم للضمان لا للكفالة[1*].

يقول الخليل: الضمان شغل ذمة أخرى بالحق[2].

يقول القرافي من كبار المالكية: الكفالة في اللغة سبعة ألفاظ كلها مترادفة: الحميل والزعيم والكفيل والقبيل والأذين والصبير والضامن والقبالة : القوة، والقبيل: قوة في استيفاء الحق والأذين والإدانة بمعنى الإيجاب، أي واجب على نفسه واصله من البدن وهو الإعلام، والكفيل معلم بان الحق في جهته، والصبيرمن الصبر وهو الحبس لأنه حبس نفسه لأداء الحق[3].

تعريف الشافعية:

عرف الشافعية الضمان على انه حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره.

ويفرق الإمامان، النووي والماوردي من الشافعية بين لفظي الضمان والكفالة في الاستعمال، فالضمان خاص بإحضار المال، والكفالة خاصة بإحضار البدن ولذا يقال: ضمان المال وكفالة البدن[4].

يقول الماوردي من كبار الشافعية – الضمين والضامن مستعمل في الأموال

- يقول ابن عرفة: الضمان التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له.

(2) .محمود احمد مروح مصطفى، المرجع السابق، ص 19.

(3) حسن عبد الدايم، الكفالة كتامين شخصي للحقوق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،الطبعة الأولى، ص 24.

(4) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت ، دون ذكر سنة النشر، ص 199.

والحميل في الديات والزعيم في الأموال والعظام، والكفيل في النفوس والصبير في الجميع[1].

تعريف الحنابلة:

تعددت عبارات فقهاء الحنابلة في تعريف الضمان فمنها ما يبدأ بكلمة (ضم الذمة) ومنها ما يبدأ بكلمة التزام، والحقيقة أن مفادها جميعا واحد لا يبتعد عن التعريف التالي:الضمان: هو التزام من يصح تبرعه بما وجب أو قد يجب على غيره مع بقائه.[2]

أما في مجال الأحوال الشخصية فمعنى الكفالة تطرق إليه فقهاء الشريعة فيما يخص اليتيم واللقيط وكل طفل منبوذ أي ليس له من يعول هاو ينفق عليه ويحضنه ويرعاه سواء كان معلوم الأبوينأو مجهول ولم يخصصوا لهذا الموضوع باب خاص به في كتاباتهم[3].

إلاأنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أن الإسلام شرع لليتيم حقوقا كثيرة نذكر منها: حقه في الحياة وحقه في النسب، في التسمية، في الرضاعة، الحضانة، الولاية النفقة وفي الميراث... وعليه فإن اليتيم ليس عيبا في الإسلام بل هو إرادة ربانية[4]. قال تعالى:**{أَلَمْ يَجِدْكَ يَتِيمًا فَآوَى}**[5]، وقد اعتنى المولى سبحانه وتعالى باليتامى فأمر برعايتهم وإكرامهم وحض عباده على عدم إيقاع الظلم بهم لقوله تعالى:**{فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ}**[6].

(1) حسن محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 24.

(2) محمود احمد مروح مصطفى، المرجع السابق، ص 20.

(3)يحيى آمنة، كفالة الطفل في التشريع الجزائري، (رسالة ماستر غير منشورة)، إشراف الدكتور رحماني منصور جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013، ص 17.

(4)العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دار مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر،الطبعة الأولى، 2013، ص 288.

(5)سورة الضحى، الآية: 06.

(6)سورة الضحى، الآية: 09.

وعليه فإن المتعارف بين المسلمين وما يحثنا عليه ديننا الحنيف أنه يدعونا إلى التكافل والتراحم،الرحمة،الإحسان إلى اليتيم واللقيط أو أي طفل لا يجد من يرعاه أو يحميه وإعطائه المحبة والعيش وسط أسرةالأجر والثواب العظيم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:((**كافل اليتيم له أولغيره كهاتين في الجنة**)). رواه مسلم.

وفي صحيح البخاري – أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:((**أنا وكافل اليتيمفي الجنة هكذا وقال بأصبعه السبابة والوسطى**)).

وعليه الكفالة هي القيام بأمور اليتيم ورعايته والإحسانإليه ورعاية كل طفل منبوذ أو ليس له من يعيله ويرعاه والولاية على مصالحه تنمية ماله إذا كان له مال.

فالشريعة الإسلامية لم تكتفي بتنظيم الكفالة من خلال نظامها القانوني بل شجعت عليها عن طريق قواعدها الدينية، كما جاء في قوله عليه الصلاة والسلام:((**خير بيت للمسلمين بيت فيه يتيم يحسن إليه وشر بيت للمسلمين فيه يتيم يساء إليه**))[1].

وعليه اعتبرت الكفالة إلتزام شخصي يصدر من الكافل سواء كان رجلا أو امرأة لأنها تبرع منه مما يضفي عليه صبغة قانونية ودينية وعليه لا يستطيع إلزام غيره بها هذا يعني أن كفالة الزوجين للطفل تتطلب الموافقة من كليهما في الشريعة الإسلامية فالكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوما أو مجهول النسب[2].

(1)رواه ابن ماجة، سنن ابن ماجة، حققه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتاب الحصري ودار الكتاب اللبناني دون ذكر سنة النشر ،الباب 6، المجلة 2، الحديث رقم 3689.

(2)محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى، 1957، ص 400.

ثانيا- التعريف القانوني للكفالة:

الكفالة في القانون لها معنيين:

1- معنى الكفالة في القانون المدني:

صدر التقنين المدني الجزائري بموجب الأمر 75-58، المؤرخ في 26-09-1975 لينظم أحكام المعاملات المالية، حيث نص على الكفالة في الباب الحادي عشر منه، في فصلين تضمن الفصل الأول أركان الكفالة في المواد 644-653 والفصل الثاني تضمن آثار الكفالة في المواد 654-673 حيث جاء في المادة 644 منه مايلي:«الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه »[1].

يتبين لنا من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري حدد طبيعة الكفالة فهي عقد وليس التزام بإرادة منفردة أي بإرادة الكفيل[2]، كما أنها تتم بين الكفيل والدائن، حيث الكفالة تتطلب شروط محددة في القانون لانعقادها، وتعني الضمان وهو نوع من أنواع التأمين وما تجدر الإشارةإليه أنه لا ينبغي أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة في نص المادة 644:« إذا لم يفيه المدين نفسه »، أن التزام الكفيل معين على شرط واقف وهو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء لأن التزام الكفيل التزام بأن يترتب في ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة، فالمراد من هذا التنصيص العمل على إبراز الصفة الاحتياطية للكفالة والتي تجعل الكفيل ملتزم من الدرجة الثانية بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب المدين أولا وهو ما نصت عليه المادة 660 من القانون المدني الجزائري[3].

([1]) الأمر 75-58 المؤرخ في رمضان1395الموافق ل 26سبتمبر1975،المعدل بالأمر رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية، عدد 78.

(2)هذا ما أخذت به أغلب التشريعات العربية، كمصر تونس والأردن الكويت الإمارات...

(3زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، الجزائر،دون سنة النشر،ص 18.

وعليه الكفالة هي عقد يتم بين الدائن والكفيل دون المدين بل أنه لا يشترط في عقد الكفالة موافقة أو رضا المدين بل يمكن أن يتم بدون علمه ورغم معارضته، ومع ذلك فإن المدين ليس بغريب تماما عن عقد الكفالة. حيث أن هذا العقد ما تم إلا ليضمن التزام هذا المدين لدائنه، وبالتالي ليوفر له الثقة والائتمان لدى دائنه، ويمنح هذا الأخيرالأمنوالأمان[1].

فحسب المادة 644 منالقانون المدني الجزائري فالكفالة عبارة عن عقد ضمان ضم ذمة إلى ذمة للالتزام بحق، فالذي يهم في الكفالة هو المدين، إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل، فيجب أن يكون مذكورا بوضوح في عقد الكفالة، وهذا الالتزام للمكفول أكثر ما يكون مبلغا من النقود كما قد يكون عملا أو امتناع عن عمل، فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغا من النقودضمن الكفيل ما عسى أن يحكم على المدين الأصلي من تعويض جراء إخلالهبالالتزام بإعطاء شيء من النقود، أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل[2].

فالكفالة إذن تفترض وجود التزام مكفول، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به أو دائن بالالتزام الأصلي المكفول بموجبه بين الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يقف به المدين الأصلي وعليه الكفالة تترتب إلزاما شخصيا في ذمة الكفيل[3].

(1)نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية (الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر ، 2005، ص 10.

(2)عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر والأخير في التأمينات الشخصية والعينية،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، الطبعة الثالثة ،2000، ، ص 19.

(3) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري– التأمينات الشخصية والعينية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1991–1992، ص 13.

2- معنى الكفالة في قانون الأسرة:

نص المشرع الجزائري على نظام الكفالة في الفصل السابع من الكتاب الثاني الذي يحمل عنوان النيابة الشرعية من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 في المواد 116 إلى المادة 125 حيث عرف الكفالة بقوله:« الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب لابنه وتتم بعقد شرعي »[1]

المقصود بالكفالة هنا هيالتزام على وجه التبرع لكفالة الصغير المكفول بالإنفاق عليه وتربيته ورعايته قيام الأبلابنه باعتباره وليا قانونيا، ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة، وتتم بعقد شرعي أمام المحكمة أو الموثق وأن تتم برضا من له أبوان[2].

فالكفالة تكون على سبيل التبرع من جهة ومن جهة أخرى لا بد من موافقة المكفول وأهل الكافل حتى تستطيع الكفالة أن تحقق الهدف الذي وجدت من أجله، وفي حالة عدم وجود الأبوين بسبب الوفاة أو أن المشمول بالكفالة لقيط أو مجهول النسب، فنعتقد هنا لابد من إبرام عقد الكفالة أمام القضاء[3]، إذ أن الكفالة تعتبر إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية أبويه سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب[4].

([1]) الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ: 27 فبراير 2005، المتعلق بالأسرة، الجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة في: 27 فبراير 2005.

(2)بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج)، الجزءالأول ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،الطبعة الثانية، 2010، ، ص 422.

(3)بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر ،الطبعة الأولى ، 2008،ص 248.

(4) عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي1999-2000، ص 293.

أي أن الكفالة هي رعاية الولد الصغير من وجوه عدة وعلى سبيل التبرع[1]من قبل أسرة غير أسرته النووية سواء كانت من أقاربه أو غريب عنه[2]دون حدوث أي تأثير في النسب فهي بذلك تختلف عن نظام التبني الذي فيه تزييف للنسب، فهو إعادة بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريده من نسب أبيه وإعطائه نسب شخص آخر[3]كما يعرف بأنه استحقاق شخص معروف النسب أو مجهول له مع التصريح بأن يتخذ ولدا مع انه ليس ولده الحقيقي[4]، الذي يعتبر ممنوعا شرعا وقانونا حسب نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري.

فالملاحظ من خلال المادة 116من قانون الأسرة الجزائري أن الكفالة قبل أن تكون عقدا كبقية العقود القانونية هي عقد تبرعي غير إلزامي علما أن الكفيل الراغب بإبرام هذا النوع من العقود يكون دائما مجرد العاطفة الإنسانية، خاصة أن الكفالة تكون غالبا عن المولود، الطفل والقاصر سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب.بما مؤداه عدم كفالة البالغ ذكرا أو أنثى من الشخص الأجنبي[5].

المطلب الثاني: شرعية الكفالة في الفقه والقانون.

من خلال هذا المطلب سنتعرض إلى بيان مدى مشروعية الكفالة في الفقه من خلال ما جاء في القرآن الكريم وسنة الرسول- صلى الله عليه وسلم-. بعدها نحدد

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 248.

* طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر،الطبعة الأولى ، 2009، ص 191.

(2) علي الهادي الحوات، رعاية الطفل المحروم، مركز الإنماء العربي،الطبعة الأولى، 1989، ص 27-32.

(3) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، طبعة منقحة، 2013، ص 215.

(4) معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية،الجزء الأول ، دار الوفاء، مصر، الطبعة الرابعة، 1988،ص 159.

(5)أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر ، 2009، ص 197

موضع الكفالة وحكمها في قانون الأسرة الجزائري والقوانين المجاورة كالقانون التونسي والمغربي كمثال.

الفرع الأول: حكم الكفالة في الشريعة الإسلامية.

تعتبر الكفالة ومشروعة في كتاب الله وسنة الرسول- صلى الله عليه وسلم- وإجماع العلماء.

أولا: حكم الكفالة في القرآن الكريم.

قال الله تعالى في كتابه العزيز في سورة "آل عمران" :**{وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا}** أي ضمها إليه[1]، وهوالذي تولى كفالتها والقيام بها بدلالة قوله تعالى:**{... ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ}**[2].

حيث فسر العلماء « وكفلها زكريا» أي جعل زكريا كافلها وراعيا مصالحها حتى شبت وترعرعت[3]، كما جاء في قوله تعالى:**{إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى مَنْ يَكْفُلُهُ فَرَجَعْنَاكَ إِلَى أُمِّكَ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ وَقَتَلْتَ نَفْسًا فَنَجَّيْنَاكَ مِنَ الْغَمِّ وَفَتَنَّاكَ فُتُونًا فَلَبِثْتَ سِنِينَ فِي أَهْلِ مَدْيَنَ ثُمَّ جِئْتَ عَلَى قَدَرٍ يَا مُوسَى}**[4] معنى ذلك هوأن يحفظه ويرضعه ويربيه[5].

(1)أبي عبد الله بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن،المجلد الرابع ، دار الكتب العلمية، بيروتلبنان،الطبعة الخامسة، 1996، ، ص 239.

(2)سورة آل عمران:الآية 44.

(3)وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهجالجزءان الثالث و الرابع ، المجلد الثاني، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية ، 2009، ص 232.

(4)سورة طه، الآية 40.

(5)أبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، التفسير الكبير- تفسير القرآن العظيم،المجلد الرابع ،دار الكتف الثقافي، إربد، الأردن،الطبعة الأولى، 2008، ص 239.

وقال أيضا:{**وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ** }[1].

كل هذه الآيات تدل على مشروعية الكفالة وأن الله في كتابه العزيز يحثنا على تدبير شؤون اليتيم ورعاية مصالحه وشدد على كل من يعتدي على ماله ويأكل شيئا منها لقوله تعالى:{**إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا**}[2].

فنهى الله تعالى الأولياءوالأوصياء على أكل مال اليتيم بغير حق[3]، أي حثنا على كفالته مع رعاية أمواله ومصالحه.

الكفالة في الشريعة الإسلامية بدليل التبني الذي هو محرم تحريما قطعيا لقوله تعالى:{**ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا**}[4].

حيث انه بتحريم الله عز وجل التبني أي البنوة الادعائية، قضى على ما كان من أحكام زمن الجاهلية، واستمرت حتى صدر الإسلام، ولذلك كان من الضروري وجود نظام بديل وكان نظام الكفالة خير بديل.

(1)سورة القصص: الآية12 .

(2)سورة النساء: الآية10.

(3)العربي بختي، المرجعالسابق، ص 290.

(4)سورة الأحزاب، الآية 5.

ثانيا: حكم الكفالة في السنة.

جاء في السنة النبوية أحاديث تبيح نظام الكفالة وتبطل التبني، قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم–**((من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام))**، حيث بين أنه مجرد ادعاء لا أساس له ولا يثبت به النسب[1]، فرسول الله– صلى الله عليه وسلم– أبطل تبني زيد بن حارثة.حيث جاء في قول الله تعالى:**{مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ}**[2].

وعن سهل ابن سعد– رضي الله عنه– قال، قال رسول الله– صلى الله عليه وسلم–**((أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاذينوأشار بين السبابة والوسطى وفرج بينها))** رواه البخاري وكافل اليتيم هو القائم بأمور.

وفي الحديث أيضا:**((وأنت خير المكفولين))** أي أن الرسول – صلى الله عليه وسلم– خير من كفل في صغره وأرضع وربي. والرسول – صلى الله عليه وسلم– رغب في كفالة اليتيم والاهتمام برعايته وبشر الأوصياء أنهم سيكونون معه في الجنة، كما رغب

(1)أحمد الشرباصي، يسألونك في الدين والحياة ،المجلد الثاني ، دار الجيل، بيروت، لبنان، ، 1986، ، ص230.

(2)سورة الأحزاب، الآية: 4.

* ولكي يؤكد الإسلام أن التبني يرفضه الدين القيم، كان الرسول– صلى الله عليه وسلم–، قد زوج أسامة ابن زيد من زينب بنت جحش، فلما قضى الإسلام على التبني وفارق زيد بن حارثة زينب زوجها ربنا سبحانه وتعالى للرسول– صلى الله عليه وسلم–.

في العطف على اليتامى وكفالتهم سواء كانوا أقارب من جهة الرحم أو أوصى عليهم الحاكم في البلاد[1].

كما أمر بتطبيب نفس اليتيم فقال عليه الصلاة والسلام: ((**إن أردت أن يلين قلبك فامسح رأس اليتيم وأطعمه**)) بما في ذلك من أثر نفسي[*].

الفرع الثاني: حكم الكفالة في القانون.

أولا: حكم الكفالة وتكييفها في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة الثانية من دستور1996على أن « الإسلام دين الدولة »

من خلال المادة السالفة الذكر نجد أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون، وأن الإسلام هو دين الدولة وعلى هّا الأساس فإن قانون الأسرة الجزائري معظم أحكامه مستمدة من الشريعة من بينها حكم التبني الذي يعتبر حسب المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري ممنوع شرعا وقانونا حيث جاء في فحواها: « يمنع التبني شرعا وقانونا»

(1)أحمد عبد عوض، التكافل الاجتماعي في الإسلام، ألفا، الهرم، الطبعة الأولى، 1429، 2008، ص 74.

* قال الرسول– صلى الله عليه وسلم– :«من ضم يتيما من أبوين مسلمين إلى طعامه وشرابه وجبت له الجنة» أخرجه أحمد 344/4.

* وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم– :« والذي بعثني بالحق لا يعذب الله يوم القيامة من رحم يتيما، وألان له في الكلام، ورحم يتمه وضعفه، ولم يتطاول على جاره بفضل ما أتاه الله»رواه الطبراني.

حيث يرى اهل القانون أنه حبذا لو تعرض المشرع الجزائري لتعريفة حتى لا يختلطمفهوم التبني بمفهوم الإقرار بالنسب[1].حيث أن هّا الأخير اعتراف بالنسبة الحقيقية لشخص مجهول. فمن أقر لمجهول النسب بأنه ابنه، فقد اعترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية وأنه خلق من مائه سواء كان صادقا في الواقع أم كاذبا. وعليه تثبت له جميع أحكام البنوة شرعا وإن كان كاذبا في الواقع[2].

معنى هذا أنه لا يمكن لأي جزائري مسلم أن يدعي ولدا ليس بابنه على انه ابنه بالزعم وينسب إليه ويسجل على لقبه واسمه.

وبتحريم التبني وجد بديل له وهو نظام الكفالة فمن خلال تحليل المواد الواردة في قانون الأسرة المتعلقة بالكفالة والمنصوص عليها من المادة 116 إلى 125.

نجد أن المشرع الجزائري كيف نظام الكفالة على انه التزام على وجه التبرع وأنه يتم بموجب عقد شرعي أمام المحكمة أوالموثق ويكون هذا الالتزام إرادي شخصي يقوم به الكافل. ومنه فإن المشرع إنتهج أحكام الشريعة الإسلامية ونظم أحكام الكفالة وفق نظام قانوني يحمي الطفل المكفول وجعلها كبديل للتبني.

ثانيا: حكم الكفالة في القوانين الأخرى.

1- في القانون التونسي.

بالرجوع إلى مجلة الأحوال الشخصية الصادرة في 4 مارس 1958 في القانون عدد27 لعام 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني نجد القانون التونسي خرج عما أخذت به معظم الدول العربية والإسلامية حيث أخذت بكلا النظامين. نصت في

(1)بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق، ص 251.

([2]) عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر، الجزائر، دون ذكر سنة النشر ص 196.

الفص الثامن على أنه: « يجوز التبني حسب الشروط العينية بالفصول الآتية: ينبغي أنيكون المتبني شخصا رشيدا ذكرا أوأنثى متزوجا متمتعا بحقوقه المدنية ذو أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون المتبني..».

وفي الفصل الرابع عشر بأن المتبنى يحمل لقب المتبني وفي الفصل الخامس عشر بأن للمتبنى حقوق التي يتمتع بها الابن الشرعي[1].

كما نجده نص على الكفالة في الفصل الرابع من القانون عدد 27 من العام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العامة والكفالة والتبني فإنه يؤكد على أن عقد الكفالة يبرم لدى عدلين بين الكفيل من جهة وبين أبوي المكفول أو أحدهما إذا كان الآخر ميتا أو مجهولا، وعند الاقتضاء الولي العمومي أو من يمثله، ويصادق الحاكم على عقد الكفالة أي أن دور القاضي المصادقة فقط.

من خلال هذا نجد أن هناك أحكام غريبة في القانون التونسي خالفت وبصورة صريحة أحكام الشريعة الإسلامية[2].

2- القانون المغربي:

ورد في البندين2و 3 من الفصل 83من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على أن البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة إلى الأب، وأن التبني العادي ملغى لا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة[3]، فمن خلال المادة 149 من مدونة الأسرة الصادرة سنة 2004 تقضي بأنه:« يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية»[4].

(1)حامد الجندلي، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس،الطبعة الأولى، 2011، ص 539.

(2)بن شويخ الرشيد ،المرجع السابق، ص 219.

(3)عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 219.

(4)بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق، ص 251.

حيث أصدر المشرع المغربي القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الذي صدر بتنفيذه الظهير المؤرخ في 13 يونيو 2002، والذي ألغى القانون رقم 165-03-1 بتاريخ 10 سبتمبر 1993 الخاص بكفالة الأطفال المهملين وطبقا لهذا القانون عرف كفالة الطفل المهمل على أنها التزام برعايته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة الحق في النسب ولا في الإرث.

كما نظم أحكام الكفالة في القانون رقم 99-37، المتعلق بالحالة المدنية حيث جاء في المادة 16 بأنه يتم اختيار اسم للمكفول[1].

(1)الحماية القانونية المقررة للطفل المتكفل به بالمغرب.http/www.blog.saeed.com

المبحث الثاني: الكفالة و الأنظمة المشابهة لها وفقا لقانون الأسرة الجزائري

جاء في المادة الثانية من قانون الأسرة الجزائري على أن :« الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة».

وفي مادته الثالثة على أن الأسرة تعتمد في حياتها على الترابط و التكافل وحسن المعاملة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية.

وباعتبار الطفل عنصر حساس في الأسرة ونظرا لضعفه وعجزه لصغر سنه، خص المشرع الجزائري لحمايته العديد من الأنظمة سواء كانوا أسوياء عاديين أتوا الى الحياة الدنيا مكتملي الخلقة و عاشوا في ظروف اعتيادية أم جاءوا بغير ذلك. فمنهم من يولد داخل أسرة ويعرف نسبه ،إلا انه قد يحدث بين والديه نزاع يؤدي إلى الطلاق أو يتوفى أحدهما أو كلاهما ومنهم من يكون مجهول النسب. وهذه الأنظمة تتمثل في الحضانة وصور النيابة الشرعية " الولاية، الوصاية، القوامة، الكفالة، ونجد بعض الدول تأخذ بنظام التبني محل الكفالة أو النظامين معا.

و بما أن موضوع بحثنا هو الكفالة ما الذي يميزها عن هذه الأنظمة؟ هل الكفالة حضانة؟ هل هي تبني؟ هل هي وصاية؟ هل هي ولاية ؟ هل هي قوامة؟ أم أن الكفالة نظام مستقل ومختلف عن الكل ؟

للإجابة عن ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق أولا لمقارنة الكفالة بالتبني و الحضانة،وثانيا لمقارنتها بصور النيابة الشرعية.

المطلب الأول: مقارنة الكفالة بالتبني و الحضانة

سنتطرق من خلاله إلى تحديد أوجه التشابه و الاختلاف بين كل من الكفالة و التبني، و بين الكفالة و الحضانة من خلال تقسيمه إلى فرعين كالأتي:

الفرع الأول: الكفالة و التبني

باعتبار نظام الكفالة هو البديل الذي جاء به الإسلام لمنع التبني الذي كان معروفا في الجاهلية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة، وعلى هذا لا بد من التطرق لهذا النظام لمعرفة ماذا نعني بالتبني؟ وما هي أوجه التشابه و الاختلاف ما بين النظامين؟

أولا: تعريف التبني: للتبني معنيين أحدهما لغوي و الآخر اصطلاحي:

1-التعريف اللغوي:

التبني من تبنى تبنيا ويقال تبنى الصبي أي ادعى بنوته و اتخذهابنا[1].

2- التعريف الاصطلاحي:

التبني هو أن يدعي شخص بنوة ولد معلوم النسب أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه ومع ذلك يتخذه ولدا ويعطيه اسمه[2].

(1) السيد محمد مرتضي بن محمد الحسيني الزبيري، تاريخ العروس من جواهر القاموس،المجلد عشرون ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،الطبعة الأولى ، 2007، ، ص188.

(2)بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق، ص250.

أي أن التبني هو أن يضم الرجل طفلا إلى نفسه مع علمه أنه ولد غيره ومع هذا يلحقه بنسبه و أسرته ويثبت له كل أحكام النبوة و آثارها مع إباحة اختلاط وحرمة الزواج واستحقاق الميراث[1].

كما يعرف على أنه يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه وعرفه أنه ليس ولده فينتسب هذا المتبني إلى من تبناه[2].

ويكون له على هذا المتبني حقوق الولد، فالمتبني لا يقول أن هذا المتبني ابنه ومن صلبه ولكنه أنزله منزلة ابنه والتزم له بحقوق وقطع نسبه إلى غيره[3].

هذا النظام كان معمول به في الجاهلية حيث كانوا يجعلونه كالابن الحقيقي يأخذ أحكامه من النفقة و الميراث وتحريم زوجته على متبنيه[4].

ثانيا: الفرق ما بين الكفالة و التبني.

من خلال التعاريف السابقة نتوصل إلى أوجه تشابه و اختلاف ما بين الكفالة والتبني سنتطرق إليها على النحو الآتي:

1-أوجه التشابه:

كل من نظام الكفالة و التبني يهدفان إلى رعاية الطفل و تربيته و القيام بشؤونه حيث يكون الطفل المكفول أو المتبني قاصرا إما معلوم النسب أو مجهول النسب، كما تمنح

(1) يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، دار البعث، قسنطينة، الجزائر،الطبعة العشرون ، 1984، ص186.

(2) محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، سلسلة دروس العلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،الطبعة الثالثة، 1992، ص55.

(3) المرجع نفسه، ص55.

(4) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، ، الدار الجامعية، بيروت، ، الطبعة الرابعة،1983، ص727.

للكافل أو المتبني الولاية القانونية على الطفل بتولي جميع أمواله وحقوقه وإدارتها وفقا للقانون.

2-أوجه الاختلاف:

أ- من حيث التعريف:

من المتعارف عليه في التفرقة ما بين التبني و الكفالة أن التبني يؤثر في النسب إذ يحدث نسب جديد اعتباري هو النسب بالتبني أي فيه تزييف للنسب[1] من خلال إدعاء بنوة طفل معلوم النسب من طريق تجريده من نسبه إلى أبيه و إعطاءه نسب شخص آخر دون مسوغ شرعي.

أما الكفالة فهي نظام وضع لرعاية الطفل وتربيته و القيام بشؤونه من طرف الكافل دون حدوث أي تأثير على نسب الطفل.

التبني هو استحقاق شخص معروف النسب أو مجهول النسب مع التصريح بأن يتخذه ولدا مع أنه ليس ولده الحقيقي[2] أي أن يعلن المرء أمام الملأ أن "فلان الفلاني" ابنه ومن تلك اللحظة يصبح في أعين الناس ابنه يجري عليه جميع أحكام البنوة[3].

أما الكفالة فهي التزام على وجه التبرع برعاية الطفل قيام الأب بابنه مع المحافظة على نسب الطفل.

(1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص215.

(2) معوض عبد التواب،المرجع السابق، ص159.

(3) أحمد حماني، استشارات الشرعية ومباحث فقهية، الجزء الرابع، المؤسسة الوطنية المطبعية، الجزائر ، 1993، ص515.

ب- من حيث الشرعية:

تعتبر الكفالة مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله وإجماع العلماء لقوله تعالى:**{إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى مَنْ يَكْفُلُهُ....}**[1]

أما التبني فهو محرم تحريما قطعيا بالكتاب و السنة قال الله تعالى:**{وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤﴾ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا﴿٥﴾}**[2]

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:**((ليس من رجل ادعى إلى غير أبيه وهو يعلمه إلا كفرا))**.

في قانون الأسرة الجزائري نجد في المادة 46 منه أخذت بأحكام الشريعة الإسلامية حيث جاء « يمنع التبني شرعا و قانونا»، أما المادة 116 من نفس القانون نصت على أن:« الكفالة التزام على وجه التبرع...»

جـ- من حيث الآثار:

التبني فيه التحاق نسب المتبني للمتبني ومنحه اللقب العائلي أي التبني يعني إعطاء كل الحقوق التي هي للابن الحقيقي من نسب و علاقة حرمة ونفقة واجبة وميراث، وهذا الأمر باطل لا تعترف به الشريعة الإسلامية[3]،حيث هذا النظام يجعل للولد المتبني أن يتزوج من إخوته من أبيه الأول الذي انقطعت به صلتهم و لا علاقة تعرفه هذه الصلة

(1) سورة طه، الآية 40.

(2)سورة الأحزاب :لآية، 4-5.

(3)بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق، ص251.

كما يحرم على الولد المتبني أن يتزوج من أسرة الأب الذي تبنه ومن محارمه رغم أنهن حل له[1].

على خلاف الكفالة فيها محافظة على النسب بالرجوع إلى المادة 64 من قانون الحالة المدنية نجد أن ضابط الحالة المدنية يعطي الأسماء يختار آخرها كلقب ويجوز للكافل أن يملكه شيئا حال الحياة من باب الهبة أو يوصي له جزءا من ماله.

الفرع الثاني: الكفالة و الحضانة

أولى المشرع الجزائري عناية و اهتمام بالطفل باعتبار الطفولة مرحلة حساسة في مراحل نمو الانسان، حيث نص على نظام الحضانة ونظام الكفالة الذي يعتبرهما بعض الفقهاء بأنهما مرادفين، فهل حقا لا يوجد اختلاف بينهما أم أنه يوجد تمييز ما بين النظامين؟ هذا ما سنحاول معرفته من خلال معرفة المعنى بالحضانة ومدى تمييزها عن نظام الكفالة.

أولا: تعريف الحضانة.

1-التعريف اللغوي: يقال حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه حضنت الأم وليدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها و قامت بتربيته وتسمى حينئذ حاضنته[2].

2-التعريف الاصطلاحي

الحضانة هي تربية الطفل ورعايته و القيام بشؤونه في سن معينة مما له الحق في ذلك من أقارب المحارم فقد جعل الشارع أمر تربية الولد في المرحلة الأولى من حياته إلى

(1) احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص96.

(2) بدران أو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة و القانون، الجزء الأول، دار النهضة، بيروت، دون ذكر سنة النشر. ، ص543.

الأم وفوض حضانته إليها لأنها أشفق و أرحم به من غيرها[1].

فالحضانة معناها إمساك الولد و تربيته منذ أول وجوده سواء كان ذلك للأم أو لغيرها ممن يقوم مقامها[2]، أي تربية الولد لمن له حق الحضانة، فهي حفظ الطفل الصغير ذكرا كان أو أنثى وعليه فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا[3] حيث تعتبر أول ضرب من ضروب الولاية على الطفل وفقهيا هي تربية الولد ممن له حق الحضانة[4].

أما المشرع الجزائري فقد خص الحضانة في قانون الأسرة في المواد من 62 إلى 72 حيث عرفها في المادة 62 منه ولم يتركها للاجتهاد الفقهي أو القضائي وذلك بنصه على أنها:« الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك».

ثانيا: الفرق بين الكفالة و الحضانة

من خلال التعاريف سالفة الذكر نتوصل إلى وجود تشابه و اختلاف ما بين نظام الكفالة و الحضانة يمكن فيما يلي بيانه:

1-أوجه التشابه:

- الكفالة و الحضانة نظامين يهدفان الى رعاية الطفل و تربيته و حمايته و حفظه صحة وخلقا.

(1 فؤاد يوسف نهرا، وخليل أنطوان صغير، أحكام الأحوال الشخصية، دار المنشورات، بيروت،دون ذكر سنة النشر ص204.

(2) مفيدة بوصبيعة، منازعات الحضانة في التشريع الجزائري، (رسالة ماستر غير منشورة)، إشراف الدكتور علي بودفع جامعة 20أوت 1955، سكيكدة، كلية الحقوق و ع السياسية، قسم الحقوق، 2013، ص5.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، بيروت، 1950، ص406.

(4) نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها و تطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص244.

- يشترط في كل من الحاضن و الكافل أن يكون بالغا و أهلا للقيام بحضانة و كفالة الطفل.
- يراعي في كلاهما مصلحة المكفول أو المحضون.
- الحضانة و الكفالة مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله، كما نجد أن المشرع الجزائري نص على كلا النظام و حدد بعض الأسس التي يقومان عليها.

2-أوجه الاختلاف

- الحضانة تكون على طفل معلوم النسب بينما الكفالة فتكون على طفل معلوم النسب أو مجهول النسب.
- إن الكفالة هي التزام على وجه التبرعدون عوض، حيث لا يأخذ الراغب بالتكفل أي عوض ولا يقدمه أما الحضانة فيجوز فيها أخذ أجرة وتسمى بأجرة الحضانة[1] حيث يرى الحنفية أن الأم بعد انقضاء عدتها أو غيرها من الحاضنات تستحق أجرة الحضانة مقابل قيامها بعمل وتلك الأجرة غير أجرة الإرضاع ونفقة الولد[2].

- في نظام الكفالة يعتبر الإسلام شرط ضروريا في الكافل طبقا لنص المادة 118 قانون الأسرة الجزائري، بينما في الحضانة لم يشترط هذا الشرط في الحضانة، جاء في نص المادة 62 على أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه....أي أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربيته على دين أبيه أي على مبادئ وقيم الدين الإسلامي.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع ، دار الفكر، الجزائر،الطبعة الاولى،1992، ، ص 734-735.

(2) عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص242.

وهذا ما جسده قرار المحكمة العليا في أحد قراراته[1] من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه و أن حضانة الذكر للبلوغ و حضانته حتى سن الزواج.

- تطلق الحضانة على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أو أبيه أو غيرهما حيث نجد المشرع الجزائري قام بترتيب أصحاب الحق في الحضانة في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري وكلهم لهم صلة قرابة بالطفل المحضون.أما الكفالة فتطلق في الطفل الذي يكون عند غير والديه الأصليين.
- الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول في حين الحضانة فالحاضن لا يلزم بالنفقة على المحضون فنفقة المحضون تكون من ماله إذا كان له مال، أو على من تجب عليه النفقة وهذا في حالة الطلاق بين الزوجين، فالمادة 72 من قانون الأسرة الجزائري.
- للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي وهذا ما تخوله له الكفالة حسب المادة 121من قانون الأسرة الجزائري،أما الحاضن لا تكون به مبدئيا الولاية القانونية إلا في حالة الطلاق يمنحها القاضي لمن أسندت له الحضانة حسب المادة 87 ق.أ.ج.

- الكفالة لا تتم إلا بموجب عقد شرعي وتسند بموجب قرار بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام المحكمة أو الموثق و بمصادقة من المحكمة أما الحضانة فتسند للحاضن بحكم قضائي.
- تنتهي الحضانة بالنسبة للذكور ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواجوللقاضي أن يمدد الحضانة للذكر إلى 16 سنة اذا لم تتزوج الحاضنة ثانية وذلك حسبالمادة 67 ق. أ. ج، أما الكفالة فتبقى مستمرة إلى غاية بطلب الأبوين أو

(1) قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 52221 بتاريخ:13 مارس 1989.

أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما، أو بالتخلي عن الطفل إذا كان الطفل معلوم الأبوين أما إذا كان مجهول النسب فيبقى في كفالتهما.

المطلب الثاني: مقارنة الكفالة بصور النيابة الشرعية.

يقصد بالنيابة هي قيام إنسان مقام غيره لينوب عنه في تصرفاته، أو قيام شخص مقام غيره بإذنه في التصرف بحيث تتصرف أثار هذا التصرف إلى هذا الغير وقد اقتصر الفقهاء في كتب الفقه على هذا الإطلاق، و عالجوا المسائل و الأحكام في هذا النطاق والنيابة بمعناها العام هي قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه[1]، وهي أنواع مختلفة ومن بينها النيابة الشرعية أو ما يعرف بالنيابة القانونية وهي التي يستمد النائب سلطته في التقاعد من القانون مثل الولاية، الوصاية، القوامة التقديم عن القصر والمحجور عليهم.

ولقد نظمها المشرع الجزائري في قانون الأسرة في الكتاب الثاني بجميع صورها وباعتبار الكفالة تعتبر صورة من صور هذه النيابة ما الذي يميزها عن باقي صور النيابة الشرعية؟

الفرع الأول: الكفالة و الولاية.

نص المشرع الجزائري على الولاية في الفصل الثاني من الكتاب الثاني، الذي يحمل عنوان النيابة الشرعية في المواد من 87 إلى 91 من قانون الأسرة الجزائري.

وهو نفس الكتاب التي نص فيه المشرع على نظام الكفالة الذي يعتبر صورة من صور النيابة الشرعية فهل الكفالة ولاية أم هناك فرق ما بين النظامين؟

(1) بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية و القوانين العربية، مطبعة المنار، سطيف، الطبعة الأولى، 2012، ص17.

أولا: تعريف الولاية:الولاية هي القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد ويسمى متولي العقد[1]، و الولاية ثلاثة أنواع، الولاية الأولى التربية و الولاية الثانية هي الولاية على النفس ،و الولاية الثالثة هي الولاية على المال إذا كان له مال[2].

كما أن الولاية هي السلطة التي يتمتع بها الشخص في إلزام الغير و تنفيذ القول عليه، شاء ذلك الغير أو أبى، ونجد المشرع الجزائري في المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري قد منح الولاية للأب بنصه في الفقرة الأولى على أنه :« يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا».

ثانيا: الفرق بين الكفالة و الولاية.

بعد تعريفنا للولاية نتوصل إلى وجود تشابه مع نظام الكفالة ووجود اختلاف نحاول إيجازه فيما يلي بيانه:

1-أوجه التشابه:

تتفق الكفالة مع الولاية في هدف واحد وهو القيام بولد قاصر وتولي شؤونه من خلال تربيته وتعليمه وتوفير كل ما يعتبر من الضروريات و المحافظة على صحته ونموه، كما أن الولاية تعتبر سلطة شرعية في النفس و المال، يترتب عليها نفاذ التصرف شرعا[3] كما في الكفالة التي تعطي الكافل جميع السلطات التي يتمتع بها الأبوان على الطفل، وعلى ذلك تكون له ولاية على النفس و المال معا.

(1) بلقاسم شتوان، المرجع السابق،ص24.

(2) محمد أبو زهرة،المرجع السابق، ص405.

(3) أحمد نصر الجندي، المرجعالسابق ، ص184.

2-أوجه الاختلاف:

- الكفالة هي التزام على وجه التبرع بالقيام بطفل إما مجهول أو معلوم النسب، في حين الأولياء مرتبون بحكم الشرع، لا يجوز تعديلهم إلا بحكم من الشرع في الولاية و يكون ذلك بأن تخل شروط ولاية السابق ليحل محله اللاحق وحدد قانون الأسرة في المادة 87 منه بأن الأب يكون وليا وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا[1].
- الكفالة تكون فيها الكافل يتولى شؤون المكفول في حين الولاية نوعان ولاية ذاتية أو قاصرة، هذه الولاية تثبت للشخص كامل الأهلية أي الذي بلغ سن الرشد، هذا الشخص له ولاية تامة على جميع شؤونه و أمواله.

وهناك ولاية متعدية وهي الولاية المنصوص عليها في قانون الأسرة هذه الولاية تثبت للشخص على غيره و سببها قيام أمر هذا الغير جعله الشارع علة و سببا لثبوت هذه الولاية وهي نوعان: ولاية أصلية تثبت تلقائيا ومصدرها القانون وولاية نيابية وتثبت عن طريق النيابة[2].

- الكفالة تكون على الطفل مجهول أو معلوم النسب سواء تتم كفالته من أحد الأقارب أو من شخص آخر، بينما الولاية تكون للأب على أولاده القصر.
- تكون الكفالة أمام المحكمة أو الموثق أما الولاية تكون تلقائيا وفي حالة الطلاق يمنحها القاضي لمن أسندت له حضانة الاولاد[3].

الفرع الثاني: الكفالة والوصاية.

نص المشرع الجزائري على نظام الوصاية في الفصل الثالث من الكتاب الثاني الذي يحمل عنوان النيابة الشرعية. في المواد من 92 إلى 98 من قانون الأسرة الجزائري

(1) عبد السلام الرفاعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، ، إفريقيا الشرق، دون طبعة ،1996 ،ص422.
(2) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص184-185.
(3) المادة 87 فقرة 3، قانون الأسرة الجزائري.

وتعتبر الصورة الثانية لصور النيابة الشرعية من بعد الولاية. وعليه هل الكفالة وصاية؟ هل يوجد اختلاف ما بين النظامين وإن وجد فيما يتمثل هذا الاختلاف؟

أولا: تعريف الوصاية:

الوصاية لغة من وصي: وصيت إلى فلان توصية وأوصيت إليه إيصاء، والاسم الوصاية بالكسر والفتح لغة[1] .

اصطلاحا:

الوصاية من الوصي وهو الشخص المختار الذي يتولى رعاية أموال الصغير بإدارتها والتصرف فيها في الحدود التي رسمها القانون له وهذا الاختيار قد يأتي من جانب الأب. فيحتل وصية المرتبة الثانية من بعده. وإما ان يكون من جانب المحكمة وهي لا تختار الا اذا لم يكن هناك ولي ولا وصي وهو ما يسمى بالمقدم[2].

فالوصي هو كل شخص ليس أبا أو جدا وتثبت له سلطته على نفس وصال القاصر.

يستمد الوصي سلطاته إما بالاختيار وإما بالتعيين وهنا يسمى الوصي المختار والوصي المعين، وقد يكون وصي خاص أو وصي خصومة من حيث مدى السلطات التي تعطى له وقد يكون مؤقتا أو دائما وذلك من حيث الامتداد الزمني لسلطاته وأخيرا قد يكون أكثر من واحد[3].

(1) رجب عبد الجواد ابراهيم، معجم المصطلحات الإسلامية في المصباح المنير، فصل الواو ،المرجع السابق ، ص 1570.

(2)جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية – طبيعتها وأحكامها–، دار الفكر العربي، 1980، ص 40.

(3)ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004، ص 103 – 104.

ثانيا: مقارنة بين الكفالة والوصاية

1- أوجه التشابه

كما في الأنظمة الأخرى تتفق الوصاية مع الكفالة في هدف رعاية الولد القاصر وتولي شؤونه والمحافظة عليه

- يشترط في الكافل والوصي الإسلام، العقل البلوغ، القدرة على رعاية الولد القاصر.

2- أوجه الاختلاف

الكفالة تتم بموجب عقد شرعي يثبت كفالة طفل معلوم النسب أما في الوصاية فحسب المادة 92.ق.أ.ج يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إن لم تكن له أم تتولى أموره أي أن الوصاية تكون لشخص لا يكون أبا أو جدا وتثبت إلا بقرار من المحكمة إما بتعيينه أو بتثبيته إذا كان قد اختاره الأب قبل الوفاة.

الفرع الثالث:الكفالة والقوامة

نص المشرع الجزائري على نظام القوامة أو ما يعرف بالتقديم في الفصل الرابع من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري في المادتين 99و 100 وتعتبر الصورة الثالثة من صورة النيابة الشرعية فما المقصود بالتقديم وبما تختلف الكفالة عنه؟

أولا: تعريف القوامة.

القيم: هو السيد وسائس الأمر وقيم الصغير الذي يقومه ويسوس أمره وكذلك بمعنى التكفل لقوله تعالى: **{الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ}**سورة النساء الآية 34. بمعنى قيام

الرجال بأمور النساء والتكفل بشؤونهم[1]،وهو المتولي والناظر وهو القيم على الصغير والمجنون والسفيه والحال.....الخ[2].

ثانيا: مقارنة بين الكفالة والقوامة(التقديم).

1- أوجه التشابه.

كلا النظامين يهدفان إلى حماية الطفل ورعايته وتولي شؤونه في غياب قيام الوالدين بمهامهما أو لوجود ظروف أخرى كالوفاة .

2-أوجه الاختلاف.

الكفالة التزام على وجه التبرع أي أن الكافل هو من يتقدم لطلب التكفل بولد قاصر بينما في التقديم فالمقدم تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو موصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها أي أنها لا تقوم على القاصر فقط وإنما على البالغ إذا كان فاقد الأهلية أو ناقصها.

في نظام الكفالة الكافل هو من يطلب الكفالة بالطفل بينما في القوامة تكون بناءا على طلب أحد أقارب الشخص أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.

(1)محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب،المرجع السابق، ص 3784.

(2)بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 29.

المبحث الثالث:أسس قيام نظام الكفالة.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد في المادة 116 منه أن الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر معنى هذا أن هناك كافل يقوم بالتزام ومكفول يتولى الكافل تربيته ورعايته والنفقة عليه قيام الأب بابنه، كما نص على أنها تكون إلا بعقد شرعي قانوني يبرم إمام المحكمة أو أمام الموثق.

وعليه الكفالة عبارة على نظام قانوني محدد في قانون الأسرة ويلزم كل شخص إحترام أحكامه لأنه يتعلق بالنظام العام، ولهذ لقيامه لابد من وجود أسس يقوم عليها تتمثل في توافر شروط في أطرافه الأساسية المتمثلة في الكافل، المكفول، عقد الكفالة وباعتبار الكفالة لا تتم إلا بموجب عقد شرعي فلا بد أن تقوم على أركان العقد من تراضي، محل، سبب وشكل معين.

وهذا ماسنتطرقإليه خلال هذا المبحث على النحو الآتي بيانه:

المطلب الأول: الشروط الواجبة في أطراف الكفالة.

طبقا لما ورد في قانون الأسرة الجزائري وتماشيا مع أحكامه فانه يستلزم لقيام نظام الكفالة توافر طرفين لنشوئه، متمثل في الكافل الذي يلتزم بالقيام بولد قاصر قيام الأب بابنه من خلال تربيته ورعايته والحفاظ عليه، ومكفول وهو الولد القاصر،ويتم ذلك بموجب عقد شرعي.أي أن هناك ثلاثة عناصر أساسية لابد من أن تتضمن مجموعة من الشروط وسنقوم بتحديدها على النحو التالي:

الفرع الأول: الشروط الواجبة في الكافل.

طبقا للمادة 118من قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على انه، « يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا. أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته ».

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري حدد شروط عامة متمثلة في الإسلام،العقل والأهلية، القدرة على الرعاية يجب على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة أن تتحقق من ذلك من خلال إجراء تحقيق لمراقبة مدى توافرها في الكافل أم لا، فإذا وجدت حرر العقد من قبل هذه الجهات وإن ثبت عدم وجود شرط من الشروط رفض الطلب.

لكن السؤال المطروح هل هذه الشروط كافية في الكافل للتكفل بولد قاصر ورعايته أم توجد شروط أخرى؟

قبل أن نتحدث عن الشروط لابد من معرفة ماذا يقصد بالكافل؟ ثم نقوم بتحديد الشروط الواجبة في هذه الأخيرة.

أولا: تعريف الكافل:

يقول الأعرابي: كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد، وفرق الليث بينهما فقال:الكفيل الضامن والكافل هو الذي يعول إنسانا وينفق عليه[1].

فالكافل هو الشخص الذي يضمن إليه يتيما أو لقيطا ويجعله كابنه في العطف عليه والعناية به وتربيته، فيحضنه وتربيته، فيحضنه ويطعمه ويكسوه ويعلمه[2].

ثانيا: الشروط.

كما سبق القول المشروع الجزائري حدد ثلاثشروط عامة متمثلة في الإسلام العقل والأهلية، القدرة على الرعاية. إلا انه تثور العديد من التساؤلات حول ما إذا كانت هذه الشروط كافية لرعاية وحماية الطفل القاصر؟

- إذا كان الكافل رجل فقط هل يشترط الزواج؟

(1)محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، المرجع السابق، ص 422.

(2)يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 186.

– هل يشترط وجود فارق في السن بين الكافل والمكفول؟

– إذا كان الكافل متزوج هل تتم بإرادة منفردة أم تتطلب الموافقة من الزوجة على الكفالة؟

– هل الكافل شخص طبيعي فقط أم هل يمكن للأشخاص الاعتبارية المتمثلة في الهيئات والمؤسسات والجمعيات طلب الكفالة؟

– هل جنسية الكافل محل اعتبار في عقد الكفالة أم يكفي أن يكون مسلما؟

كل هذه التساؤلات لم ينص عليها المشرع صراحة في قانون الأسرة ولذلك سنتطرق إلى الشروط المنصوص عليها. والشروط التي كان من الضروري النص عليها لحل الإشكال والغموض للقاضي والمتقاضي

1–الشروط الواردة في قانون الأسرة:

1_أ: شروط الإسلام:

اشترط قانون الأسرة في المادة 118 على أن يكون الكافل مسلما حتى يتمكن من كفالة طفل ، وبما أن الكافل سيتولى رعاية الطفل وتربيته وتعليمه وهذا هو أساس الكفالة فإن هذا الشرط يعتبر ضروري لنشأة المكفول على دين الإسلام ويتربى ويتعلم على مبادئه وتعاليمه لقوله تعالى: **{لَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلا}**[1] وقال تعالى: **{لَا يَحْتَضن المُؤمِنُونَ الكَافِرِينَ أَوْلياء من دون المؤمنين ومن يَفْعل ذلك فليس مِنَ الله فِي شَيء إلا أَن تَتَقُوا منهم}** كما قال تعالى: **{بَشِّرِ الْمُنَافِقِينَ بِأَنَّ لَهُمْ عَذَاباً أَلِيماً (138) الَّذِينَ يَتَّخِذُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاء مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَيَبْتَغُونَ عِندَهُمُ الْعِزَّةَ فَإِنَّ العِزَّةَ لِلّهِ جَمِيعاً}**[2].

(1)سورة النساء: الآية : 141.

(2)سورة النساء: الآية 138– 139.

باعتبارالمشرع الإسلام شرطا ضروريا بالتالي الغير مسلم سواء كان مسيحي الديانة أو يهودي فعند تقديم طلب الكفالة لرعاية طفل قاصر جزائري يرفض يطلبه يرفض طلبه تلقائيا وهذا ما يجري عمليا في المحاكم.

والحكمة من اشتراط الإسلام في الكافل هو حفظ الطفل خلقا وحتى يتحلى بأخلاق الإسلام والأنبياء والمرسلين كالطاعة والإحسان إلى من تكفل بتربيته[1].

1-ب: شرط العقل والأهلية.

يشترط المشرع من بعد الإسلام أن يكون عاقلا وأهلا للقيام بشؤون المكفول متصنعا بالأهلية الكاملة المتمثلة في أن يكون بالغا راشدا غير محجور عليه لجنون أو عنه فحسب المادة 85قانون الأسرة الجزائري :«تعتبر تصرفات المجنون المعتوه والسفيه غير النافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه». وحسب المادة 86 من قانون الأسرة الجزائري:«من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني». وحسب المادة40قانون المدني الجزائري سن الرشد 19 سنة كاملة. فلا يمكن لشخص غير قادر على رعاية نفسه كالمجنون أو المعتوه أن يتولى رعاية طفل قاصر، ويقصد بالعقل هو حسن التدبير والتسيير وحسن السيرةالسلوك، الأخلاق أن لا يكون صاحب سوابق أو أن يكون معروف عليه بأنه يستغل الأطفال، بالتالي يكون سلوكه سلوك الرجل المعتاد.

فنجد في الفقه أنه يشترط في الكافل أو الحاضن رجلا أو امرأة العقل. فلا حضانة لمجنون ولا لمجنونة ولا حضانة لصغير[2].

(1)أبي الوليد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، المرجع السابق، ص 284.

(2)عبد الرحمن الجزائري، المرجعالسابق، ص 596.

ويقصد بالأهلية هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات وهو ما يعرف بأهلية الوجوب يكتسبها الشخص بمجرد ولادته حيا، وأهلية الأداء وهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته، تعبيرا يترتب عليه أثار قانونية. بمعنى قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية[1].

وهناك عوارض تصيب الأهلية حيث هناك أمور تطرأ على الشخص بعد بلوغه سن الرشد فمنها ما يصيب العقل فتعدم عنده التمييز. كالجنون والعته، ومنها ما يصيب التدبير فينقص من تمييزه. كالسفيه وذي الغفلة. فإذا ثبت عدم تمتع الكافل بالأهلية الكاملة رفض الطلب لان المسالة من النظام العام إذ يجوز للنيابة العامة تقديم طلب الحجر إلى المحكمة وبالتالي لا يمكن له كفالة غيره بموجب حكم القاضي بالحجر. فحسب المادة 101قانون الأسرة الجزائري :«من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه».

بالتالي فانه لا يمكن كفالة طفل قاصر من طرف شخص غير عاقل أو أهليته ناقصة أو منعدمة وكل هذا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي حسب كل حالة وما يتطلبه المكفول من عناية ورعاية من طرف الكافل أي أنه يراعي مصلحة المكفول.

3- شرط القدرة على الرعاية.

القدرة على الرعاية هي الشرط الثالث المنصوص عليه في المادة 118من قانون الأسرة الجزائري والمقصود بالقدرة هي الإمكانية والاستطاعة على رعاية الطفل المكفول القاصر من الناحية المادية والمعنوية وكذلك الكفاءة على رعاية وحمايته صحة وخلقا أي

(1)الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،الطبعة الثانية، دون ذكر سنة النشر ، ص196.

النظر إلى الحالة المالية والاقتصادية للكافل ومدى قدرته على توفير الضروريات اللازمة للمكفول.

وهي بذلك تكون كالحضانة بحيث لا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون كالكبير في السن، المريض، الأصم، الأعمى وكذلك العاجز وباعتبار الكفالة والحضانة لهما نفس التكييف القانوني متمثل في رعاية الولد وتعليمه و القيام بترتيبه وحفظه صحة وخلقا والسهر على توفير كل ما يحتاجه فلا بد ان يكون الكافل أو الحاضن على استطاعة للقيام بذلك. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها:« من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فان القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة، دون توفر هذا الشرط يعد خرقا فالقواعد الفقه الإسلامي»[1].

كما جاء في القرار أخر:«ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبناءها ومن ثمة فان قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا على الصواب و خالفوا القواعد الفقهية». [2]

بالإضافة إلى هذا فإن القاضي أو الموثق يطلب من طالبي الكفالة قادر على توفير طرف معيشي ملائم للمكفول مراعاة لمصلحة هذا الأخير.

(1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،قرار بتاريخ 1984/07/09،ملف قرار رقم 33921، ، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989، ص 76.

(2) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1984/07/09،قرار رقم 33922، المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1989، ص 76.

2- الشروط الغير واردة في قانون الأسرة الجزائري:

الملاحظ من خلال المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع نص على شروط عامة متمثلة في الشروط السالفة الذكر. لكن عمليا نجد أن القاضي يتحقق من عدة شروط أخرى. لأن السؤال المطروح هل الشروط الواردة في المادة السالفة كافية لحماية الطفل المكفول وهل فيها تقدير لمصلحته ؟

تتمثل الشروط الغير واردة في قانون الأسرة والموجودة على مستوى الميداني العلمي في:

أ- **تحديد جنس الكافل:** السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان من خلال المواد الواردة في قانون الأسرة هو هل الكافل يقصد به الرجل والمرأة أم الرجل فقط؟

أي هل يشترط في الكافل أن يكون ذكرا أم يجوز للمرأة كفالة الغير؟

بالرجوع إلى المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري نجد في محتواها:رعاية الأب بابنه. هناك الأب دلالة على أنه رجل.

بالرجوع إلى المادة 118 من قانون الأسرة نص على:« يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا، أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته »، الملاحظ من هذه المادة أنها جاءت بصفة المذكر أي الرجل وليس المرأة وعليه هل للمرأة حق كفالة الطفل أم لا؟

عملا بالشروط التي تطلبها المساعدة الاجتماعية أن يكونا متزوجين،كما أنّه تمنح للمرأة سواء كانت متزوجة أو عازبة أو مطلقة أو أرملة إذا توافرت فيها الشروط الضرورية وذلك

بعد دراسة ملفها و حالتها النفسية و يرجع الأمر لموافقة لجنة الوضع[1]. حيث انه نجد وزارة النشاط الاجتماعي والتضامن وهي كالآتي:

1_ يجب أن يكون الكافل مسلما، عاقلا، بالغا متمتعا بكامل قواه العقلية.

2_ يجب أن يكون الحد الأدنى للسن بالنسبة للزوجة 50 سنة و60 سنة بالنسبة للزوج ويبقى السن محل قرار اللجنة.

3_ يجب أن يكون لدى طالبي الكفالة سكن لائق بتربية طفل مسعف، ملكية خاصة أو إيجار أو كراء.

4_ يجب أن يتعدى دخل الكافل الحد الأدنى للأجر الوطني المضمون لعد طرح كل الأعباء والتكاليف الشهرية[2].

كما انه في حالة الأم البديلة التي ترعى طفلا معاقا أو مصابا بمرض مزمن ان يصرف لها مقابل رعايته[3].

5_ أن يتمتع طالبي الكفالة بصحة جيدة خالية من أي مرض معدي أو قاتل.

تجدر الإشارة إلى انه على مستوى المحكمة يوجد عقود كفالة تقوم بها المرأة وتمنح لها. فلا فرق أن يكون الكافل رجلا أو امرأة المهم مراعاة مصلحة المكفول وتوفير حياة جيدة له.

2- شرط الزواج:

- هل يشترط في الكافل أن يكون متزوجا؟ أي هل يجوز كفالة رجل أعزب؟

---

(2)دليل إجراءات الكفالة، مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن D.A.S.

(3)فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 121.

– هل يشترط موافقة الزوج أو الزوجة إن كانا على قيد الحياة؟

يعتبر شرط الزواج شرط ضروري لأن الزواج رابطة شرعية هدفها تكوين أسرة على الرحمة والتعاون والمحبة ،والطفل يحتاج أن يعيش في جو عائلي وسط أسرة.وهذا لمصلحته، فالأسرة تعطيه الحب والدفيء العائلي تمده التربية، الأخلاق، حسن المعاملة ويكون هذا الطفل كباقي الأطفال لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة نجده أهمل هذا الشرط المهم في طالبي الكفالة.

لكن عمليا على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي في الغالب طالب الكفالة ملزم بإرفاق الملف بشهادة عقد زواج، كما انه إذا اقبل الزوجين على الكفالة يتعين موافقة الزوج الأخر[1]. لأن رضا الزوج لا يعني بالضرورة رضا الطرف الأخر وموافقته ولهذا من أجل مصلحة المكفول يجب أن تكون الموافقة صريحة أمام القاضي بحضور كلا الزوجين. فكان من المفترض النص على هذا الشرط لضمان حماية الطفل المكفول لان أغلب المحاكم لا تراعي تحرير محضر الموافقة للزوجين أمام القاضي إذ يكفي إحضار الشاهين وحضور الأطراف فقط.

وعليه فحسب ما أكدته لي المساعدة الاجتماعية في مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن بأن الكفالة تمنح للمرأة سواء كانت متزوجة أو عازبة أو مطلقة أو أرملة. غير أنها لا تمنح الكفالة للرجل الغير متزوج ذلك أن الطفل في مرحلة الطفولة يكون في الغالب بين أحضان الأم باعتبارها مصدر الحنان وهذا ما ينطبق على الحضانة بان الأم تكون أولى بحضانة ابنها على الأب. وهذا كله يكون في مصلحة الطفل القاصر المراد التكفل به.

(1)الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق، ص196.

3- شرط السن:

- هل يشترط وجود فارق في السن بين الكافل والمكفول؟

- هل هناك سن محدد للكافل؟ ما هو الحد الأدنى؟

لا يوجد نص صريح في القانون يحدد سن الكافل وبالرجوع إلى المادة 07قانون الأسرةالجزائري نجد أن أهلية الرجل والمرأة تكتمل بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبلا ذلك لمصلحة أو ضرورة. وبالتالي يرخص للقاصر بالزواج فهل يمكن لهذا القاصر المرخص له أن يكفل قاصر مثله فلو افترضنا أن طالب الكفالة رجل كان أو امرأة تم الترخيص لهما بالزواج من طرف القاضي في سن 18 سنة والمكفول 14 سنة فالعقل لا يقبل هذا فأربعة سنوات غير كافية وقاصر يكفل قاصر لا تتحقق هنا مصلحة المكفول. وبالتالي فوضع نص تنظيمي يحدد الفارق في السن أمر ضروري.

لكن وبالرغم من هذا نجد في دليل وزارة النشاط الاجتماعي والتضامن وضعت شروط كما سبق ذكرها حيث أن الحد الأدنى للمرأة هو 50 سنة و60 سنة للزوج.

وان تتجاوز سن الكافل عن سن المكفول، كما انه عند التحرير عقد الكفالة تكون مراعاة مصلحة المكفول.

4- الجنسية:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائرية نجد المشرع سكت شرط الجنسية واشترط سوى الديانة الإسلامية وعليه فهل يمكن لشخص أجنبي كفالة طفل جزائري؟

حسب نص المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري أجاز للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة وبغض النظر عن دينهم فإن قواعد الإسناد المحددة في المادة السالفة الذكر يستوجب على القاضي الجزائري

أن قانون الأجانب يجيز الكفالة، مع العلم أن طالب الكفالة والمكفول ليسا من جنسية واحدة فهنا القاضي بعد التحقيق الذي يجريه يقوم بتحرير عقد الكفالة.

لكن إذا كان أحد القانونين لا يجيز، فانه لا يمكن تحديد عقد الكفالة لان المادة 13 مكرر 01 تلزم القاضي أن يراعي القانونين معا يوم تحرير العقد في حين أثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط حيث أن محتوى المادة جاء على النحو الآتي:« يسري على صحته الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها. ويسري على أثارها قانون جنسية الكفيل، ونطبق نفس الأحكام على التبني».

3-مدى إمكانية الأشخاص الاعتبارية من طلب الكفالة:

لا يوجد أي نص قانوني صريح يمنح للأشخاص الاعتبارية[1] الحق في طلب كفالة الأطفال سواء كانوا مجهولي أو معلومي النسب باستثناء الدولة كشخص معنوي وحدها المسئول عن التكفل بالأطفال وذلك من خلال بناء دور للأطفال المسعفين، دور اليتامى....

حيث أنه بموجب مرسوم يتضمن إحداث دور للأطفال المسعفين تنظيمها وتسييرها:

المادة الأولى: « تحدث دور للأطفال المسعفين، تخصص لقبول الأولاد وأيتام الدولة وإيوائهم وتربيتهم من ولادتهم حتى سن البلوغ ».

(1)الأشخاص الاعتبارية أو ما يعرف بالشخص المعنوي هي الهيئات والمؤسسات والجماعات يمنحها القانون الشخصية القانونية وأهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات والذمة المالية.

المادة الرابعة: « تنشا في كل دار أو أكثر للأولاد المسعفين يحدد التنظيم الإداري والحالي المشترك في دور الأطفال المسعفين، بأحكام هذا المرسوم »[1].

الفرع الثاني: الشروط الواجبة في المكفول

جاء في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري أن الكفالة تكون بالقيام بولد قاصر وجاء في المادة 119 من نفس القانون بان الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معروف النسب.

الملاحظ من خلال هاتين المادتين أن المشرع نص على أن المكفول يكون قاصر إما معلوم النسب أو مجهول.وعليه سنحاول معرفة ماذا نعني بالمكفول؟

_ من هم الأطفال الذين تتم كفالتهم؟ و فيما تتمثل الشروط الواجبة في المكفول؟

أولا: تعريف المكفول :

المكفول هو الطفل الذي يتولى شخص أخر يسمى الكافل القيام بأموره ورعايته رعاية الأب بابنه وحسب قانون الأسرة أن يكون قاصرا وان هناك فئتين: مكفول معلوم النسبمكفول مجهول النسب .

– **المكفول معلوم النسب:** وهو الطفل الذي يعرف نسبه أي يكون أبواه معلومين جاء نتيجة وثمرة زواج شرعي بين امرأة ورجل للشروط وأركان الزواج المنصوص عليها في المادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

(1)مرسوم رقم 80– 83 المؤرخ في 28 ربيع الثاني عام 1400 الموافق لـ 15 مارس سنة 1980، الجريدة الرسمية عدد 12 المؤرخة في 01 جمادى الأولى 1400 هـ الموافق لـ 18 مارس، المتضمن احداث دور الأطفال المسعفين(تنظيمها و تسييرها)، ص 457.

حيث انه بالرجوع إلى المادة 41من قانون الأسرة الجزائري « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ».

وعليه في حالته انتسابه لأمه أمام حالة الإقرار بالأمومة وذلك لسببين أما إن الطفل ابن زنا أو أبوه مجهول وهنا نلجأ لإثبات النسب حسب المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري[1]

فالمكفول معلوم النسب هو طفل لأبوين إما أن يكونا على قيد الحياة أو متوفى أحدهما أو كلاهما وهو يعرف باليتيم[2]، حيث أن كفالة معلوم النسب غالبا ما تكون بين الأقارب كفالة الشخص لأخيه أو ابن أخيه، أخته، ابن أخته.....

كما يدخل ضمن هذه الفئة الأطفال يثبت من البحث الاجتماعي استحالة رعايتهم في أسرهمالأصلية مثل أولاد المسجونون أو أولاد نزلاء مستشفيات الأمراض العقلية والأطفال الذين لا يوجد من يرعاهم من ذوي أقاربهم أو يستردون نتيجة انفصال الأبوين[3].

2- **المكفول مجهول النسب:** يدخل ضمن هذه الفئة كل طفل لا يعرف نسبه أي لا يعرف أمه ولا أبوه ولا احد أخر، أو يكون معلوم الأم فقط ويثبت نسبه بالإقرار بالأمومة

(1) المادة 40 من الامر 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتعلق بقانون الأسرة "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32- 33 – 34 من هذا القانون".

(2) اليتيم في أصل اللغة الانفراد، أو فقدان الوالد قبل البلوغ كما يطلق اللفظ على من لم يبلغ الحلم.
و اليتيم في المفهوم الإسلامي: هو الصغير من الناس الذي مات والده مع الصغر وإن كان له جد، ويقع على الصغير وعلى البالغ متى فقد أباه ولم يبلغ مبلغ الرجال وهو سن الرشد، أي هو من فقد والده وهو دون البلوغ، أما من فقد أمه فليس بيتيم، ومن بلغ فليس بيتيم، وتزول صفة اليتم عن الولد بالبلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم((لا يتم بعد احتلام)).

(3)مصطفى عبد المحسن الحبشي، النظام القانوني لحقوق الطفل، دار الكتب القانونية، مصر ، دون طبعة ،2008ص 105.

حسب المادة 44قانون الأسرة الجزائري والأطفال مجهولي النسب الذين يتم التكفل بهم حسب ما صرحت به المساعدة الاجتماعية في مديرية النشاط الاجتماعي هم:

أ- **الطفل اللقيط**[1]: وهو المولود الحي حديث الولادة لا يعرف له أب ولا أم ولا احد غيرهم أي هو الوليد الذي يوجد ملقى على الطريق ونحوه ولا يعرف أبواه حيث يطلق على اللقيط اسم المنبوذ الذي هو طفل ضائع لا كافل له والحق انه ليس كل لقيط نتيجة زنا بل يكون أبواه قد ماتا في ظروف غامضة، أو افتقرا فقرا مدقعا، لهذا قيل في وصفه لأنه نبذه من أهله خوفا من الفقر، أو تخلصا من أمر الزنا أو لأي سبب أخر، ثم وجد ملقى على ناصية الطريق لا يعرف أبواه فإذا اقر ببنوته أي فرد ولم يقل انه يتبنها ثبت نسبه إليه.

ب- الأطفال الذي ترغب أمهاتهم في سرية إبقائهم وذلك بالنسبة للأمهات الآتي تحملن عن طريق الزنا أو يتم اغتصابهم من شخص مجهول ويتم وضعهم في المستشفيات مع الإشارة إلى هؤلاء الأطفال كيف تمت ولادتهم.

ج_ الأطفال الذين ووجدوا ضائعين ولم يعرف أهاليهم، اللاجئين، أطفال الحروب[2]...

1- شرط السن:

أن يكون المكفول قاصرا: وهذا ما نستخلصه من المادة 116من قانون الأسرة الجزائري عدم تحديد سن المكفول ولكن بالرجوع إلى القانون المدني في المادة 40 نجد أن سن الرشد هو 19 سنة كاملة والقاصر هو كل شخص لم يبلغ 19 سنة كاملة.

(1)العربي بختي، المرجعالسابق، ص 296..

(2)عمر بن محمد السبيل، أحكام الطفل اللقيط، دار الفضيلة، الرياض، السعودية،الطبعة الاولى ، 2005، ص25.

أي أن الكفالة تكون على الطفل تكون من الولادة حيا إلى غاية بلوغ سن الرشد، حيث على المستوى العملي نجد أن الأطفال من الولادة إلى 5 سنوات يمكنهم الاندماج بسهولة وسط العائلة على عكس الأطفال الذين يصبحون يعون ما يدور حولهم حيث يصعب عليهم التأقلم.

2-الموافقة على منح كفالة الطفل

جاء في المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب وبالتالي الموافقة على منح كفالة يكون في صورتان:

أ- **بالنسبة إلى معلوم النسب:** فإن كان الأبوان على قيد الحياة يتعين رضاهما على الكفالة التي تعني ولدهما، و إذا توفي احدهما أو كان عاجزا عن التعبير عن إرادته في شأن طلب الكفالة، فموافقة من هو على قيد الحياة تكفي. في حين إذا توفي الأبوين أو عجزا عن التعبير عن إرادتهما لأي سبب ما، يكون القول للمجلس العائلي بعد موافقة كان في حضنه الولد.

ب- **مجهول النسب:** ورد في المقرر الوزاري رقم 061 المؤرخ في 26 أكتوبر 2005 المتضمن إنشاء وتسيير وتشكيل اللجنة المكلفة بدراسة ملفات الكفالة للعائلات المقيمة على التراب الوطني حيث تنص المادة الثانية من هذا المقر على أعضاء اللجنة المكلفة بدراسة طلب الكفالة ويترأسها مدير النشاط الاجتماعي للولاية أو ممثله وتتشكل من:

1_ رئيس مصلحة المساعدة الاجتماعية.

2_ مدير مركز الطفولة المسعفة المعني.

3_ أخصائي نفس أو مربي مختص من مركز الطفولة المسعفة.

4_ مساعدة اجتماعية لدى مصالح مدير النشاط الاجتماعي ولدى مركز الطفولة المسعفة.

كما تنص المادة 03 منه على: «تكلف الجنة الولائية بدراسة واتخاذ القرار حول ملفات طلبات الكفالة للعائلات الحقيقية داخل الوطن».

أما طلبات الكفالة المقدمة من الجالية الجزائرية بالمهجر فهي من اختصاص مصالح القنصلية.

الفرع الثالث: الشروط الواجبة في عقد الكفالة.

الكفالة نظام قانوني يتم تجسيده بموجب عقد يسمى عقد الكفالة يقوم صحيحا بتطابق مع إرادتي كل من الكافل وولي المكفول سواء كان أبواه أو مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن لكن رغم هذا فالمشرع الجزائري وتحقيقا لمصلحة المكفول وحمايته لم يترك تحرير الكفالة لحرية المتعاقدين بل نص في المادة 116من قانون الأسرة الجزائري على أن تتم بموجب عقد شرعي، أي أن تتم الكفالة وفقا لما يقتضيه قانون الأسرة وتعاليم الشريعة الإسلامية والآداب والنظام العام ولتحقيق شرعية العقد جاء في نص المادة 117من قانون الأسرة الجزائريعلى انه :« يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وان تتم برضا من له أبوان».

ويقصد بشرعية العقد هي إعطاء الصفة الرسمية لأن العقد لا يمكن أن يحدث أثار و إثبات وجوده إلا باللجوء إلى المحكمة أو الموثق لإفراغ إرادة الطرفين في شكل معين.

من خلال المادة 117 من قانون الأسرة الجزائرينجد أن المشرع الجزائري اكتفى بتحديد عقد الكفالة على المستوى الوطني فقط وعليه هل عقد الكفالة يتم تحريره أمام المحكمة

والموثق فقط أم هناك جهات أخرى؟وما الهدف من تحرير عقد الكفالة أمام المحكمة أو الموثق؟

أولا: الكفالة أمام المحكمة:

تعتبر المحكمة هي صاحبة الولاية العامة باعتبارها هيئة قضائية تعمل على تطبيق القوانين و العدل بين الأشخاص.و باعتبار أن القانون فوق الجميع ويعرف بأنه مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع والتي تكون مصحوبة بجزاء توقعه للسلطة العامة عند الاقتضاء[1].

وعليه فان تحرير عقد الكفالة أمام المحكمة يعتبر شرط أساسي لان في ذلك حفاظ لمصلحة المكفول حتى لا تهدر حقوق، والنيابة العامة تمثل المجتمع وتعمل على حماية الحقوق والحريات فيه هذا من جهة ومن جهة أخرى، فان أمر رئيس المحكمة له قوة قانونية تمكن حامل العقد وهو الكافل بتسجيل ذلك بمصالح الحالة المدنية حتى يتسنى له الحصول على الوثائق الإدارية سواء للكافل أو المكفول.

بناء على ما سبق فان المحاكم هي المختصة في إبرام عقد الكفالة لأنها صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع القضايا المدنية.

فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إما إلى قاضي الأحوال الشخصية أو والى رئيس المحكمة وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص، وهذا الأخير يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين متطابقة بعد اطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف[2].

(1) محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة، الجزائر، طبعة162008، ص19.

(2) تم التأكد منه بمحكمة عزابة، سكيكدة.

ثانيا: الكفالة أمام الموثق[1]:

التوثيق مصطلح جديد أدخله الفقه الإسلامي والتشريعات المعاصرة ضمن المصالح المرسلة بالنظر إلى الأهمية الكبرى للوثائق الرسمية في وقتنا الحالي. بالرجوع للمادة 117 من قانون الأسرة الجزائري أوجب المشرع على تحرير عقد الكفالة أمام المحكمة والموثق.ونظرا لما على المحكمة من ضغط واستغراق الوقت يلجا بعض الأشخاص إلى الموثق لتحرير الكفالة. باعتبار هذا الأخير له صلاحيات تدوين العقود وإبرامها أمامه وخاصة منها المتعلقة بالحالة المدنية كإبرام عقد الزواج وفقا للمادة 18 قانون الأسرة الجزائري والمادة 72 الفقرة2قانون الحالة المدنية الجزائري.

وقد يكون شرط تحرير عقد الكفالة لدى الموثق لمراقبة إجراءات صحة العقد وإعطاءه القوة الثبوتية والرسمية التي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير. طبقا للمادة 324 من القانون المدني[2]والمادة 115 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[3].

مع وجود ملاحظة بالنسب للأطفال مجهولي النسب والموجودين على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي لا تجري الكفالة عند الموثق بل على مستوى القضاء فقط.

- تحرير عقد الكفالة أمام المحكمة والموثق هما الشرطان الأساسيان اللذان تم النص عليهما في قانون الأسرة الجزائري حيث أن المشرع نص على تحريرها على المستوى

(1) الموثق هو ضابط عمومي مهامه تحرير العقود، كان في السابق يعمل داخل المحكمة فكان يمارس مهامه بالإضافة إلى مهمة توثيق العقود بما فيها عقود الزواج، الكفالة ... فكان غير مستقل عن المحكمة إلى غاية صدور ورقة التوثيق سنة 1988.

(2) تنص المادة 324 ق.م: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

(3)تنص المادة 115 ق.إ.ج "يسلم كاتب الضبط إيصالا بالاستئناف الذي يبلغه فورا للمستأنف عليه، ويعمل على إحالة كامل ملف الدعوى إلى كتابة ضبط الجهة الاستئنافية خلال مدة شهر واحد تحت رقابة رئيس المحكمة وتحت طائلة العقوبات الجزائية".

الداخلي فقط لكن ما يمكن ملاحظته انه توجد هيئة ثالثة تكون بالنسبة للجزائريين المقيمين في الخارج حيث نجد القنصليات الجزائرية لها الحق في تحرير عقد الكفالة يكون ذلك من خلال:

– تقديم الطلب يكون من ذوي الشأن إلى المصالح القنصلية في نسختين الوثائق المطلوبة والذكورة عند طالبي الكفالة القاطنين بالتراب الوطني

– تحقيق نفسي اجتماعي مملوء وموقع قانوني من طرف مصالح القنصلية.

– نسخة طبق الأصل من بطاقات القنصلية، وهذه الأخيرة إما تقبل أو ترفض الطلب حسب توافر الشروط.

المطلب الثاني: أركان عقد الكفالة.

الكفالة كأي عقد من العقود حتى ينشا صحيحا منتجا لأثاره لابد من توافر أركان وهي التراضي، المحل، السبب، الشكل نتناولها على التوالي مع بيان الشروط الواجب توافرها في قيام كل ركن.

الفرع الأول: ركن التراضي.

تنص المادة 59 من القانون المدني على انه: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إراداتهما المتطابقين دون الإخلال بالنصوص القانونية».

التراضي هو تطابق إرادتين على إحداث اثر قانوني معين وحتى يكون صحيحا لابد ان يصدر من ذي أهلية ولا يكون مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة. وتجسد الرضا في عقد الكفالة من خلال:

1- **بالنسبة للمكفول معلوم النسب:**يكون التراضي في هذه الحالة بين المتعاقدين وهما والدي المكفول احدهما او كلاهما مع الكافل طالب الكفالة.

2- **بالنسب للمكفول مجهول النسب:**يكون التراضي بين المؤسسة المتكلفة بالأطفال والكافل.

وفي كلتا الحالتين خلو رضا الطرفين من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

أ_ الغلط: هو وهم تلقائي يقع فيه يكون له دافع على التعاقد ويجعله يتصور الشيء على غير حقيقته حيث نصت المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري.أنّه: «يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله».

مثال الغلط في عقد الكفالة يكمن في أن يتعاقد والدي المكفول كلاهما او المؤسسة المختصة في رعاية الأطفال مع شخص باعتباره شخص اخر ثم يتبين العكس

ب: التدليس: هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه التعاقد باستعمال طرق احتيالية[1].

جاء في نص المادة 87 ق. م « إذا أصدرته ليس من غير المتعاقدين، فليس من

للمتقاعد الآخر أن يطلب إبطال العقدما لم يثب أن المتعاقد الآخر كان يعلمأو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس».

مثال التدليس في عقد الكفالة أن يتم إعطاء معلومات زائفة عن الطفل كأن يعتبر الطفل مجهول النسب وهو في الحقيقة معلوم النسب.أو استعمال حيل و مستندات مزيفة أو اسم مستعار من طرف طالب الكفالة تدفع المعتاد الآخر إلى التعاقد معه.

(1) علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،الطبعة الأولى ، 2006،ص56

ج_ الاستغلال: هو عبارة عن الاختلاف الفاحش في الأداء نتيجة استغلال متقاعد ما في المتقاعد الآخر من ضعف نفسي أو بمعنى آخر هو عدم التعادل أو التوازن بين ما يحصل عليه المتعاقد و بين ما يلتزم به نتيجة استغلال المتعاقد[1].

تنص المادة 90 من القانون المدني على أنه:« إذا كانت الالتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المجنون لم يبرم العقد مع المتعاقد الآخر....».

و مثال الاستغلال في عقد الكفالة أن طالب الكفالة يكون صاحب مال و مكانة ووجود طفل مريض يحتاج للعلاج يقوم هذا الكافل باستغلال والي المكفول لوجود ضعف بهدف تحقيق مصلحة حيث ورد في مقال في جريدة الشروق بأن بعض الآباء يضطرون إلى التخلي عن أبناءهم بسبب الفقر والظر وف المعيشية و هنا تصبح و كأنها عملية بيع الأطفال بالكفالة[1].

د-الإكراه: هو الرهبة أو الخوف الذي ينشا في نفس المتعاقد ويدفعه لإبرام التصرف القانوني وهو تهديد المتعاقد دون وجه حق يبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد حيث نصت 88 من القانونالمدني بأنه:«يجوز إبطال العقد بالإكراه إذا تقاعد شخص تحت سلطان رهبه...»

مثال الاكراه في عقد الكفالة بالنسبة للكافل أن يقع عليه إكراه مادي أو معنوي بكل الوسائل بأن يقوم بكفالة طفل والعكس أن يقوم الكفل بإكراه والدي المكفول عن طريق التهديد والرهبة بقبول التعاقد ومنحهم كفالة ابنهم.

(1)حكيمة حاج علي، الفقر يدفع جزائريين إلى بيع أطفالهم بالكفالة (جريدة الشروق)، 2015/02/28، العدد 4662ص 17.

الفرع الثاني: المحل.

المحل هو الركن الثاني في العقد والحديث عنه بيان شروط الأساسية التي متى تخلفت انعدم العقد ويقصد بالمحل في النصوص المتعلقة بالالتزام أي الأداء ذاته سواء كان في صورة القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو في صورة إعطاء شيء معين.

أما محل العقد فيقصد به العملية القانونية المراد أجرائها بين المتعاقدين، فالمراد بالمحل هو محل الالتزام.فالكلام عن محل العقد فيه تجاوز، والصحيح محل الالتزام.

وشروطه حسب المواد من 92 إلى 96 من القانون المدني الجزائري:

*المحل موجود أو قابل للوجود.

*المحل معين أو قابل للتعيين.

*المحل مشروع أي أن لا يكون مخالف والآداب العامة.

المحل في عقد الكفالة هو الولد القاصر المراد التكفل به من طرف الكافل والتزام هذا الأخير برعايته وتربيته والنفقة عليه. كما يجب أن يكون هذا الطفل المتكفل به موجودا ومعينا من خلال أن يكون ذكرا أو أنثى، معلوم النسب أو مجهول النسب وان يكون مشروعا أي أن الأم والأب أو المؤسسة منحت الطفل للتكفل به بمحض إرادتهما وانه ليس مسروق أو مخطوف.

الفرع الثالث: السبب.

السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملزم الوصول إليه من وراء التزامه. نصت المادة 98 من القانون المدني على أن :«كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك....».

فالكفالة قد تكون بمقابل ويكون هنا سبب الالتزام تحقيق المصلحة التي يتحصل عليها الدائن، وسبب الالتزام مخال للنظام العام، كان باطلا أو كان مستحيل فتكون باطله. من المقرر قانون انه إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفتين للنظام العام والآداب كان العقد باطلا ومن ثم فان النص على القرار المطعون به بمخالفة غير وجيه[1].

الكفالة حسب القانون الأسرة تكون دون مقابل والسبب هو نية التبرع والدافع الذي دفع الكافل للتعاقد فحسب قانون الأسرة الكفالة التزام على وجه التبرع وليس بدافع تحقيق مصالح ير مشروعة أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

الفرع الرابع: الشكلية.

إن إفراغ عقد الكفالة في شكل معين يكون عن طريق ورقة رسمية يتم تحريرها أمام المحكمة أو الموثق حسب نص المادة 117 ق. أ. ج حيث يتم فيها: تحديد الكافل والمكفول ومحاضر سماع الأطراف. وذلك بهدف حماية المكفول وتحقيق مصلحته والحفاظ على حقوقه لما لها من القوة الثبوتية باعتبارها ورقة رسمية.

(1) نبيل صقر، المرجع السابق، ص 313.

- المحكمة العليا ،غرفة الاحوال الشخصية، قراربتاريخ1987/01/26، ملف رقم 44571 المجلة القضائيةالعدد الرابع، 1992، ص 49.

الفصل الثاني:

سريان النظام القانوني للكفالة

المشرع الجزائري من خلال نصه على نظام الكفالة كان هدفه هو حماية الطفل وإدماجه في جو أسري قد يفقده لعدة أسباب تجعل الآباء يضطرون لترك أبناءهم كأن تكون الظروف اقتصادية ومادية أو أن يكون الولد القاصر مجهول النسب لا أحد يتولى شؤونه ويرعاها وبالتالي لضمان السير الحسن لهذا النظام لابد من اتخاذ جملة من الإجراءات من طرف الراغب في الكفالة وفي مقابل تنفيذها يلزم وضع مجموعة من التدابير لحماية سريانه.

إلا أنه قد تطرأ عليه بعض العوائق التي تجعلهينقضي لسبب أو لآخر منها ما تم النص عليها ومنها ما لم يردنص في ذلك وعليه لدارسة كيفية سريان النظام القانوني سنتطرق في ذلك إلى ثلاث مسائل أساسية من خلال ثلاث مباحث يتكون فحواها على النحو الآتي بيانة:

المبحث الأول: إجراءات سريان النظام القانوني للكفالة.

يتخذ الكافل أثناء رغبته في كفالة أي ولد سواء أكان معلوم النسب أو مجهول، جملة من الإجراءات تقوم على مرحلتين أساسيتين بدايتها تكون لإعداد ما يلزم كمرحلة أولية وثانيها تكون من خلال القيام بتثبيتها أمام الهيئات المختصة سواء المحكمة، الموثق، رؤساء المباحث الدبلوماسية، في حال كان الكافل لا يوجد بالجزائر، كما أنه هناك حالة في كون الكافل يريد منح لقب المكفول وهذا ما جاء به المرسوم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب وعليه كيف تتم هذه الإجراءات؟

للإجابة على هذا التساؤل قسمنا المبحث إلى مطلبين للتعرف على الإجراءات المتبعة في كل مرحلة على حدى الأولى المرحلة الأولية والثانية مرحلة التثبيت.

المطلب الأول: المرحلة الأولية.

هذه المرحلة هي التي يقوم بها طالب الكفالة كتمهيد لكفالة طفل قاصر سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب وذلك من خلال جملة من الإجراءات التي خصها المشرع الجزائري لضمان السير الحسن لنظام الكفالة وهي تختلف حسب الطفل القاصر المراد كفالته وسنتطرق إلى ذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع تتمثل في:

الفرع الأول: طلب كفالة الولد معلوم النسب.

طبقا لما ورد في المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري فكفالة الولد معلوم النسب تتطلب التعبير على إرادة أبوي الولد موضوع الكفالة من خلال عبارة –برضا من له أبوان– أي أن يكون رضا أبوي المكفول النسب صراحة[1]، من خلال الحصول على الموافقة من كلاهما أو أحدهما إذا كانا معلومين [2] بأنهم يمنحون ابنهم القاصر للكافل للقيام به ورعايته وتربيته.

حيث يجب على طالب الكفالة إعداد ملف طلب الكفالة يحتوي على الوثائق اللازمة إلى الجهة المعنية ويؤذي تخلف أي وثيقة إلى رفض الطلب وتتمثل في:

أولا: الأشخاص طالبي الكفالة المقيمين بالجزائر: تكون الوثائق المطلوبة كالآتي:

1–طلب خطي للكفيل(ة).

2–شهادة ميلاد الكفيل(ة) إذا كان زوجين يشترط إرفاق عقد زواجهما وشهادة ميلاد كل واحد منهما.

(1) الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 171.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 201.

3-شهادة ميلاد والدي المكفول وعقد زواجهما."في حالة وفاة أحد والدي المكفول، إرفاق شهادة الوفاة وتصريح الطرف الأخر.وفي حالة وفاة كلا الوالدين، إرفاق شهادة وفاتهما."

4-تصريح شرفي لأبوي المكفول يتنازل لهما عن كفالة ابنهما إلى شخص ما.

5-شهادة ميلاد القاصر المكفول(ة).

6-شهادة عمل وكشف الراتب.

7-بطاقة إقامة المكفول أو والديه تثبت الإقامة بدائرة اختصاص المحكمة.

8-شهادة عائلية للأبوين.

9-نسخة من بطاقة التعريف للكفيل وأبوي المكفول والشاهدين.

10. طابع جبائي بـ 500 دج وأخر بـ 20دج[1].

ثانيا: الأشخاص طالبي الكفالة القاطنين بالخارج: تتمثل الوثائق فيما يلي:

1-الوثائق سالفة الذكر.

2-بحث اجتماعي موقع قانونا من طرف مصالح القنصلية.

3-وصل أعباء وعقد الملكية.

4-نسخة من رقم بطاقة التسجيل القنصلية.

حيث يتولى رئيس المركز القنصلي الحفاظ على مصالح القصر وفاقدي الأهلية الجزائريين[2].

(1) www.arabic.mjustice.dz

(2) مرسوم رئاسي رقم 02-405 مؤرخ في 21 رمضان عام 1423 الموافق لـ 26 نوفمبر 2002. يتعلق بالوظيفة القنصلية (جريدة رسمية 79 مؤرخة 01-02-2002) ،المادة 17.

الفرع الثاني: طلب كفالة الولد مجهول النسب.

الولد مجهول النسب هو الذي يكون إما مجهول الأبوين كاللقيط أو معلوم الأم فقط. ومجهولي النسب يكونون في الغالب تحت رعاية الدولة في دور الرعاية فطبقا للمادة 4 من المرسوم المتعلق بإحداث دور للأطفال المسعفين بأنه:« تنشأ في كل ولاية دار أو أكثر للأولاد المسعفين»[1] .وسنتعرض إلى بيان طلب كفالة الولد مجهول النسب على النحو الآتي:

أولا:بالنسبة للولد القاصر مجهول الأبوين:

في هذه الحالة فإن مكان وجوده يكون تحت رعاية مؤسسة حماية الطفولة وهو ما يعرف باسم x يتم منح الولد القاصر الذكر اسمين متتاليين مثل: عبد الرزاق صالح والفتاة القاصر اسم ولد وبنت مثل: تاج الدين رميسة.

يقوم طالب الكفالة بتقديم ملف لهذه المؤسسة التي تقوم بدراسته وتمنح الموافقة على الطلب أو رفضه تكون بذلك محل الأبوان وذلك عن طريق مكتب العائلة بالتنسيق مع اللجنة الولائية المكلفة بدراسة ملفات طالبي الكفالة[2]وهذا الملف يكون في نسختين يتكون من[3]:

1-طلب خطي من طرف طالبي الكفالة إلى مدير النشاط الاجتماعي والتضامن.

2-شهادة ميلاد كل من الزوجين.

3-الشهادة العائلية للحالة المدنية أو شهادة شخصية للحالة المدنية للعازبات.

(1) مرسوم رقم 83/80 المتضمن احداث دور الاطفال المسعفين ،المرجع السابق.

(2) علال أمال، التبني و الكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ،رسالة ماجستير ،إشراف الدكتور دندوني ،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق ،2008- 2009، ص 88.

(3) معلومات مقتبسة من مديرية النشاط الاجتماعي ولاية سكيكدة DAS.

4-شهادة الجنسية للزوجين لأنه "لا يجوز إسناد كفالة طفل قاصر مجهول النسب لأجنبي أو أجنبية".

5-كشف السوابق العدلية للزوجين.

6-شهادة عمل وكشف الرواتب لثلاثة أشهر الأخيرة بالنسبة للأشخاص الأجراءوكشف المداخيل بالنسبة للمتقاعدين.

7- عقد ملكية السكن أو الإيجار.

8-شهادة الإقامة.

9-شهادة طبية للحالة الصحية للزوجين تثبت القدرة على التولي بشؤون القاصر.

10- 02 صورة شمسية للزوجين

11- عقد الزواج.

12- صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية.

13- تجدر الإشارة إلى أن الحد الأدنى لسن بالنسبة للزوجة 50 سنة وللزوج 60 سنة ويبقي محل قرار اللجنة.

14- استمارة التحقيق النفسي الاجتماعي[1]منجز من طرف المساعدة الاجتماعية مملوءة بصفة مدققة متضمنة رأي صحيح وإمضاء مدير النشاط الاجتماعي للولاية.

(1) تسعة أشهر لدراسة ملفات طالبي الكفالة: يتم توجيه مجموعة من الاتهامات إلى مديريات النشاط الاجتماعي بالتأخر في الفصل في طلباتهم إلا أن المسئولون أرجعوا ذلك إلى أنه ينبغي عند وضع الطفل لدى عائلة التأكد من أنهم سيكونون في جو عائلي مريح من خلال معرفة مدى رغبتهم وتوفر ظروفهم الاجتماعية (السكن، دخل يضمن حياة مريحة للطفل وغيرها) التي تأخذ في أقصاها 9 أشهر وهي المدة التي تقضيها الحامل لتضع ولدها.
أنظر: مقال لـ: فريدة س، عائلات تعاني صعوبات تصل إلى طريق مسدود في إيداع ملفات التكفل، جريدة البلاد، الموقع البلاد أون لاين، www.elbilad.net

15- استمارة التحقيق لمساعدة علم النفس التي تقوم بإجراء مقابلة نفسية مع طالبي الكفالة لمعرفة مدى رغبتهما في رعاية هذا الطفل المسعف.

- **حالة اللقيط:**

تطبيقا للحكم الشرعي فإن لم يوجد شخص له رغبة في حضانة اللقيط وتربيته، فإنه يستوجب على الدولة أن تحضنه وتربيه وتوفر له الصحة النفسية والجسمية والعقلية في دور رعاية الطفل المسعف، فإذا وجد ملقي في أحد الشوارع أو الساحات أو الحدائق أو غيرها من الأماكن العامة، فإنه يجب التقاطه والمحافظة عليه، لأن التقاطه وحضانته فرض كفاية، وفي التقاطه إحياء لنفس بشرية[1]. فعلي كل من وجد لقيط أن يسلمه إلى رجال الشرطة الذين يسلمونهم بدورهم إلى دور الرعاية الاجتماعية المخصصة لاستقبال اللقطاء وتربيتهم وحمايتهم[2].

طبقا للمادة 67 من قانون الحالة المدنية الجزائري [3] يتعين على أي شخص وجد مولوداً حديث العهد بالولادة أن يصرح إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه ويعاقب قانون العقوبات الجزائري على عدم الإبلاغ عن الطفل الحديث الولادة وهذا ما نصن عليه المادة 442 فقرة 3قانون العقوبات:« يعاقب بالحبس من 10أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة مالية من 100إلى 1000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة».

(1) العربي بختي، المرجع السابق، ص 238.

(2) المرجع نفسه، ص 243.

(3) الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام1379 الموافق لـ 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية عد 21 المؤرخة في 27 فبراير 1970.

وطبقا للمادة 64 من قانون الحالة المدنية الجزائري يقوم ضابط الحالة المدنية بإعطاء أسماء إلى الأطفال اللقطاء أو الأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أي تسمية ويعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ أخرها كلقب عائلي.

وبالنسبة للقيط[1] قانون الأسرة الجزائري لم ينص عليه في أية مادة وبالرجوع للمادة 222من قانون الاسرة الجزائري نجدها تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

ثانيا: الولد القاصر معلوم الأم.

في هذه الحالة لابد من رضا الأم بإبداء قبولها بأن يتكفل الكافل بابنها القاصر. حيث الأم قد تتخلي عن إبنها نظرا للظروف القاسية أو هروبا من المجتمع الذي لا يرحمها باعتبار الطفل إبن زنا أو ناتج عن علاقة غير شرعية خارجة عن إطار الزواج وعادة يتم التخلي عنه في المستشفى عند ولادته أو في دار الحضانة أو على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي وسنستعرض ذلك على النحو التالي:

(1) قال الله تعالى في قرآنه الكريم { **أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى** } سورة النجم الاية 38 حيث فسرها علماء التفسير أنه لا تأثم نفس بإثم نفس غيرها ولا يحمل أحد ذنب أحد، ولا يجني جان إلا على نفسه. أنظر: إسماعيل بن عمر بن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج3، ص 41.

- اللقيط في نظر الشريعة هو مسلم مكرم إذا وجد في بلاد المسلمين. حيث اتفق الفقهاء على أنه إدا ادعى نسب اللقيط رجل واحد، وكان المدعي مسلما قبلت دعواه سواء قدم بينة أو لم يقدم وإذا كان ذميما فجمهور الفقهاء أن حكمة حكم المسلم. أما إذا تنافس اثنان على اللقيط فيتعين تقديم الأسبق.
- العربي بختي ، المرجع السابق ،239

تقوم المساعدة الاجتماعية الخاصة بالمستشفى بتقديم محضر التخلي للأم لتملؤه، وعلى الأم تقديم بطاقة التعريف الوطنية أو شهادة ميلاد مع صورة شمسية[1]ويكون التخلي إما بصفة مؤقتة[2]أو بصفة نهائية[3]، ويتحدد ذلك في المحضر مع إمضاء الأم ببصمتها وإمضاء المساعدة الاجتماعية وتقوم هذه الأخيرة بتسجيله بالبلدية من خلال تقديمها:

- جدول الإرسال.
- شهادة طبية.
- صورة طبق الأصل لبطاقة تعريف الأم، أو شهادةميلاد+ صورة.

يتم وضع المولود في دار الحضانة ليعيش فيها لمدة 3 أشهر وهي المدة المحددة للتخلي، إما أن تقوم الأم باسترجاعه أو يحال إلى مديرية النشاط الاجتماعي[4]ولا يمكن لأم بعد هذه المدة الحق في استرجاعه.

الفرع الثالث: طلب تغيير لقب المكفول.

إن مفهوم الكفالة في قانون الأسرة الجزائري لا يخالف ما تقدمه أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنه في سنة 1992 أصدر رئيس الحكومة السيد أحمد غزالي مرسوما تنفيذيا

(1) علال أمال، المرجع السابق، ص 87

(2) صفة مؤقتة: أي يعطى لها مهلة 3 أشهر لكي تتراجع عن قرارها، ويعطى في هذه الحالة الطفل في شهادة ميلاده اسم الأم مثال: ابن: مجهول وابن: اسم ولقب الأم.

(3) صفة نهائية: عند انتهاء مدة 3 أشهر ولم ترد الأم على أخذ ابنها يصبح محضر التخلي المؤقت نهائيا.

(4) مديرية النشاط الاجتماعي: هي مؤسسة ذات طابع إداري تهدف إلى خدمة مصالح الأفراد المكونين للمجتمع بكل فئاته لإعادة إدماج الفئة المهمشة، وتعتبر مديرية النشاط الاجتماعي هيئة تعمل تحت وصاية وزارة العمل والشؤون الاجتماعية والتكوين المهني من بين المهام التي تتسم بها هي إدماج فئة الطفولة المسعفة في أسر ترعاهم وكذا متابعتهم ومساعدتهم. . إذا كان القاصر من 0- 6 سنوات يكون في دار الحضانة، والذي سنه من 6-19 سنة يكون في مؤسسات رعاية الطفولة المسعف.

رقم 24/92 الذي يخول للكافل منح المكفولين مجهولي النسب ألقابهم العائلية وهو مرسوم متمم للمرسوم 157/71 [1]المتعلق بتغير اللقب حيث جاء في المادة الأولى منه أنه كل من يرغب في تغيير لقبه لسبب ما، ينبغي عليه أن يوجه طلبا مسببا إلى وزير العدل حافظ الأختام الذي يكلف النائب العام للدائرة القضائية حيث مكان ولادة الطالب لإجراء التحقيق. وتمم في المرسوم رقم 92 . 24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 الذي ورد فيه :[2] « كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي. وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المتقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب»[3] حيث أن الحكومة ارتأت لإيجاد حلا للفئة المكفولة مجهولة النسب من الأب وذلك بأن تكون للكافل حرية الاختيار على جواز إعطاء لقبه لفائدة المكفول من أجل مصلحة هذا الأخير ولتنشئته تنشئة سليمة بدون أي عقدة نفسية حتى ينفع مجتمعه. دون أن يمنحه حق النسب.

وعليه ما هي الشروط اللازمة لإمكانية الكافل من طلب تغير لقب المكفول؟

وما هي الوثائق المطلوبة في ذلك؟

(1) المرسوم التنفيذي رقم 71-157 المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق لـ 03 يونيو 1971. المتعلق بتغيير اللقب، الجريدة الرسمية 47 المؤرخة في 1971/06/11.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 8 رجب 1412 الموافق لـ 13 يناير 1992 الجريدة الرسمية رقم 5 في 1992/01/22 ص 16، الملحق 13.

(3) زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذية 92-24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية المجلة القضائية، العدد 2. 2000، ص 69.

أولا: الشروط المطلوبة قانونا لطلب تغيير لقب المكفول وإلحاقه بلقب الكافل:

حدد المرسوم التنفيذي المتعلق بتغير اللقب شروط محددة تتمثل في[1]:

1-**وجود عقد كفالة:** حيث جاء في المادة الأولى عبارة «أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة » معنى هذا أنه حتى يمكن للكافل أن يغير لقب المكفول ومنحه لقبه أن يكون كافله بموجب عقد كفالة إما صادرة عن الموثق أو عن رئيس المحكمة [قاضي شؤون الأحوال الشخصية]

2-أن يكون الولد القاصر مجهول النسب من الأب:

أي أن لا يكون الولد معلوم النسب من الأب فهنا لا يجوز القانون للكافل منحه لقبه ويكون طلب التغيير باسم هذا الولد سواء كان ذكراً أو أنثى ولفائدته.

3-وجود الرغبة في تغيير اللقب من طرف الكافل.

4- **موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة :** ويتم ذلك في شكل عقد شرعي مكتوب يدل على موافقتها أي أن يكون التعبير عن إرادتها تعبيراً صريحاً وإن كانت غير معلومة فإنه يسقط هذا الشرط.

ثانيا: الوثائق المطلوبة في طلب تغير اللقب[2].

1-طلب خطي موجه إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام موقع من طرف الكفيل[3].

2-عقد كفالة.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 92-24المتعلق بتغيير اللقب، المرجع السابق.

(2) www.arabic.mjustice.dz

3- نسخة من شهادة ميلاد الكافل.

4- نسخة من شهادة ميلاد المكفول.

5- نسخة من سجلات عقد الزواج للكافل.

6-الموافقة الكتابية للأم المكفول.

7- شهادة الوضع للطفل المسعف المسلمة من طرف مديرية النشاط الاجتماعي.

المطلب الثاني: مرحلة التثبيت.

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى معرفة كيفية تثبيت عقد الكفالة أمام الجهة القضائية المتمثلة في المحكمة أو أمام الموثق وهي مثلها مثل المرحلة الأولية تختلف حسب الولد القاصر وذلك بتقسيمنا للمطلب إلى 3 فروع على المسار الآتي:

الفرع الأول: تثبيت كفالة الولد معلوم النسب.

بعد توفر الشروط الضرورية في كل من الكافل والمكفول وإتمام الوثائق المطلوبة التي تم تحديدها سابقاً يقوم الكافل بتقديمها بعريضة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة وذلك بموجب نص المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [1]أي إلى القاضي المختص محلياً هو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب، وإذا كان موطن الذي يطلب الكفالة خارج الجزائر، يرفع الطلب إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول[2].

حيث نص المشرع الجزائري في المواد 492- 495 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.أن القاضي يقوم بالتأكد من الشروط المطلوبة في الكافل وعند الاقتضاء يأمر بإجراء

(1) القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفرى 2008، المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 2008/02/23.

(2) الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق، ص 172.

تحقيق أو أي تدبير يراه مفيداً للتأكد من مدى قدرة الكافل على رعاية المكفول والقيام بشؤونه والإنفاق عليه وتربيته وهذا بموجب نص المادة 495 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وبموجب المادة 494 من نفس القانون فإنه يتم النظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة ويتم الفصل في طلب الكفالة بموجب أمر ولائي وهذا حسب المادة 493 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

كما أنه يتطلب حضور جميع أطراف العقد وإبداء رضا أبوي المكفول إن كانا على قيد الحياة وسماع الكافل والشاهدين بموجب محضر سماع كل طرف على حدى.

وتجد الإشارة إلى أن دور القاضي يتصل فقط بالوظيفة الولائية بمعنى لم يحصل أمامه نقاش ولا مرافعة كما أن القانون لم يلزم تدخل النيابة العامة.

وبعد كل هذا يقوم القاضي بإسناد الكفالة لطالبها بموجب أمر وهذا الأمر نهائي غير قابل للطعن ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الولد المكفول مع العلم أن كل هذا يتم مراعاة لأحكام المادة 13 مكرر 01.

كما أنه يمكن تحرير عقد الكفالة أمام الموثق حسب نص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري وتكون لها قوة ثبوتية مثل تحريرها أمام المحكمة، إلا أنه يجب أن يكون الكافل يقطن في الجزائر حتى يتم تحريرها أمامه.

الفرع الثاني: تثبيت كفالة الولد مجهول النسب.

في هذه الحالة يتم تقديم الملف إلى مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن التي تختص بمنح الموافقة على طلب الكفالة وتكون هذه المديرية على مستوى الولاية التي يوجد بها الولد

المراد كفالته بدائرة اختصاصها طبقا للمادة 4 من المرسوم 80-83 :« تنشأ في كل ولاية داراً أو أكثر للأولاد المسعفين».

وبتقديم الطلب تعقد اللجنة السرية مع مكتب العائلة بالتنسيق مع مساعدة علم النفس واللجنة الولائية المكلفة بدراسة الطلب [1] بالإضافة إلى أعضاء اللجنة[2].

بعد ذلك تقوم اللجنة في حالة قبولها الطلب تحرير وثيقة تسمى "مقرر الوضع" أو ما يعرف بشهادة الإيداع ، التي يتم تسليمها إلى الشخص الذي تمت الموافقة على طلبه في حالة حصول الكافل على مقرر الوضع ، يضيف إليها ملف آخر خاص بالكفالة أمام المحكمة أو الموثق وتكون بنفس طريقة كفالة الولد معلوم النسب إلا أنه في هذه الحالة بدل حضور الوالدين باعتباره مجهول النسب تحضر المساعدة الاجتماعية، التي تقدم صورة طبق الأصل من بطاقة التعريف مع قرار ممضي من المدير الذي يخول لها القيام بهذه المهمة ويتم تحرير عقد الكفالة أي إسناد كفالة الولد إلى الكافل.

الفرع الثالث: تثبيت لقب المكفول.

يتم تقديم الطلب إلى وزير العدل الذي هو بدوره يكلف النائب العام للدائرة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن طالب الكفالة بإجراء تحقيق بشأن الطلب وهذا بموجب المادة الأولى من المرسوم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب، وبعد الاطلاع على نتائج التحقيق يأمر وزير العدل النيابة العامة على تنفيذ القبول بتقديم التماسها إلى رئيس المحكمة

(1) يحي أمنة، المرجع السابق، ص 87.

(2) أعضاء اللجنة هم: رئيس المصلحة، مدير المديرية الاجتماعية، رئيس الجمعية للطفولة، مختص نفسي، مدير دار الحضانة، مساعدة اجتماعية، طبيب نفسي، رئيس المؤسسة المختصة، رئيس مصلحة التضامن العائلي، رئيس الحماية الاجتماعية للفئات المحرومة.

بواسطة وكيل الجمهورية قصد إصدار أمر بتغيير اللقب للمكفول . وهذا في مدة لا يتجاوز 30 يوم من تاريخ الإخطار ويترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل والإشارة على الهامش في سجلات و عقود ومستخرجات الحالة المدنية بموجب المرسوم 92-04 المؤرخ في 1992/01/13.

مع الإشارة إلى أن هذا المرسوم استثنى الحالة المتعلقة بالمكفول من نشرها في الجرائد الرسمية ولتقديم الاعتراضات بشأن طلب تغيير اللقب، وفيما يخص مركز هذا المرسوم فانه تلقى العديد من الانتقادات حيث هناك فريق عارض الفكرة من الأساس وآخر مؤيد لها، حيث يرى البعض أنه فيه تغيير للنسب ويكون بذلك كالتبني والبعض الآخر يرى بأنه وضع لمصلحته المكفول وليوفر له الحماية القانونية في مختلف متطلبات الحياة.

المبحث الثاني: تدابير حماية سريان النظام القانوني للكفالة.

يترتب عن نظام الكفالة مجموعة الآثار بالنسبة لكل من الكافل والمكفول تتمثل في جملة الحقوق التي تثبت لكلا الطرفين، فالأول على الثاني حق الولاية على النفس والمال، كما للمكفول حقوق تكون إما مادية أو معنوية منها ما تكون التزام على الكافل ومنها ما هو حق ممنوح لكل طفل وعليه لحماية السريان الجيد للنظام القانوني للكفالة يجب اتخاذ تدابير لذلك سنحاول استخلاص ذلك من قانون الأسرة الجزائري من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين لحصر أهمها والمتمثلة في حماية الأثار المترتبة عن عقد الكفالة بالنسبة للكافل في مطلب و بالنسبة للمكفول في المطلب الثاني ويكو ذلك على النحو الآتي بيانه :

المطلب الأول: حماية الآثار المترتبة عن عقد الكفالة بالنسبة للكافل.

وفقا لما جاء به المشرع الجزائري في أحكام قانون الأسرة في المواد (116،121، 122) فإنه يتبين من خلالها بأن المكفول هو بمثابة الابن الأصلي للكافل حيث تثبت لهذا الأخير ولاية على المكفول وهي من الآثار التي تنتج عن عقد الكفالة فهل هذه الولاية هي نفسها التي تمنح للأب أم هناك اختلاف؟

هل حقوق الكافل على المكفول هي نفسها حقوق الولي الشرعي (الأب) على ابنه؟

هذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال هذا المطلب ويكون ذلك على المسار الآتي بيانه:

الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول.

الولاية على النفس يراد بها سلطة الولي التي تتعلق بالنفس المتولىّ عليه من صيانته وحفظه وتأديبه وتعليمه العلم أو الحرفة، وتزويجه[1].

وبما أن المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري نص على أن: « الكفالة التزام على وجه التبرع للقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه»، يفهم من هذه المادة أن للكافل ما للأب الشرعي من حقوق على الولد القاصر. وهذا يتبين من خلال المادة 121 التي جاء فيها: « تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية ».

وعليه ولاية حفظ الصغير تقتضي أربعة أمور هي تأديبه، تعليمه، حفظ نفسه، منعه من الاعتداء على غيره[2]. ويقصد بتأديب الولد القاصر هو أن يقوم بتهذيبه، وتقويم سلوكه

(1) مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 63.

(2) العربي بختي، المرجع السابق، ص 240.

بوسائل وطرق يراعى فيها المؤدب أو المصلح التدرج وسن الصبي لكي تكون فعالة وناجحة في تحقيق المقصود منه[1].

فالكافل يعامل الولد القاصر المكفول معاملة الأب لابنه في جميع المجالات التي تهدف لينشأ الولد التنشئة السليمة ويتربى على مبادئ الدين الإسلامي ويميز بين الخطأ والصواب ويكون ناجحا في حياته.

وفيما يخص منعه من الاعتداء على غيره هو أن يتولى الكافل تهذيب الصغير وتعليمه لمنعه من الوقوع في الجرائم ، فمن مسؤولية أي ولي نحو صغيره تربيته على أن يحب لغيره ما يحب لنفسه، وأن لا يتعدى على الغير مما يسبب لهم الأذى لأن في ذلك حماية للقاصر ولما لهُ أن يبدد في تعويض الغير على الأضرار التي أحدثها بهم ولصيانة نفسه من أن يتعود على الاعتداء على الغير ويؤثر في سلوكه حينما يكبر[2].

وعليه فإن هذه الولاية كما تثبت للولي الشرعي وهو الأب وبعدها الأم كما ورد في المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري فإنها تثبت للكافل وذلك تحقيقا لمصلحة المكفول وهي ترد على التصرفات التي تصدر من الولد القاصر.

الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول.

جاء في محتوى المادة 121من قانون الأسرة الجزائري أنه:« تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع الولد الأصلي»،

(1) العربي بختي، المرجع السابق ، ص 240.

(2) المرجع نفسه ، ص342.

وفي محتوى المادة 122أنه : « يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول».

من خلال قراء تنا للمادتين السابقين يتبين لنا بأنه منح المشرع الجزائري للكافل حق الولاية على مال المكفول ،ويقصد بهذه الأخير أنها عبارة عن نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية أموال من تحت ولايته جبرا لعجزه عن النظر فيها، تحقيقا لمصلحة المولى عليه، أو لمصلحة الغير الذين لهم حقوق على أمواله[1].

أو بصيغة أخرى هي الصلاحية التي يملكها شخص معين من الشرع أو من القانون للتصرف في المصالح المالية لمن تحت ولايته وفق حدود الشرع لحفظ وتنمية هذه الأموال والحقوق المالية[2].

(1) المرجع نفسه ، ص 257.

(2) عبد السلام الرفاعي، المرجع السابق، ص 29-30.

فبمقتضى الكفالة الكافل تثبت له ولاية على مال المكفول، وهذا راجع لكون الولد قاصر غير قادر على إدارة أمواله. وبالتالي تسري عليها نفس أحكام الولاية على أموال القاصر طبقا للمواد 88-89 - 90 من قانون الاسرة الجزائري[1] .

حيث نجد المشرع وضع قاعدة عامة بالنسبة للتصرف في أموال القاصر فقد ألزم الولي أن يتصرف في هذه الأموال تصرف الرجل الحريص، فإن ثبت عليه غير ذلك يكون مسؤولا طبقا لأحكام القانون العام[2].

فللكافل حق في إدارة أموال المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة. كما له الحق في جميع المنح العائلية والدراسية الممنوحة للمكفول حيث نجد أن قوانين الضمان الاجتماعي تجعل المكفول من ذوي الحقوق طبقا للمادة 67 من قانون 11/83 المتعلق بالضمان الاجتماعي.

كما يمكن التنويه إليه بأنه يجوز للكافل أي يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدوث الثلث، وإذا أوصى أو تبرع بأكثر من الثلث فقد نصت المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري

(1) المادة 88 ق.أ.ج:[على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، قسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقول ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار أموال القاصر بالاقراض، أو الافتراض أو المساهمة في شركة.

4- إيجار عقد القاصر لمدة تزيد على 3سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد

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

المادة 90: [إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة].

(2) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 186.

على أنه بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة وهنا التعبير غير دقيق من ناحية القانون لأن البطلان لا تلحقه إجازة وكان من الأحسن أن يقال " أوصى أو تبرع بأكثر من الثلث توقفت الزيادة على إجازة الورثة [1].

(1) المرجع نفسه ، ص 198.

المطلب الثاني: حماية الآثار المترتبة عن عقد الكفالة بالنسبة للمكفول.

وضع المشرع الجزائري نظام قانوني للكفالة وكان أهم ما ركز عليه هو الولد القاصر وتحقيق مصلحته وذلك نظرا لضعفه وعجزه وعدم قدرته على حماية نفسه ومصالحه حيث يترتب على هذا النظام جملة من الآثار وهي عبارة عن حقوق مادية ومعنوية ممنوحة للمكفول عمل المشرع على حمايتها ومنحها للولد القاصر ، حيث أن المادة 116 ورد فيها عبارة : « معاملة الأب لابنه».

- فهل الحقوق التي تمنح للابن الشرعي هي نفسها الممنوحة للمكفول؟
- هل للمكفول حق في النسب؟
- هل للمكفول حق في الميراث؟

الفرع الأول: توفير الرعاية المعنوية للمكفول.

الرعاية المعنوية للطفل يقصد بها كل ما يشبع في نفسه كإنسان، إحساس الثقة والأمن والأمان وكذلك ما تتشكل به العادات والاتجاهات والميول والاستعدادات والاهتمامات[1].

فالمكفول كغيره من الأطفال يحتاج لمثل هذه الحقوق ولعل أهمها يكمن في الحقوق التي توفر له الشخصية القانونية وتتمثل في الحقوق المتعلقة بحالته المدنية، بأن يكون له اسم يفخر به ويميزه عن غيره، حقه في الانتماء والانتساب لدولة معينة، حقه في النسب الصحيح حتى لا يتعرض للضياع.

وبما أن التربية والتعليم بمثابة الغذاء الروحي فضلا عما لها تأثير إيجابي فمن حق المكفول أن يحظى بالمعاملة والحسنة والتربية على تعاليم الدين والدراسة والثقافة وغيرها... فهل المشرع الجزائري من خلال نصه نظام الكفالة منح هذه الحقوق المتعلقة بالرعاية المعنوية أم هناك حقوق لا يمكن منحها للمكفول؟ سنحاول معرفة ذلك من خلال:

أولا: حقوق الشخصية القانونية للمكفول:

وهي مجموعة الحقوق التي تمنح الشخص مركز قانوني معين وهي كالآتي:

1- الحقوق المتعلقة بالحالة المدنية: يقصد بالحالة المدنية هي مجموعة القواعد القانونية تنظم التواجد الشرعي والقانوني للفرد داخل الأسرة والمجتمع أي علاقة الفرد بأسرته ودولته وأهم هذه الحقوق هي: الاسم واللقب، الجنسية، التسجيل في سجلات الحالة المدنية.

(1) فاطمة شحاتة أحمد زيدان، المرجع السابق، ص 25.

1- أ : حق المكفول في الاسم و اللقب.

يمثل الاسم أهم مرجع بالنسبة للإنسان الذي يعرف به ومن فقد اسمه أصبح مبهما وفقد أعز مرجع يحدد شخصيته وذاته[1]. لقول الرسول صلى الله عليه وسلم :(إنكم تدعون يوم القيامة أسماءكم وأسماء آباءكم فأحسنوا أسماءكم) حيث يعتبر الاسم من أهم سمات الشخصية القانونية وهو أول الحقوق التي تثبت للطفل عند ولادته وحرصت القوانين على الاهتمام بتنظيمه حيث ورد في المبدأ الثالث من الإعلان العالمي لحقوق الطفل لعام 1959 والمادة 20 من ميثاق حقوق الطفل العربي لعام 1984، المادة 7 من اتفاقية حقوق الطفل عام 1989.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجده يؤكد على حق الطفل في الاسم واللقب لكن شخص ورد ذلك في المادة 28 التي تنص على:« يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولادة ».

أما اللقب هو لفظ يطلق على الأسرة التي ينتمي إليها الطفل وبه يتم التمييز بين العائلات ويكون بمحض الذكورة أي الأجداد والآباء تتوالى الألقاب فيما بينهم ويشترك فيه أفراد الأسرة. وما هو متعارف عليه أن من حق كل شخص أن يكون له اسم ولقب لكن لو طبقنا ذلك على المكفول فهناك حالتين:

- إذا كان المكفول معلوم النسب فلا يوجد إشكال فاسمه ولقبه يكونان معروفين ويحتفظ بهما الولد القاصر في حال تمت كفالته وذلك وفقا كما ورد في المادة 120من قانون الأسرة الجزائري « يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب..».

(1) فاطمة شحاتة أحمد زيدان، المرجع السابق، ص27.

- إذا كان مجهول النسب فهنا يثور الإشكال حول لقب المكفول، كيف يتم منحه لقب لضمان السير الحسن لحياته سواء في الدراسة، العمل، السفر، الزواج....؟

بالرجوع إلى المادة 64 فقرة 4 من قانون الحالة المدنية الجزائري نجد بأنه:« يعطى ضابط الحالة المدنية نفس الأسماء إلى الأطفال اللقطاء، والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أبه أسماء، يعين بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي » . و هو ما يتم القيام به مثال ذلك أحمد علي صالح يكون صالح هو لقبه حيث نصت المادة120 من قانون الأسرة الجزائري على أنه إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 سالفة الذكر مما يوفر الرعاية النفسية والاجتماعية[1].

كما أنه يمكن في حالة الكفالة طلب تغيير لقب المكفول وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92/ 24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بتغيير اللقب الذي يعدل المرسوم رقم 71/ 157 المؤرخ في 3/ 06/ 1971.

إلا أنه هذا المرسوم أدى إلى اختلاف في الآراء بين مؤيد ومعارض، حول طبيعة الاسم الممنوح للمكفول، حول ما إذا كان هذا المرسوم هو تبني بطريقة غير مباشرة ؟

- **رأي المعارضين للمرسوم:**

يرى المعارضين للمرسوم المتعلق بتغيير اللقب بأنه يخالف المواد 46 و120ق.أ.ج وكذا المادة 64 قانون الحالة المدنية وهي مسألة دستورية إذ لا يمكن لمرسوم صادر عن

(1) بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 426.

السلطة التنفيذية أن يخالف أو يعدل القانون[1] الذي ناقشه ممثلو الشعب في المجلس الوطني الشعبي (رأي السلطة التشريعية) فهي مخالفة لمسألة تدرج القوانين[2].

إضافة إلى أنه يتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية والتي تقضي بأنه ينسب الطفل إلى أبيه إن عرف، فإن لم يعرف أبوه ينسب إلى المجتمع باعتبار الأخوة في الدين[3].

ومن جهة أخرى فإن الحاق الطفل المكفول بالكافل عن طريق التسمية هو زور وتغير للأحكام الشرعية، وهو ما يطلق عليه تسمية التبني العادي(adoption simple.) في القانون المدني الفرنسي (المادة 364 ق .م). وعليه فإن العبرة بحقيقة المعاني والدلالات وليس بالألفاظ التي جاءت في صياغة صورية وتعزيرية وعلى هذا، فإن المرسوم ليس له دليل شرعي، ولا سند قانوني، أو منطق اجتماعي ولا نجد له نظير إلا في القوانين الغربية[4].

- **رأي المؤيدين للمرسوم:**

يرون بأنه منح للمكفول كحق استعمال[5] وليس حق شخصي إذا أنه لا يلغي الاسم الذي اكتسبه قانون بمقتضى المادة 64 من قانون الحالة المدنية الجزائري إذ يبقى مقيدا اسمه في سجل الحالة المدنية ويتم التسجيل والإشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون وذلك طبقا للمادة5 مكرر1 من المرسوم، فهذا الاسم هو إضافي فقط لأنه لا يمكن إخفاء الاسم الأصلي عند

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 249.
(2) المرجع نفسه، ص 429.
(3) بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص427.
(4) المرجع نفسه ، ص 427.
(5) زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 75.

إبرام عقد الزواج، وعند الميراث. ومن ثمة فإن مؤيدي هذا المرسوم اعتبروه بأنه جاء لحماية المكفول وتوفير الحماية القانونية له وإدماجه وسط المجتمع، تمكينه من الدراسة، العمل، السفر دون أي إحراج أو خوف. كما أثبتت التجربة العلمية والعملية مدى تحقيق هذا المرسوم مصلحة للمكفول.

وحسب ما نراه بأن هذا المرسوم كانت مزاياه أكثر من عيوبه لأن الهدف الوحيد الذي يسعى إليه المشرع هو حماية الولد القاصر وتحقيق مصلحته لما فيه رعاية نفسية للمكفول باعتباره مجهول الأبوين أو أنه ابن زنا فبموجب هذا المرسوم فيه سد لثغرة إدارية كان يعاني منها المكفول وتؤثر في إتمام مسار حياته وتكوين شخصيته القانونية دون أي معيقات .

1-ب : الحق في الجنسية.

تلجأ معظم الدول من أجل ضمان تمتع الطفل بالجنسية مند ولادته إلى منحها إما بناءا على حق الدم أو بناءا على حق الإقليم، وغالبا ما ترتبط الجنسية بنسب الطفل من جهة الأب أو الأم.

وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري حيث جاء في المادة 6 من قانون الجنسية بأنه:«يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية »[1]. هذا بالنسبة لمعلوم النسب.

أما بالنسبة لمجهول النسب فقد ورد في المادة 7 من قانون الجنسية أنه:« يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر:

(1) الأمر 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق ل 15ديسمبر 1970،المتضمن قانون الجنسية ،الجريدة الرسمية عدد105 المؤرخة في 18- 12-1970 ، المعدل و المتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 198محرم الموافق ل 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005.

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

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

الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها».

ومنه فرابطة الجنسية تمنح حق الحماية والرعاية سواء من طرف الأشخاص الطبيعيين كما هو الحال في موضوع الكفالة، أو تتكفل به الدولة من خلال المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض والمسماة بمراكز الطفولة المسعفة[1].

كما أنه هناك حالات أخرى تمنح بها الجنسية أغفلها المشرع وهي:

- حالة المولود في الجزائر لأبوين عديمي الجنسية.
- حالة المولود في الجزائر لأبوين مجهولي الجنسية.
- حالة الولد المولود عند ميلاده، كأن يكون قانون جنسية الأبوين لا ينقل لأولاده الوطنيين المولودين في الخارج الجنسية بناءا على حق الدم[2].

2- **النسب** .

ورد في المادة 40 ق.أ.ج أنه: « يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج ثم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون».

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص250.

(2) الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، الكاهنة، الجزائر، دون طبعة، 2002، ص 296.

المادة 44 بأنه:« يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت من صدقه العقل أو العادة».

ومنه النسب يعتبر من الحقوق المقررة شرعا لقوله تعالى في الآية 54 في سورة الفرقان:

{ وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا }. ومنه بالنسبة للمكفول لا يثبت نسبه إلى الكافل وإلا أصبح تبني.

بالنسبة لولد الزنا ينسب إلى أمه التي ولدته، ترثه ويرثها، إخوته منها محارم له[1].

بالنسبة للقيط، فإذا ادعى إنسان نسب اللقيط تصح دعوته ويثبت نسبه منه، بدون حاجة إلى بينة، سواء كان المدعي أم غيره، وهذا استحسان باللقيط حتى يثبت نسبه، وفي ذلك راحة نفسية للطفل ومزيد من العناية والرعاية لهُ[2].

فإذا أقر الملتقط بنسب اللقيط صح هذا النسب بالإقرار لأن الإقرار يثبت به النسب متى صدقه العقل والعادة[3].

أما لو ادعاه أكثر من واحد، وكان لأحدهم دليل على أنه ابنه فإن نسبه يلحق به وإن لم يكن لواحد منهم دليل على أنه ابنه، وكان أحدهم مسلما والآخر كافر، فإن نسبه يلحق بالمسلم دون الكافر[4].وهذا ما ورد في الشريعة الإسلامية.

(1) بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 424.
(2) المرجع نفسه ، ص 427.
(3) بن شويخ .الرشيد ، المرجع السابق ،ص 246.
(4) بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 424.

وبالتالي الكفالة لا تثبت النسب ومن ثم عدم قيام الموانع الشرعية بين الكافل والمكفول. وإنه لحماية مجهولي النسب فإنه تطبق عليهم المادة 64 من قانون الحالة المدنية الجزائري وذلك وفقا للمادة 120 من قانون الاسرة الجزائري وبما أنه لا يثبت نسب الكافل للمكفول فإنه يؤدي ذلك إلى عدم قيام صلة أو رابطة قرابة .

ومنه فالكفالة لا ترتب نفس الآثار التي تترتب للولد الأصلي بالنسبة للميراث فلا يمكن للمكفول أن يرث الكافل لانعدام سبب الإرث وهو القرابة، بالنسبة للزواج بإمكان المكفول أن يتزوج من بنات الكافل أو إخوته....لأنه يعتبر المحرمات حلائل الأبناء الحقيقيين لا الأدعياء[1].

ثانيا: حقوق التربية و التعليم.

إن من واجب الكافل على المكفول أن يعمل على بناء شخصية الولد القاصر باعتبار الطفل صفحة بيضاء ويحتاج دائما إلى الدعم والرعاية. وبالتالي إذا وفرنا له التربية الجيدة والتعليم والدراسة والراحة النفسية وخلقنا في روحه تعاليم الدين الإسلامي وأحسنا المعاملة سيكون شخص سوي في المستقبل وتتكون شخصيته التكوين الجيد. فمن حق كل طفل أن يتعلم، يتثقف أن يعامل بطريقة جيدة ويعامل معاملة الابن الصلبي .

(1) يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 184.

الفرع الثاني: توفير الرعاية المادية للمكفول.

يقصد بالرعاية المادية توفير متطلبات العيش للمكفول وحسب المادة 116ق.أ.ج أنه من بين التزامات الكافل على المكفول النفقة.

كما أنه بمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول وماله وهذا ما بيناه سابقا أنها من بين الحقوق الممنوحة للكافل وهي في نفس الوقت حماية للمكفول ولذلك سنبين أهم ما تم ذكره في قانون الأسرة الجزائري المتمثل في النفقة وكذلك بيان هل للمكفول حق في الميراث أم لا؟

أولا: النفقة.

النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام كسوة وسكن وخدمته[1]وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس[2].

فحسب المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري لأنه : « تشمل النفقة: الغداء والكسوة، والعلاج، السكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ».

وتعود النفقة في حقيقتها الشرعية إلى سببين اثنين هما الزواج أو القرابة[3].وكما هو معروف بأن المكفول خاصة مجهول النسب لا تربطه أي ملة بالكافل إلا أنه حسب المادة 116 فإن هذا الأخير هو بمثابة الأب الشرعي وعليه هو ملزم بالإنفاق عليه وتوفير كل حاجياته.

(1) فاطمة شحاتة أحمد زيدان، المرجع السابق، ص 50.

(2) بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 340.

([3]) المرجع نفسه ،ص 341

وحسب المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري فإن نفقة الولد على الأب واجبة ما لم يكن له مال، تستمر بالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول. وفي حالة عجز الولد تستمر كأن تكون لديه آفة عقلية أو بدنية أو مزاولا الدراسة وتسقط عنه بالاستغناء عنها بالكسب.

ومنه فإن الكافل ينفق على المكفول إلى حين بلوغه سن الرشد إن كان ذكرا، أو حين زواج البنت المكفولة وفي حالة لم يكن للكافل مال، فنفقة المكفول تكون عاتق أبويه الشرعيين[1].

وإذا كان مجهول الأبوين، فإن نفقته تكون على الدولة سواء بطلب مباشر أو برفع دعوى أمام القضاء إذا امتنعت على ذلك دون مبرر[2].

ثانيا: ميراث المكفول.

نظام الكفالة هو نظام بديل للتبني الذي كان يمنح للمتبني حق الميراث وبظهور الإسلام أبطل التبني لما فيه من اختلاط في الأنساب وتداخل الحقوق. فالكفالة تعطي للمكفول مكانة الابن الشرعي إلا أنه فيما يخص الميراث لا تترتب نفس الآثار لأن أسباب الميراث حسب المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري هي القرابة والزوجية. وبالتالي الكفالة لا ترتب حقوق ميراثيه بين الكافل والمكفول لعدم ثبوت النسب.

(1) الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق، ص 173.

(2) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة، الجزائر، ، الطبعة الثالثة، 1996، ص 263.

ولكن له الحق في الوصية أو الهبة[1] لكن في حدود الثلث بموجب المادة 123 من قانون الاسرة الجزائري مفادها عدم ترك المكفول بعد وفاة الكافل فقيرا في حالة عدم قبول الورثة كفالته.وحماية له من الضياع بعد أن كان في كنف العائلة .

(1) عبد القادر بن حرز الله، الخلاص في أحكام الزواج والطلاق دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2007، ص 369.

المبحث الثالث: أسباب انقضاء الكفالة.

نظام الكفالة كغيره من الأنظمة القانونية قد يكون عرضة لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى توقف سريانه ولا ينتج أثاره حيث نجد المشرع الجزائري من خلال المادتين 124-125 حصر ثلاث حالات رئيسية تؤدي إلى انقضاء الكفالة على الرغم من وجود عوامل أخرى لإنقضاءه ولمعرفة هذه الأسباب سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى فرعين يشملان الأسباب العامة في الأول ثم الأسباب الخاصة.

المطلب الأول: أسباب عامة لانقضاء الكفالة.

باعتبار نظام الكفالة لا يقوم إلا بناءا على شروط في كل من أطراف الكفالة وخاصة الكافل باعتباره هو من يتولى رعاية المكفول وتربيته فإن المشرع خصص له شروط عامة متمثلة في الإسلام، العقل وأهلا للقيام بشؤون المكفول، القدرة على رعايته وبما أنها تعتبر شروط عامة لقيام نظام الكفالة فهي في مقابل ذلك في حالة تخلفها تعتبر أسباب عامة لانقضاءه وهذا ما سنتطرق له من خلال هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: تخلف شرط الإسلام.

من خلال دراستنا للشروط الواجبة في طالب الكافل وجدنا أن الإسلام يعتبر أول الشروط طبقا لما ورد في المادة 118 قانون الأسرة الجزائري :« يشترط أن يكون الكافل مسلما...»

وعليه المشرع إشترط الديانة الإسلامية باعتبار الجزائر دولة مسلمة والإسلام دين الدولة[1] وحتى يتربى الولد القاصر على مبادئه وتعاليمه، كما أن محل الكفالة يقوم على

(1) المادة الثانية من الدستور الجزائري.

رعاية الولد القاصر وتربيته وبالتالي على طالب الكفالة أن يتحلى بالدين الإسلامي، لتحقيق الهدف من الكفالة.

وباعتبار هذه الأخيرة من صور النيابة الشرعية وضفت لحماية الولد القاصر فهي كالولاية والوصاية فيما يخص شرط الإسلام وبالتالي نجد أنه لغير المسلم لا تثبت له ولاية على المسلم[1]، وعليه إذا كان الأب غير مسلم فلا يلبي أمور ابنه المسلم[2].

نفس الشيء بالنسبة للوصاية فلا تصح الوصاية لغير المسلم[3]. وهذا ما يرد على الكفالة أيضا فلا يمكن لغير المسلم أن يبقى كافلا للولد القاصر وعليه فإذا ثبت أنه غير مسلم أو إرتد على دين الإسلام سقطت منه كفالة الولد القاصر. لقوله تعالى: {لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من الله في شيء إلا أن تتقوا منهم تقاة ويحذركم الله نفسه وإلى الله المصيرُ }.

الفرع الثاني: تخلف شرط الأهلية.

باعتبار الكفالة التزام على وجه التبرع ولا تتم إلا بموجب عقد شرعي، نجد المشرع الجزائري اشترط في الكافل أن يكون عاقلا، أهلا للقيام بشؤون المكفول حتى يتمكن من كفالة الولد القاصر وحسب المادة 40 من القانون المدني الجزائري« كل من بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19سنة كاملة».

(1) أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 18.
(2) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الثامن، المرجع سابق، ، ص 711.
(3) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 483.

وعليه فإن الكافل لابد أن تكون أهليته كاملة لا يعيبها أي عارض من عوارض الأهلية، فحسب المادة 81 من قانون الاسرة الجزائري أنه: « من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أوعته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون».

وحسب المادة 85 أنه: « تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوة والسفيه غير نافذه إذا صدت في حالة الجنون، أو العته أو السفه ».

من خلال هذا نتوصل إلى أنه إذا أبرم الكافل عقد الكفالة وكان في كامل أهليته وقواه العقلية ثم أصيبه عارض من عوارض الأهلية المتمثلة في:

1-عوارض تصيب العقل وهي:

- **الجنون:** هو اضطراب يلحق العقل ويعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز[1].

- **العته:** اختلف في تعريفه فقيل أنه اضطراب عقلي ينقص الإدراك وقيل أنه نوع من أنواع الجنون ووفقا للمادتين 42-43 من القانون المدني الجزائري يعتبر كل من الجنون والعته من الأسباب التي بموجبها تعتبر الأهلية منعدمة وتكون تصرفاته باطلة بطلاق مطلق.

2-**عوارض تصيب تدبير الإنسان:** وهي الغفلة السفه وفيها يكون الشخص سيء التصرف في المال فيبذره في غير مقتضى من الشرع والعقل سواء كان ذلك في وجوب الخير أو الشر. وهنا يكون ناقص الأهلية.

(1) محمد صبري السعدي،الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة لالتزام، مصادر الالتزام ،الطبعة الرابعة ، الجزائر ،2009 ، ص 157.

وبالتالي فإن الكافل هنا يصبح غير قادر على القيام بشؤون القاصر هذا يؤدي إلى انقضاء الكفالة لإنعام شرط أساسي مطلوب في هذا الأخير.

الفرع الثالث: تخلف شرط القدرة على رعاية الولد القاصر.

ترتكز مهام الكافل ونية تبرعه على رعاية الولد القاصر وحمايته وتوفير له حياة كريمة باعتباره قاصرا، ولا يمكنه القيام بأموره. ولذلك اشترط المشرع في المادة 118 على شرط القدرة، وكما سبق توضيحها فيما يخص الشروط الواجبة في الكافل بأنها تتمثل في الاستطاعة والقدرة المادية والمعنوية على توفير كل ما يعتبر من الضروريات.

فإنه في حالة أصبح الكافل عاجزا غير قادر على رعاية القاصر لا يوفر حتى حاجياته فهنا أساس الكفالة يصبح غير متوفر لأن قدرته على القيام بشؤون القاصر أصبحت معدومة ولتحقيق مصلحة المكفول هنا الكفالة تسقط من الكافل ويكون ذلك بالتأكد من أن الكافل أصبح غير قادر تماما على رعاية المكفول.

المطلب الثاني: أسباب خاصة لانقضاء الكفالة.

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد حصر ثلاث حالات تؤدي إلى انقضاء الكفالة وذلك من خلال المادتين 124و 125 منه والتي ورد فيهما:

المادة 124 تنص على: « 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 القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول».

المادة 125 تنص على :« التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية ».

من خلال هاتين المادتين سنحاول تحديد هذه الحالات وكيف يتم تنفيذها ويكون ذلك على النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول: طلب الوالدين عودة المكفول إلى ولايتهما.

طبقا للمادة 124 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري أجاز لأبوي المكفول في حال كانا معلومان أو أحدهما معلوم طلب رجوع الولد المكفول إلى ولايتهما لكن بشروط تم تحديدهما في المادة سابقة الذكر وفي حال تحقيق الشرط انقضت الكفالة. وهما حالتين على النحو الآتي ذكره:

أولا: حالة المكفول غير المميز:

الطفل غير المميز وهو الصبي من ولادته حيا وينتهي ببلوغ 13سنة وهذا السن يسمى سن التمييز الذي نصت عليه المادة 42 فقرة 2 قانون المدني الجزائري: « يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة». وكل شخص يكون غير مميز فإن تصرفاته تقع باطلة مثل ما نصت عليه المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري : « من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة ».

وعليه لا تكون للولد القاصر القدرة على التمييز ومعرفة المكان الذي يبقى فيه، وبالتالي في هذه الحالة إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما وكان الولد غير مميز فإن عليهما التقدم إلى القاضي بطلب يوضح أسباب ذلك لأن المشرع الجزائري من

خلال المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري منح السلطة التقديرية للقاضي بقوله : « إن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول».

ومنه فإن القاضي يقوم بإجراء تحقيق ودراسة الطلب من خلال الأسباب الواردة فيه وإتباع مصلحة المكفول مع من تكون ثم يعلن قرار إما ببقائه مع الكافل أو الموافقة على طلب العودة إلى ولاية والديه الأصليين وبالتالي يؤدي هذا إلى انقضاء الكفالة[1].

ثانيا: حالة المكفول المميز.

من خلال قراءتنا لنص المادة 40 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري نرى أن الطفل إذا بلغ 13سنة أصبح مميزا وهنا تثبت له أهلية أداء ناقصة لأنه لم يبلغ سن الرشد بعد وهو 19سنة. أما بشأن تصرفاته فإن المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري حددت ذلك حيث أنه تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به ومترددة بين النفع والضرر أي قابلة للإبطال لمصلحته.

وعليه في هذه الحالة فإن طلب الوالدين أو أحدهما بعودة الولد المكفول إلى ولايتهما متوقف على المكفول نفسه لأن في هذه السن أي كونه مميزا فإن بإمكانه إبرام عقود تعود عليه بالنفع وتكون نافذة وصحيحة وبالتالي فالمشرع الجزائري من خلال المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري أعطى للمكفول حرية الاختيار وليس لوالديه الأصليين بقوله :« يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز».

وهذا ما أكده قرار صادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه: « من المقرر قانونا أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص[2]

(1) تم التأكد منه بمحكمة عزابة، ولاية سكيكدة.

(2) نبيل صقر، مرجع سابق، ص 185.

ومن ثم لا يجوز الصلح في إسناد الكفالة دون سماع رأي الولد المكفول، فحكم المحكمة العليا بأن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها وتخييرها بين البقاء عند مربيها أو الذهاب لوالدها رغم أنها تجاوزت سن التمييز فإنهم بذلك خرقوا القانون واستحق قرارهم النقض »[1].

وهذا اجتهاد في حدود ما قرره القانون والشرع، لأن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية هي من النظام العام، لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص قانوني خاص، كما أنه لا يجوز شرعا نزع الطفل المكفول من الكافل إلا إذا أهمله أو أساء تربيته[2].

وما تجدر الملاحظة إليه أن المشرع لم يتطرق إلى المكفول في حالة البلوغ (سن الرشد 19سنة).

ما يمكن استخلاصه من المادة 116من قانون الأسرة الجزائري بأن الكفالة تقوم على الولد القاصر ويمكن تعريف هذا الأخير هو الشخص الذي لم يبلغ بعد 19سنة كاملة وبالتالي تكون له أهلية الأداء ناقصة.

أما عند بلوغه هذا السن القانوني تكون له أهلية كاملة وبالتالي تكون له المكنة على إدارة شؤونه بنفسه.

وعليه الكفالة تنقضي تلقائيا بمجرد بلوغ المكفول. ولم يفرق بين الذكر والأنثى إلا أنه عمليا تنفيذها يتواصل لغاية بلوغ الطفل سن الرشد إن كان ذكرا ولغاية الزواج إن كانت أنثى[3] .

(1) المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار بتاريخ 21-05-1991، ملف رقم 71801، المجلة القضائية، العدد الأول، ص 105.

(2) بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 423.

(3) لحسن بن شيخ آث ملويا، الملتقى في القضاء الأحوال الشخصية،الجزء الأول ، دار هومة، الطبعة الثانية، ص222.

بذلك فليس هناك فرق بين الولد الذي تربى في مراكز وبين المكفول في الأسرة فكلاهما قانونيا غير مرحب بهم، وعليهم مواجهة المجتمع إبتداءا من هذه السن القانونية فكما يمكن إخراجه من المركز يمكن للأسرة الكافلة أن تفتح باب البيت لتودعه وتدعه يواجه الحياة[1].

الفرع الثاني: التخلي عن الكفالة.

يكون التخلي عن الكفالة أمام الجهة التي أقرت الكفالة، ويجب أن تكون النيابة على علم بهذا التخلي من أجل الولد المكفول[2].وهذا ما تم النص عليه في المادة 125 قانون الأسرة الجزائري.

ويكون التخلي عن الكفالة بإبداء الكافل رغبته في خروج المكفول عن ولايته حيث يكف عن القيام بشؤونه من رعاية وتربية ونفقة وذلك لأسباب مادية أو غيرها[3].

كما قد يكون لعدم قدرة الكافل على القيام بمهامه إ تجاه المكفول أو عدم التحكم في سلوكه أو حدوث تغيرات على الظروف البينية والاقتصادية في الأسرة البديلة[4] تجعل الكافل يعجز خاصة وبالنسبة للولد القاصر مجهول النسب في حالة معرفته على العائلة الكافلة غير عائلته الحقيقية مما يؤثر على نفسيته وعدم تقبل الفكرة مما يفقد الكافل السيطرة في ضبط سلوكاته.

(1) نبيلة بن يوسف، القانون الجزائري بتجاهل كافل اليتيم بحد بلوغ المكفول سن الثامن عشر، 7-10-2013 نشر بالموقع التالي www.rachida.net

(2) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 199.

(3) معوان مصطفى، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة ، الجزائر، 2004، العدد التاسع، ص 534.

(4) حسن محمد هند، مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 118.

فإذا تم إبرام عقد الكفالة أمام المحكمة فالتخلي يكون أمامها، وإذا تم أمام الموثق فالتخلي في هذه الحالة يكون بنفس الطريقة أما الموثق بشرط علم النيابة العامة بذلك. وحسب المادة 496 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. فإنه: « يتم دفع دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية ويتم النظر في الدعوى في جلسة سرية، بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباته».

وفي حالة الاستئناف للحكم فهو يتم وفقا للفقرة الثالثة حسب الإجراءات العادية.

الفرع الثالث: الوفاة.

حسب المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري جاء فيها على أنه في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية.

من خلال هذه المادة يتبين لنا بأنه في حالة وفاة الكافل يؤدي ذلك إلى انقضاء الكفالة. والمكفول إما أن تنتقل كفالته إلى الورثة في حالة قبولهم والتزامهم بذلك. أما إذا رفضوا كفالته فإنه يتم إسناده من طرف القاضي إلى الجهة المختصة.

أولا: قبول الورثة كفالة المكفول:

في هذه الحالة تنتقل الكفالة من المورث إلى الورثة وحسب المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإنه يتعين على الورثة أن يخبروا دون تأخير قاضي شؤون الأسرة، الذي أمر بالكفالة. والقاضي بدوره يتعين عليه أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء عليها أم لا إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها يقوم القاضي بتعين أحد

الورثة كافلا ، وبموجب ذلك تنتقل الالتزامات المترتبة في عقد الكفالة إليه ويصبح هو الكافل الجديد.

وبما أن الكافل هو بمثابة الأب الشرعي للابن المكفول وعليه يمكن تطبيق عليه أحكام الولاية فيما يخص وفاة الولي حيث ورد في المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري على أنه بعد وفاة الأب تحل محله الأم قانونيا.

وبالرجوع للمادة 92 من قانون الاسرة الجزائري المتعلقة بالوصاية بأنه:« يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإن تعدد الأوصياء فالقاضي اختار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون».

وبالتالي فإذا كان للكافل زوجة تكون بمثابة الأم للمكفول تنتقل لها الكفالة في حال التزمت بذلك.

وفي حال تعيين وصي من طرف الكافل نطبق المادة سالفة الذكر وذلك باعتبار الكافل في المادة 116 قانون الأسرة الجزائري على أنه بمثابة الأب. وكل ذلك يتم مع مراعاة مصلحة المكفول .

وما تجدر الملاحظة أنه على المستوى العملي نجد أنه يتم تقديم طلب كفالة جديد ليتم تحديد الكافل الجديد بموجب عقد جديد[1].

ثانيا: رفض الورثة كفالة المكفول:

طبقا للمادة 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أنه يقوم القاضي بجمع الورثة في طرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة فإذا تم الرفض فإنه تبعا للفقرة الرابعة من نفس المادة ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها، ويسند أمر

(1) تم التأكد منه على مستوى محكمة عزابة.

القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية وذلك حسب المادة 125 قانون الأسرة الجزائري لإيجاد كافل جديد، ومهما كان فلا يمكن إجبار الورثة على كفالة الولد القاصر لأن هذا الالتزام يؤدي بمحض إرادتهم حتى تحقق الكفالة الهدف الذي وجدت من أجله[1].

وعليه من خلال ما تقدم أن المشرع أشار فقط إلى حالة الوفاة بالنسبة للكافل دون المكفول وبما أن محل الكفالة يقوم على كفالة ولد قاصر فبمجرد وفاته يؤدي ذلك إلى انقضاء الكفالة تلقائيا.

(1) معوان مصطفى، المرجع السابق، ص 535.

الخاتمة

خاتمـــــــــة:

من خلال دراستنا لموضوع النظام القانوني للكفالة في قانون الأسرة الجزائري اكتسبنا العديد من المعارف و استخلصنا جملة من النتائج الهامة إلا انه في مقابل ذلك توجد العديد من النقائص. فأهم النتائج المتحصل تكمن في:

1- الكفالة التزام على وجه التبرع دون عوض، معنى هذا أن الكفالة تهدف إلى التعهد والالتزام برعاية الطفل وإعالته وحمايته ووضعه داخل جو أسري كل هذا دون أي مقابل مادي لا بالنسبة للوالدين ولا المؤسسات التي ترعى الطفولة والجمعيات الخيرية في وضع هذا الطفل مع الأسرة. فنظام هذه الكفالة له طابع إنساني بحت يعود بالفائدة على كلا الطرفين الكافل والمكفول خاصة بالنسبة للأشخاص المحرومين من الإنجاب.

- المكفول لا يكون إلا قاصرا، بما مؤداه عدم كفالة البالغ ذكرا أو أنثى من الشخص الأجنبي.

2- الكفالة نظام بديل لنظام التبني الذي معمولا به في عصر الجاهلية وبمجيء الإسلام حرم التبني لمنع اختلاط الأنساب وتداخل الحقوق وأقرت الكفالة وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.

3- الكفالة نظام يمثل غاية اجتماعية هدفها رعاية الأطفال مجهولي النسب كاللقطاء وكذا معلومي النسب كاليتيم وكذلك تولي أمر الأطفال الذين عجز آبائهم عن تنشئتهم نظرا لظروف اجتماعية واقتصادية، أي أنها تمثل صورة من صور التكافل والتراحم بين الناس وهذا ما هو متعارف عليه بين الشعوب الإسلامية بصفة عامة والعربية بصفة خاصة.

4- الكفالة لا تتم إلا بموجب عقد شرعي، فحسب المادة 116من قانون الأسرة الجزائري هي عبارة عن عقد ثلاثي الأطراف: الكافل، المكفول والهيئة التي تقوم بإبرام العقد مع الكافل أمام

الموثق أو المحكمة حيث تقوم المهيآت التي ترعى الأطفال الذين يكونون محل كفالة في عائلات تختارها من مجموع العائلات التي تتقدم بطلب الكفالة، ويتم إبرام العقد أمام الجهات القضائية وفقا لما نصت عليه المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري فالكفالة وإن كانت تبرعا فلا تتم إلا بعقد شرعي.

5- في نظام الكفالة لابد من موافقة اهل المكفول و الكافل لتحقيق الهدف الذي وجدت من أجله.

6- النظام القانوني للكفالة يضع الطفل المكفول مرتبة الابن حيث أن المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري جاء فيها عبارة ورعاية الأب بابنه حيث يترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة.

7- مراعاة المشرع الجزائري من خلال وضعه للنظام القانوني للكفالة مصلحة المكفول وذلك من خلال جملة من التدابير لحماية سريانه تكمن أهمها في المحافظة على نسب المكفول معلوم النسب من الأبوين أو من أحدهما، وذلك طبقا لأحكام المادة 120 من قانون الأسرة الجزائري ، وإذا كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية من خلال قيام ضابط الحالة المدنية بإعطاء اسم ثلاثي يكون آخرها لقب له. فنظام الكفالة فيه حفظ للأنساب وحمايتها.وكذا إمكانية تغيير اللقب بموجب المرسوم 24-92 وهو ليس بتبني حيث أن اللقب يشار إليه في هامش السجل و الوثائق الخاصة بالمكفول وكل ذلك لمصلحة المكفول لاستمرارية حياته دون آي حواجز تمنع ذلك .

8-النظام القانوني للكفالة يحمي الحقوق الميراثية فلا يحق للمكفول الميراث لكن يجوز للكافل أن يملكه شيئا حال الحياة من باب الهبة أو يوصي له بجزء من ماله في حدود الثلث.

9- نظام الكفالة يمنح للكافل حقوقا مادام متبرعا بطبيعة الحال الحق في تقاضي المنح العائلية والمدرسية التي يتمتع بها أي طفل بصورة عادية. وفيما يخص الأموال تكون له سلطة إدارة أموال الصغير التي اكتسبها سواء عن طريق التبرع أو الميراث أو الوصية بطريقة تحفظ مال الصغير من الضياع أو التبذير، ولا يتصرف فيها إلا بالطرق القانونية وفي الحدود المعقولة.

10- الكفالة ليست أبدية فحسب المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري أنه إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميز لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول.بالإضافة إلى التخلي عنها أو بالوفاة وهنا تنتقل إلى الورثة، فالكفالة تصرف زمني وليس تصرف فوري، لأن تنفيذها يتواصل في الزمن أي لغاية بلوغ الطفل المكفول سن الرشد.

11- الكفالة لها نظام قانوني مستقل ومختلف عن بقية الانظمة القانونية الموضوعة لحماية الطفل

وفيما يخص النقائص التي لاحظناها نقترح بعض التوصيات:

1-إعادة صياغة نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري الذي ورد فيه تعريف الكفالة وذلك كالآتي الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية قيام الوالدين بأبنائهم وتكون بعقد شرعي.

2-إعادة صياغة نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري يشترط أن تكون الكفالة داخل أسرة مشكلة من زوجين كاملي الأهلية قادرين على توفير الرعاية اللازمة للمكفول على أن يكون الزوج مسلما.كما يمكن أن توكل لشخص واحد تتوفر فيه نفس الشروط مع مراعاة مصلحة المكفول.

3- إضافة مادة لتوضيح طبيعة الاسم الممنوح للمكفول وتغيير لقبه المتعلقة بالمرسوم 24-92 المتعلق بتغيير اللقب.

4- إضافة مادة لبيان أ نه يجب أن يكون فارق سن بين الكافل و المكفول مع مراعاة مصلحة هذا الأخير .

5- تعديل المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري من خلال بيان حالة المكفول بعد البلوغ بأنه تنقضي الكفالة بالنسبة للذكر ببلوغه سن الرشد والإناث بالدخول.
6- باعتبار أن الطفل مجهول النسب يكون تحت رعاية هيئات مختصة تتمثل في مديرية النشاط الاجتماعي و التضامن نجد أن المشرع أغفل ذلك في قانون الأسرة وكان من الأجدر الإشارة إليهما مثل ما أشار للوالدين في المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري وذلك بقول بموافقة الهيئات المختصة قانونا برعاية الطفل القاصر .

7-النص على إجراءات تسليم المكفول عند طلب الكفالة وذلك بالإحالة إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .وكذلك بالنسبة لإجراءات عودة المكفول في حال طلب الوالدين وعند التخلي عن الكفالة وكذلك في حال انتقالها للورثة بالإحالة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

8- على الهيئات المختصة الاستمرار في مراقبة الكافل و مدى مراعاته بالتزامه في كفالة الولد القاصر خاصة مجهول النسب.

9-التخلي عن الكفالة يكون وفق شروط محددة حيث لا يمكن للكافل التخلي عن الكفالة في أي وقت وإنما بضوابط.

الملاحق

قائمة المراجع

قائمة المراجع

- **المصحف الشريف**
- **المعاجم العربية:**

1-أبي نصر إسماعيل ابن حماد الجوهري، قاموس الصحاح، دار الحديث، القاهرة دون طبعة ،2009.

2-رجب عبد الجواد ابراهيم، معجم المصطلحات الإسلامية في المصباح المنير، دار الأفاق العربية ، القاهرة، الطبعة الأولى، الطبعة الأولى،2002.

3-مجد الدين محمد بن يعقوب، قاموس المحيط، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية،2007.

4-محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت الطبعة الأولى ،1997.

5-محمد مرتضى بن محمد الحسيني الزبيري، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،2007.

الكتب:

1-ابن ماجة، سنن ابن ماجة، حققه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتاب الحصري و دار الكتاب اللبناني.

2-أبي الوليد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،1996.

3-أحمد الشرباصي، يسألونك في الدين والحياة،دار الجيل، بيروت، دون طبعة،1986.

4-أحمد حماني، استشارات الشرعية ومباحث فقهية،المؤسسة الوطنية المطبعية الجزائر، دون طبعة،الجزائر، 1993

5-أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات، مصر ،2009.

6-أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية مصر،دون طبعة،2004.

7-بدران أبو العنين بدران ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين الأربعة والقانون دار النهضة،بيروت، دون طبعة.

8-بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج،ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ،2010.

9-بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية مطبعة المنار ، سطيف ، الطبعة الأولى ،2012.

10- بن شويخ الرشيد،،شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر الطبعة الأولى،2008.

11- جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها دار الفكر العربي 1980.

12- حامد الجندلي، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة،مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس ، الطبعة الأولى ،2011.

13- حسن عبد الدايم ، الكفالة تأمين شخصي للحقوق، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،مصر،الطبعة الأولى ،2009.

14- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، الجزائر .

15- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر الطبعة الأولى، 2009.

16- الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، مطبعة الكاهنةالجزائر،2002.
17- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة،2000.
18- عبد السلام الرفاعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، إفريقيا الشرق دون طبعة،1996.
19- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،دار هومة الجزائر الطبعة الثالثة ، 1996.
20- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة الجزائر طبعة منقحة 2013.
21- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي دون طبعة،2000.
22- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية القبة الجزائر،2007.
23- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة دار البصائر دون طبعة، الجزائر .
24- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دار مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، الطبعة الأولى،2013.
25- علي الهادي الحوات ، رعاية الطفل المحروم ، مركز الإنماء العربي الطبعة الأولى 1989.
26- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، بين عكنون، الجزائر 2006.
27- عمر بن محمد السبيل، أحكام الطفل اللقيط، دار الفضيلة، الرياض، الطبعة الاولى 2005.

28-الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر

29-فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدةمصر 2008.

30-فؤاد يوسف نهرا وخليل أنطوان صغير ،أحكام الأحوال الشخصية، دار المنشورات بيروت.

31-لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومةالجزائر الطبعة الثانية .

32-ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية الطبعة الأولى 2004.

33-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكرالعربي،مصر،الطبعة الثالثة،1957.

34-محمد أحمد مروح مصطفى، الكفالة انواعها وطرق الإبراء منها، دار النفائس الأردن الطبعة الاولى،2003.

35-محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج دار الفكر بيروت.

36-محمد أمين الشهير بابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختارشرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية،1989.

37-محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائرالطبعة السادسة عشر، 2008.

38-محمد صبحي شلبي ،احكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة في المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون،الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة،1983.

39-محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، سلسلة دروس العلوم القانونية ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1992.
40-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام الجزائر، الطبعة الرابعة،2009.
41-محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري التأمينات الشخصية والتبعية دار الهدى، الجزائر، الطبعة الأولى ،1991-1992.
42-معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الوفاء، مصر الطبعة الرابعة 1988.
43-نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية، دار الجامعة الجديد للنشر الإسكندرية،مصر ،2005.
44-نبيل صقر،قانون الأسرة نصا فقها و تطبيقا، دار الهدى، الجزائر، دون طبعة 2006.
45-وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي و أدلته،دار الفكر، الجزائر، الطبعة الأولى 1992.
46-يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار البعث، قسنطينة، الجزائر الطبعة العشرون، 1984.

النصوص القانونية:

1-الأمر 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق لـ: 15ديسمبر 1970المتضمن قانون الجنسية، الجريدة الرسمية 105 المؤرخة في 18- 12 - 1970 المعدل والمتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ17 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية رقم15 المؤرخة في 27-02-2005

2-الأمر 05- 02 المؤرخ في 18محرم 1426هـ،الموافق لـ:27 فبراير 2005 المتعلق بالأسرة ، الجريدة الرسمية عدد 15،المؤرخة 27 فبراير 2005.

3-الأمر 05 -10 المؤرخ في 20يونيو2005، المتضمن تعديل الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام1395 والموافق لـ: 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية عدد78 ،المتضمن القانون المدني .

4-الأمر رقم 08- 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

5-الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذو الحجة عام 1379 الموافق ل 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية،الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 27 فيفري 1970.

6-الأمر 66-156، المؤرخ في 19 صفر 1386 الموافق لـ: يونيو1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد49، السنة الثالثة، مؤرخة في 21صفر 1386 الموافق ل 1966.

7-مرسوم رقم 80- 83 المؤرخ في 28 ربيع الثاني عام 1400 الموافق ل 15 مارس 1980 الجريدة الرسمية عدد12 المؤرخة في16 مارس 1980.

8-المقرر الوزاري رقم 061 المؤرخ 26 أكتوبر 2005 ، المتضمن إنشاء تسيير تشكيل اللجنة المكلفة بدراسة ملفات الكفالة.

9-مرسوم تنفيذي رقم 71-156 المؤرخ في 10 ربيع الثاني 1391 الموافق لـ 03 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب الجردة الرسمية عدد17 السنة الثامنة، المؤرخة في 18 ربيع الثاني 1391هـ الموافق ل 11 يونيو 1971.

10- المرسوم التنفيذي 92-24 المؤرخ في 8 رجب 1412 الموافق لـ: 13 يناير سنة 1992 الجريدة الرسمية العدد 5 المؤرخة في 22- جانفي 1992.

11- مرسوم 80- 83 المؤرخ في 15 مارس 1980 المتضمن إحداث دور الاطفال المسعفين وتنظيمها و تسييرها، الجريدة الرسمية عدد12 السنة الرابعة عشرة المؤرخة في 01 جمادى الأولى 1400 الموافق ل18 مارس 1980.

12- المرسوم الرِئاسي 02- 405 المؤرخ في 21 رمضان 1423 الموافق ل 26 نوفمبر 2002 ن يتعلق بالوظيفة القنصلية، الجريدة الرسمية 79 المؤرخة في 01-12-2002.

الرسائل الجامعية:

1-علال امال، التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعيرسالة ماجستير،إشراف الدكتور دندوني،جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق ،2008- 2009.

2-مفيدة بوصبيعة، منازعات الحضانة في التشريع الجزائري،رسالة ماستر إشراف الدكتور علي بودفع،جامعة 20أوت 1955،سكيكدة كلية الحقوق و العلوم السياسية ،قسم الحقوق 2013

3-يحي آمنة، كفالة الطفل في التشريع الجزائري، رسالة غير منشورة، إشراف الدكتور رحماني منصور، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق،2013.

المقالات :

1-معوان مصطفى، أسباب تحريم التبني واحلال الكفالة بين الشريعة الاسلامية و قانون الاسرة الجزائري،مجلة المعيار كلية أصول الدين والتشريع و الحضارة الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد9 ،1425هـ-2004.

2-نبيلة بن يوسف،القانون يتجاهل كافل اليتيم بعد بلوغ المكفول سن الثامن عشر 07-10 -2013.

3-حكيمة حاج علي، الفقر يدفع الجزائريين إلى بيع أطفالهم بالكفالة، جريدة الشروق 28- 02- 2015 .

4-زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92- 24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، العدد الثاني،2000.

الهيئات الإدارية:

محكمة عزابة .

مديرية النشاط الاجتماعي لولاية سكيكدة .

بلدية السبت .

الفهرس

فهـــرس المحتويات

مقدمة .....أ- د

الفصل الأول: طبيعة نظام الكفالة 2

المبحث الأول: مفهوم نظام الكفالة 3

المطلب الأول: تعريف نظام الكفالة 3

الفرع الأول: التعريف اللغوي.....4

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي 6

أولا: تعريف الكفالة في الشريعة الاسلامية 6

ثانيا: التعريف القانوني للكفالة 10

1- معنى الكفالة في القانون المدني 10

2- معنى الكفالة في قانون الأسرة 12

المطلب الثاني: شرعية الكفالة في الفقه و القانون 13

الفرع الأول: حكم الكفالة في الشريعة الاسلامية 14

أولا: حكم الكفالة في القرآن الكريم 14

ثانيا: حكم الكفالة في السنة 16

الفرع الثاني: حكم الكفالة في القانون 17

أولا: حكم الكفالة و تكييفها في قانون الأسرة الجزائري 17

ثانيا: حكم الكفالة في القوانين الأخرى 18

1- في القانون التونسي 18
2- في القانوني المغربي 19
المبحث الثاني: الكفالة و الأنظمة المشابهة لها وفقا لقانون الأسرة الجزائري..... 21
المطلب الأول: مقارنة الكفالة بالتبني و الحضانة 22
أولا: تعريف التبني..... 22
ثانيا: الفرق بين الكفالة و التبني..... 23
الفرع الثاني: الكفالة و الحضانة 26
أولا: تعريف الحضانة 26
ثانيا: الفرق بين الكفالة و الحضانة..... 27
المطلب الثاني: مقارنة الكفالة بصور النيابة الشرعية..... 30
الفرع الأول: الكفالة و الولاية 30
أولا: تعريف الولاية..... 31
ثانيا: الفرق بين الكفالة و الولاية..... 31
الفرع الثاني: الكفالة و الوصاية..... 32
أولا: تعريف الوصاية 33
ثانيا: مقارنة بين الكفالة والوصاية 34
الفرع الثالث: الكفالة و القوامة 34
أولا: تعريف القوامة 34
ثانيا: مقارنة بين الكفالة و القوامة 35
المبحث الثالث: أسس قيام نظام الكفالة 36

المطلب الأول: الشروط الواجبة في أطراف الكفالة 36
الفرع الأول: الشروط الواجبة في الكافل 36
أولا: تعريف الكافل 37
ثانيا: الشروط 37
1- الشروط الواردة في قانون الأسرة الجزائري 38
2- الشروط الغيرواردة في قانون الأسرة الجزائري 42
الفرع الثاني: الشروط الواجبة في المكفول 47
أولا: تعريف المكفول 49
ثانيا: الشروط 37
الفرع الثالث: الشروط الواجبة في عقد الكفالة 51
أولا: الكفالة أمام المحكمة 52
ثانيا: الكفالة أمام الموثق 53
المطلب الثاني:أركان عقد الكفالة 54
الفرع الأول: التراضي 54
الفرع الثاني: المحل 57
الفرع الثالث: السبب 57
الفرع الرابع: الشكلية 58

الفصل الثاني: سريان النظام القانوني للكفالة 60
المبحث الأول: اجراءات سريان النظام القانوني للكفالة 61

المطلب الأول: اجراءات سريان النظام القانوني للكفالة 62
المطلب الأول: المرحلة الأولية 62
الفرع الأول: طلب كفالة الولد معلوم النسب 62
الفرع الثاني: طلب كفالة الولد مجهول النسب 64
الفرع الثالث: طلب تغيير لقب المكفول..... 68
المطلب الثاني: مرحلة التثبيت 71
الفرع الأول: تثبيت كفالة الولد معلوم النسب..... 71
الفرع الثاني: تثبيت كفالة الولد مجهول النسب..... 72
الفرع الثالث: تثبيت لقب المكفول 73
المبحث الثاني: تدابير حماية سريان النظام القانوني للكفالة 74
المطلب الأول: حماية الآثار المترتبة عن عقد الكفالة بالنسبة للكافل..... 75
الفرع الاول: الولاية على نفس المكفول..... 75
الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول 76
المطلب الثاني: حماية الآثار المترتبة عن عقد الكفالة بالنسبة للمكفول..... 80
الفرع الأول: توفير الرعاية المعنوية للمكفول..... 81
أولا: حقوق الشخصية القانونية للمكفول..... 81
ثانيا: حقوق التربية و التعليم 88
الفرع الثاني: توفير الرعاية المادية للمكفول..... 89
أولا: النفقة..... 89

ثانيا: ميراث المكفول..... 90
المبحث الثالث: أسباب انقضاء الكفالة 92
المطلب الأول: أسباب عامة لانقضاء الكفالة 92
الفرع الأول: تخلف شرط الاسلام 92
الفرع الثاني: تخلف شرط الأهلية 93
الفرع الثالث: تخلف شرط القدرة على رعاية الولد القاصر 95
المطلب الثاني: أسباب خاصة لانقضاء الكفالة 95
الفرع الأول: طلب الوالدين عودة المكفول إلى ولايتها 96
أولا: حالة المكفول غير المميز 96
ثانيا: حالة المكفول المميز 97
الفرعالثاني: التخلي عن الكفالة..... 99
الفرع الثالث: الوفاة..... 100
أولا: قبول الورثة كفالة المكفول..... 100
ثانيا: رفض الورثة كفالة المكفول 101
الخاتمة 104
الملاحق..... 108
المراجع..... 109
الفهرس..... 117