جامعة غارداية
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

أحكام الكفالة في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق تخصص: قانون خاص

إعداد الطلبة:

- ✓ مراد رضوان.
- ✓ ألأخضري زين الدين

إشراف الدكتورة:

- ✓ صفاء خالدي هاجر

لجنة المناقشة:

دكتور عمر نسيل	**رئيسا**
دكتور صفاء خالدي هاجر	**مشرفا**
دكتور نسيمة حيفري	**مناقشا**

نوقشت بتاريخ: 2023/06/19
السنة الجامعية: 1444 هـ / 2022-2023 م

إهداء

الحمد لله حمدا يوافي نعمه و يكافئ مزيده، و الصلاة على من به تمم الأمر و ختمه و هدى به من يشاء من عبيده.

إلى قرة العين و سرور القلب، والدي حفظهما الله و جازاهما عني خيرا،

إلى عائلتي ركن عزي و قوتي،

إلى كل من علمني يوما حرفا،

إلى القائمين على كلية الحقوق و العلوم السياسية من كوادر و كفاءات و أساتذة،

إلى أستاذتنا المشرفة التي بتوجيهاتها و إرشاداتها بعد توفيق الله وصلنا،

إلى الزملاء و كافة الرفاق و الأصحاب،

إلى كل من يقرأ،

أهدي هذا العمل إليكم

شكر و عرفان

الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات و بشكره تدوم النعم، و الصلاة و السلام على خير البرية هادي الأمم.

نحمد الله الذي وفقنا لهذا و نحمده لما يسره لنا من صرح علمي في ولايتنا و لما سخره لنا من نخبة من الأساتذة القائمين على تأطيرنا وفق خير ما يكون فجزاهم الله عنا خيرا.

نتقدم بالشكر الجزيل و العرفان لصاحبة الفضل علينا في إتمام هذا العمل بعد فضل الله و توفيقه أستاذتنا المشرفة، فجزاها الله عنا خيرا و تقبل منها ما منحته لنا من وقت و إرشادات و معالم وضحت طريقنا الطويل في إعداد هذه المذكرة و نأمل أن يكون عملنا هذا لائقا بما بذلت معنا من مجهود.

كما نشكر السادة أعضاء لجنة المناقشة، أساتذة كرام شرفونا بالاطلاع على عملنا هذا لتقويمه و تقييمه، فجزاهم الله خيرا و تقبل منهم وقتهم الذي سخروه لنا.

و نشكر كل من ساهم في مساعدتنا لإتمام هذا العمل من قريب أو بعيد.

قائمة بأهم الإختصرات

ط	طبعة
ج	جزء
مج	مجلد
ص	رقم الصفحة
د.ت.ن	دون تاريخ نشر
ج.ر	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
د.م.ج	ديوان المطبوعات الجامعية
ق أ ج	قانون الأسرة الجزائري
ق م ج	القانون المدني الجزائري
ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
ق ع ج	قانون العقوبات الجزائري

الملخص

مقتفيا بآثار الشريعة الإسلامية أقر المشرع الجزائري نظام الكفالة كنظام رعاية للأطفال القصر المحرومين من الجو العائلي دون التفرقة بين مختلف طبقات هذه الفئة و إنما بتصنيف يساهم في تنظيم هذا النظام و دون التضييق على خياراتهم في الحياة بمنع البني بل إن المشرع توسع في تنظيم عقد الكفالة و شروطه و أحكامه آثاره بشكل احتوى كل الحالات التي يكون عليها الطفل القاصر و بهذا يكون المشرع إضافة إلى اقتفاء آثار شريعتنا السمحة قد وافق الاتفاقيات و المعاهدات الدولية لحماية الطفل و ترقية الأسرة.

و قد أفرد المشرع النصوص القانونية و الأحكام ضمن مواد عديدة من قانون الأسرة الجزائري.

Abstract:

Following the footsteps of Islamic law, the Algerian legislator has approved the system of "KAFALA" as a form of care for deprived orphaned children of the family atmosphere. without discrimination between the social classes of this group, but a classification system used to structure and organize the care of the orphaned children without limiting their choices in life by prohibiting adoption.

The legislator has expanded the regulation of the KAFALA contract, its conditions, provisions, and effects, covering all situations which the child in need. In doing so, the legislator not only follows Islamic law but also complies with international agreements to protect children.

The Algerian legislator has allocated legal provisions within numerous articles of the Algerian Family Law

مقدمة

الأسرة هي نواة بناء المجتمع، و قد خصص المشرع الجزائري القوانين و الآليات الخاصة للحفاظ على حقوق كل فرد في الأسرة فيما يسمى بقانون الأسرة، وبما أن قانون الأسرة مستقى من الشريعة الإسلامية نجد أن المشرع سار على ضوء الشريعة في سن قوانينه الوضعية و التي منها عقد الكفالة، حيث ورد ذكرها في القانون المدني و كذا في قانون الأسرة الجزائري، إذ أنها كانت بديلا للتبني الذي حرمه الإسلام لما فيه من مفاسد للأنساب. و لما كان الحق في العيش الكريم حقا مكفولا لكل فرد في المجتمع، فقد اعتنى القانون الجزائري بوضع آليات اجتماعية تضمن للطفل الرعاية المطلوبة لضمان عيش كريم في كنف أسرة مستقرة. من هذه النظم: الكفالة، التي يحتاجها الطفل المحروم من رعاية الأبوين و في أحيان كثيرة يحتاجها كذلك بعض الأزواج ممن تعذر عليهم الإنجاب.

أهمية الموضوع:

يستمد موضوعنا أهميته من أبرز مقاصد الشريعة و التي تقوم على حفظ النفس، كما أن الكفالة من القيم الإنسانية السامية، إضافة إلى أن دراسة الفقرات و المواد القانونية التي تعنى بالكفالة و الآليات الواجب إتباعها بهدف تعزيز مكامن الضعف فيها و سد الثغرات التي تتخللها، لبلوغ الهدف من عقد الكفالة و هو ضمان حياة كريمة و هادئة للطفل تحضيرا له ليكون عنصرا ايجابيا و فاعلا في المجتمع مستقبلا.

أسباب اختيار الموضوع

و من هذا تعددت أمامنا الأسباب التي جعلتنا نختار هذا الموضوع تحديدا، و فيما يلي نقاط نلخص فيها هذه الأسباب:

1- نظرا لأهميته الإنسانية و الدينية.

2- إعطاء دفعة للجهود التي يقوم بها المشرع للإحاطة بالمتغيرات و الحالات المختلفة

3- الاهتمام بقضايا الطفل و حمايته ، خاصة في ظل قصور النصوص التشريعية التي تضمن الحماية التامة لهذه الشريحة.

الهدف من الدراسة

و نظرا لما سبق نهدف من هذه الدراسة الموسومة بالعنوان: "أحكام الكفالة في القانون الجزائري" إلى ما يلي:

-محاولة سد الثغرات في النصوص القانونية المنظمة للكفالة.

-اقتراح حلول لإزالة العقبات و حل بعض المشاكل التي تعرقل عمل القضاء و إجراءات الكفالة.

-تحديد الحماية القانونية و الحقوق الشرعية للأطفال محل الكفالة.

صعوبات الدراسة

و مثلما يصادف أي باحث عند دراسة أي موضوع، و نظرا لطموحنا للإحاطة بكافة جوانب الموضوع فقد صادفتنا خلال انجاز دراستنا جملة من الصعوبات و العقبات استطعنا تلافيها بفضل الله و بجهود أستاذتنا المشرفة و توجيهاتها القيمة، و لتعميم الفائدة لمن يأتي بعدنا في تناول هذا الموضوع نلخص تلك العقبات فيما يلي:

- قلة المصادر، حيث أن أغلب المصادر كانت عبارة عن مقالات تعبر عن رأي أصحابها.

- قلة المواد القانونية التي تتناول الموضوع بإسهاب يستوفي كل جوانبه.

- الإطار الزمني الضيق، حيث أن الموضوع محل الدراسة يتطلب وقتا أطول من أجل استيفاء كل جوانبه، كما يتطلب زيارات ميدانية للتقرب من الفئة المعنية بموضوع الكفالة من أجل عمل تحليلات قد تكون منطلقا لنظرة أشمل.

دراسات سابقة

و إتباعا للمنهج الدقيق في البحث الأكاديمي و العلمي كان لزاما لنا الاطلاع على ما سبق من دراسات تناولت موضوعنا إذ أنه تم تناول موضوع الكفالة في قانون الأسرة الجزائري في بعض الدراسات السابقة و لكنها تبقى قاصرة عن إعطاء الموضوع حقه إذ يجب التركيز عليه أكثر مستقبلا لتدارك النقائص و تقديم الحلول للعقبات التي تواجه الكفيل و المكفول لإتمام عقد الكفالة، و من الدراسات السابقة نذكر:

– "الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية"، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، من إعداد الطالبة بوعشة عقيلة.

– "الكفالة بين أحكام الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري"، مذكرة ماستر 2، تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، من إعداد الطالبة بسعود عربية.

– "التبني و الكفالة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، من إعداد الطالبة علال آمال.

– "أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري و بعض التشريعات العربية –دراسة مقارنة–"، مذكرة نهاية الدراسة ماستر 2، تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، من إعداد الطالبة عبد السلام خضرة.

المنهج المتبع في الدراسة:

اتبعنا في دراستنا منهجين من المناهج الأكاديمية و ذلك بما يتناسب مع طبيعة الدراسة و الموضوع الذي تم اختياره، و يتمثل المنهجان في :

1– المنهج التحليلي: حيث قمنا بتحليل الموضوع عامة من الناحية القانونية، أي تحليل المواد القانونية التي تناولته اعتمادا على النصوص التشريعية الجزائرية

2- المنهج الاستقرائي: حيث قمنا باستقراء مواقف المشرع الجزائري من مختلف حيثيات عقد الكفالة.

الإشكالية

على أساس ما سبق ذكره و من خلال استعراض موضوع الدراسة على مدى صفحات هذا العمل المتواضع سنحاول الإجابة على الإشكالية التي تبلورت خلال تحليلنا للمعلومات الواردة في المصادر و المراجع التي اعتمدنا عليها بهدف بلوغ المغزى بمنهجية سليمة، و تتمثل الإشكالية المطروحة أمامنا في:

إلى أي مدى وفق التشريع الجزائري في معالجة مسألة الكفالة ؟

و من أجل الإلمام بكل جوانب الموضوع دون إفراط أو تفريط فقد قسمنا موضوعنا إلى فصلين اثنين، نتناول في أولهما مفهوم الكفالة و نوضح ذلك من خلال مبحثين أولهما نتناول من خلاله المقصود بالكفالة أما المبحث الثاني فسنتطرق فيه إلى تمييز الكفالة عن الأنظمة المماثلة لها.

لننتقل بعدها إلى الفصل الثاني و الذي خصصناه بدراسة الأطر القانونية للكفالة و ذلك من خلال مبحثين أولهما تطرقنا فيه إلى شروط الكفالة و في المبحث الثاني تناولنا آثار الكفالة و انقضاؤها.

الفصل الأول

الفصل الأول: مفهوم الكفالة

يعد عقد الكفالة البديل الشرعي للتبني، و ذلك من أجل استكمال مراحل إنشاء الطفل بعد مرحلة الحضانة و ضمان الجو الملائم لتكوين فرد صالح للمجتمع، و عليه فقد اعتمد المشرع عقد الكفالة كآلية اجتماعية لرعاية الأطفال، فما هو مفهوم الكفالة؟ ما أحكامها؟ و ما هي أركانها و خصائصها ؟ .

كمستهل لدراستنا فقد ابتدأنا الفصل الأول بوضع مفهوم للكفالة، و الذي نستعرضه في مبحثين؛ نتطرق في أولهما إلى المقصود بالكفالة، من خلال تعريفها، و ذكر أركانها و خصائصها و أحكامها و كذا محلها، و مبحث ثان نتطرق فيه إلى توضيح الفرق بين عقد الكفالة و ما يشابهه من نظم قانونية و شرعية و آليات اجتماعية مماثلة.

المبحث الأّول :المقصود بالكفالة.

تبنى النبي محمد صلى الله عليه و سلم زيدا ابن حارثة رضي الله عنه قبل الإسلام و كان يدعى زيدا ابن محمد ثم جاء الإسلام ليحرم التبني الذي كان يمارسه أهل الجاهلية، و أبطل ما كان يترتب عنه من أحكام وفقا للعرف العام وقتها، غير أنه و لحماية فئة من المجتمع كانت ضحية لظروف معينة، و يمنعها عجزها التام أو النسبي عن مواجهة الحياة فقد أقر الإسلام الكفالة بديلا لهذا التبني و ذلك لما في الأخير من سلبيات لها الأثر البالغ في ترابط المجتمع و حقوق الأفراد.

و كان الهدف من ذلك هو تنظيم التكافل الاجتماعي بما يتناسب مع كل العصور مع مراعاة حقوق كل الأطراف، و قد انتهج المشرع الجزائري نهج الشريعة بإقراره نظام الكفالة لرعاية الأطفال القصر مجهولي النسب أو معلومي النسب و أفرد له مساحة معتبرة على أرضية قوانينه.

سنتناول في هذا المبحث المقصود بالكفالة من طريق اللغة و الاصطلاح و القانون. ثم نتطرق إلى أحكامها و خصائصها و أركانها لننهي المبحث بذكر محل الكفالة.

المطلب الأّول: التعريف بالكفالة و أحكامها.

الفرع الأول: التعريف بالكفالة.

أولا/ لغة: ورد في معناها لغة أنها الضم، و منه قوله تعالى:"و كفلها زكريا"[1]، أي ضمها إياه حتى تكفل بحضانتها، بمعنى ضمن أمرها.

1 سورة آل عمران، الآية رقم 37.

و جاء في لسان العرب: كفل: تكفلت بالشيء، أي ألزمته نفسي و أزلت عنه الضيعة و الذهاب، و الكافل القائم بأمر اليتيم المربي له، و هو الكفيل الضمين، و الضمين له و لغيره راجع إلى الكافل.[1]

ثانيا/ اصطلاحا: اختلف تعريف الفقهاء للكفالة باختلاف مذاهبهم، غير أن جمهور العلماء ذهب إلى أن الكفالة هي ضم الذمتين إلى الدين.

و قال الإمام الذهبي: "كفالة اليتيم القيام بأموره، و السعي في مصالحه و إطعامه و كسوته و تنمية ماله إن كان له مال، و إن كان لا مال له، أنفق عليه و كساه ابتغاء وجه الله تعالى"[2].

و قال الحنفية: هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، في المطالبة بنفس أو عين أو دين أو عمل.

و عند الشافعية هي الالتزام بالقيام بأمور الكفيل و السعي في مصالحه ابتغاء وجه الله"[3].

ثالثا/ قانونا: 1- في قانون الأسرة: الكفالة تعهد بالالتزام برعاية الطفل و تربيته تربية صحيحة، و ذلك بتوفير المناخ الاجتماعي و الظروف الاقتصادية المواتية لضمان الحياة الكريمة للطفل المكفول، تعرف المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري الكفالة كالتالي: "الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية، قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي"[4].

1 ابن منظور، لسان العرب، حرف الكاف، كفل، المجلد 16، دار بيروت، ص 39.

2 الجزري أبو السعادات المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث، المكتبة الإسلامية، القاهرة، ص 342.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج5، دار الفكر دمشق 1991، ص 132.

4 قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج.ج، عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984 العدد 24، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ج.ج، عدد 15 صادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

كما ورد تعريفا أيضا: " التزام على وجه التبرع يتم أمام قاض أو موثق بهدف التكفل برعاية ولد قاصر دون أن يكون لزوما والده، و تتم الكفالة بعقد شرعي[1].

و عليه فالكفالة هي عبارة عن التزام برعاية الولد الصغير من وجوه عدة و على سبيل التبرع[2].

2- في القانون المدني: ورد تعريفها في المادة 644 من القانون المدني كالتالي: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"[3]. و هي في القانون وجه من أوجه التأمين أو الضمان.

و من خلال هذا التعريف يمكننا القول أن الكفالة عقد بين الكافل و الدائن و يمكن إبرامه دون علم المدين و دون رضاه. فهي إذا ترتكز على التزام أصلي و تعمل على ضمان الوفاء به، لأن الكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين، حيث أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي إذا لم يف به المدين[4].

و من خلال ما سبق تناوله في هذا الفرع يمكننا القول أن الكفالة هي التزام تبرعي دائم، و تعهد بهذا الالتزام المتمثل في حرص و عمل الكافل على رعاية الطفل القاصر و القيام بجميع شؤونه بنفس الحرص الذي يوليه لاهتمامه بابنه الشرعي، و يتم انعقادها بموجب عقد مبرم في شكل رسمي وفق ما ينص عليه القانون. و هي في مختلف التعريفات السابقة سواء اللغوية أو الاصطلاحية تحمل مدلول البر و الإحسان.

1 القرام ابتسام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، د.ت.ن، ص170.

2 بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 248.

3 أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975. معدل و متمم.

4 سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، ط4، دار الأمل، تيزي وزو، ص 27.

الفرع الثاني: أحكام الكفالة.

أولا/ حكم الكفالة شرعا: الكفالة من الأمور المحمودة في الإسلام، و قد حث عليها ربنا عز و جل في محكم تنزيله في مواضع عديدة، كما ورد ذكرها في أحاديث شريفة. و عليه فقد استدل العلماء بمشروعية الكفالة في ديننا الحنيف مما ورد ذكره في الكتاب و السنة، و لا بأس في أن نورد آيات و أحاديث تبين ذلك فيما يلي:

قوله تعالى: "هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم".[1]

و في قول رسول الله من رواية مالك عن أبي هريرة رضي الله عنه: "كافل اليتيم له أو لغيره، أنا و هو كهاتين في الجنة" و أشار مالك بالسبابة و الوسطى[2].

و قال تعالى في سورة آل عمران:" فتقبلها ربها بقبول حسن و أنبتها نباتا حسنا و كفلها زكريا كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا. قال يا مريم أنى لك هذا. قالت هو من عند الله إن الله يرزق من يشاء بغير حساب"[3].

و في سورة يوسف قوله تعالي:"قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم، فلما آتوه موثقهم قال الله على ما نقول وكيل"[4].

ثانيا/ حكم الكفالة قانونا: سبق و ذكرنا أن الشريعة الإسلامية هي النبراس الذي يتبعه المشرع الجزائري، حيث أنه منع التبني و أباح الكفالة باعتبارها التزام إرادي شخصي يقوم به الكافل في حق الكفيل سواء كان معلوم النسب أو مجهوله، و تناولها قانون الأسرة في المواد 116 إلى 125.

1 سورة البقرة، الآية 215.

2 أخرجه مسلم، كتاب الزهد، باب الإحسان إلى الأرملة و اليتيم و المسكين، ج2287/4.

3 سورة آل عمران، الآية رقم 37.

4 سورة يوسف، الآية رقم 66.

المطلب الثاني :خصائص و أركان الكفالة.

الفرع الأول: خصائص الكفالة.

أولا/ الطبيعة القانونية للكفالة.

بما أن عقد الكفالة يتميز عن غيره من العقود المدنية بكون الطفل القاصر محل له و بما أن هذا العقد يحمل على كونه ارتباطا اجتماعيا و إنسانيا ساميا، فقد تميز عقد الكفالة بعدة خصائص نتطرق إليها فيما يلي:

نجد في نص المادة 117 من قانون الأسرة أن المشرع أعطى صلاحية إسناد الكفالة إلى جهة رسمية تتمثل في الجهات القضائية أو الموثق، و تتم برضا من له أبوان.[1]

و بما أن المشرع الجزائري يركز على مراعاة مصلحة الطفل القاصر حتى بمواجهة أبويه الشرعيين[2] فقد نص على أن الوكالة تكون بموجب عقد طبقا للمادة 116 من قانون الأسرة الجزائري، و لو أن المشرع قد ضيق مجال الإرادة لأطراف عقد الكفالة مراعاة لمصلحة الطفل و بالتالي فحري بعقد الكفالة أن يكون محررا رسميا غير أن المشرع كان يرمي بذلك إلى ضبط هذا المحرر بجملة من الأحكام القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية.

و عليه فعقد الكفالة هو الإطار القانوني لتوافق الأطراف مع حفظ المشرع لدوره في جميع مراحل انعقاد الكفالة و بذلك يكون الالتزام بعقد الكفالة هو التزام للقيام بعمل نص عليه القانون تحدد شروطه و آثاره و انقضاءه بنصوص قانونية.[3]

1 الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 25.

2 المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري.

3 فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، جزء1، الفنون المطبعية، الجزائر، 1993، ص 3.

ثانيا/ الالتزام بالقيام بشؤون الولد القاصر.

الكفالة هي التزام شخص راشد بالقيام بشؤون الطفل القاصر المالية و الشخصية بتكليف من القضاء.

و عليه فللكفالة شقين، شق خاص بالشؤون المالية للطفل القاصر و توكل إلى من له القدرة على التصرف في المال و إبرام العقود، و شق آخر خاص بالأحوال الشخصية للقاصر و تتلخص في حفظ النفس و التزويج.

ثالثا/ التبرع.

الكفالة هي التزام على وجه التبرع من طرف الكفيل و ذلك يكون دون مقابل[1]، و هذا ما نصت عليه المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري، و بالتالي لا يعتبر ما أنفقه الكافل دينا في ذمة المكفول، كما يجب الإشارة إلى أن الكفالة التزام شخصي ولا ينتقل هذا الالتزام إلى ورثة الكافل[2].

الفرع الثاني: أركان الكفالة.

أولا/ التراضي.

يعتبر التراضي حجر الأساس الذي يقوم عليه عقد الكفالة و غيره من العقود و قد عرفه الدكتور علي سليمان كالتالي: "هو تطابق الإرادتين و حتى يكون صحيحا يجب أن يصدر من ذي أهلية ولا يكون مشوبا بعيب من عيوب الرضا"[3]. و مما سبق نستطيع تحديد أطراف الكفالة فيما يلي:

1 المادة 116 من القانون 84-11، مرجع سابق.

2 نص المادة 108 من القانون المدني.

3 علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، د م ج، ط98، ص 48.

- **الطرف الأول:** و يكون ممثلا في الكافل، و الذي يمكن أن يكون شخصا فردا باشتراط رضا الزوجين، و تكون للكافل الولاية على المكفول، و حتى يتسنى له ذلك لابد من توفر الشروط الأساسية التي يجب أن تتوفر في أي متعاقد[1].

- **الطرف الثاني:** و هو المكفول، أي الطفل القاصر حسب المادة 116 من قانون الأسرة، و عليه فصلاحية مباشرة إتمام عقد الكفالة تقع على أبويه أو احدهما أن كانا معلومين أو على مؤسسة رعاية الطفولة أن كان أبواه مجهولين، مع مراعاة مصلحة الطفل القاصر. و ذلك على أساس نص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري:" من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت دائرة بين النفع و الضرر"[2]. و عليه فلا يمكن للمكفول إبرام عقد الكفالة و يشترط فيها رضا الولي أو الوصي.

و بما أن عقد الكفالة هو التزام تبرعي فمن الناحية الفنية فهو يعرض الكافل إلى الضرر و لتلافي هذه الأضرار فقد وضع المشرع النقاط التالية و التي تخول للكافل حق إبطال عقد الكفالة: "

1- **الغلط:** فقد يقع الكافل في غلط جوهري يتمثل في جنس المكفول.

2- **التدليس:** استعمال والدي القاصر للتحايل و ذلك لدفع الكافل لإبرام العقد و لولا استعمال طرق التحايل المادية أو المعنوية للتأثير على الكافل لما ابرم العقد.

3- الاستغلال: و هو استغلال أبوي الطفل القاصر لحال الكافل الميسور.

1 فريدة محمدي، مدى تعارض مرسوم 92-24 مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع2، 2000، ص 69

2 المادة 83 من القانون 84-11، مرجع سابق.

أما بالنسبة للطرف الثاني فتكفي توفر صفة الأهلية و التمييز في والدي الطفل القاصر و مراعاة لمصلحته فقد حدد المشرع نفس النقاط السابقة كدواعي لإبطال عقد الكفالة بطلب من الوالدين إضافة إلى الإكراه، فإذا قام الوالدان بإبرام العقد تحت طائلة الإكراه المادي أو المعنوي حينئذ يكون لهما الحق في طلب إبطال عقد الكفالة.

و في حالة كان الطفل القاصر مجهول الوالدين يغيب الإشكال لان مؤسسة رعاية الطفولة تحوز الأهلية الكاملة و تكون ممثلة في المدير"[1].

ثانيا/ المحل.

حسب المواد من 92 إلى 96 من القانون المدني و طبقا للقواعد العامة فالمحل يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، مشروعا و ممكنا و ينص على الالتزام، و هو ما نص عليه قانون الأسرة كذلك غير أن الاختلاف بينهما يكمن في الالتزام و الذي يكون تبرعيا حسب قانون الأسرة الجزائري و لاسيما المادة 116 منه بينما يكون الالتزام بمقابل في القانون المدني.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري تنص المادة 119 منه على ما يلي: "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب"[2]، و من نص المادة السابقة نستنتج أن قانون الأسرة الجزائري حدد أن محل عقد الكفالة ينحصر في نوعين من الأطفال، أطفال معلومي النسب و أطفال مجهولي النسب.

1 عبد السلام خضرة، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري و بعض التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2015-2016، ص19.

2 المادة 119 من القانون 84-11، مرجع سابق.

و لا بأس بأن نوضح بعض المفاهيم الخاصة والتي لها علاقة بنص المادة المذكورة آنفا فيما يلي:

1- القاصر لغة: من قصر عن الشيء إذا تركه عجزا، أو عجز عنه و لم يستطعه و هو العاجز عن التصرف السليم.[1]

2- الطفل حسب القانون الجزائري

- تنص المادة 02 من القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل أن الطفل هو كل شخص لم يبلغ 18 سنة كاملة[2].

- تنص المادة 49 من قانون العقوبات الجزائري على: "يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 سنة إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو العقوبة المخففة"[3].

- تنص المادة 442 من قانون الأسرة الجزائري أن بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام سن 18 سنة[4].

- تنص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري أن الأهلية في الزواج تكتمل في سن 19 سنة.

و مما سبق نستطيع الاستنتاج أن المشرع الجزائري قسم مرحلة الطفولة إلى مرحلتين المرحلة الأولى و تكون منذ الولادة حيا إلى سن 13 سنة و يكون الطفل فيها صبيا غير مميز و المرحلة الثانية و تمتد من سن 13 سنة إلى 19 سنة و هي مرحلة التمييز للطفل.

---

1 ابن منظور، لسان العرب، حرف الطاء، الطفل، المجلد 15، دار بيروت، ص 253.

2 قانون رقم 12/15المؤرخ في 15يوليو 2015المتعلق بحماية الطفل الجزائري ج ر رقم 39المؤرخة في 19 يوليو2015.

3 قانون رقم 01-14المؤرخ في : 4فيفري 2014 المتضمن تعديل قانون العقوبات،الجريدة الرسمية عدد07 المؤرخة في :16 فيفري 2014.

4 قانون رقم 09/08المؤرخ في 25 فبراير2008،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد:21المؤرخ في 23 ابريل 2008.

3- اللقيط: اتفق الجمهور أن اللقيط هو كل طفل منبوذ أو لا مميز، لا يعرف نسبه ولا رقه طرح في الشارع، أو ضل الطريق و ذلك منذ الولادة إلى سن التمييز.[1]

4- الطفولة المسعفة: هي فئة من الأطفال حرموا من الأسرة، و تم إيداعهم في مراكز حماية خاصة تعتني بهم من جميع النواحي. و يدخل ضمن فئة الطفولة المسعفة كل من:

- الطفل مجهول الأبوين و هو اللقيط.
- الطفل معلوم الأبوين و متروك منهما ولا يمكن الرجوع إليهما أو إلى أصولهما.
- الطفل الذي سقطت عنه سلطة الأبوين بموجب تدابير أو أحكام قضائية[2].

5- الطفل القاصر مجهول النسب: هو الطفل الذي لا يعلم نسبه ولا انتماؤه العائلي ولا وطنه، سواء كان مجهول الأبوين أو معلوم الأم و مجهول الأب.

الجدير بالإشارة أن الكفالة ليست مقصورة على الطفل مجهول النسب بل تشمل الطفل معلوم النسب أن كان يتيما أو كان أبواه فاقدي الأهلية أو فاقدي القدرة على رعايته فيعتمدان على شخص آخر ليكفله.[3]

و رغم أن الهدف الأساسي من انعقاد الكفالة هو مراعاة المصلحة العليا للطفل القاصر إلا أن المشرع صنف الأطفال محل الكفالة إلى معلومي النسب و مجهولي النسب لضبط إجراءات إسناد الكفالة بما يتناسب و الوضعية القانونية لكل فئة.

1 منير عبد الغني، أحكام اللقيط بين الشريعة الإسلامية والقانون، ماجستير، تخصص القضاء الشرعي، جامعة الخليل، 2006، ص8.

2 دخينات خديجة وضعية الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري، ماجستير في علم الاجتماع، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012، ص 39.

3 محمد ربيع صباهي، أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة دمشق القانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2008، ص 83.

أ) أطفال معلومي النسب: كما سبق ذكره آنفا فالطفل معلوم النسب المقصود في نص المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري هو الطفل الذي يعرف أبواه غير أنهما تخليا عنه لأسباب اقتصادية كالفقر و العوز، أو اجتماعية كالطلاق "حيث تشير الإحصائيات لسنة 2011 إلى أن الأطفال من ضحايا التفكك الأسري يشكلون 14% من مجمل عدد الأطفال معلومي النسب في دور الرعاية و العدد في تزايد" و النزاع القضائي، أو قانونية كالأطفال الذين يتم وضعهم في دور الرعاية لحمايتهم من أوليائهم لدواعي أخلاقية مثلا[1]، و كذا الأيتام الذين توفى عنهم الأب و الم وفاة عادية أو بسبب، و الذين تثبت استحالة رعايتهم في أسرهم الأصلية.[2]

ففي حالة الطلاق مثلا يحمل الطفل على كونه في مرحلة الحضانة و توكل الكفالة إلى أمه لرعايته، غير أن هذه الأم قد تتزوج[3] و يرفض زوجها كفالتها لأطفالها و كذا الحال بالنسبة للوالد الذي قد يتزوج و ترفض زوجته كفالته لأبنائه، مما يترك المجال لدور الرعاية للاعتناء بهؤلاء و حمايتهم من حياة التشرد في الشارع.

أما في حالة اليتم، فقد يؤدي غياب دور الولي الحريص أو الوصي القائم على الالتزام بتربية اليتيم فسيكون عرضة للخروج عن قوانين و أعراف المجتمع، خاصة مع غياب لمسة الحنان النابعة في النشوء في كنف أسرة و التي لها أثرها في التطور النفسي القويم للإنسان و عليه فقد أكدت الشريعة الإسلامية على عظمة المنزلة التي يحظى بها كافل اليتيم بتأكيدها على أن هذه الشريحة تعيش صدمة لا يستهان بها و مرارة لا يشعر بها إلا من أصيب بها

1 تواتي صباح، دواعي الأسر الجزائرية للإقبال على الكفالة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 108.

2 سليم عصام أنور، حقوق الطفل، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2001، ص 194.

3 حجازي عبد الفتاح بيومي، المعاملة الجنائية و الاجتماعية للأطفال، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003، ص 223.

قال الله تعالى مواسيا النبي الأكرم:"ألم يجدك يتيما فآوى"[1]، و أمر تعالى موصيا باليتيم:" فأما اليتيم فلا تقهر"[2].

و كفالة اليتيم تكون فيها الأولوية لذوي القرابة من العصبات و الأرحام الأقرب فالأقرب و إذا شق عليهم ذلك أو تعذر لعارض كالفقر أو المرض فقد سعى المشرع إلى وضع الآليات التي تراعي مصالحهم الفضلى من خلال تنظيم عقد الكفالة و قبل ذلك فقد عملت الدولة على توفير دور الرعاية و غيرها من المؤسسات التي تتولى رعاية هذه الشريحة الحساسة في المجتمع.

ب) أطفال مجهولي النسب: يدخل تحت مسمى أطفال مجهولي النسب المذكور في المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري الأطفال اللقطاء، و المتروكين و أبناء الزنا و كل الأطفال المحرومين من العائلة و كل من وضعوا في المستشفيات مع قصورهم عن القيام بشؤونهم و غياب من ينفق عليهم.[3]

و من بين الأطفال مجهولي النسب ابن الزنا الذي يعرف على انه الولد الذي جاء إلى الدنيا نتيجة علاقة غير شرعية[4].

قال مالك ابن انس:"ما نعلم منبوذا إلا ولد الزنا"[5] و على ضوء قول الإمام مالك فإن نسب ابن الزنا لا يتصل بأبيه، و يثبت نسبه إلى أمه قطعا إذا كانت معلومة، و لا يثبت لأبيه الزاني، لأن نسبه منه غير مقطوع به[6] . و يقصد به اللقيط لأن العادة جرت قديما أن تلقيه أمه

1 سورة الضحى، الآية رقم 6.

2 سورة الضحى، الآية رقم 9.

3 سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومه، الجزائر، 1996، ص 238.

4 سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماستر في القانون، قانون خاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2009، ص821.

5 التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص 819.

6 السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، الوراق للنشر و التوزيع، ص 173.

في مكان من شارع أو طريق ليموت بعيدا عنها و تموت معه فضيحة الخطيئة أو ليلتقطه شخص ما و يتولاه أو يؤديه لمن يتولاه.

و في نفس السياق هناك الأطفال المتخلى عنهم، حيث أجاز المشرع للأم العازبة أن تتخلى عن مولودها و نصت على ذلك المادة 73 من قانون حماية الصحة و ترقيتها[1]، حيث يكون هذا التخلي على أحد الشكلين:

ب-1) الولادة تحت اسم مجهول: راعى المشرع إلى أن الأم التي ترغب في التخلي عن مولودها قد تقتله أو تعرضه للقتل بإلقائه في الشارع أو تقوم بإجهاضه قبل الولادة، و من هذا المنطلق و مراعاة لمصلحة الطفل و لدواعي إنسانية فقد قدم المشرع أهمية سلامة الطفل على حقه في معرفة أمه البيولوجية.

ب-2) تسليم الطفل لمؤسسات رعاية الطفولة المسعفة: من خلال نص المادة 73 من قانون حماية الصحة و ترقيتها نجد أن المشرع مكن مؤسسات رعاية الطفولة المسعفة من تسلم كل طفل متخلى عنه، و ذلك مراعاة للظروف التي تحيط بإقدام الأم العازبة على التخلي عن مولودها حين وضعه في المستشفى[2]، و يطلق اصطلاحا على الطفل حينها مسمى الطفل المسعف و الذي تتم إجراءات تسجيله في سجلات الحالة المدنية وفقا للإجراءات التي نصت علها المادة 30 من قانون الحالة المدنية.[3]

كما نذكر حالة ما كان ابن الزنا جاء بفعل علاقة زنا المحارم، و هو الشيء الذي جرمه المشرع الجزائري في قانون العقوبات لا سيما المادة 337 مكرر، و المادة 339[4].

1 قانون رقم 85-05، مرجع سابق.

2 سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومه، الجزائر، ص 121.

3 أمر رقم 70-20، ج ر ج ج، عدد 21، الصادر بتاريخ 27 فبراير 1970.

4 أمر رقم 66-156، ج ر ج ج، عدد 49 الصادر: 11 جوان 1966، المتعلق بالحالة المدنية و المعدل و المتمم بالقانون 09-01، ج ر ج ج، عدد 15 الصادر: 8 مارس 2009 المتعلق بقانون العقوبات.

و قد اختصت الجزائر بابتلاء العشرية السوداء، التي كان نتاجها ما يربو على 600 طفل لأمهات عازبات تعرضن للاغتصاب، و عليه فالأطفال الغير شرعيين يمثلون شريحة معتبرة في المجتمع و هذا ما دعا المشرع إلى بذل كل الجهد لاستيعاب هؤلاء و الحرص على وضع الآليات التي تساهم في ضمان تربية حسنة لهم.

و بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري و التي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص الأطفال مجهولي النسب، فنجد أن المشرع اغفل ذكر اللقطاء باللفظ الصريح في تنظيماته بخصوص الأطفال مجهولي النسب، و ذلك لتميز الشريعة الإسلامية بالشمولية في معالجة مسألة الأطفال المجهولي النسب في كل حالاتهم و من هذه الحالات الطفل اللقيط.

ب-3) اللقيط: التعريف العام اللقيط هو انه المولود الذي نبذه أهله لسبب من الأسباب.

عرفه الجعفرية: "كل آدمي ضائع لا عاقل له و لا يقدر على دفع الضرر عن نفسه صبيا كان أو مجنونا"[1].

عرفه د. العربي بلحاج:" مولود حي حديث العهد بالولادة، لا يعرف له أب ولا أم"[2].

1/ حكم التقاطه: في الشريعة، إذا وجد في مكان يظن فيه هلاكه فالتقاطه فرض يثاب فاعله و يأثم تاركه، و أن وجد في مكان لا يظن فيه الهلاك له فالتقاطه مندوب يثاب فاعله ولا يأثم تاركه[3]، و الظن المقصود هنا هو اليقين.

و الدليل في ذلك حسب جمهور الفقهاء، قوله تعالى:"و تعاونوا على البر و التقوى"[4] حيث أن إنقاذ اللقيط فيه حفظ لنفسه و هو من البر و الإحسان و من أسمى معاني الإنسانية.

1 شلبي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 709.

2 العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 202

3 تقية عبد الفتاح، مباحث في قانون الأسرة من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، الجزائر، 2000، ص 293.

4 سورة المائدة، الآية رقم 02.

و يكون الملتقط أولى بكفالة اللقيط أن رغب في ذلك إلا أن لم يرغب أو ثبت عجزه لعارض معين كالفقر أو المرض. فإذا عجز عن ذلك سلمه للدولة.[1] و معنى ذلك أن الملتقط أولى بكفالة اللقيط إذا توفرت فيه شروط الكفالة في الكافل المنصوص عليها في القانون.

و إذا التقطه أكثر من شخص و تنازعوا بينهم فيحكم بكفالته للأصلح، فان تساووا وضعه القاضي عند أصلحهم رعاية لشؤون اللقيط[2] حسب تقديره.

2/ النفقة على اللقيط: ينفق على اللقيط من ماله أن وجد معه مال، فان لم يكن فينفق عليه مما كان مستحقا له من أموال الوقف أو المال الموصى به للقطاء، و إلا فالملتقط ملزم بالنفقة عليه لان التقاطه يلزمه بذلك، و يستمر الالتزام بالإنفاق على الذكر حتى بلوغه مرحلة القدرة على الكسب و على الأنثى حتى تتزوج.

ولا رجوع للملتقط بما انفق لأنه ألزم نفسه بذبك الالتقاط.[3]

3/ ميراث اللقيط: إذا مات اللقيط و لم يكن له وارث فتركته إلى بيت المال، و ليس لملتقطه حق ميراثه[4]. و إذا قتل فديته إلى بيت المال كذلك.

4/ نسب اللقيط: إذا ادعى شخص بنوة اللقيط يثبت نسبه إليه إذا توفرت شروط الإقرار بالنسب و دون الحاجة إلى بينة سواء كان المدعي رجلا أو امرأة، و أن ادعاها أكثر من شخص يثبت نسبه إلى الذي يأتي بالبينة، فان جاؤوا كلهم بالبينة فيثبت نسبه لمن يستطيع تحديد علامة ظاهرة على اللقيط كلون الشعر أو علامة خصوصية معينة أو عاهة ظاهرة

1 بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 246.
2 شلبي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 710.
3 التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص 811.
4 سابق سيد، مرجع سابق، ص 172.

و بعد إثبات النسب يترتب عليه ما يترتب على النسب الحقيقي من حرمات الرحم و الميراث و النفقة.[1]

ثالثا/ السبب:

عموما يكون المقابل و المصلحة التي يتحصل عليها الكفيل من الدائن يكون عقد الكفالة باطلا إذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام أو كان محل الالتزام مستحيلا كما أن مشروعية الباعث و الدافع للتعاقد واجبة.

و وفق ما نص عليه قانون الأسرة لاسيما المادة 116 منه فالكفالة هي التزام تبرعي صرف و دون مقابل، و بالتالي يكون السبب نية التبرع و الدافع للتعاقد و هو نية التبرع كما ينص قانون الأسرة و عليه فالباعث يكون هو السبب و يتمثل في الالتزام برعاية المكفول.[2]

رابعا/ الشكلية:

كما تقدم ذكره آنفا فالكفالة عقد رضائي يقوم على تطابق الإرادتين، و الأصل في مثل هذه العقود إضافة إلى تطابق الإرادتين هو الاتجاه إلى ترتيب الآثار القانونية لكليهما و لضبط عقد الكفالة و الحفاظ على مصالح أطرافه فقد أورد المشرع في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري أن الكفالة تنعقد وفق عقد شرعي، لإضفاء الصفة الشرعية لعقد الكفالة، ثم انتقل المشرع في المادة 117 من قانون الأسرة إلى وجوب انعقاد الكفالة أمام سلطة قضائية أو موثق لفرض صفة الإلزام و إفراغ الكفالة في عقد رسمي يضمن حماية المكفول الذي يعتبر متعاملا فيه.

1 فضيل سعد، مرجع سابق، ص227.

2 الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة في الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، سنة 2008.

المبحث الثاني :تمييز الكفالة عن الأنظمة المماثلة

الكفالة نظام رعاية للطفل القاصر اعتمده المشرع الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية و التي تعتبر المصدر الأول للتشريع الوضعي في الجزائر.

مما سبق عرضه في المبحث الأول من تعريف للكفالة و أحكامها و خصائصها و كذا أركانها، و مما هو منتشر في المجتمع من آليات رعاية الأطفال القصر، فهناك آليات و نظم رعاية تشابه أو تماثل نظام كفالة الطفل وجب استعراضها لتمييزها عن الكفالة، و من هذه النظم التبني و الحضانة و الولاية.

المطلب الأّول: الكفالة و التبني.

الفرع الأول: تعريف التبني

التبني هو إعطاء الرجل نسبه لولد ليس من صلبه و اتخاذه ابنا له مع اقتضاء العلم بذلك، مما يفسد النسب و يحدث فيه اختلاطا، كما أن المتبنى إذا أصبح وارثا فانه يؤثر بالسلب على الميراث و لذلك حرمته الشريعة الإسلامية و هو مختلف عن الكفالة في القانون و الشريعة كما سيلي توضيحه.

– عرفه فضيل سعد بالنص التالي: عملية استلحاق شخص آخر به، معلوم النسب كان أو مجهوله، مع علمه يقينا انه ليس منه، و هي علاقة بين طرفين أحدهما الشخص الكبير امرأة أو رجل يسمى المتبني (بالكسر) أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنى(بالفتحة)[1].

– عرّفه يوسف القرضاوي (رحمه الله) : هو الذي يضم فيه الرجل طفلا إلى نفسه يعلم أنه ولد غيره ومع هذا يلحقه بنسبه وأسرته؛ ويثبت له كل أحكام البنوة وآثارها من إباحة اختلاط وحرمة زواج واستحقاق ميراث[2].

1 فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، ج1، الجزائر، ص 224.

2 يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، ط11، مطبعة دار التراث العربي، القاهرة، 1997، ص186.

الفرع الثاني:الفرق بين الكفالة و التبني

بعد تحديد مفاهيم كل من الكفالة و التبني فيما سبق يتيسر لنا معرفة الفرق بين كل من النظامين، فرغم أن البعض لا يكاد يميز بينهما حيث انه في الأخير كل من الكفالة و التبني يكون فيه ضم ولد صغير إلى أسرة معينة هي في الأصل ليست أسرته الحقيقية[1] ، غير أن الفرق بينهما كبير كما سيتضح فيما يلي:

– حرمت الشريعة الإسلامية التبني و يتضح ذلك في قوله تعالى: "وما جعل ادعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم و الله يقول الحق و هو يهدي السبيل، ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا آبائهم فإخوانكم في الدين و مواليكم"[2] و أجازت الكفالة، و بما أن الشريعة الإسلامية هي مصدر المشرع الجزائري في وضع القوانين فقد انتهج نفس المنهج، و يتضح ذلك المنع في المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، بينما أجاز الكفالة كما نصت المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة.

– تمنح الكفالة للكافل جميع الصلاحيات التي يتمتع بها الأبوان في السلطة على الابن، و بذلك تكون له الولاية على النفس و المال معا.[3] غير أنه يمنع عليه استلحاقه بنسبه ولا أن يجعل له الحق في الميراث، في حين انه يستطيع أن يوصي له من ماله في حدود الثلث دون نية الضرر بالورثة.

1 جعفر رقية، إليلة فاطمة، الكفالة بين ش وق.أ.ج (دراسة مقارنة)، مذكرة شهادة ليسانس في الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، 2003، ص 10.

2 سورة الأحزاب، الآية 4–5.

3 آث ملويا لحسين بن الشيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، ط2، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 617.

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن أنظمة الرعاية البديلة

المدلول اللفظي لكلمة الكفالة يشير إلى الرعاية و الحماية، و كما سبق و أوردنا من تعارف للكفالة فهي توجيه تلك الرعاية و الحماية للقاصر، غير أن هذا المدلول قد تشير إليه مصطلحات أخرى مما يعطي انطباعا أن لها جميعها نفس الدلالات و المعاني و كذا نفس الأحكام و الشروط، غير أن المشرع الجزائري و على حذو الشريعة الإسلامية قد وضع الفواصل و حدد الفروق بين الكفالة و ما يشابهها من مصطلحات أو بالمعنى المحدد ما يشابهها من نظم الرعاية الأخرى سواء كانت مشروعة أو ممنوعة.

الفرع الأول: الكفالة و الحضانة

أولا/ تعريف الحضانة

1- لغة: من الحضن، نقول حضنه أي ضمه إلى صدره.

2- اصطلاحا: هي تربية الصغير و القيام بشؤونه خلال مدة معينة ممن له الحق في التربية و الرعاية.[1]

3- قانونا: عرفها المشرع في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي:" الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و حفظه صحة و خلقا".

ثانيا/الفرق بين الكفالة و الحضانة

تتمثل الفروق بين الكفالة و الحضانة فيما يلي:

- تعنى الحضانة بالصبي الأصغر سنة منذ الولادة إلى بلوغه سن 7 سنوات و هذا وفق قول الشافعية.

1 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص255.

– لا تكون للحاضن الولاية القانونية على المكفول، بينما يكون للكافل كامل الولاية القانونية.

– لا يلتزم الحاضن بالنفقة على المحضون و إنما يقتصر التزامه بمده بالرعاية و الحنان بينما تلزم الكفالة الكفيل بالنفقة على المكفول إضافة إلى مراعاة كافة شؤونه و مده بالرعاية و توفير الجو الأسري الملائم له.

– يجوز للحاضن اخذ الأجرة، في حين أن الكفالة التزام تبرعي حسب ما سبق ذكره.[1]

– ما لم يكن الحاضن رجلا فلا يجب أن يكون متحدا في الدين مع المحضون، بينما يشترط في الكفالة الإسلام.[2]

– تسند الحضانة بحكم قضائي، أما الكفالة فبقرار إداري بعد تحريرها في وثيقة رسمية أمام موثق أو محكمة.

– تنتهي الحضانة ببلوغ الذكر 10 سنوات مع إمكانية تمديدها إلى 16 سنة، إما بالنسبة للأنثى فببلوغها سن الزواج.[3]

و في الأخير نستطيع الاستنتاج بخصوص الفرق بين الكفالة و الحضانة أن الكفالة تشمل الجانبين المادي و المعنوي، إما الحضانة فهي ملزمة بالجانب المعنوي فقط.

1 نور الهدى عنيتر، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ليسانس في الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013-2014، ص11.

2 المرجع نفسه، ص36.

3 المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بموجب الأمر 02/05.

الفرع الثاني: الكفالة و الولاية

أولا/ تعريف الولاية:

هي القدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله[1].

- **الولاية على القاصر:** هي إشراف الراشد على شؤون القاصر الشخصية و المالية.[2]

و من خلال التعريف نستطيع التمييز أن هناك نوعان من الولاية، ولاية على النفس و ولاية على المال.

– **الولاية على النفس:** و تسمى ولاية التربية و الحفظ، و جعلها الله لمن هو أشفق على المولود منذ ولادته حيا على الأبوان للقيام بشؤونه فيما يحقق مصلحته من غير ضرر ولا ضرار. و تشمل تسميات فرعية تتمثل في الكفالة و الحضانة و هي اشمل لأنها تعد ولاية التربية و الحفظ.[3]

– **الولاية على المال:** و هي ثابتة بقوة القانون المباشرة دون اللجوء إلى محكمة فهي مفوضة بحكم الرحم و صلة الدم و القرابة، بل لا يجوز الانصراف عنها إلا بإذن المحكمة، بتقديم طلب معلل بمقتضيات ظروف معينة كعدم الدراية أو العجز و للمحكمة السلطة التقديرية في قبول الطلب أو رفضه[4].

1 باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، ماجستير فقه مقارن، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010، ص3.

2 أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، ط1، دار الثقافة، عمان، 2012، ص14.

3 المرجع نفسه، ص15.

4 المرجع نفسه، ص15.

ثانيا/ الفرق بين الكفالة و الولاية

كما سبق و ذكرنا في التعريف فالولاية هي الاشمل إذ أن الكفالة تندرج من ضمنها، غير أن هناك ما يميزها عن الكفالة و هو ما نوضحه في ما يلي:

– الولاية ثابتة للمولود على والديه أو احد أصولهما بقوة القانون المباشرة ولا يجوز التنحي عنها إلا بحكم قضائي و الأولى بها كما ذكرنا الأقرب فالأقرب من ذوي صلة الدم، بينما الكفالة هي التزام تبرعي إذ يمكن أن يكون الكافل قريبا أو غريبا عن المكفول و قد يكون منبع هذا الالتزام الحاجة المتبادلة للجو الأسري لدى الكافل و المكفول و قد يكون منبعه الرغبة الخيرة و سمو الأخلاق لدى الكافل.

خلاصة الفصل الأول

من خلال ما تم عرضه في هذا الفصل يمكننا استخلاص النقاط التالية:

– تم اعتماد الكفالة من قبل المشرع الجزائري على ضوء الشريعة الإسلامية كبديل وحيد للتبني، و ذلك بكونها من أهم نظم الرعاية للأطفال القصر المحرومين من الجو الأسري، كما يمكن اعتبارها الحل الأمثل للأزواج العاجزين عن الإنجاب، و هو ما نصت عليه المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري.

– وضع المشرع الجزائري الإطار القانوني لتنظيم أحكام الكفالة ضمن قانون الأسرة و ذلك من خلال الفصل السابع من الكتاب الثاني، المواد من 116 إلى 125.

– الكفالة التزام تبرعي يكون بموجبه المكفول في مرتبة الابن الشرعي و يترتب عنها جملة من الالتزامات على عاتق الكافل يعاقب القانون على الإخلال بها أو بأحدها.

– رغم تماثل الهدف الأسمى لنظم الرعاية و المتمثل في توفير الرعاية للطفل القاصر ضمن الجو الأسري الملائم مع مراعاة المصلحة الفضلى له إلا أن الكفالة تتمايز عن كل من الحضانة و الولاية.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: الأطر القانونية للكفالة

لقد أحاط المشرع الجزائري الكفالة بإطار قانوني إضافة إلى كونها عقدا شرعيا من أجل ضبط و تنظيم هذا العقد، و بالتالي فإنه من الضروري استعراض و دراسة هذا الإطار لأنه يمثل الجانب التطبيقي لعقد الكفالة، و عليه سنتناول شروط انعقاد الكفالة في المبحث الأول، ثم سنتناول آثار الكفالة و انقضاؤها في المبحث الثاني.

المبحث الأوّل :شروط الكفالة

من بين النصوص القانونية التي احتواها قانون الأسرة الجزائري بخصوص تنظيمات و أحكام عقد الكفالة، الشروط الواجب توفرها لانعقاد الكفالة و هذا ما سنتناوله في هذا المبحث حيث تنقسم هذه الشروط إلى شروط موضوعية (المطلب الأول)، و شروط إجرائية (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل :الشروط الموضوعية لانعقاد الكفالة

اعتمدت الشريعة الإسلامية على الكفالة كنظام بديل للتبني بعد تحريم هذا الأخير و على ضوء ذلك اعتمد المشرع على الكفالة و سخر النصوص القانونية و الأحكام التنظيمية لهيكلة نظام الرعاية هذا، و قد تضمن قانون الأسرة الجزائري تلك النصوص القانونية و الأحكام و منها تحديد شروط الكفالة و العناصر الأساسية التي تقوم عليها هذه الشروط حتى يكون عقد الكفالة صحيحا و نافذا و منتجا لآثاره و قد نص المشرع على وجوب توفر جملة من الشروط في طرفي العقد و المتمثلان في الكافل و المكفول و كذا في استيفاء العقد نفسه على شروط أخرى خاصة به.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية الواجب توفرها في الكافل

أولا/ فقهيا

يقول الله تعالي: "فتقول هل أدلكم على من يكفله"[1]، باعتبار الكافل هو المربي و المنفق على الطفل القاصر و القائم بشؤونه، فمن الواجب تحييد الخلل الذي قد يشوب تربيته للمكفول و القيام بأموره أو يجعل مصلحة المكفول الفضلى عبئا ينوء به الكافل. و لذلك فقد وضع المشرع جملة من الشروط الواجب اجتماعها في الكافل حتى يتأكد من قدرته على بلوغ الهدف المقصود و التربية المنشودة، و من هذه الشرط ما نصت عليه المادة 118 من قانون الأسرة

1 سورة طه ،الآية رقم 40.

الجزائري و منها ما جاء في نص المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. غير أن القاضي قد يتحقق من مجموعة من الشروط علاوة على ما ورد ذكره في قانون الأسرة و ذلك لأسباب عملية.

ثانيا/ قانونيا

1/ الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 118 من قانون الأسرة على الشروط الواجب توفرها في الكافل و ذلك على ضوء ما اقره جمهور الفقهاء و جاء نص المادة كالتالي:" يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول و قادرا على رعايته"[1]. و فيما يلي تفصيل تلك الشروط:

أ- **الإسلام:** مصداقا لقوله تعالي:"و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"[2]. و قوله عز من قائل:" و انك على خلق عظيم"، فتعاليم الدين الحنيف تضمن للمكفول الأمان من كل ضرر حيث أن تعاليم الدين الإسلامي الحنيف تحث على مكارم الأخلاق و تفرض على المسلم التحلي بروح المسؤولية فيمن هو تحت رعايته و كذا الأمانة و الصدق، إضافة إلى أن الدستور الجزائري ينص على أن الإسلام دين الدولة، و بما أن الهدف من الكفالة هو تحقيق المصلحة الفضلى للطفل، و دفع كل ما يلحق به من ضرر، شرط في الكافل توافر صفات معينة، من بينها الإسلام، و الذي هو عقيدة و عبادة و شريعة و نظاما و خلقا و سلوكا[3].

ب- **العقل:** لما كانت الكفالة التزام تبرعي فهي القيام بعمل يتضمن التبرع، الشيء الذي يقوم على توفر أهلية التبرع و التي تقوم أساسا على العق، فلا يستقيم أن تعاب إرادة الكافل بسبب كالجنون أو السفه أو العته، و بالتالي فالأهلية هنا تتضمن أساس العقل[4].

1 قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

2 سورة النساء، الآية 141.

3 حوى سعيد، الإسلام، ط2، الشهاب للنشر و التوزيع، الجزائر، 1988، ص55.

4 طلبة مالك، التبني و الكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، 2004/2003، ص3.

ج- الأهلية: و يقصد بها أن يكون الكافل بالغا راشدا غير محجور عليه بحكم قضائي.

د- القدرة: يجب على الكافل أن يكون قادرا على رعاية المكفول و القيام بشؤونه، أي يكون قادرا على القيام بما تفرضه الكفالة من أعمال و ينتفي عنه ما يتعارض مع القدرة كالعجز بسبب السن أو المرض أو عاهة، كما يجب أن يتوفر على القدرة المادية لان الكفالة تقتضي القيام بشؤون المكفول المادية من نفقة و أمانة على أمواله في حالة التصرف فيها لصالحه.

2/ الشروط التي لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري:

نص المشرع الجزائري على الشروط الواجب توفرها في الكافل في نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري، غير انه لم يتوسع في النص على شروط من الأهمية بما كان في الميدان التطبيقي لانعقاد الوكالة، و ذكرها فيما هو آت بالتفصيل :

أ- الجنسية الجزائرية: نصت المادة 7 من قانون الجنسية الجزائرية[1] على أن كل من يولد بالجزائر فهو جزائري الجنسية، غير أن المشرع لم يأتي على ذكر هذا الشرط صراحة في نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري.

و في حالة كان طالب الكفالة أجنبي الجنسية، فقد أباح المشرع الجزائري للأطراف الأجانب التقدم بطلب الكفالة أمام القاضي الجزائري و ذلك وفق ما نصت عليه المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري[2]، و على القاضي هنا مراعاة قوانين مقدم الطلب و الطفل المكفول، حيث انه في حالة ما كانت هته القوانين أو احدها لا تجيز الكفالة فلا يمكن تحرير عقد الكفالة.[3]

1 أمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ج.ج، عدد 105 الصادر بتاريخ 18 ديسمبر 1970، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-01 الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

2 المادة 13 مكرر من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.

3 طلبة مالك، مرجع سابق، ص 736.

ب- جنس الكافل: اقتصرت المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري على ذكر أن الكفالة مقصورة على الرجل، بينما كان حري بالكفالة أن تكون لكليهما أو هي للمرأة أولى و ذلك لطبيعة كل منهما و كون المكفول يحتاج إلى الحنان في كنف المرأة لتعويض الدور الغائب للأم.

كما انه يشترط تقديم طلب الكفالة من طرف زوجين يحدد سن الرجل بالحد الأعلى و هو 60 سنة و للمرأة بالحد الأعلى و هو سن 55 سنة، و في حالة الطلاق يعتبر ذلك إخلالا بمصلحة المكفول و يتم إرجاعه إلى دار الرعاية.[1]

ج- طلب الشخص المعنوي للكفالة: في ظل غياب نص قانوني يجيز للشخص المعنوي الحق في طلب الكفالة مثل مؤسسات رعاية الأطفال و الجمعيات و الهيئات الغير ربحية رغم حيازة هذه الإطراف على القدرة البشرية و المادية لتقديم رعاية جيدة للأطفال القصر، فقد اقتصر هؤلاء في اعتمادهم القانوني على كفالة الأطفال على المادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل[2] لسنة 1989، بينما كان يجب التطرق إلى هذا في قانون الأسرة الجزائري، إذ أن المراكز العمومية لرعاية الأطفال تعنى برعاية الأطفال منذ الولادة إلى سن 6 سنوات، غير أنهم يحتفظون بالأطفال تجاوزا إلى حين بلوغهم سن 18 سنة[3].

د- فارق السن: لا يوجد نص قانوني ينظم وضعية فارق السن بين الكافل و المكفول حيث انه كان من المفروض تحديد سن معينة للكافل حتى يستطيع تقديم طلب الكفالة لضمان نضج الكافل و أهليته لتحمل المسؤولية مع مراعاة الطبيعة الاجتماعية للفرد في المجتمع الجزائري.

1 مديرية النشاط الاجتماعي لولاية غارداية.

2 مرسوم رئاسي رقم 92-461.

3 مديرية النشاط الاجتماعي لولاية غارداية.

هـ- شرط الزواج: لا ينص القانون على شرط الزواج في من يتقدم بطلب الكفالة، غير أن مديريات النشاط الاجتماعي و كخطوة عملية تشترط أن يكون المتقدم لطلب الكفالة زوجان يثبتان ذلك بوجوب تقديم نسخة من عقد الزواج و شهادة الميلاد لكل منهما[1]

و- شرط رضا الزوجين: في ظل غياب نص قانوني يفرض موافقة الزوجين على الكفالة، تكتفي اغلب المحاكم في تحرير عقد الكفالة على حضور شاهدين و أطراف العقد، بينما يفترض التأكيد على قيمة هذا العقد بحضور الزوجين و سماع موافقتهما من طرف القاضي و تحرير هذه الموافقة في محضر، خاصة و أن موافقة الزوج لا تعني بالضرورة موافقة الزوجة على تقديم الطلب.[2]

الفرع الثاني: الشروط الواجبة في المكفول

لم يضع المشرع أي شروط مباشرة للمكفول، و لكن و لدواعي تطبيقية يمكن استنتاج البعض من الشروط الخاصة بالمكفول و التي أشار إليها المشرع بصفة غير مباشرة في قانون الأسرة الجزائري لاسيما في المادتين 116 و 119 منه، و التي سنورد ذكرها فيما يلي:

أولا/ شرط السن

حسب الفقرة الثانية من نص المادة 40 في القانون المدني الجزائري فسن الرشد محدد بـ: 19 سنة، و من هذا نستدل أن القاصر هو من لم يبلغ هذا السن. إضافة إلى انه و من المنطقي أن يكون القاصر في حاجة للرعاية خلال مرحلة عمرية معينة، و هي المرحلة التي يكون فيها المكفول غير قادر على القيام بنفسه[3].

1 دليل الكفالة لمديرية النشاط الاجتماعي لولاية غارداية.

2 ألغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص169.

3 بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 73.

ثانيا/ نسب الطفل المكفول

جاء في نص المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري :"الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب"[1].

1- المكفول مجهول النسب: الأطفال مجهولي النسب هم أكثر الأطفال خضوعا للكفالة مثل اللقيط.[2] و تتم كفالتهم عن طريق مصلحة المساعدة العمومية و تتم الموافقة على تسليمهم للعائلات التي تتقدم بطلب الكفالة بموافقة هذه المصالح ممثلة في دار الرعاية الاجتماعية أو دار الطفولة المسعفة التي عاشوا فيها مع التأكيد على ضرورية هذه الموافقة لانعقاد الكفالة.

2- المكفول معلوم النسب: في هذه الحالة يتعين اخذ الموافقة من الوالدين أن كان كلاهما على قيد الحياة، و أن كان احدهما عاجزا عن التعبير عن إرادته أو متوفى فموافقة أحدهما كافية. أما إن توفي الأبوان معا أو ثبت عجز كليهما يكون القرار بيد المجلس العائلي مع موافقة من له حضانة الطفل.[3]

الفرع الثالث: الشروط الواجبة في عقد الكفالة.

أولا/ شروط انعقاد الكفالة أمام المحكمة

حسب نص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائرية فالكفالة يجب أن تنعقد أمام الموثق أو أمام المحكمة.

و تتم الكفالة بحكم أو أمر صادر عن رئيس المحكمة أو قاضي شؤون الأسرة.[4] يقصد بذلك رئيس الجهة القضائية الذي يصدر أمر إفراغ إرادة الطرفين المتطابقة في شكل معلوم

1 قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

2 سلامي دليلة، مرجع سابق، ص 69.

3 ألغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 170.

4 المواد من 492 إلى 495 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

و ذلك بعد اطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف، و ذلك حفاظا على المصلحة الفضلى و حقوق الطفل و ذلك وفقا لنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.[1]

تتبلور أهمية دور القاضي هنا في كونه العامل الأساسي لإضفاء الصفة القانونية لعقد الكفالة، كما انه القائم على حماية الحقوق و الحريات و مراقب دائم على وضعية القاصر المكفول المعيشية في كنف الكافل و المقدر لمصلحة الطفل الفضلى.

ثانيا/ شروط انعقاد الكفالة أمام الموثق

نبقى في ضوء ما نصت عليه المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري حيث تشير إلى إمكانية انعقاد الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق على الخيار، و بالرغم من كون عقد الكفالة هو عقد رضائي بين أطرافه و يهدف منه الكافل إلى القيام بعمل تبرعي بداعي الإحسان للقاصر و الالتزام بالقيام بشؤونه، إلا أن بعد نظر المشرع بمراعاة الظروف التي قد تصاحب اللجوء إلى المحكمة لإبرام العقد أو لما يعتري نفسية الكافل أو المكفول من الحرج فقد أجاز الانصراف عن اللجوء للمحكمة و إبرام العقد أمام الموثق و الذي منحه المشرع صفة ضابط عمومي، حيث و بعد التثبت من التحقيق المتعلق بالكفالة و مدى استيفاء لطرفي العقد لشروطها يتم تحرير العقد من طرف الموثق و الذي يكتسي صفة القوة التنفيذية مثل الحكم القضائي ولا يحتاج إلى مصادقة القاضي.[2]

ثالثا/ شروط انعقاد الكفالة أمام البعثات الدبلوماسية

يتعلق هذا الشرط بالجالية الجزائرية المقيمة بخارج الوطن، حيث يتقدم ذوي الشأن بطلب الكفالة إلى المصالح المختصة على مستوى القنصلية الجزائرية، و للقنصلية أن توافق أو ترفض

1 قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

2 وسيلة نامة، مرجع سابق، ص 141.

الطلب بالنظر إلى مدى توافر الشروط الخاصة بالكفالة، و يتم إرفاق الطلب بملف من نسختين يحتوي إضافة إلى الوثائق المطلوبة في عقد الكفالة على ارض الوطن بالوثائق التالية[1]:

– تحقيق اجتماعي و نفسي خاص بأطراف العقد مؤشر من طرف مصالح القنصلية المعنية.

– نسخة طبق الأصل من وثائق التعريف و البطاقة القنصلية الخاصة بأطراف العقد.

و مما سبق عرضه فيمكننا القول أن المشرع الجزائري قد وضع شروطا محددة خاصة بالكفالة غير انه اغفل شروطا أخرى كان بالإمكان فرضها في نصوص المواد القانونية الخاصة بهذا الشأن. و من وجهة نظر أخرى فقد وضع المشرع دوما المصلحة الفضلى للطفل القاصر و شدد عليها من خلال ضبط إبرام عقد الكفالة و إحاطته بإجراءات دقيقة سنحاول استعراضها في المطلب الموالي.

المطلب الثاني :الشروط الإجرائية لعقد الكفالة

تمر إجراءات انعقاد الكفالة على مرحلتين، أولاهما تمهيدية و تكون بالاتفاق و التراضي بين طرفي العقد و المتمثلة في ولي المكفول و الذي يكون أبواه أو احدهما في حالة ما إذا كان معلوم النسب، أو المؤسسة العمومية التي تكفل الطفل القاصر ممثلة في مديرها و بين الكافل ثم المرحلة القضائية و هي المرحلة الجوهرية لانعقاد الكفالة بحكم أن إبرام العقد أمام الجهات القضائية المختصة تكسب إرادة الطرفين المتوافقة الصفة القانونية في شكل عقد رسمي بمجرد المصادقة عليه يكون له آثار قانونية ناتجة.[2]

1 مديرية النشاط الاجتماعي لولاية غارداية.

2 وسيلة نامة، مرجع سابق، ص 143.

الفرع الأول: المرحلة التمهيدية.

بعدما يتعين طرفي عقد الكفالة نجد أن المشرع في المادتين و 116 و 117 من قانون الأسرة الجزائري نص على وجوب تطابق إرادة الأطراف المتعاقدة و تراضيهما، كما أكد أن الكفالة تتم ابتداء بعقد شرعي[1] يعبر عن تطابق الإرادتين و رضا والدي الطفل القاصر أو الأوصياء عليه و يكون هذا العقد وثيقة رسمية يصرح فيها الأوصياء على الطفل عن رضاهم بتسليمه للكفالة، و يصرح فيها الكافل برغبته بضم الطفل تحت كفالته، و يشهد على ذلك شاهدين.

و بالنظر لكون الكفالة تكون للطفل القاصر معلوم النسب و كذا لمجهول النسب، فقد اختلفت الإجراءات باختلاف الحالتين و ذلك كالتالي:

أولا/ القاصر مجهول النسب و معلوم الأم: قد تتجب الأم الطفل خارج إطار الزواج و نظرا لهذا الظرف تضطر للتخلي عنه في المستشفى الذي ولد به، و لكن يبقى رضاها عن تسليم ابنها للكفالة يجب أن يكون ثابتا و ذلك وفق الإجراءات التالية:

- تقدم المساعدة الاجتماعية الخاصة بالمستشفى محضر التخلي لوالدة الطفل.
- تقوم الوالدة بملء المعلومات الخاصة بالمحضر.
- تخير الوالدة من قبل المساعدة الاجتماعية بين أن تكون مدة التخلي مؤقتة أو نهائية.
- مدة التخلي المؤقتة محددة ب 3 أشهر.
- يمنع على المساعدة الاجتماعية تسليم الطفل للكفالة خلال مدة 3 أشهر(في حالة التخلي المؤقت).

1 ألغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 172.

– بعد استكمال المحضر يختم بإمضاء الوالدة و المساعدة الاجتماعية و بصمتيهما.

– في حالة التخلي المؤقت يمضي الطفل مدة الأشهر الثلاث في دار للحضانة تحت إشراف مديرية النشاط الاجتماعي، و يمنع عليها الموافقة على تسليم الطفل للكفالة.

– في حال انقضاء المدة و عدم ظهور الأم يحول إلى إحدى دور الرعاية بإشراف مديرية النشاط الاجتماعي دوما، و يصبح الطفل محلا للكفالة.[1]

– في حالة التخلي النهائي، يسند الإشراف على الطفل إلى مديرية النشاط الاجتماعي و بعد مهلة شهر واحد يصبح بشكل مباشر محلا للكفالة.

و بعد استكمال الخطوات السابقة، نصل إلى الخطوة الأخيرة و المتمثلة في تسجيل الطفل في البلدية، و يتم ذلك من خلال تقديم الوثائق التالية[2]:

– شهادة طبية للولادة.

– نسخة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية الخاصة بالأم البيولوجية إن وجدت.

– جدول إرسال من المستشفى.

ثانيا/ القاصر مجهول النسب و مجهول الأبوين: رغم أن هته الفئة يتم رعايتهم و الاعتناء بهم على مستوى المؤسسات العمومية لحماية الطفولة، فالمشرع لم ينص صراحة على شرط رضا ممثل هذه المؤسسات، غير انه و من الجانب التطبيقي فالكافل يتقدم بطلبه إلى إحدى هذه المؤسسات، و يتم تكوين ملف يحتوي على الوثائق التالية:

– طلب خطي (يحدد فيه الكافل سن و جنس الطفل المرغوب في كفالته).

1 وسيلة نامة، مرجع سابق، ص 148.

2 مديرية الطفولة المسعفة لولاية غارداية.

- شهادات ميلاد الزوجين الكافلين.
- شهادة عائلية للحالة المدنية أو شهادة شخصية بالنسبة للعزاب.
- نسخة من سجل السوابق العدلية لكلا الزوجين.
- شهادة عمل لكلا الزوجين أو احدهما.
- كشف الراتب للثلاث أشهر الأخيرة أو نسخة من السجل التجاري لأصحاب المهن الحرة.
- بطاقة إقامة مع التبرير(عقد ملكية أو إيجار).

شهادة طبية عامة و صدرية لكلا الزوجين.

- نسخة من بطاقة التعريف لكلا الزوجين.
- صورة شمسية.
- نسخة من عقد الزواج.
- شهادة الجنسية لكلا الزوجين.
- استمارة التحقيق النفسي و الاجتماعي منجزة من طرف المساعدة الاجتماعية تتضمن رأي مدير النشاط الاجتماعي و تأشيرته.

بعد استيفاء وثائق الملف يودع لدى مديرية النشاط الاجتماعي، لتجتمع لجنة ولائية لدراسته مع الأخذ بعين الاعتبار أن للجنة المجتمعة الحق في قبول الطلب أو رفضه مع ذكر علة الرفض، و تتكون هذه اللجنة من:

- مدير النشاط الاجتماعي.
- أخصائي نفساني.

- مدير الطفولة المسعفة.

- رئيس الفئات المحرومة.

- المربية.

بعد اجتماع اللجنة يتم إبلاغ الكافل بقرارها تبعا للطلب الذي تقدم به، و يبلغ بعلة الرفض في حالة الرفض، و في حالة الموافقة يتم ما يلي[1]:

- استدعاء الكافل (الزوجين) بغرض إجراء مقابلات عيادية مع الطاقم السيكولوجي الذي يقيم الحالة النفسية لهما و يصرح برأيه على اثر هذه المقابلات متمثلا في الموافقة على العائلة الكافلة أو الاعتراض.

- برمجة لقاءات مع الطفل من اجل إدماجه في الجو الأسري الجديد، و تكون هذه اللقاءات حسب سن المكفول و لا تقل عن 3 لقاءات للأطفال مادون سن الشهرين.

ثم يتم إرفاق قرار اللجنة و رأي الطاقم السيكولوجي و ملف الكافل بملف المكفول مشكلا من الوثائق التالي:

- مقرر التسجيل.[2]

- مقرر الوضع.[3]

- شهادة الميلاد.

و يتم بعدها التوجه إلى المحكمة أو الموثق مع الوثائق المذكورة أعلاه لاستصدار عقد الكفالة.

1 مديرية النشاط الاجتماعي لولاية غارداية.

2 وثيقة تثبت أن الطفل مسجل ضمن أيتام الدولة.

3 وثيقة تثبت أن الطفل وضع في كفالة عائلة معينة.

ثالثا/ بالنسبة للجالية في الخارج: يضاف إلى الوثائق المذكورة أعلاه ترخيص مؤشر من طرف مدير النشاط الاجتماعي يسمح بموجبه للطفل المكفول بالسفر إلى الخارج.[1]

رابعا/ القاصر معلوم النسب: بالنسبة للقاصر معلوم النسب فالتصريح برضا الوالدين عن الكفالة يكفي.

و في حالة الطلاق بما أن الحضانة تسند إلى الأم فيجب عليها التصريح برضاها، غير أن السلطة الأبوية للأب تفرض التصريح من طرفه كذلك عن الرضا بالكفالة.

و في حالة وفاة الأم فالتصريح برضا الأب كافي بحكم السلطة الأبوية له.

أما في حالة سقوط السلطة الأبوية للأب لعارض ما أو بسبب الوفاة فتحل الأم محل الأب في الولاية على القاصر و ذلك وفق نص الفقرة الأولى من المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري[2]، و عليه يجب عليها التصريح برضاها عن الكفالة.

و في حالة وفاة الأبوين فالوصي هو المنوط بالتصريح بالرضا عن الكفالة بشرط الحصول على إذن القاضي.[3]

كما يجب إرفاق التصريح بالرضا بالوثائق التالية[4]:

- طلب خطي إلى السيد قاضي شؤون الأسرة، يقدم في 3 نسخ.
- شهادة ميلاد الطفل القاصر ر12.
- شهادة ميلاد الزوجين الكافلين ر12.

1 مديرية النشاط الاجتماعي لولاية غارداية.

2 قانون رقم 84-11، مرجع سابق. نص الفقرة:" يكون الأب وليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا".

3 سلامي دليلة، مرجع سابق، ص70.

4 محكمة غارداية، قسم شؤون الأسرة.

– نسخة من عقد الزواج للزوجين الكافلين.

–– نسخة من عقد الزواج لوالدي الطفل.

– شهادة عائلية للحالة المدنية للزوجين الكافلين.

– شهادة عائلية للحالة المدنية لوالدي الطفل.

– شهادة عمل الكافل.

– تصريح شرفي لوالدي الطفل القاصر مصادق عليه من طرف البلدية.

– نسخة طبق الأصل مصادق عليها لبطاقات التعريف الخاصة بكل من الزوجين الكافلين، والدي الطفل، الشاهدين.

– بطاقة الإقامة.

– دفع رسوم مقدرة ب 500 دج.

الفرع الثاني: المرحلة القضائية

وفق ما ذكرناه سابقا، يصدر عقد الكفالة بموجب حكم قضائي، و طبقا لنص المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1] فالقاضي المختص محليا هو القاضي المتواجد بموطن مقدم الطلب (الكافل)، و في حالة كان مقدم الطلب من الجالية في الخارج يكون القاضي المختص هو القاضي المتواجد بموطن المكفول.

كما نستنتج من نص المادة 13مكرر 1 أن اختصاصات القاضي قد توسعت و ذلك بإصداره أوامر و أحكام وفق قواعد الإسناد بحيث تعدت الأطراف الجزائرية إلى الأجانب المقيمين في الجزائر، مع مراعاة القانون الداخلي لطرفي عقد الكفالة إذا كان يسمح بها.[2]

1 قانون رقم 08–09، مرجع سابق.

2 المادة 13 مكرر 1 من الأمر رقم 75–58.

كما أن القاضي يصدر أمرا غير قابل للطعن تسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بغرض تسجيله على هامش شهادة ميلاد الطفل.[1]

و يتم تسليم الطفل المكفول إلى الكافل تلقائيا دون الحاجة إلى محضر التسليم أو حضور النيابة كدليل على استلام الطفل القاصر، و لا ينفذ أمر القاضي إلا بعد أن يصبح نهائيا. و عليه كان من المفروض تخصيص قاض مختص بشؤون القصر يفترض به متابعة تنفيذ الكفالة و تسجيلها لدى مصالح الحالة المدنية على مستوى بلدية المكفول.[2]

و نظرا لاعتبار المشرع الجزائري الكفالة مسألة مدنية فقد اغفل إسناد مهمة متابعة تنفيذ الكفالة و مدى التزام الكافل بشروطها إلى قاضي الأحداث حيث أن هذا الأخير غالبا ما يكون مختصا بالجانب الجزائي حصرا، و كان حريا بإسناد متابعة تسليم الطفل و تنفيذ إسناد الكفالة و القيام بالتزاماتها إلى المساعدة الاجتماعية أو النيابة العامة.

و يتطلب عقد الكفالة الوثائق التالية[3]:

- طلب خطي إلى السيد رئيس المحكمة. (رئيس شؤون الأسرة).
- شهادة ميلاد الزوجين.
- نسخة من سجل السوابق العدلية للزوجين.
- شهادة الجنسية.
- عقد الزواج.
- شهادة عمل للزوجين أو احدهما.
- كشف الراتب لثلاث أشهر الأخيرة للزوجين.

1 ألغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 172.

2 علال أمال، مرجع سابق، ص 95.

3 إجراءات و كيفيات الوضع القانوني بالنسبة للكفالة، من مديرية النشاط الاجتماعي لولاية غارداية.

- شهادة ميلاد الطفل.

- شهادة وضع في إطار الكفالة مؤشرة من مدير النشاط الاجتماعي للولاية.

و مما سبق نستنتج أن رئيس شؤون الأسرة هو المكلف بإصدار عقد الكفالة.

المبحث الثاني :آثار الكفالة و انقضاؤها

تنعقد الكفالة بعد استيفاءها لجميع الشروط المذكورة آنفا، و بعد إصدار الأمر النهائي بعقد الكفالة ليصبح هذا العقد منتجا لآثاره القانونية[1]. و بموجب هذا العقد يلتزم الكافل بالواجبات الناتجة عن السلطة الأبوية، و الولاية القانونية للطفل المكفول و ذلك حسب نص المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري.

و يتميز عقد الكفالة بالاستمرارية و لا تنقضي أو تزول آثارها القانونية إلا أن يطرأ عليها عارض، و هو ما سنتناوله في هدا المبحث من خلال مطلبين، أولهما: الآثار المترتبة على عقد الكفالة، و الثاني: انقضاء عقد الكفالة.

المطلب الأوّل: الآثار المترتبة على عقد الكفالة.

يثبت حق كفالة الطفل للكافل بمجرد إصدار عقدها الذي يخوله لممارسة السلطة الأبوية على الطفل و التزامه بالقيام بشؤونه و قيامه بها قيامه بشؤون الابن الشرعي، و ينتج من هذا العقد آثار الكفالة التي تمس الكافل و المكفول، و هو ما سنتناوله فيما يلي :

الفرع الأول: الولاية القانونية للكافل على المكفول.

بحكم عقد الكفالة يكون للكافل الولاية على المكفول، و ذلك رغم عدم تحديد المشرع لطبيعة تلك الولاية فقد اكتفى بالإشارة إليها بالولاية القانونية، و فيما يلي سنتطرق إلى نتائج عقد الكفالة من آثار على الكافل.

تتبلور الولاية على المكفول من خلال شقين، شق متعلق بالنفس و شق متعلق بالمال و ذلك طبقا لنص المواد من 116 إلى 121 من قانون الأسرة الجزائرية:

أولا/ الولاية على النفس: حسب المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري، و حسب استقراءنا لنص هذه المادة فالولاية على النفس هي المحافظة على نفس المكفول و صيانته على

1 وسيلة نامة، مرجع سابق، ص 143.

المستوى الشخصي، و تشمل النفقة و العناية و التربية و التعليم و يلتزم الكافل مجبرا على تأديتها بحرص لأنها تندرج ضمن المسؤولية المدنية عن أخطاء أفعال المكفول التي تلحق أضرار بالغير طبقا لنص المادة 134 من القانون المدني[1] ، في حين أن الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة تشمل الإنفاق و الرعاية و تقديم جميع المنح العائلية و الدراسية و تكون على عاتق الكافل حيث أكدت على ذلك المحكمة العليا في نص القرار رقم 369032 الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2006[2].

و في حالة طلاق الكافل فآثاره و ما يترتب عليه من نفقات الحضانة و النفقة لا تنصرف عن الكافل للمكفول باعتبار الكفالة التزام تبرعي.[3]

و عليه فالمكفول يأخذ مرتبة الابن الشرعي للكافل و في هذا السياق يمكننا توضيح مضمون الكفالة انطلاقا من الولاية على النفس و على المال، و باقي الالتزامات التي أشار إليها المشرع فهي عناصر مدمجة في إطار الولاية.[4]

ثانيا/ الولاية على المال: تثبت على القصر، الصغار، المجانين، و المعاتيه و ذوي الغفلة[5] و هي السلطة التي تخول للولي امتلاك التصرفات و العقود التي تتعلق بمال المكفول كالبيع و الشراء و الإعارة و الرهن ....

و بحكم عقد الكفالة يحوز الكافل على كل الصلاحيات المتعلقة بالولاية على المال، لإدارة أموال المكفول المكتسبة من الإرث أو الوصية أو الهبة[6]. و تستمد هذه الصلاحيات في الإدارة

1 علال أمال، مرجع سابق، ص 108.

2 العربي بلحاج، قانون الأسرة، د.م.ج، ط4، الجزائر، 2012، ص454.

3 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 613481، الصادر في 10 مارس 2011، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2012، ص292.

4 طلبة مالك، مرجع سابق، ص29.

5 طاهري حسين، مرجع سابق، ص 179.

6 ألغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 173.

أحكامها من أحكام الوصاية لاسيما المواد 92 إلى 98 من قانون الأسرة الجزائري[1]، و قد حدد المشرع سلطة الكافل إذا لم تمنح له السلطة الكاملة في التصرف و تسيير أموال المكفول طبقا لنص المادة 122 من قانون الأسرة الجزائري[2].

طبقا لنص المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري للوصي نفس سلطة الولي في التصرف في أموال المكفول، و قد ضبط المشرع هذه السلطة في نص المواد 88 إلى 90 من ذات القانون بضرورة إدارة الكافل لأموال المكفول إدارة الرجل الحريص كما انه يمنع عليه التصرف فيها إلا بإذن القاضي، و الذي لا يبدي رفضه إلا إذا قدر أن التصرف يحيل أموال القاصر إلى الخطر مثل الاقتراض أو الإقراض و الذي لا يأذن به القاضي إلا إذا كان فيه مصلحة للقاصر و لا يشكل خطر ضياع أمواله. كما يمنع على الكافل تأجير عقار القاصر لمدة تتجاوز سن بلوغه الرشد لما في ذلك من تقييد لإرادته مستقبلا، و قد يأذن بذلك القاضي إذا رأى أن فيه مصلحة القاصر[3].

و من خلال التفصيلات السابقة في المواد المذكورة فقد لمسنا فيه هشاشة من جانب حماية مال القاصر حيث أن إدارة الكافل لأموال المكفول قد تتم بعيدا عين رقابة القضاء و عليه كان جديرا بالمشرع اعتبار الكافل وصيا و ليس وليا للمكفول لما للوصي من التزامات إضافية تقيد إدارته لمال المكفول وفق نص المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري[4].

الفرع الثاني: احتفاظ المكفول بنسبه

كما سبقت الإشارة إليه فالمكفول يكون على حالين، إما معلوم النسب أو مجهوله و فيما يلي سنتناول ما وضعه المشرع للتعامل مع الحالتين:

1 قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

2 قانون رقم 84-11، المرجع نفسه.

3 شلبي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 796.

4 قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

أولا/ معلوم النسب: يحتفظ الطفل معلوم النسب باللقب العائلي الذي ينتسب به إلى أبيه و هذا وفق نص المادة 120 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا/ مجهول النسب: تنص الفقرة الأخيرة من المادة 64 من قانون الحالة المدنية على منح الطفل مجهول النسب لقب أمه البيولوجية إن كان معلوم الأم، و إن كانت الأم البيولوجية مجهولة فيمنح ثلاثة أسماء و يعتبر آخرها لقبا له حتى لا يبقى دون هوية.

و عليه فإن أي إخلال بهذا الالتزام يحمل على انه إخلال بالنظام العام، و قد يؤدي إلى بطلان عقد الكفالة أن تضمن شرطا يقتضي خلاف ذلك.

و بالتالي فمنح الكافل لقبه للمكفول لا يكون إلى على سبيل الإضافة و بغرض الاستعمال و فقط إذ أنه (المكفول) يبقى حاملا للقبه الأصلي سواء كان مكتسبا وفق القواعد العامة إذا كان معلوم النسب أو بتطبيق أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية إذا كان مجهول النسب.

و يعتبر أثر احتفاظ المكفول بنسبه من أهم نقاط التمييز بين التبني و الكفالة، حيث أن التبني يعتبر المتبنى فردا أصليا من أفراد أسرة المتبني رغم غياب علاقة القرابة بينهم، مما يؤدي إلى اختلاط النسب و استلحاق دخيل إليه.

الفرع الثالث: إمكانية الكافل منح لقبه العائلي للمكفول

طبقا للمرسوم التنفيذي 92-24[1] فقد أجاز المشرع للكافل منح لقبه العائلي للمكفول الأمر الذي قد يبدو أنه خروج من أحكام الكفالة إلى أحكام التبني[2]، و هو الأمر الذي يتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري و ضوابط الشريعة الإسلامية. و لتوضيح هذا اللبس سنتناول فيما يلي شروط و إجراءات تغيير اللقب، كما سنوضح المحل القانوني للمرسوم التنفيذي 92-24.

1 المرسوم رقم 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992.

2 بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 250.

أولا/ شروط تغيير اللقب: لتغيير لقب المكفول حتى يطابق لقب الكافل يشترط ما يلي:

- وجود عقد كفالة قائم وفق الشروط و القواعد التي نص عليها القانون.

- أن يتم تغيير اللقب بطلب من الكافل.

- أن يكون المكفول مجهول النسب من جهة الأب، حيث يجوز تغيير لقب المكفول معلوم الأم لأنه في حكم مجهول النسب و يحمل لقب أمه.[1]

- التصريح بموافقة الأم البيولوجية إن كانت معلومة و على قيد الحياة.

ثانيا/ إجراءات تغيير اللقب: وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي 92-24 يتم تغيير اللقب من خلال جملة من الإجراءات و ملف يتكون من الوثائق التالية:

- طلب خطي موقع من الكافل موجه إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام.

- عقد كفالة قائم و محرر وفق الشروط القانونية.

- تصريح بالموافقة كتابيا لأم المكفول إذا كانت معلومة و على قيد الحياة.

- شهادة الوضع بالنسبة للطفل الموجود تحت مظلة المساعدة الاجتماعية.

- شهادة ميلاد الكافل.

- شهادة ميلاد المكفول.

و فيما يخص الإجراءات الواجب استيفاءها فتتم وفق المراحل التالية:

- يتلقى السيد وزير العدل حافظ الأختام الملف المكون من الوثائق المذكورة آنفا.

- يتم تكليف النائب العام الذي يدخل في اختصاصه مكان ولادة صاحب الطلب (الكافل) بإجراء تحقيق بخصوص الطلب، و الذي بدوره يكلف وكيل الجمهورية بمتابعة التحقيق.

1 عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ج1، ط3، دار هومه، الجزائر، 2010، ص115.

– يرسل التحقيق بعد استكماله من وكيل الجمهورية إلى النائب العام و الذي يرفعه إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام و الذي تكون له صلاحية القبول أو الرفض.

– في حالة الموافقة يصدر السيد وزير العدل حافظ الأختام أمرا إلى النيابة العامة بتقديم التماس إلى رئيس المحكمة مفاده استصدار أمر منه بتغيير اللقب و ذلك في غضون 30 يوما من تاريخ الإخطار.

– في حالة موافقة القاضي و إصدار الأمر بتغيير اللقب، يتولى وكيل الجمهورية متابعة تنفيذ الأمر و تقييده على هامش سجلات الحالة المدنية.

يستثنى هذا الأمر من النشر في الجرائد مراعاة لمصلحة المكفول نظرا لحساسية الموضوع.

الجدير بالتنويه أن اللقب الممنوح للمكفول يبقى حق استعمال حصرا ولا يلغي اللقب المكتسب بمقتضى أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية.[1]

ثالثا/ الوضع القانوني للمرسوم التنفيذي 92-24: كما سبق ذكره فقد يلتبس الأمر عند الاطلاع على هذا المرسوم التنفيذي، مما يطرح تساؤلا حول ما إذا كان تغيير لقب المكفول يؤدي إلى إلحاق النسب مما ينقلنا إلى دائرة التبني، أم أننا نبقى في إطار الكفالة؟

و لتوضيح هذا اللبس فسنحاول الإجابة على هذا التساؤل من خلال الرأيين اللذين يحملان على السؤال الذي طرحناه كالتالي:

1– **الرأي الأول:** يرى أصحاب هذا الرأي أن منح لقب الكافل بتطبيق أحكام المرسوم التنفيذي 92–24 ينقلنا من إطار الكفالة إلى التبني، ذلك أن هذا الإجراء يغير في حقيقة نسب المكفول الأصلي، و الذي يحمل لقب أمه أن كان معلوم الأم، أو يحمل اسما و لقبا يمنحه إياه

1 زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي رقم 92–24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، عدد 02، الجزائر، 2000، ص75.

ضابط الحالة المدنية أن كانت أمه مجهولة، و ذلك وفق الفقرة الأخيرة من المادة 64 من قانون الحالة المدنية[1]، و بالتالي فإن أحكام المرسوم التنفيذي 92-24 تتعارض مع ما نصت عليه المادة 120 من قانون الأسرة الجزائري من أحكام[2].

2- الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن المرسوم التنفيذي 92-24 لا يعتبر إقرارا بالتبني، خاصة بالنظر إلى المادة 5 مكرر منه تنص على ضرورة إرفاق اللقب الجديد كلقب إضافي يقيد على هامش سجلات الحالة المدنية و بالتالي فاللقب الأصلي يبقى محفوظا و حق المكفول في اللقب الجديد لا يعدو عن كونه مجرد حق استعمال[3].

و بعد استعراضنا للرأيين فالجزم برجاحة الرأي الثاني اقرب للدقة من أجل الإجابة على التساؤل السابق طرحه آنفا، خصوصا إذا أخذنا بعين الاعتبار حقيقة أن المشرع دائما ما كان يستقي المواد القانونية و نصوصها من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء و ما كان بحال أن يخالفها في هذه المسألة خاصة مع ما فيها من علل تبرر تحريم التبني في الإسلام.

الفرع الرابع: الوصية أو التبرع من الكافل للمكفول

من العلل الأساسية لتحريم التبني هو تعطيل انتقال الميراث إلى المتبنى الذي يكون دخيلا على نسب العائلة، غير أن المشرع الجزائري و اقتداء بأحكام الشريعة الإسلامية أباح للكافل أن يهب للمكفول قدرا من أمواله أو أن يوصي له بها، بحيث لا يتجاوز هذا المقدار الثلث و ذلك دون الحق في الاعتراض من طرف الورثة، و هو ما نصت عليه المادة 123 من قانون الأسرة

---

1 " ... **يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين لأبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي**".

2 بناسي شوقي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص 252.

3 بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية و إجراءاتها في التشريع الجزائري، ط3، دار هومه، الجزائر، ص 69.

الجزائري[1]. و في نفس السياق نصت المادة 185 من نفس القانون[2] على أن ما زاد عن الثلث في الوصية لا يكون نافذا إلا إذا أجاز الورثة ذلك.

و مما يجب الإشارة إليه في نص المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع قيد هبة أو وصية الكافل للمكفول في حدود الثلث و ما زاد على ذلك فهو متوقف على إجازة الورثة، و هنا نلاحظ أن المشرع ساوى بين الهبة و الوصية مما يتعارض و نص المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري[3] الذي لا يقيد الهبة بحد معين.

فالمشرع هنا لم يحم الورثة إلا من الوصية لوارث أو الوصية لغير وارث في ما يزيد عن الثلث، في حين أن الهبة لا يمكن تقييدها إلا إذا أخذت حكم الوصية في إحدى حالتين:

- الهبة في مرض الموت.
- الهبة مع الاحتفاظ بالحيازة.

و الملاحظ هنا أن المشرع اختلف مع أحكام الشريعة في هذا الحكم[4]، مما يتناقض مع منهج المشرع و مصدره الأول للتشريع وفقا لهوية الدولة و ما نص عليه دستورها، و بالتالي يجب التفصيل في هذه المسألة للإيضاح و درئ الالتباس الملاحظ بعد القراءة العامة للمواد المعنية و للتمحيص أكثر سنتناول كلا من الوصية و الهبة فيما يلي :

1 "**يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة**"، أمر رقم 70-20، مرجع سابق.

2 "**تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة**". قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

3 "**يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة، أو دينا لدى الغير**". قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

4 محمد زواوي فريدة، مرجع سابق، ص 72، ص 73.

أولا/ الوصية: هي تصرف في التركة إلى ما بعد الموت، تصرفا صادرا من الإرادة المنفردة[1] و بالتالي فللكافل الحق في الوصاية للمكفول في حدود الثلث، و يتم التصرف في هذا المقدار بعد موت الكافل و موافقة الورثة.

و بالتالي فالمكفول لم يأخذ مكانة الابن الشرعي في هذه النقطة بالذات فهو لا يعد وارثا للكافل، إذ انه للورثة إمكانية حرمانه من أي نسبة من التركة قلت أو كثرت خاصة في حالة تخليهم عن كفالته بعد موت كافله، إلا ما أوصى به هذا الأخير في حدود الثلث، ذلك أن الكافل الحق في أن يوصي بالثلث من ماله كحد أقصى لغير الورثة من ذوي القربى[2] مصداقا لقول النبي صلى الله عليه و سلم: "الثلث و الثلث كثير أو كبير"[3].

و مراعاة لمصلحة القاصر المكفول و حماية له من الفقر و العوز المحتمل التعرض لها في حالة وفاة الكافل، لذلك أعطى الحق لهذا الأخير في أن يوصي له من ماله في حدود الثلث متوافقا في ذلك مع نص الحديث الشريف، و اشترط المشرع رضا الورثة فيما زاد عن الثلث مراعاة لحقوقهم فبإجازتهم لذلك يصبح حقا للمكفول و في حالة رفضهم يحدد ما أوصى به الكافل بالثلث من جملة ما ترك، حيث كان اشتراط إجازة الورثة لما فوق الثلث مراعاة لحقهم و حماية لهم من التعسف المحتمل ممارسته عليهم من طرف الكافل تحت أي ظرف، و حتى لا يترك الكافل ورثته دون مال في حالة أوصى به كله للمكفول[4].

ثانيا/ الهبة: هي تبرع الرشيد بما يملك من متاع مباح، كأن يهب مسلم لآخر مسكنا أو ثيابا[5]، و هي تمليك دون تعويض حال الحياة تطوعا، أي تمليك جائز التصرف مالا

1 تقية محمد، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، دار الأمة، الجزائر،195، ص82.

2 الجزائري أبي بكر جابر، مرجع سابق، ص 392.

3 أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، مختصر الصحيح، إدارة الطباعة المنيرية، لبنان، د.ت.ن، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، ج 4، مج 2، حديث رقم 6، ص 48.

4 بوعشة عقيلة، مرجع سابق، ص 46.

5 الجزائري أبي بكر جابر، مرجع سابق، ص 334-335.

معلوما، أو مجهولا تعذر علمه، موجودا، مقدورا على تسليمه غير واجب في الحياة، بلا عوض، بما يعد عرفا[1].

يقترن كل من الهبة و الوصية في كونهما تعبيرا عن نية التبرع، و يختلفان في كون أن الهبة تكون حال الحياة أما الوصية فتكون بعد الوفاة.[2]

و عليه فهبة الكافل ما شاء من ماله للمكفول يحيله إلى الانتقال له بمجرد حيازته، أما في حالة العقار فينتقل له على شكل هبة وفق الإجراءات الشكلية المحددة في القانون المدني لاسيما المادة 324 مكرر 1 منه، و مادامت إرادة الكافل سليمة فلا حدود لإرادته في وهب ما شاء من ماله، أما في حالة مرض الموت فتسري على مقدار ما وهبه في تلك الفترة أحكام الوصية[3].

فالهبة في حال مرض الموت أو في الحالات المخيفة تحمل على أحكام الوصية في الشيء الموهوب[4]، و هذا طبقا لنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري[5].

و مما سبق نستطيع توضيح اللبس في كون المشرع قد خالف نص الحديث في حيثية إطلاق يد الكافل في هبة ما شاء من ماله، و يمكننا القول أن المشرع قد راعى مصالح كل الأطراف و اعتمد مبدأ لا ضرر ولا ضرار، فقد أباح للكافل أن يوصي من ماله حال وفاته للمكفول حماية له من الفقر و العوز الذي قد يتعرض له حال وفاة الكافل و قيد مقدار ذلك بالثلث، كما أعطى للورثة إجازة ما زاد عن الثلث حماية لهم من التعسف الذي قد يحدث و لو نادرا، في حين أعطى للكافل كغيره ممن كان له مال و أراد هبته لأي كان الحق في تحقيق

1 الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، تمييز عقود الملكية و توابعها، ج 5، دار الفكر، الجزائر، 1991، ص 5-6.

2 بن تقية محمد بن احمد، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 38-39.

3 علال آمال، مرجع سابق، ص 112.

4 طاهري حسين، مرجع سابق، ص 232.

5 قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

إرادته في ماله شرط الإرادة السليمة، ففي حالة مرض الموت أو في حالة ما كانت إرادة صاحب المال مشوبة بأي سبب فقد حمل المشرع الهبة في تلك الفترة على أحكام الوصية حفظا لحقوق الورثة دون تهميش حق المكفول ولا رغبة الكافل و بهذا يكون المشرع قد حفظ لكل ذي حق حقه و لم يخالف من حيث الجوهر نصوص الشريعة الإسلامية بل يكون بهذا قد أقام المقصد الأساسي من مقاصد الشريعة و هو حفظ النفس و المال.

المطلب الثاني: انقضاء عقد الكفالة.

إن الصلة التي تقوم بين الكافل و المكفول لا تكون دائمة بالضرورة، فقد يحدث أن تنتهي لسبب أو لعدة أسباب تؤدي إلى ذلك، حيث أن عقد الكفالة كسائر العقود مادام غير محدد بمدة و لم يقم على شرط فاسخ فأنه يبقى قائما و منتجا لآثاره، و هذا لا يمنعه من أن يكون عرضة لسبب يؤدي إلى انقضاءه، و هو ما سنتطرق له في هذا المطلب و ذلك من خلال الآتي:

الفرع الأول: انتهاء الكفالة

لم تنص الشريعة الإسلامية على أن انتهاء الكفالة يكون ببلوغ المكفول سن الرشد، و إنما تم تحديدها ببلوغها هدفها الأسمى و الذي يتمثل في بلوغ المكفول مرحلة الاستغناء عن الناس أي القدرة على الاستقلال بشؤونه و القدرة على الكسب و عليه فهي باقية مادام مقتضيها باقيا و هو الحاجة إليها، أما المرحلة العمرية عند هذه الحالة لا تحدد بسن و إنما بقدرة المكفول على رعاية شؤونه و حفظ نفسها و القدرة على الكسب و الإنفاق على نفسه، و كذا العرف في المجتمع و العصر الذي يعيش فيه و وفق ما يقره النظام العام، قال تعالى:"و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم"[1].

أما المشرع الجزائري فقد أورد في المادة 124 و المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري الحالات التي تنتهي فيها كفالة الطفل و تشمل ما يلي:

1 سورة النساء، الآية 6.

أولا/ حالة طلب الأبوان: لقد ستشف المشرع المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري مما جرى في حادثة تبني النبي صلى الله عليه و سلم لسيدنا زيد ابن حارثة رضي الله عنه حينما تم تخيير زيد رضي الله عنه بين الرجوع إلى عائلته أو البقاء مع النبي صلى الله عليه و سلم (كافله) فاختار زيد رضي الله عنه البقاء مع النبي صلى الله عليه و سلم و تم له ما اختار و ذلك قبل أن تحرم الشريعة الإسلامية التبني[1]، مع مراعاة المشرع الجزائري لظروف العصر الحالي بحيث منح الحق في اختيار المكفول لمصيره في الالتحاق بوالديه إذا طلباه أو البقاء مع الكافل للطفل المميز، أما إذا كان دون سن التمييز فإنه لا يدفع إليهما إلا بأمر من القاضي و الذي يكون وفقا لمصلحة المكفول[2].

ثانيا/ حالة التخلي: تم تناول هذا التصرف في المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري فإذا تخلى الكافل عن الكفالة، بغض النظر عن السن الذي يكون فيها المكفول فهذا التخلي يكون أمام الجهة التي أقرت عقد الكفالة سواء كانت المحكمة أو الموثق ولا يتم الإقرار بالتخلي إلا أمامها مع الأخذ في الاعتبار شرط علم النيابة العامة بذلك[3].

ثالثا/ حالة الوفاة: بما أن عقد الكفالة ما هو إلا التزام، و في حالة وفاة الكافل، فالكفالة تنتقل إلى الورثة أن التزموا بها، و ذلك تطبيقا للقواعد العامة فيما يخص القوة اللازمة للعقود و انتقال الالتزامات، و باعتبار الورثة خلفا عاما للكافل فمن الطبيعي انتقال هذا الالتزام إليهم شرط أن يتم ذلك بموافقتهم و رضاهم، و في حالة رفضهم لهذا الالتزام يدخل المكفول في حكم التخلي، و هنا يتدخل القاضي ليسند أمره إلى الجهات المختصة بالرعاية[4].

1 صالح حمليل، المركز القانوني للمكفول في قانون الأسرة الجزائري و المرسوم التنفيذي 92-24، مجلة الحقيقة، عدد 1، جامعة أدرار، الجزائر، 2012، ص 192.

2 المرجع نفسه، ص 192.

3 المرجع السابق، ص 192.

4 المرجع نفسه، ص 193.

و طبقا لنص المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1]، فإنه يتعين على الورثة إعلام قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة فورا في حالة وفاة الكافل الذي يقوم بدوره بالاجتماع بالورثة جميعا في ظرف شهر من الإعلام بالوفاة، و يتم اختيار أحد الورثة كافلا للطفل في حالة قبولهم بالالتزام بالكفالة، أو يقوم القاضي بإنهاء الكفالة في حينها إذا رفض الورثة الالتزام بها وذلك وفقا للشكل المقرر لمنحها. كما نصت المادة 493 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[2] على أن القاضي يفصل في طلب إنهاء الكفالة بأمر ولائي. و فيما يخص اسم المكفول فانه و في حالة التزام الورثة بالكفالة فان المكفول يبقى حاملا اسم الكافل المتوفى، و يتم اختيار احد الورثة للقيام بالتزامات الكفالة الخاصة بالولاية على المكفول أما إذا قرر الورثة التخلي على المكفول فعليهم تقديم طلبهم إلى القاضي الذي أصدر أمر الكفالة على شكل عريضة، و يتم النظر في هذا الطلب من طرف القاضي في غرفة المشورة مع الأخذ برأي ممثل النيابة العامة[3].

رابعا/ وفاة الطفل المكفول: بوفاة الطفل المكفول يكون محل الكفالة قد زال و بذلك تنقضي الكفالة بزوال المحل.

و في حالة ما إذا كان للمكفول المتوفى إرث فقد رأى جمهور العلماء أن اللقيط يكون في حكم الحر و بالتالي فالمسلمون أحق بميراثه و عليه فيؤول ماله إلى بيت مال المسلمين و الإمام هو وليه[4].

غير أن بعض الفقهاء قال أن الكافل أحق بتركة المكفول و ذلك لما أسبغ عليه الكافل من تربية و نفقة فمن محاسن الشرع و حكمته أن يكون الكافل أحق بتركة المكفول و ممن يرى هذا الإمام إسحاق ابن راهويه[1].

1 قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

2 قانون رقم 08-09، المرجع نفسه.

3 وسيلة نامة، مرجع سابق، ص 197.

4 الجزائري أبي بكر جابر، مرجع سابق، ص 326.

خامسا/ حالة تخلف أحد الشروط الواردة في نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري: بالرجوع إلى المادتين 124 و 125 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد أورد أسباب انتهاء الكفالة، و من جهة أخرى فقد ورد في نص المادة 118 من القانون نفسه شروطا وجب توفرها في الكافل، و تنتهي الكفالة بتخلف أحد تلك الشروط أو اعترضها عارض، فبالرغم من أن المشرع لم يتطرق إليها في أحكام الكفالة فإنه و بحكم أن عقد الكفالة كغيره من العقود يقوم و يكون منتجا لآثاره ما لم ينتهي لسبب من الأسباب و منها تغير الشروط الواجب توفرها في الكافل و من هنا يتضح أن المشرع تعامل مع عقد الكفالة في هذه الحيثية كسائر العقود في القانون المدني و وفق القواعد العامة له دون أن يختصه بمجال ضمن قانون الأسرة الجزائري.

و سنقدم فيما يلي آثار تخلف تلك الشروط كل على حدا:

أ) **الإسلام:** تنص المادة الثانية من دستور سنة 1996[2] على أن الجزائر دولة إسلامية و كل من يتواجد على أراضيها يعتبر مسلما، كما نصت المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري على أن الكافل يجب أن يكون مسلما[3]، و بحكم تأثر المكفول بعادات و تقاليد كافله فيجب أن تكون تربيته وفقا لدين مربيه.

و من هنا فتخلف شرط الإسلام بارتداد الكافل عن دين الإسلام بتصريحه بالكفر أو بقول يقتضيه أو فعل يتضمنه، تنتهي كفالته على المكفول[4].

1 التواتي بن التواتي، مرجع سابق، ص816.

2 المادة 02 من دستور 1996، مرجع سابق.

3 قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

4 أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج4، باب أحكام البغاة، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992، ص 116.

ب) الأهلية: يقصد بها الإرادة الحرة السليمة الموسومة بالرضا، فإذا شاب هذه الإرادة عارض يحد من الأهلية أو يحيدها كالجنون فيكون كل فعل يقوم به الكافل باطلا و بالتالي يتم إنهاء الكفالة[1].

ج) القدرة: طبقا لنص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري فالقدرة على الالتزام التام برعاية الولد المكفول و حمايته، فإذا غابت هذه القدرة لعارض ما كالمرض المزمن، فيكون مصير الكفالة الانتهاء.

الفرع الثاني: سقوط الكفالة

تناولت المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري إلى طرق التخلي عن الكفالة، و باستقراء هذه المادة نستخلص أسباب سقوط الكفالة و هي كالتالي:

أولا/ التخلي: تسقط الكفالة بإرادة الكافل و رغبته و يتم ذلك وفق ما سبق تفصيله فيما يخص أسباب انتهاء الكفالة و التي منها التخلي.

ثانيا/ إسقاط الكفالة عن الكافل: حسب ما استنتجناه من أحكام الولاية فالكفالة تسقط عن الكافل في حالة تعارضها مع مصلحة المكفول، حيث أن الكافل يعتبر وليا للمكفول[2].

و عليه فالكفالة تسقط بسقوط الولاية عنه[3] و ذلك لا يكون إلا بحكم قضائي و يكون ذلك في الحالات التالي:

1- تسليط عقوبات تبعية على الكافل: مثل الحرمان من الحقوق المدنية، و هو ما يفترض معه غياب الأهلية[4]. حيث ورد ذلك في الفقرة الرابعة من المادة 8 من قانون العقوبات.

1 بوعشة عقيلة، مرجع سابق، ص49.

2 المادة 91، قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

3 المادة 101، قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

4 ألغوثي بن ملحة، حماية الطفولة شرعا و قانونا، ص16.

2- **تسليط عقوبات تكميلية على الكافل:** مثل الاعتقال أو الإقامة الجبرية. و هو ما ورد في الفقرتين الأولى و الثانية من المادة 9 من قانون العقوبات[1].

1 الأمر رقم 66-156، مرجع سابق.

ملخص الفصل الثاني:

تتخلل الكفالة في التشريع الجزائري بعض النقائص حيث أن حماية الأطفال المكفولين تواجه عدة صعوبات قانونية نتيجة غموض أو قصور بعض النصوص القانونية التي تعالج هذا الموضوع في قانون الأسرة الجزائري.

كما أن إغفال المشرع الجزائري لبعض قضايا الكفالة و بعض الحالات التي قد نواجهها خلال دراسة موضوع الكفالة يجعلنا نرى بوضوح وضعية المكفول الصعبة في أحيان كثيرة أمام القضاء و خلال تعاملاته مع الإدارة الجزائرية، و ذلك لاعتبارات عدة أهمها حمل الكفالة على كونها حكما قضائيا نهائيا.

و عليه فقد كان حريا بالمشرع الجزائري إطلاق يد القاضي بشكل أوسع في مسألة حماية الطفل المكفول مع مراعاة مبدأ عدم التناقض بين الأحكام القضائية.

الخاتمة

خاتمة

إن النظرة الشمولية للإسلام فيما يخص مصالح العباد الدنيوية لا تضاهيها أي تشريعات وضعية و لذاك فقد اعتمد المشرع الجزائري على الشريعة الإسلامية في خلق النصوص القانونية و الأحكام الخاصة بالمجتمع عموما و الأسرة خصوصا، و يتجلى ذلك في اعتماد القانون الجزائري لنظام الكفالة بديلا لنظام التبني الذي منعه القانون بنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري على ضوء التحريم الذي نص عليه الإسلام فيما يخص التبني، و يحسب ذلك لصالح المشرع الجزائري الذي كان له النظرة التحليلية لتعاليم الشريعة الغراء و مقاصدها، حيث نجد أن الكثير من دول العالم و نخص بالذكر الدول المسلمة رغم أنها أقرت نظام الكفالة غير أنها لم تمنع التبني رغم تحريمه و مثال ذلك القانون التونسي الذي ذهب مذهب اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 و لا سيما المادة 20 منها في إباحة التبني، و للوهلة الأولى و بنظرة سطحية قد لا يتجلى المساس بمصلحة القاصر في إقرار التبني غير انه يظهر لمن يتعمق في أبعاد هذا النظام أن إقراره يعطي الاختيار لطالب الرعاية في انتقاء النظام الذي يرغب فيه و بالتالي اختيار ما يترتب عنه من آثار قانونية، هذا إضافة إلى المفاسد التي أشار إليها الإسلام من اختلاط الأنساب و ضياع حقوق الورثة.

و لم يفرق الإسلام في نظرته للطفل القاصر إزاء الكفالة سواء كان معلوم النسب أو مجهوله غير أن المشرع قد وضع جملة من الشروط و الأحكام و الآثار المترتبة عن عقد الكفالة ليس تفرقة منه بين القاصر معلوم النسب أو معلومه و إنما مراعاة للجوانب النفسية و الاجتماعية و المصلحة الفضلى لكل حالة مما يجعل الاختلاف في الإجراءات و الأحكام و غيرها اختلافات بداعي التصنيف و مراعاة لمصلحة القاصر في أي حالة كان عليها.

و قد اعتمد المشرع الجزائري نظام الكفالة بداعي ضمان الرعاية الكاملة و الصحية للقصر المحرومين من الجو العائلي و ذلك تعويضا لهم عنه حتى تكون لهم التنشئة الصحية نفسيا خاصة، حيث أن الأطفال هم بذرة المجتمع المستقبلي للدولة و عليه و من اجل مجتمع

مترابط و منتج و ذو أثر ايجابي في الدولة كان من الواجب حماية الأطفال في مرحلة العجز و الحرمان.

غير انه و مثل أي نظام قانوني وضعي و رغم الجهود الحثيثة لتلافي كل الثغرات و ضمان حقوق الطفل القاصر فلابد من وجود نقائص و ثغرات لابد من العمل على سدها و استدراكها و نذكر منها:

1- جعل الكفالة تتم من طرف الرجل دون ذكر المرأة. المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري.

2- منح الحق لوالدي المكفول في استرجاعه دون النص على الإجراءات المنظمة لذلك.

3- اقتصار تصنيف المشرع للأطفال محل الكفالة بمعلومي النسب أو مجهوله فقط.

4- في حالة الطفل معلوم الأبوين اشترط المشرع الموافقة الصريحة من الأبوين على الكفالة، و لم يشترط ذلك في الطفل مجهول النسب معلوم الأم.

5- المساواة و الغموض في مسألة انتفاع المكفول بتبرعات الكافل لاسيما الوصية و الهبة.

6- لم يفصل المشرع في إجراءات انتقال التزام الكفالة من الكافل إلى الورثة في حالة الوفاة و لكن اقتصر على شرطية موافقتهم على ذلك.

7- رغم أهميته إلا أن المشرع اغفل إلزامية تحرير محضر تسليم الطفل المكفول إلى الكافل إذ كان حري به التشديد على ذلك و اشتراط حضور كل الأطراف المعنية و تحت مراقبة و حضور محضر قضائي.

8- في حالة منح الكافل لقبه للمكفول يجب التشديد على تطبيق ما جاء به المرسوم التنفيذي 92-24 بخصوص إدراج عبارة مكفول عند تسجيل الطفل في دفتر العائلة الكافلة حيث أن هذه الخطوة تم إقرارها قانونا و إهمالها تطبيقيا.

و في الأخير تبقى هذه الدراسة غيضا من فيض فيما يخص موضوع الكفالة حيث أن هذا الأخير يجب أو يولى الأهمية التي يحتاجها من أجل استيفاء جميع جوانبه.

سبحانك اللهم و بحمدك أستغفرك و أتوب إليك. و السلام عليكم و رحمة الله و بركاته.

المصادر و المراجع

1/ قائمة المصادر:

أ-1) القرآن الكريم.

2) محمد ابن إسماعيل البخاري الجعفي، مختصر الصحيح (تحقيق)، الطبعة الثالثة، مصطفى البغى، دار ابن كثير، بيروت، 1975.

ب) المعاجم:

1- ابن منظور محمد ابن مكرم، لسان العرب، المجلد 15، دار بيروت، 1990.

2- ابن منظور محمد ابن مكرم ، لسان العرب، المجلد 16، دار بيروت، 1990.

ج) النصوص القانونية:

أولا/ الدستور: مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن إصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر، عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، معدل و متمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 ج.ر، عدد 25 صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، ثم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في نوفمبر 2008 يتضمن تعديل الدستور، ج.ر، عدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

ثانيا/ النصوص التشريعية:

1- قانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها، ج.ر، عدد 08، الصادر بتاريخ 17 فيفري 1985، المعدل و المتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990، ج.ر، عدد 35، الصادر بتاريخ 15 غشت 1990.

2- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 فيفري، ج.ر، عدد 15 الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

3- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر، العدد 21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008 .

4- قانون رقم 12-04 المؤرخ في 04 يناير 2012، المتعلق بالقانون النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، ج.ر، عدد 05، الصادر بتاريخ 29 يناير 2012.

5- القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فيفري 2014، المتضمن تعديل قانون العقوبات ج.ر، عدد 07 الصادر بتاريخ 16 فيفري 2014.

6- القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015، المتعلق بحماية الطفل الجزائري، ج.ر عدد 39، الصادر بتاريخ 19 يوليو 2015.

7- أمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر، العدد 49 الصادر بتاريخ 11 يونيو 1966، المعدل و المتمم بالقانون 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009، ج.ر، العدد 15 الصادر بتاريخ 08 مارس 2009.

8- أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر العدد 21 الصادر بتاريخ 27 فيفري 1970.

9- أمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر العدد 105 الصادر بتاريخ 18 ديسمبر 1970، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ج.ر العدد 15 الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

10- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ج.ر العدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.

ثالثا/ النصوص التنظيمية:

1- المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03 يونيو 1971 يتعلق بتغيير اللقب ج.ر العدد 47 الصادر بتاريخ 11 يونيو 1971، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992 ج.ر العدد 05 الصادر بتاريخ 22 يناير 1992.

2- المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة على التصريحات التفسيرية لاتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة 20 نوفمبر 1989 ج.ر العدد 91 المؤرخ في 23 ديسمبر 1992.

د) الوثائق:

1- دليل الكفالة، مديرية النشاط الاجتماعي لولاية غارداية.

2/ قائمة المراجع:

أ) الكتب:

1- آث-ملويا الحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومه للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006.

2- آث-ملويا الحسين، قانون الأسرة نصا و شرحا، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع عين مليلة، الجزائر، 2014.

3- أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد؛ الولاية و الوصاية و شؤون القاصرين و الإرث و التخارج، الطبعة الأولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2012.

4- أحمد وسيم حسام الدين، حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

5- ألغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ج1، ط1، د م ج، الجزائر 2005.

6- بن التواتي تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، كتاب الأحوال الشخصية، مج 4، دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009.

7- بن تقية محمد، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.

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

9- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطلعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

10- تقية عبد الفتاح، مباحث في قانون الأسرة من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي الجزائر، 2000.

11- تقية محمد، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية دار الأمة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1995.

12- الجزائري أبو بكر جابر، منهاج المسلم، طبعة جديدة، مكتبة العلوم و الحكم، المدينة المنورة، د ت ن.

13- حجازي عبد الفتاح بيومي، المعاملة الجنائية و الاجتماعية للأطفال، دار الفكر الجامعي مصر، 2003.

14- حماني أحمد، فتاوى استشارات شرعية و مباحث فقهية، ج1، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992.

15- حوى سعيد، الإسلام، الشهاب للنشر و التوزيع، الجزائر، 1988.

16- داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر.

17- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، ج5، دار الفكر بدمشق بالتعاون مع الملكية للنشر و التوزيع بالجزائر، 1991.

18- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، دار الفكر بدمشق بالتعاون مع الملكية للنشر و التوزيع بالجزائر، 1991.

19- السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، دار الوراق، مصر، د ت ن.

20- سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومه، الجزائر 1996.

21- سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2014.

22- سي يوسف زاهية حورية، عقد الكفالة، ط4، دار الأمل للطباعة و النشر، تيزي وزو.

23- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر 2005.

24- طلبة مالك، التبني و الكفالة، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

25- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الفنون المطبعية، الجزائر، 1993.

26- كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، ط1، دار الثقافة، الأردن 1997.

27- محمد ربيع صباهي، أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، مج25، العدد الأول، 2009.

ب) البحوث الجامعية و المقالات العلمية و الندوات و المطبوعات الجامعية:

1- بن عصمان نسرين، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009.

2- بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، 2004.

3- تواتي صباح، دوافع الأسر الجزائرية للإقبال على الكفالة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قسم علم الاجتماع، كلية العلوم الاجتماعية، الجزائر، 2001.

4- علال آمال، التبني و الكفالة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009.

5- موالفي سامية، حقوق الطفل في التشريع الجزائري على ضوء الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل سنة 1989، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002.

6- ألغوثي بن ملحة، حماية الطفولة شرعا و قانونا، المحاضرات، العدد 02، كلية الحقوق، الجزائر، 2004، ص 14-16.

7- بن غريب رابح، آثار الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية و السياسية، جامعة أدرار، مج 06، العدد الأول، 2022، ص 08-25.

8- بوزيد خالد، الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائري، مجلة قانون العمل و التشغيل، العدد 04، وهران، 2017 جوان، ص251-262.

9- زروال عبد الحميد، الإطار القانوني في الطفولة المشردة، مجلة منظمة المحامين، العدد 06، تيزي وزو، نوفمبر 2007، ص 45-49.

10- شمام منير، الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة و القضاء الجزائري، مخبر حقوق الطفل، مج 09، العدد الأول، مستغانم، ديسمبر 2018، ص 151-172.

الفهرس

الفهرس

الإهداء	أ
شكر و عرفان	ب
قائمة الاختصارات اللغوية	ج
الملخص	د
المقدمة	02
الفصل الأول: مفهوم الكفالة	08
المبحث الأول: المقصود بالكفالة	09
المطلب الأول: التعريف بالكفالة و أحكامها	09
الفرع الأول: التعريف بالكفالة	09
الفرع الثاني: أحكام الكفالة	11
المطلب الثاني: خصائص و أركان الكفالة	13
الفرع الأول: خصائص الكفالة	13
الفرع الثاني: أركان الكفالة	14
المبحث الثاني :تمييز الكفالة عن الأنظمة المماثلة	25
المطلب الأّول: الكفالة و التبني.	25

الفرع الأول: تعريف التبني	25
الفرع الثاني:الفرق بين الكفالة و التبني	26
المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن أنظمة الرعاية البديلة	27
الفرع الأول: الكفالة و الحضانة	27
الفرع الثاني: الكفالة و الولاية	29
خلاصة الفصل الأول	31
الفصل الثاني: الأطر القانونية للكفالة	33
المبحث الأّول :شروط الكفالة	34
المطلب الأّول :الشروط الموضوعية لانعقاد الكفالة	34
الفرع الأول/الشروط الموضوعية الواجب توفرها في الكافل	34
الفرع الثاني: الشروط الواجبة في المكفول	38
الفرع الثالث: الشروط الواجبة في عقد الكفالة.	39
المطلب الثاني :الشروط الإجرائية لعقد الكفالة	41
الفرع الأول: المرحلة التمهيدية.	42
الفرع الثاني: المرحلة القضائية	47

المبحث الثاني :آثار الكفالة و انقضاؤها	50
المطلب الأّول: الآثار المترتبة على عقد الكفالة	50
الفرع الأول: الولاية القانونية للكافل على المكفول	50
الفرع الثاني: احتفاظ المكفول بنسبه	52
الفرع الثالث: إمكانية الكافل منح لقبه العائلي للمكفول	53
الفرع الرابع: الوصية أو التبرع من الكافل للمكفول	56
المطلب الثاني: انقضاء عقد الكفالة	60
الفرع الأول: انتهاء الكفالة	60
الفرع الثاني: سقوط الكفالة	64
ملخص الفصل الثاني	66
الخاتمة	68
قائمة المصادر و المراجع	72
الفهرس	79