جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون أسرة

إعداد الطالبين :
بن يسري عبد السلام
دندوقة عيسى
يوم:

نظام الكفالة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

قروف موسى	أ. د	جامعة بسكرة	رئيسا
دغيش حملاوي	أ. د	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
طيار مُحَمَّد السعيد	أ.	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية : 2021 – 2022

مقدمة

مقدمة

بسم الله الحمان الرحيم

ان الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور انفسنا و سيئات اعمالنا و الصلاة و السلام على سيدنا و نبيينا محمد عليه افضل الصلاة و السلام

ان الله سبحانه و تعالى خلق الانسان و خلق له كل ما ينفعه وما يكون في خدمته و ليعيش في جو من الطمأنينة و الحياة السعيدة و من بين ما يسعد الانسان البنين و البنات ، حيث قال المولى عز وجل : " المال و البنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا و خير املا" .صدق الله العظيم [1]

وكذلك قول الرسول (ص): " الولد ثمرة القلب ، وانه مجبنة ، مبخلة ، محزنة " [2]

لاكن لا يمكن ان يكون البنين زينة الحياة الدنيا ولا ثمرة القلب الا بالرعاية و العناية الكافية لهؤلاء البنون .

ومنه فان الاسرة هي أولى مراكز رعاية الأطفال في جو من الطمأنينة و التربية السليمة و كل الأطفال لهم حق العيش في كنف الاسرة مهما كان وضعهم و الشريعة الإسلامية أعطت أهمية كبرى للأطفال و التي شملت كل ما يحتاجه الطفل سواء من الناحية الجسدية او النفسية ولذلك فالأسرة هي المنبت الأول للأطفال ومهد تربيتهم .

و الشريعة الإسلامية هي أولى الشرائع التي اولت للإنسان الأهمية الكبرى حتى قبل ولادته فللطفل حقوق قبل و بعد ولادته و اول هذه الحقوق الحق في الحياة وحقه في العيش في اسرته وحمل نسب ابيه بل وحتى من لا يعرف نسبه له حقوق كالأخرين.

اذن فالشريعة الإسلامية هي السباقة بالاهتمام بحقوق الأطفال و ليس ما يسمى بالمجتمع الدولي المزعوم .فالشريعة الإسلامية حرمت التبني الذي يتغنى به المجتمع الدولي و استبدلته بنظام الكفالة

[1] سورة الكهف ، الآية 46

[2] حديث رواه أبو سعيد الخدري المحدث الالباني في صحيح الجامع رقم 7160

والتبني نظام قديم اعتمدته المجتمعات العربية و الغربية على حد سواء ومازال سائدا في المجتمع الغربي وبعض الدول العربية والإسلامية ومنها الجارة (تونس)

حيث قال سبحانه وتعالى "ما كان محمد أبا احد من رجالكم ولكن رسول الله و خاتم النبيين وكان الله بكل شيء عليم " [1]

وكذلك المشرع الجزائري فقد حذى حذو الشريعة الإسلامية حيث منع التبني في المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري (يمنع التبني شرعا وقانونا)، وأبدله بنظام الكفالة المدمج في الفصل السابع من نفس القانون وفي مواده من 116- 125 . التي تبين ماهية الكفالة وشرحها وكيفية انعقادها وانقضاؤها.

وجاءت هذه المواد رغم قلتها وغموض بعضها كحل لمعضلة الأطفال المشردين والتي أصبحت ظاهرة يصعب التحكم فيها رغم المجهودات الدولية والداخلية لكل دولة إلا أنها تفاقمت لأسباب عدة منها ما هو اجتماعي وما هو اخلاقي وسياسي واقتصادي والتي أدت إلى ظهور بعض الظواهر السلبية وخاصة في المجتمعات الغربية وكذلك المجتمعات العربية والتي أصبحت تقلد كل ما هو غربي تقليدا أعمى حيث أصبح المجتمع العربي والإسلامي مشابها للمجتمع الغربي وباتت تظهر في هذه المجتمعات بعض المصطلحات الغريبة كالأم العازبة والطفولة المسعفة وغيرها من المصطلحات التي كنا نسمع عنها في الغرب أصبحت في مجتمعنا العربي والإسلامي وحتى في الجزائر أصبحت تقريبا كل الولايات تتواجد فيها مراكز الطفولة المسعفة ومراكز خاصة بالأم العازبة حيث أصبح لها مركز قانوني وصندوق خاص لحماية ورعاية مثل هذه الأم وأطفالها مجهولي النسب، وهذا كله سببه تفشى العلاقات الغير شرعية بسبب الانحلال الخلقي السائد في مجتمعنا وهناك من يرجع سبب كثرة مثل هذه الحالات إلى ما يسمى بالعشرية السوداء ومجازر الإرهاب وحالات الاغتصاب التي وقعت في تلك الفترة المقيتة.

وهؤلاء الأطفال هم ضحايا لا ذنب لهم يجب حمايتهم ورعايتهم عن طريق التكفل بهم وليس تبنيهم حيث حرمته الشريعة ومنعه القانون، وقد ظهر بديل للتبني هو نظام الكفالة الذي كرسته

[1] سورة الأحزاب ، الآية 40

معاهدة حقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 و التي صادقت عليها الجزائر مع بعض التحفظات و الذي أدى إلى صدور المرسوم التنفيذي 92/ 24 المعدل للمرسوم 71/ 157 المؤرخ في 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب وذلك قصد توفير الحماية القانونية للطفل المحروم، وكان قبل ذلك أي سنة 1991 أصدر الشيخ أحمد حماتي فتوى بجواز منح الطفل المكفول لقب كافله بعد أن بين الفرق بين النسب واللقب ومنه تبين أن نظام الكفالة وسيلة لحماية الطفولة المحرومة اجتماعيا.

وبناء على ما سبق فان نظام الكفالة يتسم بالأهمية البالغة في المجتمع بالنسبة لهؤلاء الأطفال المحرومين والجدل الشديد الواقع بشأنهم والسبب في اختيارنا لهذا الموضوع هو الرغبة في اثرائه و المشاركة في دراسته ومعرفة محتواه وعليه وجب طرح الإشكالية التالية .

ما مدى قدرة نظام الكفالة على حماية هؤلاء الأطفال ؟

- اما الدراسات السابقة فهي قليلة جدا وخاصة رسائل الدكتورة حيث جل هذه الدراسات في كفالة الدين ولا حظ لكفالة النفس فيها
- اما مذكرات الماستر فهي متوفرة بنسبة اكبر الا انها مختلفة بعض الشيء عن عنوان بحثنا هذا ومنها :
  - بوعشة عقيلة (الكفالة في قانون الاسرة الجزائري والشريعة الإسلامية)
  - بسعود عربية (الكفالة بين احكام الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري)
- اما المنهج المتبع في هذ البحث فقد اعتمدنا على المنهج التحليلي وذلك محاولة لتحليل المواد القانونية للكفالة وكذلك على المنهج الوصفي بصفة اقل في التعاريف وغيرها من بنود هذا البحث
- وقد تلقينا صعوبات كثيرة في جمع المراجع كالكتب العامة و البحوث العلمية المتخصصة ولذلك اعتمدنا في بحثنا على مصادر القانون وتحليل المواد المنضمة لنظام الكفالة ولدراسة هذا الموضوع تطلب ادراجه في فصلين :
- الفصل الأول : (ماهية عقد الكفالة) وقسمناه الى مبحثين المبحث الأول تحت عنوان تعريف الكفالة و المبحث الثاني (اركان الكفالة وشروطها)

- الفصل الثاني فهو تحت عنوان(اثار الكفالة وانقضائها) يندرج تحته مبحثين المبحث الأول (اثار عقد الكفالة) والمبحث الثاني (أسباب انقضاء عقد الكفالة)

الفصل الأول:

ماهية عقد الكفالة

الفصل الأول: ماهية عقد الكفالة.

المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة.

في الماضي كانت المجتمعات تعيش على نظام البقاء للأقوى وفي ظل هذه الأنظمة الظالمة دائما هناك طرف ضعيف يستوجب حمايته وهذا الطرف الضعيف هم الأطفال يباعون ويشترون كباقي السلع في الأسواق ويستغلون أسوأ استغلال، فالإناث منهم يصبحن جواري وخادمات والذكور يشتغلون في الحقول والمراعي وعند اشتداد عودهم يصبحون مدافعين على أسيادهم وقبائلهم، إلا أن بعض المجتمعات ومنهم المجتمعات العربية كانوا يتخذونهم أبناء حيث يختارون منهم الأقوى والأذكى وينسبون إلى أسيادهم ويعطونهم أسمائهم وجميع الحقوق المترتبة عن الأبوة والبنوة وهذا كان في الجاهلية.

أما بعد البعثة المحمدية فتعاليم الدين الإسلامي ألغت وأبطلت نظام التبني لما فيه من مفاسد وانعكاسات سلبية اجتماعيا وأخلاقيا وحتى اقتصاديا حين تختلط الأنساب وتضيع الحقوق حتى المادية منها كمن يورث من لاحق له في الميراث.

وهذا لا يعني أن الشريعة الإسلامية ألغت نظام التبني دون استبداله وتعوضيه بنظام آخر يضمن حقوق الجميع الا وهو نظام الكفالة الذي أعطى للأطفال حق العيش في كنف الآسرة وحفظ كرامتهم ونظام الكفالة أخذت به جل الدول الإسلامية بما فيها الجزائر حيث منعت نظام التبني بنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري (يمنع التبني شرعا وقانونا)[1].

كما قام المشرع الجزائري بتنظيم عقد الكفالة بموجب أحكام المواد 116- 125، من قانون الأسرة الجزائري.

ومنه فإن مفهوم عقد الكفالة يكون بتعريفها لغة وفقها وقانونا.

المطلب الأول: تعريف الكفالة

الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة.

[1]- المادة 46 من قانون الأسرة ج.

مصدر كفل، يكفل بفتح الفاء وكسرها كفالة وتعني الضم والزعامة والحماية والقبالة وهي بمعنى واحد [1].

ومنه قوله تعالى " وكفلها زكريا "[2]، وتعني القيام بأمرها وتكفل بها وهي من كفل يكفل كفلا إذا فالكافل هو القائم بأمر الطفل اليتيم أو العائل له [3].

الفرع الثاني: تعريف الكفالة فقها.

إن الكفالة عند الحنفية والحنابلة تعني الضم وعند الشافعية تعني الالتزام أي أن الحنفية والحنابلة يرون عقد الكفالة على أنه ضم الولد إلى وليه ويقصدون بها الولاية على النفس و تكون للرجل الأقوى عصبة بالنسبة للولد المكفول ويبقى عند كافله وتحت رعايته إلى سن البلوغ وأن يصبح مأمنا على نفسه و يبقي تحت مسؤوليته من ضم إليه إلى ان يأمن على نفسه وهذا بالنسبة للولد الذكر أما بالنسبة للأنثى فتبقى في كفالة من ضمت إليه إلى أن تتزوج وإن لم تتزوج بقيت عند والديها أو كافلها المحرم إن كانت بكرا يخشى عليها من الفتنة ولو كانت آمنة على نفسها[4].

وكذلك البنت غير المأمونة على نفسها أما إن أمنت على نفسها وعرفت بالعفة يمكن لها أن تتحرر من يد كافلها.

كما عرفها المالكية أي الكفالة على أنها القيام على أمور اليتيم والسعي في مصالحه من إطعام ومسكن وكسوة ورعاية وتنمية لماله إن كان له مال وان لم يكن له مال انفق عليه ابتغاء وجه الله [5].

أما جمهور الفقهاء فعرف الكفالة بانها ظم ذمتين في المطالبة بالدين[6].

---

[1]– منيرة حريزي، التبني والكفالة، دراسة مقارنة، شهادة ماستر ج محمد بوضياف مسيلة، 2015/ 2016، ص 29.

[2]– سورة ال عمران، الآية، 37.

[3]– منيرة حريزي، التبني والكفالة، مرجع سابق، ص 30.

[4]– عمراش اسماء، الكفالة في ف أ ج، مذكرة ماستر، جامعة مولود معمري تيزي وز، 2014–، ص 17.

[5]– جعيدري هدى، النظام القانوني للكفالة في ظل ق أ ج ، مذ– ماستر محمد بوضياف، مسيلة، 2019، ص 12.

[6]– جعيدري هدى ، نفس المرجع ص 12.

الفرع الثالث: تعريف الكفالة (قانونا).

إن مصطلح الكفالة له معنيين في القانون حيث إذ استعمل مصطلح الكفالة في القانون المدني يعني أنها عقد يتعهد بمقتضاها الكامل بتنفيذ التزام على عاتق المدين اتجاه الدائن إن لم يفي به المدين أي أن الكفالة تعني ضمان دين في ذمة المدين اتجاه دائن أي أن محل الكفالة في القانون المدني هو المال.

أما معنى الكفالة في قانون الأسرة فيختلف تماما والمادة 116 منه عرفتها تعريفا كافيا وافيا، ونص المادة يقول (الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام يولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه ..... وبعقد شرعي " [1]، حيث توضح المادة 116 قانون أسرة أن الكفالة هي التزام الكافل تبرعا بتربية الولد القاصر ورعاية الأب لابنه الصلبي ومحل الكفالة هنا أي في قانون الأسرة يكون طفل قاصر حيث الكفالة كفالة على النفس وليس المال كما في القانون المدني.

والكفالة على النفس لها أهمية كبرى بالمقارنة مع الكفالة على المال حيث أن الله سبحانه وتعالى سخر كل شيء خلقه للإنسان ليعيش حياة كريمة وتوفير الظروف الملائمة لذلك.

والكفالة هي صورة من صور الرعاية البديلة التي أقرتها الشريعة الإسلامية للأطفال القصر سواء كانوا معلومي النسب أو مجهولي النسب [2].

وهي الوسيلة الأفضل لحل معضلة أطفال الشوارع والتي انشرت بشكل رهيب في الآونة الأخيرة وأسبابها عديدة ومتعددة منها ما هو سياسي وماهو أخلاقي واجتماعي واقتصادي وغيرها من العوامل التي أدت إلى ظهور هذه الظاهرة المقيتة.

[1]– المادة 116، ف أ ج.

[2]– منيرة حريزى، التبني والكفالة، مرجع سابق، ص 31.

المطلب الثاني: حكم الكفالة وخصائصها.

الفرع الأول: حكم الكفالة ودلائلها.

لقد حرم الله سبحانه وتعالى حكم التبني لما فيه من مفاسد واختلاط الأنساب وضياع للحقوق فاستبدله بنظام الكفالة حفظا لحقوق الناس وصونا لأنسباهم وأعراضهم وكرامتهم حيث أصبح نظام الكفالة في كنف الشريعة الإسلامية نظام مشروع بكتاب الله وسنة رسوله عليه أفضل الصلاة والسلام، وكفالة الولد المستحق للرعاية اصحبت فرض كفاية أي أنه إذا تركت من الجميع فالجميع آثم وإن قام بها احد سقطت عن الآخرين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين كالمؤسسات أو الجمعيات الخاصة برعاية الأطفال المحرومين من أسرهم.

وإذا قام أحد هذه الأشخاص الطبيعة أو الاعتبارية بالتعهد برعاية وتربية هؤلاء الأطفال أصبح ملتزما بهذه الرعاية، والدولة أولى برعاية هؤلاء الاطفال بحكم القدرة ووفرة المال والمرافق الخاصة بذلك والسلطة التي تتمتع بها.

وذلك استنادا لما راوه الإمام مالك رضي الله عنه (أن رجلا دخل على الخليفة عمر رضي الله عنه وفي يده ولد بائس منبوذ ، فقال له عمر ما حملك على أخذ هذه النسمة فقال الرجل وجدتها شائعة فأخذتها فقال عمر اذهب فهو حر وذلك ولاءه ونفقته علينا)[1]، ودلائل مشروعية الكفالة كثيرة ومتعددة بنص القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة والكثير من التشريعات الدولية والوطنية فمن القرآن الكريم العديد من الآيات الكريمات التي تدل على مشروعية الكفالة منها، قوله تعالى: (ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا)[2].

وكما في قوله تعالى: في مريم ابنت عمران (فتقبلها بقبول حسن وانبتها نباتا حسنا وكفلها زكريا)[3]، وقال في حق سيدنا موسى عليه السلام: (وحرمنا عليه المراضع من قبل فقالت هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون)[4].

---

[1]– منيرة حريزي، التبني والكفالة، مرجع سابق، ص .15

[2]– سورة الإنسان، الآية: 08.

[3]– سورة ال عمران، الآية 37.

[4]– سورة القصص، الآية 12.

كما أن هناك دلائل عدة لمشروعية الكفالة في السنة النبوية الشريفة والتي تعظم وترفع من شأن كافل اليتيم والطفل المحروم من حنان الأهل ودفئ العائلة ومنها قوله صل الله عليه وسلم: (خير بيت في المسلمين فيه يتيم يحسن إليه وشر بيت في المسلمين فيه يتيم يساء إليه).

وكذلك الحديث المشهور عن كفالة اليتيم والذي قال فيه سيدنا ونبينا محمد عليه الصلاة والسلام (أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئا .

ومن كل هذه الآيات الكريمات والأحاديث النبوية الشريفة التي تستمد منها الكفالة مشروعيتها وتقديمها على نظام التبني الذي حرمه الله سبحانه وتعالى وجعل نظام الكفالة بديلا عنه لحماية الفئات المحرومة والمهمشة من الضياع سواء كانوا يتامى أم مجهولي النسب وغير ذلك من المنبوذين والمحرومين من عائلاتهم وأسرهم.

وكذلك من دلائل مشروعية الكفالة ما جاء في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية لحقوق الأطفال، الصادرة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 والتي صادقت عليها الجزائر مع بعض التحفظات على بعض البنود وكذا ما جاء في الفصل السابع من قانون الأسرة الجزائري وبعض المواد في ق إ م إ الجزائري.

الفرع الثاني: خصائص الكفالة.

لقد جاءت خصائص الكفالة في نص المادة 116 وما بعدها في قانون الأسرة الجزائر وهي:

1- الكفالة التزام من الكافل للقيام بشؤون طفل قاصر:

وتعنى أن يكلف شخص بالغ راشد قادر عن طريق عقد شرعي موثق بالقيام على مصلحة الطفل القاصر المكفول وذلك بتدبير شؤونه الشخصية والمالية إن كان له مال[1]، والولاية على النفس تعني القيام بما يتعلق بشخص الطفل القاصر والمتمثلة في المحافظة على سلامة جسده وعقله وتربيته ورعايته وتزويجه الى حين بلوغ سن الزواج ان كانت له القدرة على ذلك.

[1]- جعيدري هدى ، النظام القانوني لكفالة، مرجع سابق، ص13.

وكذلك الولاية على أموال الطفل المكفول ان كان له مال وهو السعي على تنمية أمواله والمحافظة عليها وإدارتها والحرص عليها من الضياع كحرصه على أمواله الخاصة ويراعي مصلحة هذا الولد المكفول في جميع تصرفاته والأطفال المكفولين صنفين – الطفل معلوم النسب وآخر مجهول النسب.

2- الكفالة التزام على وجه التبرع:

أي أن الكفالة عمل تطوعي لا أجر عليه حيث هذا العمل يراد به وجه الله سبحانه وتعالى بالسنة للمسلمين و لغير المسلمين تكون له مآرب أخرى كاتخاذ الطفل المكفول بمثابة الولد بتبنيه لمن لا ولد له مثلا.

كما قلنا سلفا فلا أجر للكافل على كفالته ولا يمكن أن يعتبر ما انفقه في مدة الكفالة دينا في ذمة المكفول ولو كان له مال حيث يمكن الانفاق من مال المكفول عليه إن كان مضطرا لا غير.

3- الكفالة التزام شخصي:

أي أن الكفالة فيها الشخص الكافل محل اعتبار حيث لا تتعدى الكفالة إلى ورثته ولا يمكن أن يلزمهم بأمر يخص الطفل المكفول إلا بإرادتهم ويشترط في الكافل أن يكون بالغا عاقلا أي صاحب أهلية تبرع غير محجور عليه.

4- الكفالة عقد موثق: لا يصح ولا ينعقد عقد الكفالة إلا إذا اتصف بالرسمية أما عن طريق القضاء بإصدار أمر قضائي أو عن طريق عقد مبرم بين أطراف العقد بحضور موثق وتوثيقه وكذلك في مقر البعثات الدبلوماسية إن كان طلب الكفالة خارج الوطن وعقد الكفالة ليس كباقي العقود المدنية فمحل العقد هنا نفس بشرية ضعيفة لا يميز بين النفع والضرر ولذلك أولاه المشرع عناية بالغة ومميزة عن باقي العقود المدنية الأخرى وأفرعه في شكل قانوني رسمي حسب المادة 117 من قانون الاسرة الجزائري.

ولا يكون عقد الكفالة صحيحا نافذا منتجا لآثاره إلا إذا أبرم أمام جهة قضائية مختصة أو موثق وبرضا أبوي الطفل إن كان معلوم النسب ووالديه على قيد الحياة[1] .

ومادام موضوع الكفالة هو الطفل القاصر وجب علينا بيان صفة الطفل بصفة عامة والطفل الواجب التكفل به بصفة خاصة إذا من هو الطفل ؟

الطفولة مرحلة من مراحل عمر الإنسان حيث عرفته التشريعات والقوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية تعريفات مختلفة منها.

- التعريف اللغوي للطفل:

هو مفرد أطفال ومعناه صغير كل شيء ويصح للذكر والأنثى معا وكذلك الجمع كما جاء في قوله سبحانه وتعالى « والطفل اللذين لم يظهروا على عورات النساء »[2]، و الطفولة تعني المرحلة التي لا يمكن للإنسان أن يعتني بنفسه من حين ولادته إلى سن البلوغ.

كما عرفته الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة عن الأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989 على أن الطفل " كل إسنان لم يتجاوز الثامنة عشر من عمره ما لم يبلغ سن الرشد بموجب القانون المطبق عليه ".

وسن الرشد في الجزائر تسعة عشر سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري " كل شخص بالغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة "[3].

والأطفال الذين يستوجبون الكفالة هم عدة أصناف منهم اليتامى، والأطفال المهملون والضالين عن أهاليهم و الأطفال مجهولي النسب والمسقطون من السلطة الأبوية بتدبير قضائي وغيرها.

[1]- جعيدري هدى، النظام القانوني للكفالة في ف أ ج ، مرجع سابق، ص 22.

[2]- سورة النور، الآية : 31.

[3]- المادة 40 من القانون المدني الجزائري، المعدل والمتتم بأمر رقم 67- 05 المؤرخ في 07 ماي 2007.

أما الطفل اللقيط فيعني الطفل الملتقط من الشارع ويمكن أن يكون من كل هذه الفئات المذكورة آنفا و لا يقصد به الطفل مجهول النسب ويمكن أن يكون كذلك، والكل تجب فيهم الكفالة والرعاية والعناية مصدقا لقوله تعالى: « فإن لم تعلموا آبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم »[1].

المطلب الثالث: تمييز عقد الكفالة عن الأنظمة المشابهة له.

يتميز نظام الكفالة عن الأنظمة المشابهة له كالحضانة والولاية والوصاية وكل هذه الأنظمة جاءت في قانون الأسرة الجزائري على شكل فصول بين فيها المشرع كيفية تنظيم هذه الأنظمة القانونية وكيفية اسنادها وكيفية انقضائها وفي الغالب تتشابه في تنظيمها وفي بحثنا هذا ندرس ثلاث أنظمة مشابهة في مجملها بنظام الكفالة وهي الولاية والتبني رغم حرمته شرعا وقانونا وكذلك الوصاية.

الفرع الأول: التمييز بين نظام الكفالة والولاية.

وسنتطرق إلى بيان أوجه التشابه والاختلاف بين الولاية والكفالة في تعريفها وشرعيتها وآثارها وانقضائهما.

– **فالكفالة من الناحية الشرعية:** " هي القيام على امر اليتيم و السعي في مصالحه من اطعام ومسكن وكسوة ورعاية وتنمية لماله إن كان له مال ".

– **أما الولاية:** " فهي السلطة الشرعية التي تعطي للولي حق التصرف والإشراف على شؤون الطفل القاصر كالتربية والرعاية والتزويج وكذلك تدبير شؤونه المالية بالتنمية والحفظ والتصرف، والولاية تكون للأب والجد ووصيهما ووصي القاضي وهي ولاية شخصية.

أما من الناحية القانونية فكلاهما نظمهما قانون الأسرة الجزائري، فالكفالة تم تعريفها بنص المادة 116من قانون الاسرة و التي تعني الالتزام على وجه التبرع بالقيام بشؤون الطفل القاصر المكفول من نفقة وتربية.. كانه أحد أولاده وتتم بعقد شرعي موثق.

[1]– سورة الأحزاب، الآية 05.

بينما الولاية تكون ولاية اصلية حيث يكون الاب وليا على أولاده القصر حسب المادة 87 من قانون الاسرة دون أي عقد أو طلب وتنتقل فيه الولاية إلى الأم مباشرة يعد وقوع مانع كالموت مثلا.

أما إن كان المانع مؤقتا فولاية الأم هنا تكون في الأمور المستعجلة المتعلقة بالأطفال القصر وفي حالة الطلاق فالقاضي هو من يسند الولاية على الأطفال إلى من أسندت له الحضانة[1].

ومن خلال هاتين التعريفين يتبين لنا بعض التشابه وبعض الاختلاف في ما بين الكفالة و الولاية وخاصة في نشأة كل منهما.

أ- أوجه الاختلاف بين الكفالة والولاية:

الكفالة عقد فيها شروط وأركان لانعقادها بينما الولاية تكون طبيعية دون عقد ولا توثيق حيث يكون الأب أو الأم الولي الطبيعي للأطفال القصر هذا من الناحية القانونية أما في الفقه الإسلامي فالأب والجد هما الأحق بالولاية ولا ولاية للأم في الشريعة الإسلامية.

كما أن الولاية تكون لذوي العصبة في أغلبها أما الكفالة فيمكن أن تكون لغريب لا صلة له بالطفل القاصر.

وكذلك في انتقال الكفالة بعد وفاة الكافل لا تكون إلزامية لورثته بل يتطلب اجازتهم بينما في الولاية فانتقالها من الأب إلى الجد دون إجازة أحد أو تدخل القاضي لإسنادها لكافل جديد وكذلك انتقال الولاية إلى الأم مباشرة بعد وفاة الأب من الناحية القانونية.

ب- أوجه التشابه بين نظام الكفالة والولاية:

فهناك الكثير من التشابه والتداخل بين النظامين، حيث يهدفان إلى نفس المغزى وهو رعاية الطفل القاصر – كما أنهما يتفقان أو يتشابهان في كيفية إدارة أموال الطفل القاصر إن وجد – وكذلك هناك شبه تطابق في انتهاء كل من الكفالة والولاية المسندة من القاضي لأن القاضي

[1]- المادة 87 ف أ ج.

هو ولي من لا ولي له ومنه فإنه ولي الطفل القاصر الذي فقد كل عائلته وأسرته أما الولاية الطبيعة فلا تنتهي إلا بوفاة الولي أو المولى عليه.

الفرع الثاني: التمييز بين الكفالة و الوصاية.

إن الكفالة قد عرفناها سابقا فلا داعي لتعريفها من جديد أما الوصاية فيمكن تعريفها من الناحية اللغوية والفقهية وكذلك تعريفها في قانون الأسرة الجزائري ليتسنى لنا معرفة أوجه التشابه و الاختلاف بين الوصاية والكفالة.

فالمواد من 92- 98 من قانون الأسرة تبين لنا، ماهي الوصاية وماهي آثارها وانقضاؤها وكيفية اسنادها.

- تعريف الوصاية لغة:

وهي مصدر مشتق من فعل أوصى يقال أوصى له بشيء أي جعله وصية ويقال أوصاه و وصاه والكل بمعنى واحد.

و(تواصى القوم أي استوصوا على بعضهم) كما جاء في الحديث النبوي الشريف: " استوصوا بالنساء خيرا " [1].

والوصي يوصى له أن يقوم على شؤون القاصر والوصاية هي الولاية على القاصر.

- أما الوصاية فقها (فهي):

لقد عرف الحنفية الوصاية على أنها الإنابة عند الموت أو الغيبة.

وعرفها المالكية بأنها " عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد الموت " وهذا شبيه بتعريف الوصية.

[1]- حديث نبوي أخرجه الترمذي في سننه باب النكاح ، ج1 رقم 1751، دار الفكر ن بيروت، لبنان، ص 549.

أما الشافعية فقد أعطوها تعريف الوصية " اثبات تصرف مضاف إلى ما بعد الموت "، وكذلك عرفوها " الوصاية عهد على من يقوم على أولاده ".

وعرفها الحنابلة على أنها " تصرف لغيره بعد موته في ما كان له التصرف فيه ".

وهذا عبارة عن وصاية عامة على أموال الموصي وأولاده والولاية عليهم وخاصة القصر منهم وغير راشدين لعاهة أو جنون أو سفه[1].

- أما الوصاية في قانون الأسرة:

فهي نظام قانوني لحماية القاصر في نفسه وماله وذلك لعجزه حماية نفسه وماله بسبب فقدان الأهلية أو نقصها وهي شكل من أشكال النيابة الشرعية نظمها المشرع الجزائري في الفصل الثالث من قانون الأسرة الجزائري في مواده من 92- 98 و التي بين فيها من له حق الوصاية ومن يجب أن يوصى عليه وشروط الوصاية الواجبة توفيرها في الوصي وكيفية اثباتها قضائيا وسلطة الوصي على الموصي عليه وعلى أمواله ومسؤوليته على تصرفات الموصي عليه.

أ- أوجه التشابه بين الوصاية والكفالة: من خلال تعاريف الكفالة والوصاية، نستنتج أن فيهم العديد من البنود المشتركة حيث نجد أن:

- كلا النظامين يهدفان إلى شيء واحد وهو رعاية وحماية الطفل القاصر.

-كلا النظامين منظم من نفس القانون (قانون الأسرة ج).

- كما أنهما يشتركان في نفس الشروط الواجبة في الوصي أو الكفيل.

- كما يشتركان في الرجوع إلى القاضي حين وفاة وتثبيت الوصي وكذلك في الكفالة حين وفاة الكافل ويرفض الورثة استمرار الكفالة فالقاضي هو من يصدر أمر اسناد الكفالة لشخص آخر.

[1]- عبد الله محمد سعيد رباحة الوصاية في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا جامعة الأردنن، 2005، ص 28.

– وكذلك سلطة الوصي مثل سلطة الكافل في التصرف في أموال الموصي له والمكفول بحرص ومسؤولية.

– كما أن انقضاء الوصاية مطابقة تقريبا لانقضاء الكفالة ولذلك هناك من يسوي الوصاية بالكفالة إلا في بعض الشروط الخاصة بكل منها.

ب– أوجه الاختلاف بين الوصاية والكفالة:

لا يوجد اختلاف كبير بين الوصاية والكفالة حيث أوجه الاتفاق أكثر بكثير من أوجه الاختلاف، حيث يختلفان في كيفية تعيين الوصي والكفيل حيث أن الوصي يعينه الأب أو الجد للطفل القاصر إن لم تكن له أم تتولى أمره بينما الكفيل يعينه القاضي بإجراءات خاصة وشروط معينة ويتطلب أيضا من الكافل ملف فيه العديد من الوثائق.

كما أنهم يختلفان في محل الوصاية أو الكفالة ففي الوصاية محلها طفل قاصر معلوم النسب أبوه وجده هم من يختارون له من يرونه أهلا للوصاية أما في الكفالة فمحلها يمكن أن يكون الطفل القاصر مجهول النسب ولذلك يمكن أن يكونا مختلفين في محل النسب بين الوصاية والكفلة.

الفرع الثالث: التمييز بين الكفالة والتبني.

نظام التبني نظام غير مشروع سواء أكان ذلك من طرف الفقه الإسلامي أو القانون الوطني، ومنه فالكفالة تتميز عنه بشرعيتها في البداية ولكي نبين مواطن الاتفاق والاختلاف لابد من تعريف التبني ومعرفة خصائصه وآثاره.

– تعريف التبني لغة:

التبني لغة هو تصغير لكلمة بني جمع ابن مضاف إلى النفس أي اتخذه ابنا [1].

– تعريف التبني فقها:

[1]– خولة بوخلخال، التبني في القانون الدولي الخاص مذكرة– ماستر – ج،امعة قاصدي مرباح، ورقلة 2017، ص12.

لقد تعددت تعريفات التبني عند العلماء والمشايخ وخاصة منها علماء العصر الحديث مثل يوسف القرضاوي ومصطفى شلبي وغيرهم من علماء الأمة الإسلامية، ونأخذ منها تعريف الدكتور يوسف القرضاوي: " التبني هو ان يضم الرجل طفلا إلى نفسه ويعلم أنه ولد غيره "، كما عرفه الدكتور مصطفى شلبي: " التبني هو استلحاق شخص ولدا معروفا النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط و يصرح أنه اتخذه ولدا له مع كونه ليس ولدا له في الحقيقة "[1].

والعديد من التعريفات التي هي في الحقيقة تؤدي إلى نفس المعنى.

- أما تعريف التبني في القانون:

فقانون الأسرة الجزائري لا يعترف بالتبني ومنه لا تعريف له طبقا للمادة 46 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على" (يمنع التبني شرعا وقانونا) [2]، أما تعريف التبني في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل فالجزائر عند مصادقتها على هذه الاتفاقية فكان التبني من بين ما تحفظت عليه الجزائر باعتباره محرما شرعا وممنوع قانونا.

- حكم التبني:

إن نظام التبني كان سائدا في الجاهلية ومازال في الدول الغربية وبعض الدول الغربية والإسلامية مثل تونس الذي تقره وتعمل به وبعد ظهور الإسلام وتحريمه للتبني امتثل المجتمع العربي والإسلامي لأمر الله والانتهاء بالعمل به للمحافظة على الحقوق وردأ للمفاسد التي كانت في نظام التبني.

أما مواطن الاتفاق ومواطن الاختلاف بين التبني و الكفالة فهي عديدة منها، من حيث المشروعية ومن حيث الآثار التي ينتجها كل نظام.

أ- من حيث المشروعية:

فالكفالة مشروعة شرعا وقانونا بينما التبني محرما شرعا ومنوع قانونا في أغلب الدول العربية والإسلامية وذلك بالكتاب والسنة والعديد من الآيات الكريمات والأحاديث النبوية الشريفة

[1]- خولة بوخلخال التبني في القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص13.

[2]- المادة 46 ق أسرة ح.

التي تدل على تحريم التبني: قال تعالى « أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم ».[1]

والآية الكريمة جاءت بصيغة الأمر: ومن السنة النبوية الشريفة قول رسول (ص): « ليس من رجل ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فقد كفر »، وكذلك قال: « من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام »[2] .وكذلك القانون الوطني (قانون الاسرة) اعتبر التبني محرما شرعا وممنوع قانونا.

أما الكفالة فهو نظام مشروع في الشريعة والقانون وهو بديل عن التبني وفيه الكثير من الإيجابيات من حيث حماية الأطفال المحرومين من عوائلهم وحماية المجتمع من هؤلاء الاطفال أن كبروا في الشوارع و الانجرار وراء الرذيلة والجريمة.

ب- من حيث الأثار المترتبة عن كل نظام:

فالكفالة ترتب آثار عديدة، كالولاية على النفس والولاية على المال وللمكفول حق الاحتفاظ على نسبه، والتبرع لصالح المكفول وغيرها من الآثار التي يرتبها عقد الكفالة أما التبني فلا أثر له بسبب عدم شرعيته ويعتبر نظام معدوم والمعدوم لا آثار له.

[1]- سورة الأحزاب، الآية : 05.

[2]- حديث نبوي بن زكريا يحي بن شرف النووي، رياض الصالحين باب تحريم انتساب الإنسان لغير أبيه، ص 630.

المبحث الثاني: أركان الكفالة وشروطها.

المطلب الأول: أركان الكفالة.

إن عقد الكفالة عقد كسائر العقود لابد له من أركان وأركان عقد الكفالة هي:

التراضي، والمحل، والسبب، الشكلية.

الفرع الأول: التراضي:

الكفالة من العقود الرضائية ومنه فإن انعقاده يتطلب التعبير من الإرادة بشروطها الخالية من كل العيوب التي تبطل العقد إن كان في إرادة طرفي العقد عيب كالإكراه أو التدليس وغيرها من عيوب الإرادة.

والتعبير عن الإرادة في عقد الكفالة يكون بين طالب الكفالة وأبوي الطفل القاصر أو المؤسسة الراعية له، والمشرع الجزائري لم يخص في قانون الأسرة قواعد خاصة بالكفالة بل يجب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري لمعرفة كيفية تبادل الإيجاب والقبول بين طرفي العقد والمادة 59 من القانون المدني تنص (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية).[1]

والمادة 60 من نفس القانون تنص على وسائل التعبير عن الإرادة (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على أن يكون صريحا).[2] ومن خلال هاتين المادتين من القانون المدني يتبين لنا كيفية تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما والوسيلة التي يختارونها أطراف العقد في التعبير عن إرادتهما التي يجب أن تكون متطابقة.

إلا أن عقد الكفالة يصنف من عقود التبرع أي أنها ملزمة لجانب واحد من العقد، وهو الكافل وعليه فإن التراضي هو تطابق إرادتين صادرتين من ذوي أهليه كاملة وغير مشوبة بأي

[1] – المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

[2] – المادة 60 من نفس القانون.

عيب من عيوب الأهلية أو الإرادة وتطابق الإرادتين تكون بين طرفي العقد وهما، طالب الكفالة وأبوي الطفل القاصر أو المؤسسة الراعية له.

أطراف عقد الكفالة: وهم الكافل وأبوي الطفل القاصر أو المؤسسة الراعية له.

1- الكافل: هو الطرف الأهم في العقد حيث منه يصدر الإيجاب بطلب الكفالة وهو من يتولى مباشرة إجراءات العقد وكذلك يتولى الولاية على المكفول ويجب أن تكون إرادته خالية من كل العيوب ويكون الإيجاب عبارة عن تقديم طلب الكفالة لمن يكون الطفل القاصر تحت ولايته وإن كان القبول إيجابيا يباشر بعدها الإجراءات الخاصة بعقد الكفالة إما امام المحكمة المختصة أو الموثق او البعثات الديبلوماسية ان كان عقد الكفالة خارج الوطن

2- المكفول: المكفول هو الطرف الثاني في عقد الكفالة وهو الطرف المستفيد إلا أنه لا يحق له أن يصدر منه القبول بحكم أهليته الناقصة وبسبب قصره ينوب عنه أبواه إن كان معلوم النسب وإن كانوا أحياء في ردهم على إيجاب طالب الكفالة وإن كان مجهول النسب فالمؤسسة الراعية هي من تعطى الموافقة أو الرفض على كفالته.

ومنه فلا يعتبر المكفول طرفا فعليا في عقد الكفالة بل المنتفع والمستفيد منه لأن طرفي العقد هم من يصدر منهم الإيجاب والقبول ومنه فإن الطرف الثاني من العقد هو إما الأبوين أو المؤسسة الراعية للطفل القاصر.

الفرع الثاني: محل الكفالة.

الكفالة عقد رسمي تصدره جهات متخصصة إما من طرف الموثق أو بقرار قضائي ومنه فإن عقد الكفالة كباقي العقود له أركان ومن بين هذه الأركان ركن المحل والمتمثل في الطفل القاصر المستوجب للكفالة، ويقصد بالطفل القاصر حسب المادة 119 من قانون الاسرة والتي اكتفت بتعريفه تعريفا مختصرا دون أن توضح أو تكشف عن سنه ووضعيته الاجتماعية أو العائلية.

(الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب).[1]

[1] – المادة 119 قانون اسرة

والولد القاصر تعني العاجز والغير مميز بين ما يضره وما ينفعه ومنه وجبت حمايته ورعايته وتربيته تربية سليمة وذلك بعقد رسمي تصدره جهات رسمية مختصة.

والطفل المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب وذلك حسب نص المادة 119 من قانون الاسرة، الأطفال مجهولي النسب عدة أصناف – الأطفال مجهولي الأبوين – الطفل مجهول الأب – والطفل اللقيط ويكون أيضا عدة فئات، وكذلك الأطفال معلومي النسب ويمكن أن يكونوا محل الكفالة وهم عدة فئات أيضا كيتم الأبوين ويتم الأب، والمسقط قضائيا عن سلطة الأبوين و المتخلى عنه لعوز أو مرض أو غير ذلك من الظروف الاجتماعية.

أولا : الأطفال مجهولي النسب:

ويقصد بالطفل مجهول النسب الولد غير المعروف الأب والمتروك سواء في الشارع لالتقاطه أوفي المستشفيات عند ولادته وغالبا ما يكون هؤلاء أبناء زنا لكن ليس جميعهم حيث يمكن أن يكون ملتقطا وليس ابن زنا بل ترك لأسباب وظروف متعددة منها المادية والاجتماعية التي أجبرت أبويه على التخلي عليه ورميه في الشارع أو تركه في المستشفى، ليحول بعد ذلك إلى إحدى المؤسسات المتخصصة برعاية الأطفال، وهم عدة أصناف.

1- أبناء الزنا: ابن الزنا وهو الطفل الناتج عن علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة وينسب لأمه إن كانت معلومة ولا ينسب لأبيه الزاني لقول الإمام مالك (لا نعلم ولدا منبوذا إلا ولد الزنا).

2- الأطفال المتخلي عنهم: وهم الأطفال الذين تتخلى عنهم أمهاتهم أثناء الولادة في المستشفيات تحت اسم مجهول دون تقديم أي بيانات أو معلومات والتي تخص الأم أو المولود حيث يسمح للأم العازبة الولادة في المستشفيات وتركه دون أن يسألها أحد والقانون يسمح بذلك للحفاظ على حياة هؤلاء الأطفال حيث يسلمون إلى مراكز الطفولة المسعفة وتسجيله في سجلات الحالة المدنية للبلدية التي ولد فيها طبقا للمادة 30 من قانون الحالة المدنية.[1]

3- الأطفال اللقطاء: وهو الطفل المنبوذ من أهله وليس بالضرورة ابن زنا بل يمكن أن يكون طفل شرعي لكن أهله رموه إلى الشارع لسبب أو لآخر.

[1] – المادة 30 من قانون الحالة المدنية الصادر في الجريدة الرسمية عدد 06 الصادرة بتاريخ 22 جويلية 2021.

ثانيا: الأطفال معلومي النسب:

وهم الأطفال الذين يعرفون أبويهم والناتجين عن علاقة شرعية وهي الزواج الصحيح ولظروف عدة متعددة يصبحون محل الكفالة وهم أصناف عدة منها:

الأطفال المتخلى عنهم أبويهم – واليتامى القصر غير القادرين على التكفل بأنفسهم ولا أحد من عائلاتهم يمكن أن يكون كفيلا لهم كضحايا الكوارث الطبيعية والحروب والنزاعات، وهؤلاء جميعهم محلا للكفالة والدولة هي من تتولى التكفل بهؤلاء الأطفال إن لم يكن لهم كفيل حيث توفر مراكز خاصة لذلك إلى حين بلوغهم سن الرشد أو يجدوا لهم من يكفلهم حماية لهم من الانحراف واستغلالهم في مختلف الجرائم والشريعة الإسلامية أولت أهمية كبرى لمثل هذه الحالات وخاصة منم اليتامى حيث حثت الشريعة على حسن معاملتهم والرفق بهم وتربيتهم تربية سليمة بل وحتى قبل الإسلام كانت الأمة العربية تقوم بمثل هذه السلوكيات الحميدة وما تكفل أبو طالب بسيدنا محمد عليه الصلاة والسلام إلا خير دليل على أن الكفالة كانت منذ القدم وما تزال إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، ورب العزة قال في حق نبيه ورسوله محمد صلى الله عليه وسلم (أَلَمْ يَجِدكَ يتِيماً فآوَى وَوجدَك ضَالاً فَهَدَى).[1] كما قال سبحانه وتعالى في حسن معاملة اليتيم (فَأما اليَتِيمَ فَلاَّ تَقْهَرْ).[2] إلى غير ذلك من الآيات التي تدعو إلى الإحسان ورعاية اليتيم، وكذلك السنة النبوية الشريفة حيث قال سيدنا محمد (ص)(أيا مسلم ضم يتيما من أبوين مسلمين إلى طعامه وشرابه حتى يستغنى وجبت له الجنة البتة).[3]

الفرع الثالث: السبب:

سبب أي عقد إما أن يكون بمقابل أو تبرعا والكفالة في قانون الأسرة لا يمكن أن يكون سببها منفعة ويشترط أن لا يكون السبب فيها مخالفا للنظام العام إن عقد الكفالة في قانون الأسرة لا يمكن أن يكون سببه المقابل المادي أو شيء ينتظره الكافل من المكفول بسبب تعاليم الدين الإسلامي التي تحرم الاستغلالية والانتهازية ومنه فإن سبب الكفالة يكون بنية التبرع وابتغاء مراضاة الله برعاية الطفل القاصر والنفقة عليه.

[1] – سورة الضحى، الآية 06.

[2] – سورة الضحى، الآية 09.

[3] –حديث عن مالك بن الحارث في سند احمد بن حنبل رقم18628

وما دام عقد الكفالة يبرم أمام القاضي أو الموثق يفترض في السبب المشروعية بنية التبرع بإعالة الطفل القاصر، هذا في الظاهر أما في الباطن فلا يمكن للقاضي أو الموثق أن تطلع على نية طالب الكفالة حيث يمكن استغلال هؤلاء القصر في أعمال غير شرعية بعد انعقاد عقد الكفالة على أساس أن السب كان مشروعا إلا إذا اكتشف القاضي أثناء التحقيق الذي يجربه قبل انعقاد العقد أن طالب الكفالة من ذوي السوابق في الأفعال المشينة وغير الشرعية، حيث يمكن استغلالهم في التسول والدعارة وبيع المخدرات وغيرها من الآفات الاجتماعية التي قد يكون طالب الكفالة منخرطا فيها قبل عقد الكفالة وكانت نيته سيئة والقاضي يرفض طلبه من البداية.

الفرع الرابع: الشكلية في عقد الكفالة.

بالرجوع الى نص المادة 116 من قانون الأسرة والتي نصها (الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب لابنه ويكون بعقد شرعي)[1] وهنا كلمة عقد شرعي في رأيي لا تعني الشكلية أو الرسمية التي تشترط في العقود الأخرى كعقد بيع العقار على سبيل المثال لا الحصر، إلا أن المادة 117 من نفس القانون تلزم أطراف العقد بوجوب الامتثال أمام القاضي أو الموثق لإبرام عقد الكفالة والقاضي والموثق لا يصدران وثائق غير رسمية.

فالقاضي له سلطة إصدار الأحكام والأوامر والقرارات كلها تصب في شكل رسمي وكذلك الموثق فله صفة الضابط العمومي فلا يصدر عقودا ولا وثائق غير رسمية وهذا نوع من التناقض بين مضمون المادتين 116 و 117 من قانون الاسرة

ومصطلح شرعي لا يفهم منه الشكلية والرسمية وكذلك فإن قانون الأسرة لم يرد فيه ما يدل على بطلان عقد الكفالة إن لم يصب في شكل رسمي، كما هي العقود الرسمية التي تتحدث عنها المادة 324 من القانون المدني وما بعدها، والغالب أن المشرع الجزائري أراد إضفاء بعض القدسية الدينية بقوله عقد شرعي، ولا يقصد به الإثبات عند الضرورة لأن أصل العقد تبرعا لا يرجى منه أية منفعة إلا ابتغاء مرضاة الله

[1] – المادة 116 قانون الاسرة

المطلب الثاني: شروط الكفالة

إن عقد الكفالة عقد كغيره من العقود يستلزم شروطا معينة لصحة انعقاده وهذه الشروط يجب أن تكون غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة كما يجب أن لا تكون مخالفة لتعاليم الشريعة الإسلامية التي هي أساس مجمل التشريعات الذي أخذ بها المشرع الجزائري وخاصة قانون الأسرة الذي نظم الكفالة في مواده من 116-125 وقانون الأسرة يعتبر القاعدة العامة في تنظيم عقد الكفالة.

حيث فصّل فيها وشدّد في شروط انعقادها لأن الأمر يتعلق بالنفس البشرية التي كرمها الله سبحانه وتعالى أيّما تكريم. وسخر لها كل مخلوقاته لتعيش بأمن وامان واستقرار ومن ذلك يجب أن تتوفر شروط معينة في الكافل وكذلك المكفول وشروط أيضا خاصة بالعقد نفسه.[1]

الفرع الأول: شروط الكافل:

إن المادة 118 من قانون الأسرة ج يثبت وبكل وضوح الشروط الواجب توفرها في من أراد أن يكون كافلا لطفل قاصر ويجب أن تكون هذه الشروط مجتمعه كلها في الشخص الطالب للكفالة دون تخلف إحداها.

وهي حسب المادة 118 (يشترط أن يكون الكافل مسلما –عاقلا– أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته).[2]

وكذلك المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل وعند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته).[3]

1- شرط الإسلام: بحكم أن الجزائر دولة مسلمة بفطرتها وبنص المادة الثانية من الدستور الجزائري (الإسلام دين الدولة)[4] إذا فالشريعة الإسلامية أساس كل تشريع وهذا ليس معناه

[1] – عمراش أسماء– بلبلى كاتبة الكفالة في قانون الأسرة م ش م، 2014 ج م معمري تيزي وزو، ص 55.

[2] – المادة 118 قانون الأسرة ج.

[3] – المادة 495 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 2008/04/23.

[4] – المادة الثانية من الد ستور المعدل سنة 2020، دار بلقيس الجزائر، 2021.

تطبيق الشريعة الإسلامية في الدولة لكن يمكن القول أن جل أحكام القوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية وذلك طبقا للمادة الثانية من دستور سنة 2020.

ومنه فإن أول شرط اشترطه المشرع الجزائري في كافل الطفل القاصر هو شرط الإسلام مصداقا لقوله سبحانه وتعالى (لاَ يَتَخِذ المُؤمِنُونَ الكَافِرِيْنَ أَولِيَاءَ مِنْ دُونَ المُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنْ اَلَّه فِي شَيءْ)[1] وذلك حفاظا على المصلحة العليا للطفل المكفول وتربيته تربية سليمة على مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء والتي تبنى النفوس على الفطرة السليمة والأخلاق الحميدة ومنه فإنه يجب على القاضي التحقق ممن تسند له هذه المهمة النبيلة والعويصة في آن واحد ولا يصح إسناد مهمة الطفل المسلم لغير المسلم لأن الكافل يتولى أو يمارس الكفالة على نفس المكفول ومنه يجب أن يكونا من نفس الملة والدين.

ومنه فإن المادة الثانية من الدستور تبين دين الدولة ورعاياها لكن لا يمكن أن يكون كل الجزائريين مسلمين لكن بالنسبة للأطفال حتى وإن لم يعرف نسبه فيعتبر مسلما، وجزائريا بحكم المادة 07 من قانون الجنسية، ومنه فلهم حق الكفالة سواء من طرف الأشخاص الطبيعية إن توفر ذلك وإلا فالدولة هي المسؤولة عن هؤلاء الأطفال وذلك بإدماجهم في مؤسسات خاصة كدور الطفولة المسعفة، وجمعيات رعاية الأيتام وغيرها من المؤسسات التابعة للدولة والمتخصصة في رعاية الأطفال.

2- شرط العقل والأهلية: دائما حسب المادة 118 من قانون الأسرة لابد للكافل أن يتمتع بكل قواه العقلية ليكون أهلا لرعاية الطفل القاصر وكذلك لابد أن يكون مؤهلا قانونا ليكون مسؤولا عن أفعاله وتصرفاته حيث لا يمكن أن يكون الكافل مجنونا مثلا أو معتوها أو قاصرا صغير السن لأن هؤلاء ليست لهم الولاية حتى على أنفسهم حتى يكونوا أولياء على قصر لا حيلة لهم وذلك طبقا لنص المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري (من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو علة أو سفه يتوب عته قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون).[2]

[1] – سورة آل عمران، الآية 28.

[2] – المادة 81 من قانون الأسرة ج.

بل حتى الشخص البالغ السن القانونية إن كان سفيها فلا يجوز أن يتصرف في أموره الشخصية وما بالك بحياة إنسان ضعيف لا يقوى على تدبير شؤونه والقاضي هو المسؤول عن تقدير مدى صلاحية الكافل من عدمه وذلك حسب ظروف كل قاصر وما يستوجبه من رعاية وتربية ومنه فإن كافل طفل حديث الولادة ليس ككافل الطفل المميز.

3- شرط قدرة الكافل: والقدرة هنا يمكن أن نقسمها إلى ثلاثة أنواع وهي القدرة الجسدية والبدنية ثم القدرة النفسية ومدى استعداد الكافل لذلك وكذلك القدرة المادية والمالية للكافل، حيث لا يمكن للمقعد أو المريض مثلا أن يتكفل بشخص آخر يحتاج إلى جهد كبير لرعايته وتربيته ولا يمكن أن يرعى ويتكفل بنفسه ومنه فالكافل يجب أن يكون متمتعا بالصحة الجسدية والعقلية التي تمكنه من اداء هذه المهمة النبيلة، كما يجب أن يكون ذو شخصية قوية ونفسية عالية للقيام بواجب التربية السليمة دون التأثير على نفسية المكفول ولا على سلوكياته تأثيرا سلبيا.

زيادة على القدرة الجسدية والنفسية الواجبة في طالب الكفالة يجب أن تكون قدرته المادية مناسبة وكافية للتكفل بطفل يحتاج إلى العديد من المتطلبات المادية والمالية لسد حاجياته من الغذاء والكسوة والعلاج والتعليم إلى غير ذلك من الحاجيات التي تحفظ كرامته وجسمه إلا أن المشرع الجزائري أهمل بعض التفاصيل هذه الشروط.

حيث لا يمكن لشخص من ذوي الدخل الضعيف مثلا التكفل بشخص آخر تتطلب رعايته وتربيته الكثير من المال، فالمشرع هنا أهمل الوضعية المادية لطالب الكفالة ولم يذكرها، كما أهمل أيضا سن طالب الكفالة واكتفى بذكر الأهلية القانونية وهي سن تسعة عشر حسب القانون المدني، لكن هل يتمكن من سنه تسعة عشر سنة أن يتكفل لطفل سنة خمسة عشر سنة (15) مثلا؟

كما لم يذكر شروط أخرى تعتبر شروط جوهرية لانعقاد عقد الكفالة ، كشرط الجنسية مثلا والتي سكت عنها المشرع عند ذكر شروط الكفالة في نص المادة 118 من قانون الأسرة ج حيث يمكن أن يكون طالب الكفالة غير الجزائري من ملة مخالفة للإسلام ومنه فلا يجوز أن

ينعد العقد مصداقا لقوله تعالى (لاَ يَتَخِذ المُؤمِنُونَ الكَافِرِيْنَ أَولِيآءَ مِنْ دُونَ المُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنْ اَللّه فِي شَيءْ).[1]

كما أن المشرع الجزائري لم يعطي حق الكفالة للمرأة واكتفى بذكر ما يؤكد أن الكفالة للرجل فقط وذلك حسب المادة 118 من قانون الأسرة ج (يشترط أن يكون الكافل مسلما) عاقلا... وهذه المصطلحات تدل على جنس الرجل لا تدخل فيها المرأة رغم ان دور المرأة أساسي في مجال التربية والرعاية.

كما أن طبيعة المرأة وتكوينها وفطرتها تقتضي أن تقوم برعاية الأطفال وليس الرجل والذي يقضي معظم أوقاته خارج البيت سعيا وراء رزقه، كما أن المشرع الجزائري لم يلزم المؤسسات الخاصة برعاية الأطفال مجهولي النسب بالتكفل بهم بعد سن الرشد حيث بعد بلوغ سن الرشد يخرجون من هذه المراكز ويدفعون إلى المجهول.

كما أهمل المشرع بعض الشروط كشرط الزواج وموافقة الزوجة على عقد الكفالة والسكن اللائق لممارسة الكفالة، إلا أن القضاة يشترطون مثل هذه الشروط أثناء إبرام العقد والتي هي جد مهمة وضرورية للغاية حيث الزوجة هي من تقوم بالتربية والرعاية وتعويض الطفل بشيء من العطف والحنان الذي فقده وذلك لطبيعتها وتكوينها، وهي من تبني شخصية الطفل بناءاً سليما مفيدا لمجتمعه وبيته ووطنه.

الفرع الثاني: الشروط الواجبة في الطفل المكفول.

كما لطالب الكفالة شروط لابد من توفرها هناك شروط مقابلة يجب ان تتوفر في المكفول ايضا رغم ان المشرع لم يذكر أي شرط يخص المكفول إلا أنه يجب أن تكون شروطا خاصة بالمكفول حيث من غير المعقول أن يكون كل الأطفال القصر المذكورين في المادة 116 محلا للكفالة ومنه فإن بعض الشروط يجب أن تتوفر في الطفل المستوجب للكفالة مثل أن لا يكون الطفل من رعايا طالب الكفالة مثلا زيادة على أن يكون قاصرا، وأن لا يكون له راغب في التكفل به من عائلته وأهله، أي أن يكون منبوذا.

[1] – سورة آل عمران' الآية 28.

1- شرط السن (أن يكون المكفول قاصرا):

إن قانون الأسرة الجزائري لم يبين في المادة 116 سن معينة والمطلوبة في المكفول حيث اكتفت هذه المادة بلفظ قاصر أي غير بالغ، وللتعرف على السن التي تعنيه كلمة قاصر لابد من الرجوع إلى نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري التي وضحت سن القاصر والتي تعني غير بالغ سن الرشد أو أنه غير مؤهل قانونا لممارسة حقوقه المدنية ونص المادة 40 من القانون المدني وفي فقرتها الثانية تقول (وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة).[1] وحسب الفقرة الثانية من هذه المادة فإن سن القاصر ينحصر ما بين يوم الولادة وبلوغ التاسعة عشر سنة كاملة ومنه فإن كل شخص يكون عمره بين اليوم الواحد و التسعة عشرة سنة يعتبر قاصرا يستوجب العناية والرعاية ويمكن أن يكون محلا للكفالة.

2- شرط النسب:

أي أن لا يكون الطفل المراد التكفل به من رعايا طالب الكفالة حيث لا يمكن أن تسمى كفالة من يرعى ويكفل أحد رعاياه من إخوة أو أبناء أو ما شابه ذلك من عصبته وعائلة التي يلزمه الشرع والقانون بالتكفل بهم.

فقانون الأسرة الجزائري لم يذكر هذا الشرط صراحة حيث اكتفت المادة 119 من قانون الاسرة التي نصها (الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم السبب). [2]

أ- **فمجهول النسب:** يعني الطفل غير معروف الأبوين أو غير معروف الأب ومعروف أمه وفي الغالب يكون هؤلاء أبناء زنا لكن ليس بالضرورة.

حيث يمكن أن يكون ابنا شرعيا لكن يتم التخلص منه لسبب أو لآخر كالفقر أو الانفصال أو اليتم وهذا الصنف من الأطفال يلقون صعوبات جمة في إيجاد من يتكفل بهم إلا بعض الأسر المحرومة من الإنجاب، وهؤلاء الأطفال عادة يتواجدون في مراكز الطفولة المسعفة. حيث الدولة هي من تتكفل بهم إلى غاية سن الرشد أو إيجاد من يتكفل بهم، عن طريق عقد شرعي تصدره جهة مختصة في ذلك وهي إما القاضي أو الموثق أو موظفي البعثات

[1] – م 40 من القانون المدني ج

[2] – م 119 قانون الاسرة

الدبلوماسية إن كان الوالد أو الكافل متواجد خارج الوطن وباتباع إجراءات خاصة للتكفل بهم ومحاولة إصلاح أوضاعهم وإعطائهم بعض حقوقهم الأساسية والمطلوبة شرعا وقانون، ومن بين هذه الحقوق الحق في اكتساب اسم وهوية والذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 120 من قانون الأسرة (وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية) والخاصة بتغيير اللقب.

ب- الطفل معلوم النسب: وهو الطفل المعروف أبويه لكن لظروف أو لأخرى أصبح محروما من دفئ العائلة وحنانها ورعايتها ويدخل في هذا الصنف من الأطفال، اليتامى والمتخلين عنهم، الأطفال الفاقدين أوليائهم للأهليتهم إلى غير ذلك من الأسباب التي تؤدي إلى التخلي عن الأطفال والبقاء دون رعاية عائلية، ومنه يمكن لأي شخص تتوفر فيه شروط الكافل أن يتقدم بطلب كفالتهم، وهذه الفئة من الأطفال غالبا ما يكون طالب الكفالة من عائلة الطفل القاصر إلا أنه عند إبرام عقد الكفالة يشترط رضا أبوي الطفل أو أحدهم أو موافقة من كان حاضنا للطفل وله حق المحافظة على نسبه وهويته طبقا للمادة 120 من قانون الاسرة.

(يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم السب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية).[1]

المطلب الثالث: إجراءات إسناد الكفالة.

بناء على ما جاءت به المادة 117 من قانون الأسرة فإن عقد الكفالة يكون أمام المحكمة المختصة إقليميا ونوعيا أي أمام المحكمة التي يكون فيها موطن طالب الكفالة وفي قسم الأحوال الشخصية أو أمام الموثق برضا أبوي الطفل المطلوب للكفالة ويختلف أمر التراضي إن كان الولد معلوم النسب والطفل مجهول النسب، حيث إن كان معلوماً فالتراضي يكون بين أبوي الطفل أو أحدهما و طالب الكفالة، أما إن كان مجهول النسب، فإن كان معروف الأم يمكن أن تستشار في ذلك وإلا فالمؤسسة الراعية للطفل هي من تتولى أمر الرضا من عدمه وذلك تبعا لمصلحة الطفل المطلوب للكفالة

[1] – المادة 120 قانون اسرة

وبعد الاتفاق بين طرفي العقد تأتي مرحلة إبرام العقد أمام المحكمة وبإجراءات خاصة ومنه فإن إجراءات إسناد الكفالة تكون على مرحلتين:

1- المرحلة التمهيدية. 2- المرحلة القضائية.

الفرع الأول : إجراءات المرحلة التمهيدية

وهي المرحلة التي يقوم بها طالب الكفالة بتقديم الطلب أو بإبداء الرغبة في التكفل بالطفل محل الكفالة وإن كان الطفل معلوم النسب يجب تقديم الطلب إلى أبويه ويتطلب الموافقة على طلبه بتعبير صريح وفي شكل عقد رسمي طبقا لنص المادة 117 قانون اسرة(يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو الموثق وأن تتم برضا من له أبوين)[1] أما إن كان مجهول النسب فيقدم الطلب إلى رئيس مركز الرعاية للموافقة عليه وتسليمه نسخة من الموافقة.

أ- الإجراءات التمهيدية في حالة القاصر معلوم النسب:

تكون الإجراءات التمهيدية بالنسبة للطفل معلوم النسب كالتالي:

إذا كان أبواه على قيد الحياة فإن موافقتهما واجبة لانعقاد عقد الكفالة الذي يخص كفالة ابنهما أما إن كان يتيم الأب فالأم وحدها من تتولى الولاية على الطفل القاصر ولها أن توافق أو ترفض وفي حالة وفاة الأم فالأب هو الولي الشرعي فله وحده الموافقة على الكفالة أو الرفض طبقا لنص المادة 87 قانون اسرة.

وإن كان الطفل محل الكفالة يتيم الأبوين فالوصي هو من يبدي رأيه في الموافقة من عدمها إلا أن موافقته مرهونة بإذن من القاضي الذي عينه وصيا.

أما إذا كان الأبوين منفصلين عن بعضهما بصفة نهائية فالأم هي صاحبة الحضانة طبقا للمادة 64 ق أ ج ولها أن تبدي رأيها في طلب الكفالة لكن هذا لا يعني أن والده لا رأي له بل يجب أن يبدي رأيه بالموافقة أو الرفض لأنه صاحب سلطة أبوية على ابنه القاصر.

- أما الوثائق المطلوبة في طلب الكفالة فهي.

[1] - المادة 117 قانون اسرة

- طلب خطي.

- شهادة ميلاد طالب الكفالة.

- شهادة العمل وكشف الراتب لطالب الكفالة.

- نسخة من عقد الزواج لطالب الكفالة.

- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية لطالب الكفالة.

- شهادة السوابق العدلية لطالب الكفالة.

- شهادة بخصوص الوضعية الاجتماعية والعائلية تصدرها جهات مختصة في ذلك في موطن طالب الكفالة أو أمام ممثلي المصالح الدبلوماسية خارج الوطن.

- شهادة ميلاد الطفل القاصر محل الكفالة.

- طابع جبائي.[1]

ب- الإجراءات التمهيدية في حالة ما إذا كان الطفل مجهول النسب:

إن الإجراءات في حالة الطفل مجهول النسب تختلف قليلا عن إجراءات الطفل معلوم النسب حيث تكون الإجراءات التمهيدية لإسناد الكفالة لطفل مجهول النسب كالتالي:

1- إذا كان الطفل مجهول النسب من جهة أبيه فإن أمه من لها الرأي في الموافقة على كفالته إن كان في حضنها ولم تتخلى عنه في إطار ما يسمى بالأم العازبة أما إن كانت قد تخلت عنه لصالح مركز الرعاية فالمشرع لم يصرح أو لم يشدد في اشتراط رضا الأم لأن تخليها عنه يعتبر تصريحا ضمنيا برضاها أن يتربى في غير حضنها. [2]

2- أما إذا كان الولد مجهول النسب من كلا الأبوين فبطبيعة الحال يكون في رعاية المركز الخاص بالطفولة المسعفة، ومنه فإن مدير المركز هو صاحب القرار رغم أن القانون لم ينص على ذلك صراحة.

[1] - منيرة حريزي ، التبني والكفالة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 67.

[2] - نفس المرجع ، ص 69.

ومنه فطالب الكفالة لقاصر مجهول النسب يقدمه الى مدير مركز الرعاية المتواجد فيه ذلك الطفل القاصر مرفوقا بملف خاص لذلك، وبعد دراسة الملف يعطي مدير المركز رأيه وإن كان بالموافقة يسلم له الملف مع نسخة من الموافقة على طلبه والذي يتوجه به إلى القاضي المختص لإصدار أمر الكفالة طبقا للإجراءات التي تنص عليها المواد من 492-495 من قانون الإجراءات المدنية والادارية.

والملف الواجب تقديمه إلى مركز الرعاية.

- طلب خطي.
- نسخة من بطاقة التعريف.
- شهادة عمل وكشف الراتب.
- عقد الزواج.
- شهادة الجنسية.
- شهادتين طبيتين للزوجين طالب الكفالة.
- شهادة السوابق العدلية.[1]

الفرع الثاني: المرحلة القضائية.

طبقا لنص المادة 492 قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن إجراءات إسناد الكفالة تكون أمام المحكمة المختصة إقليميا ونوعيا، ومنه فان طالب الكفالة للطفل يكون إما معلوم النسب أو مجهول النسب.

أ- الإجراءات القضائية لإسناد كفالة معلوم النسب:

كما سبق وذكرنا أن طلب الكفالة يكون أمام المحكمة المختصة بعريضة افتتاح تقدم إلى قاضي شؤون الأسرة المختص اقليميا مرفوقة بنسخة من الموافقة الصريحة لأبوي الطفل

[1] - منيرة حريزي ، التبني والكفالة، مرجع سابق، ص 68.

القاصر أو لأحدهما في شكل عقد رسمي وبعد التحقق من توفر الشروط القانونية وأخذ رأي النيابة في الموضوع ينظر في طلب الكفالة في عرفة المشورة طبقا لنص ا494[1] قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبعد التحقق والتأكد من المصلحة الفضلى للطفل القاصر يصدر أمر الكفالة بناء على نتائج التحقيق إن كان قد أجري تحقيقا وكذلك بناء على موافقة أبوي الطفل ورأي النيابة العامة لأنها صاحبة الولاية العامة على المجتمع ويسلم الكافل بعدها نسخة من الأمر ليصبح عقد الكفالة شرعي ومنتج لأثاره وكذلك ترسل نسخة من هذا الأمر إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية المسجل فيها عقد ميلاد الطفل المكفول للتأشير على هامش عقد الميلاد.

ب- الإجراءات القضائية لإسناد كفالة الطفل مجهول النسب:

إن إجراءات إسناد الكفالة لا تختلف في حالة ما إذا كانت لإسناد كفالة الطفل معلوم النسب أو مجهول النسب، إلا في بعض الأمور الصغيرة.

فطالب الكفالة لطفل مجهول النسب بعد تسلمه لنسخة الموافقة على طلبه من رئيس مركز الرعاية يقدم عريضة افتتاح إلى القاضي المختص مرفوقة بنسخة الموافقة على طلبه.

وبعد تحقق القاضي من توفر الشروط القانونية وبعد اخذ رأي النيابة العامة ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة طبقا لنص المادة 494 ق أ م إ ج (ينظر في طلب الكفالة في عرفه المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة)[2]

وغالبا ما تكون الجلسة سرية بسبب الحفاظ على مشاعر الكافل والمكفول، ووظيفة القاضي تكون ولائية لا قضائية لأن القضية لا خصوم فيها.

وبعد التحقق من مصلحة الطفل المكفول يصدر القاضي أمر الكفالة وتسلم بعدها نسخة للكافل وترسل نسخة أخرى إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية المسجل فيها الطفل محل الكفالة للتأشير على هامش عقد الميلاد، وبعدها يمكن أن يقوم الكافل بإعطاء لقبه للمكفول طبقاً لما جاء في المرسوم التنفيذي 24/92 المؤرخ في 13جانفي 1992

[1] – انظر المادة 494 قانون الإجراءات المدنية والادارية

[2] – المادة 494 قانون الإجراءات المدنية والادارية.

الخاص بتغيير اللقب وهذا غير جائز في حالة المكفول معلوم النسب طبقا لنص المادة 120 من ق أ ج.

ونلاحظ أن هناك نوع من التناقض بين المادة 117 من ق أ ج والمواد من 492-495 في موضوع إسناد الكفالة حيث المادة 117 تجيز للموثق إبرام عقد الكفالة والمواد المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والادارية تقتصر على القاضي فقط.

الفصل الثاني :

آثار الكفالة وانقضائها

الفصل الثاني : آثار الكفاءة وانقضائها.

المبحث الأول : آثار عقد الكفالة:

الكفالة عقد كسائر العقود يرتب آثار على طرفي العقد ومنه فإنه يرتب حقوقا والتزامات على عاتق الكافل بصفة خاصة وكذلك يرتبها على المكفول وبموجب هذا العقد تتكون بينهما أي (الكافل والمكفول) علاقة قانونية مؤقتة غير دائمة فقانون الأسرة الجزائري يبين هذه الحقوق والالتزامات والآثار المترتبة جراء هذا العقد في فصله السابع ومن خلال مواده من 121- 125 والتي تبين آثار عقد الكفالة وكذلك كيفية انقضائه إن لزم الأمر ذلك.

ولتوضيح هذه الآثار يجب تحليل محتوى هذه المواد القانونية ومنه توجب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول ندرس فيه آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل والمطلب الثاني نبين فيه آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول.

المطلب الأول : آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل.

الفرع الأول : الولاية على نفس المكفول.

وهي السلطة الولائية على المولى عليه أي أنها سلطة قانونية تلزم الكافل بالمحافظة على نفس القاصر وصيانتها ورعايتها. [1] ويتولاها الكافل بمجرد تسليمه نسخة من الأمر الصادر من قاضي الأحوال الشخصية المختص، حيث يصبح الكافل يمارس الولاية والسلطة القانونية على الطفل القاصر المكفول كسلطته على ابنه الصلبي وذلك تطبيقا لما جاء في نص المادة 116 من قانون الاسرة .[2]

والولاية على النفس حسب هذه المادة تشمل الرعاية والتربية والنفقة والمسؤولية عن تصرفات وأخطاء الطفل القاصر.

[1] – معاتقى مريم كفالة الأطفال في القانون الجزائري، مذكرة ماستر ج أكلي محند أولحاج البويرة 2017، ص 45.

[2] – انظر المادة 116 قانون اسرة

1- النفقة :

وهي التزام على وجه اتبرع طبقا لنص المادة 116 من قانون الاسرة، والنفقة تشمل الغذاء والعلاج، والكسوة والسكن أو أجرته وكل متطلبات العيش الكريم وهذا ما نصت عليه المادة 78 من قانون الاسرة هذا من الناحية القانونية فالمشرع الجزائري الزم الكافل بالإنفاق على من تولى كفالته دون أي مقابل ولا يعتبر ما أنفقه دينا في ذمة المكفول.

وكذلك قوله تعالى في سورة النساء (وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا و اكْسُوهُم وقُولُوا لَهُم قَولاً معرُوفَا).[1]

وبما أن الكافل يحل محل الولي الشرعي فإن النفقة على المكفول يلزم بها إلى غاية بلوغه سن الرشد سواء كان المكفول ذكرا أم أنثى والمكفول ليس مطالباً بالنفقة على الكافل مهما كان غنيا [2] لأن المادة 121 قانون الاسرة أمرت الكافل بإدارة أموال المكفول والمحافظة عليها لصالح المكفول، ولا يجوز له أن يأخذ منها شيئا.

وكما سبق وأشرنا إلى أن النفقة (تشمل الغذاء، والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة). [3] وهذه هي المتطلبات التي يحتاجها الطفل الصغير لينموا ويكبر في صحة جيدة وهي من حقوقه الأساسية وكما وجبت له العناية الجسدية وجبت له أيضا الرعاية النفسية التربوية والتأديبية.

2- التربية والتأديب :

إن الولاية على النفس تشمل التربية والتأديب أيضا كما تشمل النفقة فالتربية والتأديب هي الغذاء الروحي والنفسي للطفل القاصر حيث لا يمكن أن يغذي جسديا ويترك ليعيش معيشة حيوانية بل لا بد أن يلقن المكفول قواعد التربية والأخلاق الحميدة وتلقينه تعاليم الدين الإسلامي والإشراف على تعليمه كل ما يمكنه من اكتساب المعارف المختلفة وإيصاله إلى مستوى معين من العلم ليتكفل بنفسه في المستقبل. [4]

---

[1] – سورة النساء، الآية 05.

[2] – يزيد السعيد، آثار الكفالة في قانون الاسرة، مذكرة ماستر 2015، جامعة آكلي محند أولحاج بويرة، ص 24.

[3] – المادة 78 قانون اسرة.

[4] – يزيد السعيد آثار الكفالة في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 28.

والتربية والتأديب تكون بالحسنى واللين واللطف وعند اللزوم يمكن استعمال بعض الشدة والحزم. والتربية والرعاية تكون على عاتق الوالدين معاً ولا يمكن لطرف واحد أن يقوم بهذه المهمة الصعبة ولما لها من أثر على تكوين وتوجيه وإعداد القاصر للحياة المستقبلية وهنا نحن أمام طفل مكفول حيث كافلاه لا تربطهم به روابط الدم والرحم فإن عواطفهم نحوه تكون أقل وعليه فلا بد أن يراعوا فيه وجه الله وانتظار الجزاء في الآخرة وذلك بالقيام بواجب التربية والتوجيه والرعاية قدر المستطاع، والدين الإسلامي الحنيف يحث على حسن تربية الأبناء والاعتناء بهم والرسول (ﷺ) يقول في ذلك : (أكرموا أولادكم وأحسنوا إليهم فإكرام الطفل يكون بتعليمه الأدب وحسن الخلق). [1]

وكذلك قال تعالى: (يا بني أقم الصلاة وأمر بالمعروف وأنهى عن المنكر واصبر على ما أصابك إن ذلك لمن عزم الأمور). [2]

وزيادة على تربية الولد المكفول وتعليمه وتأديبه وحمايته من كل ما يؤذيه وهو المسؤول المباشر عن أخطائه وتصرفاته التي تمس بحقوق الآخرين والأخطاء التي يرتكبها.

الفرع الثاني : الولاية على مال المكفول

وتعني السلطة الكاملة على مال المكفول وتشمل جميع التصرفات المالية الخاصة به سواء كانت بيعا أو شراء أو رهنا أو غيرها من التصرفات الخاصة بالأموال في حدود ما يخوله له القانون.

والولاية على الأموال تكون على فاقدي الأهلية أو ناقصيها حفاظا على أموالهم وممتلكاتهم من الضياع ، والطفل القاصر لا يمكن تسيير أمواله ولذلك فالمشرع أعطى الكافل حق التصرف في أمواله دون الإضرار بمصلحة الطفل القاصر وفي حدود القانون حيث لا يمكن التصرف في العقار ببيع ولا برهن دون الرجوع إلى القاضي حسب ما ورد في المادة 88 من قانون الأسرة الخاصة بالتصرف في أموال القاصر.

[1] – الحديث رقم 3694 كتاب الأدب باب بر الوالدين والإحسان إلى البنات (سنن ابن ماجه)

[2] – سورة لقمان، الآية 17.

وكذلك المادة 122 من نفس القانون تلزم الكافل بإدارة أموال المكفول التي يمكن أن يكتسبها بجميع الطرق الشرعية كالإرث والوصية والهبة وغيرها من وسائل الكسب المشروعة، والكافل ملزم بالحفاظ عليها وتنميتها بما يخدم مصلحة الطفل القاصر وعدم الإضرار به إلى أن يبلغ سن الرشد ويؤتمن عليه أو انقضاء عقد الكفالة بأحد أسباب الانقضاء فتسلم له أمواله إن كان راشدا أو يعين له كافل وولي جديد.

وكذلك الشريعة الإسلامية كانت السباقة في المحافظة على أموال اليتامى وإنمائها وعدم الإسراف فيها حيث توعد سبحانه وتعالى من يجرؤ على التقرب ومس أموال اليتامى حيث يقول في سورة الأنعام (ولَا تَقرَبُوا مَالَ اليَتِيمِ إلاَ بِالتِي هِيَّ أحسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أشُدَّهُ وأَوفُوا الكَيْلَ و المِيزَانْ بالقِسطِ). [1]

وقوله سبحانه وتعالى: (وَلاَ تَقرَبُوا مالَ اليَتِيمِ م إلاَ بِالتِي هِيَّ أحسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أشُدَّهُ وأَوفُوا بِالعَّهدِ إنَّ العَهدَ كَانَ مَسْؤولاَ). [2]

وفي كلتا الآيتين الكريمتين حذر الله سبحانه وتعالى من الاقتراب إلى أموال اليتيم القاصر والمساس بها حتى يصبح راشد فتسلم له أمواله بالحسنى وكذلك المشرع الجزائري أعطى حماية خاصة بأموال القصر في باب الولاية في قانون الأسرة في المواد من 88 –99.

والتي تبين كيفية إدارة أموال الموصى عليه حيث تمنع هذه المواد التصرف في العقار أو حتى المنقولات ذات الأهمية الخاصة إلا بعد الرجوع إلى القاضي الذي أصدر أمر الولاية حيث يمنع التصرف في العقار ببيع أو رهن أو قسمة إلا بإذن من القاضي، وكذلك المنقولات حيث لا يمكن التصرف فيها بالقرض أو الاقتراض إلا بعد أن يتأكد القاضي أن العملية في مصلحة الطفل القاصر.

[1] – سورة الأنعام، الآية 15.

[2] – سورة الإسراء، الآية 34.

الفرع الثالث : التبرع لصالح المكفول.

من أهداف تحريم الشريعة الإسلامية ومنع المشرع الجزائري للتبني هو حماية حقوق الورثة وعدم منحها لغير مستحقيها لكن منحوا بديلا عن الإرث وهو الوصية والهبة كما الكفالة بديلا عن التبني. إذا فالوصية حددت في الفقه الإسلامي وكذلك القانون الوضعي بمقدار الثلث وتكون لغير وارث أما الهبة فلم تحدد الشريعة الإسلامية مقدارها ولا مستحقيها حيث تركت الاختيار للواهب، أما قانون الأسرة فقد حدد مقدار الهبة بالثلث أي أنه ساوي بين الوصية والهبة، وذلك طبقا لنص المادة 123 قانون الاسرة (يجوز للكافل أن يتبرع بماله في حدود الثلث وأن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك يبطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة). [1] أي أن المشرع الجزائر ساوى بين الوصية والهبة في مقدارها وهو الثلث وإن زاد تطلب موافقة الورثة إلا أنه خالف وناقض نص هذه المادة 123- في نص المادة 205 من نفس القانون والتي أجاز فيها للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو بعضها، وهذا تناقض صريح وفي نفس التقنين.

والتي نصها (يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير).[2] أما الشريعة الإسلامية فقيدت قيمة الوصية وتركت قيمة أو مقدار الهبة لصاحبها عكس ما فعل المشرع الجزائري الذي ساوى بين الوصية والهبة حماية لحقوق الورثة في نظره أما الشريعة فقد حافظت على حقوق الورثة في حالتين وهما عدم جواز الوصية لوارث (لا وصية لوارث). وما زاد عن الثلث فيها إلا إذا أجازه أصحاب الشأن لأن الوصية لا تنتج آثارها إلا بعد وفاة الموصي أما في عقد الهبة فهي تصرف ينتج آثاره القانونية في حياة الواهب ومنه فله كل الحرية في التصرف في ماله بمشيئته وله حق التبرع لمن شاء وكما شاء باستثناء حالتين هما أثناء مرض الموت، أو الاحتفاظ بمحل الهبة وعدم تسليمه للموهوب به إلى غاية وفاة الواهب وهذا تصبح الهبة في حكم الوصية لا يجوز أن تتعدي الثلث إلا بإجازة الورثة.

1- الوصية : تعتبر الوصية من أهم التصرفات القانونية كثيرة الحدوث في حياة المجتمعات وخاصة الإسلامية منها، وهي تبرع بلا عوض مضاف إلى ما بعد الموت، ومنه فالمشرع الجزائري أولاها أهمية كبرى في نصوص قانون الأسرة رقم 11/84 الصادر بتاريخ 09-جوان

[1] – المادة 123 قانون الاسرة.

[2] – المادة 205 قانون الاسرة.

1984 والمعدل والمتمم بالأمر 05/02 المؤرخ في 27، فيفري، 2005 وذلك في مواده – 184– 201 والتي عرفت فيها الوصية وأطرافها وشروطها وأحكامها وكيفية إثباتها.

والمادة 184 من قانون الاسرة تبين معنى الوصية (الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع). [1]

ومنه يمكن تعريف الوصية بأنها (تصرف قانوني ينتج آثاره بعد وفاة الموصي وهو تصرف دون عوض ويصدر بإرادة منفردة عن الموصي لصالح الموصى له) .

وكذلك يمكن تعريفها أيضا ب (الوصية تصرف قانوني مضاف إلى ما بعد الموت يكون للموصي بمقتضاه أن ينقل بعض ماله إلى الموصي له أو يخوله حقا يتعلق بهذا المال).[2]

ومن هذا يتبين لنا أن الوصية أو أحكام الوصية تجيز للموصي أن يمنح أو يتبرع بجزء من ماله لصالح الطفل المكفول لأنه ليس من ورثته وتجوز له الوصية.

والوصية تصرف قانوني لا ينتج آثاره إلا بشروط عدة وقد بينها المشرع الجزائري في محتوى المواد من 184–201، قانون الاسرة.

والوصية لا تصح إلا بتوفر أربع عناصر أساسية وهي: الصيغة – والموصي – والموصى له – والموصى به.

أ– **الصيغة** : وهي إرادة الموصي الكافل المتفردة وهي أشكال عدة ومنها:

(المنجزة – المعلقة – والمضافة).

أما المنجزة: فهي إرادة الموصي الكافل الدالة على وجود التصرف ووجود حكمه في الحال.[3]

والمعلقة: وهي ما دلت على وجود التصرف موقوفاً على شرط آخر سيقع في المستقبل.[4]

[1] – المادة 184 قانون الاسرة

[2] – حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة، الجزائر، ط 01170/2004، ص 55.

[3] – حمدي باشا عمر، نفس المرجع، ص 57.

[4] – حمدي باشا عمر، عقود التبر، مرجع سابق، ص 58.

أما المضافة: فهي ما أفادت وجود العقد في الحال ويتخلف حكمه إلى زمن مستقبل.[1]

والوصية هنا لا تكون إلا مضافة إلى ما بعد الموت ولا يوجد مانع يحضر تعليقها على شرط ما دامت لا تفيد التمليك إلا بعد الموت.

والفقهاء يرون أن الوصية تنعقد بمجرد صدور الإيجاب من طرف الموصي أما قبول الموصى له فلا قيمة له[2] لأن الموصى له يمكن أن لا يعلم بالوصية إلا بعد وفاة الموصي ولأن الوصية ليست عقدا حتى تتطلب قبولاً.

أما الإيجاب فلابد منه لتصح الوصية ويمكن أن يكون بأي لفظ أو أي إشارة أو كتابة طبقا لنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا).[3]

ب- الموصي : وفي بحثنا هذا هو الكافل وحسب المادة 186 من قانون الاسرة يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط وإن تخلف إحداها فلا تصح الوصية من الكافل وهي أن يكون الكافل الموصي سليم العقل وبالغ سن الرشد الذي هو سن التسعة عشر كاملة على الأقل، وإلا فلا تصح وصيته ولا يشرط أن يكون الموصي مسلما عموما لكن إن كان كافلا فلا يمكن أن يكون الكافل غير مسلم.

ج- الموصى له: وهو المكفول ولا يشترط الشرع ولا القانون في المكفول أي شرط إلاَّ أنه لا يكون قاتلا للموصي طبقا للمادة 188 من قانون الاسرة، وأن لا يكون من ورثة الموصي وإن كان فيصبح من رعايا الكافل وليس مكفولا.

---

[1] – حمدي باشا عمر، المرجع السابق ، ص 57.

[2] – حمدي باشا عمر، نفس المرجع، ص 55.

[3] – المادة 60 ق المدني الجزائري الصادر بالأمر 58/75 المؤرخ في 75/09/26 معدل بالامر 05/07/ الصادر بتاريخ 2007/05/13

ب- الموصى به: وهي الأموال التي هي محل الوصية ويجب أن تكون ملكا للكافل الموصي قبل موته وذلك طبقا لنص المادة 190 قانون الاسرة، كما يجب أن يكون مالا قابلا للتوارث والتمليك وأن يكون موجودا عند الوصية وأن يكون هذا المال مباح الانتفاع به وأن لا يكون مستغرقا لدين وأن لا يتعدى الثلث.

2- الهبة: الهبة عقد من عقود التبرع يشترط لصحته أن تتوفر فيه أركان و شروط وهي: الرضائية المتمثلة في الإيجاب والقبول، والشرط الثاني هي الحيازة وهي أن يضع الموهوب له يده على المال المهوب، كما يشترط الشكلية إن كان محل الهبة عقارا وإن كان منقولا فيجب مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة به وذلك طبقا للمادة 206 قانون الاسرة.(تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقول).[1]

أما تعريف الهبة فالمادة 202 من قانون الاسرة هي من عرفتها على انها: تمليك بلا عوض حيث لم يخرج عن سياق التعريفات الفقهية التي جاءت كلها متطابقة.

- فالفقه المالكي عرفها على أنها (تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض).

- أما الشافعية فعرفها ب (تمليك بلا عوض)، وعرفها الحنابلة (تمليك بغير عوض).

- أما الحنفية فقالوا عن الهبة أنها تمليك المعين بلا شرط العوض في المال.[2]

والهبة حالة التنفيذ أي أنها تنتج آثارها بمجرد انعقاد العقد بشروطه وأركانه وهي (الرضائية – والرسمية- والحيازة) عكس الوصية التي هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وعليه فإن الكافل يمكن أن يتصرف في أمواله متى يشاء وكما يشاء ما دامت إرادته خالية من العيوب المانعة لذلك، والمشرع أجاز له ذلك وقدره بمقدار الثلث طبقا للمادة 123 ق أ ج : إلا أنه (المشرع) ناقض نص هذه المادة ينص آخر وفي نفس القانون وهي المادة 205، ق أ ج (يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا عند الغير)[3]

[1] – المادة 206 من قانون الأسرة ج.

[2] – منيرة حريزي، التبني والكفالة، مذكرة ماستر، 2016/2015 ج، محمد بوضياف مسيلة، ص 79.

[3] – المادة 205 من قانون الاسرة.

أما الفقه الإسلامي فلم يحدد مقدار عقد الهبة إلا أنه أجاز الرجوع في الهبة إما بالتراضي أو بالتقاضي.

المطلب الثاني: آثار الكفالة بالنسبة للمكفول.

إن عقد الكفالة ينتج آثارا بعد انعقاده بصفة صحيحة واستيفاء كل الشروط والإجراءات الخاصة به من رضائية ورسمية وتبليغه إلى ضابط الحالة المدنية وتسليم نسخة منه (الأمر القضائي) للكافل يصبح منتجا لآثاره على المكفول وهذه الآثار يمكن حصرها في حق المكفول في الاحتفاظ بنسبة إن كان معلوم النسب وإمكانية إعطائه لقب الكافل إن رغب في ذلك وكان المكفول مجهول النسب.

الفرع الأول: حق المكفول بالاحتفاظ بنسبة.

والنسب من الانتساب ويقال منسوب إلى كذا ومنه فإن الانتساب هو الانتماء إلى جهة معينة ومعلومة والولد ينسب إلى أبيه المعلوم وإن لم يكن معلوم ينسب لأمه إن كانت معروفة وإلا فهو مجهول النسب والمواد من 40- 45 قانون الاسرة هي من تنظم وتبين النسب وكيفية إثباته والمحافظة عليه.

والنسب مهما كان وضيعاً فهو أغلى ما يمتلكه الإنسان وبدونه يصبح الشخص منبوذا مرفوضا في مجتمعه وبيئته، وبالنسب تتماسك أواصر الأسر وتقوى روابط أفرادها.

ومنه فإن للقاصر المكفول حق المحافظة على نسبه إن كان معلوم النسب الذي يثبته الزواج الصحيح، أو الإقرار حسب المادة 40 من قانون الاسرة، وما بعدها، والمادة 41 من نفس القانون تنص (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة). [1] وكذلك المادة 120 من نفس القانون التي تنص صراحة على وجوب الاحتفاظ بنسبه أي الطفل القاصر المكفول معلوم النسب من جهة الأب، وإن كان مجهول الأب معلوم الأم يستوجب موافقة أمه عند تغيير لقبه أما مجهول النسب من كلا الأبوين فيطبق عليه نص

[1] – المادة 41 قانون الاسرة.

المادة 64 من قانون الحالة المدنية، لا ينسب الولد المكفول إلى الكافل إذا كان من نسب معروف.[1]

وإثبات النسب يحقق الهوية التي تميز الشخص عن غيره وله الحق في الاحتفاظ بنسبة وهويته حتى وإن تغيرت ظروفه وأحواله وأصبح وحيدا لم يبقى أحدا من أسرته وعائلته فلا يمكن لأحد أن يغير نسبه ولا اسمه.

وذلك مصداقا لقوله تعالى: (وما جعل أدعيائكم أبناءكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله).[2]

وكذلك السنة النبوية الشريفة نهت عن تغير النسب حيث قال رسول الله (ص) (ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر ومن ادعى قوما ليس له فيهم فليتبوأ مقعده من النار). [3] إذا فالآية الكريمة تدعوا إلى الحفاظ على الأنساب وعدم تغييرها والمحافظة عليها أقسط وأعدل عند الله، أما رسول الله (ص) فقد كفر الرجل الذي ادعى بنوة رجل وهو يعلم أنه ليس بأبيه، وتوعد بالنار من ادعى أنه من قوم أو من نسب معين وهو يعلم أنه ليس منهم، إذا فالشريعة الإسلامية وضعت حدا للتبني وتغيير الانساب واستبدلت هذا النظام بنظام الكفالة الذي يحمي الطفل المحروم ويحافظ على نسبه وهويته وكذا المشرع الجزائري الذي حذا حذو الشريعة في تنظيم الكفالة في الفصل السابع من قانون الاسرة وخاصة المادة 120 منه والتي توجب الحفاظ على نسب الطفل المكفول معلوم النسب، ولم تترك الطفل مجهول النسب عرضة للضياع، بل صان عرضه وكرامته بنص المادة 64 من قانون الحالة المدنية وخاصة بعد صدور المرسوم التنفيذي 24/92 المؤرخ في: 1992/01/13 والمتمم للمرسوم 157/71 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير الألقاب. فالمرسوم 24/92 أدخل تعديلات جاءت في صالح الأطفال المكفولين مجهولي النسب وأعطى إمكانية منح الكافل لقبه إلى من يكفله بشروط معينة، أما الطفل معلوم النسب فلا يعنيه هذا المرسوم.

[1] – عبد الفتاح تغية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، مطابع تالة الجزائر، 2011–245.

[2] – سورة الأحزاب، الآية 05.

[3] – حديث نبوي شريف رواه البخاري في كتاب المناقب رقم الحديث 3508، ورواه مسلم في كتاب الإيمان رقم 933.

الفرع الثاني: إمكانية تغيير لقب المكفول مجهول النسب.

الاسم واللقب حق من الحقوق اللصيقة بالشخص لا يمكن لأي شخص أن يبقى دون اسم وهوية تميزه عن غيره والمادة 28 من القانون المدني الجزائري وفي فقرتها الأول: تنص (يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده).[1]

والطفل مجهول النسب يمنح عدة أسماء يتخذ آخرها لقبا طبقا لنص المادة 64 من ق الحالة المدنية وضابط الحالة المدنية للبلدية التي ولد فيها الطفل مجهول النسب أو التقط فيها هو المسؤول عن إعطائه لقبا، وبعد التكفل بهذا الطفل مجهول النسب فالمرسوم التنفيذي 24/92 المؤرخ في 13 جانفي 1992 أعطاه إمكانية اكتساب لقب كافله مع الاحتفاظ بلقبه الأصلي في سجل الحالة المدنية والإشارة عليه أنه طفل مكفول.

ومنه فإن المشرع الجزائري منع التبني في المادة 46 قانون الاسرة إلا أنه ناقض هذه المادة بالسكوت عن المرسوم التنفيذي 24/92 الذي حاول إيجاد حلا مقبولا لمشكلة الأطفال مجهولي النسب وذلك بإتباع جملة من الإجراءات الخاصة وطبقا لمجموعة من الشروط بدءا بكون الطفل القاصر في كفالة من رغب منحه لقبه، وكونه مجهول النسب من جهة الأب وموافقة الأم إن كانت معلومة وعلى قيد الحياة، وكذلك تقديم طلب مرفوقا بملف خاص إلى وزير العدل وقيام وكيل الجمهورية المختص إقليما بالتحقيق في موضوع منح لقب الكافل للمكفول والتأكد من جميع الشروط وجميع الوثائق يحول الملف إلى النائب العام وبدوره يحوله إلى وزير العدل وفي حالة القبول يأمر النيابة العامة بتنفيذه والنيابة العامة بدورها ترسل الأمر إلى ضابط الحالة المدنية للتأشير على هامش شهادة ميلاد الطفل المكفول في سجل الحالة المدنية وبعدها يمنح الطفل القاصر لقب كافله، وهذا لا يعني أنه تلغى هويته الأولى الأصلية والتي اكتسبها وفقا لأحكام المادة 64 من الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية.[2]

إذا فاللقب الممنوح له يعتبر حماية قانونية له لا غير إلا أن البعض اعتبر المرسوم 24/92 يتناقض مع المادة 46 من ق أ ج وكذلك تعاليم الشريعة الإسلامية الخاصة بالتبني حيث اعتبره البعض تبنى غير صريح وخاصة بعد صدور فتوى الشيخ أحمد حماني المثيرة

[1] – المادة 01/28 من القانون المدني.

[2] – جعيدري هدى، مذكرة تخرج ماستر، مرجع سابق، ص 60.

للجدل والتي تجيز منح لقب الكافل للمكفول مع تسجيله في الدفتر العائلي أنه ولد مكفول، وحاول أن يبين الفرق بين اللقب والنسب لكن فتواه أثارت جدلاً واسعاً لعدة أسباب منها التغيرات السياسية والاجتماعية في حينها، وبداية ما يسمى بالعشرية السوداء التي ساهمت في تفاقم ظاهرة الأطفال مجهولي النسب بسبب كثرة الاغتصابات والمجازر الجماعية التي وقعت في حينها والتي تسببت في ظهور جيل كامل من الأيتام غير معروفي النسب.

لكن الشيخ حماني رحمه الله كانت له نظرة مخالفة فيها شيء من العطف والحنان على هؤلاء الأطفال المقهورين اجتماعيا وحتى من الناحية القانونية هناك إجحاف في حقهم حيث يصطدمون بالواقع المرير بعد بلوغهم سن الرشد وإخراجهم من مراكز الرعاية ويجدون أنفسهم دون مأوى ولا هوية ولا رعاية ولا حق في العمل فينجرون وراء الجريمة والرذيلة مجبرين على ذلك لا مخيرين.

ومنه فإن فتوى الشيخ أحمد حماني رحمه الله وكذلك المرسوم 24/92 الخاص بتغيير الألقاب كان في صالح هذه الفئة من الأطفال حيث لا تؤثر هذه الفتوى أو المرسوم على أحكام النسب ومنه فالكفالة ليست من موانع الزواج ولا اللقب أيضا يؤثر على أحكام النسب المذكورة في قانون الأسرة ولذلك فالطفل المكفول يمكن أن يتزوج من أبناء كافله أو حتى أن يتزوج الكافل بالمكفولة إن كانت بنتا ولا حرج في ذلك.[1]

[1] –جعيدري هدى مذكرة تخرج ماستر مرجع سابق ص65

المبحث الثاني: أسباب انقضاء الكفالة.

إن هدف الكفالة سواء في الفقه الإسلامي أو التشريعات الوضعية هدف واحد وهو حماية ورعاية الطفل الفاقد لرعاية عائلته وأسرته إلا أن لكل بداية نهاية ومنه فإن انقضاء الكفالة لها أسباب عامة وأخرى خاصة.

فالفقه الإسلامي لم يحدد سنا معينة لانقضاء الكفالة إلا البعض من الفقهاء الذين قالوا بانقضائها ببلوغ الطفل المكفول سن الرشد.[1]

والمشرع الجزائري حذا حذو هؤلاء القلة الذين أقروا انتهاء الكفالة ببلوغ سن معينة وكذلك تخلف إحدى الشروط التي جاءت في نص المادة 118 قانون الاسرة، وهي الأسباب العامة لانقضاء الكفالة ولم يكتفي بذلك بل أضاف عدة أسباب خاصة لانقضاء الكفالة وهي وفاة الكافل والمكفول ومطالبة والدي المكفول باسترجاعه أو التخلي عن الكفالة وغيرها من الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة وسندرس هذا المبحث في مطلبين المطلب الأول ندرس فيه الأسباب العامة لانقضاء الكفالة والمطلب الثاني تكون فيه الأسباب الخاصة لانقضائها.

المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة.

الفرع الأول: انقضاء الكفالة يتخلف شرط من شروطها.

إن المشرع الجزائري يبين شروط انعقاد عقد الكفالة في نص المادة 118 من قانون الاسرة وبالتالي فإن تخلف إحدى هاته الشروط توجب انقضاء عقد الكفالة وهذه الشروط هي: الإسلام – العقل و الأهلية – القدرة طبقا لنص المادة 118 قانون الاسرة(يشترط أن يكون مسلما عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادر على رعايته). [2]

[1] – بوعشة عقيلة، مذكرة نهاية التكوين الدفعة 12، 2004/2001، المعهد الوطني للقضاء، ص 48.

[2] – المادة 118 قانون الاسرة.

أ- تخلف شرط الإسلام:

لا يجوز الإبقاء على كفالة من بدل دينه وأرتد عن الإسلام أو كان في الأصل على غير ملة، الطفل القاصر المكفول وذلك مصداقا لقوله تعالى: (لاَ يَتَّخِذ المؤْمِنُونَ الكَافِرِيْنَ أَوْلِيَاء مِنْ دُونِ المُؤمِنِين وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلِيْسَ مِّنَ اللَّهِ في شيءٍ). [1]

وكذلك لنص المادة 118 قانون الاسرة، حيث أن أول شرط يشترطه المشرع في الكافل هو الإسلام وتخلفه يؤدي إلى عدم انعقاد عقد الكفالة وإذا كان طالب الكفالة حين انعقاد العقد على الإسلام وبعدها ارتد عنه فلا يجوز أن يبقى هذا القاصر في عهدته مهما كانت الظروف فالشريعة تحرم ذلك ويمنعه القانون كذلك.

ب- تخلف شرط العقل والأهلية:

ويقصد بالأهلية هنا بأهلية التصرف و التبرع والكافل يجب أن تتوفر فيه الأهلية الخالية من كل العيوب والتي تجعل إرادته معيبة لا تمكنه من أي تصرف أو إبرام عقد، وعيوب الأهلية بينتها المادة 81 من قانون الاسرة، والتي تفرق بين فقدان الأهلية ونقصها، وهذه العيوب إما أن تؤدي إلى فقد الأهلية وهي صغر السن أو جنون فالصغير والمجنون لا أهلية لهما ولا يجوز أن يبرم أي عقد وكذلك ناقص الأهلية كالمعتوه والسفيه فلا يمكن لهما أن يبرما أي عقد أو أي تصرف ومنه فإن ناقص الأهلية لا يمكن أن يكون كافلا لأنه هو في حاجة لمن يكفله.[2]

ج- تخلف القدرة على القيام بشؤون المكفول:

عند وقوع طارئ وتعرضت قدرة الكافل إلى تغير سواء كانت القدرة جسدية أو مادية على القاضي الذي أصدر أمر الكفالة أن يتدخل وينهي هذا العقد لأنه من غير المعقول أن يبقى الطفل القاصر تحت رعاية ومسؤولية شخص عاجز عن خدمة نفسه أو انفاقه على مستلزمات حياته وما بالك بمستلزمات رعاية الطفل القاصر المحتاج إلى جهود كبيرة ونفقات كثيرة وعليه فالقاضي مجبر على إنهاء صلاحية عقد الكفالة بسب عدم قدرة الكافل وإسناد أمر الكفالة إلى شخص آخر إن وجد وإلا يُرجع إلى مركز الرعاية.

---

[1] – سورة آل عمران، الآية 08.

[2] – بوعشة عقيلة، مذكرة نهاية التكوين مرجع سابق، ص 50.

الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول.

إن نص المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري وفي فقرتها الثانية تبين مصير عقد الكفالة بعد وفاة الكافل (...وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية).[1] ومنه فإن عقد الكفالة ككل العقود ينقضي بوفاة أحد أطرافه وأطراف عقد الكفالة هم الكافل والمكفول، حيث الكافل صاحب الالتزام والمكفول هو المستفيد من هذا الالتزام. ومنه فإنه بمجرد وفاة الكافل أو فقدانه يؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة وسقوط التزامه وعلى الورثة تبليغ قاضي شؤون الأسرة بالوفاة دون تأخير وفي خلال شهر من وفاة الكافل يقوم القاضي باستدعاء الورثة وإبلاغهم عن وجوب إظهار رغبتهم في المحافظة على الطفل القاصر من عدمها.[2]

وإن لم يلتزموا باستمرار الكفالة يقوم القاضي بإصدار أمر آخر لإسناد الكفالة إلى الجهات المختصة وهي في الغالب مراكز الرعاية وإن كان للكافل زوجة على قيد الحياة يمكن أن تنتقل إليها الكفالة دون أي إجراءات جديدة رغم أن المشرع لم يذكر ذلك في أي تقنين.

والمادة 497 من القانون 09/08 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية تأمر بإخبار القاضي المختص لاتخاذ الإجراءات الواجبة اتجاه الطفل المكفول لكي لا يبقى عرضة للضياع وتضرر مصالحه بعد وفاة كافله إذا كان ما زال قاصرا غير مميز أما إذا كان بالغا راشدا فيترك لشأنه لأن مراكز حماية الطفولة لا تستقبل البالغين ولا حماية قضائية له بعد بلوغه سن الرشد.

أما في حالة وفاة الطفل المكفول فعقد الكفالة ينتهي مباشرة بعد وفاته وينتهي معها التزام الكافل المتمثل في الرعاية والتربية والنفقة وغيرها وذلك نتيجة انعدم محل الكفالة لأنه من شروط المحل في جميع العقود أن يكون موجودا أو قابل للوجود. [3]

[1] – المادة 1/125 قانون الاسرة.

[2] – منيرة حريزي، التبني والكفالة مرجع سابق، ص 81.

[3] – نفس المرجع، ص 82.

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة.

الأصل أن الكفالة لا تنتهي إلا إذا بلغ المكفول سن الرشد إن كان ذكرا أو تزوجت المكفولة إن كانت أنثى إلا أنه هناك بعض الظروف أو الأسباب يمكن أن تنهي عقد الكفالة وهذه الأسباب هي رغبة والدي الطفل المكفول باستعادة ابنهما إلى ولايتهما، أو إذا ما أراد الكافل التخلي عن التزاماته اتجاه الطفل القاصر المكفول.[1]

الفرع الأول: انقضاء الكفالة بطلب من أبوي الطفل المكفول أو أحدهما.

في هذه الحالة يكون الطفل المكفول المراد إنهاء كفالته أو بالأحرى استعادته من طرف والديه يجب أن يكون معلوم النسب طبقا لنص المادة 124 قانون الاسرة والتي تنص "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول". [2]

وما يفهم من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري ميز بين حالتين وهما حالة المكفول غير المميز والمكفول الذي بلغ سن التمييز. [3]

أ- حالة بلوغ الطفل سن التمييز:

يختلف سن التمييز من بلد لآخر والمشرع الجزائري حدده بثلاث عشر سنة (13) حسب المادة.42 من القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005. "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة وهنا يمكن أن نقول أن كل من بلغ أكثر من ثلاث عشر سنة يعتبر مميزا وله حق الاختيار في الالتحاق بوالديه إن طلبا ذلك أو البقاء مع كافله والمشرع لا يترك الحرية لوالدي الطفل القاصر بالتخلي عن ولاية ابنهما واستعادته متى شاؤا، حيث قيدهم بفكرة اختيار الولد المميز بين الالتحاق بأبويه والبقاء مع كافله لكيلا يبقى هؤلاء القصر عرضة للتخلي عنهم بسهولة وفكرة الاختيار هذه استنبطها المشرع من قصة سيدنا زيد بن حارثه (ر) عندما خير بين البقاء مع رسول الله (ص) أو الذهاب إلى والديه فاختار سيد الخلق (ص) والمميز يمكن

[1] – معاش مريم، شلابي خديجة، كفالة الأطفال في القانون الجزائري م تخرج ماستر ج آكلي م الحاج بويرة 2017، ص 64.

[2] – المادة 124 قانون الاسرة

[3] – بوعشة عقيلة، مذكرة نهاية التكوين، مرجع سابق، ص 51.

أن يعرف أو يدرك أين تكون مصلحته ويختارها إما البقاء أو الرجوع إلى ولاية أبويه وخاصة إن كانوا يتواصلون معه طيلة فترة الكفالة ولم يتخلوا عنه بصفة نهائية.

ب- حالة قبل بلوغ المكفول سن التمييز:

وهو الطفل الذي لم يبلغ سن 13 سنة وهو غير مميز أي أنه لا يعرف ما يضره وما ينفعه إلا أن المشرع قيد أبويه بالرجوع إلى القاضي الذي أصدر أمر الكفالة وذلك عن طريق رفع دعوى الرجوع وإلغاء الكفالة حسب نص المادة 496 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتكون الدعوى بإجراءات عادية وفي جلسة سرية وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك مع مراعاة المصلحة الفضلى للطفل الصغير.

ومعناه أن القاضي يقوم بدراسة الوضعية الاجتماعية والاقتصادية وإجراء تحقيق إن لزم ذلك لاستخلاص مصلحة المكفول وبناءا على نتائج الدراسة أو التحقيق يبني حكمه لمن يسند من جديد لوالديه أم لكفالة، وهذا تحت رقابة النيابة العامة باعتبارها تمثل جميع شرائح المجتمع ليتسنى مراقبة تطور مستجدات عقد الكفالة والأسباب التي أدت بوالدي القاصر بالمطالبة باسترجاع ولدهما إلى ولايتهما كما للنيابة أن تبدي التماساتها وملاحظاتها في الجلسة والقاضي هو من يقرر في ذلك. [1]

الفرع الثاني: التخلي عن الكفالة.

وهو ما تنص عليه المادة 125 قانون الاسرة والتي نصها « التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة وأن يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بها وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر الكفالة إلى الجهة المختصة بالرعاية ».[2]

وما يفهم من نص هذه المادة أنه يمكن للكافل أن يتخلى عن كفالته للطفل القاصر بمحض إرادته دون أن يطلب منه ذلك أي أحد.

[1] – بوعشة عقيلة، مذكرة نهاية التكوين، مرجع سابق، ص 52.

[2] – المادة 125 قانون الاسرة.

والتخلي عن الكفالة يكون أمام الجهة التي أقرتها فإن كان أمر الكفالة قد أصدره القاضي فدعوى التخلي عنها تكون أمام قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا وتكون بإجراءات رفع الدعوى العادية حيث تكون الجلسة سرية بعد أن تكون النيابة العامة قد قدمت طلباتها وبعد صدور الحكم في دعوى التخلي أو الإلغاء يمكن أن يستأنف الطرف الذي يرى نفسه متضررا وذلك حسب الإجراءات العادية للاستئناف.

وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 496 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصها « ترفع دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية وينظر في الدعوى في جلسة سرية بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباته، يتم استئناف الحكم حسب الإجراءات العادية ».[1] أما إسقاط الكفالة فالقاضي هو من له حق إسقاطها إذا رأى أن مصلحة الطفل المكفول تقتضي ذلك بعد أن يلاحظ أي تغير في حالة الكافل كفقدانه لأهليته لسبب من الأسباب – أو سجنه – أو الإقامة الجبرية، إلى غير ذلك من الظروف التي تؤدي الى التأثير على حياة الطفل المكفول أو ضياع مصالحه أو تغير واضح في نمط حياته ومعيشته مما قد يؤثر على حالته النفسية والاجتماعية.

[1] المادة 496 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاتمة

إن نظام الكفالة من الأنظمة التي يجب الاهتمام بها والسعي وراء تغير أحكامها القانونية باستمرار وذلك حسب متغيرات الحياة والمستجدات التي تطرأ من حين لآخر لكي تكون الأحكام القانونية مسايرة للواقع المعيش والوضع الاجتماعي المتغير باستمرار لهذه الفئة المحرومة.

ومنه فإننا نستخلص من بحثنا المتواضع في موضوع الكفالة أن هناك بعض الإيجابيات في التعامل مع فئة الاطفال المحرومين سواء من الناحية التشريعية أو الاجتماعية حيث خصص المشرع الجزائري في الفصل السابع من قانون الأسرة 10 مواد كاملة من 116-125، منح فيها لهذه الفئة بعض الحماية القانونية وكذلك الدولة قامت بإنشاء مراكز خاصة بإيوائهم من اليوم الأول من ولادتهم.

والمشرع الجزائري حذى حذو الشريعة الإسلامية في تنظيمه لعقد الكفالة حيث منع وحرم نظام التبني وأبدله بنظام الكفالة والغرض منه حماية ورعاية هؤلاء الأطفال وهذه الحماية مسؤولية الجميع وليس المشرع وحده أو الحكومة وحدها بل يجب حماية هؤلاء الاطفال بكل الطرق المشروعة.

كما أن المرسوم التنفيذي 92/ 24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 حيث أعطى بصيص من الأمل في الانفراج لصالح الأطفال المحرومين وخاصة مجهولي النسب والذي جاء في وقت حساس مع بداية العشرية السوداء والتي ساهمت في تفاقم ظاهرة الأطفال المسعفين حيث كثر مجهولي النسب بسبب الاغتصابات الكثيرة وكثرة اليتامى من ضحايا الإرهاب وغيرها من العوامل التي أدت إلى تفاقم هذه الظاهرة المقيتة، ورغم أن الحكومة الجزائرية والمشرع الجزائري وحتى بعض الشيوخ حاولوا المساهمة في مساعدة هؤلاء ورفع بعض العبىء عنهم إلا أن هذه الجهود غير كافية رغم محاولة المشرع منح هؤلاء الأطفال بعض الحقوق والمزايا إلا أنه في الواقع المعيشي غير ذلك وخاصة في الجانب النفسي والاجتماعي حيث يجب مراعاة هذا الجانب لحمايتهم من العقد النفسية الخطيرة بسب غموض مستقبلهم بعد بلوغهم سن الرشد، ولم يجدوا من يكفلهم حيث القانون يمنع بقائهم في هذه المراكز الخاصة.

وعليه فإن السلطة الشرعية مطالبة بمزيد من المجهودات و المشاورات لإيجاد حل يليق بأطفال لا ذنب لهم بل هم ضحايا مجتمع وظروف لا يد لهم فيها ولذلك وجبت حمايتهم وكذلك السلطة التنفيذية يجب أن تعطي بعض الأهمية لهؤلاء الاطفال ولا تكتفي بإنشاء مراكز

لإيوائهم، بل يجب التفكير في مستقبلهم وحمايتهم من الضياع كتخصيص نسبة معينة من مناصب الشغل كل حسب قدرته واختصاصه وكذلك تخصص لهم نسبة معينة من السكن لمن يتمكن من الحصول على منصب شغل ومنه يمكنه تكوين أسره والاندماج في المجتمع كسائر المواطنين.

والله الموفق

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

1. القران الكريم
2. الدستور الجزائري
3. الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الطفل المؤرخة بـ 20/ 11/ 1989
4. القانون المدني الجزائري.
5. قانون الإجراءات م إ ج.
6. قانون الأسرة الجزائري.
7. قانون العقوبات الجزائري.

المراجع:

8. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر.

9. د. علي محمد عبد الحافظ السيد الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي دار الفكر الجامعي، ط1، 2008، الإسكندرية.

10. د. عمار عوايدي، مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم القانونية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعي، الساحة م بن عكنون، ط4، 2002.

11. نزيه نعيم شلانة، دعاوى الكفالة شركة المؤسسة للكتاب، 2010، بيروت، لينان.

الأطروحات ومذكرات التخرج:

12. برويرى كريمة، الكفالة والتبني، مذكرة تخرج ماستر، ج، قادي مرباح، ورقلة، 2013-2014.
13. بسعود عربية، الكفالة بين أحكام الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2013-2014.
14. بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة الجزائرية والشريعة الإسلامية مذكرة تخرج نهاية التكوين المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، 2013-2014.

15. بوعشة عقيلة، مذكرة نهاية التكوين المعهد الوطني للقضاء 2001-2004
16. خولة بوخلخال، التبني في القانون الدولي الخاص، ج قاصدي مرباح ورقلة 2017
17. شمام منير، الإشكاليات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة الجزائر والقضاء الجزائري، مذكرة شهادة دكتوراه، 2018.
18. عمراش أسماء، الكفالة في قانون الاسرة الجزائري ج مولود معمري تيزي وزو 2014
19. منيرة حريزي، التبني والكفالة، دراسة مقارنة مذكرة ماستر، جامعة محمد بوضياف 2016/2015،
20. يزيد السعيد، آثار الكفالة في قانون الأسرة، جامعة آكلي محمد أولحاج، بويرة، مذكرة تخرج ماستر 2015.

الفهرس

الفهرس

- **مقدمة**.....أ

الفصل الأول: ماهية عقد الكفالة.....**07**

المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة. 08

المطلب الأول: تعريف الكفالة. 09

الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة. 09

الفرع الثاني: تعريف الكفالة فقها. 09

الفرع الثالث: تعريف الكفالة (قانونا).....10

المطلب الثاني: حكم الكفالة وخصائصها. 11

الفرع الأول: حكم الكفالة ودلائلها. 11

الفرع الثاني: خصائص الكفالة. 12

المطلب الثالث: تمييز عقد الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها. .....15.

الفرع الأول: التمييز بين الكفالة والولاية. 15

الفرع الثاني: التمييز بين الكفالة والوصاية. 17

الفرع الثالث: التمييز بين الكفالة والتبني. 19

المبحث الثاني: أركان الكفالة وشروطها. 22

المطلب الأول: أركان الكفالة. 22

الفرع الاول : التراضي. 22

الفرع الثاني : محل الكفالة.....23

الفرع الثالث: السبب. 25

الفرع الرابع: الشكلية في عقد الكفالة.....26

المطلب الثاني : شروط الكفالة. 27

الفرع الاول : شروط الكافل. 27

الفرع الثاني : الشروط الواجبة في الطفل المكفول.....30

المطلب الثالث: إجراءات اسناد الكفالة.....32

الفرع الاول: إجراءات المرحلة التمهيدية. 33

الفرع الثاني : إجراءات المرحلة القضائية.....35

الفصل الثاني : اثار الكفالة وانقضائها.....38

المبحث الاول : اثار عقد الكفالة.....39

المطلب الاول : اثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل.....39

الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول. 39

الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول. 41

الفرع الثالث: التبرع لصالح المكفول. 43

المطلب الثاني : آثار الكفالة بالنسبة للمكفول. 47

الفرع الأول: حق المكفول الاحتفاظ بنسبة. 47

الفرع الثاني: امكانية تغيير لقب المكفول مجهول النسب.....49

المبحث الثاني: أسباب انقضاء عقد الكفالة. 51

المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة. 51

الفرع الأول: انقضاء عقد الكفالة بتخلف شرط من شروطه. 51

الفرع الثاني: انقضاء عقد الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول. 53

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة. 54

الفرع الأول : انقضاء عقد الكفالة بطلب من أبوي المكفول أو أحدهما. 54

الفرع الثاني: التخلي عن الكفالة 55

- **خاتمة.....58**

- **قائمة المصادر والمراجع.....61**