جامعة محمد بوضياف - المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص:قانون الأسرة

النظام القانوني للكفالة في ظل قانون الأسرة الجزائري

إعداد الطالبة: جعيدري هدى

لجنة المناقشة

1- لجلط فواز	جامعة محمد بوضياف	رئيسا
2-مقروف محمد	جامعة محمد بوضياف	مشرفا ومقررا
3- والي عبد اللطيف	جامعة محمد بوضياف	مناقشا

السنة الجامعية: 2019/ 2018

بسم الله الرحمان الرحيم

(ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ
تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ)

سورة الأحزاب الآية (5).

الإهداء

قال تعالى:«يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أتوا العلم درجات»

إلى أمي العزيزة وأبي الغالي وجميع إخوتي وأخواتي

إلى صديقاتي وزملائي في الدراسة والعمل

لهم جميعا اهدي عملي هذا

شكر وعرفان

قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): « من لم يشكر الناس لا يشكر الله

»

اشكر في هذا الصدد الأستاذ المشرف الدكتور **معروف محمد**

لنصائحه الثمينة وتوجيهاته القيمة

كما أتوجه بالشكر إلى من ساعدني ومد يد العون لي أثناء دراستي

خاصة الأخوات **خضرة** وسميرة وشامة ووسيلة وبن عمرة .

والحمد لله من قبل ومن بعد.

مقدمـــــة

لكل شخص الحق في العيش الكريم والتمتع بكامل الحقوق الإنسانية وهذا لا يتحقق إلا بقانون يحمي إنسانيته، ويحمي حقوقه ومن الأشخاص الذين جاء القانون لحمايتهم نجد فئة الأطفال

فالطفل هو الأساس الذي تبنى عليه الأسر. والطريق الصحيح لبناء أسرة هو الزواج.

لكن يحدث وان تغلب الشهوة وتقوم علاقة بين رجل وامرأة خارج إطار علاقة الزواج ويكون نتاجها طفلا ضحية غرائز بشرية لا دخل له بحدوثها، فهذا المخلوق الضعيف ومنذ أن يولد يكون عرضة لمختلف المشاكل الاجتماعية بسبب فقده وحرمانه لأهم الحقوق التي يتمتع بها باقي الأطفال الذين يولدون داخل إطار الزواج والتي من أهمها النسب الذي يحمي الطفل من الضياع ويكفل له النشأة السوية في حضن والديه في أسرة واحدة.

وهناك حالات أخرى تجعل الطفل في حالة سيئة مما يتطلب اتخاذ إجراءات لتكفل برعايته سواء كان أبواه معلومين ولم يقدرا على رعايته وتربيته لظروف اجتماعية وأخرى اقتصادية أجبرتهم على وضعه أو تسليمه إلى من يستطيع اجتماعيا وماديا رعايته. فالكفالة هي الغطاء القانوني لحماية حقوق هذه الفئة .

كما تعد الكفالة الحل الوحيد أمام الكثير من العائلات التي لم تتمكن من الإنجاب فيصبح هؤلاء الأطفال هم حلمهم ، فالكثير من العائلات لم تتمكن من الإنجاب لأسباب منها العقم أو المرض أو استحسان ولد أو بنت ، ونجد بالمقابل هناك أطفال كثر بحاجة إلى الحب والرعاية وهم بحاجة لعائلة تضمهم وتعتبرهم كأبنائها وقد قام نظام الكفالة بتسهيل المهمة للعائلات التي تريد إن تتكفل بالأطفال المحرمين من حنان وعطف العائلة بالإضافة إلى حماية الحقوق الاجتماعية للأطفال بدون هوية وا ٍعطائهم اسم العائلة المتكفلة بطريقة قانونية للحد من الاختراقات المنتهجة لنظام التبني الذي يؤدي إلى اختلاط الأنساب بإدخال ناس غرباء إلى الأسر والتعدي على التركات مما حرمته الشريعة واستبدلته بنظام الكفالة .فالكفالة هي الإطار القانوني الذي يسهل لهذه الفئة اندماجهم ورعايتهم والتكفل بهم ومنحهم الدفء العائلي الذي حرموا منه بسبب أفعال لا مسؤولة صدرت عن غيرهم دون التعدي على الضوابط الشرعية التي وضعتها والتي من أهمها إباحة ما حرمه الله من إلحاق نسب لذلك الطفل دون وجود علاقة نسب حقيقية والتي تثبت بالزواج فقط.

فالشريعة حرمت التبني وجعلت البديل الأمثل له نظام الكفالة وأجرت كل من يقوم بها من ثواب في الدارين. لذلك نظمت أحكام كفالة الأطفال الذين لا مأوى لهم بسبب ولادتهم خارج الزواج أو من ولدوا داخل إطار الزواج لكن لسبب ما تخلي عنهم ذويهم وأوجبت التكفل والسهر على رعايتهم وحمايتهم، الحماية التي يوفرها الأب لابنه الحقيقي.

والمشرع الجزائري سار على منهج الشريعة الإسلامية في تحريم التبني واستبداله بالكفالة

أهمية الموضوع: تتجلى أهمية الموضوع من خلال معرفة مختلف الأحكام القانونية المنظمة للكفالة والمكانة الكبيرة للولد القاصر داخل الأسرة والمجتمع حيث تمثل هذه الفئة الضعيفة مشكلة اجتماعية سواء تعلق الأمر بالطفل غير الشرعي أو الطفل معلوم النسب ولكن تركه والديه نتيجة لظروف ما.، و مع تزايد أعداد الأطفال المتخلى عنهم وكثرة الأطفال الذين يولدون خارج إطار الزواج أدى ذلك إلى تأثير سلبا على الفرد والمجتمع

أسباب اختيار الموضوع:

– إن الدافع وراء اختيار هذا الموضوع الذي عنوانه " النظام القانوني للكفالة في ظل قانون الأسرة الجزائري" له سببان: الأول ذاتي وهو حجم المعاناة التي تعانيها هذه الفئة داخل المجتمع، والثاني موضوعي وهو معرفة الحماية القانونية التي أولاها المشرع لهذه الفئة

– معرفة مصير هذه الفئة في ظل نقص النصوص التشريعية التي من شانها تدعيم تلك الحماية.

– شغفي بقضايا الطفولة و ماتلقاه من مشاكل في حالة اليتم والفقر.

أهداف الدراسة:

إن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو هدف علمي وهو تحديد الحماية القانونية لهذه الفئة بما يتماشى وحقوقهم الشرعية وهدف عملي هو معرفة مدى فاعلية النصوص القانونية المنظمة لأحوال هذه الفئة. أيضا إيجاد حل لتلك الثغرات الموجودة في معظم النصوص المنظمة لهم وا يجاد حل يزيل العراقيل والإشكاليات التي تعيق عمل القضاء بخصوص إجراءات كفالة هذه الفئة.

إشكالية البحث:

قصد التعرض للموضوع ومحاولة الإلمام بجميع جوانبه سنحاول صياغة الإشكالية التالية: إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في وضع آليات قانونية لحماية فئة الأطفال غير الشرعيين والأطفال القصر الذين تركهم أولياؤهم نتيجة ظروف معينة ؟ وهل تحققت لهذه لفئة الحماية الكافية لهم؟ ومن خلال تلك الإشكالية يمكن طرح الإشكاليات الفرعية: إلى أي مدى راعى المشرع الجزائري عند تنظيمه للكفالة مصلحة الطفل القاصر ؟

الدراسات السابقة: هناك العديد من الدراسات التي عالجت موضوع الكفالة منها رسالة ماجستير في القانون الخاص بعنوان" التبني والكفالة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية" جامعة تلمسان من إعداد الطالبة أمال علال.

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

لكن تقريبا لم يسبق التطرق لدراسة هذا الموضوع الواقع تحت عنوان " النظام القانوني للكفالة في ظل قانون الأسرة الجزائري.

صعوبات البحث:

صادفتنا العديد من الصعوبات في هذا البحث من أهمها ندرة المراجع المتخصصة خاصة النصوص القانونية.

وجود بعض المراجع في شكل مقالات منشورة عبر الانترنت تعبر في الكثير منها عن آراء شخصية لا أكثر.

ضيق الوقت مقارنة بحجم هذه الدراسة التي تتطلب الكثير من الوقت للوقوف عند تحليل واستنباط النصوص المنظمة لها والخروج ميدانيا لمكان تواجد هذه الفئة والتقرب أكثر لجمع المعلومات حولها.

منهج البحث:

قصد الإجابة على إشكالية الدراسة والإحاطة بجميع جوانبها فإننا اعتمدنا على المنهج الوصفي في تبيان أهم المفاهيم ومعرفتها ومنهج تحليل المضمون في بعض المواد.

ولقد قسمت الدراسة إلى فصلين حيث خصص الفصل الأول لمعرفة الطبيعة القانونية للكفالة

حيث تطرقنا فيه إلى مفهوم الكفالة وتمييز ها عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة لها

أما الفصل الثاني فقد كان بعنوان تنظيم الكفالة من حيث الشروط وأثارها وانقضاؤها، حيث تم التطرق فيه إلى معرفة شروط الكفالة وصولا إلى آثارها وانقضاؤها.

الفصل الاول:

الطبيعة القانونية الكفالة

عرفت البشرية قديما ظاهرة التبني، لكن بظهور الإسلام حرم التبني وهذا التحريم سارت عليه معظم الدول المعاصرة،و أغلب القوانين العربية أجمعت على تحريمه. وأكدت ذلك في قوانينها المتعلقة بتسيير العلاقات الأسرية. ، وقد حرم الشارع الحكيم التبني لما فيه من تعدي لبعض الحقوق وما يخلفه من اختلاط في الأنساب والتي حرص الإسلام على حمايتها منذ بزوغه .

ولكنه بالمقابل أوجد نظام بديل عن التبني وهو الكفالة ، و ذلك لحماية شريحة معينة من المجتمع و التي تعد ضحية تصرفات لا مسؤولة نتج عنها أطفال مجهولين النسب.أو حتى أطفال معلومي النسب لكن عجز أولياؤهم عن رعايتهم لأسباب أخرى . أما القانون الجزائري قد نظم أحكام الكفالة في المواد من (116) إلى (125) من قانون الأسرة الجزائري، كما نظم إجراءاتها في المواد من (492) إلى (497) من قانون 08-09 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية إلى جانب ذلك ظهر نظام الكفالة الذي اعتبر كبديل ملائم للتبني، ولزاما لما تقدم وجب الوقوف عند التساؤلات التالية:

ماهية الكفالة ؟

وماهيه طبيعتها التي تميزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها؟

وما هو النظام القانوني لها؟

وللإجابة على تلك التساؤلات قمنا بتقسيم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين،

نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم كفالة طفل، وفي المبحث الثاني نتكلم عن تمييز الكفالة عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها.

المبحث الأول: مفـــهـوم الكـفالــة

قررت الكفالة كنظام اجتماعي إنساني من اجل حماية الأطفال مجهولين النسب واللقطاء الذين ولدوا دون مأوى لهم، ، وحتى للأطفال معلومين النسب الذي تخلوا عنهم أولياؤهم ، كما تعد الحل الأمثل أمام الكثير من العائلات التي لم تستطع الإنجاب كحالة العقم واستحسان ولد أو بنت.

إن النظام القانوني للكفالة يقتضي منا بداية تعريف مصطلح الكفالة وخصائصها وكذا تمييزها عن بعض النظم المشابهة لها.

المطلب الأول: المقصود بالكفالة

الفرع الأول: التعريف اللغوي

ورد على لسان العرب لابن منصور، كفل معناه : تكفلت بالشيء ،قد ألزمته نفسي وأزلت عنه الضيعة والذهاب والكافل القائم بأمر اليتيم المربي له وهو الكفيل الضمين والضمين له ولغيره راجع إلى الكافل ، أي إن اليتيم سواء كان الكافل من ذويي أرحامه وأنسابه اوكان اجنيا لغيره تكفل به[1].

وفي التنزيل العزيز: (كفّلها زكريا). سورة آل عمران الاية37. وفي الحديث الشريف:" أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة له ولغيره" والكافل: القائم بأمر اليتيم المربى له، وهو الكفيل الضمين والضمير في له ولغيره راجع إلى الكافل أي أن اليتيم سواء أكان الكافل من ذوي رحمه أو أنسابه أو كان أجنبيا لغيره تكفل به وقوله كهاتين" إشارة إلى إصبعيه السبابة والوسطى[2].

---

(1) ابن منضور، لسان العرب ، طبعة جديدة ،دار المعارف ، القاهرة ،ص 39 .
(2) محمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي الخواطر، مطابع أخبار اليوم، 1997، الجزء 03، ص1439.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

<u>أولا:</u> تعاريف فقهاء الشريعة الإسلامية :

– تعددت تعاريف الكفالة لدى الفقهاء في الشريعة الإسلامية وسنتطرق إلى بعض منها .

عرفها الذهبي بان الكفالة :كفالة اليتيم القيام بأموره والسعي في مصالحه من إطعامه وكسوته وتنمية ماله إن كان مال ، وان كان لا مال له انفق عليه وكساه ابتغاء وجه الله تعالى

و عرف الأحناف الكفالة بأنها (ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أوعين أو عمل)

وعرف جمهور الفقهاء الكفالة بأنها (ضم الذمتين في المطالبة بالدين)

ثانيا :التعريف القانوني :

عرفه المشرع الجزائري حسب القانون المدني وآخر حسب قانون الأسرة

1- تعريفها في القانون المدني: عرفتها المادة 644 من القانون المدني على أن: " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"، والكفالة في القانون المدني تعني الضمان وهو نوع من أنواع التامين.
2- **تعريفها في قانون الأسرة:** عرفتها المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري على أنها: "الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي
3- تعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء أكان معلوم أو مجهول النسب.

وقد اعتبر الفقه الإسلامي الكفالة التزام شخص يصدر عن الكافل سواء أكان رجلا أو امرأة، لأنها تبرع منه مما يضفي عليها صبغة قانونية ودينية يبتغى بها وجه المولى عز وجل وعليه لا يستطيع إلزام غيره بها،حتى ولو كان زوجه مما يعني أن كفالة الزوجين للطفل يتطلب موافقتهما معا في الشريعة الإسلامية. إذن فكفالة الطفل الذي فقد رعاية والديه ممكنة من قبل الأشخاص والأسر في الشريعة الإسلامية مع مراعاة مصلحة المكفول في كل ذلك وهي عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة.[1]

المطلب الثاني: خصـائص الكفـالة

سنتطرق إلى خصائص الكفالة انطلاقا من نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري:

الفرع الأول: الكفالة التزام للقيام بشؤون قاصر

الكفالة هي التزام يكلف فيها المشرع أو القضاء شخصا كبيرا راشدا بأن يتصرف لمصلحة الطفل القاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية.

فالولاية الشخصية تكون على النفس و في الأمور المتعلقة بشخص القاصر، وتتمثل في أمرين هما ولاية الحفظ وولاية التزويج.

(1)لحسن بن الشيخ آث ملويا،قانون الأسرة نصا و شرحا،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع،عين مليلة،الجزائر 2014 ص 109.

والولاية على المال[1]: تكون في المسائل المالية الخاصة بأموال المولى عليه ، وتجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال نافذة، كولاية الوصي على الموصى[2] وهذا ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا : "وأنه يجب على الكافل القيام بتربية الطفل المكفول والإنفاق عليه وتعليمه، باعتباره وليا قانونيا ما لم يثبت تخليه عن الكفالة[3].

إن هذا العمل الإنساني التزام قانوني اتجاه طفل قاصر مجهول أو معلوم النسب ،ويتولى الكافل إدارة أموال المكفول إدارة الرجل الحريص فيراعي مصلحة المكفول في كل تصرف يقوم به ، وعليه لا بد من تحديد معنى الطفل القاصر معلوم النسب ومجهول النسب.

أ/مفهوم الطفل: ينصرف مفهوم الطفل إلىمرحلةَ زمنيّة من عمر الإنسان، وتَعرض القواميس والمعاجم والمنظَّمات الدوليّة تعريفاتتتميَّزختُلفةقلها بسمات مُعيّنة تتّفقُ مع رسالة المنظَّمة أو الجهة المُعرِّفة لمفهوم الطّفل، ومن هذه التعريفات ما يأتي:

نتطرق إلى مفهوم الطفل ومفهوم القاصر

---

(1) حيث جاء في المادة 47 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين: " الولاية على المال هي حفظ مال القاصر وكل ما له علاقة بهذا المال والعناية به وتنميته" القانون العربي النموذجي الموحد الصادر بموجب قرارا اعتمده المكتب التنفيذي المجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 323 ج24 في 4 مارس 2002، ص 13

(2) باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة، 2010 ص

3 - مجلة المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1988/ 07 / 13 ، ملف رقم 56336، سنة 1991، العدد الرابع ص 58 ، مشار إليه في بلحاج العربي ، أحكام الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لخار التعديلات والمدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، الجزء الأول، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، 2012 ، ص526

(3) مرجع نفسه ، ص 19

*المفهوم اللغوي للقاصر: القاصر لغة : بكسر الصاد من قصر عن الشيء إذا تركه عجزا، أو عجز عنه ولم يستطعه، وهو العاجز عن التصرف السليم.[1]

*الطفل اصطلاحا : لتحديد تعريف الطفل اصطلاحا سنتعرض إلى اجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية ، ثم بعض التعريفات القانونية .

*الطفل لغة : الطفل بكسر الطاء مع تشديدها مثل الطفل والطفلة الصغيران والطفل يعني الصغير من كل شيء ، والصبي يدعى طفلا حين يسقط من بطن أمه إلى إن يحتلم ، والليل في أوله طفل ،واصل لفظ الطفل من الطفالة وفي القول فلان طفيلي للذي يدخل وليمة أو مأدبة ولم يدع إليها ،فالتطفل الصغير الذي يتطفل ويعتمد كليا على لغير في حياته .

أولا/الطفل في الشريعة الإسلامية : تبدأ مرحلة الطفولة من لحظة تكوين الجنين في رحم أمه لقوله تعالى :" ونقر في الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى ثم نخرجكم طفلا " ،سورة الحج الآية 5. حيث جعلت الشريعة الإسلامية من بلوغ الحلم آية لنهاية مرحلة الطفولة، و علامات البلوغ عند الذكور هي الاحتلام و الإحبال، أما علامات البلوغ عند الإناث فهي الحيض والاحتلام والحبل"، و إذا لم تظهر علامات البلوغ على الطفل، فقد أجمع الفقهاء على تحديد سن معينة كنهاية لمرحلة الطفولة، فيقدر هذا البلوغ الطبيعي ببلوغ 15 سنة عند جمهور الفقهاء للصغير والصغيرة على السواء ويرى أبو حنيفة بلوغ الفتى ببلوغ 18 سنة والأنثى 17 سنة. أما ابن حزم، صاحب المذهب الظاهري فقال أن سن البلوغ للذكر و الأنثى 19 سنة. و يذهب ابن رشد، الفقيه المالكي إلى القول بأن ": البلوغ يكون بالاحتلام و السن بلا خلاف في مقداره، فأقصاه 18 سنة و أقله 15 سنة ."و بهذا الرأي قال الإمام الشافعي، و هو نفسه سن البلوغ الذي اعتمده رسول الأمة الإسلامية

ثانيا / الطفل في القانون الدولي والقانون الداخلي : ورد تعريفه في العديد من الاعلانات والاتفاقيات الدولية

(1)ابن منظور ، لسان العرب ،حرف الطاء ،الطفل ،المجلد 15 ،دار بيروت (د،ت)،ص 253

لحقوق الإنسان والاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي ، **الا** انها لم تحدد على وجه الدقة الحد الأقصى لسن الطفل،او نهاية مرحلة الطفولة.

Ø الطفل حسب اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل الصادرة عام 1989:

تعد هذه الاتفاقية المبرمة في إطار منظمة الأمم المتحدة الوثيقة الدولية الأولى التي تعرف بشكل واضح و صر يح المقصود بمصطلح " الطفل" ، فلقد عرفت المادة (1) من الاتفاقية الطفل بأنه:"كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر ة، ما لم يبلغ سن الرشد قبلا بموجب القانون المطبق عليه"[1]، و طبقا لهذا النص لا بد من توافر شرطين لكي نسمي الشخص طفلا ألا يكون قد بلغ سن الثامنة عشرة،و ألا يكون القانون الوطني قد حدد سنا للرشد أقل من ذلك.

Ø الطفل حسب الاتفاقيات الإقليمية لحقوق الإنسان: من بين الاتفاقيات مايلي:

v ميثاقا حقوق الطفل العربي لعام 1983:لقد أثار ميثاق حقوق الطفل العربي لتعر يف الطفل في مقدمة الميثاق حيث نص:" أن هدف الميثاق هو تحقيق تنمية و رعاية و حماية شاملة وكاملة لكل طفل عربي من يوم مولده إلى بلوغه سن الخامسة عشر ه من العمر"[2] ، وهو تعريف منتقد لأنه ينزل بسن الطفل عن الاتجاه الحديث سواء كان ذلك على المستوى الوطني أو الدولي.

v الإطار العربي لحقوق الطفل لعام 2001:جاء بتعريف الطفل في البند الأول من الأهداف العامة حيث نص على:" يجب لتكريس مفهوم الحقوق للطفل حتى إتمام سن الثامنة عشرة دون أي تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الوضع الاجتماعي أو الثروة أو المولد لأي سبب آخر"(3).

---

(1)ميلود شني ، الحماية الدولية لحقوق الطفل،مذكرة لنيل شهادة الماستر،تخصص قانون دولي عام وحقوق الإنسان،كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2015/2014، ص14.

(2)) بن عصمان نسرين إيناس ، ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2009، ، ص17.

(3)الاطار العربي للطفولة لعام 2001،جامعة الدول العربية ، لامانة العامة ، الادارة العامة لشؤون ف والثقافية ،ادارة الطفولة المصادق عليه من مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة ، الاممكلة الاردنية عمان 28مارس2001 تاريخ الاطلاع ماي 2017،الرابط:http://ahdath.justice.gov.lb/law-sign-kidsrights.htm

– **الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته لعام 1990:**عرفت المادة (2) بانه "" كل إنسان اقل من ثمانية عشر سنة "" فهو يشبه اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989وان كان النص الوارد في الميثاق الإفريقي يتميز بالوضوح و الدقة حيث لم يقيد سن الثامنة عشرة بالقانون الوطني كما فعلت اتفاقية حقوق الطفل[1].

ب/الطفل في القانون الجزائري :عرف المشرع الجزائري الطفل في المادة 2 من القانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل ' كما جاء نصها " الطفل كل شخص لم يبلغ 18 سنة كاملة[2]، ومن خلال عدة نصوص قانونية داخلية كذلك يمكن استنتاج تعريف للطفل كما يلي :

حيث تنص المادة (49) من قانون العقوبات الجزائري :"يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبة مخففة "[3] كما تنص المادة (442) قانون الأسرة الجزائري:"يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر "[4] ، كما نصت المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19سنة ، وهذا يعني أن الطفل هو من لم يكتمل 19سنة.

ومن خلال ما تقدم من النصوص القانونية الداخلية وقبل صدور القانون رقم 12/15المتعلق بحماية الطفل نلاحظ أن سن الرشد غير ثابت ، فهو يختلف من قانون إلى آخر فأي سن يأخذ بها ويعتبر الشخص فيها راشدا؟

---

(1) ميلود شني ،المرجع السابق ، ص 15.

(2) قانون رقم 12/15المؤرخ في 15يوليو 2015المتعلق بحماية الطفل الجزائري ' الجريدة الرسمية رقم 39المؤرخة في 19 يوليو2015

(3) قانون رقم 14-01 المورخ في : 4 فيفري 2014 ،المتضمن تعديل قانون العقوبات ، الجريدة الرسمية عدد 07 ، المؤرخة في :16 فيفري 2014

(4) قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير2008 ،المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، الجريدة الرسمية عدد:21 المؤرخ في 23 افريل 2008

غير انه يمكن أن نقسم حياة الفرد قانونا إلى مرحلتين : الأولى يكون فيها قاصرا والثانية يكون فيها راشدا، تبعا للتقدم الجسماني والعقلي للإنسان. وعليه فمفهوم القاصر في القانون المدني اشمل مما قصده المشرع في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري حيث ركز المشرع في قانون الأسرة الجزائري على الطفل القاصر مستبعدا المحجور عليهم لعته أو جنون أو سفه[1] أومن ثمة ، فالمدلول القانوني للطفل القاصر في الكفالة في ظل قانون الأسرة : هو كل ذكر أو أنثى لم يبلغ سن الرشد القانوني وهو سن 19سنة [2] تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية حقوق الطفل[3] التي صادقت عليها الجزائر في 1992،[4] قد حددت سن الرشد ب18 سنة حسب نص المادة 1 منها[5] وعليه طبقا لسمو القاعدة القانونية الدولية الوارد في المادة 132 من الدستور، فان مفهوم الطفل القاصر هو من لم يبلغ سن 18 سنة مع مراعاة ما جاء في أحكام المادة 1 من الاتفاقيةكما قسم المشرع الجزائري في القانون المدني مر حلة القصر عند الأطفال إلى فترتين الأولى يكون فيها الطفل صبيا غير مميز وهي تمتد منذ الولادة حيا إلى ما قبل بلوغ سن التمييز المحدد بسن 13 سنة ، ثم مرحلة الصبي المميز والتي تبدأ من سن 13 سنة إلى غاية 19 سنة كاملة. "، حيث يختلف الوضع بين الطفل القاصر غير المميز وكذلك الطفل المميز وسيتم بيان ذلك في الفصل الثاني في الجانب المتعلق بانقضاء الكفالة.

---

(1) كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، الطبعة الأولى، دار الثقافة النشر والتوزيع، عمان الأردن، 1997، صفحة 18-17

(2) ارجع إلى المادة 7 من القانون العربي النموذجي الموحد لرعاية القاصرين حيث شملت الكفالة القصر أطفالا وحتى المجنون والمعتوه (المادة 1) منه. القانون العربي النموذجي الموحد لرعاية القاصرين الصادر بموجب قرارا اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 323 ج24 في 4 مارس 2002 :

(3)اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدتها جمعية الأمم المتحدة بقرار 25/ 44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 وبدأ نفاذها في 2 سبتمبر 1990 ، وانضمت إليها الجزائر في 19 ديسمبر 1992 المصدر الجريدة الرسمية رقم 91، 23 / 1992/ 12

(4)المرسوم الرئاسي 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية لاتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة في 20 نوفمبر 1989، الجريدة الرسمية العدد 91 المؤرخة في 23 ديسمبر 1992

(5)المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل: "لأغراض هذه الاتفاقية ، يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة سنة، مالم يبلغ سن الرشد قبل ذلك، بموجب القانون المنطبق عليه"

1/ مفهوم الطفل القاصر مجهول النسب أو معلوم النسب:

من خلال هذه الآلية القانونية وهذا النظام يتعهد الكافل برعاية ولد قاصر حيث يلتزم بضمان حياة اجتماعية مستقرة وتربية سليمة للطفل المكفول ، وقد وضع المشرع هذا النظام وهذه الإلية لغاية اجتماعية وهي رعاية مجهولين النسب، وكذا تولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته لظروف المعيشة الصعبة، أو عدم القدرة المادية، أو في حالات الأطفال غير الشرعيين كالطفل معلوم الأم، أو الأطفال الموجودين في مراكز الطفولة المسعفة، وانطلاقا من نص المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري فالكفالة تنصب على الطفل القاصر سواء كان معلوم أو مجهول النسب ،ونورد فيما يلي المقصود بالمدلولين .

<u>الطفل مجهول النسب</u>: المشرع في تشريع الأسرة لم يعرف المقصود بالطفل مجهول النسب، مما نلاحظ تعدد المصطلحات التي يمكن أن تتداخل مع وضعية الطفل مجهول النسب كاللقيط وأيتام الدولة، وسنوضح ذلك فيما يلي:

ا – **اللقيـط لـغة** : اللقْطُ ذُ الشيء من الأَرض ، لقِطَ لقْطُه لَقْطاً والتقَطَه أَخذه من الأَرض واللُّقَمِيطُ ذا يُلْتَقَطُ لأَنه يُلْقَط، والأُنثى لقيطة ، ونقولتَلقَّط فلان التمر أَي التقطه من هنا وهناك[1]

اصطلاحا: يمكننا تعريف اللقيط بالرجوع الى تعريفات مجموعة من الفقهاء.

* اتفق الفقهاء على أن اللقيط من كان صغيرا لا قدرة له على القيام بمصالح نفسه ذكرا كان أو أنثى، ولكنهم اختلفوا في المراد بالصغر في تعريفاتهم، فيرى الحنفية أن المقصود باللقيط من كان حديث الولادة وقريب العهد بها، وقد طرحه أهله خوفا من العلية أو فرارا من تهمة الزنا ، أما بعض المالكية فإنهم يرون أن اللقيط يطلق عليه منذ ولادته حتى يصل سنه دون التمييز، وقد أشار إلى هذا القول بعض الشافعية .

---

(1)ابن منضور، المرجع السابق ، المجلد 12، ص 349

وفي رواية أخرى للمالكية أن اللقيط يشمل حديث الولادة وغيره حتى سن البلوغ قال الشيخ الدردير" ونفقته وحضانته واجبة على ملتقطه حتى يبلغ قادرا على الكسب والأنثى حتى يدخل بها الزوج، وفي رواية ثانية للشافعي والحنابلة أن اللقيط هو كل منبوذ أو طفل لا مميز ، لا يعرف نسبه ولا رقه طرح في الشارع ، أو ضل الطريق مابين ولادته إلى سن التمييز [1] .

ب/ الطفــولة المســعفة: أو ما يطلق عليه أيتام الدولة وهي تلك الفئة من الأطفال المحرومين من الأسرة ،أي الوسط الذي يشمل الوالدين والإخوة وتودع في مراكز خاصة بالتكفل من جميع النواحي النفسية والاجتماعية والتربوية غير أنها تبقى تعاني دوما من الحرمان الذي يولد لها اضطرابات أخرى لأن المراكز المختصة لا يمكنها تعويض الوسط العائلي مهما بلغت درجة التكفل بها [2]،وتشمل فئة الطفولة المسعفة أومايسمى بأيتام الدولة على:

* الولد المولود من أب وأم مجهولين ووجد في مكان ما أو حمل إلى مؤسسة وديعة وهو اللقيط.

* المولود من أب وأم معلومين ومتروك منهما ولا يمكن الرجوع إليهما أو أصولهما. الذي لا أب ولا أم ولا أصل يمكن الرجوع إليه وليس لديه أية وسيلة لكسب العيش فهو يتيم فقير.

الذي سقطت عنه سلطة الأبوين بموجب تدابير قضائية[3] ويهتم المشرع بهاته الفئة و أخضعهم إلى الدولة التي تتكفل بأعباء رعايتهم و تربيتهم داخل مراكز خاصة بالطفولة المسعفة.

---

(1)منير عبد الغني ابو الهجاء، احكام اللقيط بين الشريعة الاسلامية والقانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر ، تخصص القضاء الشرعي ، كلية الدراسات العليا ، جامعة الخليل ،2006 ص 9,8

(2)دخينات خديجة، وضعية الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري ، ماجستير في علم الإجماع ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2012 ص38 ، 39 2

(3) مرجع نفسه ، ص 39

ورغم وجود هذه المراكز إلا أن الرعاية و التربية و العناية فيها بهم لا ترقى إلى مستوى أحسن للصعوبات التي تواجهها هذه المؤسسات لذلك فإن اللقيط كلما وجد أسرة تتكفل به و ترعاه وتضمن له تنشئة جيدة أفضل من المراكز[1].

و عليه بناء على ما سبق بيانه فليس كل يتيم دولة مجهول نسب. و يمكن أن نعرف الطفل القاصر مجهول النسب: بأنه الطفل الذي لا يعرف نسبه ولا انتماؤه العائلي أو وطنه، سواء كان مجهول الأبوين أو كان معلوم الأم مجهول الأبـو، لا تقتصر الكفالة على الطفل مجهول النسب بل تشمل حتى الطفل معلوم النسب إن كان يتيما أو أبواه متوفيان أو فاقدا الأهلية أو غير قادرين على رعايته فيعتدان به إلى شخص آخر ليتكفل به[2].

ويرجع سبب تصنيف المشرع الأطفال محل الكفالة إلى مجهول النسب ومعلوم النسب إلى اختلاف بينهما من حيث إجراءات إسناد الكفالة، رغم أن الهدف في الأخير هو كفالة الطفل بما يراعي المصلحة الفضلى له.

الفرع الثاني: الـكفالة الـتزام تبرعي

تنص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري على " الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع ....." وعليه :

- لا يحصل الكافل على الأجرة مقابل الكفالة
- لا يعتبر ما أنفقه الكافل على المكفول دينا في ذمة هذا الأخير

---

(1)علال آمال ، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة الماجستير في الحقوق ، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ،2008-2009.، ص 80 ، 81

(2) محمد ربيع صباهي ،أحكام اللقيط قي الشريعة الإسلامية،(دراسة فقهية تربوية)،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية –المجلد ، 25العدد الأول،2009 -ص 83

• يشترط في الكافل طبقا للقواعد العامة في القانون المدني أن تتوافر فيه أهلية التبرع التي لا تكون ألا ببلوغه سن الرشد القانوني غير محجور عليه مع مراعاة خصوصية وطبيعة هذا الالتزام ومتطلباته. وسيتم بيان ذلك في شروط الكفالة.

• الكفالة التزام شخصي[1] يكون فيه شخص الكافل محل اعتبار فلا ينتقل الالتزام إلى الورثة[2]

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للكفالة بين الــعقد والنظام:

تعتبر الكفالةعقد روحي و اجتماعي قبل أن تكون عقد رسمي وكتابي وهذا يوصلنا لسؤال عن الطبيعة القانونية لهذا العقد و لعلى عقد كفالة طفل ليس كغيره من العقود المدنية لأن محلها طفل قاصر وهو ما يجعلها تتميز بعدة خصائص عن غيرها من العقود لأنها بالنهاية تحدد مصير طفل وهو وما سنعالجه .

انطلاقا من نص المادة 116من قانون الأسر ة الجزائري «. الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه ،وتتم بعقد شرعي»، حيث اشترط المشرع بالنسبة للكفالة في قانون الأسرة الجزائري إفراغ هذا التصرف في شكل قانوني معين ، عندما أعطى صلاحية إسناد الكفالة إلى جهة رسمية [3]، و هي الموثق أو المحكمة طبقا لنص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري، فالكفالة لا تقوم إلا إذا أبرمت أمام الجهات القضائية أو الموثق وتتم برضا من له أبوان حسب المادة 117 من قانون الأسرة الجزائرية[4].

---

(1) المرجع السابق ص ص62

(2)طبقا لنص المادة 108 من قانون المدني: ينصرف العقد الى المتعاقدين والخلف العام، مالم يتبين من طبيعة التعامل، او من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلق بالميراث"

(3)وبخصوص هذه المسألة، أشارت المحكمة العليا إلى أنه لا يجوز إثبات الكفالة إلا بالكتابة الرسمية لمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 2006/12/13 ملف رقم 2007 ،369032 العدد 1ص 73 مشار اليه مشار الىه في بلحاج العربي ، احكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد

(4)الرشيد بن شويخ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،الطبعة الاولى ، دار الخلودنية،الجزائر ، 2008ص 25

وعليه ورود كلمة عقد في نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري بمناسبة تعريف المشرع الجزائري للكفالة وان انصرف إلى المفهوم الفني للعقد[1] طبقا لنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري [2]، إلا أنه لا ينصرف بالضرورة إلى المفهوم الفلسفي للعقد في القانون المدني والذي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة وعلى الحرية التعاقدية ، وهذا بالنظر إلى مضمون الكفالة والهدف المتوخى منها وهو رعاية الأطفال القصر،هاته الفئة من المجتمع التي تحظى بحماية خاصة من المشرع ، ومن ثم يترك فيها مجالا ضيقا لإرادة أطرافها من مرحلة الإنشاء إلى الانقضاء، على اعتبار أن المشرع الجزائري حاول أن يراعي في مختلف نظم رعاية الطفل مصلحة الطفل القاصر حتى في مواجهة أبويه الشرعيين فمن باب الأولى مراعاتها في الكفالة[3]، ومما لا شك فيه أن المشرع عندما اعتبر الكفالة عقدا شكليا يفترض تسميته بمحرر رسمي أو وثيقة رسمية ،وأراد المشرع من خلال ذلك أحاطته بجملة من الأحكام القانونية التي تستمد روحها من أحكام الشريعة الإسلامية على اعتبارها مصدرا أصليا لقانون الأسرة الجزائري، وتجسيدا لفكرة العقد الشرعي التي وردت في المادة 116، ومن ثم افتراض توافقه بالضرورة مع أحكام الشريعة الإسلامية، التي اشترطت هي الأخرى على الإشهاد على الالتقاط ونبين ذلك في ما يلي:

---

(1) فلا بد من تراضي طرفيه عن طريق تطابق إرادتيهما ويكون السبب مشروعا وحتى يكون العقد صحيحا لابد أن يصدر من ذي أهلية وا ٍ رادة سليمة طبقا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني الجزائري ،. ولا يكفي ذلك بل لا بد ان تبسط الجهات الرسمية رقابتها أثناء إنشائه مراعاة لما تطلبه المشرع من شروط من جهة ومراعاة لمصلحة الطفل المكفول من جهة ثانية التي تستمد روحها من الشريعة الإسلامية

(2) المادة 59 من القانون المدني الجزائري:" يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن اردتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية

(3) المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري.:" اذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما ، يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز ، وان لم يكن مميزا فانه لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"

ينبغي الإشهاد على الالتقاط حتى وا ٍنكان اللاقط ظاهر ا يتصف بالعدالة؛ لأن هذا أمر يترتب عليه حفظ حقوق اللقيط، خوفا من أن يعتدي على أمواله التي قد تكون بحوزته في أثناء التقاطه، ومن جهة أخرى الحفاظ على حريته ونسبه، فلو ترك دون إشهاد ربما يكون سببا في ضياع أحد حقوقه ونحن بصدد الحفاظ عليها ورعايته، وعلى هذا قال جمهور فقهاء المالكية والشافعية وبعض الحنابلة إن الشهادة تثبت له ولاية الحفظ، أما إذا ترك الإشهاد على قول الجمهور فلا يثبت للملتقط على اللقيط ولاية الحضانة، وجاز للحاكم نزعه منه، أما إذا كان الحاكم هو الذي سلمه فلا يجب الإشهاد عليه؛ لأنه سلم إليه بضوابط شرعية حفظت له كل حقوقه كاملة موثقة من قبل الحاكم. ومن هنا يرجح رأي الجمهور بالإشهاد عليه، فربما يكون هناك طرف آخر كان قد التقطه وأخذ أمواله ثم وضعه في مكان آخر مجردا من أمواله، كما لو وجد اللقيط في الأماكن المزدحمة بالفقراء، لئلا يتهم اللاقط بخطفه وسرقة أمواله التي كانت بحوزته.

ويرى البعض من فقهاء القانون أنه لا يكتفي بالإشهاد عليه فقط، بل ينبغي ضرورة الإعلان عنه؛ ليشيع أمره بين الناس ، حتى يتعرف عليه أهله إن كان قد ضاع أو خطف منهم مكيدة ونكاية[1].

وبناء على ما سبق وقياسا على أحكام الالتقاط في الشريعة الإسلامية التي تتطلب الإشهاد عليه، تمنح الكفالة بناء على طلب المعني وتكون سواء أمام القاضي المختص أو الموثق[2] طبقا لنص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري ، وعليه وان كان العقد هو الوسيلة القانونية التوافق إرادة الإطراف إلا أن إرادة المشرع لها الأثر الواضح في جميع مراحل الكفالة، و الالتزام الناشئ عنها هو التزام للقيام بعمل مصدره نص قانوني، وعليه فالنص القانوني هو الذي يحدد شروطه و مداه وآثاره وانقضاءه بعد إفراغ إرادة إطرافه في شكل رسمي .

(1) محمد ربيع صباهي مرجع سابق ، ص 797، 798
(2) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الاول ، الفنون المطبعية، الجزائر، 1993، ص 3

و بما أن الطفل القاصر طرف في عقد الكفالة، وعقد الكفالة بالنسبة له يكيف من العقود الدائرة بين النفع والضرر ، ومن ثم فلا يمكنه مباشرة العقد بنفسه ولا يمكن أن تكون لديه إرادة معتبرة من الناحية القانونية فيحل محله ممثله القانوني[1] ويختلف الوضع بحسب الطفل إن كان معلوم النسب أو مجهول النسب[2] .

وسيتم بيان ذلك في الفصل الثاني الجانب المتعلق بالإجراءات .

المبحث الثاني : تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها

الكفالة كلمة تدل على الرعاية والحماية لقاصر حرم من حنان أسرة تكفله وتقوم بشؤونه، هناك من الأنظمة من تشترك معها في هدف الرعاية لكن مع بعض الفروق البسيطة. وهذه الأنظمة هي الحضانة والتبني والولاية .

المطلب الاول:تمييز الكفالة عن نظم الرعاية البديلة

الفرع الأول: تمييز الكفالة عن الحضانة

من ناحية التعريف: قبل الغوص في التمييز بين النظامين فإننا في الوهلة الأولى نلاحظ ان المصطلحين يؤديان نفس المعنى ونفس الهدف وهو تحقيق جو أسري وآمن للقاصر ، لكن لو تمعنا أكثر نلاحظ الفرق كما يلي:

---

(1) الفصل 4 من القانون التونسي عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني الولاية العمومية: "يبرم عقد الكفالة لدى عدلين بين الكفيل من جهة وبين أبوي المكفول أو أحدهما إذا كان الآخر ميتا أو مجهولا أو عند الاقتضاء الولي العمومي أو من يمثله من جهة أخرى .ويصادق حاكم الناحية على عقد الكفالة"

(2)حسب المادة 11 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين: "لا تتم كفالة قاصر بلغ الثانية عشرة من عمره إلا بموافقته الشخصية" يأخذ بعين الاعتبار بلوغ الطفل القاصر سن التمييز وهو ما لم يشر اليه المشرع الا فيما يتعلق باستمرار الكفالة بالنسبة لمعلوم النسب في المادة 124 من قانون الأسرة وسن التمييز حسب القانون الجزائري هو 13 سنة

- **المفهوم اللغوي للحضانة:** من الحضن نقول حضن أي ضمه إلى صدره.

اصطـلاحـا: هي تربية الصغير والقيام بشؤونه خلال مدة معينة ممن له الحق في التربية والرعاية[1]

- أما الحضانة في قانون الأسرة الجزائري فهي حسب نص المادة (62) منه " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه وحفظه صحة وخلقا".

والحضانة يعرفها الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو المعتوه الذي يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه ويضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة، وهي واجبة للصغير لأنه يهلك بتركه[2]

اذن يمكن القول بان الكفالة تختلف عن الحضانة في:

1- أن الحضانة تتعلق بطفل اصغر سنا ممن هو في الكفالة، وهذا القول الذي يدعمه الشافعية الذين جعلوا الحضانة قبل بلوغ الصبي سبع (7) أو ثمان سنين(8) أما الكفالة فجعلوها بعد ذلك.

2- إن الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول، في حين الحضانة هدفها مد الحنان والرعاية دون أن تلزم الحاضن بالنفقة على المحضون..

3- للكافل الولاية القانونية على المكفول، أما الحاضن فليست له مبدئيا الولاية القانونية.

---

(1)الرشيد بن شويخ ، المرجع السابق ،ص255
(2)طاهري حسين،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما قانون الأسرة الجزائري بإجتهاد المحكمة العلياو المذاهب الفقهية مع التعديلات الجديدة 2005،الطبعة .دار الخلدونية ،2009 ص 151.

4- إن الكفالة التزام على وجه التبرع فلا يأخذ الكافل أي عوض بخلاف الحضانة التي يجوز اخذ أجرة.[1]

5- إن الكفالة تسند بقرار إداري، بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام موثق أو إمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي.

6- اشترط المشرع الجزائري في الكفالة الإسلام، أما في الحضانة لم يشترط ذلك في الحاضنة للاختلاف الفقهي القائم ما لم يكن الحاضن رجلا فلا نقاش في أن يكون متحدا في الدين مع المحضون[2]

7- تنتهي الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه عشرة (10) سنوات مع إمكانية تمديدها إلى 16 سنة والأنثى ببلوغها سن الزواج.[3]

إن الكفالة تشمل الحضانة المادية والمعنوية في حين تختلف عن الحضانة التي تتمثل في الجانب المعنوي

الفرع الثاني / تمييز الكفالة عن التبني :

إنمفهوم التبني هو اتخاذ الرجل ولدا ليس من صلبه ابن له وا ٍعطائه نسبه مع علمه بذلك، لذلك فالتبني يؤثر في النسب اذ ينتج اختلاط في الأنساب ويؤثر سلبا على الميراث إذا ما أصبح هذا الأخير وارثا متى توفرت شروط الميراث، لكن يختلف عن الكفالة في الشريعة الإسلامية وفي القانون الجزائري.

(1)نور الهدى عنيتر، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الليسانس في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013-2014 .،ص11.
(2)المرجع نفسه،ص36
(3)أنظر المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بموجب الأمر 02/05.

1- الفرق بين الكفالة والتبني في الشريعة الإسلامية:

أ- **من حيث المشروعية**:تعتبر الكفالة مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله وا إجماع العلماء، فمن الكتاب قوله تعالى:" قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتيننني به إلا أن يحاط بكم فلم ّا آتوه موثقهم قال الله على ما نقول وكيل". الآية (66) من سورة يوسف.

وقال جل شانه:" قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم". الآية 72 من سورة يوسف.

وجاء في السنة النبوية عن أبي إمامة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "الزعيم غارم" ومعنى الزعيم الكفيل والغارم والضامن.

وقد اجمع العلماء، على جوازها ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعض من عصر النبوة دون تكبير من احد الأعضاء، أما التبني فكما سبق وان رأينا فهو محرم تحريما قطعيا بالكتاب والسنة[1] إذ يقول عز وجل:" ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم لآبائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما" الآية (4 و5) من سورة الأحزاب.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أخرجه البخاري ومسلم:" ليس من رجل ادعى إلى غير أبيه وهو يعلمه إلا كفر"، وقوله أيضا:" من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم انه غير أبيه فالجنة عليه حرام".

(1) آمال علال، المرجع السابق، ص37.

إلا انه في حالة النسب من التبني الخطأ فلا إثم عليه لقوله تعالى:

" وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به". والدليل من السنة قوله صلى الله عليه وسلم:" إن الله تعالى رفع عن أمتي الخطأ والنسيان والأمر الذي يكرهون عليه".[1]

ب- من حيث الآثار:

لقد حرم الإسلام التبني ومنعه وأبطل كل آثاره وذلك من اجل صون الأنساب وحفظ الحقوق الأسرية التي ارتبطت في التشريع الإسلامي بجهات القرابة ذات العماد الواقعي بين الوارثين ومورثهم، وليس من ريب أن في هذا التبني حرمان الأب الحقيقي من أن يتصل به نسبه المتولد من المنسوب إليه في الواقع وفيما يعلم الله والناس، وفيه إدخال عنصر غريب في نسب المتبني: يدخل على زوجته وبناته باسم البنوة والإخوة ويعاشرهن على أساس منهم وهو أجنبي عنهن لا يباح للابن أو الأخ الحقيقي لهن، وبقدر ما تتركز هذه البنوة الكاذبة في هذه الأسرة فان البنوة الحقة في الأسرة الحقة،تسير إلى الفناء والمحور و الزوال وبذلك تضيع الأنساب ويختل التوازن[2] ،لذلك أمر الله سبحانه وتعالى أن تكون مكانة الأدعياء في المجتمع على أساس الأخوة في الدين والموالاة وذلك لكي لا يبقوا في المجتمع بغير رابطة بعد إلغاء نظام التبني لقوله تعالى:" فان لم تعلموا أبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم" الآية (5) من سورة الأحزاب. [3]

(1) آمال علال، المرجع السابق، ص38.
(2)وسيلة نامة، وسيله نامة، المركز القانوني للابن غير الشرعي، مذكرة تخرج لنيل شيادة الماجستير في القانون الخاص(أحوال شخصية ،) جامعه الشهيد محمد لخضر بالوادي، كلية الحقوق والعموم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر2014-2015. , . ص116
(3) المرجع نفسه، ص117.

وبالتالي نستنتج أن التبني محرم شرعا ولا ينتج أي اثر ولكن الشريعة لم تغلق باب إمكانية الاعتناء بطفل أو ولد الغير، بل أكدت على هذه المسالة ولكن بضوابط وحدود معينة والتي من شانها عدم اختلاط الأنساب وكذلك عدم الاعتداء على حقوق الغير[1]، على عكس الكفالة التي كانت البديل له فهي مباحة ومشروعة بالكتاب والسنة وترتب آثارها منها جواز امتلاك المكفول لحق الزواج بإحدى بنات الشخص الكافل، كما أن بلوغ المكفول لسن الرشد يعطيه حرية التصرف في نفسه وفي ماله إن كان قد جمع مالا لنفسه. [2]

2-الفرع الثاني :الفرق بين الكفالة والتبني في القانون الجزائري:

لقد اخذ المشرع الجزائري في تحريم التبني موقف الشريعة الإسلامية، وهو ما أكدته المادة(46) من قانون الأسرة. كما أكد هذا التحريم في العديد من قرارات المحكمة العليا .

في المقابل اعترف بنظام الكفالة الذي نظم أحكامه من المواد (116الى المادة 125) من قانون الأسرة، كما نظم مسالة اللقب بالنسبة للأطفال اللقطاء ومجهولي النسب في قانون الحالة المدنية (1)، لذلك فالكفالة في القانون الجزائري أن مفهومها لا يخالف ما تقدمه الكفالة في الشريعة الإسلامية، ولقد حدث في سنة 1992 أن رئيس الحكومة احمد غزالي اصدر مرسوما تنفيذيا بترقيم 24/92 السالف الذكر والذي يخول للكافل منح المكفولين المجهولي النسب ألقابهم العائلية طبقا للمادة الأولى منه.

إلا أن هذا المرسوم طعن فيه بحيث اعتبره البعض انه " تبني " في صورة جديدة واعتبر أصحاب هذا الرأي أن منح الأطفال المجهولي النسب لقب الغير فيها ضياع للنسب ودعوه بالنظام الفاشل (المرسوم) في غياب رقابة دستورية على القوانين وفي غياب المؤسسات التشريعية.

---

(1))وسيلة نامة، المرجع السابق ص117

(2) نور الهدى عنتير، المرجع السابق، ص12.

إلا أن الجدير بالذكر هنا أن القانون الجزائري لم ينفذ وحده بالتأكيد والتأييد للشريعة الإسلامية، بل كذلك معظم المجتمعات الإسلامية وخاصة بعدما اخذ المؤتمر القومي بالتحفظات على ما يخالف الأحكام الشرعية، إلا أن اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989 إذ تنص الفقرة (01) من المادة (20) منها على أن كل طفل محروم بصفة مؤقتة أو دائمة، من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له حفاظا على مصالحه العليا وتبين الفقرتان 02-03 من المادة كيفية تحقيق هذا الهدف وتضرب أمثلة لذلك بالحضانة أو الكفالة الواردة في القانون أو الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال بالبقاء في تلك البيئة، الحق في الحماية والمساعدة وهما خاصيتين توفرهما الدولة.(1)

المطلب الثالث/ تمييز الكفالة عن نظم النيابة الشرعية

نتناول فيه تعريف الولاية من ناحيتين اللغوي و الاصطلاحي ثم أنواعها و الأحكام التي نظمها المشرع الجزائري و نتوصل في الأخير إلى أهم الفروقات بينها.

1-الفرع الأولمفهوم الولاية و أنواعها

أولا:تعريف الولاية لغة واصطلاحا.

جاء في باب الواو في لسان العرب لابن منظور في تعريف "ولي ..."ولي في أسماء الله تعالى: الولي هو الناصر وقيل المتولي لأمور العالم والخلائق القائم بها ، قال ابن الأثير وكأن الولاية- بكسر الواو- تشعر بالتدبير والقدرة والفعل وذلك فيها لم نطلق عليه اسم الوالي ..."الولاية بالكسر في الإمارة ، والولاء في المعتق ، والموالاة من والى القوم ، قال ابن الأثير وقوله عليه الصلاة والسلام : "من كنت مولاه فعلي مولاه ، يحمل على أكثر الأسماء المذكور وقال الشافعي يعني بذلك ولاء الإسلام كقوله تعالى:"ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا و أن الكافرين لا مولى لهم"

(1)أنظر المادة 64 من قانون الحالة المدنية 20/70 السالف الذكر.

ّولي اليتيم الذي يلي أمره، و يقوم بكفايته.
وولي المرأة: الذي يتولى عقد النكاح عليها و لا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه[1]

2 /عرفت الولاية اصطلاحا: بأنها قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله[2] ،كما عرفت الولاية على القاصر: هي إشراف الراشد على شؤون القاصر الشخصية والمالية[3]، ومن خلال ما سبق نستنتج أن الولاية نوعان:

ا/ الولاية على النفس: تسمى ولاية تربية و الحفظ و تثبت للولد منذ ولادته حيا، وجعل الله سبحانه و تعالى ولاية تربية الصغير و حفظه لمن هو أشفق عليه وهما الأبوان وزرع الاعباء عليهما كل فيما يصلح له و يتناسب مع طبيعته و تحقق به مصلحة الصغير ومن غير ضرر و لا ضرار لقوله تعالى{: لا تضار والدة بولدها و لا مولود بولده ..} سورة البقرة، الآية 233.وولاية النفس تشمل تسميات فرعية: الحضانة و الكفالة و هي أشمل لأنها تعد ولاية التربية والحفظ(4)

ب/الولاية على المال:تثبت بقوة القانون مباشرة دون تدخل المحكمة فهي ولاية مفوضة بحكم صلة الدم و القرابة ، و يتفرع عن ذلك عدم جواز التنحي عن الولاية إلا بإذن المحكمة، فله أن يطلب إعفاءه من الولاية إذا كان في ظروف ما تقتضي ذلك كمرض أو كبر سن أو عدم دراية، و المحكمة لها مطلق السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلب التنحي بعد أن تمحص الأسباب التي يبنى عليها.[5]

---

(1)ابن منظور ، مرجع سابق ، ص. 4922،4920.
(2) باسم حمدي حرارة ، مرجع سابق ، ص3.
(3) أحمد علي جرادات ،الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الولاية و الوصاية و شؤون القاصرين والأرث و التخارج، الطبعة الأولى،دار الثقافة لنشر و التوزيع،عمان، ،2012ص 14.
(4) المرجع نفسه ، ص 15.
(5) المرجع نفسه ، ص 15.

الفرع الثاني/الولاية في قانون الأسرة الجزائري:

جاء تنظيم الولاية في الفصل الثاني من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري في المواد من 87إلى 91منه، حيث نصت المادة 87منه"يكون الأب وليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا، و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد."فالولاية تثبت بقوة القانون مباشرة دون تدخل المحكمة فهي ولاية مفوضة بحكم صلة الدم الوثيقة من القرابة مباشرة فالولاية تثبت لأب أو لأم على أولادها الشرعيين[1]،و عند طلاقهما تثبت لمن له حق الحضانة.

ولقد فرق المشرع بالنسبة للولاية على الأطفال القصر بين حالتين:

1.حالة قيام العلاقة الزوجية: تكون الولاية للأب بصفته رئيسا للأسرة، و في حالة غيابه أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة للأولاد.

1/ في حالة انقضاء العلاقة الزوج بسبب الطلاق: في حالة الحكم بالطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، و يجب أن ينص القاضي على ذلك في منطوق الحكم الفاصل في الطلاق،أو في حكم لاحق.

بسبب الوفاة: فهنا تحل الأم محل الأب المتوفي في الولاية على أولادها القصر، وهذا بقوة القانون و دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي[2]

والولاية لا تثبت للولي إلا إذا كانت تتوافر لديه الأهلية الكاملة لمباشرة التصرفات القانونية وهو يقدم على رعاية الأموال القاصر طبقا لأحكام قانون الأسرة المستمدة من الشريعة والتي تشترط أيضا اتحاد الدين: أي

أن يكون الولي متحد الدين مع القاصرين، فلا تثبت ولاية لغير المسلم على المسلم.

---

(1)محمد صالح الصديق: نظام الأسرة في الإسلام م د-ط، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ،الجزائر،1999ص 238

(2)لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05المؤرخ في 27فيفري 2005 مفسرا مادة للمبتدئين والممارسين ،الطبعة الأولى ،دار الخلدونية ، الجزائر، 2008، ص .83،84

كما لا ولاية للمسلم على غير المسلم ،وكذلك العدالة :وهي ضابط شرعي يقوم على الالتزام بالأوامر والنواهي الشرعية، والاستقامة على أمور الدين والأخلاق والمروءات، فلا ولاية للفاسق لأن فسقه يجعله متهم في دينه، ولا يوثق بتصرفاته ولا يؤتمن على المال، و رعاية مصالح غيره، و ألا يكون سفيها يخشى منه على مال القاصر ، وان تكون له القدرة على حفظ من قام به سبب الولاية وصيانته ، لأن الولي إذا كان شيخاً عاجزاً فإنه، يضعف الحفظ على نفسه فضلاً عن غيره ، ورعاية مصلحة المولى عليه في التصرفات[1] وقد جاء في نص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، و يكون مسؤول طبقا لمقتضيات القانون العام .و يجب أن يتحصل على ترخيص من القاضي بالنسبة للتصرفات التالية:

1.بيع العقار، و قسمته، و رهنه و إجراء المصالحة.

2.بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3ستثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شر كة.

4.إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".[2]وبالنسبة لأعمال الإدارة أو التصرفات البسيطة، يقوم الولي بالتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص أي كأنه يتصرف في ماله بما يحقق مصلحة القاصر و لايضر به، و إن ارتكب خطأ أو غشا أو تدليسا فإن مسؤوليته تقوم طبقا لمقتضيات المسؤولية المدنية و الجزائية، غير أنه يجب الحصول على ترخيص قضائي، صادر عن قاضي الأحوال الشخصية بالنسبة للتصرفات الأربع أعلاه كبيع العقار وقسمته ورهنه وا إجراء المصالحة بشأنه و بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، و استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

---

(1)باسم حمدي حرارة ، مرجع سابق ، ص10.

(2)المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري

و إيجار عقار للقاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لما يزيد عن سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد، و يجب على القاضي تحديد نوع التصرف بدقة في حكمه و كذا المال المنصب عليه عقار أو منقولا، وبالتأكد من كونه في مصلحة القاصر، وله في ذلك الاستعانة بالخبرة[1] تنتهي وظيفة الولي بصفة طبيعية إذا مات، أو في حالة موت القاصر أو من هو تحت الولاية كما تنتهي بعجزه عن ممارسة وظيفته، كأن يصاب بعاهة أو مرض مزمن يمنعه من مباشرة مهامه، أو بإصابته بمرض عقلي أو حالة من حالات نقص الأهلية أو فقدانها كلية، فيصبح هو بدوره في حاجة إلى نائب.و قد تنتهي بصدور حكم قضائي بإسقاط الولاية عنه بسبب ارتكابه الجريمة مصحوبة بعقوبة تبعية أو تكميلية تتمثل في الحظر عليه في أن يكون وليا، و كذا عندما يصدر حكم بالحجز عليه لسبب ما، قد يكون الحجز قانونيا.[2]

طبقا لنص المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري تنتهي وظيفة الولي:

1.بعجزه.

2.بموته.

3.بالحجز عليه قضائيا أو قانونيا.

4.بإسقاط الولاية عنه.

وانطلاقا مما سبق ذكره بين الكفالة و الولاية فيما يلي:

الكافل قد يكون قريب أو غريب عن المكفول، كما أن الكفالة تثبت بعقد شرعي، و أمام الجهة الرسمية بخلاف الولاية التي تثبت بقوة القانون للأب أو للأم على أولاده لصلة الدم بينهما[3].

---

(1) لحسين بين الشيخ آث ملويا، مرجع سابق ، ص85.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الزواج و الطلاق"، الجزء الثاني ،الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2004ص202.

(3)عبد الحميد الشواربي، :عبد الحميد الشواربي :مجموعة الاحوال الشخصية في الفقه و القضاء، (د-ط) منشاة ، ص931.

وللأم أيضا في الحالات التي وضحها القانون وطبعا إذا كان الشخص معلوم النسب، غير أن الوضع يختلف بالنسبة لمجهول النسب حيث لم يشر المشرع في قانون الأسرة الجزائري من تكون له الولاية على الطفل القاصر مجهول النسب[1] كما انه أغفل مؤسسة هامة في نظام الولاية،تتمثل في المجلس العائلي [2] ولم يحدد مضمونه في قانون الأسرة الجزائري، و حسب ما هو معمول به ميدانيا حسب الدكتور غوثي بن ملحة، يتكون المجلس العائلي من أربع أعضاء، يتم تعيينهم من القاضي الموجود بالدائرة التي تمارس فيها الولاية و يكون اختيارهم من بين أقارب القاصر أو من الأصهار، اثنين من جهة أبيه، و اثنين من جهة أمه[3] ولابد أن يكون أعضاء المجلس العائلي سالمين من كل ما يتنافى و الوظيفة التي هي إجبارية ومجانية.و يرأس القاضي جلسات المجلس العائلي و تدون مداولاته في محضر[4]

---

(1)مقارنة بالقانون التونسي وهو ما يصطلح عليه بالولي العمومي في القانون التونسي الذي له نفس سلطات الولي الشرعي الفصل": يعتبر وليا عموميا للأطفال اللقطاء والمهملين:

متصرف و المستشفيات والمئاوى ومعاهد الرضع ومديرو الإصلاحيات ومئاوى الأطفال عندما يتعهدون بحفظهم "....القانون التونسي عدد 27لعام 1958المؤر ّخ في 4مارس 1958المتع ّلق بالولاية العمومية والكفالة والتبّ ني الولاية العمومية

(2)أشار إليه في المادة 5من القانون التجاري تنص المادة 5 من قانون التجاري الجزائري " لا يجوز للقاصر المرشد، ذكر أم أنثى، البالغ من العمر 18سنة كاملة و الذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية.

-إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة،فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب و الأم.

ويجب أن يفدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري.

(3)الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الأولى، 2005، الجزء الأول ، ص204.

(4)المرجع نفسه ، ص205.

ملخص الفصل الأول :

ومما سبق يمكن القول:

– إن الكفالة تعد من ابرز واهم أنظمة الرعاية الخاصة بالأطفال القصر الذين حرموا من حضن الأسرة الواحدة ، كما تعد الحل الأمثل للعائلات التي لن تتمكن من الإنجاب خاصة وان التبني محرما شرعا وقانونا لذلك اتخذ المشرع قانون الكفالة كبديل وحيد للتبني وكوسيلة ملائمة لحماية الأطفال المتخلى عنهم، طبقا للمادة (116) التي تنص على أن : «الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع للتكفل التام بقاصر من نفقة وتربية ورعاية بموجب عقد شرعي»

– وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في قانون الأسرة في الفصل السابع من الكتاب الثاني – المتضمن النيابة الشرعية في المواد من 116 إلى 125.

–و تتميز الكفالة بأنها التزام تبرعي فهي تضع المكفول في مرتبة الابن الشرعي، وترتب التزامات على عاتق الكافل شرعا وقانونا، ويعاقب الكافل عند الإخلال بالتزاماته في الولاية عن المكفول.

– تنفرد الكفالة بعدة خصائص أهمها أنها:

– التزام تبرعي تضع المكفول في مرتبة الابن الشرعي

– الالتزام يكون على وجه التبرع

– تتميز الكفالة عن بعض النظم المشابهة لها كالحضانة و التبني والولاية. وان كانوا في الوهلة الأولى يبدوا أنهم يؤدون نفس الهدف وهو تحقيق جو اسري ورعاية للطفل القاصر ،لكن لو تمعنا أكثر نلاحظ الفرق بين هذه النظم .

الفصل الثاني:

تنظيم الكفالة من حيث الشروط والآثار والانعقاد

المبحث الأول:شروط إسناد الكفالة وا إجراءاتها

سنتطرق في هذا المبحث إلى الشروط المطلوبة في الكافل والمكفول في المطلب الأول، بالإضافة إلى الإجراءات القانونية التي يجب إتباعها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: شـــروط الكفالة

1- الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافـــــل

الكافل والقائم بأمر اليتيم المربي له والمنفق عليه لقوله تعالى": وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم" الآية 44 من سورة آل عمران، وقوله سبحانه:" فتقول هل أدلكم على من يكفله" الآية 40سورة طه ، والكافل هو القائم بشؤون القاصر المربي له والمنفق عليه، وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في مادتيه (117) والمادة (118) منه نجدهما قد حددا شروطا عامة التي يجب أن تتوفر في الكافل سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا فالهيئة المكلفة بان تعقد عقد الكفالة أن تتأكد من توافر هذه الشروط في الكافل وهي:الأهلية،العقل، الإسلام،القدرة.لكن عمليا القاضي يتحقق من عدة شروط أخرى ضرورية غير تلك الواردة في المادتين السالفتي الذكر والشروط الواجب توفرها في الكافل هي :

ا- الشروط العامة

1- شرط الأهلية:

ويعني أن يكون هنا الكافل بالغا راشدا غير محجور عليه لسبب الجنون أو العته، وهذه حالة ظاهرة إذ يمكن التعرف على الشخص طالب الكفالة هل متمتعا بقواه العقلية أم لا ؟ فإن ثبت عدم تمتعه بالأهلية رفض الطلب لان هذه المسألة من النظام العام إذ يجوز للنيابة تقديم طلب الحجر إلى المحكمة وبالتالي لا يمكن له كفالة غيره بموجب الحكم القاضي بالحجر.

2- شرط العقل : مادام الكافل يقوم بتصرف يتضمن التبرع فلا بد أن تتوفر فيه أهلية التبرع الخالية من كل العيوب فإذا ما عيبت إرادته بأي سبب كالجنون، العته، الغفلة، السفه، أي ما يجعل إرادته معيبة وبالتالي لا يمكنه التبرع" لوجود تلك العيوب أو ظهورها ، و إذا ما أبرمت عقود تصرف تكون قابلة للإبطال، فما دامت هذه بشأن نفسه، فكيف يمكنه القيام بشخص آخر وبالتالي تنقضي معها الكفالة والأهلية هنا تتضمن أساس العقل(1)

3 - شرط الإسلام: لقد أوجب قانون الأسرة شرط الإسلام في مادته 118 إذ تنص "يشترط أن يكون الكافل مسلما يدين بالإسلام حتى يمكنه أن يتكفل بطفل، وأساس ذلك يرجع إلى أن الكافل يمارس الولاية على نفس المكفول، ويتولى كل أموره على ذلك، وذلك لقوله تعالى "بشر المنافقين بأن لهم عذاب أليما الذين يتخذون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ايبتغون عندهم العزة فإن العزة الله جميعا "وقوله تعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا." ومادامت الكفالة ترتكز أساسا على رعاية المكفول فإن الإسلام هو الديانة الفضلى في تربية الفرد وفي تكوين أخلاقه لقوله عز وجل " يا محمد إنك لعلى خلق عظيم". والأخلاق الإسلامية تتضمن الصدق والأمانة وروح المسؤولية، وهذه الصفة الأخيرة هي التي تجعل المكفول عندما يكون لدى الكافل في مأمن من كل ما قد يتعرض له من ضرر نظرا لروح المسؤولية التي يتصف بها المسلم الكافل. وما دامت الجزائر حسب الدستور ديانتها الإسلام، فإذا وجد أي طفل حديث الولادة فوق أرضنا، فإنه يكتسب الجنسية الجزائرية، باعتبار مجهول الأبوين أو مجهول الأب ما لم يثبت خلاف ذلك[2].

---

(1) طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة ،14سنة 2003/2004ص .3

(2) المرجع نفسه ، ص35

طالب الكفالة أجنبي الجنسية:

حسب نص المادة 13مكرر 01قانون 05/10أجاز المشرع للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة وبغض النظر عن دينهم فإن قواعد الإسناد المحددة في المادة السالفة الذكر تستوجب على القاضي فقط مراعاة قانوني مقدم طلب الكفالة والطفل المكفول عند العقد إنشاء وعليه فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانوني الأجانب يجيزا الكفالة، مع العلم أن طالب الكفالة والمكفول ليسا من جنسية واحدة فهنا القاضي بعد التحقيق الذي يجريه يقوم بتحرير عقد الكفالة.

أما حالة ما إذا كانا من نفس الجنسية)الكافل والمكفول (وقانونهما يجيز الكفالة هنا نفس الشيء القاضي يحرر عقد الكفالة، لكن إذا كان أحد القوانين لا يجيز فإنه بالطبع لا يمكن تحرير عقد الكفالة لأن المادة 13مكرر1 تلزم القاضي أن يراعي القانونين معا يوم تحرير العقد في حين آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط

أما حالة ما إذا كانا من نفس الجنسية (الكافل والمكفول) وقانونهما يجيز الكفالة هنا نفس الشيء القاضي يحرر عقد الكفالة، لكن إذا كان أحد القوانين لا يجيز فإنه بالطبع لا يمكن تحرير عقد الكفالة لأن المادة 13مكرر 1 تلزم القاضي أن يراعي القانونين معا يوم تحرير العقد في حين آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط

4- شرط القدرة : ويقصد المشرع بالقدرة هنا الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون بطالا وليس له مورد رزق،إذ أنه عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقيق من هذه القدرة، وا ٍلا رفض الطلب مراعاة لمصلحة الطفل(1).

(1) طلبة مالك، المرجع السابق، ص21

والشيء الملاحظ أنه من المفروض مثل هذه الشروط المتعلقة بالوضعية المادية للكافل أن ينظمها بمقتضى التشريع ويبين كيف تثبت هذه الوضعية هل بشهادة العمل أم كشف الرواتب،أم السجل التجاري، وغيرها من الوثائق الضرورية في العقد حتى لا تطرح مشاكل عملية أمام القاضي والمتقاضي ،إن هذه الإشكاليات هي عملية يواجهها المواطن والقاضي يوميا إذ كان من المفروض النص عليها صراحة في قانون الأسرة حتى يزول الغموض ولا يكون تناقض في التأويلات بين جهات القضاء الجزائري وكي توفر أحسن رعاية للطفل القاصر.

كما نلاحظ أن مواد الكفالة في قانون الأسرة غير واضحة إذ ألكثير يقتصره على الرجل وهناك البعض لا يميز بين المرأة والرجل لكن بقراءة نص المادة : 118 قانون الأسرة نجد المصطلح يؤكد على الكافل الرجل وليست المرأة الكافلة، فمن المفروض أن ينص المشرع على أن للمرأة الحق فيطلب الكفالة لأنها هي أولى من الرجل في رعاية الطفل وتنشئته وتربيته وا ٍعطائه الحنان بحكم أن مرحلة الطفولة تكون دائما بين أحضان المرأة وليست بين أحضان الرجل بحكم طبيعة كل منهما لكون الرجل معظم وقته يسعي في الخارج وراء العمل.

أما فيما يخص جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة:

فإنه لا يوجد نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة مثل : المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي، مع العلم أن مثل هذه الأشخاص الاعتبارية عادة لها ملاءة مالية وتسيير بشري لائق يمكنها التكفل بالأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب، وحتى الأطفال معلومين النسب والدين عائلاتهم ليست لهم الإمكانيات المادية المعيشة إذ أنه من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة وا ٍعطائها الحق في الكفالة أحسن من أن تقوم عائلات ببيع أبنائها لعدم القدرة أو قتلهم،لأنه هناك عدة عائلات تقوم بيع أبنائهم لا لشيء وا ٍنما لعدم توافر الوسائل المالية المعيشية .

إلا أن حق الأشخاص المعنوية المكلفة برعاية الأطفال نص عليه المشرع المغربي صراحة على هذا الحق وأشترط إن تكون الجمعية أو المؤسسة مؤهلة قانونا ومعتمدة قانون وان تسهر على تنشأة المكفول تنشئة إسلامية بحتة وا ٍلا رفض الطلب أو قام القاضي المكلف بشؤون القصر بإلغاء الكفالة.

ب/الشروط الأخرى التي لم يذكرها قانون الأسرة

ا- **سن الكافل:** لم يحدد سن معينة للكافل، لكن من خلال الزيارة الميدانية لمؤسسة الطفولة المسعفة بالمسيلة وحسب تصريحات القائمين عليها فإنها تشترط السن الأقصى لسن الكافل 60سنة للزوج و 50 سنة للزوجة.

ب- شرط الزواج: نجد أن المشرع الجزائري سكت عن هذه المسالة لكن بالرجوع للواقع العملي على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي فإنها تشترط في طالب الكفالة تقديم وثيقة عقد الزواج باعتبار أن مصلحة المكفول تتطلب رعايته في وسط عائلي.

ج- **شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة:** إذا كانا الزوجان على قيد الحياة فلا يوجد نص قانوني ينظم هذه المسألة برغم أنها ضرورية في تنشئة القاصر المكفول لتحقيق الغرض المطلوب من الكفالة وهو رعايته في وسط اسري ، مع العلم أن رضا طالب الكفالة أي الزوج فقط هذا لا يعني دائما موافقة الزوجة، لهذا من اجل مصلحة الطفل الفضلى من المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين معا أمام القاضي أثناء التحقيق ويتم سماعهما وتحرير محضر بذلك. لكن نجد انه على مستوى المحاكم لا يتم تحرير محضر الموافقة للزوجين أمام القاضي إذ يكفي إحضار شاهدين فقط وحضور الأطراف.(1)

(1)امال علال، المرجع السابق، ص 78.

2- الفرع الثاني :الشروط المتعلقة بالمكفول

المكفول هو القاصر الذي تمارس عليه الرعاية في عقد الكفالة، ومما يمكن ملاحظته أن هذا الأخير لم يرد بشأنه أي شرط لذلك علينا أن نحدد بعض الشروط المطلوبة في حق المكفول وهي:

أ- **ان يكون المكفول قاصرا** :بالرجوع إلى نص إلى المادة 2/40 من القانون المدني جزائري في فقرتها الثانية التي تحدد سن الرشد ب 19 كاملة ،فيفهم منه بمفهوم المخالفة ان الولد القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي (19) سنة.

ب- عن أصل المكفول: كما هو وارد في المادة (119) من قانون الأسرة " الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب" وفي ذلك صورتين:

1- حالة المكفول معلوم النسب: وهو الولد الذي أبويه معلومين ، فان كان الاثنان على قيد الحياة يتعين رضاهما على الكفالة وا ذ توفي احدهما أو كان عاجزا عن التعبير عن إرادته في شان الكفالة، فموافقة من هو على قيد الحياة تكفي.

وأخيرا إذا توفي الأبوان الاثنان أو عجزا عن التعبير عن إرادتهما لأسباب ما، يكون القول للمجلس العائلي، بعد موافقة من كان في حضنه الولد.(1)

وفي هذه الحالة يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي وهذا ما أكدته المادة (120) من قانون الأسرة بنصها" يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب".

(1)الغوثي بن ملحة: المرجع السابق ص 170.

2- حالة المكفول مجهول النسب:إذا كان المكفول مجهول النسب كاللقيط مثلا فان المكلف بمصلحة النشاط الاجتماعي هو الذي يوافق على الكفالة ولا فرق أن يكون المكفول ذكرا أو أنثى(1)ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على كفالة قاصر أجنبي من قبل جزائري أو العكس حالة ما يكون الكافل أجنبيا والمكفول جزائريا بالرغم من انه في المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني المتعلقة بقواعد الإسناد نصت على انه يمكن ان يكون طرف أجنبي في العقد أو كلاهما أجنبيا بالإحالة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي الداخلي في مجال الكفالة، لكن المشرع في قانون الأسرة لم ينص ولم ينضم هذه الحالة بالإجازة أو الرفض.(2)

كما تنص المادة (120) من قانون الأسرة أيضا على مسالة اللقب بالنسبة لحالة المكفول مجهول النسب حيث أشارت المادة السالفة الذكر إلى تطبيق المادة (64)

من قانون الحالة المدنية والتي تسمح لضابط الحالة المدنية بإعطاء اسم للطفل. ولان حق امتلاك اللقب من الحقوق المنصوص عليها قانونا(3) غير انه بعد صدور المرسوم ر قم 24/92 المؤرخ في 13 يناير 1992 بإمكان الكافل أن يطلب تغيير لقب المكفول ليصبح مطابقا للقبه بشرط أن يكون الطفل مجهول النسب من الأب وان يكون قاصرا، وبموافقة الأم في حالة وجودها على قيد الحياة.(4)

وعليه فانه ليس للمكفول شروط كما في حالة الكافل لان المشرع في المادة (120) السابقة الذكر أشار إلى السن والى الفئة التي تستحق الكفالة بقولها: معلوم النسب أو مجهولة.

(1) الغوثي بن ملحة: المرجع السابق ، ص170.
(2) آمال علال، المرجع السابق، ص81.
(3) انظر المادة 28 من القانون المدني الجزائري.
(4) لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص338-339.

3 – الفرع الثالث: الشـــروط المتعلقة بعـقد الـكفالة

الكفالة باعتبارها عقد يستوجب لقيامه توفر ركن التراضي الذي يجب ان يكون خاليا من عيوب الإرادة المنصوص عليها في القانون المدني (الغلط المادة 81– التدليس المادة 87 – الإكراه المادة 8 الاستغلال المادة 90 –(وركن المحل المواد 92–93–94) وركن السبب (المادة 98 من القانون المدني) بالإضافة إلى ركن الشكل.

ونعني بالتراضي أي تطابق الإرادتين بين الكافل من جهة وبين أبوي المكفول أو المؤسسة التي بها صلاحية إبرام عقد الكفالة من جهة ثانية، وان الشريعة الإسلامية رغبت في الكفالة لان الهدف منها هو رعايتهم وتربيتهم وحضانتهم و النفقة عليهم باعتبارهم إخوانا لنا(1) لقوله تعالى:" وان تخالطوهم فإخوانكم" الآية 220 من سورة البقرة.

ولان أحكام الكفالة في القانون الجزائري مستمد بشكل مباشر من الشريعة الإسلامية والهدف منها هو توفير الرعاية لمن هم في حاجة إليها.

ومما يجب ذكره ان عقد الكفالة يتم إما أمام المحكمة أو أمام الموثق حسب نص المادة (117) من قانون الأسرة الجزائري .

أ– **الكفالة أمام القضاء:** تتم بموجب أمر أو حكم صادر عن رئيس المحكمة أو قاضي شؤون الأسرة(2).

---

(1)حسن زقور، احكام القصر في الشريعة الإسلامية، القانون الوضعي، مجلة البحوث والدراسات، العدد 05، المركز الجامعي بالوادي، الجزائر، 2007. ص60.

(2)انظر المواد من 492 الى 495، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ب- الكفالة أمام الموثق: بموجب المادة (117) من قانون الأسرة فانه يجوز للموثق بناءا على طلب ذوي الشأن تحرير عقد الكفالة وذلك بعد إجراء التحقيق المتعلق بالكفالة ومراعيا مدى توفر شروط الكفالة. وعليه بمجرد تحرير هذا العقد تصبح له القوة التنفيذية مثل الحكم القضائي ولا يحتاج إلى المصادقة من طرف القاضي(1).

ج- الكفالة امام القنصلية :وهذا يكون في حالة طلب الكفالة بالنسبة للجزائريين المقيمين بالخارج فان ذلك الطالب يقدم على مستوى القنصلية من ذوي الشأن.

ومما يمكن استخلاصه مما سبق بالنسبة للشروط الخاصة بعقد الكفالة أن المشرع الجزائري حدد بعضها واغفل البعض الآخر دون نص تشريعي.

لذلك حدد التشريع إجراءات دقيقة في عقد الكفالة لأجل تلك المصلحة السامية لفئة الأطفال المحرومين من حضن عائلتهم.

المطلب الثاني: إجراءات الكفــالة.

تتمثل إجراءات انعقاد الكفالة في الجهات المتخصصة في إبرامها وتمر هذه الإجراءات بمرحلتين، فأولها المرحلة التمهيدية التي تعتمد فقط على قيام عقد الكفالة وعلى رضا الطرفين دون اللجوء إلى الهيئات التي اقر لها القانون صراحة تحرير هذا العقد سواء أكان الطفل القاصر معروف النسب وبالتالي يكون اتفاق بين طرفي العقد أبوي المكفول من جهة والكافل من جهة ثانية، أما إذا كان مجهول النسب فقد يكون معروف الأم ومهما يكن فان مصلحة النشاط الاجتماعي تكون طرفا في العقد باعتبار أن الطفل مجهول النسب تحت وصايتها وذلك بعد تخلي أمه عليه بناءا على محضر التخلي وهذا بالنسبة للأطفال مجهولي الأب، أو بعد نبذه في الشارع من طرف ذويه وبالتالي لا يعرف له احد من أقاربه، وأما المرحلة القضائية وهي الأهم حيث يتبلور في العقد ويصبح منتجا لآثاره القانونية(2) .

---

(1)وسيلة نامة، المرجع السابق، ص141.

(2) المرجع نفسه ، ص143.

من خلال هذا المطلب الذي قسمناه إلى فرعين الفرع الأول مخصص لدراسة المرحلة التمهيدية، أما الفرع الثاني سنتطرق فيه لدراسة المرحلة القضائية.

لكن قبل هذا نتعرف بإيجاز عن المؤسسات المتخصصة في رعاية الفئة المحرومة من الأطفال.

إن الدولة باعتبارها الحامي الأساسي عن طريق مؤسساتها لحقوق الفرد على رأسهم الطفولة خاصة الفئة المحرومة من كنف العائلة كان لزاما عليها إيجاد مكان لهؤلاء الأطفال(1)

لذلك أنشئت دور رعاية خاصة بفئة الأطفال الذين لا مأوى لهم ووضعت قوانين تنظم سير مهامها وهذه المؤسسات تتمثل في دور الرعاية المسعفة في الجزائر التي أنشئت بموجب المرسوم 80-83 المؤرخ في 1980/03/15 المتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين الصادر بالجريدة الرسمية العدد 12 المؤرخة ب 1980/03/13 حيث عرفت المادة 02 منه أن:" دور الأطفال المسعفين مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي توضح تحت وصاية وزير الصحة. إلا أن هذا المرسوم تم إلغاؤه بموجب المرسوم رقم 12-04 المؤرخ في 2012/01/04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة الصادر بالجريدة الرسمية العدد 5 المؤرخة في 201/10/29 . وعليه فان مؤسسة الطفولة المسعفة(2)عبارة عن مؤسسة تربوية بيداغوجية تستقبل الأطفال وذلك للاستفادة من التكفل النفسي والتربوي وذلك بحمياتهم من مختلف الأخطار التي قد تهددهم.(3)

(1)المرجع نفسه، ص55.
(2) المرجع نفسه ، ص 56.
(3)المرجع نفسه ، ص 58.

مديرية النشاط الاجتماعي هي مؤسسة ذات طابع إداري اجتماعي تهدف إلى خدمة مصالح الأفراد المكونين للمجتمع بكل فئاته لإعادة إدماج الفئة المهمشة كالأطفال المحرومين وهي تعمل تحت وصاية وزارة العمل والشؤون الاجتماعية والتكوين المهني فمن مهامها إدماج فئة الطفولة المسعفة في أسرة كفيلة ترعاهم.(1)

الفرع الأول: مرحلة الإجراءات التمهيدية.

وهي المرحلة التي يظهر فيها طرفي العقد، سواء كان المكفول معلوم النسب اومجهوله وتظهر تطابق إرادتهم ،ولقد أكد المشرع الجزائري على توافر رضا أبوي المكفول معلوم النسب صراحة في المادة (117) من قانون الأسرة الجزائري وعليه فان التعبير عن موافقة أبوي المكفول يكون بموجب ورقة رسمية وأقرت المادة (116) من قانون الأسرة الجزائري تتم بعقد شرعي.(2)

ولكفالة القاصر نميز بين كونه مجهول النسب وفيما إذا كان معلوم النسب:

أولا: حالة القاصر مجهول النسب: نفرق بين حالتين:

1- إذا كان معلوم الأم: لا بد من رضا الأم بان يتكفل الكافل بابنها القاصر وذلك للظروف التي قد تعيشها تلك نظرا لإنجابها طفلا خارج إطار الزواج الشرعي. فتقوم بالتخلي عنه ويكون ذلك على مستوى المستشفى فتقوم المساعدة الاجتماعية الخاصة بالمستشفى بتقديم لها محضر عن التخلي فتقوم الأم بملء البيانات الواردة في المحضر الخالص بالتخلي، وتسألها المساعدة الاجتماعية عن مدة التخلي هل هي مؤقتة أو نهائية مع العلم أن مدة التخلي المؤقتة تكون لمدة 3 أشهر وفي الأخير تقوم الأم بالإمضاء على المحضر والبصم عليه مع المساعدة. يوضع الطفل في دار الحضانة ليعيش فيها حتى يبلغ 3 أشهر وفي حالة لم تأتي الأم يحول إلى مديرية النشاط الاجتماعي.

(1)امال علال، المرجع السابق، ص92-93.
(2)الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص171-172.

وفي الأخير تقوم المساعدة الاجتماعية بالتفتيش عن العائلات التي ترغب بالتكفل(1) فيما إذا كان التخلي مؤقتا أو نهائيا فإذا كان محضر التخلي مؤقت فانه يمنع على مديرية النشاط الاجتماعي أن تسلم الطفل لأي كافل خلال مدة 03 أشهر من تاريخ تسلم الطفل ذلك انه يمكن خلال هذه المدة أن تقوم الأم باسترجاع طفلها كما يمكن أن تكون الأم قد سوت وضعيتها مع أب الطفل فإذا مرت مدة 03 أشهر بدون أن تطالب الأم باسترجاع طفلها ففي هذه الحالة يكون المكفول محلا للكفالة.(2)

أما إذا كان محضر التخلي نهائي ففي هذه الحالة يكون الطفل مباشرة بمجرد تسليمه لمصالح النشاط الاجتماعي محلا للكفالة وبالتالي بعد أن تتأكد المساعدة الاجتماعية أن التخلي نهائي تقوم هذه الأخيرة بالبحث في ملفاتها عن الأسرة التي تريد أن تكفل الطفل محروم من الأسرة لكن المساعدة الاجتماعية لا يمكنها أن تقرر إسناد الكفالة لأي عائلة إلا بعد القيام بإجراءات البحث والتحري عن الأسرة الكفيلة إلى جانب أخصائي نفساني حول تلك العائلة حيث تعد تقريرا حول ما يتعلق بالأسرة، هذا التقرير قد يكون ايجابيا أو سلبيا يوضح العديد من الجوانب حول هذه الأسرة(3)

2- إذا كان القاصر مجهول الأبوين(حالة اللقيط): فان القاصر يكون موجود على مستوى مؤسسة حماية الطفولة وبذلك نجد أن القانون لم يشترط رضا المكلف بهذه المؤسسة التي تقوم بدراسته، بل لا بد أن يحتوي على الوثائق

(1)نور الهدى عنتير، المرجع السابق، ص19.
(2)وسيلة نامة، المرجع السابق، ص148.
(3)المرجع نفسه ، ص148-149.

المطلوبة لطلب الكفالة ولا تمنح الموافقة إلا بعد التأكد من توفر كل الوثائق المطلوبة ثم تقوم المصلحة بتشكيل لجنة ولها الحق في الموافقة أو الرفض في طلب الكفالة، إذا قبلت اللجنة الكفالة تقول بإبلاغ الكافل ويقوم هذا الأخير بإحضار الوثائق وتسجل حينئذ في محرر رسمي عند رئيس المحكمة، وبالنسبة للمكفول يجب أن تتوفر لديه شهادة الميلاد وشهادة الوضع يقدمها مدير المصلحة للكافل.(1)

ويتكون الملف الخاص بطلب الكفالة بالنسبة للقاصر مجهول النسب من الوثائق التالية:

- شهادة ميلاد القاصر المكفول.
- شهادة ميلاد الكافل.
- تصريح شر في بعدم معرفة الأم الطبيعية للطفل إذا كانت مجهولة.
- عقد زواج الكافل.
- كشف الراتب للكافل وشهادة العمل.
- صور لبطاقة التعريف للكافل والشاهدين.
- طابع جبائي.

أما بالنسبة للأشخاص المقيمين بالخارج فانه بالإضافة للوثائق السابقة أعلاه تقديم الوثائق الآتية:

- بحث اجتماعي موقع قانونا من قبل مصالح القنصلية المختصة والمعنية.
- وصل أعباء أو عقد الملكية.
- نسخة من بطاقة القنصلية.(2)

(1)منتدى الاكليل، ابداع وتميز في الالتزام، يوم 28 مارس 2016، الساعة 10:08 (بتصرف)
(2)منتدى الجلفة، www.djelinfa.info ، يوم 15 ماي 2019 ، الساعة 16:15.

ثانيا: حالة القاصر معلوم النسب

في هذه الحالة يجب تقديم الوثائق التالية:

- شهادة ميلاد القاصر المكفول.
- تصريح شرفي لأبوي المكفول بتنازلهما عن كفالة ابنهما إلى شخص ما.
- شهادة ميلاد الكافل وشهادة عمل وكشف الراتب.
- عقد زواج الكافل.
- صور لبطاقة التعريف الوطنية للكافل وأبوي المكفول والشاهدين.
- الطابع الجبائي.
- شهادة عائلية.

وتدرج هذه الوثائق ضمن طلب خطي(1). ويقدم هذا الملف أمام القاضي أو الموثق أو أمام ممثل البعثات الدبلوماسية مع موافقة أبوي المكفول طبقا لنص المادة (117) من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: مرحلة الإجراءات القضائية:

عقد الكفالة يصدر بموجب حكم قضائي إذ يرفع الطلب بموجب عريضة متمثلة في طلب خطي يقدم من الكافل إلى القاضي وترفق العريضة بنسخة من مقرر الوضع المسلم من قبل المساعدة الاجتماعية للكافل وذلك بعد قبول ملف الكفالة من طرف اللجنة المكلفة بدراسة ملفات الكفالة إلى جانب الوثائق التالية(2):

(1)منتدى الجلفة، www.djelinfa.info ، يوم 15 ماي 2019 ، الساعة 16:15.
(2)وسيلة نامة، المرجع السابق، ص 153

- شهادة ميلاد طالب الكفالة.

- شهادة ميلاد زوجة طالب الكفالة.

- نسخة من عقد الزواج.

- شهادة عائلية لتأكد حول وجود أطفال للكافل أم لا.

- كشف الراتب لطالب الكفالة إن وجد.

- شهادة عمل لطالب الكفالة.

- طابع جبائي(15000) دج.(1)

وللقاضي المختص محليا، هو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب وان كان موطن الذي يطلب الكفالة خارج الجزائر، يرفع الطلب إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول(2)، ودور القاضي هنا يتصل فقط بالوظيفة الولائية بمعنى لم يحصل أمامه نقاش أو مرافعة كما أن القانون لم يلزم تدخل النيابة العامة(3). وعليه فان رئيس المحكمة أو قاضي التحقيق عندما يتلقى الطلب يقوم بدراسة الملف جيدا والتحقق من توفر الشروط المطلوبة قانونيا لانعقاد الكفالة طبقا لأحكام قانون الأسرة مع مراعاة انه طبقا للتعديل الجديد في القانون المدني في المادة 13 مكرر 1 فان القاضي الجزائري بموجب قواعد الإسناد يمكن أن يصدر حكم أو أمر بالكفالة يكون طرفيه أجنبيين أو احد أطرافه أجانب مقيمين على الإقليم الجزائري وذلك مع مراعاة للقانون الداخلي لكلا الطرفين عند إبرام العقد ما إذا كان يسمح بالكفالة أم لا. وعليه توسعت اختصاصات القاضي الداخلي بعدما كانت مقتصرة على الأطراف الجزائرية فقط.(4)

---

(1) المرجع نفسه، ص152.
(2)الغوثي بن ملحة، المرجع السابق،ص 172.
(3)أمال علال، المرجع السابق، ص94.
(4)، المرجع نفسه، ص94.

الأمر الذي يصدره القاضي هو غير قابل للطعن ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله عل هامش شهادة ميلاد المكفول(1).

إن القاضي يباشر إجراءات التحقيق مراعاة لمصلحة الطفل المكفول إذ انه عمليا يتطلب حضور جميع أطراف العقد وا ٍبداء رضا أبوي المكفول إذا كانا على قيد الحياة زيادة على ذلك إحضار الشاهدين اللذين يثبتان حسن سيرة طالب الكفالة، وان كانت من المستحسن أن ينتقل القاضي ويجري معاينة وميدانية لحالة طالبي الكفالة قصد الاطلاع على النوايا التي أدت إلى طلب الكفالة أو ما مدى استعدادهما لتحمل هذه المسؤولية وظروفهم المادية والاجتماعية فمن المفروض بعد إجراء هذا التحقيق يقرر القاضي إما الموافقة على طلب الكفالة أو الرفض حسب ما إذا كان التحقيق سلبيا أو ايجابيا(2).

وبعد صدور الأمر بإسناد الكفالة يتم التنفيذ وذلك بتحرير محضر تسليم الطفل المكفول إلى الشخص أو الجهة الكافلة وذلك بحضور ممثل النيابة أو السلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية(3)

وعليه نستخلص أن عقد الكفالة يمر بمرحلتين الأولى هي المرحلة التمهيدية والتي تعتمد على رضا الطرفين ولا بد أن يكون هذا الأخير صحيحا، ثم المرحلة القضائية والتي هي أهم مرحلة(4) والتي بعد صدور الحكم بالكفالة فيها فان ذلك العقد يرتب آثار بالنسبة لجميع الأطراف سواء الكافل أو المكفول، لكن بالرغم من أن الكفالة عقد مدني يكتسب طابع الإنسانية أي انه ذو طبيعة خاصة لكن بالرغم من ذلك ينقضي بشأنه شان باقي العقود الأخرى لأسباب تتعلق بطرفين أو لأسباب أخرى حددها الشرع والقانون.

---

(1)المرجع نفسه ، ص94.
(2)المرجع نفسه، ص94.
(3)منتدى الإكليل، الابداع المتميز في الالتزام، يوم 28 مارس 2016، الساعة 10:08.
(4)أمال علال، المرجع السابق، ص97

المبحث الثاني: آثار الكفالة وانقضاؤها.

بقيام الكفالة مستوفية لجميع الشروط التي اتفق على توفرها، ترتب مجموعة من الآثار التي تكون حقوق والتزامات للطرفين، وهذه الالتزامات تقع على عاتق الكافل.

كذلك عقد الكفالة ينتهي بأسباب تتعلق بأحد أطرافه أو بهما معا أو قد تكون متعلقة بتخلف ما اشترطه هذا العقد لقيامه صحيحا منتجا لآثاره التي تبنى عليها، وسوف نحاول من خلال هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين، المطلب الأول سنتطرق لآثار عقد الكفالة، أما المطلب الثاني سنخصصه لدراسة انقضاء هذا العقد.

المطلب الأول: آثار عقد الكفالة.

بمجرد انعقاد عقد الكفالة تؤول للكافل مهمة الأب في رعاية المكفول من نفقة وتربية وولاية على نفس المكفول ومن خلال هذا المطلب سنوضح واجبات الكافل نحو المكفول محددة شرعا والولاية المحددة قانونا.

الفرع الأول: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل

إن الكافل يكتسب من خلال عقد الكفالة الولاية على المكفول بالرغم من عدم تحديد المشرع لنوع تلك الولاية فهو أطلق عليها الولاية القانونية، ومن خلال هذا النوع سندرس ما نتيجة عقد الكفالة من آثار بالنسبة للكافل كالآتي.

– واجبات الكافل تجاه المكفول في قانون الأسرة الجزائري

حسب نص المواد 116–121 من قانون الأسرة الجزائري تتحدد الولاية على المكفول بعنصرين: عنصر متعلق بالمال وعنصر متعلق بالنفس.

1- الولاية على نفس المكفول (المادة 121 من ق.أ.ج) :

لقد شرعت هذه الولاية للمحافظة على نفس المكفول وصيانته وهي تتجسد في النفقة والعناية والتربية والتعليم وتعتبر كل هذه التزامات واقعة على الكافل بموجب عقد الكفالة وهو مجبر أن يؤديها وذلك بكل حرص لان هذا ما يجر إلى المسؤولية المدنية عن أخطاء أفعال المكفول التي تلحق أضرار بالغير وذلك حسب المادة 134 من القانون المدني.(1) أما الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة فهي جميع المنح العائلية والدراسية. وواجبات الإنفاق والرعاية التي تقع على عاتق الكافل نحو المكفول أكدتها المحكمة العليا فقد صدر قرار رقم 369032 بتاريخ 2006/12/13 " يجب على الكافل القيام على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا ما لم يثبت تخليه عن الكفالة" (2). أما في حالة طلاق الكافل فان آثار الطلاق وما يترتب عنها من حضانة ونفقة لا تسري على المكفول باعتبار الالتزام بالكفالة على وجه التبرع ولا ينتج هذا الالتزام اثر لها إذا كان هذا المكفول تحت حضانة ورعاية الكافل.(3)

2- الولاية على مال المكفول (المادة 121-122 من ق.أ.ج):

أجاز المشرع للكافل أن يدير أموال المكفول المكتسبة من الإرث والوصية لكن المشرع وضع شروطا للتصرف في أموال المكفول إذ يشترط أن يتصرف تصرف الرجل الحريص في ذلك وعليه أن يستأذن القاضي في تصرفات محددة على سبيل الحصر وللقاضي السلطة التقديرية في منحه الإذن أو عدم منحه، وهذه التصرفات التي تتطلب الإذن القضائي هي:

-بيع العقار وقسمته ورهنه وا ٍجراء المصالحة.

- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

---

(1) المرجع نفسه ، ص108.

(2)العربي بلحاج، قانون الاسرة وفقا لاحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة 1966 إلى 2010 ، د م ج، الجزائر، ط4، 2012، ص 454.

(3)انظر المحكمة العليا، غرفة احوال شخصية، قرار رقم 613481 ،الصادر ب2011/03/10 ، مجلة المحكمة العليا، عدد01، لسنة 2012،ص292 عن لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق ،ص235-236.

– استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

– إيجار عقار القاصر لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد، كما اشترط المشرع في بيع العقار بعد الحصول على الأذن أن يكون عن طريق المزاد العلني(1) وانه في حالة ما إذا تعارضت مصالح الكافل مع مصالح المكفول يرجع إلى أحكام المادة (90) من قانون الأسرة الجزائري.

وفي حالة الإخلال بأحكام هذه الولاية تطبق على الكافل أحكام المادة 380 من قانون العقوبات الجزائري . وعليه فالمشرع منح الولاية القانونية على الولد المكفول إلا انه شدد في عقوبة سوء استغلالها واخضع معظم التصرفات لرقابة القضاء

الفرع الثاني: آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول.

يرتب عقد الكفالة آثار بالنسبة للمكفول تعتبر من حقوقه على الكافل وقد اتفق القانون مع الفقه في الكثير منها باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الذي جاءت منه الكفالة وباعتبار المشرع الجزائري وافق الفقه في تحريم التبني.

– آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول في قانون الأسرة الجزائري.

رتب المشرع من خلال عقد الكفالة التزامات على عاتق الكافل تجاه المكفول وفي المقابل منحه جواز بعض الأولويات، ومن الآثار التي تنتج عن عقد الكفالة بالنسبة للمكفول ما يلي:

(1) نور الهدى عنتير ، المرجع السابق، ص26.

1- احتفاظ الطفل المكفول بنسبه: من خلال نص المادة 120 من قانون الأسرة الجزائري منح المشرع الجزائري للطفل المكفول الاحتفاظ بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وان كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية.(1)

2- جواز إمكانية الكافل التبرع للمكفول بالوصية أو الهبة: من خلال نص المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري أعطى المشرع للكافل رخصة التبرع عن طريق الهبة حال الحياة أو الوصية حال الموت للولد المكفول في حدود الثلث بالنسبة للوصية لأنه لا توارث في الكفالة وهو الموقف الذي ساير فيه التشريع الجزائري الشريعة الإسلامية.

3- إمكانية عودة المكفول إلى والديه الأصليين: حسب نص المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري يمكن لوالدي المكفول استرجاعه لكن بشروط حددها المشرع وهي في حالتين:

أ- في حالة عدم بلوغ المكفول سن التمييز: حدد المشرع الجزائري سن التمييز ب 13 سنة حسب نص المادة 42 من القانون المدني ويسترجع الأبوين ولدهما عن طريق تقديم طلب لرئيس المحكمة يبين فيه سبب الاسترجاع والقاضي في هذه الحالة يقوم بإجراء تحقيق حول أسباب ذلك الطلب مراعيا مصلحة المكفول، لذلك قد يتم رفض الطلب أو قبوله(2)

ب- في حالة الولد المكفول مميز: يخير بين العودة أو البقاء حسب نص المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري، وهذه الحالة في الواقع العملي صعبة التنفيذ قضائيا باعتبار أن إجراءات الكفالة تتم عن طريق القضاء فكان لزاما على المشرع أيضا في حالة عودة المكفول إلى والديه أن يتم بنفس طريقة منح الكفالة.

---

(1)انظر المادة 120 من قانون الاسرة الجزائري.
(2) آمال علال، المرجع السابق، ص 113(بتصرف)

المكفول مجهول الهوية لما يتعرض له من مشاكل التي من بينها اختلاف لقبه عن لقب العائلة الكافلة له. لكن حدد شروطا لذلك :

– **إمكانية الكافل طلب تغيير لقب المكفول مجهول الأب بمنح لقبه العائلي:** المبدأ أن المكفول يحتفظ بنسبه الأصلي، لكن بصدور المرسوم التنفيذي 92–24 المعدل والمتتم للمرسوم رقم 71–157 المتعلق بتغيير اللقب والمشرع من خلال ذلك المرسوم اوجد الحل لهوية الطفل

– ضرورة وجود عقد كفالة.

– ضرورة أن يكون المكفول قاصرا مجهول النسب.

– أن تكون للكافل رغبة لمنح المكفول لقبه.

– موافقة أم المكفول إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.(1)

وقد حدد المشرع إجراءات خاصة لذلك بداية من إحضار الوثائق المطلوبة لذلك المكونة من ملف يحتوي على:

– طلب خطي باسم الولد المكفول ولفائدته يوقعه الكافل شخصيا ويكون هذا الطلب متضمن مطابقة لقب الكافل بالمكفول موجه إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام،

–عقد ميلاد الكافل الأصلي ويجب أن لا يزيد تاريخه عن سنة.

– عقد ميلاد الطفل المكفول أصلي ولا تزيد مدته عن سنة.

– نسخة أصلية أو مصادق عليها من عقد الكفالة المحرر وفق المادتين 116و117 من قانون الأسرة الجزائري كذلك المادة 492وما يليها من قانون إجراءات مدنية وا إدارية.

---

(1)وسيلة نامة، المرجع السابق، ص179

– شهادة الوضع المسلمة من مصالح مديرية النشاط الاجتماعي نسخة أصلية ويجب أن تحمل هذه الشهادة توقيع وختم مدير النشاط الاجتماعي المختص هذا في حالة إذا تم تسليم الطفل من طرف مديرية النشاط الاجتماعي.

– عقد توثيقي شرعي يتضمن موافقة الأم البيولوجية على مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الكافل وهذا في حالة إذا كان الطفل سلم للكافل من طرف الأم البيولوجية.(1)

بعد تقديم هذا الملف يجرى تحقيق قبل الموافقة على ذلك الطلب وهذا التحقيق يجريه وكيل الجمهورية المختص إقليميا بعد انتهاء التحقيق يعيد وكيل الجمهورية إرساله حسب التدرج السلمي إلى النائب العام والذي بدوره يرسله إلى وزير العدل، وبعد استلام وزير العدل ذلك وفي حالة قبول الطلب يأمر النيابة بتنفيذه والتي بدورها ترسل في هامش الطلب إلى ضابط الحالة المدنية الذي يؤشر عليه على هامش سجل الحالة المدنية بعد تسجيله بسعي من النيابة العامة ويلحق في الأخير لقب المكفول بالكافل.(2) وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية لهذا اللقب الممنوح فهو حماية للمكفول فقط فهو لا يلغي هويته الأصلية التي تمت وفقا لأحكام المادة 64 من الأمر 70–20 المتعلق بالحالة المدنية إذ تبقى هذه الهوية في سجل الحالة المدنية(3) .

لكن ذلك المرسوم اعتبره البعض تبني بطريقة غير مباشرة لان فيه تغيير لنسب الولد المكفول.

(1) المرجع نفسه ، ص179
(2)المرجع نفسه، ص180 (بتصرف).
(3) المرجع نفسه، ص187-188 (بتصرف).

المطلب الثاني: انقضاء عقد الكفالة.

أخذت الكفالة مفهوما موحدا بين الفقه والتشريع من خلال الهدف الذي ناشدت به وهو رعاية من فقد حضن العائلة ولكن هذه الرعاية قد تنتهي لأسباب معينة فالشريعة حددت انتهاء كفالة اليتيم إلى حد رشده وليس بلوغه أما القانون الجزائري فقد حدد إلى جانب بلوغ المكفول سن الرشد أسباب أخرى كمطالبة أبويه في حالة ما إذا كان معلوم النسب رجوعه إليهم أو

تخلف الشروط المنصوص عليها في المادة 118 أو وفاة احد أطراف عقد الكفالة ومن خلال هذا المطلب سنتطرق لانقضاء الكفالة في الشريعة الإسلامية ثم القانون الجزائري.

الفرع الأول: انقضاء الكفالة في الشريعة الإسلامية.

لم تحدد الشريعة الإسلامية انتهاء كفالة اليتيم ببلوغه سن الرشد، يقول الدكتور مجدي عاشور مفتي الجمهورية المصري أن الكفالة لا تتوقف بمجرد بلوغ اليتيم بل تستمر حتى استغناءه عن الناس وبلوغه حدا الذي يكون فيه قادرا على الاستقلال بشؤونه والاكتساب بنفسه فالكفالة باقية ما بقيت الحاجة إليها وأجرها مستمر ما دام مقتضيها باقيا موضحا أن تحديد المرحلة أو السن التي يتم فيها استقلال اليتيم بنفسه رعاية وكفاية واكتسابا بحيث تنتهي كفالته عندها هو أمر يخضع لحالاته وقدراته الذاتية واستعداده النفسي كما يخضع للعرف والنظام المجتمعي وطبيعة العصر الذي يحي فيه لقوله تعالى:" وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم" الآية 6 من سورة النساء. وأضاف أن مرامي الإسلام ومقاصده من كفالة اليتيم تتجلى في رعايته في جميع شؤون حياته ومعيشته مأكلا ومشربا وملبسا ومسكنا وتأديبا وتعليما وتثقيفا وزواجا وغير ذلك من ضروريات الحياة وحاجياتها كما يصنع الوالدان لولدهما سواء بسواء.(1)

(1)موقع: www.ahram.org.eg يوم 20 افريل 2019، الساعة 13:20.

كما انه إذا بقي اليتيم به سفه أو جنون فيظلم في حكم اليتيم وتستمر كفالته والبنت تبقى في الكفالة حتى تتزوج.(1)

الفرع الثاني: انقضاء عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادتين 124 و 125 من قانون الأسرة الجزائري على الحالات التي تنتهي فيها كفالة الولد المكفول وهي كالأتي:

أولا: تخلف احد الشروط الواردة في المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري.

بما أن عقد الكفالة من مميزاته انه ينصب على القيام بقاصر وشؤونه أي على حياة إنسان فان القائم بشؤون ذلك الإنسان يجب أن تتوفر فيه الأهلية والإسلام والقدرة على القيام بالمكفول وما دامت هذه الشروط قائمة في حق الكافل فان عقد الكفالة يبقى قائما ومنتجا لآثاره. إلا انه عندما يطرأ أي تغير على هذه الشروط يجعل الكافل غير كفء في القيام بشؤون القاصر.

أ- الأهلية: مادام الكافل يقوم بتصرف يتضمن التبرع فلا بد أن تتوفر فيه أهلية التبرع الخالية من كل العيوب فإذا ما عيبت إرادته لأي سبب كالجنون أو الغفلة أو السفه أي ما يجعل إرادته معيبة فلا يمكنه إبرام عقد التبرع(2) لوجود تلك العيوب أو ظهورها وذلك ما أبرمت عقود تصرف تكون قابلة للإبطال ما دامت هذه العيوب تحد من تصرفاته بشان نفسه فكيف يمكنه القيام بشخص آخر وبالتالي تنقضي معها الكفالة والأهلية هنا تتضمن أساس العقل.

ب- الإسلام: وهو الشرط الثاني الذي ورد في نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري ويرجع ذلك كما سلف القول إلى محل العقد الذي ينصب على القيام بالقاصر وشؤونه(3)، فلا بد أن يكون الكافل مسلما لان المكفول يكون على دينه ، فان غير الكافل دينه يكون سببا لانقضاء الكفالة.

---

(1)موقع: www.islamonline.net يوم يوم 20 افريل 2019، الساعة 14.00
(2)أمال علال، المرجع السابق، ص122
.- (3) المرجع نفسه، ص123 (بتصرف).

ج- القدرة على القيام بشؤون المكفول: باعتبار الكافل وليا على المكفول فإذا تعرضت هذه الولاية إلى أي عارض صحي يحول دون قدرته على القيام بشؤون المكفول أو يصبح فقيرا ولا يمكنه حتى إعانة نفسه يؤدي ذلك لانقضاء عقد الكفالة بسبب عدم قدرته على إعالة القاصر اجتماعيا وماديا ومعنويا لأنه أصبح عاجزا عن ذلك.(1)

ثانيا: حالة طلب الأبوان.

إذ انه وبالرجوع إلى المادة 124 نجد أنها تطبيق مثالي لما جرى للرسول (ص) مع زيد بن حارثة حينما خير زيد بالالتحاق بعائلته أو البقاء مع الرسول (ص) فاختار الرسول (ص) وهذا قبل أن يحرم الله التبني.(2)

إلا أن المادة 124 جاءت لتخير المكفول المميز بين العودة إلى أبويه أو احدهما إذا طلباه أو البقاء مع الكافل، أما إذا لم يكن مميزا فانه يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحته.(3)

ثالثا: التخلي. أما في حالة التخلي عن الكفالة من قبل الكافل وفي أي سنة كان عليها المكفول فان هذا التصرف طبقا للمادة 125 يجب أن يكون أمام الجهة التي أقرت الكفالة فإذا أقرته المحكمة فالتخلي يكون أمامها وإذا اقره الموثق فلا يكون التخلي إلا أمامه، شرط أن يكون ذلك بعلم النيابة العامة.(4)

---

(1)صالح حمليل،المركز القانوني للمكفول في قانون الأسرة الجزائريو المرسوم التنفيذي 92-24، مجلة الحقيقة، العدد الأول ، جامعة أدرار،الجزائر،2012،ص 192.
(2)المرجع نفسه، ص192.
(3)المرجع نفسه، ص192.
(4)المرجع نفسه، ص192.

رابعا: الوفاة: يقصد بها وفاة الكافل، فهنا تنتقل الكفالة إلى الورثة أن التزموا بذلك، ذلك أن

عقد الكفالة كما سبق هي التزام وبالتالي وتطبيقا للقواعد العامة في القوة اللازمة للعقود وانتقال الالتزامات، فان الورثة باعتبارهم خلفا عاما للكافل فان التزامه لا ينتقل إليهم إلا بموافقتهم ورضاهم وا ٍلا كنا في حكم التخلي، وفي هذه الحالة فعلى القاضي أن يسند أمره إلى الجهة المختصة بالرعاية(1).وتنص المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه "عند وفاة الكافل تعين على ورثته أن يخبروا دون تأخير قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة ويتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر حول الإبقاء على الكفالة إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها، يعين القاضي احد الورثة كافلا، في حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب الأشكال المقرر لمنحها" وتنص المادة 493 من نفس القانون على "ويفصل القاضي في طلب إنهاء الكفالة بأمر ولائي" وعند انتقال الكفالة لأحد الورثة فان القاضي يأمر بإجراء تحقيق فيما يراه مناسبا للتأكد من قدرة احد الورثة على الالتزام بواجبات الكفالة من ثم يعين كفيلا، تجدر الإشارة إلى انه فيما يتعلق باسم الطفل المكفول يبقى على اسم الكافل المتوفى ويعين هذا الوارث فقط بغرض تسيير أمور الكافل خاصة فيما يتعلق بالولاية، أما إذا قرر الورثة التخلي عن هذا المكفول فعليهم إخطار القاضي الذي اصدر الأمر بالكفالة حيث يبدون رغبتهم بالتخلي عن مكفول مورثهم وذلك بناء على طلب في شكل عريضة مقدمة للقاضي حيث ينظر هذا الأخير في طلب إنهاء الكفالة في غرفة المشورة وبعد اخذ رأي ممثل النيابة العامة(2)

(1) المرجع نفسه ، ص192-193.
(2) وسيلة نامة، المرجع السابق، ص197.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن انقضاء الكفالة.

بمجرد إنهاء أو إلغاء الكفالة فان الطفل المكفول يعود لحالته الأولى قبل كفالته و إذا كان قاصرا يعاد إلى مركز الطفولة المسعفة ويسقط عنه لقب العائلة الكافلة كما ترجع الولاية عليه إلى مصالح النشاط الاجتماعي ، كما انه يمكن للكافل التراجع عن وصيته للمكفول فانه إذا ترك ميراثا فلا يكون للمكفول أي شيء ذلك انه غير وارث ، حيث اجمع العلماء المسلمين أن اللقيط حر وبالتالي الأصل لا ولاء عليه إنما يرثه المسلمون ما دام ليس وارثا(1) ، وحسب قانون الأسرة الجزائري فان تركة المكفول تؤول إلى الخزينة العامة. ذلك أن أسرته الكافلة ليسوا من ورثته وبالتالي اخذ برأي الجمهور، وفي حالة وفاة المكفول في حادث مرور تسبب فيه الغير فانه يمكن للكافل أن يتحصل على التعويض جراء الوفاة باعتبار الكافل وليا قانونيا عليه فالتعويض عن الوفاة لا يعتبر ميراثا. وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها رقم 724804 المؤرخ في 2012/01/19 الصادر عن مجلة المحكمة العليا عدد 01 لسنة 2012 بقولها " إن التعويض عن حوادث المرور تحكمه نصوص خاصة ولا يشكل التعويض عن الأضرار الناتجة عن حادث المرور ميراثا ولا محل لتطبيق المادة 137 من قانون الأسرة عند التعويض عن حادث المرور" وفي حالة وفاة الكافل ورفض الورثة الالتزام بالمكفول فانه يرد إلى حالته قبل الكفالة إلا انه إذا كان الكافل أوصى له بوصية فمن حقه أن يتحصل عليها وان لم تعطى له يكون للجهات الوصية عليه أن تطالب بها باعتبارها وصية عليه(2)، أما إذا كان الطفل سلمته الأم للكفالة فلها أن تسترده بعد انتهاء الكفالة وان رفضت يوجه إلى مؤسسة الطفولة المسعفة بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة وعند إنهاء وانقضاء الكفالة يرجع المكفول إلى حالته الأولى قبل الكفالة ابن غير شرعي أو مجهول النسب(3).

---

(1) المرجع نفسه ، ص198.
(2)المرجع نفسه، ص198.
(3) المرجع نفسه، ص198-199.

ملخص الفصل الثاني :

حتى يصح عقد الوكالة ويرتب اثاره القانونية اشترط المشرع شروط عامة يجب ان تتوفر في الكافل والمكفول به وهي المذكورة في المادة و118و117من قانون الأسرة الجزائري : (لاسلام –العقل –القدرة –الأهلية)وا إتباع إجراءات قضائية ، إضافة إلى شروط أخرى لم يذكرها التشريع لكن عمليا يشترطها العقد مثل سن الكافل وشرط الزواج وموافقة الزوجين طالبي الكفالة ، إن النظام القانوني للكفالة إذا تم بشكل صحيح فإنه ينتج آثاره القانونية في كل من الكافل والمكفول كما يرتب حقوق والتزامات متبادلة بين الكافل والمكفول ، فالكافل يكون في دور الأب الحقيقي والمكفول في دور الابـن الأصلي ،ويجوز للكافل في عقد الكفالة أن يوصي للولد المكفول في حدود الثلث، كما يجوز له أن يهبه شيئا ما وفق ما هو محدد شرعا.

– كما يسمح المشرع للكافل بتغيير اسم المكفول مجهول النسب طبقا للمرسوم التنفيذي رقم: 24/92 المؤرخ في: 13 جانفي 1992 ، وذلك قصد مطابقة اسمه مع إسم الكفيل مراعاة للحفاظ على حقوقه الاجتماعية، وهذا ما لا يتفق مع الشرع.

– تنقضي الكفالة وتزول آثارها بتخلف شروطها أو بالوفاة أو التخلي أو في حالة طلب أبوي الولد معلوم النسب استرجاعه.

– عند التخلي عن الولد المكفول يرجع إلى المكان الأول الذي اخذ منه وكان عقد الكفالة لم يقم أصلا.

خاتـــــمة

يكتسي موضوع الكفالة من الأهمية ما يجعلهما قضية الأمس واليوم والمستقبل، ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع خلصنا إلى بعض النتائج التي ليست على سبيل الحصر هي:

– كان البديل للتبني الكفالة التي شرعت لحماية فئة الأطفال مجهولي النسب الذين ولدوا خارج إطار الزواج الشرعي وحتى فئة الأطفال الذين ولدوا داخل إطار الزواج الصحيح لكن تخلي عنهم أو فقدوا أهلهم بسبب الحروب أو لأسباب أخرى.

– ان الكفالة واجبة في حق هذه الفئة رغبت في رعايتهم وحمايتهم ومنحهم ما فقدوه من حنان ودفء الأسرة، لكي ينشئوا نشأة سوية لبناء مجتمع متكامل.

– تتشابه الشروط الواجب توفرها في كل من الكافل والمكفول بين.

– كفالة الأطفال اليتامى و مجهولي النسب مسؤولية تقع على الجميع لذلك نجد دور الطفولة المسعفة التي هي الحضن الأول لتلك الفئة قبل التكفل بهم من طرف أشخاص تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها قانونا.

– إصدار المرسوم التنفيذي رقم 92–24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بتغيير لقب المكفول بلقب الكافل خطوة تحسب لصالح المشرع الجزائري لمساعدة المكفول على الاندماج في المجتمع خاصة فيما يخص حياته الدراسية والمهنية بعد بلوغه سن الرشد ومحاولة إخراجه من عقد تسمية الابن غير شرعي.

– تسهيل دور الرعاية لبعض العائلات التي حرمت من الأطفال أو التي تبدي استعدادها برعاية مثل هذا الطفل المسكين، فسيجد بالتأكيد عند هذه الأسر الكثير من الحب والعطف والمشاعر فكونه يتربى في ظل أسرة أفضل بكثير من أن يتربى تحت أيدي عاملات مستأجرات.

– إعطاء الأولوية الكاملة لهذه الفئة المحرومة في السكن والشغل والتكوين وذلك في إطار الإدماج الاجتماعي لهم.

– من الأفضل تحديد مصير الكفالة من طرف المشرع الجزائري بعد وقوع الانفصال بين الزوجين الكافلين.

– ولكن ما يمكن الوقوف عنده هو وجود فراغ قانوني في معظم نصوص مواد الكفالة بالنسبة للتشريع الجزائري خاصة بالنسبة للشروط الواجب توفرها في الكافل ويمكن إجمالها في:

– عدم وضوح نص يبين حق المرأة في الكفالة خاصة وأنها الأصلح للمكفول في مراحل عمره الأولى التي يحتاج فيها إلى الحنان، فهذه المشاعر موجودة في المرأة أكثر من الرجل.

– موافقة الزوجة في حالة ما إذا كان الكافل متزوجا.

– السن بالنسبة للكافل والمكفول، لا يوجد نص قانوني يحدده في التشريع الجزائري.

– في إجراءات تسليم المكفول وحضور الأطراف والشهود من المفروض أن تكون هناك نصوص قانونية تنظم ذلك وتسهل عمل القاضي.

– عدم وجود نص قانوني يفرض الرقابة القضائية على سيرورة عقد الكفالة ومتابعة المكفول عند انتقاله للأسرة الكافلة.

– وان ما يمكن المطالبة به بالنسبة لهذه الفئة هو إحداث قانون خاص بهم يعالج جميع مشاكلهم ويضمن لهم الاستقرار حياتيا داخل المجتمع، ليس كما هو موجود حاليا في عدة نصوص مبعثرة في عدة قوانين مما يعيق الحماية التي أوجبها الشرع الإسلامي والتشريع الوطني لهم .

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التشغيل والتضامن الوطني

المديرية العامة للتضامن الوطني

- إجراءات و كيفيات الوضع القانوني -

- كفالة -

"هي إلتزام شرعي على وجه التبرع و هذا عن طريق التكفل، رعاية، تربية و حماية الطفل القاصر بنفس الطريقة التي يتخذها الأب مع طفله" و" يمكن أن يكون الطفل المتكفل به معروف أو مجهول النسب المادة 116 -119 من قانون الأسرة فصل7

النصوص المنظمة لهذا الترتيب :

- قانون الأسرة ، الفصل 7 من المادة 116 إلى 125 .
- المرسوم الرئاسي رقم 92 – 461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 المتضمن المصادقة مع تصريحات تأويلية على الإتفاقيات الخاصة بحقوق الطفل التي صادقت عليها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة 20 نوفمبر 1989 .
- المرسوم التنفيذي 92-24 المؤرخ في 15 جانفي 1992 المتمم للمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب.

الوضعية القانونية للطفل المكفول :

يجب أن يكون الطفل المكفول:

- قاصرا محتفظا بنسبه إذا كان معروف النسب.
- مستفيد من المنح العائلية و المدرسية كالتي تمنح إتجاه الطفل البيولوجي .

الشروط التي يجب توفرها لدى الكفيل:

- يشترط أن يكون الكفيل :
- مسلما .
- عاقلا، قادرا على القيام بشؤون المكفول و رعايته .
- الحد الأعلى للسن هو60 سنة بالنسبة للرجل و55 سنة للمرأة و هذا يبقى تحت إعتبار اللجنة المكلفة بدراسة ملفات طلبات الكفالة .
- دخل الطالبين للكفالة يتعدى الحدّ الأدنى للأجر بعد طرح كل الأعباء الشهرية.
- يجب توفر سكن لائق و صحي لطالبي الكفالة.

تشكيل ملف الكفالة :

- 1- الطالبون القاطنون بالوطن :

يرسل أو يداع الملف في نسختين بمديرية النشاط الإجتماعي للولاية و يتكون من:

- طلب خطي تحفيزي.
- إستمارة التحقيق النفسي الإجتماعي منجزة من طرف المساعدة الإجتماعية مملوءة بصفة مدققة، متضمنة رأي صريح و إمضاء مدير النشاط الإجتماعي.
- شهادة الميلاد لكلا الزوجين.
- بطاقة عائلية للحالة المدنية أو شهادة شخصية للحالة المدنية للعازبات .
- كشف السوابق العدلية لكلا الزوجين.
- شهادة عمل لكلا الزوجين.
- كشف الرواتب للأشهر الثلاثة الأخيرة لكلا الزوجين.
- شهادتان طبيتان للزوجين تثبت الحالة الصحية حاملة لإمضاء و ختم للطبيب المعالج لكلا الزوجين.
- شهادة تبرر عقد الإقامة (شهادة الملكية، عقد الإيجار أو وصل الكراء).
- صور شمسية جديدة.

- 2 بالنسبة للجالية الجزائرية بالمهجر :

- يـرسل الملف لدى المصالح القنصـلية في نسختين ، بالإضافة إلى الوثـائق المطلوبة والمذكورة أعلاه بالنسبة لطالبي الكفالة بالتراب الـوطني يتـضمن الـملف مايلي :

– تحقيق إجتماعي مملوء و موقع قانوني من طرف مصالح القنصلية المختـصة و المعنية .
– نسخة طبق الأصل من بطاقات و وثائق التعريف أي البطاقة القنصلية

لا يتمّ إبداء الرأي النهائي لوضع طفل في إطار نظـام الكفالـة إلا بعـد إمضاء الام البيولوجية لمحضر التخلي وهذا بعد مرور الثلاثة أشهر القانونية وكذا بعد إجراء المقابلة النفسية للمختصة النفسية أو الفرقة الـنفس إجتماعيـة لمكـان الوضع مع العائلة الطالبة للكفالة.

ـ تشكيلة الملف للحصول على عقد الكفالة :

يقدّم الملف لدى المحكمة و يتكون من :

1– طلب خطي موجه إلى السيد رئيس المحكمة.
2– شهادة الميلاد لكلا الزوجين.
3– سجل السوابق العدلية لكلا الزوجين.
4– شهادة الجنسية للكفيل.
5– عقد الزواج
6– شهادة عمل لكلا الزوجين.
7– كشف الرواتب الثلاثة الأشهر الأخيرة لكلا الزوجين.
8– شهادة الميلاد الطفل.
9– شهادة وضع في إطار الكفالة موقعة من طرف مديرية النشاط الإجتماعي.

تغيير اللقب و/أو مطابقة اللقب :

ترسل طلبات تغيير اللقب إلى وزارة العدل، مديرية شؤون الحالة المدنية بساحة بئر حاكم الأبيار الجزائر.
يمكن للشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يغير اللقب و/أو يطابق لقب الطفل المكفول بلقبه إذ أنّه يتقدّم بطلب تغيير اللقب بلقب هذا الولد و لفائدته و ذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي عندما تكون أم الولد القاصر معلومة و على قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدّمة في شكل عقد شرعي بالطلب كما هو منصوص عليه في أحكام المرسوم التنفيذي 92-24 الموافق لـــ 13 جانفي 1992 المتمم للمرسوم 71-51 الموافق لـــ 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب و/أو مطابقة اللقب .

علماً بأنّ مطابقة اللقب لا تمنح الحق في النسب كما أنها لا تسمح بتسجيل الطفل المكفول على الدفتر العائلي.

تشكيلة الملف قصد تغيير اللقب و مطابقة اللقب:

- طلب تغيير اللقب و/أو مطابقة اللقب.
- شهادة ميلاد الطفل المكفول.
- نسخة من عقد الكفالة المصادق عليها.

ملاحظة :

ترسل نسخة من الحكم الخاص بتغيير اللقب و/أومطابقة اللقب خلال شهر إلى ضابط الحالة المدنية الذي يسجل على هامش شهادة ميلاد الطفل المكفول تغيير اللقب .

الجـــمهورية الجزائرية الديمقراطـــية الـــشعبية
****
وزارة التشغيل و التضامن الوطني
****

ولاية .....
مديرية النشاط الإجتماعي
رقم : ...../2005

في.....

إلـــــــى
السيد رئيس محكمة .....

الموضوع : طلب الحصول على عقد الكفالة.

تطبيقا لأحكام المادتين 117و 118 من قانون الأسرة، يشرفنـــي أن أحيل إليكم طلب السيد و /أو السيدة المتعلق بطلب الحصول على عقد الكفالة.

- الساكنين (ة) بـ.....

- الكافلان (ة) بالقاصر (ة)..... المولود (ة) في.....

الذي وضع (ت) تحت كفالتهما (ها) بتاريخ .....

تقبلوا السيد رئيس المحكمة أسمى عبارات التقدير و الإحترام.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التشغيل و التضامن الوطني

ولاية

دار الأطفال المسعفين بـ

رقم...../2004

- شهادة إيواء -

أنا الممضي (ة) أسفله ، السيد(ة) مدير (ة) دار الأطفال المسعفين بـ :.....

أصرح بأن الطفل(ة) المحروم (ة) من العائلة:.....

المولود (ة) :.....

يقيم بدار الطفولة المسعفة وذلك إبتداءا من تاريخ ولادته إلى يومنا هذا.

سلمت هذه الشهادة لإستخراج جواز السفر .

حرر بـ :.....

في :.....

مدير(ة) المركز

الجـــمهورية الجزائرية الديمقراطـــية الـــشعبية
*****
وزارة التشغيل و التضامن الوطني
****

ولاية
مديرية النشاط الإجتماعي
رقم : ...../..../م ن إ/ 2005

تـــرخـــيـــص

نحن السيد مديـــــر النشاط الإجتـــماعي، الوصـــي المفـــوض للأطـــفال المحرومين من العائلة لولاية.....،

يرخص السيد : .....

و السيدة : .....

القاطنين بـ : .....

لأخذ معهم إلى الخارج الطفل (ة) المحروم من العائلة (ة) : .....

المولود(ة) في: ..... بـ :.....

حرر هذا الترخيص للمعني بالأمر للعمل به في حدود ما يسمح به القانون.

السيد مدير النشاط الإجتماعي
لولاية.....

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

وزارة التشغيل و الإدماج المهني

مديرية النشاط الإجتماعي

ولاية .....

محضـــر التخلـــي

(5)

سنة الألفين ..... وفي ..... من شهر .....

ب ..... الساعة..... الدقيقة ..... من طرف .....

أمام ..... نحن المكلف بمكتب الغفلي عنهم المفتوح ب .....

تقدم أمامنا السيد (ة) .....

الإسم .....

اللقب .....

المولود في ..... ب .....

ولاية .....

الجنسية .....

رقم بطاقة الهوية .....

المستوى التعليمي :

- إبتدائي .....
- ثانوي .....
- جامعي .....
- بدون مستوى تعليمي .....

الجـــمهورية الجزائرية الديمقراطـــية الـــشعبية
*****
وزارة التشغيل و التضامن الوطني
****

ولاية
مديرية النشاط الإجتماعي
رقم /م ن إ/2005

مقـرر التسجيل

إن مدير النشاط الإجتماعي لولاية.....

- بمقتضى الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم من القانون رقم84 /11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقـم 107/03 المـؤرخ في 05/ 03/ 2003 المحدد لترتيبات وزارة التشغيل و التضامن الوطني .
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقـم 471/96 المـؤرخ في 1996/12/18 الذي يحدد القواعد الخاصة بتنظيم مصالح مديرية النشاط الإجتماعي في الولاية.
- بمقتضى المقرر رقم ...../ ..... المـؤرخ في ...../...../..... المتضـمن التفويض بالإمضاء للسيد.....مدير النشاط الإجتماعي بالنيابة عن الوالي.
- نظرا للمحضر المؤرخ في : ...../...../ ..... المتعلق بإنضمام الطفل (ة) المدعو ..... الذي (التي) يعد من بين أيتام الدولة، المسجلين بقائمة مكتب الأطفال المتخلى عنهم بالمستشفى نظرا لشهادة الحالة المدنية التي تثبت أن الطفل (ة) ..... ولد (ت) بـ .....بتاريخ.....

ابن (ة) / و /

يقرر ما يأتي

المادة الأولى : ينظم الطفل (ة) المسمى (ة) :.....إلى أيتام الدولة بصفة مؤقتة في فئة: المتخلى عنهم ☐ ، المعثور عنهم ☐ .

المادة الثانية : يصبح إنضمام (ها) نهائيا في إطار الوضع القانوني / الكفالة من :.....

المادة الثالثة : يكلف السيد مدير النشاط الإجتماعي لولاية ..... بتنفيذ هذا المقرر.

حرر بـ .....في.....

الجـــمهورية الجزائرية الديمقراطـــية الـــشعبية
*****
وزارة التشغيل و التضامن الوطني
****

ولاية
مديرية النشاط الإجتماعي
رقم /م ن /2005

مقـرر الوضع

إن مدير النشاط الإجتماعي لولاية.....

- بمقتضى الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم من القانون رقم84 /11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقـم 107/03 المـؤرخ في 05/ 03/ 2003 المحدد لترتيبات وزارة التشغيل و التضامن الوطني .
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقـم 471/96 المـؤرخ في 1996/12/18 الذي يحدد القواعد الخاصة بتنظيم مصالح مديرية النشاط الإجتماعي في الولاية.
- بمقتضى المقرر رقم ...../ ..... المـؤرخ في ...../...../..... المتضـمن التفويض بالإمضاء للسيد.....مدير النشاط الإجتماعي بالنيابة عن الوالي.

يقـرر ما يأتـــي :

المادة الأولى : الطفل (ة) المسمى (ة) :..... .... المولود (ة) بتاريخ ..... بـ.....

المادة الثانية : يتكفل بالطفل (ة) المذكور (ة) أعلاه :
السيد : .....
السيدة : .....
القاطنون بـ.....

المادة الثالثة : يكلف مدير النشاط الإجتماعي لولاية.....بتنفيذ هذا المقرر

حرر بـ ..... في.....

الجـــمهوريه الجزائرية الديمقراطـــية الـــشعبية
*****
وزارة التشغيل و التضامن الوطني
****

ولاية .....
مديرية النشاط الإجتماعي

إلـــــــى
السيد رئيس مصلحة الدائرة الحضرية
.....

الموضوع : طلب الحصول على البطاقة الوطنية للتعريف.

يشرفنـــي أن أطـــلب منكم العمل على تأسيـــس البطاقة الوطـــنية للـــتعريف للطـــفل (ة) المحروم من العائلة (ة) ..... المـــولـــــود (ة) فـــي ..... بـ.....

السيد مدير النشاط الإجتماعي
لولاية.....

الجـــمهورية الجزائرية الديمقراطـــيه الـــشعبية
*****
وزارة التشغيل و التضامن الوطني
****

ولاية
مديرية النشاط الإجتماعي
رقم : .....

في: .....

إلى
السيد الوالي المنتدب للمقاطعة
الإدارية.....، ولاية.....

الموضوع : طلب جواز سفر.

نحن الـــسيد مـــديـــر الـــنـــشاط الإجـــتماعي، بولايـــة.....،
الوالـــي المفـــوض، إصـدار جـــواز ســـفر خـاص بالطـــفـــل (ة) المحروم مـــن
العـــائـــلة (ة): .....

الإسم و اللقب : .....

المولود(ة) في: ..... بـ : .....

ينـــتمي هذا الطـــفل إلـى فـــــنة الأطـــفال المحرومين من العائـــلة
بـــولاية .....

السيد مدير النشاط الإجتماعي
لولاية .....

الجـــمهورية الجزائرية الديمقراطـــية الـــشعبية
*****
وزارة التشغيل و التضامن الوطني
****

ولاية
مديرية النشاط الإجتماعي
رقم : ...../2005

شـــــهـــــادة

يشـهد مـدير (ة) النشـاط الإجتمـاعي بولايـة.....، الوصـي المفـوض للأطفـال المحرومين من العائلة و الموضوعين بـ :. - دار الطفولة المسعفة :
- مصلحة الرضع بالمستشفى :

بأن القاصر :
المولود (ة) في : ..... بـ : .....

قد وضع (ت) تحت كفالة السيد : .....
و السيدة : .....
القاطنان بـ : .....

سلمت هذه الشهادة للمعني (ة) بالأمر للعمل بها في حدود ما يسمح به القانون.

التحقيق النفسي الاجتماعي لغرض الكفالة

داخل الوطن

1- معلومات خاصة بالحالة المدنية.

أ- اسم و لقب رب العائلة .

- تاريخ و مكان الازدياد .

- ابن .....

- العنوان .....

- عدد الاخوة و الاخوات :

ب- اسم و لقب الزوجة :

- تاريخ و مكان الازدياد:

- ابنة .....

- عدد الاخوة و الأخوات:

- أشخاص أخرون يعيشون بالبيت ؟

2- معلومات حول الطفل المرغوب فيه.

- المعنيون بطلبون؟

-ذكر

-أنثى

-توأم

أولا –المصادر :

1–القرآن الكريم برواية ورش.

2– السنة النبوية الحميدة والشريفة.

ثانيا :النصوص القانونية

– – قانون رقم: 84–11 المؤرخ في: 9 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق لـ:27 فيفري 2005 ،الجريدة الرسمية عدد15 ، المؤرخة في : 27 فيفري 2005.

– قانون رقم:12–04 المؤرخ في:04جانفي2012 ، المتعلق بالقانون النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة،الجريدة الرسمية عدد05 ، الصادرة في : 27 فيفري 2005.

– قانون رقم: 09/08 المؤرخ في: 25 فبراير2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،الجريدة الرسمية عدد: 21 ، المؤرخة في :23 أفريل 2008.

2 – قانون رقم: 14–01 المؤرخ في:4 فيفري2014، المتضمن تعديل قانون العقوبات ، الجريدة الرسمية عدد7، المؤرخة في :16 فيفري 2014.

– قانون رقم: 12/15 المؤرخ في :15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل الجزائري، الجريدة الرسمية رقم:39 ، المؤرخة في :19 يوليو سنة 2015.

– الأمر رقم:75–58 المؤرخ في:26 جوان 1975 ، المتضمن قانون المدني ، المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية عدد:78 ، المؤرخة في : 30 سبتمبر 1975.

– الأمر رقم:70–20 المؤرخ في : 1970/12/15 ، والمتعلق بالحالة المدنية.

-المرسوم الرئاسي 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية لاتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة في 20 نوفمبر 1989، الجريدة الرسمية العدد 91 المؤرخة في 23 ديسمبر 1992

- المرسوم الرئاسي رقم: 461/92المؤرخفي: 1992/12/19 ، المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية لاتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة في: 20 نوفمبر1989، الجريدة الرسمية العدد91، الصادرة في : 23 ديسمبر1992.

- المرسوم التنفيذي رقم:92-24، المؤرخ في: 8 رجب عام 1412 الموافق لـ 13جانفي 1993،المتمم للمرسوم رقم: 71-157 المؤرخ في :3 جوان 1992، المتعلق بتغير اللقب.

ثانيا الكتــب :

1-المعاجــم

1- ابن منضور، لسان العرب ، طبعة جديدة ،دار المعارف ، القاهرة ،ص 39 .

2- ابن منظور، لسان العرب ، حرف الطاء ، الطفل ، المجلد 15، دار بيروت.

2-كتب الشريعة:

محمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي الخواطر، مطابع أخبار اليوم1997, ,الجزء 03.

3-كتب القانون:

1 - أحمد علي جرادات :الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الولاية و الوصاية و شؤون القاصرين و الأرث و التخارج، الطبعة الاولى،،دار الثقافة لنشر و التوزيع،عمان، ،2012.

2- الغوثي بن ملحة، : قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الأولى2005, ,الجزء الأول1.

3-الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،الطبعة الاولى ، دار الخلودنية،الجزائر ، 2008

4-العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول،(الزواج والطلاق) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، الطبعة الثالثة 2004بن عكنون2010.

5- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2008

6- سعد عبد العزيز الجرائم الواقعه على نظام الاسره ، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر 2014

8 - طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات الجديدة 2005،الطبعة الأولى، دار الخلدونية .

9- طلبة مالك ، التبني والكفالة ،مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاة ,الدفعة200/2004 الأولى ،دار الخلدونية ، الجزائر، 2008.

10-عبد الحميد الشواربي :مجموعة الاحوال الشخصية في الفقه و القضاء، (د-ط) منشاة المعارف،مصر،200

11- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الاول ، الفنون المطبعية، الجزائر، ،1993 .

12- كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، الطبعة الأولى، دار الثقافة النشر والتوزيع، عمان الأردن، 1997.

13- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05المؤرخ في 27فيفري 2005

مفسرا مادة للمبتدئين والممارسين ،الطبعة الأولى ،دار الخلدونية ، الجزائر، 2008،

14- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة ، الجزائر 2014

15- محمد ربيع صباهي ،أحكام اللقيط قي الشريعة الإسلامية،(دراسة فقهية تربوية)،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية –المجلد ، 25العدد الأول،2009

16- منير عبد الغني ابو الهجاء، احكام اللقيط بين الشريعة الاسلامية والقانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر ، تخصص القضاء الشرعي ، كلية الدراسات العليا ، جامعة الخليل ،2006 ص 9,8--حسن بن الشيخ آث ملويا،قانون الأسرة نصا و شرحا،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع،عين مليلة،الجزائر 2014 .

17- محمد صالح الصديق: نظام الأسرة في الإسلام م د-ط، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ،الجزائر ،1999.

- **ثالثا-الرسائل العلمية :**

1- باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة، 2010

2- بن عصمان نسرين إيناس ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2009.

3- علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة الماجستير في

الحقوق ، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ،200-2008

4- ميلود شني، الحماية الدولية لحقوق الطفل، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي عام وحقوق الإنسان،

كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة ،2015/2014.

5- عنتير نور الهدى، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الليسانس في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة' قاصدي مرباح ورقلة، 2013-2014 .

6- وسيله نامة، المركز القانوني للابن غير الشرعي، مذكرة تخرج لنيل شيادة الماجستير في القانون الخاص(احوال شخصية محمد الشهيد محمد لخضر بالوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2014- 2015

رابعا – المقالات والمجلات:

01- حسن زقور، احكام القصر في الشريعة الإسلامية، القانون الوضعي، مجلة البحوث والدراسات، العدد 05، المركز الجامعي بالوادي، الجزائر، 2007.

02- صالح حمليل، المركز القانوني للمكفول قي قانون الاسرة الجزائري والمرسوم التنفيذي 92-24،
مجلة الحقيقة، العدد الاول، جامعة ادرار، الجزائر، 2012

خامسا – المراجع الإلكترونية :

ا- الاطار العربي للطفولة لعام 2001،جامعة الدول العربية ، لامانة العامة ، الادارة العامة لشؤون ف والثقافية ،ادارة الطفولة المصادق عليه من مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة ، الاممكلة الاردنية عمان 28مارس2001 تاريخ الاطلاع ماي 2017،الرابط:http://ahdath.justice.gov.lb/law-sign-kidsrights.htm

2- منتدى الاكليل، ابداع وتميز في الالتزام، يوم 28 مارس 2016، الساعة 10:08 (بتصرف)

3 – منتدى الجلفة، www.djelinfa.info ، يوم 15 ماي 2019 ، الساعة 16:15.

4- موقع: www.ahram.org.eg يوم 20 افريل 2019، الساعة 13:20.

5- موقع: www.islamonline.net يوم يوم 20 افريل 2019، الساعة 14.00

الفهرس

العنـــــــــــــــوان	الصفحة
أية قرآنية	
الإهـــــــــــداء	
الشكــر و العرفـــان	
مقدمة	أ
الفصل الأول : الطبيعة القانونية للكفالة	1
المبحث الأول : مفهوم الكفالة	2
المطلب الأول :المقصود بالكفالة	2
الفرع الأول : تعريف اللغوي للكفالة	2
الفرع الثاني : تعريف الاصطلاحي للكفالة	3
المطلب الثاني :خصائص الكفالة	4
الفرع الأول: الكفالة التزام للقيام بشؤون الولد القاصر	4
الفرع الثاني: الكفالة التزام تبرعي	12
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للكفالة بين العقد والنظام	13
المبحث الثاني : تمييز الكفالة عن الأنظمة القانونية المشابهة لها	16
المطلب الأول :تمييز الكفالة عن نظم الرعاية البديلة	16
الفرع الأول : تمييز الكفالة عن الحضانة	16
الفرع الثاني : تمييز الكفالة عن التبني	18
المطلب الثاني : تمييز الكفالة عن نظم النيابة الشرعية	22
الفرع الأول: تمييز الكفالة عن الولاية	22
ملخص الفصل الاول	28
الفصل الثاني: تنظيم الكفالة من حيث الشروط والآثار والانقضاء	29
المبحث الأول : روط إسناد الكفالة وا ٍجراءاتها	29

المطلب الأول:شروط الكفالة	29
الفرع الأول :الشروط المتعلقة بالكافل	29
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمكفول	34
الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بعقد الكفالة	36
المطلب الثاني :إجراءات انعقاد الكـــفالة	37
الفرع الأول: مرحلة الإجراءات التمهيدية	39
الفرع االثاني :مرحلة الإجراءات القضائية	42
المبحث الثاني : اثار الكفالة وانقضاؤها .	45
المطلب الأول :آثارعقد الكفالة	45
الفرع الأول : آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل	45
الفرع الثاني : آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول	47
المطلب الثاني :انقضاء الكفالة	51
الفرع الأول : انقضاء الكفالة في الشريعة	51
الفرع الثاني : انقضاء الكفالة في قانون الاسرة	52
اولا : تخلف احد الشروط الواردة في المادة 118 من قانون الاسرة	52
ثانيا :حالة طلب الابوان	53
ثالثا:التخلي	53
رابعا :الوفاة	54
الفرع الثالث: الاثار المترتبة عن انقضاء الكفالة	55
ملخص الفصل الثاني	56
خاتمة	57
الملاحـــــق	58
قائمة المراجـع	61
الفهـــــــرس	67
الملخص	86

تعتبر الكفالة من اهم وابرز الأنظمة لرعاية الأطفال القصر الذين حرموا من حضن الأسرة مدعة لمكة الحل الوحيد أمام الكثير من العائلات التي لم تتمكن من إنجاب أطفال، خاصة وأن التبني أمر محرم شرعا وممنوع قانونا، واتخذ المشرع الجزائري قانون الكفالة كبديل وحيد للتبنيوكوسيلة ملائمة لحماية الأطفال المتخلى عنهم، طبقا للمادة (116) التي تنص على أن : «الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع للتكفل التام بقاصر من نفقة وتربية ورعاية بموجب عقد شرعي»، مع توفر شروط في الكافل كالقدرة والعقل والإسلاما ٍتباع إجراءات قضائية ليصح العقد ، كما سمح المشرع للكافل بتغيير اسم المكفول مجهول النسب طبقا للمرسوم التنفيذي رقم: 24/92 المؤرخ في: 13 جانفي 1992 ، وذلك قصد مطابقة اسمه مع إسم الكفيل مراعاة للحفاظ على حقوقه الاجتماعية.

– إن النظام القانوني للكفالة إذا تم بشكل صحيح فإنه ينتج آثاره القانونية في كل من الكافل والمكفول كما يرتب حقوق والتزامات متبادلة بين الكافل في دور الأب الحقيقي والمكفول في دور الابن الأصلي ، كما قد ينقضي ويزول. هذا العقد بتخلف أحد الشروط التي صح به ، أو تلك التي حددها قانون الأسرة ، فهناك حالات يؤول فيها مجهول النسب إلى ورثة الكافل كالوفاة مثلا، وفي حالات أخرى لمؤسسة الطفولة المسعفة وهو المكان الأول له ،ويبقى هذا الأمر لسلطة القاضي التقديرية مع مراعاة مصلحة القاصر دائما.

– الملخص باللغة الانجليزية

ABSTRACTنعلق يا ام 15 رطس:

Foster care is the only solution to the many families who could not have children, especially since adoption was January started and forbidden by the law, and with the increasing of those children. Descent, reduce legal breakthroughs, changes have been made in the legislation, the law contains the bail as the only alternative to adoption, as an appropriate means of protection of abandoned children, in conformity with the rule (116) states that: "foster care is a commitment to contribute to full charge and a minor Rbyt and under a legitimate », with conditions to foster the ability and reason and Islam and judicial processes to nodes, and allowed the Llkafl legislature changed the name of author unknown descent under executive Decree No. 92 / 24 dated 13 Jan., 1992, in order to conform to his name with the name of the sponsor account of maintaining rights social.

The warranty deed of unknown parentage, like other civil contracts if properly it produced legal effects in both the sponsor and assured of unknown parentage of Reciprocal Rights and obligations Ben Foster as the real father of marriage of unknown parentage in the role of native son, and this contract has expired and failure of one of the conditions, or right. Those identified by the family code, there are cases of unknown parentage to be heirs to foster such as death, for example, in other cases of childhood Ministering to a place first, this continues to be the discretion of the judge, taking into account the interest of unknown parentage.

تيحاتفاهملكلا:

يبدر ـــة: ةلكلا امقع_لفطلا_بسنلا ومهجم_لفكلا_لوفكملا_لوفكملا_متحصم

يسنرفـــة:Contrat de garantie _Les enfants _ Inconnu des femmes _ Garant _ Garanties _ D'intérêtgaranti

ةيزيلجإ:Unknown descentContract of _Warrantor_Guaranteed_ guarantee_The baby_Guaranteedinterest