جامعة عمار ثليجي الأغواط

كليـــة الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

التخصص: قانون العقود والمسؤولية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر

والموسومة بـ

كفالة مجهول النسب بين الشريعة الإسلامية و قانون الاسرة الجزائري

إعداد الطالبين:

- بن تواتي خالد
- حويط محبوبة

إشراف الأستاذ(ة) :

إشراف: الأستاذ دكتور بطيمي حسين

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور : غريبي عطاءالله ، أستاذ محاضر(أ) بجامعة الاغواط.....رئيسا

الأستاذ الدكتور : بطيمي حسين ، أستاذ محاضر(أ) بجامعة الاغواط.....مشرفا و مقررا

الأستاذ الدكتورة : قوق أم الخير ، أستاذ محاضر(أ) بجامعة الاغواط.....عضو

السنة الجامعية: 2023م / 2024م

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٢٠

شكر و تقدير

اللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك و عظيم سلطانك

حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه على أن يسرت لنا إنجاز هذا العمل.

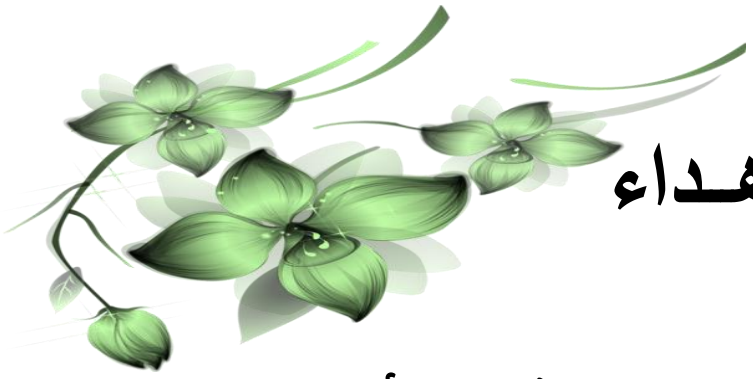
كما نتقدم بجزيل الشكر و العرفان و خالص الدعاء لأساتذتنا

الذين أناروا لنا سبيل المعرفة ، وعلى رأسهم الأستاذ المشرف

" **بطيبي حسين** " الذي لم يبخل علينا بنصائحه و معلوماته القيمة.

التي ساعدتنا فكان عملنا هذا ثمرة توجيهاته.

و إلى الوالدين الكريمين و الإخوة.



إهـداء

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائليه فأظهر بسماحته تواضع العلماء وبرحابته سماحة العارفين.

إلى والديا اللذان انشأني على فطرة الإسلام

إلى كل من علمني حرفا خلال مساري الدراسي

إلى كل من ساعدنا و قدم لنا النصح و التوجيه في عملنا هذا

إلى روح أخي طارق بن تواتي رحمه الله و طيب ثراه

إلى إخواتي و أخواتي الذين أمضيت معهم أسعد سنون حياتي

إلى زوجتي و شريكة حياتي التي سعت دوما لطاعتي

إلى قرة عيني أبنائي و احفادي ألأعزاء

إلى أولئك الذين يفرحهم نجاحي أهدي عصارة جهدي

خالد

إهـداء

اللهم لك الحمـد أنت نور السموات والأرض ومن فيهن

اللهم لك أسلمت وعليك توكلت.

باسم الله الذي لا تضيع ودائعه أهدي هذا العمل

المتواضع إلى روح الوالدين الكريمين رحمهم الله.

وإلى إخوتي

وإلى كل العائلة.

محبوبة

مقدمة

مقدمة :

اللهم يا رحمن يا رحيم، لك الحمد في الأولين و في الأخرين ، ولك الحمد في الملأ الأعلى إلى يوم الدين ، ولك الحمد في كل وقت و حين، لك الحمد ما طلعت شمسُ و ما غابت ، ولك الحمد عدد خلقك و رضا نفسك وزنة عرشك ومداد كلماتك.

قال تعالى في كتابه الحكيم–بسم الله الرحمان الرحيم – : ﴿ **الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا** ﴾ [1]،و قال نبينا الكريم – صلى الله عليه و سلم –: « **الولـد ثمرة القـلب** » [2].

يعتبر الـزواج الطريق الصحيح لإنجـاب الأولاد و تكوين أسـرة ، و هذا ما حث عليه ديننا الإسـلامي الحنيف، و الأطفـال هم بمثابة حجـر الأساس الذي تقـوم عليه الأسـرة و المجتمع،و قـد كانت الشـريعة الإسلامية سباقة للإهتـمام بحمـاية الأطفال و المحافظة علـى حقوقهم ،لضـمان العيش الكريم لهم فـي كنف أبـوين يقومـان علـى رعـايتهم، و إهتمت شريعـتنا أكثر بالطفل الذي فقـد هـذه النعمة و حرم من حنان الأبـوين لأي سبب كان ،مثل اليتيم أو الذي تخـلى أبواه عنه.أو الـطفل مجهول النسب .

و لكن الشريعة الاسلامية قد حرمت التبني نظرا لما فيه من مفاسد، و خلط و تزييف للأنساب ،و إعتداء على هوية الطفل بنسبه إلى غير أبيه ،عندها جاءت الشريعة الاسلامية ببديل للتبني و هو الكفالة .

و تـعد ظاهرة الأطفال مجهـولي النسب مـن بين الإشكالات الرئيسية التي تواجـه قضايـا حقوق الطفل و تثيـرها نظـرا لخصوصيتها المعقدة ،كما و قد حظيت هذه الفئة باهتمام واسع النطاق أيضا من قبل المجتمع الدولي ،لذا سعت الدول والمؤسسات التي تعنى بحماية حقوق الإنسان جاهدة الى إيجاد حلول لحماية هذه الفئة ، و تفعيل الآليات الكفيلة بضمان وترقية حقوقها على نحو يحقق لها نوع من الدمج والاستقرار المجتمعي.

---

[1] سورة الكهف،الآية 46

[2] جزء من الحديث رواه الإمام أحمد نقلا عن عبد الحميد علي عبد المنعم "الإسلام و الطفل"، مجلة الحقوق و الشريعة ،دراسات إسلامية ،كلية الحقوق و الشريعة ، جامعة الكويت العدد الثاني ،1980،ص 160.

فظهرت الاتفاقيات الدولية الراعية لحقوق الطفل ، و منها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989[1] عند نصها في مادتها 20 [2] على ضرورة إيجاد رعاية بديلة للطفل المحروم من الأسرة ،و قد راعت موقف الدول الإسلامية التي ترفض نظام التبني لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية ،فأقرت لها نظامي الحضانة و الكفالة كوسائل للرعاية البديلة .

وبما أن الجزائر دولة إسلامية فإن قوانينها و خصوصا قانون الأسرة الجزائري حسب نص المادة 222 منه[3]،مستمدة من الشريعة الإسلامية ،لهذا فإن المشرع الجزائري يحرم التبني شرعا و قانونا[4].

ولقد سعت الدولة الجزائرية في نظامها القانوني إلى إرساء منظومة تشريعية و مؤسسية تضمن توفير الرعاية البديلة للأطفال مجهولي النسب وفق طابع الخصوصية الدينية والثقافية للدولة ، وذلك من خلال إقرار الكفالة القضائية

نجد أن المشرع الجزائري قد إستمد نظام الكفالة من الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة –كما ذكرنا آنفا–وتناولها في المواد من 116 إلى غاية 125 في الكتاب الثاني، ضمن أحكام النيابة الشرعية ، الفصل السابع ، ونظم إجراءاتها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المواد من 492 الى 497 ، واعتبرها شكلا من أشكال العناية البديلة للطفل الذي فقد رعاية والديه مهما كانت حالته سواء كان معروف النسب أو مجهول النسب أو

[1] و التي تم اعتمادها بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 44/25 المؤرخ في 1989/11/20 ،حيث صادقت عليها 191 دولة، انضمت الجزائر إلى اتفاقية حقوق الطفل مع بعض التحفظات بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 461/92 المؤرخ في 1992/12/19

[2] نصت المادة 20 من هذه الاتفاقية على:"1–للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية ،أو الذي لا يسمح له حفاظا على مصالحه الفضلى بالبقاء في تلك البيئة ،الحق في حماية و مساعدة خاصتين توفرهما الدولة.

[3] نصت المادة 20 من هذه الاتفاقية على:"1–للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية ،أو الذي لا يسمح له حفاظا على مصالحه الفضلى بالبقاء في تلك البيئة ،الحق في حماية و مساعدة خاصتين توفرهما الدولة.

[4] تضمن الدول الأطراف وفقا لقوانينها الوطنية رعاية بديلة لمثل هذا الطفا.

لـــقيط ، و أعطى الفرصة لذوي البـــــر و الإحسان ،و العائلات بدون أولاد التكفل بهـــم ، في ظل ضوابط وشروط وإجـراءات قانونية معينة ومحددة قـــانونا.

الإشكالية الرئيسية:

- **مـا هـو موقـف الشريعة الاسـلامية مـن كفالـة مجهـول النسـب و كيـف نظمهـا المشـرع الجزائري في ظل قانون الأسرة؟**

التساؤلات الفرعية:

– ما مفهوم الكفالة شرعا و قانونا ؟ و ما موقف الفقه و التشريع منها؟

– ما المقصود بالطفل مجهول النسب ؟

– كيف تكون عملية انعقاد الكفالة و ما هـي إجراءاتها ؟

– ما هــي آثار الكفالة بالنسبة لأطــرافها ؟و كيف تنقضي؟

أهمية الدراسة:

يستمد موضوعنا أهميته من أبرز مقاصد الشريعة و التي تقوم على حفظ النفس ،كما تعتبر الكفالة من القيم الانسانية السامية ، بالإضافة إلى توضيح الجانب الفقهي و القانوني للكفالة، و دراسة النصوص القانونية التي تعنى بالكفالة و كذا الآليات الواجب اتباعها لبلوغ الهدف من عقد الكفالة و هو ضمان الحياة الكريمة و الهادئة للطفل مجهول النسب .

أسباب الدراسة :

يعتبر موضوع الكفالة من المواضيع ذات الأهمية البالغة من الناحية الدينية و الانسانية و العلمية و العملية،و من أسباب اختيارنا للموضوع هو رغبتنا الشخصية و الميول العاطفي

في البحث فيه ،لأنه يتعلق بفئة ضعيفة و مظلومة في المجتمع ، و هي فئة مجهولي النسب ، و التي يحاول البعض القسوة عليهم تحميلهم ذنبا لم يكونوا سببا فيه .

و ما لفت انتباهنا أن الشريعة الاسلامية قد تناولت موضوع كفالة مجهولي النسب قبل القوانين الوضعية ، و خضنا البحث فيه من أجل معرفة و مقارنة ما قيل في الموضوع من الناحية الشرعية و القانونية .

كما حاولنا من خلال دراستنا للموضوع الإطلاع المعمق على المرسوم التنفيذي رقم 20- 223 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب، و الذي أثار ضجة عند البعض ، و هل هو فعلا إجازة للتبني الذي حرمته الشريعة الاسلامية .

أهداف الدراسة:

- البحث في نظام الكفالة كأسلوب من أساليب الرعاية البديلة للطفل.
- دراسة التقارب بين الفقه الاسلامي و قانون الأسرة فيما يتعلق بالكفالة.
- معرفة مدى فاعلية النصوص القانونية المنظمة لأحوال الأطفال مجهولي النسب.
- معرفة ما إذا كان المشرع قد عالج فعلا موضوع الكفالة من جميع جوانبه في قانون الأسرة من خلال المواد العشرة فقط (المواد من 116 إلى 125).
- توضيح النقائص و الثغرات في النصوص القانونية المنظمة لعقد الكفالة.

المنهج المتبع :

اتبعنا في دراستنا لتسهيل فهم الموضوع على المنهج المقارن و ذلك بمقارنة الأحكام التي ذكرتها الشريعة الاسلامية فيما يخص الكفالة و الأحكام التي نص عليها قانون الأسرة،بالإضافة إلى المنهج التحليلي الوصفي من خلال شرح و عرض موقف الشريعة و القانون من الكفالة ،و كذلك من خلال شرح و تحليل المصطلحات والنصوص القانونية المتعلقة بالموضوع .

صعوبات الدراسة:

صادفتنا العديد من الصعوبات في إنجاز هذا البحث من أهمها:

- ضيق الوقت ،فإنجاز هذه الدراسة تتطلب الكثير من الوقت و الجهد من أجل التنقل و البحث للحصول على معلومات دقيقة تساعد في إثراء الموضوع.
- قلة المراجع و المصادر المتخصصة المتعلقة بموضوع الكفالة في قانون الأسرة الجزائري.
- قلة المراجع التي تناولت المقارنة بين الجانب الفقهي و القانوني لهذا الموضوع.
- عند زيارتنا لمديرية النشاط الإجتماعي لولاية الأغواط ،لاحظنا تكتمهم عن إعطاء معلومات كثيرة عن تساؤلاتنا و لم يتم تقديم أي وثائق نموجية ،من باب مساعدتنا في إنجاز بحثنا.

خطـّة الدراسة:

لقد تناولنا دراستنا في فصلين،في الفصل الأول تكلمنا فيه عن الاطار المفاهيمي لمجهول النسب و الكفالة في ظل الشريعة الإسلامية و قانون الأسـرة الجزائري ويتكون من مبحثين ،المبحث الأول تناولنا فيه مفهوم مجهول النسب والكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، أما المبحث الثاني هو أحكام عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري.

و في الفصل الثاني تطرقنا لآثار عقد الكفالة و انقضائها في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري و قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ،الأول آثار عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري و المبحث الثاني تناولنا فيه انقضاء عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لمجهول النسب والكفالة

تمهيـــد:

تعد ظاهرة الأطفال مجهولي النسب من بين الإشكالات الرئيسية التي يواجهها المجتمع نظرا لخصوصيتها المعقدة، لذا سعت الدول والمؤسسات التي تعنى بحماية حقوق الإنسان جاهدة الى إيجاد حلول لحماية هذه الفئة، وتفعيل الآليات الكفيلة بضمان وترقية حقوقها على نحو يحقق لها نوع من الدمج والاستقرار المجتمعي.

ولقد كرست الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في مادتها 20 حكم يقضي بحماية هذه الفئة المحرومة من البيئة العائلية من خلال توفير الحماية البديلة إما عن طريق أسرة بديلة تتطوع إراديا للتكفل بهذه الشريحة سواء وفق متطلبات الحماية المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية التي تأخذ شكل الحضانة أو الكفالة التيي تمثل إحدى أهم الصيغ للتكفل بالأطفال خصوصا الأطفال مجهولي النسب،

واقرارا لذلك فقد سعت الجزائر في نظامها القانوني إلى إرساء منظومة تشريعية ومؤسسية تضمن توفير الرعاية البديلة للأطفال مجهولي النسب وفق طابع الخصوصية الدينية والثقافية للدولة، وذلك من خلال إقرار **الكفالة القضائية** التي نصت عليها صراحة أحكام المادة **46** من الأمر رقم **05-02** المتضمن قانون الأسرة، أو من خلال دور ومراكز الرعاية التي تقدم الحماية الاجتماعية لهذه الشريحة.

ولدراسة هذا النظام سنتطرق إلى مبحثين:

المبحث الأول بعنوان **مفهوم مجهول النسب و عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري**

أما **المبحث الثاني** فبعنوان **إنعقاد عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري**

المبحث الأول: مفهوم مجهول النسب و عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

لم تأخذ الجزائر بنظام التبني على غرار العديد من الدول الاخرى ،و إنما أخذت بنظام كفالة الأطفال مجهولي النسب و هذا وفقا لما ورد في نص **المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري:**" **يمنع التبني شرعا و قانونا**"،متبعة في ذلك نهج الشريعة الاسلامية ،و لتوضيح م ذكرناه سنتطرق **(في هذا المبحث)** لمفهوم مجهول النسب **(في المطلب الأول)** ثم ننتقل لمفهوم عقد الكفالة **(في المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: مفهوم الطفل مجهول النسب

تعتبر ظاهرة الأطفال مجهولي النسب من بين أهم المشاكل التي يعاني منها المجتمع الإسلامي المعاصر بالرغم من الاحترازات القانونية و الخلقية ،والتي تعود في الغالب إلى البعد عن الفهم الصحيح لتعليم الدين الإسلامي ، مما أدى إلى وجود أطفال لا يعرفون أصلهم ولا نسبهم فمن هو الطفل مجهول النسب؟

الفرع الأول: تعريف الطفل مجهول النسب :

سنتناول تعريف الطفل مجهول النسب ،حين نتعرض لتعريف الطفل مجهول النسب في اللغة و في الإصطلاح و في القانون.

أولا:التعريف اللغوي للطفل مجهول النسب:

جملة الطفل مجهول النسب مركبة من ثلاثة كلمات هي: الطفل- مجهول –النسب،لذا سنتعرف على معنى كل كلمة.

1)-التعريف اللغوي للطفل:

جاء في معجم الوسيط :"طفل بكسر الطاء و تسكين الفاء ،كلمة مفرد جمعها طفولة و أطفال و الطفل الرخص الناعم الرقيق و الطفل المولود مادام ناعما رخصا ، و يطلق للذكر و الأنثى"، و هو الولد حتى البلوغ [1]، و في القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ﴾[2]

2)- تعريف الطفل في الإصطلاح الفقهي الإسلامي:

ذكر علماء التفسير تعريفا للطفل عند تفسيرهم للآيات التي ورد فيها كلمة الطفل فيالقرآن الكريم و هي أربعة مواضع مبينة كالتالي:

قال تعالى:﴿ وَ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ثُمَّ لِتَكُونُوا شُيُوخًا﴾[3]

و قال تعالى: ﴿ ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ﴾ [4]

و قال تعالى: ﴿ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾[5]

و قال تعالى: ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ ۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾[6]

و من الذين وضعوا تعريفا للطفل الإمام القرطبي في تفسيره حيث قال:"الطفل يطلق وقت إنفصال الولد حتى البلوغ"

و يقول الدكتور محمد سليمان الأشقر في تفسيره لقوله تعالى: ﴿ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾، و مصطلح الطفل يطلق على الإنسان ما لم يراهق و لم يبلغ حد الشهوة.

3)- تعريف الطفل في التشريع الجزائري:

قد أورد المشرع الجزائري تعريفا للطفل في قانون الطفل[1]،حيث عرفه في المادة الثانية منه كما يلي:"الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة"

---

[1] ابراهيم أنيس و آخرون،المعجم الوسيط ، طبعة الرابعة،جمهورية مصر العربية ،مكتبة الشروق الدولية،1425هـ/2004م،ص 560

[2] سورة الحج،الآية 05

[3] سورة غافر،الآية رقم 67

[4] سورة الحج ،الآية 05

[5] سورة النور،الآية 31

[6] سورة النور، الآية 59

4)-تعريف كلمة مجهول

مجهول إسم مفعول من جهل الشيء لم يعرفه،و الجهل نقيض العلم[2]

5)-تعريف كلمة النسب في الإصطلاح الفقهي:

له عدة تعريفات نذكر منها:"أنه علاقة الدم ،أو رباط السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله و فروعه و حواشيه"،له مكانة عظيمة قبل الإسلام و بعده،و قد جاءت الشريعة الاسلامية بحفظه، و رفعت مكانته حتى أوصلته لحد "الضروريات"و اعتبرته واحدا من الكليات الخمسة التي قامت أحكامها على رعايتها و حفظها.

ثانيا:تعريف الطفل مجهول النسب في الإصطلاح الفقهي الإسلامي

لم يتطرق الفقهاء إلى تعريف الطفل مجهول النسب ،لكنهم تعرضوا إلى من يحمل صفات مشابهة في المعنى و هو اللقيط و هو ما سنتطرق إلى تعريفه:

1)- التعريف اللغوي للقيط :

هو الطفل الذي يوجد مرميا على الطريق، لا يعرف أبوه أو أمه ، اللقيط المنبوذ الذي إلتقط،و سمي لقيطا لأنه ملتقط من الأرض-**قال تعالى:**﴿ فَالْتَقَطَهُ آلُ فِرْعَوْنَ﴾[3]

1)- التعريف الإصطلاحي للقيط:

هو إسم لحي طرحه أهله في مكان خوفا من الفقر أو العار ،أو هو الطفل الذي ظل الطريق أو تخلى عنه ذويه ،أو نبذوه و تركوه دون أن يبينوا إسمه أو يدلوا على نسبه خوفا من الفقر أو تخلصا من عار الزنا،و قد أوجبت الشريعة على من رأى هذا الطفل أن لا يتركه ،ففي ذلك إحياء لنفس إنسان، و فيما يلي تعريفات الفقهاء للقيط على أنه:

***عند الأحناف:**"إسم لحي مولود ،طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرار من تهمة الريبة "[4]

---

[1] القانون رقم 12/15 المؤرخ في 28 رمضان 1436 المو افق لـ 15 يوليو سنة 2015،المتعلق بحماية الطفل

[2] ابراهيم أنيس و آخرون،مرجع سابق،ص 143

[3] سورة القصص،الآية 08

[4] شمس الدين أبو بكر بن محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، الجزء6 ، دار المعرفة، بيروت، 1993 ،الطبعة الثانية ، ص146

***عند المالكية:**"صغير آدمي لم يعرف أبواه و لا رقــه" [1]

***عند الشافعية:**"كل طفل ضائع لاكافل له"[2]

***أما عند الحنابلة:**"اللقيط طفل لا يعرف نسبه و لأرقه نبذ، أو ظل الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز ، و قيل المميز لقيط أيضا إلى البلوغ و عليه أكثر "[3].

من خلال كل هذه التعريفات يتبين أن مصطلح اللقيط له نفس المعنى لمصطلح مجهول النسب ،و هم ضحايا و ليس لهم أي ذنب عما ارتكبه والديهم.

ثالثا:تعريف الطفل مجهول النسب في التشريع الجزائري

لم يرد من المشرع الجزائري تعريفا دقيقا للطفل مجهول النسب لا في قانون الأسرة و لا في قانون الحالة المدنية ،غير أنه نص في **المادة 64 من قانون الحالة المدنية في فقرتها الرابعة** على:" **يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين ،و الذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء ،يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي**"[4].

وفقا لنص المادة فإن المشرع الجزائري لم يفرق بين الأطفال اللقطاء ،و هم الذين وجدوا في الشارع،سواء كانوا معلومي النسب أو مجهولي النسب.

الفرع الثاني:مسيمات مجهول النسب

1)- المنبـــــوذ:هو الملقى و المطروح، و إلتقط الشيء ،لقطه و عثر عليه من غير قصد و طلب و يسمى لقيطا باعتبار مآله بعد أن يلقى و يطرح يتم لقطه ،و تفاؤلا لإصلاح نفسه ،**قال تعالى:**﴿ فَنَبَذُوهُ وَرَآءَ ظُهُورِهِمْ ﴾ [5].

---

[1] أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج، الجزءالخامس ، دار الفكر العربي، د ون طبعة ،ص 44

[2] محمد الحطيب الشرباني، مغنى المحتاج، الجزء الثالث ، دار الكتب العلمية،دون طبعة،ص 598

[3] منصوربن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع على متن الاقناع،الجزء الرابع ، بيروت، دار الفكر، 1406 هجري ،دون طبعة،ص266

[4] الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق لـ 19 فبراير 1970 ، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل و المتمم بالقانون 08/14 المؤرخ في 2014/08/09

[5] سورة آل عمران،الآية 187

و عليه يمكننا القول أن الطفل المنبوذ أعم من لفظ اللقيط ،فهو يشمل اللقيط و غيره،و يعتبر اللقيط جزء من المنبوذ.

2)- الدعـــــي:أن يدعي الشخص إبنا له و هو ليس إبنه ،و الدعي قد يكون غير معروف الأب و الأم ،و قد معروف الأب و الأم، و قد تبناه آخر و ادعاه إبنا له.

3)-الضـــال:هو من الضياع و الهلاك ،تقول:أضللت بعيري إذا ذهب منك وتقول:ضللت المسجد إذا لم تعرف موضعه....،و ضاع الشيء و ضياعا بالفتح بمعنى هلك[1]، و اللقيط قد يكون ضالا و ضائعا عن أهله ، فيلتقطه البعض عند عدم معرفة أهله أو عدم تعرفهم عليه،و اللقيط قد يكون ضالا و ضائعا عن أهله،فيلتقطه البعض عند معرفة أهله أو عدم تعرفهم عليه.

الفرع الثالث:أسباب وجود الطفل مجهول النسب

توجد عدة لوجود الأطفال مجهولي النسب ، و تتضح من خلال ذكر الفقهاء لأسباب النبذ أو الطرح التي يتعرض الطفل ، و منها كما قال الإمام الماردي رحمه الله:"أما المنبوذ فهو الطفل الذي يلقى ،لأن النبذ في كلامهم الإلقاء ، و سمي لقيطا لالتقاط واجده له، و قد تفعل المرأة ذلك بولدها لأمور منها : أن تأتي به من فاحشة فتخاف العار فتلقيه، أو تأتي به من زوج تضعف عن القيام به فتلقيه رجاء أن يأخذه من يقوم به أو تموت الأم فيبقى ضائعا"[2]

من خلال ما ذكرناه يمكن أن نستخلص مجموعة من الأسباب التي تؤدي إلى وجود مجهول النسب والتي نقسمها إلى أسباب عامة و أخرى خاصة وهي كالآتي:

أولا :الأسباب العامة

وهي الظروف العامة التي تؤدي إلى وجود مجهول النسب و هي:

1)-الفقر و العيلـة: قد تقوم الأم بالتخلي عن طفلها خشية الفقر،و ظنا منها بأن يأخذه من يقوم برعايته،و أملا منها في أن يجد يدا ثانية تربيه بعيدا عن الفقر و الجوع و الحرمان.

[1] ابن منظور،لسان العرب،الجزء الثامن،دار إحياء التراث،بيروت ،1999،ص 79

[2] صفية الوناس حسين،مجهول النسب بين رحمة التشريع الاسلامي و التشريع الوضعي،المؤتمر الدولي عن الرحمة في الاسلام،قسم الفقه و أصوله ،كلية العلوم الاسلامية،الخروبة،الجزائر،ص420

2)-الضياع و الضلال و السرقة: قد تتم سرقة الطفل و هو في المهد في غفلة من أهله من أجل الاستغلال مثلا أو لعدم إنجاب الأطفال من طرف شخص ما،ثم قد يندم الفاعل عن فعلته كأن يكشف أمره و يتورط فيقوم بإلقائه في مكان ما للتخلص منه .[1]

أو قد يضل الطفل من أهله في سوق مثلا فلا يتم التعرف عليه،كونه صغيرا و لا يعرف شيئا عن والديه ،فيلتقطه أحدهم و يكفله و يقوم برعايته.

3)- الحروب و الكوارث الطبيعية:تعتبر الحروب أكبر أسباب الشتات فبسببها يتشرد الناس ،و يكثر المفقودين رجالا و نساءا و أطفالا ،و يتم العثور على الاطفال في المنازل أو الشوارع و لا يعرف ما إذا كا ن أهله قد ماتوا أو لا يزالوا على قيد الحياة[2].

ثانيا:الأسباب الخاصة

و هي الظروف المباشرة التي تكون سببا في وجود مجهول النسب و هي:

1)-الزنـــــا:حرم ديننا الحنيف الزنا و وضع العقوبة المناسبة للحد منها و القضاء عليها،فقال تعالى:﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا ۖ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا** ﴾[3]،**و قال سبحانه تعالى:** ﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ**﴾[4]

بسبب الزنا تلد المرأة الطفل بطريقة غير شرعية ،فتقوم برميه أو وضعه عند أبواب المساجد أوفي الطرقات ،و ذلك خشية الفضيحة أو العار ،و تعتبر الزنا من أكبر مسببات إختلاط الأنساب و أكثر الأسباب المؤدية لوجود ا اطفال مجهولي النسب.

2)- عجز الأم عن إثبات النسب:بسبب الزواج العرفي أو ما يسمى بالزواج غير الموثق ،قد تحمل المرأة طفلا و يكون مشكلة بالنسبة للطرفين خصوصا إذا اشترط أحدهما أو كلاهما عدم الإنجاب ،و هنا قد تسعى الأم للتخلص من هذا الطفل برميه في الأماكن العامة أو تسليمه إلى

[1] عيادي سارة،الحماية المقررة للأطفال مجهولي النسب بين الشريعة الاسلامية و التشريع الجزائري،مجلة تطوير العلوم الاجتماعية ،مجلد 11،عدد01،تاريخ النشر 30 جوان2018،جامعة باجي مختار،عنابة ،ص 148 و148

[2] أحمد بن يحي السويدي الزهراني،استلحاق مجهولي النسب و أثره الأمني والاجتماعي ،قسم العلوم الشرعية،كلية الملك فهد الأمنية،الرياض،ص108

[3] سورة الإسراء،الآية 32

[4] سورة النور،الآية 02

دور الرعاية ،يكون الطفل هنا ثمرة زواج عجزت الأم عن إثباته،و كذلك الأمر بالنسبة للنكاح الفاسد و هو الذي فقد شرط من شروط صحته.

3)-الإغتصاب:و هو أن يرغم الرجل المرأة على الاتصال بها جنسيا دون رضاها و بإكراهها على فعل ذلك،و هو من أبشع صور الجرائم الواقعة على العرض و الشرف،مما يؤدي إلى حدوث أمومة غير شرعية و بالتالي وجود طفل مجهول النسب.

المطلب الثاني: مفهوم عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

اعتمد المشرع الجزائري على نظام الكفالة في حماية الأطفال مجهولي النسب الذي إستمده من الشريعة الإسلامية واعتبر الكفالة إلتزام شخصي يقوم به الكافل،فما معنى مصطلح الكفالة؟

أولا:تعريف عقد الكفالة

لمعرفة المقصود بالكفالة لابد من التطرق لتعريفها اللغوي والاصطلاحي والقانوني

1)- التعريف اللغوي للكفالة:

مصطلح الكفالة مشتق من الفعل الثلاثي المفتوح الحروف من كفل،يكفل،كفلا و كفالة الرجل ،فهو كافل رباه و أنفق عليه و قام بأمره[1]، و في ذلك **قوله تعالى:** ﴿**أيُّهم يَكْفُلُ مَرْيَمَ**﴾[2]

والكفالة : مصدر كفل بمعنى إلتزم. و معناها في اللغة الضم.

ورد في لسان العرب لابن منظور ،كفل معناه: التكفل بالشيء ،و معناه ألزم نفسه و أزال عنه الضيعة و الذهاب

و الكافل القائم بأمر اليتيم المربي له و هو الكفيل الضمين، و الضمين له و لغيره راجع إلى الكافل أي أن اليتيم سواء كان الكافل من ذوي أرحامه و أنسابه أو كان أجنبيا لغيره تكفل به.[3]

و في التنزيل العزيز: ﴿ **وكَفلَهَا زَكَرِيًّا** ﴾[4].

[1] علي بن هادية ،بلحسن بليش،الجيلاني بن الحاج بحثى،القاموس الجديد للطالب،الطبعة السابعة، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر،1990،ص 910

[2] سورة آل عمران،الآية 44

[3] ابن منظور،لسان العرب،طبعة جديدة،دار المعارف،القاهرة،ص39.

[4] سورة آل عمران،الآية37.

و قول نبينا محمد –صلى الله عليه و سلم–« أنا و كافل اليتيم في الجنة هكذا،و قال بأصبعه السبابة و الوسطى» [1]،أي ضم كافل اليتيم لنفسه.

2)– التعريف الفقهي لعقد الكفالة:

و الكفالة في الفقه الاسلامي إلتزام شخصي يصدر عن الكافل سواء كان رجلا أو إمرأة،لأنها تبرع منه مما يضفي عليها صبغة قانونية و دينية يبتغي بها وجه المولى عز و جل،و عليه لا يستطيع إلزام غيره بها و لو كان زوجه ،و الكافل هو القائم بأمر اليتيم المربي له.

و تعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الاسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم أو مجهول النسب [2].

و قد تعددت تعاريف الكفالة لدى فقهاء الشريعة الاسلامية وسنذكر بعضها:

عرفها الذهبي في كتاب الكبائر: " كفالة اليتيم هي القيام بأموره و السعي في مصالحه من طعامه و كسوته،و تنمية ماله إن كان له مال، و إن كان لا مال له أنفق عليه ،وكساه إبتغاء وجه الله تعالى". [3]

و قد تأتي الكفالة بمعنى كفالة الدين كما سنبين:

– **تعريف الأحناف:**الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين أو عمل.

– **تعريف جمهور الفقهاء** : الكفالة هي ضم الذمتين في المطالبة و الدين.[4]

– **تعريف المالكية** : الكفالة شغل ذمة أخرى بالحق،أي أن الدين يشغل ذمة الضامن مع ذمة المدين المضمون عنه. سواء كان هذا الحق غير متوقف على شيء كما في ضمان الأموال أو كان متوقفا على شيء آخر كعدم إتيان المضمون

[1] حمد متولي الشعراوي ،الخواطر،مطابع أخبار اليوم 1997 ،جزء 3،ص1439 .

[2] صفية الوناس حسين،مرجع سابق،ص 446و445.

[3] أبي عبد الله محمد شمس الدين الذهبي الدمشقي،الكبائر،الطبعة الأولى،دار التراث العربي،القاهرة،مصر، 1982،ص50.

[4] السيد سابق،فقه السنة،دار الفتح للإعلام العربي،الطبعة الأولى،مصر،2004،ص 1010

في ضمان الوجه أو تفريطه في طلب الدين أو التفتيش عنه.[1]

– **تعريف الحنابلة:**(يسميها الحنابلة الضمان)،والضمان هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في إلتزام الحق فيثبت في ذمتهم،أي الضمان هنا هو ضمان الديون الثابتة حيث تنشغل بها ذمة الضامن مع بقائها في ذمة المضمون عنه.

تعريف الشافعية :الضمان هو عقد يقتضي إلتزام دين ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو يد من يستحق حضوره،أي أن الكفالة عند الشافعية بنفس مفهومها عند المالكية إلا أنهم يسمونها الضمان ،و هي تشتمل على ثلاثة أقسام هي ضمان الدين، وضمان العين ،وضمان النفس.

من خلال ما ورد من تعاريف فإن مصطلح الكفالة إما يدل على كفالة اليتيم أي الولاية على النفس أو مال القاصر ،أو يدل على ضمان الدين ،و ما يهمنا في دراستنا هو كفالة اليتيم القاصر.

3)– التعريف القانوني للكفالة في قانون الأسرة الجزائري:

نص المشرع الجزائري على الكفالة في قانون الأسرة رقم **11 / 84** المؤرخ في **03** يونيو **1984** م المعدل والمتمم
بالأمر رقم **02 / 05** ، المؤرخ في 27 فبراير **2005** في الفصل السابع في المواد من **116** إلى **125**ق.أ.ج
وكذا في بعض القوانين الداخلية الخاصة ببعض المؤسسات التي لها علاقة مباشرة بالموضوع كمركز الطفولة
المسعفة ومديرية النشاط الاجتماعي.

و تنص المادة **116** من **قانون الأسرة الجزائري على:"الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي"[1].**

[1] سعيدي فاطمة الزهراء سلسبيل و جهارة مروى،كفالة مجهول النسب بين الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري،مذكرة ماستر،جامعة محمد خيضر بسكرة،كلية الحقوق ،قسم الحقوق ،السنة الجامعية2020 /2021،ص04

من خلال نص المادة يتضح لنا أن الكفالة هي عبارة عن عقد مبرم في شكل رسمي يتم أمام الموثق أو أمام المحكمة يصرح فيها طالب الكفالة عن رغبته في التكفل بولد قاصر و العمل على رعايته و حمايته و تربيته تربية سليمة مبنية على أخلاق سامية و العمل على توفير كل الظروف الاقتصادية و الإجتماعية التي تسمح له بالعيش حياة كريمة و معاملته معاملة الإبن الشرعي ،و إن كان في حقيقة الأمر أنه لا توجد أي علاقة تربط بين الكافل و المكفول.[2]

*الملاحظ من خلال إستقراء نص المادة 116 ق.أ.ج، أنه لم يفرض المشرع الجزائري ضرورة موافقة الزوجة عند التكفل بالطفل ،و هذا أمر في غاية الأهمية كون أن الزوجة دورها أهم بكثير من دور الزوج فهي من تقوم برعاية الطفل و تربيته و غالبا ما تكون هي المسؤولة عن إحتياجاته . فهل أغفل المشرع هذا التفصيل أثناء صياغة نص المادة ؟ من خلال ما ذكرناه يتبين أن مصطلح الكفالة سواء في اللغة أو الفقه أو القانون يحمل أسمى المعاني الإنسانية النبيلة و هي من أجل و أعظم الأعمال الصالحة ،وهي إستثمار حقيقي للإنسان **لقوله تعالى:**

﴿ يَسْئَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ والأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّه بِهِ عَلِيمٌ﴾.[3]

ثانيا: أطراف عقد الكفالة:

لقيام عقد الكفالة لابد من وجود طرفين لإنشائه هما الكافل و المكفول ممثلا إما بأبويه أو المؤسسة التي ترعاه :

1)- الكافـــل: و هو الطرف الأول في العقد و هو الشخص الذي يأخذ على عاتقه مهمة الولاية على المكفول ،و بالرجوع لنص المادة **116 ق.أ.ج**، لم يشترط المشرع أن يكون الكافل رجلا أو إمرأة ،إلا أنه يجب توفر بعض الشروط الأساسية فيه ليكون الايجاب سليما.

---

[1] المادة 116 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 المو افق لـ 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 المو افق لـ 27 فبر اير 2005.

[2] بليل صبرينة و شعلال نعيمة، عقد الكفالة في قانون الأسرة الجز ائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص **09.**

[3] سورة البقرة الآية **115**

2)- المكفـــول: هو القاصر و الطرف الثاني في العقد،و الذي تقع عليه الكفالة ،والمكفول طبعا لا تتوفر فيه الأهلية اللازمة لصحة قبوله،فإذا كان معلوم النسب فإن القبول يصدر من أبويه أو أحدهما،أما إذا كان مجهول النسب فيصدر من مؤسسة حماية الطفولة .

أ)- الأبـوين: حسب ما ورد في نص المادة **117 ق.أ.ج** ،فإن الكفالة تتم برضا الأبوين ،أي أن الأبوين طرفا ثانيا في عقد الكفالة،في حالة كان المكفول معلوم النسب من الأم و الأب أو من الأم فقط، فقد يتنازل الأبوين عن طفلهم القاصر لشخص آخر يتكفل به أو تتنازل الأم العزباء عن طفلها إما بطريقة مباشرة و ذلك بتسليمه بمن يتكفل به ،أو بطريقة غير مباشرة بتركه عند أحد المساجد أو التخلي عنه بعد ولادته في المستشفى.

ب)- مؤسسات رعايـة الطفـولة:و هي المؤسسات التي تتولى مهام إيواء و تربية الأيتام أو مجهولي الأبوين [1]،و تتمتع هذه المؤسسات بالشخصية القانونية، وهي صاحبة الولاية القانونية على هؤلاء، خول لها القانون التعاقد مع الكافل، وبالتالي تعد الطرف الثاني في عقد الكفالة ممثلة في مديرها الذي يعتبر نائبا عنها، ويباشر التصرفات القانونية باسمها ويبرم العقود لحسابها ، وفقا للصلاحيات المخولة له قانونا في المرسوم التنفيذي رقم **04 / 12 المؤرخ في 4يناير 2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة** [2]، كما يقوم بإبرام عقد الكفالة مع الكافل ويسلمه أحد القصر المتواجد في المؤسسة التي يديرها، كلما توفرت الشروط الواجبة فيه حسب القانون وتحت مسؤولية الوالي الذي توجد بدائرة اختصاصه تلك المؤسسة .[3]

ثالثا :حكم مشروعية عقد الكفالة:

الكفالة مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وهي من التعاون على البر والتقوى،فمن قام بخدمة ولد صغير ،و قاصر لا يستطيع القيام بنفسه ، من أكله و شربه و

[1] لاكلي نادية،أحكام الكفالة في التشريع الجزائري و إشكالاتها القانونية،مجلة القانون و المجتمع،المجلد 10،العدد 02 ، كلية الحقوق، جامعة بلحاج بوشعيب، ،عين تيموشنت الجزائر، السنة 2022، ص 110.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 04 - 12 مؤرخ في 10 صفر عام 1433 الموافق 4 يناير 2012 ، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، جريدة رسمية رقم 05 مؤرخة في 29 يناير2012.

[3] أنارس لينة، علام كريمة، الكفالة-دراسة مقارنة-التشريع الجزائري مع بعض التشريعات العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية،السنة الجامعية 2013/2012 ، ص 13.

لباسه و تربيته،فقد كفله ، و هذا أمر محمود في دين الله فهي مستحبة من الكافل وإحسان إلى المكفول،و يستحق صاحبها المثوبة في الجنة ، و أجره عظيم عند الله، ومن أدلة مشروعية الكفالة:

1)- من القرآن الكريم:

﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ۖ كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِندَهَا رِزْقًا ۖ قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّىٰ لَكِ هَٰذَا ۖ قَالَتْ هُوَ مِنْ عِندِ اللَّهِ ۖ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَن يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ﴾[1].

وقوله جل وعلى: ﴿هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ ۥ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ ۥ نَٰصِحُونَ﴾[2]**، و قوله تعالى:﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ ۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِۦٓ﴾**[3].

كذلك ورد في قصة داود عليه السلام **قوله تعالى: ﴿ إِنَّ هَٰذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِيَ نَعْجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ ﴾**[4]**، و قوله تعالى: ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾**[5].

2)- من السنة النبويــة:

عن أبي هريرة- رضي الله عنه - قال:**قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : « كافل اليتيم له أو لغيره ،أناو هو كهاتين في الجنة »،**

و أشار مالك رحمه الله بالسبابة و الوسطى.

وكذلك حديث أبي هريرة- رضي الله عنه -أن رجلا شكى إلى **رسول الله -صلى الله عليه و سلم**-قسوة قلبه فقال : **«إن أردت أن يلين قلبك فاطعم المسكين و امسح برأس اليتيم»**[6].

[1] سورة آل عمران ،الآية37.

[2] سورة القصص ،الآية12.

[3] سورة يوسف ،الآية66

[4] سورة ص ،الآية 23.

[5] سورة يوسف ،الآية 7.

[6] الإمام الطبراني،مكارم الأخلاق،باب فضل التكفل بأمر الأيتام ،الطبعة الأولى،دار الكتب العلمية ،بيروت،لبنان،1989،ص 350.

الفرع الثاني:خصائص عقد الكفالة

أولا: في التشريع الجزائري

الكفالة هي عبارة عن نظام بديل للتبني وضعه المشرع لغاية اجتماعية وذلك لرعاية الأولاد مجهولي النسب وتولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته لظروف اقتصادية،حيث تمنح الكافل السلطة التي يتمتع بها عادة الوالدين، فيعد الكافل أبا، وعلى ذلك تكون له الولاية على النفس والمال معا، مما يؤهل المكفول ليحتل مرتبة قريبة من مرتبة الابن الشرعي،و تتميز الكفالة بعدة خصائص و التي تجعلها متميزة عن باقي الأنظمة المشابهة لها مثل نظام الحضانة ونظام التبني و التي يمكن إجمالها في:

1)- الكفالة نظام قانوني:تعتبر كذلك لأن جميع الأحكام المنظمة لها محددة بموجب نصوص قانونية صريحة،و التي تجد مصدرها في قانون الأسرة،و الكافل يجب عليه الامتثال لهذه الأحكام.[1]

في الكفالة يتجرد الأطراف من مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد،لأنها محدودة في طلب الكفالة أو في التخلي عنها فقط،وغير ذلك من الأحكام فهي خاضعة للقانون الذي ينظمها.[2]

2)-الكفالة عقد تبرعي: الكفالة إلتزام على وجه التبرع و لقد أعطى المشرع الجزائري صفة "التبرعي" لعقد الكفالة، ويقصد بها أنه لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطيه مع إنصراف النية لذلك[3] ، حيث يقوم الكافل برعاية وحماية وتربية الطفل القاصر كما لو أ نه مع أبيه الأصلي ، كنوع من الإحسان إلى المكفول، والتعاون داخل المجتمع الإسلامي، فالكافل لا يحصل على أجر مقابل الكفالة وإنما يتولى أمور المكفول من إنفاق، تربية ، تعليم ، تقديم المنح الدراسية ،علاج ، وكل متطلبات الحياة دون أن يكون هناك مقابل مادي لذلك.

أو يعتبر ما أنفقه دينا في ذمة المكفول، بل يقوم به على وجه التبرع .[4]

---

[1] مالك طلبة،التبني و الكفالة،مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة الرابعة عشر،2006/2003 ،ص18.

[2] زهرة بلقرقيد،الحماية القانونية للأطفال غير الشرعيين ،مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة الثامنة عشر،2010/2007،ص 31.

[3] رغيسي أميرة، شلاط أمال، الكفالة في قانون الاسرة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون الأسرة، جامعة 08 ماي 1945 قالمة،2021/2020، ص 14.

[4] عميروش جازية وبلعمري نبيلة، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري ،مذكرة ماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق بودواو،جامعة امحمد بوقرة ،بومرداس ، السنة الجامعية، 2023/2022،ص13

3)-الكفالة عقد مؤقت: الكفالة ليست أبدية، وإنما تسري لفترة معينة ثم تنتهي لأسباب محددة في قانون الأسرة ،كوفاة الكافل أو تخليه عن الكفالة، أو بإسقاطها عن الكافل بموجب حكم قضائي إذا أخل بالتزاماته التي تعهد بها، أوفي حالة الإساءة إلى المكفول .

4)-الكفالة عقد يقوم على الرضائية: الكفالة عقد يبرم بين طرفين هم الكفيل والمكفول ممثلا في الهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكفيل وذلك أمام الموثق أو المحكمة ، و يشترط لقيام عقد الكفالة وجود الرضا بين الأطراف [1] ، وهما الكافل على اعتبار أن إلتزامه شخصي لا ينتقل الى الورثة(إلا برضاهم)،أو الخلف العام ، كما يشترط رضا أبوي المكفول أو أحدهما، وبالتالي تصبح الكفالة عقدا بين أبوي القاصر أو أحدهما والكافل، أما مجهول النسب أو اللقيط أو اليتيم، فإن كفالته تتم بناء على طلب طالب الكفالة، ويكون بناء على رضا المؤسسة المكلفة برعاية الطفل المراد كفالته، فهي صاحبة الولاية القانونية عليه ممثلة في مديرها باعتباره نائب عنها[2].

5)-الكفالة تحمي الحقوق الميراثية: بالرغم أن الطفل المكفول يصبح فردا من العائلة الكافلة،فلا الكافل يرث المكفول ولا المكفول يرث الكافل ، فهي إذن تحمي حقوق الورثة، وتمنع التعدي عليها، وذلك سواء بالنسبة لأسرة الكافل، أو بالنسبة للمكفول ، لكن بالمقابل يمكنه الحصول على هبة أو وصية من الكافل حسب ما أقرته المادة **123 ق.أ.ج**[3].

ثانـــــيا: في الفقـــه الإســـلامي

إن الشريعة الإسلامية حثت على الإهتمام وبذل العناية والرعاية بالمستضعفين والأيتام و ذلك بالتكفل بهم ومد يد العون لهم، فهم لا يقدرون على قضاء أمورهم، حيث نجد في القرآن الكريم الكثير من الآيات التي تنص على التكافل،و منها **قـوله تعالى:**﴿ **وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى**﴾[4]، وبالإضافة الى ذلك نهى عن الإساءة لليتيم في قوله تعالى: ﴿ **فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ** ﴾[5]

[1] علال أمال، التبني والكفالة،دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في الحقوق- تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ،2009/2008 ، ص 32

[2] رغيسي أميرة، شلاط أمال،مرجع سابق،ص 14

[3] تنص على: "يجوز للكافل أن يوصي أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة".

[4] سورة النساء،الآية 36

[5] سورة الضحى،الآية09

الفرع الثالث :تمييز عقد الكفالة عن غيرها من العقود المشابهة لها

ظاهرا لا يوجد فرق بين الكفالة و الحضانة و التبني فكلها تهدف إلى رعاية الطفل ماديا و معنويا و ضمه إلى أسرة أخرى ليست أسرته الأصلية،ولكن أصلا هناك اختلاف فيما بينها،و عليه يمكننا التطرق إلى التمييز بين هذه الأنظمة و الكفالة في مايلي:

أولا: تمييز الكفالة عن الحضانة:

1)-تـــعريف الحضانــة:

الحضانة هي إيواء الطفل و ضمه إلى أمه لرعايته و تدبير طعامه و شرابه و لباسه و تنظيفه و دفع الأذى عنه و تربيته والقيام بما يصلحه حتى يستقل بنفسه،و قد منح الشرع حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفعة ، و قد رتبهن على ذلك خلال الفترة التي يحتاج فيها إلى خدمة النساء،و هي حق و واجب له و سببها عجزه و ضعفه،و عدم قدرته على القيام بأمور نفسه.[1]

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الحضانة أيضا بأنها " :القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز و لا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه و وقايته مما يؤذيه ويضره، و تربيته جسميا و نفسيا و عقليا كي يقوى على النهوض

للحياة والاضطلاع بها، والدليل على وجوبها من السنة ما روي عن عبد الله بن عمر أن إمرأة قالت يا رسول الله،إن إبني هذا كانت بطني له وعاء و ثديي له سقاء ،وحجري له حواء،و أن أباه طلقني و أراد أن ينزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم:" أنت أحق منه به ما لم تنكحي".[2]

يتناول المشرع الجزائري الحضانة من المادة 62 إلى غاية المادة 72 من ق أ ج ،حيث نصت **المادة 62 ق أ ج**، على أن: " **الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيـــته على ديــن أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحــة وخلقا"**

[1] العربي بختي،حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2013، ص86 ،

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي،التبني الدولي ومبدأ احترام مصلحة الطفل،دار الفكر الجامعي،الطبعة الأولى،الإسكندرية،مصر،2011،ص206 .

إذن فالحضانة هي رعاية الطفل و الرعاية كلمة تشمل الجوانب النفسية والاجتماعية و الصحية من تغذية وسكن واهتمام صحي وتعليم الولد حتى يتمكن من اكتساب المعارف التي تساعده في الحياة وتربيته على دين أبيه، وعلى المبادئ والقيم الإسلامية حتى و لو لم تكن أمه مسلمة فهي مطالبة بتربيته على دين أبيه،بالإضافة إلى السهر على حماية المحضون، وكذا تربية الطفل على حسن الخلق وتهذيبه حتى ينشأ إنسانا صالحا في المجتمع.

2)- أوجه الشبه بين الكفالة والحضانة:

تتفق الكفالة والحضانة في كونهما يتعلقان برعاية وتربية طفل والقيام على شؤونه وتوفير جو أسري من عطف وحنان.

3)- أوجه الاختلاف بين الكفالة والحضانة

من خلال التعاريف يمكننا أن نستخلص أوجه الاختلاف بينهما فيما يلي:

1-الكفالة من كفل يكفل كفيل ، بمعنى من يقوم على شأن الطفل و إعالته والتكفل بأموره بينما الحضانة من حضن يحضن حضنا أي جعل الطفل في حضنه وتقديم الحنان والعطف له.

2-الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على الطفل المكفول بينما في الحضانة لا تلزم الحاضن بالإنفاق على المحضون.

3-الكفالة إلتزام على وجه التبرع، الحضانة تكون بشكل طبيعي نتيجة صلة القرابة لأشخاص محددين على سبيل الحصر في القانون.

4-الكفالة تكون للطفل يتيم الأبوين أو مجهول النسب أو معلوم الأبوين، أما الحضانة تكون للطفل معلوم النسب من زواج صحيح أو يتيم الأبوين أو إحداهما أو نتيجة طلاق أو وفاة.

5-الكفالة توفر أسرة بديلة عن الأسرة الأصلية إن وجدت أساسا ، بينما الحضانة فهي الأغلب يكون هناك أحد الوالدين أو أحد أفراد عائلته الكبيرة.

6-تتم الكفالة عن طريق عقد أمام الموثق أو عقد إداري أمام مديرية العمل والضمان الاجتماعي أو أمام قاضي الأحداث، ويكون بإمضاء الكافل(طالب التكفل بالطفل) والجهة الوصية (أمام المحكمة أو مديرية العمل) تصادق عليه، أما الحضانة فتكون بحكم قضائي.

7-وحسب نص المادة 87 من ق أ ج، للكافل الولاية القانونية على المكفول، بينما في الحضانة ليس للحاضن ذلك مبدئيا إلا بعد وفاة الأب أو حصول مانع له أو غيابه تحل محله الأم ، في الأمور المستعجلة وفي الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

8- المكفول لا يعتبر محرما ولا يرث ولا يحمل لقب الكافل.

9- تنتهي الكفالة بطلب أحد الوالدين بعودة المكفول إلى ولايته أو يتخلى عنها، أما الحضانة فحددت قانونا و تكون

ببلوغ عشر سنوات مع إمكانية تمديد السن إلى 16 سنة، أم ا إذا كان معاقا تستمر الحضانة والأنثى إلى زواجها.[1]

ثانيا:تمييز الكفالة عن التبني:

كان التبني سائد في الجاهلية وكان الرجل يتبنى ولد وينسبه إليه ويورثه ، ولعل أهم قصة في موضوع النبي بالنسبة لنا المسلمين هو تبني سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم لزيد بن الحارثة حيث أصبح ينادى باسمه أي- زيد بن محمد-، ولما جاء الإسلام حرمه، ولو في ذلك أسباب عديدة وسوف نتطرق إليها، وقبل ذلك سوف نعرف التبني .

1)-تعـــريف التـــبني

التبني من تبنى تبنيا ويقال تبنى الصبي أو إدعى بنوته أو اتخذه إبنا، و التبني هو اتخاذ شخص من غير صلبه إبنا له.[2]

عرفه الأستاذ فضيل سعد: " التبني هو عملية إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقينا أنه ليس منه وهي علاقة بين الطرفين أحدهما هو الشخص الكبير إمرأة أو رجل ويسمى المتبني، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنى".[3]

2)-أسباب تحريم التبني:

للتبني آثار سلبية لا تنعكس على المتبني فحسب ، بل على المجتمع بأجمعه، ولعل من أبرز تلك الآثار السلبية ما يأتي:

---

[1] وردة دباخ ،الكفالة في الفقه الاسلامي و القانون الجز ائري-دراسةمقارنة-مذكرة لنيل شهادة ماستر،تخصص قانون الأسرة،كلية الحقوق و العلوم السياسية،قسم الحقوق،جامعة محمد خيضر،بسكرة،السنة الجامعية 2022/2021،ص 32.

[2] قاموس الو افر،(عربي -عربي) ، دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة ، ص126

[3] معوان مصطفى، أسباب تحريم التبني واحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجز ائري، مجلة المعيار، العدد التاسع، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس،سنة 2004 ، ص421

1-اختلاط الأنساب وضياعها، وما اختلطت الأنساب في قوم إلا و انتشرت فيهم الرذيلة والفاحشة.

2-الحقد والضغينة وقطيعة الرحم بسبب حجب الورثة من التركة بحجب حرمان أو نقصان.

3-تجريد الطفل من نسبه الأصلي في قوله تعالى:﴿ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ﴾[1].

4-تحريم الحلال، وتحليل الحرام، فالتبني يمنع الزواج ممن تحل له ،و يحل الخلوة بمن تحرم عليه، وفي ذلك تلاعب بالشرع، و يعتبر فاعله مرتكبا للكبيرة.

3)-أوجه الشبه بين الكفالة والتبني:

كما ذكرنا أن الكفالة نظام بديل جاء به الإسلام بعد تجربته التبني لما له من آثار سلبية على الفرد والمجتمع ككل، فلا شبه بينهما إلا أنهما متعلقان برعاية الطفل.

4)-أوجه الاختلاف بين الكفالة والتبني:

*الطفل المتبني ينسب إلى الشخص الذي تبناه ويحمل اسمه ونسبه بينما الطفل المكفول لا ينسب إلى الكافل ولا يحمل إسمه.

* الطفل المتبني يرث الشخص الذي تبناه بينما الطفل المكفول لا يرث الشخص الكافل.

* الطفل المتبنى يعتبر محرما ويجوز له العيش بكامل الحرية داخل بيت المتبني ، حيث أن زوجته وبناته مثلا لايضعن الحجاب أمامه، ولا يصح له الزواج ببنات المتبني كونهم إخوة بالتبني، بينما الطفل المكفول لا يعتبر محرم، وهو أجنبي غريب عن الأسرة البديلة.

*الكفالة هي عبارة عن إلتزام تطوعي لرعاية الطفل وتربيته وحمايته تنتهي بطريقة آلية، ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني أو عن طريق القضاء،أما التبني فهو إلحاق طفل قاصد بنسب المتبنى واعتباره ابنا شرعيا له فيأخذ لقبه كما أن له الحق في الميراث وينتهي هذا الأخير بموجب حكم قضائي فقط مراعاة لمصلحة الطفل[2].

[1] سورة الأحزاب الآية 05

[2] دباخ وردة،مرجع سابق، ص 35.

ثالـــثا:تمييز الكفالة عن الوصايـــــة:

1)-التعريف اللغوي للوصاية:

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

و تواصى القوم أي استوصوا على بعضهم ،و كما جاء في **الحديث النبوي الشريف: « استوصوا بالنساء خيرا»**[1]

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

2)- التعريف الفقهي للوصاية:

* **تعريف الحنفية:** الوصاية هي الإنابة عند الموت أو الغيبة.

* **تعريف المالكية:** هي عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد الموت (وهذا شبيه بتعريف الوصية).

***تعريف الشافعية:** فقد أعطوها تعريف الوصية و هي: اثبات تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، وكذلك عرفوها بأنها: عهد على من يقوم على أولاده.

***تعريف الحنابلة** :الوصاية هي: " تصرف لغيره بعد موته في ما كان له التصرف فيه."

وهذا عبارة عن وصاية عامة على أموال الموصي وأولاده والولاية عليهم وخاصة القصر منهم وغير الراشدين لعاهة أو جنون أو سفه[2].

تعريف الوصاية في قانون الأسرة الجزائري:

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

[1] حديث نبوي أخرجه الترمذي في سننه كتاب النكاح ، الجزء 6 رقم 6016 ، دار الفكر ،بيروت، لبنان، ص 161.

[2] عبد الله محمد سعيد رباحة الوصاية في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا جامعة الأردن، 2771 ، ص29.

4)- أوجه التشابه بين الوصاية والكفالة :

من خلال تعاريف الكفالة و الوصاية، نستنتج أن فيهم العديد من البنود المشتركة حيث نجد أن:

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

-كلا النظامين منظم بنفس القانون (قانون الأسرة الجزائري .)

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

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

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

-كما أن انقضاء الوصاية مطابق تقريبا لإنقضاء الكفالة ولذلك هناك من يسوي الوصاية بالكفالة إلا في بعض الشروط الخاصة بكل منها[1].

5)- أوجه الاختلاف بين الوصاية والكفالة:

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

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

[1] بن يسري عبد السلام و دندوقة عيسى،نظام الكفالة بين الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري،مذكرة ماستر،تخصص قانون الأسرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،قسم الحقوق،جامعة محمد خيضر،بسكرة،السنة الجامعية 2022/2021،ص 18.

المبحث الثاني: إنعـــقاد عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

باعتبار عقد الكفالة من بين أهم العقود المبرمة فقد نظمها المشرع الجزائري و أولى أهمية بالغة لها نظرا لأنها تتعلق بفئة حساسة في المجتمع و هم الأطفال ،فلتتم عملية إبرام عقد الكفالة لا بد من توافر مجموعة من الأركان الموضوعية و الشكلية **(المطلب الاول)**و مجموعة من الشروط المتعلقة بالكافل و المكفول و حتى بعقد الكفالة نفسه **(المطلب الثاني)**،بالإضافة إلى المرور بجملة من الإجراءات يستوجبها عقد الكفالة **(المطلب الثالث)** ،و سنتطرق في توضيح ذلك لما ورد في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

المطلب الأول:أركان عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

كغيرها من العقود الكفالة تستوجب توافر مجموعة من الأركان الموضوعية ، وهي التراضي، المحـــل و السبب بالإضافة لركن الشكلية ،و لكن قبل ذلك سنوضح ما هي أركان الكفالة في الشريعة الاسلامية

الفرع الأول: أركـــــان الكفالة في الشريعة الإسلامية

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن لكل عقد ثلاثة أركان هي:

أ– الصيغة : و هي عبارة عن إيجاب وقبول أو ما يقوم مقامها، والمقصود بما يقوم مقامها كالإشارة أو الكتابة أو غيرها.

ب– العاقدان : هما طرفا العقد والعاقدان في عقد الكفالة هما الكافل والجهة المكلفة بحماية الطفل و المسؤولة عنه كالحاكم أو الأبوين إذ كان معلوم الأبوين.

ت– المعقـــود عليه :محل العقد ومثاله في عقد البيع هو الثمن[1].

أما بالنسبة **للركن الشكلي** ففي الفقه الإسلامي تتم كفالة مجهول النسب بطريقة أسهل وأسرع ،و لا تستوجب أي إجراءات فمثلا :من وجد اللقيط إلتقطه و أصبح من حقه رعايته و التكفل به ويكفي لذلك موافقة الحاكم فقط و تسهيل عملية التكفل هنا من أجل مصلحة الطفل.

الفرع الثاني: أركـــــان عقد الكفالة في التشريع الجزائري

أولا :الأركـــــان الموضوعية:

و هي الأركان الموضوعية التي يقوم عليها العقد و التي نظمها المشرع المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري و هي:

[1] دباخ وردة ،مرجع سابق،ص 19

1)- :التـــــراضي:

بما أن عقد الكفالة مثله مثل بقية العقود قوامه التراضي، فهو يخضع فيه التعبير عن الإرادة وصحة ركن التراضي إلى القواعد العامة،**(المواد من 55 إلى 91 ق.م.ج)** فلا بد أن يتم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين سليمتين صادرتين من طرفين حائزين على الأهلية اللازمة،وطرفي العقد هما الكافل و المكفول (كما وضحناه سابق)

-التعبير عن الإرادة:

تنص المادة **59** من **القانون المدني الجزائري** على : "**يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية** "[1].

*و تجدر الإشارة إلى أنه يجب أن تكون إرادة طرفي العقد خالية من كل عيوب الإرادة من غلط **(المادة 81 من ق.م ج)**أو تدليس **(المادة 87 من ق.م ج)** أو إكراه**(المادة 88 من ق.م ج)** أو إستغلال**(المادة 90 من ق.م ج)** ،و إلا كان للطرف المتضرر الحق في طلب إبطال العقد.

2)- المحـــــــل:

المحل حسب القواعد العامة يجب أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروعا **(المواد من 92 إلى 95 ق.م.ج)** حيث أن الالتزام قد يكون إعطاء شيء، أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، ومؤداه أن يكون الإلتزام في الأصل موجود ،أما بالنسبة لمحل عقد الكفالة المنصوص عليه في قانون الأسرة خروج عن هذه القواعد وهو يكمن في تقديم العناية والرعاية والإنفاق على القاصر. غير أن الكفالة في إطار قانون الأسرة هي كأصل تقوم دون مقابل وذلك على سبيل الإحسان والتي وجدت كبديل للتبني المحرم وهذا ما تؤكده المادة **116 ق.أ.ج** بقولها: "**الكفالة التزام على وجه التبرع**"، و يفهم من هذا النص أن هذا العقد مبني أساسا على رعاية وتربية وعناية بالقاصر في حد ذاته و رغبة الكافل في القيام بالقاصر وشؤونه أما الطرف الثاني في عقد الكفالة سواء كانا والدي القاصر إذا كان معلوم الأبوين ، أو أمه إذا كان مجهول النسب

[1] الأمر رقم 75 / 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 المو افق 26 سبتمبر 1975 ،جريدة رسمية عدد 78 لسنة 1975 المعدل و المتمم ، المتضمن القانون المدني الجز ائري .

ومعلومة أمه فقط أو من مؤسسة حماية الطفولة إذا كان مجهول الأبوين فإن إلـتزامهم هو تسليم القاصر المتفق عليه في العقد .[1]

3)-السبب:

السبب هو الغرض الذي يقصد المتعاقدان إلى تحقيقه، وقد نصت المادة **98 من ق.م.ج** في **الفقرة الأولى** على:

" **كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك**"، و السبب في الكفالة هو نية الكافل، أو الدافع إلى تحمله الإلتزامات التي تقع على عاتقه و هو أخذ الطفل والالتزام برعايته والنفقة عليه والعناية به وتربيته ووضعه مرتبة الإبن الحقيقي في المعاملة، على وجه التبرع و الإحسان، كما أنه يجب أن يكون السبب مشروعا، فإذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا ، وهو ما نصت عليه المادة **97** من **ق.م.ج**[2]

ثـــانيا :الأركـــان الشكلـــية

الأصل في العقود هو الرضائية و ركن الشكلية فيها هو الاستثناء الوارد على هذا الأصل، حيث اشترط المشرع إفراغ رغبة الطرفين في شكل معين، حتى يصبح العقد منتج لآثاره، أي يجب لإتمامه إتباع شكل معين يحدده القانون.

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتضمن في أحكامه بطلان عقد الكفالة لعدم إفراغه في شكل رسمي حيث أن المادة **119** منه نصت على : " **تتـــم بعقد شرعي**" و لم تنص على شكلية معـــينة، وبالرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة نجد أنه تكلم عن العقود الرسمية طبقا للمواد **324** وما يـــليها.

ولم يستعمل المصطلح الشرعي، كما أنه و بالرجوع إلى نص المادة **117 ق.أ.ج** نلاحظ أنها نصت على وجوب تحرير عقد الكفالة أمام المحكمة أو الموثق، فهي قاعدة آمرة جاءت بصيغة الوجوب مما يضفي إلزامية وجود هذا السند لإثبات قيام الكافل بالتكفل بالطفل القاصر، فالهدف الأساسي من هذا النص هو حماية المكفول بالدرجة الأولى .

[1] بوعشة عقيلة ،الكفالة في قانون الاسرة الجزائري ،و الشريعة الاسلامية ،المعهد الوطني للقضاء مديرية التربصات،مذكرة نهاية التكوين،الدفعة الثانية عشر 2001-2004، ص 16 .

[2] نصت على:"إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أولسبب مخالف للنظام العام أوللأداب كان العقد باطلا"

لأنـــه في مركز المتعامل فيه و من هنا نستبعد إعتبار العقد الشرعي هو الإثبات وبخصوص هذه المسألة أشارت المحكمة العليا إلى أنه لا يجوز إثبات الكفالة إلا بعقد شرعي وبالرجوع إلى نص المادة **117من ق.أ.ج** نجد أنها نصت على المحكمة و الموثق و المقصود بالمحكمة إما قاضي الأحوال الشخصية، أو رئيس المحكمة وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص، الذي يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقين في شكل معين، بعد إطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف، وإضافة إلى المحكمة نجد طريق آخر لإفراغ العقد في شكل رسمي وذلك أمام ضابط عمومي وهو الموثق الذي له صلاحيات تدوين العقود المتعلقة بالحالة المدنية، وعليه للأطراف الخيار بين اللجوء إلى المحكمة أو إلى الموثق .[1]

المطلب الثاني: شروط إسناد كفالة مجهول النسب في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري.

للكفالة شروط نص عليها الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري حيث أن **المادة 118 من ق.أ.ج** حددت شروط عامة تجب في الجهة الكفيلة لإبرام عقد الكفالة،و عليه لابد من الالتزام بهذه الشروط لأجل صحة هذا العقد ،فهل تختلف الشروط في الشريعة الإسلامية عن تلك التي نص عليها المشرع الجزائري؟

الفرع الأول: شروط إسناد كفالة مجهول النسب في الشريعة الإسلامية

الشروط التي يجب أن تتوفر في الملتقط هي نفسها الشروط الواجب توفرها في كافل اليتيم بصفة عامة

يشترط في الملتقط جملة من شروط إذا تحققت فيه، أقر اللقيط في يده ، واذا انتفت كلها أو بعضها نزع اللقيط من يده وسلم إلى غيره ليقوم بحفظه ورعايته وهذه الشروط هي:

1)-البلوغ و العقل: يشترط في الملتقط أن يكون بالغا متمتعا بسلامة العقل ، فالبالغ غير العاقل و الصبي يعتبران فاقدان للأهلية ، و هما عاجزان عن حفظ الولد ورعايته ، فإذا التقطه أحدهما نزعه الحاكم منه وجوبا وسلمه إلى من يكون أهلا لحفظه و رعايته و الولاية عليه،كما يشترط في الملتقط أن يكون مختارا غير مكره ،و لا يكون محجورا عليه.[2]

[1] معاتقي مريم و شلابي خديجة ، كفالة الأطفال في القانون الجزائري ، مذكرة ماستر في القانون الخاص ، تخصص عقود و مسؤولية، قسم القانون الخاص كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة آكلي محند أولحاج ،البويرة ، 2017/01/18 ،ص 27 و28.

[2] بركاوي إكرام و مخطاري مبروكة،أحكام كفالة الطفل بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي،مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية،تخصص شريعة و قانون،قسم العلوم الإسلامية،جامعة أحمد دراية،أدرار،سنة 2023/2022 ،ص 16

2)-شرط الإسلام :أن يكون الملتقط مسلما إذا كان اللقيط محكوما إسلامه تبعا للدار، فإذا كان غير مسلم نزع منه، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه ويعلمه الكفر،و هنا وجب نزعه من يده وتسليمه إلى مسلم، ويعلل الفقهاء اشتراط هذا الشرط وما يترتب عليه بان الملتقط على اللقيط ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم[1]، كما جاء في قوله تعالى: ﴿ **ولَن يجعَلَ الله لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِين سَبِيلا**﴾.[2]

3)- شرط العدل:أن يكون عدلا فإذا إلتقطه فاسق إنتزعه الحاكم من يده ، وهذا مذهب الشافعية وهو قول المذهب الجعفري أيضا، وعللوا ذلك بأن كفالة اللقيط استئمان، ولا أمانة لفاسق أو سفيه، فالفاسق عند الشافعية وجب نزع اللقيط من يده.[3]

الفرع الثاني: شروط إسناد كفالة مجهول النسب في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد نهمن خلال تنظيمه لموضوع الكفالة قد وضع عدة شروط ،و التي يتعين على الجهة المختصة بإبرام عقد الكفالة التأكد من توافرها حتى تنعقد الكفالة صحيحة .

أولا :الشروط الواجبة في الكافل

وضع المشرع عدة شروط لمن يتولى كفالة طفل ،حيث نصت المادة 118 ق.أ.ج على:"يشترط أن يكون الكافل مسلما عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول و قادرا على رعايته" .

1)-شرط الإسلام :أوجب المشرع أن يكون الكافل مسلما و اعتبره شرطا ضروريا،حتى يتمكن من التكفل بالقاصر المكفول و ذلك بغرض تحقيق مصلحته و درءًا للضرر ،و قد حرم الله تعالى أن يتولى أمر المسلمين من هم على غير ديانة و بناءًا على ذلك فإن تخلف شرط الإسلام يترتب عنه رفض طلب الكافل في التكفل بالقاصر. ومادامت الجزائر حسب الدستور ديانتها الإسلام، فإذا وجد أي طفل حديث الولادة فوق أرضها، فإنه يكتسب الجنسية الجزائرية

[1] وردة دباخ،مرجع سابق ،ص 20.

[2] سورة النساء،الآية 141

[3] عبد الكريم زيدان،(أحكام اللقيط في الشريعة الإسلامية)، مطبعة سليمان الأعظمي، الطبعة الأولى، سنة 1968 ، بغداد، ص03

باعتباره مجهول الأبوين أو مجهول الأب حتى يثبت خلاف ذلك .كما أن شرط الإسلام يجرنا إلى الحديث عن شرط الجنسية إذ هل اشترط المشرع الجزائري الجنسية في طالب الكفالة أم لا؟

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع سكت على هذا الشرط إذ كان من المفروض النص عليه صراحة لكن حسب نص **المادة 13 مكرر 01 قانون 10/05** أجاز المشرع للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة وبغض النظر عن دينهم فإن قواعد الإسناد المحددة في المادة السالفة الذكر تستوجب عـــــلى القاضي فقط مراعاة قانوني مقدم طلب الكفالة والطفل المكفول عند إنشاء العقد 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) و قانوهما يجيز الكفالة هنا نفس الشيء القاضي يحرر عقد الكفالة. لكن إذا كان أحد القوانين لا يجيز، فإنه بالطبع لا يمكن تحرير عقـــد الكفالة لأن القاضي ملزم أن يـــــراعي القانونين معا يوم تحرير العقد في حين آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط.[1]

2)- شرط العقل و الأهلية: و هو ما نص عليه المشرع صراحة في نص المادة **118 من قانون الأسرة** سالفة الذكر، ومعناه أن يكون الكافل بالغا سن الرشد أي 19 سنة كاملة، كما جاء في نص المادة **40 ق.م.ج:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة "**، إضافة إلى كونه غير محجور عليه بسبب جنون أو عته لأن فقدان عقله لا يمكنه من التكفل برعاية شخص آخر و كذا أن لا يكون ناقص الأهلية لسفه أو غفلة .

3)- شرط القدرة: يقصد بالقدرة أنه لا يمكن إسناد الكفالة لشخص لا يقوى على القيام بالتزاماته اتجاه المكفول

فيجب أن يكون الكافل قادرا على رعاية شؤون المكفول ،أي أن يكون قادرا على ما تتطلبه الكفالة من أعمال.

[1] علال أمال،مرجع سابق،ص74

أ)-القدرة المادية: هي الحالة الاقتصادية للكافل فلا يمكن أن تمنح الكفالة لشخص لا يملك أي مصدر للرزق

و من الناحية العملية نجد أن القضاة حال فصلهم في طلب الكفالة وعند تحققهم من شرط القدرة يوجبون على طالب الكفالة تقديم ما يثبت قدرته على إعالة المكفول سواءً بكشف الراتب الشهري أو بأي وثيقة أخرى و إلا رُفض الطلب مراعاة لمصلحة المكفول[1]

ب)- القدرة الجسدية: و يقصد بها كل عجز يمكن أن يمنع الكافل من رعاية المكفول على أحسن وجه ،فلو كان عاجزا عن ذلك بسبب كبر السن أو مرض أو عاهة تحول بينه و بين آداء وظيفته كالعمى لم يكن أهلا للكفالة.

و قد نصت المادة **495** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن قاضي شؤون الأسرة يأمر بإجراء أي تحقيق أو تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول و الإنفاق عليه وتربيته.

- **الشروط التي لم ينص المشرع عليها في قانون الاسرة:**

1)-الشرط المتعلق بالذكورة و الانوثة:من خلال استقراء نص المادة **118 ق.أ.ج** نجد ها تكلمت عن الكافل بصفته مذكر و ألغت دور المرأة في الكفالة،مع أنها أولى من الرجل في رعاية الطفل فلا فرق بين أن يكون الكافل إمرأة أو رجلا.

2)-جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة: لا يوجد نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة مثل المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الطفل ،كان من الأحسن النص عليها و إعطائها حق التكفل بالطفولة المحرومة ،كونها لها مركز مالي و تسيير بشري لائق يمكنها من ذلك ، و هذه المؤسسات هي صاحبة الولاية القانونية على أولئك الأطفال فهي تتمتع بالشخصية القانونية ،و ذات صلاحية للتعاقد مع الكافل[2]

3)-الفرق في السن بين الكافل و المكفول:بالرجوع للأحكام المتعلقة بالكفالة لا يوجد هناك نص قانوني ينظم هذه الوضعية،حيث لابد أن يتجاوز سن الكافل سن المكفول[3] ،أي على

[1] نقيب نور الإسلام، الآليات القانونية لحماية الطفل في الجزائر، مذكرة ماجستير تخصص الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015/2014 ،ص 124

[2] بوعشة عقيلة،مرجع سابق ،ص 09

[3] الغوثي بن ملحة،قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء،الطبعة الأولى ،الجزائر،سنة 2005، ص 169

المشرع أن يحدد سنا معينة للكافل يكون فيها أكثر نضجا لتحمل مسؤولية رعاية المكفول ،تكون 35 سنة مثلا أو أكثر ،كما يجب على المشرع أن يحدد فارق السن بين الكافل و المكفول الذي يكون بين 10 سنوات إلى 15 سنة.[1]

4)-شرط الزواج:لم ينص المشرع على هذا الشرط ،لكن عمليا و في المحاكم الجزائرية ،و منها (محكمة آرزيو) التي ألزمت طالب الكفالة على إرفاق ملف الكفالة بشهادة الزواج و هذا لمصلحة القاصر محل الكفالة ،فالغاية من الكفالة هي أن ينشأ الطفل في جو أسري[2]،و عليه وجب على المشرع النص على هذه المسألة في قانون الأسرة.

5)-شرط موافقة الزوجين،و هي من المسائل الضرورية في رعاية الولد المكفول وتحقيق الغاية من الكفالة،ومن المفروض أن تكون الموافقة صريحة،و بحضور الزوجين أمام القاضي،فلا بد للمشرع أن ينص على ذلك.

6)-شرط السكن اللائق و الصحي:لم ينص المشرع أيضا على هذا الشرط ،و كان من الجدير به فعل ذلك ،فوجود السكن اللائق و الصحي يؤثر إيجابا على نفسية الطفل ،كما يساعد الأسرة على آداء مهمتها على أحسن وجه،و هو ضرورة من ضروريات الحياة .

إن كل هذه الشروط سكت عليها المشرع الجزائري ولم ينص عليها في قانون الأسرة وترك غموضا كبيرا في مجال الكفالة خاصة في الشروط الواجبة في الكافل فالمشرع نص في المادة 118على 03 شروط هي :شرط الإسلام، شرط العقل، وشرط القدرة، كما أنه لم يتعمق فيها.

ثانيا: الشروط الواجبة في المكفول:

لم يرد في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للمكفول و عليه يمكن استنتاج بعض الشروط المطلوبة عمليا والمشار **إليها** بصورة غير مباشرة في قانون الأسرة ،فالبرجوع لنص **المادة 116 ق.أ.ج** نجد أن المشرع اشترط أن يكون المكفول قاصرا ،و كذلك **المادة 119 ق.أ.ج** ذكرت أن الطفل يمكن أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب،أي أن يكون أبويه معروفين .

[1] تواتي صباح،دوافع الأسر الجزائرية للإقبال على الكفالة،دراسة ميدانية بدار الحضانة النخيل،(الأبيار)،مذكرة ماستر قسم علوم الاجتماع ،كلية العلوم الاجتماعية،جامعة الجزاءر،السنة الجامعية 2001/2000 ص 71

[2] طلبة مالك،مرجع سابق،ص 24

1)- أن يكون المكفول قاصرا:القاضي أ و الموثق حتى يبرم عقد الكفالة يجب أن يجري تحقيقا في الملف ،و من بين الأمور التي يجب التأكد منها شرط السن ،فقانون الأسرة اشترط أن يكون الولد قاصرا،و هي المرحلة التي يكون فيها الطفل المكفول غير قادر على القيام بنفسه ،خاصة و أن المشرع لم يحدد سنا معينا و تكلم فقط على وجوب أن يكون قاصرا .

و هذا يحيلنا إلى أحكام القانون المدني في مادته **40 الفقرة 02** ،التي عرفت الولد القاصر بسنه،و نصت على أن القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد و هي 19 سنة كاملة ،بما يفهم منه أن المكفول يكون سنه أقل من 19 سنة، و هذا ما أكد عليه كل فقهاء الشريعة الاسلامية الذين تناولوا هذا الموضوع في تعريف الكفالة و الكافل و من في حكمه.

2)-المكفول يكون معلوم النسب أو مجهول النسب : هذا ما ورد في نص **المادة 119 ق.أ.ج**

أ)-القاصر معلوم النسب: يكون في هذه الحالة انتساب الطفل لأبوين معلومين ،فإن كانا الاثنين على قيد الحياة تعين رضاهما على الكفالة،و إذا توفى أحدهما أو كان عاجزا على التعبير عن إرادته فموافقة من هو على قيد الحياة تكفي،أما في حالة وفاة الأبوين أو كانا فاقدا الأهلية لأي سبب من الأسباب ،فإن الرضا يكون للمجلس العائلي ،بعد موافقة من كان الولد في حضنه[1]، وفي هذه الحالة يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي وهذا ما أكدته المادة **120** ق.أ.ج

بنصها : " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب " .

ب)-القاصر مجهول النسب:-سبق و قد تطرقنا إلى من هم مجهولي النسب-فقد اهتم المشرع بهم و أخضعهم إلى الدولة التي تتكفل بأعباء رعايتهم و تربيتهم داخل مراكز خاصة (مركز الطفولة المسعفة)و رغم وجود هذه المراكز إلا أن الرعاية و التربية و العناية بهم فيها لا ترقى إلى مستوى أحسن للصعوبات التي تواجهها هذه المؤسسات ماديا و بشريا،فهذا القاصر يكون بحاجة إلى أسرة تضمه و تحرص على تربيته.

[1] بدران أبو العينين بدران،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون(الزواج و الطلاق)،الجزء **01** ،دار النهضة العربية،لبنان، سنة **2001**،ص **68**.

ثالثا:الشروط الواجبة في عقد الكفالة

إن عقد الكفالة يقوم صحيحا بمجرد تطابق إرادتي طرفيه و هما الكافل و ولـــي المكفول القاصر، ومتى كانت إرادتهما خاليتين من كل العيوب التي قد تؤدي بالعقد إلى البطلان سواءا المطلق أو النسبي، فإن عقد الكفالة يكون عقدا سليما صحيحا و منتجا لآثاره، إلا أن المشرع لم يتركه إلى حرية المتعاقدين، فتنص **المادة 116 ق.أ.ج:** "...**تتم بعقد شرعي...**".

لكن ما يمكن ملاحظته أنه يوجد ثلاثة جهات متخصصة بتحرير عقد الكفالة، داخليا نجد القاضي والموثق حسب ما ورد في **المادة 117 ق.أ.ج** و التي تنص على:"**يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق....**"وفي الخارج نجد القنصليات الجزائرية التي لها الحق في تحرير عقد الكفالة[1].

1)- انعقاد الكفالة أمام المحكمة :إن عقد الكفالة يتم بين طرفيه و هما الكافل و ولي المكفول في حالة معلوم النسب،و بين الكافل و مؤسسة حماية الطفولة في حالة مجهول النسب ،إلا أن هذا العقد لا يرتب آثاره إلا باللجوء إلى القاضي ، و هذا ما نصت عليه **المادة 117 ق.أ.ج**،كما نصت عليه **المادة 492 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية** و التي تنص على:"**يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن الكفالة** "[2]،و يقصد بها رئيس الجهة القضائية الذي يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقة في شكل معين،و بعد إطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف ،و هذا حفاظا على مصلحة المكفول حتى لا تضيع حقوقه ،حيث أن أمر رئيس المحكمة له قوة قانونية تمكن الكافل من تسجيل ذلك بمصالح الحالة المدنية ، حتى يتسنى له الحصول على الوثائق الادارية سواء للكافل أو للمكفول.[3]

[1] الغوثي بن ملحة،مرجع سابق،ص 170.

[2] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 ،المعدل و المتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 ،يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[3] نعاس تته و محمد صدارة ،كفالة مجهول النسب في الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري ،مذكرماستر،تخصص قانون الأسرة،قسم القانون الخاص،كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة زيان عاشور،الجلفة،سنة 2022/2021،ص 72.

2)- إنعقاد الكفالة أمام الموثـــق: رغم أن عقد الكفالة عقد رضائي وغاية الكافل وهدفه هو نية التبرع والإحسان للقيام بشؤون قاصر ورعايته والعناية به وتربيته كأنه ابنه الشرعي،إلاأنه نظرا للظروف التي قد تكون عليها المحاكم، أو أن إبرام العقد أمام المحكمة قد يسبب حرجا للكافل، أو ولـــي المكفول ،أو التأثير على نفسية المكفول،فقد أوجد المشرع طريقا آخر لإفراغ العقد في شكل معين ليعتد به في نظر القانون ،و ذلك أمام الموثق ،و هذا ما نصت عليه **المادة 117 ق.أ.ج** ،و للأطراف حق الاختيار بين اللجوء إلى المحكمة أو اللـــجوء إلى المـــوثق.

3)- انعقاد الكفالة أمام البعثات الدبلوماسية:يكون هذا الشرط عندما نكون أمام الجالية الجزائرية بالمهجر ،إذ أن تقديم الطلب يكون من ذوي الشأن إلى المصالح القنصلية ،بحيث يرسل الملف إليها في نسختين بالإضافة إلى الوثائق المطلوبة بالنسبة لطالب الكفالة داخل التراب الوطني،يتضمن الملف مايلي:

* تحقيق نفسي إجتماعي مملوء و موقع قانونيا من طرف المصالح القنصلية المختصة و المعنية.

* نسخة طبق الأصل من بطاقات و وثائق التعريف أي البطاقة القنصلية[1] ،و للقنصلية الحق في أن تقبل أو ترفض الطلب ،حسب توافر الشروط المطلوبة.

المطلب الثالث : إجراءات إبـــرام عقد كفالة الطفل مجهول النسب

بناء على ما جاءت به **المادة 117 ق.أ.ج** فإن عقد الكفالة يكون أمام المحكمة المختصة إقليميا ونوعيا أي أمام المحكمة التي يكون فيها موطن طالب الكفالة وفي قسم الأحوال الشخصية أو أمام الموثق،و ما سنتناوله هنا هو الحديث عن إجراءات إبرام عقد الكفالة بالنسبة للطفل مجهول النسب (موضوع بحثنا) ، فإن كان معروف الأم يمكن أن تستشار في ذلك و إلا فالمؤسسة الراعية للطفل هي من تتولى أمر الرضا من عدمه وذلك تبعا لمصلحة الطفل المطلوب للكفالة.

[1] بوشكورة شانزو شعبان نبراس،حماية الطفل المكفول ،مذكرلنيل شهادة الماستر في الحقوق،تخصص القانون الخاص الشامل،شعبة القانون الخاص،كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،السنة الجامعية 2014/2013،ص 27.

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

الفرع الأول : إجراءات المرحلة التمهيدية

وهي المرحلة التي يقوم بها طالب الكفالة بتقديم الطلب أو بإبداء الرغبة في التكفل بالطفل مجهول النسب محل الكفالة ، و الإجراءات في حالة الطفل مجهول النسب تختلف قليلا عن الإجراءات في حالة الطفل معلوم النسب و هي كالتالي:

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

2)-أما إذا كان الولد مجهول النسب من كلا الأبوين فإن التكفل به واستقباله أسند قانونا لمؤسسات الطفولة المسعفة طبقا للمادة 5 من القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، ويبقى الطفل على مستواها الى غاية توفر أسرة تستوفي الشروط يمكنها التكفل به، ويشترط موافقتها عليها على اعتبار أن هذه المؤسسة هي الممثل الشرعي للطفل القاصر تستقبل مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن للولاية المعنية، طلبات الكفالة في نسختين- أصلية وطبق الأصل -تودع في أرشيفها نسخة من الملف الذي يحتوي على مجموعة وثائق لا يقبل الطلب من دونها، وهي:

1)-عقد الزواج.
2)-كشف رواتب الكافل.
3)- شهادة عمل وكشف الرواتب لثلاثة أشهر الأخيرة أو السجل التجاري للتجار.
4)- شهادة الجنسية.
5)-شهادتان طبيتان للزوجين.
6)- سجل السوابق العدلية للزوجين.

[1] منيرة حريزي ،التبني والكفالة-دراسة مقارنة-،مذكرة لنيل شهادة ماستر،قسم الحقوق،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة محمد بوضياف،المسيلة، السنة الجامعية 2016/2015،ص 67.

7)- شهادة تبرر الاقامة(عقد ملكية المسكن أو الايجار.)
8)- طلب خطي ممضي من طرف الزوجين.
9)-شهادة ميلاد لكل من الزوجين و بطاقة عائلية.
10)-شهـــادة الجنسية للزوجين.
11)- صور شمسية للزوجين.
12)- شهـــادة الإقامة.
13)-صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية.

بعد ذلك تجتمع اللجنة المكونة من عدة أعضاء من بينهم رئيس مصلحة الطفولة و المكلف بدراسة الملفات على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن ، المساعدة الإجتماعية، و مدير دار الأطـــفال المسعفين، وذلك قصد إبداء الرأي على أساس الملف الإداري المقدم مـــن طرف المعنيين، ولا يتم إبـــداء الرأي النهائي لوضع طفل في إطار نظام الكفالة بالموافقة أو الرفض،

إلا بعد إجراء التحقيق النفسي للمختصة النفسية والفرقة النفسية الإجتماعية لمؤسسة رعاية الطفولة مع طالبي الكفالة، والتأكد من توفر جميع الوثائق والشروط[1] ، وفي حالة الموافقة تقوم اللجنة بإبلاغ طالبي الكفالة، إذ يتم استدعائهم قصد إجراء مقابلات عيادية مع الطاقم البسيكوبيداغوجي للزوجين، وبعد لك تبرمج لقاءات مع الطفل في شكل حصص كل حسب سنه، فإذا كـان رضيعا تكون هناك ثـــلاث حصص، أما إذا كـان من شهرين فـأكثر، فعدد الحصص يكون من أربعة فما فوق، حتى يتأقلم مع العائلة المتكفلة به أما بالنسبة للطفل المكفول فإن الوثائق الخاصة بـــه تتكون من:

- مقرر التسجيل يثبت أن الطفل مسجل ضمن أيتام الدولة.
- مقرر الوضع في عائلة كفيلة.
- شهادة الميلاد[2].

[1] قالعي سميرة، دور مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن في حماية الاسرة والطفل ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة وحقوق الطفل، جامعة وهران،سنة 2014 ،ص 177.

[2] عمراش أسماء، بليل كاتية، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الداخلي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014 ،ص 67.

بعد توفر كل هذه الوثائق المطلوبة في هذه المرحلة، يتجه طالب الكفالة للمرحلة الموالية في الكفالة ،وهي المرحلة القضائية من أجل إبرام عقد الكفالة أمام القضاء.

الفرع الثاني : إجراءات المرحلة القضائية

تعتبر المرحلة القضائية أهم مرحلة يمر عليها عقد الكفالة، إذ يقوم أطراف الكفالة في المرحلة التمهيدية بإبداء رضاهم في إجراء الكفالة، وكل ما يلحق ذلك من جمع للوثائق الإدارية والتحقيقات الاجتماعية الممهدة للمرحلة القضائية، والتي لا يمكن لعقد الكفالة أن يتم في غياب هذه الإجراءات الأولية، هذا ونشير الى أن تدخل القضاء في هذه المرحلة
يختلف فيما إذا كان طالبي الكفالة مقيمين داخل الوطن أو خارج الوطن وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولا: المحـــــاكم

نظم المشرع الجزائري إجراءات الكفالة أمام القضاء في المواد من **492** الى**497** **ق.إ.م.إ**، حيث يتصل قاضي شؤون الأسرة بمحكمة مقر موطن طالب الكفالة بملف الكفالة بموجب عريضة ترفع إليه من طالبي الكفالة، وهما الكافل وزوجته، وتكون مرفقة بملف مدعم للطلب، يتأكد القاضي مباشرة من أن عقد الكفالة مستوفي الأركان من رضا ومحل وسبب، كما يحرص على التأكد من توفر جميع الشروط القانونية المطلوبة، ولأجل ذلك يجوز له أن يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا طبقا للمادة **495** **ق.إ.م.إ** كما يطلع على الوثائق المرفقة بالطلب.

و الوثائق المرفقة لطلب كفالة القاصر مجهول النسب هي:

1)-شهادة ميلاد أصلية لكل من الكافل وزوجته والمكفول.

2)-صور لبطاقة التعريف الوطنية لكل من الكافل وزوجته والشهود مصادق عليها أمام البلدية.

3)- .شاهدين يتم سماعهما على محضر أمام المحكمة.

4)-عقد زواج الكافل وزوجته.

5)- شهادة إقامة +شهادة الجنسية +شهادة السوابق العدلية للكافل.

6)- شهادة طبية بالصورة الشمسية للكافل.

7)- شهادة الدخل(كشف الراتب أو منحة.)
8)- طوابع جبائية :طابع 500 دج /طابعين 40 دج.
9)-الوثائق الممنوحة من مديرية النشاط الاجتماعي بكفالة الطفل.

يقوم القاضي بعد ذلك باستقبال الأطراف في موعد محدد مسبقا، ويصدر قراره في شكل أمر ولائي، فالأمر الذي يصدره القاضي غير قابل للطعن، اذ يسلم منه نسخة إلى ضابط الحالة المدنية، ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الولد المكفول.[1]

ثانيا:القنصليات و البعثات الدبلوماسية

إذا كان الكافل مقيما خارج الوطن و أراد كفالة طفل مسعف جزائري، فإن الإجراءات تختلف عن سابقتها داخل الوطن، اذ تسند مهمة التحقق من توفر الشروط المنصوص عليها واكتمال الوثائق (نفسها بالنسبة لملف الكفالة داخل الوطن) إلى الموثق ثم تقدم إلى المحكمة لوضع الختم عليها، يرسل بعدها الملف إلى المصالح القنصلية في نسختين، ثم تجري مصالح القنصلية المختصة والمعنية تحقيقا نفسيا إجتماعيا يدون في محضر موقع، وللقنصلية الحق في قبول أو رفض الطلب بعد مراقبتها للشروط فيما إذا كانت متوفرة أو لا، يرفق الطلب كذلك بنسخة طبق الأصل من بطاقات و وثائق التعريف، أي البطاقة القنصلية، بالإضافة الى ترخيص موقع عليه من طرف مدير النشاط الاجتماعي، يسمح فيه للطفل المكفول بالسفر خارج الوطن، في الأخير يتم إجراء تحقيق على مستوى لجنة وطنية للكفالة.

ثم يتم الإنتقال إلى مرحلة تنفيذ عقد الكفالة،حيث في هذه المرحلة يتم تسليم الطفل إلى الأسرة البديلة التي ستتكفل

بتربيته و رعايته ،إلا أن المشرع الجزائري لم يفصل في هذه المرحلة،فعملية تسليم الطفل للعائلة الكافلة يتم من قبل طاقم إدارة مؤسسة رعاية الطفولة المسعفة بحضور مساعدة إجتماعية و مختصة نفسانية،كما لا ننسى تنبيه مدير المؤسسة للعائلة بعدم تغيير إسم الطفل الممنوح له من قبل ضابط الحالة المدنية .

[1] عميروش جازية و بلعمري نبيلة، مرجع سابق ،ص 64.

خلاصة الفصل:

تعد الكفالة نظاما بديلا عن التبني الذي حرمته الشريعة الإسلامية، لأنه يعتبر حقيقة تعديا على الأنساب وتزييفا للحقيقة بحرمان الأطفال من هويتهم والورثة من حقهم في مال مورثهم، و منعته أغلب التشريعات الوضعية، ومنها المشرع الجزائري الذي منعه صراحة بموجب نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري وأقر الكفالة كنظام قانوني
بديل ،وخصص لها في قانون الأسرة المواد من 116إلى 125 واعتبرها نظاما اجتماعيا، للعناية بالأطفال الذين فقدوا رعاية آبائهم الحقيقيين، سواء كانوا معلومي أو مجهولي النسب، و بذلك منح فرصة لذوي البر والإحسان والعائلات التي لم تسمح لها الفرصة بالإنجاب،سواء من داخل الوطن أو خارجه التكفل بهذه الفئة ورعايتهم و القيام بشؤونهم وحمايتهم داخل المجتمع،متى توفرت فيهم الشروط التي حددها القانون ،و يعتبر عقد الكفالة عقد تبرعي لأن سبب إبرامه هو نية التبرع والإحسان للقيام برعاية القاصر ، و هو من العقود الرضائية ، لكن المشرع أضفى عليه صفة الشرعية و أوجب إبرامهه أمام الجهات الرسمية، و هو عقد مؤقت و ليس أبديا، و الملاحظ أن عقد الكفالة يشبه بعض الأنظمة القانونية كالحضانة و الولاية و التبني، إلا أنه توجد نقاط عديدة تختلف بينهم ، لتجعل كلا منهم نظاما مستقلا بذاته.

و لإنعقاد الكفالة لا يكفي توفرها على الأركان العامة التي أوجبها المشرع في العقود عامة ،من رضا و محل و سبب، إضافة الى الشكلية، بل لا بد من توافرها على شروط محددة قانونا في طالب الكفالة وإلا رفض إنعقادها ،كما أن عقد الكفالة يمر بمراحل لابد من المرور بها حتى تتم عملية تسليم الطفل القاصر للكافل.

الفصل الثانـي

آثار الكفالة و انقضائها في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

إن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا معينا لتحرير عقد الكفالة،حتى يحدد فيه مضمونها،بل تركها للسلطة التقديرية للقاضي ،و كل حسب فهمه للنصوص ،و لا يوجد عناصر لعقد الكفالة التي بمقتضاها يلتزم الكافل بها و تحمي حقوق المكفول ،و كان من الأجدر أن تحدد الإلتزامات و الحقوق المقررة قانونا و شرعا للكافل ،و ما يلزم و ما يحق للمكفول في عقد الكفالة هذا من جهة ،و من جهة أخرى فإن المشرع عدد عدة أوجه للإلتزامات و الحقوق مثل واجب النفقة و واجب التربية و الرعاية ، ثم ذكر في المادة 121 من قانون الأسرة أن الكفالة تخول للكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية، إذ اعتبرها كأثر من آثار الكفالة.

ولدراسة هذا المسألة سنتطرق إلى مبحثين:

المبحث الأول بعنوان آثار عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ،أما المبحث الثاني فبعنوان إنقضاء عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول : آثـــــــــار عقـــــد الكفالـة فـي الشريعة الإســـــلامية و قــانون الأســـرة الجزائري

يقوم عقد الكفالة باكتمال كل أركانه و توافر جميع شروطه التي حددها القانون ،عندها تكون الكفالة صحيحة وجاهزة لتنتج آثارها القانونية في مواجهة الكافل الملزم بها و كذا بالنسبة للمكفول.

فعقد الكفالة يخلق وضعية قانونية جديدة بالنسبة للكافل و المكفول ، وهذا ما سنتطرق له بالتفصيل في هذا المبحث،فسنرى آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل (المطلب الأول)،ثم ننتقل لآثار الكفالة بالنسبة للمكفول

المطلب الأول: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافليتفق الشرع مع التشريع في كون الكافل يكتسب من خلال عقد الكفالة الولاية على المكفول بالرغم من عدم تحديد المشرع لنوع تلك الولاية فهو أطلق عليها الولاية القانونية،لكن نجد أن الشرع حدد إلتزامات الكافل تجاه المكفول .

الفرع الأول: إلتزامات الكافل نحو المكفول في الشريعة الإسلامية.

لقد حث الإسلام على الرفق واللين مع اليتامى والتكفل بهم ومعاملتهم بالحسنى بل جعل كفالتهم من أفضل الأعمال عنده فقال عز وجـــل: ﴿ **لَّـيْسَ الْبِـرَّ أَن تُوَلُّـوا وُجُـوهَكُمْ قِبَـلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَٰكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ** ﴾[1]

في هذه الآية ذكر الله عز وجل أنه من أفضل الاعمال عند الله عز وجل الإهتمام بشؤون اليتامى والدين الإسلامي الحنيف حث على حسن تربية الأبناء والإعتناء بهم،والرسول –صلى الله عليه وسلم– يقول في ذلك: « **أكرموا أولادكم وأحسنوا إليهم فإكرام الطفل يكون بتعليمه الأدب وحسن الخلق**».

[1]سورة البقرة ،الآية 17 (4)–سورة النساء ،الآية 02

وقد حذر الله سبحانه وتعالى وأكد على عدم الإقتراب من مال اليتيم، و شدد الإسلام على عقوبة أكل مال اليتيم فجعل هذا الأمر من الموبيقات التي تدخل صاحبها جهنم والعياذ بالله، و حذر القرآن الكريم على عدم إهانة اليتيم،فقال تعالى: ﴿ **فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ**﴾[1]ففي هذه الآية دليل على وجوب التعامل باحترام مع اليتيم وعدم إهانته.

و قد أجاز الإسلام للكافل الذي هو ولي اليتيم القائم بشؤونه أن يستلم المبالغ التي يتبرع بها المحسنون لذلك اليتيم فيصرف عليه منها ويستثمرها إن رأى المصلحة في ذلك وله إن كان فقيرا محتاجا أن يأخذ من مال اليتيم بالمعروف

لقوله تعالى: ﴿**وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[(2)].

والمال الذي يخصص لليتيم يكون ملكا له يصرف في مصالحه ولا يجوز لأحد أن يأخذ منه شيئا، إلا بحق شرعي و غير ذلك يعد كبيرة من الكبائر المهلكات،قال تعالى: ﴿**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ ۚ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا**﴾[(3)]

وقد اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك من المهلكات الموبقات في الحديث الثابت في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي(ص)قال:« اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا : يا رسول الله وما هن قال :الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات».

و عليه فكفالة اليتيم في الإسلام توجب نوعين منها كفالة مالية من إنفاق على اليتيم و أخرى أدبية ،و مما يمكن استخلاصه من الواجبات التي أوكلت شرعا للكافل تجاه المكفول هي حفظه ورعايته بقصد التقرب إلى الله تعالى،وقد أوصى الرسول بحفظ مال المكفول إن كان يملك مالا مع الإجازة الشرعية التي اكتسبها الكافل، و تعتبر بمثابة الرخصة و لكن بشروط و

---

[1] سورة الضحى ،الآية 09

-([2] سورة النساء ،الآية 06

[3] مصباحي سندس ،التبني و الكفالة بين الفقه و التشريع الجزائري ،مذكرة ماستر،تخصص قانون الأسرة،قسم الحقوق،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر،الوادي،سنة 2017/2016،ص 61.

هي التصرف في مال اليتيم لكن بالمعروف و أ وجب المحافظة على ماله وتسليمه له ببلوغه الحلم.

الفرع الثاني: الولاية القانونية للكافل نحو المكفول في قانون الأسرة الجزائري

حسب نص المواد 116 و 121 من قانون الأسرة الجزائري تتحدد الولاية على المكفول بعنصرين، عنصر متعلق بالنفس و آخر متعلق بالمال.

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

تعرف الولاية اصطلاحا بأنها تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية و التعليم و التزويج [1]،فبمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول حسب المادة 121 ق.أ.ج التي تنص على:"تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي"،فالكافل يتمتع بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس من تربية و رعاية.

1)- النفقة و الرعاية:حسب نص **المادة 116 ق.أ.ج** فالكافل ينفق على المكفول كما ينفق الوالد على ولده الشرعي ،فإذا كان ولدا يستمر ذلك إلى غاية بلوغه سن الرشد ،و إذا كانت بنتا تستمر النفقة عليها إلى غاية زواجها،و هذا حسب ما ورد في نص **المادة 75 ق.أ.ج**، و حسب نص **المادة 121 ق.أ.ج** فإن الكفالة تخول الكافل الحق في تقاضي المنح العائلية و الدراسية ، و التي تصرف عادة على الولد الأصلي[(3)].

2)- التربية و التعليم و العناية: يجب على الكافل تربية المكفول تربية حسنة و توجيهه و تأديبه بالحسنى و اللين و اللطف و تلقينه قواعد التربية والأخلاق الحميدة و تلقينه تعاليم الدين الاسلامي و الإشراف على تعليمه ،و منحه الحنان و الحب اللازمين ،و حمايته من كل مكروه أو إعتداء يقع عليه.

[1] محمد مصطفى لبي،أحكام الأسرة،الطبعة الثانية ،دار النهضة العربية،،ص 254(3)- الغوثي بن ملحة،مرجع سابق،ص 173

3)- قبض المنح العائلية: بموجب عقد الكفالة فإنه يوضع المكفول تحت مسؤولية الكافل في جميع جوانب حياته،وقد إشترط قانون الحالة المدنية بأن تسجل الكفالة على هامش عقد ميلاد المكفول، و بالتالي في الحياة الاجتماعية يعامل المكفول كالابن الشرعي للكافل، و نص قانون الأسرة على الحق في المنح العائلية والدراسية الممنوحة للمكفول بأن يقبضها الكافل بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤوليته ويقوم برعايته،كما نجد أن قوانين الضمان الاجتماعي تجعل المكفول ذا حقوق طبقا للمادة 67 من القانون 11/83 المعدل والمتمم بالمادة30 من الأمر 96/ 17هذا ما يتماشى مع قانون الأسرة.

ثانيا: الولاية على مـال المكفول (المادة 121 -122من ق.أ.ج)

أجاز المشرع للكافل أن يدير أموال المكفول القاصر المكتسبة من الإرث والوصية لكن المشرع وضع شروطا للتصرف في أموال المكفول إذ يشترط أن يتصرف تصرف الرجل الحريص في ذلك (باعتبار الكافل وليا على المكفول تطبق أحكام المادة 88 ق.أ.ج)، وعليه أن يستأذن القاضي في تصرفات محددة عـــــلى سبيل الحصر وللقاضي السلطة التقديرية في منحه الإذن أو عدم منحه، وهذه التصرفات التي تتطلب الإذن القضائي هي:

-بيع العقار وقسمته ورهنه،وإجراء المصالحة.

-بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

-استثمار أموال القاصر بالاقتراض أو المساهمة في شركة.

-إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات،أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

كما اشترط المشرع في بيع العقار بعد الحصول على الإذن أن يكون عن طريق المزاد العلني، وأنه في حالة ما إذا تعارضت مصالح الكافل مع مصالح المكفول يرجع إلى أحكام **المادة 90 ق.أ.ج**[11].

المطلب الثـــــاني: آثـــــار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول

لا تقتصر آثار عقد الكفالة على الكافل فحسب،بل إنها تنتج أثارا على الشخص المكفول باعتباره طرفا في العقد

الفرع الأول:جواز تبرع الكافل بالهبة و الوصية للمكفول

لا تنشأ حقوق ميراثية بموجب عقد الكفالة، فلا يرث المكفول من الكافل لعدم ثبوت النسب ، و لكن يمكن للكافل أن يتبرع للمكفول إما عن طريق الوصية أو الهبة و هو الشيء الذي أجازه القانون و أقرته الشريعة الإسلامية.

أولا: الوصية :عرف المشرع الوصية في المادة 184 ق.أ.ج بأنها: "**تمليك ما بعد الموت بطريق التبرع** " بمعني أن الوصي يستطيع بموجبها نقل ملكية أمواله إلى شخص أخر وهو الموصي له، كما قام المشرع بتحديد شروط الموصي من خلال **المادة 196** ق.أ.ج التي تنص على:"**يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الأقل**".

فالوصية في عقد الكفالة تكون من خلال تبرع الكافل بجزء من أمواله سواءا كان عقارا أو منقولا الى المكفول وقد

[1] نصت على:"إذا تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءا على طلب من له مصلحة ".

أجاز القانون ذلك حسب **المادة 123 ق.أ.ج** التي تنص على :"**يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، و إن أوصي أكثر من ذلك ، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة**".

فالمشرع وضع قيدا على مقدار التبرع من مال الكافل الخاص للمكفول وهو في حدود الثلث ، وفي حالة التبرع أكثر من الثلث يبطل ما زاد على الثلث، إلا إذا أجاز الورثة ذلك.

ثانـــــيا:الهـــــبة: : هي حسب **المادة 202** ق.أ.ج : "**تمليك بـــــلا عـــوض**" ،و في **المادة 203 ق.أ.ج** وضع المشرع شروط الواهب التي يجب أن تتوفر فيه حتى تصبح الهبة صحيحة: " **يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل ، بالغا تسع عشرة سنة وغير محجور عليه**" .

و عليه ،فالهبة في عقد الكفالة تكون من طرف الكافل للمكفول، ولكن لا يجوز أن يهب المكفول كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة ، أو دينا لدى الغير كما نصت **المادة 205** ق.أ.ج [1]

فلقد ألحق المشرع هنا الهبة بالوصية و جعلها حسب المادة 123 ق.أ.ج سالفة الذكر في حدود الثلث أيضا وهذا مخالف للقاعدة العامة التي تجيز هبة المال كله [2].

الفرع الثاني: إحتفاظ المكـــــفول بنسبه الأصلي

من بين آثار الكفالة بالنسبة للمكفول احتفاظه بنسبه الاصلي و هذا ما دعت إليه الشريعة الاسلامية لقوله تعالى: "**أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله**"،و معنى ذلك احتفاظ المكفول بلقبه الأصلي إذا كان معروف النسب أما إذا كان مجهول النسب فإن قانون الحالة المدنية قد نظم لهؤلاء كيفية منحهم الإسم و هذا ما سنوضحه:

[1] نصت على:"يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا،أو منفعة ،أو دينا لدى الغير".

[2] مودع محمد أمين،حماية أموال القاصر على ضوء تعديل قانون الأسرة الجزائري،مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية،المجلد 5،العدد 01 ،جامعة لونيسي علي البليدة 2،الجزائر،تاريخ النشر 2021/01/31،ص 58

أولا:المكفول معروف النسب :

و هي أن يكون للمكفول أبوين و يقومان بمنحه إلى شخص الكافل ،الذي يتولى رعايته و تربيته و ذلك لأي سبب كان،و كذلك إذا كان المكفول معروف الأم، ففي كلتا الحالتين فإن قانون الأسرة و ضمن أحكام الكفالة،أعطى القاصر المكفول حماية قانونية ،و ذلك بأن يحتفظ بنسبه بأن يبقى حاملا للقب أبيه أو إسم أمه.

و قد نصت **المادة 120 ق.أ.ج :"يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب و إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية"[1].**

و قد حمى المشرع القاصر المكفول معلوم النسب من تجريده من لقب أو إسم أبيه أو أمه، و ذلك بتجريم من جهة أولى التبني وفقا للمادة **46 ق.أ.ج** ،ومن جهة ثانية فرض في نص **المادة 120 ق.أ.ج** إحتفاظ الولد بنسبه ،و هذا ما يجعل احتفاظ الطفل القاصر معلوم النسب بنسبه من النظام العام ،و التعدي على الأنساب الحقيقية يعد تعديا على النظام العام و يستوجب معه وقفه،و قد عمل المشرع على تجريم هذه الأفعال في **المادة 247 من قانون العقوبات الجزائري[22].**

ثانيـــــــا :المكفول مجهول النسب:

إن المكفول مجهول النسب حسب قانون الحالة المدنية يقدم إلى ضابطها ليوضع في المؤسسات المكلفة برعايته بعد أن يسجل ميلاده التقريبي و يعطى له إسم متكون من ثلاث

[1] المادة 4/64 من قانون الحالة المدنية نصت على:"يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء ،يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي"

[2] المادة 247 من الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966 المعدل و المتمم المتضمن قانون العقوبات نصت على:"كل من انتحل لنفسه في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية معدة لتقديمها للسلطة العمومية إسم عائلة خلاف إسمه و ذلك بغير حق يعاقب بغرامة من 500 إلى 5000 دينار "

أسماء آخرهم بعد اللقب ،و تطبيقا لنص المادة **120 ق.أ.ج** التي اهتمت فقط بمعلومي النسب و تركت مجهولي النسب لقانون الحالة المدنية ،و هذا الأخير نص في **المادة 64** منه عدم منح مجهول النسب لقب معروف مهما كان حتى لا يكون اعتداء على نسب أي شخص.

و بالنسبة لمجهول الأبوين فلا يتمتع بأي لقب بينما الذي له أم معلومة فقد تمنح له لقبها و لها ذلك، أي تجعل إبنها ينسب لها و قد أيد القضاء منح إسم مجهول النسب لقب الكافل.

الفرع الثالث: إمكانية منح الكافل لقبه للمكفول مجهول النسب طبقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 20-223

المتعلق بتغيير اللقب.

بعدما يكبر الطفل و يكتشف أن وثائقه المتعلقة بالحالة المدنية تحمل لقبا مغايرا للقب العالة التي تكفله ،و التي كان يظن أنها أسرته الحقيقية ،و هو ما قد يعقده نفسيا و يؤثر على حالته البسيكولوجية و المعنوية ،لذا تم البحث عن آلية تسمح لهاته الفئة بحمل لقب كافلها من أجل تسهيل أمورهم اليومية داخل المجتمع ،لذا كان منح لقب الكافل للمكفول وسيلة مساعدة لتحقيق هاته الغاية[1].

و كحل لهذه الوضعية الاجتماعية إرتأت الحكومة إيجاد مخرج لهاته الفئة ،و ذلك بمنحه الحق في الاحتفاظ بلقب الكافل ، و تبعا لذلك صدر كل من **المرسوم التنفيذي رقم 92-24**[2] و **المرسوم التنفيذي رقم 20-223** المتعلقين بتغيير اللقب المعدلين و المتممين لأحكام **المرسوم**

[1] ذعسال غالم قدور،حماية الحالة المدنية للأطفال مجهولي النسب (منح لقب الكافل للمكفول بين الاباحة و التجريم)،مجلة القانون و العلوم السياسية،المجلد08،العدد 2022/01،ص05

[2] المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 1992/01/13 ،الجريدة الرسمية رقم 05 بتاريخ 1992/01/22 المتعلق بتغيير اللقب

رقم 157/71 [41]**المتعلق بتغيير اللقب** ،و الذين سمحا للكافل بامكانية تغيير لقب المكفول ليصبح مطابقا له ،و لكن هذا لايمنح لضابط الحالة المدنية الحق في بتسجيل المكفول بلقب الكافل على الدفتر العائلي ،لأنه إن فعل ذلك يكون قد الحق الولد المكفول بنسب الكافل صاحب الدفتر العائلي، و على ذلك نصت **المادة 1/321 من قانون العقوبات** على:"**يعاقب بالسجن المؤقت من 05 إلى عشر سنوات و غرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد من إمرأة لم تضعه،و ذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته**".

أولا: الشروط القانونية لطلب تغيير لقب المكفولجهول النسب و منحه لقب الكافل

اشترط المشرع القانوني لقبول طلب تغيير اللقب العائلي ومطابقته مع لقب الكافل، جملة من الشروط لتنظيم منح

اللقب العائلي، استشعارا منه لخطورة وأهمية هذا التغيير وأثره على حقوق جميع الأطراف في هذه العملية .وعند التأمل في هذه الشروط، نجد منها ما يتعلق بموضوع العقد– الكفالة–، ومنها ما يتعلق بالكافل، ومنها ما يتعلق بالمكفول

مجهول النسب، ومنها ما يتعلق بالأم العازبة إذا كانت معلومة.[2]

1)– شروط عقد الكفالة :قضت المادة الأولى مكرر من **المادة 31 المتممة لأحكام المرسوم رقم71–157** وسع أي أحد أن يتقدم بهاذا الطلب إلا إذا ثبتت له الكفالة قانونا، ولا يمكن أن تثبت هذه الكفالة إلا بموجب عقد توثيقي صادر عن الموثق، أو تكون صادرة من الجهات القضائية كما نصت على ذلك المادة117 ق.أ.ج ،واللافت للنظر في هذا الشرط، عدمارتباط صحة طلب تغيير اللقب بمدة معينة، أي أنه بمجرد ثبوت عقد الكفالة قانونا يثبت الحق في

[1] المرسوم التنفيذي رقم 20–223 المؤرخ في 08 غشت سنة 2020 ،الجريدة الرسمية رقم 47 بتاريخ 11 غشت 2020 يعدل و يتمم المرسوم رقم 71–157 المؤرخ في 03 يونيو 1971 ، المتعلق بتغيير اللقب.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 71–157 المؤرخ في 03 يونيو 1971 المعدل و المتمم ، المتعلق بتغيير اللقب.

تقديم طلب تغيير اللقب .ولا يستبعد أن يكون المشرع قصد هذا الإطلاق- عدم تحديد مدة معينة -تسهيل إجراءات تغيير اللقب لمدى أهميته وحاجة الطفل المكفول إليه.

2)- الشروط المتعلقة بالولد المكفول مجهول النسب :اشترط المشرع في المادة الأولى مكرر السابقة أن يكون الطلب

الذي يقدمه الكافل باسم الطفل ولفائدته .بمعنى أن يكون الطفل قاصرا أي تحت السن القانونية وهي سن الثمانية عشرة سنة .وقد سبق أن المشرع عرف الطفل في المادة 02 من قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل بأنه:" كل شخص لم يبلغ الثامنة عشرة سنة كاملة ."وحسب ما قررته المادة 121 من قانون الأسرة فإنه لا ولاية له على نفسه بل للكافل .أما الشرط الثاني و هو الأهم، فهو أن يكون هذا الطفل مجهول النسب، لأن عقد الكفالة يجري على كل طفل سواء كان مجهول النسب أم معلوم النسب، كما قضت بذلك المادة 119 ق.أ.ج و معلوم النسب لا يجوز أن يغير لقبه العائلي

ليتطابق مع لقب الكافل،حسب نص **المادة 120 ق.أ.ج**

3)- الشروط المتعلقة بالكافل :تضمنت المادة 1 السابقة مكرر شرط المبادرة في تقديم الطلب لتغيير اللقب، أن يكون

من طرف الكافل باعتبار، أولا أحقيته في الاختصاص بلقبه العائلي واكتسابه له، وثانيا باعتبار ولايته القانونية على الولد المكفول .وهذه المبادرة تدل على مبدأ الرضا الذي يعتبر أحد أهم عناصر وأركان العقود والتصرفات .فإرادة الكافل ورضاه بهذا التصرف تغيير اللقب دليل مبادرته إلى تقديم الطلب.

4)- الشروط المتعلقة بالأم العازبة :اشترط المشرع في المادة الثالثة السابقة أن يرفق الطلب بموافقة الأم إذا كانت معلومة أي على قيد الحياة .و اشترط أن يتم تقديم الموافقة في شكل عقد رسمي لتكون الموافقة صريحة معبرة عن إرادة صريحة و سليمة، لأن المشرع القانوني كفل للأم الحق في الاحتفاظ بطفلها ومنح لقبها العائلي وإن لم يصرح بجواز ذلك كما سبق بيانه .ويمكن

اعتبار هذه الموافقة تنازلا صريحا من الأم عن حقوقها الثابتة لها بأمومتها لولدها .وتأكيدا من المشرع على ضمان حقوق الأم على ولدها، اشترط المشرع في حال أن تكون الأم مجهولة ، أن يحرر الكافل تصريحا شرفيا بأنه حاول الاتصال بالأم ولكن بدون جدوى[1]

ثانيـــــا: إجراءات تغيير لقب الطفل المكفول مجهول النسب حسب المرسوم التنفيذي 20-223 المتعلق بتغيير اللقب

يتم تقديم ملف يتكون من :

- طلب خطي أو بالطريق الإلكتروني[(2)] موجه إلى وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان إقامة الكافل أو مكان ميلاد الطفل.
- شهادة ميلاد الكافل.
- شهادة ميلاد المكفول
- نسخة من عقد الكفالة.
- عقد زواج الكافل
- شهادة الجنسية الجزائرية.
- نسخة من الإعلان في الجرائد المحلية(لمكان ولادة الكافل و مكان سكناه).، و الجرائد الوطنية(بالنسبة للكافل المولود في الخارج).
- شهادة الوضع المسلمة من مصالح مديرية النشاط الإجتماعي (نسخة أصلية)،و يجب أن تحمل هذه الشهادة توقيع وختم مدير النشاط الاجتماعي ،و هذا إذا تم تسليم الطفل من طرفها[3].

---

[1] زيان سعيدي،منح لقب الكافل العائلي للمكفولين مجهولي النسب في التشريع الجزاري و الشريعة الاسلامية (دراسة تأصيلية مقارنة)،مجلة الحقوق و العلوم السياسية،المجلد15،العدد 2022/01،جامعة الوادي ،الجزار،ص1974 و 1975.

[2] جعيدري هدى،النظام القانوني للكفالة في ظل قانون الأسرة ،مذكر لنيل شهادة ماستر في الحقوق ،تخصص قانون الاسرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،قسم الحقوق،جامعة محمد بوضياف،المسيلة ،السنة الجامعية 2019/2018، ص 56.

[3] المادة أولى مكرر1 من المرسوم 30-223 المتعلق بتغيير اللقب،و التي تنص على :"يمكن تقديم طلب تغيير اللقب و الوثائق المرفقة به بالطريق الإلكتروني".

- عقد توثيقي شرعي يتضمن موافقة الأم البيولوجية على مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الكافل ،و هذا في حال كان الطفل قد سلم للكافل من طرف الأم البيولوجية [3].

بعد مرور مدة 06 أشهر من تاريخ نشر طلب تغيير اللقب و هي الآجال القانونية لتقديم الاعتراضات (المتعلقة بتغيير اللقب)، يرسل وكيل الجمهورية الملف كاملا إلى وزير العدل بالطريق الالكتروني ، و الذي يقوم بدوره عرضه على لجنة خاصة لإبداء الرأي[1] .

بعد قبول الطلب و الموافقة عليه،من طرف وزير العدل ، يغير لقب المكفول بموجب أمر يصدر عن رئيس المحكمة خلال 30 يوما من تاريخ تقديم الطلب ،المقدم من طرف وكيل الجمهورية و الذي يلتمس فيه تغيير لقب المكفول.

و بعد صدور الأمر، يأمر وكيل الجمهورية ضابط الحالة المدنية بتسجيله على هامش عقد ميلاد الطفل المكفول.

حيث نصت **المادة 05 مكرر 2 من المرسوم التنفيذي 20- 223** على:" **يغير اللقب العائلي للطفل المكفول بموجب أمر من رئيس محكمة مكان ميلاد الطفل أو مكان إقامة الشخص الكافل بناءا على طلب وكيل الجمهورية لنفس المحكمة ،الذي يمكنه،عند الاقتضاء استطلاع رأي قاضي الأحداث لدى نفس الجهة القضائية.**

يصدر الأمر خلال الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ تقديم الطلب ، و يكون بسعي من وكيل الجمهورية ،محل تسجيل و إشارة على هامش سجلات و عقود و مستخرجات عقد الحالة المدنية لمقر ميلاد الطفل المكفول ،و إذا كان هذا المقر خارج دائرة اختصاصه ،يقوم باخطار وكيل الجمهورية المختص إقليميا للقيام بذلك " .

[1] المادة 03 من المرسوم 30-223 المتعلق بتغيير اللقب ،و التي تنص على :".....على لجنة خاصة تتشكل من ممثلين (2)عن وزارة العدل و ممثلين (2) عن الوزارة المكلفة بالداخلية ،يعينون لهذا الغرض من قبل السلطات التي يتبعونها".

*تجدر الإشارة إلى أن صدور المرسوم المتعلق بتغيير اللقب أدى إلى طرح عدة تساؤلات لدى الباحثين و المختصين في القانون ،حول الطبيعة القانونية لتغيير اللقب، **فهل تغيير لقب المكفول هو عبارة عن تبني في صورة مستترة ؟**

فانقسمت الآراء حول هذا التساؤل إلى رأيين،نوضحهما كالآتي:

1)- الرأي الأول :يرى أصحاب هذا الرأي أن المرسوم المتعلق بتغيير اللقب ،والذي يقضي بمنح لقب الكافل للمكفول هو تبني غير معلن عنه صراحة ، حيث أن هذا الإجراء يغير في حقيقة النسب الأصلي للكفول مجهول الأب،و يؤكد أصحاب هذا الرأي على وجوب احترام نسب المكفول الأصلي ،كما أنهم يعتبرون هذا المرسوم يتناقض مع نص المادة 120 ق.أ.ج،التي تنص على وجوب احتفاظ الولد المكفول بنسبه الأصلي.

2)- الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن هذا المرسوم في صالح المكفول و لا يعتبر تبنيا ،و هو الرأي السائد حاليا فأصحابه يرون بضرورة تطبيق أحكام هذا المرسوم ويستندون على عدة حجج من أهمها أن اللقب الأصلي للمكفول يبقى محفوظا و مسجلا دائما على هامش شهادة ميلاده و كل عقود و مستخرجات الحالة المدنية[1]، و هذا اللقب الجديد هو لقب إضافي فقط،و هو حق استعمال شخصي له،لأنه لا يمكن إخفاء الاسم الأصلي عند إبراعقد الزواج و لا يمكن استعماله في الميراث [2]، كما أن هذا المرسوم جاء لحفظ كيان و نشأة الطفل داخل المجتمع .

[1] رغيسي أميرة و شلاط أمال، مرجع سابق،ص 60 .

[2] مرابط ربيعة ،النظام القانوني لكفالة الطفل مجهول النسب في ظل قانون الأسرة الجزائري ،مذكر لنيل شهادة ماستر في الحقوق ،تخصص قانون الاسرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،قسم الحقوق،جامعة الشهيد حمة لخضر ،الوادي ،السنة الجامعية 2017/2016،ص 46 .

المبحث الثاني:إنقضاء عقد الكفالة

لم تنص الشريعة الإسلامية على أن انتهاء الكفالة يكون ببلوغ المكفول سن الرشد، و إنما تم تحديدها ببلوغها هدفها الأسمى و الذي يتمثل في بلوغ المكفول مرحلة الاستغناء عن الناس أي القدرة على الاستقلال بشؤونه و القدرة على الكسب و عليه فهي باقية مادام مقتضيها باقيا و هو الحاجة إليها، أما المرحلة العمرية عند هذه الحالة لا تحدد بسن و إنما بقدرة المكفول على رعاية شؤونه و حفظ نفسها و القدرة على الكسب و الإنفاق على نفسه، و كذا العرف في المجتمع و العصر الذي يعيش فيه و وفق ما يقره النظام العام[1]، **قال تعالى: ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾**[2].

و بالعودة إلى خصائص عقد الكفالة ،نجد من بينها أنه عقد مؤقت و ليس أبديا فهو يبقى ساري المفعول إلى غاية تعرضه لأسباب و عوامل تجعله ينهي الآثار المترتبة عنه سواء بالنسبة للكافل أو المكفول على حد سواء.

فقد تكون هذه الأسباب عامة لا إرادية خارجة عن رغبة أطراف هذا العقد **(المطلب الأول)**أو تكون أسبابا خاصة راجعة إلى الرغبة المباشرة للأطراف في العدول على هذا الاتفاق **(المطلب الثاني)**.

[1] سلوى سالم، كفالة مجهولي النسب في قانون الأسرة ،مذكرة لنيل شهادة الماستر ،تخصص أحوال شخصية ،قسم الحقوق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد بوضياف ،المسيلة ،السنة الجامعية 2018/2017،ص 54.

[2] مراد رضوان و الأخضري زين الدين،أحكام الكفالة في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماستر ،تخصص قانون خاص ،قسم الحقوق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة غرداية ،السنة الجامعية 2023/2022،ص 59.

المطلب الأول: الأسباب العامة لإنقضاء عقد الكفالة

الفرع الأول: تخلف أحد شروط المادة 118 من قانون الأسرة

إن المشرع الجزائري يبين شروط انعقاد عقد الكفالة في نص **المادة 118 ق.أ.ج** وبالتالي فإن تخلف إحدى هاته الشروط توجب إنقضاء عقد الكفالة وهذه الشروط هي :الإسلام، العقل، الأهلية و القدرة.

أولا:تخلف العقل والأهلية :إن الكافل يقوم بتصرف من تصرفات التبرع لذلك يجب أن تتوفر فيه أهلية التبرع الخالية من كل العيوب فإذا ما عيبت إرادته لأي سبب كالجنون أو الغفلة أو السفه فلا يمكنه إبرام عقد التبرع،و بالتالي تبطل أهليته و تنقضي معها الكفالة[1].

ثانيا :تخلف شرط الإسلام:من شروط إسناد الكفالة أن يكون الكافل مسلما، وكونه يقوم بشؤون قاصر، فهذا الأخير يتأثر بتصرفاته، فيأخذ أخلاقه و عاداته و تقاليده و في حالة أدخل الكافل تغييرا على دينه لأي سبب من الأسباب، كأن يرتد عن الدين الاسلامي ،فلا يجوز أن يبقى هذا القاصر معه،و تنقضي الكفالة.

ثالثا: تخلف القدرة على القيام بشؤون المكفول: تعتبر القدرة كذلك أهم الشروط التي يتوقف عليها عقد الكفالة ،فمن البديهي أن يكون الكافل قادرا ماديا وجسديا بهذا العقد ،فكيف إذا انعدم هذا الشرط من جهة ،و من جهة أخرى المكفول مجهول النسب بدوره يحتاج أن يعيش في أمان و في جو يلبي له كل احتياجاته ،و هي من مهام الكافل المفروضة عليه،باعتباره وليا عليه فإذا اعترض هذه الولاية أي عارض صحي يحد من قدرته على القيام بشؤون المكفول ،مثل الاصابة بعاهة مستديمة كالعمى ،أو الإعاقة الجسدية فهو في هذه الحالة يحتاج إلى من يرعاه ،أو يصبح غير قادر على نفقة المكفول ،فهذا يؤدي إلى إنقضاء الكفالة) [2].

---

[1] ورة النساء،الآية 06

[2]مرابط ربيعة ،مرجع سابق،ص50.

الفرع الثاني :وفـــــاة المكفول أو الكافل

أولا:وفاة المكفول

وفاة المكفول يعد سببا من أسباب إنقضاء الكفالة ،و ذلك راجع إلى أن محل العقد يعد القيام بالقاصر و لم يعد هذا الأخير موجودا ، و بالتالي فإن الرعاية و التربية و العناية لم يعد لها مجالا للتطبيق لعدم و جود من سوف تقام من أجله و لمصلحته .

و السؤال المطروح ما مصير مال الكفول الذي ليس له نسب؟

أجمع جمهور الفقهاء على أن اللقيط حر الأصل لا ولاء عليه إنما يرثه المسلمون لأنهم يرثون مال من لا وارث له، و أمواله تعود لبيت مال المسلمين بناءا على قاعدة الغرم بالغنم، فإن بيت المال هو المسؤول عن الإنفاق عليه و تربيته و تعليمه ،فتركته تكون لبيت مال المسلمين مثلها مثل الأموال الضائعة التي لا يعرف لها مالك.

لكن يرى الإمام ابن حنبل أن إرثه لمن إلتقطه باعتباره هو من أنفق عليه و قام بتربيته و رعايته[1].

ثانـــيا: وفـــــاة الكافل

الكافل هو الملتزم الأساسي بعقد الكفالة باعتبار أن الكفالة هي إلتزام على وجه التبرع فإن العقد يلزمه لأنه عقد ملزم لجانب واحد ،فبوفاته ينقضي عقد الكفالة ، و ينقضي إلتزامه و يستحيل بذلك تنفيذه،و يصبح الولد القاصر يتيما مرة أخرى ، و تصح في حقه كفالة جديدة من شخص آخر .

[1]بسعود عربية ،الكفالة بين أحكام الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة ماستر ،تخصص أحوال شخصية ،قسم الحقوق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة زيان عاشور، الجلفة،السنة الجامعية 2014/2013،ص51.

و المشرع لم يترك فراغا في هذا الشأن بل تصدى لهذه الحالة بموجب نص **المادة 125 ق.أ.ج**، و التي تنص على:".....

و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن إلتزموا بذلك و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية".

فالمادة تعرضت لحالتين هما:

الحالة الأولى:إلتزام الورثة بالتكفل بمجهول النسب

من الآثار المترتبة على قيام عقد الكفالة وأثناء تنفيذها هو إمكانية إنتقال الكفالة بمضمونها إلى الورثة في حالة وفاة الكافل،لكن بشرط ما إذا أبدوا إلتزامهم بها في مهمة التكفل بالقاصر، وبموجب ذلك تنتقل الإلتزامات المترتبة في عقد الكفالة إلى الورثة ليصبح أحد الورثة هو الكفيل الجديد ،لكن المشرع نص على إنتقالها دون أن يبين من الذي تكون له الولاية المباشرة على المكفول بعد وفاة الكافل ،كما لم يحدد الاجراءات القانونية لانتقال هذه الكفالة إلى الكافل الجديد بعد الوفاة.

الحالة الثانية :عدم إلتزام الورثة بالتكفل بمجهول النسب

هي عكس الحالة الأولى فالورثة لهم الحق في رفض الالتزام لأن الكفالة عقد تبرعي و شخصي تبرع به مورثهم و هو " الكافل" إتجاه مجهول النسب ففي هذه الحالة نصت المادة 497ق.إ..إ.ج ، على الإجراءات المتعلقة بحالة وفاة الكافل المنصوص عليها في المادة 125 ق.أ.ج، إذ عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا دون تأخير، قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة.

و نظرا للطابع الإستعجالي لموضوع حماية المكفول،يتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة، فإذا رفض الورثة الإلتزام ، ينهيي

القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها و يسلم المكفول بحسب ما تقتضيه مصلحته، إلى الهيئة المكلفة بالرعاية فقد تكون مؤسسة حماية الطفولة[1(1)].

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة

الأصل أن الكفالة لا تنتهي في الأوضاع الطبيعية إلا ببلوغ سن الرشد بالنسبة للولد ،و سن الزواج بالنسبة للبنت ،و ذلك من أجل حمايتهم من أي استغلال ،غير أنه قد يطرأ ظرف يجعلها تنتهي قبل أوانها لأسباب خاصة راجعة إلى رغبة الأبوين الأصليين في استعادة و لدهما أو راجعة لإدارة الشخص الكافل في التخلي عن إلتزاماته اتجاه الطفل المكفول عليه ،و عليه سنتطرق إلى طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد إلى ولايتهما**(الفرع الأول)**، و التخلي عن الكفالة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد إلى ولايتهما

قد جاء قانون الأسرة صريحا في مسألة انقضاء عقد الكفالة بالنسبة للأطفال معلومي النسب و ذلك إذا ما عبر الوالدين الأصليين عن نيتهما في استرجاع و لدهما المكفول إلى حضنهما بعدما قاموا بالتخلي عنه لسبب ما،ذلك الطلب يصدر من كلاهما أو أحدهما سواء الأب أو الأم ،و ذلك وفقا لما جاء في نص المادة 124 ق.أ.ج،مفادها أنه:"إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز ،و إن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"، و يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع ميز بين حالتين،و هـــما :

[1] عبد الرحمان بربارة،شرح قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ،الطبعة الرابعة،منشورات بغدادي،الجزائر ،بدون طبعة ، سنة 2013، ص 366

أولا: أن يكون الولد المكفول مميزا

في حال بلوغ الطفل المكفول سن التمييز ،فإنه يخير بين الإلتحاق بوالديه أو البقاء مع الكافل ،يعني أن المشرع لم يترك الحرية المطلقة للوالدين ،و إنما ترك الأمر للمكفول نفسه ، لأنه بعد بلوغه سن التمييز يمكنه إبرام عقود تدور بالنفع[1] [1]و أصبح يميز بين ما يفيده و ما يضره ، و بالتالي له سلطة الاختيار في الالتحاق بوالديه الأصليين أو البقاء في كنف الكافل ،خاصة أن علاقة المكفول بالكافل قد تكون وطيدة و أن فرافه قد يضر به.

و قد أقرت الشريعة الإسلامية هذا الموقف في حادثة الرسول –صلى الله عليه و سلم– مع زيد بن حارثة ،و ذلك بعد نزول الآية الكريمة التي حرمت التبني ،إذ خيره الرسول –صلى الله عليه و سلم– بين أمرين ، إما البقاء معه أو الالتحاق بأبيه،فاختار البقاء مع الرسول–صلى الله عليه و سلم– نظرا لعطفه و حنانه عليه.

ثانيا:أن يكون الولد المكفول غير مميز

الطفل غير المميز هو من لم يبلغ سن الثالثة عشر (13) من عمره،فإذا طلب أبواه أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايته فإن قرار العودة من صلاحيات القاضي الذي يراعي في ذلك مصلحة الطفل عند الحكم بذلك ، فلو رأى مصلحة الطفل تقتضي بقاءه مع كافله قضى برفض الطلب[1] [2]، و المشرع لم يترك لوالدي المكفول الحرية المطلقة إذ قيدها باللجوء إلى القاضي فهو من له السلطة التقديرية في معرفة الوقائع و الظروف المحيطة بالمكفول و والديه و الكافل، و هو الذي يعطي الإذن بعودة المكفول إلى والديه أو إلى أمه ، أو بقائه مع الكافل و ذلك مع مراعاة مصلحة المكفول،و يتخذ القاضي جميع الإجراءات اللازمة لمعرفة أين

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ،الطبعة الأولى ،الجزائر ،سنة 2006، ص 55

[2] لحسن بن شيخ آث ملويا،المرشد في قانون الأسرة الجزائري،دار هومة الجزائر،سنة 2015 ،ص 341

تكمن مصلحة المكفول، و ذلك بعد القيام بعملية التحقيق و البحث و الدراسة للظروف المحيطة بالولد المكفول.

الفرع الثاني: تخلي الكافل عن الكفالة و إسقاطها عنه

أولا: تخلي الكافل عن الكفالة

تنص **المادة 125 ق.أ.ج** على أن :"**التخـــلي عن الكفالة يتم أمـــام الجهة التي أقرت الكفالة،و أن يكون بعلم النيابة العامة**" ،يفهم من النص القانوني أنه يمكن للكفالة أن تنقضي بإرادة الكافل،و ذلك في حالة ما إذا تخلى عنها ،و يتم عقد التخلي أمام نفس الجهة المختصة التي أقرت الكفالة و هي القاضي ،الذي يقوم بفحص الوقائع و الظروف و يبحث عن الأسباب و جديتها [2][1]متبعا الإجراءات و الشكليات لمحددة في **المادة 141 ق.إ.م.إ**[3]،[2]و التي مفادها أن للقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق و أن يستعين بخبير حتى يكون قناعته على أسس صلبة.

كما يجب أن يكون التخلي بعلم النيابة العامة،و ذلك حتى تتمكن هذه الاخيرة باعتبارها ممثلة للمجتمع، من مراقبة الأسباب التي أدت بالكافل التخلي عن الكفالة ،و من ثم تبدي إلتماساتها في الموضوع،و أن يكون للقاضي في الأخير أن يبني حكمه معتمدا على معيار المصلحة الفضلى للطفل ،فيقرر قبول التخلي أو رفضه [4][3]،فإذا قرر قبول التخلي إنقضت الكفالة نتيجة لذلك.

[1]جاء فيها:"إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية ،له أن يتخذ جميع الاجراءات اللازمة،كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق،أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الإيضاحات و المعلومات الضرورية."

[2]علال أمال ،مرجع سابق ،ص 125.

[3]بوعشة عقيلة ،مرجع سابق،ص 51 و 52

ثانيـــا: إسقاط الكفالة عن الكافل

تنتهي الكفالة بإسقاط الولاية عن الكافل ، و لا يكون الإسقاط إلا بموجب حكم قضائي في حالات معينة ، كحالة ما إذا ارتكب الكافل أفعالا إجرامية و حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية ،و كذلك في حالة إذا اتصف الكافل بسوء الأخلاق ،مما يؤثر سلبا على الطفل الذي في ولايته كالإدمان على المخدرات و الخمر ،أو في حالة تبذير أموال المكفول بدلا من تصرفه تصرف الرجل الحريص، كل هذه الأسباب تلقائيا إلى إسقاط الكفالة عن الكافل(1) .[1]

- **إنقضـــاء الكفالة في الشريعة الإسلامية**

لم تحدد الشريعة الاسلامية إنتهاء كفالة اليتيم ببلوغه سن الرشد ،يقول الدكتور "مجدي عاشور "مفتي الجمهورية المصري ،أن الكفالة لا تتوقف بمجرد بلوغ اليتيم بل تستمر حتى استغناءه عـــن الناس و بلوغه حدا الذي يكون فيه قادرا على الاستقلال بشـــؤونه و الاكتساب بنفسه ،فالكفالة باقـــية مـــا بقيت الحاجة إليها و أجـرها مستمر مـــادام مقتضيها باقيا موضحا أن تحديد المرحلة أو السن التي يتم فيها استقلال اليتيم بنفسه رعاية و كفاية و اكتسابا بحيث تنتهي كفالته عندها ،و هـــو أمر يخضع لحالاته و قدراته الذاتية و استعداده النفسي ،كما يخضع للعرف و النظام المجتمعي و طبيعة العصر الـــذي يعيش فيه ،لقوله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾[2](2).

و أضاف أن مرامي الإسلام و مقاصده من كفالة اليتيم تتجلى في رعايته في جميع شؤون حياته و معيشته مأكلا و مشـربا و ملبسا و مسكنا و تأديبا و تعليما و تثقيفا و زواجا و غير ذلك من ضروريـات الحياة و حاجياتها كما يصنع الوالدان لولدهما سواء بسواء(33).

---

[1] علال أمال،مرجع سابق،ص 127.

[2] سورة النساء، الآية 6.

[3] موقع https://www.ahram.org.eg يوم 18 ماي 2024 الساعة 16:05 .

ملخص الفصل الثاني:

إذا تمت عملية إنعقاد الكفالة بشكل صحيح فإنها تنتج آثارها القانونية بالنسبة لكل من الكافل و المكفول ،كما ترتب حقوقا و إلتزامات متبادلة بين الكافل و المكفول .

فالكافل يكون مثل الأب الحقيقي و المكفول يكون في دور الابن الأصلي،و يجوز للكافل في عقد الكفالة أن يوصي للولد المكفول في حدود الثلث ،كما يجوز له أن يهبه شيئا ما وفق ما هو محدد في الشرع.

كما يسمح المشرع للكافل بتغيير لقب الولد المكفول مجهول النسب طبقا للمرسوم التنفيذي 20-223 المتعلق بتغيير اللقب ،و ذلك من أجل مطابقة لقبه مع لقب الكفيل ،و ذلك لما قد ينتج عن الألقاب المختلفة للكافل و المكفول من

آثار قد تؤثر على نفسية الولد المكفول.

و تنقضي الكفالة و تزول آثارها بتخلف شروطها أو بالوفاة أو التخلي أو في حالة طلب أحد أبوي الولد استرجاعه إذا كان معلوم النسب.

و عند التخلي عن الولد المكفول يرجع إلى المكان الأول الذي أخذ منه ، و يعود الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام عقد الكفالة ،و كأن العقد لم يتم أصلا.

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات و الصلاة و السلام على سيدنا محمد خاتم النبيين و الرسالات

من خلال دراستنا هذه تناولنا أحكام الكفالة من زاوية الشريعة و القانون ،و كيف تمت معالجة موضوع كفالة مجهول النسب في الشرع الحنيف و قانون الأسرة الجزائري، يمكننا القول أن نظام الكفالة من الأنظمة التي وجدت من أجل رعاية الأطفال القصر سواء كانوا معلومي النسب أو مجهولوه ،و حسن تربيتهم ، فنجد أن الشريعة الإسلامية تحرم التبني صراحة و تنهى عن تزييف الأنساب ،لأن الحكمة من تحريمه هو الحفاظ على إحدى الكليات الشرعية الخمس ،و هي كلية النسب و منع اختلاطه ،و كذلك من مقاصد تحريمه منع التعدي على تركة الغير ،و لهذا أوجدت الشريعة الاسلامية البديل و هو الكفالة كحل أمثل لحماية ا أطفال الأبرياء ،فتكون الكفالة بديلا جائزا شرعا و قانونا عن التبني.

و المشرع الجزائري سار على نهج الشريعة الاسلامية ،فمنع التبني ، و رخص الكفالة و أجازها ، و نظمها بما يتماشى مع مصالح الأطفال القصر .

- و بعد الدراسة توصلنا إلى مجموعة من النتائج :

-قد يكون الطفل المكفول معلوم النسب أو مجهول النسب، و لكن يجب أن يكون قاصرا .

-الكفالة نظام قانوني و هو إلتزام شخصي وتبرعي للكافل للقيام على الشؤون الشخصية و المالية لطفل قاصر.

-يجب توفر مجموعة من الشروط في طالب الكفالة و هي الأهلية و الإسلام و العقل و القدرة من أجل رعاية المكفول و قد حددتها المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري .

-يتم انعقاد الكفالة وفق إجراءات محددة فتكون أمام المحاكم أو مكاتب التوثيق داخل الوطن ،أما في الخارج فتكون أمام القنصليات للجالية الجزائرية ،و تمر بمرحلتين ،تكون المرحلة

الأولى بين الأطراف وهي مرحلة تمهيدية ،أما المرحلة الثانية فهي قضائية يتدخل قاضي شؤون الأسرة فيها و هو من له السلطة في منح الكفالة أو رفضها.

- سمح القانون للكافل التبرع للمكفول عن طريق الإيصاء أو الهبة و لكن في حدود الثلث.

- أجاز المشرع للكافل منح لقبه العائلي للطفل المكفول مجهول النسب و ذلك من أجل حمايته و حفظ حقوقه.

- تنقضي كفالة مجهول النسب لأسباب حددها المشرع في قانون الأسرة و نظم إجراءات إنقضائها.

- بالرغم من كل المساعي المبذولة ،يعاني المشرع الجزائري من نقص و غموض في الأحكام و في النصوص القانونية المتعلقة بالكفالة ، و أيضا لاحظنا إغفال في بعض الجوانب الخاصة بعقد الكفالة نذكر منها:

- في رأينا الشخصي ،يستوجب استبدال مصطلح مجهول النسب بمصطلح آخر مراعاة لشعور و نفسية هذه الفئة.

-كان من الضروري أن يصدر المشرع الجزائري قانونا خاصا بكفالة فئة مجهولي النسب ،على غرار بعض الدول.

- ضرورة الدقة في صياغة المواد القانونية المتعلقة بالكفالة.

-على المشرع تسمية الكفالة بالمحرر الرسمي و ليس عقد شرعي.

- لم يحدد المشرع جنس الكافل ،وكان يجب إدراج نص قانوني يمنح الحق في طلب الكفالة من المرأة فهي التي تصلح أكثر من الرجل في رعاية الطفل و إعطائه الحنان خاصة في مراحل عمر الطفل الأولى.

-لم يشترط المشرع زواج الكافل في عقد الكفالة بنص صريح ،رغم أن المحاكم تشترط عقد الزواج في ملف طلب الكفالة .

- أغفل المشرع ذكر وجوب موافقة زوجة الكافل في طلب الكفالة ،و كذلك امكانية استخلاف زوجها الكافل في حالة وفاته .

- المشرع لم يتطرق إلى مسألة تحديد فارق السن بين الكافل و المكفول ،و لا للسن الأقصى لطالب الكفالة أو سن المكفول .

- كان على المشرع النص على امكانية الشخص المعنوي طلب الكفالة كمؤسسات رعاية الطفولة .

-أغفل المشرع إلزامية تحرير محضر تسليم الطفل المكفول إلى الكافل ،أو ما يسمى بالإسناد الفعلي ،إذ كان لابد من النص على ذلك وتحديد إجراءات التسليم و اشتراط حضور الأطراف المعنية و بحضور محضر قضائي و حتى النيابة العامة.

- توسيع دائرة الكفالة لتشمل الورثة بنصوص قانونية صريحة و واضحة مع ذكر الاجراءات الواجب اتباعها .

- لم يشر قانون الأسرة على حالة طلاق الكفيلين،وما هو مصير الطفل المكفول ،و كل ما يتعلق بالآثار المترتبة عن الطلاق من حضانة و نفقة و زيارة .

- أجاز المشرع للكافل أن يمنح المكفول مجهول النسب لقبه العائلي دون أن ينسبه له و دون توريثه و هذا ما يتسب مع الشريعة الاسلامية التي حرمت التبني و لكن كان من الأحسن تخصيص صفحة خاصة بالكفالة في الدفتر العائلي للكافل يسجل فيها المكفول .

- على المشرع عدم الاكتفاء بالتحقيق قبل قبول طلب الكفالة ،بل لابد من متابعة و مراقبة الكافل حتى بعد حصوله على كفالة الطفل و انتقاله للعيش معه

-يجب النص صراحة على المسؤولية المدنية و الجزائية للكافل في حالة إخلاله بالتزاماته القانونية.

-لم ينص المشرع على مصير المكفول بعد إنقضاء عقد الكفالة .

-لا يجوز التخلي عن هذه الفئة المحرومة بعد بلوغ سن الرشد

- العمل على التسريع في إجراءات منح الكفالة على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي حتى لا تبقى العائلات الانتظار لمدة طويلة.

و في الأخير نأمل أن نكون قد وفقنا في عملنا هذا ،ونأمل أن يستفيد منه الطلاب بعدنا ،و الحمد لله حمدا كثيرا.

قائمة المراجع

أولا : قائمة المراجع باللغة العربية

أولا- المصادر :

1)-القرآن الكريم

2)-سنن الترميذي،كتاب النكاح، الجزء السادس ،رقم 6016،دار الفكر ،بيروت ،لبنان.

3)-الإمام الطبراني ،مكارم الأخلاق ،باب فضل التكفل بأمر الأيتام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية،بيروت ،لبنان،1989.

ثانيا:القواميس

1)- قاموس الوافر (عربي،عربي)،دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع،بيروت،لبنان،بدون طبعة،بدون سنة.

2)-إبراهيم أنيس و آخرون،المعجم الوسيط،مكتبة الشروق الدولية،الطبعة الرابعة، سنة 2004،جمهورية مصر العربية.

3)- جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثامن ،دون طبعة،دار إحياء التراث،بيروت،سنة 1999.

ثالثا:الكتب

1)-أبي عبد الله محمد شمس الدين الذهبي الدمشقي،الكبائر،الطبعة الأولى،دار التراث العربي،القاهرة،مصر 1982.

2)-أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي،نهاية المحتاج ،الجزء الخامس،دار الفكر العربي،دون طبعة.

3)-أحمد بن يحي السويدي الزهراني،استلحاق مجهولي النسب و أثره الأمني و الإجتماعي ،قسم العلوم الشرعية ،كلية الملك فهد الأمنية،الرياض.

4)-السيد سابق،فقه السنة،دارالفتح للإعلام العربي،الطبعة الأولى،مصر ،2004.

5)-العربي بختي،حقوق الطفل في الشريعة الاسلامية و الاتفاقيات الدولية،ديوان المطبوعات الجامعية ،الطبعة الثانية،الجزائر ،2013.

4)- أشرف عبد العليم الرفاعي ،التبني الدولي و مبدأ احترام مصلحة الطفل ،دار الفكر الجامعي،الطبعة الأولى ،الاسكندرية،مصر ،سنة 2011.

5)- الغوثي بن ملحة،قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ،الطبعة الأولى،الجزائر ،سنة 2005.

6)- بدران أبو العينين بدران،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون (الزواج والطلاق)،الجزء الأول،دار النهضة العربية،لبنان،سنة 2001.

7)- زيدان عبد الكريم،أحكام اللقيط في الشريعة الاسلامية،مطبعة سليمان الأعظمي ،الطبعة الأولى،سنة 1986،بغداد.

8)- شمس الدين أبو بكر بن محمد بن أحمد السرخسي،المبسوط،الجزء السادس، الطبعة الثانية ،دار المعرفة،بيروت 1993.

9)-عبد الرحمان بربارة،شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية،الطبعة الرابعة عشر ،منشورات بغدادي،الجزائر سنة 2013.

10)-علي علي سليمان ،النظرية العامة للالتزام،الطبعة الأولى،الجزائر ،سنة 2006.

11)-علي بن هادية و بلحسن بليش و الجيلاني بن الحاج بحثى،القاموس الجديدللطالب،الطبعة السابعة،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر.

11)-لحسن بن الشيخ آث ملويا،المرشد في قانون الأسرة الجزائري،دار هومة،الجزائر،سنة 2015.

12)-محمد الحطيب الشرباني،مغنى المحتاج،الجزء الثالث،دار الكتب العلمية،دون طبعة،دون سنة.

13)-محمد متولي الشعراوي،الخواطر ،مطابع أخبار اليوم 1997،الجزء الثالث،دون بلد نشر،دون سنة نشر.

14)-محمد مصطفى لبي،أحكام الأسرة ،الطبعة الثانية،بدون سنة،دار النهضة العربية،القاهرة.

15)- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي،كشاف القناع على متن الاقناع،الجزء الرابع،بيروت،دار الفكر،دون طبعة ،1406 هجري.

رابعا :المجلات

1)- زيان سعيدي،منح لقب الكافل العائلي للمكفولين مجهولي النسب في التشريع الجزائري و الشريعة الاسلامية(دراسة تأصيلية مقارنة)،مجلة الحقوق و العلوم السياسية،المجلد 15،العدد 01 لسنة 2022،جامعة الوادي، الجزائر.

2)- عبد الحميد علي عبد المنعم،الإسلام و الطفل،مجلة الحقوق و الشريعة،دراسات إسلامية ،العدد 02،كلية الحقوق و الشريعة،جامعة الكويت،سنة 1980.

3)-عسال غالم قدور،حماية الحالة المدنية للأطفال مجهولي النسب (منح لقب الكافل للمكفول بين الإباحة و التجريم)،مجلة القانون و العلوم السياسية،المجلد 08،العدد 01،سنة 2021.

4)- عيادي سارة،الحماية المقررة للأطفال مجهولي النسب بين الشريعة الاسلامية و التشريع الجزائري،مجلة تطوير العلوم الاجتماعية ،مجلد 11،عدد 01،تاريخ النشر 30 جوان 2018،جامعة باجي مختار ،عنابة.

5)- لاكلي نادية،أحكام الكفالة في التشريع الجزائري و إشكالاتها القانونية،مجلة القانون و المجتمع،المجلد 10 العدد 02،كلية الحقوق،جامعة باحاج بو شعيب،عين تموشنت،الجزائر سنة 2022.

6)- معوان مصطفى،أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري،مجلة المعيار،العدد 09 ،جامعة الجيلالي اليابس ،سيدي بلعباس،سنة 2004.

خامسا:الرسائل و المذكرات الجامعية

- أطروحات الدكتوراه:

1)-عبد الله سعيد رباحة،الوصاية في الفقه الاسلامي و قانون الأحوال الشخصية ،أطروحة دوكتوراه،كلية الدراسات العليا،جامعة الأردن.

- رسائل الماجستير:

1)-علال أمال،التبني و الكفالة-دراسة مقارنة-بين الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق،تخصص قانون الأسرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،قسم الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،السنة الجامعية 2009/2008.

2)-قالعي سميرة ،دور مديرية النشاط الإجتماعي و التضامن في حماية الأسرة و الطفل، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة و حقوق الطفل،جامعة وهران ،سنة 2014.

- مذكرات الماستر:

1)-أنارس لينة و علام كريمة،الكفالة-دراسة مقارنة التشريع الجزائري مع بعض التشريعات العربية-،مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق،تخصص القانون الخاص الشامل،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية ،السنة الجامعية 2013/2012.

2)- بركاوي إكرام و مخطاري مبروكة،أحكام كفالة الطفل بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي،مذكرة لنيل شهادة ماستر في العلوم الإسلامية ،تخصص شريعة و قانون،قسم العلوم السياسية،جامعة أحمد دراية،أدرار، السنة الجامعية 2023/2022.

3)- بسعود عربية،الكفالة بين أحكام الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق،تخصص أحوال شخصية،قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة زيان عاشور ،الجلفة، السنة الجامعية 2014/2013.

4)- بليل صبرينة و شعلال نعيمة،عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق،شعبة القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،السنة الجامعية 2013/2012.

5)- بن يسري عبد السلام و دندوقة عيسى،نظام الكفالة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق،تخصص قانون الاسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2022/2021.

6)- تواتي صباح،دوافع الأسرة الجزائرية للإقبال على الكفالة-دراسة ميدانية بدار الحضانة النخيل (الأبيار)- مذكرة لنيل شهادة ماستر في علوم الإجتماع،كلية العلوم الاجتماعية،جامعة الجزائر،السنة الجامعية 2002،2001..

7)- جعيدري هدى،النظام القانوني للكفالة في ظل قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق،تخصص قانون الاسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف ،المسيلة،السنة الجامعية 2019/2018

8)- حريزي منيرة،التبني و الكفالة-دراسة مقارنة -، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة محمد بوضياف ،المسيلة،السنة الجامعية 2016/2015.

9)- رغيسي أميرة و شلاط أمال، الكفالة في قانون الأسرة،مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق،تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 08 ماي 1945،قالمة ، السنة الجامعية 2021/2020.

10)- سالم سلوى،كفالة مجهولي النسب في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق،تخصص أحوال شخصية،قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف ،المسيلة،السنة الجامعية 2018/2017.

11)- سعيدي فاطمة الزهراء سلسبيل و جهارة مروى،كفالة مجهول النسب بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2021/2020.

12)-معاتقي مريم و شلابي خديجة ،كفالة الأطفال في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق،تخصص عقود و مسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج ،البويرة ، السنة الجامعية 2017/2016.

13)-صفية الوناس حسين،مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي و التشريع الوضعي،المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام ،قسم الفقه و أصوله،كلية العلوم السياسية،الخروبة ،الجزائر

14)-بوشكورة شانز و شعبان نبراس،حماية الطفل المكفول ،مذكر لنيل شهادة الماستر في الحقوق،تخصص القانون الخاص الشامل،شعبة القانون الخاص،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،السنة الجامعية 2014/2013.

15)- عميروش جازية و بلعمري نبيلة،الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص،تخصص القانون الخاص المعمق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية بودواو، جامعة أمحمد بوقرة ،بومرداس، السنة الجامعية 2023/2022

16)- دباخ وردة،الكفالة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة،قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، السنة الجامعية 2022/2021.

سادسا:النصوص القانونية و التنظيمية

- النصوص القانونية:

- النصوص التنظيمية:

سابعا:المواقع الإلكترونية

1)- موقع https://www.ahram.org.eg ،تم الاطلاع عليه يوم 18 ماي 2024 الساعة 16:05.

الفهارس

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
الشكر و العرفان	
إهداء	
مقدمة	أ–و
الفصل الأول : **الإطار المفاهيمي لمجهول النسب والكفالة**	
تمهيـد	**06**
المبحث الأول: مفهوم مجهول النسب و عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري	**07**
المطلب الأول: مفهوم الطفل مجهول النسب	**07**
المطلب الثاني: مفهوم عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري	**13**
المبحث الثاني: إنعـــقاد عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري	**27**
المطلب الأول:أركان عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري	**27**
المطلب الثاني: شروط إسناد كفالة مجهول النسب في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري.	**30**
خلاصة الفصل	**42**
الفصل الثاني : **آثار الكفالة و انقضائها في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري**	
تمهيد:	**44**
المبحث الأول : آثـــــــار عقـــــد الكفالة في الشريعة الإســـــلامية و قـانون الأســرة الجزائري	**45**
المطلب الأول: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل	**45**
المطلب الثـــاني: آثـــار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول	**49**
المبحث الثاني: إنقضاء عقد الكفالة	**58**

المطلب الأول: الأسباب العامة لإنقضاء عقد الكفالة	**59**
المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة	**62**
خلاصة الفصل	**66**
الخاتمة	**68**
قائمة المصادر والمراجع	**73**
فهرس المحتويات	