الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'enseignement supérieur et de recherche scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم قانون خاص

المرجع : .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة :علوم قانونية

التخصص: قانون خاص

من إعداد الطالب (ة)

دربوز عبدية

تحت إشراف الأستاذ(ة)

لعيمش غزالة

أعضاء لجنة المناقشة

الاستاذ (ة): الدكتورة بن قو أمال.....رئيسا

الاستاذ (ة): لعيمش غزالة.....مشرفا مقررا

الاستاذ (ة): ذرعي العربي.....مناقشا

السنة الجامعية 2019/2020

نوقشت يوم: 25 / 08/ 2020

إهـــــــــداء

إلى أقرب الخلق لقلبـــــــــــي:

❖الوالدين الكريمين

❖إلى زميلاتي في الدراسة

❖إلى كل من يسعى الى طلب العلم

❖إلى كل من يدافع عن الأطفال ويحميهم

❖إليكم جميعا أهدي هذا العمل المتواضع.

شكـــــــــــــــــــــــــر

الحمد لله الذي انار لي درب العلم والمعرفة واعانني على اداء هذا الواجب, اتوجه بجزيل الشكر و العرفان الى كل من ساعدني من قريب او من بعيد على انجاز هذا العمل واخص بالذكر الاستاذة المشرفة لعيمش غزالة التي لم تبخل عليا بتوجيهاتها ونصائحها القيمة التي كانت عونا لي.

كما أتقدم بالشكر و التقدير الى أعضاء لجنة المناقشة التي قبلت مراجعة هذا العمل, وتصويب أخطائه .

قائمة المختصرات:

- **أولا باللغة العربية**
- **ج ر د ش: الجريدة الرسمية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**
- **د ب ن: بلد النشر**
- **د ج: دينار جزائري**
- **د س ن: دون سنة النشر**
- **ص: الصفحة**
- **ص ص: من الصفحة الى الصفحة**
- **ع: عدد**
- **غ أ ش: غرفة الاحوال الشخصية**
- **غ أ ش م: غرفة الاحوال الشخصية والمواريث**
- **ق أ: قانون الاسرة الجزائري**
- **ق أ ج ج: قانون الاجراءات الجزائية الجزائري**
- **ق ا م ا ج: قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري**
- **ق ح م ج: قانون الحالة المدنية الجزائري**
- **ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري**
- **ق م ج: قانون المدني الجزائري**
- **ق م ف :قانون المدني الفرنسي**

❖ ثانيا: باللغة الفرنسية

- ^{eme} deuxiéme 2
- :4emequatrième
- Ed : édition
- Et al : et autres
- Op.cit: Opère Citation : Ouvrage précédemment cité
- P: Page
- P P: de la page a la page

المقدمـــــــــــــــــة

إن التطور الذي عرفه المجتمع البشري جعل الفرد لا يمكنه أن يعرف التغيرات التي طرأت على غيره في جزئ من حياته و انشغالاته , و اصبح الشخص لا يلتقي بالآخرين إلا في المناسبات, وهذا التطور الهائل للمجتمع في كل جوانبه (بجانبه السلبي و الايجابي) يجعل الفرد أمام وقائع يرغب فيا وأخرى تفرض نفسها عليه, ولابد أن يتحمل نتائجها ويواجه الواقع الصعب مهما كان'وليس الهروب منه وراء أقنعة مزيفة مبنية على أسس وعلى المواجهة أن تكون بمحالة القليل من النتائج السلبية وذلك بإيجاد سبل لتسوية الوضعية الموجودة بما يتماشى ومبادئ دينه بالاعتماد على الوسائل المتاحة له.

و من المسائل التي فرضت نفسها في وضعية الطفل سواء كان أبواه معلومين ولم يقدرا على رعايته وتربيته لظروف اجتماعية وأخرى اقتصادية أجبرتهم على تسليمه إلى من يستطيع رعايته'وطفل اخر ليعرف أبواه أو أحدهم فهو مجهول الأب أو الأم والأكثر من ذلك الأطفال الذين خلفتهم العشرية السوداء اذ كنوا ضمن أسرهم ينعمون بالحنان والدفء, وفي يوم مظلم وجدوا أنفسهم ضائعين ألا وهم أطفال الإرهاب والمجازر الجماعية, وأمام كل هذه الحالات وجد المجتمع نفسه أمام أطفال أحياء لايمكنه نكرانهم ولا البقاء كمتفرج عليهم فما عليه إلا أن يعتني بهم ويبحث لهم عن طرق ووسائل تمكنه من رعايتهم وحمايتهم 'فقد يصطدم المجتمع من أجل ذلك بما هو محرم شرعا بموجب أحكام الشريعة الغراء وهو التبني الذي حرمه الشارع نظرا لما فيه من مفاسد خاصة منها نسبة الابن لغير أبيه الحقيقي, والذي من نتائجه حرمان بعض الورثة من حقهم في مال مورثهم' وحذا المشرع الجزائري حذو الشريعة الغراء في هذه المسألة وقد واجها كل من الشريعة

والقانون حالة الأطفال المحتاجين للرعاية والحماية "وأعطى الفرصة لذوي البر والإحسان أن يتكفلوا بهم كلما كانت لهم الرغبة في ذلك ومتى توفرت فيهم الشروط, ليمسحوا لهؤلاء الأطفال بيدهم الرحيمة أثار البؤس والحيرة ونصوا على الكفالة كبديل للتبني وفي هذا السياق نجد أن لعقد الكفالة عدة تعاريف وللوصول الى التعريف الذي أخذ به المشرع الجزائري فلابد من المرور على المعنى اللغوي لهذا المصطلح وهو مشتق من الفعل الثلاثي المفتوح الحروف من كفل-يكفل-كفلا-وكفالة الرجل"فهو كافل رباه وأنفق عليه قام بأمره[1] وفي قوله عز و جلى " أيهم يكفل مريم"[2]وكذلك قوله تعالى"اذ تمشي أختك فتقول هل أدلكم على من يكفله[3] أما معنى الضم في الكفالة فيتجلى في قوله تعالى"وكفلها زكرياء "[4] أي ضمها إلى نفسه وتعهد القيام بأمرها " أما بالنسبة للتعريف الفقهي للكفالة فهي عبارة عن التزام تطوعي للقيام بأمر معين"فقد يكون محل هذا التطوع دين ناتج عن العلاقة بين الدائن و المدين و التي بمقتضاها يتعهد الكافل بالوفاء بالدين في حالة ما اذا تعذر على المدين ذلك وكان بسبب امتناعه[5] "فالكفالة اذا هي اتفاق حاصل بين الكفيل و الدائن أما المدين ليس طرفا فيه مع أنه عنصر أساسي في عملة الكفالة والذي يرمي الى انشاء علاقة الزامية بينهما[6]

---

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

[2] سورة ال عمران، الاية، 44.

[3] سورة طه، الآية،40.

[4] سورة ال عمران، الاية، 37.

[5]أحمد العبد و آخرون, المعجم الأساسي, المنظمة العربية للثقافة و العلوم, د. ب. ن. د. ب. ن. ص. 1047.

[6]محمد علي عبده, عقد الكفالة(دراسة مقارنة), الطبعة الأولى, منشورات زين الحقوقية, لبنان, ص. 16.

وقد يكون محلها تربية ورعاية طفل قاصر معلوم ومجهول النسب وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه'فهنا العلاقة تنشأ بين الكافل و المكفول بموجب عقد يحرر أمام القاضي أو الموثق أو البعثات الدبلوماسية[1] ' أما فيما يخص التعريف القانوني فالكفالة في القانون المدني هي ذلك العقد الذي ينشأ نتيجة وجود علاقة مديونية أو التزام بين الدائن والمدين والكفيل فلا يأتي إلا للوفاء بذلك الدين في حالة عدم وفاء المدين به'وبالنسبة للكفالة في قانون الأسرة الجزائري.

تنص المادة (116)من هذا القانون على أن"الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي "[2] ما يمكننا ملاحظته أن قانون الأسرة الجزائري حصر الكفالة على الطفل القاصر لا غير في حين أنه لو رجعنا الى اختصاصات الموثق نجده قد وسع مجال هذا العقد ليشمل المجنون ' المعتوه ' المسن ' و العاجز بدنيا وليس القاصر فقط.

إن الكفالة مشروعة في الشريعة الاسلامية بإجماع الفقهاء ,فمن قام بخدمة ولد صغير من مأكل ,ملبس ومشرب فهذا أمر محمود في دين الله يستحق عليها الشخص الاجر والثواب ,ودليل مشروعية الكفالة يتجلى في السنة النبوية والقران الكريم لقوله تعالى:"هل ادلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون"

---

[1]محمد محمود معطي, الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد, الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان,2009, ص.21.

[2]القانون رقم 84_11, المؤرخ في 9رمضان 1404 الموافق ل9 يونيو سنة1984, المتضمن قانون الأسرة الجزائري,ج. ر. ج. د. ش. ع. 31. المؤرخة في 31 جويلية1984 المعدل والمتمم

وعلى هذا الأساس ومن خلال ما سبق الاشارة اليه فإذا كان عقد الكفالة بهذه الأهمية فانه يتبادر في أذهاننا التساؤل التالي "ما موقف المشرع الجزائري من تحديد الأساس القانوني لعقد الكفالة؟ " الآثار المترتبة عن ذلك " ؟

ولأكثر تفصيل حاولنا الإجابة على هذا الإشكال بالاعتماد على المنهج التحليلي و الوصفي بطرح الجزئية المراد بحثها للوقوف على حجم مسألة الكفالة و أبعادها و عرض المادة القانونية المتعلقة بها. و من أجل ذلك ارتأينا تقسيم مذكرتنا إلى فصلين و كل فصل يحتوي على مبحثين ; فالفصل الأول يتعلق بالتطبيقات القانونية لعقد الكفالة، أما الفصل الثاني يتمحور حول الآثار القانونية لعقد الكفالة.
لنختتم بحثنا في الأخير بالتطرق إلى عرض أهمية عقد الكفالة مع الإشارة إلى سلبياته و إيجابياته ناهيك عن النقاط التي أغفل المشرع ذكرها، و كذا التي يشوبها نوع من الغموض مع محاولتنا تقديم اقتراحات عسى أن تنفعنا و تنفع المعنيين بهذه المسألة مع الإلحاح على الاهتمام أكثر فأكثر بهذه الفئة التي تعتبر باب المستقبل.

1_الرغبة الشخصية في دراسة هذا الموضوع والمتعلق بكفالة الاطفال.

2_ارتباط الموضوع بالفئة الاضعف في المجتمع.

3_التعرف على هذه الفئة باعتبارها جزء لا يتجزء من المجتمع الجزائري.

4_التعرف على الحقوق والضمانات التي منحها القانون للطفل المكفول.

5_بيان مشروعية الكفالة وتحريم التبني.

6_دراسة الوضع القانوني للطفل عن كثب في التشريع الجزائري

الفصل الأول:

التطبيقات القانونية لعقد الكفالة

الفصل الأول: التطبيقات القانونية لعقد الكفالة

يقتضي نظام الكفالة نظرا لما يقدمه من رعاية تعويضية لفئات الاطفال المختلفة توفير الحماية القانونية لطرفي الكفالة سواء بالنسبة للاشخاص المترشحين او الطفل المكفول نفسه ,وذلك بالنظر لما يترتب عن هذا النظام من تغيير على مركز الطفل ووضعيته بالنسبة للأسرة الكفيلة ,لذلك يتعين علينا التطرق في هذا الفصل الى الحديث عن مميزات عقد الكفالة والتي سنتناولها في المبحث الاول اما المبحث الثاني سيكون لمناقشة انعقاد عقد الكفالة.

المبحث الأول:مميزات عقد الكفالة

يعتبر موضوعا الكفالة من المواضع الهامة بالنسبة للطفل والاشخاص الراغبين بالكفالة على حد سواء ,فانه وجب علينا تحديد اهم المميزات المتعلق بهذا النظام من خلال التطرق الى خصائصه في المطلب الاول والتفرقة بينه وبين الانظمة الاخرى في المطلب الثاني.

المطلب الأول:خصائص عقد الكفالة

لتمييز عقد الكفالة عن بعض الأنظمة التي قد تتشابه معه و تتداخل أحكامهم به، كان البدء من الوقوف على أهم الميزات و الخصائص التي يتصف بها دون غيره و التي تجعله عقدا مختلفا عن البقية، وهي التي:

الفرع الاول :الكفالة نظام اجتماعي

إن نظام الكفالة وضع لغاية اجتماعية و المتمثلة في رعاية الأطفال الأبرياء[1] الذين لم يسعفهم الحظ بأن يحضوا بجو أسري يربون فيه فالأب يحميه

(1) مالك طلبة, االتبني و الكفالة, مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء, الدفعة الرابعة عشرة, 2003_2006, ص. 17.

و يدافع عنه و الأم تعطف و تحن عليه، فهم إذن محرومون من العائلة التي تتولى شؤونهم من تربية و رعاية جسدية و خلقية.

لذلك فإن نظام الكفالة جاء كوسيلة لتعويض هذا الكائن الضعيف من الدفء الأسري الذي حرم منه، فيسند إلى الشخص الراغب في التكفل به، بعد استقائه لكافة الشروط التي يجب أن يتحلى بها خدمة لمصلحة الأطفال. [1] فقد يكون هؤلاء من اللقاط و هم الأطفال المنبوذين الناشئين عن عالقة غير شرعية لعدم وجود رابطة زوجية بين الأبوين[2] هروبا من تهمة الزنا أو عن عالقة شرعية و لكن طرح لسبب من الأسباب كالفقر أو ضياع الناتج عن ظروف طبيعية كالكوارث أو لظروف عير طبيعية[3]

ولقد عرفه المشرع في المادة 46 ق ح م: " هو كل مولود حديث العهد بالوالدة لا يعرف له أب و لا أم و طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا في مكانٍ يغلب الضن على هلاكه لو ترك فيه " [4] أو قد يكون من اليتامى و هم من فقدوا أباءهم و يضلوا كذلك إلى غاية انتهاء مرحلة الطفولة.[5]

---

[1] زهرة بلقريد، الحماية القانونية للأطفال غير الشرعيين، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر،2007_2010 ، ص. 31.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الملكي المتيسر، الجزء الأول، دار الكلم الطيبة، الأردن، 2010، ص. 761.

[3] محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غيرالاسلامية، منشأة المعارف، مصر، د. س. ن. ص.266.

(4)الأمر رقم 70_20، المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389، الموافق ل 19 فبراير 1911، المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج.د.ش، ع. 31.

(5) منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام و االسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007ة، ص. 272.

فالكفالة تضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الصلبي دون أن تطبق عليه أحكام الأولاد الشرعيين.

الفرع الثاني :الكفالة عبارة عن عقد

والذي يعرف على أنه اتفاق بين شخصيين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو إلغائها أو تعديلها، و بما أنه كذلك فإنه يستوجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط حتى ينعقد صحيحا مثل باقي العقود من تراضٍ و هو تطابق الإيجاب مع القبول كتعبيرين صادرين عن طرفي العقد و الذي يجب أن يصدر عن ذوي أهلية خالية من العيوب التي قد تشوب الإرادة و التي تختلف من طرف لآخر فبالنسبة لأهلية الكافل فهي مقدرة ببلوغ سن الرشد[1]

إضافة إلى المحل وهو الالتزام الذي يقع على الشخص و الذي يجب أن يكون موجود أو ممكن الوجود في المستقبل، أن يكون معين أو قابل للتعيين و أخيرا أن يكون مشروعا، هذا حسب القواعد العامة و بالتحديد في المواد 22-21 ق م ج، أما محل عقد الكفالة فيتمثل في وظيفة العناية بالطفل و القيام بشؤونه.

أما فيما يخص السبب بوجه عام فهو الغرض من إنشاء العقد في حين أن سبب عقد الكفالة و الدافع إلى إبرامه هو أمر يختلف من شخص إلى آخر فهي نية خفية ال يمكن التحقق منها إن لم يصرح بها و من المقرر قانونا أنه إذا كان محل أو سبب الالتزام في عقد الكفالة مخالفين للنظام العام و الآداب العامة، أصبح بالضرورة عقد الكفالة مخالفا لهما، بالتالي فإن هذا الأخير يقع باطلا.[2]

---

[1]علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د. س. ن، ص. 54.

[2]احمد لعور,نبيل صقر,الدليل القانوني للاسرة,دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع,الجزائر,2007.ص.109.

إضافة إلى ذلك نجد الشكلية، فالكفالة من العقود التي ال تكفي فيها تطابق إرادتا طرفي العقد حتى ينعقد، و إنما يستوجب إفراغ هذه الإرادة في قالب رسمي، إما أمام الموثق أو أمام المحكمة و ذلك يظهر جليا في نص المادة 116 ق أ ج و التي تنص على أن: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق..[1]

الفرع الثالث :الكفالة عقد تبرعي

بمعنى أن الكافل لا ينتظر مقابلا لما قام به من أجل الطفل الذي تكفل به، رغم أنه في حقيقة الأمر أن كل عملٍ نقوم به من وراءه غرض معين، ذلك لكون النفس البشرية أنانية محبة لذاتها، فلو أسقطنا ذلك على الشخص الكافل لوجدنا أنه أقدم على الأخذ بشؤون هذا القاصر ربما ألنه حرم من نعمة الأولاد و التي تعد زينة الحياة، لقول المولى عزو جل: " المال و البنون زينة حياة الدنيا ..." [2]فأراد تعويض هذا النقص و الحرمان من البنوة بطفل ليس من صلبه ليسد هذا الفراغ و يجده سندا له في شيخوخته، كما يمكن أن يكون السبب من الكفالة هو ابتغاء الاجر و الحسنات و رضى الله تعالى، فالدوافع للجوء إلى الاستقبال الشرعي كثيرة و لكن و رغم تعددها فإن ذلك لا ينفي صفة التبرع على عقد الكفالة.[3]

الفرع الرابع :عقد الكفالة مؤقت

فهو إذن ليس أبدي بل ينتهي لعدة أسباب منها: وفاة الكافل أو إصابته بإحدى المعوقات فتجعله غير قادر على رعاية القاصر و متابعة شؤونه من حجر و عجز

---

[1] القانون رقم84_11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

[2] سورة الكهف، الآية 45.

[3] Farid CHABANE ZIDANI, L'enfant né hors mariage en Algérie, l'entreprise algérienne de presse, ALGIE, P. 77.

بدني و غيرها، أو حتى بإسقاط الكفالة عنه لعدم التزامه بمضمون الكفالة و العناصر المكونة لها، بالتخلي عنها، أو مطالبة الوالدين الأصلين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما.[1]

الفرع الخامس :الكفالة نظام قانوني

و يعتبر نظام قانوني لأن مجمل الأحكام المنظمة الكفالة محددة بموجب نصوص قانونية صريحة فهي تجد مصدرها في قانون الأسرة، إذن فكل راغبٍ بالكفالة يجد نفسه ملزما بالامتثال لهذه الأحكام.[2]

بالتالي فالكفالة تجرد أطرافها من مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد، لأن هذه الإرادة محدودة و مقصورة في الإفصاح عن الرغبة في طلب الكفالة و كذا في التخلي عنها، أما غير ذلك من الأحكام فهي خاضعة للقانون الذي ينظمها.[3]

المطلب الثاني : الفرق بين عقد الكفالة والأنظمة المشابهة

من خلال بيان مفهوم عقد الكفالة ,يتضح لنا أن بانه يتقارب مع مفاهيم اخرى كنظام الحضانة من خلال بيان مفهوم عقد الكفالة ,يتضح لنا أن بانه يتقارب مع مفاهيم اخرى كنظام الحضانة والتبني حيث سنتطرق الى تعريفهما لاحقا وهذا التداخل بين هذه الانظمة راجع لكون موضوع هذه الاخيرة ككل هو الطفل والهدف منها هو التربية و الرعاية مما يجعل الكثير من الاشخاص لايفرقون

---

[1] ابراهيم لعرج واخرون,احكام كفالة القاصر في التشريع الجزائري,مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والادارية,جامعة جيجل,كلية الحقوق,ص.13.

[2] مالك طلبة، المرجع السابق، ص. 18.

[3] زهرة بلقرقيد، المرجع السابق، ص. 31.

بينها إلا ان كل واحد يختلف عن الاخر هذا ما يستدعي دراسة كل واحد منهم للتفريق بينهم من اجل ازالة هذا اللبس والغموض الذي يقع فيه هؤلاء

الفرع الاول: تمييز الكفالة عن الحضانة

إن نظامي الكفالة و الحضانة يتداخلان و يتشابهان في بعض الأحكام و الجوانب و التي تجعلهما يبدوان و كأنهما نظام واحد و من بينها نذكر ما يلي:

بداية يتبين لنا أن الغرض من الحضانة هو تحقيق مصلحة الطفل[1] من صيانته و وقايته عما يهلكه ويضره بسبب ضعف مركزه و القيام بمصالحه و حاجياته من طعام و مأكل و ملبس و غيرها،[2] ذلك لكونها من الضروريات في رعاية الأولاد و الحفاظ عليهم.[3]

ومن بين معاني التي تحملها الحضانة ضم الولد إلى الصدر فهو بالتالي يشمل معاني أخرى غير الأشياء المادية أسلفنا ذكرها، من المحبة و العطف و الحنان. فكل ذلك تتفق معها الكفالة و تنطبق عليها لكون الطفل محل الكفالة يعد كائن ضعيف هو الأخر، فهو يحتاج إليها.[4]

---

[1] مصطفى محمد شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، لبنان، ص.763.

[2] رمضان علي السيد الشرنباطي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، القسم الأول: (أحكام الأسرة الخاصة بالزواج)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص. 58

[3] محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة و القانون، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010، ص. .31

[4] حسنين المحمدي بوادى، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، د. س. ن. ص.63.

ضف إلى ذلك فإن كل من النظامين مؤقتان: لكونهما ليس أبديان فكل منهما ينتهي لسبب من الأسباب رغم اختلافها من نظام إلى أخر

إضافة إلى ذلك فإن كل من الكفالة و الحضانة هما نظامان شرعهما الله جل و علا في كتابه المطهر ونظمت أحكامهما في القوانين الوضعية، و نظرا لأن فئة الأطفال هي شريحة غير قادرة على المطالبة بحقوقها لعدم فهمها لها و ضعف مركزها، لذلك أولى لهذه الفئة مكانة عالية و فضلى.[1]

فرغم التشابه الموجود بين الكفالة و الحضانة في بعض الأحكام و الآثار إلى أنهما يختلفان في جوانب عدة منها ما يتعلق بالشروط، الإجراءات، الآثار و الانقضاء:

من حيث الشروط

فيما يتعلق بشرط الاسلام نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اشترطه في عقد الكفالة و بالذات في الشروط الواجب توفرها في الكافل و وجوب أن يدين هذا الأخير بالدين الاسلامي حتى يتشبع ذلك الطفل محل الكفالة و ينمو على مبادئ الاسلام الحنيفة ؛ في حين أنه لم يرد هذا الشرط في الحضانة بل اكتفى المشرع فقط في نص المادة 62 ق أ ج بالتصريح على وجوب تربية الطفل المحضون على دين أبيه، هنا المشرع الجزائري و إن كانت نيته خفية في هذه المسألة إلا أنه قصد الاسلام لكون دين الدولة هو الاسلام، و لكن قد يعتنق الأب دينا آخر غير الدين الاسلامي كالمسيحية مثال كما هو الحال المعاش.

إضافة إلى شرط الاسلام، يختلفان كذلك في عنصر القرابة بحيث يعد هذا الشرط

---

[1] سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الانسان، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2012، ص195.

ضروري في الحضانة و معنى ذلك وجوب وجود عالقة قرابة بين الحاضن و المحضون لأن القريب أحن إلى قريبه من الغريب بالتالي لا حضانة لغير قريب في حين أن المشرع لم يشر إلى الصفة التي يجب أن تتوفر في الكافل ولا درجة القرابة بينه وبين الولد في عقد الكفالة ,ما يفهم من ذلك أن الشخص الكافل قد يكون قريب أو غريب أو أجنبي عنه. القاضي طلب الكفالة[1] ؛ في حين أنه بالنسبة للحضانة فلا تنتقل إلا بحكم صادر من القاضي بعد التحقق من أن مصلحة الحاضن التواجد مع هذا المحضون بحيث أن الحضانة لن يمنحها القاضي سوى لمن تتحقق مصلحته إلى جانبه.

من حيث الآثار

يعتبر نظام الحضانة نتيجة أو أثر من أثار انتهاء الرابطة الزوجية بحيث لا تثار مسألة الحضانة في ضل قيام الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة؛ بينما يعد نظام الكفالة عقد مستقل و قائم بذاته دون أن يكون أثرا لعقد آخر.

من حيث الانقضاء

ففيما يتعلق بانقضاء الحضانة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد السن الذي تتوقف فيها صراحة في نص المادة 65 ق أ، و هو ما لا نجده في الكفالة، فالأحكام التي تعالج هذا الموضوع يخلو فيها نص يحدد هذا السن.

إضافة إلى ذلك ففي عقد الكفالة قد يأخذ برأي الطفل المكفول و حريته بالاختيار في البقاء في حضن العائلة المكلفة برعايته و بين العودة الى والدين الأصليين إن طلبا ذلك

---

[1] أنظر المادة117من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

و هو ما لا نجده في الحضانة بحيث أنه لا يؤخذ برأي الحاضن فالعبرة من إسناد الحضانة هو تحقيق مصلحة ذلك الطفل[1] مراعاة للترتيب الوارد في نص المادة 64ق أ ج.[2]

هكذا نصل أخيرا إلى أنه رغم تشابه الكفالة مع الحضانة في بعض الجوانب إلا أن ذلك لا يمنع من وجود أوجه الاختلاف بينهما مما يجعلهما نظامان يختلف الواحد عن الاخر و هو ما لا نجده في الحضانة بحيث أنه لا يؤخذ برأي الحاضن فالعبرة من إسناد الحضانة هو تحقيق مصلحة ذلك الطفل مراعاة للترتيب الوارد في نص المادة 64 ق أ ج[3].

هكذا نصل أخيرا إلى أنه رغم تشابه الكفالة مع الحضانة في بعض الجوانب إلا أن ذلك لا يمنع من وجود أوجه الاختلاف بينهما مما يجعلهما نظامان يختلف الواحد عن الاخر.

الفرع الثاني:تمييز الكفالة عن التبني

إذا كان التبني هو أن يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه و عرف أنه ليس ولده و رغم ذلك ينسبه إليه و ينزله مرتبة ابنة[4] و من خلال تعريف الكفالة الذي أسلفنا ذكره فإنه يتضح لنا أن الكفالة تشترك مع التبني في كون أن كالهما ينصبان على

---

[1] إبراهيم لعرج وآخرون المرجع السابق، ص.32.

[2] الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة..."

[3] ميسوم فضيلة,الكفالة القانونية للطفل,الطبعة الاولى,دار الايام للنشر والتوزيع,عمان,2018,ص.22.

[4] محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1944، ص. 77.

طفل قاصر سواء كان معلوم أو مجهول النسب و اللذان يهدفان إلى حمايته و رعايته و الاهتمام بشؤونه، و يضعان الولد المكفول أو المتبنى في نفس مرتبة الابن الشرعي، مما يخول للكافل أو المتبني الوالية على مال و نفس هذا القاصر و معاملته معاملة الابن الصلب، رغم علمهما يقينا على أنه ليس كذلك [1]

تتوافق كذلك الكفالة مع التبني في أن كالهما نظامان ورد ذكرهما في القرآن الكريم و في السنة النبوية الشريفة وأجمع الفقهاء على حكمهما. إلا أن هذا الاتفاق و التشابه الموجود بين النظامين ال ينفي وجود فرق و اختلاف واضح و جلي بينهما من عدة نواحي منها:

من حيث الشروط

فبالرغم من اجتماع الكفالة و التبني في بعض الشروط الواجب توفرها سواءا بالنسبة للطفل القاصر أو للطالب به و التي يجب الإلمام بها من أجل انعقاد هذان العقدان صحيحان، من قصر الولد محل الكفالة و التبني مع عدم تحديد السن بصفة دقيقة، و أهلية و قدرة كل من الكافل و المتبني على القيام بمصالح ذلك الطفل؛ إلا أنهما يختلفان في كون أن المشرع الجزائري في عقد الكفالة تغاضى عن تحديد فارق السن بين طرفي هذا العقد، بحيث اكتفى فقط بذكر القصر بالنسبة للطفل موضوع الكفالة و الأهلية بالنسبة للطالب بها.

أما بالنسبة للدول التي أخذت بنظام التبني كفرنسا مثلا فلقد نظمت هذه المسألة و حددت الفارق السني

---

[1] إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص. 98.

بين المتبني و المتبنى ب15 سنة اذا لم يكن المتبني ابن الزوج الاخر اما اذا كان كذلك فلقد حددها المشرع الفرنسي ب 10 سنوات فقط حسب المادة 344 من القانون المدني الفرنسي, التي تنص:

« Les adoptants doivent avoir quinze ans de plus que les enfants qu'ils se proposent d'adopter. Si ces derniers sont les enfants de leur conjoint, la différence d Age exigée n'est que de dix ans. »

إضافة إلى ذلك فلقد تم تحديد سن المتبني ببلوغ سن 25 على الأقل بحسب نص المادة 343- 1من نفس القانون و التي تنص على ما يلي:

« La adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans. »[(1)]

من حيث الإجراءات

تتشابه الكفالة مع التبني من ناحية الإجراءات في إمكانية تغيير لقب الولد القاصر و إنسابه إليهم ومعاملته معاملة لأب لابنه الشرعي و لكن رغم ذلك فإن هذه المسألة تختلف في كون أن في عقد الكفالة و رغم إمكانية تغيير اللقب لا يعني ذلك امتداده إلى النسب و لا إلى آثارها من إباحة الاختلاط حرمة الزواج و استلحاق الميراث عكسه في ذلك التبني التي تثبت للمتبنى أحكام البنوة بآثارها، فهو بالتالي يقوم على تزييف شخصية الطفل المتبنى خاصة إذا كان هذا الأخير معلوم النسب

(1) MEGA CODE CIVIL, Annotations extraites des bases de données juridique, DALLOZ, PARIS, 4eme éd, 2011, PP. 459-460.

و معروف الهوية، و يعمل على تشجيع العالقات غير الشرعية[1] لإمكانية اصالح هذه الغلطة.

إضافة إلى ذلك يختلفان فيما يتعلق بالحكم في كل من الكفالة و التبني فإذا كان حكم إسناد المتبنى حكم غير نهائي و قابل للطعن فيه لإمكانية تعديله و الرجوع فيه[2]؛ فإن الأمر الصادر بمنح الكفالة نهائي غير قابل للطعن فيه لحيازته على قوة الشيء المقضي فيه.[3]

من حيث الآثار

بالإضافة إلى عدم وجود تشابه بين الكفالة و التبني من حيث الشروط و الاجراءات انعقادهما، فإنهما لا يتشابهان كذلك من حيث الأحكام المترتبة على كل واحدٍ منهما. فأول اختلاف بينهما يكمن في حكم هذان النظامان لكون أن الكفالة مسموحة و مستحبة في الشرع و في ذلك قوله تعالى "... هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم و هم له ناصحون"[4]

وفي القانون بحيث نظمها المشرع الجزائري في مواده 116- 125 ق أ؛ فأما حكم التبني عكسه تماما بحيث حرم و أبطل بموجب آيات قرآنية كثيرة و نستدل

---

[1]العربي بالحاج, الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري, الجزء الاول:(الزواج والطلاق) , ديوان المطبوعات,الجزائر,1999,ص.523.

[2]مالك طلبة,المرجع السابق,ص.9.

[3]المحكمة العليا,غ.أ.ش,قرار رقم 103232, بتاريخ 1995/05/02 قضية:(ف ط)ضد (ف ط), الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية, عدد خاص عن قسم المحكمة العليا,2001.

[4]سورة القصص، الآية .12.

منها قوله جلى شأنه: " ... و ما جعل أدعيائكم آباءكم ذالكم قولهم بأفواهكم و الله يقول الحق وهو يهدي السبيل أدعوهم لأباءهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءكم فهم اخوانكم في الدين و مواليكم[1]

وكذا قوله تعالى " ما كان محمد أبا أحدٍ من رجالكم...[2]

وأسباب هذا التحريم راجع إلى كون أن التبني يؤدي إلى تزوير نسب الطفل المتبنى و إبعاده عن الواقع ويؤدي إلى تغيير الحقوق و الأحكام[3] بحيث يجعله شخصا غريبا عن الأسرة فردا لا يتجزأ منها، يخلو بنسائها على أنهن محارمه و هن غريبات عنه و هو أجنبي عن الجميع كما يجعله يرث و كالابن الصلبي و بذلك يحجب الوارثين الحقيقيين المستحقين للميراث حجب نقصان و ربما يستأثر و ينفرد به و يحجب الباقون حجب حرمان.

لنصل أخيرا إلى أن التبني يؤدي إلى تحريم ما هو حلال كالزواج من إحدى أخواته بالتبني، ويحلل ما هو حرام كالانفراد بهن، و لعل هذا ما سوف يثير تنامي الأحقاد و الضغائن و يشعل نار الغضب و الفتن داخل الأسرة الواحدة[4]

بالتالي فإ نه يترتب على مسألة التبني مفاسد اجتماعية و أخلاقية لتناقضها مع ديننا الحنيف[5]

---

[1] سورة الأحزاب، الآية 4-5.

[2] سورة الأحزاب، الأية 40

[3] العربي بلحاج"أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد,الطبعة الأولى,دار الثقافة للتوزيع و النشر,الأردن,2001,ص521

[4] عبد الفتاح تقية,مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الاسلامي,د.ب.ن,1999,ص291-292.

[5] العربي بلحاج أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد,المرجع السابق,ص..ص.521.

ونظرا للسلبيات التي تخلفها مسألة التبني قام المشرع الجزائري بمنعه في نص المادة 46 ق أ شرعا و قانونا و هذا ما يظهر جليا في الأحكام الصادرة عن المحاكم في قضايا منع التبني[1] و إخراج المتبنى من الميراث.[2]

من حيث الانقضاء

بالإضافة الى كل ما سبق ذكره فإن الاختلاف الآخر الواقع بين الكفالة و التبني يكمن في أسباب أو حالات انقضاء كل من النظامين-الكفالة و التبني-فإذا كانت الكفالة تنتهي لعدة أسباب والتي تم ذكرها في المواد 124- 125ق أ[3] من تخيير الطفل المميز بين العودة إلى والديه الأصليين و بين البقاء مع من كفله أو بانتقالها الى ورثة الكافل إن رغبوا بالاستمرار في رعاية ذلك الطفل المكفول أو بالتخلي عنه، أو ... ؛ فإن التبني ال ينتهي إلا بموجب حكم قضائي فقط مراعاة في ذلك مصلحة الطفل دائما[4]

المبحث الثاني: انعقاد عقد الكفالة

حتى تحقق الكفالة الغرض الذي شرعت من أجله ألا و هو رعاية الطفل و العمل على تنشئته تنشئة سليمة صحة و خلقا و توفير الجو العائلي له الذي طالما حرم منه لسبب من الأسباب و ضمان حياة كريمة شعارها طفل سعيد لابد أن تتوفر مجموعة

---

[1] المحكة العليا,غ.أ.ش,قرار رقم103232,بتاريخ 02\05\1995,قضية:(ط أو من معه)ضد:(ط ف و من معها),المجلة القضائية, العدد الثاني 1995.

[2] المحكمة العليا,غ.أ.ش.قرار رقم 122761 بتاريخ28\06\1994,قضية:(ف ف)ضد:(م و),الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية,عدد خاص عن المحكمة العليا,2001.

[3] سوف تاتي دراستها لاحقا في الفصل الثاني

[4] ابراهيم لعرج واخرون,المرجع السابق, ص.26.

من الشروط سواءا بالنسبة للكافل أو المكفول, غير أن هذه الشروط وحدها ليست كفيلة بتحقيق الغرض من الكفالة، بحيث يجب إتباع و احترام جملة من الاجراءات حتى تضفي عليها الطابع القانوني.

وعلى هذا الأساس سيتم التطرق إلى دراسة الشروط التي بموجبها سينعقد عقد الكفالة كمطلب أول و المصالح المختصة لانعقاد عقد الكفالة كمطلب ثاني.

المطلب الأول: شروط انعقاد عقد الكفالة

إن شروط الكفالة تعتمد على عناصر اساسية مكونة لهذا العقد ,كما ان المشرع الجزائري لاول مرة ينص على ابرام الكفالة اذا كان احد اطرافها او طرفيها اجنبيا من قبل القاضي الوطني, وهذا في التعديل الجديد الذي جاء في القانون المدني بمقتضى المادة 13مكرر1.

وباعتبار ان الكفالة علاقة قانونية بين الشخص المرشح للكفالة والطفل موضوع الكفالة, كان لا بدا من معرفة الشروط الواجب توافرها في كلا الطرفين,والتي سنتناولها في الفرعين

الفرع الأول:الشروط الخاصة بالكافل

بالرجوع الى احكام قانون الاسرة في مادتيه 117و118,نجدهما قد حددا شروطا عامة التي يجب على الجهة المكلفة بابرام عقد الكفالة التحقق من توافرها [1] وتتمثل في :

[1]ميسوم فضيلة,المرجع السابق,ص.53.

أولا: الاسلام

ان يكون الكافل مسلما,فالاسلام دين الدولة وفق ما ذكر في ديباجة دستور 1996,فالمرتد لا يثبت له حق كفالة أي طفل, وقد تحفظت الجزائر على المادة 14 من اتفاقية حقوق الطفل المتعلقة بحرية الدين,وقد اوجب قانون الاسرة شرط الاسلام في مادته 118 اذ نصت على انه:"يشترط ان يكون الكافل مسلما, أي يدين بالاسلام حتى يتمكن من التكفل الطفل.[1]

لا ولاية للكافر على مسلم و في ذلك أدلة كثيرة نذكر منها قوله جلى و على " يأيها الذين أمنوا لا تتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين أتريدون أن تجعلوا الله عليكم سلطانا مبينا [2] وكذلك جلى شأنه : " ... و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا "[3] فالهدف من اشتراط هذا الشرط هو أن الكفالة تسعى إلى رعاية و تربية الطفل المكفول تربية صحيحة وسليمة و ما دام أن الولد الصغير غير عاقل فإنه غير قادر على التمييز ما بين الخير و الشر و لا التفريق بين الصحة و الغلط ، لذلك كان لابد من اسناد هذه المهمة إلى من تتشبع روحه بالفضيلة و سمو الأخلاق و بعلو العفة لديه فمن أحسن من المسلم للقيام بهذه الوظيفة، ففي أحضان هذا الأخير فقط ينمو الطفل المكفول على أسس متينة و مبادئ متأصلة من أحكام الشريعة الاسلامية الحنيفة من الصدق، الأمانة و روح المسؤولية لديه[4] خاصة و أن هذه المرحلة أي مرحلة الطفولة تعد من أخطر مراحل عمر الانسان

---

[1] ميسوم فضيلة,المرجع السابق, ص.54.

[2] سورة النساء الآية 144.

[3] سورة النساء الآية 140

[4] عقيلة بوعشة، المرجع السابق، ص. 21.

و أهمها شأنا في تكوين شخصية الفرد بصفة عامة و الطفل بصفة خاصة وفقا لما تلقاه في الصغر من احسان و رعاية و عناية,أو من اهمال وسوء معاملة و الاضطهاد[1]كما قيل:"الطفل في الصغر كالنقش على الحجر[2]

أخيرا نصل إلى القول أنه إذا كانت التربية منذ الوهلة الأولى مبنية على الأسس السليمة أصبحوا رجال المستقبل عليهم يعتمد هذا الوجود لأنهم محط الآمال و معقد الرجاء[3] لبناء الأمة و مجدها و مساهما في إعداد أجيال سوية متطلعة إلى التطور و النماء[4]

ثانيا: العقل

العقل هو الشرط الثاني الذي اشترطه المشرع الجزائري في الكافل حتى يقبل طلبه بالكفالة و هذا وفقا لنص المادة 118 ق أ ج، بحيث لا يمكن تصور لا شرعا و لا قانونا إمكانية اسناد أمر الولد المكفول إلى شخص مجنون أو معتوه لأنهما يشكلان خطرا عليه بدلا من أن يكونا حاميان له، بحيث أنه كل من المجنون –سواء أكان جنونه مستمر أو متقاطع و المعتوه في حاجة إلى رعاية، فمن لا يملك الولاية على نفسه لا يملكها على غيره[5] فبمفهوم آخر من لا يستطيع تدبر أمره فكيف يعقل أن يتولى أمر غيره، فكما يقال : " فاقد الشيء لا يعطيه ".

---

[1]حكيمة لحطري، كفالة ألطفال المهملين في البالد إلسالمية www.Diwanalarab.com

[2] حسين المحمدي بوادى, حقوق الطفل بين الشريعة والقانون الدولي,دار الفكر الجامعي, مصر,ص.45.

[3] المرجع نفسه، ص. 49.

[4] مصطفى محمد شلبي، المرجع السابق، ص.691

[5]دليلة سلامى، حماية الطفل في قانون الأسرة, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الحاص, جامعة الجزائر, كلية بن عكنون, 2007_2008 ص. 41

ثالثا: الأهلية

إضافة إلى العقل يشترط في طالب الكفالة الأهلية و التي نعني بها صلاحية الشخص لكسب الحقوق و تحمل الالتزامات و مباشرة التصرفات القانونية، و هذه الأهلية تكون على نوعين:

أهلية الوجوب والتي يقصد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات و التي تثبت بالولادة لكل شخص[1]و أهلية الاداء و التي نعني بها قدرة الشخص على ممارسة التصرفات القانونية و ذلك عن طريق استعمال حقه لصالحه أو لصالح غيره.[2]

فبما أن عقد الكفالة بعد تصرف قانوني فإنه يستوجب أن يتوفر المبرم على أهلية أداء و التي تعرف بأنها أهلية إبرام التصرفات القانونية أو صلاحية الشخص لممارسة حقوقه و إلزام نفسه بنتائج أفعاله [3] و التي تستوجب في الكافل بلوغه السن القانونية و المحددة ب 19 سنة تامة و متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، ذلك وفقا للأحكام العامة في القانون المدني[4] و بالتحديد في نص المادة 40 من هذا الأخير

---

[1]محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزء الأول: (النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى الجزائر 2007 ص152

[2]علي علي الفيلالي، نظرية الحق المؤسسة الوطنية للفنون الجزائر، 2011، ص. 206

[3]عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2012، ص. 62

[4]عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول: (نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 221.

رابعا : القدرة

يجب على الكافل أن يتمتع به حتى يقبل طلبه بالكفالة هي القدرة و التي نعني بها استطاعة الكافل على توفير كل ما يمكن أن يحتاج إليه الطفل المكفول و التي تعتبر من الضروريات التي لا غنى عنها للنمو السليم له سواءا من الناحية البدنية أو العقلية، لهذا السبب يمكن أن نميز في القدرة بين القدرة المادية و التي يقصد بها مقدرة الكافل على تحمل مصاريف و احتياجات الولد المكفول من ملبس، مأكل، مسكن... و غيرها من الأشياء التي يحتاج إليها الولد في مثل هذا السن فمن غير المعقول إسناد الطفل إلى من لا قدرة له حتى على إعالة نفسه كالبطال الذي لا مورد للرزق عنده، لهذا السبب نجد أن المشرع الجزائري اشترط من بين وثائق الملف المقدم لطلب الكفالة، كشف الراتب الشهري لتحقق من الوضعية المالية و القدرة على تغطية نفقات المكفول و على هذا الأساس يتحدد مصير طلب الكفالة إما بالرفض أو بالقبول.

إضافة إلى القدرة المادية نجد إلى جانبها القدرة الجسدية التي من دونها لا معنى للأولى و ذلك بأن يتمتع الكافل بكل قواه البدنية و معافى من أي آفة أو مرض من شأنه التقليل من هذه المقدرة، فلو كان الكافل عاجزا عن القيام بشؤون الصغير لكبر في السن أو لمرضٍ أو لعاهة تحول بينها و بين أداء المهمة النبيلة بشكل سليم[1] كالإعاقة مثال سقط الحق في الكفالة إن كانت قد منحت له، أو رفض الطلب بها من أصله.

---

[1]مصطفى محمد الشلبي، المرجع السابق، ص. 763.

إضافة إلى ما قيل سابقا القدرة الخلقية المعنوية أو ما يسمى بالسيرة الذاتية للكافل و التي على أساسها يكبر الطفل و يتشبع بها. إذن فعلى هذا الأساس لابدا من اسناد أمور هذا القاصر إلى من يؤمن على أخلاقه إلى جانبه؛ أما إذا خشي على سيرته و أخلاقه من الكافل فلن يسلم له، لتأثيره المباشر عليه و لكون الأسرة هي المدرسة الأولى للطفل. فهذا هو الدور الذي يلعبه التحقيق الذي يجرى قبل الانتقال الواقعي للطفل إلية, للتأكد من تحقق مصلحته و لضمان حمايته[1]

أخيرا يمكن إجمال شرط القدرة في كونها المقدرة على رعاية الطفل القاصر و صيانته في خلقه وصحته[2]

و من أجل تحقيق ذلك فلقد اعتبر المشرع الجزائري التعليم و الرعاية الصحية حقان دستوريان لكل مواطن بموجب المادتين 53 و54 منه.[3]

الفرع الثاني:الشروط الخاصة بالمكفول

بالرجوع إلى الأحكام التي نظمت عقد الكفالة نجدها قد خلت من نصوص صريحة تشير إلى شروط محددة التي يجب أن تتوفر في المكفول حتى يصلح لأن يكون موضوع الكفالة، و لكن هذا لا يعني الخلو التام لقانون الأسرة منها، بل يمكن أن نستشفها و نستخلصها من خلال المادتين 116و119ق أ ج، فمهما يكون أصل الطفل محل الكفالة معلوم او مجهول النسب يجب دائما ان يكون قاصرا.

---

[1]بدران ابو العنين, الفقه المقارن في الاحوال الشخصية, الجزء الاول: (الزواج و الطلاق) دار النهضة العربية للطباعة و النشر والتوزيع ,لبنان .د. ش. ص. ص. 551_552.

[2]العربي بالحاج ,الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري .ص .383.

[3]المرسوم الرئاسي رقم 96_348 يتضمن دستور 1996 السالف الذكر

أولا: السن

انطلاقا من نص المادة 116 ق أ ج و التي تنص على أن: " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية و رعاية قيام الأب بابنه و يتم بعقد شرعي "

نجد أن المشرع قد لمح إلى أن الولد القاصر محل عقد الكفالة لابدا أن يكون قاصر لحظة ابرام العقد، دون أن يحدد أدنى هذا السن أو أقصاه[1] هذا ما يعني أن هذه المرحلة تبدأ بالميلاد و تنتهي بالبلوغ[2] التي حددها المشرع الجزائري حسب القواعد العامة ب 19 سنة كاملة سليما من كل آفة أو عارض الذي من شأنه أن يمس بسلامة العقل[3] فبمفهوم المخالفة

فالطفل في هذه المرحلة من عمره يكون غير قادر على رعاية نفسه و القيام بأموره لا الشخصية ولا المالية,مما يستوجب منطقيا شخص اخر أكبر منه سنا الى جانبه حتى يقوم بشؤونه ويتكفل به,يوجهه, يصونه ويحميه مم يمكن أن يضر به ويفسده.[4] ويعتبر شرط السن من بين الشروط التي تقوم الجهة المكلفة بالتحقق منها لتحرير عقد الكفالة، حتى تتأكد من جهة أن المكفول بحاجةٍ إلى شخص يرعاه و يكفله، من جهة أخرى التأكد من أن الكافل قادر على أخذ هذه المهمة على عاتقه، هذا ما نجده من الناحية العملية.

---

[1]دليلة سالمي، المرجع السابق، ص. 70.

[2]سعيد سالم جويلي، مفهوم حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية و القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص. 4.

[3]حسب نص المادة 40 من القانون رقم 75_58، المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[4]عقيلة بوعشة، المرجع السابق، ص. 23.

من جهة أخرى التأكد من أن الكافل قادر على أخذ هذه المهمة على عاتقه، هذا ما نجده من الناحية العملية.

ولكن لو رجعنا إلى النصوص القانونية نجد أن المشرع قد أغفل عن ذكر هذه المسألة أي تحديد السن الواجبة في كلٍ من الكافل و المكفول بصفةٍ دقيقة و واضحة، ما سوف يجعل الأحكام الصادرة عن المحاكم تتناقض كما نجده تغاضى عن ذكر مسألة الفارق السني بين الكافل و الولد الذي يريد أن يتخذه ولدا له و يكون مسؤولا عنه، عكس ما فعله المشرع الفرنسي و الذي حدده ب 15 سنة إن لم يكن المتبنى ولد الزوج الآخر فإنها تم تحديدها ب 10 سنوات فقط.[1]

فعدم تحديد المشرع الجزائري لمسألة السن و الفارق السني، ربما يكون سواءا إغفالا منه و عدم التفطن إليها، كما يمكن أن يكون قصدا منه لرغبته في التوسيع من دائرة الكفالة و عدم حصرها في سنٍ معينة.

ثانيا: النسب

النسب هي رابطة سامية و صلة عظيمة على جانبٍ كبيرٍ من الخطورة، لذلك لم يدعها الشارع الكريم نهبا للعواطف و الأهواء، تهبها لمن تشاء و تمنعها عن من تشاء، بل توالها بإحكام تشريع ضوابطها و أعطاها المزيد من العناية و أحاطها بسياج منيع يحميها من الفساد و الاضطراب[2] و هو ما فعله المشرع الجزائري بوضع له نصوصا تحمي هذا الحق في المواد 40_45 ق أ ج.

---

[1] Gregory DERVILLE , Guillemette RABINCOSLy La protection de l'enfant2 éme éd, DUNOD, PARIS,2011, P 65.

[2] بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 556.

بالتالي يعتبر النسب أول و أهم حق من الحقوق التي تلحق الطفل مباشرة بعد والدته و أهمها، فعلى أساسه تنبني حقوق أخرى من رضاعة و حضانة و نفقة و ميراث و غيرها. لذلك فإذا تم الاعتراف بهذه الرابطة التي تجمع الولد بوالده كان معلوم النسب؛ أما إذا انتفت لسبب من الأسباب و تم إنكارها وقع نسبه و أصبح مجهولا، و هذا ما يمكن استخالصه من نص المادة 119 ق أ ج التي تنص على ما يلي: " الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب" [2]

1/بالنسبة لمعلوم النسب

فمعنى معلوم النسب هو أن ينسب الولد ألبيه و يتبعه في القانون و الحضارة و الدين[3] و تثبت هذه الصلة بين الولد و والده حسب القانون الجزائري بالزواج الصحيح، بالإقرار، بالبينة، بنكاح الشبهة وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول[4]، أما بالنسبة للصلة التي تجمع الولد بأمه فهي تثبت عادة بواقعة الوالدة دون حاجة إلى إثبات ذلك سواءا كانت الوالدة من زواج صحيح أم لا[5] بحيث يتبع الابن والديه سواء أكانا كلاهما على قيد الحياة أو بوفاة أحدهما أو كلاهما، ففي كل هذه الوضعيات التي يجد فيه الولد نفسه،

---

[1] بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.556

[2]القانون رقم 84_11، المتضمن قانون الاسرة الجزائري، السالف الذكر.

[3]حسينة غربي، سهام حمداوي، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري و المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماستر، في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية- كلية الحقوق و العلوم السياسية،2011_2012، ص.20

[4]أنظر المواد 40_45من ألمر رقم 84_11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

[5]أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع، الطبعة الأولى، دار الميسر الطباعة و النشر و التوزيع، عمان، 2009، ص.176.

و مهما كان السبب الذي دفع والديه لتخلي عن الولد و إبعاده عن الجو العائلي الذي كان يعيشه، ألمان الذي كان يحس به و الحنان الذي كان يغمره، البدا من الحصول على موافقة والديه إن كانا على قيد الحياة أو رضى أحدهما إن وفت المنية أحدهما أو بعدم قدرته على التعبير عن رغبته، فإن لم يكن لا هذا ولا ذاك فبموافقة الشخص الذي يكون بكنفه سواء كان شخصا طبيعيا أو إحدى المراكز أو المؤسسات المكلفة برعاية الطفولة[1] و التصريح برضاهم عن قبول اسناد كفالة ذلك الطفل إلى الراغب بكفالته و الأخذ على عاتقه مهمة رعايته و تربيته مع ضرورة إفراغ هذا التصريح في قالب رسمي أمام الجهة المختصة بذلك لضمان مصلحة الطفل القاصر.

نصل أخيرا إلى أن الولد قد يكون ثمرة عالقة زوجية صحيحة و رغم ذلك و لسبب ما، يجد نفسه منكسر الجناح لا صدر يحن عليه و لا أبا يعيله و يسند ظهر إليه، فتظهر الحاجة إلى وجود يدٍ تمد إليه لتعويضه عن ذلك النقص الذي حرم منه و فقده في لحظة من لحظات حياته.

2/بالنسبة لمجهول النسب

إضافة إلى إمكانية كون القاصر محل الكفالة معلوم النسب يمكن أن يكون مجهول الهوية و هو الولد غير معروف الأبوين و الذي تم العثور عليه في الطريق أو في مكان عمومي آخر دون معرفة اسمه، نسبه أو أي معلومة أخرى من شأنها أن تعرف به.

[1] تختلف تسمية هذه المؤسسات بحسب سن هؤلاء الأطفال، فاذا كان عمرهم ما بين 0_6 سنوات فتسمى بدور الحضانة، أما إذا تراوح عمرهم بين 6_18سنة فتدعى بمراكز رعاية الطفولة و دور الأيتام بالنسبة لليتامى.

فلضعف مركز هذا الطفل نجد أن المشرع الجزائري قد أولى اهتماما بالغا و جعلت منه ربيب الدولة بحيث أخذت هذه الأخيرة مهمة الاهتمام برعايتهم و التكفل بهم داخل مراكز خاصة و مؤسسات التي تتولى مهام الإيواء إلى غاية البلوغ لسنٍ يسمح له فيها الاعتماد على نفسه أو ضمان أسرة تكفله.[1]

تظهر الحماية التي تخصصها الدولة للولد مجهول النسب بمعاقبة كل من ترك طفل في مكان ما و تعريضه للخطر[2] و حسب نص المادة 314ق أ [3] يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 2500 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

من خلال كل ما تقدم يتضح جليا أن المشرع قد وضع كل وسائل الحماية و الضمانات اللازمة حتى لا يضيع الطفل نسبه و هويته و لكن للأسف و رغم كل هذه الضمانات التي وفرتها الدولة من أجل ذلك، نجد حالة الطفل المجهول في تزايد مستمر، و في هذه الحالة يجد نفسه في أوضاع سيئة ملئها المخاطر و الفساد بالتالي تظهر الحاجة إلى شخص يقوم برعايته و التكفل شؤونه فيكون بذلك الطفل محل كفالة من طرف المراكز المختصة برعاية الطفولة؛

إلا أن الرعاية في هذه المؤسسات لاترقى إلى الأحسن لوجود صعوبات مادية و بشرية،

---

[1] عقيلة بوعشة، المرجع السابق ، ص. 24.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول: (الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ص. 179.

[3] الأمر رقم 66_156، المؤرخ في 18صفر عام 1386،الموافق ل 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل المتمم، ج.ر.ج.د.ش،ع. 49، المؤرخة في 1966، المعدل و المتمم بالقانون للقانون رقم 11_14، المؤرخ في 2 أوت2011، ج.ر.ج.د.ش، ع. 44، الصادرة في 10 أوت 2011.

لذلك فكلما سمحت الفرصة بوضع الطفل في أحضان و دفئ الأسرة وافقت على ذلك هذه المراكز إن رأت في طالبه صالح المكفول و مصلحته.[1]

هذا و تجدر الإشارة إلي أنه فمن جهة الألاف من الأطفال يولدون في كل أنحاء العالم و نسبة كبيرة منهم لا يكبرون في أحضان عائلاتهم الأصلية، و من جهة أخرى أشخاص عديدة يرغبون في الحصول على أولاد، بالتالي فما الكفالة إلا الطريق أو الوسيلة التي تقرب بين هتان الرغبتان والاحتياجان من جانب حاجة الولد إلى أسرة و من جانب آخر رغبة الأسرة في طفل يملئ عليها فراغها. [2]

المطلب الثاني:المصالح المختصة لانعقاد عقد الكفالة

إن توفر الشروط المطلوبة في كل من الكافل و المكفول و المحددة في القانون الذي ينظم عقد الكفالة ليست كافية وحدها لانعقاده وقيامه صحيحا، و إنما إلى جانب ذلك لابدا من الامتثال أمام الجهات المكلفة بتحرير هذا العقد سواءا كانت هذه الجهات قضائية أو غير قضائية، فهذه الجهات هي الكفيلة و القادرة على إنشاء هذا العقد وسريانه صحيحا و منحه الصبغة القانونية.

فبعد توفر جميع الوثائق اللازمة لذلك تقدم أمام هذه الجهات للتأكد من مدى صحتها و اكتمالها و التي تختلف بحسب الوضعية القانونية للطفل إن كان معلوم أو مجهول الهوية، و على أساسها يتحدد مصير الكفالة بالاستجابة أو بالرفض.

---

[1] بوعشة عقيلة، المرجع السابق، ص. 24.

[2] Hadjila DJERBI, Djazia BENABDELHEK, La représentation de la famille chez l'enfant adopté, mémoire de master en psychologie clinique, faculté de sciences humaines et sociales, université d'Abderrahmane MIRA, BEJAIA, 2010, P. 15

الفرع الاول: إجراءات انعقاد الكفالة أمام الجهات القضائية

المحاكم هي الجهات القضائية المكلفة و المختصة بإبرام عقد الكفالة لكونها صاحبة الولاية العامة للنظر في القضايا المدنية... و قضايا شؤون الأسرة حسب نص المادة 52 ق إ م إ[1]،

بالتالي فعلى طالب الكفالة شخصا طبيعيا كان أو شخص معنوي عن طريق ممثله القانوني أن يقدم طلبه بواسطة عريضة أمام رئيس المحكمة أو قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن الطالب بها[2] ذلك بعد التعبير عن إرادة أبوي الولد محل الكفالة عن موافقتهما الصريحة على ذلك أو أحدهما أو الشخص الذي يتواجد في كنفه[3] هذا بالنسبة للطفل معلوم النسب، أو بموافقة المؤسسة التي يتواجد فيها بعد الحصول على رضى الوالي لكونه الوصي على هؤلاء الأطفال الذين يصبحون أبناء الدولة و رعاياها بالنسبة لمجهولي النسب.[4]

فبعد الحصول على التصريح بالموافقة – التي تعد كمرحلة تمهيدية أولية – و قبل أن يسمح القاضي بإسناد الطفل موضوع الكفالة إلى الراغب فيه، يقوم بإجراء تحقيق على هذا الأخير للتأكد من سيرته و من مدى استعداده على تحمل المسؤولية

---

[1] قانون رقم 08_09، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ج.د.ش، ع.21 ، المؤرخة في 17 ربيع الأول عام، الموافق ل 23 أبريل 2008.

[2] المادة 899 من القانون نفسه

[3] بن ملحة الغوثي، المرجع السابق ، ص. 171.

[4] Farid CHEBIBE ZIDANI, op_cite . p. 77.

من الناحية المادية أو الصحية مع إرفاقه بكل الوثائق التي تثبت صحة ذلك، كل هذ تحقيق لمصلحة الطفل لضمان ظروف معيشة ملائمة.[1]

يقع على ملتمس الكفالة تشكيل ملف من الوثائق التي تختلف بحسب ما اذا كان الولد معلوم أو مجهول الهوية :

1/ بالنسبة لملف معلوم النسب

- طلب خطي
- تصريح شرفي لأبوي المكفول بتنازلهما عن كفالة ابنهما إلى شخص ما
- شهادة ميلاد القاصر المكفول و شهادة ميلاد الكافل
- عقد زواج الكافل
- شهادة العمل و كشف الراتب
- شهادة عائلية للأبوين
- صور لبطاقة تعريف الكافل و أبوي الطفل و كذا الشاهدين
- طابع جبائي

2/ بالنسبة لملف مجهول النسب

- طلب خطي
- شهادة ميلاد الكافل و الولد المكفول
- عقد زواج الكافل و كشف الرواتب
- صور لبطاقة التعريف الوطنية للكافل و الشاهدين
- تصريح شرفي بعدم معرفته الأم الطبيعية للولد القاصر

[1] المادة 494 من القانون رقم 08_09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

- شهادة الوضعية العائلية يتم تسليمها من طرف مصالح مديرية النشاط الاجتماعي
- طابع جبائي[1]

بعد الحصول على الموافقة المسبقة لقبول كفالة طفل و بعد تحقق القاضي من استكمال طالب الكفالة الملف الخاص بالعقد و التأكد من توفر الشروط المطلوبة، و حسب النتائج التي يتوصل إليها بعد التحقيق الذي يجريه القاضي يتحدد مصير ذلك الطلب بالرفض أو الموافقة عليه، و لا يتم هذا الأمر إلا بعد أخذ رأي النيابة العامة باعتباره طرف أصلي في قضايا شؤون الأسرة.

مع العلم أن القاضي الجزائري و حسب قواعد الاسناد يمكن أن يصدر أمرا أو حكما بالتبني إذا كان القانون الداخلي للمتبني و المتبنى يسمح بذلك، رغم أن التبني ممنوع شرعا و قانونا.

الفرع الثاني:إجراءات انعقاد عقد الكفالة أمام جهات غير قضائية

إن عقد الكفالة كما يمكن إبرامه أمام جهات قضائية، يمكن فعل ذلك أمام جهات غير قضائية التي ال تقل شأنا عنها و ال تنقص من قيمة العقد الذي تبرمه، و تتمثل هذه الجهات في كل من الموثق و البعثات الديبلوماسية:

أولا: أمام الموثق

استنادا إلى نص المادة 116 ق أ ج فإن الموثق يلعب دورا هاما في إبرام عقد الكفالة إلى جانب المحكمة، بحيث يجوز له و بناءا على طلب أصحاب الشأن من تحريره، و يتبع في ذلك نفس المراحل والإجراءات التي يتبعها القاضي،

[1] مالك طلبة، المرجع السابق، ص. ص. 26_27.

بحيث يتأكد من مدى توفر العناصر المطلوبة في الملف الواجب على الكافل تشكيله و التأكد من استكمال جميع الوثائق فيها دون نقص.

ولتحرير العقد يجب على الأطراف المثول أمام الموثق ليتأكد هذا الأخير من رضاهم سواءا أبوي الطفل إن كان معلوم النسب، أما إذا كان مجهول النسب فالجهة المكلفة برعايته؛ في حين إذا بلغ الطفل القاصر سن التمييز فله الحرية في الاختيار بالقبول أو الرفض مع تذكير الكافل بالالتزامات الشرعية التي تقع على عاتقه بشأن الطفل.[1]

وبعدها و بحضور الشاهدين اللذان سيشهدان بأمانة ذلك الشخص يمضيان على العقد إلى جانب الموثق، الكافل و الطرف الذي يمثل المكفول. و بعدها يصبح العقد صحيح قابل للتنفيذ الواقعي، لكون أن العقد الذي يبرمه الموثق له القوة التنفيذية دون الحاجة إلى التصديق عليه من طرف القاضي[2] حسب المواد 30_31 من القانون المنظم لمهنة الموثق.[3]

ثانيا: أمام البعثات الدبلوماسية

بالإضافة إلى الموثق و المحكمة اللذان يختصان في إبرام عقد الكفالة داخل الوطن نجد البعثات الدبلوماسية تختص بإبرامها خارج الوطن إذا كان أحد الطرفين مقيم بالخارج سواءا كان الكافل أو المكفول أو كلاهما،

---

[1] مالك طلبة، المرجع السابق، ص. 26.

[2] إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص.61.

[3] القانون رقم 06_02، المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.د.ش، ع. 14، المؤرخ في 8 مارس 2006، المعدل و المتمم.

بحيث يتم تقديم الطلب من ذوي الشأن إلى رؤساء البعثات الديبلوماسية التي تتبع هي الأخرى إجراءات و خطوات[1] فيما يخص الشروط، أما فيما يتعلق بالوثائق فعلى صاحب الطلب أن يكون مرفقا بالإضافة إلى الوثائق المذكورة سابقا و بحسب ما إذا كان الولد معلوم أو مجهول النسب بما يلى:

- ✓ تحقيق اجتماعي موقع قانونا من طرف مصالح القنصلية
- ✓ عقد الملكية أو عقد إيجار
- ✓ نسخة طبق الأصل من بطاقات وثائق التعريف أي بطاقة القنصلية[2]

فبالرغم من اختلاف الجهات التي يتم أمامها إبرام عقد الكفالة، فإن ذلك لا يغير من شيء في هذا العقد و لا من قيمته القانونية، فالعبرة فقط بمحل إقامة الطرفين، فإذا كان الطرفين يقيمان في الوطن فالاختصاص يؤول إلى الموثق أو المحاكم ؛ و إذا كان العكس أي الطرفان أو أحدهما مقيم خارج الوطن فإنه في هذه الحالة الاختصاص يؤول إلى البعثات الديبلوماسي .

---

[1] إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص.61.

[2] طلبة مالك,المرجع السابقص.27.

الفصل الثاني:

أحكـام عقد الكفـــــالة

الفصل الثاني: أحكـــــــام عقد الكفالة

يعد إبرام عقد الكفالة و تعهد الكافل بالقيام بالتزامه التي عددها المشرع في التطبيقات القانونية لعقد الكفالة ,مثل واجب النفقة,التربية و الرعاية بمثابة الاب الحريص على ابنه اتجاه الولد المكفول,تاتي مرحلة تنفيذ عقد الكفالة القائم بكل أركانه وشروطه المحددة قانونا والتي بموجبها تقوم الكفالة صحيحة ومنتجة لأحكامها القانونية,سواء بالنسبة للكافل او المكفول ككل العقود الرسمية,والتي تتميز بالديمومة و الاستمرارية الى ان يطرأ عليها ظرف قد يؤدي الى زوال احكامها في واقع القانون او انقضائها,وسنتطرق في هذا الفصل الى احكام عقد الكفالة نتناول في المبحث الاول اثار عقد الكفالة وفي الفصل الثاني الى انقضائها.

المبحث الاول: آثار عقد الكفالة

تتلخص الاثار المتعلقة بكفالة الطفل القاصر في جملة من الحقوق و الالتزامات المتبادلة بين أطراف هذا العقد بتحديد ما يلزم الكافل من جهة وما يحق للمكفول من جهة اخرى و أن مجمل الالتزامات التي ترتبها الكفالة هي واجبات على الكافل أكثر منها للمكفول باعتبار هذا الأخير هو المستفيد الأول من الكفالة هذا ما استدعى التركيز على تحديد الآثار الناجمة عن الكفالة في مطلبين، الأول نخصصه لآثار إسناد الكفالة المتعلقة بالكافل و الثاني يتمحور حول آثارها بالنسبة للمكفول.

المطلب الأول:آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل

بمجرد إتمام عقد الكفالة فإنه يفرض انتقال المكفول إلى حضن الكافل، فمن المنطقي إذن أن تنتقل معه الآثار من تربية و رعاية و صيانة...،فالكافل مجبر على القيام بشؤون المكفول ومعاملته معاملة الابن الصلبي و بما أن هذا القاصر انتقل إلى عائلة

الكافل فإنه يصبح بذلك فردا من أفراد العائلة فله الحق في أن يأكل و يشرب و يلبس، فالكافل هنا يصبح وليا على نفس المكفول.

قد يحظى هذا الطفل القاصر بأموال عن طريق الهبة أو الوصية أو الإرث منحت له من طرف الكافل أو حصل عليها من طرف عائلته إن كان معلوم النسب، فهل لهذا الكافل الحق في إدارة أموال القاصر مثلما له الحق على نفس هذا الأخير؟

هذا ما يستوجب علينا التطرق اليه تحت عنوان آثار عقد الكفالة المترتبة على الكافل، الولاية على نفس المكفول كفرع أول، لتليها بعدها الولاية على ماله كفرع ثاني.

الفرع الأول:الولاية على نفس المكفول

في هذا الصدد يجب التطرق اولا الى ان الولاية تنتقل من ابوان المكفول الى الكافل اذا كان معروف النسب,اومن مدير مؤسسة حماية الطفولة اذا كان مجهول السب,وهذه الولاية مخولة بقوة القانون طبقا لنص المادة 121 من قانون الاسرة وهي الولاية المتعدية.

ذلك لان الطفل في مرحلته الاولى التي تتصل بالحضانة و الارضاع يكون في سن لا يميز فيه ويعتمد في مصالحه و حاجاته الشخصية على غيره .[1] باعتبار أن موضوعنا يتمحور حول الكفالة التي ينصب محلها على طفل قاصر و الذي يعد ناقصا للأهلية، فهو بحاجة لمن يقوم برعاية مصالحه و القيام بما لا يستطيع هو أن ينفرد بالقيام به.

فالكافل يعد بمثابة ولي عليه خاصة بعد إتمام عقد الكفالة و انعقاده صحيحا و سليما و خاصة بعد الانتقال الواقعي للقاصر إلى أحضان الكافل بموجب ذلك العقد و بعد

---

[1]ميسوم فضيلة، المرجع السابق، ص. 109.

حصول الكافل لمذكرة التسليم التي تمنحها إياه مديرية النشاط الاجتماعي، و عليه فحلول الكافل محل الأب يتطلب دون شك تحليه بكل السلطات التي تمكنه من ممارسة هذا الدور بصفةٍ تضمن له النجاح. من بين هذه السلطات التي تمنح بموجب هذا العقد و بقوة القانون حق الحراسة و مراقبة عالقات الطفل بشكل يضمن مصلحته، بحيث للكافل أن يمنع زيارات أشخاص له إن كانوا ممن لا يستحب رفقتهم يخشى عليه من إفساد أخلاقه و مبادئه التي يسعى الكافل جاهدا لترسيخها و تربية هذا الطفل عليها حتى يتشبع بها و يصبح ثمرة نافعة صالح لنفسه أولا ، لأسرته بعدها، و يصبح فردا يمكن الاعتماد عليه في المجتمع مستقبلا، فال يجوز إذن إهماله و إضاعته خاصة و أن الولد في هذا السن قليل الفهم الاستيعاب لضعف فكره و عدم قدرته على التمييز بين الصح و الغلط و بين ما ينفعه وما يضره.

ضف إلى جانب ذلك حق الطفل في التربية و التعليم لأن حرمانه منه يجعله يعيش في هامش المجتمع و الحياة، فمستقبل الشعوب هو العلم و الموارد البشرية هي الثروة الأساسية في عصر المعرفة.[1] إضافة إلى الاهتمام بفكره لابد كذلك من الاهتمام بجسده، بحيث يقع على عاتق الشخص الكافل الالتزام بالإنفاق على الطفل المكفول و يتحمل جميع متطلباته من طعام و ملبس و مأوى و كل ما يضمن له سلامته و تفادي كل سوء[2] كذلك تشمل الولاية على نفس المكفول ايضا ولاية الزواج,

عليه فللولد القاصر الحق في الرعاية و التربية، الحب، الحنان و العطف الذي يحتاج إليه كل طفل خاصة بالنسبة للطفل التي حرم منها ربما منذ لحظاته الأولى التي وعي

[1]رجاء ناجي، مواجهة المتغيرات الاجتماعية و الاقتصادية، مركز الدراسات و بحوث المعوقين، المغرب، ص. 6.

[2]بدران أبو العنين بدران، الزواج و الطلاق في الإسلام، مصر، مؤسسة شباب الجامعة، د. س. ن، ص.135.

وعي فيها إلى الحياة، فكيف يعقل أن يهمل الولد الذي يعد بمثابة أمانة في عنق من تبرع بالتكفل به، فما دام أن واجب الكفالة قد ثبت له فعليه أن يعامل الولد معاملته لابنه من صلبه من جميع النواحي المادية و المعنوية.

إذا كان عقد الكفالة يمنح للكافل معاملة ولده المكفول بموجب هذا العقد معاملته للابن الشرعي من حيث الوالية عليه نفسا و خلقا، فيتبادر إلى أذهاننا التساؤل حول مركز الكافل فيما يتعلق بمسؤوليته عما إذا كان سوف يتحمل ما يحدثه الولد من أفعال، خاصة و أنه يعتبر صاحب رقابة اتفاقية علية بموجب عقد الكفالة، و بما أنه تربطه علاقة تبعية فهل تجعله مسؤولا عن الأعمال التي يرتكبها تابعه[1] ؟ هل تطبق عليه نص المادة 134 من ق م ج و التي تصرح بأن: " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار"[2] ؟

إذا كنا نعلم أن الولد الذي لم يبلغ سن 18 سنة فإنه لم يبلغ بعد السن الجزائية و ذلك حسب ما ورد في نص المادة 442 قانون الإجراءات الجزائية و التي تنص على أنه:" يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام18سنة"[3]

---

[1]عبد الغاني بودراع، سفيان بوحارة، مسؤولية الآباء التقصيرية على أولادهم القصر في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية-،كلية الحقوق و العلوم السياسية،2011_2012، ص.6.

[2]الأمر رقم75_58، يتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[3]الأمر رقم 66_155، المؤرخ في 18 صفر عام 1836، الموافق ل 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج.ر.ج.د.ش، ع. 48، الصادرة في 10 جوان 1966، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 11-06، المؤرخ في 22 مارس 2011، ج.ر.ج.د.ش، ع.19، صادرة في 19 مارس 2011.

بالتالي فمن يتحمل مسؤولية الأفعال التي يقوم بها هذا الولد؟ و هل تبقى دون متابعة و دون تعويض لمن تضرر منها؟

الفرع الثاني:الولاية على مال المكفول

إذا كانت أحكام الكفالة تنقل الولاية الشرعية من الشخص الذي كان يرعاه إلى الشخص الكافل، إذا كانت تنقل له السلطة على نفس المكفول و التي تعد أولى الالتزامات فإن الأمرلا يتوقف عند هذه السلطة و إنما يمنح إضافة إلى جانبها، ولاية على ماله، و هو ما يظهر جليا في نص المادتين 112و 122من ق أ ج.

نعني بالولاية على المال تلك السلطة الشرعية التي بموجبها يكون لصاحبها القدرة على مباشرة التصرفات و العقود المتعلقة بمال المولى عليه و التي ينفذها مراعاة لمصلحة الطفل المكفول[1] و كما يمكن تعريفها على أنها سلطة التصرف في مال القاصر[2] المقيدة بمصلحة المولى عليه فال يجوز له مباشرة التصرفات الضارة بالقاصر إلا ما ينفعه و بما يحقق مصلحته[3] بالتالي فهي تثبت للشخص الأقدر و الادرى بشؤون هذا الولد و منفعته[4] بحيث لا يصح منحها لغير الشخص البالغ، الكامل الأهلية والسليم من كل آفة لانه إن لم يثبت له لإدارة أمواله فمن باب أولى عدم ثبوته إدارة أموال غيره.[5]

---

[1] محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و القانون، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص.669.

[2] كمال صالح البنا، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، مصر، 1982، ص. ص. 6-7.

[3] رمضان علي السيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، القسم الثاني: (الفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص.492 .

[4] إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص.67.

[5] كمال صالح البنا، المرجع السابق، ص.8.

فبما أن الكفالة تدخل ضمن الأحكام التي نظمت النيابة الشرعية، و بما أن المشرع بموجب نص المادة 121 ق أ ج استعمل عبارة الوالية الشرعية و أضاف "التي يتمتع بها الولد الصلبي"، فنفهم من كل ذلك أن المشرع أراد تقريب مكانة أو مركز الابن بموجب الكفالة من مرتبة الابن الصلبي و معاملته على هذا الأساس[1] و بما أن الأمر كذلك فتمنح للكافل المكلف برعاية الطفل ولاية قانونية على مال هذا القاصر و الذي يستوجب عليه أن يحظى بالأمانة و الحفظ لامواله و يسعى جاهدا إلى عدم إلحاق الضرر به نتيجة سوء رأيه أو فساد تدبيره و السعي لتحقيق مصلحته[2]عمالا بأحكام الولاية.

فهي تمنح للكافل الحق في تحصيل منح الطفل المكفول سواءا كانت عائلية أو دراسية كما يفعله مع ابنه الشرعي و ذلك بعد تقديم شهادة عائلية مشار فيها إلى اسم الولد المكفول إلى جانب الأبناء الشرعيين او عن طريق تقديم الشهادة العائلية مرفقة بعقد الكفالة التي تبين مركز ذلك الولد بالنسبة للكافل.[3] تضيف المادة 122 من ق أ بنصها على أنه: " يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث و الوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول". يمكن أن نفهم من خلال هذه المادة أن الكفالة تمنح للكافل إضافة إلى ما سبق ذكره ، الحق في إدارة أموال المكفول[4] و التي تشمل كل ما يمكن أن يدخل في ذمة القاصر، سواءا من أبويه أو من أي شخص آخر عن طريق الهبة،

---

[1]طلبة مالك، المرجع السابق، ص.30 .

[2] الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، د. س. ن. ص. 368.

[3]إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص.70_71

[4] كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشأة المعارف، مصر، د. س. ن. ص. 33.

الوصية أو الميراث و التصرف فيه تصرف الرجل الحريص فيما يملك وفقا لنص المادة 1\88 ق أ ج[1] و ذلك عن طريق دراسة الواقعة و نتائجها المستقبلية من حيث إيجابيها من سلبيتها ثم القيام بالموازنة بين الضرر و المنفعة و على أساسها يتخذ القرار بالتصرف من عدمه بحسب ما إذا كان سوف يحقق مصلحة للقاصر أم لا.فعلى الكافل الذي يعد رب أسرة بالنسبة للولد المكفول أن يدير أمواله كأنه يدير أموال أحد أبنائه أو ماله الخاص و بالطريقة التي تدر له الربح و المنفعة[2] إلى غاية بلوغ الولد سن الرشد التي تسمح له بممارسة التصرفات القانونية بنفسه و تسري عليه الآثار التي تنتج عنها؛ غير أنه يمكن أن تتوقف الوالية أبكر من ذلك في حالة ترشيد القاصر بطلب إذنٍ من القاضي و السماح له باستغلال أمواله و ممارسة أي نشاط يعود له بالنفع إن رأى في ذلك مصلحة القاص[3] و هذا حسب نص المادة 5 من قانون التجاري الجزائري و التي تنص على أنه:" لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا كان أو أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة و الذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات...إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن مسبق من والده أو أمه أو...مصدق عليه من المحكمة"[4] هذا يدفعنا للتساؤل حول ما إذا كان هذا النص القانوني يشمل الولد المكفول أم أنه ينحصر على الولد الصلبي؟.

---

[1] تنص: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص"

[2] دليلة سلامى, المرجع السابق, ص.76.

[3] صالح فرحة زراوي، الكامل في القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي-الأنشطة التجارية المنظمة-السجل التجاري)، نشر و توزيع ابن خلدون، الجزائر، د. س. ن. ص. 340.

[4] الأمر رقم 75_59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05_02، المؤرخ في 6 فبراير 2005، ج.ر.ج.د.ش، ع.11، المؤرخة في 9 فبراير 2005.

إضافة إلى ذلك و حماية لمصلحة الطفل و خدمة له و حتى يبلغ أشده و يتمكن من إدارة أمواله بنفسه دون حاجة إلى من يساعده في ذلك فعلى الكافل في هذه الفترة من استئذان القاضي في بعض التصرفات التي يريد الإقدام عليها و المذكورة في نص المادة 88\2 من ق أ ج على سبيل الحصر و هي كالآتي:

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

2/ بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

3/استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو بالاقتراض، أو المساهمة في شركة

4/إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

وتظهر كذلك الحماية التي قررها المشرع لصالح الطفل القاصر في ضرورة بيع العقار الذي يملكه بالمزاد العلني الذي يحقق له منفعة أكثر من بيعه بالطرق العادية وفقا لنص المادة 89 ق أ ج[1].

إذا ما تبين أن الكافل ألحق ضررا بأموال المكفول فإنه يجوز لأي شخص علم بهذا الاستغلال أن يخطر النيابة العامة التي تقوم بتحريك الدعوى ضده و التي يمكن أن تطبق عليه إحدى هذه العقوبات المنصوص عليها في المادة 380 ق ع ج[1] و المتمثلة في الحبس من سنة إلى 5 سنوات و غرامة مالية من 1000 إلى 15000 دج.

[1] تنص: " على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة و المصلحة و أن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"

كما يمكن للقاضي أن يعين متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءا على طلب من له مصلحة و ذلك في حالة تعارض مصالح الكافل و مصالح الولد المكفول و هذا وفقا لنص المادة 90 ق أ ج.

بالتالي فالولاية المقررة للكافل على الطفل المكفول ما هي إلا وسيلة لحماية هذا الطفل مما لا يستطيع القيام به بنفسه لانعدام الأهلية أو نقصها، بحيث أن لديه الصلاحية لكسب الحقوق و تحمل الالتزامات؛ إلا أنه غير آهل لمباشرتها بنفسه، فهذه هي الحكمة من إيجاد نظام الولاية حسب نص المادة44 من ق م و 81 من ق أ، بالتالي فتحقيقا لمصلحة المولى عليه[1] فال يجوز التنازل عن هذه الالتزامات التي يفرضها القانون، فالتخلي عنها و لكونه صاحب السلطة الأبوية عليه[2] يعرضه للعقوبة المنصوص عليها في المادة 330 من ق ع و المتمثلة في الحبس من شهرين إلى سنة و غرامة مالية مقدرة ب 500 دج إلى 5000 دج.

وفي هذا السياق يثار التساؤل حول ما إذا كان الأطفال المكفولين معنيين بهذه الحماية المقررة في المادة السابقة الذكر، و هل يعد التخلي عن التزامات الكافل تجاه المكفول جريمة يعاقب عليها القانون؟[3]

---

[1] دليلة سالمي، المرجع السابق، ص. 101.

[2] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 179.

[3] مريم سيدهم، نورة تاقه، الحماية الجنائية للأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية– كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2011_2012، ص. 6.

المطلب الثاني:آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول

ارتأينا في هذا المقام الى أن الأثار التي ترتبها الكفالة على الشخص الكافل التي سبق معالجتها في المطلب الأول، فإنها تنتج كذلك آثارا على الشخص المكفول باعتباره طرفا في هذه العالقة القانونية التي تجمع الطفل القاصر بالكافل، بالتالي فإن آثار هذا العقد لا ينحصر على طرف فحسب و إنما يمتد إلى الولد محل الكفالة و هو موضوع هذا المطلب.

الفرع الأول:التبرع للمكفول

إن عقد الكفالة يمنح للطفل المكفول مزايا عادة ما تمنح للابن الصلبي، فعلى اعتبار أن المكفول بمثابة الابن الأصلي و يعامل على أساس أنه كذلك، فلقد منح القانون للكافل و أجاز له الايصاء و الهبة لصالح الولد القاصر مع العلم أنه ليس له الحق في الميراث من جانب كافله ، لأن الميراث لا يستحق إلا لوجود زوجية صحيحة و العبرة بالعقد و ليس بالدخول و كذا القرابة و هي رابطة النسب الموجودة بين المورث و المورث[1]و بما أنه لا تتوفر في المكفول لا هذا و لا ذاك بالتالي فلا حق له في الميراث، لذلك تم إجازة التبرع و الايصاء له من طرف كفيله لتعويضه عن هذا الحرمان

---

[1] العربي بلحاج، أحكام التركات و المواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2012، ص. ص. 108,104.

أولا: الوصية

تعد الوصية من أهم التصرفات القانونية الكثيرة الانتشار في الحياة العملية باعتبارها من أهم التبرعات بالأموال بعد الموت, لذا نجد أن قانون الأسرة,احكامها ووضع شروطا في المواد من184الى201. وكمن تعريف الوصية بانها:"تصرف مضاف الى ما بعد الموت يكون للموصي بمقتضاه ان ينقل كل او بعض ماله الى الموصى له او يخوله حقا يتعلق بهذا المال".وهذا التعريف جامع مانع يشمل كل ما يوصي به الشخص بعد وفاته أي كل صور الوصية التي يقرها القانون.اما قانون الاسرة الجزائري فقد عرفها في المادة 194:"الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع."و معنى مصطلح "تمليك"الواردة في نص المادة184 هو الوصية بالاعيان من منقول او عقاروكذا الوصية بالمنافع من مسكن اوزراعة ارض,وجميع انواع الصايا سواء كانت بالمال او غره اما المراد من جملة "مضاف الى ما بعد الموت"ان اثر الترف الذي تم في حال الحياة لا يترتب,وكذا الوصية اما مقصود كلمة "التبرع"هو ان الوصية تتم بدون عوض باعتبارها ما اوجبه الموصى من ماله بعد موته.ومن بين شروط نفاذها المنصوص عليها في قانون الاسرة المادة 185:"تكون الوصية في حدود ثلث التركة ,وما زاد على الثلث متوقف على اجازة الورثة,وكذا الحديث الشريف عن السعيد بن أبي وقاص عن اللنبي صلى الله عليه وسلم :"الثلث والثلث كثر"رواه البخاري ومسلم.وهذا ما ذهبت اليه المحكمة فمتى كان من المقرر شرعا وقانونا ان الوصية تكون في حدود ثلث التركة,ومن ثم فان النعيي على القرار المطعون فيه بخرق الاشكال الجوهرية الاجرءات في غير محله يستوجب رفضه..[1]

---

[1] ميسوم فضيلة, المرجع السابق,ص.168.

وحسب أحكام الشريعة الاسلامية والقانون فلاوصية لوارث الا اذا اجازها الورثة,اذن فالمكفول لا يعد وارثا للكافل كما لا يعد من ذوي الحقوق او الخلف العام المتمثل في الورثة,ولذلك تدخل المشرع بموجب المادة 123 مفادها عدم ترك هذا القاصر المكفول بعد وفاة كافله فقيرا تعيسا او متشردا وضمانا لحمايته فقد اعطى للكافل حق ان يوصي لهذا المكفول وذلك طبقا لاحكام الوصية.اي لا تكون اكثر من الثلث فما زاد عن ذلك متوقف على اجازة الورثة.هذا ايضا حماية للورثة من تعسف للكافل اذا ماعمد على اعطائه كليا لكافل فإذا اجازه الورثة اصبح حقا للمكفول.وإذا رفضوا ما زاد عن الثلث كان لهم ذلك ويبقى نصيب المكفول في حدود ألثلث وهذا ما كرسه القانون[1]

ثانيا: الهبة

تختلف الهبة تماما عن الوصية فهي تبرع,يكون في حياة الواهب وتضمنها قانون الاسرة في الفصل الثاني من الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات من خلال النص عليها في المواد من 202 الى 212 قانون الأسرة, فهي تمليك بلا عوض لمال عيني او منفعة او دين لدى الغير.

واذا ما قام الكافل بوهب المكفول ما او أي شيء فينتقل بمجرد حيازته له. واما اذا كان عقار فانه ينتقل له باجراءات شكلية المحددة في قانون التوثيق و الشهر, بمعنى وجوب افراغ عقد الهبة في شكل عقد رسمي يحرر من قبل الموثق تحت طائلة البطلان المطلق[2]

---

[1] ميسوم فضيلة, المرجع السابق,ص.169.

[2] ميسوم فضيلة, المرجع السابق,ص.170.

على الرغم من ان المادة 206 من قانون الاسرة نصت في فقرتها الاخيرة على ترتيب البطلان بقولها :"وإذا اختل احد القيود السابقة بطلت الهبة. غير ان المشرع الجزائري قد اعتبر الهبة او ما سماه بالتبرع حسب المادة 123 من ق أ اذا كان من الكافل الى المكفول.ويخضع لأحكام الوصية فيما يخص قيمة المال الموهوب الذي يجب ان يكون في حدود الثلث واذا ما زاد عن ذلك يترك لإجازة الورثة[1].

وفيما يخص تقييد الهبة بالثلث يرى الفقهاء بانه اذا كان التوارث بين الكفيل والمكفول مستبعد تطبيقا الشريعة الاسلامية فلابد من تشجيع هبة الكافل للمكفول,فان الهبة اذا ما تمت لليتامى والمساكين تختلط مع الصدقة لقوله تعلى:"واتي المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ".ولا يمكن تقييد الهبة للمكفول الثلث, لان الهبة لا تقيد بهذا المضمار,إلا اذا اخذت حكم الوصية وهذا لا يتحقق إلا في حالتين محددتين,وهما الهبة في مرض الموت والهبة مع احتفاظ الواهب بالحيازة طول حياته.فتقيد المادة 123 ق ا هبة الكافل لمكفول بالثلث لا اساس له. هذا الحكم يتناقض مع المبدأ المقرر في المادة 205 من ق ا التي تنص على انها:"يجوز للواهب ان يهب كل ممتلكاته او جزءا منها عينيا او منفعة,او دينا لدى الغير".اتفق الائمة على ان الهبة تصح بالإيجاب والقبول واجمعوا على ان الوفاء بالوعد بالخير مطلوب, وعلى ان تخصص بعض الاولاد بالهبة مكروه.فيجوز للكافل ان يذهب المكفول او غيره جميع امواله ان شاء[2], ونجد أن الهبة جائزة بالكتاب، السنة و الإجماع قبل أن تجاز بالنصوص القانونية خاصة و أن جل الأحكام المنظمة لموضوع الهبة مستمدة من الشريعة الاسلامية .

---

[1] ميسوم فضيلة, المرجع السابق,ص.169.

[2] مالك طلبة, المرجع السابق,ص.31.

الفرع الثاني:هوية المكفول

الهوية هي مجموعة العناصر التي تثبت ذاتية شخص معين، فهي تكسب للشخص حقوق و تنشأ له واجبات، فالهوية تتكون من اسم، لقب، نسب... [1] فمن الحقوق العظيمة التي أقرتها الشريعة الاسلامية للطفل و تفوقت على غيرها من الشرائع الوضعية، هو حق الطفل في النسب و الذي بفضله يحفظ للطفل هويته من جهة و تثبت على أساسها حقوق أخرى مرتبطة بثبوت الأولى من جهة أخرى. فالنسب هو القرابة الناشئة عن صلة الدم بالتناسل و قد أمتن الله على عباده بالنسب على اعتبار أنه نعمة أنعمها الله على الإنسان[2] لقوله تعالى" و هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا و كان ربك قديرا" [3]

وهذا الحق له أهمية كبيرة، حيث يتفرع منه العديد من الحقوق الخاصة بالطفل كالرعاية، التربية، الرضاعة، الميراث و النفقة...إلخ.

فنظرا لأهمية هذا الموضوع فقد حددت الشريعة الاسلامية قواعده و ضوابطه، و مناط اهتمام الشريعة الاسلامية بالنسب يعود إلى أن ضياعه يؤدي بالولد إلى الضياع و المهانة و الذل و العار، لذلك نهى الاسلام عن إنكار الأولياء لنسب أولادهم و توعدهم بالعقاب الشديد، بالتالي فإن هوية المكفول و انتمائه يختلف بحسب ما إذا كان الطفل معلوم أو مجهول النسب[4]

---

[1] زهرة بلقريد,المرجع السابق,ص.07.

[2] حسين محمد بيداوي,المرجع السابق,ص.59.

[3] سورة الفرقان، الآية 54.

[4] حسين محمدي بوادى، المرجع السابق، ص. 59.

أولا: بالنسبة لمعلوم النسب

من أهم الحقوق التي يتحلى بها الطفل النسب [1] و الذي يتحقق عن طريق أب و أم معروفين مما يسمح له أن يتربى و يترعرع في حضنهما، لكن كثيرا ما يحدث و أن يطرأ ظرف ما فيجعل الأبوين غير قادرين على القيام بشؤون ابنهما مما يستوجب و يستدعي تخليهما عنه بوضعه في حضن من يقدر عليه و يتولى أمره. مما يظهر في قانون الأسرة و ضمن أحكام الكفالة، أن المشرع الجزائري حماية للطفل و مراعاة لمصلحته التي تعتبر أولى، فقد أعطى للكافل الفرصة بأن يضم هذا الطفل القاصر إليه نتيجة حرمانه من نعمة الإنجاب أو رغبة منه في التبرع، و لكن باعتباره معلوم النسب فإنه يشترط أن يحتفظ هذا الأخير بنسبه أي بأن يبقى حاملا للقب أبيه دون تجريده منه، بمعنى أن يلحق الطفل المكفول بالكافل دون نسبه، فيجعله بمثابة ابنه في التربية، الرعاية و الحب دون أن يلحقه بلقب عائلته، فإن حدث العكس فلا تعتبر كفالة بل سوف تدخل ضمن نظام التبني، و من المعلوم أن هذا الأخير محرم في الشريعة و القانون بالاعتماد على نص المادة 46 ق أ ج التي تمنع التبني شرعا و قانونا، و بالتالي فالعدل يقضي و الحق

يوجب إنساب الابن إلى أبيه الحقيقي إن كان معلومه لا لابيه المزور لان العنصر الغريب في الأسرة لا ينسجم قطعا معها، فله نسبه و يحتفظ به لتفادي تغيير الحقائق[2] و هذا ما أكدته المادة 120 ق أ.[3]

---

[1] سالم جويلي، المرجع السابق، ص. 11.

[2] عقيلة بوعشة، المرجع السابق، ص. ص. 37_38.

[3] القانون رقم84 -11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

فالنسب من النظام العام و التعدي عليه يعد تعديا على النظام العام، لذلك فقد عمل المشرع على تجريم مثل هذه الأفعال في قانون العقوبات منها نص المادة 246 ق ع و التي تصرح على أنه:" كل من انتحل لنفسه في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية معدة لتقديمها لسلطة عمومية اسم عائلة خالف اسمه و ذلك بغير حق يعاقب بغرامة مالية من 20,000إلى 100,000دج"[1]

ثانيا: بالنسبة لمجهول النسب

بالرجوع إلى نص المادة 120 من ق أ نجدها تنص على أن الولد المعلوم النسب يلحق إلى أبيه وينسب إليه، فهو بالتالي يحتفظ بنسبه و هويته، فهنا لا نواجه أي إشكال و لكن التساؤل يكمن في حالة ما إذا كان الطفل محل الكفالة مجهول النسب أي غير معلوم الأبوين و عليه فكيف سيحتفظ هذا الأخير بنسبه إن كان أصلا لا نسب له؟[2]

نجد نص المادة 120 من ق ا عالجت هذه المسألة المتعلقة باللقب الذي سيلحق بالولد المجهول، بحيث أحالتنا هذه المادة إلى نص المادة 64 من قانون الحالة المدنية التي تنص صراحة على ما يلي: "يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقاط والأطفال المولودين من أبوين مجهولين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء.

يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي"[3]

---

[1] الأمر رقم 92_24، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، السالف الذكر.

[2] إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص. 19.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 99-98، المؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق ل 13 يناير سنة 1992، يتمم المرسوم رقم 71_157، المؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر.ج.د.ش، ع. 5، الصادرة في 7 رجب 1412 الموافق ل 22 يناير سنة 1992.

نستخلص من نص هذه المادة أن مهمة إعطاء الاسم بالنسبة لمجهولي الهوية يقع على عاتق ضابط الحالة المدنية بحيث يعين الطفل بمجموعة من الأسماء شريطة عدم تعارضها مع النظام العام و عدم إخلالها بحيائه[1] فيتخذ من آخرها لقبا له، ويبقى هذا الاسم الممنوح له ملكا و حقا للطفل مجهول الهوية حتى بعد اسناد أمره إلى الطالب بالتكفل به، هذا كان قبل صدور المرسوم التنفيذي رقم 92_24 المتمم للمرسوم رقم 71_151 المتعلق بتغيير اللقب، بحيث جاء هذا الأخير عاما فلكل شخص يريد أن يستبدل باسمه أو لقبه اسما أو لقبا آخر فيتخلى بذلك اسمه الشخصي أو لقبه العائلي ليستعمل بدلها اسما أو لقبا آخر جديد أو يضيف اسما آخر إلى جانب اسمه[2].

ولكن بعد صدور المرسوم رقم 92_24 المتضمن تغيير اللقب المتعلق بالأطفال المكفولين الذي سمح بموجبه لطالب الكفالة أن يحول لقب هذا الطفل من الذي منحه إياه القانون إلى اسم عائلة الكافل و ذلك حسب نص المادة الأولى من هذه المرسوم في شطرها الأول و التي تنص على ما يلي: " كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصر مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اسم هذا الولد و لفائدته، و ذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، عندما تكون أم القاصر معلومة و على قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها في شكل عقد شرعي بالطلب".[3]

---

[1] المادة 64 من الأمر رقم 70_20، المتعلق بالحالة المدنية الجزائري، السالف الذكر.

[2] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة و النشر و التوريع، الجزائر، د. س. ن ص.217.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 92_24، المتعلق بتغيير اللقب، السالف الذكر.

فمن خلال هذه المادة يتضح لنا أنه حتى يتمكن الكافل من إلحاق اسمه إلى الولد الذي تكفل به البد من توفر مجموعة من الشروط المتمثلة في:

1- ضرورة وجود عقد الكفالة

إذ حتى يتمكن الكافل من تغيير لقب المكفول و منحه لقبه العائلي لابد أن يكون كافلا له قانونا ولا يمكن اثبات هذه العلاقة إلا بموجب عقد توثيقي صادر عن الموثق أو أمر اسناد قاصر صادر عن المحكمة.

بالتالي لابد من أن يكون في حوزة الكافل هذه الوثيقة التي تثبت حقيقة وجود علاقة الكفالة التي تجمعه الولد القاصر.

2- ضرورة أن يكون المكفول مجهول النسب من جهة الأب

فالمشرع أجاز تغيير لقب المكفول سواءا كان بنتا أو ولدا[1] فمن كان معلوم الأب لابد من احترام نسبه الشرعي و عدم المساس به[2]، أما إذا كان الطفل معلوم الأم و هي على قيد الحياة فيشترط الحصول على موافقتها الصريحة على تغيير لقب طفلها إلى لقب المتكفل به و التي تصدر في شكل عقد شرعي على حد تعبير المادة السابقة الذكر مع ضرورة إرفاق هذا التصريح بملف طلب تغيير اللقب.

3_ أن تكون المبادرة و الرغبة في تغيير اللقب صادرة من الكافل

بما أن الأمر كذلك فلابد أن تصدر من كامل الأهلية و سليمها لأن مسألة تغيير اللقب يعد تصرف قانوني ينتج آثار.

---

[1] بشير خلوفي,التبني والكفالة: www.Tomohna.com/.../shaw.thread.php

[2] سالمي دليلة، المرجع السابق، ص. 74.

فبمجرد استكمال الكافل للشروط السابق ذكرها، يمكن له إتباع إجراءات و خطوات تمكنه من تحقيق رغبته و هي كالآتي:

يجب على الكافل أن يتقدم بطلبه إلى و زير العدل و حافظ الأختام مرفقا بمجموعة من الوثائق و المتمثلة فيما يلي:

1. طلب خطي من الكافل يعبر فيه عن و رغبته في تغيير لقب الطفل إلى اسم عائلته.
2. عقد الكفالة
3. نسخة عن شهادة ميلاد كل من الكافل و المكفول
4. عقد زواج الكافل
5. الموافقة الكتابية لأم المكفول إن كانت معلومة و على قيد الحياة[1]

وبعد استكمال جميع هذه الوثائق المكونة الملف، يقوم السيد وزير العدل و حافظ الأختام بإرسال ملف الطالب إلى النائب العام لدى المجلس القضائي التابع لاختصاص مكان والدة الطفل محل الكفالة وتكليفه بإجراء تحقيق بشأن هذا الطلب، بعدها يتم تحويل هذا الملف إلى وكيل الجمهورية الذي يقوم بمتابعة التحقيق، ليرسل بعد ذلك الملف المتعلق بتغيير اللقب إلى المحكمة المختصة إقليميا و هو نفس اختصاص وكيل الجمهورية[2]، فعلى أساس النتائج المتوصل إليها من التحقيق الذي أجري يظهر مصير الطلب بالرفض أو القبول، فإذا كان القرار بالقبول فلابدا من صدوره في غضون 30 يوم الموالية لتاريخ الإخطار الصادر من وزير العدل، مع السهر على تنفيذ الأمر و تسجيله في سجلات الحالة المدنية وبالذات في هوامشها[3]

---

[1] بشير خلوفي، المرجع السابق، ص. 14.

[2] دليلة سالمي، المرجع السابق، ص. 73_74.

[3] المادة 5 مكرر1_2من المرسوم التنفيذي رقم 92_24، المتعلق بتغيير اللقب، السالف الذكر.

من طرف ضابط الحالة المدنية بعد إرسال نسخة من الأمر إليه.وفي الأخير و عند استكمال هذه الإجراءات و قبول الطلب يتم إلحاق لقب الكافل بالمكفول.

لكن ما يعاب على هذا المرسوم أنه كان محل انتقاد بين مؤيد لاحكامه و معارض له، فمنهم من عارض أحكامه على أساس أنه يشجع نظام التبني، فرفضوا تطبيقه على أرض الواقع، ذلك لأن فيه تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول[1] بحيث أنه يسمح بإدخال فرد من عائلة أجنبية مجهولة ضمن أفراد عائلة معلومة يشاركهم في حمل لقبهم و ينسب إليهم دون رغبة منهم و دون رضاهم، فهو اعتداء على نظام الأسرة و اختلاط الأنساب[2]، و منهم من يعارضه على أساس أنه في الأصل أن رئيس الحكومة اختصاصه إصدار قواعد إجرائية لتنفيذ قاعدة تشريعية سابقة، و لكن ما نلاحظه في هذا المرسوم هو أنه

بدلا من ذلك فلقد أنشأ قاعدة تشريعية و الذي يعد من اختصاصات المجلس الشعبي الوطني، فهو بالتالي فقد اعتدى على حدود مهامه الموكلة إليه بموجب الدستور. إضافة إلى ذلك فكيف يمكن تغيير أو تحويل لقب الولد المكفول إن كان في الأصل عديم النسب و اللقب؟[3]

ومنهم من أيد هذا المرسوم على أساس أنه حتى و لو تم تغيير لقب الطفل محل الكفالة فلا يؤثر ر على انتمائه، فهو مجرد لقب إضافي بمعنى أنه لما يتم تغيير هذا اللقب فإنه يشار إليه في هامش عقود

---

[1] إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص.75.

[2] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، د. س. ن. ص. 158.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 169.

و مستخرجات الحالة المدنية مع الإشارة إلى عدم إمكانية تسجيله في الدفتر العائلي[1]، فمن الضروري إذن الاستجابة لمتغيرات و متطلبات العصر و العمل بالمرسوم الصادر عن رئيس الحكومة السابق سيد أحمد غزالي المتعلقة بتغيير لقب الطفل موضوع الكفالة لأنه لا يخالف لا أحكام قانون الأسرة و لا أحكام الشريعة الاسلامية و ذلك لكونه ظهر فقط لحماية هذه الفئة الضعيفة من التأثيرات السلبية التي تنجر عن معرفة هذا لحقيقته، مما يجعله موضِع سخرية و استهزاء، ما سوف يؤثر سلبا على نفسيته و سلوكه[2]

ومع ذلك فعلى الكافل التصريح بالحقيقة للولد المكفول منذ الصغر و بطريقة مستساغة لتعويده على فكرة أن العائلة التي يتواجد فيها لا تعد عائلته الحقيقية. فهذا اللقب لا يمكن استعماله و لا اعتماده في مسألة الميراث و كذا لا يمكن إخفائه في إبرام عقد الزواج بل يتطلب استعمال الاسم الأصلي الذي يظل محتفظا به، ففكرة تغيير اللقب إذن وجدت فقط لغرض إدماج هذا الطفل في المجتمع و عدم تحسيسه بالفرق الموجود بينه و بين غيره، و ليس لأجل تغيير نسبه و لا لطمس هويته و انتمائه.[3]

---

[1] Hafid ASSAOUI, KAFALA (la recueil légal), mémoire pour l'obtention du DU-DES en droit comparé université de perpignan, faculté internationale de droit comparé des Etats francophones.

[2] إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص. 67.

[3] فريدة محمدي زواوي، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92_24المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة–بجاية– العدد الثاني، 2010، ص. 71.

المبحث الثاني :أسباب انقضاء عقد الكفالة

تنعقد الكفالة كغيرها من العقود,وتقوم على عدة خصائص التي تمت دراستها سابقا,ومن بينها انها عقد مؤقت مما يجعله ساري المفعول الى غاية تعرضه لأسباب وعوامل ينهي الآثار الناتجة و المترتبة عنه سواء على الكافل أو المكفول على حدٍ سواء كما سبق الذكر. فقد تكون هذه الأسباب عامة والتي سنتطرق اليها في المطلب الاول ، او اسباب خاصة حيث سيكون لها الاهتمام في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة

ان الحالات العامة التي نقصدها هي المتعلقة بالكفالة دون غيرها وتتمثل في الوفاة سواء الكافل او المكفول هذا من جهة, من جهة اخرى تخلف احد الشروط الواردة في نص المادة 118 من ق أ ج,و التي بتوفرها يقبل طلب الكافل للكفالة و باختلال أحدها يسقط هذا العقد مباشرة خدمة لهذا الطفل و حماية له.

الفرع الأول : وفاة أحد طرفي عقد الكفالة

قد يحدث أن يتوفى الكافل أو المكفول، فإذا توفي المكفول انعدام محل أو سبب الكفالة و كنتيجة حتمية عن ذلك ينتهي و ينقضي معها العقد بصفة تلقائية، لان الولد القاصر هو الموضوع الرئيسي في هذا النظام، و بالتالي انعدام هذا الأخير يستلزم بالضرورة انعدام الالتزامات الواقعة على الشخص الكافل تجاه المكفول، فلا ضرورة في الاستمرار في العقد إن كان الطفل محل الكفالة غير موجود.[1]

فالحكمة من إيجاد نظام الكفالة هو رعاية الطفل القاصر المحروم من الجو العائلي و الأخذ بشؤونه و الاهتمام بأموره حتى يبلغ أشده و يصبح شابا يافعا و فردا نافعا

---

[1] إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص.82.

في المجتمع، و لكن هذه المهمة الواقعة على الشخص الكافل تنتهي بوفاة هذا الطفل.

أما في حالة وفاة الكافل الذي يقع عليه التزام الرعاية، التربية، التعليم و توفير كل ما يحتاجه الولد في هذه المرحلة من حياته و ضمان له حياة أفضل، تنقضي معها الكفالة لاستحالة تنفيذها، فيجد الطفل المكفول مرة أخرى نفسه دون عائلة، مما يستوجب على هذا الطفل انتظار فرصة أخرى لعله يحظى بشخص آخر يتبرع برعايته و ضمه إليه[1] فلهذا السبب نجد أن المشرع الجزائري عمل على توريث عقد الكفالة كتوريث المال إلى الورثة، خدمة لمصلحة الطفل و حمايته من الضياع، خاصة مع طول إجراءات الكفالة و تعقيدها، ذلك وفقا لنص المادة125 /3 ق أ ج :" ...و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة أن ألتزموا بذلك، و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية."

نستخلص من هذه المادة أنه في حالة وفاة الشخص الكافل انتقلت الكفالة إلى ورثة المتوفى فهم الأولى بالاستمرار فيها عن غيرهم خدمة للطفل دائما، طبعا إن رغبوا في ذلك، لأنها لا تنتقل إليهم بقوة القانون كانتقال تركة المتوفى.

بالتالي و على هذا الأساس يستوجب على الورثة إخطار قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة وإخباره بوفاة الكافل، بحيث يقوم باستدعائهم في غضون شهر من وفاة الكافل لسماعهم و إبداء رأيهم حول الإبقاء على الكفالة من عدمها، و يظهر ذلك جليا في نص المادة 497 ق إ م إ ج على أنه:" عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا دون تأجيل قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة،

[1] عقيلة بوعشة، المرجع السابق، ص. 53.

يتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء الكفالة، إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها، يعين القاضي أحد الورثة كافلا، في حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقرر لمنحها"[1] وبذلك فإن مصير الطفل سيتحدد حسب الموفق الذي سوف يتخذه الورثة، فإذا كان موقفهم الإيجاب والتزامهم بالاستمرار في عقد الكفالة و بالسهر على تطبيقه بشكلٍ لائق قام القاضي بتعيين أحدهم للقيام بهذه المهمة، أما في الحالة العكسية ينقضي العقد مع العلم أن الورثة أحرار في ذلك، فعلى اعتبار أن عقد الكفالة اختياري فلا شيء يجبرهم على الاستمرار فيه، و يقع على القاضي أن يتولى أمر هذا الطفل ويقرر مصيره. فإذا بلغ سن الرشد يترك في حالة؛ أما إذا كان صغيرا فعلى القاضي أن يسند أمره إلى الجهات المختصة بالرعاية بحماية الطفولة و التي تختلف بحسب سن الطفل.[2] فهذه الجهات هي التي تتولى مهام إيواء الأطفال المحرومين سواء كانت مؤسسات خيرية أو حكومية. [3]

ولكن ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قد أغفل عن ذكر أيٍ من الورثة أولى بالكفالة بعد وفاة الكافل بحيث أشار و استعمل عبارة الورثة عامةً، و لكن بالعودة إلى نص المادة 87 ق أ ج و التي تنص على أن الأب يكون وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا[4] فيفهم من ذلك أنه بمجرد وفاة الكافل فمن المنطقي أن تنتقل مهمة الطفل إلى زوجة الكافل التي تعد من بين

---

[1]القانون رقم 08_09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، السالف الذكر.

[2]زهرة بلقريد، المرجع السابق، ص. 36.

[3]عقيلة بوعشة، المرجع السابق، ص. 8.

[4]يوسف دالندة، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص. 108.

ورثته و بمثابة أم للطفل المكفول[1]، مما يستدعي بنا القول بأنه بمجرد وفاة الكافل فإن الكفالة تنتقل إلى زوجة الكافل. ولكن الإشكال المطروح يتمحور حول ذلك العقد، فهل يستمر الورثة بالعمل بالعقد الذي أبرمه الكافل شخصيا قبل وفاته أم يجب عليهم إعادة الطلب بصياغة عقد جديد باسمهم؟

فمنطقيا و بما أن الكافل المتوفى قد أبرم عقد الكفالة باسمه فهو وحده الملتزم شخصيا به، فمن الأجدر إعادة إبرام العقد من جديد لتحويل التي كانت واقعة على الكافل إلى الشخص الراغب بالاستمرار فيه.[2]

الفرع الثاني: سقوط الكفالة لتخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 ق أ ج

بما أن عقد الكفالة ينصب بشكل رئيسي على القيام بشؤون القاصر، أي على حياة إنسان ضعيف غير مدرك لمصلحته و منفعته، بالتالي فلإسناد أمر هذا الطفل إلى الشخص الراغب بالتكفل به لابدا من أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، فمن خلال مدى توفرها فيه يتحدد مصير طلبه إما بالقبول فينشأ العقد بآثاره أو بالرفض لعدم توفرها أو أحدها أو بسقوطها للاخلال بها بعد نشوؤه صحيحا، ما يجعل الكافل غير كفؤ للقيام بهذا الصغير.[3]

فبالنسبة لشرط الأهلية، فإن العقد ينشأ صحيحا بإلمام الشخص الكافل على أهلية أداء سليمة من كل ما يمكن أن يعيبها سواء التي تأدي إلى انعدامها أو انقضائها، خاصة و أن عقد الكفالة يعد من عقود التبرع، بالتالي فلابد من أن يصدر هذا العقد من سليم

---

[1] بشير خلوفي، المرجع السابق، ص. 17.

[2] المرجع نفسه، ص. 17.

[3] عقيلة بوعشة، المرجع السابق، ص. 84.

حتى تسري آثاره عليه و يتحمل بعد ذلك نتائج أفعالة أما في الحالة العكسية التي يشوب فيها العقل إحدى عوارض الأهلية المعدمة لها كالجنون و العته و الذي نعني يهما مرض أو آفة تصيب العقل و التي تمنعه من الإدراك و معرفة الأمور على حقيقتها[1] فهي تأدي إلى البطلان المطلق للتصرفات الصادرة عن هذا الشخص لكونه غير آهل لمباشرة أي عمل[2] أو عوارض منقصة للأهلية كالسفه و العته و هو ما نعني به سوء التسيير للمال و عدم التدبير فيه بالطريقة التي تعود عليهما بالنفع.[3]

فكل الأسباب السابقة الذكر تجعل الإرادة معيبة، بالتالي فهي تحد من صحة التصرفات الصادرة من هذا الشخص، فكيف إذن القيام بشخص آخر، فمن لايستطيع التكفل بنفسه لا يمكنه التكفل بغيره من بابٍ أولى؛ في حين إذا ما كان تصرف إبرام عقد التبرع صادر من كامل الأهلية و سليمها ينشأ هذا العقد صحيحا منتجا لآثاره على الكافل و المكفول؛ أما إذا صدر ممن كان ناقصها أو عديهما فإنه ينتهي معها عقد الكفالة.

الشرط الثاني المذكور في نص المادة 118 ق أ ج و الذي يجب أن يتوفر في الكافل و إلا سقطت الكفالة عنه، هو شرط الإسلام خاصة و أن الطفل و هو في أول مراحله منعدم

---

[1]إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص. 84.

[2]حسب نص المادة 85 ق م ج و التي تنص على أنه: " تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه"

[3]علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 54.

الإدراك، فهو يتأثر بكل ما يلقم له و يربى عليه من أخلاق و دين، فالطفل ورقة بيضاء تدون فيها ما تشاء بحسب ما علمته إياه، لهذا السبب اشترط المشرع في الكافل تدينه بالدين الإسلامي حتى يتشبع بمبادئ و أخلاقيات المسلم، بتعاليم و أصول الإسلام الحنيف و يكبر عليها، فعلى هذا الأساس يجب إسناد أمر الولد محل الكفالة إلى من يأمن عليه في سيرته و أخلاقه حتى لا يخشى عليه من استغلال ضعفه الفكري لتصبح حريته في الفكر، الوجدان و الدين وسيلة للتفرقة التي قد تمس الأسرة الواحدة، بالتالي تتلاشى مقومات الوحدة و تدخل في صراعات دينية و طائفية.[1] و السبب الآخر لاشتراط الاسلام راجع لكون دين الدولة الجزائرية هو الاسلام.[2]

إضافة إلى الشرطان السابقان الذكر، فإن المادة 118 ق أ ج السالفة الذكر تستلزم شرطا آخر الا وهو شرط القدرة سواء كانت مادية أو جسدية و التي تمكن الكافل من القيام بمهامه على أحسن وجه، بالتالي إذا ما اعترض هذا الشرط أي عارض يؤدي إلى انعدام القدرة عنده أو إنقاصها لديه، يكون ذلك عاملا منطقيا في عجز الكافل عن أداء التزاماته، هذا ما يستوجب بالضرورة انقضاء الكفالة دون رغبة من الكافل و إسقاطها عنه.[3]

نصل أخيرا إلى أن الإلمام بالشروط المنصوص عليها في نص المادة 118 ق أ ج ضرورية من أجل قبول طلب الراغب بالكفالة، فحتى تقوم الجهة المكلفة بإبرامها

---

[1] توفيق قادري، الحماية الدولية لحقوق الطفل: مدى تطبيق الجزائر للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل, مجلة البحوث والدراسات العلمية, معهد العلوم القانونية والادارية, الجزائر, 2007,ص. 19.

[2] حسب المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 96_438، يتضمن دستور 1996، السالف الذكر.

[3] عقيلة بوعشة، المرجع السابق، ص. 49.

تتأكد أولا من توفرها حتى يسند الطفل إليه[1]، بالتالي و بمفهوم المخالفة فحدوث أي خلل في هذه الشروط أو غيابها يستوجب بالضرورة عدم قبول الطلب أو إسقاطها عنه بعد تخلفها.

المطلب الثاني:الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة

لا تنتهي الكفالة على محل (الولد المكفول) في الأوضاع الطبيعية إلا ببلوغ سن الرشد بالنسبة للولد و بسن الزواج بالنسبة للبنت حماية لهما من كل استغلال من طرف سيء النية؛ غير أن الأمور لا تجري دائما كما نريد، فقد يطرأ ظرف يجعلها تنتهي قبل أوانها سواءا لأسباب عامة كما سبق دراستها في المطلب الأول، أو لأسبابٍ خاصة راجعة لإرادة الشخص الكافل في التخلي عن التزاماته تجاه الطفل المكفول أو راجعة إلى رغبة الأبوين الأصليين في استعادة ولدهما وهذا ما سنتحدث عنه فيما يلي :

الفرع الأول:التخلي عن الكفالة

تنقضي الكفالة كذلك بالتخلي عنها و ذلك بتعبير الكافل عن رغبته الصريحة في التخلي عن واجباته تجاه الولد المكفول، و هو ما يظهر جليا في نص المادة 125 ق أ ج و التي تنص على أن :

التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة و أن يكون بعلم من النيابة العامة" فمن خلال هذه المادة يتضح لنا جليا أنه بمقدور الشخص الكافل التخلي عن الكفالة بعدوله عنها و عن الالتزامات الواقعة عليه بموجب هذا العقد، و الأسباب الدافعة إلى أخذ موقف التخلي راجع لعدة ظروف وعوامل قد تطرأ على الكافل، كعدم القدرة المالية لتدهور مركزه الاقتصادي، فمخافة منه من عدم إعطاء ذلك الولد حقه و عدم قدرته

[1]حسب المادة 495 من القانون رقم 08_09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، السالف الذكر.

على تلبية كل حاجيات هذا الأخير فإنه لا يجد طريقا إلا اللجوء إلى التخلي عنه عسى أن يجد كفيلا خيرا منه.

كما يمكن أن يكون سبب اتخاذ هذا الموقف راجع لظهور عارض جسمي، عجز فيه ما يجعله غير قادر على القيام بأمور الولد و تجسيد دوره كأبٍ له على الوجه السليم، كما يمكن أن لا يكون للكافل أي سبب يدفعه للتخلي عنه و إنما لعدم رغبته في المواصلة فيها.

فكل هذه الأسباب و أخرى و رغم اختالفها و تعددها إلا أنها تؤدي إلى نتيجة واحدة و هو الإخلال بواجب الكفالة و إهمال الطفل مرة أخرى.

فلتجسيد رغبة الكافل في التوقف عن التزاماته تجاه المكفول، يستوجب عليه الامتثال أمام نفس الجهة التي قامت بإقرار هذا العقد و إبرامه سواء أمام المحكمة، الموثق أو أمام البعثات الديبلوماسية من أجل فك الرابطة التي كانت تجمع الكافل بالطفل المكفول[1] والتي ترفع وفقا للإجراءات العادية بعد علم النيابة العامة و سماعها بذلك، ينظر في الدعوى في جلسة سرية، هذا حسب ما صرحت به المادة 496 ق إ م إ ج على أنه: " ترفع دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية، ينظر في الدعوى في جلسة سرية بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباتها" [2]

الفرع الثاني: طلب الأبويين الأصليين عودة المكفول إلى ولايتهما

باعتبار الكفالة تتم بطلب أبوان إذ يعتبر ذلك شرطا أساسيا يجب استقاؤه لنشوئها

---

[1]إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص. 84.

[2] القانون رقم 08_09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، السالف الذكر.

وفي هذا السياق منح المشرع الجزائري الابوان اذا كان على قيد الحياة او احدهما الحق في طلب رجوع الولد المكفول الى ولايتهما استنادا الى نص المادة 124 ق ا ج التي ورد فيها ما يلي:

"إذا طلب الأبوين أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا باغ سن التمييز و إن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مراعاة لمصلحة المكفول وطبقا لذلك فانه يجوز لأبوي المكفول طلب عودة الولد المكفول وأخذه من الكافل.وبالتالي تعود ولايتهما القانونية وتنتهي ولاية الكافل ,لكن المشرع ميز لنا بين حالتين:الاولى عندما يكون الولد مميزا والثانية عندما يكون الولد غير مميز[1] الحالة التي يكون فيها الولد مميزا، بمعنى بلوغ هذا الأخير سن التمييز الذي يختلف من بلدٍ إلى آخر، ولكن و بما أننا بصدد دراسة الكفالة وفقا للقانون الجزائري، فلقد حددها المشرع في نص المادة 2/42 ق م [2] ببلوغ سن 13 سنة.

فإذا ما تحققت هذه الحالة يخير الطفل بالالتحاق بأبويه الشرعيين[3] في حين إذا ما رفض العودة إليهما بقي تحت ولاية الكافل [4] فاتخاذ القرار في هذا الشأن راجع إلى تعبير الولد عن رغبته و حريته في تحديد مصيره، ذلك نظرا لإدراكه التام لما ينفعه مما

---

[1] ميسوم فضيلة,المرجع السابق,ص. 187.

[2] القانون رقم 75_58، يتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[3] المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، قرار رقم184712، المؤرخ في 1998/03/17، قضية: (ع أ) ضد: (ق ح)، المجلة القضائية الإدارية عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1998، ص. ص. 98_91

[4] الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى من قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص. 619.

يضره، و عدم الأخذ برأيه يعد خرقا للقانون و الذي على أساسه يمكن أن يكون الحكم الصادر في هذه المسألة محل طعن. ولكن رغم ذلك و دائما خدمة لهذا الولد فلابدا أن يصرح بهذا الرأي أمام القاضي و تحت رقابته للتأكد من صدوره دون أي ضغط من الطرفين لاستمالته إلى صالحهما، بعدها يحرر محضر موقع من الأطراف لما تم الوصول إليه.[1]

هذه الحالة لا يمكنه أن يعرف المكان الأصلح لأن يكون فيه ؟ و ا مع من ؟ لهذا السبب لم يتركها المشرع لحرية الأطراف و إنما قيدهم باللجوء إلى القاضي الذي يعتبر حاميا للحقوق و الحريات[2] و بما أن للقاضي سلطة تقدير الوقائع و الظروف المحيطة بالمكفول[3] بوالديه الأصليين أو الكافل، فهو الذي يصدر أمر رفض أو قبول العودة لوالديه، بعد التحقيق الذي سوف يجريه من أجل معرفة الأسباب التي دفعت بالأبوين طلب العودة، و حسب النتائج المتوصل إليه يبنى القرار الذي يتخذه القاضي و دائما لابد من التأكد من أن القرار فيه مصلحة الطفل.[4]

---

[1] إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص. 83.

[2] ميسوم فضيلة، المرجع السابق، ص.51.

[3] إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص. 47.

[4] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. ص. 82_83.

الخاتمـــــــــــــــــــــــة

الخاتمـــــــــــــــة

في الختام، و بعد محاولتنا الإلمام بجميع عناصر الموضوع و إحكام القبض بمحل دراستنا في هذه المذكرة و المتمثلة في عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، نخلص إلى أن نظام الكفالة يعد من الأنظمة الفعالة في تكريس دورها في حماية الطفولة من التشرد و الانحراف، و الذي يظهر جليا في إرساء المؤسسات و المراكز التي تم إنشائها للتكفل بهذه الفئة خصوصا الأطفال المحرومين من الأبوين، و فتح المجال أمام الأسر الراغبة في التكفل بها.

و لكن ما يعاب على هذا النظام أنه رغم كل المساعي المبذولة في الاهتمام بالطفولة إلا أن المشرع الجزائري يعاني من نقص شديد عند نظره في هذه الفئة، إذ نجد الكثير من النصوص و الأحكام المتعلقة بالكفالة يشوبها نوع من النقص و الغموض و يظهر ذلك جليا في مسائل عديدة من بينها ما استخلصناه أثناء محاولتنا تحليل هذا الموضوع و التي سوف نستعرضها على شكل نقاط:

- أغفل المشرع الجزائري قد أغفل تحديد سن طرفا عقد الكفالة، بحيث اكتفى فقط بذكر القصر بالنسبة للولد المكفول و سن الرشد بالنسبة للكافل، دون وضع أدنى و أقصى سن خاصة بالنسبة لطالب الكفالة، ألنه لو كان الأمر كذلك فللشخص القاصر و المسن القيام بالتكفل، و هذا ما يمس بمصلحة الولد التي لطالما نادى المشرع بحمايتها.
- كما أغفل المشرع ذكر موقف زوجة الكافل في قبول أو رفض الكفالة، بحيث اكتفى فقط بتحديد موافقة كل من الكافل و أبوي الطفل أو أحدهما إن كان معلوم النسب، كما تناساها في مسألة إمكانية استخلافها لزوجها الكافل بعد وفاته بنص صريح، كما فعل في الأحكام المنظمة للولاية حيث نص على أن

في حالة وفاة الأب تحل الأم محله في الولاية على أولادها و ذلك بنص المادة 87 ق أ ج.

- نص كذلك على حق ورثة الكافل في الاستمرار في التكفل بالطفل بعد وفاته، ولكنه لم يرتبهم و لم يحدد من الأولى منهم، و هل يستمر هؤلاء بالعمل بالعقد الذي أبرمه الكافل قبل وفاته؟ أم يستوجب على من التزم بذلك تحرير عقد جديد؟ بالتالي يقع على المشرع توضيح هذه المسألة بنص صريح.

وما يمكن قوله في ختام دراستنا ان مستقبل الاسرة والمجتمع الجزائري وحتى الدولة الجزائرية مرتبط بضمان حقوق الطفل والسهر على حمايته,وكفالته حتى ينشئ في وسط دافئ بعيدا عن التمييز والعنصرية,لانه ومع الاسف وجود فئة الاطفال مجهولي النسب حقيقة اجتماعية وواقع ملموس وفي هذا السياق كرس المشرع الجزائري العديد من النصوص لحماية هذه الفئة.

وباعتبار ان الكفالة تمنح للشخص الكافل ولاية قانونية على الطفل المكفول فهي تمنحه مكانة الأب الشرعي و إذا كان الأمر كذلك فماذا عن الأفعال و الأخطاء التي يرتبها و الأضرار التي يرتكبها هذا الولد في حق الغير، فهل يتحملها الكافل؟ فإذا كان الجواب بالإيجاب فلماذا لم يخص المشرع بذكرها في نص صريح؟ أما إذا كان الجواب بالسلب فمن إذن يسأل عن هذه الأفعال ومن يتحملها في حالة وقوعها؟

وبناءا على ما سبق ذكره تبين ان المشرع تجاهل عدة نقاط وتتمثل فيما يلي:

- ✓ على المشرع الاهتمام أكثر بهذه الفئة، فتحقيقا لمصلحتها يستوجب على القاضي عدم الاكتفاء بإجراء تحقيق قبل قبول عرض الكفالة و إ نما يقع عليه واجب الأمر بتتبع تنفيذ الكفالة و مراقبة مدى التزام الكافل بواجباته تجاه الطفل المكفول لعدم الأخذ من السلطة الممنوحة له بموجب هذا العقد وسيلة للظلم، ذريعة للتعسف و

سبيلا للإضرار به و استغلاله، و على هذا الأساس يقع على المشرع واجب تحديد الجزء الذي سوف يسلط عليه في حالة الإخلال بالواجبات التي تعهد القيام بها تجاه المكفول، و قبل ذلك تشديد العقوبات التي سوف تسلط للاولياء الذين يقدمون على التخلي عن أبناءهم.

- ✓ عدم الاكتفاء بالمصادقة على المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الطفل و حمايته وحدها، و إ نما لابد من أن تستتبعها مبادرات لتفعيل و تجسيد هذه الحماية في أرض الواقع للقضاء على معاناة هذه الشريحة نهائيا أو على الأقل التقليل منها عن طريق التكثيف من المراكز و المؤسسات الي تتولى مهمة إيواء و احتواء الأطفال الذين يتواجدون في وضعيات محرجة من دور الحضانة و مراكز الطفولة المسعفة و تعميمها في جميع أقطار الدولة، إضافة إلى الزيادة من الميزانية المخصصة لهذه الفئة.

على المشرع الجزائري اصدار قانون خاص بهذه الفئة من الاطفال ,وعليه ايضا التدقيق في المواد الخاصة بالكفالة.

قائمة المراجـــــــــــــع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: المراجع باللغة العربية

ا_ الكتب

1_ابراهيم عبد الرحمان ابراهيم, الوسيط في شرح الاحوال الشخصية, دار الثقافة والتوزيع, الجزائر1999.

3_احمد بوسقيعة , الوجيز في شرح القانون الجنائي الخاص,الجزء الأول:(الجرائم ضد الاشخاص و الجرائم ضد الاول),دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع, الجزائر, د. س. ن.

4_أحمد فراج حسين, أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الاسلامية, دار الجامعة العربية للنشر, مصر, 2003.

5_أحمد لعور, نبيل صقر,الدليل القانوني للأسرة, دار الطباعة للنشر و التوزيع, الجزائر, 2007.

6_أحمد محمد المومني, اسماعيل أمين نواهضة, الأحوال الشخصية,فقه الطلاق الفسخ و الخلع, الطبعة الأولى, دار المسير للطباعة والنشر و التوزيع, عمان, الأردن, 2009.

7_العربي بالحاج, الوجيز في شرح قانون الأسرة, الجزء الأول: (الزواج و الطلاق), ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 1999.

8_ العربي بالحاج, أحكام الزواج في قانون الأسرة الجديد, الطبعة الأولى, دار الثقافة للتوزيع والنشر, الأردن, 2001.

9_العربي بالحاج, أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد,الطبعة الثانية, دار الثقافة للنشر و التوزيع, الأردن, 2010.

10_الغوثى بن مليحة,قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2004

11_ بدران ابو العنين بدران, الفقه المقارن في الأحوال الشخصية,الجزء الأول,(الزواج و الطلاق), دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع, لبنان, د. ن. س.

12_تواتي بن التواتي, المبسط في الفقه الملكي بالأدلة, المجلد الرابع, دار الوعي, الجزائر, 2009.

13_حسين المحمدي بوادى, حقوق الطفل بين الشريعة والقانون الدولي, دار الفكر الجامعي, مصر, د. س. ن.

14_رمضان علي السيد الشرنباطي,أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية, القسم الثاني:(الفرقة بين الزوجين وحقوق الطفل), منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان, 2002.

15_رمضان علي السيد الشرنباطي, جابر عبد الهادي سالم الشتفعي, أحكام الأسرة, القسم الأول, (أحكام الأسرة الخاصة بالزواج), الطبعة الثالثة, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان, 2010.

16_زهية سي يوسف, عقد الكفالة, دار الأمل, تيزي وزو, د. س. ن

17_سعيد سالم جويلي, مفهوم حقوق الطفل في الشريعة الاسلامية والقانون الدولي العام, دار النهضة العربية, مصر, 2001.

18_سهيل حسين الفتلاوي, حقوق الانسان الطبعة الرابعة, دار الثقافة للنشر والتوزيع, الأردن, 2012.

19_زراوي فرحة صالح, الكامل في القانون التجاري الجزائري: (الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي-الأنشطة التجارية المنظمة-السجل التجاري), نشر وتوزيع ابن خلدون الجزائر, د. س

20_عبد الرزاق السنهوري ,الوسيط في شرح القانون المدني, المجلد الأول:(نظرية الالتزام بوجه عام, مصادر الالتزام), منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان, 2000.

21_عبد العزيز سعد, الجرائم الواقعة على نظام الأسرة, الطبعة الثانية, الديوان الوطني للأشغال التربوية, الجزائر, د. س. ن.

22_عبد العزيز سعد, نظام الحالة المدنية في الجزائر, دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع, الجزائر, د. س. ن.

23_تقية عبد الفتاح, مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الاسلامي, د. ب. ن. 1999.

24_عبد القادر الفار, مصادر الالتزام, الطبعة الرابعة, دار الثقافة للنشر و التوزيع, لبنان, 2012.

25_عطية صقر, موسوعة الأسرة تحت رعاية الاسلام, الجزء الرابع:(تربية الأولاد في الاسلام), مكتبة وهبة, مصر, 2007.

26_علي علي سليمان, النظرية العامة للالتزام, الطبعة الأولى, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, د. س. ن.

27_ علي علي فيلالي, نظرية الحق, المؤسسة الوطنية للفنون, الجزائر, 2011.

28_كمال حمدي, الأحكام الموضوعية في الولاية على المال, منشأة المعارف, مصر, د. س. ن.

29_كمال حمدي, المواريث, الهبة, الوصية, منشأة المعارف, مصر, 1998.

30_كمال صالح البنا, أحكام الولاية على المال, عالم الكتب, مصر, 1982.

31_لحسن بن الشيخ, آث ملويا, المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية, الجزء الأول, دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع, الجزائر, 2005.

32_محمد أبو زهرة, الأحوال الشخصية,دار الفكر, العربي, مصر, د. س. ن.

33_محمد شلبي مصطفى, أحكام الأسرة في الاسلام, الطبعة الرابعة, الدار الجامعية للطباعة والنشر, د. س. ن.

34_محمد صبحي نجم, محاضرات في قانون الأسرة الجزائري, الطبعة الثالثة, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 1988.

35_محمد صبري, الواضح في شرح القانون المدني, الجزء الأول:(النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام- الفقه والارادة المنفردة)الطبعة الرابعة, دار الهدى, الجزائر, 2007.

36_محمد محمود معطي, الكفالة في ضوء الفقه و الاجتهاد, الطبعة الاولى, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان, 2009.

37_محمد علوي ناصر,الحضانة بين الشريعة و القانون, الطبعة الأولى, دار الثقافة للنشر و التوزيع, عمان, 2010.

38_مححد علي عبده, عقد الكفالة(دراسة مقارنة),الطبعة الأولى, منشورات زين الحقوقية, لبنان, 2005.

39_محمد نبيل سعد الشاذلي, أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي والقانون, دار النهضة العربية, د. ب. ن. 2001.

40_منتصر سعيد حمودة, حماية حقوق الطفل في القانون الدولي و الاسلامي, دار الجامعة الجديدة, مصر, 2007.

41_ميسوم فضيلة, الكفالة القانونية للطفل, الطبعة الأولى, دار الأيام للنشر والتوزيع, عمان, الأردن, 2018.

42_صقر نبيل, تصرفات المريض مرض الموت, دار الهدى للنشر و الطباعة و التوزيع, الجزائر, 2008.

43_وهيبة الزحيلي, الفقه المالكي الميسر, الجزء الأول, دارالكلم الطيب, الأردن, 2010

44_يوسف دلاندة, قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث, دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع, الجزائر, 2004.

II_المذكرات:

1_ابراهيم لعرج وآخرون, أحكام كفالة القصر في التشريع الجزائري, مذكرة تخرج لنيل شهادة لسانس في العلوم القانونية و الادارية, جامعة جيجل , كلية الحقوق, 2008_2009.

2_حسيبة غربي, سهام حمداوي,الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري و المقارن, مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص, جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية- كلية الحقوق والعلوم السياسية, 2011_2012.

3_دليلة سلامي, حماية الطفل في قانون الأسرة, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص, جامعة الجزائر, كلية بن عكنون, 2007_2008

4_زهرة بالقرقيد, الحماية القانونية للأطفال غير الشرعيين, مذكرة تحرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء, الدفعة الثامنة عشر, 2007_2010.

5_سعاد حفحوف, رحمة طالب, السلطة التقديرية للقاضي في مجال الأحوال الشخصية, مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق, جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية- كلية الحقوق ةالعلوم السياسية, 2011_2012.

6_عبد الغاني بودراع, سفيان بوحارة, مسؤولية الآباء التقصيرية على الأولاد القصر في القانون المدني الجزائري, مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق, جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية- كلية الحقوق و العلوم السياسية, 2011_2012.

7_عقيلة بوعشة, الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الاسلامية, مذكرة شهادة التكوين, المعهد الوطني للقضاء, الدفعة الثاني عشر, 2001_2004.

8_مريم سيدهم, نورة تاقة, الحماية الجنائية للأسرة, مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون, جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية- كلية الحقوق والعلوم السياسية, 2011_2012.

9_مالك طلبة, التبني والكفالة, مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا قضاء وهران, الدفعة الرابعة عشر, 2003_2006

III_ المقالات:

1_ توفيق قادري, الحماية الدولية لحقوق الطفل: مدى تطبيق الجزائر للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل, مجلة البحوث و الدراسات العلمية, معهد العلوم القانونية والادارية, الجزائر, 2007.

2_ ناجي رجاء, مواجهة المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية, مركز الدراسات وبحوث المعوقين, المغرب, د. س. ن.

3_فريدة محمدي زواوي, مدى تعارض المرسوم التنفيذي المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الاسلامية, المجلة الأكادمية للبحث القانوني, كلية الحقوق, جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية– العدد الثاني, 2010.

IV_النصوص القانونية

الدستور

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996, الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96_438 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق ل 7 ديسمبر 1996, ج. ر. ج. د. ش, ع. 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996, المعدل بالقانون رقم 02_03 المؤرخ في 10 أفريل 2002, ج. ر. ج. د. ش, ع. المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

الاتفاقيات الدولية

1_ المرسوم الرئاسي رقم 92_461, المؤرخ في 24 جمادى الثاني عام 1413, الموافق ل 19 ديسمبر1992, يتضمن المصادقة على التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20

نوفمبر سنة 1989, ج. ر. ج. د. ش, ع. 91, المؤرخة في 28 جمادى الثاني عام 1413, الموافق ل 23 ديسمبر 1999.

النصوص التشريعية

1_ القانون رقم 84_11, المؤرخ في 09 رمضان عام 1404, الموافق ل 09 يونيو سنة 1984, المتضمن قانون الأسرة الجزائري, ج. ر. ج. د. ش, ع..31 المؤرخة في 31 جويلية 1984, المعدل و المتمم بالأمر رقم 05_02, المؤرخ في 18 محرم عام 1426, الموافق ل 27 فبراير 2005, ج. ر. ج. د. ش, ع. 15, المؤرخة في 27 فبراير 2005.

2_القانون رقم 06_02, المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006, يتضمن تنظيم مهنة الموثق, ج. ر. ج. د. ش, ع. 14, صادرة في 8 مارس 2006, المعدل و المتمم.

3_القانون رقم 08_09, المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008, يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية , ج. ر. ج. د. ش, ع. 21, المؤرخة في 17 ربيع الأول عام 1429 الموافق ل 23 أفريل سنة 2008.

4_الأمر رقم 66_156, المؤرخ في 18 صفر عام 1836, الموافق ل 8 يونيو سنة 1966, يتضمن قانون الاجراءات الجزائية, ج. ر. ج. د. ش, ع. 48, صادرة في 10 جوان 1966, معدل و متمم بالقانون رقم 11_06, المؤرخ في 22 مارس 2011, ج. ر. ج. د. ش, ع. 19, صادرة في 27 مارس 2011.

5_الأمر رقم 66_156, المؤرخ في 18 صفر عام 1836, الموافق ل 8 يونيو سنة 1966, يتضمن قانون العقوبات, ج. ر. ج. د. ش, ع, 49 لسنة 1966, المعدل

والمتمم بالقانون 11_14, المؤرخ في 2 أوت 2011, ج. ر. ج. د. ش, ع. 44, صادرة في 10 أوت 2011.

6_الأمر رقم 70_86, المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1839 الموافق ل 19 فبراير1970, المتعلق بالحالة المدنية.

7_الأمر رقم 70_86, المؤرخ في 17 شوال عام 1390, الموافق ل 15 ديسمبر 1970, المتضمن قانون الجنسية الجزائري, المعدل والمتمم بالأمر رقم 05_01 المؤرخ في 27 فبراير 2005, ج. ر. ج. د. ش, ع. لسنة 2005.

7_الأمر رقم 75_58, المؤرخ في 20 رمضان 1395, الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975, يتضمن القانون المدني , المعدل و المتمم بالقانون رقم 05_10, المؤرخ في 20 يونيو 2005, ج. ر. ج. د. ش' ع. 78, صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

8_الأمر رقم 75_59, المؤرخ في 26 سبتمبر 1975, يتضمن القانون التجاري, المعدل و المتمم بالقانون المؤرخ في 6 فيبفري 2005 , ج. ر. ج. د. ش, ع. 11 , المؤرخة في 9 فيفري 2005.

النصوص التنظيمية

1_المرسوم التنفيذي رقم 92_24, المؤرخ في 8 رجب عام 1412, الموافق ل 13 يناير سنة 1992, يتمم المرسوم رقم 71_157, المؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 المتعلق بتغيير اللقب, ج. ر. ر. 5, صادرة في 7 رجب 1412 الموافق ل 22 يناير سنة 1999.

IIV_القرارات القضائية

1_ المحكمة العليا, غ. أ. ش. قرار رقم 103232, بتاريخ1995/05/02, قضية:(ط أ و من معه)ضد:(ط ف و من معها), المجلة القضائية, العدد الثاني, 1995.

2_المحكمة العليا, غ. أ. ش. م. قرار رقم 184712, المؤرخ في 1998/03/17, قضية: (ع أ) ضد: (ق ح), المجلة القضائية الادارية عن قسم الوثائق للمحكمة العليا, العدد الثاني, 1998.

3_المحكمة العليا, غ. أ. ش, قرار رقم 103232, بتاريخ 1995/05/02, قضية: (ف ط) ضد: (ف ط), الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية, عدد خاص عن قسم المحكمة العليا, 2001.

4_المحكمة العليا, غ. أ. ش, قرار رقم 122761 بتاريخ 1994/06/28, قضية: (ف ف) ضد: (م و), الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية, عدد خاص عن المحكمة العليا, 2001.

V_المعاجم

1_أحمد عابد و آخرون, المعجم الأساسي, المنظمة العربية للثقافة, د. ب. ن. د. س. ن.

2_ علي بن هادية, بالحسين بليش, الجيلاني بن الحاج بحثى, القاموس الجديد للطالب, الطبعة الأولى, المؤسسة الوطنية للكتاب, الجزائر, 1990.

VI_المواقع الالكترونية

1_ بشير خلوفي التبني و الكفالة: www.tomohna.com/.../Shaw thread.Ph

2_ حكيمة الحطري, كفالة الأطفال المهملين في البلاد الاسلامية .www Diwanalarab.com

ثالثا: باللغة الفرنسية

I-Ouvrages

1- Farid CHBANE ZIDANI, L'enfant né hors mariage en Algérie, L'entreprise algérienne de presse, Algérie.
2- Gregory DERVILLE, Guillemette RABINCISTY, La protection de l'enfant, 2éme éd, DUNOD, PARIE, 2011.
II- THESES
2- Hadjila DJERBI, Djazia BENABDELHEK, La représentation de la famille chez l'enfant adopté, mémoire de mastère en psychologie clinique, faculté de science humaine et sociale, université D'Abderrahmane mira-BEJAIA-2010.
1- Hafid ASSAOUI, KAFALA (La recueil légal), Mémoire pour l'obtention DU-DES en droit comparé, université de perpignan, faculté du international
III- CODES
1- MEGA CODE CIVIL, Annotations extraites des bases de Données juridique, droit comparé des états francophones. 4 éme éd, DALLOZ, PARIS, 2011

الفهرس:

الموضوع.....الصفحة

إهــداء.....

كلمة شكر.....

قائمة المختصرات.....

مقدمة.....01

الفصل الأول: التطبيقات القانونية لعقد الكفالة..... 05

المبحث الأول: مميزات عقد الكفالة.....05

المطلب الأول: خصائص عقد الكفالة.....05

الفرع الأول: الكفالة نظام اجتماعي.....05

الفرع الثاني: الكفالة عبارة عن عقد.....07

الفرع الثالث: الكفابة عقد تبرعي.. 08

الفرع الرابع: الكفالة عقد مؤقت..... 08

الفرع الخامس: الكفالة نظام قانوني.....09

المطلب الثاني: الفرق بين عقد الكفالة والأنظمة المشابهة له.....09

الفرع الأول: تمييز عقد الكفالة عن الحضانة.....10

الفرع الثاني: تمييز عقد الكفالة عن التبني.....13

المبحث الثاني: انعقاد عقد الكفالة.....18

المطلب الأول: شروط انعقاد عقد الكفالة.....19

الفرع الأول: الشروط الخاصة بالكافل.....19

أولا: الاسلام.....20

ثانيا: العقل 21

ثالثا: الأهلية.....22
رابعا : القدرة.....23
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالمكفول.....24
أولا: السن.....25
ثانيا: النسب.....26
المطلب الثاني: المصالح المختصة لانعقاد عقد الكفالة.....30
الفرع الأول: اجراءات انعقاده أمام الجهات القضائية.....31
1/ بالنسبة لملف معلوم النسب.....32
2/ بالنسبة لملف مجهول النسب.....32
الفرع الثاني: اجراءات انعقاده أمام الجهات غير القضائية.....33
أولا: أمام الموثق.....33
ثانيا: أمام البعثات الدبلوماسية 34
الفصل الثاني: أحكام عقد الكفالة.....36
المبحث الأول: أثارعقد الكفالة.....36
المطلب الأول: أثاره بالنسبة للكافل.....36
الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول.....37
الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول.....40
المطلب الثاني: أثاره على المكفول.....45
الفرع الأول: التبرع للمكفول.....45
أولا: الوصية.....46
ثانيا: الهبة.....47
الفرع الثاني: هوية الولد المكفول..... 49
أولا: بالنسبة لمعلوم النسب.....50

ثانيا: بالنسبة لمجهول النسب.....51
المبحث الثاني:أسباب انقضاء عقد الكفالة.....57
المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة.....57
الفرع الأول: وفاة أحد أطراف العقد.....57
الفرع الثاني: تخلف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 118 ق أ ج.....60
المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة.....63
الفرع الأول : التخلي عن الكفالة.....63
الفرع الثاني: طلب الأبوين الأصليين عودة المكفول الى ولايتهما.....64
الخاتمة.....67
قائمة المراجع.....70
الفهرس.....81