جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الليسانس

الميدان :الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة :الحقوق

التخصص :قانون خاص

مقدمة من قبل الطالبة : عنتير نور الهدى

بعنوان:

الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

نوقشت و أجيزت بتاريخ:.....

أمام اللجنة المكونة من :

أستاذ مساعد –أ– سويقات أحمد	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
أستاذ مساعد –أ– بن أكلي نصير	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا ومقررا
أستاذ مساعد –أ– قشار زكرياء	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا

السنة الجامعية : 2014/2013

الإهداء

بأنامل قلم أعياه التعب والأرق و لا يقوى على الحراك يتكئ على قطرات حبر مملؤة بالحزن والفرح لبزوغ فجر جديد من حياتي وهو يوم تخرجي أتطلع فيه لما هو آت من همسات هذه الدنيا المليئة بالتفاؤل و الأمل المشرق

- ❖ الى ملاكي في الحياة الى معنى الحب... والى معنى الحنان والتفاني... الى بسمة الحياة وسر الوجود ...الى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي الى اغلى الحبايب امي الحبيبة الحاجة رقية رويبح
- ❖ الى من احمل اسمه بكل افتخار ...الى من كلله الله بالهيبة والوقار ...الى من علمني العطاء بدون انتظار الى ابي العزيز الحاج بكار عنتير
- ❖ الى من بهن اكبر وعليهن اعتمد...الى شموع متقدة تنير حياتي ...الى من بهن اكتسب قوة ومحبة لاحدود لها الى من عرفت معهن الحياة اخواتي سارة وهاجر وكترة
- ❖ الى توأم روحي ورفيق دربي...الى صاحب القلب الطيب والنوايا الصادقة الى اخي عبد الحليم
- ❖ الى كل خالاتي بالخصوص عائشة و زوجها ادريس زعباط وأبنائهم اشرف ,روفيا ,عبد الرحيم ,بسمة . والى خالي الحاج بلخير وابنائه محمد علي ,محمد عبد الحكيم ,امينة
- ❖ الى من كانو سندا لي في دربي ومشواري عباس جهاد ,طلحة محمد امين , مصالحي مروة

الى من تميزو بالوفاء والعطاء...الى ينابيع الصدق الصافي الى من معهم سعدت وفي دروب الحياة الحلوة والحزينة سرت الى اغلى الحبايب : بوبكري صديقي ,جريري احمد , امود سليماني , رابح بوصوفة ,بوجمعة واوان ,توني بن حمدي, هنوني آمومن , طاطا فاطيمة مهرية ,خنيني سيدي ,الطاهر ازرغاف ,ابراهيم انتمات ,عثمان منصوري ,محمد ومحمد لامين والياس عنتير , صلوحي وادة محمد بن عمر , نسرين ,صفاء ,فاطيمة

الشكر والعرفان

الحمد الله الذي أنار لنا درب العلم و المعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقني إلى إنجاز هذا الواجب ووفقني إلى إنجاز هذا العمل نتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل وفي تدليل ما واجهني من صعوبات وتخص بالذكر الأستاذ المشرف **بن أكلي نصير** الذي لم يبخل علي بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عونا لي

ولا يفوتنا أن نتشكر السيد طاع الله عوني قاضي في مجلس قضاء ايليزي

مقدمة

الطفل إن لم يكن موضوع عناوين اليوم فهو الذي سيضع عناوين الغد فالأطفال ليسوا فقط صناع المستقبل بل هم المستقبل نفسه و الطفولة هي أولى مراحل الحياة و أولى عطاياها نحو التكامل و التنامي و هي مرحلة أساسية و مهمة في التكوين و التقويم، حيث يتم فيها إعداد الطفل و تأهيله ليستقبل مراحل عمره المقبلة بإدراك قوي و بعقلية أنضج.

كما أن هذه المرحلة تعد أيضا من أهم مراحل نمو الفرد و تكوين شخصيته المستقلة و الإهتمام بالطفل حتي لا تقع على كاهل الأسرة فقط و إنما على كاهل المجتمع عبر كافة مؤسساته و خاصة الحقوقية منها .

والمشرع الجزائري لا نجد له تعريفا للطفل وإنما إكتفي بتحديد سن الرشد . أما إتفاقية حقوق الطفل الموقعة سنة 1989 الطفل عرفته بـــ " **كل من لم يبلغ بعد الثمانية عشر سنة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه**". أما الفقه فقد عرفه بأنه الصغير الذي لم يبلغ الحلم و يتحقق البلوغ الذي تبدأ به مرحلة الإدراك التام بالمظاهر الطبيعية المتعلقة بالرجولة و الأنوثة فيتحدد البلوغ بالسن وفقا لرأي الجمهور و ذهب الإمام مالك إلى تحديد هذه السن بثماني عشرة سنة .

و الطفل واحد سواء كان شرعيا أو غير شرعيا. و حقوق الطفل واحدة و هي جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان مهما كانت وضعيته، سواء كان له سند عائلي أو فاقد لذلك السند أي مجهول النسب أو مهمل أو لقيط و لعل الحق في الرعاية والهوية و الإنتماء هي أهم هذه الحقوق .

و غني عن البيان أن التشريع الإسلامي خص الطفل بعناية فائقة وأولاه جانبا كبيرا من الإهتمام. ولحفظ هذا المجتمع من الفساد و تكريسا للعلاقات الشرعية أوجد وسيلة لإنجاب الأطفال فإذا ما ولد الطفل كان من أوكد حقوقه ثبوت نسبه من والديه أما الأطفال المولودين خارج إطار الزواج فيعتبرون أبناء زنا، وذلك عملا بقوله صلى الله عليه و سلم " **الولد للفراش و للعاهر الحجر** "

و في الواقع فإن التشريع الإسلامي لم ينفرد في أحكامه المتعلقة بالأبناء غير الشرعيين عن باقي التشريعات السماوية والوضعية الأخرى بل هذه الأخيرة قد أنكرت أي حق لهؤلاء لأنها كانت تقوم على أسس أخلاقية تنبذ الرذيلة و تقدس الزواج و تجعله الإطار الأمثل للإنجاب لما في ذلك من حفاظ على مفهوم العائلة الشرعية و الخلية الإجتماعية بأسرها. ومن بينها القانون الروماني فقد كان يلحق ابن الزنا بوالدته و لا يقر له بأي حق في النسب. إلا أنه إنطلاقا من تنبيه بعض التشريعات إلى عدم مسؤولية الطفل عما إقترفه والداه و إلى الحاجة إلى إنصاف ولد الزنا و منحه بعض العطف و العناية فقد إعترفت له تلك التشريعات فيما بعد ببعض الحقوق تدريجيا حيث إعترف القانون الفرنسي القديم بأبناء الزنا و أتاح لهم الحق في إثبات بنوتهم و لكن دون أن يسمح لهم بالإنتماء للعائلة الشرعية. و في مرحلة لاحقة حصل بعض التراجع عن هذا المبدأ فوقع الإكتفاء بالسماح لوالدة الطفل الطبيعي بالتصريح بحملها و ذلك في شكل قسم, و قد إصطلح على تسمية هذا الإجراء بـــ l'adage فإذا أقسمت والدة الطفل بأنها قد حملت به من شخص معين جاز لها أن تطالب ذلك الشخص بمدها ببعض المال إلا أنها تبقى مطالبة بإرجاعه إذا خابت في إثبات النسب و بعدها أقرت مجلة نابليون الصادرة في 1804 بحق الطفل الطبيعي في المطالبة بإلزام والده المزعوم بالإنفاق عليه عبر اللجوء إلى المحكمة و قد كرس ذلك بالفصول 762 ، 763 ، 764 و 908 من المجلة المذكورة و لو أن هذه الأخيرة قد تضمنت صلب فصولها 335 إلى 342 ما يفيد عدم إضفاء الشرعية على أبناء الزنا و ذلك بدعوى حماية العائلة الشرعية . و قد سارت معظم التشريعات الغربية على هذا المسار إلى أواسط القرن المنصرم تقريبا. فقد

إعترف القانون الفرنسي المؤرخ في 15 / 07 / 55 بحق الطفل الطبيعي في النفقة مع الحرص على أن لا تكون دعوى النفقة حجة للمطالبة بإثبات النسب, إلا أن نظرته هذه تغيرت منذ صدور قانون 72/01/03 أين أصبحت هناك مساواة بين كل الأبناء غير الشرعيين و الشرعيين, فمكن أم الطفل الطبيعي أو والده من المطالبة قضائيا بإلحاق إبنهما الطبيعي بهما دون الضرورة للجوء إلى الزواج اللاحق بشرط أن يكون زواجهما مستحيلا، و إن كان يقل عمليا اللجوء إلى مثل هذه الدعاوى نظرا للمساواة التامة بين الأبناء الطبيعيين و الشرعيين في الحقوق و الواجبات إلا أن القانون الفرنسي إستثنى من ذلك حالة الطفل القرابي فإذا تمكن هذا الأخير من إثبات علاقته بأحد الأبوين يحرم على الآخر إثباتها وذلك حتى لا يقع إبراز الصلة بين أبوي الطفل وهكذا بدأ القانون الفرنسي بالإعتراف بحق الطفل الطبيعي في إثبات بنوته إلى أن إنتهى إلى تكريس مساواة شبه كلية بين جميع الأبناء بصرف النظر عن ظروف ولادتهم و ذلك بصدور القانون المؤرخ في 08 / 01 / 93.

كذلك ذهب القانون البلجيكي المؤرخ في 58/02/10 إلى منح الإعتراف بنسب إبن الزنا و إكتفى في المقابل بإعطائه الحق في النفقة. و قد إنتهى المشرع الإسباني إلى نفس الإتجاه و أخيرا فقد إعترفت معظم التشريعات الغربية بأبناء الزنا و من ذلك التشريع الإيطالي لسنة 1942 الذي كان سباقا في السماح بإثبات نسب الطفل الطبيعي بطرق شتى كإقرار والديه بذلك إن كانا على قيد الحياة. أو الإقرار من بقي منهما حيا إن توفي الأخر.

أما المشرع الجزائري فلا نجده وضع إيطار تشريعي خاص بهذه الفئة من الأطفال و بقيت نصوصه مبعثرة في عدة قوانين كقانون الأسرة، و الحالة المدنية، و قانون الجنسية، و قانون الصحة، و قانون التأمين بالإضافة إلى عدة مراسيم كالمرسوم رقم 92-24 المتعلق بتغيراللقب و مرسوم تنفيذي رقم 80-83 المتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين و تنظيمها و سيرها ومرسوم 87-260 المتضمن إنشاء دور الطفولة المسعفة.

كما أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد كلمة لقيط أو طفل طبيعي، أو بالأحرى أنه لم يخص هذه الفئة بأحكام خاصة إلا في قانون الحالة المدنية و ذلك من خلال المواد 64 ، 67 من الأمر 70 – 20 و كذا قانون الصحة الملغي و في المادة 07 من قانون الجنسية .

ويعد الابن الطبيعي ثمرة علاقة خضعت لقانون الطبيعة التي تسير عليها سائر الكائنات الحية و القائمة على الإستجابة إلى الغرائز دون تثقيفها، و تنظيمها و وضعها في إيطارها المحدد. و هذا المصطلح نجده في القوانين الوضعية بتحديد التشريع الفرنسي أما في الفقه الإسلامي فالطفل الطبيعي يسمي بابن الزنا أو باللقيط أو بابن السفاح .

ويعرف الفقه الإسلامي ابن الزنا بأنه كل مولود ولد بين شخصين لا تربطهما علاقة شرعية أي زواج، أما اللقيط فيعرف حسب الإمام أبو زهرة بـــ " المولود الذي نبذه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا".

و تتجلي أهمية الموضوع في إبراز القيمة الحقيقية المرجوة من دراسة، و طرح المشكل و بيان حجمه و تبيان النصوص المطبقة و النقائص الموجودة في المنظومة التشريعية، و الإشكالات التي يواجهها القضاء في ظل غياب نصوص قانونية.

ولعل موضوع الأطفال الغير شرعيين من المواضيع ذات أهمية بالغة، سيما بعد إدراك واقعها الحقيقي في العالم. وبالتحديد في الجزائر و ذلك بالنظر إلى العدد الإجمالي الحالي سيما و أن هذه الشريحة من الأطفال في تنامي و ذلك لتراجع الضوابط الدينية و الأخلاقية من جهة و الظروف الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية من جهة أخرى . و قد أظهرت الإحصائيات

التي تخرج بها وزارة التضامن سنويا أنه بلغ عدد الأطفال في سنة 1969 لــ 6000 طفل غير شرعي ليصبح في 1981 بــ 10.786 طفل. أما في سنة 2008 فقد بلغ عددهم 28.000 طفل و قد أظهرت الإحصائيات الرسمية أن هناك معدل 3.000 طفل غير شرعي في سنة لكن تقلل الى أقل من 500 طفل جنوبا حسب أحصائيات 2013.

ورغم أهمية هذا الموضوع، إلا انه يلاحظ وجود فراغ في البحث القانوني لهذه الظاهرة. فالمشرع الجزائري عالج موضوع أو نظام الكفالة في نقاط واقتصرها في عشرة مواد لا غير .

لذلك إرتأينا معالجة الحماية التي خصها المشرع الجزائري لهذه الفئة وذلك بالتركيز على الجانب المدني دون الجزائي، على إعتبار أن هذا الجانب طرأت عليه عدة تغيرات بالإضافة إلى كونه يطرح عدة إشكالات وهذا دون أن ننسى أهميته في حاضر ومستقبل أي طفل.

و عليه يمكن طرح الإشكاليات التالية :

ما هي الحماية التي خصها المشرع الجزائري للطفل غير الشرعي؟ أو بالأحرى ما هي وضعية الطفل غير الشرعي في التشريع الجزائري من حيث الهوية وأنظمة التكفل به؟

- ***أسباب أختيار الموضوع***

- الرغبة الشخصية في بحث هذا الموضوع و المتعلق بكفالة الأطفال
- لم ينل موضوع الكفالة القسط الكافي من أهتمام المشرع و الأبحاث
- كون هذه الدراسة مطروحة على الساحة الإجتماعية

- ***الفرضيات***

- تعد الكفالة بديل عن التبني شرعا و قانونا
- أن الكفالة تضمن حقوق و حماية للطفل من الضياع

- ***الصعوبات***

- عدم وجود مراجع متخصصة للكفالة في قانون الأسرة

وقد قسمت هذه الدراسة الى فصلين وهي :

الفصل الأول : مدخل الى الكفالة

المبحث الأول : مفهوم الكفالة

المطلب الأول : تعريف الكفالة وشروطها

المطلب الثاني : شروط الكفالة

المبحث الثاني : أركان عقد الكفالة و اجراءات انعقاد الكفالة

المطلب الأول : أركان عقد الكفالة

المطلب الثاني : اجراءات عقد الكفالة

الفصل الثاني : أثار عقد الكفالة وأسباب أنعقادها

المبحث الأول : أثار عقد الكفالة

المطلب الأول : أثار عقد الكفالة بالنسبة الى الكافل

المطلب الثاني : أثار عقد الكفالة بالنسبة الى المكفول

المبحث الثاني : أنقضاء عقد الكفالة

المطلب الأول : أنقضاء عقد الكفالة بتخلف حد الشروط المنصوص عليها في المادة 118 من قانون الأسرة

المطلب الثاني : أنقضاء عقد الكفالة بطلب والدي المكفول معلوم النسب

المطلب الثالث : أنقضاء عقد الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول

المطلب الرابع : أنقضاء عقد الكفالة لفسق أو سوء سيرة

الفصـــــــــــل الأول

على اعتبار أن دين الدولة الجزائرية الإسلام فان المشرع الجزائري شأنه شأن الدول الإسلامية باستثناء تونس و العراق منع التبني .

و في هذا السياق جاء نص المادة 46من قانون الأسرة بنصها "يمنع التبني شرعا و قانونا " و في وجود هذا المانع كان ضروري إيجاد نظام بديل عن التبني، و ذلك لحماية شريحة معينة من المجتمع و التي تعد ضحية تصرفات لا مسؤولة نتج عنها أطفال مجهولي النسب. و عليه كان لازما إيجاد نظام تسمح به الشريعة الإسلامية يضمن الأستقرار و الأمن للطفل استحث المشرع الجزائرى كغيره من التشريعات العربية نظام الكفالة و بهذا النظام أقرته الإتفاقيات الدولية جاء في المادة 20من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في الفقرة الثالثة و التي إعتبرته نظام بديل عن التبني بالنسبة للمجتمعات الإسلامية.

أما المشرع الجزائري فقد نظم أحكام الكفالة في المواد من 116 إلى 125 من قانون 02-05 و المتعلق بقانون الأسرة كما نظم إجراءاتها في المواد من 492 إلى 497 من قانون 08-09 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

المبحث الأول : مفهوم الكفالة:

إن مصطلح الكفالة له عدة معاني فمنها ما يعني ضمان الدين ومنها ما يعني الولاية على المال ومنها ما يعني الولاية على النفس القاصر ، لكن ما يهمنا نحن في هذا المبحث هو كفالة القاصر من ناحية المال و النفس وعليه فإننا سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الكفالة في المطلب أول و في المطلب الثاني شروط الكفالة .

المطلب الأول : تعريف الكفالة و شروطها :

وفي هذا الصدد نتعرض إلى تعريف الكفالة بمختلف مقاصدها مركزين على الكفالة في قانون الأسرة وأهم خصائصها مع تميزها عن الأنظمة المشابهة لها مبرزين طبيعتها القانونية.

الفرع الأول : تعريف الكفالة :

يمكن تعريفها بحسب المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي .

1 – المعنى اللغوي : وتعني الكفالة في اللغة العربية : الضم ، و زعامة ،وحمالة ،و قبالة و صبارة وكل هذه بمعنى واحد [1]

ومنه قول الله تعالى ((وكفلها زكريا)) [2] أي ضمن القيام بأمرها وتكفل بها .

قال رسول الله عليه و سلم" أنا وكافل اليتيم كهاتين و أشار إلى إصبعيه الإبهام و السبابّة"

فهي من : كفل يكفل كفالة ،إذا فالكافل هو القائم بأمر اليتيم والمربي له . ولذلك يقول الله تعالى في كتابه الكريم(وأنا بـــه زعيم) [3]، أي وأنابه كفيل.

[1] مجد الدين محمد بن يعقوب ، قاموس المحيط ، ط2، دارالكتب العلمية لبنان 2007 ، ص1065

[2] سورة آل عمران الآية : 37.

[3] على محمد عبد الحافظ السيد ، عقد الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي ، ط1 دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2008 ، ص4

2 – المعنى الاصطلاحي : الكفالة في القانون لها معنيين في

- **القانون المدني** : هو"عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي ذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه [1]
- **قانون الأسرة** : لقد عرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 166 من ق . أ كما يلي "الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي" .[2] وهذا هو موضوع بحثنا

تعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف انها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم أو مجهول النسب[3] .

ونعني بها رعاية الطفل من قبل أسرة غير أسرته النووية سواء كانت من أقاربه أو غريبة عنه . و لم تكتف الشريعة الإسلامية بتنظيم الكفالة من خلال نظامها القانوني، بل شجعت عليها عن طريق قواعدها الدينية، كما جاء في قوله عليه الصلاة والسلام" خير بيوت المسلمين بيت فيه يتيم يكرمّ، وشرّ بيوت المسلمين بيت يقهر فيه يتيم ."

ولقد اعتبر الفقه الإسلامي الكفالة إلتزام شخصي يصدر عن الكافل سواء كان رجلا أو إمراة [4]،" لأنها تبرع منه مما يضفي عليها صبغة قانونية ودينية يبتغي بها وجه المولى عز وجل وعليه لا يستطيع إلزام غيره بها ولو كان زوجه مما يعني أن كفالة الزوجين للطفل يتطلب موافقتهما معًا في الشريعة الإسلامية."

إذن فكفالة الطفل الذي فقد رعاية والدية ممكنة من قبل الأشخاص والأسر في الشريعة الإسلامية مع مراعاة مصلحة المكفول في كل ذلك وهي عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة.

الفرع الثاني :خصائص عقد الكفالة

لعقد الكفالة خصائص تميزه عن غيره من العقود وهذه الخصائص هي التي تضفي على هذا العقد صيغة خاصة

- الكفالة عقد فيه 03 أطراف هم الكفيل المكفول و الهيئة التي تبرم العقد مع الكفيل فهي لا تقوم إلا إذا أبرمت أمام الجهات القضائية وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة طبقا للمادة 117 من قانون الأسرة
- الكفالة عقد تبرعي : يعتبر عقد الكفالة من عقود التبرع فالكفيل يقصد بكفالته للصغير القاصر المكفول سداد خدمة له أو لوالديه إن كان معلوم النسب و لوجه الله تعالى إن كان كذلك أو كان لقيطا دون من يرعاه . وقد نص المشرع

[1] المادة 644 من ق. م . ج

[2] المادة 116 من ق . أ

[3] محمد ابو زهرة ،الاحوال الشخصية ،دار الفكر العربي ،ط3 ،مصر ،1957 ص400

[4] محمد بن احمد الصالح ،حق الطفل في الشريعة الأسلامية و القانون الجزائري ، ص115-118

الجزائرى على ذاك في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري (الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية و رعاية...)[1]

- الكفالة ليست أبدية و يمكن أن تنقضي بأحد الأسباب التي سنتطرق لها فيما بعد.
- الكفالة ترد على القاصر دون غيره: (الكفالة التزام على وجه التبرع بالعناية بولد قاصر ...) المادة 116 من قانون الأسرة ، من خلال المادة نجد ان الكفالة ترد على الأطفال دون الكبار ، كما ان حالة الطفل المكفول تختلف ، اذ أن المادة 119 من ق. أ (الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب) وقد اشترطت المادة 117 من نفس القانون (تتم الكفالة برضا من له أبوان) و عليه :

✓ **الولد المعلوم النسب** :فإن كفالة ولد معلوم النسب (الأبوان معا أو لأم مسماة) فإن لكفالة لا تتم إلا برضا أبواه أو أحدهما .[2]

وبذلك تصبح الكفالة عقدا بين أبوي القاصروالكافل

✓ **اما مجهول النسب (اللقيط)** : هو مولود حي حديث العهد بالولادة لا يعرف له أب ولا أم[3]

فالولد المكفول مجهول النسب فإن الكفالة تتم بأمر ولائي يصدره قاضي شؤون الأسرة بناءا على طلب طالب الكفالة حسب المادة 492 و493[4]

- عقد شرعي : حسب المادة 117 " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة ، أو أمام الموثق أن تتم برضا من له أبوان "ومعنى هذا أن عقد الكفالة يجب أن يحرر أمام القاضي المحكمة بمحضر التزاما لكافل بوجه التبرع سواءا كان القاصر لقيطا مجهول النسب أو كان معلوم النسب [5]

الفرع الثالث : حكم الكفالة

حرم الله عز وجل التبني فقضى على ما كان من أحكام زمن الجاهلية واستمر حتى صدر الإسلام الخامسة للهجرة .ولذلك كان من الضرورة إيجاد نظام يبيحه الإسلام والقانون فكان نظام الكفالة البديل الملائم حماية للمجتمع ومنع لضياع الأنساب واختلال نظام الأسرة .

ولقد نظم المشرع الجزائري الكفالة في المواد 116 إلى 125 من قانون الأسرة وإذا أراد شخص أن يكفل طفلا سواء معلوم النسب أو مجهوله، فله ذلك على أن يلقى ذلك الطفل المعاملة التي يلقاها الطفل الصلبي من طرف والديه وبالتالي تولي طفل يتيم بالرعاية والتربية الحسنة والمعاملة الطيبة يحفظه من الضياع ويؤمن له جوا مستقرا ويضمن له حياة مستقرة.

[1] بوعرة مفتاح ، الكفالة في قانون الاسرة والشريعة الاسلامية ، مذكرة تخرج ليسانس ، ورقلة ،2003/2002 ، ص8

[2] المادة 117 قانون الأسرة

[3] باحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث أجتهادات المحكمة العليا ،ط1 ،الجزائر 2012 ، ص528

[4] المادة 492 و 493 من ق.أ م و إ

[5] عبد القادر مدقن ،شرح وجيز لقانون الاسرة الجزائري ،ملخص من الفقه الاسلامي ،ط1،الجزائر 1998، ص48

الأدلة على مشروعية الكفالة :

الكفالة مشروعة بالكتاب ويتجلى ذللك فى :

قوله تعالى عن مريم :﴿ فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ [آل عمران/ 37[ ].هي التي تُعتَبر مستندًا في مشروعيَّة الكفالة، وأنها شأن الأنبياء قبل رسولنا – صلَّى لله عليه وسلَّم

قوله تعالى :﴿ إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى مَنْ يَكْفُلُهُ ﴾ [طه/40]، في سياق الحديث عن موسى عليه السلام والرُّجوع به إلى أمِّه لتكفله؛ أي: لتكمل رضاعه .

وفي السِّياق نفسه نجد قوله تعالى :﴿ وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ ﴾ [القصص/12].

الفرع الرابع : تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة له

ظاهرا لا يوجد فرق بين الكفالة والحضانة والتبني لأنها يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا وكدا الإسناد الواقعي للطفل القاصر وضمه إلى أسرة أخرى ليست أصلية، لكن أصلا هناك اختلاف فيما بينها ، وعليه يمكننا التطرق إلى التميز بين هذه الأنظمة والكفالة في مايلي :

1. الفرق بين الكفالة و الحضانة

لابد من معرفة الفرق بين الكفالة والحضانة، وذلك لأن من الفقه من جعلها مرادفين [1]

- **لغة لكل من المصطلحين معني يدل عليه .**

يقال كفل فلانا، بمعنى عاله وأنفق عليه وقام بأمره ، وحضن الصبي أي جعله في حضنه وضمه إلى صدره .

ومن خلال هذين التعريفين استقطرنا الفرقين التاليين:

1. أن الحضانة تتعلق بطفل أصغر سنا ممن هو في الكفالة، وهذا هوالقول الذي يدعمه بنظر الشافعية الذين جعلوا الحضانة قبل بلوغ الصبي سبع أو ثمان سنين، أما الكفالة فجعلوها بعد ذلك.
2. إن الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول ، في حين الحضانة غرضها مدّ الحنان والرعاية وتقديم الخدمات المادية كما سبق ذكره دون أن تلزم الحاضن بالنفقة على المحضون
3. إن الكفالة التزام على التبرع حيث لا يأخد الكافل أي عوض خلاف الحضانة التي يجوز أخد أجرة

2. الفرق بين الكفالة و التبني

1 من حيث المشروعية :

إن الشيء المتعارف عليه ظاهريا في التفرقة بين التبني والكفالة هو أن التبني يؤثر في النسب إذ يحدث نسب جديد اعتباري وهو النسب التبني هدا من جهة , ومن جهة أخرى يؤثر في العلاقة الميراثية بسبب النسب الاعتباري اذ يصبح وارث هو كدالك ميت توافرت شروط الميراث .

تعتبر الكفالة مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله , وإجماع العلماء فمن الكتاب قوله تعالى :﴿ لن أرسله معكم حتى تؤتوني موثقا من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم فلما آتوه موثقهم قال الله على ما تقول وكيل ﴾

[1] وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ،الاحوال الشخصية ، ج3 ،دار الفكر ، دمشق 1992 ، ص 717

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

وقد أجمع العلماء , جوازها ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعضا من عصر النبوة دون تكبير من احد الأعضاء , أما التبني فهو محرم تحريما قطعيا بالكتاب والسنة إد يقول عز وجل﴿ ما جعل الله لرجل قلبين في جوفه وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل . ادعوهم للآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما ﴾

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أخرجه البخاري ومسلم :" ليس من رجل أدعى إلى غير أبيه وهو يعلمه إلا كفر" وقوله أيضا :"من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام " إلا أنه في حالة النسب من التبني الخطأ فلا إثم عليه لقوله تعالى ﴿ وليس لكم جناح فيما أخطأتم به ﴾ والدليل من السنة قوله صلى الله عليه وسلم :" إن الله تعالى رفع عن أمتي الخطأ والنسيان و ما استكرهوا عليه "

2 من حيث الآثار

الملاحظ هنا أن لا يرتب أي أثر بحكم تحريمه القاطع فلا ميراث للتبني ولا نسب له اذ لا يمكن إلحاقه بالشخص الذي يريد تبنيه , ومن خالف هذه الأحكام يعد آثما وبهذا جعل لكل نظام سببا أصليا ففي الإرث مثلا قال الله عز وجل ﴿والذين آمنوا وهاجرو و جاهدوا فأولئك منكم وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله إن الله بكل شيء عليم﴾ فربط القرآن الكريم سبب الإرث بصلة الدم والقرابة الحقيقية , وهو ما لا يتوفر عند المتبني والمكفول ,أما في الزواج يقول تعالى: ﴿ وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ﴾ الكريم من المحرمات حلائل الأبناء الصلبيين لا الأدعياء ,لأنهم ليسوا من الصلب ,هذا وقررت الشريعة الاهتداء على الآباء الحقيقيين فإن الله عز وجل جعل مكانة الأدعياء في المجتمع على أساس الإخوة في الدين و الموالاة، كذالك لكي لا يبقون في جماعتهم بغير رابطة بعد الإلغاء نظام التبني لقوله تعالى : ﴿و فإن لم تعلموا آبائكم فإخوانكم في الدين ومواليكم ﴾ وهذه العلاقة شعورية وأدبية لا تترتب عليها التزامات النسب بالدم فيدعون باسم الأخوة وإذا كانت صلتهم واحدة .

وبإسم الولاية إن كانوا عتقاء ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لزيد بن حارثة :" أنت أخونا ومولانا ". وخلاصة القول أن الكفالة بحكم جوازها شرعا فهي ترتب بعض الآثار العرفية التي يمكنها إن تمس بما يترتب من آثار من وفاة الكافل، وجواز امتلاك المكفول لحق الزواج بإحدى بنات الشخص الكافل ,كما أن بلوغ المكفول لسن الرشد يعطيه حرية التصرف في نفسه وفي ماله إن كان قد جمع مالا بنفسه .

المطلب الثاني : شروط عقد الكفالة

عقد الكفالة كباقي العقود الأخري التي يجب عند أنعقادها توفر شروط و هذه فيها ما تتعلق بالكافل ومنها ما يتعلـــق بالمكفول ومنها ما يتعلق بعقد الكفالة

الفرع الأول :الشروط المتعلقة بالكافل : بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في مادتيه 117 و 118 منه نجدهما حـــددا شروطا عامة التي يجب ان تتوفر في الكافل سواءا كان شخصا طبيعيا أو معنويا فالهيئة المكلفة بأن تعقد عقد الكفالة أن تتأكد من توافر هذه الشروط في الكافل هي : الإسلام ، العقل ، القدرة ، لكن عمليا القاضي يتحقق من عدة شـــروط أخـــرى ضرورية لكن غير تلك الواردة في المادتين السالفتين الذكر وسأوضح ذلك .

1- *شرط الأسلام* فنجد أن قانون الأسرة أوجب أن يكون الكافل مسلما أي يدين بدين الأسلام حتى يستطيع أن يتكفل بطفل مسلم لأن هذا الأخير قد يجر الى تغير دينه و بالتالى تكون الكفالة نقمة عليه بدل أن تكون نعمة وقد حذر الله عز وجل من مولاة الكافرين

فشرط الإسلام في الكافل ضروري حتى تسند إليه الكفالة و عليه المسيحي أو اليهودي أو المتدين بأي ديانة أخرى غير الإسلام يرفض طلبه في منح الكفالة له و يستنتج أن القانون الجزائري لا يهتم بجنسية الكافل كاهتمامه بدينه .لكن كيف يمكن لمانح الكفالة أن يتحقق من دين الكافل ؟

هنا يمكن القول أن السلطة التقديرية تعود لمانح الكفالة و ذلك بعد التحقق باستخدام جميع الوسائل سواء بسماع الشهود أو القرائن أو غيرها من الوسائل التي يمكن الاستعانة بها للتحقيق في هذه النقطة .

و قال الأستاذ بن أكلي : وقد أجاز قانون رقم 05-10 في المادة 13 مكرر 1 كفالة الأجنبي للطفل الجزائري ولكن بشرط أن يكون مسلما وذلك عملا بمجموع النصوص .

2- *شرط الأهلية* : قصد بها مجرد صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات أما النسبة للشخص الاعتباري فبمجرد ثبوت الشخصية القانونية له .

نصت المادة 116 من قانون الأسرة على هذا الشرط بعبارة عاقل و يقصد بان يكون الكافل عاقل، أن يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة أي يجب أن يكون بالغ لسن الرشد و غير محجور عليه بسبب جنون آو عته آو نتيجة لعقوبة جزائية و هذا الشرط من السهل التحقق منه[1].

3- *شرط القدرة:* هذا الشرط مفاده أن يكون الكافل قادرا جسديا وماديا على التكفل بالقاصر و المراد بالقدرة

- **القدرة الجسدية** :هي عجز الكافل عن التكفل بطفل إرادته بسبب أصابته بلعاهتين أو أعاقة مثلا

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في هذا الصدد بقوله" :ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية". [2]

[1] الغوتي بن ملحة ، قانون الأسرة علي ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعلت الجامعية ،ط1 ، 2005،ص169

[2] المجلة القضائية ، العدد 04 سنة 1989، ص76

- **القدرة المادية** :يقصد المشرع بالقدرة هنا الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون بطالا وليس له مورد رزق، إذ أنه عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقيق من هذه القدرة، وإلا رفض الطالب الطفل.

والشيء الملاحظ أنه من المفروض مثل هذه الشروط المتعلقة بالوضعية المادية للكافل أن ينظمها بمقتضى التشريع ويبين كيف تثبت هذه الوضعية؟

هل بشهادة العمل أم كشف الرواتب، أم السجل التجاري، هذا من جهة ومن جهة أخرى فهناك عدة إشكالات عملية مطروحة في غياب النص التشريعي مثلا:

- هل يمكن للهيئات والأشخاص غير الطبيعيين أن يطلبوا الكفالة؟
- هل يشترط الفارق في السن بين الكافل والمكفول؟ وكم هذا السن؟
- هل يشترط في الكافل أن يكون متزوجا؟
- هل يشترط موافقة الزوج والزوجة إذا كانا على قيد الحياة؟

هناك من يقول أنه" إذا قبل أحد الزوجين على الكفالة، يتعين موافقة الزوج الأخر[1].

إن هذه الإشكاليات هي عملية يواجهها المواطن والقاضي يوميا، إذ كان من المفروض النص عليها صراحة في قانون الأسرة حتى يزول الغموض ولا يكون تناقض في التأويلات بين جهات القضاء الجزائري وحتى توفر أحسن رعاية للطفل القاصر.

كما أنه يشترط في الكافل أن يكون أمينا على مصالح المكفول المادية إذا كان له أموال، ومعنوية في الرعاية الحسنة والمعاملة الطيبة.

كما أنه من الناحية العملية، يشترط أن يكون الطفل في وسط عائلي متكون من أب وأم حتى يشعر بدفء العائلة التي حرم منها، وحتى ينشأ كطفل عادي في ظروف عادية.

الفرع الثاني :الشروط المتعلقة بالمكفول

إن القانون الجزائري لم ينص على شروط خاصة متعلقة بالمكفول و منه يمكن لأي طفل سواء معلوم أو مجهول النسب أن يكون مكفولا، لكن الشرطين الوحيدين اللذين يمكن أن يستشف من المادتين 116و119 من قانون الأسرة أن يكون غير بالغ لسن الرشد و الذي هو محدد في القانون المدني ب 19 سنة[2] .

و عليه يلاحظ أن المشرع لم ينص على السن التي تشترط في المكفول صراحة في أحكام الكفالة الموجودة في قانون الآســـرة لكن أحالنا إلى القانون المدني باعتباره يحتوي على المبادئ العامة للقانون[3] .

إن القاضي حتى يبرم عقد الكفالة يجب عليه أن يجري تحقيقا في الملف ومن بين الأمور التي يجب التأكد منها هو شرط السن فقانون الأسرة أشترط أن يكون ولدا قاصرا فقط، وهذا ما يحيلنا إلى أحكام القانون المدني في مادته :40 الفقـــرة 02

[1] الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة ، مرجع سابق ،ص169

[2] المادة 40 من القانون المدني " إن القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهو 19 سنة "

[3] الغوثي بن ملحة ـــ نفس المرجع السابق ـــ ص 169

التي عرفت الولد القاصر بسنه و نصت على إن القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد و هي 19 سنة [1]. و هنا كان من المفروض على المشرع أن يحدد السن صراحة في أحكام الكفالة مثل ما فعل المشرع المغربي .

الفرع الثالث : الشرط الذي لم يتعرض له المشرع

1. جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة

لا يوجد نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة مثل :المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي، مع العلم أن مثل هذه الأشخاص الاعتبارية عادة لها مركز مالي وتسيير بشري لائق يمكنها التكفل بالأطفال اللقطاء أو مجهولي النسب، وحتى الأطفال معلومي النسب، إذ أنه من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة وإعطائها الحق في الكفالة، أحسن من أن تقوم عائلات ببيع أبنائهم لعدم توفر الوسائل المالية المعيشية أو قتلهم.

إلا أن حق الأشخاص المعنوية المكلفة برعاية الأطفال نص عليه المشرع المغربي صراحة على هذا الحق وأشترط أن تكون الجمعية أو المؤسسة مؤهلة قانونا ومعتمدة، وأن تسهر على نشأة المكفول تنشئة إسلامية بحتة وإلا رفض الطلب أو قام القاضي المكلف بشؤون القصر بإلغاء الكفالة." [2]

الفرع الرابع : شروط الواجبة في عقد الكفالة

أن عقد الكفالة ينشأ صحيحا عند تبادل أطرافه "الكافل والأبوان معا أو الأم أو المؤسسة المكلفة بتكفل بالأطفال" أضافة الى خلو الإرادة من أي عيب من العيوب التي قد تصيبها التي تؤدي الى جعلها باطلة سواءا كان البطلان نسبي أو مطلق ، فنجد أن المشرع الجزائرى افرغ أرادة الأطراف في عقد رسمي ويكون ذلك أمام المحكمة فقط بعدما كانت أيضا من أختصاص الموثق .

إن المحاكم هي المختصة في إبرام عقد الكفالة لأنها صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع القضايا المدنية .فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إما إلى قاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص، وهذا الأخير يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقة فيه، أي في شكل معين وبعد إطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف والهدف من هذا الإجراء هو ما لدي رئيس المحكمة من قوة قانونية تمكن حامل هذا العقد سلطة على المكفول و عدم تعرض لي والي المكفول في المستقبل أن وجدا .[3]

[1] بدران ابو العينين ،الفقه المقارن ، الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة ،الزواج والطلاق ،ج1 ،ط1 دار النهضة العربية ،لبنان 2001

[2] طاع الله عوني ، رئيس مكتب في مجلس قضاء ولاية إيليزي مساعدة قضائية أعتمادا على الوثائق الداخلية للمحكمة

[3] بوعشة عقيلة ، الكفالة في الشريعة وقانون الاسرة ، مرجع سابق ، ص26

المبحث الثاني: اركان عقد الكفالة و اجراءات انعقاد الكفالة

الكفالة كأي عقد من العقود لا بد ان تتوفر فيها الاركان العامة الواجب توفرها في كل عقد ، من ركن التراضي ، ر السبب و رالمحل أضافة الى ركن الشكلية سنتطرق الى ذلك فيما يلي

المطلب الأول : أركان عقد الكفالة

الفرع الأول : ركن التراضي

تناول المشرع الجزائري موضوع الرضا في المواد 59 الى 91 من القانون المدني حيث نص في المادة 59 من القانون المدني "يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن أرادتهما المتطابقتين دون الأخلال بالنصوص القانونية "

والرضا يتجسد في عقد الكفالة من خلال :

أ- **القاصر معلوم النسب** : ويكون ركن التراضي في هده الحالة بين المتعاقدين وهم والدي المكفول والكفيل سواءا كانا معا أو أحدهما بأن يتبادلا التعبير عن ارادة كل طرف بأرادة الوالدين معا او احدهما بنيتهما التخلي عن الطفل بالمقابل يكون رد الكافل بالموافقة علي الطلب

ب- **القاصر مجهول النسب** : ويكون ركن التراضي في هذه الحالة بين المؤسسة المتكفلة بالأطفال و الكافل في كلتا الحالتين السابقتين يجب علي كل من الكفيل و المكفول أن تطابق إرادتين وحتى يكون صحيحا لابد أن يصدر من ذي أهلية وغير مشيبة بعيب من عيوب الأرادة وهي الغلط ، التدليس ، الأكراه و الأستغلال .[1]

الغلط: هو حالة تقوم في نفس الانسان تحمله على توهم غير الواقع

نصت المادة 81 من قانون المدني "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت أبرام العقد أن يطلب أبطاله [2]

ويكون الغلط في عقد الكفالة :

بالنسبة الي الكافل من خلال محاولة الكافل بتكفل بولد عمره شهرا وبعد زمن يكتشف أنه لديه أربعة اشهر فهنا يجوز له أن يطلب بأبطال عقد الكفالة .

بالنسبة الي والدي المكفول كلايهما أم أحدهما ، أو المؤسسة المختصة بالرعاية الأطفال و يكون من خلال التعاقد مع شخص بأعتباره شخص أخر ثم يظهر العكس مثلا :تعاقد الوالدين أو أحدهما أو المؤسسة مع رئيس المجلس الشعبي البلدى بلدية ايليزى ثم يظهر أنه رئيس المجلس الشعبي لبلدية عين إمناس .

[1] نبيل صقر ، قانون الأسرة ،مرجع سابق، ص469-470

[2] على على سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الألتزام في القانون المدن الجزائري ،ط1 ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 2006 ص56

التدليس :هو أيقاع المتعاقد فى غلط يدفعه الى التعاقد

تنص المادة 87 من القانون المدني ''إذا صدر تدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد الآخر أن يطلب أبطال العقد ، مالم يثبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس ''

يكون بالنسبة الى الكافل فى عقد الكفالة بأستعمال والدي المكفول معا او احدهما او المؤسسة المكلف برعاية الاطفال من خلال استعمال حيل و مستندات مزيفة أو أسم مستعار تدفع المتعاقد الاخر بالتعاقد معه .

بالنسبة الى والدي المكفول كلايهما أم أحدهما ، أو المؤسسة المختصة بالرعاية الأطفال ويكون التدليس في هده الصورة بأعطاء معلومات زائفة عن الطفل كأن يعتبر الطفول مجهول النسب وهو فب الحقيقة معلوم النسب .

الأكراه: هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع الى التعاقد

تنص المادة 88 من القانون المدني ''يجوز أبطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق . وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال '' .

يكون الإكراه بصور شتي منها في عقد الكفالة

بالنسبة الى الكافل فى عقد الكفالة باكراه والدي المكفول معا او احدهما او المؤسسة المكلف برعاية الاطفال بوضع الكافل تحت إكراه مادي أو معنوي بكل الوسائل ويشترط القانون

أن يكون الإكراه بخطر محدق على نفس أو مال أو الغير.

بالنسبة لوالدي المكفول كلايهما أم أحدهما ، أو المؤسسة المختصة بالرعاية الأطفال من خلال قيام الكافل باكرهم سواء كان الاكراه مادي او معنوي من خلال تهديد والعنف

الأستغلال :هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد و ما يأخده

تنص المادة 90 من القانون المدني" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد مع المتعاقد الأخر قد أستغل فيه ما غلب عليه من طيش بين أو هوى جامح جاز للقاضى بناء علي طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد ، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة "[1]

أما في عقد الكفالة فيكون الاستغلال

بالنسبة الى الكافل بالاستغلاله لماله او مكانه و هدفها تحقيق مصلحة من التكفل

[1] بوعشة عقيلة ،الكفالة في قانون الاسرة و الشريعة الاسلامية ،مذكرة نهاية التكوين ،2001-2004 ، ص29

الفرع الثاني : ركن المحل

الواقع هو أن محل العقد هو الالتزام الذي يترتب عليه ، فالعقد لا يرتب الا التزامات إما بإعطاء و إما بفعل أو أمتناع ، فالمراد بالمحل هو محل الالتزام ، فالكلام عن المحل العقد فيه تجاوز ، والصحيح هو محل الالتزام ،ويشترط في المحل ثلاثة شروط كما يظهر من نص المواد 92الى96 وهي :[1]

- ✓ المحل موجود أو قابل للوجود
- ✓ المحل معين أو قابل للتعيين
- ✓ المحل مشروع أي قايل للتعامل فيه [2]

المحل في عقد الكفالة هو رغبة الكافل بالتكفل بالقاصر و التزامه بارعاية والنفقة وتربية المكفول أو التزام الاب أو الام أو المؤسسة الخاصة بالطفولة بتسليم الولد الى كافله . كما يجب على الطفل المتكفل به أن يكون موجودا ومعينا من خلال أن يكون ذكر او انثى كما يجب ان يكون والداه أو الام قاما بتخلي عنه أو المؤسسة هى التى أعطته لكافله وليس مسروق من والديه أو المؤسسة .

الفرع الثالث : ركن السبب

السبب هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه

نصت المادة 98 من القانون المدني " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا مالم يقم الدليل على غير ذلك . ويعتبر المذكور فى العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا أخر غير مشروع أن يثبت ما يدعيه "

والسبب فى الكفالة هى نيته أو الدافع الى الكفالة وتحمله الالتزامات التى على عاتقه من نفقة ورعاية وتربية [3]

ولصحة سبب الكفالة يجب أن يكون السبب صحيحا فالسبب غير الصحيح لا يصلح أن يقوم عليه التزام . ويرجع عدم صحة السبب الى أحد الأمرين إما لأن السبب الظاهر وهو سبب غير صحيح و أما السبب الظاهر هو سبب صورى، كما يجب أن يكون السبب مشروع أي لا يحرمه القانون ولا يكون مخالف للنظام العام و الأداب العامة .

الفرع الرابع : ركن الشكل

العقد الشكلى هو مالا يتم بمجرد تراضى المتعاقدان ، بل يجب لتمامه فوق ذلك أتباع شكل مخصوص يحدده القانون . واكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد

ان الشكل فى عقد الكفالة من خلال المادة 117 من قانون الاسرة ''يجب أن تكون الكفالة ...'' يكون واجبا من خلال أفراغ أرادة المتعاقدان فى ورقة رسمية حيث نلاحظ فى المادة 116 من قانون الاسرة ''الكفالة ... تتم بعقد شرعى '' لو تنص على شكلية معينة بل اكتفى فقط برضى الوالدين اذا كان معلوم النسب .

---

[1] على على سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مرجع سابق ،ص69

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،المجلد 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان 1998ص408

[3] بوعشة عقيلة ، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية ،مرجع سابق ، ص17

المطلب الثاني : أجراءات أنعقاد عقد الكفالة

لإجراء عقد الكفالة يجب أن يمر كل شخص علي هاتين المرحلتين

الفرع الأول : المرحلة التمهيدية :

عند إبداء أرادة كل من الكافل و والدي الطفل معا أو أحدهما أو المؤسسة المتكفلة بالأطفال أرادتهما تأتي مباشرة أجراءات عقد الكفالة

الأجراء عقد الكفالة يجب ان يتخلي عن الطفل معلوم النسب عليه والديه

- ***القاصر كان معلوم الام :*** تقوم الأم بتخلي عن ولدها ويكون ذلك علي مستوى المستشفي فتقوم المساعدة الإجتماعية الخاصة بالمستشفي بتقديم لها محضر عن التخلي فتقوم الأم بملاءه علما أنها ستقوم بسؤالها عن مدة التخلي هل هي مؤقتة أو نهائية مع العلم أن مدة التخلي المؤقتة تكون لمدة 3 أشهر وفي الاخير تقوم الأم بأمضاء علي المحضر مع المساعدة .

يوضع الطفل في دار الحضانة ليعيش فيها حتي يبلغ 3أشهر وفي حالة لم تأتي الأم يحول الي مديرية النشاط الأجتماعي وفي الاخير تقوم المساعدة الأجتماعية بتفتيش علي العائلات اللواتي يرغبن بالتكفل

- ***حالة التخلي المؤقت :***

في حالة التخلي المؤقت يبقى الطفل تحت رعاية الدولة وهي من تسهر على جميع احتياجاته من إطعام، علاج، إسكان. و هنا تمنح للأم مهلة 03 أشهر للتفكير هل تتخلى عنه نهائيا أم تستعيده، و بعد انتهاء هذه المدة دون عودة الأم تستدعى مرة ثانية من قبل مصلحة المساعدة الاجتماعية لتأكيد التخلي أو للاستعادة، و في حالة عدم حضور الأم بعد الاستدعاء لمدة 3 أو 4 أشهر و بعد توجيه لها عدة استدعاءات فإن قاضي الأحداث يوجه لها استدعاء أخيرا و في حالة عدم الإجابة يقوم هذا الأخير بإجراء الأمر بالوضع بالمؤسسة. و في حالة وجود طلب بكفالة الطفل فإن قاضي الأحداث يتحقق من العائلة الكافلة و الظروف التي ستوفرها للطفل و هنا يستدعي الأم إن كانت معروفة و في حالة عدم الاستجابة يصدر أمر برفع اليد أو رفض طلب الكفالة حسب ما تقتضيه مصلحة الطفل .

كما يمكن لأم الطفل أن تتقدم بطلب الاسترجاع أمام الجهة المتواجد بها طفلها، فتقوم المساعدة الاجتماعية بإجراء تحقيق حول كيفية عيش المرأة و عن ظروفها الاجتماعية و الاقتصادية و بعدها يمنح لها تسريح ممضى من المصلحة المختصة إذا كان التحقيق ايجابي و هكذا تستعيد الأم العازية ابنها [1].

- ***حالة التخلي النهائي :***

يتم التخلي النهائي أمام المساعدة الاجتماعية و هنا تقوم الأم بالإمضاء على محضر التخلي النهائي عن الطفل الذي أنجبته و هنا يمكن القول أن هذا الإجراء غير ملائم فكيف يعقل أن لا تقوم الكفالة إلا بعد انتقاء مجموعة من الإجراءات القانونية في حين أن الأم تتنصل من جميع مسؤوليتها اتجاه الطفل الذي انجبته وذلك بعد القيام بإجراء إداري بسيط و هو تلقي الأقوال و تدوينها في محضر[2]

[1] طاع الله عوني ، رئيس مكتب لدي مجلس قضاء ايليزي ،مساعدة قضائية اعتمادا هلى الوثائق الداخلية للمحكمة

[2] عبد العزيز سعد ،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 2002 ، ص123

و من آثار التخلي النهائي أن يصبح الطفل من أيتام الدولة و يدخل مباشرة إلى دار الطفولة المسعفة. و تصبح مديرية الخدمات الاجتماعية وصية عليه و يعرض على الكفالة و حتى في حالة ما إذا رغبت الأم استعادته فلا يمكنها إلا بطلب كفالة الطفل.

كما أن للأم مطلق الحرية في ترك بياناتها الشخصية لدى مصلحة الإسعاف العمومي مع الإبقاء على السرية كما لها أن لا تترك أي معلومة و هنا تلزم المساعدة الاجتماعية بعدم ذكر أي معلومة خصوصا و أن هناك العديد من الأطفال بعد بلوغهم سن التمييز و لم يوضعوا في عائلات تكفلهم يلحوا في الحصول على معلومات الوصول إلى ذويهم الحقيقيين إلا أن هذا قد يخلق مأساة عائلية للأم خصوصا إذا بنت عائلة جديدة و مأساة نفسية بالنسبة للطفل في حالة رفض أمه له.

- ***القاصر مجهول الوالدين :*** فإن هذا القاصر يكون موجود وتحت ولاية مؤسسة حماية الطفولة ، وهي التي تقوم برعايتهم والعناية بهم فنجد أن القانون لم يشترط رضا المكلف بهذه المؤسسة صراحة وفيما يخص إسم القاصر مجهول النسب عندما يدخل إلى المصلحة يمنح للمجهول النسب اسمين متتالين

حالة كون المولود ذكر : هنا يقوم ضابط الحالة المدنية بمنح الطفل سلسلة من الأسماء الخاصة بالذكور و يتخذ آخر هذه الأسماء كلقب عائلي بالنسبة لهم.

حالة كون المولود أنثي : يمنح ضابط الحالة المدنية سلسلة من الأسماء الخاصة بالإناث بحيث يتخذ آخر اسم كلقب عائلي بالنسبة لهم على أن يكون هذا الأخير من الأسماء المخصصة للذكور [1]

الفرع الثاني :المرحلة القضائية :

وقانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 قد نظم في المواد من 492 إلى 497 إجراءات طلب كفالة و إجراءات إلغائها.

نصت المادة 492 ''انه يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة ''من أجل أن يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل وفقا لمواد قانون الأسرة ة و لأجل ذلك يجوز للقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول و الإنفاق عليه و تربيته.

و لأجل تبسيط الإجراءات المتعلقة بطلب الكفالة التي تتسم بطابع إنساني فان النظر في الطلب يتم بعد اخذ رأي النيابة وذلك حسب المادة 494 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ''ينظر في طلب الكفالة فى غرفة المشورة بعد أخذ رأى ممثل النيابة العامة و التي تعد طرفا في جميع قضايا شؤون الأسرة و يفصل في الطلب بموجب أمر ولائي. هذا ما نصت عليه المادة 493 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ''يفصل القاضى فى طلب الكفالة بأمر ولائى''

أما في حالة طلب التخلي عن الكفالة فان المشرع أخضعها لقواعد الإجراءات العادية في رفع دعوى و تصدر بموجب حكم و هذا من باب ترجيح مصلحة المكفول وتكون في جلسة سرية بعد أبداء رأى النيابة العامة .وفى حالة موت الكافل ان يخبروا قاضي شؤون الاسرة الذى قام بإبرام عقد الكفالة وذلك طبقا لنص المادة من 495 الى497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[1] المنشور الوزاري المشترك بين وزارة الداخلية والجماعات المحلية و وزارة الحماية الإجتماعية و وزارة العدل الصادر بتاريخ 1987/01/17

ملاحظة **:** من خلال النصوص السابقة من المادة 492 الى 497 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نلاحظ أن المشرع الجزائرى أقتصر إجراءات الكفالة على القضاء فقط دون ذكر الموثق ومن خلال هذا نستنتج أن الوثق حسب أخر تعديل سحبت منه الصلاحية بإجراء عقد كفالة

وحسب رأيتا فإن الإجراءات المنصوص عليها في المادة غالب الأحيان ما تكون مستحيلة التنفيد، لأنه من الصعب جمع كل الورثة ما يتطلب "فريضة المورث" خاصة و أن الكفالة لا تعني كل الورثة بل أسرة الكافل المقربة ، ثم أن المشرع قد أستعمل صيغة الجمع في قوله لسماعهم حول الأبقاء على الكفالة ثم قوله التزم الورثة وكأنه يقصد اشتراط موافقة كل الورثة على الأبقاء على الكفالة لكي تبقى فحين أنه لا يشترط إلا موافقة وارث واحد لكي يصبح هو الكافل الجديد ، وكان على المشرع تبسيط الإجراءات بجعلها : في حالة تقدم احد الورثة بطلب الكفالة فيعين بأمر ولائي أو عدم تقدم أي وارث بطلب فيصدر أمر بأنقضاء الكفالة و إسناد المكفول الى الجهات الرعاية المختصة .

الملفات الخاصة بعقد الكفالة

- طلب خطي .
- شهادة ميلاد القاصر المكفول.
- شهادة ميلاد الكافل.
- تصريح شرفي بعدم معرفة الأم الطبيعية للطفل إذا كانت مجهولة .
- عقد زواج الكافل.
- كشف راتب الكافل و شهادة العمل.
- صورة لبطاقة التعريف الوطنية للكافل و شاهدين زائد طابع صافي. [1]
- في حالة ما يكون القاصر معلوم النسب يضاف تصريح شرفي لأهل المكفول بتنازلهما عن كفالة إبنهما إلى شخص ما .
- في حالة الأشخاص القاطنين بالمهجر يتضمن الملف زيادة على الوثائق السابقة، بحث اجتماعي موقع قانونا من طرف مصالح القنصلية المختصة و لوصل أعباء أو عقد ملكية زائد نسخة من بطاقة القنصلية.

[1] www.crjj.mjustice.dz

الفصـــــــــــل الثاني

كما بينا سابقا أن عقد الكفالة لا ينعقد إلابتوفر الشروط التي حددها القانون وبموجبها تقوم الكفالة صحيحة وتكون صالحة لأن تنتج آثارها القانونية سواءا بالنسبة الى الكافل أو المكفول ككل العقود التي تجوز رسميتها، وتتميز هذه الأخيرة بالديمومة والاستمرارية إلى أن يطرأ عليها أي ظرف يؤدي إلى زوال آثارها في واقع القانون أو إنقضائها وهذا ما سوف نتطرق له في المبحثين بشيء من التفصيل.

المبحث الأول : أثارعقد الكفالة

المطلب الأول : أثار عقد الكفالة بالنسبة الى الكافل

الفرع الاول : الولاية على نفس المكفول

تعرّف الولاية اصطلاحا بأنّها سلطة تجعل لصاحبها القدرة على *التّصرّف* في الأمور المتعلّقة بشخص المولى عليه كالتربية و التعليم و التزويج [1]

وتتجسد هذه الولاية بالنسبة للكافل علي المكفول في للمحافظة على نفس المكفول وصيانته هذا طبقا انص المادة 121 من قانون الأسرة . وعليه فإن الولاية تنتقل من أبوي المكفول إلى الكافل إذا كان معروف النسب أو من والي المكفول وهو مدير مؤسسة حماية الطفولة إذا كان مجهول النسب .

كما يمكن أعتبارها ولاية متعدية أي أنها قد تكون أصلية وهي الّتي تثبت ابتداء ، من غير أن تكون مستمدّة من الغير أي الولاية المستمدّة من الشّارع كولاية الأب و الأمّ على الأبناء القصّر، كما جاء في المادّة (87) فقرة (1) من قانون الأسرة الجزائري الّت تنصّ على ما يلي :« يكون الأب وليّا على أبنائه ، وبعد وفاته تحلّ الأمّ محلّه قانونا »، وهو ما أكّده اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصّادر بتاريخ 23-12-1997 ملف رقم 187692 الحكم بمنح الولاية لغير الأمّ دون إثبات [2] فولايته هنا ابتداء بسبب الأبوّة أو تكون غير أصلية والتي تستمد من الغير ،الكفالة وهي التي تهمنا.

إذ أن الولاية بموجب عقد الكفالة تستمد من القاضي الذي يقرها[3]، وهذه الولاية الغير الأصلية التي نحن بصددها تنصب على القيام بشؤون المكفول وتكون بتوفير الرعاية والعناية الصحية، والتعليم والتربية والنفقة وهذا ما سوف نستعرضه

1- النفقة

يجب على الكاقل أن ينفق على المكفول من ماله كما ينفق الأب على أبنه الشرعى و ذلك بأعتبار المكفول فى منزلة الأبن الشرعي [1] أذا كان المكفول ولدا فإن النفقة عليه تكون حتى بلوغه سن الرشد أما بالنسبة إذا كان المكفول أنثى فإن النفقة والكفالة تمتد الى ما بعد ذلك الى أن تتزوج أي بالدخول عليها على الوجه المشروع.

[1] محمد مصطفى شلبي- أحكام الأسرة في الإسلام- الطبعة الثانية – دار النّهضة العربيّة- ص 254

[2] المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصيّة- قرار بتاريخ 23-12-1997- ملف رقم 187692 – المجلّة القضائية- 1997- العدد الأوّل- ص 53

[3] محمد حسينين، الوجيز في نظرية الحق، بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ،1985 ،ص 97

2- *قبض المنح العائلية*

.بموجب عقد الكفالة فإنه يضع المكفول تحت مسؤولية الكافل في جميع جوانب حياته. وقد إشترط قانون الحالة المدنية بأن تسجل الكفالة على هامش عقد ميلاد المكفول وبالتالي في الحياة الاجتماعية يعامل المكفول كالابن الشرعي للكافل. ونص قانون الأسرة على الحق في المنح العائلية والدراسية الممنوحة للمكفول بأن يقبضها الكافل بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤولية ويقوم برعايته. كما نجد أن قوانين الضمان الاجتماعي تجعل المكفول ذا حقوق طبقا للمادة 67 من قانون83 /11 و المعدل والمتمم بالمادة 30 من الأمر96 /17 هذا ما يتماشى مع قانون الأسرة[2].

3- التربية والعناية بالمكفول

وهي أن يتحمل الكافل أو المؤسسة المعنية تنفيد الألتزامات المتعلقة برعاية المكفول في جميع مراحل حياته و السهر علي توفير الراحة و الأطمئنان و تلقينه قواعد التربية والأخلاق وتعاليم الشريعة الإسلامية حتي يتسنى له الأندماج في المجتمع ويكونوا بذلك أعضاء فاعلين متفاعلين فيه .

إن التربية ضرورية لمواجهة الحياة ومتطلباتها وتنظيم السلوكيات العامة في المجتمع من أجل العيش بين الجماعة عيشة ملائمة من خلال منعه من القيام بالأعمال الغير لائقة وتوجيه المكفول في كل مراحل حياته لتحديد المسار الذي سوف ينتهجه .والعناية هي التكفل بالجوانب الحياتية للمكفول وذلك بتتبع الحالة الصحية وسلامة جسده وعقله ونفسيته. وضمن التربية والعناية يدخل التعليم وهو واجب يقع على عاتق الكافل سواء حسب الشريعة الإسلامية أو القانون، حتى يتمكن المكفول من التعرف على المعارف المختلفة وأن يصل إلى مستوى معين في العلم ليتكفل بنفسه مستقبلا ماديا ويعيش حياة سعيدة.

يقول عبد الله ناصح علوان إن" الكافل عليه حماية المكفول من كل اعتداء يقع عليه إذ يمثل الولي القانوني له عند الاعتداء عليه، وهو الذي يرفع الشكاوى باسمه ويطالب بالتعويض لفائدته باعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحاكم هذه من جهة، ومن جهة أخرى فهو المسؤول القانوني أمام جميع الهيئات والأشخاص عن أفعال المكفول إذا ألحق أضرارا بالغير.[3]"

فرضا أن المكفول تسبب بفعله الضار في تحطيم سيارة الغير، هنا الكافل هو الذي يمتثل أمام القضاء ويلتزم بالتعويض مع مراعاة أحكام القانون المدني، إذ يمكن للقاصر أن يتحمل التعويض نتيجة خطأه بشرط أن يكون مميزا لأن الخطأ يتطلب التميز الذي حدده المشرع ب 13 سنة وأن تكون له ذمة مالية، وفي حالة عدم توفر هذين الشرطين فإن المكفول هو الذي يتحمل التعويض[4].

---

[1] محمد صبحي نجم ،محاضرات في قانون الأسرة ،مرجع سابق ، ص36

[2] بوعشة عقيلة ، الكفالة في قانون الاسرة ، مرجع سابق ،ص36

[3] عبد الله ناصح علوان ،تربية الاولاد في الاسلام ،ج 2 ،دار الشباب ، باتنة الجزائر ، 1987 ، ص789

[4] طالبة مالك ،التبني والكفالة ،مرجع سابق ،ص30

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو أن المشرع لم يحدد مركز الكافل في المسؤولية على أساس المادة 134 قانون المدني باعتباره صاحب الرقابة بموجب الاتفاق أي عقد الكفالة على القاصر المكفول؟ إذ كان من الأفضل توضيح النصوص ولتحديد مركزه من الأب والأم وذلك بالإشارة إلى مسؤولية الكافل مدنيا عن الفعل الضار الذي يسببه المكفول للغير لأن فكرة الرقابة القانونية أو الاتفاقية لها مفهوم واسع، ونحن في عصر يتطلب فيه الدقة والوضوح[1].

وعليه إذا اعتبرنا كل ما سبق ذكره هو ما يتلزم به الكافل في مضمون الكفالة وذلك إما بالإشارة إلى هذه الإلتزامات في عقد الكفالة أو تحديدها في فصل خاص بأحكام الكفالة بدقة، هذا إذا اعتبرنا أن الكافل ليس له نفس مركز الأب، أما إذا اعتبرنا الكافل بنفس مركز الأب فإن ذلك لا يطرح إشكالا لأن الأحكام المنظمة لعلاقة الأب والأولاد منظمة بدقة في أحكام الولاية وفي حالة

أما الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة[2] فهي جميع المنح العائلية والدراسية وعليه فإنه يفترض في الكافل العامل فرضين إما أن يضع أثناء تكوين ملف العمل الذي يوضع لدى إدارة المستخدم شهادة عائلية مسجل بها إلى جانب الأبناء الشرعيين الولد المكفول مع الإشارة في نفس الشهادة بأنه مكفول.
أو يضع الشهادة العائلية زائد عقد الكفالة منفصلين قصد الاستفادة من المنح العائلية، وإن الأقرب إلى الصواب هو من المفروض بموجب عقد الكفالة يأمر القاضي ضابط في الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية للكافل مع الإشارة أنه مكفول وهو الشيء المعمول به لدى المغرب وغير موجود في الجزائر.
وبالنتيجة فإن الشهادة العائلية كان من المفروض أن يظهر فيها المكفول إلى جانب الأبناء الأصليين مع الإشارة إلى أنه مكفول. ونفس الشيء يذكر في المنح الدراسية.

لكن الإشكال الذي يطرح عمليا :هو أنه في حالة وفاة القاصر المكفول هل الكافل يأخذ الدية؟ أي التعويض عن الوفاة إذا تسبب فيه الغير في ذلك أم ذويه الأصليين، وكذلك الأمر إذا كان سبب وفاة المكفول نتيجة حادث مرور تسبب فيه الغير هل القاضي يحكم بالتعويض إذا تقدم الكافل بموجب عقد الكفالة سواء بوجود الأبوين الحقيقيين أو بغيابهما؟
إذا علمنا أن الكافل وضعه المشرع في مرتبة الأب فكيف يحرم من الدية أو التعويض نتيجة الوفاة بسبب حادث مرور، رغم أنه تألم كثيرا هو وزوجته نتيجة فقدانهما للمكفول الذين اعتبراه ولدا لهما لاسيما الأسرة التي لا تنجب.

[1] الغوتي بن ملحة ، قانون الأسرة ،مرجع سابق ، ص
[2] المادة 121 من ق.أ .ج

الفرع الثاني : الولاية على مال المكفول

إذا كان بمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل[1] على نفس المكفول فإن الأمر كذلك على ماله، إذ بمقتضى أحكام الكفالة [2] حددت مضمون الكفالة فيما يتعلق بالذمة المالية للمكفول فسلطة الكافل هي إدارة مال المكفول إن وجد، وهذا شيء بديهي كون المكفول قاصرا لا يعمل، إذ تحرم جميع التشريعات المتعلقة بالعمل عمل القاصر وبالتالي فأموال المكفول هي ناتجة عن الإرث أو الوصية أو الهبة، إذ يجب عليه التصرف فيها تصرف الرجل الحريص.

وبما أن الكافل بمقتضى أحكام [3] الكفالة تخول له الولاية القانونية فإنه يتعين الرجوع إلى أحكام الولاية على مال القاصر[4] أين نجد المشرع تشدد ووضع شروطا عندما يريد الكافل التصرف في أموال المكفول إذ أشترط أن يتصرف تصرف الرجل الحريص، والرجل الحريص هو الذي يدرس الواقعة ونتائجها المستقبلية سواء سلبية أو إيجابية ثم يوازن بين الضرر والمنفعة، وأن يستأذن كذلك القاضي في تصرفات محددة على سبيل الحصر وللقاضي السلطة التقديرية في منح الإذن أو عدم منحه، وما بقي من هذه التصرفات فإن الكافل يجب أن يحترم شرط الحرص.

وفي حالة عدم مراعاة هذه الشروط وثبتت تصرفات الكافل في أموال المكفول وألحق به ضررا بسوء نية إستغلال أمواله نتيجة قصره وعدم خبرته، فإنه يحق لكل شخص إبلاغ النيابة العامة، وللنيابة العامة
من تلقاء نفسها تحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة 380 قانون العقوبات والمعاقبة باستغلال حاجة قاصر لم يكمل 19 سنة بالاختلاس أموال مستغلا صغر سنه أو هوى أو ميلا أو عدم الخبرة.
وقد شدد المشرع في العقوبة المقررة لاستغلال حاجة قاصر دون 16 سنة مثل ما إذا كان مختلس الالتزامات أو مختلس الإبراء أو أي تصرفا آخر ينقل ذمته المالية إذا كان القاصر موضوع تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته، وعليه فالكافل يصنف في هذه الفئة إذ أن العقوبة في هذه الحالة هي من سنة إلى 05 سنوات وغرامة من 1000 دج إلى 15000 دج[5].
أما التصرفات التي تتطلب الإذن من القضاء هي التي يجب على القاضي أن يراعي حالة الضرورة ومصلحة القاصر.

- بيع العقار وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة.
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.
- إيجار عقار القاصر لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد[6].

كما أن المشرع إشترط في بيع العقار بعد الحصول على الإذن أن يكون عن طريق المزاد العلني وأنه في حالة ما" إذا تعارضت مصالح الكافل ومصالح المكفول القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءا على طلب من له المصلحة ."

---

[1]. الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة ،مرجع سابق ، ص173 .
[2] المادة 122 من ق.أ.ج.
[3] المادة 121 ق.أ.ج.
[4] المادة 88 من ق.أ.ج
[5] طالبة مالك ، التبني و الكفالة ، مرجع سابق ،ص31
[6] عبد القادر مدقن ، شرح وجيز لقانون الأسرة ،مرجع سابق ، ص52

المطلب الثاني: أثار عقد الكفالة بالنسبة الى المكفول

الفرع الأول :أحتفاظ الطفل المكفول بنسبه

لقد اعتبر المشرع الجزائري الادعاء ببنوة الطفل سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب جريمة لأنها تتضمن تزيف النسب ويدخل ضمن التزوير[1] لأنه يمس بالنظام العام . تنص المادة 119 من قانون الاسرة "يحتفظ الولد المكفول بنسبه الاصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من فانون الحالة المدنية "

وقبل صدور قانون الأسرة سنة 84 تدخل المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيدي ليعدل ويخفف من حزم وشدة عدم أمكانية الطفل القاصر المكفول حمل لقب الكافل و الذي نظمه بالمرسوم رقم 71-157المؤرخ في 03 جوان 1971 المتعلق بتغير اللقب إلا أن هذا المرسوم أصبح ملغي.

وعليه جاء المرسوم التنفيدي رقم 92-24 لمؤرخ في 13 جانفي 1992 و أدخل تعديلات علي المرسوم المذكور أعلاه وتمثلت في تمكين المكفول من انتسابه الي كافله ويكون ذلك بموجب عقد رسمي وحدد أجراءات أستثنائية يمنح بها هذا اللقب يكون بناءا علي طلب وكيل الجمهورية بعد أن يخطر وزير العدل .

وقد صدر مرسوم 92-24 منح علي أساس أنه لا يلغي الأسم الذي أكتسبه قانونا و هذا ما جاءت به المادة 64 من الأمر 70-20 المتعلق بالحماية المدنية فهو حق أستعمال . كما ان المكفول لا ينتقل لقبه الى أولاده اذا ارادوا حمل لقب الكافل لوالدهم فعليهم المطالبة بتغيير لقبهم مع أعتراض حاملي اللقب .

و بعد صدور هذا المرسوم التنفيذي جاءت موجة من الإعتراضات و أساس الإعتراض هو الآيتين 4 و 5 من سورة الأحزاب لقوله تعالى :﴿ و ما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم و الله يقول الحق و هو يهدي السبيل (4) ادعوهم لأباءهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين و مواليكم ﴾ و نظرا لكون غاية المشرع من تقرير هذا الحق هي حماية المكفول في مرحلة معينة فإن الأستاذة زواوي فريدة ترى بأنه حق استعمال فقط فهو لا يلغي الاسم الذي اكتسبه قانونا بمقتضى المادة 64 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية ذ يبقى هذا الاسم الأخير مقيدا في سجل الحالة المدنية و لا يستطيع نقل إسم الكفيل إلى أولاده لأنه إسم تقرر لإستعماله الشخص فقط لأن المكفول ينقل إلى أولاده اسمه القانوني الذي منحه إياه ضابط الحالة المدنية كما أن هذا الإجراء لا يرتب أية أثار كالنسب أو الإرث. [2]

الفرع الثاني:يجوز للكافل التبرع للمكفول بالوصية والهبة

اولا : الوصية: عرف المشرع الوصية في المادة 184 من قانون الاسرة علي انها "تمليك ما بعد الموت بطريق التبرع " بمعني أن الوصي يستطيع بموجبه نقل ملكية أمواله إلى شخص أخر وهو الموصي له . كما قام المشرع بتحديد شروط الموصي من خلال المادة 196 من قانون الاسرة ''يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الاقل "

[1] عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة علي نظام الآسرة ، مرجع سابق ،ص185

[2] ـــ مقال لمحمدي زواي فريدة ـــ مدى تعارض المرسوم التنفيي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادىء الشريعة الإسلامية ص 71 المجلة القضائية عدد 2000/2.

فالوصية في عقد الكفالة تكون من خلال تبرع الكافل بجزء من أمواله سواءا كان عقارا أو منقولا الى المكفول وقد أجاز القانون ذلك حسب المادة 123 من قانون الاسرة "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث ، وأن أوصي أكثر من ذلك ، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة"

من خلال المادة السابقة نلاحظ أن المشرع وضع قيد على مقدار التبرع من مال الكافل الخاص للمكفول وهو في حدود الثلث ، وفي حالة التبرع أكثر من الثلث بطل ما زاد على الثلث وليس بطلان الوصية الا أذا أجاز الورثة ذلك [1]

ثانيا : الهبة : الهبة حسب المادة 202 من قانون الاسرة "الهبة تمليك بلا عوض "
في المادة 203 من قانون الاسرة وضع شروط الواهب التي يجب ان تتوفر فيه حتى تصبح الهبة صحيحة " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل ، بالغا تسع عشرة سنة وغير محجور عليه "

فالهبة في عقد الكفالة تكون من طرف الكافل للمكفول ويجوز ان يهب المكفول كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة ، أو دينا لدى الغير وذلك طبقا للمادة 205 من قانون الاسرة ومن خلا ما سبق نلاحظ ان الهبة تختلف عن الوصية فهذا الاخير يجب ان تكون الوصي تساوي أو تقل عن الثلث على عكس الهبة . تنقل الهبة من الكافل الى المكفول بمجرد حيازة هذا الاخير مع مراعاة أحكام التوثيق [2]الخاصة بالعقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات .

المبحث الثاني : أنقضاء عقد الكفالة

المطلب الأول: أنقضاء عقد الكفالة بتخلف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 118 من قانون الأسرة

الفرع الأول : تخلف شرط الأهلية

نص المشرع فى المادة 118من قانون الاسرة أن يكون الكافل كامل الاهلية وفى حالة أصيب هذا الكافل بعيب من عيوب الأهلية فلا كفالة لهم كالجنون و العته والسفه وذو الغفلة

الفرع الثاني : تخلف شرط الأسلام

اشترط المشرع الجزائري أن يكون الكافل مسلما وهذا راجع لخطورة الكفالة اذ ان للكافل دورا كبيرا في تشكيل الشخصية الروحية و البدنية للطفل المكفول لانه من خلال تربية الكافل للمكفول يأخد منه عاداته وتقاليده[3] لهذ اشترط المشرع ان يكون الكافل مسلما ونص الدستور الجزائري ان دين الدولة الجزائرية هو الأســـــــــــلام فإذا كان طالب الكفالة غير دين الأسلام فان الكفالة لاتسند اليه وان طلبه في الكفالة باطل أما اذا كان الكافل مسلما أثناء أبرامه عقد الكفالة و التكفل بشؤون القاصر المكفول ثم قام بتغير دينه لأي سبب من الأسباب فتسقط الكفالة معه اذ يقول الله تعالي

[1] عبد القادر مدقن ، شرح وجيز لقانون الأسرة ،مرجع سابق ، ص52/51
[2] المادة 205 من ق .أ .
[3] عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة ،المرجع السابق ،54/53

"ولن يجعل الله للكافرين علي المؤمنين سبيلا "[النساء 141] وقوله تعالي أيضا و الذين كفروا بعضهم أولياء بعض '' [الأنفال 73] [1]

الفرع الثالث : تخلف شرط القدرة

لقد حمل المشرع الكافل للطفل مسؤولية التربية والعناية به و النفقة عليه بأعتباره وليا فأذا حدث سبب يؤثر علي القدرة و القيام بالمكفول من كل الجوانب المادية و المعنوية او تعرض الكافل نفسه لمانع صحي مثل الأصابة بعاهة مستديمة كالعمى أو أعاقة الجسدية فهو بهده الحالة بحاجة الي من يرعاه فإن ذلك يؤدي الي انقضاء الكفالة لأن الكفالة تهدف الى اعالة الطفل من كل الجوانب .

المطلب الثاني : انقضاء عقد الكفالة بطلب والدي المكفول معلوم النسب

تنص المادة 124من قانون الأسرة " إذا طلب الأبوان او احدهما عودة الولد المكفول الي ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول ."

من خلال المادة 124 ق أ نجد ان المشرع قد اجاز للأبوين معا او أحدهما استرجاع ولايتهما من الكافل أو من المؤسسات المختصة غير أنه يجب في هذه الحالة تقديم الطلب إلى المحكمة الإبتدائية المختصة التي تبت فيه إما بقبوله أو برفضه، ويكون ذلك بموجب حكم بعد الإستماع إلى الطفل المعني بالأمر إذا كان قد أدرك سن التمييز أي 13 سنة ، وإذا رفض الرجوع إلى والديه أو أحدهما، فإن المحكمة تقضي بما تراه مناسبا لمصلحة الطفل و نفصل ذلك فيما يلي :

الفرع الأول :قبل بلوغ المكفول سن التمييز : وهو الطفل الذي لم يبلغ سن 13سنة وذلك حسب المادة 2/42 ق م كما يكن اعتباره عديم الاهلية و تكون تصرفاته باطلة سواءا كانت نافعة او ضارة . فنجد هنا ان الطفل الغير المميز لا يعرف كيف يختار بين الرجوع الي والديه أو أحدهما أو البقاء مع الكافل ، فنجد أن المشرع قد قيد هذه المسألة من خلال جعلها سلطة تقديرية للقاضي من خلال الرجوع اليه فهنا لايسلم الطفل لوالديه أو أحدهما إلا إذا أذن القاضي بذلك مع مراعات مصلحة المكفول وذلك حسب المادة 124 من ق إ "... مصلحة المكفول "

معني ذلك أنه علي القاضي القيام بإتخاد جميع الأجراءات اللازمة لمعرفة أين تكمن مصلحة المكفول و ذلك من خلال البحث الشامل و المكثف و هذا هو المعيار الذي يرتكز عليه القاضي لتحديد بقاء المكفول مع كافله أو عودته لوالديه أو أحدهما ، فإذا رأى القاضي في أن مصلحة المكفول تكون عند كافله أمر ببقائه عند كافله ، أما أذا رآى مصلحة الكفول عند والديه معا أو احدهما أمر برجوعه وتسليمه أليهما أو لأحدهما .

[1] محمد محدة ، سلسلة فقه الأسرة ،مرجع سابق، ص 82/81

الفرع الثاني : بلوغ المكفول سن التمييز : و هو الطفل الذي بلغ من سن 13 سنة الي 19 سنة يعتبر مميز وتكو تصرفاته دائرة بين النفع والضرر وهي قابلة للأبطال [1] . فإذا سلما الوالدين ولدهما للكافل بعقد شرعي سواءا كان محررا أمام المحكمة سواءا كانا معا او أحدهما وطلبا عودة المكفول اليهما و الالتحاق بهما ، فهنا ترك المشرع حرية الأختيار للمكفول لأنه في سن يستطيع التمييز فيه [2] فالمكفول اذا وافق علي طلب الوالدين أو أحدهما فإن عقد الكفالة ينفسخ و ينقضي ،أما أذا رفض فإنه يرجع الي ولاية كافله .

وان الشريعة الإسلامية قد أقرت هذا الموقف في حادثة الرسول عليه الصلاة و السلام مع زيد بن الحارث وذلك بعد نزول الآية الكريمة التي حرمت التبني إذ خيره الرسول صلي الله عليه وسلم بين التحاقه بأبيه أو البقاء معه و اختار البقاء مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نظراً لعطفه وحنانه عليه.

ومنه تنص المادة 125 من ق إ "التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة ، و أن يكون يعلم بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلي الورثة أن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر ألى الجهة المختصة بالرعاية ."

ومعني ذلك أنه يمكن أن تنقضي الكفالة بإرادة الكافل وذلك في حالة ما إذا تخلى عن كفالة القاصر إذ يجب أن يتم عقد التخلي عنها أمام الجهة القضائية التي اقرت الكفالة أو الجهة التوثيقية التي أقرت عقد الكفالة وأن هذا التخلي عن الكفالة بعد علم النيابة العامة لترى رأيها في ذلك حتى تتمكن باعتبارها ممثلة المجتمع في كل المجالات من المراقبة، كما تتابع تطور مستجدات عقد الكفالة والأسباب التي أدت بالوالدين إلى المطالبة من جديد بإرجاع المكفول
لولايتهما، وتبدي التماساتها .وعلى القاضي وهو من له الكلمة الأخيرة في تقدير الوقائع والمعطيات بأن يقرر، بالاعتماد على معيار الحفاظ على مصلحة المكفول .[3]

المطلب الثالث : انقضاء عقد الكفالة بوفاة المكفول أو الكافل

الفرع الاول وفاة المكفول:

.بمجرد وفاة المكفول تنقضى الكفالة لان الالتزام على الكافل من نفقة ورعابة و تربية لم يعد موجود لان أحد شروط المحل أن يكون موجودا أو قابل للوجود فهذا الشرط لم يعد متوفر و موجود عند موت المكفول .

الفرع الثاني وفاة الكافل :

في حالة موت أو وفاة الكافل تنتقل الكفالة الى الورثة إذا التزموا بذلك في حالتين

❖ ***الحالة الأولي :*** وفاة الكافل فأن كفالة القاصر قد تسقط عن الكافل وتنتقل الي ورثة الكافل المتوفي إذا التزموا بالقاصر ليقوموا بشؤونه كولد مكفول وتنتقل معه جميع الألتزامات نفقة ، تربية وعانية الي الورثة ويصبح أحد الورثة هو

[1] علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ،مرجع سابق ،ص55

[2] عبد القادر مدقن ، شرح وجيز لقانون الأسرة ،مرجع سابق ، ص54/53

[3] طالبة مالك ،االتبني و الكفالة ، مرجع سابق ،ص51

الكفبل لكن المشرع نص على انتقالها دون أن يبين من الذي تكون له الولاية المباشرة على لمكفول بعد وفاة الكافل. لكن هذا يجعلنا دائما نرجع إلى أحكام الولاية على النفس والمال ولاسيما النفس، التي تنص على أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل محله الأم وعليه فإنه إذا ألتزمت بها زوجة الكافل المتوفى أصبحت كافلة للولد المكفول بموجب نص المادة 125 من قانون الأسرة، لكن هل توجد إجراءات قانونية لانتقال هذه الكفالة إلى الكافلة الجديدة؟.
كأن تقوم بتقديم طلب من جديد إلى القاضي أو الذهاب إلى الموثق وتحرير عقد كفالة من جديد، إنه بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يشير إلى هذه النقطة، إذ سكت وقال فقط تنتقل إلى الورثة إذا التزموا بها، لكن عمليا نجدهم يبادروا إلى تقديم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة يحددوا فيه الكافل الجديد.

❖ ***الحالة الثانية :*** عدم التزام الورثة بكفالة القاصر الذي كان كافله مورثهم تعين علي القاضي إن يسند أمر القاصر إلي الجهة المختصة برعاية القصر سواء معنوية كالمؤسسات المختصة بهذا أو شخصا طبيعيا يتبرع بالالتزام بكفالة القاصر إن لم يكن له أبوان و يطلب أحدهما أو كلاهما عودة ابنهم ألي ولايتهم[1]
كما أنه إضافة إلى ذلك تنتهي حسب ما يمكن استخلاصه من أحكام الولاية، بالحجر على الكافل وفقا لأحكام الحجر، إذ أن أسباب الحجر هي أن يتعرض الكافل بعد إبرام عقد الكفالة وأثناء سريانها عارض من عوارض الأهلية :كالجنون، العته، السفه، ولا يكون الحجر إلا بموجب حكم يثبت ذلك حسب المادتين 101و 103 من قانون الأسرة .

كذلك تنتهي الكفالة بعجز الكافل، وهنا يمكن أن نفهم العجز، بالعجز البدني والجسمي إذ الكافل يصبح غير قادر على الحركة، أين يصبح غير قادر على رعاية القاصر وحفظ أمواله، ولا يمكن تصور العجز العقلي في هذه الحالة لأنه مصنف ضمن حالات الحجر.

وكذلك تنتهي الكفالة بإسقاط الولاية عن الكافل ولا تكون إلا بموجب حكم قضائي إذا كان مثلا:
1. إرتكب أفعال إجرامية، والحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية مما يؤدي إلى إتصاف الكافل بسوء أخلاقه، وهذا ما قد يؤثر سلبا على الطفل الذي في ولايته كالإدمان على المخدرات.لى سقوط الكفالة[2].
2. الردة :إن خروج الكافل عن الدين الإسلامي يسقط عنه كفالة الطفل لأنه لا كفالة لكافر علي مسلم " لن يجعل الله للكافرين علي المؤمنين سبيلا "
3. وتبذير أموال المكفول من طرف الكافل بدلا من تصرفه تصرف الرجل الحريص والأمين على أموال المكفول.

المطلب الرابع : انقضاء عقد الكفالة لفسق وسوء سيرة

يشترط في الكافل أن يكون مستقيم السيرة بعيدا عن الفسق والفجور فإذا ظهر الفسق من الكفيل كتعاطي المخدرات فإن الكفالة تسقط.

[1] مدقن عبد القادر ، شرح وجيز لقانون الأسرة ،مرجع سابق ، ص55
[2] محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص458/457

و في الأخير يمكن تقديم جدول يوضح إحصائيات عن الكفالات التي أبرمت منذ 1999 إلى 2007 في داخل الجزائر و خارجها بناءا على أرقام مقدمة من وزارة التضامن الاجتماعي [1].

أما في سنة 2013 وصلت الى 400 ولد غير شرعي فقط وذلك بسبب تنامي الوعي الإسلامي و الثقافي في المجتمع .

السنوات	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
عدد المواليد غير الشرعيين	3122	3200	3339	3260	3159	2896	2959	3001	2125
عدد الكفالات في الوطن	1705	1712	1922	1987	1987	1978	1259	1372	942
عدد الكفالات في الخارج	124	130	134	188	303	245	319	144	75

[1] ministère de la solidarité national (bilan 1999- 2007).

الخاتمة

الخاتمة

و في الأخير نصل من خلال هذه الدراسة الى النتائج التالية :

1- وجود فئة الأطفال مجهولي النسب في مجتمعنا حقيقة إجتماعية و واقع ملموس

2- أن الكفالة هي نظام هي نظام بديل للتبني المحرم شرعا بأعتبار أن الدولة الجزائرية مسلمة

3- أن المشرع الجزائري وفي اطار احكام و مبادئ الشريعة الإسلامية قد كرس العديد من النصوص لحماية هده الفئة من الأطفال

4- أن اجراءات الكفالة يجب ان تكون برضا الوالدين إذا كان معلوم النسب أما إذا كان مجهول النسب هنا تبقي من أختصاص القاضي في أسناد الكفالة أو لا

5- تمنح الكفالة الولاية على نفس المكفول و ماله

6- تسقط الكفالة بتخلف احد الأركان المنصو عليها في المادة 116 من قانون الأسرة أو موت الكافل أو المكفول أو عن طريق طلب من والدي المكفول إذا كان معلوم النسب أو إنقضاءها لفسق و سوء سيرة

7- رغم معالجة المشرع الجزائري لموضوع الكفالة إلا أغفل عن بعض الجوانب وهي :

- أصدار قانون خاص بهده الفئة من الأطفال كما فعل نظيره السوري
- التدقيق في مواد الخاصة بالكفالة

الملخص

الكفالة نظام قديم عرفته كل المجتمعات ومنها العربية منذ الجاهلية ، ويتميّز بإلحاق نسب المكفول القاصر بنسب الكافل واعتباره إبنا شرعيا ويأخذ منزلة هذا الأخير، كما أنه يؤثر في الميراث .لهذا فهو محرّم بالكتاب والسنّة والإجماع لما يحدثه من خلط في الأنساب وانتهاك للحرمات، وأخذ بهذا التحريم القانون الوضعي الجزائري طبقا لنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري .فإذا كانت الشريعة الإسلامية أغلقت باب الكفالة فإنها فتحت أبوابا أخرى تضمن حماية أكثر للأطفال مجهولي النسب وحتى معلوميه، وذلك بما يعرف بالكفالة كبديل وهكذا فالكفالة تضمن حماية الأنساب وعدم اختلاطها .عن طريقها يمكن منح اللقب للطفل المكفول طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 24/92 ليندمج في المجتمع بصفة أحسن

Résumé :

La caution est un système ancien connu par l'ensemble des sociétés, parmi elles: les sociétés arabes depuis l'époque antéislamique. Elle se caractérise par la procédure à unir l'adopté mineur la caution et à le considérer "Enfant" légitime (il prend la place de ce dernier), et lui permettre de postuler à l'héritage. Cependant cette procédure était bannie selon le livre saint (Coran), la Sunna du Prophète et le Consensus (Idjmaâ) parce qu'elle engendre le mélange des liens de filiation, de même qu'elle encourage les dépravations des mœurs; ce qui a poussé le droit positif Algérien à "bannir" et 'interdire" le principe de cette adoption selon l'article 46 du code de la famille algérien. Toutefois, si la législation Islamique a fermé les voies de l'Adoption, elle a formulé d'autres solutions pour protéger plus d'enfants issus de filiation inconnue ou reconnus illégitimes, ou enfants abandonnés. Cette institution est qualifié de recueil légal: "La caution". Elle a été conçue comme solution alternative convenable pour l'ex. Adoption, et qui a pu répondre à la Charia et à la législation algérienne. Cette dernière formule garantit la protection de la filiation légitime et empêche les mélanges "interdits". La caution permet à l'adopté de porter le nom de l'adoptant et de le prendre en charge, selon le décret d'application numéro 92/24 pour une meilleure intégration dans la société .

الكلمات المفتاحية

- الكفالة
- الطفل
- معلوم النسب
- قانون الاسرة
- العقد
- القاصر
- مجهول النسب

المراجع

أوّلا: المصـــــــــــادر

1- القرآن الكريم

2- القوانين

– أمر رقم 66-156 المؤرّخ في 66/06/08 المتضمّن لقانون العقوبات المعدّل و المتمم.

– أمر رقم 08-09 المؤرّخ في 2008/04/24 و المتضمّن لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

– أمر رقم 75-58 المؤرّخ في 75/09/26 المتضمّن القانون المدني المعدّل و المتمم بقانون رقم 07-05 المؤرّخ في 07/05/13

– أمر رقم 84-11 المؤرّخ في 1984/07/09 المتضمّن قانون الأسرة المعدّل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرّخ في 2005/02/27

– أمر رقم 70-86 المؤرّخ في 70/12/15 و التعلّق بالحالة المدنية.

3- المراسيم

- مرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بعدم أمكانية حمل المكفول للقب الكافل

– مرسوم رقم 92-24 المؤرّخ في 92/01/14 المتعلّق بتغيير لقب المكفول.

– مرسوم تنفيذي رقم 93-309 المؤرّخ في 93/12/14 المحدّد لنسبة العطب لدى الأبناء الذين يعتبرون في كفالة خاضعة لضريبة الدخل الإجمالي.

4- المناشير:

– المنشور الوزاري المشترك و المؤرّخ في 87/01/17 المتضمّن الحالة المدنية للأطفال المولودين من أبوين مجهولين.

ثانيا: الـــــــمراجـــــع

أــ الكتب:

1- الغوتي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية 2005 .

2- بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، وفق أخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، ط1 ، 2012

3- بدران أبو العينين ، الفقه المقارن ، الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة ، الزواج والطلاق ، ج1 ، ط1،دار النهضة العربية ، لبنان 2001 .

4- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،المجلد 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان 1998.

5-عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 2002

6- عبد القادر مدقن ، شرح وجيز لنظام الأسرة الجزائرى ، ملخص من الفقه الإسلامي ، ط1 المطبعة العربية ، الجزائر 1998.

7- عبد الله ناصح علوان ، تربية الأولاد في الإسلام ، ج2 ،دار الشهاب باتنة ، الجزائر 1987 .

8- علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الألتزام في القانون المدنى الجزائري ،ط1 ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون ، الجزائر 2006 .

9-علي محمد عبدالحافظ ، عقد الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي ، ط1 ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2008 .

10- محمد الشماع ، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج و الطلاق والميراث ، ط1 ،دار القلم ، دمشق ، سوريا 1995 .

11- محمد ابو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط3 ، دار الفكر العربي مصر 1957 .

12- محمد بن أحمد صالح ، حق الطفل في الشريعة الأسلامية و القانون الجزائر

13- محمد صبحي نجم ، محاضرات في قانون الأسرة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر 1999

14- محمد محدة ، سلسلة فقه الأسرة ، ط3 ، أطلس للنشر ، الجزائر 1993 .

15- محمد محمود معطي ، الكفالة في ضوء الفقه و الإجتهاد ، ط1 ، منشورات الحلبي لبنان 2009 .

16- محمد مصطفي شبلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دارسة مقارنة بين فقه الماهب السنة والمذهب الجعفري والقانون ،ط3 ، دار جامعية بيروت 1983 .

17- نبيل صقر ، قانون الأسرة ،نصا وفقها و تطبيقا ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة 2006 .

18- وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته ، الأحوال الشخصية ، ج3 ، دار الفكر الجزائر 1992

ب ــ المذكرات

1 ــ بوعروة مفتاح ، الكفالة بين قانون الاسرة و الشريعة الاسلامية ، مذكرة تخرج ليسانس وقلة 2003/2002

2- بوعشة عقيلة ، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية ، مذكرة نهاية التكوين ، 2004/2001

3- طالبة مالك ، التبنى والكفالة ،مذكرة انيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة العاشرة ، 2006/2003

ج ــ مقالات ومجلات

1 ــ مقال لمحمدي زواي فريدة ــ مدى تعارض المرسوم التنفيي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادىء الشريعة الإسلامية ص 71 المجلة القضائية عدد 2000/2.

2. المجلة القضائية لسنة 1989

3 ــ مجلة المحكمة العليا لسنة 2006 العدد01.

4- ministère de la solidarité national (bilan 1999- 2007).

د ــــــــ المعاجم:

مجد الدين محمد بن يعقوب ، قاموس المحيط ، ط2، دارالكتب العلمية لبنان 2007 ، ص1065

Les site internet:

www.crjj.mjustice.dz

الفـــــــــــــــهرس

الأهداء..... I

الشكر..... II

مقدّمة..... أ

الفصل الأوّل: مدخل الى الكفالة 08

المبحث الأوّل: مفهوم الكفالة 08

المطلب الأوّل: تعريف الكفالة و شروطها 08

الفرع الأوّل:تعريف الكفالة 08

الفرع الثّاني:خصائص عقد الكفالة 09

الفرع الثالث:حكم الكفالة 10

الفرع الرابع: تمييز الكفالة عن اللأنظمة المشابهة لها 11

المطلب الثاني:شروط عقد الكفالة 12

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافل 12

الفرع الثاني:الشروط المتعلقة بالمكفول 14

الفرع الثالث:الشروط التي لم يتعرض لها المشرع 14

الفرع الرابع: الشروط الواجبة في عقد الكفالة..... 15

المبحث الثاني:أركان عقد الكفالة و أجراءات أنعقاد عقد الكفالة..... 15

المطلب الأول: أركان عقدالكفالة..... 15

الفرع الأول: ركن التراضي..... 15

الفرع الثاني: ركن المحل..... 17

الفرع الثّالث: ركن السبب..... 17

الفرع الرابع: ركن الشكل..... 18

المطلب الثاني: أجراءات عقد الكفالة..... 18
الفرع الأول: المرحلة التمهدية..... 18
الفرع الثاني: المرحلة القضائية..... 19
الفصل الثاني: أثار عقد الكفالة و أسباب أنقضاءها..... 22
المبحث الأول: أثار عقد الكفالة..... 22
المطلب الأول: أثار عقد الكفالة بالنسبة الى الكافل..... 22
الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول..... 22
الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول..... 25
المطلب الثاني:أثار عقد الكفالة بالنسبة الى المكفول 26
الفرع الأوّل: أحتفاظ الطفل المكفول بنسبه..... 26
الفرع الثاني: يجوز للكافل التبرع الى المكفول بالوصية والهبة..... 26
المبحث الثاني: أنقضاء عقد الكفالة..... 27
المطلب الأول: أنقضاء عقد الكفالة بتخلف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 118 من قانون الأسرة..... 27
الفرع الأول: تخلف شرط الأهلية 27
الفرع الثاني: تخلف شرطالإسلام..... 27
الفرع الثالث:تخلف شرط القدرة..... 28
المطلب الثاني: أنقضاء عقد الكفالة بطلب والدي المكفول المعلوم النسب..... 28
الفرع الأول: قبل بلوغ المكفول سن التمييز..... 29
الفرع الثّاني: بلوغ المكفول سن التمييز..... 28
المطلب االثالث:أنقضاء عقد الكفالة بوفاة المكفول أو الكافل..... 29
الفرع الأوّل: وفاة المكفول..... 29
الفرع الثّاني: وفاة الكافل..... 30

المطلب الرابع:أنقضاء الكفالة لفسق و سوء سيرة..... 30

الخاتمة..... 33

المراجع..... 35