جامعــة محمــد خيضــر بسكــرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسـم الحقـوق

مذكرة ماستر

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

رقم:

إعداد الطالبتين (ة):
سعيدي فطيمة الزهرة سلسبيل
جهـارة مـــروى

يوم:

عنـــوان الـمـذكـــرة

كفالة مجهول النسب بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لجنــة المنــاقشــة:

مزغيش عبير	أستاذ	جامعة بسكرة	رئيسا
العمري صليحة	أستاذ	جامعة بسكرة	ممتحنة
بلجراف سامية	أستاذ	جامعة بسكرة	مشرفة محاضرة

السنـــة الجامعيـــة 2020 / 2021

بسم الله الرحمن الرحيم

شـكـــر وتقــديـــــر

شكرنا الأول لله عز وجل، ثم أولياءنا على كل مجهوداتهم منذ ولادتنا إلى هذه اللحظات يسرنا أن نوجه شكرنا لكل من نصحنا و أرشدنا و وجهنا أو ساهم معنا في إعداد هذا البحث بإيصالنا للمراجع والمصادر المطلوبة في أي مرحلة من مراحله ونشكر على وجه الخصوص استاذتنا الفاضلة (بلجراف سامية) على مساندتنا وإرشادنا بالنصح والتصحيح وعلى اختيار العنوان والموضوع و حسن الإشراف و تحفيزها الدائم لنا و نسأل الله ان يديم عليها الصحة و العافية ، كما أن شكرنا موجه لإدارة كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة بسكرة لكلية الحقوق تخصص قانون أسرة و نشكر بالأخص عميد الكلية على دعمه للمجهودات المبذولة من قبل أساتذتنا الكرام في الجامعة لتوفير أفضل بيئة في أفضل الأحوال التي تلائم طلبة العلم.

اهداء

حمـدا لله الـذي أنـار لـي طريقـي وكان لـي خيـر عـون ووفقني لهـذا العمـل المتواضـع الـذي أهديـه إلـى:

من أدين لهما بحياتي، و كانا فيها نبراسا مضيئا، إلى من ساندتني في صلاتها و دعائها، و شاركتني أفراحي و آساتي إلى نبع الحنان أمي الغالية و إلى من علمني أن الدنيا كفاح سلاحها العلم و من كان سند لي و سعى جاهدا لأجل راحتي و سعادتي أبي الغالي، حفظهما الله و أدامهما لي و إلى أخوتي (هيثم، سندس والكتكوت محمد نعيم و إلى روح جدتي (ساسية) التـي كانـت أمنيتهـا أن تعيـش معـي هـذه اللحظـة فاللهم أرحمها و أسكنها الفردوس الأعلى و إلى جدي بوحا و يما فطومة أطال الله في عمرهما، إلى أخوالي و أخص بالذكر آفرن السعيد الذي كان أول من أخذ بيدي نحو مشواري الدراسي أشكره جزيل الشكر و خالاتي على رأسهن توأم روحي (حياة) و إلى أعمامي و عماتي (عيشة و سمية) و إلى زميلتي في هاذا العمل المتواضع جهارة مروى وإلى كل زملائي فـي الكليـة أختـم كلامـي بإهداء خاص لأختي التي لم تلدها أمي و التي جمعتني بها الأيام ترغيني هاجر لله أن يسعدها في حياتها.

سعيدي فطيمة الزهرة سلسبيل

إهـــــــداء

الحمدلله و كفى و الصلاة على الحبيب المصطفى و أهله و من وفى أما بعد:

الحمدلله الذي وفقني لتثمين هذه الخطوة في مسيرتي الدراسية بمذكرتي هذه ثمرة الجهد و النجاح بفضله تعالى مهداة إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله و ادامهما نورا لدربي.

- لكل عائلتي الكريمة : إخوتي و أخواتي و أبناءهم.

- إلى كل من علمني حرفا إلى أساتذتي الكرام.

- إلى صديقاتي اللواتي شاركنني ذكريات الدراسة و خاصة صديقة دربي و مشواري في المذكرة إلى " سلسبيل ".

- إلى كل زملائي في كلية الحقوق.

إلى كل هؤلاء أهديهم هذا العمل المتواضع سائلة الله عزوجل أن ينفعنا به و يمدنا بتوفيقه.

جهارة مروى

مـــقـــدمـــــة

يعتبر الطفل أضعف حلقة في السلسلة الإنسانية وهو كغيره من فئات المجتمع لديه حقوق إنسانية أساسية ينبغي أن تصان وتخصص جهات معينة لصيانتها وضمان تمتع الطفل بحياة ملائمة والحرص على جميع حقوقه وأهمها الحق في النسب بإعتباره ركيزة الحقوق حيث تترتب عليه الحقوق الأخرى كالميراث والحضانة ..... فالأطفال هم مستقبل الأمم، و تعتبر المراحل الأولى للحياة أهم المراحل التي يتم فيها تنشئة الطفل و تأهيله ليكون على قدر المسؤولية المستقبلية. وتعتبر الشريعة أول من نادى بحقوق الطفل فوضعت أحكام تحفظ حقوقهم وتكفل رعايتهم

وقد كان تحديد المقصود بالطفل محل خلاف فقهي وتشريعي وقد اكتفى المشرع الجزائري بما ذهبت إليه اتفاقية حقوق الطفل التي اعتبرت أن الطفل كل من لم يبلغ سن الرشد 18 سنة، على خلاف الفقه الذي اعتبر أن الطفل هوا الذي لم يبلغ الحلم.

ويعتبر الطفل مجهول النسب إحدى الفئات الهشة في المجتمع و التي حاولت التشريعات المختلفة صيانة حقوقها و رعاية مصالحها و التشريعات الوضعية قد وضعت العديد من الأحكام المتعلقة بمصير الأطفال مجهولي النسب من خلال نظامين يتمثلان في نظام التبني ، أو ايداع للكفل في ملجأ حيث يعيش وسط أعدادا كبيرة من الأطفال في مثل عمره تحت إشراف مربيات ، أما التشريع الإسلامي فينظر إلى الطفل مجهول النسب كفرد من أفراد المجتمع الإسلامي له جميع الحقوق التي تضمن له حياة كريمة ، و لأجل حماية مجهول النسب حرمت الشريعة نظام التبني و أوجدت بديلا له يتمثل في نظام الكفالة الذي عملت به العديد من الدول الإسلامية على غرار الجزائر .حيث نجد ان المشرع استبعد نظام التبني طبقا لأحكام المادة 46 من قانون الأسرة .و حدد المرسوم التنفيذي رقم 92_24 المتعلق بتغيير اللقب حقوق جديدة للطفل المكفول .

و يرجع اهتمام المشرع بهذه الفئة من أبناء المجتمع نظرا لزيادة أعدادهم و الصعوبات التي يتعرضون لها عند رغبتهم في الاندماج في المجتمع فمجهول النسب يحتاج منذ ولادته الى الرعاية و الإهتمام الى ان يشب و يكبر و يندمج في الحياة الإجتماعية ،ذلك ان شعور الطفل بأنه ليس له هوية ولا أسرة و محروم من والديه يخلق لديه شعورا بالضياع الاجتماعي و النفسي مما يحوله إلى عالة على المجتمع و هو ما يريد المشرع -من خلال نظام الكفالة- تفاديه بإدماجهم في المجتمع منذ المراحل الأولى من حياتهم من خلال منحهم إسما و لقبا و نفس الحقوق التي يستفيد منها الطفل معلوم النسب .

أهميـــة الـــدراســـة:

ولما للموضوع من أهمية إنسانية بالدرجة الأولى وقانونية بالدرجة الثانية دفعت بنا الى دراسة الموضوع و عرضه للتحليل و النقاش و ذلك من خلال تحليل ما جاء به المشرع في النصوص القانونية لمعالجة وضعية إنسانية ذات بعد قانوني حساس جدا تمس فئة مهملة و مهمشة من المجتمع هي في تزايد مستمر باحثين عن دور القانون الحامي لهذه الفئة التي

اصبحت امرا واقعا و مشكلا يجب معالجته و التعامل معه بحزم و جدية و التكفل بها من الناحية القانونية خاصة.

أهـــداف الـــدراســـة:

إن لهذه الدراسة عدة أهداف نستطيع إجمالها فيما يلي:

- إزالة الغموض الذي تحتويه العديد من العناصر وتبيان الثغرات الموجودة في النظام القانوني للكفالة.

- إيضاح النواقص، كعدم ذكر تعريف واضح للطفل والكفالة ومجهول النسب في قانون الأسرة خاصة وأن المشرع الجزائري تناول الموضوع من خلال عشر مواد فقط في قانون الأسرة.

أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب الشخصية: الرغبة في دراسة هذا الموضوع بتفاصيلـه، وكذا اهتمامنـا بشـؤون الأسـرة والمجتمع، وما يستجد عليها من مسائل خلافية وإشكالات عملية، و التي لها إرتباط بحياة الفرد الإجتماعية و بإستقرار الأسرة.

الأسباب الموضوعية: إنتشار هذه فئة مجهولي النسب في المجتمع الجزائري ما يفرض ضرورة البحث عن الحلول الناجعة لإدماجهم في المجتمع وجعلهم أفرادا ناجحين ومنتجين، كما لم ينل موضوع الكفالة القسط الكافي من إتمام المشرع الجزائري.

إشكالية الدراسة:

نعالج من خلال هذا البحث الإشكالية التالية:

- ما مدى نجاعة النظام القانوني للكفالة في حماية الطفل مجهول النسب؟

صعوبـــات الدراســـة:

رغم توافر دراسات في هذا الموضوع في الفقه والقانون إلا أننا واجهنا بعض الصعوبات منها: ندرة المراجع القانونية الجزائرية، وخلو المكتبات من الدراسات الحديثة، إضافة إلى تناثر الموضوع ووجود جزئياته في عدة نصوص قانونية يستوجب جمعها في قالب واحد متناسق، وصعوبة التوفيق بين الدراسة الفقهية والقانونية و صبها في قالب علمي واحد، وصعوبة الحصول على إجتهادات المحكمة العليا في بعض القضايا الخلافية في موضوع الكفالة.

الدراســات السابقـــة:

موضوع هذه الدراسة ليس بالموضوع الحديث حيث تمت دراسته من قبل العديد من الباحثين وكل باحث كان يدلي بدلوه في قضية من القضايا الجوهرية في موضوع الكفالة من بين هذه الدراسات:

1- دراسة للباحثة سلوى سالم: بعنوان **كفالة مجهولي النسب في قانون الأسرة الجزائري**، حيث توصلت في دراستها إلى أن التبني صورة من صور الكفالة.

2-مذكرة عمراش أسماء وبليل كاتية: بعنوان **الكفالة في قانون الأسرة الجزائري**، حيث تطرقت الباحثتان للكفالة من الناحية القانونية في قانون الأسرة الجزائري.

3- مذكرة ماستر من إعداد الباحثتين حورية مالكي ونسيبة شيشة، بعنوان **" مجهولي النسب في التشريع الجزائري "** حيث درستا موضوع مجهولي النسب في التشريع من خلال أربع قوانين (قانون العقوبات و قانون الأسرة و قانون الجنسية و قانون الحالة المدنية).

المنهج المتبع:

إعتمدنا في دراستنا لموضوع كفالة مجهول النسب بين الفقه و قانون الأسرة على منهجين: المنهج التحليلي من خلال تناولنا للقوانين و التشريعات و خلفياتها الفقهية النظرية سواء كانت شرعية أو قانونية.

كما أعتمدنا المنهج المقارن من خلال عقد مقارنة بين كفالة مجهول النسب في الفقه وكفالة مجهول النسب في التشريع، و مقارنة موقف الشريعة الاسلامية في المسألة مع من اختاره المشرع الجزائري من أحكام.

فرضيات الدراسة:

- تعد الكفالة بديلا عن التبني شرعا وقانونا.
- إن الكفالة تضمن حقوق وحماية للطفل من الضياع.

تقسيم الدراسة:

الدراسة موضوع كفالة مجهول النسب قمنا بوضع تقسيم مزدوج حيث تضمن فصلين، الفصل الأول بعنوان (الإطار المفاهيمي لكفالة مجهول النسب) حيث تضمن مبحثين معنونين على التوالي (ماهية عقد الكفالة) و (ماهية مجهول النسب) أما الفصل الثاني فكان بعنوان (أحكام عقد الكفالة من الإبرام الى الانقضاء) و يتضمن مبحثين المبحث الأول (شروط عقد الكفالة) و الثاني (آثار و انقضاء عقد كفالة مجهول النسب).

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لكفالة مجهول النسب

تمثل الكفالة إحدى أهم الصيغ للتكفل بالأطفال المحرومين نهائيا من الأسرة، وقد أقرها الشرع والقانون كنظام بديل للتبني، وأقرتها الاتفاقيات الدولية منها، إتفاقية حماية الطفل التي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانهمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989. [1]

وقد حرمت الشريعة الإسلامية التبني بعدما كان معمولا به في الجاهلية أين كان النبي محمد صلى الله عليه وسلم قبل النبوة متبنيا زيدا بن حارثة والذي كان يدعى في ذلك الوقت "زيد بن محمد"، ولذلك أنزل الله عز وجل الآية من سورة الأحزاب حيث قال تعالى: **{ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم}**[2]

إلا أن هذا التحريم كان له بديل وذلك لحماية شريحة في المجتمع كانت ضحية تصرفات سلبية وهي فئة الأطفال مجهولي النسب، وهذا البديل يتمثل في نظام الكفالة.

ولدراسة هذا النظام سنتطرق إلى مبحثين:

المبحث الأول بعنوان **ماهية عقد الكفالة**، أما المبحث الثاني بعنوان **ماهية مجهول النسب**

المبحث الأول : مـاهيــة عقــد الكفــالــة

استمد قانون الأسرة الجزائري أحكامه من الشريعة الإسلامية، فمنع التبني الذي حرمته الشريعة، و استبدله بنظام سماه الكفالة لسد الثغرة التي تنشأ بعد تحريم التبني، باعتبارها مرحلة تأتي بعد انتهاء مرحلة الحضانة لتبدأ مرحلة ضم الصغير إلى من لهم الولاية على النفس، و هذا الضم يسميه الفقهاء بالكفالة، والحكمة منها إكمال العناية بالصغير ورعاية شؤونه، التبني بدأت في مرحلة الحضانة كالتعليم، التأديب، التربية، ونحوه كما أن المشرع الجزائري لم يذكر هذا الحق بصورة مستقلة، و أكتفى بعقد كفالة الطفل كبديل لنظام التبني في القانون[3]، لذلك لم تطرحه قضية التبني في المجتمع الجزائري، مما أدى بالمشرع الجزائري إلى اللجوء إلى هذا الحل الذي يتمثل في الكفالة التي تعتبر من أهم الأنظمة الاجتماعية التي تسعى إلى حماية الأطفال الذين كانوا ضحية الظروف والمجتمع بحيث يكونوا، إما مجهولي النسب أو معلومي النسب، قصد توفير الرعاية الاجتماعية والنفسية والصحية والمهنية وتهيئة البيئة المنزلية البديلة لهم عن طريق الكفالة.

---

[1]– بومدان ياسمينة ولكان ثنهينان ،**التبني و الكفالة في ظل القانون الجزائري**، مذكرة ماستر في تخصص قانون داخلي خاص ،السنة الجامعية 2016_2017 جامعة مولود معمر تيزي وزو، ص24 .

[2]– الآية 5 من سورة الأحزاب.

[3]– مداني هجيرة نشيدة،**حقوق الطفل بين الشريعة و القانون**،مذكرة ماجستير في القانون،فرع قانون خاص(العقود والمسؤولية)،كلية بن عكنون،جامعة الجزائر 2011_2012، ص 136.

ولهذا سيتم التعرض إلى مفهوم عقد الكفالة في (**المطلب الأول**) أركان عقد الكفالة (**المطلب الثاني**) تمييز عقد الكفالة عما يشابهه (**المطلب الثالث**).

المطلــب الأول: مفهــوم الكفالـــة:

لقد حرمت الشريعة الاسلامية التبني بعد ما كان معمولا به في الجاهلية قبل الإسـلام أين كانوا يدعون أبناء غير أبنائهم وينسبون إليهم فلما جاء الإسلام وهم على تلك الحالة أبطل تلك العادة وألغى ما كانوا يرتبون عليها من أحكام فقال تعالى في محكم تنزيله: **{وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل}**[1].

الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة

أولا: التعريف اللغوي:

الكفالة لغة بمعنى الضم، وكفله بمعنى ضمه، والتكلف بالشيء، الزم نفسه به وأزال عنه الضيعة والذهاب والكافل القائم بأمر اليتيم المربى له وهو الكفيل الضمين، والضمين له ولغيره راجع إلى الكافل، أي أن اليتيم سواء كان الكافل من ذوي أرحامه وانسابه أو كان أجنبيا لغيره تكفل به، وفي التنزيل العزيز:(كفلها زكريا)[2].

وفي الحديث الشريف: قوله صلى الله عليه وسلم:(أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وقال بأصبعه السبابة والوسطى)[3] أي ضم كافل اليتيم لنفسه.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

1- تعريف الكفالة في قانون الأسرة:

للكفالة معنيين حسب القانون المدني ومعنى حسب قانون الأسرة.

عرف المشرع الجزائري الكفالة بأنها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"[4]

يستخلص من هذا التعريف أن عقد الكفالة عقد يتم بين الكفيل والدائــن دون المديــن ولا يشترط رضا المدين وموافقته، بل يمكن أن تتم الكفالة دون علمه ورغم معارضته فالكفالة إذن ترتكز على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به، لأن الكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محل الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين،حيث أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي في وجوده وانقضاءه وصحته وبطلانه بل في أوصافه أيضا.

---

[1] سورة الأحزاب الآية رقم 4 .

[2] سورة ال عمران الآية 37 .

[3] محمد متولي الشعراوي ، **الخواطر** ، مطابع اخبار اليوم 1997 ، ج 3 ، ص 1439

[4] مادة 644 القانون المدني من الأمر رقم 75_58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975معدل و متمم .

أما بالنسبة لتعريف الكفالة في قانون الأسرة، فقد عرفتها المادة 116 من قانون الأسرة:

"التـزام علـى وجــه التبـرع بالقيـام بولــد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيــام الأب لإبنه وتتــم بعقــد شـرعــي"[1].

فالكفالة هي التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل صغير (قاصر) والانفاق عليه وتربيته ورعايته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه باعتباره وليا قانونيا له.

من خلال المادة السابقة يتضح أن الكفالة هي عبارة عن عمل تبرعي دائما، وهو التزام من طرف الكافل بالقيام بالمكفول بنفس العناية التي يوليها لابنه الشرعي وتكون بموجب عقد مبرم في شكل رسمي أو قضائي.

ويلاحظ في هذا النص أنه لم يفرض على عاتق زوجة الكافل نفس الالتزام مع أن دورها أهم من دور الزوج، خاصة إذا كان المكفول صغير السن يحتاج إلى رعاية أكبر وإلى الكثير من الحنان، أضف إلى ذلك فإنه في غالب الأحيان الزوجة هي التي تكون صاحبة المبادرة بالتكفل.

ونقترح إضافة نص في هذا القانون مؤداه أنه لا يمكن لأحد الزوجين أن يكفل ولدا دون موافقة الزوج الآخر صراحة.[2]

2- تعريف الكفالة في القانون المدني:

عرفهــا: "عقد يكفل بمقتضيه شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعاهد للدائن أن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه" وأيضا لفظ الكفالة مشتق من "كفــل" بمعنى عاهد وجاور وضمن، وكفل الصغير: رباه وأنفق عليه[3].

ثالثا: التعريف الشرعي:

1- عند الحنفية: الكفالة شرعا هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو ديــن أو عين، وقال آخرون من الحنفية: الكفالة ضم الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين[4]

2- عند الشافعية: الضمان شرعا عقد يقتضي التزام دين ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو يد من يستحق حضوره، ويفهم من هذا التعريف أن الكفالة بمفهومها عند الحنفية ويسميها الشافعية الضمان، يشتمل بمعناه العام على ثلاث أقسام:

---

[1] المادة 116 من قانون الاسرة من القانون رقم 11_84 المؤرخ في 1984_6_9 عدد 24 صادر بتاريخ 1984_6_12 العدد 24 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05_02 مؤرخ في العدد 15 الصادر بتاريخ 27/02/2005.

[2] . محمدي زواوي فريدة ،**تعارض المرسوم التنفيذي رقم 94_24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الاسلامية** ، المجلة القضائية ، العدد الثاني 2000ص70.

[3] عبد الكريم زيدان، **الكفالة و الحوالة في الفقه المقارن مع مقدمة في الخلاف و أسبابه**، ساعدت جامعة بغداد على نشره، المكتب الإسلامي، مكتبة القدس 1395_1975 ص109.

[4] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 110.

- الأول: ضمـــان الـــديـــن.
- الثاني: ضمـــان العيـــــن.
- الثالث: ضمـــان النفـــس[1].

3- عنـد المالكيـة: الضمان هو شغل ذمة أخرى بالحق، أي أن الدين يشغل ذمة الضامن مع ذمـة المديـن، المضمـون عنـه سـواء كان هـذا الحق غير متوقف على شيء كما في ضمـان الأمـوال أو كان متوقفا على شيء آخر كعدم إتيان المضمون في ضمـان الوجـه أو تفريطه في طلب الدين والتفتيش عنه، ومن هذا التعريف يعرف أن لديهم ثلاث اقسام:

- الأول: ضمان الأموال.
- الثاني: ضمان الوجـه.
- الثالث: ضمان الطلب.

4- عنــد الحنابلــة: الضمان هو ضم ذمة الضامن إلى ذمـة المضمـون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهم، ومن هذا التعريف يستفاد أن الضمان لديهم ضمان الديون الثابتة حيث تنشغل بها ذمة الضامن مع بقائها في ذمة المضمون عنه.

5- الشيعــة الإماميــة: الضمان عندهم عقد شرع المتعهد بنفس أو مال ممن عليه أولا، وقـالوا: إن الضمان مشترك لفظي بين معنيين أعم وأخص، فالأعم هو التعهد على وجه خاص بنفس أو مال لمن كان له في ذمته دين، أو لم يكن له في ذمته دين، فإن كان نفس فهو الكفالة وإن كان مالا فإن كان في ذمته شيء فهو الحوالة، والا فالضمان بالمعنى الأخص، الا أن الضمان إذا أطلق بغير قيد فالمتبادر منه عندهم المعنى الأخص وعللوا ذلك بكثرة تداوله، ومعنى ذلك أن الضمان عند إطلاقه يراد به ضمان الدين حيث لا يكون الضامن مدينا للمضمون عنه بمثل الدين الذي ضمنه الدين عنه.

6- الظــاهـريــة: قال ابن حزم في المحلى: "الكفالة هي الضمان وهي الزعامـة وهـي القبالـة وهي الحمالة. فمن كان له على آخر حق مالي من بيع أو غير بيـع مـن أي وجـه سـواء كـان حالاً أو إلـى أجـل سـواء كـان الـذي عليـه الحـق حيـا أو ميتـا فضمـن لـه ذلك الحق إنسان، لا شيء عليه للمضمون عنه، لطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ولا على ورثته أبدا من ذلك الحق.

7- الموازنة بين التعاريف: مـن خـلال التعريفـات المختلفـة السابقـة يكـون هنـاك فـي كفالــة الديـن ثلاثة اتجاهات في الفقه الإسلامي:

الأول: يتعلق الدين بذمة الكفيل مع بقائه متعلقا بذمة الأصيل وشاغلا لها.
الثاني: يبقى الدين شاغلا ذمة الأصيل فقط دون الكفيل.
الثالث: ينتقل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل على وجه تبرأ فيه ذمة الأصيل من الدين[1]

[1]نفس المرجع، ص .ص 111.112

الفرع 2: خصائص عقد الكفالة

إن الكفالة تتميز بعدة خصائص تميزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها مثل نظام الحضانة والتبني حيث يمكن إجمالها:

ـ يعتبر الجو الأسري البديل الذي يعوض الطفل على أسرته الأصلية كذا العلاج الأنجح للطفل في حالة عدم عودته إلى أسرته الأصلية، إذ أن مركز رعاية الأطفال له قوانين صارمة في حماية الطفل، مما لا يوفر له الراحة والأمان، الكافي لأن تربيته دائما تظل محدودة تحت مسؤولية المربين فمثلا: الطفل في مركز لا يخرج للعب والترفيه لوحده عكس الطفل الطبيعي (العادي) الذي له الحرية وبالتالي فإن الكفالة هي علاج للطفل وتساعد في تربيته وتنشئته[2].

ـ الكفالة التزام على وجه التبرع، يقوم بها الكفيل حفظا ورعاية وحماية للطفل القاصر كما لو أنه مع ابنه الأصلي فيما يخص النفقة والمنح الدراسية، وكل متطلبات الحياة حسب المادة 116 قانون الأسرة:

ـ الكفالة عقد يبرم بين ثلاث أطراف هم الكفيل والمكفول والهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكفيل وذلك أمام الموثق أو المحكمة[3]

ـ الكفالة تمنح الكافل السلطة التي يتمتع بها عادة الوالدين، فيعد الكافل أبا، وعلى ذلك تكون له الولاية على النفس والمال معا، مما يؤهل المكفول ليحتل مرتبة قريبة من مرتبة الابن الشرعي[4]

ـ الكفالة هي عبارة عن نظام بديل للتبني وضعه المشرع لغاية اجتماعية وذلك لرعاية الأولاد مجهولي النسب وتولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته لظروف اقتصادية.

ـ الكفالة ليست أبدية بل تسقط وتنتهي لأسباب محددة في قانون الأسرة.

ـ الكفالة تحمي الحقوق الميراثية وتمنع التعدي على حقوق التركة إذ لا يحق للمكفول الميراث فيها بل يمكن الحصول على الهبة أو الوصية فقط[5]

---

[1]عيد الكريم زيدان ، المرجع السابق ،ص 114

[2]عمراش اسماء و بليل كاتية ،**الكفالة في قانون الاسرة الجزائري** ،مذكرة ماستر في تخصص قانون خاص داخلي تاريخ المناقشة 30 سبتمبر 2014،جامعة مولود معمر تيزي وزو .ص16

[3]نص المادة 117 من قانون الاسرة الجزائري على انه :"سجب ان تكون الكفالة امام المحكمة او امام الموثق و ان تتم برضا من له ابوين " مرجع سابق .

[4]عمراش أسماء، مرجع سابق ص 16

[5]قشام سعدية،**حماية مجهولي النسب بين الفقه الاسلامي و القانون الجزائري** كلية العلوم القانونية و الادارية جامعة زيان عاشور الجلفة 2014_2013 ص 61.

الفـرع الثالــث: مشروعية عقد الكفالة والطبيعة القانونية لها

أولا: مشــروعيــة عقــد الكفالــة.

حرم الإسلام التبني عدلا ورحمة، فالعدل أن ينسب الانسان إلى أبيه الحقيقي لا أن ينسب إلى شخص آخر، يقول الله عز وجل: **{أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله}** (الأحزاب 5)[1] اي هو أعدل عطفا ورحمة بمجهول النسب، ذلك أن التبني صلة صورية قائمة على الكذب والافتراء والخداع ولا يمكنها أن تنتج عاطفة أبوة أو أمومة حقيقية وسرعان ما سيعلم هذا الولد بهذه الحقيقة وهـذا الخـداع الـذي مـورس عليه، فتكون ردة فعله عنيفة: حقـد، عقـد نفسيــة، حــب انتقــام، ثم انحراف وجرائم. لهذا السبب أراد الإسلام أن تكون الصلة من بداية الأمر صلة حقيقية مبنية على العــدل والرحمـة[2].

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 جو آمنا ويضمن له حياة مستقرة.

1- الأدلة على مشروعية عقد الكفالة:

أ- القرآن الكريم: ورد في قوله عز وجل: **"فتقبلها ربها بقبول حسن، وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكريا"**[3]، قوله تعالى:**"إذ تمشي أختك فتقول هل أدلكم على من يكفله"**[4]

في سياق الحديث عن موسى عليه السلام والرجوع به إلى أمه لتكفله.

وفي السياق نفسه نجد قوله تعالى:**"وحرمنا عليه المراضع من قبل فقالت هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون"**[5]

بالرجوع لقوله عز وجل:**"فتقبلها ربها يقول حسن، وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكريا"**

يخبر الله عز وجل انه تقبلها من أمها نديره و انبتها نباتا حسنا و يسر لها أسباب القبول و قرنها بالصالحين من عباده فتتعلم منهم العلم و الخير و الدين؛ فلهاذا قال تعالى كفلها زكريا بتشديد الفاء، أي جعله كافلا لها، وقال ابن إسحاق:(وما ذلك أنها كانت يتيمة) وقال غيره: أن بني إسرائيل أصابتهم سنة جذب فكفل زكريا مريم لذلك، ولا منافاة بين القولين والله

---

[1] سورة الأحزاب الاية 5 نصف الحزب 42.

[2] ، صفية وناس ، **مجهولي النسب بين رحمة التشريع الاسلامي و التشريع الوضعي** ، مداخلة في المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام .

[3] سورة ال عمران ،الآية37.

[4] سورة طه الاية 40.

[5] سورة القصص الآية 12 .

أعلم و إنما قدر الله كون زكريا كفلها لسعادتهما ولتقتبس منه علما جما نافعا وعلما صالحا، ولأنه كان زوج خالتها على ما ذكره ابن إسحاق وابن جرير وغيرهما، وقيل زوج أختها كما ورد في الصحيح : "فإذا بيحي و عيسى وهما ابنا الخالة". ويطلق على ما ذكره ابن إسحاق ذلك أيضا توسيعة، فعلى هذا كانت في حضانة خالتها.

ب- من السنة: فقد أوصى الرسول الكريم على كفالة اليتيم، ومن بين الأدلة على ذلك قوله : **"من قبض يتيما من بين المسلمين إلى طعامه و شرابه أدخله الله الجنة، إلا أن يعمل ذنبا لا يغفر له"**[1]

ثانيا : الطبيعة القانونية للكفالة:

قبل معرفة الطبيعة القانونية للكفالة وجب أولا بيان متى يكون التصرف عقدا، ومتى يكون نظام قانوني:

العقد هو ارتباط ايجاب وقبول لإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه، كما يعرف أنه التزام بموجبه يلتزم شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[2]، والعقد عادة ما يكون ملزما للطرفين[3] ويكون ملزما لشخص أو عدة أشخاص إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص أو عدة أشخاص دون التزام من هؤلاء الآخرين[4] إضافة إلى ما سبق ذكره فإن العقد يقوم على ثلاثة أركان نظمها المشرع في القانون المدني وهي:

- **الرضـــا:** نظمت أحكامه المواد من 59_91 من القانون المدني
- **المحـــل:** نظمت أحكامه المواد من 96_98 من القانون المدني
- **السبـــب**

معنى هذا أن إرادة الطرفين هي التي تحدد آثار العقد وتحدد التزاماته، أما النظام القانوني فالمشرع هو الذي يحدد الآثار والحقوق والالتزامات وتدخل الإرادة ضئيل مقارنة بالعقد وهذا هو وجه الاختلاف.

الاستنتاج: نستنتج في الأخير أن عقد كفالة مجهول النسب كغيره من العقود المدنية إذا تم بشكل صحيح فإنه ينتج آثاره القانونية في كل من الكافل والمكفول مجهول النسب من حقوق والتزامات متبادلة بين الكافل فيدور الأب الحقيقي والمكفول مجهول النسب في دور الابن الأصلي، كما قد ينقضي ويزول هذا العقد بتخلف أحد الشروط التي صح به أو تلك التي حددها القانون.

---

[1] سلوى سالم ،**كفالة مجهولي النسب في قانون الاسرة الجزائري** ،مذكرة ماستر أكاديمي ،كلية الحقوق و العلوم السياسية تخصص أحوال شخصية جامعة بوضياف،المسيلة سنة 2017.2018 ص 16 .

[2] المادة 45 من قانون مدني رقم 75/58 من نفس الأمر .مرجع سابق

[3] المادة 55 من نفس القانون .

[4] المادة 56 من نفس القانون .

المطلـــب الثـــاني: تمييز عقد الكفالة عما يشابهها من المفاهيم

تجدر الإشارة، مما سبق عرضه من المعلومات عن الكفالــة وحكمهـا الشـرعـي أن هناك نظاما اجتماعيا يشبه الكفالة إلى حد ما، وهو التبني الذي كان انتشاره واسعا، ولا يزال ينتشر بالرغم من تحريمه ومنعه شرعا وقانونا، وكذلك بالنسبة للحضانة التي اعتبرها الفقه أن بعد انتهاء فترتها ينتقل الولد إلى مرحلة جديدة من حياته تسمى الكفالة فهذه الأنظمة عند النظر إليها ظاهريا نجدها تهدف كلها إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا وكذا الاسناد الواقعي للقاصر إلى أسر بديلة ليست أسرته الأصلية.[1]

الفـــرع الأول: تمييز الكفالة عن الحضانة

قبل التطرق إلى التمييز بينهما، نقوم أولا بتعريف الحضانة.

عرفها المشرع الجزائري في المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري، بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظ صحته وخلقه، والحضانة هي القيام بتربية طفل لا يستقل بأمره برعاية شؤونه من تدبير طعامه وملبسه، ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره.

بعدما قمنا بتعريف الحضانة، نقوم الآن بتوضيح الفرق بينها وبين الكفالة وذلك في النقاط التالية:

- اكتفى المشرع الجزائري بعقد كفالة الطفل المحروم من العائلة، عكس الحضانة، التي يعتبرها الفقهاء أن بعد انتهاء فترتها ينتقل الولد إلى مرحلة جديدة، وهي مرحلة الضم إلى الولي وتبدأ من انتهاء حضانة النساء وتنتهي بالبلوغ والعقل.

- إن الكفالة التزام تبرعي وتكون بدون مقابل، حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض ولا يقدمه، كما لا تأخذ المراكز أي عمولة، لأن غرضها الأساسي إيجاد أسرة للطفل تضمن له العيش في ظروف حسنة، فالكفالة عملية إنسانية، عكس الحضانة التي يجوز فيها أخذ أجرة، أي أن الأم في الحضانة تستحق الأجرة في الحالات التي تجب لها فيها من وقت قيامها بأعمال الحضانة، ولا يتوقف الاستحقاق سواء سبق الاتفاق بينهما وبين أب أم لا. [2]

- إن الكفالة تصرف قانوني، وتكون أمام الموثق أو المحكمة وتحرر في وثيقة رسمية بعد مصادقة هذه الأخيرة عليها، عكس الحضانة التي تسند بحكم قضائي.

- إن الكفالة نظام لحماية الأطفال المحرومين من الأسرة، وهو من واجب الدولة بأنشاء الجمعيات التي يهدف نشاطها إلى إيجاد عائلة لكل طفل محروم منها، عكس الحضانة فهي واجبة على الابوين، فان فقدا فعلى الأقرب من ذوي قرباهم وان انعدمت القرابة فعلى الحكومة أو جماعة المسلمين.

---

[1]– عمراش أسماء و بليل كاتية ،مرجع سابق ،ص 30.

[2]– نفس المرجع، ص44.

- إن الكفالة تمنح للطفل المميز الذي يبلغ من العمر السادسة عشر الخيار، أي له الحق أن يختار من يبقى معه، لأنه يبلغ من السن ما يسمح له التميز بين ما هو أصلح له من عدمه، وهذا ما تنص عليه المادة 124 ق.أ.ج عكس الحضانة التي تمتد بالنسبة للولد حتى يبلغ، وبالنسبة للبنت حتى تتزوج، مهما بلغ سنها مادامت في حرز فإذا خيفن عليها انتقلت إلى أبيها وأوليائها أي بزواج الأنثى، وعشر سنوات للذكر وتمتد الحضانة من ستة عشر سنة إن كانت الحاضنة أما لم تتزوج بعد ذلك حسب ما ورد في نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري [1]

- إن الكفالة هي التزام الكفيل بالإنفاق على المكفول، عكس الحضانة التي غرضها الحنان و المودة الرعاية، و صيانته وهي الغاية المقصودة للشارع من الحضانة.

-الكفالة تطلق على الطفل المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب عكس الحضانة تطلق على الطفل المحضون ويكون معلوم النسب.

- تنتهي الكفالة إذا طلب الابوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما وفي حالة بلوغه سن التمييز له الحق في اختيار العودة اليهما كما قد تنتهي في حالة وفاة الكافل أو المكفول، كما قد تنتهي بتخلي الكافل عنها، وذلك أمام الجهة التي أقرت بالكفالة أو بتخلف أحد الشروط من الإسلام، الأهلية أو القدرة على رعاية المكفول عكس الحضانة التي تسقط بزواج الحاضنة بأجنبي أي بغير قريب محرم، أو بالتنازل عنها أو باختلال أحد الشروط الواردة في نص المادة 62 من ق.إ.ج [2]كما تسقط عندما لا يطلبها من له الحق في الحضانة عن مدة تزيد عن سنة دون سبب أو عذر هذا ما نصت عليه المادة 68 قانون الأسرة الجزائري.[3]

الفــرع الثانــي: تمييز الكفالة عن التبني:

- قبل التطرق إلى توضيح الفرق بين هاذين النظامين، نقوم أولا بتعريف التبني.

التبني هو إلحاق شخص بآخر معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقينا أنه ليس منه وهي علاقة بين طرفين أحدهما هو الشخص الكبير امرأة أو رجل ويسمـى المتبني أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنى كما عرفه الدكتور (محمد صبحي نجم) التبني هـو أن يتخذ الرجل له ولد ليس من صلبه وعرفه أنه ليس ولده فينتسب هذا المتبني إلى من تبنـاه[4]

- بعدما قمنا بتعريف التبني، نقوم الآن بالتفريق بينهما، حيث أقرت الشريعة الإسلامية الكفالة كنظام بديـل للتبنـي، بعد قيامها بإبطال وإلغاء هذا الأخير الذي اتخذته الأمم السابقة ومن بينها العرب، وهذا لما فيه من مفاسد تهدد كيان الاسرة والأمة على حد سواء، وبهذا

[1]المادة 124 من قانون الاسرة رقم 11_84 المؤرخ في 1984_6_9العدد 24 الصادر بتاريخ 1984_6_12المعدل و المتمم بالأمر رقم 05_02.

[2]المادة 62 من القانون رقم 11_84 مرجع سابق .

[3]المادة 68 من القانون رقم 11_84 مرجع سابق .

[4]بومدان ياسمينة ولكان ثنهنان ،مرجع سابق ،ص 5 .

كان للطفل مجهول النسب أو معلوم النسب، أن يعيش ويتربى في وسط عائلي ويرعاه ويحميه ويقدم له من الحاجيات ما يعوضه عن والديه سواء كان فقدانهما بالوفاة أو بالتجاهل من قبلهما، ولهذا أكدت النصوص على ضرورة التكفل بالأطفال المجهولين، بناءً على ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة بالإضافة إلى هذا حرمت الشريعة الإسلامية من الإساءة اليهم أو القيام بأموالهم[1] لقوله تعالى : **{فأما اليتيم فلا تقهر** ....}.[2]

ونتيجة لهذه العناية التي يحض بها الطفل القاصر، لكنها في الحقيقة لا تخول له حق اكتساب اللقب العائلي، لأن ذلك بمثابة اعتداء على حق الطفل المعلوم النسب الذي لابد أن يبقى منتسبا لعائلته الحقيقية عكس الطفل المتبني[3] ، إذا الفرق الجوهري بين الكفالة والتبني الذي يكسب النسب العائلي للولي المتبني سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب، لاتخاذه الولي القاصر مركز الولي الصلبي من حيث الحقوق والواجبات كالميراث و النفقة وحرمة الزواج وغيرها ، مما لا ترتبه الكفالة لان التبني بتأثيره في النسب يحدث نسب جديد اعتباري وهو النسب بالتبني، كما يؤثر في العلاقة الميراثية بسبب هذا النسب إذ يصبح وارثا من توافرات شروط الميراث.[4]

الفـرع الثالــث: تمييز الكفالة عن الولاية

- قبل التطرق إلى تمييز الكفالة عن الولاية، نقوم أولا بتعريف الولاية فالولاية في اللغة العربية هي تولي الأمر والقيام به أو عليه، وشرعا مناطة شرعية يتمكن بها الشخص من انشاء العقود والتصرفات وتنفيذها على الوجه الاكمل، ومن هنا نقوم بالتفريق بين الكفالة والولاية.

- إن كلا من الولاية والكفالة هي الاشراف على شؤون القاصر ورعاية مصالحه، الا انهما يختلفان في كون الكفالة التزام وجه التبرع فهي غير الزامية، اما الولاية فهي الزامية ولا يجوز للولي التنحي أو التنازل عنهما، أو الاخلال بالتزاماته اتجاه القاصر.

كما أن الكفالة هي البديل الشرعي عن نظام التبني، وتكون من أجل رعاية طفل قاصر فقد رعاية والديه، أو كان مجهول النسب، وعليه فإن الكافل قد يكون قريب أو غريب عن المكفول، كما أن الكفالة تثبت بعقد شرعي وأمام الجهة الرسمية بخلاف الولاية التي تثبت بقوة القانون للأب أو الأم على أولادهم بصلة الدم بينهما.

---

[1] منيرة حريزي ،التبني و الكفالة دراسة مقارنة ،مذكرة مكملة لمقتضيات لنيل شهادة ماستر في الحقوق ,تخصص أحوال شخصية ,قسم الحقوق ,كلية الحقوق و العلوم السياسية ,جامعة بوضياف, المسيلة , ; 2016; 2015 ص 30 .

[2] سورة الضحى الاية رقم 9 .

[3] بومدان ياسمينة ولكان ثنهان ، المرجع السابق ،ص 5 .

[4] محمد مصطفى شحاتة الحسيني .الاحوال الشخصية في الولاية و الوصية و الوقف ,قسم الفقه الإسلامي بكلية الشريعة و القانون , كلية الشريعة و القانون ,جامعة الازهر ,مطبعة دار التاليف ,1396هـ 1976 م ص 5.

المطلـــب الثـــالث: أركـــان عقـــد الكـــفالة

الكفالة كغيرها من العقود لابد من توافر الأركان العامة الواجبة فيها ككل عقد حيث ان عقد الكفالة يعتبر من العقود الرضائية ولا يتم إلا بتوافر أركانه الثلاثة من تراضي، محل وسبب. لذلك سنتحدث في الفرع الأول عن الأركان الموضوعية وفي الفرع الثاني عن الأركان الشكلية.

الفـــرع الأول: الأركان الموضوعية

أولا: التـــراضـــي:

بما أن عقد الكفالة مثله مثل بقية العقود قوامه التراضي، حيث يخضع فيه التعبير عن الإرادة وصحة شرط التراضي إلى القواعد العامة، فلابد أن يتم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين سليمتين صادرتين من طرفين حائزين على الأهل اللازمة.

1- التعبير عن الإرادة: تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائر على أنه:" يتم العقد بمجرد تبادل الطرفات التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". [1]

وعقد الكفالة كغيره من العقود الرضائية لا يتم إلا بتوافر أركانه الثلاث.

أولا - التـــراضـــي:

ويتم التراضي بين طرفي العقد وهما:

أ- الكـــافـــل: وهو الطرف الأول في العقد إذ هو ذلك الشخص الذي يأخذ على عاتقه مهمة الولاية على المكفول وقد يكون شخص واحد أو زوجان، وحتى يتسنى له القيام بتلك المهمة لابد من توافر الشروط الأساسية التي يجب أن تتوافر في أي متعاقد كان.

ب- المكفـــول: وهو الطرف الثاني للعقد بصفة مباشرة غير أن هذا الأخير يكون قاصرا حسب 116 قانون الأسرة الجزائري[2]، وبالتالي فان الصلاحية لمباشرة تصرفاته تقع على عاتق والديه إذا كان هذان الاخيران معلومين أو أحدهما أما إذا كانا مجهولين فيرجع ذلك لمؤسسة حماية الطفولة ومنه فأن التراضي يقوم بين الكافل من جهة وبين ابوي المكفول أو المؤسسة من جهة أخرى والهدف من ذلك هو الانتفاع القاصر وعليه يتبين مما سبق أن الطرف الثاني للعقد هو:

-الأبـــويـــن: طبقا لنص المادة 117 قانون الأسرة الجزائري[3] أن عقد الكفالة تتم برضا من له أبوين ولذلك نتصور حالتين للتنازل عن كفالة الابن.

---

[1] المادة 59 من القانون المدني الجزائري السابق الذكر.

[2] عبد الكريم زيدان المرجع السابق ص. ص111 و ما يليها

[3] االمادة 117 من قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق .

- **الحالة الأولى :** زوج قد يرزقهم الله أولاد غير أن الظروف الاجتماعية و المادية لا تمكنهم من التكفل بهم كلهم وهنا قد يبدي الكفيل رغبته بمساعدة تلك الاسرة المحتاجة بأن يتكفل لها بأحد من أبنائها، وقد يكون سبب دفع الأولياء للتنازل عن ابنهم راجع إلى بعض المشاكل التي تدور داخل تلك الاسرة فيتقرر طلاقهم أو افتراقهم أو وفاة احدهما ، فلا يقدر تحمل كل واحد منهم على انفراد المسؤولية وحضانة الأبناء فيفكر ويقرر تقديمه إلى اسرة صديقة أو تربيته تحت عقد الكفالة وهنا تكون الاسرة مرغمة وقصرا عليهم فيعد الوالدين مكرهان بظروفهم الاجتماعية والمادية للافتراق عن طفلهم القاصر.

- **الحالة الثانية:** أن يقوم الابوين بتقديم القاصر للكافل لكونه غير قادر على الانجاب فيشفق اهل القاصر عليه فيمنحونه ابنهم للتكفل به ليدخل السرور والسكينة لتلك العائلة.

- **مؤسسات حماية الطفولة:** هي تلك التي تتولى مهام إيواء وتربية الأيتام أو مجهولي الأبوين فالفئة الأولى هم الأطفال الذين توفى عنهم آبائهم لأسباب مختلفة أما الفئة الثانية فهم اللقطاء والمتروكين أو المهملين وأبناء الزنا الذين وجدوا دون رغبتهم[1].

2- عيوب الإرادة:

يجب أن تكون إرادة طرفي العقد خالية من كل العيوب وهذا ما سنتطرق له:

أ- الغلـــط: هو حالة تقوم في نفس الانسان تحمله على توهم غير الواقع نصت المادة 81 ق.م "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله " ويكون الغلط في عقد الكفالة.

- بالنسبة إلى الكافل من خلال محاولة الكافل بتكفل بولد قاصر عمره شهرا وبعد زمن يكتشف أنه لديه أربعة أشهر فهنا يجوز له يطلب بإبطال عقد الكفالة.

- بالنسبة إلى والدي المكفول كليهما أم أحدهما، أو المؤسسة المختصة برعاية الأطفال ويكون من خلال التعاقد مع شخص باعتباره شخص آخر ثم يظهر العكس مثلا: تعاقد الوالدين أو أحدهما أو المؤسسة مع رئيس المجلس الشعبي البلدي ثم يظهر أنه رئيس مجلس شعبي لبلدية أخرى.

ب- التدليـــس: هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد كما تنص المادة 87 ق م: "إذا صدر تدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد الآخر أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس" يكون بالنسبة إلى الكافل في عقد الكفالة باستعمال والدي المكفول معا أو أحدهما أو المؤسسة المكلفة برعاية الأطفال حيل ومستندات مزيفة أو اسم مستعار تدفع المتعاقد الآخر للتعاقد معه، بالنسبة لوالدي المكفول كليهما أو أحدهما، أو المؤسسة المختصة برعاية الأطفال ويكون

[1]. عبد السلام خضرة، **أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية – دراسة مقارنة**، مذكرة ماستر تخصص أحوال شخصية ، جامعة زيان عاشور الجلفة سنة 2016/2015 ص 16

التدليس في هذه الصورة بإعطاء معلومات مزيفة عن الطفل كأنه يعتبر مجهول النسب وهو في الحقيقة معلوم النسب.[1]

ج- الإكـــراه: هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد.

تنص المادة 88 من القانون المدني، "يجوز إبطال العقد للإكراه 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 خطـرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال".

يكون الإكراه بصور شتى:

بالنسبة إلى الكافل في عقد الكفالة بإكراه والدي المكفول معا أو أحدهما أو المؤسسة المكلفة برعاية الأطفال بوضع الكافل تحت إكراه مادي أو معنوي من خلال التهديد والعنف.

د- **الإستغـــلال:** هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه.

تنص المادة 90 قانون مدني جزائري: " 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 لما أبرم العقد مع المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش بين أو هوى جامح جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد، يجب رفع دعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة".

بالنسبة للكافل باستغلاله لماله ومكانه وهدفها تحقيق مصلحة من التكفل.[2]

ثانيا: الـــمحـــــل:

المحل حسب القواعد العامة يجب أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروعا حسب المواد 92_96 من القانون المدني، حيث أن الالتزام قد يكون إعطاء شيء، أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، ومؤداه أن يكون الالتزام في الأصل موجود ومحل عقد الكفالة المنصوص عليه في قانون الأسرة لاخراج عن هذه القواعد وهو يكمن في تقديم العناية والرعاية والانفاق على القاصر.

غيـر أن الكفالـة فـي إطار قانون الأسرة هي كأصل تقوم دون مقابل وذلك على سبيل الاحسان والتي وجدت كبديل للتبني المحرم وهذا ما تؤكده المادة 116 من قانون الاسرة بقولها:" الكفالة التزام على وجه التبرع" ، و يفهم من هذا النص أن هذا العقد مبنيا أساسا هو رعاية وتربية وعناية بالقاصر في حد ذاته وإنما رغبة الكافل في القيام بالقاصر

[1]–عنتير نور الهدى، **الكفالة في قانون الأسرة الجزائري** قسم الحقوق جامعة قاصدي مرباح ورقلة مذكرة الليسانس تخصص قانون خاص سنة 2014/2013 ص 16_17 .

[2]– نفس المرجع ،ص17.

وشؤونه أما الطرف الثاني في عقد الكفالة سواء كانا والدي القاصر إذا كان معلوم الأبوين، أو أمه إذا كان مجهول النسب ومعلومة أمه فقط أو من مؤسسة حماية الطفولة إذا كان مجهول الأبوين فإن التزامهم هو تسلم القاصر المتفق عليه في العقد[1].

ثالثا: السبب:

السبب هو الغرض الذي يقصد المتعاقدان إلى تحقيقه، وقد نصت المادة (98) من ق.أ.ج في الفقرة الأولى على أنه " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك" .

السبب في الكفالة هو نية الكافل، أو الدافع إلى تحمله الالتزامات التي تقع على عاتقه وهو أخذ الطفل والالتزام برعايته والنفقة عليه والعناية به وتربيته ووضعه مرتبة الابن الحقيقي في المعاملة، على وجه التبرع والإحسان، كما أنه يجب أن يكون السبب مشروعا، فإذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا، وهو ما نصت عليه المادة 97 من ق.م.ج [2]

الفرع الثاني: الأركان الشكلية:

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

إن قانون الاسرة الجزائري لم يتضمن في أحكامه بطلان عقد الكفالة لعدم إفراغه في شكل رسمي حيث أن المادة 119 من نفس القانون نصت على أنه تتم "بعقد شرعي" ولم تنص على شكلية معينة، وبالرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة نجد أنه تكلم عن العقود الرسمية طبقا للمواد 324 وما يليها، ولم يستعمل المصطلح الشرعي كما أنه وبالرجوع إلى نص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنها نصت على وجوب تحرير عقد الكفالة أمام المحكمة أو الموثق، فهي قاعدة آمرة جاءت بصيغة الوجوب مما يضفي إلزامية وجود هذا السند لأثبات قيام الكافل بالتكفل بالطفل القاصر، فالهدف الأساسي من هذا النص هو حماية المكفول بالدرجة الأولى لا نه في مركز المتعامل فيه ومن هنا نستبعد اعتبار العقد الشرعي هو الاثبات وبخصوص هذه المسألة أشارت المحكمة العليا إلى أنه لا يجوز إثبات الكفالة إلا بعقد شرعي[3] وبالرجوع إلى نص المادة 117 من ق.أ.ج نجد أنها نصت على المحكمة والموثق والمقصود بالمحكمة إما قاضي الأحوال الشخصية، أو رئيس المحكمة وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص، الذي يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقين في شكل معين، بعد اطلاع وكيل

---

[1] بوعشة عقيلة ،**الكفالة في قانون الاسرة الجزائري ،و الشريعة الاسلامية** ،المعهد الوطني للقضاء مديرية التربصات،مذكرة نهاية التكوين،الدفعة الثانية عشر 2001_2004 ص 16.

[2] المادة 97 من الامر رقم 75_58 من القانون المدني ، مرجع سابق .

[3] معاتقي مريم شلابي خديجة ، **كفالة الاطفال في القانون الجزائري** ، مذكرة ماستر في القانون الخاص ، متخصص عقود و مسؤولية قسم القانون الخاص كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة آكلي محند اولحاج ،البويرة ، 2017/01/18 ص 27.

الجمهورية على أوراق الملف، وإضافة إلى المحكمة نجد طريق آخر لإفراغ العقد في شكل رسمي وذلك أمام ضابط عمومي وهو الموثق الذي له صلاحيات تدوين العقود المتعلقة بالحالة المدنية، وعليه للأطراف الخيار بين اللجوء إلى المحكمة أو إلى الموثق[1].

المـبحث الثـــاني: ماهية مجهول النسب

لكل طفل حق في الحياة سواء ولد حيا من نسب معلوم أو مجهول وتدخل القانون في هذا المجال مسلطا عقوبة الإعدام على كل شخص يقتل طفلا حديث الولادة طبقا للمادتين 159 و261 من قانون العقوبات حيث استثنى الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة تعاقب بعقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة طبقا للمادة 1/261 من نفس القانون [2].

كما تنص المادة 314 من قانون العقوبات وما يليها على معاقبة كل من يترك طفل أو يعرضه للخطر في مكان خال أو غير خال من الناس أو يحمل الغير على ذلك حيث تعتبر ظاهرة الأطفال مجهولي النسب من بين أهم المشاكل التي يعاني منها المجتمع الإسلامي المعاصر بالرغم من الاحترازات الأخلاقية والقانونية والتي تعود في الغالب الاعم إلى البعد عن الفهم الصحيح لتعاليم الإسلام مما أدى إلى وجود الأطفال الذين لا يعرف أصلهم ولا نسبهم لذلك نطرح التساؤل التالي: **من هم الأطفال المجهولي النسب؟ وماهي أسباب وجودهم؟ وكيف تتم حماية حقوقهم حسب التشريع الوضعي والإسلام والاتفاقيات الدولية؟.**

الـــــمطلب الأول: مفهـــــــوم مجهول النسب

إن مصطلح الطفل ورد في العديد من المواثيق والاتفاقيات والاعلانات وتعتبر اتفاقية حقوق الطفل الوثيقة الدولية التي تعرف بشكل واضح المقصود بالطفل وذلك في الجزء الأول في المادة الأولى التي تنص على: **"**يعني الطفل كل انسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، مالم يبلغ سن الرشد قبل ذلك. بموجب القانون المنطبق عليه**"**، بمعنى أن شخصية الطفل تتشكل في مرحلة الطفولة، هذا بالنسبة للطفل معلوم النسب أما الطفل مجهول النسب فما هو تعريفه وماهي طرق حماية حقوقه؟

الفرع الأول: تعريف مجهول النسب

مجهول النسب مصطلح مركب من مصطلحين (مجهول) (النسب) حيث لم يتطرق الفقهاء إلى تعريف مجهول النسب ولكنهم تعرضوا لمن يحمل هذه الصفة لذلك سنتطرق لتعريف مجزء لمصطلح مجهول النسب.

---

[1]– نفس المرجع ، ص 28.

[2]قانون العقوبات الجزائري من الامر رقم 155_66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966من المتضمن لقانوت العقوبات المعدل المتمم .

أولا : التعريف لمصطلحي مجهول النسب

1- مجهـــول:

لغة: الجهالة هي أحد مصادر مادة جهل والجهل نقيض العلم وقد جهله فلان جهلا، والجهالة أن تفعل فعلا بغير علم والمعروف في كلام العرب جهلت الشيء إذا لم تعرفه، واستجهلت الرجل جعلته جاهلا.

" والجيم والهاء واللام أصلان أحدهما خلاف العلم والآخر خلاف الحلم ".

إصطلاحـــا: عرفه الخطيب البغدادي بقوله: هو كل من لم يشتهر بطلب العلم في نفسه، ولا عرفه العلماء به، ومن لم يعرف حديثه إلا من جهة راو واحد.

ولهـذا نستطيـع أن نقـول أن الجهالــة غيـر مرتبطــة بعـدد الرواة بقدر ماهـــي مرتبطــة بالشهـرة وروايــة الحفـــاظ[1]

2- تعريـــف النســـب:

- لغـــــة: نسب الشيء إذا وضعه وذكر نسبه أي عزاه إليه وناسب فلانا إذا شاركه والتناسب: التشابه. والنسب القرابة أي الصلة وانتسب إلى أبيه أي التحق به.

- شـرعـا: هو صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم والغالب في استعمال كلمة نسب هو نسب الشخص لأبيه وهو علاقة قوية تقوم عليها الاسرة وتربط أطرافها بوحدة الدم، والولد جزء أبيه كل منهما عصب الآخر والنسب نسيج كل اسرة وهو لحمتها.

- قانونـــا: هو القرابة الناشئة من صلـة الدم بالتناسل والبنوة وهي نسبة الولد لأبيه وعرفه أيضا هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانـون والديـن ويبنـي عليـه الميـراث وينتـج عنه موانع الزواج ويترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وابنية، أما النسب غير الشرعي فلا يترتب عليه شيء إطلاقا ومن هنا ينسب للأم كما في الشريعة الإسلامية لأنه ولدها.[2]

ثـــانيـــا: تعريف مجهول النسب حسب الصفة

بعد تعريف المصطلحين (مجهول) (النسب) سنتطرق إلى تعريف من هم مجهولو النسب بالصفة:

---

[1]محمد صفاء جاسم ،**انواع المجاهيل و حكم روايتها** ،دراسة استقرائية تطبيقية ، مجلة كلية التربية للبنات المجلد 28 (5 2017) جامعة بغداد ، قسم العلوم القران الكريم و التربية الاسلامية ، ص 1460.

[2]حورية مالكي ،نسيبة شيشة ،مجهولي النسب في التشريع الجزائري ,رسالة مقدمة من ضمن متطلبات شهادة ماستر في الحقوق ,تخصص قانون أحوال شخصية قسم الحقوق ,كلية الحقوق و العلوم السياسية ,جامعة الجيلالي ,بونعامة 2014; 2015ص 28.

1- تعريف اللقيط

1- 1- التعريف لغة: من فعيل بمعنى مفعول والتقطت الشيء جمعته ولقطت العلم من الكاتب لقطا أخذته من هذا الكتاب ومن هذا الكتاب وقد غلب اللقيط على الولد المنبوذ، واللقاطة بالضم ما التقطت من مال ضائع.

1-2 - تعريف اللقيط عرفا: هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطا باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة[1]

1- 3 -تعريف اللقيط في اصطلاح الفقهاء: عرفه الامام السرخسي الحنفي أنه اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا ويفهم من هذا التعريف أن اللقيط طفل حديث الولادة أو أنه صغير غير مميز، أما الصبي المميز والمجنون، إن كان بالغا فقد صرح الشافعية بجواز إلتقاطهما لحاجتهما إلى الحفظ والرعاية، وعلى هذا فلا يدخل البالغ العاقل في مفهوم اللقيط عند الفقهاء لأنه لا يلتقط عادة لعدم حاجته إلى الحفظ والرعاية[2]

2- تعريف المنبوذ: وهو الملقى والمطروح ولفظ المنبوذ أعم من لفظ اللقيط حيث إنه اشتمله له ولغيره بحيث يكون اللقيط جزءا من المنبوذ أو يحمل هذا اللفظ عند إلقائه بداية.

3- تعريف الدعي: وقد ورد تعريفات له أنه الشخص الذي يكون نسبه مجهولا أو يدعي ابنا لغير أبيه، والدعي الملصق بالقوم وهو ليس منهم، كمن يدعي شخصا ابنا له وهو ليس كذلك.

4- تعريف الضال: هو من الضياع والهلاك تقول ضللت المسجد إذا لم تعرف موضعه وضاع الشيء ضياعا بالفتح بمعنى الهلك، واللقيط قد يكون ضالا وضائعا عن أهله.

إذا فمجهول النسب يطلق على كل طفل ضل أو طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا فلا يعرف نسبه [3].

الفـــرع الثـــــــاني: أســباب وجود الطــفل مجهـــــول النسب

أسباب وجود الطفل مجهول النسب ليست واحدة، ونلمسها من خلال عرض الفقهاء لأسباب النبذ والطرح التي يتعرض لها الطفل ومنها كما يلي وكما قال الإمام الماوردي: "أما المنبوذ فهو الطفل يلقى، لأن النبذ في كلامهم الإلقاء وسمي لقيطا لالتقاط واجده له، وقد تفعل المرأة ذلك بولدها لأمور منها، أن تأتي به من فاحشة فتخاف العار فتلقيه، أو تأتي

---

[1] مريم احمد الدغستاني ، **اللقيط في الاسلام مع دراسة ميدانية** ،كلية دراسات اسلامية و عربية جامعة الازهر ، طبعة اولى 1413هـ / 1992 م ص 19

[2] عبد الكريم زيدان ،**احكام اللقيط في الشريعة الاسلامية** ،طبعة اولى ،1968/1388 مطبعة سليمان الاعظمي _ بغداد ص 4 .

[3]

به من زواج فتضعف عن القيام به فتلقيه، رجاء أن يأخذه من يقوم به، أو تموت الأم فيبقى ضائعا.

ونستخلص من هذا الكلام جملة من الأسباب التي تؤدي إلى وجود مجهول النسب ويمكن تصنيفها إلى صنفين نبرزهما كالتالي:

أولا: الأسبـاب العـامـة: وتشمل الظروف العامة التي تكون سببا في وجود مجهول النسب وهي كالتالي:

1- الفقـــر والعيلـة: فقد تقوم المرأة بطرح ولدها خشية الفقر، رجاء أن يأخذه من يقوم برعايته وهي من فرط جهلها لا تدرك الحقائق التالية:

-الحقيقة الأولى أنها بفعلتها هذه تحرمه من حنانها وعطفها، وهما عنصران أساسيان لتكوينه تعرضه للضياع والانحراف، وقد حذر النبي من تعريض الأولاد للضياع والانحراف فقال: "كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت".

-أما الحقيقة الثانية: أن الله متكفل بالرزق، فالذي يرزق الطير في أعشاشها والحيوانات في أوكارها أفلا يرزق من خلق ليكون خليفته في الأرض؟.

إن الله نهى عن قتل الأولاد خشية الفقر فقال: **"ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئا كبيرا"**[1]. وفي طرح الأولاد ونبذهم قتل معنوي لهم نظرا لفظاعة هذا العمل وقسوته وتنافيه مع عاطفة الأبوة ومجافاته للرحمة.

-أما الحقيقة الثالثة: أن الله قدر الأقوات والأرزاق ولم يكلف النفس فوق طاقتها، يقول:**"لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف نفسا إلا وسعها سيجعل الله بعد عسر يسرا"** الآية السابعة من سورة الطلاق.

-أما الحقيقة الرابعة من حرص الإسلام على وجوب النفقة للأطفال أن عدها من أعظم الصدقات أجرا قال رسول الله:**" دينار أنفقته في سبيل الله ودينار أنفقته في رقبة ودينار تصدقت به على مسكين ودينار أنفقته على أهلك ....أعظمها أجرا الذي أنفقته على أهلك"**.

وقد يكون تخلي الأبوين الفقيرين عن الطفل نوعا من البيع والشراء يتم بين المتبني والأب العاجز عن سد نفقات أطفاله، لأجل ذلك شرع الإسلام الزكاة وحث على التكافل الاجتماعي رحمة للفقراء ومساعدة لهم دون من وأذى .

2- الضياع والظلال والسرقـة: فقد يسرق الطفل وهو في المهد في غفلة من أهله بقصد الإيذاء أو الاستغلال أو لعدم الانجاب، ثم يندم الفاعل ويخشى أن يكشف أمره فيتورط، فيلقيه في مكان ما تخلصا منه، فيلتقطه أحد ما ويكفله و يقوم برعايته.

[1]. سورة الإسراء الآية 31 .

3- الحروب والكوارث الطبيعية: قد تكون سبب في وجود مجهولي النسب، حيث ينـزح النـاس مـن ديارهم ويتشردون قهرا وعنوة من شدة ما يتعرضون له من قتل وتدمير، ويموت الأبوان فيتركان الأبناء خائفين مذعورين من هول المذابح، فيتم العثور عليهم فتتم كفالتهم.

والغريب أن الذين يشنون الحروب ويدعون إليها يدركون نتائجها والمآسي التي يتعرض لها الأبرياء من المدنيين وخاصة الأطفال ولكن لم يمنعهم من إرتكاب هذه الجرائم[1] .

ثانيا: الأسباب الخاصة: وتشمل الظروف المباشرة التي تكون سببا في مجهول النسب:

1- الخوف من الفضيحة نتيجة الفاحشة (الزنا): حيث تعمد المرأة إلى طرح وليدها ونبذه في قارعة طريق أو أمام باب مسجد خوفا من الفضيحة والعار نتيجة الفاحشة، فتترك مصيره للمجهول فلا يعرف له أب ولا أم.

فالزنا من أخطر وأبشع الوسائل المفضية إلى اختلاط الأنساب وضياعها، لأجل ذلك لم تكتف الشريعة بتحريمه بل حرمت أيضا مقدماته والوسائل المؤدية إليه، ووضعت في سبيل التحذير من الوقوع فيه أشد الحدود، وأعظمها في إيقاع الألم بفاعله، فشرعت عقوبة الجلد مائة جادة على ملأ من الناس بدون رأفة ولا شفقة.

فالزنا يؤدي إلى اختلال في الأمن والنظام، وانتشار الأمراض ولا شك أن هذه المفاسد تمس المجتمع بأكمله هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الضرر يلحق فئة أخرى لا ذنب لها .

2-عجز الأم عن إثبات النسب : قد يكون الولد ثمرة زواج عجزت الأم عن إثباته (الزواج العرفي) أو خشي الطرفان لعدم توافر بعض شرائط العقد الصحيح وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي (النكاح الفاسد) كأن لم يتوفر فيه ولي المرأة أو تم بدون شاهدين أو تم بشكل مخالف لنظام البلد ولا يوجد مستند يثبت هذا الزواج، أو يكون نتيجة زواج المسيار، حيث يشترط الطرفان أو أحدهما عدم الإنجاب، فإذا ما حدث الحمل و حصلت مشكلة، فيسعى الطرفان لحلها بالتخلص من الولد خشة تبعات هذا الأمر الذي ستنعكس عليهما دون التفكر في مصير هذا الطفل، ولهذا رأى العلماء ضرورة توثيق عقود الزواج حماية للأنساب وحفاظا على حقوق المرأة والطفل (الميراث - النفقة) و اعتبروا ذلك من باب المصلحة المرسل.

المطلــب الثانـــي: حقوق الطفل مجهول النسب

لما كانت الطفولة مرحلة خطرة عن عمر الانسان فقد حظيت في جميع النظم والتشريعات برعاية خاصة وحماية متميزة من خلال إقرار جملة من الحقوق لهذه الفئة الضعيفة، والطفل مجهول النسب كغيره من الأطفال تثبت له تلك الحقوق من باب العدل، كما تثبت له حقوق

[1]_صفية الوناس حسين ، مرجع سابق، ص 422.

خاصة من باب الرحمة لترفع عنه الإجحاف والقصور وتحميه من آثام الأيادي وانحراف الشوارع، وبيانها فيما يلي:

الفـــرع الأول: حقوق مجهول النسب في التشريع الإسلامي

تعتبر مرحلة الطفولة أهم المراحل في تكوين الشخصية البشرية ونظرا لأهمية هذه المرحلة، اهتمت الشريعة الإسلامية بالأطفال اهتماما بالغا، فقبل أن تعرف الإنسانية حقوق الطفل وحقوق الانسان، نجد أن الشريعة الإسلامية ومنذ ما يقرب من ألف وأربعمائة عام اعترفت بوجه عام للإنسان والطفل بشكل خاص بحقوق وضمانات لا يجوز حرمانه منها، أو الانتقاص من جوهرها وألزمت المخاطبين بأحكامها بضرورة كفالتها وتوعدت من يخل بها بعقاب في الدنيا والآخرة.

ولقد ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية العديد من الآيات والأحاديث تؤكد أن هذه الحقوق حق فرضه الله سبحانه وتعالى وليس لأحد فيها كرما أو منة فهي لم تفرض عبر المؤتمرات والندوات كما هو الحال في الكثير من التشريعات الجديدة القائمة الآن. ومن أهم هذه الحقوق التي أثبتتها الشريعة الإسلامية للطفل مجهول النسب نذكر:

أولا: حـــق الحيـــاة

الأصل في الإسلام سلامة النفس البشرية وقداستها ووجوب الحفاظ عليها، وتحريم التعدي عليها[1] والأصل في ذلك قوله تعالى: ‘من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا"[2] ويستوي في هذا الحكم الكبير والصغير، والذكر والأنثى، كما يستوي في ذلك الجنين من نكاح صحيح، أو الجنين من وطء محرم مادامت كينونته قد تحققت بنفخ الروح فيه.

إن الإسلام أكد حق مجهول النسب في الحياة، ولا يحق لأي أحد كان أن يحرمهم من هذا الحق الذي منحهم الله إياه، وحرم ومنع كل نوع من الإعتداء قد يحرمهم من هذا الحق من بداية تعلقه في رحم أمه إلى أن يولد ثم ينمو في مراحل حياته المختلفة مثل غيره من الناس، فقد جاء في الحديث أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت:"يا رسول الله، إني قد زنيت فطهرني، وأنه ردها، فلما كان الغد، قالت: يا رسول الله، لم تردني؟ لعلك أن تردني كما رددت ماعزا، فوالله إني لحبلى، قال:"إما لا فاذهبي حتى تلدي".

فلما ولدت أتته بالصبي في حرقة قلب: هذا قد ولدته، قال: " إذهبي فأرضعيه حتى تفطميه" ، فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز ، فقالت: هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل

[1] صفية لوناس ، المرجع السابق ، ص 436.

[2] سورة المائدة ، الاية 32.

الطعام، فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها ، وأمر بالناس رجموها" وهكذا حفظ له رسول الله حقه في الحياة[1].

ثانيـــا: الحــق فــي النســب.

بعد أن ضمن الدين الإسلامي للطفل الحق في الحياة ضمن له الحق في النسب والانتساب لأبيه، حتى لا يكون عرضة للجهالة، ومن ثم ضياع حقوق أخرى مثل الانفاق والإرث، فيقرر الله سبحانه وتعالى ذلك في قوله:" **أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به، ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما"** [2]

كما حرم الدين الإسلامي التلاعب بالأنساب، أو محاولة انتساب الابن لغير أبيه حيث قال رسول الله (ص) **"من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام"** ، وبذلك ضمن الدين الإسلامي للطفل يتيما كان أولا انتسابا لأبيه والتصاقا بفئته وعائلته وعشيرته ، ولم يتركه مجهولا في المجتمع، وللحفاظ على النسب فإن من حق الطفل أن يأتي إلى هذه الحياة بالطريقة الشرعية التي أقرها الله عز وجل، وهي الزواج الشرعي وليس بطرق أخرى .[3]

ثالثـــا: الحــق فــي حفــظ دينــه.

مراعاة لمصلحة مجهول النسب الدينية فإنه يحكم باسلامه ما لم يدل دليل على خلاف ذلك ، لأن الأصل أن يولد المولود على الفطرة ، فقد روى البخاري ومسلم في صحيحهما عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم **"مأمن مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه ...."**، وحرصا على الحفاظ على دين الطفل اللقيط اشترط الإسلام في الملتقط والكافل أنيكونا مسلمين لقوله تعالى: **(ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)**[4]، فدلت هذه الآية على أنه لا ولاية للكافر على المسلم، إذ لا يؤمن أن يربيه الكافر على دينه فيعلمه الكفر.

رابعا: الحق في التعليم

يعتبر طلب العلم و ضرورة تعليم الأولاد من أساسيات التربية الصحيحة، و قد أكدت الشريعة الإسلامية على هذا في دعوة صريحة وواضحة قال الله تعالى: **(إقرأ باسم ربك الذي خلق، خلق الإنسان من علق، إقرأ و ربك الأكرم، الذي علم الإنسان ما لم يعلم)**[5]، و قد حرص الصحابة على تعليم أبنائهم و مواليهم حتى سادوا الناس بعلمهم، فهذا نافع مولى

---

[1] علي زواوي احمد، **الدين الطفولة المسعفة (مجهول النسب نموذجا)**، مجلة الدراسات و البحوث الاجتماعية ،جامعة الوادي ،العدد 08 ،سبتمبر 2014 ، ص 61.

[2] سورة الاحزاب ، الاية 5 .

[3] صفية لوناس ، مرجع سابق ،ص 437 .

[4] – سورة النساء، الاية رقم 141.

[5] – سورة العلق، الاية رقم 5.

إبن عمر-وهو مجهول النسب أصابه إبن عمر في بعض مغازيه، أخذ العلم عن إبن عمر حتى غدا من أهل الثقات وصاحب السلسلة الذهبية في الحديث، وهذا عكرمة مولى إبن عباس وهو مجهول النسب و أصله من البربر من أهل المغرب، حفظ عن إبن عباس علمه و أجازه بالفتوى.

خامسا: الحق في الرضاع والحضانة والرعاية

يثبت نسب الطفل لأمه بمجرد ولادته، فيكون له عليها حق الرضاع و الرعاية حفاظا على حياته و يستوي في ذلك المولود من علاقة شرعية أو غير شرعية، و قد أجل رسول الله صلى الله عليه و سلم إقامة الحد عن المرأة الغامدية التي إعترفت على نفسها بالزنا حتى تضع مولودها و ترضعه، رحمة به، و قد وردت جملة من الآثار عن الصحابة و التابعين تبين مدى عنايتهم باللقيط و أن حفظه و تربيته من الأعمال الصالحة التي يتقربون بها إلى الله عز و جل، و هذه النظرة تدل على ذلك الشعور الإنساني العظيم الذي كانو يتمتعون به و نظرتهم للإنسان أيا كان باعتباره نفسا بشرية محترمة لها حقوقها و واجباتها التي كفلتها الشريعة لها.

كما يحتاج الطفل إلى الرعاية فإنه يحتاج إلى من يضمه إليه ويحنو عليه والأطفال مجهولي النسب أكثر إحتياجا إلى ذلك، قد أشار النبي صلى الله عليه وسلم إلى ذلك في قوله لمن شكا إليه قسوة قلبه فقال له **(أتحب أن يليـن قلبك وتدرك حاجتك؟ إرحم اليتيم، و امسح رأسه، و أطعمه من طعامك يلن قلبك، و تدرك حاجتك)**[1]

الفرع الثاني: حقوق مجهول النسب في الإتفاقيات الدولية

تعتبر إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989[2] ميثاقا دوليا و صكا قانونيا ملزما يحدد حقوق الأطفال و الحقوق السياسية و الإقتصادية و الثقافية، بحيث تشرف لجنة حقوق الطفل التابعة للإمم المتحدة على مراقبة تنفيذ أحكام الإتفاقية، و على حكومات الدول التي أقرت الإتفاقية إرسال التقارير والمثول أمام لجنة حقوق الطفل بشكل دوري ليتم فحص مدى التقدم في تطبيق الإتفاقية.

وبحسب الإتفاقية يعرف الطفل بأنه كل شخص تحت سن الثامنة عشر ما لم يكن بلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب قانون الدولة.

وتتمحور الإتفاقية حول حقوق الطفل وإحتياجاته بما يتوافق مع مصالحه المثلى حيث تعترف أن لكل طفل حقوق أساسية.

وقد إحتوت ديباجة الإتفاقية لعام 1989م على أربع وخمسين مادة مفصلة لكل منها عنوان.

---

[1]– صفية الوناس حسين، **مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي و التشريع الوضعي**، مرجع سابق، ص442.

[2]– إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، إعتمدت و عرضت لتوقيع و التصديق و الإنضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989م، و دخلت حيز النفاذ في 20 سبتمبر 1990 موافقا للمادة 49.

اشتملت الإتفاقية على ثلاثة أجزاء، الجزء الأول منها احتوى على 41 مادة تحدثت عن أهم الحقوق والمبادئ المعلنة للطفل على والديه والمجتمع والدول والمنظمات العالمية الاخرى.

والثاني احتوى على المواد من 42 إلى 45 التي تحدثت عن كيفية نشر مبادئ الإتفاقية وأحكامه وكيفية إنشاء اللجنة الخاصة بحقوق الطفل ووضع الدول التدابير لتطبيق حقوق الطفل.

والثالث منه يحتوي على المواد من 46 إلى 54 وتبين فيها كيفية التوقيع والتصديق و الإنضمام إليها و بدء النفاذ وعن تعديلها و التحفظ عليها و الإنسحاب من الإتفاقية.[1]

الفرع الثالث: حقوق مجهول النسب في التشريع الوضعي

لقد أولى المشرع الجزائري لفئة الأطفال مجهولي النسب وعلى غرار فئات الأطفال الأخرى، مكانة في المنظومة القانونية من خلال الحقوق التي كفلها إياه، وذلك بالإلمام بمختلف جوانب هذه الحقوق، سواء من جانب الحالة المدنية أو من ناحية إجراءات الجنسية، أو من خلال قانون الأسرة، وهو ما سوف نتطرق إليه.

أولا: حقوق الطفل مجهول النسب في قانون الحالة المدنية الجزائري

تعتبر الحقوق الشخصية أهم ما يمكن أن يتم إقراره للأطفال مجهولي النسب ومن أهم هذه الحقوق نذكر منها:

من أهم ما جاء به هذا القانون هو حق الطفل مجهولي النسب في الإسم و في عقد الميلاد، و قد نصت المادة 64[2] من قانون الحالة المدنية تماشيا مع المادة 28 من القانون المدني على أن ضابط الحالة المدنية نفسه هو الذي يعطي الأسماء للأطفال اللقطاء أو المولودين من أبوين مجهولين و الذي لم ينسب لهم أية أسماء، هذا و قد أكد الأمر 20/70 على ضرورة إطلاق مجموعة من الأسماء يتخذ اخرها كلقب عائلي للطفل، هذا و يتعين على ضابط الحالة المدنية أن يحرر محضرا يذكر فيه مكان و ساعة العثور على الطفل في حالة ما إذا كان معثور عليه، أو ذكر كل البيانات المتعلقة به في حالة ما إذا كان متخلى عنه في مستشفى و له أم معلومة، هذا و قد نص نفس القانون على وجوب تسجيل كل المواليد دون استثناء في سجل الحالة المدنية، و هو الامر الذي يلقى نوعا من الخرق في الكثير من البلديات كون هذه المصالح المعنية تكتفي بتسجيل الأطفال اللقطاء و مجهولي النسب في سجلات مصلحة الطفولة المسعفة، و هو الأمر الذي يخلق في المستقبل صعوبات عدة أمام هذه الفئة في حياتهم اليومية بخصوص استخراج أوراقهم الرسمية.

---

[1]– حورية مالكي، نسيبة شيشة، **مجهولي النسب في التشريع الجزائري**، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، 2015/2014،ص54،55.

[2]– المادة 64 من قانون الحالة المدنية، الأمر رقم 70/20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 معدل و متمم.

ثانيا: حقوق الطفل مجهول النسب في قانون الجنسية الجزائري

من أهم الأمور التي أولاها المشرع الجزائري للطفل مجهول النسب، حقه في اكتساب الجنسية الجزائرية مساواة مع كل فرد يمنحه القانون هذا الحق، و رغم ان الأصل في تحديد الجنسية هو نسب المولود لأحد أبويه ، حسب ما نصت عليه المادة 06 من قانون الجنسية الجزائري أنه **"يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري و أم جزائرية بناء على رابطة الدم"**، إلا أن القانون أخذ بالحسبان حالات منح الجنسية للطفل بناء على رابطة الإقليم للمولود المجهول الأبوين أو المجهول الأب لأم مسماة في شهادة ميلاده دون ذكر بيانات أخرى تثبت جنسية الأم و من ثم جنسية المولود،[1] و ذلك من خلال نص المادة 07 من نفس القانون في فقرتها الثانية التي تنص على **"يعتبر جزائريا الولد المولود في الجزائرمن أبوين مجهولين"**، غير أنه إذا ثبت خلال قصور الطفل انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما، فهو يعتبر كأنه لم يكن جزائريا قط،و هذا حسب ما جاء في المادة 07 فقرة 3 من قانون الجنسية، هذا فيما يتعلق بالطفل المولود في الجزائر من أب مجهول و أم مسماة في شهادته دون وجود بيانات تثبت جنسيتها فهو يعتبر من جنسية جزائرية و ذلك طبقا لما جاء في نص المادة 07 فقرة 5 من قانون الجنسية.

ثالثا:حقوق الطفل مجهول النسب في القانون المدني الجزائري

نظم المشرع الجزائري من خلال القانون المدني حقوق الطفل مجهول النسب، من عدة جوانب أهمها حقه في التكفل به ضمن جو أسري، ومجمل من الحقوق المالية كحقه في النفقة، وحقه في الوصاية والهبات وهو ما سنفصله في مايلي:

1)- حق الطفل في الكفالة والجو الأسري:

من خلال المادة 46 من القانون المدني الجزائري حرم المشرع التبني تماشيا مع ما جاء في الشريعة الإسلامية، ونص في مقابل ذلك على الكفالة والتي عرفتها المادة 116 من قانون الأسرة على أنه (التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الاب بإبنه وتتم بعقد شرعي). [2]

2)- حق الطفل في النفقة:

يجب على الكافل أن ينفق على الطفل المتكفل به من ماله كما ينفق الأب على إبنه الشرعي، فإذا كان ذكرا فإن النفقة عليه تكون حتى بلوغه سن الرشد أما بالنسبة للأنثى فنفقتها تمتد إلى غاية الزواج، وفي حالة ما إذا كان للطفل المتكفل به مال فتكون النفقة من ماله.

---

[1]– ربعي كاتية يسرى، **مركز الأطفال مجهولي النسب في القانون الجزائري**، المجلة الدولية للبحوث القانونية و السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ص ص71،72.

[2]– المادة 46 من القانون المدني الجزائري الأمر رقم 58/75 المرؤخ في 26 سبتمبر سنة 1975.

3)- حق الطفل في الوصية:

عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الاسرة الجزائري **(على أنها تمليك ما بعد الموت بطريق التبرع)**، بمعنى أن الوصية نقل ملكية أمواله إلى شخص وهو الموصي له الذي يشترط فيه أن يكون سليم العقل بالغ من العمر 19 سنة على الأقل.[1]

[1]– ربعي كاتية يسرى، المرجع السابق ،ص73.

الفصل الثاني: أحكام عقد الكفالة من الإبرام إلى الانقضاء

لا تزال الشريعة الإسلامية تبرهن على حفظها لحقوق العباد كبارا و صغارا في كل زمان و مكان، و أنها صائبة فالاحكام و سباقة لإيجاد الحلول،فقد حرمت التبني تحريما باتا و جاءت ببديل عنه، يتمثل في الكفالة التي أحلها الله سبحانه و تعالى، و في الوقت نفسه يكون المكلف مأجورا أجرا عظيما بدلا من إحتماله إثما مبينا، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري و نص عليه في قانون الأسرة الجزائري، حيث تطرقنا في الفصل السابق إلى ماهية الكفالة التي بينا بتمييزها عما يشابهها من أنظمة،حتى لا يبقى أي لبس في ذهن القارئ و بينا أركانها هذا كمبحث اول، أما المبحث الثاني فقد تطرقنا إلى مفهوم مجهول النسب كمطلب أول، أما المطلب الثاني نتناول فيه حقوق الطفل مجهول النسب إلا أن الكفالة باعتبارها تنشأ بعقد فهذا يطلب توفر شروط في القائم بها، و الخاضع لها(الكافل و المكفول)، كما أنها تمر بإجراءات قانونية لأن الأمر يتعلق بتربية الطفل و مستقبله، مما يؤدي إلى إنتاجها اثارا مهمة بالنسبة للطرفين خاصة بالنسبة للمكفول، كما أنها تنقضي لتوفر سبب من الأسباب المذكورة في القانون.

المبحث الأول: شروط عقد كفالة مجهول النسب

أخذت الشريعة الإسلامية بنظام الكفالة، التي اعتبرته بديلا ملائما للتبني ذلك أن المشرع الجزائري أخذ بما أحلته الشريعة الإسلامية، و بالتالي هناك عدة نصوص قانونية تنظم موضوع الكفالة من نواحي مختلفة، و احتوى قانون الأسرة هذه النصوص القانونية لذا يعد بمثابة القاعدة العامة في تنظيم أحكام الكفالة و ذلك ببيان شروطها التي تعتمد على عناصر أساسية مكونة لهذا العقد باعتباره عقد ينصب على النفس أساسا وحتى يكون هذا العقد نافذا لابد من توفر شروط فيه، متمثلة في الكافل من جهة و المكفول من جهة ثانية و شروط أخرى خاصة بالعقد نفسه، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول نتناول الشروط الموضوعية لإنعقاد الكفالة، أما المطلب الثاني سنتطرق إلى الشروط الإجرائية لإنعقاد الكفالة.[1]

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لإنعقاد عقد الكفالة

لكي تصح الكفالة، وتكون عقدا ملزما، مما يؤدي إلى ترتب الإلتزام المتعلق بها، لابد من توافر شروط محددة لكي تكون كذلك، وتخلف أي شرط منها يترتب عليه بطلان عقد الكفالة، وهذا ما سيتم تناوله فيما يلي: الشروط الواجبة في الكافل (الفرع الأول)، الشروط

[1]– عمراش أسماء، بليل كاتية، المرجع السابق،ص49

الواجبة توفرها في المكفول (الفرع الثاني)، الشروط الواجب توفرها في عقد الكفالة (الفرع الثالث).[1]

الفرع الأول: الشروط الواجب توفرها في الكافل

وضع قانون الأسرة شروط للكافل حتى تؤول إليه الكفالة والملاحظ أنها لا تختلف كثيرا عما أقره الفقهاء من شروط، إلا أنه اختصرها وحصرها في تلاثة شروط التي نصت عليها المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته"، واستنادا ألى نص المادة المذكور أعلاه يمكن القول أنه يشترط في الشخص الذي تستند إليه الكفالة أن تتوفر فيه الشروط الأساسية التالية و هي: الإسلام، العقل، القدرة على رعاية الولد المكفول.[2]

أولا: الإســــــــلام

اشترط المشرع في الكافل الديانة الإسلامية حتى يتربى الطفل على أساس تعاليمها و مبادئها و لكي يكبر مسلما في مجتمع مسلم، و الحكمة من ذلك حفظ الطفل خلقا، و حتى يتحلى بأخلاق سامية كامتثال الاداب مع من رباه و تعب في تربيته عن طريق طاعته و الإحسان إليه، و العطف عليه مصداقا[3]، لقوله تعالى:(**و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا**)[4]، فشترط الإسلام في الكافل ضروري حتى تستند إليه الكفالة و عليه المسيحي او اليهودي أو المتدين بأي ديانة أخرى غير الإسلام يرفض طلبه في منح الكفالة له و يستنتج أن القانون الجزائري لا يهتم بجنسية الكافل مسلما أي يدين بدين الإسلام حتى يستطيع أن يتكفل بطفل مسلم لأن هذا الأخير قد يجر إلى تغير دينه و بالتالي تكون الكفالة نقمة عليه بدل أن تكون نعمة و قد حذر الله عز و جل من ولاة الكافرين.[5]

ثانيا: الأهليـــــة

ونعني بالأهلية أهلية الأداء الكاملة، وتتحقق بالبلوغ، والعقل، والحرية، والرشد، وذلك أن عقد الكفالة عقد يترتب عليه التزامات في الذمة، ولا يصح الإلتزام المالي إلا لكامل أهلية الأداء.[6]

وشرط الأهلية قصد بها مجرد صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أما بالنسبة للشخص الاعتباري فبمجرد ثبوت الشخصية القانونية له.

---

[1]– عبد السلام بن محمد الشويعر، عقد الكفالة و تطبيقاته الحديثة، مرجع سابق, ص 155.

[2]– عمراش أسماء، بليل كاتية، نفس المرجع، ص49.

[3]– بوزيد خالد، **الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائرين** ، مجلة قانون العمل و التشغيل، وهران، العدد الرابع، جوان 2017، ص253.

[4]– سورة الإسراء، الأية 24.

[5]– عنتير نور الهدى، مرجع سابق،ص13.

[6]– عبد السلام بن محمد الشويعر ، المرجع سابق،ص155.

نصت المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري على هذا الشرط بعبارة عاقل و لكي يكون العاقل عاقلا، لا بد أن يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة أي يجب أن يكون بالغا لسن الرشد و غير محجور عليه بسبب جنون أو عته أو نتيجة لعقوبة جزائية وهذا الشرط من السهل التحقق منه.[1]

ثالثـــا: القـــــــــدرة

تتمثل القدرة في أن تتوفر لدى الكافل الوسيلة المادية و المالية الكافية التي بواسطتها يوفر للمكفول الحاجيات و الضروريات، و مدام الكافل ملزم برعاية الولد رعاية الأب الحقيقي بإبنه الصلبي فإن التزامه هذا يشمل الغذاء، الكسوة، العلاج، و السكن، و أجرته و هذه تسمى بمشتملات النفقة[2] المنصوص عليها في المادة 78 من قانون الاسرة الجزائري[3] فإن عدم توفرها يحول دون تحقيق الغرض المرجو من الكفالة، فالبطال مثلا او العاطل عن العمل و كل من ليس له مورد رزق يتخذه قوتا فكيف له أن يوفر النفقة و خاصة أن الحياة المعيشية تزداد غلاء يوم بعد يوم، و عليه يشترط في الملف المقدم لطلب الكفالة أن يشمل الرواتب الشهرية للكافل، و يضاف إلى القدرة المالية القدرة الجسدية إذ من المفروض أن يكون الكافل يتمتع بصحة جيدة فإذا كان مشلولا أو مصاب بمرض معد فإن ذلك يمنعه من أداء واجبه اتجاه الطفل، لذا يشترط تقديم شهادة طبية لطالب الكفالة، كما يشترط في الكافل أن يكون أمينا أي لم يسبق له أن حكم عليه من اجل جريمة ماسة بالاخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال فالأخلاق الحسنة هي الأساس التي يكبر و يتربى عليها الطفل فإن ضاعت أو فسدت أساءت إلى الطفل المكفول خلقا و تربية.

رابعـــا: العقـــــــل

أي أن يتمتع الكافل بكامل قواه العقلية، فليس من المعقول أن تستند مسؤولية تربية ورعاية وصيانة المكفول لشخص فاقد أو مضطرب عقليا بحيث أنه لا يحسن القيام بشؤونه بل أنه بحاجة إلى من يتكفل بأموره إذ يعتبر خطر على الطفل.[4]

ويكون معروف بحسن التصرفات والمعاملات، فلا يجوز وضع الطفل بين أيدي شخص معروف باستغلال الاطفال القصر في الدعارة، أو المتاجرة في المخدرات، أو له سلوك مخالف للأخلاق فمثل هؤلاء غير مؤهلين للتكفل بأطفال قصر.[5]

---

[1]– عنتير نور الهدى، المرجع السابق ،ص13.

[2]– بيدوري كريمة، المرجع السابق،ص12

[3]– المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري "تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

[4]– بيدوري كريمة، المرجع السابق، ص ص12،13.

[5]– بوزيد خالد، ، المرجع السابق، ص253.

الفرع الثاني: الشروط الواجبة في المكفول

لم يرد أي نص في قانون الأسرة الجزائري فيما يخص الشروط الخاصة بالمكفول وإنما يمكن استخلاص بعض الشروط التي أشار إليها قانون الأسرة بطريقة غير مباشرة، فالمادة 116 تنص على أن المشرع الجزائري اشترط في المكفول ان يكون قاصرا، كما تطرقت المادة 119 إلى وضعية الطفل المكفول المجهول النسب أو معلوم النسب.

أولا: الســـــن

قبل إبرام عقد الكفالة يتم التحقيق في الملف من طرف القاضي أو الموثق حيث يتأكد من بعض الشروط، ومنها شرط السن، فقانون الأسرة الجزائري يشترط أن يكون ولدا قاصرا فقط، وحسب أحكام القانون المدني في المادة 40 القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي 19 سنة[1]، حيث تظهر حاجة المكفول إلى الرعاية والتربية بشكل واضح كونه صغير السن فهو لا يدرك الأمور التي في صالحه أو الامور التي قد تضره، وهي المرحلة التي يكون فيها المكفول غير قادر على القيام بنفسه.

ثانيا: النســـــب

تنص المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب او معلوم النسب"، من خلال استقراء هذه المادة نستنتج شرط ثاني، وهو نسب الطفل المكفول، والذي يتخذ صورتين:

1)- المكفول مجهول النسب (وهو موضوع دراستنا):

تنشأ الكفالة هنا على رغبة بعض الأسر، التي لا تحظى بالذرية بكفالة أطفال ولدوا من أبوين مجهولين، وتتم كفالتهم عن طريق مصلحة المساعدة العمومية، وذلك بموافقة دار الرعاية الإجتماعية، أو دار الطفولة المسعفة التي عاش فيها الطفل، بحيث تعتبر هذه الموافقة ضرورية، فالكفالة في هذه الحالة تطمح من جهة إلى إنقاذ عائلة محرومة من الأطفال، ومن جهة أخرى تؤمن تربية عادية لطفل محروم من العائلة، و الأطفال مجهولي النسب هم أكثر الأطفال خضوعا للكفالة مثل اللقيط.[2]

نصت المادة 120 من قانون الأسرة الجزائري ".....إذا كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية"، و بالرجوع إلى المادة 64 من قانون الحالة المدنية الفقرة الثالثة، نجدها تنص على ما يلي: **".....يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى اللقطاء و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة أسماء يتخذ اخرها كلقب عائلي".**[3]

---

[1]– بومدان ياسمينة، وليكان ثن هينان، المرجع السابق، ص33.

[2]– عمراش اسماء، بليل كاتية، المرجع السابق،ص58.

[3]– بوزيد خالد، المرجع السابق، ص255.

تتم كفالة الاطفال القصر مجهولي النسب بالاقليم الوطني، ويشار إلى ذلك بالعقد التوثيقي أو الأمر الولائي الذي يصدره القاضي في الأصل حماية لهذه الفئة من الاطفال، غير أنه يجوز للقاضي أن ياذن بكفالة الطفل خارج التراب الوطني للجزائريين أو الجزائريات المقيمين بالخارج بعد التأكد من توافر الشروط وبعلممموافقة الجهة الوصية المخولة قانونا الإشراف على شؤون هذه الفئة.[1]

2)- المكفول معلوم النسب:

يكون في هذه الحالة انتساب الطفل لأبوين معلومين، فإن كان الإثنان على قيد الحياة يتعين رضاهما على الكفالة التي تعني ولدهما، وإذا توفي أحدهما أو كان عاجزا عن التعبير عن إرادته في شأن الكفالة، موافقة من هو على قيد الحياة تكفي.

أما في حالة إذا توفي الأبوان معا أو عجزا عن التعبير عن إرادتهما لأسباب ما، يكون القول للمجلس العائلي، بعد موافقة من كان في حضنه الولد، وقد يكون الطفل معلوم النسب مكفولا، وذلك لظروف معينة مثلا في حالة تكون الأسرة الواحدة من عدد كبير من الأفراد كالإخوة، والأخوات، والأطفال وتمر بصعوبات مادية ومعنوية، فترغب هذه العائلة في حماية الطفل أو عدة أطفال عن طريق تقديمهم للكفالة من قبل أقربائهم، كأن يقوم شخص بكفالة ابن أخيه، مع رضا الطرفان، إضافة إلى رضا زوجة الكافل إذا كان متزوجا.

الفرع الثالث: الشروط الواجبة في عقد الكفالة

بعد أن تم التطرق إلى الشروط الواجبة توافرها في الكافل، و كذلك المطلوبة في المكفول إلا أن هذا غير كاف باعتبار أن الكفالة لا تقوم إلا بمجرد عقد، و ذلك حسب نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري: "....تتم بعقد شرعي...."، بحيث يفهم من هذه المادة أن الكفالة تعتبر من العقود المدنية التي تقوم على أركان العقد و هي التراضي، المحل، السبب، فبمجرد تطابق إرادتي الطرفين و التعبير عنهما و تبادلهما من قبل الأطراف (الكافل و ولي المكفول القاصر) يقوم العقد صحيحا، أي يكون فيها التعبير عن إرادة موافقته على الكفالة، و هذا يتم بمقتضى التصريح من نفس الأطراف، أمام الموثق و أمام القاضي الموجود بموطن، أو إقامة الكافل، أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج و هذا مكرس[2]في نص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

أولا: إنعقاد 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 32 من

[1]– كمال لدرع، الكفالة في الفقه الإسلامي و قانون الاسرة الجزائري ,كلية العلوم الإسلامية ,جامعة الأمير عبد القادر ,قسنطينة ,ص

[2]– عمراش أسماء، بليل كاتية، مرجع سابق، ص59،60.

[3]– المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق و أن تتم برضا من له أبوان".

قانون إجراءات مدنية و إدارية[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 المطالب بها ذلك بعد التعبير عن إرادة أبوي الولد محل الكفالة و عن موافقتهما الصريحة على ذلك أو أحدهما أو الشخص الذي يتواجد في كنفه ، هذا بالنسبة للطفل معلوم النسب، أو بموافقة المؤسسة التي يتواجد فيها بعد الحصول على رضا الوالي لكونه الوصي على هؤلاء الأطفال الذين يصبحون أبناء الدولة و رعاياها بالنسبة لمجهولي النسب.

فبعد الحصول على التصريح بالموافقة التي تعد كمرحلة تمهيدية أولية، وقبل أن يسمح القاضي بإسناد الطفل موضوع الكفالة إلى الراغب فيه، يقوم بإجراء تحقيق على هذا الأخير التأكد من سيرته ومن مدى استعداده لتحمل المسؤولية من الناحية المادية أو الصحية مع إرفاقه بكل الوثائق التي تثبت صحة ذلك، كل هذا تحقيقا لمصلحة الطفل لضمان ظروف معيشة ملائمة.[2]

ثانيا: انعقاد الكفالة أمام الموثق

بقراءة نص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع وضع اختيار الأطراف في اللجوء إلى المحكمة أو إلى الموثق، ورفعا للحرج عن الكافل وعلى ولي الطفل المكفول في الحالة التي تشكل لهم حرجا في اللجوء والامتثال أمام المحكمة، لذا أوجد طريق آخر في إبرام هذا العقد وهو الموثق من أجل إضفاء قوة قانونية مطلقة تحت مراقبة الموثق لإجراءات صحة العقد و هذا لأن عقد الكفالة يعد من العقود الرسمية والتي لا يمكن الطعن فيها بالتزوير[3] طبقا لنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري.[4]

ثالثا: إنعقاد الكفالة أمام البعثات الدبلوماسية

فيما يتعلق بالمقيمين بالخارج من الجالية الجزائرية إذ أن تقديم الطلب يكون من ذوي الشأن إلى رؤساء البعثات الدبلوماسية وهذه الأخيرة إما تقبل أو ترفض الطلب حسب توفر الشروط المطلوبة، حيث يرفق الملف كذلك بما يلي:[5]

-نسخة من بطاقة التعريف أو البطاقة القنصلية.

---

[1]– المادة 32 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "تفصل المحكمة في جميع القضايا، لاسيما المدنية و التجارية و البحرية و الإجتماعية و العقارية و قضايا شؤون الأسرة و التي تختص بها إقليميا".

[2]– بليل صبرينة، شعلال نعيمة، المرجع السابق، ص33

[3]– منيرة حريزي، التبني و الكفالة، المرجع السابق، ص57.

[4]– المادة 324 من القانون المدني "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طلب للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه".

[5]– طلبة مالك، المرجع السابق، ص27.

- التقييم النفسي والإجتماعي التي تقوم به المصالح الإجتماعية ببلد إقامة المعنيين و هذا من أجل ضمان الرعاية الجيدة على جميع المستويات الإجتماعية و النفسية و الإقتصادية و الأخلاقية للأطفال المحرومين من الأسرة.

المطلب الثاني: الشروط الإجرائية لإنعقاد الكفالة

نصت المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان"، فمن خلال قراءتنا لهذه المادة أن عقد ممراسة الكفالة ينشأعلى مرحلتين، الأولى أولية تستند إلى قيام عقد الكفالة، و على الرضا المتبادل بين طالب الكفالة دون الهيئات التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري، و عليه فإنه إذا تعلق الأمر بطفل معلوم النسب فإن الإتفاق يقع بين والدي المكفول كطرف أول و الكافل كطرف ثاني.

أما في حالة الطفل مجهول النسب يندرج عن هذه الحالة إما أن يكون معلوم الام أو غير ذلك وبموجب هذا فإن مؤسسة حماية الطفولة هي التي تتأسس كطرف يبدي الموافقة على التكفل بالطفل مجهول النسب مع الطرف الثاني وهو الكافل، والمرحلة الثانية فهي المرحلة القضائية التي تهمنا بالدرجة الأولى بالإضافة إلى إجراءات أخرى ليست ملزمة على الكافل تطبيقها[1]والخاصة بالمرسوم التنفيذي رقم 24/92 [2]المتعلق بتغيير اللقب والتي سندرجها ضمن هذه الإجراءات، وعليه سنتطرق إلى هذه الإجراءات كما يلي:

الفرع الأول: المرحلة التمهيدية

أكد القانون في هذه المرحلة على وجوب رضا أبوي المكفول معلوم النسب صراحة بأن يمنحو إبنهم القاصر للكافل لرعايته وتربيته، وهذا ما تم تكريسه في نص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري: "..... **وأن تتم برضا من له أبوان**....."، وهذا يفيد بأن يكون الرضا صريح.

بما أن عقد الكفالة ينصب على نوعين من الأطفال، سواء كانوا مجهولي أو معلومي النسب، فلابد من التمييز بين هاته الحالتين:[3]

أولا: بالنسب للقاصر مجهول النسب

فهناك يمكن التفريق بين حالتين، حالة ما إذا كان القاصر معلوم الأم، وحالة ما إذا كان القاصر مجهول الأبوين.

---

[1]– منيرة حريزي، المرجع السابق، ص 58.

[2]– المرسوم رقم 24/92 المؤرخ في 13 يناير سنة 1992 الذي يتمم المرسوم رقم 71–157 مؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 و المتضمن تغيير اللقب.

[3]– عمراش أسماء، بليل كاتية، المرجع السابق، ص63.

1)- الحالة الأولى: إذا كان القاصر معلوم الأم

تقوم الام بالتخلي عن ولدها و يكون ذلك على مستوى المستشفى، فتقوم المساعدة الإجتماعية الخاصة بالمستشفى بتقديم محضر لها عن التخلي فتقوم الأم بملئه علما أنها ستقوم بسؤالها عن مدة التخلي هل هي مؤقتة أم نهائية مع العلم أن مدة التخلي المؤقتة تكون لمدة 3 أشهر و في الأخير تقوم الأم بإمضاء على المحضر مع المساعدة بوضع الطفل في دار الحضانة ليعيش فيها حتى يبلغ 3 أشهر و في حالة ما لم تأتي الأم يحول إلى مديرية النشاط الإجتماعي و في الأخيرة تقوم المساعدة الإجتماعية بالبحث عن العائلات التي ترغب بالتكفل بالطفل.[1]

أما على مستوى الحضانة، يظهر مصير الطفل الذي توقع أمه على التخلي، إما بصفة مؤقتة أو نهائية خلال هذه المهلة القانونية (شهر أو ثلاثة أشهر) التي تترك الأم لتقرر إما استعادته أو التخلي عنه، وخلال هذه المدة يوضع في دار الحضانة ليلقى فيها الحماية من الضياع والتشرد وعند بلوغه ثلاثة أشهر ولم ترجع أمه البيولوجية لأخذه، فإنه يحال إلى مديرية النشاط الإجتماعي للولاية، وبعد ذلك لا يجوز للأم أن تطلب إعادة الطفل إلى حضنها وذلك لتخليها عنه بمحض إرادتها.

و بعد تخلي الأم عن طفلها على مستوى مديرية النشاط الإجتماعي (D.A.S)، تقوم المساعدة الإجتماعية بأخذ ملف الطفل، قصد البحث له عن عائلة للتكفل به، و ذلك من خلال البحث في ملفاته المخصصة لهذا الغرض، ثم تقوم الأخصائية الإجتماعية و النفسية التابعة للمؤسسة بدراسة كاملة للأسرة الكفيلة، و إذا ما تأكدت من صلاحية الأسرة للكفالة فإنها تعد تقرير مفصل فيه نتائج الدراسة التي تظهر فيها المعلومات التي تؤكد توافر الاتي: بيت ملائم خاص بالأسرة الكافلة، و الأسرة الكافلة و كذلك الأب الكافل و الأم الكافلة، و ذلك بعد الاطلاع على المعلومات الموجودة في الاستمارة و التأكد منها تتخذ المديرية قراراها بالموافقة أو رفض طلب تلك العائلة.[2]

2)- الحالة الثانية: إذا كان القاصر مجهول الوالدين

فإن القاصر يكون موجود على مستوى مؤسسة حماية الطفولة وبذلك نجد أن القانون لم يشترط رضا المكلف بهذه المؤسسة التي تقوم بدراسته[3]، وفيما يخص إسم القاصر مجهول النسب عندما يدخل إلى المصلحة يمنح للمجهول النسب إسميين متتالين:

أ- حالة كون المولود ذكر: هنا يقوم ضابط الحالة المدنية يمنح الطفلة سلسلة من الأسماء الخاصة بالذكور ويتخذ اخر هذه الأسماء كلقب عائلي بالنسبة لهم.

---

[1]– عنتير نور الهدى، المرجع السابق، ص19.

[2]– عمراش أسماء، بليل كاتية، المرجع السابق، ص65.

[3]– حعيدري هدى، **النظام القانوني للكفالة في ظل قانون الأسرة**، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2019/2018، ص46.

ب- حالة كون المولود أنثى: يمنح ضابط الحالة المدنية سلسلة من الأسماء الخاصة بالإيناث بحيث يتخذ اخر إسم كلقب عائلي بالنسبة لهم على أن يكون هذا الأخير من الأسماء المخصصة للذكور.[1]

3)- الملفات الخاصة بعقد الكفالة:

أ- الملف الخاص بالقاصر مجهول النسب:

فيجب على طالب الكفالة تكوين الملف التالي:

-طلب خطي

- شهادة ميلاد القاصر المكفول

- شهادة ميلاد الكفيل

- حضور شاهد يثبتان حالة التكفل
- تصريح شرفي بعدم معرفة الأم الطبيعية للطفل إذا كانت مجهولة
- عقد الكفالة (ويتم التبني الشرعي أمام القاضي أو الموثق) (D.A.S)
- شهادة الوضعية العائلية يتم تسليمها من طرف مصالح مديرية المساعدة الإجتماعية
- طابع جبائي[2]

ب) - الملف الخاص بالقاصر معلوم النسب:

- طلب خطي
- شهادة ميلاد الكفيل
- تصريح أبوي يمنح للكفيل- شهادة الوضعية العائلية يتم تسليمها من طرف مصالح مديرية المساعدة الإجتماعية (D.A.S)

- عقد الكفالة (يتم التبني الشرعي أمام القاضي أو الموثق)
- طابع جبائـــي[3]

ثانيا: بالنسبة للقاصر معلوم النسب

إذا تعلق الأمر بالطفل معلوم النسب، فإن كان أبويه على قيد الحياة فهما اللذان يصرحان برضاهما على الكفالة التي تعني ولدهما القاصر، أما في حالة طلاقهما فإن حضانة الطفل

---

[1]– عنتير نور الهدى، مرجع سابق، ص20.

[2]– عمارة مسعودة، **أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا**، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق ,جامعة سعد دحلب البليدة ,السنة الأولى , العدد الأول , 1432 هـ .2011 م ص74 .

[3]– عمار مسعودة، نفس المرجع ، ص74.

تنتقل إلى الأم، وهذا لا يعني سقوط السلطة الأبوية عن الأب، وبالتالي فإن رضا الأم وحده بكفالة الطفل لا يكفي، إنما يستلزم رضا الأب.

أما في حالة وفاة أحد الأبوين، فإن كانت الأم هي المتوفاة فإن الأب يحتفظ بسلطته الأبوية على إبنه القاصر، وبالتالي التعبير عن رضاه بكفالة إبنه القاصر يكفي، أما في حالة وفاة الأب، فإن الأم تحل محله في الولاية على الطفل القاصر، طبقا لما نصت عليه المادة 1/87 من قانون الأسرة الجزائري، وبهذا يمكنها التصريح برضاها لكفالة الطفل، الشيء نفسه يقال في حالة سقوط السلطة الأبوية عن الأب.

أما في حالة ما إذا كان الطفل يتيم الأبوين، فإن الوصي هو الذي يصرح برضاه لكفالة الطفل لكن شريطة حصوله على الإذن بذلك من طرف القاضي.[1]

الفرع الثاني: المرحلة القضائية

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

- شهادة ميلاد طالب الكفالة
- شهادة ميلاد زوجة طالب الكفالة
- نسخة من عقد الزواج
- شهادة عائلية لتاكد حول وجود أطفال للكافل أو لا
- كشف الراتب لطالب الكفالة إن وجد
- شهادة عمل لطالب الكفالة
- طابع جبائي (15000 دج)

و القاضي المختص محليا هو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب و إن كان موطن الذي يطلب الكفالة خارج الجزائر، يرفع الطلب إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول و هذا طبقا لنص المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[3]، و دور القاضي هنا يتصل فقط بالوظيفة الولائية بمعنى لم يحصل أمامه نقاش أو مرافعة كما أن القانون لم يلزم تدخل النيابة العامة، و عليه فإن رئيس المحكمة أو قاضي التحقيق عندما يتلقى الطلب يقوم بدراسة الملف جيدا و التحقيق من توفر الشروط المطلوبة قانونيا لإنعقاد الكفالة طبقا لأحكام قانون الأسرة، مع مراعاة أنه طبقا للتعديل الجديد في القانون المدني في المادة 13 مكرر

[1]– عمراش أسماء، بليل كاتية، المرجع السابق، ص 68.

[2]– حعيدري هدى، المرجع السابق، ص48.

[3]– المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة".

1[1] فإن القاضي الجزائري بموجب قواعد الإسناد يمكن أن يصدر حكما أو أمرا بالكفالة يكون طرفيه أجنبيين، أو أحد أطرافه أجانب مقيمين على الإقليم الجزائري و ذلك مع مراعاة للقانون الداخلي لكلا الطرفين عند إبرام العقد ما إذا كان يسمح بالكفالة أم لا، و عليه توسعت اختصاصات القاضي الداخلي بعدما كانت مقتصرة على الأطراف الجزائرية فقط.

الأمر الذي يصدره القاضي هو غير قابل للطعن و يسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد المكفول، إن القاضي يباشر إجراءات التحقيق مراعاة لمصلحة الطفل المكفول إذ أنه عمليا يتطلب حضور جميع أطراف العقد و إبداء رضا أبوي المكفول إذا كان على قيد الحياة زيادة على ذلك إحضار[2] الشاهدين اللذين يثبتان حسن سيرة طالب الكفالة، و إن كانت من المستحسن أن ينتقل القاضي و يجري معاينة و ميدانية لحالة طالبي الكفالة قصد الإطلاع على النوايا التي أدت إلى طلب الكفالة أو ما أدى استعدادهما لتحمل هذه المسؤولية و ظروفهم المادية و الإجتماعية فمن المفروض بعد إجراء هذا التحقيق يقرر القاضي إما الموافقة على طلب الكفالة أو الرفض حسب ما إذا كان التحقيق سلبيا أو إيجابيا.

وبعد صدور الأمر بإسناد الكفالة يتم التنفيذ وذلك بتحرير محضر تسليم الطفل المكفول إلى الشخص أو الجهة الكافلة وذلك بحضور ممثل النيابة أو السلطة المحلية والمساعدة الإجتماعية.[3]

و يفهم من هذه الإجراءات أن القانون ينص على أن الكفالة يجب أن تكون إما أمام المحكمة، و إما أمام الموثق، و أن تتم برضا من له أبوان، فذلك يعني أن الكفالة قد تسند بموجب عقد توثيقي، و قد تسند بأمر قضائي، و بهذا فالكفالة المسندة بعقد توثيقي لا تحتاج إلى رفع أي طلب إلى قاضي شؤون الأسرة لتثبيتها، بل أن الطلب الذي يرفع بهذا الشأن يهدف إلى اسناد بموجب أمر قضائي ، و الحال فالقانون لم يشترط في إسناد الكفالة بموجب أمر قضائي، سوى قيام طالبها بتقديم عريضة أمام المحكمة التي يقع بدائرتها إختصاصها موطنه، و يجب أن تكون مؤرخة و موقعة منه أو من محاميه أو وكيله غير المحامي، و أن تكون مشتملة على كافة البيانات العادية الواجب توافرها في العرائض المقدمة للحصول على الأوامر المذيلة، لاسيما البيانات المتعلقة بإسم و لقب و موطن كل من طالب الكفالة و الولد المطالب بكفالته، مع الإشارة إلى كل ما يتعلق بقدرته على كفالة الولد القاصر، و كل ما يعلق بالمؤهلات اللازمة للقيام بالكفالة على الوجه الصحيح و بعد أن يتم تسجيل العريضة لدى أمانة الضبط، يقوم قاضي شؤون الأسرة بتحديد جلسة للحضور، تعقد للنظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي النيابة العامة، و لذات الغرض فالقاضي يتمتع بسلطة التأكد في اليوم المحدد للحضور، مما إذا كانت العريضة المقدمة مستوفية للبيانات المطلوبة توافرها فيها أم أنها غير مستوفية لها، فإذا إتضح له بأن العريضة جاءت

[1]– المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل و المكفول وقت إجرائها، و يسري على اثارها قانون جنسية الكفيل".

[2]– حعيدري هدى، مرجع سابق، ص48.

[3]– حعيدري هدى، مرجع سابق، ص48.

خالية من أي بيان من البيانات، كان له أن يصرح بعدم قبول الطلب شكلا، و فضلا عن ذلك فالقاضي يتأكد كذلك من توفر الشروط القانونية المطلوب توفرها في الكافل، و هي المتمثلة في أن يكون الكافل مسلما، أهلا للقيام بشؤون المكفول، و قادرا على رعاية المكفول و الإنفاق عليه، و له عند الاقتضاء أن يأمر كتابيا بأي إجراء من إجراءات التحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا، للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول و الإنفاق عليه و تربيته ، وبعد إستيفاء القاضي لإجراءات التحقيق في طلب الكفالة، يتولى الفصل فيه بموجب أمر ولائي مسبب، يتضمن قبول طلب إسناد الكفالة إلى الكافل أو رفضه، و بهذا فالأمر الصادر في الطلب لا يكون في حالة الاستجابة لطلب الكفالة قابلا للطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن لكنه و في حالة عدم الاستجابة للطلب، فإنه يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي.[1]

المبحث الثاني: آثار كفالة مجهول النسب وحالات انقضائها

سبق وأن تم التعرض إلى أنه بمجرد ثبوت الكفالة لشخص من الأشخاص الذين أسند إليهم القانون والشرع الحق في كفالة أطفال القصر، وبموجبه يلتزم الكافل بكل ما يخوله هذا الحق من واجبات ناتجة عن السلطة الأبوية، والولاية القانونية على الطفل المكفول وهذا ما تنص عليه المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري[2]، كما أنها تتميز بالديمومة و الإستمرارية إلى أن يطرأ عليها أي يظرف يؤدي إلى زوال اثارها في واقع القانون أو انقضائها، و هذا ما سيتم تناوله بالتفصيل مبينين اثارها (المطلب الأول)، و انقضائها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاثار المترتبة على انقضاء عقد الكفالة

تنشأ الكفالة علاقة قانونية بين الطفل المكفول والكافل، وينتج عنها ما يسمى بأثار الكفالة وذلك فيما يتمثل في الولاية القانونية للكافل على المكفول وكذلك ما تنتجه الكفالة من اثار بالنسبة للمكفول، وامكانية منح الكافل اللقب العائلي المكفول.

الفرع الاول: الولاية القانونية للكافل على المكفول

باستقراء نص المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري التي تخول للكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و هي نوعان ولاية على النفس و على المال، لهذه يجب الربط بين هذه المادة (121 قانون الاسرة الجزائري) و المادة 116 قانون الأسرة الجزائري التي تنص بدورها على واجبات الكافل اتجاه المكفول بمثابة الأب، إذ يقوم مقامه بالقيام به و النفقة و التربية و الرعاية حيث للأب كامل الولاية[3] القانونية على الولد القاصر هذا ما يقره القانون، إذ له سلطة على أولاده القصر و هذه السلطة الأبوية هي في الحقيقة نوع من

---

[1]. حسين بلحيرش ، **محاضرات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (التنظيم القضائي اجراءات التقاضي أمام قيم شؤون الأسرة)** ، دار بلقيس ، الجزائر 2019 ، ص ص 193 ، 194 .

[2]– المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري "تخول كفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي".

[3]– عمراش أسماء، بليل كاتية، مرجع سابق، ص73

الحماية للطفل، و بالتالي المكفول يأخذ مرتبة الإبن الشرعي، و عليه يمكن توضيح مضمون الكفالة إنطلاقا من الولاية على نفس المكفول و على ماله، أما بعض الإلتزامات التي أشار إليها المشرع فهي مجرد عناصر مدمجة في الولاية بشكل عام.

أولا: الولاية على النفس

تعرف الولاية على النفس بأنها سلطة الوالي التي يتعلق بنفس المولى عليه من حفظه و تأديبه و تعليمه العلم و تزويجه.

وتنتقل هذه الولاية من أبوي المكفول إلى الكافل، إذا كان معروف النسب أو من وصي المكفول وهو مدير مؤسسة حماية الطفولة، وإذا كان مجهول النسب وإذا كان مجهول النسب وهذه الولاية القانونية مخولة بقوة القانون طبقا لنص المادة 121 قانون الأسرة الجزائري وهي ولاية متعدية، أي أنها قد تكون أصلية إذا كانت بسبب قرابة بحكم القانون مثل (الحضانة)، أو غير أصلية والتي تستمد من الغير (الكفالة) و هي التي تهم.

إذ أن الولاية بموجب عقد الكفالة تستمد من القاضي الذي أقرها، وهذه الولاية غير الأصلية تنصب على القيام بشؤون القاصر المكفول، ذلك برعايته والعناية به وتعليمه وتربيته و كذلك النفقة عليه.

1-النفقـــــة: بالرجوع إلى نص المادة 116[1] يتضح أن أول إلتزام يقع على عاتق الكافل والذي يتقيد به هو النفقة على الطفل المكفول، بحيث تعرف النفقة بأنها ما يقدم من طعام وكسوة وسكن لمن وجبت له.

2-التربية والعناية بالطفل المكفول: هي وظيفة الكافل للطفل الصغير يرعاه ويقوم بما يحتاجه وتبدأ مرحلة الحفظ بتجاوز الصغير سن الحضانة، ويرى الفقهاء أن مرحلة الحضانة تنتهي بالنظر إلى الغلام ببلوغه حتى يستقل فيه بخدمة نفسه بعض الإستقلال، بأن يأكل وحده ويلبس وحده، وقدرت السن التي يبلغ فيها الغلام في هذه المرحلة بسبع سنوات وهناك من يقدرها بتسع سنوات.

3-قبض المنح العائلية: بموجب نص المادة 121 "....جميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي" من خلال نص المادة يتضح أن عقد[2] الكفالة يضع المكفول تحت مسؤولية الكافل في جميع جوانب حياته بإعتباره يحل محل الأب الشرعي، الذي تكون له الولاية القانونية و السلطة الأبوية.

ثانيا: الولاية على مال المكفول: إن الولاية على المال هي السلطة التي يملك بها الولي التصرفات والعقود التي تتعلق بمال المولى عليه من البيع والشراء والإجازة والرهن

والإعارة وغيرها.

---

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

[2]– عمراش أسماء، بليل كاتية، المرجع السابق، ص77،78.

بمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول، وعلى ماله وعليه فالكافل يتمتع بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على المال، وبالرجوع إلى أحكام الوصية بموجب نص المادة 95 قانون الأسرة الجزائري [1]فإن الوصي له نفس سلطة الولي في تصرف في أموال المكفول.

الفرع الثاني: إحتفاظ المكفول بنسبه:

يعتبر النسب أقوم الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، فهو بمثابة رباط دائم لكل أفرادها ورابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا تنفصم به عراه، وهو نعمة عظمى أنعمها الله على الإنسان، إذ لولاها لا تفككت أواصر الأسرة وذابت الصلاة بينهما ولما بقي أثر من حنان عطف ورحمة بين أفرادها لذا امتن عز وجل على الإنسان بالنسب.

مفاد الكفالة هو إحتفاظ الطفل المكفول بنسبه إذا كان معلوم النسب، إذا كان مجهول النسب فإنه و ذلك حسب نص المادة 120 من قانون الاسرة الجزائري تطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية، الذي يظهر من خلال استقرائه أن الطفل المكفول يجب أن يحتفظ بنسبه الأصلي إذ كان معلوم الأبوين، فالنسب هو الطريق الطبيعي لإكتساب الإسم، كما أنه يعتبر حق لكل طفل بواسطته يتميز عن غيره، و يسجل عند الميلاد في سجل المواليد، هذا ما يتعلق بالطفل الشرعي الذي يحق له أن يحمل إسم أبيه حسب ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، و بالتالي يبقى محتفظا بنسبه في حالة ما إذا كان محلا للكفالة.

وفيما يتعلق بمجهولي النسب، فليس بإمكانهم أن يحمل أي منهم لقب عائلة معينة وإنما إكتسابهم للإسم يكون بالقانون[2]،عن طريق تطبيق نص المادة 64 من قانون الحالة المدنية التي تنص "يختار الأسماء الأب و الأم، أو في حالة عدم وجودهما المصرح".

يجب أن تكون الأسماء جزائرية ويجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية.

تمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الإستعمال أو العادة.

يعطي ضابط الحالة المدنية نفس الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذي لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ اخرها كلقب عائلي".

يفهم من نص المادة هذه أنه يتم اختيار الإسم عن طريق الأب و الام، أو الشخص الذي صرح بالولادة.

---

[1]– المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 و 89 و 90) من هذا القانون".

[2]– عمراش أسماء، بليل كاتية، المرجع السابق، ص79.

واشترطت المادة نفسها أن يكون الإسم المختار للمولود الجزائري ذا خاصية جزائرية (consinan ce Algérienne) أو نطق جزائري وأعفت من هذا الشرط أسماء الأطفال الذين لم يولدوا لأبوين يعتنقان ديانة غير الديانة الإسلامية، ثم جاءت الفقرة الثالثة من هذه المادة و منعت

الأب والأم، و من يقوم مقامها من أن يختاروا للمولود الجزائري الجديد إسما غريبا خارجا عن الأسماء المتداولة بحكم الإستعمال المتواتر.[1]

الفرع الثالث: إمكانية منح الكافل لقبه العائلي للمكفول

إن إمكانية تغيير لقب المكفول بموجب عقد الكفالة القانونية والشرعية لمجهول النسب من الأب، تعتبر من أهم الاثار المترتبة على قيام عقد الكفالة ولتتم عملية تغيير اللقب تتوجب عدة شروط.

أولا: الشروط المطلوبة قانونا لطلب تغيير لقب المكفول وإلحاقه بلقب الكافل:

لقد حدد المرسوم التنفيذي[2] هذه الشروط إذ أنه في حالة تخلف أحد هذه الشروط لا يمكن الإستجابة للطلب وبالتالي يرفض من قبل وزارة العدل وهذه الشروط هي:

- **ضرورة وجود عقد الكفالة**: إذ حتى يمكن للكافل أن يغير لقب المكفول ومنحه لقبه العائلي لابد أن يكون كافلا له قانونا و لا يمكن أن يثبت هذه الكفالة إلا بموجب عقد توثيقي صادر عن الموثق أو كفالة صادرة من الجهات القضائية،[3]و المشرع لميتطلب مدة معينة في الإسناد الواقعي للمكفول حتى يتسنى للكافل أن يمضيها ثم يقدم الطلب.

- **ضرورة أن يكون المكفول قاصرا مجهول النسب من الأب**: أجاز المشرع تغيير لقب المكفول سواء كان بنتا أو إبنا قاصرا مجهول النسب لكن ليس كل مكفول بل المجهول النسب من الأب فقط إذ أن معلوم النسب من الأب لا يجيز القانون للكافل منحه لقبه.

- أن تكون المبادرة والرغبة في تغيير اللقب من طرف الكافل: إذ أنه لا يمكن تصور أن يطلب المكفول لإنعدام أهلية التقاضي و لكونه هو المحتاج إلى الرعايةو أن ولايته على نفس هي مقررة للكافل و هذا يدل على عنصر هام جدا و هو الإرادة الحرة الغير معيبة إذ يعبر في طلب عن رضاه الصريح دون أي إكراه.

- شرط موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة: إذ أن الأصل في مثل هذه الحالة إذا كان معلوم الأم فلقب المكفول المسجل في سجلات الحالة المدنية والمدلى به إلى ضابط الحالة المدنية هو اللقب العائلي لأمه كونه مجهول الأب، و بالتالي إشترط المشرع الموافقة الصريحة أي أن يكون التعبير الصريح عن الإرادة بأن توافق على أن

[1]– عمراش أسماء، بليل كاتية، المرجع السابق، ص80.

[2]–المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 157/71 المتعلق بتغيير اللقب المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 24/92.

[3]– طلبة مالك، المرجع السابق، ص34.

يحمل المكفول لقب الكفيل و إشترط المشرع أن تكون الموافقة في شكل عقد شرعي مكتوب أما إذا كانت متوفاة أو غير معلومة فإنه يسقط هذا الشرط.

ثانيا: إجراءات تغيير لقب المكفول:

لقد حدد المشرع الجزائري الوثائق والإجراءات اللازمة لطالب تغيير اللقب

1)- الوثائق المطلوبة:

- طلب خطي
- عقد الكفالـة.
- نسخة من شهادة ميلاد الكافل.
- نسخة من شهادة ميلاد المكفول.
- نسخة من سجلات عقد زواج الكافل.
- الموافقة الكتابية لأم المكفول إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.

2)- إجراءات التحقيق في الطلب وإصدار الأمر: [1]

بعد تلقي السيد الوزير الملف و المفروق بالطلب يقوم بتكليف السيد النائب العام للدائرة القضائية مكان الولادة الطالب لإجراء تحقيق بشأن هذا الطلب[2]، و الذي بدوره يكلف وكيل الجمهورية للدائرة القضائية مكان الولادة الطالب لمتابعة التحقيق، و الذي بعد إنجازه يتم إرساله بالطريق السلبي إلى السيد النائب العام و الذي بدوره يرسل ما توصل إليه التحقيق إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام، و عادة هذا التحقيق يكون بسماع الشهود و البحث عن دوافع و أسباب تغيير اللقب و في الأخير يرجع القرار إلى السيد وزير العدل و عليه إما ان يقبل أو يرفض الطلب و في حالة قبول الطلب فإن وزير العدل يأمر النيابة العامة بالسهر على تنفيذ هذا القبول و ذلك خلال 30 يوم من تاريخ الإخطار مع السهر على تنفيذ الأمر و تسجيله بسجلات الحالة المدنية.

وعليه فممثل النيابة فور تلقيه الإرسالية يقوم السيد وكيل الجمهورية بتقديم إلتماسه الكتابية إلى السيد رئيس المحكمة لغرض تغيير لقب المكفول

ثالثا: مركز المرسوم رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام الكفالة:

طرح هذا المرسوم عدة تساؤلات لدى المختصين في القانون وكذلك لدى العامة، متسائلين ما إذا كان هذا المرسوم المتعلق بإعطاء اللقب للمكفول من قبل الكافل يؤدي إلى إلحاق النسب أم لا؟ بمعنى هل يعتبر هذا الإجراء بمثابة التبني أم يبقى في نطاق الكفالة؟.

- الفريق الذي يعتبر تغيير اللقب تبني: و هي الفئة التي رفضت تطبيقه على أرض الواقع عند صدوره لكونهم كيفوا هذا المرسوم باعتباره تبني بطريقة غير معلن عنها صراحة،

[1]– طلبة مالك، المرجع السابق، ص35.

[2]– أنظر المادة: الأولى فقرة 01 من المرسوم السابق الذكر.

ذلك لأنه فيه تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول مجهول الأب، مع العلم أن ضابط الحالة المدنية يعطي لهذه الفئة مجهولة الأبوين الأسماء و تسجل في سجلات الحالة المدنية، أما الولد معلوم الأم و مجهول الأب فإن اللقب يكون بلقب الأم، و عليه يرون أن المصادقة على طلب تغيير اللقب فيه تغيير في النسب و إلحاق نسب ولد إلى نسب شخص جديد، و هذا يرجعنا للعصر الذي كان فيه العرب في الجاهلية يبيحون التبني و يرون أن مثل هذه الأمور تؤدي إلى محالة اختلاط الأنساب و فيه تعدي على اللقب العائلي لعائلة أخرى.

كما أنهم يبررون إن مضمون هذا المرسوم يحمل في طياته تناقض[1]مع أحكام المادة 120 قانون الأسرة الجزائري "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب و إن كان مجهول النسب فتطبق عليه أحكام المادة 64 قانون الحالة المدنية".

إذا هذا الفريق يؤكد على ضرورة احتفاظ المكفول على نسبه الاصلي وبالتالي إستبعاد تطبيق هذا المرسوم و الاحتكام إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

- الفريق الذي لا يعتبر محتوى هذا المرسوم تبنيا بل يبقى دائما في إطار الكفالة:

و هو الرأي السائد حاليا بموجبه أزال الغموض و اللبس و عليه فإنهم يرون ضرورة الإستجابة إلى هذه المتطلبات المتعلقة بتغيير اللقب و بدون أي تخوف، إذ اعتمد هذا الرأي في حجته على نص المادة 5 مكرر من المرسوم و التي تقضي بضرورة تسجيل إسم المكفول في هامش شهادة الميلاد و كل العقود و مستخرجات الحالة المدنية، أين استخلص من هذا الرأي من هذه المعطيات أن اللقب الأصلي يبقى دائما محفوظ و أن هذا الإسم هو إضافي فقط و هو حق إستعمال شخصي له لأنه يمكن إخفاء الإسم الأصلي عند إبرام عقد الزواج و لا يمكن إستعماله في الميراث.[2]

الفرع الرابع: ما اجازه الشرع للمكفول من الكافل

أولا: الوصية

عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري على أنها "تمليك ما بعد الموت عن طريق التبرع"، بمعنى أن الوصي يستطيع بموجبه نقل ملكية أمواله إلى شخص و هو الموصي له، كما قام المشرع بتحديد شروط الموصى من خلال المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري "يشترط في الموصي ان يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل".

فالوصية في عقد الكفالة تكون من خلال تبرع الكافل بجزء من أمواله سواء كان عقارا أو منقولا إلى المكفول و قد أجاز القانون ذلك حسب المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري

[1]– طلبة مالك، المرجع سابق، ص36.

[2]– نفس المرجع و نفس الصفحة.

"يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة"[1].

ثانيا: الهبة

الهبة حسب المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري "الهبة تمليك بلا عوض"

و في المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري، وضع شروط الواهب التي يجب أن تتوفر فيه حتى تصبح الهبة صحيحة، "تشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة و غير محجور عليه".

فالهبة في عقد الكفالة تكون من طرف الكافل للمكفول ويجوز أن يهب و ذلك طبقا للمادة 205 من قانون الاسرة الجزائري[2] و من خلال ما سبق نلاحظ أن الهبة تختلف عن الوصية فهذه الأخيرة يجب أن تكون الوصية تساوي أو تقل عن الثلث على عكس الهبة.
تنقل الهبة من الكافل إلى المكفول بمجرد حيازة هذا الأخير مع مراعاة أحكام التوثيق الخاصة بالعقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات.[3]

المطلب الثاني: إنقضاء عقد الكفالة للطفل مجهول النسب

إن الكفالة تؤدي دائما إلى وجود صلة دائمة بين الكافل والمكفول، إذ أنها قابلة للإنتهاء أو السقوط، و في أي وقت، إذا توافرت الأسباب المؤدية إلى ذلك، باعتبارها عقد كغيره من العقود الأخرى يقوم و يبقى و يكون منتجا لاثاره.

و هذا ما سيتم تناوله في الفرع الأول إلى انتهاء الكفالة و إلى سقوطها كفرع ثاني.

الفرع الأول: إنتهاء عقد الكفالة

حرصا من المشرع على ترجيح مصلحة المكفول عن مصلحة الكافل، فإنه قد تشدد بخصوص إلغاء الكفالة أو التخلي عنها، فقرر لهذا الطلب إجراءات تختلف عن الإجراءات المتبعة في إسناد الكفالة، سواء من حيث الإجراءات المقررة لرفع الطلب إلى المحكمة، أو من حيث الإجراءات المقررة للتحقيق في الطلب و الفصل فيه.

أولا: مطالبة الأبوين الشرعيين استرداد إبنهما المكفول:

قد عالجت المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري مسألة عودة الولد المكفول إلى ولاية أبويه، التي لكي يفهم مضمون المادة التي تنص على " إذا طلب الأبوان أو [4]أحدهما عودة

---

[1]– عنتير نور الهدى، المرجع السابق، ص28.

[2]– المادة 205 من قانون الاسرة الجزائري "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا، أو منفعة، أو دينا لدى الغير".

[3]– عنتير نور الهدى، المرجع سابق، ص 28.

[4]– عمراش أسماء، بليل كاتية، مرجع سابق، ص90.

الولد المكفول إلى ولايتهما بخير الولد في الإلتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، و إن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مراعاة مصلحة".

و لكي يفهم مضمون المادة المذكورة أعلاه، و المقصود منها فلابد من الرجوع إلى المادة 116 من القانون نفسه، التي عرفت الكفالة[1]، ما يستخلص من خلالها أنه لا يمكن التحدث عن كفالة الأطفال المحرومين إلا إذا كان هناك عقد شرعي، وفقا لقواعد محددة و معينة و أمام جهات معينة، بذاتها، فلا يقبل دون ذلك سواها، و حسب المادة 124 المتعلقة باسترداد الولد يوجد إحتمالين:

- الإحتمال الأول: هو أن يطلب الأبوان معا استرجاع إبنهما المكفول من الكافل.

- الإحتمال الثاني: هو أن يطلب أحدهما عودة الطفل المكفول إليه، سواء كان الزوج أو الزوجة و في كلتا الحالتين الحل واحد، حيث نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الطفل قد بلغ سن التمييز

حيث حدد المشرع سن التمييز ببلوغ الولد ثلاث عشر سنة كاملة (13)، حسب ما نصت عليه المادة 2/42 من قانون المدني الجزائري[2]، أي أن المشرع الجزائري لم يعطي الحرية المطلقة للكافل بأن يجبر المكفول أن يبقى تحت رعايته إذا كان معلوم النسب و طلب أبويه الشرعيين استرجاعه ففي هذه الحالة أعطى المشرع الجزائري حق التخيير للولد المكفول أن تكون له كامل الحرية في اختياره البقاء تحت رعاية كافله أو الرجوع إلى أبويه، أو أحدهما حسب الطلب، فإن رفض الإلتحاق بهما و بقي تحت ولاية الكافل أي أن الولد المكفول يتمتع بقدرة تجعله يستطيع أن يختار و بحرية أين يريد العيش.

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه "إن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيهما، و تخييرهما بين البقاء- عند مربيها أو الذهاب لولدهما- رغم أنها تجاوزت سن التمييز،فإنهم بذلك خرقوا القانون و استحق قرارهم النقض".[3]

أقرت الشريعة الإسلامية هذا الموقف في حادثة الرسول عليه الصلاة والسلام مع زيد بن حارثة و ذلك بعد نزول الاية الكريمة التي حرمت التبني[4]، إذا خيره الرسولصلى الله عليه و سلم بين إلتحاقه بأبيه أو البقاء معه، فما كان منه إلا أن اختارالرسول صلى الله عليه و سلم على أبيه، و عمه فاعتنقه النبي صلى الله عليه و سلم

[1]– أنظر قانون رقم 11/84، مرجع سابق.

[2]– المادة 2/42 من القانون المدني الجزائري " يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

[3]– ملف رقم 71801، قرار بتاريخ 1991/05/21، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية،العدد الأول، 1996، ص 105.

[4]–عمراش أسماء، بليل كاتية، المرجع السابق، ص ص90،91.

الحالة الثانية: أن يكون الطفل المكفول غير مميز

بمعنى أنه لم يبلغ سن (13) الثالث عشر ويطلب أبواه أو أحدهما من القاضي عودة إبنهما إلى ولايتهما، فإن قرار العودة من صلاحيات القاضي و الذي يراعي مصلحة الطفل عند الحكم بذلك و تكون السلطة التقديرية للفصل النهائي في هذا الخلاف مع مراعاة مصلحة المكفول مثلا إذا كان الوالدين الشرعين ذمتهما المالية غير كافية في تلبية احتياجات الولد مما يضمن له العيش الكريم.

كما تقرر أنه "في حالة وفاة الأب، تحمل الأم محله قانونا وعليه فإن القضاة و بالغاء عقد الكفالة و التصريح بعودة الكافلين إلى ولاية أمهما بناء على رغبتهما و مراعاة لمصلحتهما فإن هذا القرار يكون عندئذ خاليا من أي قصور أو تناقض في الأسباب".[1]

أما بالنسبة لمجهول النسب فكلما يحدث نزاع بشأن استرجاعه، لأنه بمجرد تخلي الأولياء عن أبنائهم ووضعهم في دار الرعاية الإجتماعية يكون ذلك بمحض إرادتهم، و يرفض طلب الأم العزباء لأنها تخلت عنه بمحض إرادتها.

ثانيا: وفاة الكافل أو المكفول

تنتهي الكفالة بوفاة أحد طرفيها حسب المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري "..... و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك و إلا فعلى القاضي أن يسند امر القار إلى الجهة المختصة بالرعاية".

1-حالة وفاة الكافل: إن الكافل هو الملتزم الأساسي في عقد الكفالة، و باعتباره عقد تبرع فإن العقد يلزمه لأنه عقد ملزم لجانب واحد، فبوفاته ينهار العقد و ينقضي إلتزامه و يستحيل بذلك تنفيذه و بالتالي يصبح الولد يتيما و تصح كفالته من جديد و من قبل شخص اخر.[2]

إن الكفالة تنتقل إلى زوجة المكفول دون أي إجراءات قانونية، فقد سكت المشرع الجزائري على ذلك و لم يشر إليها لكن عمليا عند وفاة الكافل نجد من يحل محله يقدم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة يحدد فيها الكافل الجديد.

لكن هناك إحتمال اخر عند وفاة الكافل، و لم يكن الورثة على استعداد للقيام بذلك أو حالة الرفض منهم، فهنا المشرع الجزائري نص بوضع الطفل إذا كان غير مميز و بأمر من القاضي لدى مصالح الرعاية الإجتماعية للطفولة المختصة إقليميا، بحيث مهما يكن من أمر فإنه لا يمكن إجبار الورثة على الإستمرار في الكفالة، لأنه واجب يؤدي بمحض الإرادة.

أما إذا كان الطفل مميزا، أي بلغ 19 سنة كاملة، و لم يكن الورثة على استعداد للقيام به، ففي هذه الحالة يترك و شأنه لأنه أصبح مميزا، و قادرا على تدبير شؤونه بنفسه.

---

[1]- ملف رقم 18712، قرار صادر بتاريخ 1998/03/17، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1998، ص89.

[2]- عمراش أسماء، بليل كاتية، مرجع سابق، ص92.

2- حالة وفاة المكفول: إن وفاة الطفل المكفول يؤدي إلى إنقضاء عقد الكفالة بتنفيذ التزامه التي تتمثل في التربية و العناية، ففي حالة وفاة المكفول و كان له ميراث، فهناك رأي من الفقه يعتبر أن الطفل المكفول باعتباره لقيط فإن المسلمون هم الذين سيرثونه، و بالتالي فإن ماله يعود لبيت مال المسلمين، و الإمام هو وليه، أما رأي اخر نجد من بينهم إسحاق بن راهوية ذهب إلى أن ميراث الولد المكفول تعود لكفاله، ذلك راجع لانغام الكافل على المكفول بتربيته.

ثالثا: تخلف أحد الشروط الواردة في نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري

يظهر من خلال الرجوع إلى نص المادتين 124 و 125 من قانون الأسرة الجزائري، أن المشرع الجزائري تطرق إلى أسباب إنتهاء الكفالة و التي سبق ذكرها، إلا أنه توجد شروط لابد من توفرها في الكافل وردت في نص المادة 118 من القانون نفسه (الأهلية، الإسلام، القدرة).

1- تخلف شرط الإسلام: باعتبار الجزائر دولة إسلامية فكل من وجد على أرضها يعتبر مسلما و ذلك ما تكرسه المادة الثانية من دستور 1996[1]، و كذلك ما ورد ذكره في نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري [2]على أن يكون الكافل مسلما، لأن الطفل المكفول يتأثر بعادات و تقاليد مربيه و يجب أن تكون تعاليمه وفق دين أبيه، و بالتالي فإن تخلف شرط الإسلام في الكافل أو كان مسلما ثم إرتد عن دينه، بمعنى كفر المسلم الصريح أو قول يقتضيه، أو نعل يتضمنه، فهنا تنتهي كفالته على الطفل.

2- تخلف شرط الأهلية: مادام أن الكفالة مجرد عقد تبرعي يجب أن لا يشوب هذا العقد أي عيب من عيوب الرضا، و يشترط في الكافل أن يكون أهلا أي يكون سليما من الافات العقلية و أن تكون إرادة الكافل صحيحة، أي خالية من عوارض الأهلية (الجنون، العته، الغفلة، السفه)، فبمجرد وجود هذه العوارض أو ظهورها في الشخص الكافل فأي تصرف يقوم به يكون قابل للإبطال، فمادامت هذه العيوب تحد من تصرفاته بشأن نفسه فكيف يمكنه القيام بشخص اخر؟ و بالتالي يكون مصير الكفالة الإنتهاء.

3- تخلف شرط القدرة على القيام بشؤون المكفول: يظهر بالرجوع إلى نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري أن من أهم شروط الكافل، أن يكون قادرا على الإلتزام التام برعاية الولد المكفول و حمايته، فإذا حدث و أن مرض الكافل مرضا مزمنا و أصبح غير قادر على القيام بالواجبات المطلوبة منه إتجاه المكفول، يؤدي إلى إنتهاء الكفالة.[3]

---

[1]– أنظر المادة 2 من دستور 1996.

[2]– المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول و قادرا على رعايته".

[3]– عمراش أسماء، بليل كاتية، المرجع السابق، ص95.

الفرع الثاني: سقوط عقد الكفالة

أشارت المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري إلى طرق التخلي عن الكفالة، أو الطرق التي يسلكها للتخلي على عقد الكفالة، حيث تنص هذه المادة "التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة و أن يكون بعلم النيابة العامة...".

أولا: التخلي عن الكفالة:

يكون التخلي عن الكفالة أمام الجهة التي أقرت الكفالة، و يجب أن تكون النيابة على علم بذلك التخلي من أجل الولد المكفول و الكفالة تنتقل إلى ورثة الكفيل بعد موته بشرط أن يلتزم الورثة بهذه الكفالة و إلتزام الورثة بالكفالة يجب أن يكون أمام المحكمة أو أمام الموثق، لأن الإلتزام بالكفالة هو في حقيقته إنشاء الكفالة على وجه التبرع.

إذا توفي الكفيل و لم يكن له ورثة، أو لم يلتزم الورثة بالكفالة وجب على القاضي أن يسند أمر الكفالة إلى جهة من جهات الدولة المختصة برعاية الأولاد.[1]

و أيضا تسقط الكفالة بإرادة الكافل و رغبته الخاصة إذا مس الأمر مصلحة المكفول، على أن طلب التخلي يكون بعلم النيابة العامة و إذا كان أمام الموثق فيتم طلب التخلي أمام الموثق و إذا كان ذلك أمام القاضي فيلجأ إلى القاضي لطلب التخلي.

ثانيا: إسقاط الكفالة:

تسقط الكفالة عن الكافل مراعاة لمصلحة المكفول، حسب ما يمكن إستنتاجه من أحكام الولاية، و ذلك باعتبار الكافل وليا على الطفل المكفول[2]، فإنها تسقط الولاية عنه[3]، التي تكون بموجب حكم قضائي.

إذا سلطت على الكافل عقوبات تبعية مثل: الحرمان من الحقوق المدنية، و هو ما يفترض معه عدم الأهلية، حسب ما ورد في المادة 8 الفقرة الرابعة من قانون العقوبات أو عقوبات تكميلية كاعتقال و الإقامة الجبرية و المنع من الإقامة المادة 9 الفقرة الاولى و الثانية من قانون العقوبات.[4]

ثالثا-إجراءات رفع طلب إلغاء الكفالة أو التخلي عنها:

إذا كان القانون ينص على أن دعوى إلغاء الكفالة أو دعوى التخلي عنها، ترفع حسب الأوضاع المقررة لرفع الدعاوى العادية، فإنه بهذا يكون قد أخضع نوعين من الطلبات لهذا الإجراء الأول: يتعلق بطلب إلغاء الكفالة و هو طلب لا يقدم إلا من الغير، و الثاني: يتعلق بطلب التخلي عن الكفالة و هو طلب لا يقدم إلا من الكافل نفسه، و بهذا فالكافل يكون في دعوى إلغاء الكفالة مدعى عليه، و عليه، و على العكس من ذلك فإنه يكون في دعوى

[1]– حورية مالكي، نسيبة شيشة، المرجع السابق، ص93.

[2]– أنظر المادة 91 من قانون 11/84، مرجع سابق.

[3]– أنظر المادة 101 من القانون نفسه .

[4]– عمراش أسماء، بليل كاتية، المرجع السابق، ص96.

التخلي عن الكفالة مدعيا.و أيا كان الحال يجب أن ترفع الدعوى بموجب عريضة إفتتاح دعوى شخصية، تودع على أمانة ضبط الجهة القضائية التي ترفع الدعوى أمامها، تشمل على البيانات العادية الواجب توافرها في عرائض افتتاح الدعاوي القضائية، و هي المتعلقة بذكر إسم المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، و إسم و لقب و موطن كل طرف، و عرض موجز للوقائع التي تبرر طلب إلغاء الكفالة أو طلب التخلي عنها، و الإشارة عند الإقتضاء إلى المستندات المؤيدة للطلب، و بعد قيدها لدى أمانة الضبط و دفع الرسم القضائي يجرى تبليغها إلى المدعى عليه عن طريق المحضر القضائي، و إجراء تبليغها إلى ممثل النيابة العامة عن طريق امانة الضبط.[1]

رابعا- التحقيق و الفصل في طلب إلغاء الكفالة أو التخلي عنها:

يتمتع القاضي بدور إيجابي في التحقيق في دعوى إلغاء الكفالة او التخلي عنها، و لذات الغرض فهو يمارس التحقيق و الفصل في الدعوى وفقا للقواعد العامة، فله أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصيا، لتقديم التوضيحات التي يراها ضرورية للفصل في طلب إلغاء الكفالة أو التخلي عنها، كما يجوز له أن يأمر شفويا بإحضار أية وثيقة يرى أنها مفيدة للفصل في الدعوى، و له كذلك أن يأمر تلقائيا، أو بناء على طلب الأطراف أو أحدهما فقط، أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة باتخاذ أي إجراء من إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا.[2]

و الحال فالقاضي و بعد إيستفاء إجراءات التحقيق في الدعوى، يتولى بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباته الفصل في الدعوى في جلسة سرية، لا يحضرها سوى الأطراف و محاموهم و ممثل النيابة العامة، فإذا إتضح له بأن العريضة الإفتتاحية للدعوى غير مستوفية للأوضاع الشكلية، أو أن المدعي لم يقم بتبليغها إلى المدعي عليه، أن تبليغها قد تم على وجه غير صحيح، أصدر حكما بعدم قبول الدعوى شكلا، و إذا إتضح له بأن الدعوى قد رفعت ممن أو في مواجهة من لا يتمتع بصفة و أهلية التقاضي، أو أنها قد رفعت ممن أوفى مواجهة من لا مصلحة له في إقامتها، أصدر حكما بعدم قبول الدعوى لإنعدام الحق في التقاضي.أما إذا إتضح للقاضي بأن الدعوى مقبولة شكلا، و أن السبب المستند إليه في طلب إلغاء الكفالة أو طلب التخلي عنها لا يقوم على سند قانوني، أصدر حكما برفض الدعوى لعدم التأسيس، أما اذا إتضح له بأن الطلب مؤسسا، فليس له سوى إصدار حكم يقضي بالإستجابة للطلب، و ذلك إما بإلغاء الكفالة أو بقبول طلب التخلي عنها، على أن هذا الحكم يكون قابلا للطعن فيه بطريق المعارضة أمام نفس المحكمة التي أصدرته إذا صدر غيابيا، و ذلك خلال مهلة شهر واحد إبتداء من تاريخ التبليغ الرسمي له، و بطريق الإستئناف أمام غرفة شؤون الأسرة بالمجلس القضائي، خلال مهلة شهر إبتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم في الموطن الحقيقي أو الموطن المختار للشخص المطلوب تبليغه.[3]

[1] حسين بلحيرش ، المرجع السابق ،ص 195.
[2] نفس المرجع ، ص 195 .
[3] حسين بلحيرش ، المرجع السابق ، ص 186.

طلب نقل الكفالة بعد وفاة الكافل:

إذا كان القانون ينص على أنه و في حالة وفاة الكافل، تنتقل الكفالة إلى الورثة إذا التزموا بذلك، و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية، فإن نقل الكفالة بعد وفاة الكفيل، سواء إلى ورثة هذا الأخير أو إلى تلك الجهة المختصة بالرعاية، و بسبب حاجة المكفول إلى الحماية، يجب أن تتم وفقا للإجراءات المقررة لتدابير الإستعجال، خلافا للأوضاع المقررة لدعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها و الحال يتعين على الورثة بعد وفاة الكافل، أن يخبروا القاضي الذي أمر بالكفالة و من دون تأخير و متى تم ذلك، وجب على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر واحد، و ذلك من أجل سماعهم حول إلتزامهم جميعا أو إلتزام أحدهم بالإبقاء على الكفالة، قام بإسنادها للأصلح منهم عند إلتزامهم جميعا بالإبقاء عليها، أو لمن إلتزم منهم بالإبقاء على الكفالة، مع مراعاة الشروط الواجبة توفرها في الكافل، و إذا إتضح للقاضي رفض أي من الورثة الإبقاء على الكفالة، وجب عليه إنهاءها وفقا للأوضاع المقررة لمنحها، و يأمر بتسليم المكفول، حسب ما تقتضيه مصلحته، إما إلى والديه إن كان معلوم النسب و كانا موجودين، و إما إلى الجهة المختصة بالرعاية إن كانا غير موجودين، أو كان المكفول مجهول النسب.[1]

و مع أن المشرع لم يحدد شكل العمل الذي يتم بموجبه إجبار القاضي بوفاة الكافل، و لم يحدد أيضا الإجراءات الواجبة الإتباع عند قيام القاضي سماع الورثة، فالشكل المقرر لتمام العمل الإجرائي هو أن يتم كتابيا، و ليس ثمة ما يحول دون قيام أمين الضبط بتحرير محضر تحت إشراف القاضي، يدون فيه تصريحات الورثة الحاضرين للرجوع إليه عند الحاجة، ثم يتولى الفصل في مسألة نقل أو إنهاء الكفالة بعد الوفاة بموجب أمر ولائي لا يكون قابلا لأي طعن.

[1] حسين بلحيرش ، نفس المرجع ، ص،ص 196 ، 197 .

خـــاتمـــة:

في ختام بحثنا وبعد محاولة الإلمام بجميع عناصر الموضوع نستخلص ان عقد الكفالة يعد النظام الحامي لحقوق الطفل مجهول النسب حيث وجد نظامين: الكفالة و التبني، لكن المشرع لم يأخذ بنظام التبني المحرم شرعا و قانونا حيث رآى ان نظام الكفالة هو النظام الفعال في تكريس كل مسؤولياته لحماية مجهولي النسب والطفولة من الأحداث المرعبة كالانحراف.

حيث نرى تجسد الحماية من خلال الكفالة و وضع مؤسسات و مراكز مختصة بالتكفل بهذه الفئة المحرومة من حقوقها، و إلغاء التبني الذي يعد محرما شرعا و قانونا و بهذا يكون المشرع قد اجتهد في محاربة فكرة تحريف النسب اذ انه لا يجوز إلحاق أي طفل بغير أبويه سواء كان مجهول النسب أو معلوم النسب لان في ذلك تعدي على أنساب الغير، و قد قام المشرع بفتح الباب أمام الأسر الراغبة في كفالة طفل وفق إجراءات و شروط معينة لكي يتم العقد بصورة صحيحة وينتج أثاره المرجوة.

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

- وجود فئة من الأطفال مجهولي النسب في مجتمعنا حقيقة اجتماعية وواقع ملموس.
- إن الكفالة هي نظام بديل للتبني المحرم شرعا وقانونا باعتبار أن الدولة الجزائرية مسلمة.
- إن المشرع الجزائري في إطار أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية قد كرس العديد من النصوص لحماية هذه الفئة من الأطفال.
- إن إجراءات الكفالة يجب أن تكون برضا الوالدين إن كان معلوم النسب، أما إذا كان مجهول النسب فتبقى من اختصاص القاضي الذي يمكنه إسناد الكفالة أو رفضها.
- تمنح الكفالة الولاية على نفس ومال المكفول.
- تسقط الكفالة بتخلف أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري أو موت الكافل أو المكفول أو عن طريق طلب من والدي المكفول إذا كان معلوم النسب أو انقضائها لفسق أو سوء سيرة.
-قام المشرع بمنح لقب للمكفول لكي يحميه ويحفظ له حقوقه.
-رغم معالجة المشرع الجزائري لموضوع الكفالة إلا انه أغفل بعض الجوانب مثل:
-ضرورة إصدار قانون خاص بهذه الفئة من الأطفال كما فعل نظيره السوري.
-ضرورة ضبط بعض المصطلحات ذات العلاقة مثل الكفالة ومجهول النسب.
- ضرورة تحري الدقة في صياغة المواد المتعلقة بالكفالة.
- على المشرع الاهتمام أكثر بهذه الفئة حتى بعد الكفالة ولا يكتفي بالتحقيق قبل قبول طلب الكفالة وإنما متابعة الكافل ومراقبته حتى بعد حصوله على الكفالة نظرا لما قد يتعرض له مجهولو النسب من إستغلال نفسي أو جسدي.

-على المشرع أن يقوم بإنشاء مراكز خاصة وهيئات رقابية تتولى متابعة العائلات المتكفلة بأحد الأطفال من خلال تقرير رقابة دورية موزعة على مدار السنة بهدف تفقد حالة الطفل في العائلة المتكفلة.

-استحداث صفحة في الدفتر العائلي يطلق عليها "كفيل ومكفول " تمنح ضمانات للطفل و تسهل عملية التكفل بالطفل خاصة في مراحل التمدرس .

قـائمــة المصــادر والمــراجــع

- **المصادر:**

أ - القرآن الكريم

ب - القوانين:

1- الإتفـاقيــات الــدوليــة:

1-اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989،اعتمدت و عرضت للتوقيع و التصديق و الانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للامم المتحدة 44_24 المؤرخ في 20نوفمبر 1989.تاريخ بدء التنفيذ 2 سبتمبر 1990 ، وفقا للمادة 49، و صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 92 _461 المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1992،تتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للامم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 .

2_ النصوص التشريعية:

القوانين العادية:

1- قانون رقم 84_11 المؤرخ في 9 جوان 1984 يتضمن قانون الاسرة ،ج.ر،عدد 24 صادر بتاريخ 12 جوان 1984،المعدل و المتمم بالامر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، ج.ر ، العدد 15 صادر بتاريخ 27 فيفري 2005 .

4-القانون رقم 66_156 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات ،ج.ر،عدد 49 صادر بتاريخ 11جوان 1966،المعدل و المتمم بالقانون رقم 09_01،المؤرخ ب 25 فيفري 2009 ،ج.ر ،عدد 15 صادر بتاريخ 8 مارس 2009..

الأوامر الرئاسية :

1- الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 27 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ،ج.ر ،عدد 87 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم .

2- امر رقم 70_20 المؤرخ ب 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية ،ج.ر، عدد 21 صادر بتاريخ 27 فبراير 1970.

3 - امر رقم 71_157 المؤرخ في 3 جوان 1971، يتعلق بتغيير اللقب ،ج.ر، عدد 47 صادر بتاريخ 11 جوان 1971، المعدل و المتمم بمرسوم تنفيذي رقم 92_24 المؤرخ في 13 جانفي 1992،ج.ر،عدد 09 ،صادر بتاريخ 22 جانفي 1992.

3_ الإجتهادات القضائية:

1- ملف رقم 71801، قرار صادر بتاريخ 1991/05/21، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا ،المجلة القضائية ، العدد الاول 1996.

2- ملف رقم 18712، قرار صادر بتاريخ 1998/03/17، غرفة الاحوال الشخصية المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني 1998.

- **المـــراجـــع :**

الكتـــب:

1_أحمد الدغستاني، **اللقيط في الاسلام دراسة ميدانية** ،كلية الدراسات الاسلامية و العربية ،جامعة الأزهر ،طبعة اولى ،دون جزء ، دون دار نشر، دون بلد نشر، سنة 1413ه/1992م

2_بن مكرم أبي الفضل جمال الدين محمد، ابن منظور الإفريقي المصري ،**لسان العرب** ، دار المعارف ،القاهرة ، بدون سنة نشر.

3_حسين بلحيرش، **محاضرات في قانون الاجراءات المدنية والادارية**، دار بلقيس للنشـر ال جزائر2019.

4_عبد الكريم زيدان، **احكام اللقيط في الشريعة الاسلامية** ،طبعة أولى، مطبعة سليمان الأعظمي، بغداد، دون سنة نشر.

5-عبد الكريم زيدان، الكفالة **و الحوالة في الفقه المقارن مع مقدمة في الخلاف وأسبابه**، ساعدت جامعة بغداد غلى نشره، مكتبة القدس، دون جزء، دون بلد النشر، سنة 1395ه/1975 م .

6_ متولي الشعراوي، **الخواطر**، مطبعة أخبار اليوم، جزء3، دون بلد نشر، دون سنة نشر.

7_ محمد مصطفى شحاتة الحسيني، **الأحوال الشخصية في الولاية و الوصية**، دون جزء، دون دار نشر، دون بلد نشر،دون سنة نشر.

6 المذكرات و الرسائل :

1- -بوعيشة عقيلة ،**الكفالة في قانون الاسرة الجزائري و الشريعة الاسلامية** ،المعهد الوطني للقضاء مديرية التربصات ،مذكرة نهاية التكوين ،الدفعة الثانية عشر ،2001/2004 .

2-بومدان ياسمينة ولكان ثنهينان ،**التبني و الكفالة في ظل قانون الاسرة الجزائري**، مذكرة ماستر في تخصص قانون داخلي خاص، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،السنة الجامعية 2016/2017.

3-بيدوري كريمة ،**الكفالة و التبني (دراسة مقارنة بين قانون الاسرة الجزائري و مجلة الاحوال الشخصية التونسية)**،تخصص قانون الداخلي الشامل ،قسم القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية ،2013/2014 .

4_ بليل صبرينة و شعلال نعيمة ،**عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري** ، تخصص قانون الخاص الشامل ،قسم القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية ،2013/2012 .

5-حورية مالكي و نسيبة شيشة ،**مجهولي النسب في التشريع الجزائري** ،رسالة ماستر في الحقوق ،تخصص قانون احوال شخصية ،قسم الحقوق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة الجيلالي ،بونعامة ،2014/2015.

6_عبد السلام خضرة ،**احكام عقد الكفالة في التشريع الحزائري و بعض التشريعات العربية** ،دراسة مقارنة ،مذكرة ماستر ،تخصص احوال شخصية ،قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور ،الحلفة ،2016/2015 .

7_ عيدري هدى ، **النظام القانوني للكفالة في ظل قانون الاسرة** ،قسم الحقوق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة محمد بوضياف ،مسيلة ،2019/2018.

8_ عمراش اسماء و بليل كاتية ، **الكفالة في قانون الاسرة الجزائري** ،مذكرة ماستر في قانون ،تخصص قانون خاص داخلي ،قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،تاريخ المناقشة ،30 سبتمبر 2014 .

9-عنتير نور الهدى ، **الكفالة في قانون الاسرة الجزائري** ،مذكرة شهادة الليسانس ،تخصص قانون خاص ،قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ،2014/2013

10-قشام سعدية ، **حماية مجهولي النسب بين الفقه و قانون الجزائري** ،مذكرة ماستر، تخصص احوال شخصية، قسم الحقوق ،كلية العلوم القانونية و الادارية ،جامعة زيان عاشور، الجلفة ،2014/2013

11_سلوى سالم، **كفالة مجهولي النسب في قانون الاسرة الجزائري**، مذكرة ماستر أكاديمي تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق ،كلية العلوم القانونية و السياسية، جامعة بوضياف ،المسيلة 2017/2017..

12-مداني هجيرة نشيدة، **حقوق الطفل بين الشريعة و القانون**، مذكرة ماستر في القانون ،تخصص قانون خاص ،قسم الحقوق ، كلية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012/2011

13-منيرة حريزي، **التبني و الكفالة ، دراسة مقارنة**، مذكرة ماستر، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة ماستر في الحقوق ، تخصص أحوال شخصية ،قسم الحقوق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، 2016/2015 .

14_معاتقي مريم و شلابي خديجة، **كفالة الاطفال في القانون الجزائري** ،مذكرة ماستر في قانون خاص ،تخصص عقود و مسؤولية ،قسم القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة آكلي محند اولحاج ،البويرة ،2017/01/18.

15_ طلبة مالك، **التبني و الكفالة** ،مذكرة المدرسة العليا للقضاء ،الدفعة الرابعة عشر (14) ،تربص مجلس القضاء ،وهران ،محكمة اريزيو ،2004/2003.

المجلات و المقالات :

1_ بوزيد خالد، **الكفالة نظام لحماية الاطفال في التشريع الحزائري**، مجلة قانون العمل و التشغيل وهران، العدد الرابع، جوان 2017.

2_ ربعي كاتية يسرى، **مركز الأطفال مجهولي النسب في القانون الجزائري** ،المجلة الدولية للبحوث القانونية و السياسية ،جامعة مرباح قاصدي ،ورقلة .

3_ علي زواوي أحمد ،**الدين و الطفولة المسعفة (مجهول النسب نموذجا)**، مجلة الدراسات و البحوث الاجتماعية ، جامعة الوادي، العدد 08،سبتمبر 2014

4-عمارة مسعودة ،**احكام الكفالة في القانون الحزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا** ،مجلة البحوث و الدراسات القانوينة و السياسية .

5_المجلة القضائية ، **غرفة الأحوال الشخصية** ،المحكمة العليا ،العدد الثاني ،1998.

6_ محمدي زواوي فريدة ، **مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92_24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الاسلامية** ،المجلة القضائية، العدد الثاني ،2000.

7_محمد صفاء جاسم ،**انواع المجاهيل و حكم روايتها** ،مجلة كلية التربية للبنات ،المجلد 28(5/2017)،دراسة استقرائية ، جامعة بغداد ،قسم العلوم القرآن الكريم ،التربية الاسلامية .

8_كمال لدرع ،**الكفالة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري** ، كلية العلوم الإسلامية ،جامعة الأمير عبد القادر ،قسنطينة .

مـــلخـــــص:

من المسائل التي فرضت نفسها في مجتمعنا الحالي هي انتشار فئة الأطفال مجهولي النسب نظرا لتراجع القيم و الأخلاق في المجتمع ، و قد تصدت كل من الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي لهذه المسألة بفتح باب الإحسان و إعطاء للمحسنين من أبناء المجتمع فرصة التكفل بهؤلاء الأطفال، وسمح لهم أيضا بإعطائهم نصيبا من أموالهم ســواء عــن طريـق التبرع أو الوصية دون الميراث الذي يمنح للأبناء الشرعيين حصرا ، و بهذا يكون المشرع قد أغلق باب التبني و ما ينتج عنه من اختلاط في الأنساب و نزاعات بين أبناء المجتمع اتباعا لما جاء في الشريعة الإسلامية ، وقد أقر نظام الكفالة في التشريع الجزائري حق الكافل في منح الطفل المكفول لقبه العائلي تسهيلا لعملية التكفل ومنحه أيضا كافة الحقوق المادية وفـق ضوابط قانونية تحول دون تزوير أو تحريف الأنساب..

الكلمات المفتاحية: مجهـول النســب، نظام الكفالة، التبني.

Résumé:

One of the issues that has imposed itself in our current society is the spread of the category of children of unknown parentage due to the decline in values and morals in society. Both Islamic Sharia and positive law addressed this issue by opening the door to charity and giving the benefactors of the community the opportunity to take care of these children, and they were allowed Also, by giving them a share of their money, whether by donation or will, without inheritance, which is granted to legal children exclusively, and with this the legislator has closed the door to adoption and the resulting mixture of lineages and disputes between the sons of society, following what came in Islamic Sharia, and he approved the system Sponsorship in Algerian legislation The guarantor has the right to grant the sponsored child his family name to facilitate the process of sponsorship and also grant him all material rights in accordance with legal controls that prevent forgery or distortion of genealogy.

Key words : kafala system .adobtions.unknown parentage .

الفهـــــرس

مـــقـدمـــة ..... أ
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لكفالة مجهول النسب **1**
المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة **1**
المطلب الأول : مفهوم الكفالة **2**
الفرع الأول : تعريف عقد الكفالة.....**2**
الفرع الثاني : خصائص عقد الكفالة.....**5**
الفرع الثالث : مشروعية عقد الكفالة والطبيعة القانونية لها.....**6**
المطلـب الثـاني : تمييز عقد الكفالة عما يشابهها من المفاهيم.....**8**
الفرع الأول : تمييز الكفالة عن الحضانة **8**
الفرع الثاني : تمييز الكفالة عن التبني **9**
الفرع الثالث : تمييز الكفالة عن الولاية **10**
المطلب الثـالث : أركان عقد الكـفالة **11**
الفرع الأول : الأركان الموضوعية **11**
الفـــرع الثــاني : الأركـان الشكلـية.....**14**
المـبحث الثـاني : ماهية مجهول النسب **15**
الــمطلب الأول : مفهـوم مجهـول النسب **15**
الفرع الأول : تعريف مجهول النسب **16**
الفرع الثاني : أسباب وجود الطفل مجهول النسب **17**
المطلب الثاني :حقوق الطفل مجهول النسب **19**
الفرع الأول: حقوق مجهول النسب في التشريع الإسلامي **20**
الفرع الثاني: حقوق مجهول النسب في الإتفاقيات الدولية.....**22**
الفرع الثالث: حقوق مجهول النسب في التشريع الوضعي.....**23**

الفصل الثاني: أحكام عقد اكفالة من الإبرام إلى الإنقضاء **26**
المبحث الأول: شروط عقد كفالة مجهول النسب **26**
المطلب الأول: الشروط الموضوعية لإنعقاد عقد الكفالة **26**
الفرع الأول: الشروط الواجب توفرها في الكافل **27**
الفرع الثاني: الشروط الواجبة في المكفول **29**
الفرع الثالث: الشروط الواجبة في عقد الكفالة **30**
المطلب الثاني: الشروط الإجرائية لإنعقاد الكفالة **32**
الفرع الأول: المرحلة التمهيدية **32**
الفرع الثاني: المرحلة القضائية **35**
المبحث الثاني: آثار كفالة مجهول النسب وحالات انقضائها **37**
المطلب الأول: الاثار المترتبة على انقضاء عقد الكفالة **37**
الفرع الاول: الولاية القانونية للكافل على المكفول **37**
الفرع الثاني: إحتفاظ المكفول بنسبه **38**
الفرع الثالث: إمكانية منح الكافل لقبه العائلي للمكفول **40**

الفرع الرابع: ما اجازه الشرع للمكفول من الكافل **42**
المطلب الثاني: إنقضاء عقد الكفالة للطفل مجهول النسب **43**
الفرع الأول: إنتهاء عقد الكفالة **43**
الفرع الثاني: سقوط عقد الكفالة **46**

خاتمـــــــــة **50**
قائمة المراجع **52**
الملخـــــــــــص..... **56**
الفهـــــــــــرس..... **59**