جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

رقم: .....

إعداد الطالبة

وردة دبـــــاخ

الكفالــة في الفقــه الإسلامي والقــانــون الجــزائري
– دراســة مقارنـــة -

لجنة المناقشة:

العضو 1	مسلوي حفيظة	الرتبة: أستاذ مساعد أ	الجامعة محمد خيضر – بسكرة -	رئيسا
العضو 2	هــدى زوزو	الرتبة: الأستاذ الدكتور	الجامعة محمد خيضر – بسكرة -	مشرفا
العضو 3	بلـورغي منيــرة	الرتبة: أستاذ محاضر ب	الجامعة محمد خيضر – بسكرة -	مناقشا

السنة الجامعي: 2021 - 2022

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

رقم: .....

إعداد الطالبة

وردة دبـــــاخ

الكفالــة في الفقــه الإسلامي والقــانــون الجــزائري
– دراســة مقارنـــة -

لجنة المناقشة:

العضو 1	مسلوي حفيظة	الرتبة: أستاذ مساعد أ	الجامعة محمد خيضر – بسكرة -	رئيسا
العضو 2	هــدى زوزو	الرتبة: الأستاذ الدكتور	الجامعة محمد خيضر – بسكرة -	مشرفا
العضو 3	بلـورغي منيــرة	الرتبة: أستاذ محاضر ب	الجامعة محمد خيضر – بسكرة -	مناقشا

السنة الجامعي: 2021 - 2022

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

الإهـــــــداء

إلى كل طفل محروم من الدفىء الأسري في هذا العالم

ملخص الدراسة

ملخص الدراسة:

الكفالة نظام مستمد من الشريعة الإسلامية أ خذ به المشرع الجزائري بنسبة كبيرة ، ورغم هذا فهناك بعض الثغرات أو الجوانب التي لم يتطرق إليها مثل الآثار الناتجة عن الكفالة في حالة الطلاق، وعدم نصه على الشروط الواجب توفرها في طلب الكفالة بشكل دقيق ومفصل وكان عليه أن يلم بموضوع الكفالة من جميع جوانبه في فصل واحد، حتى لا يترك أي لبس أو غموض حول هذا الموضوع.

Abstract :

Child sponsorship is a system derived from Islamic Sharia that the Algerian legislator has adopted in a large proportion. Despite this, there are some loopholes or aspects that he did not address, such as the effects resulting from bail in the event of divorce, and his failure to stipulate the conditions that must be met in the request for bail in an accurate and detailed manner, and he had to be familiar with the subject The guarantee in all its aspects in one chapter, so as not to leave any confusion or ambiguity on this subject.

مقدمة

مقدمـــة

إن المرجع الأساسي لنا كمسلمين في أي موضوع يطرح هو الشريعة الإسلامية التي لم تترك أية كبيرة أو صغيرة في هاته الحياة إلا وتطرقت لها وعالجتها، فنظام الإسلامي نظام سياسي واجتماعي واقتصادي شامل وكامل.

اهتم ببناء الدولة من جميع جوانبها وركز من أجل ذلك على الأسرة كونها النواة الأساسية لبناء المجتمع، واستثمر في الفرد من خلال اهتمامه وحمايته للطفولة والمحافظة على حقوق الطفل من تربية ورعاية وتعليم وصحة وغيرها من متطلبات الحياة التي تضمن له العيش الكريم داخل أسرة في كنف أبوين يقومان على رعايته، واهتمت شريعتنا السمحاء أكثر بالطفل الذي فقد هذه النعمة، وحرم من حنان ورعاية الأبوين كاليتيم ومجهول النسب أو من تخلى عنه أبواه لأي سبب كان، وقد جسد هذا الاهتمام من خلال تحريمها للتبني لما له من مفاسد على الفرد والمجتمع، وأوجد الكفالة كنظام بديل عنه، ولقد أخذت معظم الدول العربية في الشريعة الإسلامية من بينها المشرع الجزائري في قانون الأسرة المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية في المواد من 116 إلى 125 ق أ، حيث اجتهد المشرع الجزائري في هذه المواد وغيرها من القوانين المتعلقة بالطفل لإيجاد الحلول القانونية التي تخدم مصالح الطفل، ذلك الكائن الضعيف وتمكنه من إيجاد أسر بديلة تعوضه حنان وعطف الأبوين ودفئ العائلة، وتوفر له سبل الراحة والعيش الكريم وتلبي احتياجاته من رعاية وتعليم وتربية سليمة ..... وغيرها، حتى ينشأ فردا صالحا في المجتمع.

أسباب اختيار الموضوع :

1 **أسباب ذاتية:**

- هذا الموضوع مسني شخصيا كونه موضوع إنساني يخاطب ضمائرنا كلنا.
- كون هذا الموضوع يدخل ضمن اختصاصي الدراسي، حيث يتعلق بموضوع من مواضيع قانون الأسرة وهو الكفالة.

2 **أسباب موضوعية:**

- ديننا الحنيف حثنا على رعاية الأيتام والتكفل بهم.
- رغم أهمية الموضوع إلا أنه لم يعطى حقه من الناحية الأكاديمية ولم يتناول بشكل كبير.

- موضوع الكفالة يغرس روح التكافل والتعاون بين أفراد المجتمع ويضمن حقوق الطفل ويدخل السرور والبهجة على الأسر البديلة، إضافة إلى سبل الأجر والثواب من الله عز وجل.

أهداف الدراسة :

تهدف دراستنا إلى توضيح كل من الجانب الفقهي والقانوني للكفالة ومعرفة مختلف أوجه الشبه والاختلاف بينهما حتى نقف على الثغرات والنقائص القانونية التي يمكن استدراكها.

صعوبات الدراسة:

- ✓ قلة المراجع والمصادر المتعلقة بهذا الموضوع بصفة عامة.
- ✓ قلة المراجع التي تناولت المقارنة بين الجانب الفقهي والقانوني لهذا الموضوع.

أهمية الدراسة :

- **أهمية ذاتية:**

الرغبة في التعمق أكثر في هذا الموضوع وتناوله فقها وقانونا وواقفا معاشا، فهذا الموضوع حساس جدا يتناول شريحة هشة في المجتمع ويخاطب ضمير كل واحد فينا.

- **أهمية موضوعية:**

- ضمان حقوق الطفل ورعايته وتربيته وتعليمه والتكفل به حتى ينشأ فردا صالحا في المجتمع.
- لا شك أنه تكمن أهمية هذا الموضوع لأنه يتعلق ببناء الفرد أو زرع روح التكافل بين أفراد المجتمع بالإضافة إلى الإشارة الإيجابية على الطفل الكفيل والأسرة البديلة والمجتمع ككل.

الإشكالية الرئيسية:

- ما هي مختلف أوجه الشبه والاختلاف بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري فيما يخص موضوع الكفالة؟

التساؤلات الفرعية:

- ما هي الكفالة شرعا وقانونا ؟
- كيف نظم المشرع الجزائري موضوع الكفالة ؟

المنهج المتبع:

- اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التحليلي من خلال طرح النصوص القانونية والشرعية والمعطيات الواقعية، حيث قمنا بدراستها وتحليلها بغرض الوصول إلى نتائج قانونية تتماشى

مع العقل والمنطق السليمين، بالإضافة إلى المنهج المقارن الذي يعتمد على المقارنة كأداة مصرفية، حيث قمنا بالمقارنة بين الكفالة أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوصفي الجزائري.

الدراسات السابقة :

- أطروحة الماجستير تخصص قانون أسرة – التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوصفي من أعداد الطالبة علال آمال جامعة أبو بكر بلعابد تلمسان سنة 2008 – 2009 ، حيث قامت بدراسة موقف كل من المشرع الجزائري والقوانين من نظامي التبني والكفالة، والمقارنة بينهم.
- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون خاص بعنوان حقوق الطفل المحضون في ضوء القضاء الجزائري من إعداد غضبان مبروكة، حيث تناولت هذا الموضوع من الناحية الفقهية والقانونية إضافة إلى دور الفقهاء وحماية الطفل المحضون.
- أحقية حضانة الطفل عند الفرقة بين الزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية العراقي لدكتور رياض – جامعة العراقية بغداد، حيث تناول الكاتب مسألة حضانة الطفل عند الطلاق وقارن بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة العراقي.
- الثواب العظيم في كفالة اليتيم من إعداد ابن عبد العزيز منير، حيث تناول فيه مع ذكر الأدلة الشريعة بموضوع الكفالة والثواب الذي يلحق كافل اليتيم.

وقد تناولنا دراستنا هذه في فصلين في الفصل الأول تكلمنا فيه عن مفهوم الكفالة في أحكام الشريعة والقانون الجزائري ويتكون من مبحثين، المبحث الأول تناولنا فيه تعريف الكفالة وفي المبحث الثاني أحكام وشروط الكفالة، وفي الفصل الثاني تطرقنا لنظام الكفالة في أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

- وتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول الفرق بين الكفالة وبعض النظم المشابهة لها، وفي المبحث الثاني تناولنا النظام القانوني للكفالة.

الفصل الأول:

مفهوم الكفالة في أحكام الشريعة والقانون الجزائري

تمهيد:

تعتبر مرحلة الطفولة أهم المراحل في تكوين الإنسان، وتكمن أهمية هذه المرحلة في كون الطفل بحاجة إلى رعاية واهتمام كبير حتى يتمكن من تخطى هذه المرحلة بكل مشاكلها، والصعوبات التي فيها منذ ولادته مرورا بطفولته ثم مراهقته إلى أن يصر راجلا أو إمرة صالحا في المجتمع، وأدركت شريعتنا السمحاء وكذا القانون الوضعي الجزائري أهميته بناء الإنسان على أسس سليمة من خلال الاهتمام بالطفل المهمل سواءا كان يتيما أو مجهول النسب أو عديم النسب، وذلك بتوفير جو أسري بديل من خلال نظام الكفالة.

وعليه سوف تتم تقسيم هذا الفصل مبحثين المبحث الأول نعرف فيه الكفالة لغة وفقها وفي الاصطلاح القانوني وفي المطلب الثاني نتكلم فيه عن أحكام الكفالة بصفة عامة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وكذا الشروط الواجب توفرها في كل ركن من أركان الكفالة.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة

في هذا المبحث سوف نتناول تعريف الكفالة بصفة عامة في الفقه الإسلامي وكذا في القانون الجزائري من خلال مطلبين، المطلب الأول نتطرق فيه إلى تعريف الكفالة من الناحية القانونية، وفي المطلب الثاني نتناول تعريف الكفالة من الناحية القانونية.

المطلب الأول: تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي

في هذا المطلب نعرف الكفالة لغةً وفقها ثم على حكمها شرعا وأدلة مشروعيتها.

الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة

هي بمعنى الالتزام أو هي الضم، يقال: تكفل بالشيء إلزامه نفسه وتحمل به وتكفل بالدين التزم به.[1]

الفرع الثاني: تعريف الكفالة عند الفقهاء

هناك عدة تعريفات نذكر منها:

- هي التزام حق ثابت في ذمة الغير أو هي التزام على وجه التبرع. [2]
- ويقصد بالكفالة في الفقه الإسلامي هي حفظ الولد القاصر وتربيته ورعايته وهي جائزة وتنعقد تبرعا، ولا تصح لها إن كان غير أهلا للتبرع بها.[3]
- عرفها الذهبي بأنّها: "كفالة اليتيم القيام بأموره والسعي في مصالحه من طعامه وكسوته وتنمية ماله إن كان له مال، وإن كان لا مال له أنفق عليه وكساه ابتغاء وجه الله تعالى". [4]
- عرفها الحنفية بتعريفات عدة أوضحها: " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل للمطالبة مطلقا بالنفس أو دين أو عين" [5]

---

[1] مجموعة من المؤلفين، المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية، الطبعة الأولى، المكتبة الإسلامية، تركيا، الجزء 2، بدون سنة، ص 793.

[2] وهبة الزحيلي، (الفقه الإسلامي وأدلته)، دار الفكر، الطبعة الأولى ، دمشق، سوريا، 1984، ص 161.

[3] العربي بختي، (أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 213.

[4] الجزري أبو السعادات المبارك بن محمد، (النهاية في غريب الحديث)، المكتبة الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة ، مصر، ص 342.

[5] أسامة يعقوب الأيوبي، (الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة)، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بقطاع غزة، 2009، ص 11.

ومن خلال هذه التعاريف يتضح لنا أن الكفالة في الفقه الإسلامي بصفة عامة هي القيام على العناية بطفل قاصر من خلال تربيته والقيام بأموره وماله ، والهدف منها كسب مرضاة الله ، وهو ما تتفق عليه جل التعاريف الشائعة.

الفرع الثالث: حكمها وأدلة مشروعيتها

أولا: حكمها: الكفالة مستحبة، والأصل فيها التبرع.[1]

أدلة مشروعيتها: وضحت وبرزت عناية الإسلام بالقيم والحث على تربيته والمحافظة على نفسه وماله في القرآن والسنة النبوية المطهرة

1 -**من القرآن الكريم:** وقد ظهرت عناية القرآن الكريم بشأن اليتيم أن نزل القرآن في مكة وظلت آياته بشأن اليتيم تتوالى إلى أن أكمل الله دينه.[2]

- ورد لفظ الفعل (كفل) في القرآن الكريم بمعنى يتعهد الصغير ويرعى شؤونه.[3]

قال تعالى: << فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكرياء>> [4]

قال تعالى: << فقالت هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه، لكم وهم له ناجحون>> [5]

2 -**من السنة المطهرة:**

عن سهل بن سعد بن مالك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

" أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة الوسطى وفرج بينهما شيئا " [6]

وعن عثمان عن سعد رضي الله عنهما قال رسول الله عليه وسلم : " أني أحرج حق الضعفين اليتيم والمرأة"[7]، ففي هذا الحديث يحث الرسول صل الله عليه وسلم على التكفل بالطفل اليتيم ونيل جزاء مرافقته إلى الجنة.

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 161.

[2] يحي أحمد زكرياء الشامي ، (التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، دون سنة، ص 52.

[3] محمد حسن حمادة (الكفالة في الشريعة الإسلامية) كلية الدراسات العليا، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، جامعة الخليل، فلسطين، 2008، ص 75.

[4] سورة القصص، الآية (12).

[5] سورة طه، الآية (40).

[6] رواه البخاري في الطلاق رقم 5304 وأخرجه مسلم في كتاب الزهد والرقاق، بدون سنة، ص 130.

[7] صحيح البخاري (كتاب الفرائض).

المطلب الثاني: مفهوم الكفالة في القانون الجزائري

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

الفرع الأول: تعريف الكفالة في قانون الأسرة الجزائري

وقبل التطرق إلى تعريف الكفالة في قانون الأسرة لا بد لنا نعرف معنى الكفالة في القانون م ج، فقد عرف المشرع الجزائري الكفالة في القانون المدني في المادة 644 التي تنص على أنها:

<< الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام إذا لم يفي به المدين نفسه >>

- أما عن الكفالة في قانون الأسرة موضوع بحثنا هذا فقد نص المادة 116 من ق أج << على أن الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه ويتم بعقد شرعي >>.

من خلال هذه المادة يتضح لنا جليا أن الكفالة في ق .الأسرة هي عبارة عن عقد مبرم في شكل رسمي الموثق أو القاضي أما المحكمة ، يصرح فيه طالب الكفالة عن رغبته في التكفل بولد قاصر والعمل على رعايته وتربيته تربية سليمة مبنية على أخلاق سامية والعمل على توفير كل الظروف الاقتصادية والاجتماعية، التي تسمح له بالعيش في حياة كريمة ومعاملته معاملة الابن الشرعي، وإن كان في حقيقة الأمر لا تربط أي علاقة بين الكافل والمكفول.[1]

الفرع الثاني: خصائص الكفالة في القانون الجزائري

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

- الكفالة هي عبارة عن نظام بديل للتبني وصف هـ المشرع لغاية اجتماعية، وذلك لرعاية الأولاد اللقطاء وكذا مجهولي النسب ، وتولى أمر الولد الذي عجز أبوه عن تنشئته ورعايته لظروف اقتصادية.

[1] أمينة مساعديه، (الحماية القانونية للطفل في إطار أحكام نظام الكفالة)، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، المجلد الثالث، جامعة البليدة 2 اونيسي علي،2019 ، ص 82.

- الكفالة التزام تبرعي من طرف الكفيل بدون مقابل.
- الكفالة تضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي، والذي يترتب عليه حقوق والتزامات متبادلة محددة وفقا للأحكام التي تحكم علاقة الأب بابنه.
- الكفالة لا تقوم إلا إذا أبرمت أمام الجهات القضائية أو الموثق وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة.
- الكفالة ليست أبدية بل تسقط وتنتهي لأسباب محددة في ق أ.
- الكفالة تحافظ وتحمي اختلاط الأنساب إذا المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة.
- الكفالة تحمي حقوق الميراثية وتمنع التعدي على حقوق التركة ، إذ لا يحق للمكفول الميراث فيها بل يمكن الحصول على هبة أو الوصية فقط.[1]

الفرع الثالث: أوجه الشبه والاختلاف بين تعريف الفقه الإسلامي للكفالة والقانون الجزائري

من خلال نص المادة 126 ق أ نلاحظ أن تعريف المشرع للكفالة يتوافق مع الفقه الإسلامي في كون أن الكفالة التزام على وجه التبرع والغرض منها حماية ورعاية الطفل الكفيل.

وكما سبق وأن ذكرنا فقد عرف الذهبي الكفالة بأنها: " كفالة اليتيم والقيام بأموره والسعي في مصالحه من إطعامه وكسوته وتنمية ماله ، إن كان له مال وإن كان لا مال له أنفق عليه وكساه ابتغاء وجه الله تعالى".[2]

وكذا نص المادة 116 من ق أج التي تنص كما سبق وأن ذكرنا أن: " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي ".

- فيتضح من خلال هذان النصان أو التعريفان على أن الكفالة في أحكام الشريعة والقانون الجزائري ثم على وجه التبرع ابتغاء وجه الله تعالى.
- ويتضح من خلال هذا التعريفان اهتمام كل من القانون الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية بالطفل الكفيل.

[1] علال آمال، (التبني والكفالة – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي –)، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/ 2009 ، ص ص 32،33.

[2] الجزري أبو السعادات المبارك بن محمد، المرجع السابق، ص 342.

حيث وضعت وبرزت عناية الإسلام باليتيم والحث على تربيته والمحافظة على نفسه وماله في القرآن والسنة النبوية الهادية، فقد اهتم الإسلام بشأن اليتيم اهتمام بالغا، من حيث تربية وضمان العيش الكريم له ، حتى ينشأ نافعا في المجتمع المسلم، قال تعالى: << فأما اليتيم فلا تقهر>> [1]

وقال تعالى: << أريت الذي يكذب بالدين فذلك الذي يدع اليتيم >> [2]

وهاتان الآيتان تؤكدان على العناية باليتيم والشفقة عليه كي لا يشعر بالنقص من غيره بين أفراد المجتمع، فيحطم ويصبح عضو هاما في المجتمع المسلم.[3]

فالكفالة إذن هي اتفاق حاصل بين الكفيل والدائن ، أما المدين فليس طرفا فيه مع أنه عضو أساسي في عملية الكفالة، والذي يرمي إلى إنشاء علاقة إلزامية بينهما ، وقد يكون محلها تربية ورعاية طفل قاصر معلوم أو مجهول النسب وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه، فهنا العلاقة تنشأ بين الكافل والمكفول بموجب عقد يحرر أمام القاضي أو أمام الموثق أو أمام البعثات الدبلوماسية.[4]

- فقد كييفت الكفالة فقها وقانونا كما يلي:

أولا: التكييف الفقهي

الكفالة كما ذكر الذهبي في الكبائر هي القيام بأمور اليتيم والسعي في مصالحه من طعامه وكسوته وتنمية ماله إن كان له مال ، وإن كان لا مال له أنفق عليه وكساه وابتغاء وجه الله تعالى، وقال ابن الأثير << الكافل هو القائم بأمر اليتيم الموصى له >>.

والكفالة في الفقه الإسلامي التزام شخص يصدر من الكافل سواءا رجلا أو امرأة، لأنها تبرع منه، مما يضفي عليه صبغة قانونية ودينية يبتغي بها وجه المولى عز وجل، وعليه لا يستطيع التزام غيره بها ولو كان زوجه.

وتعتبر الكفالة احدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب.

---

[1] سورة الضحى، الآية (32).

[2] سورة الماعون، الآية (2).

[3] علام الساجي، (إشكالية التبني والكفالة في المجتمع الجزائري مقارنة أنثروبولوجية)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الأول، المجلد العاشر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2022، ص 28.

[4] أمينة مساعدية، المرجع السابق، ص 82.

ثانيا: التكييف القانوني

نظام الكفالة عبارة عن التزام تطوعي لرعاية طفل وتربيته وحمايته، يتم بعقد شرعي تنتهي بطريقة آلية ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني أو عن طريق القضاء ، فالكفالة عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة يلزم كل شخص احترام أحكامه.[1]

[1] صفية الوناس حسين ، (مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي)، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، الجزء الخامس، قسم الدراسات الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك، الرياض، السعودية، ص ص 445،446.

المبحث الثاني: أحكام الكفالة وشروطها

الكفالة نظام جاءت به الشريعة بعد تحريمها للتبني وأخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة المستمد منها أغلب أحكامها ، وتنص المادة 222 منه على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون ، هذا وقد نظم المشرع الجزائري الكفالة في المواد من 116 إلى 125 من ق أ، إضافة إلى بعض المراسيم التنظيمية والتي لها علاقة بهذا الموضوع منها المرسوم رقم 92/24 المؤرخ في 13 يناير 1992، المتعلق بتغيير اللقب، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 223/20 المؤرخ في 08 /08 /2020 المعدل والمتمم لمرسوم رقم 71 /157 المؤرخ في 1971/06/03، المتعلق بتغيير اللقب.

هذا وسوف نتناوله في هذا المبحث أحكام الكفالة كمطلب أول ثم شروطها في المطلب الثاني ثم نقارن بينهما.

المطلب الأول: أحكام الكفالة في الفقه الإسلامي

كما سبق وأن ذكرنا سوف نتناول في هذا المطلب أحكام الكفالة في الفقه الإسلامي ثم أحكام الكفالة في القانون الجزائري فيما يلي:

الفرع الأول: أحكام الكفالة في الفقه الإسلامي

كما سبق وأن ذكرنا أن الكفالة في الفقه الإسلامي هي حفظ الولد القاصر وتربيته ورعايته ، وهي ولاية جائزة وتنعقد شرعا.[1]

إذن فالكفالة عقد ينشأ عنه التزام يتمثل في رعاية الطفل المكفول وتربيته ، ويمكننا أن نستنتج أحكام الكفالة فيما يلي:

- الولاية على نفس المكفول تحول الكفالة حق الولاية على الطفل المكفول.[2]
- الإسلام رأى أن التبني هو تزوير على الطبيعة والواقع ، تزوير يجعل شخصا غريبا من أسرة فرد منها، وهكذا ألقى الإسلام الآثار التي كانت تترتب هذا النظام من إرث وتحريم الزواج من حليلة المتبني.[3]

---

[1] العربي بختي، المرجع السابق، ص 213.

[2] بلحاج العربي، (الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الجزء الأول، الطبعة السادسة، 2010، ص 422.

[3] عمارة مسعودة، (أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد لقضائي المحكمة العليا)، مجلة البحوث والدراسات قانونية والسياسية، العدد 01، المجلد أ ، جامعة سعد دحلب البليدة، 2011.

- الولاية على اللقيط في ما له ونفسه للسلطان لقول النبي صلى الله عليه وسلم: << السلطان ولي من لا ولي له، فله أن يزوجه ويتصرف في ما له بالبيع والشراء والإيجار على وجه المصلحة له وأن يأذن للملتقط الإنفاق عليه من مال اللقيط، أما الملتقط فليس له أن يفعل شيئا من ذلك ، لأنه لا ولاية له عليه لانعدام سبب الولاية فيه، وهو القرابة أو السلطة وإنما له على اللقيط ولاية الحفظ والتربية إلا أن يقبض الهبة اللقيط لأنها تقع نفعا محض له، كما له أن يسلمه في صناعة أو حرفة ليتعلمها أو يتدرب عليها، لأن هذا التسليم ليس من باب الولاية بل من باب إصلاح حاله وإيصال النفع المحض إليه من غير ضرر يلحقه من إطعامه غسل ثيابه ونحو ذلك، وليس للملتقط ولاية الإنفاق عليه في ماله إلا بإذن القاضي ، فإن انفق بغير إذنه كان ضامنا ما أنفقه من مال اللقيط إلا إذا تعذر أخذ الإذن ، وعليه في هذه الحالة الإشهاد عند الإنفاق وجوبا وإلا كان ضامنا له أيضا، وقال الحنابلة للملتقط الولاية في الإنفاق على اللقيط من ماله غير إذن القاضي لأن الملتقط ولي له فلا حاجة لأذن القاضي كما في وصي اليتيم ، ولأن هذا الإنفاق قد يدخل في باب الأمر بالمعروف فلا يشترط فيه إذن الحاكم، لأنه هو وغيره فيه سواء، والذي نرجحه استئذان الحاكم في الإنفاق حفاظا لمال اللقيط من الضياع عن طريق الزائد بلا حاجة. [1]
- ولاية النفس فالمقصود بها التأديب والتربية والتوجيه والإرشاد بعد انتهاء فترة الحضانة، وهذه الولاية خاصة الرجال دون النساء ، لما جلّ الله الرجل عليه من القوة والقدرة والشدة أكثر من النساء، ولقد حث الله عز وجل، الآباء على القيام بتربية أولادهم في قوله تعالى: << يا أيها الذين أمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة >> كما ألزم الرسول صلى الله عليه وسلم كل راع بالعناية بمن تحت يده.[2]
- يتمتع اليتيم بأهلية أداء ناقصة بسبب صغره ، وبناء على ذلك لا يصلح للالتزام بالحقوق وأداء الواجبات، وأهلية الأداء هي صلاحية الأعمال التي يخاطب بها الشارع الإنسان عند كمال عقله وتصور هذه الأعمال منه على وجه يعتد به شرعا ، وعلى هذا تقسم تصرفات الطفل اليتيم إلى ثلاثة أقسام؛ تصرفات نافعا محضًا تصح التصرفات نفعا محضا من اليتيم مباشرة لأن الأهلية القاصرة كافية بجواز الأداء، أي يترتب عليها دخول شيء في ملكة ، كالهبة والصدقة والوصية، وتصرفات ضارة ضررا محضا لا يجوز لليتيم أن يتصرف أي تصرف فيه ضرر محض ولا

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص ص 14، 15.

[2] عبد الله بن ناصر عبد الله السدحان، المرجع السابق، ص 34.

يجوز له ولاية أو وصية أيضا إجراء أي شيء من هذه التصرفات كالقرض والصدقة ال عتق. والتصرفات المترددة بين النفع والضرر ، النفقات التي تتردد بين النفع والضرر كالبيع الإجازة والنكاح لا يجوز لليتيم أن يباشرها لنفسه، بل يملكها فقط بموافقة الولي فتصح هذه التصرفات من اليتيم المميز ، تنعقد صحيحة بإذن وليه منعا للضرر والإجحاف في حقه عند الحنفية ولا تصح منه برأي الجمهور. [1]

- تنتهي الولاية على المال بزوال سببها وهو الصغر ، سن الرشد المالي عن طريق الاختبار والتجربة، وإذا تأكد الولي على المال من وصول الصغير إلى سن الرشد المالي يسلمه أمرا له ونزول الولاية عنده.
- تنتهي الولاية على النفس عند الحنفية بالنسبة للصبي ببلوغه خمسة عشر سنة أو بظهور علامة من علامات البلوغ الطبيعية إذا كان عاقلا مأمونا على نفسه،إلا يبقى في ولاية الولي، أما بالنسبة للصغيرة، تنتهي الولاية عليها بزواجها وإن لم تتزوج وإن لم تتزوج تبقى في ولاية غيرها إلى أن تصبح مسنة مأمونة على نفسها ، والظاهر من كلامهم إن الولاية تنتهي على المرأة غير المتزوجة عندما تصبح مسنة مأمو نة على نفسها والظاهر من كلامهم أن الولاية تنتهي على المرأة غير المتزوجة عندما تصبح عجوزا لا يرغب فيها الرجال.[2]

- هذا وقد ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين الألفاظ إلى تطلق على الطفل المكفول بحيث:

أ –الطفل اليتيم:

- **لغة:** هو الانفراد، واليتيم هو فرد وكل شيء معرف يعز نظيره فهو اليتيم.[3]

وأوجب الإسلام رعاية الطفل اليتيم وحمايته ،[4] لقوله تعالى: "وأعبدو الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وذي القربى واليتامى والمساكين"[5]، وقوله تعالى : " فأما اليتيم فلا تقهر". [6]

---

[1] تسنيم محمد جمال حسن أستيني، (حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي)، أطروحة لنيل الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2007، ص 69.

[2] صفية الوناس حسن، المرجع سابق، ص 69.

[3] عبد الله بن ناصر بن عبد الله السدحان، (فصل كفالة اليتيم دعوة إلى مرافقة النبي صلى الله عليه وسلم)، الطبعة الأولى، جامعة الرياض، السعودية، بدون سنة، ص 11.

[4] عروبة بيسار المزرجي، (حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 61.

[5] سورة النساء، الآية 36.

[6] سورة الضحى، الآية 09.

ب -الطفل اللقيط:

- **لغة:** المولود الذي ينبذه والده فيلقط
- أما فالاصطلاح الفقهي، فقد عرفه الإمام السرخسي الحنفي بأنه اسم مولود طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا. [1]

ج- مجهول النسب:

- **لغة:** يقال نسب الشيء إذ وضعه وذكر نسبه أي عزاه إليه وناسب فلان إذا اشركه وشاكله والمتناسب، التشابه.[2]
- **والنسب اصطلاحا:** هو رابطة سامية وصلة عظيمة على جانب كبير الخطورة تولاها الله بشريعته وأعطاها المزيد من عنايته وأحاطها بسياج منيع يحميها من الفساد والاضطراب، فأرسى قواعدها على أسس سليمة.[3]

من خلال ما يقدم يتضح لنا أن الفقه الإسلامي تناولت موضوع الكفالة بشيء من التفصيل ، ومن جميع الجوانب وكانت حريص ا على توضيح كل ما يتعلق بمختلف أحكام الكفالة وتحديد مختلف المصطلحات المتعلقة بهذا الموضوع تحديدا دقيقا، مما يكفل للطفل المكفول حقوقه ويضمن الاستقرار.

الفرع الثاني: أحكام الكفالة في القانون الجزائري

من خلال نص المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة الجزائري نستخلص ما يلي:

- لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الطفل المكفول (اليتيم اللقيط ومجهول النسب) والحنفي بالفظ مجهول النسب دون تبيان ذلك.

ومع هذا جاء في تعريف الطفولة المسعفة في المادة 8 من القانون الداخلي للمؤسسات بأنهم " الأطفال المحرومون من الأسرة بصفة نهائية بقرار قاضي الأحداث، الطفل المهمل والمعروف أبويه والذي أهملته أمه عمدا، أو لم تطالب به فمن أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر".

أما قانون الصحة العمومية الجزائري رقم 76 – 79 المؤرخ في 1979/10/23، والذي ألغي بقانون 1985/02/16، فقد وضح الوضعية المادية والمعنوية للأطفال المسعفين وكيف يتم استقبالهم تحت وصاية مصلحة الإسعاف العمومي في المادة 246 وهم:

---

[1] عبد الكريم زيدان، (أحكام القيطفي الشريعة الإسلامية)، مطبعة سليمان الأعظمي، الطبعة الأولى، 1968، بغداد، ص 03.

[2] إبراهيم أنيس وآخرون، (المعجم الوسيط)، دار الأمواج، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1990، ص 612.

[3] صفية الوناس حسن، المرجع السابق، ص 413.

المولود من أم وأب مجهولين ووجد في مكان ما وهو الولد اللقيط الذي لا أبو لا أم له ولا أصل يمكن الرجوع إليه، وليس له أية وسيلة للعيش وهو اليتيم الفقير، الذي يسقط من سلطة الوالدين بموجب تدبير قضائي وعهد بالوصاية إلى الإسعاف العمومي للطفولة.

- الكفالة التزام على وجه التبرع في شكل عقد أمام المحكمة [1] أو الموثق وأن تتم برضا من له أبوان.
- يشترط الإسلام والعقل والأهلية في الكافل والقدرة على رعاية المكفول.
- لم يتكلم المشرع الجزائري في ق أ عن الطفل اليتيم فقط اكتفى بالقول أن الولد قد يكون مجهول أو معلوم النسب.
- تعطي الكفالة الولاية القانونية للكافل على المكفول.
- يدير الكافل أموال المكفول من أرب والوصية والهبة.
- يجوز للكافل التبرع أو يوصى بأموله للكافل في حدود الثلث وإذا تبرع أو أوصى بأكثر من ذلك يبطل التصرف إلا إذا أجازه الورثة.
- إذا بلغ الطفل المكفول سن التميز ، فإنه يخير بين العودة إلى والديه الأصليين إذا طلب ذلك كلاهما أو أحدهم، وإن كان أقل من سن التميز لا يسلم إلا بإذن القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول.
- الجهة التي أقرت الكفالة هي التي سيتم التخلي أمامها مع وصول علم النيابة العامة.
- تنتقل الكفالة إلى الورثة في حالة وفاة الكافل إذا وافقوا على ذلك.
- إمكان القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية إذا كان ذلك في مصلحة المكفول.
- وبالرجوع إلى نص المادة 120 ق أ : " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية"[2]

[1] بوشريعة نسيمة، (الحماية القانونية للطفل المهمل في التشريع الجزائري)، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد الأول، المجلد السادس،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن احمد، وهران، 2019، ص 218.

[2] قانون رقم 84 –11، مؤرخ في 09 يونيو سنة1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

- والمادة 64 ق ح م : " الاسم يختاره الأب والأم أو الشخص الذي صرح بالولادة على أن يكون هذا الاسم ذا خاصة جزائرية أو نطق جزائري وأستثنى من هذا الشرط أسماء الأطفال لأبوين من ديانة غير الديانة الإسلامية".[1]
- ونص المادة 46 ق أ ح: "يمنع التبني شرعا وقانونا".

نستنتج أن المشرع الجزائري ، حرم ومنع التبني واشترط الإسلام في الكفالة حفاظا على الأنساب ، كما حافظ على الهوية الجزائرية حتى في اختيار الأسماء وكذا الانتماء الإسلامي.

- طبقا للمرسوم التنفيذي 24 / 92 المؤرخ في 13 يناير 1992 يمكن للكافل أن يمنح لقبه للطفل المكفول.

- فهل سيؤدي ذلك إلى إلحاق النسب؟، فيعتبر ذلك تبني أم لا يلحق النسب وبالتالي يعتبر كفالة.

- هنا اختلاف في هذا الموضوع بين معارض ومؤيد.

الفريق الأول:

الذي يعبر تغير اللقب في إطار المرسوم 52 / 24 تبنيا:

وهي الفئة التي رفضت تطبيقه على أرض الواقع عند صدوره لكونهم كيفوا هذا المرسوم باعتباره تبنيا بطريقة غير معلن عنها صراحة، ذلك لأن فيه تغير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول مجهول الأب.[2]

الفريق الثاني:

وهو الرأي السائد حاليا وبموجبه أزال الغموض، وعليه فإنهم يرون ضرورة الاستجابة إلى هذه الطلبات والمتعلقة بتغيير اللقب وبدون أي تخوف إذا أعتمد هذا الرأي في حجته على نص المادة كمكرر من المرسوم السابق الذكر.[3]

[1] الأمر رقم 20/70 الصادر في 19/ 02 / 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.

[2] حوباد حياة، (مدى إمكانية تغير الكافل لقب المكفول)، مجلة دفاتر ، مخبر حقوق الطفل، العدد الأول، المجلد الرابع، جامعة وهران 2 محمد بن احمد، 2013 ، ص 291.

[3] باديس ذيابي، (الكفالة والتبني في مقاصد الشريعة الإسلامية وقانون أ ج)، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مسيلة محمد بوضياف، منشورة، 2018/2017، ص 54.

الفرع الثالث: أوجه الشبه والاختلاف بين أحكام الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أولا: أوجه الشبه

حرم الإسلام التبني قال تعالى: " أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا أبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم، وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم، وكان الله غفورا رحيما ". [1]

وكذلك منع وحرم المشرع الجزائري من خلال نص المادة 6 ق أ: " يمنع التبني شرعا وقانونا"

إذن فالتبني محرم شرعا وقانونا.

- نص المشرع الجزائري في المادة 116 ق أ، على وجوب النفقة على الكفيل، وفي الفقه الإسلامي عن المالكية على الملتقط أن يي رفق على اللقيط مادام لا يملك مالا ولا توجد جهة تنفق عليه ويستمر الملتقط في الإنفاق عليه حتى يبلغ اللقيط عن الإنفاق عليه. [2]
- الكفالة في الشريعة الإسلامية أو القانون الجزائري من عقود التبرعات، والقصد منها التقرب من الله عز وجل ونيل الأجر وهذا ما نصت عليه المادة 116 ق أ : "...الكفالة التزام على وجه التبرع ...."، فالكفالة ذات طابع مجاني إذ لا يحصل الكافل على أجرة مقابل الكفالة، وتكون على النفس والمال معا، والولاية على النفس هي ولاية حفظ وتربية ورعاية الصغير والقيام بما يحتاجه ، وكذا تزويج من كان غير قاصر.[3]
- للكافل في الشريعة والقانون الجزائري أن يدير أموال الطفل المكفول والتي اكتسبها عن طريق الصدقة أو الهبة أو الوصية، كما يمكن له أن يهب أو يوصي له بما لا يتجاوز الثلث.
- الكفالة تنتقل إلى الورثة حسب المادة 125 ق، ونفس الشيء بالنسبة للفقه الإسلامي.

ثانيا: أوجه الاختلاف

- الكفالة في الفقه الإسلامي التزام شخصي يصدر من الكافل سواء امرأة أو رجل، بينهما قانون الأسرة الجزائري لم تتكلم على ذلك بصفة واضحة، ولكن لمح من خلال عبارة " قيام الأب بابنه"، فالولاية تعطى للرجل في حين أن الكفالة تناسب الطبيعة البيولوجية للمرأة كونها أكثر حنانا وعطفا مما يؤهلها للتكفل بشؤون الطفل أكثر من الرجل.

---

[1] سورة الأحزاب، الآية (5).

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 14.

[3] لحسن ايت الشيخ ملوثا، (قانون الأسرة نصا وشرعا)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص 109.

- في قانون الأسرة تتم الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق ، وأن تتم برضى من له أبو ين حسب نص المادة 117 من ق أ، وتتم وفق آليات وإجراءات محددة في القوانين الأخرى المختصة بالطفل، أما في الفقه الإسلامي فتتم بطريقة أسهل وأسرع ، فمثلا: من وجد اللقيط التقطه أصبح من حقه رعايته وتكفل به بعد موافقة الحاكم ، فتسهل عملية التكفل وتفادي الإجراءات والعراقيل الإدارية أو التقليل منها ويكون في مصلحة الطفل.
- في العموم الكفالة في أحكام الشريعة أكثر تفصيل ودقة وتعددت الآراء الفقهية واختلفت فيه ويمكن للمشرع الاستفادة من هذا الأمر واستنباط أحكام متعلقة بالكفالة تخدم مصلحة الطفل (تشريع قوانين أكثر تفصيلا لإزالة كل لبس)
- المشرع في المواد المتعلقة بالكفالة (من 116 إلى 125 ق أ) لم يحدد بدقة من هو الطفل المكفول، حيث لم يعرف مصطلح الطفل المكفول، والطفل اللقيط ومجهول النسب، فقد اكتفى في المادة 119 منه بذكر أن الطفل المكفول يكون إما مجهول النسب أو معلوم النسب ، أما الفقه الإسلامي فقد فصل في ذلك تفصيلا دقيقا.
- المشرع الجزائري ربط سن المكفول بعدم بلوغه سن الرشد أي 19 سنة حسب المادة 40 ق م ج، أما الفقه الإسلامي فسن الرشد لم يحدد بسن معين، وأغلبية الفقهاء تركوه للولي الكافل بعد التجربة والاختبار، ويختلف سن الرشد من شخص إلى أخرى بيئته ونضجه العقلي والنفسي وتربيته وغيرها.
- ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن لكل عقد ثلاثة أركان:

أ -**الصيغة:** وهي عبارة عن إيجاب وقبول أو ما يقوم مقامهما.

ب -**العاقدان:** طرفا العقد كالبائع والمشتري في عقد البيع.

ت -**المعقود عليه:** محل العقد ومثاله في عقد البيع والثمن.[1]

والمقصود بما يقوم مقامه كالإشارة أو الكتابة أو غيرها والعاقدان في حق الكفالة هما الكافل والجهة المكلفة بحماية الطفل والمسؤولية عنه كالحاكم أو الأبوين إذ كان معلوم الأبوين .

- عقد الكفالة في قانون الأسرة الجزائري يشبه عقد الكفالة في أحكام الشريعة فالعقد هو ارتباط إيجاب وقبول لإنشاء التزام أو نقله أو تعديله، كما أنه التزام بموجبه يلتزم شخص أو عدة أشخاص

[1] حنان بنت محمد جنيستيه، (أقسام العقود في الفقه الإسلامي) مذكرة ماجستير، قسم الدراسات العليا الشرعية، جامعة أم القرى، السعودية، ص 43.

أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما والعقد عادة ما يكون ملزم للطرفين ، إضافة إلى ما سبق ذكره فإن العقد يقوم على ثلاثة أركان نظمها المشرع في القانون المدني وهي:

أ -**الرضا:** المواد من 55 إلى 91 من القانون المدني والتي تتكلم على رضا طرفي العقد.

ب -المحل المواد من96 إلى 98 من القانون المدني والمتعلقة بقانون العقد.

ت -السبب: الذي ينشئ العقد.

ومعنى هذا أن إرادة الطرفين في قانون الأسرة شرط في الكفالة.[1]

والخلاصة التي يمكن أن نخرج بها هنا أن الكفالة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، أقرب منها للنظام القانوني والشرعي منها للعقد، وهذا لأن الهدف منها هو حماية ورعاية والقيام بطفل ويتم ذلك على شكل عقد.[2]

المطلب الثاني: شروط الكفالة

تشترط أحكام الشريعة والقانون الوضعي الجزائري عدة شروط حتى تتم الكفالة وسوف نتطرق إلى الشروط المذكورة في الفقه الإسلامي ثم الشروط المذكورة في القانون الجزائري كما يلي:

الفرع الأول: شروط الكفالة في الفقه الإسلامي

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

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

- أن يكون الملتقط مسلما إذا كان اللقيط محكوما إسلامه تبعا للدار كما سنبين فيما بعد ، فإذا كان غير مسلم نزع منه ، ويعلل الفقهاء اشتراط هذا الشرط وما يترتب عليه بان الملتقط على اللقيط ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه ويعلمه الكفل، ولا يزول هذا المحذور إلا بنزعه من يده وتسليمه إلى مسلم.

[1] بوساق العالية، بوضياف يوسف ، (آليات حماية مجهول النسب في ال فقه الإسلامي والقانون الجزائري والقوانين المقارنة)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، جامعة المسيلة، 2020 / 2021، منشورة، ص 61.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 5.

- البلوغ والعقل، فيشترط في الملتقط أن يكون بالغا عاقلا، أما الصبي والمجنون فعاجزان عن حفظ اللقيط ورعايته، فإذا التقطه احدهما نزعه الحاكم منه وجوبا وسلمه إلى من هو أهلا لحفظه ورعايته والولاية عليه.
- أن يكون عدلا فإذا التقطه فاسق انتزعه الحاكم من يده ، وهذا مذهب الشافعية وهو قول المذهب الجعفري. وعللوا ذلك بان الحاضنة للقيط استئمان ولا أمانة لفاسق والسفيه، كالفاسق عند الشافعية في وجوب نزع اللقيط من يده، ومستور الحال كالعدل.[1]

الفرع الثاني: شروط كل ركن من أركان الكفالة في القانون الجزائري

نصت عليها المادة 118 ق أ ح : " يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادر على رعايته".

أولا: شروط الكافل

- أن يكون المترشح مسلما، الحقيقة أن القانون باشتراطه لهذا الشرط يكون قد تجاوز فكرة الجنسية التي تتمسك بها الكثير من التشريعات العربية، وكان المشرع الجزائري موفقا في هذه الحالة ، خصوصا في ضل توسيع مد التبني بين الدول التي تجيز ذلك.
- أن يكون المرشح عاقلا والعقل شرطا وواجب للكفالة، بحيث يجب أن يتمتع الكافل بكامل قواه العقلية، بأنه لا يكون مجنونا أو في مستوى يتعارض مع مصلحة الطفل ، وهو المعيار الذي كان واجب ايراده في المادة 118 ق ا ج.
- أن يكون أهلا للقيام بشؤون المكفول، وهو أن يكون الكافل بالغا سن الرشد القانوني أي 19 سنة وفقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري.
- أن يكون المرشح قادر، ونقصد بهذا الشرط أن يكون الكافل قادرا من الناحية العضوية ، بحيث لا يكون مصابا بعاهة كالأعمى أو المشلول أو غيرها من الأمراض، كذلك أن يكون قادرا من الناحية المادية، فتكون القدرة المالية على توفير حاجيات الطفل المكفول.[2]

ثانيا : الشروط المتعلقة بالمكفول

لم يرد في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للمكفول، وعليه يمكن استنتاج بعض الشروط المطلوبة عمليا والمنوه إليها بصورة غير مباشرة في قانون الأسرة، وبالرجوع إلى نص المادة 116 ق ا، نستنتج أن المشرع

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 5.

[2] بوشريعة نسيمة، المرجع السابق، ص 235.

اشترط في المكفول سن معين ، وهو أن يكون قاصر ، كذلك سردت المادة 119 منه وضعية الطفل المكفول مجهول أو معلوم النسب.[1]

ثالثا: الشروط المتعلقة بعقد الكفالة

من خلال نص المادة 116 ق ا : " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي "، ونص المادة 117 ق ا : "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة او أمام الموثق وان تتم برضا من له أبوان".

يتضح لنا أن الكفالة تتم بعقد شرعي أما المحكمة أو الموثق وفي حالة ما إذ كان الطفل المكفول معلوم الأبوين ثم برضاهم.

الفرع الثالث: أوجه الاختلاف بين الشروط المنصوص عليها في أحكام الشريعة والقانون الوضعي الجزائري في موضوع الكفالة

أولا: أوجه الشبه

على العموم وكما سبق ذكره فان الشروط المتعلقة هي نفسها في أحكام الشريعة والقانون الجزائري وهي الإسلام – العقل – البلوغ – والقدرة ، والكتابة في العقود مطلوبة في أحكام الشريعة، حيث قال تعالى : " يا أيها الذين امنوا إذا تدينتم بدين إلى اجل مسمى فاكتبوه"[2]

وقال تعالى: " يا أيها الذين امنوا أوفوا "[3]

وقال صلى الله عليه وسلم: " المسلمين على شروطهم"[4]

هذا وينظر بعض الفقهاء إلى العقد نظرة عامة فيشمل عندهم كل التزام يتعهد الإنسان الوفاء له وترتب عليه حكم شرعي، وهذا يشمل الالتزام من طرفين متقابلين كما في البيع والإجازة والنكاح وغيرها من العقود، والالتزام من طرف واحد أي الالتزام الذي تم بإرادة منفردة لا تقابلها التزامات من الطرف الأخر كاليمين، والنذر والطلاق والإبراء والهبة والهدية والصدقة، وأيضا بحكم دني كأداة الواجبات وترك المحظورات.[5]

[1] علال آمال، المرجع السابق، ص 79.

[2] سورة البقرة، الآية (288).

[3] المائدة الآية (01).

[4] رواه الألباني المصدر، إرواء الغليل، ص 1419.

[5] حنان بنت محمد حسين جستينيه، المرجع السابق، ص 43.

من خلال ما سبق، يتبين لنا أن الكفالة في الإسلام من عقود التبرع مستلزم الكتابة والتوثيق فيها لضمان حقوق الكفيل وبيان واجبات الكافل، والغرض من عقد الكفالة ضمان الحقوق وأن عقد الكفالة لا يختلف عن غيره من العقود من حيث أركانه (الصيغة- العاقدان – والمعقود عليه).

ثانيا: أوجه الاختلاف

إذ كان الفقه الإسلامي قد اعتبر الكفالة التزاما شخصيا يصدر من الكافل سواء كان رجلا أو امرأة،[1] أما في قانون الأسرة الجزائري فان جنس الكافل فهو غير واضح إذ الكثير يقتصره على الرجل ، وهناك البعض لا يميز بين المرأة والرجل، ولكن بقراءة نص المادة 118 ق ا ، نجد أن المصطلح يؤكد على أن الكافل الرجل وليست المرأة الكافلة، فمن المفروض أن ينص المشرع على أن للمرأة الحق في طلب الكفالة، لأنها هي أولى من الرجل في رعاية الطفل وتنشئته وتربيته وإعطائه الحنان بحكم أن مرحلة الطفولة تكون دائما بين أحضان المرأة، وليست بين أحضان الرجل بحكم طبيعة كل منهما لكون الرجل معظم وقته يسعى في الخارج وراء العمل. [2]

أما عن سن المكفول فقد تباين نوعا ما رأي الشرع والشارع فيه، حيث نصت المادة 116 ق ا، على أن المكفول يكون قادرا ، وبالرجوع إلى القانون المدني والمادة 40 منه بتحديد نجد أن القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد أي 19 سنة كاملة، أما عن البلوغ والراشد في السنة الإسلام فهناك تباين واختلاف فقهي ، فسن البلوغ وقع اختلاف في أي سن يكون، ولذلك ربطوا بينه وبين وهي أن يبلغ الصبي مبلغ الرجال وتبلغ البنت مبلغ النساء، على انه قد تبين أن المراهقة أمر طبيعي جسماني، تابع لمناخ البلد المختلفة، فإذا كانت عن خط الاستواء مثلا تبلغ مبلغ النساء في التاسعة من عمرها تصبح مهيأة للزواج وقادرة على الحمل والولادة، بينهما الفتاة مثلا لا تصل إلى مثل هذا النضج الجسماني إلا في نحو العشرين اسوج واحد، وتعد السنة النبوية الخامسة عشر من العمر هي الحد الأدنى لبلوغ الصبي عند المالكية والشافعية والحنفية والشيعة فإنهم جعلوا سن البلوغ للبنت تسع سنوات أما أبو حنيفة فجعل سن البلوغ ثماني عشر سنة للصبي وسبعة

[1] شمام منير، (الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة طفل في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة دفاتر، مخبر حقوق الطفل، العدد الأول، المجلد الأول، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص 155.

[2] طلبه مالك، (التبني والكفالة)، مذكرة لشهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003، ص 23.

عشر سنة للبنت، أما سن الرشد ليس احتلام الفتى ولا حيض الفتاة ولا بلوغها الثامن عشر والعشرين من العمر كافيا للسماح لهما بتحمل التبعات الشرعية ولا يتصرف بأمورهما لأنفسهما.[1]

[1] عمر فروخ، (الأسرة في الشرع الإسلامي)، مطبعة المكتبة العالمية ، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1951، ص ص 29،30.

خلاصة الفصل:

من خلال ما تقدم يمكننا القول أن الفقه الإسلامي كانت أكثر الماما وتفصيلا في موضوع الكفالة، والمشرع الجزائري اخذ منها الكثير من الأحكام لذا نجد الكثير من الشبه بينهما في هذا الموضوع كتعريف الكفالة والغرض منها وخصائصها والبعد الاجتماعي لها وشروطها وغيرها.

وهناك اختلاف طفيف بحكم مسايرة العصر وتأثير النظام الدولي الحديث على الأنظمة القانونية للدول، فظهرت بعض المصطلحات الجديدة التي لم تكن موجودة سابقا، مثل مصطلح القرية العالمية للطفولة (SOS) ودور الطفولة المسعفة وغيرها.

كما أن المشرع الجزائري لم ينص على بعض الأمور كجنس الكافل واقتصره على الرجل ولم يشترط الزواج، إلا انه في الواقع يشترط ذلك ولم يحدد بدقة سن المكفول ولم يتكلم عن اثر الكفالة بعد الطلاق.

كان ينبغي عليه ذكر كل التفاصيل المتعلقة بالكفالة في فصل واحد تفاديا لأي لبس.

الفصل الثاني:

نظام الكفالة في أحكام الشريعة والقانون الجزائري

تمهيد:

اهتمت الدولة الجزائرية كغيرها من الدول بالطفل من خلال مؤسساتها ومجموعة القوانين التي سنتها من حماية حقوقه ولعل أهمها ما يتعلق منها بالكفالة، وقد تطرقنا في المبحث الأول من هذا الفصل إلى الفرق بين الكفالة وبعض النظم المشابهة لها، حيث ذكرنا على سبيل المثال التبني والحضانة، ثم في المبحث الثاني تطرقنا النظام القانوني للكفالة وإجراءات التكفل بالطفل بصفة عامة.

المبحث الأول: الفرق بين الكفالة وبعض النظم المشابهة لها

تتشابه الكفالة مع بعض النظم وتختلف عنها في بعض الأمور، فالتبني مثلا كان موجود قبل الإسلام وجاء الإسلام وحرمه وأوجد الكفالة كنظام بديل عنه، لأسباب عديدة سوف نتطرق لها تباعا وأيضا تتشابه الكفالة مع الحضانة وتتقاطع معها في بعض الأمور وتختلف عنها في أخرى وهذا سوف نتناوله فيما يلي:

المطلب الأول: الفرق بين الكفالة والحضانة

الطفل لكونه عاجز عن تلبية احتياجاته والقيام بأموره بنفسه وجدت الحضانة، بحيث حصرت مهمة القيام بأمور الطفل ورعايته في مجموعة من تربطهم بالطفل رابطة قرابة وفي حالة عدم وجودهم وجدت الأسر البديلة للقيام بأمور الطفل ورعايته.

الفرع الأول: مفهوم الحضانة

قبل التطرق إلى التعاريف المختلفة للحضانة لابد لنا من تعريف الحضانة.

وسوف نتناول في هذا الفرع مفهوم لحضانة فقها وقانونا الفرق بينها وبين الكفالة فيما يلي:

أولا: التعريف اللغوي

مصدر الفعل حضن واسم الفاعل منه حاضن للرجل وحاضن للمرأة وكلمة الحاضنة مأخوذة من الحضن بكسر الحاء وهو من دون الإبط إلى الكشح وقيل إلى الصدر والعضدان وما بينهما والجمع أحضان.[1]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

هناك تعاريف متعددة للحضانة ونذكر منها:

– وهي إيواء الطفل وضمه إلى أمه لرعايته وتدبير طعامه وشرابه ولباسه وتنظيفه ودفع الأذى عنه، وحفظه عما وتربيته والقيام بما يصلحه حتى يستقل بنفسه، وقد منح الشرع حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفعة، وقد رتبهن على ذلك خلال الفترة التي يحتاج فيها إلى خدمة النساء، وهي حق وواجب له وسببها عجزه وضعفه وعدم قدرته على القيام بأمور نفسه. [2]

[1] محمود حامد عثمان، (تعريف الحضانة والمقصود الشرعي منها)، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، الطبعة الأولى، فلسطين، 2018، ص 7.

[2] العربي بختي، (حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية) ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2013، ص 86.

– عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الحضانة أيضا بأنها: " القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه ويضره ، وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض الحياة والاضطلاع بها، والدليل على وجوبها من السنة ما روى عن عبد الله بن عمر أن امرأة قالت يا رسول الله، إن ابني هذا كانت بطني له وعاء وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق منه به ما لم تنكحي".[1]

ثالثا: التعريف القانوني

يتناول المشرع الجزائري الحضانة من 62 إلى غاية 72 من ق أ ج، مع العلم أن المادة 63 ملغاة، حيث نصت المادة 62 ق أ ج، على أن " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيه على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظ وصحة وخلقا "

الحضانة هي حفظ الطفل وحمايته والقيام على مصالحه،ويشترط في الحاضن القدرة على ذلك، يجب أن يكون بالغا وعاقلا وحسن السلوك وقادرا على تربية المحضون ويجب أن يكون سالما من كل مرض أو إعاقة يحولان دون قيامه بالواجب، وللقاضي معاينة توفر تلك الشروط عند النطق بحكم الحضانة، وفي الغالب ما ينبهه إلى ذلك الطرف الآخر. [2]

ومن خلال عودتنا إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع الجزائري عرف الحضانة في فقرة واحدة تتكون من عدة نقاط، ويمكن أن نستخلص منها أن الحضانة هي رعاية الطفل، والرعاية كلمة شاملة تشمل الجوانب النفسية والاجتماعية والصحية من تغذية وسكن واهتمام صحي وتعليم الولد حتى يتمكن من اكتساب المعارف التي تساعده في الحياة وتربيته على دين أبيه، وعلى المبادئ والقيم الإسلامية حتى ولو لم تكن أمه مسلمة فهي مطالبة بتربيته على دين أبيه، بالإضافة إلى السهر على حماية المحضون، وكذا تربية الطفل على حسن الخلق وتهذيبه حتى ينشأ إنسانا صالحا في المجتمع.

الفرع الثاني: شروط الحضانة

يشترط في الكفالة عدة شروط نذكر منها:

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، (التبني الدولي ومبدأ احترام مصلحة الطفل)، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 206.

[2] لحسن بن شيخ آيت ملويا، المرجع السابق، ص 75.

أولا: الأهلية

اشترط المشرع الجزائري الأهلية في المادة 62 ق أ ج، إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنه " يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" إذ المقصود بالأهلية هنا هي القدرة على القيام بمهمة تتعلق بتربية الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الاعتماد على نفسه في المستقبل ولتحديد هذه الشروط الغير واردة في القانون، فإن المادة 222 من ق أ ج، تنص على أنه : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

فهذا النص يسمح للقاضي الجزائري بالرجوع إلى أحكام الشريعة بجميع مذاهبها واجتهاداتها الفقهية ما لم يتعارض مع خصوصية المجتمع الجزائري وأعرافه، في حالة ما إذا عرضت عليه مسألة أو قضية لم يرد فيها نص مما يسهل عليه إصدار الأحكام وفقا للمبادئ والقيم الإسلامية.

ثانيا: الإسلام

وذلك إذا كان المحضون مسلما، إذ لا ولاية للكافر على المسلم وللخشية على المحضون من الفتنة في دينه، وهذا شرط عند الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء المالكية، ومثله مذهب الحنفية بالنسبة للحاضن الذكر أما عند المالكية فللمشهور عندهم وعند الحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى ، فلا يشرط الإسلام إلا أن تكون المرأة مرتدة لأنها تحبس وتضرب كما يقول الحنفية فلا تتفرع للحضانة، أما غير المسلم ة كتابية كانت أو مجوسية كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة ، قال الحنفية ما لم يعقل المحضون الدين أو يخشى أن يألف الكفر، فإنه حينئذ ينزع منها، ويضم إلى أناس من المسلمين لكن عند المالكية أن يخف عليه فلا ينزع منها وإنما تضم الحضانة للجيران مسلمين، ليكونوا رضاء عليها.

ثالثا: البلوغ والعقل

فلا تثبت الحضانة لطفل ولا مجنون أو معتوه لأن هؤلاء عاجزون عن إدارة أمورهم وفي حاجة لمن يحضنهم، فلا توكل إليهم حضانة غيرهم وهذا بإتقان في الجملة حيث أن للمالكية تفصيلا في شرط البلوغ.

رابعا: الأمانة في الدين

فلا حضانة لفاسق لأن الفاسق لا يؤتمن، والمراد الفسق الذي يضيع المحضون به كالاشتهار بالشرب والسرقة والزنى واللهو المحرم، أما مستور الحال فتثبت له الحضانة، قال ابن عابدين والحا صل أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عند ها سقط حقها ، وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل الولد ، فجور أمه فينزع منها، وقال ال رملي يكفي مستورها أي مستور العدالة وقال الدسوقي ، والحاضن محمول على الأمانة حتى يثبت عدمها.

خامسا: القدرة على القيام بشأن المحضون

فلا حضانة لمن كان عاجزا عن ذلك لكبر السن أو مرض يعوقه عن ذلك أو عاهة كالعمى والخرص والصم، أو كانت الحاضنة تخرج كثيرا العمل أو غيره وتترك الولد ضائعا، فكل هؤلاء لا حضانة لهم إلا كان لديهم من يعنى بالمحضون ويقوم على شؤونه، فحينئذ لا تسقط حضانتهم.

سادسا: ألا يكون بالحاضن مرض معد أو منفر يتعدى ضرره إلى المحضون كالجذام والبرص وشبه ذلك من كل ما يتعدى ضرورهإلى المحضون.

سابعا: الرشد

هو شرط عند المالكية والشافعية فلا حضانة للسفيه المبذر لئلا يتلف مال المحضون.

ثامنا: أمن المكان

بالنسبة للمحضون الذي بلغ سنا يخشى عليه فيه الفساد أو ضاع ماله ، فلا حضانة لمن يعيش في مكان مخوف يطرقه المفسدون والعابثون،وقد صرح بهذا الشرط المالكية.

تاسعا: عدم سفر الحاضن أو الولي سفر نقله على التفصيل المذكور.[1]

الفرع الثالث: أوجه الشبه والاختلاف بين الكفالة والحضانة

أولا: أوجه الشبه بين الكفالة والحضانة

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

ثانيا: **أوجه الاختلاف بين الكفالة والحضانة**

كما سبق وأن ذكرنا فقد نظم المشرع الحضانة من المواد 62 إلى 72 من ق أ ، بينما نظم الكفالة في المواد من 116 إلى 125 من ق أ، ومن خلال التعريف اللغوي والقانوني لكل منهما نستخلص أوجه الشبه والاختلاف بينهما فيما يلي:

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

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

[1] رياض مشعل عبد ، (أحقية حضانة الطفل عند الفرقة بين الأزواج – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأحوال الشخصية العراقي)، كلية الآداب، الجامعة العراقية، بغداد، العراق، ص ص 344- 347.

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

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

5 - في الحضانة يكون المحضون في حضن أحد أقاربه أو أحد والديه، بينما في الكفالة لا يكون كذلك.

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

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

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

9 - يشترط الإسلام في الكافل أم ا الحضانة لم يشرط ذلك ، ما لم تكن الحاضن رجلا من نفس الدين مع المحضون.

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

11 - تنتهي الكفالة بطلب أحد الوالدين بعودة المكفول إلى ولايته أو يتخلى عنها، أما الحضانة فحدد ت قانونا وتكون بلوغ عشر سنوات مع إمكانية تمديد إلى 16 سنة، أم ا إذا كان معاق تستمر الحضانة والأنثى إلى زواجها.

المطلب الثاني: الفرق بين التبني والكفالة

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

الفرع الأول: تعريف التبني

هناك عدة تعاريف نذكر منها:

- التبني من تبني تبنيا ويقال تبنى الصبي أو أدعى بنوته أو اتخذه ابنا. [1]
- والتبني هو اتخاذ شخص من غير صلبه ابنا شرعيا له.[2]
- كما عرف التبني أنه: استلحاق شخص معروف النسب إلى الأب وإلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذه كولده، وفي الحقيقة ليس كذلك والتبني لا يترتب عليه أي اثر أو أي حقوق بين الآباء والأبناء.[3]
- عرفه الأستاذ فضيل سعد: " التبني هو عملية إلحاق شخص ب آخر معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقينا أنه ليس منه وهي علاقة بين الطرفين أحدهما هو الشخص الكبير امرأة أو رجل ويسمى المتنبي، أما الخاضع لهذه العملية هو الطفل المتبنى" [4]
- التبني هو أن ينتسب الشخص إلى نفسه طفل يعرف أنه ولد غيره ليس ولذا له ينسبه إلى نفسه نسبه الابن الصحيح، ويثبت له أحكام البنوة من استحقاق أرثه ، بعد موته وتزويجه بحليلته فللإسلام حرمه، وقد أعده البعض من الكبائر، وقيل أن فعله مستحلا له، مستخفا بحكم الله فيه، متجرئا على الله فقد كفر.

الفرع الثاني: أسباب تحريم التبني

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

- اختلاط الأنساب وضياعها، وما اختلطت الأنساب في قوم إلا انتشرت فيهم الرذيلة والفاحشة.
- الحقد والضغينة وقطيعة الرحم بسبب حجب الورثة من التركة بحجب حرمان أو نقصان.
- تجريد الطفل من نسبه الأصلي في قوله تعالى: " أدعوهم بآبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم".[5]

---

[1] مجموعة من المؤلفين، (المعجم الوسيط)، الجزء الثاني، مجمع اللغة العربية، المكتبة الإسلامية، إسطنبول، تركيا، ص 72 .

[2] قاموس الوافر، (عربي- عربي)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بدون سنة، ص 126.

[3] محمود عزمي، (دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين على ضوء الفقه والقضاء)، دار الفكر الجامعي، 2004، الإسكندرية، مصر، ص 117.

[4] معوان مصطفى، (أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة المعيار، العدد التاسع، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2004، ص 421.

[5] سورة الأحزاب، الآية (05).

- تحريم الحلال، وتحليل الحرام، فالتبني يمنع الزواج ممن تحل له و يحل الخلوة بمن تحرم عليه، وفي ذلك تلاعب بالشرع يعتبر فاعله مرتكبا للكبيرة.
- ضياع الحقوق إذ لا يعرف من تجب له أو عليه النفقة، إذ هي احد أسباب النبوة الحقيقية. [1]
- حكمه كان التبني معمول به في الجاهلية وصدر الإسلام يتوارث به ويتنا صر إلى أن نسخ الله ذلك بقوله تعالى: " وما جعل أدعياكم آباءكم ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل " [2]
- وقال تعالى: " ادعوهم بآبائهم هو أقسط عند الله ، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم"[3]
- قال النحاس كان ذلك ناسخا لما كانوا عليه من التبني وكان رسول الله قد تبنى زيد بن حارثة، فنسخ وأمر أن يدعوا من دعوا إلى أبيه المعروف ، فإن لم يكن له أب معروف نسبه إلى ولائه المعروف فإن لم يكن له ولاء معروف قال بأخي في الدين قال الله عز وجل: " المؤمنون إخوة ".[4]

الفرع الثالث: أوجه الشبه والاختلاف بين الكفالة والتبني

أولا: أوجه الشبه

كما سبق وأن ذكرنا أن الكفالة نظام بديل جاء به الإسلام بعد تجربته المتبني لما له منا آثار سلبية على الفرد والمجتمع ككل، فلا شبه بينهما متعلقان برعاية الطفل.

ثانيا: أوجه الاختلاف

- الطفل المتبني ينسب إلى الشخص الذي تبناه ويحمل اسمه ونسبه بينما الطفل المكفول لا نسب إلى الكافل ولا يحمل اسمه.
- الطفل المتبني يرث الشخص الذي تبناه بينما الطفل المكفول لا يرث الشخص الكافل.

[1] فواز إسماعيل محمد، (التبني وبدائله) مجلة العلوم الإسلامية، العدد الثالث عشر، المجلد السابع، فلسطين، 2013، ص 05.

[2] سورة الأحزاب، الآية (04).

[3] سورة الأحزاب، الآية (05).

[4] فواز إسماعيل محمد، المرجع السابق، ص ص 5،6.

- الطفل المتبنى يعتبر محرما ويجوز له العيش بكامل الحرية داخل البيت المتبنى، حيث أن زوجته وبناته مثلا لا الحجاب أمامه، ولا يصح له الزواج ببنات المتبنى كونهم إخوة بالتبني، بينما الطفل المكفول لا يعتبر محرم، وهو أجنبي غريب عن الأسرة البديلة.
- الكفالة هي عبارة عن التزام تطوعي لرعاية الطفل وتربيته وحمايته تنتهي بطريقة لآلية، ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني أو عن طريق القضاء،أما فهو إلحاق طفل قاصد بنسب المتبنى واعتباره ابنا شرعيا له فيأخذ لقبه كما أن له الحق في الميراث وينتهي هذا الأخير بموجب حكم قضائي فقط مراعاة لمصلحة الطفل.[1]
- وتجدر الإشارة أن التشريعات الغير المسلمة ومنها التشريع الفرنسي الذي نظم التبني، حيث قسم التبني إلى نوعين: التبني الكامل (المواد من 343 إلى 359 من القانون المدني الفرنسي)[2]، التبني الناقص يمكن سحب التبني الناقص لأسباب خطيرة بطلب من المتبني أو المتبنى.[3]

[1] www.memoire en line.com 03/07/397/m.hafid Assaoui.Kafala(le mecueil.légal).

[2] Cf.floren ce la Fond. L'adoption au bien l primem.Aout 1999.P 29.

[3] Cf.floren ce la Fond, op. cit, p 29.

المبحث الثاني: النظام القانوني للكفالة

ونقصد بـالنظام القانوني مجموعة من القواعد القانونية والآليات والإجراءات التي أوجدتها وسنتها الدولة الجزائرية، ما أجل رعاية والتكفل بالطفل وسوف نتحدث عن ذلك في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى الآثار التي يرتبها، الكفالة وبعض الإشكاليات الناتجة عن انتهاء الكفالة أو تغير الحالة الاجتماعية للكافل، وسوف نتناول في هذا المبحث أيضا أسباب انقضاء الكفالة.

المطلب الأول: إجراءات التكفل بطفل

نظم المشرع عملية التكفل بطفل في مجموعة من الإجراءات منذ دخول المرأة الحامل بطفل تريد التخلي عنه إلى مستشفى الولادة وكيفية تعامل المساعد الاجتماعية م عها والتي تعتبر وسيط، أو رابط وصل بين المستشفى ومركز الطفولة المسعفة، مهمتها تقديم المساعدة والدعم النفسي والاجتماعي لتلك المرأة، وبعد أن تضع مولودها تطلعها على القوانين المتعلقة بحالتها وحالة الطفل سواء في حالة التخلي عنه أو أخذه معها، والجدير بذكر أن الدولة الجزائرية أضفت طابع السرية نوعا ما على هذا الأمر حفاظ على الأم والطفل، ونفس الاهتمام أولته الدولة للطفل الذي تم العثور عليه، ففي الجزائر صدر مرسوم وزاري في هذا الشأن في جانفي 1992، حيث قامت العديد من العائلات بالإجراءات من أجل كفالة الأطفال مجهولي النسب واللقطاء[1]، وسوف نتطرق في هذا المطلب كفرع أول إلى إجراءات تكفل ورعاية الدولة للطفل (اللقيط أو مجهول النسب)، وفي الفرع الثاني نتكلم عن إجراءات التكفل بطفل من طرف الأسر البديلة، وفي الفرع الثالث نتناول بعض الاجتهادات القضائية في هذا.

الفرع الأول: إجراءات تكفل ورعاية الدولة للطفل

قانون الصحة العمومية الجزائري رقم 76 – 79 المؤرخ في 1979/10/23، والذي ألغي لاحقا بالقانون الصادر في: 1985/02/16 المعدل والمتمم، فقد وضع الوضعية المادية والمعنوية للأطفال المسعفين وكيف يتم استقبالهم عن وصاية مصلحة الإسعاف العمومي في المادة 246 وهم المولود من أم واب مجهولين ووجد في مكان ما وهو الولد اللقيط، الذي لا أب ولا أم له ولا أصل يمكن الرجوع إليه ، وليس له أية وسيلة للعيش وهو اليتم الفقير، الذي سقط من سلطة الوالدين بموجب تدبير قضائي وعهد بالوصاية إلى الإسعاف العمومي للطفولة ، وعليه بما أن الطفل المسعف هو ذلك الطفل الذي يبحث عن من يقدم له الرعاية الجسدية والنفسية التي يحتاجها إلى مراكز خاصة، ومنه يمكن هؤلاء الأطفال إلى ثلاثة أصناف:

[1] CF. Temi.tidafi de la protection de l’enfant prive de famille paris 18 Décembre 1994.

- **الفئة الأولى:**

تضم الموجهين من المستشفيات إلى المصالح المعنية بتربيتهم والإشراف عليهم، وينتمي إليها الأطفال الذين ليس لهم علاقة تربطهم بها عائلاتهم الطبيعية خاصة العلاقة الوالديةِ التي تعتبر الأساس والمصدر الأول والرئيسي في نمو الطفل وبناء شخصيته السوية وتضم هذه الفئة الطفل غير الشرعي والذي تم إنجابه خارج الزواج الشرعي، وقد يكون مجهول الوالدين فتتكفل به مصلحة الشؤون الاجتماعية أو يكون مجهول الأب وأمه معروفة فيحمل اسم أمه.

- **الفئة الثانية:**

بالنسبة لهذه الفئة مشاكل أسرية أو معاناة عائلية قد الأطفال بمؤسسات الطفولة المسعفة، وذلك بقرار من قاضي الأحداث مدة مؤقتة ، ويتم إعادتهم إلى أسرهم بمجرد تحسن الأمور، وإلا تبقى علاقتهم بذويهم عن طريق الزيار ات، وقد يبقى هؤلاء الأطفال بصورة نهائية في المؤسسة في حالة التخلي الكافل وتسقط بذلك كفالتهم من أوليائهم بقوة القانون.

- **الفئة الثالثة:**

وهي التي تودع من طرف أوليائهم لمدة محددة وهذا نتيجة مصاعب مادية مثل عدم التفاهم بين الزوجين أو بسبب الإعاقة أو بسبب المرض ، وبذلك يودع الطفل في المؤسسة لكونه يحتاج إلى الرعاية والحماية والأمن. [1]

أولا: التكفل بالطفل على مستوى المستشفى

طبقا لنص المادة 73 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه تحدد مصالح الصحة كيفيات المساعدة الطبية التي تستهدف الرقابة الفعالة للأطفال من الإهمال

- من خلال النص يتضح أن المساعدة الاجتماعية الخاصة بالمستشفى هي التي تتكفل بالأم البيولوجية من ناحية المساعدة الاجتماعية وتوضح لها الإجراءات اللازمة، بحيث تقدم لها محضر التخلي عن الطفل لكي الأم ، وتقوم بتقديم نسخة من بطاقة التعريف الوطنية، وإذا لم تتوفر لما تعطى شهادة ميلاد وصورة شمسية إلا أن هذا الإجراء غير إلزامي أي أن الأم العازبة غير مجبرة على تقديم أي وثائق عما تدون المحضر دون أي معلومات عن ، وبعد ذلك تقوم المساعدة الاجتماعية بسؤال الأم البيولوجية هل تتخلى عن طفلها؟ ويكون التخلي مؤقت، وعندما تنتهي هذه

[1] بوشريعة، المرجع السابق، ص ص 218 ، 219.

وعندما تنتهي هذه المهلة إما أن ترجع الأم طفلها لحضانتها أو تأخذه مديرية النشاط الاجتماعي (DAS).

ثانيا: التكفل بالطفل على مستوى دار الحضانة (تابعة للمؤسسة الطفولة المسعفة)

خلال هذه المدة يوضع الطفل في دار الحضانة ليلقى فيها الحماية من الضياع والتشرد، وعند بلوغه 3 أشهر ولم ترجع أمه البيولوجية لأخذه، فإنه يحال إلى مديرية النشاط الاجتماعي للولاية، وبعد مضي المدة لا يجوز للام أن تطلب إعادة الطفل إلى حضنها وذلك لتخليها عنه بمحض إرادتها.

ثالثا: على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي

بعد تخلي الأم عن طفلها تقوم المساعدة الاجتماعية بأخذ ملف الطفل قصد البحث له عن عائلة للتكفل به.[1]

رابعا: الطفل الذي تم العثور عليه قد جاءت المادة 67 من ق ا م ج، تتكلم عن مصير الطفل اللقيط كما يلي: يتعين على كل شخص وجد مولود حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه، وإذا لم تكن له رغبة التكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة التي هي الأخرى موجودة معه ، ويحرر محضر مفصل يبين فضلا عن المعلومات المنصوص عليها في المادة 308 من هذا الأمر، تاريخ ومكان وظروف التقاط الطفل والسن الظاهري وجنس الطفل وأية علامة يمكن أن تسهل معرفته وكذا السلطة أو الشخص الذي ع هد به إليه و يسجل محضر بهذا التاريخ، في سجلات الحالة المدنية ويعد ضابط الحالة المدنية بعد هذا المحضر عقد منفصلا يكون بمثابة عقد ميلاد ويذكرفي العقد بالإضافة إلى البيانات المنصوص عليها في المادة 30 من هذا الأمر، جنس الطفل وكذا الأسماء واللقب المعطى له، كما يحدد فيه تاريخ ميلاد يطابق سنة الظاهري وتعين البلدية التي وجد فيها كمكان لولادته، كما إعداد عقد مماثل بناءا على تصريحات مصالح الإسعاف العمومي بالنسبة للأطفال الموضوعين تحت وصايتها والمجردين من عقد معروف. [2]

- وتجدر الإشارة أن ضابط الحالة المدنية هو الذي يعطي الطفل الذي عثر عليه في دائرة اختصاص بلديته.

[1] عمران أسماء وبليل كاتيا، (الكفالة في قانون الأسرة الجزائري)، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ميلود معمري، تيزي وزو،2014، منشورة، ص ص 64، 65.

[2] بوشريعة نسيمة، المرجع السابق، ص ص 221، 222.

الفرع الثاني: إجراءات تكفل الأسر البديلة بالطفل

يمكن لكل من يرغب كفالة معلوم السن أو مجهول النسب أن يتقدم بطلبه إلى الموثق أو إلى رقيب المحكمة القريب من مقر سكناه.

1 -كفالة الطفل معلوم الأبوين:

يشترط لصحة كفالة الطفل المعلوم النسب رضا الوالدين البيولوجيين.

2 -كفالة الطفل مجهول الأبوين أو مجهول الأب فقط:

يشترط في حالة تسليم الطفل القاصر من طرف مركز الطفولة المسعفة إلى الكافل تقديم شهادة الوضع التي تسلمها مديريات النشاط الاجتماعي التابعة لوزارة الوطن والأسرة والجالية الوطنية في الخارج، أما إذا كان الطفل قد سلم من طرف الأم البيولوجية مباشرة للكافل، فيشترط م وافقة الأم البيولوجية إذ كانت معلومة.[1]

وسوف نتكلم عن الإجراءات والوثائق المطلوبة من الأسر البديلة إحضارها والقيام بها أمام القضاء أو مديرية العمل والنشاط الاجتماعي الموثق فيما يلي:

تمارس الكفالة بمرحلتين أمام القضاء:

- **المرحلة الأولى:** يقوم الأبوين بالتعبير عن إرادتهما موافقتها عن الكفالة، وهذا يتم بمقتضى تصريح من نفس الأبوين، أمام الموثق أو القاضي الموجود بموطن أو إقامة الموافق على الكفالة أو أمام مسؤول البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج، وهذا طبقا لنص المادة 107 ق أ ج، التي تنص انه يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة او أمام الموثق أو أن تتم من له أبواه ، وتنص المادة 116 من نفس القانون " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية الأب لابنه وتتم بعقد شرعي".
- **أما المرحلة الثانية:** تتمثل في تثبيت الكفالة من القضاء، وهذا برفع الطلب بموجب عريضة تقدم من الكافل إلى القاضي، ويرفق إليها نسخة من التصريح بموافقة أبوي الولد المكفول، والقاضي المختص محليا هو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب، أما إذا كان صاحب الطلب خارج الجزائر، يرفع الطلب إلى القاضي والذي هو بموطن الكفيل، ودور القاضي هنا يتصل فقط بالوظيفة الولائية بمعنى لا يحصل أمامه نقاش ولا مرافعة، كما أن القانون لم يلزم تدخل النيابة العامة ومهمة القاضي أساسا التحقق من توفر الشروط المطلوبة قانونا في قيام الكفالة لطالبه ا، والأمر الذي يصدره القاضي هو

[1] http : //cour debida; mjustice; dz

غير قابل للطعن ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الولد المكفول، أما فيما يخص تكوين ملف فهو كالآتي:

تنص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري الولد المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو معلوم النسب.

أولا: بالنسبة للقاصر مجهول النسب

فيجب على طالب الكفالة تكوين الملف التالي: طلب خطي – شهادة ميلاد الكفيل – حضور شاهدين يثبتان حالة التكفل – تصريح شرفي بعدم وجود الأم البيولوجية للطفل إذا كانت مجهولة النسب : عقد الكفالة (ويتم التبني من أمام القاضي والموثق، (D;A;S)

– شهادة إثبات لوضعية العائلية يتم من طرف مصالح مديرية المساعدة الاجتماعية – طابع جبائي.

ثانيا: بالنسبة للقاصر معلوم النسب

طلب خطي – شهادة ميلاد الكفيل – تصريح أبوين لمنح التكفل – شهادة الوضعية العائلية يتم تسجيلها من طرف مديرية المساعدة الاجتماعية (D A S) – عقد الكفالة – طابع جبائي. [1]

ثالثا: طلب الكفالة على مستوى مديرية العمل والنشاط الاجتماعي

- الشروط الأساسية للاستفادة من التكفل بطفل في إطار نظام الكفالة:

1 –يشرط أن يكون الكفيل مسلم عاقلا متمتعا بكل قواه العقلية.

2 يجب أن يكون الحد الأعلى للسن هو 60 سنة بالنسبة للرجل و50 بالنسبة للمرأة.

وهذه الشروط وتبقى هذه الشروط تحت اعتبارات اللجنة بعدم تجاوز 55 سنة (تتكون من المساعدة الاجتماعية ومدير مركز الطفولة ومساعدة نفسانية).

3 يجب أن يتعدى دخل الطالبين للكفالة الحد الأدنى للأجر بعد طرح كل الأعباء والتكاليف الشهرية.

4 –يجب توفر سكن لائق وصحي لدى طالبين الكفالة.

5 –يجب إلزامية توفير الوثائق التالية في ملف طلب الكفالة.

- طلب تحفيزي مقدم من طرف طالبي الكفالة ممضى من طرف الزوجين.

[1] عمارة مسعودة، **المرجع السابق**، ص 74.

- استمارة التحقيق النفسي الاجتماعي منجزة من طرف المساعدة الاجتماعية مملوءة بصفة مدققة متضمنة رأي صريح وإمضاء مدير النشاط الاجتماعي للولاية يلحق بهذه الم ذكرة استمارة التحقيق النفسي الاجتماعي.
- شهادات الميلاد لكن للزوجين.
- المدنية لكن الزوجين
- شهادة العمل وكشف الرواتب لثلاثة أشهر للأشخاص الأجراء.
- نسخة سجل تجاري مصادق عليه.
- شهادة تبرير عقد الإقامة (شهادة الملكية، عقد الإيجار أو وصل الكراء).[1]
- صور شمسية جديدة.
- شهادة طبية تثبت الحالة الصحية للزوجين، حا ملة الإمضاء وختم الطبيب المعالج تقديم الطلبات الكفالة في نسختين (أصلية ونسخة طلب الأصل) إلى مديرية النشاط الاجتماعي للولاية المعنية.

يجْب إيداع نسخة الملف بأرشيف المديرية، تجتمع اللجنة المكلفة بدراسة ملفات الكفالة على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي في دورات منتظمة لدراسة الملفات، وذلك قصد ابداء الرأي على أساس الملف الإداري المقدم من طرف المعنيين والتحقيق الاجتماعي تطبيقا لترتيبات المنشور المتعلق بإنشاء اللجنة الولائية، لا يتم ابداء الرأي النهائي لوضع الطفل في إطار نظام الكفالة إلا بعد إجراء المقابلة مع المختصة النفسية أو الفرقة النفسية الاجتماعية للمؤسسة الوضع منح الطالبين.

رابعا: إبرام عقد الكفالة

تنص المادة 117 ق. أ تكون الكفالة أمام المحكمة أو الموثق حيث تركت للأطراف الخيار في اللجوء للمحكمة أو أمام الموثق وخاصة أن هذا الأخير له صلاحيات ت دوين العقود وإبرامها وخاصة منها المتعلقة بالحالة المدنية كإبرام عقد الزواج.[2]

وتجدر الإشارة أنه في الواقع لا تبرم عقود الكفالة أمام الموثق تبرم فقط أمام القضاء أو أمام القضاء أو أمام مديرية العمل والنشاط الاجتماعي.

الفرع الثالث: بعض القرارات القضائية في موضوع الكفالة

[1] سلوى سالم، (كفالة مجهولي النسب في قانون الأسرة)، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، محمد بوضياف جامعة المسيلة، 2017 / 2018، ص 59.

[2] علال آمال، المرجع السابق، ص 84.

➢ ملف رقم 184172 قرار بتاريخ: 03/17/ 1998

-كفالة الحكم بإلغاء عقد الكفالة،- الأولاد المكفولين للأم – مراعاة مصلحة المكفولين – تطبيق تصحيح القانون (المواد 116 – 124 – 87 من ق أ ج)

من المقرر قانونا أنه: " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخ يي الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز ، وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول.

ومن المقرر أيضا أنه في حالة وفاة الأب تحل محله الأم قانونا ، ومن ثم النفي على القرار المطعون فيه بالتناقض والقصور في الأسباب ليس في محله، ومن الثابت في قضية الحال أن المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة والتصريح بعودة الكفيلين إلى ولاية أمهما، بناءا على رغبتها ومراعاة لمصلحتها، فإن القرار يكون عندئذ من أي قصور أو تناقض لأسباب ومتى كذلك استوجب رفض الطعن. [1]

يجب على الكافل القيام بالإ رفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا ما لم يثبت قانونيا تخليه عن الكفالة ، (غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم : 369032، قرار بتاريخ 13 / 12 / 2006 المجلة القضائية لسنة 2007 ، العدد 2، ص 443).[2]

➢ ملف رقم 71801 قرار بتاريخ 21 / 05 / 1991

-عودة الولد المكفول – لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية – سماع رأي الولد المميز – إجراء جوهري يجب احترامه قبل الحكم.

(المادة 621 من ق م) (المادة 124 من ق أ)

➢ من المقرر قانونا أن المسا ئل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص قانوني خاص.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة التبني من دون سماع رأيها وتخيرها بين البقاء عند مربيها أو الذهاب لولدها رغم أنها تجاوزت سن التميز ، بذلك القانون واستحق قرارهم للنقض. [1]

[1] يوسف دلاندة، (قانون الأسرة منفتح بالتعديلات التي أدخلت بموجب الأمر رقم 05 / 02 مدعم بأحدث مبادئ , واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والميراث)، دار هومه، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007 ، ص 124.

[2] باديس ديابي، (قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية)، دار الهدى للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى، عين مليلة – الجزائر، 2012، ص 33.

من خلال هذا القرار يتضح لنا أن الولد المميز يؤخذ برأيه ويخير بين الذهاب مع احد والديه أو كلاهما أو البقاء مع الأسرة البديلة المتكفلة به.

المطلب الثاني: آثار عقد الكفالة وانقضاءه

الكفالة كما عرفها القانون في المادة 116 : " التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي، ومن أول القانون حماية المكفول فإنه اشترط كما في المادتين 116 ق أ و17 ق ا، أن تكون بعقد شرعي يتم أمام القضاء أو أمام الموثق، وإذا كان للطفل أبوان فتكون برضاهما ، واشترط القانون في الكافل مثل الوصي أن يكون مسلم،عاقلا بالغا وقادر على القيام بشؤونه ورعايته هذا ما نصت عليه المادة 118، ونجد أن القانون يضمن حقوق الطفل المكفول ، ويعامله معاملته للطفل الأصلي من حيث ضمان حقوقه في النسب إذا كان معلوما وفي النفقة والإيواء والاسم والمنحة العائلية والدراسية ويجعل الكافل في مرتبة الولي قانونا (المادتان 120 و121)، والكافل مادام في مرتبة الولي قانونا فإن عليه أن يحافظ على مصالح المكفول المختلفة وعلى حقوقه المكتسبة كالإرث والوصية والهبة (المادة 122 ق ا) كما يخول القانون في المادة 123 ق أ للكافل أن يتبرع أن يوصى للمكفول بما له في حدود الثلث، ومن حق المكفول إذا بلغ سن التمييز التخيير بين أن يبقى مع الكافل أو يعود إلى أبويه، أما دون سن التمييز فلا بد من إذن القاضي الذي يراعي في ذلك مصلحة المكفول . [2] (المادة 124 ق أ) وفي حالة وفاة الكافل فإن الكفالة طبقا للمادة 125 ق أ تنتقل إلى الورثة، وإذا تخلى الكافل وكذا ورثته من بعده، فالقاضي يسند الكفالة إلى شخص بعينه.[3]

وسوف نتطرق إلى آثار الكفالة من التفصيل وبعض الإشكاليات الناجمة عنها وكيفية انقضاء الكفالة فيما يلي:

الفرع الأول: آثار الكفالة

مبدئيا الكفالة تحدث نفس الآثار التي تخلفها علاقة القرابة إلى حد ما ونقصد هنا بالقرابة التي توجد بين الأب وأبنه الشرعي ويتضح من نص المواد 126 – 121 –123 من ق أ أن الكفالة ترتب آثار بالنسبة للكافل وبالنسبة للمكفول.

---

[1] يوسف دلاندة، المرجع نفسه، ص 124.

[2] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 126.

[3] كمال لدرع، (مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية والسياسية، العدد 1، المجلد 38، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 2001، ص 59.

أولا: حقوق وواجبات الكافل

نبدأ بدراسة حقوق ووجبات الكافل ، لأنه هو الطرف الأهم في هذه العلاقة ولأن القانون خصه بمواد تحدد واجباته وحقوقه.

بمقتضى عقد الكفالة تنتقل الولاية القانونية للكافل على نفس المكفول طبقا للمادة 121 ق أ : " تخول كافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي "، وعليه فالكافل يتمتع بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس. [1]

- النفقة ورعاية على الطفل المكفول:

يجب على الكافل الإنفاق على المكفول من ماله كما لو أنه ابنه ينفق عليه ، وذلك باعتبار الولد المكفول له بمنزلة الابن الشرعي، فإذا كان المكفول ولد فإن النفقة غليه تكون ببلوغه سن الرشد ، أما بالنسبة إذا كان المكفول والكفالة سارية إلى أن تتزوج أي الدخول بها على الوجه المشروع[2] والنفقة تشمل الغذاء والعلاج والكسوة وغيرها مثلما هو معتاد في معاملة الأب لابنه الصلبي، وهذا ما يستشف من نص المادة 116 من ق أ : " الكفالة التزام على وجه التبرع بولد قاصر من نفقة ورعاية ، قيام الأب لابنه وتتم بعقد شرعي".[3]

كما إن السلطة الأبوية لهذا المفهوم تعطى الأب صلاحيات وحقوق على ابنه نذكر منها، حق الحراسة ويكون هذا الحق من يوم التحاق المكفول بيت الكافل بعد إتمام الكفالة ، ويبقى فيه إلا أن يبلغ سن الرشد ، حيث يمكن بعد ذلك أن يسكن لوحده وان أراد وإن أستطاع على ذلك، كما أنه له الحق في مراقبة علاقات الطفل المكفول ونشاطاته، فله من خلال ذلك أن يضع زيارات أشخاص له إن كانوا ممن لا يستحب رفقتهم، وذلك حتى يضمن له أخلاق سليمة كما له الحق في تربيته بما يراه على أن تكون التربية غير مخالفة لدين الطفل إن كان معلوم النسب ، وإن سلطة الأبوية تعطي للكافل الحق في إدارة أموال المكفول لصالحه حتى يبلغ سن الرشد، فيعهد له إدارة أمواله ومباشرة حقوقه بنفسه.

ثانيا: حقوق المكفول

---

[1] بوزيد خالد، (الكفالة نظام الحماية الأطفال في التشريع الجزائري)، مجلة قانون العمل ، العدد الرابع،كلية الحقوق، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، جوان ،2017، ص 238.

[2] بن زيدة عبد العزيز، (إحكام الأطفال)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2016، ص 50.

[3] بوزيد خالد، المرجع السابق، ص 258.

أ -الحق في الرعاية

يترتب عن الكفالة رعاية الطفل المكفول في جميع شؤونه والقيام بأموره وحسن تربيته وتعليمه، لا فرق بينه وبين غيره من الأطفال الذين يتربون في كنف أبويه الأصليين، كما يترتب عن الكفالة الولاية القانونية كلية ، وهو ما نص عليه المادة 121 من ق أ ج : " تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع لها الولد الأصلي"، ومن قام بكفالة طفل و أنشأه نشأة صالحة وأنفق عليه وأوصي له بشيء من مال إذ كان له وعمله حتى بلغ سن الرشد كان له أجر عظيم عند الله تعالى.

وفي الحديث السابق قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى وخرج بينهما شيئا " والحديث يفيد عموم الكفالة لكل طفل محتاج إليها.

ب -الحق في الوصية والهبة والهدية:

حق الطفل المكفول من الاستفادة من عقود التبرعات ، فله الحق في منح هبات وهدايا ووصية في حدود الثلث من أملاك الكافل.

تقول المادة 129 من ق أ ج " يجوز للكافل أن يوصى أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث وأن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة.

ت -الحق في إدارة وحماية أملاكه:

تمنح الكفالة الحق في إدارة أملاك الطفل المكفول إذا كان له بمال يحقق له منافعه،وأن يجتهد قدر استطاعته في عدم بمصالحه أو تضييع أمواله وتبذيرها أو ينفق عليها منها إنفاقا غير معتاد وهو ما نصت عليه المادة 122 من ق أ بقولها : "يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو المهيبة لصالح الولد المكفول "[1]

الفرع الثاني: بعض الإشكاليات المترتبة عن الكفالة

تظهر بعض الإشكاليات في تطبيق الكفالة في الواقع نتيجة بعض الثغرات القانونية والغموض أو في بعض المشرع في بعض الأمور، وسوف نتناول ذلك في ما يلي :

أولا: بعض الإشكاليات المتعلقة بالكافل

1 -جنس الشخص الكافل:

[1] كمال لدرع، المرجع السابق، ص ص 598،599.

إذ كان الفقه الإسلامي قد اعتبر الكفالة التزاما شخصيا يصدر عن الكافل سواء كان راجلا أو امرأة، فإن المشرع الجزائري ترك عبارات مبهمة عند صياغة مواد الكفالة ، جعلت منها مفهوما التزاميا إراديا شخصيا يقوم به الكافل يجب أن يكون رجلا ، كما هو واضح من عبارة (قيام الأب بابنه) أو نصت المادة 118 من ق أ في عبارة (يشترط أن يكون الكافل مسلما) ، فقد جاء هذان النصان مبهمين وغامضين، حيث جعلا الكفالة التزاما يصدر عن الرجل فقط وكأن الطفل لا يحتاج إلى عائلة أو أم ترعاه، بل أب بديل علما أن الحضانة تكون دائما بين أيدي الأم. مراعاة لمصلحة الطفل ولذا كان من الأولى على المشرع أن ينص على كون المرأة أولى بحق الكفالة من الرجل.

2 سن الشخص الكافل:

إن قانون الأسرة الذي به الغموض فيما يفارق السن بين الكافل والمكفول لأنه لم يحدد السن التي تقبل فيها طلب الكفالة بين الكافل مما يحيل إلى الأحكام العامة للقانون ، كما أننا لا نجد نصا قانونيا آخر ينظم الوضعية في حالة ما أذا كان طالب الكفالة يبلغ سن التاسع عشر (19) من عمره والطفل المكفول عمره سبع عشر سنة (17) مع أن المنطق لا يقبل هذا في الكافل، لأن المكفول بحاجة ماسة إلى اب لا إلى صديق، يضاف إلى هذا أن المجتمع الجزائري مع الوضع الاقتصادي الراهن أغلب شبابه في هذه السن عن العمل ، عاجزون عن التكفل بأنفسهم فكيف يمكن لهم التكفل بأطفال مما يدعو إلى ضرورة وضع نص تنظيمي يحدد الحد الأدنى لسن الكافل، وفي اعتقادي أنه يجب أن يقل عن سن الأخ الأكبر، بمعنى يراعي فارق السن من الكافل والمكفول ، بحيث يكون الكافل بمثابة الأخ الأكبر للمكفول على الأقل مع ترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الفارق بينهما، فإذا كان الطفل رضيعا فلا بأس من أن يكون الكافل شابا حديث العهد بالزواج بينما لا يتصور أن يكون المكفول مراهقا بل يمكن أن كفالته رجل في الخامسة والثلاثين أو الأربعين وهكذا.

3 زواج الكافل ومرافقة الزوج:

إن المشرع الجزائري في أحكام الكفالة لم يضع نصا قانونيا يشترط من خلاله أن يكون الشخص الكافل متزوجا، علما أن الطفل المكفول مهما كانت حالته يحتاج إلى عائلة مكونة من زوجين يكونان بمثابة الأب والأم حتى يعيش حياة عاطفية مستقرة ومتوازنة. [1]

ثانيا: بعض الإشكالات المتعلقة بوضعية الطفل المكفول

إسناد حضانة الكفل بعد الطلاق:

[1] شمام منير، المرجع السابق، ص ص 156،157.

وجد القاضي الجزائري صعوبة في حل النزاع المعروض عليه بشأن إسناد حضانة الطفل المكفول بعد طلاق الزوجين الكفيلين ، لأن المشرع الجزائري لم يضع نصوصا قانونية تنظم هذه المسألة ، على ان حالة الزوجين الشرعيين المنصوص عليها في المادة 62 ق أ ج ونصها (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا) ، كما أن المشرع الجزائري كان صريحا في إعطاء الأولوية للأم في حضانة طفلها طبق للأحكام المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري (الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب)، ولهذا انتشار مسألة حضانة الطفل المكفول بعد طلاق الزوجين حيث يكون الزوج هو الكافل والمسؤول عن الطفل بمقتضى عقد الكفالة ، وفي هذه الحالة فإن القاضي المطروح عليه النزاع يلتزم بإسناد حضانة المكفول إلى الزوج الكافل لأن الزوجة لا تتمتع بأية صفة قانونية تربطها بهذا الطفل سوى العلاقة العاطفية ، وهذا ما يجعل القاضي يخلف مبدأ رعاية مصلحة الطفل كون الزوجة هي الأولى بالتكفل به، وهذا يبين التمييز بين الوالدين الشرعيين والوالدين الكافلين، فبالرغم من وجود نفس الرابطة العاطفية إلا أنه ليس لهما نفس الحقوق بدون الوثيقة التي تثبت ذلك (عقد الكفالة).[1]

الفرع الثالث: انقضاء عقد الكفالة

إن عقد الكفالة كغيره من العقود يقوم ويبقى ينتج آثاره مادام غير محدد المدة، ولم يتم على شرط واقف أو فاسخ غير أنه قد عرضت لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى انقضائه ومادامت الكفالة تقوم على جانب إنساني فقد حصر المشرع الجزائري أسباب انقضائها في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 124،125 من ق أ، وذلك بإرادة الطرف الثاني في عقد الكفالة بالنسبة للقاصر المكفول معلوم النسب ، والحالة الثانية هي وفاة الكافل بالإضافة إلى الحالة وهي تخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 من ق أ، مما يجعل عقد الكفالة ينقضي بتعرض الكافل إلى أي عيب من العيوب التي قد تحل بإحدى هذه الشروط، وهذا ما سوف نتطرق له في هذا الفرع.

أولا: تخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 ق أ

بما أن عقد الكفالة من ميزته أن يصب على القيام بقاصر وشؤونه أي حياة إنسان فكما سبق شرحه لا بد من القائم به أو من سوف يقوم به أن تتوفر فيه الشروط الأهلية، الإسلام، والقدرة على القيام بالمكفول ، ومادامت هذه الشروط قائمة في حق الكافل فإن عقد الكفالة يبقى قائما ومنتجا لأثاره، إلا أنه إذا ما تدخل أي تغيير على هذه الشروط يجعل الكافل غير كفء للقيام بالقاصر وذلك لعدم تمكنه بذلك.

[1] شمام منير، المرجع السابق، ص 162.

أ -**الأهلية:**

مادام الكافل يقوم بتصرف يتضمن التبرع فلا بد أن تتوفر فيه أهلية التبرع الخالية من كل العيوب فإذا ما عيبت إرادته بأي سبب كالجنون، والعته والغفلة والسفه أي ما يجعل إرادته م عيبة، وبالتالي لا يمثله إبرام عقد التبرع لوجود تلك العيوب أو ظهورها، وذلك إذا ما أبرمت عقود تصرف تكون قابلة للإبطال، فما دامت هذه العيوب تحد من تصرفاته من ش أن نفسه فكيف يمكنه القيام شخص آخر وبالتالي تنقض معها الكفالة والأهلية هنا تتضمن أساسا العقل.

ب **الإسلام:**

وهو الشرط الثاني الذي ورد في نص المادة 118 من ق أ ويرجع ذلك كما سلف القول إلى محل العقد الذي ينصب على القيام بالقاصر وشؤونه فمادام القاصر سوف يأخذ أخلاق وعادات وتقاليد من يقوم بشؤونه هو الكافل فلا بد أن يكون دينه الإسلام ، وذلك لوجود نص في الدستور على أن دين الدولة الجزائرية هو الإسلام ومن وجد فوق ترابها قرينة على أنه مسلم أو مفترض إسلامه إلى إن يثبت العكس، فإن كان الكافل مسلم أثناء قيامه بإبرام عقد الكفالة والتكفل بشؤون القاصر المكفول ثم دخل تغير ديانته لأي سبب من الأسباب تنقض الكفالة.

ث **القدرة على القيام بشؤون المكفول:**

أن مهام الكافل والالتزامات المفروضة عليه بموجب عقد الكفالة هو العناية اللازمة بالمكفول وذلك باعتباره وليا عليه فإذا اعترضت هذه الولاية أي عارض صحي تحد من قدرته على القيام بشؤون المكفول أو يصبح فقيرا ولا يمكنه حتى إعانة نفسه فيؤدي ذلك إلى انقضاء عقد الكفالة، لأن أساسها هو إعالة القاصر اجتماعيا وماديا ومعنويا ، فإذا أصبح الكافل عاجزا على مواجهة هذه الظروف فلا يبقى فائدة من عقد الكفالة الذي يضم في بنية التبرع ، فبماذا سوف يتبرع هذا الكافل لأن قدرته على القيام بشؤون القاصر أصبحت معدودة لديه. [1]

ثانيا: انقضاء عقد الكفالة بطلب احد والدي المكفول معلوم النسب أو كلاهما

تنص المادة 124 من ق أ إذا طلب الأبوان أو إحداهما عودة المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يميز لا يسلم إلا بإذن من القاضي.

[1] علال أمال، المرجع السابق، ص ص 122،123.

من خلال نص المادة سابقة الذكر، نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز للأبوين الأصليين معا أو أحداهما أن يسترد حقهما في الولاية على الولد المكفول من الكافل أو المؤسسات المختصة، وذلك عن طريق طلب يقدم إلى المحكمة المختصة وهو ما ميز المشرع إلى حالتين:

أ -قبل بلوغ المكفول سن التمييز

فالطفل الغير المميز هو الذي لم يبلغ سن 13 سنة وهذا حسب المادة 42 الفقرة 2 من ق م ج، فهنا القاضي يراعي مصلحة الولد سواء كانت المصلحة ببقائه لدى الكافل أو تسليمه لأحد والديه أو كلاهما فالقاضي في هده الحالة يختار الأنسب والأصلح للطفل المكفول.

ب -بعد بلوغ المكفول سن التمييز

بعد بلوغ الطفل سن 13 سنة فإن القاضي بناءا على طلب أحد والديه الأصليين أو كلاهما يخيره بين الذهاب معهما أو البقاء مع الكفيل، فالطفل المكفول إذا وافق على طلب والديه الأصليين أو احدهما يفسخ عقد الكفالة وينقضي، أما إذا رفض يبقى الطفل المميز تحت كفالة الكافل.

ثالثا: انقضاء الكفالة بوفاة المكفول أو الكافل

من الطبيعي أن تنقضي الكفالة إذا توفي أحد طرفيها إما المكفول أو الكافل وفي حالة وفاة الكافل فإن الكفالة تنتقل إلى الورثة إذا التزموا بذلك وإن لم يلتزموا فإن للقاضي أن يسند أمر الولد المكفول إلى الجهات المختصة بالرعاية، وهذا ما نصت عليه المادة 126 من ق أ ج.

رابعا: انقضاء الكفالة بالتخلي عنه

وهذا ما نصت عليه المادة 125 من ق أ ج: " التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة القانونية التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعدم النيابة العامة ".

من خلال نص هذه المادة يتضح لنا أن الجهة التي أبرمت عقد الكفالة هي نفسها التي يتخلى أمامها عن عقد الكفالة، مع وجوب علم النيابة العامة بذلك.

خلاصة الفصل:

حرم الإسلام التبني وكذلك منعه قانون الأسرة الجزائري لما له من أضرار ومفاسد على الفرد والمجتمع، وأوجد الإسلام الكفالة كنظام بديل عنه وتبعته في ذلك معظم الأنظمة القانونية للدول الإسلامية، وتهدف الكفالة إلى رعاية وحماية الطفل وتتقاطع في ذلك مع الحضانة في كون الأسرة البديلة تحاول أن توفر كل حاجات ومتطلبات الحياة الكريمة حتى يعيش الطفل المكفول في جو أسري مناسب، وهذا وقد اهتم المشرع الجزائري بموضوع الكفالة من خلال تخصيص فصل مستقل له في قانون الأسرة إضافة إلى بعض القوانين والأوامر والتعليمات المتعلقة بحماية الطفولة ، ومن أجل ذلك نظم عملية التكفل من خلال مؤسسات الدولة المعنية بذلك، كما وضع شروط لتتمكن الأسر البديلة من التكفل بالأطفال المحرومين ، وتطرق كذلك إلى طرق انقضاء الكفالة حتى يحمي حقوق كل الأفراد وخاصة الطفل المكفول.

ومع هذا هناك بعض الإشكاليات التي لم يتطرق إليها ق أ ج، في موضوع الكفالة خاصة ما تعلق منها بالطلاق وآثاره، حيث كان بالإمكان النص عليها في الفصل المتعلق بالكفالة في ق أ، حتى يزول كل لبس أو غموض.

الخاتمة

الخاتمــة

من خلال دراستنا لنظام الكفالة فقها وقانونا وركزنا على مدى تشابه والاختلاف بينهما حول هذا الموضوع، ونظرا لأهمية الموضوع من الناحية النظرية والواقعية كونه يتعلق بمصير طفل يحتاج إلى كل الدعم والمساعدة حاولنا أن تشمل هذه المقارنة كل العناصر المتعلقة بالكفالة عنصرا بعنصر بداية بالتعريف ثم الأحكام ثم الشروط وانقضائها.

كما أننا تطرقنا وبشيء من التفصيل إلى أوجه الشبه والاختلاف بين الكفالة والحضانة، ثم بعد ذلك تطرقنا إلى إجراءات التطفل بالطفل من الناحية الواقعية من خلال مؤسستها بداية بالمستشفى الخاص بالتوليد ثم مركز الطفولة المسعفة ومديرية العمل والضمان الاجتماعي، ثم تطرقنا إلى إجراءات عملية التكفل من طرف الأسر البديلة، وفي الأخير تناولنا أسباب انقضائها وآثارها وبعض الإشكاليات التي تطرحها الكفالة.

وبناءا على هذا كله استخلصنا مجموعة من النتائج والتوصيات.

✧ **النتائج:**

- ✓ الطفل بصفة عامة والطفل المتكفل به حظي باهتمام في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري
- ✓ كما هو معلوم فان المشرع في هذا الموضوع وفي غيره من المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية قد استمدها من الشريعة الإسلامية، ونوه إلى انه يجب الرجوع إليها في حالة عدم وجود نص يتعلق بأشكال معين (المادة 222 من ق أ) وهذا يحسب له.
- ✓ يتشابه الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في تعريفه للكفالة والغرض منها، وهو رعاية وتربية الطفل ومعاملته معاملة الابن كما أن كلاهما حرم التبني وأعطى للطفل المكفول جميع الحقوق ما عدا الميراث وللكافل أن يهب أو يوصي له في حدود الثلث، كما له أن يتصرف بماله إذا كان لديه مال بعد بلوغه سن الرشد.
- ✓ تجدر الإشارة إلى أن المشرع من خلال الفصل المتعلق بالكفالة لم يعطي تفصيلا دقيقا للمصطلحات المتعلقة بالطفل المكفول (اللقيط، اليتيم، مجهول النسب، معلوم النسب، المسعف)
- ✓ للكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري نفس الشروط والأحكام، ما عدا أن الشريعة من خلال الفقه كانت أكثر تفصيلا ودقة.

- ✓ وجود بعض الثغرات والإشكاليات التي يطرحها موضوع الكفالة بعد الطلاق وآثاره، وما مصير الطفل المكفول، وكذلك عدم النص صراحة على شرط الزواج وقبول الزوجين معا طلب التكفل، كما يمكن التنويه أن المشرع الجزائري جانب الصواب في إجازته إعطاء اللقب للطفل المكفول مع ذكر ذلك في شهادة الميلاد، حماية له وتسهيل له في عملية استخراج الوثائق.

✧ **الاقتراحات:**

- ✓ رغم أن المشرع الجزائري قد عالج موضوع الكفالة في فصل مستقل إلا انه يجب عليه التفصيل أكثر والرجوع لأحكام الشريعة لسد الثغرات المتعلقة بهذا الموضوع.
- ✓ يجب على المشرع معالجة موضوع الكفالة وآثاره من حضانة ونفقة وزيارة في نفس الفصل، فيجب عليه تحديد المصطلحات المتعلقة بالطفل المكفول تحديدا دقيقا واشتراط الزواج وموافقة الزوجين معا في طلب الكفالة.
- ✓ من خلال معرفتنا بواقع في هذا الموضوع، فإننا نوصي بتسريع عملية التكفل والقضاء على البيروقراطية الإدارية والخوف من تحمل المسؤولية لأنه في اغلب الحالات الأسر البديلة تطلب التكفل بطفل حديث الولادة للشعور بعاطفة الأمومة والأبوة، وقد يستغرق ذلك سنوات وسنوات رغم وجود أطفال في مراكز الطفولة المسعفة وقت الطلب.

فهرس المحتويات

فهـــــرس المحتويات

الإهــداء	
مقدمـــــة	
الفصل الأول: مفهوم الكفالة في أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	
تمهيد	**5**
المبحث الأول: مفهوم الكفالة	**6**
المطلب الأول: **تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي**	**6**
الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة	**6**
الفرع الثاني: تعريف الكفالة عند الفقهاء	**6**
الفرع الثالث: حكمها وأدلة مشروعيتها	7
المطلب الثاني: **مفهوم الكفالة في القانون الجزائري**	**8**
الفرع الأول: تعريف الكفالة في قانون الأسرة الجزائري	**8**
الفرع الثاني: خصائص الكفالة في القانون الجزائري	**8**
الفرع الثالث: أوجه الشبه والاختلاف بين تعريف الفقه الإسلامي للكفالة والقانون الجزائري	**9**
المبحث الثاني: أحكام الكفالة وشروطها	**12**
المطلب الأول: **أحكام الكفالة في الفقه الإسلامي**	**12**
الفرع الأول: أحكام الكفالة في الفقه الإسلامي	**12**
الفرع الثاني: أحكام الكفالة في القانون الجزائري	**15**
الفرع الثالث: أوجه الشبه والاختلاف بين أحكام الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	**18**
المطلب الثاني: **شروط الكفالة**	**20**
الفرع الأول: شروط الكفالة في الفقه الإسلامي	**20**
الفرع الثاني: شروط كل ركن من أركان الكفالة في القانون الجزائري	**21**
الفرع الثالث: أوجه الاختلاف بين الشروط المنصوص عليها في أحكام الشريعة	**22**

والقانون الوضعي الجزائري في موضوع الكفالة	
خلاصة الفصل	**25**
الفصل الثاني: نظام الكفالة في أحكام الشريعة والقانون الجزائري	
تمهيد	**27**
المبحث الأول: الفرق بين الكفالة وبعض النظم المشابهة لها	**28**
المطلب الأول: **الفرق بين الكفالة والحضانة**	**28**
الفرع الأول: مفهوم الحضانة	**28**
الفرع الثاني: شروط الحضانة	**29**
الفرع الثالث: أوجه الشبه والاختلاف بين الكفالة والحضانة	**31**
المطلب الثاني: **الفرق بين التبني والكفالة**	**31**
الفرع الأول: تعريف التبني	**31**
الفرع الثاني: أسباب تحريم التبني	**33**
الفرع الثالث: أوجه الشبه والاختلاف بين الكفالة والتبني	**34**
المبحث الثاني: النظام القانوني للكفالة	**36**
المطلب الأول: **إجراءات التكفل بطفل**	**36**
الفرع الأول: إجراءات تكفل ورعاية الدولة للطفل	**36**
الفرع الثاني: إجراءات تكفل الأسر البديلة بالطفل	**39**
الفرع الثالث: بعض الاجتهادات القضائية في موضوع الكفالة	**41**
المطلب الثاني: **آثار عقد الكفالة وانقضاءه**	**43**
الفرع الأول: آثار الكفالة	**41**
الفرع الثاني: بعض الإشكاليات المترتبة عن الكفالة	**45**
الفرع الثالث: انقضاء عقد الكفالة	**47**
خلاصة الفصل	**50**

الخاتمة	52
فهرس المحتويات	55
قائمة المصادر والمراجع	59

قائمة المراجع