جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

الكفالة بين أحكام الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص: أحوال شخصية

إعداد:

بسعود عربية

إشراف الدكتور:

عز الدين مسعود

لجنة المناقشة:

د.أ.....رئيسا

د .أ .....مقررا و مشرفا

د. أ .....مناقشا

السنة الجامعية :2014/2013

1435 هـ

إهداء

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما.

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما.

إلى والدي العزيزين أدامهما الله لي.

إلى أخي العزيز محمد .

إلى إخوتي،كمال،صفية ،فاطمة الزهراء .

إلى صديقاتي ، زملائي و زميلاتي في العمل.

إلى قرة عيني إبنتي ياسمين لمياء.

إلى كل من سقط من قلمي سهوا.

أهدي هذا العمل.

شكر وتقدير

الشكر لله تعالى أولا و أخيرا ثم إستجابة لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم ما لا يشكر الناس لم يشكر الله،و اعترافا بالفضل لأهله فإنني أتقدم بجزيل الشكر و التقدير إلى الدكتور الفاضـــل عـــــز الدين مسعود ،الذي تكرم بالإشراف على رسالتي هذه و حباني بنصائحه و توجيهاته ،كما و أتقدم بشكري و إمتناني إلى أساتذتي الأفاضل في كلية الحقوق و العلوم السياسية الذين أناروا لنا درب العلم طيلة هذه السنوات.

و أسدي خالص شكري إلى كل من ساعد و أعان في إنجاز هذه الرسالة من قريب أو بعيد.

و خاتمة شكري و تقديري إلى كل من كان له جهد قل أو كثر في إخراج هذا البحث إلى النور راجية من المولى عز و جل أن يكون هذا في ميزان حسناتهم و خالصا لوجهه الكريم.

مقدمة

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين و أشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له، ولي المتقين و أشهد أن محمدا عبده و رسوله إمام المتقين صلى الله عليه وسلم المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

لقد شهد المجتمع الإنساني منذ القدم تطورا، أثر تأثيرا مباشرا على البيئة الاجتماعية وبالأخص على الأسرة.

إذ في الحقبة الأولى من الزمن كان قانون القوة سائدا ، وبسبب ذلك كانت وضعية الولد غير مستقرة داخل الأسرة، لأن زعماء القبائل متى أعجبهم ولد يأخذونه ويقومون بتبنيه و النفقة عليه رعايته ،كما يمنحون له عدة امتيازات كالاسم والإرث .

وبعدما اختار الله هذا الدين ليكون خاتمة الأديان ارتضى شريعته لتكون الحاكمة على غيرها من الشرائع حيث قال في محكمّ تنزيله :"ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ وَأَتۡمَمۡتُ عَلَيۡكُمۡ نِعۡمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلۡإِسۡلَٰمَ دِينٗاۚ ٣ " .[1]

كما قال جل شانه:"وَأَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ مُصَدِّقٗا لِّمَا بَيۡنَ يَدَيۡهِ مِنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَمُهَيۡمِنًا عَلَيۡهِۖ ٤٨ " [2]

و قد جاء الإسلام ليمحو كل ما كان في الجاهلية و عدل نظام الأسرة كما ألغى نظام التبني المعمول به في الجاهلية في قوله سبحانه و تعالى:"ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ وَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٞ فِيمَآ أَخۡطَأۡتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتۡ قُلُوبُكُمۡۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورٗا رَّحِيمٗا ٥ " [3]

[1] سورة المائدة الآية 3.

[2] سورة المائدة الآية 48.

[3] سورة الأحزاب الآية 4 و5.

و بـــذلك جاء الإسلام و فرق بين مركزين للولد المحضون لدى الغير.

فإذا ألحق نسب الولد إلى حاضنه أعتبر ذلك تبنيا ،لكن إذا قام الشخص برعاية الولد والنفقة عليه بدون أن يلحق نسبه إليه، فقد أجاز الله سبحانه وتعالى عليه وأعطى الثواب والأجر عليه.

فحفظ الإنسان في دينه ونفسه ونسله وماله من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء فقد أحاطت الشريعة الإسلامية الإنسان بالعناية الكبيرة، وحفظت له كافة حقوقه وضمنتها له ورعت الكثير من ذو ي الاحتياجات الخاصة كالمرض ، والمعاقين ،وأصحاب العاهات المستديمة وكذلك الأيتام واللقطاء حتى لايشعروا بالنقص فيحقدوا على المجتمع لأن ذلك يعتبر إبتلاء من الله عزوجل لهم .

وكان للأيتام واللقطاء حظ كبير من هذه العناية، وحفظ حقوقهم وصيانتها والحث على الإهتمام بهم ورعايتهم في جميع شؤون وجوانب حياتهم، لضعفهم وإنفرادهم ولعجزهم عن المطالبة بحقوقهم .

والتطور الحاصل في المجتمع الحديث أخذ منحى آخر لأجل صون وحماية ورعاية المصلحة الفضلى للطفل ، إذ ظهرت الإتفاقيات الدولية الرعاية لحقوق الطفل في إطار حقوق الإنسان أين أكدت و أجبرت أشخاص المجتمع الدولي على إيجاد مؤسسات وأنظمة قانونية ترعى شؤون الطفل، وخاصة في الحالات التي يوجد فيها الطفل من أبوين مجهولين أو كان من أب مجهول لكن تخلت عنه أمه بمحض إرادتها، أو إذا عجز أبويه على رعاية وتوفير وسائل معيشية له ، أو إذا كانت أسرة لا تنجب بسبب العقم وترغب في الأولاد.

إن مثل هذه الوضعيات ،حتمت على أشخاص القانون الدولي لاسيما الدول بإيجاد حلول قانونية ، وذلك بإنشاء مؤسسات قانونية تقوم برعاية هذه الفئة قصد نشأتها ورعايتها ،وهو الشيء الذي أدى إلى اختلاف الدول في اختيار هاته الأنظمة والمؤسسات القانونية فمنهم من اختار نظام التبني الذي يقوم باحتضان الولد ومنحه الاسم وتمكينه من الإرث ومنهم من اختار نظام الكفالة هذا الموضوع سأتناوله في مذكرتي الموسومة بالكفالة بين أحكام الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري و ذلك لاستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية .

خاصة بعد الظروف التي عاشتها الجزائر في وقت مضى نتيجة ظاهرة الإرهاب و ما ترتب عنه من بقاء أطفال أبرياء يتامى و مجهولي النسب نتيجة الاغتصاب أمر يجعل التكفل بهم ضرورة حتمية ،و هذا يقتضي تحديد سلطات الكفيل تحديدا دقيقا.

1/أهمية البحث :

لقد إرتأيت بعد التوكل على الله سبحانه وتعالى وتوفيقه أن أكتب في هذا الموضوع لما له من أهمية عظيمة وجليلة حيث تكمن أهمية البحث في نظام الكفالة في مايلي :

1/ أنها تعنى بحفظ النفس التي هي أحد الكليات الخمس و مقصدا من مقاصد الشريعة الإسلامية .

2/ تعتبر كفالة اليتيم من أسمى وأقدس القيم الإنسانية والأخلاقية في مجتمعنا المسلم .

3/كفالة الأطفال في مجتمعنا المعاصر صارت تشغل اهتمام الكثير من الجمعيات و المؤسسات الخيرية المحلية و الدولية

4/تنشئة الطفل و الرعاية السليمة له تجنبانه الانحراف واقترافه للجريمة.

5/إدماج الطفل في المجتمع و عدم شعوره بالتهميش.

2/أسباب اختيار الموضوع :

تنقسم أسباب اختياري لموضوع الكفالة الى أسباب موضوعية و أخرى ذاتية

أ/الأسباب الموضوعية :

- كفالة اليتيم تعتبر قضية فقهية واقعية.
- تضاعف أعداد اليتامى واللقطاء في مجتمعنا في ظل تدهور الأوضاع الأمنية في فترة التسعينات .
- ضرورة معرفة المسلمين بحقوق القصر اليتامى واللقطاء في الفقه الإسلامي وشرحها لهم لجهل الكثير من الناس بهذه الحقوق.
- عدم تناول المشرع الجزائري لأغلب عناصر هذا البحث رغم أهميتها والإشكالية المنبثقة عنها.
- أهمية الموضوع خصوصا وأن الجزائر مرت حديثا بأزمة أمنية تخرج عن مفقودين وأطفال ولدوا بالجبال يحتاجون لرعاية ونفقة .

– ما ذكره كثير من الباحثين في غياب قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية على غرار القانون المدني والقانون الجنائي مما ينعكس على الجانب العملي في تطبيق قانون الأسرة .

ب/الأسباب الذاتية :

– إهتمامي الكبير بقضايا الأسرة وكل ما يرتبط بها ولا شك أن هذا البحث يسمح لي بالغوص أكثرا في هذا الاتجاه.

– شغفي بقضايا الطفولة و ما تلقاه من مشاكل في حالة اليتم و الفقر و العوز.

3/الدراسات السابقة:

قبل أن أشرع في الحديث عن الدراسات السابقة التي تناولت جانبا أو أكثر من جوانب هذا الموضوع ،أود الإشارة إلى أن بعض الدراسات تطرق الى مناقشة الكفالة بصفة عامة أو من الناحية القانونية فقط .

و رسالتي هاته ناقشت الكفالة من الجانب الفقهي و الجانب القانوني و قد حرصت على عرض بعض الدراسات لإبراز أوجه التشابه بينها و بين ما قمت به .

الدراسة الاولى :الكفالة في قانون الآسرة و الشريعة الإسلامية وهي مذكرة نهاية التخرج لنيل شهادة القضاء من إعداد الطالبة بوعشة عقيلة و قد ركزت على الجانب القانوني .

الدراسة الثانية :التبني و الكفالة وهي مذكرة نهاية التخرج لنيل شهادة القضاء من إعداد الطالب طلبة مالك و قد جاءت دراسته مقارنة بين التبني و الكفالة .

4/منهج البحث :

اتبعت في بحثي هذا المنهجين ، المنهج الاستقرائي المقارن ، وفق الاسس التالية :

1_التعريف بمفردات مسائل البحث التي تحتاج إلى بيان .

2_تحديد المسالة ثم توضيح موقف الفقهاء منها من حيث الاتفاق و الاختلاف غالبا .

3_أقدم أقوال المذاهب الأربعة الأقدم فالأقدم :الحنفي ثم المالكي ثم الشافعي ثم الحنبلي .

4_أتبع الأقوال بأهم أدلتها غالبا.

5_قدمت أحكام الفقه الإسلامي ثم اتبعتها بأحكام القانون الوضعي ثم قارنت بينها .

5/خطة البحث و إشكاليته :

أ/الإشكالية :

إن الكفالة نظام قانوني بديل عن التبني أخذ به المشرع الجزائري ،والإشكالية الرئيسية ما هو مفهوم الكـــــفالة و كيف تتم و كيف تنقضي في الفـــــقه الإسلامي و التشريع الجزائري ؟ تتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدة إشكاليات جزئية هي :كيف عرف الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري الكفالة و ماهي إجراءاتها؟ و ماهي الآثار المترتبة عنها في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري ؟و كيف تنقضي في كل منهما ؟و لمعالجة هذه الإشكاليات إرتأيت الخطة التالية :

ب/خطة البحث :

و قد رسمت لإنجاز البحث خطة ثنائية وفق المخطط التالي :

حيث وضعت مقدمة للبحث تتحدث عن وضعية الطفل داخل الأسرة و ما تفرضه الأوضاع الأمنية و الكوارث الطبيعية من أطفال مهملين و أيتام و لقطاء يجب العناية بهم.

حيث تكلمت في فصل أول عن مفهوم الكفالة و إجراءاتها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري و تناولت في مبحث اول مفهوم الكفالة في الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري و في مبحث ثاني شروط الكفالة و اجراءاتها في الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري في الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري .

و درست في الفصل الثاني اثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل و المكفول و في المبحث الثاني وانقضاء عقد الكفالة بالنسبة لطرفي العقد .

6/الصعوبات و العوائق:

لقد تلقيت بعض الصعوبات في إنجاز بحثي هذا نذكر من بينها :

1/المدة الممنوحة لنا لإنجاز هذه الرسالة قليلة باعتبار أنها رسالة تخرج فهي غير كافية

2/قلة المراجع التي تناولت البحث في الجانب الإجرائي لقيام الكفالة .

3/صعوبة التنقل إلى مقاصد البحث.

الفصل الأول

مفهوم الكفالة وإجراءاتها في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

تمهيد وتقييم :

إعتنى الإسلام باليتيم عناية خاصة ، وأولاه من الاهتمام ما يكفل حقه في العيش الكريم ،ويستعيض به عن فقدان سند الأبوة وحنانها حتى أنزل الله من شأنه سورة كاملة وهي سورة الماعون.

حيث قال جل شأنه : أَرَءَيْتَ ٱلَّذِى يُكَذِّبُ بِٱلدِّينِ ﴿١﴾ فَذَٰلِكَ ٱلَّذِى يَدُعُّ ٱلْيَتِيمَ ﴿٢﴾ وَلَا تَحُضُّ عَلَىٰ طَعَامِ ٱلْمِسْكِينِ ﴿٣﴾ فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ ﴿٤﴾ ٱلَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ﴿٥﴾ ٱلَّذِينَ هُمْ يُرَآءُونَ ﴿٦﴾ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴿٧﴾ [1]

ومن هذه العناية الكبيرة ما رتب على كفالة اليتيم من الأجر العظيم ،برفع مرتبة الكافل إلى درجة تقارب درجة الأنبياء في الجنة .

وقد حرم الشارع تبني هؤلاء ونسبهم لغير أبائهم ، وذلك في قوله تعالى مَّا جَعَلَ ٱللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِى جَوْفِهِۦ ۚ وَمَا جَعَلَ أَزْوَٰجَكُمُ ٱلَّـٰٓـِٔى تُظَـٰهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَـٰتِكُمْ ۚ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ﴿٤﴾ ٱدْعُوهُمْ لِـَٔابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَـٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٥﴾ [2]

[1] سورة الماعون .

[2] سورة الاحزاب الاية 4 و 5 .

أن هذا التحريم كان له بديل ،وذلك لحماية شريحة كبيرة في المجتمع
التي كانت ضحية تصرفات سلبية التي نتج عنها الأطفال مجهولي النسب واللقطاء.

وهذا البديل يتمثل في نظام الكفالة الذي عملت به العديد من الدول الإسلامية منها الدولة الجزائرية التي استبعدت نظام التبني طبقا لنص المادة 46 من قانون الأسرة وأعطت له بديلا بمقتضى أحكام المواد من المادة 116 إلى 125 من قانون الأسرة مقتدية بذلك أحكام الشريعة الإسلامية ولمعرفة هذا النظام لابد من معرفة الكفالة

وسنتطرق إلى مبحثين أولا إلى مفهوم الكفالة في المبحث الأول، ثم في المبحث الثاني سنستعرض أركانها وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : مفهوم الكفالة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الثاني : أركان الكفالة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الأول : مفهوم الكفالة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إهتمت الشريعة الإسلامية باليتيم و أولته عناية خاصة ،وحث الله سبحانه و تعالى القادرين من أهـل الـبر و الصلاح على كـــــفالة الأيـــتام و الإحسان إليهم و العطف عليهم ،و جعل كفالتهم من الأدوية التي تعالج أمراض النفس البشرية ،و تعتبر الكفالة من أعظم أبواب الخير و مما يؤكد على عناية الشريعة الإسلامية بها ورود كلمة اليتيم في ثلاث و عشرين آية من آيات القران الكريم كقوله تعالى:

﴿٢٢٠﴾وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ۚ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٠﴾ ۝".[1]

كما قال جل شانه وَءَاتُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَتَبَدَّلُواْ ٱلْخَبِيثَ بِٱلطَّيِّبِ ۖ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ﴿٢﴾ "".[2]

و قد أكدت السنة النبوية الشريفة على كفالة اليتيم و الإحسان إليه كثيرا، و من بين هاته الأحاديث قول الرسول عليه الصلاة و السلام :"خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يحسن إليه ،و شر بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يساء إليه"[3]

كما تطرق التشريع الجزائري إلى الكفالة في القانون المدني كقاعدة عامة أي كفالة الدين أما قانون الأسرة تناول كفالة القاصر في الفصل السابع من الكتاب الثاني مخصصا لها عشرة مواد من المادة 116 إلى المادة وهذه الأخيرة موضوع بحثنا 125.

و سنتطرق لتعريف الكفالة وخصائصها في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري في مطلب أول و إلى أركانها في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري في مطلب ثان .

---

[1] سورة البقرة الآية 220 .

[2] سورة النساء الآية 02 .

[3] البخاري الأدب المفرد ،دار البشائر الإسلامية ،مصر ،ط01، 1989، ص61.

المطلب الأول: تعريف الكفالة وخصائصها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

سنتطرق لتعريف الكفالة في اللغة ،وإصلاح الفقهاء ثم لتعريفها في التشريع الجزائري ثم نتطرق لخصائص الكفالة .

الفرع الأول: تعريف الكفالة في اللغة وإصلاح الفقهاء .

سنتعرض لتعريف الكفالة في اللغة ثم كيف عرفها الفقهاء .

أولا: تعريف الكفالة في اللغة

كلمة الكفالة هو كفل والكاف والفاء واللام أصل صحيح يدل على تضمين الشيء للشيء[1]

كافل اليتيم هو القائم بأمر اليتيم ،المربي له ،وهو من الكفيل الضمين[2]

كما عرفت الكفالة على أنهامصدر كفل يكفل بفتح الفاء، والكفيل المثيل وجمعها كفلاء ويقال للأنثى كفيل وقد يقال للجمع كفيل ، والكفالة الضم يقال كفل فلان فلان بمعنى ضمه إليه ومنه قوله تعالى"فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنۢبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ۖ كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيۡهَا زَكَرِيَّا ٱلۡمِحۡرَابَ وَجَدَ عِندَهَا رِزۡقٗا ۖ قَالَ يَٰمَرۡيَمُ أَنَّىٰ لَكِ هَٰذَا ۖ قَالَتۡ هُوَ مِنۡ عِندِ ٱللَّهِ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يَرۡزُقُ مَن يَشَآءُ بِغَيۡرِ حِسَابٖ ﴿٣٧﴾ "[3] أي ضمها إلى نفسه ليعولها ،ويقوم بتربيتها والكفالة والضمان والحمالة والدعامة والعبارة والقبالة كلها بمعنى واحد .[4]

ثانيا : الكفالة في إصطلاح الفقهاء :

تعددت تعاريف الكفالة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية و سنتطرق إلى بعض منها .

عرفها الذهبي في كتاب الكبائر " كفالة اليتيم القيام 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.[5]

وقد تأتى الكفالة بمعنى كفالة الدين ،فهذه الأخيرة عرفها الأحناف على أنها: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أوعين أو عمل .

---

[1] ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ،دار الفكر ،بيروت ،ط02 1997،ج5 ، ص 187 .

[2] الجزري أبو السعادات المبارك بن محمد ، النهاية في غريب الحديث، ،المكتبة الإسلامية ،القاهرة ،ط01 ج4 ،ص 342 .

[3] سورة آل عمران، الآية 37 .

[4] ابن منظور محمد بن مكرم ،لسان العرب ، دار صادر ،بيروت ،ط01 ، 1990، ص153 .

[5] الذهبي شمس الدين ، الكبائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط02 ، 1987 ،ص 73 .

و عرف جمهور الفقهاء الكفالة على أنها "ضم الذمتين في المطالبة بالدين.[1]

من خلال ماسبق مصطلح الكفالة له عدة معاني مايعني كفالة اليتيم ،أي الولاية على نفس ومال القاصر وما يعني ضمان الدين والذي يعنينا هو كفالة اليتيم .

الفرع الثاني : تعريف الكفالة في التشريع الجزائري :

للكفالة معنيين معنى حسب القانون المدني ومعنى آخر حسب قانون الأسرة .

أولا: تعريف الكفالة في القانون المدني :

عرفت المادة 644 من القانون المدني الكفالة على أنها " عقد من خلاله يكفل شخص تنفيذ التزام على شخص معين، أو محتمل القيام به مستقبلا إذ يتعهد للدائن بأن يبقى بهذا الالتزام مستقبلا.

ثانيا : تعريف الكفالة في قانون الأسرة الجزائري :

عرفت المادة 116 من قانون الأسرة الكفالة على أنها " الكفالة عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي.[2]

و الملاحظ أن مجال الكفالة في القانون المدني هو كفالة الدين أي علاقة الدائنية بين الد ائن و المدين أما مجالها في قانون الأسرة هو كفالة اليتيم و العناية به

الفرع الثالث: خصائص الكفالة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أولا: خصائص الكفالة في الفقه الإسلامي :

حث الإسلام على حسن معاملة اليتيم والتحذير من الإساءة إليه ،وذلك في القرآن الكريم في أكثر من موضع وذلك إمداده بالرعاية والعطف اللازمين للتخفيف عنـــــه.

قال تعالى۞ وَٱعۡبُدُواْ ٱللَّهَ وَلَا تُشۡرِكُواْ بِهِۦ شَيۡـٔٗاۖ وَبِٱلۡوَٰلِدَيۡنِ إِحۡسَٰنٗا وَبِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ .[3]"

---

[1] سيد سابق ، فقه السنة ، مؤسسة الرسالة ،بيروت ،2002،ص 236 .

[2] المادة 116 قانون أسرة جزائري ، صادر بموجب أمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ,ج ر العدد 15

[3] سورة النساء الآية 36 .

قدم الله تعالى الوصية باليتيم على الوصية بالمسكين ولم يقيدها بفقر ولا مسكنة فعلم أنها مقصودة لذاتها ، والسر في ذلك كون اليتيم لا يجد في الغالب عاطفة الرحمة الفطرية على العناية بتربيته ،والقيام بحفظ حقوقه ،والعناية بأموره الدينية والدنيوية.[1]

وقد صرح الله تعالى بالنهي عن الإساءة لليتيم بأي وجه من وجوه في أكثر من موضع فقال تعالى﴿٩﴾فَأَمَّا ٱلۡيَتِيمَ فَلَا تَقۡهَرۡ ﴿٩﴾"[2]

وأعتبر الله تعالى الإساءة له من علامات التكذيب بالدين فقال تعالى "أَرَءَيۡتَ ٱلَّذِي يُكَذِّبُ بِٱلدِّينِ ﴿١﴾ فَذَٰلِكَ ٱلَّذِي يَدُعُّ ٱلۡيَتِيمَ ﴿٢﴾ وَلَا تَحُضُّ عَلَىٰ طَعَامِ ٱلۡمِسۡكِينِ ﴿٣﴾ "[3]

كما حث النبي على كفالة اليتيم في أكثر من موضع منها :

عن سهل رضي الله عنه قال ،قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئا ".[4]

ثانيا : خصائص الكفالة في التشريع الجزائري

إن الكفالة تتميز بعدة خصائص تميزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها مثل الحضانة والتبني .

الكفالة عبارة عن نظام بديل للتبني، وضعه المشرع لغاية اجتماعية ،وذلك لرعاية الأولاد اللقطاء وكذا مجهولي النسب.[5]

الكفالة هي عمل تبرعي دائما، وهو التزام من طرف الكافل بالقيام بالمكفول بنفس العناية التي يوليها الأب لإبنه الشرعي.[6]

لا تعطي الكفالة الحق للمكفول في منحه اسمه .

---

[1] رضا محمد رشيد ، تفسير المنار ،دار الفكر ،بيروت ، ط2 ، ج1 ،ص 376.

[2] سورة الضحى الآية 09 ,

[3] سورة الماعون الآيات ،1و3 .

[4] البخاري محمد بن إسماعيل ،صحيح البخاري ،دار ابن كثير ،بيروت ،1987 ،ص2052.

[5] فريدة أمحمدي زواوي ، مقال بعنوان مدى تعارض مرسوم 24/92 مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، المجلة القضائية للمحكمة العليا ،العدد الثاني 2000 ، ص 69 .

[6] المرجع نفسه ، ص 70.

الكفالة لا تقوم إلا إذا أبرمت أمام الجهات القضائية، أو الموثق وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة.[1]

الكفالة ليست أبدية بل تسقط وتنتهي حسب أسباب محددة في قانون الأسرة.[2]

المطلب الثاني: أركان الكفالة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

باعتبار أن الكفالة عقد فلابد له من القيام على أركان العقد، من تراضي ومحل وسبب وتصنف ضمن عقود التبرع وسنتطرق للفرع الأول للتراضي، ثم لمحل عقد الكفالة ثم لسبب عقد الكفالة ،ثم لمكانة الشكل في عقد الكفالة .

الفرع الأول : ركن التراضي في عقد الكفالة : وسندرس تعريف التراضي ثم ندرس أهلية كل من الكافل والمكفول.

أولا: التراضي .

ثانيا : الأهلية .

أولا :التراضي: لقيام أي عقد يجب أن يتوفر على ركن التراضي، و يعرف الفقهاء التراضي على أنه الرغبة في الفعل ،أو القول والارتياح إليه ،والتفاعل يدل على الاشتراك.

ويستعمله الفقهاء في نفس المعنى حينما يتفق العاقدان على إنشاء العقد دون إكراه أو نحوه.[3]

وقد ورد التراضي في القران الكريم في الآية الكريمة " يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴿٢٩﴾ ".[4]

---

[1] المادة 123 من قانون الأسرة .

[2] المادة 125 من قانون الأسرة .

[3] الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ج11 ، ص 159 .

[4] سورة النساء ، الآية 29 .

– ويعرفه الدكتور علي علي سليمان : التراضي على أنه تطابق الإرادتين وحتى يكون صحيحا يجب أن يصدر من ذي أهلية ولا يكون مشوبا بأي عيب من عيوب الرضا [1] وهذا ما سنحاول إبرازه لدى طرفي العقد كل من الكافل ومن كان تحت ولايته وهو المكفول وسنتطرق للرضا لدى كل من الكافل و المكفول :

الرضا لدى الكافل : وهو الطرف الأول في العقد إذ هو ذلك الشخص الذي يأخذ على عاتقه مهمة الولاية على المكفول وقد يكون شخص واحد أو زوجان.[2]

وحتى يتسنى له القيام بهذه المهمة بدون مقابل فالقانون أوجب في هذه العقود أي العقود الشرعية أن يكون الرضا قائم ومبني على إرادة كاملة ،ذلك أن يكون في الكافل الشروط الأساسية الواجبة في كل متعاقد وإذا كان ذلك متوفر في شخص الكافل كان إيجابه سليما وقائما من طرفه أما القبول فيكون في الطرف الثاني حسب ما سنوضحه .

الرضا لدى المكفول: إن المكفول هو الطرف الثاني للعقد بصفة مباشرة غير أن هذا الأخير يكون قاصر حسب قانون الأسرة [3].

فالأهلية المطلوبة لصحة القبول لا تتوفر فيه ذلك لعدم صلاحية المكفول لمباشرة التصرفات القانونية بسبب صغر سنه ،وأمره هنا يكون تحت تصرف والديه ،إذا كان معلومين أو أحدهما أما إذا كان مجهولين فيرجع ذلك لمؤسسة حماية الطفولة إذن فالتراضي الذي يطلب ليتطابق مع إرادة الكفيل يتمثل في شكل قبول ويعتبر محل الكفالة [4] وقد يكون طرفي العقد الأبوين أو مؤسسات حماية الطفولة .

أ/ الأبوين: وذلك في حالة تنازل الأبوين عن طفلهما القاصر شخص آخر ليتكفل به وقد نصت المادة 117 من قانون الأسرة على يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة ،أوأمام الموثق و أن تتم برضا من له أبوين ، وبذلك نتصور حالتين للتنازل عن الإبن القاصر للكفيل.[5]

---

[1] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، د م ج الجزائر،ط1998 ، ص 48.

[2] فريدة محمدي ، مقال بعنوان مدى تعارض مرسوم 24/92 مع مبادئ الشريعة الإسلامية ،مرجع سابق ،ص 70 .

[3] المادة 116 من قانون الأسرة .

[4] الغوثي بن ملحة قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، د م ج الجزائر ،ط02،2008،ص 169.

[5] لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومة ، ج1 ، ط02 ،1998،ص 36 .

-الحالة الأولى : زوج قد يرزقهم الله أولادا غير أن الظروف الاجتماعية والمادية لا تمكنهم من التكفل بهم ، وهنا قد يبدئ الكفيل رغبته بمساعدة تلك الأسرة بأن يتكفل لها بأحد الأبناء.

-الحالة الثانية : أن يقوم الأبوين بتقديم القاصر للكافل وذلك نظرا أن هذا الأخير لا يقدر على الإنجاب فيشفق أهل القاصر عليه ويمنحونه ، ابنهم ليكفله .

ب/ مؤسسات حماية الطفولة :

هي تلك المؤسسات التي تتولى مهام وإيواء وتربية الأيتام أو مجهولي الأبوين وسنعرف اليتيم ثم اللقيط .

1.تعريف اليتيم :

تعريف اليتيم لغة : جذر كلمة يتم ويقولون لكل منفرد يتيم ،واليتيم من الناس من قبل الأب أي من فقد أباه ، اليتم الإنفراد واليتيم ، الفرد واليتم فقدان الأب وفي البهائم من قبل الأم وقيل أصل اليتم الغفلة وبه سمي يتيما ،لأنه يتغافل عن بره.[1]

وفي التعريف الاصطلاحي :

اليتيم هو الصغير الذي فقد أباه وهو دون سن البلوغ .[2]

وعرفه ابن تيمية هو الصغير الذي فقد أباه.[3]

2.تعريف اللقيط :

عرفه الحنفية : اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة ،أو فرارا من تهمة الزنا .

عرفه الشافعية: طفل ينبذ بنحو الشارع لا يعرف له مدع ، وطفل باعتبار الغالب وإلا فقد يكون صغيرا مميزا.

عرفه المالكية : صغير آدمي لا يعرف أبوه ولا رقه.

عرفه الحنابلة : طفل لا يعرف نسبه ولا رقه ، نبذ أو ضل عن الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز.[4]

---

[1] ابن فارس ، أبو الحسن أحمد ، معجم مقاييس اللغة ، مرجع سابق ، ص 157.

[2] الجزري أبو السعادات المبارك بن محمد ، النهاية في غريب الحديث ،مرجع سابق ، ص 291 .

[3] ابن تيمية ، مجموع فتاوى ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، دار ابن حزم ، بيروت ،ط01 ،2000 ص 108

[4]أبو حامد الغزالي ،إحياء علوم الدين ،ط01 ،دار الرشاد الحديثة ،مصر ، ص 436 .

فكل هذه التعاريف تتفق على أن اللقيط صغير لا يعرف نسبه .

وعليه فهذه الفئة من المواطنين هم أبرياء لابد على المجتمع التكفل بهم،وتنشأ لهم أغلب الدول مراكز مخصصة لإيوائهم وتربيتهم ،وهذه المؤسسات هي صاحبة الولاية على أولئك الأطفال، وتتمتع بشخصية قانونية ولها صلاحية التعاقد مع الكافل وبالتالي تعد الطرف الثاني في عقد الكفالة ،والرضا المشروط لانعقاد العقد يبحث فيه من خلال مديرها الذي يتصرف باسمها ، والقانون هو الذي يحدد صلاحية المؤسسة ومجال تصرفها ،بأن يقدم أحد الأطفال إلى الكفيل كل ما توافرت الظروف الواجبة فيه وتحت إجراءات قانونية محددة من قبل المؤسسة المذكورة أعلاه ،والتي تباشر صلاحياتها تحت مسؤولية الوالي الذي توجد بدائرة اختصاص ولايته، بحيث تتنازل عن طفل ما داخل تلك المؤسسة لصالح الكافل، بعد إعلان إرادته بذلك ، ويتم تطابق الإرادتين الكافل من جهة ومدير المؤسسة نيابة عن الوالي من جهة أخرى ، والمؤسسة دو رها تسليم الطفل المراد كفالته وشهادة تثبت تسلمه .

بعد تحديد طرفي العقد الكفالة فلا بد أن تكون له الأهلية و تكون إرادتهم خالية من كل العيوب وهذا ما سنتطرق له :

ثانيا الأهلية : باعتبار أن الرضا ركن في العقد فتخلفه يؤدي إلى انهيار العقد وهذا ما يستوجب أن من صدر منه الرضا ممتعا بالأهلية وهذه الأخيرة تكون خالية من العيوب وهذه الأهلية تختلف من الكافل عن المكفول .

1-**أهلية الكافل** : فلابد أن تكون له أهلية الأداء ،و إذا كان قد بلغ سن الرشد وعيبت إرادته بالعته أو الجنون فينص القانون على وجوب الحجر عليه، فإذا ما أبرم عقد الكفالة بعد الحكم بالحجر فإن تصرفه باطل بطلانا مطلقا ،أما إذا ما أبرمه قبل الحكم عليه بالحجر يعتبر صحيحا إلا إذا كان الجنون أو العته ظاهرا ومتفشى فيعتبر باطلا .[1]

والسؤال المطروح في ما إذا تصرف بموجب عقد الكفالة ولم يكن الجنون والعته ظاهرا ومتفشيا وهل يكون نافذا في حقه خاصة أنه مبني عن القيام بشؤون قاصر.

إن فقهاء الشريعة اعتبرت أن المعتوه يعد كالمجنون وتصرفاته باطلة بطلانا مطلقا لكن إذا كان مميزا تكون تصرفاته قابلة للإبطال ، غير أن الكافل رغم هذا التمييز إلا أن عقد

[1] المادة 101 ، قانون الأسرة .

الكفالة بالنسبة له ضارا ضررا محضا ولا يجب أن يبرمه حتى ولو كان راشدا وأصابته عوارض الأهلية سواء التي تعدمها أو تنقص منها ذلك أن أهلية التبرع هي بلوغ سن الرشد وهو 19 سنة كاملة ولا يشوبها أي عيب ، وسنرى عيوب الإرادة .

ب- عيوب الإرادة : وهي أن يقع الكافل في أحد العيوب التي ذكرها القانون هي : الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال وتسري على عيوب الرضا في الكفالة القواعد العامة.[1]و هذه العيوب :

- الغلط : نصت م 81 مدني جزائري على أنه " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله " .

وإذن فتشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة ويجعل العقد قابلا "للإبطال أن يكون جوهريا وقد تولت م 82 ق مدني جزائري لتعريف الغلط الجوهري بقولها " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا للظروف التي ابرم فيها العقد ولحسن النية الذي يجب أن يسود التعاقد أو إذا وقع في ذات المتعاقد وفي صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .[2]

فإذا ما وقع الكافل في غلط جوهري عند إبرامه لعقد الكفالة كأن يكفل ذكرا ويكتشف أنها أنثى أو إذا أراد الكافل أن يكفل إبن عائلة معينة ليرفع الغبن عن والديه فيبرم العقد مع شخص ولكنه يكتشف أنه وقع في غلط في صفة من تعاقد معه أو في ذات المكفول.

وبالرجوع إلى القواعد العامة إذا كان الغلط جوهريا أي لو علم به المتعاقد لما أبرم العقد يكون قابلا للإبطال .

- التدليس : تنص م 86 م ج على التدليس بقولها :"يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني لعقد ، ويعتبر تدليسا السكوت عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة .

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ص 82 .

[2] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ،ص 56.

فالتدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد.[1] ويقع الكافل في التدليس من قبل والدي القاصر حتى يمكنهم التكفل بابنهم وذلك باستعمالهم طرقا احتيالية ويمكنه طبقا للقواعد العامة أن يطلب إبطال العقد [2]

الطرف الثاني المكفول :

1-فيما يخص الأهلية وعوارضها وسندرس :

أ-أهلية والدي الطفل : مادام هؤلاء يعدون طرفا في العقد فيجب أن يكون لهم فقط أهلية التمييز ذلك أن العقد نافعا لهم نفعا محضا ومجرد التمييز كافي للحصول على قبول والدي الطفل وذلك نظرا لاشتراط مصلحة المكفول أكثر من والديه فمصلحة الطفل المكفول قد تكون مع الكافل أحسن إذا كان ماديا واجتماعيا أهلا للتكفل به .

ب- أهلية مجهول النسب: بالنسبة لمجهول النسب هناك حالتين :

أولا: إذا كان معلوم الأم فيشترط القانون ، صراحة قبول الأم التي تتكفل بابنها القاصر من قبل الكافل، وفي هذه الحالة، يشترط المشرع أهلية التمييز وينظر القاضي إلى مصلحة المكفول .

ثانيا : إذا كان مجهول الأبوين ،ففي هذه الحالة لا تطرح الإشكال لأن مؤسسات حماية الطفولة لها الأهلية الكاملة والمدير هو يمثل هذه الهيئة .

-أما بالنسبة لعيوب الرضا قد يقع الطرف الثاني في العقد في أي عيب من عيوب الإرادة وذلك يكون من الكافل للقيام بولدهم القاصر.

- الغلط :فإذا كان هناك غلط جوهري في صفة الكافل أو في شخصيته فيمكن لهم إبطال العقد خاصة وأن ما ينصب عليه العقد هو العناية والقيام بقاصر، وبالتالي فأي غلط جوهري لو لاه لما أبرم الكافل العقد سواء أكان والدي القاصر إذا كان معلومين أو أمه إذا كانت معلومة أو مدير المؤسسة فلهم إبطال هذا العقد ،لوقوعهم في غلط جوهري ومثاله التحريات التي تقوم بها مؤسسات حماية الطفو لة قبل تقديم القاصر للكافل إذ يقع في غلط شخص الكافل ظنا منها انه شخص آخر وتمنح له القاصر وبعد اكتشاف أن التحريات كانت لشخص آخر وليس الكافل بالذات في هذه الحالة يمكنها إبطال عقد الكفالة وللقاضي

[1] المرجع نفسه ، ص 60 .

[2] الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،مرجع سابق ، ص 148 .

تقدير الأسباب التي اعتمدوا عليها كل من الطرفين مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة القاصر.[1]

2- التدليس : وهي أن يستعمل الكافل طرق احتيالية ليقنع والدي القاصر أو أم القاصر أو مدير مؤسسة حماية الطفولة لكي يأخذ طفلا قاصرا ليتكفل به وذلك بالاعتماد على صفة كاذبة أو معلومة مزيفة أو غيرها، فتعتبر إرادتهم معيبة ولهم بعد اكتشاف التدليس طلب إبطال العقد ويبقى دائما للقاضي تقدير ذلك .

3-الإكراه : قد يقع والدي القاصر أو أمه في إكراه سواء كان ماديا بالعنف أو الضرب أو غيرهما من الاعتداءات أو المعنوية كالتهديد ، كتهديد إمرأة من قبل شخص آخر على أن يفشي سر طفلها غير الشرعي إذا لم تسلمه له وتقبل كفالته له، كل هذه العيوب سواء التي تصيب الأهلية أو الرضا تجعل من عقد الكفالة باطلا أو قابلا للإبطال ومن له مصلحة في ذلك أن يرفع أمره للقاضي وعلى القاضي فحص كل الإدعاءات والدفوع حتى لا يكون عقد الكفالة مصدر عقود متخوف من إبرامها ،خاصة بوجود قصر لقطاء ويتامى كثيرون أوجد المشرع الجزائري هذا العقد لحمايتهم أكثر والحفاظ على حسن تربيتهم وعلى رفع الحزن والأسى عنهم وقد أصاب المشرع الجزائري في وضع بديل للتبني وهي الكفالة وإخضاعه لإجراءات قانونية صارمة وإنشاؤها يكون في الوسط القضائي سواء كان ذلك أمام القاضي أو الموثق.[2]

الفرع الثاني : المحل

محل العقد هو الالتزام الذي يترتب عليه إما بإعطاء وإما بفعل وإما بإمتناع ويشترط في المحل ثلاثة شروط كما يظهر من نصوص المواد من 92 إلى 96 وهي :

- أن يكون موجودا عند إبرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل.
- أن يكون معنيا أو قابلا للتعيين.[3]
- وأن يكون مشروعا .

---

[1] علي علي سليمان،النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق ، ص 81 .

[2] لحسن بن الشيخ آث ملويا ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 37 .

[3] علي علي سليمان ،النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري،مرجع سابق ، ص 70 .

ومحل عقد الكفالة المنصوص عليه في قانون الأسرة لايخرج عن هذه القواعد ويمكن في تقديم العناية والرعاية والإنفاق على القاصر دون مقابل وذلك على سبيل الإحسان والتي وجدت كبديل للتبني وهذا ما كرسته الشريعة الإسلامية لرعاية اليتامى واللقطاء وهذا ما تؤكده المادة 116 من قانون الأسرة بقولها ، الكفالة التزام على وجه التبرع ويفهم من هذا النص أن عقد الكفالة مبنيا على العناية بالقاصر والإنفاق عليه ،وهو التزام الكافل ومحل عقد الكفالة هو التزام الكافل بالقيام بالقاصر وشؤونه والتزام أهل المكفول أو المؤسسة بتسليم القاصر.[1]

الفرع الثالث : السبب :

السبب هو الباعث والدافع الذي دفع المتعاقد لإبرام العقد [2]

والسبب في عقد الكفالة هو نية التبرع و الباعث الذي دفع الكافل هو أخذ القاصر والالتزام برعايته والنفقة عليه والعناية به ومعناه هو نية الإحسان والتبرع .

ولابد أن يكون السبب مشروعا وهو نية القيام بالقاصر وتربيته وضعه في مرتبة إبنه الشرعي في المعاملة وقد يكون السبب غير مشروع كأن تكون كفالة البنت لاستغلالها في البغي أو الدعارة .

الفرع الرابع :مكانة الشكل في عقد الكفالة :

الأصل في العقود الرضائية ويقوم ذلك بتوافق وتطابق الإرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية على عاتق كل منهما ،فإذا ما ألزم المشرع على أطراف العقد وردوده في شكل معين حتى تكون لهاتين الإرادتين آثارهما ،وبالتالي أن يصبح العقد منتج آثاره وهو الاستثناء الوارد على الأصل القائم على مبدأ سلطان الإرادة والشكلية تتضمن في الأصل صفات تختلف كل منها عن الأخرى في الآثار فقد تكون الشكلية المطلوبة للانعقاد ومعنى ذلك أن تكون الشكلية ركن في العقد وانعدامها يعرض العقد للبطلان مثالها التصرف في العقارات بالبيع مثلا فتخلف الشكلية في عقد البيع يؤدي بالعقد إلى عدم الوجود .

–وقد تكون الشكلية المطلوبة للإثبات فقط أي ما يفيد أن العقد قائم دون الشكلية وعند النزاع فيه فلا يثبت إلا بتلك الشكلية المطلوبة أي شكلية إثبات الالتزام وقانون الأسرة لم

---

[1] الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ،مرجع سابق ، ص 71.

[2] علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ،مرجع سابق ، ص 75 .

يتضمن في أحكامه بطلان عقد الكفالة إذا لم يصدر في شكل معين لأن الشكلية المطلوبة للانعقاد تعرض انعدامها للبطلان و لا يتحقق ذلك إلا بنص صريح فبالرجوع نص المادة 116 من قانون الأسرة فقد ورد فيها " ويتم بعقد شرعي " فماذا يقصد الشرعي الذي لاوجود له في إطار القانون ذلك أن هذا الأخير تكلم عن العقود الرسمية وأشكال رسمية طبقا للمواد 324 و324 مكرر 01 وما يليها من القانون المدني نجد أنه ينص دائما إذا ما تعلق الأمر بإفراغ العقد المبرم في شكل معين إلى مصطلح العقد الرسمي أو الشكل الرسمي المطلوب، غير أن مصطلح الشرعي يطرح جدلا كبيرا لأن عقد الكفالة ليس من أركانه الشكلية أي إفراغ العقد في قالب رسمي لأن المتصفح لقانون الأسرة في المواد من 116 إلى 125 الخاصة بالكفالة لم يعرض عدم إفراغ عقد الكفالة في شكل رسمي إلى البطلان أي جزاء لتخلف الشكلية يعرض العقد للبطلان .

مما يفهم منه أن العقد الشرعي ليس العقد الرسمي وبالتالي الشكلية المطلوبة ليست للانعقاد ماذا عن اعتبارها للإثبات ؟

وهذا أيضا يثير الحيرة والدهشة لأن اعتبارها كذلك تصبح عبارة عقد شرعي دون مبرر نظرا لأن نص م 117 من قانون الأسرة الموالية وهي قاعدة آمرة جاءت بصيغة الوجوب على أنه " يجب أن تحرر الكفالة أمام المحكمة أو أمام موثق مما ويضفي لها إلزامية وجود هذا السند لإثبات قيام الكافل بتكفل بالمكفول وذلك بقولها " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو الموثق "فالهدف الأساسي من هذا النص هو حماية المكفول بالدرجة الأولى لأنه في مركز المتعامل فيه ومن هذا نستبعد اعتبار العقد الشرعي هو الإثبات .

فماذا أراد المشرع بهذا المصطلح ؟

الرأي أن المشرع أراد أن يضفي على هذا العقد الشرعية الدينية و مؤداه أن التكفل بقاصر بالعناية به وتربيته وخالصة أن الكافل تكون له حقوق عليه ويستفيد من ما قد يعود للقاصر من منح عائلة [أن يكون حسب شرع الله]ولأن تكون لهذه الكفالة قداسة التدبير الذي كرسه من شأنه وهي رعاية اليتامى واللقطاء الذين لا ذنب لهم إلا أنهم وجدوا في هذا المجتمع دون رغبة لهم أو إرادة أو أنهم فقدوا أسرهم .

وأخيرا هو أن مصطلح العقد الشرعي الوارد في نص م 116 من قانون الأسرة هو تقديس وإضفاء الصيغة الدينية الإسلامية على العقد أو التصرف القانوني.[1]

[1]بو عشة عقيلة ,مذكرة نهاية تخرج ,الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية ,المدرسة العليا للقضاء ,2004,ص 15ا

المبحث الثاني : شروط الكفالة وإجراءاتها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

إن العقود تقوم على توافر أركانها والكفالة كغيرها من العقود تنشأ بوجود الأركان السابقة الذكر غير أن هذا يحتاج إلى جملة من الشروط الضرورية باعتباره عقدا ينصب على النفس أساسا وحتى يكون هذا العقد نافذا فلا بد له من شروط وهذه الأخيرة مطلوبة في الكافل من جهة والمكفول من جهة أخرى وإجراءات لابد من إتباعها لقيام هذا العقد وهذا ما سنتعرض له في هذا المبحث وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : شروط الكفالة في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري .

المطلب الثاني:إجراءات عقد الكفالة.

المطلب الأول : شروط الكفالة في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

بما أن عقد الكفالة يتم بين الكافل و المكفول فلابد أن تتوافر في الكافل و المكفول شروط و سنرى ذلك تباعا .

الفرع الأول :الشروط الواجب توافرها في الكافل

تكمن هذه الشروط فيما ورد في نص المادة 118 من قانون الأسرة على وجوب أن تتوفر في الكافل شروط وهي شرط الإسلام والعقل وقادرا على رعاية المكفول وسنرى ذلك تباعا :

أولا: أن يكون الكافل مسلما

قد أوجب قانون الأسرة شرط الإسلام على الكافل ، حتى يمكنه من أن يتكفل بالقاصر وأساس ذلك أن الكفالة ولاية على نفس المكفول ويتولى كل أموره لَّا يَتَّخِذِ ٱلْمُؤْمِنُونَ ٱلْكَـٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۖ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَلَيْسَ مِنَ ٱللَّهِ فِى شَىْءٍ إِلَّآ أَن تَتَّقُوا۟ مِنْهُمْ تُقَىٰةً ۗ وَيُحَذِّرُكُمُ ٱللَّهُ نَفْسَهُۥ ۗ وَإِلَى ٱللَّهِ ٱلْمَصِيرُ ﴿٢٨﴾ "".[1]

و قوله عز و جل " ٱلَّذِينَ يَتَّخِذُونَ ٱلْكَـٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۚ أَيَبْتَغُونَ عِندَهُمُ ٱلْعِزَّةَ فَإِنَّ ٱلْعِزَّةَ لِلَّهِ جَمِيعًا ﴿١٣٩﴾ ".[2]

[1] سورة آل عمران ، الآية 28 .

[2] سورة النساء الآية 139-140 .

وقوله تعالى " ٱلَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمْ فَإِن كَانَ لَكُمْ فَتْحٌ مِّنَ ٱللَّهِ قَالُوٓاْ أَلَمْ نَكُن مَّعَكُمْ وَإِن كَانَ لِلْكَٰفِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوٓاْ أَلَمْ نَسْتَحْوِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعْكُم مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۚ فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ۗ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴿١٤١﴾ .[1]

وما دامت الكفالة ترتكز أساسا على رعاية وتربية المكفول ،فإن الإسلام هو الديانة الفضلى في تربية الفرد وفي تكوين أخلاقه والأخلاق السامية تتضمن الصدق والأمانة وروح المسؤولية وهذه الصفة الأخيرة ،هي التي تجعل المكفول عندما يكون عند الكافل في مأمن من كل ما قد يتعرض له من ضرر نظرا لروح المسؤولية التي يتصف بها المسلم الكافل، وفي حالة اللقيط إذا وجد في دار الإسلام فيعتبر مسلما وللملتقط على اللقيط ولاية التربية، فيشتري له ما يلزمه ويدفعه إلى من يعلمه حرفه أو علما ،ويتكفل معه حيث انتقل وإذا أقر واحد بنسب اللقيط منه ثبت نسبه إليه ، مادامت شروط الإقرار مستوفاة ولو كان المقر غير مسلم، ولكن يستمر اللقيط مسلما بحكم الالتقاط.[2]

وما دامت الجزائر حسب الدستور ديانتها الإسلام فإذا وجد أي طفل لقيط فوق أرضها فيكون مسلما ويكتسب الجنسية الجزائرية طبقا للمادة 6 فقرة 1و2 من قانون الجنسية الجزائري باعتبارهم مجهولي الأبوين أو مجهول الأب .

ثانيا : أن يكون الكافل عاقلا

وهو شرط أساسي ذلك أن المعدوم عقله لا يمكنه التكفل بشؤونه ويحتاج لمن يرعاه فلا يمكنه أن يرعى غيره ،ويرجع مسألة العقل وتقديره لسلطة القاضي وما يتطلبه القاصر من رعاية وعناية وتربية فالطفل ذو 15 سنة ،يختلف عن القاصر حديث الولادة ويختلف عن طفل ذو 4 سنوات ،وتختلف حاجته للكافل في كل مرحلة من مراحل حياته .

[1] سورة النساء ، الآية 141.

[2] أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ،دار الفكر العربي ،بيروت ،ط3 ،1957، ص 468 .

ثالثا: شرط القدرة في الكافل

وهذا الشرط مفاده أن يكون الكافل قادرا ماديا ومعنويا على التكفل بالقاصر ،فأي عجز فأي عجز يكون الكافل مصاب به يمكن أن يقف حاجزا على كفالته للطفل القاصر ،كمن كان مصابا بعاهتين إذ يتعذر عليه التعبير عن إرادته [1]

وبالتالي لا يقدر أن يتكفل بالقاصر على أحسن وجه فمثاله شيخ وزوجته في عمر 70 سنة ،لا يمكنهم التكفل بطفل حديث الولادة أو عمره سنة ،أو 03 سنوات فهو غير ممكن نظرا لكبر سنهم، وعدم قدرتهم على مراقبته والعناية به لأنهم يحتاجون لرعاية من الغير نظرا لسنهم، وكذلك الحال بالنسبة للشخص المصاب بعجز جسماني لا يمكنه من القيام بالمكفول و لا يمكن معه التكفل بالقاصر وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في هذا الصدد بقولها " ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبنائها ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية "[2]

كما أن هناك من يضيف أن يكون الكافل أكبر سنا من الطفل المكفول وأن يكون ذا مال حتى يقوم بالإنفاق على المكفول ولا فرق أن يكون الكافل رجلا أو امرأة وإذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة يتعين موافقة الزوج الآخر.[3]

الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في المكفول :

من خلال المادتين 116 و119 من قانون الأسرة فإن هناك شرطين أساسيين يجب أن يتوفر القاصر المكفول حتى يكون محل عقد كفالة دون أن يحددهما المشرع بصفة دقيقة على القيام بصفته خاصة وأن المشرع لم يحدد سنا للمكفول .

وسنتناول ذلك :

أولا : أن يكون المكفول قاصرا.

ثانيا : أن لا يكون للمكفول شخص يرعاه .

---

[1] علي علي سليمان ،النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 52 .

[2] قرار رقم 32594 الصادر بتاريخ 1983/04/02 المجلة القضائية العدد 01 ،سنة 1989 ، ص 77،انظر الملحق رقم 2.

[3] الغوثي بن ملحة ،قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، مرجع سابق ، ص 169 .

أولا : أن يكون المكفول قاصرا

* بالرجوع إلى نص المادة 40 من القانون المدني جزائري في فقرتها الثانية التي تحدد سن الرشد المدني بـــ19 سنة كاملة ، مما يفهم منه بمفهوم المخالفة أن المكفول يكون سنه أقل من 19 سنة .

وبالنسبة للفقه الإسلامي :

تبدأ كفالة الطفل من السنة السابعة عند الشافعية والحنفية والحنابلة بالنسبة للذكر أما الأنثى فتبدأ من السنة التاسعة "[1]

– أما المالكية لا يفرقون بين الحضانة والكفالة حيث تبدأ من ولادة الطفل إلى أن يبلغ الذكر وتتزوج الأنثى.[2]

ثانيا : أن لا يكون للمكفول شخص يرعاه ، وهو أن المكفول ليسله من يقوم برعايته و العناية به أو له والدين لكن ليس لهم القدرة المادية أو المعنوية على رعاية الطفل المكفول، ولذلك لابد من التمييز بين حالتين :

أ – **القاصر معروف النسب** : أي أن الوالدين موجودين ورغم ذلك يضعانه في كفالة شخص آخر ويتنازلان عليه للكافل وهنا على القاضي ترجيح القدرة على رعاية المكفول بين والديه والشخص الكافل " [3].

ومع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة القاصر، وفي حالة وجود أحد الوالدين متوفي لسبب من الأسباب أو نزعت منه السلطة الأبوية أو الولاية على القاصر فحضور وقبول الوالد الآخر يكفي أما في حالة وفاة الأبوين أو كان فاقدا الأهلية لأي سبب من الأسباب فإن الرضا يكون ممن تولى أمر المكفول .[4]

ب– حالة القاصر مجهول النسب: هؤلاء هم اللقطاء وقد إهتم بهم المشرع وأخضعهم إلى الدولة التي تتكفل بأعباء رعياتهم وتربيتهم داخل مراكز خاصة، ورغم وجود هذه المراكز إلا أن الرعاية والتربية والعناية بهم لا ترقى إلى مستوى أحسن للصعوبات التي تواجهها هذه المؤسسات ماديا وبشريا ،ولذلك فكلما تأتي هناك فرصة للقيط لوضعه

---

[1] شمس الدين الدسوقي ، حاشية الدسوقي ،دار إحياء الكتب العربية ،مصر ،1966 ،جزء 02 ص 526 .

[2] شمس الدين الدسوقي ، نفس المرجع ، ص 526 .

[3] لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 37 .

[4] الغوثي بن ملحة ،قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، مرجع سابق ، ص 170

في أسرة تتكفل به وترعاه كان في محيط أحسن وعلى القاضي أن يتحرى عن الكافل ومدى قدرته على العناية بالقاصر المكفول .

المطلب الثاني : إجراءات انعقاد الكفالة :

يجب الإشارة إلى أنه توجد ثلاثة جهات متخصصة بتحرير عقد الكفالة داخليا، نجد حسب نص م 117 من قانون الأسرة على الموثق والقاضي.

وفي الخارج نجد القنصليات الجزائرية التي لها الحق في تحرير عقد الكفالة.[1]

كذلك يستوجب على طالب عقد الكفالة أن يرفق طلبه بوثائق محددة وفي حالة تخلفها يرفض طلبه.

الفرع الأول: الجهات المختصة بتلقي الطلب وإبرام عقد الكفالة كما سبق وأن أشرنا توجد ثلاث جهات مختصة:

1-الجهات القضائية.

2- مكاتب التوثيق.

3-مكاتب البعثات الدبلوماسية بالخارج.

1-**الجهات القضائية** : عملا بأحكام المادة 117 من قانون الأسرة فإن المحاكم هي المختصة بإبرام عقد الكفالة ،لأنها صاحبة الولاية العامة لنظر جميع القضايا المدنية فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إلى قاضي الأحوال الشخصية ،أو إلى رئيس المحكمة وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص .

تجدر الإشارة في هذا الأمر السالف الذكر أنه يمكن أن يكون أبوي الطفل المكفول معلومين كما يمكن أن يكونا مجهولين، ورئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصية عندما يتلقى الطلب يقوم بدراسة الملف جيدا، مراعيا توافر شروط إنعقاد الكفالة طبقا لأحكام قانون الأسرة.

مع مراعاة أنه طبقا للتعديل الجديد للقانون المدني في المادة 13 مكرر 01 فإن القاضي الجزائري بموجب قواعد الإسناد يمكن أن يصدر حكم، أو أمر بالكفالة طرفيه أجنبيين مقيمين على الإقليم الجزائري.

---

[1] نفس المرجع ، ص 170 و171 .

وذلك مراعيا للقانون الداخلي لكلا الطرفين الكافل والمكفول عند إبرام العقد ما إذا كان يسمحان بالكفالة أم لا .وعليه توسعت اختصاصات القاضي الداخلي بعد ما كانت مقتصرة على الأطراف الجزائرية فقط .

وعمليا يتطلب عقد الكفالة حضور جميع أطراف العقد، وإبداء رضا أبوي المكفول إن كانا على قيد الحياة ،زيادة على ذلك إحضار الشاهدين اللذان يثبتان سيرة طالب الكفالة وحسن سيرته والأمانة وإن كان من المستحسن أن ينتقل القاضي ويجري معاينة ميدانية لحالة طالبي الكفالة، قصد الإطلاع على النوايا التي أدت إلى طلب الكفالة ومدى استعدادهما لتحمل هذه المسؤولية وظروفهم المادية والاجتماعية.

والشيء الملاحظ إن الطلب المتعلق بالكفالة والتحقيق في المملكة المغربية أسندت إلى قاضي الأحداث ، بعد أن يقدم له الطلب مرفق بالوثائق حيث يعهد عملية البحث والتحري إلى لجنة خاصة ، تبحث وتحقق في حالة طالب الكفالة كما يمكن للقاضي أن يستدعي أي شخص يراه مقيدا لإيصاله إلى النتيجة وبعد صدور الأمر بإسناد الكفالة يتم التنفيذ وذلك بتحرير محضر تسليم الطفل المكفول إلى الشخص أو الجهة الكافلة وذلك بحضور ممثل النيابة العامة والسلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية.[1]

أما في الجزائر: فإنه بعد إصدار الأمر أو الحكم فإنه لاينفذ إلا بعد أن يصبح نهائيا وعملية التسليم تتم تلقائيا بين طالب الكفالة والشخص الذي كان عنده المكفول دون حضور النيابة أو تحرير محضر بالتسليم .

كما أنه تجدر الإشارة أ ن ما يفتقر إليه القضاء الجزائري هو عدم إسناد هذه المهمة إلى القاضي المختص بالأحداث الذي يتبع تنفيذ الكفالة، ويراقب مدى تنفيذ الكافل لإلتزامات الكفالة لاعتبار والمشرع أن المسألة مدينة ولمون قاضي الأحداث مختص بالجانب الجزائي فقط كما أنه من المفروض القيام بإجراء البحث في ذلك بواسطة النيابة العامة أو السلطة المختصة أو المساعدة الاجتماعية المؤهلة لذلك وتسجل الكفالة في عقد ميلاد الطفل المكفول.[2]

---

[1] لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 37.

[2] الغوثي بن ملحة ،قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ،مرجع سابق ، ص 172 .

- كما أن الاختصاص المحلي لعقد الكفالة في الجزائر محدد لموطن طالب الكفالة أو مكان تواجد المكفول إذا كان طالب الكفالة جزائري مقيم بالخارج .

2-**الموثق :** بموجب المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري فإنه يجوز للموثق بناء على طلب ذوي الشأن تحرير عقد الكفالة وذلك بعد إجراء تحقيق أمامه ومراعيا مدى توافر شروط الكفالة .

وعليه بمجرد تحرير هذا العقد تصبح له القوة التنفيذية مثل الحكم القضائي ولا يحتاج إلى المصادقة عليه من طرف القاضي مثل ما هو معمول به في تونس التي تطلب لنفاذ هذا العقد مصادقة الجهات القضائية.

3-البعثات الدبلوماسية : فيما يتعلق بالمهتمين بالخارج من الجالية الجزائرية إذ أن تقديم الطلب يكون من ذوي الشأن إلى رؤساء البعثات الدبلوماسية وهذه الأخيرة إما تقبل أو ترفض الطلب حسب توافر الشروط المطلوبة .

الفرع الثاني :الوثائق المطلوبة لعقد الكفالة

وبالنسبة للوثائق المطلوبة لعقد الكفالة فيجب التمييز بين القاصر المكفول مجهول النسب ومعلوم النسب .

أ/ القاصر مجهول النسب: يجب تقديم الوثائق التالية :

- طلب خطي .
- شهادة ميلاد القاصر المكفول.
- شهادة ميلاد الكافل.
- تصريح شرفي بعدم معرفة الأم الطبيعية.
- عقد زواج الكافل.
- كشف راتب الكافل وشهادة العمل.
- صورة لبطاقة التعريف الوطني للكافل وللشاهدين.
- طابع جبائي.

ب- القاصر معلوم النسب : يجب تقديم الوثائق التالية

- طلب خطي .
- شهادة ميلاد القاصر المكفول.

- تصريح شرفي لأبوي المكفول بتنازلهما عن الكفالة ابنهما إلى شخص ما.
- شهادة ميلاد الكافل وشهادة عمل وكشف الراتب.
- عقد زواج الكافل.
- صورة لبطاقة التعريف الوطنية للكافل وأبوي المكفول والشاهدين.
- الطابع الجبائي.
- شهادة عائلية للأبوين.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة للأشخاص القاطنين بالمهجر إضافة إلى الوثائق المذكورة أعلاه يجب أن يتضمن.

الملف ما يلي :

- بحث اجتماعي موقع قانونا من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعينة .
- وصل أعباء أو عقد الملكية.
- نسخة من بطاقة القنصلية.

تـــــعرفـــــنا في هذا الفصل عن مفهوم الكفالة ،و أهم خصائصها في الفقه الإسلامي و إلى أركان الكفالة من تراضي و محل و سبب، ثم تعرفنا على مكانة الشكل في عقد الكفالة ثم تناولنا شروط الكفالة في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

هذا ما يمكن قوله بالنسبة لمفهوم الكفالة وإجراءاتها وسننتقل في فصل ثان لندرس آثار الكفالة وانقضائها .

الفصل الثاني

آثار الكفالة وإنقضائها في الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري

تمهيد وتقسيم :

إن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا معينا لتحرير عقد الكفالة ، حتى يحدد فيه مضمونها ، بل تركها للسلطة التقديرية للقاضي ،وكل حسب فهمه للنصوص ،ولا يوجد عناصر لعقد الكفالة التي بمقتضاها يلتزم الكافل بها وتحمي حقوق المكفول ، ومن الأجدر أن تحدد الالتزامات والحقوق المقررة قانونا وشرعا للكافل ،وما يلزم وما يحق للمكفول في عقد الكفالة هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن المشرع عدد عدة أوجه للالتزامات والحقوق مثل واجب النفقة وواجب التربية ،والرعاية قيام الأب لأبنه ، ثم ذكر في المادة 121 من قانون الأسرة أن الكفالة تخول للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية إذ إعتبرها كأثر من آثار الكفالة .

وتنجر عن عقد الكفالة آثار بالنسبة للكافل والمكفول وهذا ما سنراه في المبحث الأول أما في المبحث الثاني فسنرى إنقضاء عقد الكفالة وسنحاول تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : آثار عقد الكفالة في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

المبحث الثاني : إنقضاء عقد الكفالة الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

المبحث الأول : آثار عقد الكفالة في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

بمجرد أن يقوم عقد الكفالة بكل أركانه وتتوافر كل شروطه التي حددها القانون تقوم الكفالة صحيحة ،وتكون صالحة لتنتج آثارها القانونية في مواجهة الكافل الملزم بها وكذلك بالنسبة للمكفول .

إذ يخلق عقد الكفالة وضعية قانونية بالنسبة للكافل وللمكفول على حد سواء.

و هذا ما سندرسه في هذا المبحث ،حيث سنرى آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل وبالنسبة للمكفول.

وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في المطلب الأول آثار الكفالة بالنسبة للكافل.

والمطلب الثاني آثار الكفالة بالنسبة للمكفول .

المطلب الأول : أثار الكفالة بالنسبة للكافل

إن عقد الكفالة بالنسبة للكافل يعتبر مصدر إلتزامه، ذلك أن نية الكافل في هذا العقد إتجهت إلى التبرع والإلتزام بالقيام بالقاصر من كل نواحي حياته وإعتباره كولده الشرعي وذلك من تربية وتعليم ونفقة، وإدارة أموال المكفول المكتسبة من الإرث أو الوصية أو الهبة من جهة ومن جهة أخرى يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله ،في حدود الثلث .

ونتعرض في هذا المطلب إلى الولاية القانونية على المكفول وسنتطرق إلى :

الولاية على نفس المكفول في فرع أول و الولاية على مال المكفول في فرع ثان و التبرع للمكفول بالمال في حدود الثلث في فرع ثالث .

الفرع الأول : الولاية على نفس المكفول

تخول الكفالة للكافل جميع السلطات التي يتمتع بها الأبوان على الطفل ،فيعد في مرتبة أبيه وعلى ذلك تكون له الولاية على النفس المكفول .

تتمثل الولاية على النفس في أمرين وهما ولاية الحفظ وولاية النكاح :

أولا: ولاية الحفظ والتربية :هي وظيفة الحاضن للصغير يرعاه ويقوم بما يحتاجه ،وتبدأ مرحلة الحفظ وتجاوز الصغير سن الحضانة ،ويرى الفقهاء أن مرحلة الحضانة تنتهي بالنظر إلى الغلام ببلوغه حدا يستقل فيه بخدمة نفسه ،بأن يأكل وحده ويلبس وحده

ويغتسل وحده وقدرت السن التي يبلغ فيها الغلام هذه المرحلة بسبع سنين وهناك من يقدرها بتسع سنين وهو الأقرب وهو الأمر نفسه بالنسبة للأنثى.[1]

وتعتمد ولاية النفس على إتمام تربية الطفل التي بدأت الحضانة وكذا المحافظة مع الصون بعد البلوغ وتولي عقد الزواج لمن كان منهم قاصرا .

ومن خلال نص المادة 121 قانون الأسرة التي تنص على " تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي ".

نستخلص أن الولاية تنصب على القيام بشؤون المكفول من رعاية وعناية صحية وتعليم وتربية ونفقة وهو ما سنتعرض له .

أ/ النفقة : قبل منح الكفالة لشخص الكافل يتأكد القاضي أو الموثق من أن ذمة الكافل مليئة وذلك بتقديم ما يثبت ذلك من كشف للراتب أوما يثبت ثراءه حتى يمكنه التكفل بالقاصر وبالتالي فإن أول ما يلتزم به الكافل من جراء عقد الكفالة هو النفقة على المكفول وهذا ما نصت عليه المادة 116 من قانون الأسرة بقولها " أن الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة ..... "

وتشمل النفقة حسب القانون ذاته الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة[2].

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها حيث جاء فيه انه "يجب على الكافل القيام بالانفاق على الولد المكفول و تربيته و رعايته قيام الاب بابنه باعتباره وليا قانونيا ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة" .[3]

فإذا كان للقاصر مال فتكون النفقة من ماله وإن لم يكن له مال فإن نفقته تقع على الكافل ويتصرف هذا الأخير تصرف الرجل الحريص .

غير أن عقد الكفالة أساسه التزام الكافل بالنفقة على المكفول لوجود نية التبرع لديه ويرى جمهور الفقهاء أنه إذا لم يتمكن الكافل من الإنفاق على المكفول فإنه يستعين بالحاكم أو ببيت مال المسلمين [4].

---

[1] لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 33 .

[2] المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري .

[3] م ،ع،غ ،أ،ش ، 2006/12/13،ملف رقم369032 ، م ق عدد 2 سنة 2007،انظر الملحق رقم 2

[4] محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام،مرجع سابق،ص 711.

ب/ التربية والعناية بالمكفول : وهي تلقين المكفول قواعد التربية ويشبعه بالأخلاق توجيه المكفول في كل م راحل حياته لتحديد مساره ، والعناية هي تكفل بالجوانب الحياتية للمكفول وذلك بتتبع الحالة الصحيحة وسلامة جسده وعقله .

وننهي إلى أن الولاية على نفس المكفول تتجسد في النفقة والعناية والتربية والتعليم وتعتبر كل هذه إلتزامات واقعة على الكافل بموجب عقد الكفالة وهو مجبر أن يؤديها وذلك بكل حرص لأن عدم العناية به تجره إلى المسؤولية المدنية عن أخطاء وأفعال المكفول التي تلحق أضرار بالغير هذا حسب نص م 134 من القانون المدني الجزائري .

2/**ولاية النكاح** : مناط هذه الولاية البكارة في الأنثى والصغر في الغلام ،والجنون فيهما غير أن الولي أو الكفيل سوءا كان أبا أو جدا أوغيره ،لا يجوز له أن يجبر من ولايته على الزواج و لا يزوج من كانت تحت ولايته دون موافقتها .

الفرع الثاني : الولاية على مال المكفول :

هي الولاية في الأمور المالية التي تعود على الصغير بالنفع من سائر التصرفات

ويرى المالكية أن الولاية على مال الصغير للأب ،ثم للوصي ولا ولاية للجد مطلقا وبالتالي لا يكون له وصاية على الصغير وإذا عين القاضي الجد وصيا على ابن ابنه يكون وصيا من طرف القاضي ويستمد سلطته منه .[1]

وإذا منح القاضي الولاية للجد أو غيره ،فإن الولي أو الكافل في حالة الكفالة يستمد سلطته من القاضي ويخضع في تصرفاته لأحكام القانون الذي يطبقه .

وقد اتفق جميع الفقهاء على تقديم الأب في الولاية لأنه أكثر شفقة على ولده وأوفر عطفا وولايته ثابتة بحكم الشرع ويستمد سلطته من الشارع ،ولا يستطيع القاضي أن يسلبها منه إ لا إذا طرأ عليه ما يقضي ذلك ويستوجبه .

ولقد جعلت المادة 87 من قانون الأسرة حق الولاية للأب على أبنائه القصر وبعد وفاته تحل محله الأم .

غير أنه يجوز للأب أن يتنازل عن ولاية إبنه لشخص آخر كالجد أو غيره من الأقارب بشرط أن يكون ذلك برضا الابن محل الكفالة طبقا للمادة 117 من قانون الأسرة [2].

---

[1] الدسوقي ،حاشية الدسوقي ، المرجع السابق ، ج2 ، ص 206 .

[2] لحسن بن الشيخ آث ملويا ،المنقى في قضاء الأحوال الشخصية،مرجع سابق ، ص 37 .

وعملا بأحكام المادة 122 من قانون الأسرة يدير الكافل أموال القاصر المكفول التي قد تدخل في ذمته سواء من أبويه أو من أي شخص آخر وذلك إما بالهبة أو الوصية أو الميراث[1] .

ويرى الفقه الإسلامي أنه لا يجب أن يتصرف الكافل في أموال المكفول، لأن هذا الأخير حر وأهلا لأن يتملك، وما على الكافل إلا الحفاظ على هذه الأموال ولا ينفق منها شيئا إلا بإذن القاضي.[2]

لقد نص قانون الأسرة على أن للكافل الحق في المنح العائلية والدراسية الممنوحة للمكفول بأن يقبضها الكافل ،بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤولية ويقوم برعايته كما نجد أن قانون الضمان الاجتماعي يجعل المكفول من ذوي الحقوق طبقا لنص المادة 67 من قانون 11/83 والمعدلة والمتممة بالمادة 30 من الأمر 17/96 هذا ما يتماشى مع قانون الأسرة.[3]

وللكافل صلاحيات خولها له القانون فيتبين من خلاله أنه لا فرق بين الولي والوصي والمقدم والكافل من حيث الصلاحيات المخولة لهم في إطار النيابة الشريعة [4].

بل يتمتعون بنفس الصلاحيات المحددة ضمن المواد من 88-89-90 قانونا أسرة ،فعلى الكافل أن يتولى في كل حالات إدارة أموال المكفول إدارة الرجل الحريص فيراعي مصلحة المكفول في كل تصرف يقوم به مقتديا في ذلك بسلوك الرجل الحكيم والحذر على مصالحه واليقظ غير المهمل أو غير المبالي لشؤونه ويكون مسؤولا عما يقوم به من تصرفات طبقا للقواعد العامة للمسؤولية ، فيسأل مدنيا عن كل تقصير أو رعونة أو لامبالاة صدرت منه بمناسبة إدارته أموال المناب عنه وقد يسأل جزائيا .

وباستثناء التصرفات المذكورة حصريا في المادة 88 من قانون الأسرة والتي تخضع للإذن القاضي المسبق ،حيث نصت على أن الولي يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية .

---

[1] الغوثي بن ملحة،قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، مرجع سابق ، ص 174 .

[2] أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ص 401 .

[3] قانون الضمان الاجتماعي نصوص تشريعية وتنظيمه ، المعهد الوطني للعمل،2008،الجزائر ، ص 310 .

[4] علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر،الجزائر ،ط1،2011، ص 234 .

1- بيع العقار ،وقسمته ، ورهينة وإجراء المصالحة.

2-بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض والاقتراض أو المساهمة في الشركة.

4-إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد " نهاية المادة.

وأما أعمال التبرع فلا يستطيع أن يقوم بها الكافل .

- **الفرع الثالث : التبرع للمكفول بحدود الثلث :**

إذا كانت الكفالة تعطي للكافل الولاية القانونية على المكفول، وتجعله بمثابة الأب له فلهذا لا يعني أنها ترتب نفس الآثار بين الأبناء الأصليين وأبائهم فتخول له الهبة والوصية .

وقد عرف ابن عابدين الوصية على أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع.

وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

ففي الكتاب يقول تعالى " كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾ "[1]

ويقول جل شأنه " مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴿١١﴾ "[2]

في السنة روى أحمد والترمذي وأبو داود وابن ماجه عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة لثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار "ضعيف ،أبي داوود 2867 .

وقد نصت المادة 123 من قانون الأسرة على أنه يجوز للكافل الوصية في حدود الثلث .

وبمعنى المخالفة أنه لايرث من المكفول لعدم ثبوت النسب ،لأنه يحتفظ بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب بل أعطاه المشرع بديل عن الإرث وهو الوصية، ومازاد عن الثلث فهو باطل إلا إذا أجازه الورثه ،وعليه فإن للكافل إذن حق التبرع فقط للمكفول لأنه لا تنشا حقوقا ميراثية بموجب عقد الكفالة وهو الشيء الذي أقرته الشريعة الإسلامية.

---

[1] سورة البقرة الآية 180 .

[2] سورة النسا ء الآية 11 .

وبالرجوع إلى أحكام الوصية فإنها تجيز للموصي أن يوصي في حدود الثلث وباعتبارها تمليكا مضافا إلى مابعد الموت بطريق التبرع وعليه لإثبات الوصية في حالة نزاع الورثة مع الكافل فإنه يجب إثبات أحكام الوصية [1]

وتطبيق نفس أحكام الهبة في الوصية الحالية .

وقد عرف الفقه الإسلامي الهبة على النحو التالي :

عرفها المالكية ،الهبة تمليك من له التبرع ذاتا شرعا بلا عوض لأهل بصيغة أو يدل عليه.[2]

وعرف الشافعية الهبة ، تمليك عين بلا عوض حال الحياة تطوعا ".[3]

وعرفها الحنفية ،تمليك عين بغير شرط عوض في الحال.[4]

والملاحظ أن الفقه الإسلامي لم يحصر الهبة في الثلث كما فعل في الوصية في حين أن المشرع الجزائري حصر الهبة للمكفول في حدود الثلث حيث نص في المادة 123 من قانون الأسرة " يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بما له في حدود الثلث وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل زاد على الثلث إلا إذا أجازه الو رثه " وهذا يخالف نص المادة 205 من قانون الأسرة التي تجيز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جز ء منها علينا أو منفعة ".[5]

وعليه قد تكون للمشرع حكمة في تحديد نسبة3/1 في الهبة في أحكام الكفالة وممكن أن تكون تفاديا لكل نزاع مستقبلي ينشأ بين المكفول والورثة الشرعيين كونه بهذه الطريقة ممكن أن لايبقى شيء من أموال الكافل وبالتالي يحرمونه من الميراث.

---

[1] تنص المادة 191 من قانون الأسرة : تثبت الوصية :1-بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك 2-في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر بها على أصل هامش الملكية .

[2] محمد حسن محمد بدوي ، موانع الرجوع في الهبة ، دار الجامعة الإسكندرية ط11 ،2004 ، ص 21 .

[3] نفس المرجع ، ص 22 .

[4] ابن قدامة ،الإمام شمس الدين بن أبي عمر بن قدامه المقدسي،المغني والشرح الكبير ،دار الكتب العربي ،بيروت 1972،ص 38 .

[5] محمدي فريدة ، مدى تعارض الرسوم رقم 24/92 مع الشريعة الإسلامية ،مرجع سابق ص 72 .

و قد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرار حيث جاء فيهمن المقرر انه يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بحدود الثلث و عقد الهبة المبرم بين الكافل و المكفول يدخل ضمن عقود التبرع[1]

المطلب الثاني : آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول :

إن كل عقد ينتج آثاره بالنسبة لطرفي العقد غير أن عقد الكفالة باعتباره ملزما لطرف واحد وهو الكافل، فهو ينتج آثاره بالنسبة له وحده غير أن محل عقد الكفالة لا ينصب على منقول أو عقار، وإنما على القيام بقاصر وذلك بالنفقة عليه وتربيته ورعايته وبالتالي فإنه يؤثر مباشرة على محل العقد ويحمي القاصر من طمس شخصيته الحقيقية ونسبه وصيانة لقبه العائلي وانتمائه إلى أسرة معينة ،إذا كان معروف النسب وإن كان مجهول النسب فقد تصدى المشرع الجزائري بوضع قواعد لتنظيم حالة هذا القاصر وأيضا تفرض حمايته والحفاظ على وجوده وكيانه وما دام المكفول يتمتع بأهلية الوجوب أي صلاحيته لتحمل الالتزامات وكسب الحقوق فيمكن له بموجبها تلقي هيبة أو ميراثا أو وصية ومن خلال ما سبق لا يمنع ذلك من وجود بعض الآثار منها احتفاظ المكفول بنسبه ومنح لقب الكافل للمكفول وفق المرسوم التنفيذي رقم 24/92 .[2]

وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين أساسيين وهما :

-الفرع الأول : إحتفاظ المكفول بنسبه .

- الفرع الثاني : منح المكفول لقب الكافل.

الفرع الأول :إحتفاظ المكفول بنسبه

من بين آثار الكفالة بالنسبة للمكفول احتفاظه بنسبه الأصلي وهذا ما دعت إليه الشريعة الإسلامية لقوله تعالى " **أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند** الله " ومعنى ذلك احتفاظ المكفول بلقبه الأصلي إذا كان معروف النسب أما إذا كان مجهول النسب فإن قانون الحالة المدنية قد نظم لهؤلاء كيفية منحهم الإسم ولذلك سوف نتطرق لكل حالة على حدى للمكفول معروف النسب و للمكفول مجهول النسب .

---

[1] م ،ع،غ ،أ،ش ، 2011/5/12،ملف رقم620402 ، م ق عدد 2 سنة 2011 .ص 283

[2] المرسوم رقم 24/92 المؤرخ في 31 يناير 1992 يتم المرسوم رقم 157/71 المؤرخ في 03 يونيو 1971 والمتعلق بتغيير اللقب ، الجريدة الرسمية 1992 ، العدد 05 ص 138 .

أولا : المكفول معروف النسب :

وهي أن يكون للمكفول أبوين ويقومان بمنحه إلى شخص الكافل، الذي يتولى رعايته وتربيته وذلك لأي سبب كان ،وكذلك إذا كان المكفول معروف الأم، ففي كلتا الحالتين فإن قانون الأسرة وضمن أحكام الكفالة ،أعطى للقاصر المكفول حماية قانونية وذلك بأن يحتفظ بنسبه بأن يبقى حاملا للقب أبيه أو لقب أو اسم أمه.

وقد نصت المادة 120من قانون الاسرة " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية " .

وقد حمى المشرع القاصر المكفول معلوم النسب من تجريده من لقب أو اسم أبيه أو أمه وذلك بتجريم من جهة أولى التبني وفقا للمادة 46 من قانون الأسرة ومن جهة ثانية فرض في نص المادة 120 احتفاظ الولد بنسبه وهذا ما يجعل احتفاظ الطفل القاصر معلوم النسب بنسبه من النظام العام والتعدي على الأنساب الحقيقية يعد تعديا على النظام العام ويستوجب معه وقفه ، وقد عمل المشرع على تجريم هذه الأفعال في المواد 247 و250 من قانون العقوبات الجزائري .

ثانيا : المكفول مجهول النسب :

إن المكفول مجهول النسب حسب قانون الحالة المدنية يقدم إلى ضابطها ليوضع في المؤسسات المكلفة برعايته بعد أن يسجل ميلاده التقريبي ويعطي له اسم متكون من ثلاث أسماء آخرهم بعد اللقب ، وتطبيقا لنص المادة 120 من قانون الأسرة التي إهتمت فقط بمعلومي النسب وتركت مجهولي النسب لقانون الحالة المدنية وهذا الأخير نص في المادة 64 منه عدم منح مجهول النسب لقب معروف مهما كان حتى لا يكون اعتداء على نسب أي شخص.[1]

وبالنسبة لمجهول الأبوين فهنا لا يتمتع بأي لقب بينما الذي له أم معلومة فقد تمنح له لقبها ولها ذلك أي تجعل ابنها ينسب لها وقد أيد القضاء منح اسم مجهول النسب لقب الكافل حيث جاء قرار بتاريخ 2000/01/18 .[2] ، حيث ثبت من شهادة الشهود بأن

---

[1] علي فيلالي ، نظرية الحق ،مرجع سابق ، ص 242 .

[2] م ع غ أ ش ،18 /2000/01 ملف رقم 234949 ،إ ،ق ،غ ،أ ،ش ، ص 158 .

الزوجين المذكورين لم ينجبا وأن الطاعن قدم أمام القضاء الموضوع شاهدين ذاكرا بأن المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة سنة 1997 وبذلك فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف وبرفض الدعوى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشهود في إبطال عقد الميلاد وباعتباره عقدا رسميا ، أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا إقرارهم للقصور في السبب ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون .

وقد إعتبر المشرع الجزائري الإدعاء ببنوة الطفل سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب جريمة لأنها تتضمن تزييف النسب ويدخل ضمن التزوير في وثائق رسمية [1] وهو بصفة خاصة يمس النظام العام لأنه ينص على حالة الأشخاص إ لا أن المشرع تدخل بموجب المرسوم التنفيذي ليعدل ويخفف من حزم وشدة عدم إمكانية الطفل القاصر المكفول حمل لقب الكافل ، والذي كان قد نظمه المرسوم رقم 157/71 المتعلق بتغيير اللقب.[2]

الفرع الثاني : منح المكفول لقبه للكافل :

جاء المرسوم التنفيذي 24/92 ليتم المرسوم 157/71 المذكور أعلاه الذي كان ينظم تغيير اللقب بإتباع إجراءات محددة ،كلما توافرت الأسباب الجدية وعمل هذا المرسوم على الحفاظ على الأنساب وحمايتها وكرس الإجراءات لابد أن يتبعها من يريد تغيير اللقب ، وسنرى الإجراءات التي كرسها مرسوم 157/71 ثم الجديد الذي جاء به مرسوم 24/92 وذلك على النحو الآتي بيانه :

أولا: الإجراءات التي كرسها مرسوم 157/71

ثانيا: الإجراءات الجديدة التي جاء بها مرسوم 24/92

أولا: الإجراءات التي كرسها مرسوم 157/71

من خلال المرسوم التنفيذي رقم 157/71 المذكور أعلاه فقد كان لمن يريد تغيير لقبه إتباع الإجراءات التالية :

أ-يخول لمن يريد تغيير اللقب أن يكون له سبب جدي .

---

[1] الأستاذ عبد العزيزسعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة،د و م ج ،2010 ص 185 و186

[2] المرسوم رقم 71 ،157 ، المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق لـــ 03 يونيو 1971

ب-طلب التغيير ينشر في الجريدة حتى يمكن كل شخص له مصلحة ويرى اعتداء عليه باللقب الجديد أن يعترض .

ج- نشر المرسوم المتضمن لقب الجديد بالجريدة الرسمية حتى لا يكون له علاقة بأي لقب عائلي آخر ويكون له دفتر عائلي مستقل وعقود حالة مدنية خاصة به .

وبالتالي لم يتضمن أبدا أخذ المكفول لقب الكافل إلا أن تطور المجتمع والحالات التي ظهرت فيه جعلت المشرع جاء بتعديلات جديدة وفقا للمرسوم التنفيذي 24/92 .

ثانيا :الإجراءات الجديدة التي جاء بها مرسوم 24/92 .

جاء المر سوم التنفيذي 24/92 المذكور آنفا ليدخل تعديلات على المرسوم الصادر في سنة 1971 ،وذلك من خلال إدخال إضافة جديدة وطرق أخرى استثنائية على القواعد المحددة في المرسوم 71 /157 وتمثلت أساسا في إتاحة الكافل بموجب عقد الكفالة لقاصر مجهول النسب أو معلوم الأم بأن يتمتع بلقبه ، وذلك بأن يطلب إلحاق نسب المكفول لنسبه ومنحه لقبه ويكون ذلك أيضا بموجب عقد رسمي غير أنه حدد إجراءات استثنائية يمنح بها هذا اللقب .

وقبل البدء في إجراءات تغيير اللقب نلاحظ أن هذا المرسوم خلق جدلا فقهيا وقانونيا ،و انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض .

أ-الاتجاه المعارض على حمل المكفول اسم الكفيل ومن ضمن هذه الاتجاه الدكتورة دنداني ضاوية من خلال مقال نشرته في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية.[1]

ب- وأساس اعترافهما :

الأيتان 4و5 من سورة الأحزاب

ولقد ردت عليها الدكتورة محمدي زواوي فريدة في مقال نشرته في المجلة القضائية[2] قائلة " وألاحظ في هذا الصدد أن أهل التفسير قد أجمعوا على أن الآيتين قد نزلتا في زيد

---

[1] الدكتورة دنداني ضاوية ، التبني والكفالة، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية العدد 4 لسنة1993 ، ص 779 و مابعدها .

[2] الدكتورة محمدي زواوي ، فريدة مدى تعارض المرسوم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة ، مرجع سابق ص70.

بن حارثة فيجب أن تفسر في ضوء الحادثة التي نزلت فيها عن ابن شرعي معلوم الأب صحيح النسب [زيد بن حارثة] ضل عن أهله الذين فقدوه وهو صغير وليس من الحتمي أن ينسحب تفسير نص الآية إلى اللقيط وهو مجهول الأب بل هو مجهول النسب

ب-الاتجاه المؤيد على حمل المكفول اسم الكفيل:

لقد أيدت الدكتورة محمدي زواوي فريدة ذلك وقدمت عدة حجج في ذلك:

1/ يثير حمل الطفل لقبا مختلفا عن لقب الشخص الذي يكفله صعوبات كبيرة من حيث إدماج الطفل في المجتمع إذ يعلم في سن مبكرة بأنه لقيط مما يؤثر عليه نفسيا تأثيرا كبيرا ويشعر بنوع من التهميش ، وهذا يجعل الجهد الذي بذله الكفيل في التربية لا يحقق غايته.

2- جاء المرسوم 24/92 للحد من هذه السلبيات.

3-المادة 5 مكرر 1 من المرسوم 24/92 تقضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد وبهذا يمكن لكل ذي مصلحة معرفة أن اللقب المذكور في شهادة الميلاد ليس بلقبه الأصلي ولا يمكنه إخفاؤه عند إبرامه لعقد الزواج كما لا يمكنه استعماله بالنسبة للميراث.[1]

- لقد جاءت م01 من المرسوم التنفيذي 24/92 بالجديد من خلال أنها خولت للكافل إعطاء لقبه للمكفول إذا كان مجهول نسب الأب بنصها في فقرتها الثانية " كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة ، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب "

من خلال نص المادة يتضح أنه :

- ان يتقدم الكافل بموجب عقد كفالة ولد قاصر مجهول النسب .
- ان يكون الطلب بموجب عقد شرعي
- في حالة أن تكون الأم معلومة يجب موافقتها
- أن يقوم الكافل بتقديم الطلب بإسم المكفول ولمصلحته بدلا من المعنى بالأمر شخصيا

[1] نفس المرجع ، ص 72 .

– طلب الكافل يتضمن مطابقة لقب المكفول للقبه وهو خروج عن مرسوم 157/71 الذي يشترط لقب جديد لطالبه .

– إحاطة الطلب بالسرية التامة وهذا خلافا لما جاء به مرسوم 157/71 .[1]

وقد نصت المادة 5 مكرر 2 من المرسوم 24/92 " يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة ويتم النطق به بناء على طلب وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في المادة الأولى بمقطع 02 أعلاه "

ومن خلال نص المادة 05 أعلاه نجد أن المشرع بسط إجراءات عملية طلب تغيير اللقب ، وذلك بأن يقوم الكافل بطلب موجه إلى وزير العدل ، يتضمن طلبه تغيير لقبه القاصر ليلحق لقبه وهذا الطلب يصل في الأخير لمحكمة دائرة اختصاص مكان الولادة الطفل القاصر وذلك لتغيير اللقب عن طريق أمر من رئيس المحكمة .

وقد ذهب المشرع لأكثر من ذلك إلى حجب إعلان الطلب وإن الطلب لا يكون بموجب مرسوم رئاسي بل مجرد أمر من رئيس المحكمة [2]والملاحظ على هذا المرسوم هو غياب الإعلان غير أن بعض القضاة يستمرون في إعلانها على أساس أن ما ورد بالمادة أعلاه يتعلق بالمادة 3 من مرسوم 1971 والتي تتكلم عن الاعتراضات أما المادة 02 منه التي تنظم أساسا إعلان العريضة في جريدة محلية ،غير أنه مخالف لجميع المبادئ في جميع المجالات المتعلقة بالأحداث وتعارض أيضا فكرة وروح المشرع الذي أراد الحفاظ على الحدث وذلك بعدم إعلان عريضته ولأن ذلك يؤدي به إلى اضطرابات نفسية إذ يظهر بأنه ولد غير شرعي خاصة في المجتمع الجزائري[3]

---

[1] علي فيلالي ،نظرية الحق ، مرجع سابق ، ص 242 .

[2] نفس المرجع ، ص 424

[3] يونسي حداد نادية ، الكفالة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية العدد 4 لسنة 1999 ص 34 و35 .

ومن خلال ما سبق يمكن استخلاص النتائج التالية :

1- حمل المكفول اسم الكفيل لا يعني التوارث بينهما ذلك لأن اسم الكفيل يعتبر اسم إضافي مذكور في الهامش مما يعني بقاء المكفول أجنبيا عن الكفيل ولا يمكنه نسبه له .

2-للكافل أن يوصي بأمواله للمكفول ، ولا يمكن للورثة الإعتراض على ذلك.

3-للكافل أن يهب أمواله للمكفول ذلك في حدود الثلث ، والملاحظ أن المشرع إقترب من القانون الفرنسي في المادة 913 من القانون المدني الفرنسي و،إبتعد عن الفقه الإسلامي إذ الهبة مستحبة.[1]

[1] فريدة محمدي زواوي مدى تعارض المرسوم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة،مرجع سابق،ص 73

المبحث الثاني : إنقضاء الكفالة في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري :

إن عقد الكفالة كغيره من العقود يقوم ويبقى ينتج آثاره مادام غير محدد المدة ولم يقم على شرط واقف أو فاسخ ،غير أنه قد يكون عرضة لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى انقضائه ، ومادامت تقوم على جانب إنساني فقد حصر المشرع الجزائري في الحالتين المنصوص عليها في المادتين 124 و125 من قانون الأسرة .

إذ نصت المادة 124 من قانون الأسرة " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما ،إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميز لايسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول.

وبالتالي تنقضي الكفالة بطلب الوالدين عودة المكفول إليهما وقد نصت المادة 125 من قانون الأسرة " التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة وأن يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلي القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية " والحالة الثانية هي وفاة الكافل أو تخليه عن الكفالة والحالة التي لم يتطرق لها المشرع هي حالة عامة وهي تخلف أحد شروط الواردة في م 118 من قانون الأسرة .

وسنعالج في هذا المبحث هذه الحالات وسنقسم هذا المبحث إلى :

إنقضاء الكفالة بتخلف أحد شروط المادة 118 في مطلب أولو إنقضاء الكفالة بطلب والدي المكفول في مطلب ثاني إنقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول

المطلب الأول : إنقضاء الكفالة بتخلف أحد شروط المادة 118 من قانون الأسرة

من مميزات عقد الكفالة أنه ينصب على القيام بقاصر وشؤونه، أي على حياة إنسان فكما سبق شرحه لابد أن تتوافر الكافل على شروط من بينها الأهلية والإسلام والقدرة على القيام بالمكفول ، وما دامت هذه الشروط قائمة في حق الكافل فإن عقد الكفالة يبقى قائما ومنتجا لإثارة ،إلا أنه إذا ما تدخل أي تغيير على هذه الشروط يجعل الكافل غير كفؤ للقيام بالقاصر وذلك لعدم إمكانية ذلك فهنا تنقضي الكفالة .

وسنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع :

- **الفرع الأول : انقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط الأهلية**
- **الفرع الثاني : انقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط الإسلام**
- **الفرع الثالث : انقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط القدرة**

الفرع الأول : انقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط الأهلية

أشارت المادة 42 من القانون المدني إلى حالتين تعدمان التمييز لدى الراشد وهما الجنون والعته وهما الحالتان اللتان أخذت بهما مختلف التشريعات .[1]

وسندرس حالتا الجنون والعته تباعا على النحو التالي :

أولا: حالة الجنون : يعرف الفقه حالة الجنون على أنها مرض يصيب الشخص في عقله فيفقده التمييز.[2]

أو هي اضطرابات في العقل ينجر عنها فقدان التمييز.[3]

والجنون هو مرض يصيب عقل الإنسان من جهة، وينجر عنه فقدان التمييز من جهة أخرى فهو حالة نفسيه يتولى تقديرها المختصون وهم أطباء الأمراض العقلية وقد تتفاوت هذه الحالات من شخص إلى آخر من حيث شدتها.[4]

وإذا انعدم تميز الكافل جراء ما أصاب عقله من مرض أو اضطرابات عقلية فإنه يصبح في وضع المجنون فهو فاقد الأهلية ولا يستطيع أن يقوم بشؤون نفسه وبالتالي لا يقدر على أن يقوم بشؤون القاصر المكفول .

ثانيا : حالة العته : عرف الفقه المعتوه على أنه ذلك الشخص الذي يكون قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم ، فالعته كالجنون خلل يصيب العقل، ولكنه يخالف الجنون في أن صاحبه لا يكون في حالة هيجان "[5]

---

[1] عبد الفتاح تقية ، نطاق عوارض الأهلية في فقه أصول الشريعة الإسلامية، دراسة تحليلية ، مقال المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ،2009 ، العدد الأول ، ص 241 .

[2] حسن كيره المدخل إلى القانون ، دار المعارف ،1974مصر ،ب ط ، ص 588 .

[3] أنور سلطان، مصادر الإلتزام ،دار الفكر ،دمشق ،ط01،2003 ص 48 .

[4] علي فيلالي نظرية الحق ، مرجع سابق ، ص 219 .

[5] أنور سلطان ، نفس المرجع ، ص48

ويعرفونه على أنه خلل يعتري العقل دون بلوغ درجة الجنون فلا يعدم التمييز وإنما ينقص منه أو بالأحرى هو جنون هادئ.[1]

الفرع الثاني : إنقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط الإسلام

الإسلام هو الشرط الثاني الذي ورد في نص المادة 118 من قانون الأسرة ، ويرجع ذلك كما سلف القول إلى محل العقد الذي ينصب على القيام بالقاصر وبشؤونه فما دام القاصر سوف يأخذ أخلاق وعادات وتقاليد من يقوم بشؤونه ،وهو الكافل فلا بد أن يكون دينه الإسلام ،فإذا كان الكافل مسلم أثناء قيامه بإبرام عقد الكفالة والتكفل بشؤون القاصر المكفول ثم دخل تغير على ديانته لأي سبب من الأسباب تنقضي معه الكفالة .

الفرع الثالث : إنقضاء الكفالة لتخلف شرط القدرة

والقدرة هي الإستطاعة على رعاية الصغير وصيانته في خلقه وصحته ،أي بمعنى أن يكون الكافل صحيح الجسم قادرا على القيام بمتاعب رعاية المكفول فلو كان عاجزا عن ذلك لمرض أو عاهة أو شيخوخة لم يكن أهلا لها.[2]

وباعتبار 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 إنقضاء الكفالة لأن أساسه هو إعالة القاصر اجتماعيا وماديا ،ومعنويا فإذا تخبط الكافل في هذه الظروف أصبح عاجزا على مواجهتها فلا يلقى فائدة من عقد الكفالة الذي يضم في طياته نية التبرع فبماذا سوف يتبرع هذا الكافل لأن قدرة القيام بشؤون القاصر أصبحت معدومة .

المطلب الثاني : إنقضاء الكفالة بطلب والدي المكفول

جاء قانون الأسرة بنص صريح في مسألة انقضاء عقد الكفالة بالنسبة لمعلومي النسب ،وذلك إذا ما عبر والده عن نيتهم في استرجاع ولدهم المكفول، حيث نصت المادة 124 من قانون الأسرة " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير

---

[1] الدكتور حسن كيره ، نفس المرجع ، ص 584

[2] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،د و م ج ،الجزائر ،ط2006 ص 383 .

الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لايسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول "

يستخلص من هذا النص أن المشرع قد ميز بين حالتين وهما :

حالة المكفول الذي يكون غير مميز والمكفول الذي بلغ سن التمييز.

وسندرس ذلك تباعا حيث أفردنا لكل حالة فرعا .

الفرع الأول : حالة المكفول المميز

الفرع الثاني : حالة المكفول غير المميز

الفرع الأول: حالة المكفول المميز

التمييز هو بصر عقلي يمكن الإنسان من التمييز بين الأمور المختلفة كأن يفرق بين الشر والخير ،وبين الأشياء التي تنفعه وتلك التي تضره ويفرق بين الأفعال الحسنة والأفعال القبيحة.[1]

وتنمو هذه القدرة العقلية بنمو الإنسان جسما وعقلا ،فيكون الإنسان منعدم التمييز عند ولادته لا يعرف الأشياء ولا يعرف بينهما ، ثم يتطور عقله بصورة تدريجية فيتعرف على الأشياء ،ثم يميز بينهما إلى أن يكتمل نضجه العقلي فيصبح كامل التدبير .

ولم يحدد فقهاء الشريعة الإسلامية بصفة قاطعة من التمييز لأن التمييز أمر نفسي ونسبي يختلف من شخص لآخر ،وذلك لكون نمو القدرات العقلية للإنسان مرتبطة بمختلف جوانب حياته ، وتجنبا للصعوبات التي قد تطرأ عند تقدير التمييز لدى الأشخاص حدد المشرع على غرار المشرعين الآخرين سنا يصبح الإنسان عند بلوغها مميزا وذلك في نص المادة 42 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري وهي ثلاثة عشر سنة [13 سنة] ففي حالة أن يكون الطفل المكفول بالغا سن التمييز المحدد بثلاثة عشر سنة ، وطلب أبواه أو أحدهما من الكافل رده لهما ليعود إلى ولايتهما فلم يترك لهما المشرع الحرية المطلقة في ذلك ،وإنما ترك الأمر للمكفول نفسه وله حرية الاختيار في الإلتحاق بأبويه الأصليين أو البقاء في كنف الكافل خاصة وأن هذا الأخير قد تكون علاقته بالمكفول وطيدة وأن فراقه عنه قد يضر المكفول .

---

[1] محمد سعيد جعفور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، دار هومة،الجزائر2002 ، ص 10 .

وقد كرس الاجتهاد القضائي هذا الأمر في عدة قرارات منها قرار لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 1997/11/23 والذي جاء فيه : من المقرر قانون أنه " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما ، خير الولد في الإلتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول.[1]

–و كذلك قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17 والذي جاء فيه ومن الثابت أن المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة والتصريح بعودة الكفيلين إلى ولاية أمهما بناء على رغبتهما ومراعاة لمصلحتهما ،فإن القرار يكون عندئذ خاليا من أي قصور أو تناقض في الأسباب [2]

الفرع الثاني : حالة المكفول غير المميز

وهو الطفل المكفول الذي لم يبلغ الثالثة عشر سنة، ودعاه أبواه أو أحدهما إلى العودة إلى ولايتهما ،فرغم سن المكفول الذي لا يمكنه أن يعرف المكان الذي يبقى فيه إلا أن المشرع لم يترك لوالدي المكفول الحرية المطلقة إذ قيدها باللجوء للقاضي ،والذي يراعي مصلحة الطفل عند الحكم بذلك بأن مصلحته تقتضي بقاءه مع كافله يرفض الطلب [3]

وفي كلتا الحالتين فإن عودة المكفول القاصر لوالديه يتم أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة وهو ما يطلق عليه التخلي عن الكفالة ويجب أن يكو ن أمام النيابة العامة ، وذلك حتى تتمكن النيابة العامة باعتبارها ممثلة عن المجتمع من مراقبة تطور عقد الكفالة والأسباب أدت بالوالدين بإرجاع المكفول إلى ولايتهما مع الإشارة أنه كما عقد الكفالة أمام القاضي أو الموثق فلابد أن ينقضي بالتخلي حسب ما نصت عليه المادة 124 أعلاه أمام نفس الجهة [4].

---

[1] م ،ع ،غ ،أ،ش ،1997/12/23 ملف رقم 187692 ،م ق ،1997 ،عدد 1،ص 53

[2] م ،ع،غ،أ ش ،1998/03/17 ملف رقم 184712 ،م ق 1998 عدد 02 ، ص 89

[3] لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 38

[4] لحسن بن الشيخ آث ملويا ، مرجع سابق ، ص 39 .

المطلب الثالث : انقضاء الكفالة بوفاة الكافل أو المكفول

إن وفاة الكافل أو المكفول يؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة وسنرى انقضاء الكفالة بوفاة المكفول ثم انقضاء الكفالة بوفاة الكافل .

وقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول :انقضاء الكفالة بوفاة المكفول

الفرع الثاني : انقضاء الكفالة بوفاة الكافل

الفرع الأول : انقضاء الكفالة بوفاة المكفول

وفاة المكفول يعد سببا من أسباب انقضاء الكفالة وذلك راجع إلى أن محل العقد يعد القيام بقاصر ، لم يعد هذا الأخير موجود وبالتالي فإن الرعاية والتربية والعناية لم يعد لها مجالا للتطبيق لعدم وجود من سوف تقام من أجله لمصلحته ، وذلك بوفاة من أقرت بمصلحته .

والسؤال المطروح ما مصير مال المكفول الذي ليس له نسب.

أجمع جمهور الفقهاء على أن اللقيط حر الأصل لا ولاء عليه إنما يرثه المسلمون لأنهم يرثون مال من لا وارث له .

و أمواله تعود لبيت مال المسلمين بناء على قاعدة الغرم بالغنم فإن بيت المال هو المسؤول عن الإنفاق عليه وتربيته وتعليمه فتركته تكون لبيت المال مثلها مثل الأموال الضائعة التي لا يعرف لها مالك .

لكن يرى الإمام ابن حنبل إن إرثه لمن إلتقطه باعتباره هو من أنفق عليه.[1]

الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بوفاة الكافل

الكافل هو الملتزم الأساسي بعقد الكفالة باعتبار أن الكفالة هي التزام على وجه التبرع فإن العقد يلزمه لأنه عقد ملزم لجانب واحد فبوفاته ينقضي عقد الكفالة وينقضي التزامه ويستحيل بذلك تنفيذه ، ويصح الولد القاصر يتيما مرة أخرى وتصح في حقه كفالة جديدة من شخص آخر ،والمشرع لم يترك فراغا في هذا الشأن بل تصدى لهذه الحالة بموجب نص المادة 125 "..... وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلى أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية "

[1] ابن قدامى ، المغني ، ج6 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ،1983 ،ص 383 .

ومن خلال نص المادة 125 تعرضت لحالتين :

الحالة الأولى : أن تنقل الكفالة من المورث إلى الورثة وذلك إذا ما صرف ورثته بالتزامهم بالحلول محل مورثهم في مهمة التكفل في عقد الكفالة إلى الورثة ويصبح أحد الورثة هو الكفيل الجديد .

الحالة الثانية : وهي عدم التزام الورثة بالتكفل بالمكفول الذي كان تحت رعاية مورثهم ففي هذه الحالة نص المشرع على أن القاضي هو الذي سوف يتصرف في حالة القاصر بما له من سلطة باعتباره هو وليه وقد سنده إلى مؤسسة حماية الطفولة.

لقد راينا في هذا الفصل أن الكفالة لها آثار بالنسبة للكافل و إلى المكفول وتنقضي لعدة أسباب قد ترجع إلى تخلف شرط الأهلية أو تخلف شرط الإسلام أو بسبب تخلف شرط القدرة ،كما تنقضي بطلب والدي المكفول ليرجع إليهما، كما تنقضي بوفاة الكافل أو المكفول ،وهذاما يمكن قوله في هذا الفصل .

خاتمة

الخاتمة :

من خلال ما سبق يمكن استخلاص جملة من النتائج و المقترحات:

أولا النتائج :

1/ المصادقة على الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان بصفة عامة والاتفاقيات الخاصة بحقوق الطفل بصفة خاصة ، يفرض التزامات على الدول أطراف المعاهدة للعمل بانظمة قانونية من بينها التبني .

2/ إذا كان نظام التبني قد عملت به الدول الغربية ولا تـزال إلا أن الـدول العربيـة المسلمة أخذت بنظام بديل يسعى إلى تربية الطفل وتشئته بدون الحاق نسبه إلى كافله .

3/ رغم أخذ الدول الإسلامية بنظام الكفالة ومنع التبني إلا أنه عملا بالاتفاقيات الدوليـة المتعلقة بحقوق الطفل والمصادق عليها من قبل الجزائر أجازت للقاضي الداخلي، عنـدما يكون أطراف العلاقة أجانب موجودين على إقليم وطني،أن يطبق نظام التبني إلا أن هذا لا يعني إباحة التبني بين الأفراد الجزائريين بل هو مقصور على الأجانب فقط حسب مـا تسمح به قوانينهم الداخلية .

4/ تمنع الشريعة الإسلامية التبني وتضع الكفالة كبديل له وذلك لمنع اخـتلاط الأنسـاب ومنع التعدي على تركة الغير .

5/ إتبع المشرع الجزائري مبادئ الشريعة الإسلامية بوضع بديل للتبني وهو نظام الكفالة لأجل رعاية فئة الأطفال المحرومة حتى يصبحوا ذو فائدة لمجتمعهم.

6/أباح المشرع منح لقب الكافل للمكفول مجهول النسب من الأب وذلك لحسن تنشئة الطفل وحماية له داخل المجتمع ،بشر ط عدم المساس بحقوق الغير وذلك مراعاة لمبـادئ الشريعة الإسلامية سيما عدم إختلاط الأنساب. .

ثانيا :المقترحات و التوصيات :

1/_ضرورة الدقة و الوضوح في النصوص القانونية،إذ من المفروض النص على حق المرأة في الكفالة .

- 2/يجب النص على ضرورة موافقة زوجة الكافل لإبرام عقد الكفالة.
- 3/كذلك النص على إجراءات تسليم الولد المكفول .

- 4/ضرورة النص على تحرير محضر أثناء تسليم الطفل المكفول وحضور كل الأطراف وبحضور المحضر القضائي .
- 5/النص على إنتقال الكفالة إلى الورثة يجب أن يكون أمام الجهات القضائية فقط .
- 6/يجب النص على إجراءات عودة المكفول إلى والديه.
- 7/يجب تحديد الآثار المترتبة على الكفالة كإمكانية تغيير لقب المكفول.

8/ النص على مسؤولية الكافل في نصوص القانون المدني صراحة.

فهرس المصادر و المراجع

المصادر و المراجع:

1/ أنور سلطان، مصادر الالتزام ،دار الفكر ،دمشق ،ط01،2003

2/البخاري محمد ابن إسماعيل :صحيح البخاري ط03 تحقيق، د مصطفى البغا ، دار ابن كثير بيروت 1975.

3/ بدران أبو العنين بدران :الفقه المقارن للأحوال الشخصية ط01 دار النهضة العربية بيروت 1967 .

4/بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،د و م ج ،الجزائر ،ط2006

5/ ابن تيمية :مجموع فتاوى ابن تيمية ،جمع و ترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم ط 1 ،بيروت دار ابن حزم 2000.

6/أبو حامد الغزالي :إحياء علوم الدين ،ط01 ،دار الرشاد الحديثة ،مصر.

7/ الجزري أبو السعادات المبارك بن محمد :النهاية في غريب الحديث، تحقيق محمد الطناحي ،ط01 ،المكتبة الإسلامية القاهرة 1997 .

8/حسن كيره المدخل إلى القانون ، دار المعارف ،1974،مصر.

9/ الدسوقي شمس الدين: حاشية الدسوقي ،ط03 ،دار إحياء الكتب العربية ،مصر 1966.

10/رضا محمد رشيد :تفسير المنار، ط02 مطبعة المنار، مصر 1992.

11/ أبو زهرة محمد :الأحوال الشخصية ،ط03، دار الفكر العربي 1975.

12/ الزحيلي وهبة :الفقه الإسلامي و أدلته ،ط02 ،دار الفكر دمشق 1985.

13/عبد العزيزسعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ،د و م ج ،2010.

14/علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، د م ج الجزائر،ط1998 .

15/علي فيلالي، نظرية الحق ، موفم للنشر ،الجزائر ،ط01،2011.

16/الغوثي بن ملحة قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، د و م ج ،ط02 ،2008 .

17/السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ط3،2000 ،المجلد الثاني .

18/ شلبي محمد مصطفى :أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و الجعفرية و القانون ، دار النهضة العربية ، ط02، بيروت 1997 .
19/ ابن فارس ،أبو الحسين احمد :معجم مقاييس اللغة تحقيق عبد السلام هارون ط3 بيروت ،دار الفكر 1979.
20/ ابن قدامة :شمس الدين المقدسي :المغني و الشرح الكبير ،ط01 بيروت ،دار الكتاب العربي 1972 .
21/لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومة ، ج1 ، ط02 ،1998.
22/ محمد حسن محمد بدوي ،موانع الرجوع في الهبة ، دار الجامعة الإسكندرية ط11 ،2004 .
23/ ابن منظور محمد ابن مكرم :لسان العرب ، دار صادر بيروت ط 01، 1990 .

المقالات و المجلات

1/الدكتورة دنداني ضاوية ، مقال بعنوان التبني والكفالة، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية العدد 4 لسنة1993 .
2/فريدة أمحمدي زواوي ، مقال بعنوان مدى تعارض مرسوم 24/92 مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، المجلة القضائية العدد الثاني 2000 .
3/عبد الفتاح تقية ،نطاق عوارض الأهلية في فقه أصول الشريعة الإسلامية ، دراسة تحليلية ، مقال المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ،2009 ، العدد الأول

القوانين و المراسيم :

1/قانون الأسرة الجزائري، الصادر بموجب أمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.
2/القانون المدني الجزائري، الصادر بموجب أمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26.
3/قانون الحالة المدنية ، الصادر بموجب أمر 20/70 المؤرخ في 1970/02/19
4/قانون الجنسية الجزائري، الصادر بموجب أمر 01/05 المؤرخ في 2005/02/27.

5/قانون الضمان الاجتماعي نصوص تشريعية وتنظيمه ، المعهد الوطني للعمل،2008.
6/المرسوم رقم 24/92 المؤرخ في 31 يناير 1992 يتم المرسوم رقم 157/71 المؤرخ في 03 يونيو 1971 والمتعلق بتغيير اللقب ، الجريدة الرسمية 1992 ، العدد 05.

ملحق

ملحق رقم01

مرسوم رقم 24/92 المؤرخ في 13 يناير 1992 المتعلق بتغيير اللقب

المادة الأولى:كل من يرغب في تغيير لقبه لسبب ما ،ينبغي عليه أن يوجه طلبا مسببا إلى وزير العدل ،حامل الأختام الذي يكلف النائب العام للدائرة القضائية حيث مكان ولادة الطالب لإجراء التحقيق .

كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب ،إن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد و لفائدته ،وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي ،و عندما تكون أم الولد القاصر معلومة و على قيد الحياة ،فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب .

المادة 02 :ينشر الطلب ،في نفس الوقت في الجرائد المحلية لمكان ولادة الطالب و عند الاقتضاء لمكان سكناه إذا كان منفصلا عن مكان الولادة ،وذلك بناءا على طلبه

المادة 3: تقدم الاعتراضات في هذا الشأن إلى وزير العدل حامل الأختام ،خلال مهلة ستة أشهر ابتداء من تاريخ النشر المذكورة أعلاه و بعد التحقيق في الملف من قبل وزير العدل يرفع الملف عند انقضاء المهلة المذكورة الى لجنة مشكلة من ممثلين لوزير العدل و ممثلين لوزير الداخلية يعينان لهذا الغرض من السلطة التابعين لها .

المادة 04: إذا لم يحصل أي اعتراض أو لم يقبل الاعتراض المرفوع فيجوز تغيير اللقب بموجب مرسوم .

و يسري عندئذ مفعول التغيير من يوم نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

المادة 05: تصحح في هذه الحالة عقود الحالة المدنية لصاحب اللقب الجديد و أولاده القصر باء على طلب وكيل الدولة لمحل السكن

المادة 05:مكرر 1 :يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب التسجيل و الإشارة على الهامش في سجلات و عقود و مستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط و الحالات التي ينص عليها القانون .

المادة 05:مكرر 2 :لا يكون الطلب محل النشر المذكور في المادة 3 أعلاه ،عندما يقدم تغيير اللقب في إطار المادة الأولى ،المقطع الثاني أعلاه .

يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة ،ويتم النطق به بناءا على طلب من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في المادة الأولى المقطع 2اعلاه .

يصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين (30) الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل ويكون محل تسجيل و إشارة على الهامش على النحو المنصوص عليه في الماد 5 مكرر1 أعلاه.

المادة 6:يكلف وزير العدل ،حامل الأختام ووزير الداخلية ،كل في ما يخصه بتنفيذ هذا المرسوم الذي ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

مـــلحق رقـــم02

بعض الإجتهادات القضائية للمحكمة العليا الخاصة بالكفالة :

م ،ع،غ ،أ،ش 1987/01/26،ملف رقم 44571،م ق ،1992،عدد 4،ص49

_من المقرر قانونا انه "إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ،و من ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه .

و لما كان من الثابت _في قضية الحال _ أن أساس دعوى الطاعنة يتعلق بعقد التخلي لها نهائيا عن البنت دون أن توجد أي قرابة ،سواءا منها النسبية أو المصاهرة تربطها بابوي البنت ،فان قضاة الموضوع بقضائهم بإرجاع البنت إلى والديها طبقوا صحيح القانون .

م ،ع،غ ،أ،ش 1998/03/17،ملف رقم 184712،م ق ،1992،عدد 2،ص89

من المقرر قانونا انه " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما ،يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز ،و إن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي ،مع مراعاة مصلحة المكفول "

ومن المقرر أيضا انه في حالة وفاة الأب ،تحل الأم محله قانونا "

و من ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بالتناقض و القصور في الأسباب ليس في محله ومن الثابت _في قضية الحال _ إن المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة و التصريح بعودة الكفيلين إلى ولاية أمهما بناءا على رغبتهما و مراعاة لمصلحتهما ،فان القرار يكون حينئذ خاليا من أي قصور أو تناقض في الأسباب .

م ،ع،غ ،أ،ش 1995/5/21،ملف رقم 71801،م ق ،1996،عدد 1،ص105

من المقرر قانونا إن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية و النظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص .

و من ثم فان قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها ،و تخييرها بين البقاء عند مربيها أو الذهاب إلى والدها رغم أنها تجاوزت سن التمييز ،فإنهم بذلك خرقوا القانون و إستحق قرارهم النقض .

م ع غ أ ش ،18 /2000/01 ملف رقم 234949 ،إ ،ق ،غ ،أ ،ش ، ص 158

من المقرر قانونا أن إبطال العقود الخاطئة (شهادات الحالة المدنية)عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في فير محلها يقدم الطلب إما بصفة أصلية أمام محكمة

المكان الذي حرر أو سجل فيه العقد ،وإما بصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع تناول العقد المشوب بالبطلان .

حيث ثبت من شهادة الشهود بأن الزوجين المذكورين لم ينجبا وأن الطاعن قدم أمام القضاء الموضوع شاهدين ذاكرا بأن المطعون ضدها قد تبنتها أخته المتوفاة سنة 1997 وبذلك فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف وبرفض الدعوى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشهود في إبطال عقد الميلاد وباعتباره عقدا رسميا ، أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا إقرارهم للقصور في السبب ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون م ،ع،غ ،أ،ش ، 1983/04/02،ملف رقم32594 ، م ق عدد 01 سنة 1989 ، ص 77.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبنائها ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية

م ،ع،غ ،أ،ش ، 2006/12/13،ملف رقم369032 ، م ق عدد 2 سنة 2007 . يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الولد المكفول و تربته و رعايته قيام الأب بإبنه باعتباره وليا قانونيا ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة .

م ،ع،غ ،أ،ش ، 2011/5/12،ملف رقم620402 ، م ق عدد 2 سنة 2011 .ص 283

من المقرر انه يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بحدود الثلث و عقد الهبة المبرم بين الكافل و المكفول يدخل ضمن عقود التبرع و الثابت _من قضية الحال_ أن الواهب إذا كان بإمكانه أن يهب كل ممتلكاته وفقا لنص المادة 201 من قانون الأسرة فان ذلك مقيدا بالا يكون الواهب كافلا و الموهوب مكفولا كون الكافل مقيد اتجاه المكفول بان لا يزيد التصرف بالوصية أو التبرع عن حدود الثلث طبقا للمادة 123 من قانون الأسرة إلا إذا أجازه الورثة و يكون بذلك عقد التبرع المبرم مخالفا لنص المادة 123 و قابلا للطعن فيه بالإبطال فيما زاد عن الثلث ممن لهم مصلحة في ذلك .