جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

كفالة مجهولي النسب

في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة

مذكـــرة ضمن متطلبـــات

نيل شهـــادة الماستـــر حقوق تخصـــص الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة :

عزيزي خالدة

إشراف الأستاذ:

بن مصطفى عيسى

لجنة المناقشة :

1-	لعروسي سليمان	رئيسا
2-	بن مصطفى عيسى	مقررا ومشرفا
3-	بوفاتح بلقاسم محمد	عضوا مناقشا

السنـــة الجامعـــية 2015 - 2016

بسم الله الرحمن الرحيم

اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ﴿١﴾ خَلَقَ الْإِنسَانَ

مِنْ عَلَقٍ ﴿٢﴾ اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ﴿٣﴾ الَّذِي

عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ﴿٤﴾ عَلَّمَ الْإِنسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ ﴿٥﴾

سورة العلق الاية : ﴿١.٥﴾

الإهداء

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

إلى أحب وأعظم إنسانة في الوجود...إلى منبع الحنان والمودة ورمز العطاء والتضحية

...إلى بسمة الحياة وسر الوجود الى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي...إلى من كانت سندا لي في كل مراحل حياتي فالعطاء صورٌ لا تحصى...منحتيني أعذبها

ونلت منك أجملها....فتقبلي هديتي وهي مذكرة تخرجي...نجاحي ونجاحك يا أعز الناس ...أمي...

...إلى من أحمل إسمه بكل إفتخار...إلى من كلّله الله بالهيبة والوقار...إلى من علمني العطاء بدون إنتظار...إلى من علمني معنى الثقة بالنفس والصمود لكل عواقب الحياة ورافقني إلى أحلى وأسعد لحظات حياتي وكان لي سندا في دراستي...أبي العزيز: الحاج سعيد ...

...إلى من شاركني حنان الوالدين وبراءة الصبا...إلى من بهن أكبر وعليهن أعتمد...إلى شموع متقدة تنير حياتي...إلى من بهن أكتسب قوة ومحبة لاحدود لها...إلى من عرفت معهن الحياة أخواتي: فتيحة حبيبة قلبي ، الشطورة الذكية صليحة فاطمة الزهراء برعومة البيت...إلى نعيمة الجميلة التي ساعدتني بصفة خاصة في إنجاز هذا العمل وفي حياتي الخاصة كنت أجدها دائماً عندما أتلقى الصعوبات أتمنى لكل شخص أخت مثالية كالتي رزقني عز وجل بها.

...إلى توأم روحي ورفيق دربي...إلى صاحب القلب الطيب والنوايا الصادقة من عشت صغري معه ولن أتصور الحياة بعيداً عنه قرة أعيننا وأخي الوحيد...محمد....

...إلى كل صديقاتي الحبيبات دون إستثناء اللواتي ساندوني في حزني ووقفو معي في فرحي اللواتي لن أستطيع رد خيرهن ما حييت.

...إلى كل الزملاء والزميلات في قسم الحقوق الذين واللواتي شاركوني سنوات الدراسة وساعدوني كثيرا.

...إلى كل من ترك بصمته في قلبي...إلى كل من ساهم في تكوين شخصيتي التي أفخر بها

...إلى كل الأهل والأحباب الذين يسعهم قلبي ولا تسعهم هذه الورقة.

شكر و عرفان

إنّ للعلم رهبة ، وللعلماء هيبة ، ولطالب العلم أدبا، فمن باب من لا يشكر الناس لا يشكر الله يشرفني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان للأستاذ :

بن مصطفى عيسى الذي تفضل و وافق على الإشراف على مذكرتي وساعدني في بحثي هذا وخصني بعنايته الفائقة و أخص بالشكر أيضاً الأستاذ الفاضل : لعروسي سليمان الذي وجهني و ساعدني كثيراً والذي كان معي خطوة بخطوة .

كما أنه بمناسبة إنقضاء هذا المشوار الطويل من الدراسة، والتحضير لمذكرة التخرج

لنيل شهادة الماستر، أتقدم بالشكر الخالص، والثناء الجميل :

إلى كل أساتذتنا بجامعة زيان عاشور بالجلفة عامة ، وقسم الحقوق خاصة ، وإلى كل العمال والإداريين ، وكل من أسدى لي يد العون والنصح .

كما أتقدم بالشكر والإمتنان الخالصين إلى كل من ساهم في مساعدتي في إنجاز هذه المذكرة من قريب أو بعيد ولو بكلمة تشجيع فجازى الله الجميع خيراً

مقدمة

إنّ التطـور الـذي شـهده المجتمـع الإنسـاني منـذ القـدم أثـر تـأثيرا مباشـرا علـى البنيـة الإجتماعية وبالتحديد على الأسرة، التي تعد الخلية الأساسية لبناء المجتمع، إذ إن في الحقبة الأولى من الزمن كان قانون القوة سائدا وبسبب ذلك كانت وضعية الطفل غير مستقرة داخل تلك الأسر ، فالطفل إن لم يكن موضوع عناوين اليوم فهو الذي سيضع عناوين الغد فالأطفال ليسوا فقط صناع المستقبل بل هم المستقبل نفسه والطفولة هي أولى مراحل الحياة وأولى عطاياها نحو التكامل والتنامي وهي مرحلة أساسية ومهمة في التكوين والتقويم، حيث يتم فيها إعداد الطفل وتأهيله ليستقبل مراحل عمره المقبلة بإدراك قوي وبعقلية أنضج.

كما أنّ هذه المرحلة تعد أيضا من أهم مراحل نمو الفرد وتكوين شخصيته المستقلة والإهتمام بالطفل لا يقع على كاهل الأسرة فقط وإنما على كاهل المجتمع عبر كافة مؤسساته وخاصة الحقوقية منها حيث يعيش المجتمع الجزائري كغيره من المجتمعات في عالم تسوده أنظمة متعددة، تحاول السيطرة عليه برامج العولمة بكل أبعادها، فهو بذلك يمر بتغير اجتماعي سريع.

فالأسرة كأحد أنساق هذا المجتمع تتأثر بهذا التغير و بالتالي لا أحد يستطيع أن ينكر تغير الأسرة الجزائرية وفقا للتغيرات الإجتماعية و الإقتصادية والسياسية والثقافية فالأسرة الجزائرية متجهة اليوم إلى العيش في أزمات على مستوى الصراع القيمي و خاصة في المدن الكبرى، وإزاء هذه التحولات ظهرت مشاكل إجتماعية كثيرة منها ظاهرة الأبناء غير الشرعيين التي كانت في الماضي شبه منعدمة وأصبحت الآن جد منتشرة وزادت حدتها عبر أرجاء الوطن وبأعداد و أرقام تزيد يوما بعد يوم ، فهذه الشريحة من المجتمع و التي أصبحت الآن واقع لا يمكن اخفاؤه و انكاره باعتباره جزء لا يتجزأ من المجتمع البشري لايستطيع العيش منعزلا عن الآخرين فهو بحاجة إليهم وهم بحاجة إليه ، فهذا الابن الغير شرعي يحتاج منذ ولادته إلى من يرعاه ويكفله و يهتم به إلى أن يشب و يكبر و يندمج في الحياة الاجتماعية و يساهم في بنائها كأي إنسان عادي ، لذا كان التركيز على الأبناء غير الشرعيين ووضعيتهم في المجتمع الجزائري علّنا ننبه إلى المخاطر الناجمة عن تنامي هذه الظاهرة بوجوهها المتعددة على كافة الأصعدة الإجتماعية الإقتصادية والسياسية والقانونية أما المشرع الجزائري فلا نجده وضع إطار تشريعي خاص بهذه الفئة من الأطفال و بقيت نصوصه مبعثرة في عدة قوانين كقانون الأسرة، والحالة المدنية،

وقانون الجنسية، وقانون الصحة، وقانون التأمين بالإضافة إلى عدة مراسيم كما أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد كلمة لقيط أو طفل طبيعي، أو بالأحرى أنه لم يخص هذه الفئة بأحكام خاصة إلا في قانون الحالة المدنية وكذا قانون الصحة الملغي وقانون الجنسية.

أهمية الموضوع:

تتجلي أهمية الموضوع في إبراز القيمة الحقيقية المرجوة من دراسة ، وطرح المشكل وبيان حجمه وتبيان النصوص المطبقة والنقائص الموجودة في المنظومة التشريعية ، والإشكالات التي يواجهها القضاء في ظل غياب نصوص قانونية.

ولعل موضوع الأطفال الغير شرعيين من المواضيع ذات أهمية بالغة، لاسيما بعد إدراك واقعها الحقيقي في العالم، وبالتحديد في الجزائر وذلك بالنظر إلى العدد الإجمالي الحالي سيما وأنّ هذه الشريحة من الأطفال في تنامي ملحوظ وذلك لتراجع الضوابط الدينية والأخلاقية من جهة

والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية من جهة أخرى.

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

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

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية :

الإشكالية:

ماهي الكفالة و كيف تتم على مجهولي النسب ؟

أسباب إختيار الموضوع :

-الرغبة الشخصية في البحث في هذا الموضوع و المتعلق بكفالة الأطفال مجهولي النسب

لم ينل موضوع الكفالة القسط الكافي من إهتمام المشرع و الأبحاث

-كون هذه الدراسة مطروحة على الساحة الإجتماعية

المنهج المتبع :

- وقد إتبعت في بحثي هذا المنهج المقارن والمنهج التحليلي لتسهيل فهم الموضوع.

- هذا الموضوع الذي يتناول " كفالة مجهولي النسب " ينقسم إلى جزئين أساسيين سوف أعرضهما في الخطة التالية : الفصل الأول بعنوان الطبيعة القانونية لكفالة مجهولي النسب الذي تطرقت فيه إليه إلى الكفالة تعريفها لغة وإصطلاحاً وفي قانون الأسرة الجزائري و تمييزها عما يشابهها من الأنظمة وحكمها في القانون في المبحث الأول وتكلمت عن أحكام مجهولي النسب في مختلف القوانين كقانون العقوبات والجنسية والحالة المدنية والأسرة مقارنة بالمشرع المغربي والتونسي في المبحث الثاني.

أما عن الفصل الثاني : فقد تطرقت إلى شروط عقد الكفالة التي نص عليها المشرع الجزائري والتي لم ينص عليها وإجراءات عقد الكفالة داخل الوطن وخارجه في المبحث الأول وعن آثار عقد الكفالة وإنقضاءه في المبحث الثاني .

و في النهاية تأتي الخاتمة و تتضمن النتائج العامة المتوصل إليها من خلال البحث وفي الأخير قائمة المراجع ذات الصلة بموضوع الدراسة.

الصعوبات :

- ضيق الوقت في جمع المادة العلمية.

- عدم وجود مراجع متخصصة للكفالة في قانون الأسرة .

- عدم وجود مراجع خاصة بحماية الأطفال مجهولي النسب.

الفصل الأول
الطبيعة القانونية لكفالة مجهولي النسب

توطئة الفصل:

على إعتبار أنّ دين الدولة الجزائرية الإسلام فإنّ المشرع الجزائري شأنه شأن الدول الإسلامية ، بإستثناء تونس والعراق منَع التبني وفي هذا السياق جاء نص المادة 46 من قانون الأسرة بنصها "يمنع التبني شرعا وقانونا" وفي وجود هذا المانع كان ضروري إيجاد نظام بديل عن التبني، وذلك لحماية شريحة معينة من المجتمع والتي تعد ضحية تصرفات لا مسؤولة نتج عنها أطفال مجهولي النسب ، وعليه كان لازماً إيجاد نظام تسمح به الشريعة الإسلامية يضمن الإستقرار والأمن للطفل فإستحدث المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية نظام الكفالة الذي أقرته الإتفاقيات الدولية جاء في المادة 20 من إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في الفقرة الثالثة والتي إعتبرته نظام بديل عن التبني بالنسبة للمجتمعات الإسلامية.

– أماّ المشرع الجزائري فقد نظم أحكام الكفالة في المواد من 116 إلى 125 من قانون 02-05 والمتعلق بقانون الأسرة كما نظم إجراءاتها من المواد من 492 إلى 497 من قانون 08-09 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المبحث الأول : مفهوم الكفالة:

حرمت الشريعة التبني بعد ما كان معمولا به في الجاهلية قبل الإسلام أين كان النبي صلى الله عليه وسلم قبل النبوة متبنيا زيداً ابن الحارثة و كان يدعى زيداً ابن محمد إلاّ أنّ هذا التحريم كان له بديل لحماية شريحة في المجتمع والتي كانت ضحية تصرفات سلبية التي نتجو عنها وتسمى الأطفال المجهولي النسب أو اللقطاء.

و هذا البديل تمثل قي نظام الكفالة الذي عملت به الدولة الجزائرية التي إستبعدت نظام التبني طبقا للمادة 46 قانون الأسرة الجزائري وأعطت له البديل بمقتضى أحكام المواد 116 إلى 125 ق.أ.ج مقيدا به بذلك أحكام الشريعة الإسلامية وفي هذا الصدد نتعرض إلى تعريف الكفالة بمختلف مقاصدها مركزين على الكفالة بمفهوم قانون الأسرة وأهم خصائصها .

المطلب الأول :تعريف الكفالة وخصائصها:

الفرع الأول: تعريف الكفالة:

أولا: المعنى اللغوي :لغة : الضّمُ ، زعامة وحمالة، وقبالة، وصبارة، وكلها بمعنى واحد[1] ومنه قول الله تعالى : (وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا)[2] هي: من كَفَلَ يَكْفلُ كَفلاً وكَفَالَةً (الكافل هو القائم بأمر اليتيم والمربي له) ولذلك يقول الله تعالى في كتابه الكريم: (وَأَنا بِهِ زَعِيمٌ)[3] أي أنَا بِهِ كفيل وقوله عليه الصلاة و السلام: " أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة" وأشار بالسبابة و الوسطى وفرج بينهما[4] أي ضم اليتيم الى نفسه.

المعنى الإصطلاحي: تتطلب الكفالة شروطا محددة لقيامها ومعناها الضمان في ق.م وهو نوع من أنواع التأمين نظمه المشرع الجزائري في القانون المدني[5] نص عليه على أنه "عبارة عن عقد

---

[1] – مجد الدين محمد بن يعقوب ، قاموس المحيط ، ط2 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2007 ، ص 1065 .

[2] – سورة آل عمران ، الآية 37 .

[3] – سورة يوسف ، الآية 72 .

[4] – فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، ج1 ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، 1993 ، ص 266.

[5] – حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، تلمسان، 2005/2004 ص 95 .

يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذ لم يف به المدين نفسه[1]".

و إفترقت القوانين العربية الحديثة بصدد الكفالة إلى طائفتين:

الطائفة الأولى: القوانين العربية التي تأثرت بالفقه الإسلامي و منها : القانون الإماراتي و القانون الأردني والقانون العراقي حيث أخذت تعريف الكفالة من الفقه الإسلامي.

-نصت المادة 1056 ق.م إماراتي على أن الكفالة: " ضم ذمة الى ذمة مدين"

– القانون المدني الاردني في الجزء السابع من الباب الخامس: عقود التوثيقات الشخصية الفصل الأول : الكفالة في المادة 950: اركان الكفالة نصت أنّ: الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام

-نصت المادة م 772 ق .م .عراقي الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الألتزام اذا لم يفى به المدين نفسه.

الطائفة الثانية: القوانين العربية التي تأثرت بالفقه الغربي مثلا: فالكفالة في أول عهود القانون الروماني تتميز من فكرة التضامن في المديونية، إذ كان لهما شكل واحد بمقتضاه يلتزم كل من الكفيل والمدين المتضامن، فالكفيل بدأ مديناً متضامناً مع المدين الأصلي ومنها : القانون المصري و السوري الليبي تأثرت

فنصت المادة 772 من ق. م. مصري على أن الكفالة: "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"[2].

في قانون الأسرة:

-الكفالة هي عبارة عن إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية ورعاية قيام الأب بإبنه و تتم بعقد شرعي[3].

[1] – المادة 644 من القانون المدني الجزائري.

[2] – الأحمري ، محي بن ناصر ، أحكام الكفالة في الفقه الإسلامي (معهد الإدارة العامة ، الرياض السعودية ، 1412 هـ) ص 7 و 8.

[3] – المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري.

– وعلى هذا المنوال فالكفالة هي عبارة عن إلتزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر و تربيته و حمايته بنفس الطريقة التي يتعامل الأب مع إبنه.

– فتمنح الكفالة بناء على طلب المعني وتكون سواء أمام القاضي المختص أو الموثق و الشيء الملاحظ أن الكفالة عادة كما سبق وأن أشرنا هي وسيلة لحل بعض المشاكل اليومية داخل المجتمع لا سيما في مرحلة العشرية السوداء التي مرت بها الجزائر بداية من التسعينات التي ترتبت عنها ظاهرة ما يسمى بالأمهات العازباتو اللواتي ليست لهن القدرة على إعالة أنفسهن لكن أحكام الكفالة كان لها أثر إيجابي في تلك الحقبة إذ فتحت الباب للأسر التي ترغب في الإنجاب ولكن لسبب ما لم يرزقهم الله بذلك فكانت بمثابة المفتاح القانوني لحل مثل هذه المشاكل حيث تعتبر الكفالة إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم أو مجهول النسب[1].

–نعني بها رعاية الطفل من قبل أسرة غير أسرته النووية سواء كانت من أقاربه أو غريبة عنه[2].

–ولم تكتف الشريعة الإسلامية بتنظيم الكفالة من خلال نظامها القانوني بل شجعت عليها عن طريق قواعدها الدينية كما جاء في قوله عليه الصلاة و السلام "خير بيوت المسلمين بيت فيه يتيم يكرّم وشر بيوت المسلمين بيت يقهر فيه يتيم"[3].

– إعتبر الفقه الإسلامي الكفالة إلتزام شخصي يصدر عن الكافل سواء كان رجل أو إمرأة[4].

لأنها تبرع منه مما يضفي عليها صيغة قانونية ودينية يبتغي بها وجه المولى عز وجل وعليه لايستطيع إلزام غيره بها ولو كان وزوجه مما يعني أن كفالة الزوجين للطفل يتطلب موافقتها معا في الشريعة الإسلامية[5].

---

[1] – محمد عبد الجواد محمد ، حماية الطفولة في الشريعة والقانون ، منشأ المعارف ، الإسكندرية ، مصر .د.ت.ط ، ص67–68.

[2] – علي الهادي الحوات ، رعاية الطفل المحروم (الأسس الإجتماعية و النفسية البديلة للطفولة) ، مركز الإنماء العربي ، ط1 ، 1989، ص27–32

[3] – أنسى محمد أمحمد قاسم ، أطفال بلا أسر ، مركز الإسكندرية للكتاب ، مصر ، ط1 ، 1998 ، ص 48.

[4] – محمد بن أحمد الصالح ، حق الطفل في الشريعة الإسلامية ، مطبعة النهظة ، مصر .د.ت.ط. ص115 ص 118 .

[5] – ليلى جمعي ، حماية الطفل ، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2005 – 2006 ، ص 138.

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

الفرع الثاني: خصائص الكفالة:

-تتميز الكفالة بعدة خصائص تميزها عن باقي الانظمة المشابهة لها: مثل الحضانة والتبني فالكفالة يمكن إجمالها فما يلي:

-الكفالة هي عبارة عن نظام بديل للتبني وضعه المشرع لجزائري لغاية إجتماعية وذلك لرعاية الأولاد اللقطاء وكذلك مجهولي النسب وتولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته لظروف إقتصادية

-الكفالة هي عبارة عن عقد ذو ثلاثة أطراف : الكفيل المكفول والشخص أو الهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكفيل أمام الموثق أو المحكمة.

-الكفالة إلتزام تبرعي من طرف الكفيل بدون مقابل.

-الكفالة تضع الطفل المكفول في مرتبة الإبن الشرعي والذي يترتب عليه حقوق وإلتزامات محددة وفقا للأحكام التي تحكم علاقة الأب بإبنه.

-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 قانون الأسرة.

الكفالة تحافظ وتحمي الأنساب إذا المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة.

- الكفالة تحمي الحقوق الميراثية وتمنع التعدي على حقوق التركة إذا لا يحق للمكفول الميراث فيها بل يمكن الحصول الهبة أو الوصية فقط[1].

- إنّ الكفالة لها عدة خصائص كما ذكرنا أعلاه وهذه الأخيرة تميزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها.

[1] - المادة 123 قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها وحكمها:

الفرع الأول: تمييزها عما يشابهها:

ظاهريا لايوجد فرق بين الكفالة والحضانة والتبني لأنهم كلهم يهدفون إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا وكذا الإسناد الواقعي للطفل القاصر وضمه إلى أسرة أخرى ليست أصلية لكن أصلا هناك إختلاف بينهم وعليه يمكننا التطرق إلى التمييز بين هذه الأنظمة والكفالة فيمايلي :

أ)- الفرق بين الكفالة والحضانة: لابد من معرفة الفرق بين الكفالة والحضانة وذلك لأن من الفقه من جعلها مرادفين[1].

-نظم المشرع الجزائري الكفالة في قانون الأسرة في الفصل السابع من الكتاب الثاني المتضمن النيابة الشرعية في 9 مواد من المادة 116 إلى 125[2] وقد سبقه المشرع التونسي الذي أصدر في 1958/03/04 قانونا يتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني[3] حيث حصر الكفالة في 5 مواد من الفصل الثالث إلى السابع.

-كي نكشف الفرق بين الحضانة والكفالة هو التعريف اللغوي لكل من المصطلحين يقال: كفل فلانا[4] بمعنى عاله وأنفق عليه وقام بأمره[5] وحضن الصبي أي جعله في حضنه وضمه إلى صدره[6]

ومن خلال هاذين التعريفين إستنبطت هاذين الفرقين:

---

[1] – عند فتح كتاب إبن قدامة ، المغني ، ج9 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، 1983 ، ص 297 نجد بعنوان "باب من أحق بكفالة الطفل" وفيه عن الحضانة و هذا يدل على عدم تفرقته بين الكفالة و الحضانة.

[2] – المشرع الجزائري إستعمل عبارة " كفالة" لأول مرة في قانون الصحة العمومية الصادر في 1976/10/23 الذي ألغي لاحقا بالقانون الصادر في 1985/02/16 المعدل و المتمم.

[3] – قانون عدد 27-58 ، المؤرخ في 04 /03 /1958 الرسمي للجمهورية التونسية ، عدد 19 بتاريخ 03/07 1958 ، ص306.

[4] – ورد ذكر كفل في القرآن الكريم في قوله تعالى: **(إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ)** سورة آل عمران الآية 44 و في قوله جل شأنه **(هَل أَدُلُّكُم عَلى مَن يَكفُلُهُ)** سورة طه الآية 40

[5] – لويس معلوف ، المنجد في اللغة و الأدب و الإعلام ، ط 36 ، دار المشرق ، بيروت ، 1997 ، ص 691.

[6] – المنجد في اللغة و الأدب و الإعلام ، المرجع نفسه ، ص 139.

1- القاموس الذي الذي إعتمدت عليه وظب فلان في الكفالة وصبي في الحضانة وهذا يدل على أن الحضانة تتعلق بطفل أصغر سنا ممن هو في الكفالة .

2- الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول[1] في حين الحضانة غرضها مدّ الحنان و الرعاية و الخدمات المادية دون أن تلزم الحاضن بالنفقة على المحضون[2].

أما التباينات الأخرى فهي:

3- الكفالة إلتزام[3] ، بوصف دقيق هي عقد[4] يتم بدون مقابل حيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي أي عوض ولا يقدمه[5] على خلاف الحضانة التي يجوز فيها أخذ أجرة.

4- الكفالة تسند بقرار إداري بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام الموثق أو أمام المحكمة

أو بمصادقة هذه الأخيرة[6] أمّا الحضانة فتستند بحكم قضائي..

5- للكافل الولاية القانونية على المكفول[7] أما الحاضن فليست له مبدئيا الولاية القانونية[8].

6- الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أبيه أو غيرهما بينما الكفالة تطلق على الطفل الذي يكون عند غير والديه الأصليين[9].

---

[1] – الإمام البخاري ، صحيح البخاري ، ج 07 ، دار الفكر، د.ت.ط ، ص76.

[2] – أنظر المادة 72 ق.أ.ج الأصل أن نفقة المحضون من ماله إن كان له مال ،و الّا فعلى من تجب عليه النفقة كأبيه أو غيره.

[3] – المادة 116 ق.أ.ج.

[4] – الفصل 3 من قانون 1958/03/04 التونسي.

* أحمد الخمليشي ، التعليق على قانون الأحوال الشخصية ، ج1 ، الزواج و الطلاق ، ط3 ، دار النشر المعرفة ، الرباط ، 1994 ، ص 296.

* المادة 117 ق. أ. التي ورد فيها "عقد شرعي" و الأصح محرر شرعي و هذا ما يؤكد النص الفرنسي الذي إستعمل (Acte légal)

[5] – أحمد داود رقية ، الحماية القانونية للطفل بين قانون الاسرة و المعاهدات الدولية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق تلمسان ، 2003 ، ص125.

[6] – م 117 ق.أ.ج . الفصل الرابع ، قانون 1958/03/04 التونسي. ، مادتين 15 و 16 ظهير 1993/09/10.

[7] – م 121 ق .أ.ج . م122 المتعلقة بالولاية على المال : الفصل الخامس الفقرة1 ، ق ، تونسي الصادر بتاريخ 1958 /03/04.

[8] – فقرة3 ، المادة 87 ، ق.أ.ج ، المعدلة تمنح الولاية للحاضن بصرف النظر عن جنسه.

[9] – رشدي شحاته ابو زيد ، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية ، ط1 ، دارالفكرالعربي ، القاهرة 1999 ، ص44.

7- المكفول يطلق على الطفل الذي يكون معروف النسب أو مجهول النسب[1] أما المحضون يطلق على طفل معروف النسب.

8- إشترط المشرع الجزائري على غرار المشرع المغربي دون نظيرهما التونسي الإسلام في الكافل[2] أما في الحضانة فلم يشترط مثل هذا الشرط في الحاضنة للإختلاف الفقهي القائم ما لم يكن الحاضن رجلا فلا نقاش في أن يكون متحدا في الدين مع المحضون.

9- تنتهي الكفالة في القوانين التونسي و المغربي ببلوغ المكفول سن الرشد[3] في حين أشار المشرع الجزائري إلى أن الكفالة تبقى مستمرة إلى غاية طلب الأبوين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهم[4] أو التخلي عنهما[5] وهي طريقة لإنهاء عقد الكفالة[6].

10- أما مدة الحضانة فتنتهي بثلاث مواقف قانونية بلوغ الذكر 10 سنوات مع إمكانية تمديدها إلى 16 والأنثى بلوغها سن الزواج[7] والمشرع المغربي تنتهي الحضانة عند بلوغ المحضون سن الرشد سواء كان ذكر أو أنثى[8] في حين أنّ المشرع التونسي لم يحدد سنا لذلك .

11- إن الكفالة هي إلتزام الكفيل بالإنفاق على المكفول بعكس الحضانة التي غرضها الحنان و المودة والرعاية ، ومما رأيناه من الفروق بينهما فبذلك لا تعتبر الكفالة حضانة

2- <u>الفرق بين الكفالة والتبني:</u>

في التفرقة بين التبني و الكفالة هو أنّ التبني يؤثر في النسب إذ يحدث نسب جديد إعتباري هو النسب بالتبني هذا من جهة ومن جهة أخرى يؤثر في العلاقة الميراثية بسبب النسب الإعتباري إذ يصبح وارث هو كذلك متى توافرت شروط الميراث في التشريعات الإسلامية

---

[1] – م 199 ، ق.أ.ج ، م 01 من ظهير 1993/09/10.

[2] – م 118 ق.أ.ج .، م 07 من ظهير 1993/09/10.

[3] – الفصل 07 قانون 1958/03/04 ، م 23 ظهير 1993/09/10.

[4] – م 124 ق .أ. ج . C.F.A mahbouli , l'enfant en droit tunisien R.J.P.I.C N°02.P449 N°02.P449

[5] – أنظر المادة 125 ق .أ.ج : التخطي عن الكفالة يتم أمام الجهات التي أقرت الكفالة و أن يكون بعلم النيابة العامة .

[6] – المشرع الجزائري لم يقيد إنتهاء الكفالة بسن معين.

[7] – م 65 ق.أ.ج

[8] – 166 م مدونة الأسرة المغربية ، السن القانوني في المغرب 18 سنة كاملة .

أولا: من حيث المشروعية:

الكفالة مشروعة بكتاب الله وسنة رسول هوإجماع العلماء فمن الكتاب قال جل و على: **(قالَ لَن أُرسِلَهُ مَعَكُم حَتّى تُؤتونِ مَوثِقًا مِنَ اللَّـهِ لَتَأتُنَّني بِهِ إِلّا أَن يُحاطَ بِكُم فَلَمّا آتَوهُ مَوثِقَهُم قالَ اللَّـهُ عَلى ما نَقولُ وَكيلٌ)**[1].

قال جل وعلى:(**قالوا نَفقِدُ صُواعَ المَلِكِ وَلِمَن جاءَ بِهِ حِملُ بَعيرٍ وَأَنا بِهِ زَعيمٌ)**[2]، وجاء في السنة النبوية عن إبن إمامّة أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم قال " الزعيم غارم" ، ومعنى الزعيم الكفيل، والغارم الضامن.

وقد أجمع العلماء جوازها ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعض من عصر النبوة دون تكبير من أحد الأعضاء ،أما التبني فهو محرم تحريما قطعيا بالكتاب و السنة إذ يقول عز وجل: (**مَّا جَعَلَ اللَّـهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّـهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤﴾ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّـهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّـهُ غَفُورًا رَّحِيمًا)**[3]

ومن السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث أخرجه البخاري ومسلم " ليس من رجل إدعى من غير أبيه وهويعلمه إلاّ كفر" إلا أنه في حالة النسب من التبني الخطأ فلا إثم عليه ، لقول تعالى :(وليس لكم جناح فيما أخطأتم به) و الدليل من السنة قوله صلى الله عليه وسلم: " إن الله تعالى رفع عن أمتي الخطأ والنسيان والأمر الذي يكرهون عليه."

– وبهذا جعل الإثم هو تعمد الباطل وبذلك نجد أنّ الشريعة الإسلامية لم تحل مشكلة التبني بل جاءت بنظام بديل لحفظ الأنساب وتطهير المجتمع من إختلاط الأنساب ويعرف بنظام الكفالة.

[1]– سورة يوسف ، الآية 66.

[2] – سورة يوسف ، الآية 72.

[3] – سورة الاحزاب الآية ، 5

من حيث الآثار:

لا يرتب التبني أي آثار بحكم تحريمه القاطع فلا ميراث ولا نسب له ومن خالف هذه الأحكام يعد آثما مشركا باللله و الإسلام بهذا جعل لكل نظام سببا أصيلا ففي الإرث مثلا قال عز وجّل **(وَالَّذينَ آمَنوا مِن بَعدُ وَهاجَروا وَجاهَدوا مَعَكُم فَأُولئِكَ مِنكُم وَأُولُو الأَرحامِ بَعضُهُم أَولى بِبَعضٍ في كِتابِ اللَّـهِ إِنَّ اللَّـهَ بِكُلِّ شَيءٍ عَليمٌ)**[1].

وربط القرآن الكريم الإرث بصلة الدم والقرابة وهو مالا يتوفر في المتبنى والمكفول أمّا عن الزواج فيقول الله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وهكذا قررت الشريعة الإسلامية أنّ النسب لا يثبت إلاّ بولادة حقيقية وفعلية ناشئة على علاقة شرعية.

خلاصة أنّ الكفالة بحكم جوازها شرعا ترتب بعض الآثار العرفية التي يمكنها أن تمس بما يترتب من آثار وفاة الكافل كما له حظ إمتلاك المكفول لحق الزواج بإحدى بنات الكفيل كما أنّ بلوغه سنّ الرشد يمد له حرية التصرف في نفسه وماله إن كان قد جمعه بنفسه.

1) في القانون الوضعي الجزائري:

المشرع الجزائري أيد الشريعة الإسلامية فهو يحرم التبني إذ قال "يمنع التبني شرعاً وقانوناً"[2] معنى ذلك أنه لا يجوز لأي مسلم جزائري أن يدعي أن الولد ابنه بالتبني ولا يجوز أبداً أن ينسب إليه ويسجل على لقبه وإسمه بسجلات الحالة المدنية إلا أنّه في مقابل هذا المنع يقترح نظام الكفالة ويكون بذلك متأثراً بالشريعة الإسلامية حيث نظّمها في قانون الأسرة في المواد من 116 إلى 125.

– وما يلاحظ في الكفالة في قانون أ.ج. أن مفهومها لايخالف ما تقدمها الكفالة في الشريعة الإسلامية ولقد حدث في سنة 1992 أنّ رئيس الحكومة سيد أحمد غزالي أصدر مرسوماً تنفيذياً

[1] – سورة الأنفال ، الآية 75.

[2] – المادة 46 ق.أ.ج

بترقيم 42/92 الذي يخولل للكافل منح المكفولين مجهولي النسب ألقابهم العائلية طبقاً للمادة 01 من المرسوم.[1]

وما يجدر التنبيه إليه أنّ المرسوم طعن فيه ألصقت به تهم عديدة كونه "تبني بصورة جديدة" وإعتبر أصحاب هذا الرأي أنّ منح الأطفال مجهولي النسب لقب الغير فيها ضياع للنسب ودعوة بالنظام الفاشل (المرسوم) في غياب الرقابة الدستورية على القوانين وفي غياب المؤسسات التشريعية.

إلاّ أنّ الجدير بالذكر أنّ القانون الجزائري لم ينفذ وحده بالتأكيد والتأييد الشريعة الإسلامية بل كذلك معظم المجتمعات الإسلامية وخاصة بعدما أخذ المؤتمر القومي[2] بالتحفظات على ما يخالف الأحكام الشرعية.

2)- في القانون الوضعي التونسي:

الشيء المتعارف عليه في التفرقة بين التبني والكفالة هوأن التبني يؤثر فالنسب إذ يحدث نسب جديد إعتباري هو النسب بالتبني ويؤثر في العلاقة الميراثية إذ يصبح المتبنى وارث متى توافرت شروط الإرث فلو أخذنا تونس مثلا كنموذج للتفرقة للإستنارة به لوجدنا مايلي حسب قانونها المتعلق بمجلة الأحوال الشخصية 04 مارس 1958 بإعتبارها دولة مسلمة أخذت بالنظامين معاً.

أ)- من حيث الشروط الشكلية:

بالرجوع إلى الفصل 04 من القانون 27 لعام 1958 المؤرخ في 1958/03/04 المنقح بالقانون عدد69 المؤرخ في 19 جوان 1959 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني فإنه يؤكد على أنّ عقد الكفالة يبرم لدى عدلين بين الكفيل من جهة وأبوي المكفول أو أحدهما إذا كان الآخر ميتا أو مجهولاً ويصادق الحاكم على عقد الكفالة.

[1] – كما يمكن أن يتقدم الشخص إن كفل قانونا ولد قاصر مجهول النسب من الأب ان يتقدم بطلب تغيير اللقب بإسم هذا الولد و بهدف فائدته و ذلك قصد مطابقة لقب المكفول بلقب الوصي و عندما تكون أم الولد القاصر معلومة و على قيد الحياة فينبغي أخذ موافقتها .

[2] – المؤتمر القومي حول مشروع الأمم المتحدة لحقوق الطفل ب الإسكندرية 1958 .

-إذن دور القاضي هنا هو المصادقة فقط على عقد الكفالة المبرم مسبقاً في حين أنّ إجراءات التبني وردت في الفصل 13 من نفس القانون حيث يقر صرامة في الرقابة من الجهات القضائية ويتم عن طريق حكم يصدره القاضي بمكتبه ويحرر في محضر ويصد الحكم بعد التحقق من توافر بعض الشروط وبعد 30 يوم يقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطفل المتبنى في مكان الولادة.

ب)- من حيث الشروط الأصلية:

نص الفصل 03 من نفس القانون السابق على أن الكفالة عقد يقوم بمقتضاه شخص رشيد (بالغ) بكامل حقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر أماّ في الفصل 09 فلايشترط الزواج.

- أما عن المتبني فيكون شخصا راشداً متزوجاً يتمتع بحقوقة المدنية سليم العقل والجسم قادراً على القيام بشؤون القاصر وفي الفصل 10 حدد فارق السن ب 15 سنة كحد أقصى إذا كان المتبني أجنبياً والفصل 11 إشترط أخذ رأي الزوج الثاني أما الفصل 12 فقد أعطى الطفل القاصر المتبنى نفس حقوق الإبن الشرعي.

ج)- من حيث نهاية سريان الكفالة والتبني:

-أقر الفصل 07 من نفس القانون السابق على أن الكفالة تنتهي ببلوغ المكفول سن الرشد أو بناءاً عل طلب الكفيل أو أولياء المكفول فسخ عقد الكفالة.

*في حين أنه ينتهي التبني في الفصل 16 بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة الإبتدائية بنزع الحضانة من المتبني وإسنادها الى شخص آخر.

- الفرق واضح بينهما كون الكفالة عبارة عن إلتزام تطوعي لرعاية طفل وتربيته وحمايته تنتهي بطريقة آلية ببلوغ المكفول سن الرشد أو عن طريق القضاء أما التبني فهو إلحاق طفل قاصر بنسب المتبني وإعتباره إبناً شرعياً له فيأخذ لقبه كما أنّ له الحق في الميراث وينتهي هذا الأخير بموجب حكم قضائي فقط مراعاة لمصلحة الطفل[1].

[1]) - www.mémoire online.com /03/ 07 /397 /m.Hafid Assaoui.kafala (le recueil légale

الفرع الثاني: حكم الكفالة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري:

-بتحريم الله عزّ وجلّ التبني أي البنوة الإدعائية التي لا حقيقة لها ، قضى على ماكان من أحكام زمن الجاهلية التي استمرت حتى صدْر الإسلام للسنة الخامسة للهجرة تحديداً ولذلك كان من الضرورة إيجاد نظام يبيحه الإسلام والقانون فكان نظام الكفالة البديل الملائم لحماية المجتمع ومانعاً لضياع الأنساب وإختلال نظام الأسرة ومنع لتضييع حقوق الورثة بسبب إرثهم الشرعي من الأب الكاذب (المتبني) فلا يرث إخوته ولا أخواتهلوجود إبن الزور الذي منعت بنوته الكاذبة إرثهم الشرعي.

-وقد قال بعض العلماء لو فتح باب الإنتفاء من الأب لأهملت المصالح ولإختلطت الأنساب ولضاعت حكمة الله في جعل الناس شعوباً وقبائل.[1]

بإعتباره الوضع الشرعي لمن يريد أن يقترب من ربه بضم إبن غيره إليه ، يربيه وينفق عليه ويوصي له دون أن ينسبه إلى نفسه.

- وقد نظم المشرع الجزائري الكفالة في المواد 116 إلى 125 ق.أ.ج إذا أراد شخص أن يكفل طفلا سواءاً معلوم النسب أو مجهوله فله ذلك على أن يلقى ذلك الطفل المعاملة التي يلقاها الطفل الصلبي من طرف والديه وبالتالي تولي طفل يتيم بالرعاية و التربية الحسنة والمعاملة الطيبة يحفظه من الضياع ويؤمن له جواً مستقراً ويضمن له حياة مستقرة.

-تعرضت في هذا المبحث إلى دراسة الكفالة في بعض القوانين الوضعية المقارنة بالمقارنة الجزائري وقد توصلت في نهاية هذا المبحث إلى أنّ نظام الكفالة نظام بديل وملائم للتبني والحضانة أقرته الشريعة الإسلامية والعديد من الدول الأخرى أخذت به على غرار الدولة الجزائرية كما تعرضنا إلى التفرقة بين التبني والكفالة وهي تعتبر أهم نقطة في هذا المبحث

أما عن مبحثنا الثاني فسوف نتطرق إلى النسب وكيفية إثباته وأحكام مجهولي النسب فالقوانين الوضعية.

[1] – الإمام محمد شلتوت ، الفتاوى الإسلام عقيدة وشريعة ، ط1 ، دار البعث ، قسنطينة ، د.ت.ط ، ص223.

المبحث الثاني : أحكام مجهولي النسب :

فيعتبر النسب حقا أساسيا لكل إنسان حيث أنه بواسطته تثبت للشخص جميع حقوقه الشخصية الأخرى بصورة تلقائية وطبيعية وشرعية ومنها الإسم والقب والموطن إلا أنه إذا لم يثبت نسبه فتثبت له الجنسية على أساس المكان الذي ولد فيه أو عثر عليه فيه كما تثبت ديانته على أساس الدين الغالب في ذلك المكان أما حقوقه الأسرية وغيرها من الحقةق الخاصة كالحضانة والنفقة فتتحول من خاصة إلى حقوق إجتماعية عامة تتولى الدولة تقريرها للطفل المجهول النسب عن طريق المؤسسات المنشأة لهذا الغرض وقد تطرق المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة إلى إثبات النسب سعيا منه إلى المحافظة على الأنساب والروابط الاسرية على غراره من الدول الأخرى ولذل سوف أتقدم بإعطاء تعريف قانوني جامع مانع للنسب في المطلب الأول قبل التطرق إلى مجهولي النسب في مختلف القوانين.

المطلب الأول: تعريف النسب:

الفرع الأول: لغة :

هو إنتساب الولد لأبيه وعلاقته به والنسب هو صلة الشخص بغيره على أساس الدم فهو رابطة القرابة على أساس الدم بين الولد وأبيه عامة هو الناتج عن طريق الزواج[1] – شرعا: النسب في الإسلام هو صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم والغالب في إستعمال كلمة النسب هو نسب الشخص لأبيه وهو علاقة قوية تقوم عليها الأسرة وتربط أطرافها بوحدة الدم والنسب نسيج كل أسرة وهو لحمتها ولذلك يدعو الشارِع الحكيم إلى التأكد من صلة النسب فيها وإحاطتها من الدخيل عليها لذلك أبطل نظام التبني وأمر الله عزّ وجلّ أن ينسب الشخص لأبيه الحقيقي فقد قال تعالى: (إدعوهم لآبائهم وهو أقسط عند الله)

وذلك باعتبار النسب نعمة من نعم الله تعالى على عباده ومظهرا من مظاهر قدرته حيث قال في الكتاب الكريم (**وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا**)[2] فالله خلق

[1] – إبن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار الفكر العرب ، لبنان ، د ت ط ص312

[2] – سورة الفرقان ، الآية رقم 54

الإنسان فجعله نسبا وصهرا وهما رباط كل قربى بين البشر وقد أحكم القواعد المبينة لذلك وطالب بالإلتزام بها ليعرف كل إنسان أصله ونسبه ورسول الإسلام عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم يقول (تعلموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم)[1]

وأكد على ذلك فقال (أنا النبّي لا كذِّب أنا إبن عبد المطّلب) وهذا يدل على الحرص على النسب الذي ينحدر منه الشخص ولم يكن في عهد النبي من يجهل نسبه ونسب عشيرته فقد كان رسول الله أعلم العرب بالأنساب ومن بعده أبو بكر رضي الله عنه وأرضاه.

النسب قانوناً: عُرّف أنه القرابة الناشئة عن صلة الدم بالتناسل والبنوة وهي نسبة الولد لأبيه[2] وعرف أيضا بأنها إلحاق الولد بأبيه قانوناً وديناً وإعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد فالنسب إذن هو إحدى أهم القواعد التشريع في الأحوال الشخصية لأهمية دوره في ضمان إنسجام التشريع مع آثاره وقبل أن يتصف هذا الإلحاق بأية صفة أخرى فهو إحقاق للحق وإبطال للباطل.

لأنها إثبات لواقعة اللقاء الجنسي بين الرجل والمرأة كان سببا في هذا النتاج من جهة لأنه رفع للظلم الذي يتعرض له طفل بريء يجهل نسبه ولم يفعل ما يجلب له ظلم الظالمين[3].

-في القانون المغربي: هو لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف: أي صلة شرعية بينهما وتنتقل من الأب إلى الأبناء فالأحفاد وهكذا من السلف إلى الخلف وهو تعريف يقترب نوعا ما من تعريف الوراثة و إعتبر تلك الصلة التي تربط الإبن بشخص معين وهي عماد النسب.

– وعرف أيضاً بأنه هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة ويبنى عليه عليه الميراث وينتج عنه موانع الزواج ويترتب عليه حقوق وواجبات أبوية وإبنية أما النسب الغير شرعي فلا يترتب عليه شيء إطلاقاً وهو هنا ينسب للأم كما في الشريعة الإسلامية لأنه ولدها.[4]

---

[1] – حديث شريف ، صحيح البخاري ، ط5 ، 1998.

[2] – عمر فروخ ، الأسرة في الشرع الإسلامي ، المكتبة العلمية والعصرية ، بيروت صيدا ، ط1 ، 1988 ، ص98.

[3] – فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، المرجع السابق ، ص120.

[4] – العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، ط 1 ، 1999 ، ص 188 .

مجهول النسب:(اللقيط): هو مولود حي حديث العهد بالولادة لايعرف له أب ولا أم.[1]

– قد جاء في تعريف الطفل المهمل بالمادّة الأولى من الظهير المغربي أنّه :" يعتبر طفلاً مهملاً الحدث الذي لم يبلغ سنّه ثمانية عشر سنة شمسيّة كاملة إذا وجد في إحدى الحالات الآتية: "إذا إزداد من أبوين مجهولين وعثر عليه في أي مكان".

–فالطفل المهمل هو إذن الطفل الذي أهمله والديه أو أهملته أمّه وترك دون رعاية. وقد يكون الإهمال شرعيّا إذا وضع في مؤسسة عموميّة أو هيكل مختص مقابل الإمضاء على وثيقة تخلّي، ويتعلّق الأمر في غالب الأحيان إذا لم نقل جميعها بإبن غير شرعي حيث ترغب والدته في التخلّص منه بصورة قانونيّة

–وعليه إذا كان تعريف النسب لا يثير أي إشكالية وهو متفق عليه في مختلف التشريعات فإننا سنحاول معالجة إثبات النسب من خلال تركيزنا على الطرق الشرعية لإثباته:

الفرع الثاني: إثبات النسب في القانون:

حيث تنص المادة 40 ق.أ.ج على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة أوبنكاح الشبهة أوبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و 34 من هذا القانون

– ونص المشرع المغربي بصورة صريحة في المادة 158 من مدونة الأسرة "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بينة السماع وبكل الوسائل المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية "

– وكذلك في القانون التونسي جاء في مجلة الأحوال الشخصية في الفصل 68 من باب النسب: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر"

– قانون .ا.ش المصري المادة –15– ونص على أنه: "لاتسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد".

[1] – العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، وفق أمر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا ، ط 1، الجزائر ، 2012 ، ص 528.

ومنها نكتشف أنه هنالك طريقتان أو سببين لوجود النسب هما أولًا : سبب منشئ بمعنى أنه لا يحتاج إلى دليل ويشمل جميع أنواع النكاح و ثانيا: سبب كاشف له أي يعيد إدماجه قانونياً وهذا الأخير يدخل تحت طائلة الإقرار والبينة وهذا ما سأحاول توضيحه فيما يلي:

أ)-الأسباب المنشئة للنسب في القانون :

ينشأ النسب بالنكاح سواءاً كان فاسدا أم صحيحاً وكذلك بنكاح الشبهة وقبل التطرق إلى الشروط الواجب توافرها لنشوء النسب نعرف ما يلي:

1-الزواج الصحيح: يقصد به الزواج الذي تتوفر فيه أركان الإنعقاد وشروط الصحة طبقاً للمواد 9 و 23 قانون الأسرة .ج. ومايليها من نفس القانون.[1]

المادة 50 من مدونة الأسرة المغربية : إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وشروط صحته، وانتفت الموانع، يعتبر صحيحا وينتج جميع آثاره من الحقوق والواجبات التي رتبتها الشريعة بين الزوجين والأبناء والأقارب، المنصوص عليها في هذه المدونة.

إذا كان الزواج كامل الشروط والأركان عّد زواجا صحيحاً وصالحا لإثبات النسب دون إشتراط أو طلب إعتراف ممن سيثبت نسب الولد منه وهذا متى كان تصور مجيء الولد من هذه الزوجية القائمة ممكنا حتى يكون كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[2]

2-**الزواج الفاسد:** ورد في المادة 40 ق.أ.ج على أنّه " يثبت النسب..... أوبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33و 34 من نفس القانون.

-عدد الفصل 21 (المنقح بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964) الزواج الفاسد هو الذي أقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث والفقرة الأولى من الفصل الخامس والفصول 15 و16 و17 و18 و19 و20 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[1] – فضيل سعد-مرجع سابق- ص123.

[2] – محمد محدة ، الخطبة و الزواج ، دار الشهاب للنشر ، ط2 ، 2000 ، ص416.

– المادة 59 من مدونة الأسرة : يكون الزواج فاسدا إذا أختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين 60 و 61 ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصحح بعده ، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده .

من مراجعة أحكام مواد ق.أ.ج يتضح لنا بجلاء أنّ الأولى نصت على فسخ النكاح أي على فساده إذا إختل أحد أركانه أو إشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

أو ثبتت ردة الزوج والثانية نصت على أنّه إذا تم الزواج بدون ولي أو صداق أو شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ويبطل إذا إختل أكثر من ركن واحد أما الثالثة نصت على أنّ الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده.[1]

3– نكاح الشبهة: ويقصد به النكاح الذي يقع فيه خطأ بسبب الغلط الذي يقع فيه الشخص كأن يتزوج الشخص بإحدى المحرمات عليه معتقداً أنها تحل له وبعد الحول تبين أنها أخته من الرضاع مثلا .

لكن يجب الحرص كل الحرص على ثبوت غلط الشخص فإن كان عالما بالغلط أو الشبهة وتعمدها فالزواج باطل ولا أثر له والولد في هذه الحالة يعتبر ولد زنا وعليه ومتى نتج عن إحدى هذه الأنكحة ولد فإن نسبه يثبت لأبيه[2] ولكن بتوفر ثلاث شروط أساسية حددتها المواد 41 و42 من قانون الأسرة الجزائري.

نصت عليه مدونة الأسرة المغربية في المادة –155– : "إذا نتج عن الإتصال بشبهة حمل وولدت المرأة مابين أقل مدة الحمل وأكثرها ثبت نسب الولد من المتصل" وهو موقف القانون الموريتاني في المادة 59.

أولا:إمكانية الإتصال الجنسي: أي إمكانية التلاقي بين الزوجين فعلية لأنها تثبت أو تأكد

عدم الإتصال وعدم التلاقي فلا يثبت النسب ويتحقق هذا الشرط بالخلوة الشرعية لأنها قرينة على تسليم المرأة نفسها لإعتبار العقد شرعياً –هذا فالزواج– الصحيح أما فيما يخص النكاح بالشبه والنكاح الفاسد فالدخول شرط أساسي لتحقق هذا الشرط.

[1] – فضيل سعد ، مرجع سابق ، ص84.

[2] – الإمام أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي ، دمشق ، ص74

-أمّا بالنسبة لإثبات النّسب بالفراش الصحيح فلا وجود له ب .م .أ. ش ما يدلّ على أن المشرّع التونسي قد إشترط صراحة الدخول الفعلي أو إمكان الدخول على خلاف المشرّع المغربي في المادة 152 في مدونة الاسرة : أسباب لحوق النسب: الفراش ، الإقرار، الشبهة.

-المادة 153 يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب.

- ق. مدني عدد 23248 مؤرخ فى 1991/06/04 يأخذ من الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنّ المشرع ضمن مجلة الأحوال الشخصية لا يقر النسب المتولد عن علاقة السفاح و الزنا و التي لا تسند لعلاقة زواج شرعي و إنما يأخذ بالنسب الناتج عن الإتصال الجنسي الواقع بموجب علاقة زواج.

و هذا هو المدلول الواقعي و القانوني لقوله : يثبت النسب بالفراش فإنّ لفظة الفراش في هذا السياق إنما تطلق على الاتصال الشرعي الذي يستند الى عقد زواج دون غيره من بقية العلاقات الأخرى.

ثانيا: عدم نفي الولد بالطرق الشرعية: بمعنى أنه لا ينفيه الزوج عنه بالطرق المشروعة سواءاً قبولاً ضمنياً أو صريحاً

أ)- الطرق المشروعة:اللعان: طبقاً لقرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/11/23 رقم 99000 والذي جاء فيه من المقرر قانوناً أنّ الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً و أمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ومن المستقر أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام , ومتى تبين في قضية الحال أنّ المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المحددة شرعاً وتمسكاً بالشهادة الطبيةالتي لا تعتبر دليلاً قاطعاً ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء وأنّ قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرّضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 ق.أ.ج. وأخطئوا في تطبيق المادتين 41 و42 من نفس القانون فيما يخص إلحاق النسب ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه[1] ونفس الشيء جاء به القرار 165408 المؤرخ في 1997/07/08[1]

[1] - المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، 64- 67.

أن ينفي الأب بالطرق المشروعة و الطريق المشروع لنفي الولد عنه لا يكون إلا باللعان و إن كان المشرع لم يظهر هذا في فصل النسب ، و إنما يفهم و يستشف من نص المادة 138 ق أ: "يمنع من الإرث اللعان و الردة"

و اللعان هو أن يتهم الزوج زوجته حين قيام العلاقة الزوجية بان الولد ليس منه ، فيتلوا عنانا أمام القاضي ، بأن يقسم الزوج بالله أربع مرات إنه لمن الصادقين و الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ثم تقسم الزوجة أربع مرات بالله غنه لمن الكاذبين فيما رماها به و تقول في الخامسة أن غضب اله عليها إن كان من الصادقين . فإذا تم اللعان بهذا الشكل يحكم القاضي بالتفريق بينهما فورا و يثبت نسب الولد من أمه فحسب.

وهو ما يذهب إليه القانون الجزائري في المادة 41 ق . أ السالفة الذكر، لذا فإنه لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم من القاضي ، و يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقرة شرعا في نفي النسب ، –المادة 153 من مدونة الأسرة يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين:

– إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على إدعائه و صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

– المادة 159 لا ينتفي الولد عن الزوج أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي، طبقا للمادة 153 أعلاه.

– الفصل 75 مجلة الأحوال.ش.ت : إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية.

–**<u>ثالثا:ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل:</u>** وأقل مدة الحمل هي ستة أشهر[2] أما أقصى مدة الحمل فهي في محل خلاف بين الفقهاء ونجد أن المشرع الجزائري وحرصاً منه على إجتناب الشبهات جعلها مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة طبقاً لنص المادة 43 ق.أ.ج.

[1] – قانون الأسرة المعدل والمتمم لسنة 1996

[2] – سورة الأحقاف الآية15/ سورة لقمان الآية 13.

-أدنى مدّة للحمل نصّ الفصل 71 م. أ. ش تونسية أنّه إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا يثبت نسب المولود من الزوج . فالملاحظ أن المشرّع التونسي حدّد أقلّ مدّة للحمل بستة أشهر إذ يجب لكي تكون الزوجيّة فراشا ولكي يثبت بهذا الفراش النسب أن تأتي الزوجة بالولد بعد مضي أقلّ مدّة للحمل هذه .

-المادة 154 يثبت نسب الولد بفراش الزوجية إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق .

-المادة 155 إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا.

ب) الأسباب الكاشفة للنسب: إذا إنتفت أسباب النشوء المشار إليها سايقاً أمكن إثبات النسب إما عن طريق الإقرار أو البينة وسنوضحهما كما يلي:

الإقرار: أصل اللفظ كان يطلق على حمل النسب على الغير فقط أستعملت أخيرا للجمع بين ماكان إقراراً بثبوت النسب بالدعوى بمعنى أنّ النسب يثبت بالإقرار وحده من غير أن يقرت به مابين وجهه لأنه بين الوجه كان ذلك هو السبب دون الإقرار المجرد[1]

والإقرار بالنسب قسمين: أولاً: الإقرار بالنسب على النفس: وهو إقرار الشخص وإعترافه بأبوته لشخص آخر

وقد نظمه المشرع المغربي في المادة 158 من مدونة الأسرة بأنه: يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية

- وفي المادة160 يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقر به ولو في مرض الموت، وفق الشروط الآتية: أن يكون الأب المقر عاقلا ، ألا يكون الولد المقر به معلوم النسب.

[1] - الإمام أبو زهرة ، مرجع سايق ، ص395.

– ويعد الإقرار بالنسب أحد وسائل إثبات النسب الشرعي في م أ ش و يأتي في المرتبة الثانية بعد الفراش وورد بالفصول 68 و 70 و 73 و 74 م أ ش دون أن يفرده المشرع التونسي تحت عنوان خاص كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المغربي.

–كما أورد المشرع التونسي الإقرار أيضا كوسيلة لإثبات بنوة الأطفال المهملين و مجهولي النسب بالفصل الأول من القانون عدد75 لسنة 1998

وهناك نوع آخر من الإقرار وهو:

ثانيا: إقرار بالنسب على الغير: وهو تحميل النسب على الغير[1] بمعنى أن الإقرار في هذا النوع لا ينسب فيه الشخص المقر له بالنسب إلى شخص المقر له ولا ينتسب هو إلى غيره وإنّما النسب هنا يكون إلى شخص ثالث لحمل نسبه على غيره ومن ثمة قيل بأن النسب فيه متعة متى توافرت الشروط

ويضيف إليها القانون الجزائري شرط آخر و هو أن يوافق المحمول له عليه بالنسبة على هذا الإقرار، ففي قوله : هذا أخي يشترط لثبوت نسبه مع الشروط السابق أن يصدقه أبوه في ذلك ، و هذا ما نصت عليه المادة 45 من ق. أ .ج : " الإقرار بالنسب في غير البنوة ، و الأبوة ، و الأمومة ، لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه " ، فالإقرار بالأخوة و العمومة يشترط فيه أن يصدقه المقر عليه ، للأب عند الإقرار بالأخوة ، و الجد عند الإقرار بالعمومة ، و أن يقيم المقر البينة على إقراره.

– خالف المشرع المغربي المشرع الجزائري في المادة 161من مدونة الأسرة أنه: لا يثبت النسب بإقرار غير الأب .

–و سواء تعلق الأمر بالإقرار في م أ ش التونسية أو بالإقرار في قانون 1998 فإن الإقرار لا يمكن أن يصدر عن غير الأب وهو ما يستشف ضمنيا من أحكام الفصل الأول من هذا القانون و الفصل 68 م أ ش و تأسيسا على ذلك فإن إقرار الأم بأمومتها للطفل لا يترتب عنه ثبوت النسب تجاه الأب أو إسناد اللقب للطفل إلا إذا كان مقترنا بإقرار صريح من الأب

[1] – فضيل سعد ، مرجع سابق ، ص131.

ومن جهة أخرى فإن الإقرار بالبنوة بما هو تعبير عن الإرادة المنفردة للمقر يجب أن يصدر عنه شخصيا و لا يمكن أن يوكل غيره للقيام بذلك نظرا لتعلق الإقرار بشخص المقر نفسه كما يجب أن يصدر الإقرار عن الإرادة الحرة والواعية .

<u>إثباته عن طريق البينة:</u> وهي الحجة الواضحة وكل ما يثبت الحق ويفصل بين الخصوم[1] بالرجوع إلى المشرع الجزائري في المادة 40 فنجده يستعمل فالنص العربي مصطلح فيكون لهذا الأخير عدة معاني والمقصود بالبينة فيpreuve في النص الفرنسي البينة مجال إثبات النسب هي الشهادة دون غيرها من الأدلة.

والأدلة المتضافرة على ذلك منها تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي إستحدث الطرق العلمية كوسيلة من وسائل إثبات النسب بصورة تنتزع أي إشكال في تأويل البينة الواردة في نص المادة 40 وهو شهادة الشهود.[2]

المشرع المغربي قام بتنظيم الشهادة في قواعد قانون الالتزامات والعقود إلى جانب تنظيمه الإجراءات المسطرية الخاصة بها في قانون المسطرة المدنية.

وما يهمنا هنا إثبات النسب عن طريق الشهادة بالخصوص فيتمثل في فقه الإمام مالك وذلك انطلاقا من المادة 400 من مدونة الأسرة، التي تحيل على الفقه المالكي، الذي يعتبر شهادة الشهود كوسيلة لإثبات النسب حيث يتم عتبارها أقوى من الإقرار وهذا أيضا ما تم تبنيه من طرف الفقه الإسلامي.

بالرغم من نص المشرع المغربي على الشهادة كوسيلة لإثبات النسب إلا أنّه لم ينظمها تاركا أمر ذلك للفقه المالكي.

[1] – أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، المجلد1 ، ط1 ، عالم الكتب ، مصر ، 2008 ، ص276

[2] – إقورفة زبيدة ، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب ، ط1 ، الأمل للطباعة والنشروالتوزيع ، الجزائر ، 2012 ، ص54

-المطلب الثاني: مجهولي النسب في التشريع :

بغض النظر عن الأسباب والدوافع التي نتج عنها الأطفال مجهولين النسب إلى أنه تبقى نظرة المجتمع إليهم نظرة إحتقار وكره ونبذ فهم في غالب الأحيان ما يكونون نتيجة خلل في المجتمع حيث تكون الأغلبية الساحقة ثمرة علاقة محرمة أدت إلى ولادتهم ليتحملوا ذنوب جرائم ومنكرات أوليائهم فلا يجب عليا تحميلهم أكثر من أوزارهم لأنهم لاحول ولا قوة لهم.

وبإعتبار موضوع الأطفال مجهولين النسب موضوع حساس وشائك توجب الوقوف عنده وإستخلاص بعض الحلول البديلة لهم في إطار نبذ المجتمع لهذه الفئة خاصة منه المجتمع الجزائري لأنه يبقى مجتمع إسلامي يتحكم فيه الدين الإسلامي والعادات والتقاليد ,لا يتقبل السلوكيات الغير خلقية خاصة مايخص العلاقات الغير شرعية وكل الأمور التي تمس بالشرف.

ولذلك وفي ظل هذه الظروف كلها التي يصمد أمامها الطفل المجهول النسب نتعرض إلى مكانته في القوانين الجزائرية والوضعية والحماية التي أبداها المشرع له.

الفرع الأول: مجهولي النسب في قانون العقوبات:

لكل طفل الحق في الحياة سواءاً كان ولدا من نسب معلوم أو مجهول وقد تدخل ق.ع .ج في هذا المجال مسلطا عقوبة الإعدام عل كل شخص يقتل طفل حديث العهد بالولادة طبقا للمادتين 159و 261 من نفس القانون وإلا أنّ الأم سواءاً كانت فاعة أصلية أوشريكة فتعاقب بعقوبة السجن من10 إلى 20 سنة طبقا للمادة من نفس القانون (1) 02/01

-كما أن الفصل 397 ق.ج مغربي يعاقب على قتل الوليد ولو تم ذلك من قبل الأم

-الفصل 210 (نقح بالقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989 ذكر في المجلة الجنائية يعاقب بالسجن بقية العمر الوالد الذي يتعمد قتل ولده)

-الفصل 211 نفس القانون ذكر في المجلة الجنائية تعاقب بالسجن مدة عشرة أعوام الأم القاتلة لمولودها بمجرد ولادته أو إثر ولادته.

-كما تنص المادة 314 قانون ع.ج. ومايليها على معاقبة كل من يترك طفل أو يعرضه للخطر في مكان خال أو غير خال من الناس أو يحمل الغير على ذلك وتختلف العقوبات المقررة على

الفاعل حسب العجز الذي لحق بالطفل من جهة وإختلاف الفاعل أيضا وتنص العقوبة على الإعدام إذا ما تبين بعد وفاة الطفل أنّ الفاعل قصد قتل الطفل[1]

– والفصل 410 كما أن العقوبة تتحول إلى الإعدام إذا كان الجرح أو الضرب أو العنف أو الإيذاء أو الحرمان قد ارتكب بقصد إحداث الموت .

– المشرع المغربي خصص فرع كامل من أجل القضاء على ظاهرة ترك الأطفال أو العاجزين وتعريضهم للخطر ويتعلق الأمر بالفصول 459 إلى الفصل 4/467

– الفصل 212 (نقح بالقانون عدد 93 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995) ذكر في:

المجلة الجنائية يستوجب السجن مدة ثلاثة أعوام وخطية قدرها مائتا دينار من يعرض مباشرة أو بواسطة أو يترك مباشرة أو بواسطة بقصد الإهمال في مكان آهل بالناس طفلا لا طاقة له على حفظ نفسه أو عاجزا ويكون العقاب بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها مائتا دينار إذا كان المجرم أحد الوالدين أو من له سلطة على الطفل أو العاجز أو مؤتمنا على حراسته ويضاعف العقاب في الصورتين السابقتين إذا حصل التعريض أو الترك في مكان غير آهل بالناس والمحاولة موجبة للعقاب.

لقد جرم قانون العقوبات .ج. من لم يصرح بولادة طفل أو تعمد عدم تسليمه إلى الجهات المعنية بحمايته إعتبرهما جريمتين يعاقب عليهما وسنتعرض لهاتين الجريمتين فيما يلي:

أ)– جريمة عدم التصريح بميلاد الطفل: المنصوص عليها في المادة 61 ق.ح.م. نصت على أن التصريح بالمواليد يجب أن يكون في غضون 5 أيام إلى ظابط الحالة المدنية أو تفرض عليه العقوبات المنصوص عليها فالمادة 442 ق .ع.ج لقيام هذه الجريمة يكفي قيام الركن المادي وهو: عدم التصريح بميلاد الطفل وهو التصرف السلبي الحاصل من طرف الأب أو الأم وهو مانصت عليه المادة 62 ق ،ح ، م وأن يكون الجاني من بين الأشخاص الملزمين بالتصريح

[1] – القاضي بن رزق الله إسماعيل ، محاضرة حول حقوق الطفل وفق التشريع الجزائري ، سنة 2009/2008 ، جامعة تبسة ، ص7

-الفصل 468 ق.ع. مغربي يعاقب على عدم التصريح بالإزدياد في الأجل القانوني، في الحالات التي يكون فيها التصريح واجبا، كل من الأب، وعند عدم وجوده، الطبيب أو الجراح أو ملاحظ الصحة أو الحكيمة أو المولدة أو القابلة أو أي شخص حضر الولادة أو وقعت بمحله.

ب)-جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة : تعاقب المادة 442 ق.ع.ج كل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يسلمه لظابط الحالة المدنية مالم يوافق على أن يتكفل به ويقر بذلك أمام جهة البلدية التي بنسب الطفل إلى دائرتها.

-الفصل 469: يعاقب كل من عثر على وليد ، ولم يخطر به ضابط الحالة المدنية ولا السلطات المحلية.

-وكذلك تعاقب المادة 321 من قانون.ع.ج كل من نقل عمداً أو أخفاه أو إستبدل طفل بطفل آخر أوتدخل على أنه ولد امرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن تبرر التحقق من شخصيته وإذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حي تكون العقوبة هي الحبس من شهرين إلى 5 سنوات[1] وإذا ثبت أنّ الطفل لم يولد حياً فتكون العقوبة من شهر إلى شهرين غير أنه إذا قدم الولد على أنه ولد لإمرأة لم تضع حملا يعد تسليما إختياريا أوإهمالا من والديه يتعرض لعقوبة من شهر إلى خمس سنوات والجريمة تأخذ وصفين:

إخفاء سن لطفل حي وجريمة عدم تسليم طفل ، لم تشر المادة إلى سن معين للطفل حيث تقوم هذه الجريمة على ركنين أولهما المادي:

أ)- نقل الطفل: وهو إبعاد الطفل عن المكان الذي وجد به ونقله إلى مكان آخر من طرف الجاني ويعاقب عليه بنص المادة 326 ق.ع.ج.

ب)- إخفاء طفل: وهو أن يقدم الجاني على خطف الطفل وشخص آخر يكون شريك في إخفائه وذلك لتربيته في ظروف لايمكن التعرف إليه فيها على شخصيته.

ج)- إستبدال طفل بطفل آخر: إستبدال الجاني الطفل المولود بعد وضع أمه له محل طفل آخر لكي لا يأخذ نسبه الفعلي.

[1] - بوسقيعة أحسن ، الوجيز في شرح ق.ع.ج في ضوء الممارسة القضائية ، ط2 ، الجزائر ، ديوان الطبع للنشر والتوزيع ، ص120.

ثانيا: الركن المعنوي: يلزم لتوفر هذه الجريمة القصد الجنائي أي ان يكون الجاني عالما بأنه يقوم بنقل الطفل من مكانه دون سند قانوني فلاتقوم الجريمة إذا كان قصده المحافظة على حياة الطفل وإرجاعه لمن يستحق.

-الفصل 470 يعاقب من تعمد نقل طفل أو إخفاءه أو تغييبه أو استبداله بطفل آخر أو تقديمه ماديا على أنه ولد لامرأة لم تلده، مع مضاعفة العقوبة إذا كان الفاعل من أصول الطفل أو شخصا مكلفا برعايته أو له سلطة عليه .

ج)-جريمة عدم تسليم جثة طفل: نصت عليها الفقرة 3 من المادة 321 ق.ع.ج وتتعلق بالطفل الي لم يولد حياً والذي لم يثبت أنه حي.

هذه الجريمة لا تقوم إلا إذا بلغ الجنين ستة أشهر وهي أقل مدة الحمل طبقاً للمادة 42 ق.أ.ج وإلاّ أعتبر إجهاضاً[1]

الفرع الثاني: مجهولي النسب في قانون الجنسية:

طبقاً للمادة 7 من قانون الجنسية يعتبر الكفل المولود في الجزائر من أبوين مجهولين جزائري الجنسية وكذا المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة ميلاده دون معلومات عنها تثبت جنسيته[2] وعليه فكل طفل ولد بالجزائر وهو مجهول النسب من أبويه تمنح له الجنسية

-تمنح الجنسية بواسط رابطة الدم والإقليم وهي وسيلة لإثبات نسب الطفل المجهوا وهو مانصت علية المادة 6 ق.ج. فيما يخص رابطة الدم.

- الفصل6 من قانون الجنسية المغربي: إعتبر أنه "يعتبر مغربيا الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين غير أن الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن مغربيا قط – إذا ثبت خلال قصوره – أن نسبه ينحدر من أجنبي وكان يتمتع بالجنسية التي ينتمي إليها هذا الأجنبي طبق قانونه الوطني".

[1] – بوسقيعة أحسن ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، مرجع سابق ، ص 123 و124.

[2] – القاضي بن رزق الله ، مرجع سابق ، ص8

-الفصل 9 مجلة الجنسية التونسية: يكون تونسيا من ولد بتونس من أبوين مجهولين غير أنه إذا ما ثبت نسبه لأجنبي قبل بلوغه سن الرشد وصارت جنسيته جنسية ذلك الأجنبي بمقتضى القانون الوطني لهذا الأخير فإنه يعتبر كأن لم يكن قط تونسيا.

الفصل 10 المولود المعثور عليه بتونس يعتبر مولودا بتونس إلى أن يثبت ما يخالف ذلك.

-الجنسية المكتسبة عن طريق الإقليم: وقد أوردها في الأمر 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائري في مادته 7 وهي الحالة الوحيدة التي أخذ بها المشرع الجزائري برابطة الإقليم لمنح الجنسية الأصلية وتنص على ما يلي: "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر":

- الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين أوعثر عليه حديث العهد بالولادة فتمنح له الجنسية تفاديا لوقوعه في حالة إنعدام الجنسية .

ولكي تثبت الجنسية يجب تحقق شرطين وهما:

1- شرط الولادة في الجزائر: حيث يجب أن يكون الولد مولودا بالجزائر أي أخذ من المستشفيات الوطنية أو عثر عليه حديث العهد بالودلاة أمام أحد المساجد أو الملاجيء ...

2-شرط كون الولد مجهول الأبوين: ويعتبر الولد مجهول الأبوين حتى وإن كانت الأم معروفة الهوية أي (الإسم) لكنها مجهولة الجنسية ومتى ما ثبتت نسب الولد إلى أجنبي وقانون جنسيته يسمح بنسب الطفل إليه سقطت عن هذا الأخير الجنسية الجزائرية بشرط ثبوت النسب خلال قصره بالضبط قبل بلوغه سن الواحد والعشرين.

الفرع الثالث: مجهولي النسب في قانون الحالة المدنية:

تماشياً مع أحكام المادة 28 ق.م.ج وماتنص عليه المادة 64 ق.ح.م.ج لأمر 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970 على أنّ ظابط الحالة المدنية نفسه هو الذي يعطي الأسماء للقطاء أو المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم أية أسماء وتعيين الطفل مجموعة أسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي كما تنص المادة 67 من نفس الأمر على وجوب قيام الشخص الذي يجد مولود حديث الولادة بالتصريح بذلك إلى ظابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الموجودة معه ويقوم هنا ظابط الحالة المدنية بأمرين :

الأول: تحرير محضر مفصل يبين فيه تاريخ وساعة ومكان وظروف إلتقاط الطفل وسنه الظاهري وجنسيته وأية علامة يمكن أن تسهل معرفته والسلطة أو الشخص الذي عهد به إليه ويسجل المحضر في سجل الحالة المدنية

ثانيا: يعد الظابط عقداً يكون بمثابة عقد الميلاد.[1]

نفس الشروط في المادة 16 من قانون الحالة المدنية المغربي

ونفسه في الفصل 27 من القانون عدد 3 لسنة1957 المؤرخ في أول أوت لسنة 1957 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية التونسي.[2]

الفرع الرابع: مجهولي النسب في قانون الأسرة:

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى أحكام مجهولي النسب إلا من باب الإشارة عرضا في مواطن متفرقة من مختلف القوانين كقانون الأسرة من باب النسب المادة44 وفي موضوع الكفالة المادة 119 و120.

– أمّا مدونة الأسرة فتكلمت عن ثبوت نسب مجهول النسب بالإستلحاق في المادة 145

متى ثبتت بنوة ولد مجهول النسب بالإ ستلحاق أو بحكم القاضي، أصبح الولد شرعيا، يتبع أباه في نسبه ودينه، ويتوارثان وينتج عنه موانع الزواج ، ويترتب عليه حقوق وواجبات الأبوة والبنوة.

أمّا المشرع التونسي فقد خصص بابا في مجلة الأحوال الشخصية يخص به هذه الفئة الكتاب السابع في أحكام اللقيط.

الفصل 77 – من تكفل بلقيط واستأذن من الحاكم وجبت عليه نفقته إلى أن يصير قادرا على التكسب، ما لم يكن لذلك اللقيط مال

الفصل 78 – يبقى اللقيط بيد ملتقطه ولا يأخذه منه أحد إلا إذا ظهر أبواه وحكم الحاكم لهما بذلك

[1] – القاضي بن رزق الله إسماعيل ، مرجع سايق ، ص9

[2] – القانون عدد 3 ، لسنة 1957 ، المؤرخ في أول أوت 1957 والمتعلّق بتنظيم الحالة المدنية ، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية ، الصادر في 30 جويلية / 2 أوت 1957 ، ص 11.

الفصل 79 – ما يوجد من المتاع في حيازة اللقيط يبقى له

الفصل 80 – إذا مات اللقيط من غير وارث رجعت مكاسبه إلى صندوق الدولة غير أنه يمكن للملتقط القيام على الدولة بالمطالبة بما أنفقه على اللقيط في حدود مكاسب.

– بتحريم التبني وجد بديل له ويعرف بنظام الكفالة ومن خلال دراستنا لهذا الفصل تعرفنا

عن معناها وأهم خصائصها، كما أن له أركان لم أتطرق إليها في بحثي هذا، لكن أتحدث عليها بآختصار في هذه الخلاصة:

– الكفالة بآعتبارها عقد مدني تقوم على أركان العقد من تراضي محل وسبب :

1– التراضي: هو تطابق إرادتين وحتى يكون صحيحا لابد أن يصدر من ذي أهلية

ولا يكون منشوب بأي عيب من عيوب الإرادة (الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال).

المحل: حسب القواعد العامة يجب أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروع حسب

المواد من 92 إلى 96 من القانون المدني.

السبب: الكفالة قد تكون بمقابل أودونه، فإذا كانت بمقابل فإن إلتزام الكفيل سببه هو

المصلحة التي سيتحصل عليها من الدائن، وسبب إلتزام هذا الأخير هو ضمان له أكثر، فإذا كان سبب الإلتزام مخالف للنظام العام كان باطلا أو أن محل الإلتزام كان مستحيلا أيضا فتكون الكفالة باطلة.

كما قد تكون الكفالة دون مقابل فيكون السبب حينئذ هو نية التبرع والدافع الذي دفع الكفيل للتعاقد هو نية التبرع وهي الحالة التي تكون في عقد الكفالة المنصوص عليها في قانو

الأسرة.

الفصل الثاني
النظام القانوني لكفالة مجهولي النسب

توطئة الفصل الثاني:

يتبادر إلى الذهن أنّ هناك عدة نصوص قانونية تنظم موضوع الكفالة من عدة نواحي ، وعليه فإنّنا نجد قانون الأسرة الذي يعد بمثابة القاعدة العامة في تنظيم أحكام الكفالة هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد المرسوم التنفيذي رقم 92/24 المتعلق بتغيير اللقب الذي أعطى للكافل في إطار عقد الكفالة الحق في تقديم طلب إلى وزارة العدل قصد تغيير اللقب القاصر مجهول النسب من الأب ليصبح مطابقاً للقب العائلي للكافل هذا من جهة كذلك نجد إلى جانب ذلك قواعد الإسناد المستحدثة بموجب القانون رقم 10- 05 المعدل والمتمم للأمر 75/58 المتضمن القانون المدني في مادته 13 مكرر 01 التي ترشد القاضي الداخلي إلى القانون الواجب التطبيق عندما يكون في عقد الكفالة طرفاً أجنبياً والتي تلزم القاضي الداخلي الجزائري أن يراعي قانوني الطرفين في عقد الكفالة عند إبرام العقد وعلى هذا الأساس يمكن التوضيح من ناحية الممارسة العملية والنظرية كيفية إنعقاد عقد الكفالة و إنشائه آثاره و إنتهائه.

المبحث الأول:شروط الكفالة وإجراءاتها:

الكفالة كأي عقد من العقود لا بد ان تتوفر فيها الشروط الواجب توافرها في كل عقد ، كالشروط الواجبة في الكافل والمفول وفي العقد نفسه وكذلك يجب تتبع الإجراءات الشكلية لتمام العقد و

سنتطرق الى ذلك فيما يلي:

المطلب الأول : شروط الكفالة:

إن شروط الكفالة تعتمد على عناصر أساسية مكونة لهذا العقد والمتمثلة في شخص الكافل،

الشخص المكفول، والجهة المكلفة بإنشاء هذا العقد و لأول مرة المشرع ينص صراحة على إبرام عقد الكفالة إذا كان أحد أطرافها أو طرفيها أجنبيا من قبل القاضي الجزائري وهذا حسب التعديل الجديد الوارد في القانون المدني بمقتضى المادة 13 مكرر 01

الفرع الأول : الشروط الواجبة في الكافل:

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في مادتيه 117 و 118[1] على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة إن تتحقق من توافرها فعلى الهيئة المكلفة (قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة أو الموثق) أن يقوم بإجراء تحقيق ويراقب ما إذا توفرت هذه الشروط أم لا، فإذا إتضح للقاضي أو الموثق عدم توفرها في الكافل رفض الطلب أما إذا توفرت هذه الشروط حرر العقد من قبل الجهات السالفة الذكر، و الشروط المطلوبة هي: شرط الإسلام، شرط أن يكون عاقلا، شرط القدرة، لكن عمليا القاضي يتحقق من عدة شروط أخرى ضرورية لكن غير واردة في المادتين السالفتين الذكر[2]

[1] – تنص المادة 117 : ق.أ.ج: " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان".

* تنص المادة 118 : ق.أ.ج: "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته".

[2] – أنظر ، الغوثى بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2005 ، ص169.

أولاً:الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري:

1- شرط الإسلام:

لقد أوجب قانون الأسرة شرط الإسلام في مادته 118 : "يشترط أن يكون الكافل مسلماً."

يدين بالإسلام حتى يمكنه أن يتكفل بطفل، و ذلك يرجع إلى أنه سيمارس الولاية على نفس المكفول ويتولى كل أموره وعلى ذلك فيجب أن يكون مسلماً وذلك لقوله تعالى: **(بَشِّرِ الْمُنَافِقِينَ بِأَنَّ لَهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ﴿١٣٨﴾ الَّذِينَ يَتَّخِذُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَيَبْتَغُونَ عِندَهُمُ الْعِزَّةَ فَإِنَّ الْعِزَّةَ لِلَّـهِ جَمِيعًا)**[1]

وقوله تعالى: **(وَلَن يَجْعَلَ اللَّـهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)**[2]

ومادامت الكفالة ترتكز أساسا على رعاية المكفول فإن الإسلام هو الديانة الفضلى في تربية الفرد وفي تكوين أخلاقه وذلك لقوله عز وجل: (يا محمد إنك لعلى خلق عظيم) والجزائر حسب دستورها ديانتها الإسلام ، فإذا وجد أي طفل حديث الولادة فوق أرضها، فإنه يكتسب الجنسية الجزائرية باعتباره مجهول الأبوين أو مجهول الأب ما لم يثبت خلاف ذلك.[3]

"بذلك أعتبر المشرع شرط الإسلام شرطا ضروريا وبالتالي الغير مسلم سواء مسيحي أو يهودي الديانة عندما يقدم طلب كفالة طفل قاصر جزائري يرفض طلبه"، وهذا ما يجرى عمليا في المحاكم.

مراعاة لمصلحة الطفل والتي يجب على القاضي التحقق منها يرفض الطلب بناءا على سلطته التقديرية في تقدير الوقائع ورعاية لمصلحة الطفل وذلك في غياب شهادة إعلان الإسلام، لأنه إذا رجعنا إلى أحكام الحضانة لوجدناها تلزم الحاضن أن يرعى الولد ويربيه على دين أبيه[4] ، وتسقط إذ إختلت إحدى شروط الحضانة ومن بينها حالة الردة أي الخروج عن الإسلام.[5]

---

[1] – سورة النساء، الآية 139-138.

[2] – سورة النساء، الآية 141.

[3] – أنظر ، المادة 07 المعدلة بالأمر رقم 01-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005

[4] – أنظر ، المادة 62 ق. أ.ج.

[5] – أنظر ، المادة 67 ق.أ.ج.

ولكون هذه المسألة تتعلق بالنظام العام وعليه فإنه ما ينطبق على الحضانة ينطبق على الكفالة ، إذ حتى ولو كان الكافل جزائري الجنسية وثبتت ردته أو اعتناقه دينا آخر فإن القاضي يرفض الطلب وكذا الأمر بالنسبة للموثق.

1-1- طالب الكفالة أجنبي الجنسية:

حسب نص المادة 13 مكرر 01 قانون 05/10 أجاز المشرع للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة وبغض النظر عن دينهم فإن قواعد الإسناد المحددة في المادة السالفة الذكر تستوجب على القاضي فقط مراعاة قانوني مقدم طلب الكفالة والطفل المكفول عند إنشاء العقد وعليه فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانوني الأجانب يجيزان الكفالة، مع العلم أن طالب الكفالة والمكفول ليسا من جنسية واحدة فهنا القاضي بعد التحقيق الذي يجريه يقوم بتحرير عقد الكفالة.

أما حالة ما إذا كانا من نفس الجنسية (الكافل والمكفول) وقانونهما يجيز الكفالة هنا نفس الشيء القاضي يحرر عقد الكفالة.

لكن إذا كان أحد القوانين لا يجيز، فإنه بالطبع لا يمكن تحرير عقد الكفالة لأن المادة 11مكرر 01 تلزم القاضي أن يراعي القانونين معا يوم تحرير العقد في حين آثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط .

2- شرط العقل:

لابد أن يكون الكافل عاقلا[1] ، متمتعا بالأهلية الكاملة، أي أن يكون بالغا راشدا غير محجور عليه لسبب الجنون أو العته، لأن المعدوم عقله لا يمكنه التكفل بشخص، لأنه في الأصل لا يمكنه التكفل بشؤونه ويحتاج لمن يرعاه، فلا يمكن أن يرعى غيره وهو ما نصت عليه المادة 81 ق.أ.ج.[2]

[1] – أنظر ، المادة 118 ق .أ.ج.

[2] – تنص المادة 81 : ق .أ.ج." من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن ، أو الجنون ، أو عته ، أو سفه ، ينوب عنه قانونا ولي ، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون ".

"فإن ثبت عدم تمتعه بالأهلية رفض الطلب لأن هذه المسألة من النظام العام، إذ يجوز للنيابة تقديم طلب الحجر إلى المحكمة وبالتالي لا يمكن له كفالة غيره بموجب الحكم القاضي بالحجر."

يرجع تقدير مسألة العقل لسلطة القاضي حسب ظروف كل حالة وما يتطلبه القاصر من

رعاية وعناية وتربية، فالطفل في سن 15 سنة يختلف عن حديث الولادة الذي يختلف بدوره عن طفل ذو السن 04 سنوات أو 05 سنوات وحاجته إلى الكافل في كل مرحلة من المراحل[1]

3-شرط القدرة:

هذا الشرط مفاده أن يكون الكافل قادرا جسديا وماديا على التكفل بالقاصر.

1-1- القدرة الجسدية: أيُّ عجز يكون الكافل مصاب به يمكن أن يقف حاجزا كمن له

عاهتين إذ يتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب هاتين العاهتين، بينه وبين تكفله بالقاصر على أحسن وجه .

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

1-2- القدرة المادية: يقصد الشرع بالقدرة هنا الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة، إذ لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون بطالا وليس له مورد رزق، إذ أنه عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للموظفين وكشف المداخيل لغير الموظفين للتحقق من هذه القدرة، وإلا رفض الطالب مراعاة لمصلحة الطفل .

هناك من يقول أنه "إذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة، يتعين موافقة الزوج الأخر"[3]

[1] – الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص 169.

[2] – المجلة القضائية ، العدد 04 ، سنة 1989 ، ص 76

[3] – الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص 169 .

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

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

ثانياً:الشروط التي لم يتعرض لها المشرع الجزائري:

– ترك المشرع الجزائري عدة غموضات منها:

1–الشرط المتعلق بالكافل (رجل أو إمرأة):

المشرع ترك عدة غموضات ، رغم أنها مهمة جدا ففي نص المادة 118 ق.أ.ج نص على أنه "يشترط أن يكون الكافل مسلما..." هنا المصطلح يؤكد على "الكافل" هل يعني به الرجل وليس المرأة لأنها تعتبر "كافلة" أو يعني به رجل أو امرأة .

– في حين أنّ المشرع المغربي قد نص على حالة المرأة المسلمة التي توفرت فيها الشروط الأربعة المشار إليها في سابقاً في نفس المادة.[1]

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 وليس بين أحضان الرجل بحكم طبيعة كل منهما.

عملا بالشروط التي تطلبها المساعدة الاجتماعية في طلب الكفالة أن يكون زوجين (أي رجل وزوجته) وحددت الحد الأعلى لسن الرجل هو 60 سنة و55 سنة للمرأة، كما أنه في حالة طلاقهما ترجع الكفالة للزوج وليس للزوجة.[2]

[1] – أنظر المادة 9 من مسطرة كفالة الأطفالل المهملين المغربية.

[2] – معلومات مقتبسة من المساعدة الاجتماعية لمديرية النشاط الاجتماعي لولاية تلمسان.

2- جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة:

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

إلا أنّ حق الأشخاص المعنوية المكلفة برعاية الأطفال نص عليه المشرع المغربي صراحة على هذا الحق وأشترط أن تكون الجمعية أو المؤسسة مؤهلة قانونا ومعتمدة، وأن تسهر على نشأة المكفول تنشئة إسلامية بحتة وإلاّ رفض الطلب أو قام القاضي المكلف بشؤون القصر بإلغاء الكفالة.[1]

3- الفارق في السن بين الكافل والمكفول:

لا نجد نص قانوني ينظم هذه الوضعية في قانون الأسرة مع العلم أنه لو فرضنا أن طالب الكفالة متزوج إذ رخص له القاضي قبل السن القانوني بالزواج ويوم تقديم الطالب بلغ سن 19 سنة، والمكفول كان سنه آنا ذاك 17 سنة، وعليه فالمنطق لا يقبل هذه المعادلة، فكيف إذًا نتصور هذه الوضعية في غياب نص تنظيمي ينظم شرط الفارق في السن بين الكافل والمكفول كحد أدنى.

4- شرط الزواج:

بالرجوع إلى أحكام الكفالة لا نجد نص قانوني ينظم مثل هذا الشرط، لكن عمليا على

مستوى مديرية النشاط الاجتماعي طالب الكفالة ملزم بإرفاق الملف بشهادة عقد الزواج، وهذا الذي يثبت مراعاة مصلحة الطفل من طرف القاضي لكون الغاية من الكفالة نشأة الطفل في أسرة وعائلة التي كان يفتقر إليها سابقا .

[1] - أنظر ، طلبة مالك ، التبني والكفالة ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، 2003-2006 ، ص 23 .

لكن هذا الشرط حتى لو نظم في أحكام قانون الأسرة فإنه يستوجب مراعاة حالة المطلق

والمطلقة والأرمل والأرملة الذين يعيشون برفقة أبناء أو انعدام أبناء، لأن مثل هذه الحالة ستطرح مستقبلا على المحاكم لذلك يستوجب على المشرع مراعاة مثل هذه الحالات[1]:

5-شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة إن كانا معاً على قيد الحياة:

هذه الحالة غير منصوص عليها مع العلم أن رضا طالب الكفالة أي الزوج فقط هذا لا يعني دائما موافقة الزوجة . ولهذا من أجل المصلحة الفضلى للطفل فإنه من المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين أمام القاضي أثناء التحقيق وعليه فإنه كان على المشرع تدارك مثل هذا الشرط والتنصيص عليه في قانون الأسرة، لأنه وجدنا عمليا أن أغلب المحاكم لا تراعي تحرير محضر الموافقة للزوجين أمام القاضي إذ يكفي إحضار شاهدين فقط وحضور الأطراف فقط.

إنّ كل هذه الشروط لم ينص عليها في قانون الأسرة وترك غموض كبيرة في مجال الكفالة خاصة في الشروط الواجبة في الكافل فالمشرع نص في المادة 118 على 03 شروط : شرط الإسلام ، شرط العقل ، وشرط القدرة ، كما أنه لم يتعمق فيها. لكن على مستوى مديرية المساعدة الاجتماعية هناك شروط أخرى زيادة على الشروط التي نص عليها المشرع وهي:

-مسلما، عاقلا، قادرا على القيام بشؤون المكفل ورعايته.

-الحد الأعلى هو 60 سنة بما لنسبة للرجل و55 سنة للمرأة (أي لابد أن يكون زوجين).

- دخل الطالبين الكفالة يتعدى الحد الأدنى للأجر بعد طرح كل الأعباء الشهرية.

-يجب توفر سكن لائق وصحي لطالبي الكفالة (إجراءات وكيفيات الوضع القانوني الكفالة).

[1] - طلبة مالك ، نفس المرجع ، ص 24 .

الفرع الثاني: الشروط الواجبة في المكفول:

لم يرد في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للمكفول وعليه يمكن استنتاج بعض الشروط

المطلوبة عمليا والمنوه إليها بصورة غير مباشرة في قانون الأسرة، بالرجوع إلى نص المادة 116 ق.أ.ج نستنتج أن المشرع إشترط في المكفول سن معين وهو أن يكون قاصرا، كذلك سردت المادة 119 منه وضعية الطفل المكفول مجهول النسب أو معلوم النسب .

الشرط الأول: أن يكون المكفول قاصراً:

القاضي أو الموثق حتى يبرم عقد الكفالة يجب أن يجري تحقيق في الملف ومن بين الأمور التي يجب التأكد منها، شرط السن فقانون الأسرة إشترط أن يكون ولدا قاصرا فقط ، وهي المرحلة التي يكون فيها المكفول غير قادر على القيام بنفسه خاصة وأن المشرع لم يحدد سن معين وتكلم فقط على وجوب أن يكون قاصر.

– هذا يحيلنا إلى أحكام القانون المدني في مادته 40 الفقرة 02[1] ، التي عرفت الولد القاصر بسنه، ونصت على أن القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي 19 سنة كاملة بما يفهم منه أن المكفول يكون سنه أقل من 19 سنة، وهذا ما أكد عليه كل فقهاء الشريعة الإسلامية الذين تناولوا هذا الموضوع في تعريف الكفالة والكافل ومن في حكمه[2].

– كما أنه كان من المفروض على المشرع أن يحدد السن صراحة في أحكام الكفالة مثل ما فعل المشرع المغربي، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه استعمل مصطلح القاصر التي تعني الذكر دون الأنثى بينما المشرع المغربي نص صراحة على الطفل القاصر ذكر أم أنثى فمن الأحسن إضاحة النصوص والدقة في المصطلحات مثل ما هو سائد في باقي التشريعات المقارنة.

إن الحكمة من أن يكون المكفول صغير السن حتى يمكن السيطرة عليه وتربيته ونشأته

[1] – تنص المادة 40 فقرة 02 ق . م : " وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ".

[2] – بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون (الزواج والطلاق) ، ج1 ، دار النهضة العربية ، لبنان ، 2001 ، ص 68.

وإدماجه داخل الأسرة الكافلة، وإلا فلا فائدة من الكفالة إذا بلغ سن الرشد

الشرط الثاني:المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب:

هو شرط ورد في المادة 119 من قانون الأسرة "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب."

أ)- القاصر المعلوم النسب:

أي أنه ولد لأبوين معروفين ورغم ذلك يضعوه في كفالة شخص آخر ويتنازل عليه للكافل، وهنا يشترط عند إبرام الكفالة أمام الموثق أو أمام القاضي أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية بالخارج أن يحضرا ويبديا رضاهما صراحة، وفي حالة ما إذا توفي أحدهما لسبب من الأسباب أو نزعت منه السلطة الأبوية أو الولاية على القاصر فحضور وقبول الوالد الآخر يكفي، ولابد أن يبدى رأيه ورضاه أمام الجهات المختصة بتحرير الكفالة.

أما في حالة وفاة الأبوين أو كانا فاقدا الأهلية لأي سبب من الأسباب، فإن الرضا يكون للمجلس العائلي، بعد موافقة من كان في حضنه الولد[1].

وفي كل هذه الحالات يحتفظ القاصر المكفول بهويته الأصلية وهذا ما تنص عليه أيضا المادة 120 من قانون الأسرة[2]

ب)- القاصر مجهول النسب:

هؤلاء كما سبق الذكر هم اللقطاء "فمدير الصحة العمومية والنشاط الاجتماعي هو الذي يوافق على الكفالة كما أكدته المادة 256 من الأمر 79-76 المؤرخ في 23/10/1976 والذي ألغى فيما بعد.

كما أنّ المشرع إهتم بهم وأخضعهم إلى الدولة التي تتكفل بأعباء رعايتهم وتربيتهم داخل

[1] - أنظر ، الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص 170

[2] - تنص المادة 120 ق.أ.ج : يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية.

مراكز خاصة ورغم وجود هذه المراكز إلا أنّ الرعاية والتربية والعناية بهم فيها لا ترقى إلى مستوى أحسن للصعوبات التي تواجهها هذه المؤسسات ماديا وبشريا

فهذا القاصر يكون بحاجة إلى أسرة تضمه وتحرس على تربيته وعلى القاضي هنا أن يبحث في حقيقة قدرة الكافل على عناية ورعاية وتربية هذا الأخير

– إنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة ما إذا كان الطفل القاصر ذو الجنسية الأجنبية يمكن كفالته من طرف الكفيل الجزائري (طالب الكفالة)، على الرغم من أن المادة: 13 مكرر 01 من القانون المدني[1]، المتعلقة بقواعد الإسناد نصت على أنه: عندما يكون طرف أجنبي في العقد أو كلاهما أجنبيان يحال إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي الداخلي في مجال الكفالة، لكن المشرع في قانون الأسرة لم ينص ولم ينظم هذه الحالة بالإجازة أو بالرفض، فيما يخص إمكانية كفالة قاصر أجنبي مقيم في الجزائر من طرف شخص جزائري الجنسية، فمبدئيا في حالة وجود نص صريح يحكم هذه الوضعية فإنه يتعين رفض الطلب. لكن عمليا، إذا وافق وكيل الجمهورية على طلب الكفالة فهنا تتم الكفالة .

– ونفس الشيء في الحالة الثانية، القاصر ذو جنسية جزائرية وطالب الكفالة أجنبي مقيم في الجزائر، فإنه يستوجب رفض الطلب لعدم وجود نص يجيز ذلك .

الفرع الثالث : الشروط الواجبة في عقد الكفالة :

إن عقد الكفالة يقوم صحيحا بمجرد تطابق إرادتي الطرفين :

الكافل وولي المكفول القاصر، أو المؤسسة المكلفة بتكفل الأطفال ومتى كان خاليين من كل العيوب التي قد تؤدي بالعقد إلى البطلان سواءا المطلق أو النسبي فإن عقد الكفالة يكون عقدا سليما ، إلا أن المشرع لم يتركه إلى حرية المتعاقدين وذلك بنصه في المادة 116 من قانون الأسرة على أن يتم بعقد شرعي كما سبق توضيح ذلك ، وأكثر من ذلك فقد جاء في نص المادة الموالية "يجب أن تكو ن الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق..[2]"

[1] – أنظر ، القانون رقم 05/10 المعدل والمتمم المتعلق بالقانون المدني .

[2] – أنظر، المادة 117 من ق .أ. ج.

لكن ما يمكن ملاحظته أنه يوجد ثلاثة جهات متخصصة بتحرير عقد الكفالة، داخليا نجد

– حسب نص المادة 117 من قانون الأسرة القاضي والموثق وفي الخارج نجد القنصليات الجزائرية التي لها الحق في تحرير عقد الكفالة.[1]

و هذه الأمور تعد الشروط الأساسية في العقد ذاته للكفالة لإمكانية إثبات وجوده

الشرط الأول:الكفالة أمام القاضي:

نجد أن عقد الكفالة يتم أساسا خارج حرم المحكمة وبين طرفيه وهما الكافل وولي المكفول، سواءا كان أبواه أو مؤسسة حماية الطفولة ويقومان بتصرف قانوني بكل حرية بتطابق إرادتهما إلا أن هذا العقد لا يحدث آثاره ولا يمكن وجوده في عالم القانون إلا باللجوء إلى القاضي عملا بأحكام المادة 117 من قانون الأسرة.

إنّ المحاكم هي المختصة في إبرام عقد الكفالة لأنها صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع القضايا المدنية فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إما إلى قاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة، وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص، وهذا الأخير يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقة فيه ، أي في شكل معين وبعد إطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف.

وهذا حفاظا على مصلحة المكفول حتى لا تهدر حقوقه، والنيابة العامة تمثل المجتمع وتعمل على حماية الحقوق والحريات فيه.

دور القاضي هام، ذلك أنه المراقب على التعاقد المبرم بين الكافل والوالي والذي محله قاصر، أي العناية والتربية المنصبة على القاصر فهذا الأخير جدير بحماية القاضي وبمراقبة مدى إمكانية تحسين معيشته بتغير وليه سواء كان أبواه معلومين أو موضوع بمؤسسة حماية الطفولة .

لكن من حيث الواقع ونظرا لكثرة المشاكل وإزدياد إنشغال رئيس المحكمة لم يعد يقوم بعمله الكامل في مراقبة وتحقيق أولي على الكافل للقاصر والمراقبة الدورية بعد وضعه تحت ولايته.

[1] – أنظر ، الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص 171

الشرط الثاني:الكفالة أمام الموثق:

المشرع وجد أنّ إبرام العقد أمام المحكمة يسبب حرجا للكافل أو والي المكفول أو حتى تأثير على نفسية المكفول، فقد أوجد طريق أخرى لإفراغ العقد في شكل معين ليوجد في حياة القانون وذلك أمام ضابط عمومي وهو الموثق وهذا ما تؤكده المادة 117 من قانون الأسرة بنصها أمام المحكمة أو الموثق..." وتركت للأطراف الخيار بين اللجوء للمحكمة أو أمام موثق، خاصة وأن هذا الأخير له صلاحيات تدوين العقود وإبرامها أمامه وخاصة منها المتعلقة بالحالة المدنية كإبرام أمامه عقد الزواج.

– ويعد عقد الكفالة من عقود الحالة المدنية ، وقد يكون شرط تحرير العقد لدى الموثق لمراقبة إجراءات صحة العقد و إعطاءه قوة ثبوتية مطلقة باعتباره من العقود الرسمية والتي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير طبقا للمادة 324[1] قانون مدني والمادة 115 قانون الإجراءات المدنية.[2]

– حاليا بالنسبة للأطفال الموجودين في مديرية النشاط الإجتماعي لا تجرى الكفالة عند الموثق بل على مستوى القضاء فقط.

الشرط الثالث:البعثات الدبلوماسية:

فيما يتعلق بالمقيمين بالخارج من الجالية الجزائرية، إذ أنّ تقديم الطلب يكون من ذوي الشأن إلى المصالح القنصلية في نسختين بالإضافة إلى الوثائق المطلوبة والمذكورة عند طالبي الكفالة القاطنين بالتراب الوطني، ويتضمن الملف ما يلي:

–تحقيق نفسي إجتماعي مملوء وموقع قانوني من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية .

–نسخة طبق الأصل من بطاقات ووثائق التعريف أي البطاقة القنصلية.

وهذه الأخيرة إما تقبل أو ترفض الطلب حسب توافر الشروط المطلوبة .

[1] – تنص المادة 324 ق. م : "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطة واختصاصه "

[2] – تنص المادة 115 ق .إ. م : " يسلم كاتب الضبط إيصالا بالاستئناف الذي يبلغه فورا للمستأنف عليه، ويعمل على إحالة كامل ملف الدعوى إلى كتابه ضبط الجهة الاستئنافية خلال مدة شهر واحد تحت رقابة رئيس المحكمة وتحت طائلة العقوبات الجزائية ".

– وفي حالة وفاة الكافل، تنتقل الكفالة إلى الورثة إن إلتزموا بذلك، وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية[1].

الفرع الرابع:عوارض الكفالة:

يكون طبقا للحالات التالية :

–إذا طلب الأبوان أو أحدهما، رجوع الولد المكفول إلى ولايتهما، يخير الولد في الإلتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزا، لا يسلم إلا بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول.[2]

–والتخلي عن الكفالة، يجب أن يتم هذا أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة، ويكون هذا بعلم النيابة العامة.

إن المشرع الجزائري نص على بعض الشروط في قانون الأسرة وسكت على أخرى، رغم أنها تعتبر مهمة وتساعد في عملية الكفالة. وفي الشروط التي نص عليها ترك بعض الغموض إذ كان عليه أن يحدد الفارق في السن، شرط الزواج لم يتحدث عنه المشرع الجزائري، فبذلك هناك نقاط لابد للمشرع التطرق إليها.

كما أنه بوجود شروط الكفالة، هناك إجراءات لابد من إتباعها وهذا ما سوف نتناوله في

المطلب الثاني:إجراءات الكفالة:

الكفالة تنشأ أساسا على مرحلتين أولهما المرحلة التمهيدية و تعتمد على رضا الطرفين الكفيل والمكفول إذا كان الطفل القاصر معروف النسب دون اللجوء إلى الهيئات القانونية التي أقر لها صراحة تحرير هذا العقد أما إذا كان مجهول النسب فقد يكون معروف الأم أو لا، فإن مؤسسة حماية الطفولة تكون طرفا بالإضافة إلى المرحلة الثانية وهي القضائية وهي الأهم وهذا ما سوف نتطرق له في هذا المطلب

[1] – أنظر ، المادة 125 من ق . أ. ج.

[2] – أنظر ، المادة 124 من ق .أ. ج .

الفرع الأول:المرحلة التمهيدية:

هي المرحلة التي يظهر فيها طرفي العقد سواء كان المكفول معلوم النسب أو مجهوله تطابق إرادتهما، وقد أكد القانون على وجوب أن يكون رضا أبوي المكفول معلوم النسب صراحة بأنهم "يمنحون إبنهم القاصر للكافل للقيام به ورعايته وتربيته"[1] ، وذلك طبقا للمادة 117 من قانون الأسرة بقولها: "وأن تتم برضا من له أبوان..." وهذا ما يفيد أن يكون الرضا صريحا.

لإنعقاد عقد الكفالة لابد من التمييز بين القاصر المكفول مجهول النسب ومعلوم النسب.

أولاً: بالنسبة للقاصر مجهول النسب : نفرق بين حالتين:

1- إذا كان القاصر معلوم الأم:

تقوم الأم بتخلي عن ولدها ويكون ذلك علي مستوى المستشفي فتقوم المساعدة الإجتماعية الخاصة بالمستشفى بتقديم لها محضر عن التخلي فتقوم الأم بملإه علما أنها ستقوم بسؤالها عن مدة التخلي هل هي مؤقتة[2] أو نهائية[3] مع العلم أن مدة التخلي المؤقتة تكون لمدة 3 أشهر وفي الأخير تقوم الأم بإمضاءعلى المحضر و يوضع الطفل في دار الحضانة ليعيش فيها حتي يبلغ 3 أشهر وفي حالة لم تأتي الأم يحول الي مديرية النشاط الإجتماعي وفي الأخير تقوم المساعدة الإجتماعية بالبحث على العائلات اللاتي يرغبن بالتكفل.

*حالة التخلي المؤقت:

في حالة التخلي المؤقت يبقى الطفل تحت رعاية الدولة وهي من تسهر على جميع إحتياجاته من إطعام،علاج، وإسكان و هنا تمنح للأم مهلة 03 أشهر للتفكير هل تتخلى عنه نهائيا أم تستعيده، و بعد إنتهاء هذه المدة دون عودة الأم تستدعى مرة ثانية من قبل مصلحة المساعدة الإجتماعية لتأكيد التخلي أو للإستعادة، و في حالة عدم حضور الأم بعد الإستدعاء

[1] – أنظر ، الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص171.

[2] – صفة مؤقتة "Manièreprovisoire": أي يعطى لها مهلة 03 أشهر لكي تتراجع عن قرارها، ويعطى في هذه الحالة للطفل في شهادة ميلاده إسم أمه. مثال : ابن: ××× وابن: اسم ولقب أمه البيولوجية. وعندما تنتهي هذه المهلة إما ترجع الأم طفلها لحضانتها أو تأخذه D.A.S

[3] – صفة نهائية "Manièredéfinitive": أي يعطى لها مهلة شهر واحد لكي تتراجع عن قرارها، وإذا لم ترد تربيته يؤخذ منها بصفة نهائية، وفي شهادة ميلاده نكتب : ابن: ××× وابن: ×××. (أي الأم البيولوجية مجهولة).

لمدة 3 أو 4 أشهر وبعد توجيه لها عدة إستدعاءات فإن قاضي الأحداث يوجه لها إستدعاءاً أخيراً وفي حالة عدم الإجابة يقوم هذا الأخير بإجراء الأمر بالوضع بالمؤسسة ، وفي حالة وجود طلب بكفالة الطفل فإن قاضي الأحداث يتحقق من العائلة الكافلة والظروف التي ستوفرها للطفل وهنا يستدعي الأم إن كانت معروفة وفي حالة عدم الإستجابة يصدر أمر برفع اليد أو رفض طلب الكفالة حسب ما تقتضيه مصلحة الطفل.

– كما يمكن لأم الطفل أن تتقدم بطلب الاسترجاع أمام الجهة المتواجد بها طفلها، فتقوم المساعدة الإجتماعية بإجراء تحقيق حول كيفية عيش المرأة و عن ظروفها الإجتماعية و الإقتصادية و بعدها يمنح لها تسريح ممضى من المصلحة المختصة إذا كان التحقيق إيجابي و هكذا تستعيد الأم العازبة إبنها[1].

حالة التخلي النهائي:

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

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

كما أن للأم مطلق الحرية في ترك بياناتها الشخصية لدى مصلحة الإسعاف العمومي مع الإبقاء على السرية كما لها أن لا تترك أي معلومة و هنا تلزم المساعدة الإجتماعية بعدم ذكر أي معلومة خصوصا و أن هناك العديد من الأطفال بعد بلوغهم سن التمييز ولم يوضعوا في عائلات تكفلهم يلحوا في الحصول على معلومات الوصول إلى ذويهم الحقيقيين إلا أن هذا قد

[1] – طاع الله عوني ، رئيس مكتب لدي مجلس قضاء ايليزي ،مساعَدة قضائية إعتمادا على الوثائق الداخلية للمحكمة.

[2] – عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 2002 ، ص 123

يخلق مأساة عائلية للأم خصوصا إذا بنت عائلة جديدة و مأساة نفسية بالنسبة للطفل في حالة رفض أمه له.

2-**إذا كان القاصر مجهول الأبوين:** فإن هذا القاصر يكون موجود تحت ولاية مؤسسة

حماية الطفولة، وهي التي تقوم برعايتهم والعناية بهم فنجد أن القانون لم يشترط رضا المكلف بهذه المؤسسة صراحة وفيما يخص إسم القاصر مجهول النسب عندما يدخل إلى المصلحة يمنح للمجهول النسب اسمين متتالين.

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

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

الفرع الثاني : المرحلة القضائية:

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

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

النظر في الطلب يتم بعد اخذ رأي النيابة وذلك حسب المادة 494 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينظر في طلب الكفالة فى غرفة المشورة بعد أخد رأى ممثل النيابة العامة و التي تعد

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

طرفا في جميع قضايا شؤون الأسرة و يفصل في الطلب بموجب أمر ولائي. هذا ما نصت عليه المادة 493 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يفصل القاضى فى طلب الكفالة بأمر ولائي"

أما في حالة طلب التخلي عن الكفالة فان المشرع أخضعها لقواعد الإجراءات العادية في رفع دعوى و تصدر بموجب حكم و هذا من باب ترجيح مصلحة المكفول وتكون في جلسة سرية بعد إبداء رأى النيابة العامة وفى حالة موت الكافل يخبرون قاضي شؤون الاسرة الذى قام بإبرام عقد الكفالة وذلك طبقا لنص المادة من 495 الى 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

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

الملفات الخاصة بعقد الكفالة:

*طلب خطي.

*شهادة ميلاد القاصر المكفول.

*شهادة ميلاد الكافل.

*تصريح شرفي بعدم معرفة الأم الطبيعية للطفل إذا كانت مجهولة.

*عقد زواج الكافل.

*كشف راتب الكافل و شهادة العمل.

*صورة لبطاقة التعريف الوطنية للكافل و شاهدين زائد طابع جبائي[1].

*في حالة ما يكون القاصر معلوم النسب يضاف تصريح شرفي لأهل المكفول بتنازلهما عن كفالة إبنهما إلى شخص ما.

[1] – www.crjj.mjustice.dz

*في حالة الأشخاص القاطنين بالمهجر يتضمن الملف زيادة على الوثائق السابقة، بحث إجتماعي موقع قانونا من طرف مصالح القنصلية المختصة ووصل أعباء أو عقد ملكية زائد نسخة من بطاقة القنصلية.

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

المبحث الثاني: آثار الكفالة و كيفية إنقضاءها:

بعد أن يقوم عقد الكفالة بكل أركانه ويتوافر الشروط التي حددها القانون وبموجبها تقوم الكفالة صحيحة وتكون صالحة لأن تنتج أثارها القانونية في مواجهة الكافل الملزم بها.

المطلب الأول: مضمون عقد الكفالة والآثار المترتبة عنها:

المشرع الجزائري في نص المادة 116 و 121 من قانون الأسرة حاول تحديد مضمون الكفالة لكن ليس بدقة المضمون ما هو إلا عبارة عن حقوق وإلتزامات متعلقة بالكافل، وذلك إذا تفحصنا نص المادة 121 من قانون الأسرة التي تنص على أن الكفالة تخول للكافل الولاية القانونية على المكفول مع العلم أن الولاية لها معنى واسع، فمنه االولاية على النفس والولاية على المال[1] ومن جهة أخرى فإن المادة 116 من قانون الأسرة تلزم الكافل بالنفقة والتربية والرعاية للمكفول بمثابة الأب، إذاً فهو مهيأ نفسيا ، ماديا لتحمل مسؤولية هذا القاصر المكفول بمثابة الإبن، وهو الشيء الذي سنتعرض له في شيء من التفصيل بتحديد محتوى الولاية على نفس المكفول وعلى ماله التي يجب أن يتعهد الكافل عند إبرام العقد بالقيام بها على وجه التبرع دون تقصير منه.

الفرع الأول: بالنسبة للكافل:

أولاً: الولاية على نفس المكفول:

تعرف الولاية إصطلاحا بأنها سلطة تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلّقة بشخص المولى عليه كالتربية و التعليم و التزويج[2].

وتتجسد هذه الولاية بالنسبة للكافل علي المكفول في للمحافظة على نفس المكفول وصيانته هذا طبقا لنص المادة 121 من قانون الأسرة ، وعليه فإن الولاية تنتقل من أبوي المكفول إلى الكافل

[1] – أنظر ، محمد صبحى نجم ، محاضرات في قانون الأسرة لسلسلة دروس العلوم القانونية ، ط3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1999

[2] – محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1983 ، ص 254 .

إذا كان معروف النسب من أو والي المكفول وهو مدير مؤسسة حماية الطفولة إذا كان مجهول النسب.

إذاً الولاية بموجب عقد الكفالة تستمد من القاضي الذي يقرها[1]، وهذه الولاية الغير الأصلية التي نحن بصددها تنصب على القيام بشؤون المكفول وتكون بتوفير الرعاية والعناية الصحية، والتعليم والتربية والنفقة وهذا ما سوف نستعرضه :

1- النفقة:

يجب على الكافل أن ينفق على المكفول من ماله كما ينفق الأب على إبنه الشرعي و ذلك بإعتبار المكفول فى منزلة الإبن الشرعي[2] إذا كان المكفول ولدا فإنّ النفقة عليه تكون حتى بلوغه سن الرشد أما بالنسبة إذا كان المكفول أنثى فإن النفقة والكفالة تمتد إلى ما بعد ذلك إلى أن تتزوج أي بالدخول عليها على الوجه المشروع.

2- قبض المنح العائلية:

بموجب عقد الكفالة فإنه يضع المكفول تحت مسؤولية الكافل في جميع جوانب حياته . وقد إشترط قانون الحالة المدنية بأن تسجل الكفالة على هامش عقد ميلاد المكفول وبالتالي في الحياة الإجتماعية يعامل المكفول كالإبن الشرعي للكافل ونص قانون الأسرة على الحق في المنح العائلية والدراسية الممنوحة للمكفول بأن يقبضها الكافل بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤولية ويقوم برعايته ، كما أننا نجد قوانين الضمان الاجتماعي تجعل المكفول ذا حقوق طبقا للمادة 67 من قانون83/11 و المعدل والمتمم بالمادة من 30 الأمر96/17 ما هذا يتماشى مع قانون الأسرة[3].

3- التربية والعناية بالمكفول :

وهي أن يتحمل الكافل أو المؤسسة المعنية تنفيذ الإلتزامات المتعلقة برعاية المكفول في جميع مراحل حياته و السهر علي توفير الراحة و الإطمئنان و تلقينه قواعد التربية والأخلاق وتعاليم

[1] – محمد حسينين ، الوجيز في نظر ية الحق ، بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1985 ، ص 97.

[2] – محمد صبحي نجم ، محاضرات في قانون الأسرة ، المرجع السابق ، ص 36.

[3] – بوعشة عقيلة ، الكفالة في قانون الاسرة والشريعة الإسلامية ، مذكرة نهاية التكوين 2002،2004.

الشريعة الإسلامية فالتربية ضرورية لمواجهة الحياة و تنظيم السلوكيات ومنعه من القيام بالأعمال الغير لائقة وتوجيه في كل مراحل حياته لتحديد المسار الذي سوف ينتهجه والعناية هي التكفل بالجوانب الحياتية للمكفول وذلك بتتبع الحالة الصحية وسلامة جسده وعقله ونفسيته

وضمن التربية والعناية يدخل التعليم وهو واجب يقع على عاتق الكافل حتى يتمكن المكفول من التعرف على المعارف المختلفة وأن يصل إلى مستوى معين في العلم ليتكفل بنفسه يقول عبد الله ناصح علوان إنّ "الكافل عليه حماية المكفول من كل اعتداء يقع إذ عليه يمثل الولي القانوني له عند الاعتداء عليه، وهو الذي يرفع الشكاوى باسمه ويطالب بالتعويض لفائدته باعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحاكم من هذه جهة، ومن جهة أخرى فهو المسؤول القانوني أمام جميع الهيئات والأشخاص عن أفعال المكفول إذا ألحق أضرارا بالغير[1].

فرضا أن المكفول تسبب بفعله الضار في تحطيم سيارة الغير، هنا الكافل هو الذي يمتثل أمام القضاء ويلتزم بالتعويض مع مراعاة أحكام القانون المدني، إذ يمكن للقاصر أن يتحمل التعويض نتيجة خطأه بشرط أن يكون مميزا لأن الخطأ يتطلب التمييز الذي حدده المشرع ب 13 سنة وأن تكون له ذمة مالية، وفي حالة عدم توفر هذين الشرطين فإن المكفول هو الذي يتحمل التعويض[2]

أما الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة[3] فهي جميع المنح العائلية والدراسية وعليه فإنه يفترض في الكافل العامل فرضين أن إما يضع أثناء تكوين ملف العمل الذي يوضع لدى إدارة المستخدم شهادة عائلية مسجل بها إلى جانب الأبناء الشرعيين الولد المكفول مع الإشارة في نفس الشهادة بأنه مكفول.

أو يضع الشهادة العائلية زائد عقد الكفالة منفصلين قصد الاستفادة من المنح العائلية، وإن الأقرب إلى الصواب من هو المفروض بموجب عقد الكفالة يأمر القاضي ضابط في الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية للكافل مع الإشارة أنه مكفول وهو الشيء المعمول به لدى المغرب وغير موجود في الجزائر .

---

[1] – عبد الله ناصح علوان ، تربية الاولاد في الاسلام ، ج 2 ، دار الشهاب ، باتنة الجزائر ، 1987 ، ص789

[2] – طلبة مالك ،التبني والكفالة ،مرجع سابق ،ص 30

[3] – المادة 121 من ق.أ.ج

ثانياً:الولاية على مال المكفول:

إذا كان بمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل[1] على نفس المكفول فإن الأمر كذلك على ماله، إذ بمقتضى أحكام الكفالة حددت مضمون الكفالة فيما يتعلق بالذمة المالية للمكفول فسلطة الكافل هي إدارة مال المكفول إن وجد، وهذا شيء بديهي كون المكفول قاصرا لا يعمل، إذ تحرم جميع التشريعات المتعلقة بالعمل: عمل القاصر وبالتالي:

– فأموال المكفول هي ناتجة عن الإرث أو الوصية أو الهبة، إذ يجب عليه التصرف فيها تصرف الرجل الحريص.

نجد المشرع تشدد ووضع شروطا عندما يريد الكافل التصرف في أموال المكفول إذ إشترط أن يتصرف تصرف الرجل الحريص، وأن يستأذن كذلك القاضي في تصرفات محددة على سبيل الحصر وللقاضي السلطة التقديرية في منح الإذن أو عدم منحه، وما بقي من هذه التصرفات فإن الكافل أن يجب يحترم شرط الحرص وفي حالة عدم مراعاة هذه الشروط وثبتت تصرفات الكافل في أموال المكفول وألحق به اضرار بسوء نية إستغلال أمواله نتيجة قصره وعدم خبرته، فإنه يحق لكل شخص إبلاغ النيابة العامة، وللنيابة العامة من تلقاء نفسها تحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة 380 قانون العقوبات والمعاقبة باستغلال حاجة قاصر لم يكمل 19 سنة بالاختلاس أموال مستغلا صغر سنه أو هوى أو ميلا أو عدم الخبرة.

أما التصرفات التي تتطلب الإذن من القضاء هي التي يجب على القاضي أن يراعي حالة الضرورة ومصلحة القاصر:

* بيع العقار وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة.

*بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

*إستثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة.

[1] – الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص173

*إيجار عقار القاصر لا لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد.[1]

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

الفرع الثاني بالنسبة للمكفول:

أولاً: إحتفاظ الطفل المكفول بنسبه: لقد إعتبر المشرع الجزائري الإدعاء ببنوة الطفل سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب جريمة لأنها تتضمن تزيف النسب ويدخل ضمن التزوير[2] لأنه يمس بالنظام العام و تنص المادة 119 من قانون الأسرة "يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية"

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

وعليه جاء المرسوم التنفيدي رقم 24-92 المؤرخ في 13 جانفي 1992 و أدخل تعديلات علي المرسوم المذكور أعلاه وتمثلت في تمكين المكفول من إنتسابه إلى كافله ويكون ذلك بموجب عقد رسمي وحددت إجراءات إستثنائية يمنح بها هذا اللقب يكون بناءا علي طلب وكيل الجمهورية بعد أن يخطر وزير العدل .

وقد صدر مرسوم 92-24 منح علي أساس أنه لا يلغي الإسم الذي إكتسبه قانونا و هذا ما جاءت به المادة 64 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية فهو حق إستعمال

[1] – عبد القادر مدقن ، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ، ملخص الفقه الإسلامي ، ط1 ، الجزائر ، 1998، ص52

[2] – عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة علي نظام الآسرة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 2002، ص185

كما أنّ المكفول لا ينتقل لقبه إلى أولاده إذا أرادوا حمل لقب الكافل لوالدهم فعليهم المطالبة بتغيير لقبهم مع إعتراض حاملي اللقب.

و بعد صدور هذا المرسوم التنفيذي جاءت موجة من الإعتراضات و أساس الإعتراض هو الآيتين 5 و 4 من سورة الأحزاب لقوله تعالى: ﴿ و ما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم و الله يقول الحق و هو يهدي السبيل(4) ادعوهم لأباءهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين و مواليكم﴾ و نظرا لكون غاية المشرع من تقرير هذا الحق هي حماية المكفول في مرحلة معينة فإن الأستاذة زواوي فريدة ترى بأنه حق إستعمال فقط فهو لا يلغي الإسم الذي اكتسبه قانونا بمقتضى المادة 64 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية إذ يبقى هذا الإسم الأخير مقيدا في سجل الحالة المدنية و لا يستطيع نقل إسم الكفيل إلى أولاده لأنه إسم تقرر لإستعماله الشخص فقط لأن المكفول ينقل إلى أولاده اسمه القانوني الذي منحه إياه ضابط الحالة المدنية كما أن هذا الإجراء لا يرتب أية أثار كالنسب أو الإرث.[1]

ثانياً: يجوز للكافل التبرع للمكفول بالوصية والهبة

1- الوصية: عرف المشرع الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة على أنها "تمليك ما بعد الموت بطريق التبرع " بمعني أن الوصي يستطيع بموجبه نقل ملكية أمواله إلى شخص أخر وهو الموصي له كما قام المشرع بتحديد شروط الموصي من خلال المادة 186 من قانون الأسرة "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الأقل"

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

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

– المشرع وضع قيد على مقدار التبرع من مال الكافل الخاص للمكفول وهو في حدود الثلث ، وفي حالة التبرع أكثر من الثلث بطل ما زاد على الثلث وليس بطلان الوصية إلاّ إذا أجاز الورثة ذلك.[1]

2– الهبة: حسب المادة 202 من قانون الأسرة "الهبة تمليك بلا عوض"

في المادة 203 من قانون الاسرة وضع شروط الواهب التي يجب أن تتوفر فيه حتى تصبح الهبة صحيحة "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل ، بالغا تسع عشرة سنة وغير محجور عليه"

فالهبة في عقد الكفالة تكون من طرف الكافل للمكفول ويجوز أن يهب المكفول كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة ، أو دينا لدى الغير وذلك طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة ومن خلال ما سبق نلاحظ أنّ الهبة تختلف عن الوصية فهذه الأخيرة يجب أن تكون الوصي تساوي أو تقل عن الثلث على عكس الهبة.

– تنقل الهبة من الكافل إلى المكفول بمجرد حيازة هذا الأخير مع مراعاة أحكام التوثيق[2] الخاصة بالعقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

المطلب الثاني: إنقضاء الكفالة:

إنّ عقد الكفالة كغيره من العقود يقوم ويبقى، ينتج آثاره ما دام غير محدد المدة ولم يقم على شرط واقف أو فاسخ –غير أنه قد يكون عرضة لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى إنقضاءه، ومادامت الكفالة تقوم على جانب إنساني، فقد حصر المشرع الجزائري أسباب إنقضاءها في الحالتين المنصوص عليها في المادتين 125–124 من قانون الأسرة أو بتخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 من نفس القانون.

[1] – عبد القادر مدقن ، شرح وجيز لقانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 52/51

[2] – المادة 205 من ق .أ . ج

الفرع الأول: تخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 من قانون الأسرة:

بما أن عقد الكفالة من مميزاته أنه ينصب على القيام بقاصر وشؤونه، لابد من القائم به أو من سوف يقوم به أن تتوافر فيه الشروط: الأهلية، الإسلام والقدرة على القيام بالمكفول،

إلا أنه إذا ما تدخل أي تغير على هذه الشروط يجعل الكافل غير كفوء للقيام بالقاصر وذلك لعدم تمكنه بذلك.

أ)- تخلف شرط الأهلية: نص المشرع فى المادة 118من قانون الاسرة أن يكون الكافل كامل الاهلية وفى حالة أصيب هذا الكافل بعيب من عيوب الأهلية فلا كفالة لهم كالجنون و العته والسفه وذو الغفلة[1] لذلك إذا ما أبرمت عقود تصرف تكون قابلة للإبطال فمادامت هذه العيوب تحد من تصرفاته بشأن نفسه فكيف يمكنه القيام بشخص آخر وبالتالي تنقضي معها الكفالة والأهلية هنا تتضمن أساس العقل.

ب)- تخلف شرط الإسلام: إشترط المشرع الجزائري أن يكون الكافل مسلما وهذا راجع لخطورة الكفالة إذ إنّ للكافل دورا كبيراً في تشكيل الشخصية الروحية و البدنية للطفل المكفول لأنه من خلال تربية الكافل للمكفول يأخذ منه عاداته وتقاليده[2] لهذا اشترط المشرع أن يكون الكافل مسلما فدين الدولة الجزائرية هو الإسلام فإذا كان طالب الكفالة غير دين الإسلام فإنّ الكفالة لاتسند إليه وإنّ طلبه في الكفالة باطل أما إذا كان الكافل مسلما أثناء إبرامه عقد الكفالة و التكفل بشؤون القاصر المكفول ثم قام بتغير دينه لأي سبب من الأسباب فتسقط الكفالة معه.

ج)- تخلف شرط القدرة على القيام بشؤون المكفول: لقد حمل المشرع الكافل للطفل مسؤولية التربية والعناية به و النفقة عليه بإعتباره وليا فإذا حدث سبب يؤثر علي القدرة و القيام بالمكفول من كل الجوانب المادية و المعنوية أو تعرض الكافل نفسه لمانع صحي مثل الإصابة بعاهة مستديمة كالعمى أو إعاقة الجسدية فهو فهذه الحالة بحاجة الى من يرعاه وذلك يؤدي الي إنقضاء الكفالة لأن الكفالة تهدف إلى إعالة الطفل من كل الجوانب.

[1] – أنظر ، علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، د.ت.ط

[2] – عبد القادر مدقن ، شرح وجيز لقانون الأسرة ، المرجع السابق ، 54/53 .

الفرع الثاني : إنقضاء الكفالة بطلب والدي المكفول معلوم النسب:

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

أ)- قبل بلوغ المكفول سن التمييز: وهو الطفل الذي لم يبلغ سن 13 سنة وذلك حسب المادة 2/42 ق.م. كما يكن إعتباره عديم الأهلية و تكون تصرفاته باطلة سواءا كانت نافعة أو ضارة المشرع قد قيد هذه المسألة من خلال جعلها سلطة تقديرية للقاضي من خلال الرجوع إليها فهنا لايسلم الطفل لوالديه أو أحدهما إلا إذا أذن القاضي بذلك مع مراعات مصلحة المكفول وذلك حسب المادة 124 من ق.أ. "... مصلحة المكفول"

معني ذلك أنه على القاضي القيام بإتخاد جميع الإجراءات اللازمة لمعرفة أين تكمن مصلحة المكفول هو المعيار الذي يرتكز عليه القاضي لتحديد بقاء المكفول مع كافله أو عودته لوالديه أو أحدهما ، فإذا رأى القاضي في أن مصلحة المكفول تكون عند كافله أمر ببقائه عند كافله ، أما إذا رآى مصلحة المكفول عند والديه معا أو أحدهما أمر برجوعه وتسليمه إليهما أو لأحدهما

ب)- بلوغ المكفول سن التمييز: هو الطفل الذي بلغ من سن 13 سنة الي 19 سنة يعتبر مميز وتكون تصرفاته دائرة بين النفع والضرر وهي قابلة للإبطال[1]

وفقا لنص المادة 42/2 من قانون المدني بقولها: "أنه يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة" وهذا ما يفهم منه بأن من بلغ ثلاث عشرة سنة مميز، ففي هذه الحالة إذا طلب أبواه أو أحداهما من الكافل رده لهما ليعود إلى ولايتهما فلم يترك لهما المشرع الحرية المطلقة في ذلك، وإنما ترك الأمر للمكفول نفسه لأنه في ذلك السن يمكنه إبرام عقود تدور بالنفع[2]

[1] – علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مرجع سابق ، ص 55.

[2] – علي علي سليمان ، المرجع نفسه ، ص 55.

الفرع الثالث: إنقضاء عقد الكفالة بوفاة المكفول أو الكافل:

أولاً:وفاة المكفول:

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

ثانياً:وفاة الكافل:

في حالة موت أو وفاة الكافل تنتقل الكفالة إلى الورثة إذا إلتزموا بذلك في حالتين:

الحالة الأولى: وفاة الكافل: فإنّ كفالة القاصر قد تسقط عن الكافل وتنتقل الي ورثة الكافل المتوفي إذا إلتزموا بالقاصر ليقوموا بشؤونه كولد مكفول وتنتقل معه جميع الإلتزامات نفقة ، تربية وعانية إلى الورثة ويصبح أحد الورثة هو الكفيل لكن المشرع نص على إنتقالها دون أن يبين من الذي تكون له الولاية المباشرة على المكفول بعد وفاة الكافل ، لكن هذا يجعلنا دائما نرجع إلى أحكام الولاية على النفس والمال ولاسيما النفس، التي تنص على أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل محله الأم وعليه فإنه إذا ألتزمت زوجة الكافل المتوفى أصبحت كافلة للولد المكفول بموجب نص المادة 125 من قانون الأسرة، لكن هل توجد إجراءات قانونية لانتقال هذه الكفالة إلى الكافلة الجديدة كأن تقوم بتقديم طلب من جديد إلى القاضي أو الذهاب إلى الموثق وتحرير عقد كفالة من جديد، إنه بالرجوع إلى قانون الأسرة أن نجد المشرع لم يشير إلى هذه النقطة، إذ سكت وقال فقط تنت إلى قل الورثة إذا التزموا لكن عمليا نجدهم يبادروا إلى تقديم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة يحددوا فيه الكافل الجديد.

الحالة الثانية: عدم إلتزام الورثة بكفالة القاصر الذي كان كافله مورثهم : تعين علي القاضي إذ يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة برعاية القصر سواء المعنوية كالمؤسسات المختصة أو شخصا طبيعيا يتبرع بالالتزام بكفالة القاصر إن لم يكن له أبوان و يطلب أحدهما أو كلاهما عودة إبنهم إلى ولايتهم.[1]

[1] – مدقن عبد القادر ، شرح وجيز لقانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 55

كما إضافة إلى ذلك تنتهي حسب ما يمكن استخلاصه من أحكام الولاية، بالحجر على الكافل وفقا لأحكام الحجر، إذ أن أسباب الحجر أن هي يتعرض الكافل بعد إبرام عقد الكفالة وأثناء سريانها عارض من عوارض الأهلية :كالجنون، العته، السفه، ولا يكون الحجر إلا بموجب حكم يثبت ذلك حسب المادتين 101و 103 من قانون الأسرة

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

– كذلك تنتهي الكفالة بإسقاط الولاية عن الكافل ولا تكون إلا بموجب حكم قضائي إذا كان مثل :

إرتكاب أفعال إجرامية، والحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية مما يؤدي آلياً إتصاف الكافل بسوء أخلاقه، وهذا قد ما يؤثر سلبا على الطفل الذي في ولايته كالإدمان على المخدرات إلى سقوط الكفالة.[1]

الردة: إنّ خروج الكافل عن الدين الإسلامي يسقط عنه كفالة الطفل لأنه لا كفالة لكافر علي مسلم " لن يجعل الله للكافرين علي المؤمنين سبيلا"

وتبذير أموال المكفول من طرف الكافل بدلا من تصرفه تصرف الرجل الحريص والأمين على أموال المكفول.

الفرع الرابع :إنقضاء عقد الكفالة لفسق وسوء سيرة:

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

[1] – محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط3 ، دار الفكر العربي ، القاهرة مصر ، 1965، ص 457–458 .

الخاتمة

إنّ دراستي للموضوع قد قادتني إلى أنّ الشريعة الإسلامية تنهي عن تزييف الأنساب، ولا تقر بالتبني وتحرمه صراحة، لأن الحكمة من تحريمه الحفاظ على الأنساب ومنع اختلاطهم وتطهير المجتمع، وكذلك منع التعدي على تركة الغير، وهي تنكر بشدة أن الفاحشة طريق لثبوت النسب ولماّ كان تحريمه دينا يرتب الإثم والجزاء يوم القيامة، فإن المشرع الجزائري أخذ بحكم الشريعة الإسلامية في المادة 46 من قانون الأسرة.

وحفاظا على الأطفال اليتامى ومجهولي النسب، ندبت الكفالة كحل أمثل وأنجح لحماية هؤلاء الضحايا الأبرياء المحرومين ، حماية إجتماعية وإنسانية تضمن تعويضهم بقدر الإمكان على ما يمكن أن يفقدوه من الحنان ، ويضمن لهم توفير الرعاية اللازمة، وإعدادهم إعدادا مناسبا لما يستقبلهم من الزمان، فالكفالة بهذه الصورة تعتبر بديلا جائزا وملائما شرعا وقانونا عن التبني.

وبالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بمنح اللقب للمكفول أي أنه يسمح للأسرة الكفيلة أن تمنح للطفل لقبها العائلي، ما هو إلا غاية لحسن تنشئة الطفل وحماية له داخل المجتمع بشرط عدم المساس بحقوق الغير، وذلك مراعاة لمبادئ الشريعة الإسلامية لاسيما عدم إختلاط الأنساب ووجب قانون الأسرة أن ينظم وضعية الأولاد المجهولي النسب بموجب قواعد شكلية وأخرى موضوعية حتى يضمن لهم حياة مستقرة داخل العائلة المتكفلة بهم خاصة، وداخل المجتمع بصفة عامة وذلك بتغيير لقبهم وتنسيبهم للكافل "غير أن القضاء يعمل عكس ما أراد المشرع الذهاب إليه."

فهدفه الوحيد هو حماية هؤلاء الأبرياء ودمجهم في المجتمع وحمايتهم من الإنحراف، لأن قلة المراكز ومؤسسات الحماية تجعل هؤلاء عرضة للإنحراف وللإجرام لأن المجتمع ينظر لهم نظرة عدوانية وإحتقار رغم عدم ارتكابهم أي ذنب في وجودهم فيه.

فتكفل المشرع الجزائري لهذا القاصر بموجب أحكام الكفالة كما أوضحنا في هذا البحث، إلا أنه لم يواجه كل الحالات التي تفاقمت في المجتمع، ورغم وجود المرسوم 24/92 إلا أنه ما زال هناك أطفال في حالة خطر معنوي ومادي.

ما يمكن ملاحظته من خلال دراستنا هو ضرورة الدقة والوضوح في النصوص القانونية فلقد ترك المشرع ثغرات وغموض، و في الأخير نصل من خلال هذه الدراسة الى النتائج التالية:

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

-أنّ الكفالة هي نظام هي نظام بديل للتبني المحرم شرعا بإعتبار أن الدولة الجزائرية مسلمة.

-أنّ المشرع الجزائري وفي إطار أحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية قد كرس العديد من النصوص لحماية هده الفئة من الأطفال.

-أنّ إجراءات الكفالة يجب أن تكون برضا الوالدين إذا كان معلوم النسب أما إذا كان مجهول النسب هنا تبقي من إختصاص القاضي في إسناد الكفالة أو لا.

-تمنح الكفالة الولاية على نفس المكفول و ماله.

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

-رغم معالجة المشرع الجزائري لموضوع الكفالة إلاّ أنه أغفل عن بعض الجوانب وهي:

- إصدار قانون خاص لهذه الفئة من الأطفال كما فعل نظيره المغربي.

-التدقيق في المواد الخاصة بالكفالة.

إذن نجد نظام الكفالة نظام يحمي الطفل المكفول وحتى الأسرة الكافلة من التشتت والضياع، حيث تبقى متماسكة من غير إحداث أي تغير فيها، زيادة إلى الجزاء العظيم الذي يتلقاه الكافل بتكلفه بيتيم لم يلقى من يحميه من مصائب الدنيا ومصاعبها.

وفي الأخير أئمل أن أكون قد نجحت في دراستي لهذا الموضوع الهام والحساس، وتمكنت من شرح الغموض والإلتباسات التي تطفوا على هذا الموضوع .

المصادر والمراجع

أولا: المصـــادر:

-القرآن الكريم.

ثانيا: الـمراجـع:

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

2- بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، وفق أخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، ط 1، 2012.

3- بدران أبو العينين ، الفقه المقارن ، الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، الزواج والطلاق ، ج 1 ، ط1، دار النهضة العربية ، لبنان 2001.

4- إقورفة زبيدة ، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب ، ط1 ، للأمل للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2012.

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

6- عبد القادر مدقن ، شرح وجيز لنظام الأسرة الجزائري ، ملخص من الفقه الإسلامي ، ط 1 المطبعة العربية ، الجزائر1998 .

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

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

9-محمد أنسى قاسم ، أطفال بلا أسر ، مركز الإسكندرية للكتاب ، مصر ، 1989.

11- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط 3 ، دار الفكر العربي مصر 1965.

12 - محمد بن أحمد الصالح ، حق الطفل في الشريعة الإسلامية ، مطبعة النهضة ، مصر ، د.ت.ط .

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

14- محمد محدة ، الخطبة والزواج ، ط2 ، دار الشهاب للنشر ، الجزائر ، 2000.

15- حسنين محمد ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام (المنشورات الوطنية للكتاب) الجزائر 1985.

16- محمد مصطفى شبلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دارسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ، ط 2 ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1983.

17-عبد الجواد محمد ، حماية الطفولة في الشريعة والقانون ، منشأ المعارف ، الإسكندرية ، د.ت.ط .

18- فروخ عمر ، الأسرة في الشرع الإسلامي ، المكتبة العلمية والعصرية ، بيروت ، صيدا ، ط1 ، 1951.

19- محي بن ناصر الأحمري ، أحكام الكفالة في الفقه الإسلامي (معهد الإدارة العامة) الرياض ، السعودية ، 1412هـ.

20- سعد فضيل ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والإقتصاد ، ج1 ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر ، 1993.

21- خمليشي أحمد ، التعليق على قانون الأحوال الشخصية ، ج1 ، الزواج والطلاق ، ط3 دار المعرفة للنشر ، الرباط ، 1994.

22- بوسقيعة أحسن ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري في ضوء الممارسة القضائية ، ط2 ، الجزائر.

23- إسماعيل القاضي بن رزق الله ، محاضرة حول حقوق الطفل وفق التشريع الجزائري ، تبسة 2008- 2009.

24- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، ط1 ، 1999

25- محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي ، دمشق ، د.ت.ن .

26- أبوزيد شحاتة رشدي ، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، ط1، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1955 .

ثالثا: مقالات ومجلات:

1- المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية ، عدد1996 .

2-مجلة الأحوال الشخصية التونسية

3- مجلة الأحوال الشخصية العراقية

4-مقال لمحمدي زواي فريدة . مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92/24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادىء الشريعة الإسلامية

5- المؤتمر القومي حول مشروع الأمم المتحدة ، لحقوق الطفل بالإسكندرية ، 1958.

رابعاً: المذكرات:

1 - حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، رسالة دكتوراه ، كلية تلمسان 2005/2004.

2- جمعي ليلى ، حماية الطفل دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2006/2005

3- داود أحمد رقية ، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة والمعاهادات الدولية ، مذكرة ماجيستير كلية الحقوق ، تلمسان ، 2003 .

4-طلبة مالك ، التبني والكفالة ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة العاشرة ، 2006/2003.

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

خامساً : القوانين:

1- قانون الأسرة الجزائري.

2- أمر رقم 156-66 المؤرخ في 66/08/06 المتضمن لقانون العقوبات المعدل و المتمم .

3- أمر رقم 09-08 المؤرخ في 2008/24/04 و المتضمن لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

4- أمر رقم 58-75 المؤرخ في 09 /75/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بقانون رقم 05-07 المؤرخ في05/ 07/13

5- أمر رقم 11-84 المؤرخ في 1984/09/07 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في2005/ 02/ 27

6- أمر رقم 20-70 المؤرخ في 15/ 12/ 70 و المتعلّق بالحالة المدنية

7-مدونة الأسرة المغربية

8-مسطرة الاطفال المهملين المغربية

9-قانون العقوبات المغربي

10-القانون الجنائي التونسي

11-القانون المدني السوري

12-القانون المدني الاردني

13-القانون المدني العراقي

14- القانون الإماراتي

- سادساً : المراسيم:

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

2 - مرسوم رقم 24-92 المؤرخ في 92/01/14 المتعلّق بتغيير لقب المكفول .

-سابعاً : المناشير:

1- المنشور الوزاري المشترك بين وزارة الداخلية والجماعات المحلية وزارة الحماية الإجتماعية وزارة العدل المؤرخ في 87/01/17

ـ ثامنا: المعاجم:

1- مجد الدين محمد بن يعقوب ، قاموس المحيط ، ط2 ،دارالكتب العلمية لبنان 2007 ، ص10652

2- مختار أحمد عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، المجلد1 ، ط1 ، عالم الكتب ، مصر ، 2008

3- إبن منظور ، لسان العرب ، مجلد4، دار الفكر ، لبنان ، د.ت.ط

4- إبن قدامة ، المغني ، ج9 ، دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان ، 1983.

5- لويس معلوف ،المنجد في اللغة والأدب والإعلام ، ط36 ، دار الشروق ، بيروت ، 1997

6- البخاري ، صحيح البخاري ، ج7 ، دار الفكر ، د.ت.ط

7- الإمام محمد شلتوت ، الفتاوى(الإسلام عقيدة وشريعة) ،ط1، دار البعث ، قسنطينة ،د.ت.ط.

تاسعاً : المواقع الإلكترونية:

www.crjj.mjustice.dz

www.memoireonline.com /3/7/397/m.hafid assaoui.kafala (le recueil légale) .

ministère de la solidarité national (bilan 1999 2007)

فهرس الموضوعات

إهداء	
شكر وعرفان	
مقدمة	أ- د
الفصل الأول: الطبيعة القانونية لكفالة مجهولي النسب	6-36
المبحث الأول: مفهوم الكفالة	8-19
المطلب الأول: تعريف الكفالة	8-12
الفرع الأول: تعريفها	8-11
الفرع الثاني: خصائصها	11
المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها وحكمها	12- 20
الفرع الأول: تمييزها عن الأنظمة المشابهة	12- 18
الفرع الثاني: حكمها	18-19
المبحث الثاني: أحكام مجهولي النسب	20-36
المطلب الأول: تعريف النسب	20-29
الفرع الأول: النسب	20-22
الفرع الثاني: إثبات النسب في القانون	22-23
الفرع الثالث: الأسباب المنشئة للنسب والأسباب الكاشفة له	23-29
المطلب الثاني: مجهولي النسب في التشريع	30-36
الفرع الأول: مجهولي النسب في قانون العقوبات	30-33
الفرع الثاني: مجهولي النسب في قانون الجنسية	33-34
الفرع الثالث: في قانون الحالة المدنية	34-35
الفرع الرابع: قانون الأسر	35- 36
الفصل الثاني: النظام القانوني لكفالة مجهولي النسب	38-67
المبحث الأول: شروط وإجراءات الكفالة	40-56
المطلب الأول: شروط الكفالة	40 -51
الفرع الأول: الشروط الواجبة فالكافل	40-46

الفرع الثاني: الشروط الواجبة في المكفول:	46-49
الفرع الثالث: الشروط الواجبة في عقد الكفالة :	49-51
الفرع الرابع: عوارض الكفالة :	51
المطلب الثاني: إجراءات الكفالة:	52-63
الفرع الأول: المرحلة التمهيدية:	52-54
الفرع الثاني: المرحلة القضائية:	54-56
االمبحث الثاني: آثار الكفالة وكيفية إنقضاءها:	57-67
المطلب الأول: مضمون عقد الكفالة والآثار المترتبة عنها:	57-63
الفرع الأول: بالنسبة للكافل:	57-61
الفرع الثاني: بالنسبة للمكفول:	61-63
المطلب الثاني: إنقضاء عقد الكفالة	62-67
الفرع الأول: تخلف أحد الشروط الواردة فالمادة 118 ق أ	62-63
الفرع الثاني: إنقضاء الكفالة بطلب والدي المكفول أو أحدهما	63-64
الفرع الثالث: إنقضاء الكفالة بموت الكافل أو المكفول	65-66
الفرع الرابع: إنقضاء عقد الكفالة لسوء سيرة أو فسق	67
خاتمة	68-70
المصادر والمراجع	71-76
فهرس الموضوعات	77-79