جامعة الوادي
كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإنسانية
شعبة العلوم الإسلامية

أحكام كفالة اليتيم

بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

- دراسة تأصيلية مقارنة-

مذكرة تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الليسانس
في العلوم الإسلامية – تخصص: الفقه وأصوله

إعداد الطالبات:

- ✓ **الرميصاء بن يامة**
- ✓ **خـــــيـــــريـــــة تـــــــامـــــــة**
- ✓ **مـــــــــبروكة خـــــــميدة**

إشراف الأستاذ :

– بله باسي محمد الصالح

السنة الجامعية: 1435-1436هـ / 2014–2015م

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله على النعمة المهداة رسالة غراء تركتنا على المحجة البيضاء ، حفظت حقوق الأقوياء والضعفاء، فقد جاءت بعد حياة ظلماء في عصر ساد فيه الظلم والطغيان ، فأحل الله النكاح وحرم السفاح ومنع قتل الأولاد خشية الإملاق، وأشاد بتكوين الأسرة وألقى المسؤولية الكبرى على عاتق الأب في الحفاظ على تماسكها، ولكن مصيبة الموت قد تحل على رب الأسرة فيترك ذرية ضعفاء من بعده بحاجة لمن يقوم على شؤونهم ،كما قد تخلف بعض الأعمال اللامسؤولة من خوف الفاقة ، أو الخوف من انكشاف الفعل السيئ ، وعدم تحمل المسؤولية ضحايا لا ذنب لهم ولا وزر قصر ضعفاء متفردين بحاجة إلى رعاية ، فدافع الله على حقوقهم ورفع من شأنهم ، إذ ذكر اليتيم في اثنتين وعشرين سورة شملت ثلاث وعشرون آية ،وأعظم الثواب لمن أكرم اليتيم ورعاه،وضمه وحماه ، كما دعت السنة المطهرة إلى حماية اليتيم وحفظ حقوقه وتوفير ما يلزم له من حماية وأمن ووعدت من يقوم بهذا الفعل بمرافقة النبي ﷺ في الجنة .وقد أقر القانون الجزائري بهذا الفعل لمن أراد القيام بأمر اليتيم وكفالته ، معترفا بهذا الحق لمن يريد القيام به ، وتحصيل الأجر العظيم من خلال مواد الفصل السابع من قانون الأسرة الجزائري ، فتتناول الدراسة الحالية موضوعا يبين سمو معاني الرسالة المحمدية التي بعث بها النبي الأمين رحمة للعالمين ﷺ نوضح إطارها المنهجي في العناصر التالية :

أولا :إشكالية الدراسة ، وأهميتها:

جاءت هذه الدراسة لتقدم قراءة أصولية في مواد قانون الأسرة الجزائري ، في فصله السابع الذي ضم أغلب ما ينظم أحكام الكفالة في القانون الجزائري ، مقارنة وعارضة تلك النصوص على الفقه الإسلامي ، وذلك من خلال الإجابة على الإشكال الأساس لهذه الدراسة ، والذي يتمثل في الآتي : أقر المشرع الجزائري بالكفالة ونظمها في نصوص محددة ، ولم يرد لفظ اليتيم ولو لمرة في القانون الجزائري كله، لكن وردت فيه ألفاظ أخرى وهي: الولد القاصر، الأطفال معلومي النسب والأطفال مجهولي النسب، فهل الكفالة بالمفهوم الذي نص عليه القانون الجزائري ، هي ذاتها الكفالة على اليتيم بالمعنى الوارد

في الفقه الإسلامي؟ أم أن هناك اختلاف بين مفهوم كفالة اليتيم في الشريعة الإسلامية ، والمفهوم الوارد في النصوص القانونية ؟

وهناك أسئلة أخرى تثـــــار حول الموضوع وهي: ما الفرق بين الكفالة والمصطلحات ذات الصلة ؟ وما هي الإجراءات المتبعة لتنفيذها ، ولانقضائها ؟ ما معنى اليتم ؟ وعلى من يطلق هذا الوصف ؟ ومتى ينقضي ؟

ومنه تتضح أهمية الدراسة خصوصا مع ندرة الدراسات العربية المتعلقة باليتيم ، وخصوصا المقارنة منها [1]،والندرة أشد فيما يتعلق بالكفالة على اليتيم تحديدا،قال أحد السلف " حق على من سمع هذا الحديث يعني قوله ﷺ (أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين) [2] أن يعمل به ليكون رفيق النبي ﷺ في الجنة، ولا منزلة في الآخرة أفضل من ذلك [3]، وقد أقرت العديد من القوانين الوضعية العربية بالكفالة وضبطتها في نصوص قانونية ومنها القانون الجزائري لكن غموض بعض تلك النصوص واتساع دائرة تطبيقها لكونها وردت بلفظ " الولد القاصر " أظهرت ضرورة هذه الدراسة التأصيلية المقارنة.

ثانيا: المنهج المتبع في الدراسة

تم إتباع المنهج التأصيلي المقارن في هذه الدراسة ، وذلك لمناسبته لعرض النصوص الشرعية والقانونية المحددة لنظام الكفالة على اليتيم وتأصيلها ، ثم المقارنة بينها للخروج بإجابات للأسئلة المطروحة .

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع وأهداف الدراسة

1/توضيح اهتمام الشريعة الإسلامية باليتيم .

2/عرض النصوص الشرعية المتعلقة بالكفالة على اليتيم برؤية تأصيلية

3 /التعرف على المواد القانونية المنظمة للكفالة في الجزائر .

---

[1] إيمان عبد الحكيم هاشم : اليتيم (بين الكتاب المقدس والقرآن الكريم) .(ط: 1؛القاهرة :مكتبة الآداب ، 2001 م) ، ص 6.

[2] أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري : صحيح البخاري.(ط:1؛ بيروت :دار ابن كثير ، 1423ه/2002م)، كتاب الأدب ، باب فضل من يعول يتيما ،ص1507.

[3] عبد الله بن ناصر السدحان :فضل كفالة اليتيم (دعوة إلى مرافقة النبي ﷺ في الجنة)، (ط :1 ؛ السعودية :د.ن، 1421ه) ، ص 3.

4/إرواء الرغبة الشخصية للباحثات في التعرف على الإجراءات المتبعة في تنفيذ الكفالة 5/بيان مدى استمداد قانون الأسرة لمواده المتعلقة بالكفالة من الفقه الإسلامي.

رابعا / الدراسات السابقة ، وموقع هذه الدراسة منها :

– أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي ، لـــ د/ محمد ربيع صباهي ، كلية الشريعة ، جامعة حلب،2009،حيث تلتقي هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في إظهار اهتمام الشريعة الإسلامية بهذه الفئة، وحفظ حقوقهم كفرد مسلم .وتختلف عنها في كونها تقتصر عل ى أحكام اللقيط فقط، دون غيره، بينما الدراسة الحالية تشير له ولغيره وتعنى بحقه في الكفالة ، لكنها خدمت الدراسة الحالية من الناحية الفقهية .

– أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي ، مقارنة بالقانون المعمول به في قطاع غزة، لـــوجيه عبد الله سليمان أبي معيلق، وهي رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة بجامعة غزة، 2006 . تشابه الدراسة الحالية في المنهج المتبع من حيث عرض الأدلة الشرعية والنصوص القانونية والمقارنة بينها لكن فيما يتعلق باللقيط ، وبالطبع في القانون الفلسطيني . _أحكام اليتيم المالية في الشريعة الإسلامية ، أيمن خميس عمر خماد ، وهي رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة بجامعة غزة ، 2006 .

– حقوق اليتيم في الشريعة الإسلامية عمر بن مانع حماد الجهيني ، وهي رسالة ماجستير مقدمة لكلية العلوم الأمنية بجامعة نايف العربية ، الرياض ، 2007م ، تلتقي الدراستان مع الدراسة الحالية في جانب إظهار رعاية الشريعة الإسلامية لليتيم .

خامسا : الصعوبات من الصعوبات عدم وجود لفظ اليتيم في القوانين الجزائرية ،وكذلك عدم وجود ضبط محدد لمفهوم كفالة اليتيم لدى المتقدمين في الشريعة الإسلامية وأيضا عدم وجود الأركان والشروط وهذا بحسب اطلاعنا .

سادسا: خطة البحث.

تم تبويب الدراسة في مقدمة وخاتمة وأربعة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : ضبط مفاهيم البحث.

المطلب الأول : مفهوم الكفالة .

المطلب الثاني : مفهوم اليتيم.

المبحث الثاني: النصوص الدالة على مشروعية الكفالة.

المطلب الأول :النصوص الشرعية الدالة على مشروعية كفالة اليتيم وفضلها .

المطلب الثاني : النصوص الدالة على مشروعية كفالة اليتيم في قانون الأسرة ونقدها .

المبحث الثالث : أركان الكفالة وشروطها.

المطلب الأول :أركان الكفالة .

المطلب الثاني : شروط الكفالة.

المبحث الرابع : إجراءات عقد الكفالة وآثاره .

المطلب الأول : إجراءات عقد الكفالة.

المطلب الثاني : آثار عقد الكفالة .

وفي ختام هذه المقدمة نسأل الله الكريم رب العرش العظيم أن يمن علينا بالفقه في الدين وأن ينفعنا بما علمنا ،وأن يحسن مقاصدنا ونياتنا، إنه ولي ذلك والقادر عليه وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم .

المبحث الأول:
ضبط مفاهيم البحث

إن الشريعة الإسلامية جاءت إلى تحقيق مبادئ العدالة والمساواة وحفظ الحقوق للأقوياء والضعفاء على حد السواء،فاليتيم كأحد أصناف الضعفاء والقصر في المجتمع فقد عنيت به الشريعة الإسلامية وراعت ظروفه،بل اهتمت به أيما اهتمام وجعلت القائم عليه الرفيق المصطفى في الجنان،وبما أن هذا البحث اعتنى بدراسة هذا الفضل العظيم في كفالة اليتيم بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري فكان ولابد من تحديد وضبط المصطلحات المشكلة لعنوانه وهذا ما سنحاول عرضه وضبطه في هذا البحث من خلال عرض تعريف كل من الكفالة واليتيم، والتفريق بين الكفالة والمصطلحات ذات الصلة بها ، وذلك من كتب الفقه الإسلامي ومن النصوص القانونية الصادرة من قبل المشرع الجزائري ، كما وانه يلاحظ إقرار التشريعات الوضعية لهذا الحق لمن يرغب في الحصول على هذا الأجر ولكن نظر لوجود تلاطم في مسألة كفالة اليتيم وغيره ممن ألحق به ، يلاحظ توسع المشرع الجزائري في هذه المسألة وإعطاء صبغة الشمولية على ما يلحق بلفظ اليتيم معبرا عنه بذلك لمصطلح الولد القاصر ولتوضيح أكثر ما قد يلتبس على البعض كان ولابد من وضع هذا المبحث التمهيدي لفك الرموز هذ ه الدراسة ومنه بعرض هذا المبحث ضبط مصطلحي الكفالة واليتيم ضبطا لغويا وشرعيا وقانونيا ينتفي من بعده أي لبس بإذن الله.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة.

الفرع الأول:تعريف الكفالة لغة: الكفالة من كفل بفتح الفاء[1]، وكسرها يقال كفل بالفتح وكفل بالكسر وكفالة،ويتعدى بالباء فيقال كفلت بالرجل ويتعدى بعن إذا تعلق الأمر بالمدين فالكافل هو العائل،والكفيل على وزن فعيل وهو ما يستوي فيه المذكر والأنثى ويجمع الكفيل على كفلاء،وكافل على الكافلين،والكافل والضامن بمعنى واحد.[2]

1

---

(1) ابو الفضل جمال الدين محمد بن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب .(د.ط ؛القاهرة: دار المعارف ،د.ت)،ص3905/3906.

(2) العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ،القاموس المحيط .(ط:8؛بيروت: دار الرسالة ،1426ه/2005م)،ص1125.

وجاء في الصحاح" الكفيل هو الضامن وقد كفلت به كفالة، والكافل الذي يكفل إنسانا ويعوله"[1].

وجاء في القاموس المحيط:"الكفالة هي عبارة عن التزام وزعامة وحمالة كلها تطلق عليه بمعنى واحد[2].[2]

وفي المصباح المنير:"كفلت بالمال وبالنفس كفيلا من باب كفل مكفولا أيضا،وكفلت به وعنه إذا تحملت به وألزمته نفسي،ويقال :الكافل هو الضامن"[3].

إن المتأمل إلى تعريف اللغوي للكفالة نلاحظ أن:الكفالة تدور إلى معنى واحد وهو الضم والالتزام،والقيام بالغير و الإعالة والتحمل،ويخصص من تلك المعاني في حالة كونها مضافة إلى قيد من القيود.

الفرع الثاني:تعريف الكفالة شرعا:

1-عرف الحنفية الكفالة" بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس أو بدين أو عين"[4].

2-عرف المالكية الكفالة"التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره أو طلبه من عليه لمن هو له بما يدل عليه"[5].

3-عرف الشافعية الكفالة"أنها تطلق على الضمان والتزام حق ثابت في ذمة الغير أواحضاره من هو عليه أواحضاره عين مضمونة"[6].

---

(1) اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح .تحقيق:أحمد عبد الغفور عطا،ج5(ط:2؛بيروت:دار العلم للملايين،1399ه/1979م)، ص1811.

(2) الفيروز آبادي،القاموس المحيط ، مرجع سابق،ص205.

(3) احمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ،المصباح المنير.(د.ط؛بيروت:د.ن،1987م)،ص205.

(4) محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية ردالمحتارعلى المختار.تحقيق:عادل أحمد عبد الموجور،وعلي محمد معوض،(د.ط؛بيروت،د.ت)،ص324.

(5) أحمد الصاوي،بلغة السالك للأقرب المسالك.تحقيق:محمدعبدالسلام شاهين.ج3(ط:1؛بيروت:دار الكتب العلمية،1415ه/1995م)، ص272.

(6) أبي الحسين يحي ابن أبي الخيرين سالم العمراني الشافعي اليمني،البيان في مذهب الإمام الشافعي.تحقيق:قاسم محمدالنوري.ج6(ط:1؛بيروت:دار المنهاج،1421ه/2000م)،ص303.

4-عرف الحنابلة الكفالة هي:"ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتها جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما"[1].

5- ومن تعريف المعاصرين للكفالة بأنها "عبارة عن ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أودين أوعين أوعمل"[2].

ومن ثم يصح لنا القول بأن الكفالة كما تص ح بالمال تصح بالنفس مع انه لادين فيها،والمضمون بالكفالة بالنفس هو إحضار المكفول به كما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة.

ومن خلال التعريف الكفالة لغة وشرعا وبعد الإطلاع على المراجع والمصادر الت ي استعنا بها في هذا الصدد وذلك لعدم وجود تعريف كفالة اليتيم محددا،ووصلنا إلى التعريف المختار كالآتي:"أن الكفالة على اليتيم هي ضمان له ورعاية والقيام بجميع أموره".

الفرع الثالث: تعريف الكفالة قانونا.

عرفت المادة "644" من قانون المدني الجزائري الكفالة بأنها"عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"[3].

كما عرف المشرع الجزائري الكفالة بإعتبارها"التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقته وتربيته ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"[4].[3]

---

(1) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي،المغني. تحقيق:عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو،(ط:3؛بيروت:دار الكتا ب العربي ،1417ه/1977م)، ص70.

(2) السيد سابق ، فقه السنة.ج3(د. ط ؛ بيروت:دار الكتاب العربي ، د. ت)، ص333.

(3) المادة"644" من القانون المدني الجزائري ،الفصل الأول

(4) المادة"116" من قانون الأسرة الجزائري ،الفصل الأول"الكفالة.

وجاء في كتاب الأحوال الشخصية : أن الكفالة هي إحدى الصور البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم النسب أومجهول النسب[4].

ا لفرع الرابع:المفاهيم المشابهة للكفالة.

هناك بعض المفاهيم تتشابه مع الكفالة أبرزها:

أولا :الحضانة والكفالة:

الحضانة لغة:مأخوذة من الحضن وهو الصدر مما دون الإبط إلى الكشح،وحضن الشيء جانباه وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه،وكذلك المرأة إذا ضمت ولدها[2].

الحضانة شرعا:عرفها الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة،أو المعتوه الذي لايميز ولا يستق ل بأمره،وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه ويضره،وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا،كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤوليتها.

والحضانة بالنسبة للصغير أو للصغيرة واجبة،لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك والضياع[3].

إذن تختلف الحضانة عن الكفالة بكونها عقد التزام ،يتم بدون مقابل حيث لايأخذ الراغب في التكفل أي عوض ولا يقدمه على خلاف الحضانة التي يجوز فيها اخذ أجرة[4].

-أن الكفالة تستند إلى قرار إداري بعد أن تحرر وثيقة رسمية أمام الموثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة ، بينما الحضانة تستند بحكم قضائي.

---

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية.(ط:2؛ القاهرة: دار الفكر العربي، 1369ه/1950م)،ص403.

(2) مجمع اللغة العربية المعجم الوسيط .(ط:4؛القاهرة:مكتبة الشروق الدولية،1425ه/2004م)، ص212.

(3) السيد سابق ، فقه السنة ،مرجع سابق ،ج2 ،ص338.

(4) وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته.ج2(ط:2؛دمشق:دار الفكر،1405ه/1985م)، ص735/734.

-حكم الكفالة فرض على الكفاية،بينما الحضانة فواجبة على من تلزمه.

-الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه وأبيه أو غيرهما،أما الكفالة تطلق على الطفل الذي يكون عند غير والديه.

-المكفول تطلق على الطفل معلوم النسب ومجهول النسب بينهما المحضون تطلق على الطفل معلوم النسب [1].

-الكفالة والحضانة مشروعتان شرعا وقانونا.

ثانيا: الكفالة والتبني:التبني لغة:هو إتخاذ الشخص ولدا غيره ابنا له[2].

التبني شرعا:هو إلحاق شخص معروف النسب إلى رجل غريب مع اعترافه واعتقاده بأنه ليس إبنا له بأي وجه من وجوه إثبات النسب،أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه ليس منه بل يتخذه ولدا له وليس بولد حقيقي بل هو ابن الغير[3].

فالتبني كذب صريح لأن المتبني يدعى إتخاذ ابن الغير ابنا له بالزعم والقول،ولذلك قال الله ﷻ ﴿ مَّا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾ ،

الأحزاب:4] من

خلال عرض مقدم عن التبني يظهر جليا أن التبني والكفالة بينهما فرق شاسع،نبدأ من الحكم الشرعي لكل منهما فشتانا بين الفضل الذي يحوزه من قام بالكفالة والإثم الذي يلحق بمن يقدم على التبني. [5]

---

(1) حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة "دراسة مقارنة"،رسالة دكتوراه في القانون الخاص ،غير منشورة، جامعة تلمسان: كلية الحقوق، الجزائر،2005/2004،ص98-100.

(2) الفيروز آبادي، القاموس المحيط،مرجع سابق،35.

(3) عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.(د.ط،؛الجزائر :دار البصائر،2010)،ص196.

ونلاحظ في هذا الصدد مسان دة القانون الجزائري لرأي الشرعي في منع التبني بنص المادة"46" من قانون الأسرة الجزائري"يمنع التبني شرعا وقانونا"،ثم أن في التبني تضيع الأنساب مما ينجز عن ه ضياع الحقوق واختلاط مسائل الميراث وغيرها،بينما الكفالة يحتفظ فيها المكفول بحقوقه مشروعة.

المطلب ا لثاني: مفهوم اليتيم.

سنعرض من خلال هذا المطلب المعنى المراد بلفظ اليتيم،ومن يلحق به وصف اليتم فلقد جاء في فتوى اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء أن مجهولي النسب في حكم اليتيم لفقدهم لوالديهم ،بل أشد حاجة للعناية والرعاية من معروفي النسب وأن من يكفل طفلا من مجهولي النسب فإنه يدخل في الأجر مترتب على كفالة اليتيم.

الفرع الأول:تعريف اليتيم.

1-اليتيم لغة:اليتم هو الإنفراد،واليتيم الفرد الذي يعز نظيره فهو يتيم،واليتم برفع الياء واليتم بفتح الياء هو فقدان الأب،واليتيم هو الذي يموت أبوه والعجي الذي تموت أمه واللطيم الذي يموت أبواه [2]،ويقال يتم بفتح التاء ويتم بكسرها وأيتمه الله وهو اليتم حتى يبلغ الحلم،فإذا بلغ زال عنه اسم اليتم واصل اليتيم الغفلة وبه سمي اليتيم يتيما،لأنه يتغافل عن بره،كما قيل أن اليتيم الإبطاء ومنه أخذ اليتيم،لان البر يبطئ عنه[3].6

وعليه فكلمة اليتيم في الأصل اللغوي تدور حول الإنفراد والضعف والبطء والحاجة،وتلك الصفات التي تلعب دور كبير في الواقع الحالي لليتيم في الغالب،واليتيم مفرد يتامى.

2 -اليتيم اصطلاحا:عرفه الجرجاني[1] بقوله"اليتيم هو المنفرد عن الأب لان نفقته عليه لا على الأم"[2].

---

(1) المادة"46" من قانون الأسرة الجزائري ،الفصل الخامس"النسب".
(2) إن منظور ،لسان العرب، مرجع سابق ،ج55،ص4948.
(3) الفيروز آباد، القاموس المحيط ،مرجع سابق،ص1172.

عرفه الشيرازي[3] بقوله"اليتيم الذي لأب له كمالا يسمى بعد البلوغ يتيما"[4].

عرفه ابن قدامه [5]بقوله "اليتيم هو من فقد الأب من الصغر"[6].

إن المتأمل في تعريف الفقهاء لليتيم يمكننا القول أنها تفيد إلى نفس المعنى بأن اليتيم هو من مات أبوه قبل الحلم سواء كان ذكرا أو أنثى، فضابط اليتم عند الفقهاء ه و عدم البلوغ،فما هو سن البلوغ الذي يرفع به اليتم؟.[7]

اتفق الفقهاء أن صفة اليتم تنتفي على اليتيم ببلوغه ويثبت البلوغ بأمور متفق عليها: –
1–الاحتلام لغة:الجماع ونحوه في النوم[1][8].

---

(1) هو علي بن محمد بن علي المعروف بالشريف الجرجاني، ولد في جرجان سنة 740ه/1340م،فيلسوف من كبار العلماء بالعربية، ومن أهم مؤلفاته "التعريفات ،حاسبة على الكشاف"،توفي سنة 816ه/1413م.ينظر:خير الدين الزر كلي ،الإعلام"قاموس تراجم""،ج5.(ط:15؛بيروت: دار العلم للملايين،2002م)،ص159.

(2) التعريفات،الجرجاني،ج1.(لا.ط؛ بيروت:لا.ن،1985م)،ص258.

(3) هو أبو إسحاق إبراهيم بن علي يوسف الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي، نزيل بغداد،قيل لقبه جمال الدين، ولد سنة393 بفيروز آباد"بليدة بفارس"،ونشأبها وقرأ الفقه بشيراز،توفي ليلة الحادي والعشرين من جمادي الآخرة سنة476ه ببغداد.ينظر: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي،سير إعلام النبلاء.تحقيق: شعيب الأرنؤوط،ج17.(ط:1؛بيروت:دار الرسالة،1405ه/1985م)،ص242.

(4) الفيروز آبادي الشيرازي،المهذب في فقه الإمام الشافعي.تحقيق:الشيخ زكرياء عميرات،ج3.(ط:1؛بيروت: دار الكتب العلمية،1416ه/1995م)، ص300.

(5) هو عبد الله بن أحمد بن قدامه الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي ،أبو محمد،موفق الدين: فقيه، من أكابر الحنابلة،ولد سنة 541ه/1146م في جماعيل"من قرى نابلس بفلسطين" وتعلم في دمشق،له تصانيف منها"المغني"شرح به مختصرالخرقي في الفقه و"روضة الناظر وجنة المناظر"في أصول الفقه، ورحل إلى بغداد سنة 561ه فأقام نحو أربع سنين ، وعاد إلى دمشق وفيها وفاته سنة620ه/1223م.ينظر: خير الدين الزركلي ،الأعلام"قاموس تراجم"، المرجع نفسه،ج4،ص67.

(6) بن قدامه، الكافي. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي،ج4.(ط:1؛ جيزة، مصر: دار الهجر،1418ه/ 1997م)، ص29.

(1) بن منظور،لسان العرب ، مرجع سابق ، ج12،ص979.

الاحتلام اصطلاحا:هو خروج المني في نوم أو يقظة بجماع أو غيره [2].

وهو أمارة على بلوغ الذكر والأنثى،فإذا تحقق الاحتلام يثبت البلوغ به وينتفي اليتم عند من فقد أباه قبـــــــــــــــــــــله

فــــــــــــــــــــــــــــــــــــــعن علي بن أبي طالـــب رضي الله عنه

قال:حـــــــــفظت عن رسول الله ﷺ"لايتم بعد احتلام،ولاصمات يوم إلى الليل" [3].

2-الحيض لغة:السيلان[4].

اصطلاحا:هودم جبلة-أي تقتضيه الطباع السليمة-يخرج من أقصى رحم المرأة بعد بلوغها على سبيل الصحة متغير سبب في أوقات معلومة[5].

والحيضة دليل على بلوغ المرأة يثبت به التكليف وينتفي به اليتم.

الفرع الثاني:مالحق بأحكام اليتيم؟.

بعد عرضنا إلى التعريف اللغوي والذي لاحظنا من خلاله أن اليتم يطلق على معنى الإنفراد،واللقيط منفرد لا أهل له،وكذلك الولد القاصر ما وصف بهذا الوصف إلا لكونه عاجز يحتاج إلى رعاية مما جعل الفقهاء من خلال فتوى اللجنة الدائمة سابقة الذكر،يلحقون وصف اليتيم وفضل كفالته بأصناف تقاربه أو تطابقه في الحاجة إلى رعاية وكفالة، ومن تلك الأصناف اللقيط والولد القاصر.

أولا:اللقيط.

أ-تعريف اللقيط لغة:هو الولد الذي يوجد ملقى على الطريق لايعرف أبواه[1].

---

(2) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج تحقيق :محمد خليل عيتاني،ج1 (ط:1 بيروت :دار المعرفة ، 1418ه/1997م) ،ص 170.

(3) أخرجه:أبو داود سليمان بن الاشعب السجستاني ت 275/202ه،السنن .تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ،(د:ط؛ الرياض :مكتبة المعارف ، د.ت) كتاب الوصايا، باب متى ينقطع اليتم ؟ حديث رقم 2873،ص510.قال محمد ناصر الدين الألباني :هذا حديث صحيح .

(4) بن منظور، لسان العرب ،المرجع نفسه،ج10،1070.

(5) الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج ،المرجع نفسه ،ج1 ص170.

ب-تعريف اللقيط اصطلاحا:يتفق الفقهاء في تعريف اللقيط لدى المذاهب الأربعة على أنه الطفل الذي تخلى عنه أهله سبب الفاقة أو هروبا لجريمة الزنا[2].

وجاء في"فقه السنة":اللقيط هو الطفل غير البالغ الذي يوجد في الشارع اوضال الطريق ولا يعرف سببه"[3].

ثانيا:الولد القاصر.

أ-المدلول اللغوي لمصطلح القاصر:يقال قصر واقتصر واستقصر،والقاصر وحتى الطفل الصغير والحدث هي مجموعة ألفاظ قانونية مترادفة كلها ذات مدلول متباين فقصر عن الأمور قصورا أي عجز،ونف وقصر نفسه على كذا،أي حسبها عليه وألزمها إياه وقصر الشيء قصرا،وقصر ضد طال،وقصر فلان في الأمر أي تهاون فيه فهو مقصر،واقتصر على الشيء اكتفى به ولم يتجاوزه،واستقصره أي عده قصيرا.[4].[9]

ب-المدلول الاصطلاحي لمصطلح القاصر:

القاصر قانونا: كل شخص ذكرا أو أنثى لم يبلغ سن الرشد القانوني.

-نصت المادة"40"من القانون المدني الجزائري"كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية،ولم يحجز عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية،وسن الرشد تسع عشر كاملة"[1].

---

(1) مجمع اللغة العربية ،المعجم الوسيط. مرجع سابق،ص834

(2) علاء الدين أبي بكربن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.ج 6(ط:2؛بيروت: دار الكتب العلمية،1406ه/1986م)، ص197.

شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج.ج 2(ط:1؛ بيروت: دار المعرفة،1418ه/1997م)، ص418.

محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.تحقيق: محمد الملقى بعليش،ج4(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية،1417ه/1996م)، ص126.

بن قدامه، المغني.تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو.

ج8(ط:1؛الرياض: دار عالم الكتب،1406ه/1986م)، ص350.

(3) السيد سابق ،فقه السنة ،مرجع سابق،ج3،ص255.

(4) مجمع اللغة العربية المعجم الوسيط،مرجع سابق، ص504.

وقد قسم المشرع الجزائري مرحلة القصر إلى فترتين مترابطتين:

الأولى:-يكون فيها الشخص قاصر غير مميز وه ي تمتد منذ الولادة حيا إلى ماقبل بلوغ سن التمييز المحددة ببلوغ سن ثلاثة عشر سنة كاملة.

الثانية:يكون فيها الشخص قاصرا مميزا إذا بلغ سن ثلاثة عشر سنة ولم يبلغ تسعة عشرة سنة كاملة.

-نصت المادة"2/42"من القانون المني الجزائري المعدلة بالقانون رقم" 10/5"بقولها:"يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة"[2].

من خلال ما تقدم في تعريف الولد القاصر نلاحظ أن مفهوم أعم وأشمل من المصطلحات الأخرى،وربما هذا مادفع المشرع الجزائري إلى صياغة مواد الفصل السابع من قانون الأسرة الجزائري بلفظ الولد القاصر ليشمل هذا اللفظ معلوم النسب فاقد الأب،معلوم النسب فاقد الأم،(مجهول النسب فاقد الأبوين)،(مجهول النسب معلوم الأم)،فيلحق فضل الكفالة في مرافقة النبي ﷺ في الجنة هذه الأصناف الأربعة. [10]*ختاما لهذا المبحث التمهيدي للدراسة الحالية ،يمكن أن نلخص كالآتي:

أن كفالة اليتيم هي القيام بأموره والسعي إلى مصالحه من طعامه وكسوته وتنمية ماله أن كان له مال وإن كان لا مال له أنفق عليه وكساه ابتغاء وجه الله تعالى.[11]

---

(1) المادة"40" من القانون المدني الجزائري"أن القاصر هو الذي يبلغ سن الرشد وهو19سنة".

(2) المادة"42"من القانون المدني الجزائري.

(3) الحافظ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، الكبائر "وتبيين الحقائق" تحقيق:محي الدين متو،(ط:4؛ دمشق: دار ابن كثير،1409ه/1988م)، ص73.

المبحث الثاني : النصوص الدالة على مشروعية الكفالة على اليتيم

نحاول من خلال هذا المبحث عرض النصوص المختلفة التي دعت إلى الكفالة ، سواء في الشريعة الإسلامية أو في قانون الأسرة الجزائري ، بفهم أصولي للأدلة الشرعية ،وبقراءة متعمقة في المواد القانونية محاولين المقارنة بين الكفالة التي وضحتها الأدلة الشرعية بالمعنى الوارد لدى المشرع الجزائري .

المطلب الأول: النصوص الشرعية الدالة على مشروعية كفالة اليتيم وفضلها.

تستمد المشروعية في الدين الإسلامي من القرآن الكريم وهو كلام الله ﷻ المنزه ومن السنة النبوية الشريفة ، وهي أحاديث رسول الله ﷺ وقد دلت على مشروعية كفالة اليتيم من القرآن الكريم و السنة النبوية مجموعة من النصوص وأحاديث النبي ﷺ نعرضها من خلال الفرعين التاليين مبرزين وجه الدلالة منها .

الفرع الأول : من القرآن الكريم :

1/قوله ﷻ عن مريم: ﴿ **فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِندَهَا رِزْقًا قَالَ يَامَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هَـذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِندِ اللّهِ إِنَّ اللّهَ يَرْزُقُ مَن يَشَاء بِغَيْرِ حِسَابٍ**﴾[آل عمران:37]

وجه الدلالة : جاء في تفسير الآية " كفلها زكريا أي جعله كافلا لها ، وما ذلك إلا أنها كانت يتيمة و قدر الله كون زكريا عليه السلام كفلها " [1] فيكون وجه الدلالة " كون كفلها زكريا عليه السلام " فنبتت نباتا حسنا فالكفالة المقصود منها إنبات اليتيم إنباتا حسنا بالقيام على شؤونه ،كما فعل زكريا عليه السلام مع " مريم بنت عمران " ويستفاد من الآية أيضا حكم الكفالة فقد ذكرها الله في هذه الآية ليس على وجه الأمر بل كونها من الأعمال الحسنة التي قام بها الأنبياء ،فهي فرض كفاية على المسلمين لمن لزمت له من أبناء المسلمين .

[1]أبي الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير القرشي الدمشقي ،تفسير القرآن العظيم ،"تحقيق سامي بن محمد السلامة، (ج2 ط1، الرياض: دار طيبة ، 1997) ،ص35 .

2- قوله ﷻ من السورة نفسها ﴿ ذَلِكَ مِنْ أَنبَاء الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيكَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلاَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ ﴾[آل عمران44]

وجه الدلالة :روي أن "حنة " حين ولدت مريم –عليها السلام – لفتها في خرقة وحملتها إلى المسجد ووضعتها عند الأحبار وهم في بيت المقدس، فقالت لهم دونكم هذه النذيرة!! فتنافسوا فيها ،لأنها كانت بنت إماهم ثم اقترعوا وكانت نتيجة القرعة لزكريا عليه السلام، فتبين الآية الكريمة صورة رائعة لمجموعة من أهل الخير يتسابقون في ما بينهم على كفالة يتيمتهم[1]، فقد كان كل واحد منهم يطمح أن يفوز بكفالتها فلم يجدوا بديل من الاقتراع أيهم يفوز بهذا الشرف ، فنستفيد من الآية : كون فعل الكفالة فعل يتنافس عليهم الأخيار من عباد الله ﷻ أي فعل عظيم ، يقدم عليه أخيار الناس والسباقون للخير ، لكن الله ﷻ قدر أفضلهم " نبيه " عليه السلام دلالة على شرف الفعل " فعل الكفالة "

3- وهناك مجموعة من الآيات التي حثت على رعاية اليتيم في الإسلام وقد تم عرض بعض منها خلال المبحثين السابقين . نذكر منها على سبيل المثال و الذكر لا الحصر قوله ﷻ: ﴿ لَّيسَ الْبِرَّ أَن تُوَلُّواْ وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَالْمَلآئِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّآئِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلاَةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُواْ وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاء والضَّرَّاء وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَـئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَـئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ ﴾[البقرة:177]

(1) أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري ، "جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: محمود محمد شاكر .ج6 (ط:2 ؛ القاهرة : مكتبة ابن تيمية، د.ت) ، ص 351 .

وجه الدلالة : مدح الله المؤمنين الذين ينفقون المال في سبيل الله ﷻ على من هم في حاجة إليه ، ومنهم اليتامى . وذكروا بعد الأقربين ؛ أي أولى الناس بالإنفاق بعد الأقربين اليتامى لأنهم فقدوا من يقوم على مصالحهم وينفق عليهم[1] ،كما يظهر لنا الاهتمام الرباني بأمر اليتامى فجعلهم من الذين لهم نصيب من الغنائم بقوله ﷻ **﴿وَاعْلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِن كُنتُمْ آمَنتُمْ بِاللّهِ وَمَا أَنزَلْنَا عَلَى عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ الْتَقَى الْجَمْعَانِ وَاللّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٍ﴾[الأنفال:41]** وأيضا بين ﷻ أنهم من أولى الناس بالصدقات بقوله ﷻ **﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلْ مَا أَنفَقْتُم مِّنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا تَفْعَلُواْ مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾[البقرة:215]**

الفرع الثاني : من السنة النبوية : السنة من القرآن على ثلاث منازل . فإما مؤكدة لما جاء فيه ، أو شارحة له أو مؤسسة وهي ما تأتي بأحكام سكت عنها القرآن [2] والأحاديث التي جاءت كفالة اليتيم . هي مؤكدة ، وشارحة لما جاء في ، القرآن الكريم ، فهي تبين فضل فعل كفالة اليتيم ،فها هو عبد الله بن أبي أوفى عن النبي ﷺ" يقول " كان رسول الله ﷺ" يكثر الذكر ويقل اللغو ويطيل الصلاة ويقصر الخطبة ولا يأنف أن يمشي مع الأرملة والمسكين فيقضي له الحاجة " [3] " صححه الألباني " فكان يكثر من ذكر اليتيم حاثا على الإحسان إليه . فقد كان وهو ﷺ معلم الناس الخير قد جعلها أي كفالة اليتيم سببا فضائل عديدة أهمها دخول الجنة و مرافقة النبي ﷺ إذ حث النبي ﷺعلى تأمين العيش

---

(1) الطبري، تفسير القران "جامع البيان عن تأويل القرآن " ج2 ، مرجع سابق ص98 .

[2] أبوبكر لشهب ،الاجتهاد في التشريع .(ط : 1 ؛ الجزائر: مطبعة سخري 2013 م) ،ص61 – 62.

[3] أخرجه : ابو عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي الشهير بالنسائي ، سنن النسائي.تحقيق محمد ناصر الدين الألباني ، (ط:1 ؛ الرياض :مكتبة المعارف ، د .ت) ، كتاب الجمعة ، باب ما يستحب في تقصير الخطبة رقم1414، ص231.

الكريم لليتيم وجعل جزاء لذلك دخول الجنة درجات وأعلاها درجة الأنبياء و أعظم درجة النبي ﷺولأن النفوس دائما تطمح لأعلى الدرجات ، فقد جعل الله كفالة اليتيم سببا لذلك فعن سهيل بن سعد عن النبي ﷺ قال "أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين وأشار بأصبعيه السبابة والوسطى" [1] جاء في الزهد والرقائق: " لعل الحكمة في كون كافل اليتيم أشبهت منزلته في دخول الجنة بالقرب من النبي ﷺ أو منزلة النبي ﷺ لكون النبي ﷺ بعث إلى قوم لا يعقلون أمر دينهم فيكون كافلا لهم ومعلما ومرشدا وكذلك كافل اليتيم يقوم بكفالة من لا يعقل أمر دينه ،بل ولا دنياه ويرشده ويعلمه ويحسن أدبه فظهرت مناسبة ذلك "[2]

المطلب الثاني : النصوص الدالة على مشروعية كفالة اليتيم في قانون الأسرة الجزائري ،ونقدها.

الفرع الأول : المواد القانونية المقرة بمشروعية الكفالة في قانون الأسرة الجزائري .

لا توجد كلمة يتيم بهذا اللفظ في قانون الأسرة الجزائري ، مما يؤخذ على القانون الجزائري فكيف لا ترد مثل هذه الكلمة ذات الشأن العظيم في شريعة المسلمين ! ولا تخصص لها مواد محددة، وهذا ما يدفع بناء إلى التساؤل هل المشرع الجزائري ساوى بين أحكام اليتيم واللقيط ؟ لمعرفة ذلك لا بد من القراءة المعمقة للنص القانوني المتعلقة بالكفالة في قانون الأسرة الجزائري . [3]

---

[1] أخرجه أبي عبد الله بن إسماعيل البخاري ،صحيح البخاري. (ط:1 ؛ بيروت : دار ابن كثير ،1423ه / 2002م)، كتاب الأدب ،باب فضل من يعول يتيم ،رقم: 6005،ص 1507.

[2] عبد الله ابن المبارك الموردي ، الزهد والرقائق . مجلد1، تحقيق :احمد زيد ،(ط:1 ؛ الرياض :دار المعراج، 1415ه/1990 م) ، ص521 .

[3] قانون الأسرة الجزائري – الفصل السابع.

المادة 116 : "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقه وتربيه ورعاية قيام الأب لابنه وتتم بعقد شرعي. " فيفهم من المادة أن الكفالة تكون على وجه التبرع من قبل الكافل فهو الذي يلزم نفسه الكفالة ، والقيام بولد قاصر ؛ حسب المشرع الجزائري الكفالة تجوز على أي ولد قاصر فاليتيم واللقيط يجمعهما هذا الوصف أما قوله "من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه "بمعنى أن الكافل مسؤول على تربية ونفقة ورعاية المكفول ، التصريح بلفظ الأب يظهر أن الكافل لد ى المشرع الجزائري يكون مذكرا وأما "تتم بعقد شرعي" يفهم من ذلك أن الكفالة قانونا هي عقد شرعي له أطرافه وشروطه وأركانه .

المادة 117 : "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان" . يفهم من المادة "117" أن الكفالة لا تكون ملزمه لصاحبها قانونا، ما لم تتم أمام المحكمة، أو أمام الموثق.وقول المشرع أن تتم برضا ما له أبوان ، يؤيد المعنى الوارد في المادة السابقة في كون المكفول قد يكون لقيط "غير معروف النسب" يت يح "فاقد الأب " ، أو طفل عادي معروف النسب .

المادة 119 :" الولد المكفول إما أن مجهول النسب أو معلوم النسب " تساند هذه المادة المعنى المستفاد من المادة السابقة " 117" في كون المكفول "الولد القاصر" يضم مجموعة من الأصناف.

المادة 122 : "يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث ، والوصية ، أو الهبة لصالح الولد المكفول "ما يفهم من المادة "122 " أنه قد يكون للمكفول أموال مكتسبة من أرث أو وصية أو هبة.

المادة 124 : "إذا طلب الأبوان أو أحداهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وان لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع

مراعاة مصلحة المكفول" فيؤخذ من المادة أن الكفالة تشتمل الولد القاصر العادي الذي نتج عن زواج شرعي لأنه صرح بلفظ الأبوان ولفظ "عودة "بمعنى أن الطفل كان تحت رعايتهما ففهم من هذه المادة أيضا تصريح المشرع الجزائري بأن الكفالة مجالها واسع تضم اليتيم وغيره .

ما يمكن قوله من خلال تلك المواد أن المشرع الجزائري يقر بمشروعية الكفالة على يتيم كأحد الأصناف التي يشملها لفظ "الولد القاصر" وهو يوسع الدائرة بهذا المصطلح لتشمل اليتيم ، اللقيط ، الولد العادي "معلوم النسب" يعيش بين أبويه قرار ا تسليمه بعقد كفالة إلى الكافل.

الفرع الثاني: نقد النصوص القانونية المنظم ة للكفالة في الجزائر : من خلال سرد المواد المقرة لمشروعية كفالة اليتيم في قانون الأسرة الجزائرية يمكن الوقوف عند بعض النقاط التي يتوصل لها القارئ الممحص نحاول عرضها فيما يلي :

أولا: يستفاد من المادة "116" : الالتزام الإرادي من قبل الكافل الذي يكون رجل مبهم غامض معتبر للالتزام يصدر عن رجل فقط كأن الطفل لا يحتاج لأسرة بديلة بل إلى أب بديل فهل هذا يعني أنه بإمكان الرجل الأعزب أن يكفل الطفل وحده ؟ وان كان متزوج فما دور زوجته والتزام صادر عنه دونها ،فما هي العناية التي أراد المشرع توفيرها بهذه الطريقة ؟ إن هذه المادة تنتظر إعادة صياغة لتناسب كون الكفالة رعاية أسرية بديلة يوفرها الزوجان ، وهو ما يجري العمل به ، إذ لا يسمح بالتكفل إلا بوجود بعض الشروط منها أن يكونا طالبي الكفالة زوجان . مع العلم أنه في المادة 67 من القانون الحالة المدنية .يسمح بالتكفل بالطفل الملتقط من قبل من التقطه دون تميز بين كونه رجل أو امرأة ،[1] متزوج أو أعزب ، مما يظهر أن موقف المشرع الجزائري من الكفالة جاء غامض وجب تعديله . **ثانيا:** يمنع المشرع الجزائري التبني ويجيز الكفالة . وذلك بنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري : "يمنع التبني شرعا وقانونا،" وهذا نهج كل التشريعات إذ لم تأخذ بنظام التبني .

[1] المادة "67 "من قانون الحالة المدنية الجزائري :"يتعين على كل شخص وجد مولودا حديثا أن يصرح به الى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه واذا لم تكن به رغبة بالتكفل بالطفل لحبه عليه الى ضابط الحالة المدنية."

واعتبرته محرما شرعا عدا القانون التونسي وهو ينتمي إلى العالم الإسلامي [1]

ثالثا: مساواة المشرع الجزائري لليتيم واللقيط وغيرهم من القصر في الاستفادة من حق الكفالة وعندما يكون في الأسرة يتيم وقرر أحد أقربائه ضمه إليه بكفالة ،وجب عليه أن يؤيد هذه الرغبة بإجراء قانوني بعقد كفالة أمام المحكمة أو ال موثق.و لم يحدد القانون ضرورة قيام القريب الكافل بالقيام بهذا الإجراء القانوني ، وهنا يتضح أيضا فقر القانون الجزائري من المواد التي تضبط حقوق الأيتام ، فكيف يضمن الحاكم العادل بقاء أموال اليتامى محفوظة ما لم يكن هناك عقد يلزم الكافل و يضبط تصرفه في مال اليتيم .

المطلب الثالث : المقارنة بين النصوص الشرعية و النصوص القانونية المشرعة لكفالة اليتيم.

من خلال عرضنا للنصوص الشرعية المشرعة لكفالة اليتيم التي تبين حث الشارع الحكيم من خلال القرآن الكريم و السنة المطهرة ، وعرض النصوص القانونية التي تبين إجازة المشرع الجزائري لحق كفالة اليتيم ،يمكن حصر أوجه الاتفاق والاختلاف بين مفهوم كفالة اليتيم في الشريعة الإسلامية ومفهوم كفالة اليتيم بالمعنى الوارد في قانون الأسرة الجزائري نحاول عرضه في ما يلي :

الفرع الأول: أوجه الاتفاق :

– من حيث المبدأ الشريعة الإسلامية تعظم ه ذا الفعل وتجعله مما يتيح للمسلم الفرصة العظيمة لمرافقة النبي ﷺ في الجنة ، والمشرع الجزائري يقر بهذا الحق ، لمن يريد القيام بكفالة يتيم .

[1] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، (د:ط؛ الجزائر: دار البصائر،2010)،ص237 .

– الكفالة في الشريعة الإسلامية ، تلزم الكافل بالقيام على اليتيم ، من نفقته وتربيته ورعاية وهذا ما نصت عليه المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الثاني :أوجه الاختلاف :

أورد المشرع الجزائري الكفالة باعتبارها على نفس "ولد قاصر" ولم يورد لفظ اليتيم ، وإنما نرى مسايرة المشرع الجزائري لفتوى اللجنة الدائمة في أن لفظة اليتيم في حديث النبي ﷺ، في قوله: (أنا وكافل اليتيم .....)،بمعنى أن لفظ اليتيم لفظ يطلق على من فقد والده أو أبويه [1]فوجه الخلاف في اللفظ فقط "الولد القاصر" وليس بلفظ اليتيم

[1] لا شك أن لكافل اللقيط الأجر العظيم عند الله إذا أحسن معاملته وتربيته؛ إذ كفالته ليست دون كفالة اليتيم في الأجر إن لم تكن أعظم، وذلك لأنه أسوأ وضعًا منه، وقد جاء في فتوى اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء ما يلي :إن مجهولي

النسب في حكم اليتيم لفقدهم لوالديهم، بل هم أشد حاجة للعناية والرعاية من معروفي النسب، لعدم معرفة قريب يلجئون إليه عند الضرورة، وعلى ذلك فإن من يكفل طفلاً من مجهولي النسب فإنه يدخل في الأجر المترتب على كفالة اليتيم؛ لعموم قوله ﷺ أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا. وأشار بالسبابة والوسطى، وفرَّج بينهما شيئًا/ http://fatwa.islamweb.net

المبحث الثالث : أركان وشروط عقد الكفالة

الكفالة كأي عقد من العقود لا بد أ ن تتوفر فيها الأركان العامة الواجب توفرها في كل عقد من تراضى ، وسبب ومحل ، كما يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط التي تضمن سلامتها وتلك الشروط متعلقة بالكافل والمكفول ، وهذا ماسنوضحه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول : أركان عقد الكفالة .

الركن في اللغة هو الجانب الأقوى من الشئ يجمع على أركان وأركن ، واصطلاحا هو م ا كان من حقيقة الشئ أو ما يتو قف عليه ، وكان جزءا من ماهيته[1]

الفرع الأول : ركن التراضي . تتناول المشرع الجزائري موضوع الرضا في المواد "59 "إلى" 91" من القانون المدني .[2] والرضا يتجسد في عقد الكفالة من خلال إحدى حالتين اثنين : **معلوم النسب** : ويكون ركن التراضي في هذه الحالة بين المتعاقدين وهم والدي المكفول والكفيل سواءا كانا معا أو أحدهما بأن يتبادلا التعبير عن إرادة كل طرف بإرادة الوالدين معا أو أحداهما بنيتهما التخلي عن الطفل ، بالمقابل يكون رد الكافل بالموافقة على الطلب **مجهول النسب :** ويكون ركن التراضي في هذه الحالة بين المؤسسة المتكفلة بالأطفال والكافل في كلتا الحالتين السابقتين يجب على كل من الكفيل والمكفول أن تطابق إرادتين وحتى يكون صحيحا لا بد أن يصدر من ذي أهلية . وغير مشيبة بعيب من عيوب الإرادة وهي الغلط ، التدليس ، الإكراه و الأستغلال . [3]

---

[1] محمد الأمين الشهير بابن العابدين،رد المحتار على الدر المختار . تحقيق:عادل أحمد عبد الموجود علي محمد معوض،(ط: 1؛ بيروت :دار الكتب العلمية، 1415ه)، ص 87.

[2] نص المادة "59" من قانون المدني" يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال

بالنصوص القانونية .

(3) نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ،(د:ط؛الجزائر : دار الهدى،2006)،ص 0 470/46.

ركن التراضي ركن لازم في أي عقد من العقود ، وباعتبار الكفالة عقد لزم توفر هذا الركن . فلا يعقل أن تنعقد الكفالة . دون وقوع الرضا لأن الركن جزء من الشئ داخل فيه والشرط خارج عنه . ولكن قد يستخدم أحدهما مكان الأخر مجازا علاقته الماهية لا توجد بدونهما جاء في شرح مراقي السعود الركن جزء الذات والشرط خ ارج عن ماهيته . [1]فلا كفالة بدون تراضي .

الفرع الثاني : ركن المحل . الواقع هو أن محل العقد الالتزام الذي يترتب عليه ، فالعقد لا يرتب إلا التزامات إما بإعطاء وإما بفعل أو امتناع ، فالمراد بالمحل هو محل الالتزام ، فالكلام عن محل العقد فيه تجاوز ، والصحيح هو محل الالتزام [2] ، ويشرط في المحل ثلاثة شروط كما يظهر من نص المواد 92 إلى 96:" المحل موجود أو قابل للوجود – المحل معين أو قابل للتعيين – المحل مشروع أي قابل للتعامل فيه" المحل في عقد الكفالة هو رغبة الكافل بالقاصر و التزامه بالرعاية والنفقة وتربية المكفول أو التزام الأب أو إلام أو المؤسسة الخاصة بالطفولة بتسليم الولد إلى كافله . كما يجب على الطفل المتكفل به أن يكون موجودا ومعينا ذكر ا أو أنثى كما يجب أن يكون والداه أو إلام قاما بتخلي عنه أو المؤسسة هي التي أعطنه لكافله وليس مسروق من والديه أو المؤسسة .

[3] **الفرع الثالث : ركن السبب** . السبب لغة العلامة . وما يتوصل به إلى مقصود ما . والسبب في اصطلاح الأصوليين ماجعله الشارع علامة على مسبب ،وربط وجود المتسبب بوجوده وعدمه بعدمه ، فيلزم من وجود السبب وجود المسبب ومن عدمه عدمه . [4].

---

(1) عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي ،نشر البنود على مراقي السعود .(ط: 1؛ بيروت :دار الكتب العلمية ، 1409ه ، 1988م)، ص 74.

(2) علي علي سليمان ،النظرية العامة للالتزام .،(ط: 1؛الجزائرديوان المطبوعات الجامعية ،2006)،ص 69

(3). عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان 1998 ص 408

(4) أبي إسحاق الشاطبي ، الموافقات .تحقيق : محمد عبد القادر الفاضلي ،(ط : 5 ؛ بيروت : المكتبة العصرية ، 1435ه-2004م)،ص196- 265

والسبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه نصت المادة "98" من القانون المدني " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك ، ويعتبر المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل عل ى ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر غير مشروع أن يثبت ما يدعيه "[1]، والسبب هنا هو الك افل والسبب في الكفالة هي نيته أو الدافع إلى الكفالة وتحمله الالتزامات التي على عاتقه من نفقة ورعاية وتربية ، ولصحة سبب الكفالة يجب أن يكون صحيحا فالسبب غير الصحيح لا يصلح أن يقوم عليه التزام ، ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد الأمرين؛ إما لأن السبب الظاهر هو سبب غير صحيح وإما السبب الظاهر هو سبب صوري ، كما يجب أن يكون السبب مشروع أي لا يحرمه القانون ولا يكون مخالف للنظام العام والآداب العامة .

[2] **الفرع الرابع : ركن الشكل** .العقد الشكلي هو مالا يتم بمجرد تراضي المتعاقدان ، بل يجب لإتمامه فوق ذلك شكل مخصوص يحدده القانون ،وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد ،إن الشكل في عقد الكفالة من خلال المادة " 117 "من قانون الأسرة – سابقة الذكر- يكون واجبا من خلال إفراغ إرادة المتعاقدان في ورقة رسمية حيث نلاحظ في المادة" 116 "من قانون الأسرة لم تنص على شكلية معينة بل اكتفى فقط برضا الوالدين إذا كان معلوم النسب إذن هناك

أربع أركان لا بد أن تتوفر في عقد الكفالة ليكون عقدا تاما ملزما لأطرافه وأولها التراضي بين المتعاقدين الكافل ومن يتولى المكفول(الوالدين،أو أحدهما ، أو مؤسسة الرعاية) ، وأيضا محل الالتزام وهو رغبة الكافل ، والسبب هنا هو الدافع إلى الكفالة . لأن الكفالة فرض على الكافل مربط الفرس فيه الرغبة والنية المصرح بها من قبل ه بالإضافة للشكل وقد نصت المادة "117" عليه .

[1]المادة "98 "من القانون المدني الجزائري

[2] محمد صبحي نجم ، محاضرات في قانون الأسرة .(د : ط ؛ الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1999)،ص 114.

ولعقد الكفالة مجموعة من الشروط الواجب توفرها ليكون العقد سلميا تاما ؛ والشرط لغة العلامة[1] . ومنه قول الله ﷻ. ﴿ فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلاَّ السَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَاء أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءتْهُمْ ذِكْرَاهُم﴾[محمد:18] ؛أي علاماتها . وسمي رجال الشرطة بالشرطة لما يتميزون به عن غيرهم من علامات خاصة في اللباس [2]، أما في الاصطلاح فالشرط ماعدمه مستلزم لعدم الحكم، [3] فما سنأتي على ذكره من شروط في المطلب الموالي هو من هذا النوع ؛ أي ما يتوقف عليه نفاذ الحكم أي قيام الكفالة وتنعدم لانعدامه ، ومن تلك الشروط ما يتعلق بالكافل ومنها ما يتعلق بالمكفول ، كما سنحاول الإشارة إلى ما لم يتعرض له المشرع وهو محتمل الورود.

المطلب الثاني : شروط عقد الكفالة.

عقد الكفالة كباقي العقود الأخرى التي يجب عند انعقادها توفر شروط وهذه الشروط فيها ما تتعلق بالكافل ومنها ما يتعلق بالمكفول ومنها ما يتعلق بالكفالة ، و الشريعة الإسلامية أخذت بنظام الكفالة التي اعتبرته بديل ملائم للتبني وبذلك المشرع الجزائري أُخذ بما أحلته الشريعة الإسلامية وفي بحثنا هذا القانون الوضعي الذي نقوم بدراسته هو القانون الوضعي الجزائري ،من الوهلة الأولى يتبادر إلى الذهن إن هناك عدة نصوص قانونية تنظم هذا الموضوع من عدة نواحي ، وعليه فإننا نجد قانون الأسرة الذي يعد بمثابة القاعدة العامة في تنظيم أحكام الكفالة هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب الذي أعطى للكافل في إطار عقد الكفالة الحق في تقديم طلب إلى وزارة العدل قصد تغيير لقب القاصر مجهول النسب من الأب ليصبح مطابقا للقب العائلي للكافل [4] هذا من جهة .

(1) محمد مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب ،(ط: 1؛بيروت:دار صادر،د:ت)،ص 1087.

(2) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ،(د:ط؛ دمشق: مطبعة مصطفى البابي الحلبي ،د:ت)، مادة شرط ، ص 417.

(3) سيف الدين أبي الحسن علي بن علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام. تحقيق : سيد جملي ،(ط: 1؛ بيروت :دار الكتاب العربي ، 1404ه)، ص 181 – 186

(4) المادة : 1 من المرسوم رقم 157/71 المتعلق بتغيير اللقب المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 24/92 .

كذلك نجد إلى جانب ذلك قواعد الإسناد المستحدثة بموجب القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني في مادته 13 مكرر 01 التي ترشد القاضي الداخلي إلى القانون الواجب التطبيق عندما يكون في عقد الكفالة طرفا أجنبيا 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 انعقاد عقد الكفالة وإنشائه ، وما هي الشروط المطلوبة في عقد الكفالة ؟

الفرع الأول: الشروط الواجبة في الكافل . بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في مادتيه 117 و 118-1 ، نجدها حددا شروطا عامة التي يجب على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة إن تتحقق من توافرها قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة أو الموثق أن يقوم بإجراء تحقيق ويراقب ما إذا توفرت هذه الشروط أم لا ، فإذا اتضح للقاضي أو الموثق عدم توفرها في الكافل رفض الطلب أما إذا توفرت هذه الشروط حرر العقد من قبل الجهات السالفة الذكر ، وهذه الشروط المطلوبة في الكافل هي : شرط الإسلام ، شرط أن يكون عاقلا ، شرط القدرة ، لكن عمليا القاضي يتحقق من عدة شروط أخرى ضرورية لكن غير واردة في المادتين السالفتي الذكر [1]

أولا / الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري :

1- شرط الإسلام: لقد أوجب قانون الأسرة شرط الإسلام في مادته 118 "إذ نص :" يشترط أن يكون الكافل مسلما " يدين بالإسلام حتى يمكنه أن يتكفل بطفل ، وأساس ذلك يرجع إلى أن الكافل سيمارس الولاية على نفس المكفول ويتولى كل أموره وعلى ذلك فيجب أن يكون مسلم وذلك لقوله ﷻ : ﴿بَشِّرِ الْمُنَافِقِينَ بِأَنَّ لَهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ، الَّذِينَ يَتَّخِذُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاء مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَيَبْتَغُونَ عِندَهُمُ

الْعِزَّةَ فَإِنَّ الْعِزَّةَ لِلَّهِ جَمِيعًا ﴾ [النساء: 138/ 139]، وقوله ﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلا ﴾[النساء:141] ومادامت الكفالة تتركز أساسا على رعاية المكفول فإن الإسلام هو الديانة الفضلى في تربية الفرد وفي تكوين أخلاقه والأخلاق الإسلامية تتضمن الصدق والأمانة وروح المسؤولية.

---

(1) الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، (ط : 1 ؛ الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 2005)، ص.169.

وهذه الصفة الأخيرة هي التي تجعل المكفول عندما يكون لدى الولادة فوق أرض الجزائر فإنه يكتسب الجنسية الجزائرية باعتباره مجهول الأبوين ،أو مجهول الأب ما لم يثبت خلاف ذلك ، فـللكافل في مأمن من كل ما قد يتعرض له من ضرر نظرا لروح المسؤولية التي يتصف بها المسلم الكافل ، ومادامت الجزائر حسب الدستور 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 .[1] ، "فبذلك اُعتبر المشرع الجزائري شرط إلا سلام شرطا ضروريا وبالتالي الغير مسلم سواء مسيحي أو يهودي الديانة عندما يقدم طلب الكفالة طفل قاصر جزائري يرفض طلبه ، وهذا ما يجري عمليا في المحاكم ، إذ اُنه سبق وإن امرأة من جنسية فرنسية تقدمت بطلب لكفالة طفل قاصر جزائري لكنه رفض طلبها على أساس أنها من جنسية فرنسية ، الشئ الذي استخلص معه أنها غير مسلمة ، لكن "كمليا" نجد عدة أجانب أعلنوا إسلامهم في الجزائر ، ووافقت وزارة الشؤون الدينية على ذلك كما أن شرط الإسلام يجرنا إلى الحديث عن شرط الجنسية إذ هل اشترط المشرع الجزائري الجنسية في طالب الكفالة أم لا ؟"[2] – بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع سكت على هذا الشرط إذ كان من المفروض النص عليه صراحة مع العلم أن كل من ولد في الجزائر هو جزائري الجنسية ويعتبر ثروة بشرية للبلاد ، يجب أن لا نترك الغير ينهبها وعليه يجب أن يكون الكافل جزائري الجنسية .– ولو فرضنا أن جزائري طلب الك ـــــــــــــــــــــــفالة لكن ظاهريا بعلاقته العامة غير مسلم وقدم شهودا أمام القاضي وطلب القاضي شهود للتحقق من ذلك

.- هل القاضي بناءا على شهادة الشهود و يكون وثيقة تثبت عـــــــــــــــــــــــــــدم الإسلام يرفض الطلب ؟ ، نلاحظ نحن أنه مراعاة لمصلحة الطفل والتي يجب على القاضي التحقق منها جيدا أن يرفض الطلب بناءا على سلطته التقديرية في تقدير الوقائع ورعاية لمصلحة الطفل وذلك في غياب شهادة إعلان إلاسلام ، لأنه إذا رجعنا إلى أحكام الحضانة لوجدناها تلزم الحاضن أن يرعى الولد ويربيه على دين أبيه [3]

---

[1] المادة 07 المعدلة بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

[2] طلبة مالك التبني والكفالة ، مجلس قضاء وهران محكمة أرزيو 2003 / 2006 .

[3] المادة "62" : من قانون الأسرة الجزائري .

وتسقط إذ اختلت إحدى شروط الحضانة ومن بينها حالة الردة أي الخروج على الكفالة ، إذ حتى ولو كان الكافل جزائري الجنسية وثبتت ردته أو اعتناقه دينا آخر فإن القاضي يرفض الطلب وكذا الأمر بالنسبة للموثق ..

- **طالب الكفالة أجنبي الجنسية :** حسب نص المادة "13" مكرر 01 قانون 10/05 أجار المشرع للأطراف الأجانب التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة وبغض النظر عن دينهم فإن قواعد إلاسناد المحددة في المادة السالفة الذكر تستوجب على قاضي فقط مراعاة قانوني مقدم طلب الكفالة و الطفل المكفول عند إنشاء العقد وعليه فإذا رأى القاضي الجزائري أن قانون الأجانب يجيزا الكفالة ، مع العلم أن الطالب الكفالة والمكفول ليسا من جنسية واحدة فهنا القاضي بعد التحقيق الذي يقوم بتحرير عقد الكفالة .أما حالة ما إذا كانا من نفس الجنسية (الكافل و المكفول) وقانونهما يجيز الكفالة هنا نفس الشئ القاضي يحرر عقد الكفالة . لكن إذا كان أحد القوانين لا يجيز ، فإنه بالطبع لا يمكن تحرير عقد الكفالة لأن المادة "11 "مكرر 1 نلزم القاضي أن يراعي القانونين معا يوم تحرير العقد في حين أثار الكفالة يحكمها قانون الكافل فقط .

. 2- **شرط العقل** :لا بد أن يكون الكافل عقلا [1] ، متمتعا بالأهلية الكاملة ، أي يجب 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" قانون الأسرة الجزائري [2] .وهذه الحالة ظاهرة إذ يمكن التعرف على الشخص طالب الكفالة عل متمتعا بقواه العقلية أم لا؟ ولمن تثبت سلطة تقدير ذلك ؟.

[1] المادة "118" قانون الأسرة الجزائري.

[2] المادة" 81"قانون الأسرة الجزائري : " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن ، أو الجنون ، أو سفه ، يتوب عنه قانونا ولي ، أو ووصي 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 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 القاصر حديث الولادة الذي يختلف بدوره عن طفل ذو السن 04 سنوات وحاجته إلى الكافل في كل مرحلة من المراحل 3- **شرط القدرة** :هذا الشرط مفاده أن يكون الكافل قادرا جسديا وماديا على التكفل بالقاصر أ- **القدرة الجسدية** : أي عجز يكون الكافل مصاب به يمكن أن يقف حاجزا كمن له عاهتين إذ يتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب هاتين العاهتين ، وبين نكفله بالقاصر على أحسن وجه . " وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في هذا الصدد بقوله : " ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة على القيام بشؤون أبنائها ، ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادو على الصواب و خالفوا القواعد الفقهية ". [1]

ب- **القدرة المادية :** بقصد المشرع بالقدرة هنا الحالة المالية والاقتصادية لطالب الكفالة ، إذ لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون بطالا وليس له مورد رزق ، إذ أنه عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقيق من هذه القدرة ، وإلا رفض الطالب مراعاة لمصلحة الطفل ، الشئ الملاحظ أنه من المفروض مثل هذه الشروط المتعلقة بالوضعية المادية للكافل أن ينظمها بمقتضى التشريع ويبين كيف تثبت هذه الوضعية ؟هل بشهادة العمل آم كشف الرواتب ، أم السجل التجاري ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فهناك عدة إشكالات عملية مطروحة في غياب

النص التشريعي مثلا : هل يشترط في الكافل أن يكون ذكرا فقط أم يجوز للمرأة الكفالة ؟- هل للهيئات والأشخاص الاعتباريين أن يطلبوا بالكفالة ؟ وهل يشترط الفرق في السن بين الكافل والمكفول ؟ وكم قدره ؟- هل يشترط في الكافل أن يكون متزوج ؟وهل يشترط موافقة الزوج إذا كانا على قيد الحياة ؟هناك من يقول أنه " إذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة ، يتعين موافقة الزوج الآخر "[2]

---

1) قرار رقم 33921 الصادر بتاريخ 1984/07/09 ، المجلة القضائية ، العدد 04 ، سنة 1989 ، ص. 76 .

2) الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق ، ص 169

إن هذه الإشكاليات هي عملية يواجهها المواطن والقاضي يوميا ، إذ كان من المفروض النص عليها صراحة في قانون الأسرة حتى يزول الغموض ولا يكون تناقض في التأويلات بين جهات القضاء الجزائري 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 ، كما أنه من الناحية العملية ، يشترط أن يكون الطفل في وسط عائلي متكون من أب و أم حتى يشعر بدفء العائلة التي حرم منها ، وحتى ينشأ كطفل عادي في ظروف عادية .

ثانيا- الشروط التي لم يتعرض لها المشرع :

ترك المشرع الجزائري عدة غموضات منها : - **الشرط المتعلق بالكافل (رجل أو امرأة)** :إن المشرع الجزائري ترك عدة غموضات وبذلك هناك عدة إشكاليات تطرح ولا نجد لها أجوبة ، ورغم أنها مهمة جدا ففي نص المادة "118"من قانون الأسرة. نصت على أنه " يشترط أن يكون الكافل مسلما ... " هنا المصطلح يؤكد على " الكافل " هل يعني به الرجل وليس المرأة لأنها تعتبر "كفالة " أو يعني به رجل أو امرأة . فمن المفروض أن ينص المشرع على أن للمرأة الحق في طلب الكفالة لأنها أولى من الرجل في رعاية الطفل وتنشئه وتربيته وإعطائه الحنان ، بحكم أن 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 و زوجته) وحدد الحد الأعلى

لسن الرجل وهو 60 سنة و 55 سنة للمرأة ، كما انه في حالة طلاقهما ترجع الكفالة للزوج وليس للزوجة

جواز الشخص المعنوي طلب الكفالة : " لا يوجد قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة مثل : المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال ، والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي ، مع العلم أن مثل هذه الأشخاص الاعتبارية عادة لها مركز مالي وتسيير بشري لائق يمكنها التكفل بالأطفال اللقط أو مجهولي النسب ، وحتى الأطفال معلومي النسب ، إذ انه من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة وإعطائها الحق في الكفالة ، أحسن من أن تقوم عائلات ببيع أبنائهم لعدم توفر الوسائل المالية المعيشية أو قتلهم . إلا أن حق الأشخاص المعنوية المكلفة برعاية الأطفال نص عليه المشرع المغربي صراحة على هذا الحق واشترط أن يكون الجمعية أو المؤسسة مؤهلة قانونا ومتعمدة ، و أن تسهر على نشأة المكفول تنشئة إسلامية بحتة وإلا رفض الطلب أو قام القاضي المكلف بشؤون القصر بإلغاء الكفالة " [1]. المعادلة ، فكيف إذا نتصور هذه الوضعية في غياب نص تنظيمي ينظم شرط الفراق في السن بين الكافل والمكفول كحد ادني .

– **شرط الزواج :** بالرجوع إلى أحكام الكفالة لا نجد نص قانوني مثل هذا الشرط ، لكن كمليا 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 الأسرة وعائلة التي كان يفتقر إليها سابقا .لكن هذا الشرط حتى ولو نظم في أحكام قانون الأسرة ، فإنه يستوجب مراعاة حالة المطلق والمطلقة والأرمل والأرملة الذين يعيشون برفقة أبناء أو انعدام أبناء ، لان مثل هذه الحالة ستطرح مستقبلا على المحاكم لذلك يستوجب مراعاة مثل هذه الحالات .

_شرط موافقة الزوجين طالبي إن كان معا على قيد الحياة : إن مثل هذه الحالة غير منصوص عليها الأسرة ، رغم أنها ضرورية في تنشئة القاصر المكفول وتحقق الغرض من الكفالة ، مع العلم أن رضا طالب الكفالة أي الزوج فقط هذا لا يعني دائما موافقة الزوجة ، ولهذا من اجل المصلحة الفضلى للطفل فإنه من المفروض أن تكون الموافقة صريحة وبحضور الزوجين أمام القاضي أثناء التحقيق ويتم سماعهما على محضر لكي يعرفا قيمة هذه المسؤولية ، وعليه فإنه كان على المشرع تدارك مثل هذا الشرط

والتنصيص عليه في قانون الأسرة ، لأنه وجدنا عمليا أن أغلب المحاكم لا تراعي الموافقة للزوجين أمام القاضي إذ يكفي إحضار شاهدين فقط وحضور الأطراف فقط. إن كل هذه الشروط سكت عليها المشرع الجزائري ولم 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.

---

[1] طلبة مالك ، التبني والكفالة ،ص 24/23

.

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" قانون الأسرة . نستنتج أن المشرع اشترط في المكفول سن معين وهو أن يكون قاصرا ، كذلك سردت المادة "119" منه وضعية الطفل المكفول مجهول النسب

1- شرط أن يكون قاصرا :

القاضي أو الموثق حتى يبرم عقد الكفالة يجب أن يجري تحقيق في الملف ومن بين الأمور التي يجب التأكد منها ، شرط السن فقانون الأسرة اشترط أن يكون ولدا قاصرا فقط ، فبذلك هو بحاجة إلى رعاية وتكفل وعناية به ، وهي المرحلة التي يكون فيها المكفول غير قادر على القيام بنفسه خاصة وأن المشرع لم يحدد سن معين ، أي حد وأقصى للشخص ليكون في مركز المكفول 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 مفهوم المخالفة 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 صراحة في أحكام الكفالة ، هذا من

جهة ومن جهة أخرى فإنه استعمل مصطلح القاصر التي تعني الذكر دون الأنثى فمن الأحسن إضاحة النصوص والدقة في المصطلحات مثل ماهو سائد في باقي التشريعات المقارنة لأنها لا تكلف شئ بل بالعكس تسهل على الدارس وعلى كل شرائح المجتمع دون تمييز بين الشريحة القضائية التي تعتبر مثل هذه الأمور مبادئ عامة في حين يعتبر لدى الغير مجال للبحث.إن الحكمة من أن يكون المكفول صغير السن حتى السيطرة عليه وتربيته ونشأته وإدماجه داخل الأسرة الكافلة ، وإلا فلا فائدة من الكفالة إذا بلغ سن الرشد .

---

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

[2] بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة ،ج1 ، ط1، دار النهضة العربية ، لبنان 2001، ص68

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

. أ- **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 76-79 المؤرخ في 1976/10/23 والذي ألغى فيما بعد .كما أن المشرع اهتم بهم وأخضعهم إلى الدولة التي تتكفل بأعباء رعايتهم وتربيتهم داخل مراكز خاصة ورغم وجود هذه المراكز إلا أن الرعاية والتربية والعناية فيها بهم لا ترقى مستوى أحسن للصعوبات التي تواجهها هذه المؤسسات ماديا وبشريا ولذلك فكلما تأتي هناك فرصة اللقيط لوضعه في أسرة تتكفل به وترعاه وتكون محيط أحسن له ، تعتبر أحسن من المراكز. وإن هذا القاصر يكون بحاجة إلى أسرة وتحرس على تربيته وعلى القاضي هنا أن يبحث في حقيقة قدرة الكافل على العناية والرعاية والتربية لهذا الأخير ، وحتى وإن كان ذلك مستحيلا ،عليه أن يعرف باعث الكافل للتكفل بالقاصر ، لكي لا يرمي هذا القاصر مرة ثانية إلى محيط يسئ أخلاقه ويعيد كرة الفساد والتكاثر اللاشرعي خاصة إذا مكانة أنثى.-

هل يمكن للطفل القاصر ذو جنسية أجنبية أن يكفله جزائري الجنسية ؟

1_هل يمكن للطفل

القاصر ذو جنسية جزائرية أن يتكفله أجنبي إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة ما إذا كان الطفل القاصر ذو جنسية الأجنبية يمكن كفالته من طرف الكفيل الجزائري (طالب الكفالة) ، على الرغم من أن المادة : "13" مكرر 01 من القانون المدني 2 – المتعلقة بقواعد الإسناد نصت على انه : عندما يكون طرف أجنبي في العقد أو كلاهما أجنبيان بالإحالة إلى البحث عن قانون الواجب التطبيق من طرف القاضي الداخلي في مجال الكفالة ن 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 الزواج نص صريح يحكم هذه الوضعية فإنه يتعين رفض الطلب . لكن عمليا ، إذا وافق وكيل الجمهورية على طلب الكفالة فهنا تتم الكفالة . ونفس الشئ في حالة الثانية ، القاصر ذو جنسية جزائرية وطالب الكفالة أجنبي مقيم في الجزائر ، فإنه يستوجب رفض الطلب لعدم وجود نص يجيز ذلك .

ب– القاصر معلوم النسب :أي أنه ولد لأبوين معروفين ورغم ذلك يضعوه في كفالة شخص أخر ويتنازل عليه الكافل ، وهنا يشترط عند إبرام الكفالة أمام الموثق أو أمام القاضي أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية بالخارج أن يحظرا ويبديا رضاهما صراحة ، وفي حالة ما إذا توفي أحدهما لسبب من الأسباب أو نزعت منه السلطة الأبوية أو الولاية على القاصر فحضور وقبول الوالد الأخر يكفي ، ولا بد أن يبدي رأيه ورضاه أمام الجهات المختصة بتحرير الكفالة ،أما في حالة وفاة الأبوين أو كانا فاقد الأهلية لأي سبب من الأسباب ، فإن الرضا يكون للمجلس العائلي ، بعد موافقة من كان حضنه الولد ،وفي كل هذه الحالات يحتفظ القاصر المكفول بهويته الأصلية وهذا ما تقره أيضا المادة 120 من قانون الأسرة .[1]

الفرع الثالث : الشروط الواجبة في عقد الكفالة : إن عقد الكفالة يقوم صحيحا بمجر د تطابق إرادتي الطرفين :الكافل وولي المكفول القاصر ، ومتى كان خاليين من كل العيوب التي قد تؤدي بالعقد إلى البطلان سواءا المطلق أو النسبي فإن عقد الكفالة يكون عقدا سلميا ، إلا أن المشرع لم يتركه إلى حرية المتعاقدين وذلك بنصه في ال مادة "116" من قانون الأسرة على أن يتم شرعي كما سبق توضيح ذلك ، وأكثر من ذلك فقد جاء في

نص المادة "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة ، أو أمام الموثق ...". [2] فما هو دور القاضي الذي يحرر الكفالة أو الموثق؟ ولماذا أخضع المشرع هذا العقد لتحريره للقاضي أو لضابط عمومي ؟لكن مايمكن 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 . [3]هذه الأمور تعد الشروط الأساسية في العقد ذاته لإمكانية إثبات وجود في حياة القانون .

---

(1) المادة "120" قانون الأسرة الجزائري : "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

(2) المادة " 117"من قانون الأسرة الجزائري. .

(3) الغوثي بن ملحة ، مرجع سابق ص 171.

الشرط الأول : الكفالة أمام القاضي 1: 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 يتحدث آثاره ولا يمكن وجود في عالم القانون إلا باللجوء إلى القاضي عملا بأحكام المادة " 117" من قانون الأسرة ، إن المحاكم هي المختصة في إبرام عقد الكفالة لأنها صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع القضايا المدنية ن فعلى طالب الكفالة أن يتقدم طلبه إما إلى القاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة 2 وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص ، وهذا الأخير يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقة فيه ن أي في شكل معين وبعد إطلاع وكيل الجمهورية على أوراق الملف.ومن جهة ثانية ، فإن أمر رئيس المحكمة له قوة قانونية تمكن حامل هذا العقد وهو الكافل بتسجيل ذلك بمصالح الحالة المدنية حتى يتسنى له الحصول على الوثائق الإدارية سواء للكافل أو المكفول ،دور القاضي هام ، ذلك انه 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 وبتغير وليه سواء كان أبواه معلومين أو موضوع بمؤسسة

حماية الطفولة ، ونجد أن المشرع أعطى للقاضي هذا التصرف بإضفاء الصبغة القانونية على عقد الكفالة ، حتى يكون القاضي باعتباره حامي الحقوق والحريات دائم ووضعية القاصر والمكفول ، كما يجب أن يقوم بالتحري الكامل الاجتماعية والمادية والعقلية حتى يمكن له أن يقبل رضاه وإبرامه لعقد الكفالة ، لكن من حيث الواقع ونظرا لكثرة المشاكل وازدياد انشغال رئيس المحكمة نظرا لكل المستجدات التي يوجهها المجتمع الذي توسعت رقته الجغرافية والبشرية والمادية لم يعد رئيس المحكمة يقوم بعمله كامل في مراقبة وتحقيق أولى على الكافل للقاصر والمراقبة بعد وضعه تحت ولايته .

الشرط الثاني : الكفالة أمام الموثق : رغم أن عقد الكفالة رضائي وغاية الكافل وهدفه هو نية التبرع والإحسان للقيام بشؤون قاصر ورعايته والعناية به وتربيته كأنه ابنه الشرعي،إلا أن المشرع وجد أن إبرام العقد أمام المحكمة يسبب حرجا للكافل أو والي المكفول أو حتى تأثير على نفسية المكفول ، فقد أوجد طريق 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 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 ، ذلك أنه يضع المكفول القاصر في مركز قانوني جديد بعد أن كان ابن شرعي فيغير مركزه وحالته إلى مكفول تحت ولاية الكافل ، وقد يكون شرط تحرير العقد لدى الموثق لمراقبة إجراءات صحة العقد وإعطاءه قوة ثبوتية مطلقة باعتباره من القعود الرسمية والتي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير . طبقا للمادة "324" قانون المدني [1]والمادة "115" قانون الإجراءات المدنيةِ[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 أن تقدم 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 اجتماعي مملوء وموقع قانوني من طرف مصالح القنصلية [3] المختصة والمعنية .-

نسخة طبق الأصل من بطاقات ووثائق التعريف أي البطاقة القنصلية . وهذه الأخيرة إما تقبل أو ترفض الطلب حسب توافر الشروط المطلوبة ، "وفي حالة وفاة الكافل ، تنتقل الكفالة على الورثة إن التزموا بذلك ، وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية [4]

---

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

[2] المادة "115" قانون الأسرة الجزائري :"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 . ".

[3] المادة "125" قانون الأسرة الجزائري .

[4]المادة"124 " قانون الأسرة الجزائري .

المبحث الرابع : إجراءات عقد الكفالة

بعد التطرق لضبط مفهومي الكفالة واليتيم ، والتعرف على أركان وشروط عقد الكفالة ، نصل في هذا المبحث إلى مراحل إجراء عقد الكفالة، كما سنعرض حالات انقضائه .

المطلب الأول : إجراءات عقد الكفالة :

لإجراء عقد الكفالة يجب أن يمر كل شخص على مرحلتين أساسيتين نوضحهما فيما يلي ، كما نبين حالات انقضائها ، لنبرز في المطلب الثاني أثار عقد الكفالة

الفرع الأول : انعقاد عقد الكفالة . يمر عقد الكفالة بمرحلتين :

المرحلة الأولى : المرحلة التمهيدية : عند إبداء إرادة كل من الكافل و والدي الطفل معا أو أحدهما أو المؤسسة المتكفلة بالأطفال إرادتهما تأتي مباشرة إجراءات عقد الكفالة.

الحالة الأولى : القاصر معلوم الأم : تقوم الأم بتخلي عن ولدها ويكون ذلك على مستوى المستشفى فتقوم المساعدة الاجتماعية الخاصة بالمستشفى بتقديم لها محضر عن التخلي فتقوم الأم بملئه علما أنها ستقوم بسؤالها عن مدة التخلي هل هي مؤقتة أو نهائية مع العلم أن مدة التخلي المؤقتة تكون لمدة 3 أشهر وفي حالة إذا لم تأتي

الأم يحول إلى مديرية النشاط الاجتماعي وفي الأخير تقوم المساعدة الاجتماعية بتفتيش على العائلات التي ترغب بالتكفل وهنا نسجل حالتين: في حالة التخلي المؤقت يبقى المكفول تحت رعاية الدولة وهي من تسهر على جميع احتياجاته من إطعام ، علاج ، إسكان . و هنا تمنح للأم مهلة ثلاث أشهر للتفكير هل تتخلى عنه نهائيا أم تستعيده ، وبعد انتهاء هذه المدة دون عودة الأم تستدعى مرة ثانية من قبل مصلحة المساعدة الاجتماعية لتأكيد التخلي أو للاستعادة ، وفي حالة عدم حضور الأم بعد الاستدعاء لمدة ثلاث أو أربع أشهر وبعد توجيه لها عدة استدعاءات فإن قاضي الأحداث يوجه لها استدعاء أخير وفي حالة عدم الإجابة يقوم هذا الأخير بإجراء الأمر بوضعه بالمؤسسة . وفي حالة وجود طلب بكفالة الطفل فإن قاضي الأحداث يتحقق من العائلة الكافلة و الظروف التي ستوفرها للطفل وهنا تستدعى الأم إن كانت معروفة وفي حالة عدم الاستجابة يصدر أمر برفع اليد أو رفض طلب الكفالة حسب ما تقتضيه مصلحة الطفل .

كما يمكن لأم الطفل أن تتقدم بطلب الاسترجاع أمام الجهة المتواجد بها طفلها ، فتقوم المساعدة الاجتماعية بإجراء تحقيق حول كيفية عيش المرأة وعن ظروفها الاجتماعية والاقتصادية وبعدها يمنح لها تسريح ممضى من المصلحة المختصة إذا كان التحقيق ايجابي وهكذا تستعيد الأم العازبة ابنها ، ويتم التخلي النهائي أمام المساعدة الاجتماعية وهنا تقوم الأم بالإمضاء على محضر التخلي النهائي عن الطفل الذي أنجبته وهنا يمكن القول إن هذا الإجراء غير ملائم فكيف لا تقوم الكفالة إلا بعد انتقاء مجموعة من الإجراءات القانونية ؟في حين أن الأم تتنصل من جميع مسؤولياتها تجاه الطفل الذي أنجبته ،وذلك بعد القيام بإجراء إداري بسيط وهو تلقي الأقوال وتدوينها في محضر، ومن أثار التخلي النهائي أن يصبح الطفل من أيتام الدولة و يدخل مباشرة إلى دار الطفولة المسعفة . وتصبح مديرية الخدمات الاجتماعية وصية عليه ويعرض على الكفالة ، وحتى في حالة ما إذا استعادته فلا يمكنها إلا بطلب كفالة الطفل .كما أن للأم مطلق الحرية في ترك بياناتها الشخصية لدى مصلحة الإسعاف العمومي مع الإبقاء على السرية ،كما لها أن لا تترك أي معلومة وهنا تلتزم المساعدة الاجتماعية بعدم ذكر أي معلومة خصوصا وأن

هناك العديد من الأطفال بعد بلوغهم سن التمييز ولم يوضعوا في عائلات تكفلهم ، يسعون في الحصول على معلومات للوصول إلى ذويهم الحقيقيين إلا أن هذا قد يخلق مأساة عائلية للأم خصوصا إذا بنت عائلة جديدة ومأساة نفسية بالنسبة للطفل في حالة رفض أمه له [1]. **الحالة الثانية : القاصر مجهول الوالدين :** إن هذا القاصر يكون موجود وتحت ولاية مؤسسة حماية الطفولة ، وهي التي تقوم برعايته والعناية به فنجد أن القانون لم يشترط رضا المكلف بهذه المؤسسة صراحة وفيما يخص إسم القاصر مجهول النسب عندما يدخل إلى المصلحة يمنح لمجهول النسب اسمين متتالين.

---

[1] عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة.(د:ط؛الجزائر:المؤسسة الوطنية)،ص123.

-حالة كون المولود ذكر : هنا يقوم ضابط الحالة المدنية بمنح الطفل سلسلة من الأسماء الخاصة بالذكور ويتخذ أخر هذه الأسماء كلقب عائلي بالنسبة له .

-حالة كون المولود أنثى : يمنح ضابط الحالة المدنية سلسة من الأسماء الخاصة بالإناث بحيث أخر اسم كلقب عائلي بالنسبة لهم على أن يكون هذا الأخير من الأسماء المخصصة للذكور.

المرحلة الثانية : المرحلة القضائية : وقانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 قد نظم في المواد من "492 "إلى" 497 "إجراءات طلب كفالة وإجراءات إلغائها ،نصت المادة" 492 " أنه 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 و لأجل ذلك يجوز للقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته ،ولأجل تبسيط الإجراءات المتعلقة

بطلب الكفالة التي تتسم بطابع إنساني فإن النظر في الطلب يتم بعد أخذ رأي النيابة وذلك حسب المـــــــــادة " 494 "من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة والتي تعد طرفا في جميع قضايا شؤون الأسرة ويفصل في الطلب بموجب أمر ولائي . هذا ما نصت عليه المادة" 493 "من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يفصل القاضي في طلب الكفالة بأمر ولائي".أما في حالة طلب التخلي عن الكفالة فإن المشرع أخضعها لقواعد الإجراءات العادية في رفع دعوى وتصدر بموجب حكم و هذا من باب ترجيح مصلحة المكفول وتكون في جلسة سرية بعد إبداء رأي النيابة العامة . وفي حالة موت الكافل أن يخبروا قاضي شؤون الأسرة الذي قام بإبرام عقد الكفالة وذلك طبقا لنص المادة من" 495 "إلى" 497 "من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ملاحظة: 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 وشهادة العمل ، صورة لبطاقة التعريف للكافل وشاهدين زائد طابع صافي ، في حالة ما يكون القاصر معلوم النسب يضاف تصريح شرفي لأهل المكفول بتنازلهما عن كفالة ابنهما إلى شخص ما ،و في حالة الأشخاص القاطنين بالمهجر يتضمن الملف زيادة على الوثائق السابقة ، بحث اجتماعي قانونا من طرف مصالح القنصلية المختصة و وصل أعباء أو عقد ملكية زائد نسخة من بطاقة القنصلية . [1]

الفرع الثاني : انقضاء عقد الكفالة :

نصل في هذا المطلب الأخير من هذه الدراسة إلى عرض الصور التي تنقضي بها الكفالة .

الحالة الأولى :انقضاء عقد الكفالة بتخلف احد الشروط المنصوص عليها في المادة

"**118**" **من قانون الأسرة .**

أولا : تخلف شرط الأهلية _ نص المشرع في المادة " 118" من قانون الأسرة أن يكون الكافل كامل الأهلية وإذا أصيب هذا الكافل بعيب من عيوب الأهلية فلا كفالة لهم كالجنون والعته والسفه وذو الغفلة

. **ثانيا : تخلف شرط**

الإسلام : اشترط المشرع الجزائري أن يكون الكافل مسلما وهذا راجع لخطورة الكفالة ،إذ أن للكافل دورا كبيرا في تشكيل لشخصية للطفل المكفول لأنه من خلال تربية الكافل للمكفول يأخذ منه عادته وتقاليده [2] لهذا اشترط المشرع أن يكون الكافل مسلما ونص الدستور الجزائري أن دين الدولة الجزائرية هو الإسلام فإذا كان طالب الكفالة غير دين الإسلام فان الكفالة لا تستند إليه وان طلبه في الكفالة باطل أما إذا كان الكافل مسلما أثناء إبرامه عقد الكفالة والتكفل بشؤون القاصر المكفول ثم بتغير دينه لأي سبب من

---

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

[2] عبد القادر مدقن ، شرح وجيز لقانون الأسرة ملخص من الفقه الإسلامي .(ط: 1؛الجزائر:المطبعة العربية ،1998)،ص53/54.

الأسباب فتسقط الكفالة معه [1] إذ يقول ﷻ ﴿ **وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلا**﴾[النساء:**141**] ، وقال كذلك ﴿ **وَالَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ إِلاَّ تَفْعَلُوهُ تَكُن فِتْنَةٌ فِي الأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٍ**﴾[الأنفال: **73**]

ثالثا : تخلف شرط القدرة: لقد حمل المشرع الكافل للطفل مسؤولية التربية والعناية به والنفقة عليه باعتباره وليا فإذا حدث سبب يؤثر على القدرة والقيام بالمكفول من كل الجوانب المادية والمعنوية أو تعرض الكافل نفسه لمانع صحي مثل الإصابة بعاهة مستديمة كالعمى أو إعاقة جسدية فهو بهذه الحالة بحاجة إلى من يرعاه فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء الكفالة لأن الكفالة تهدف إلى إعالة الطفل من الجوانب .

. **الحالة الثانية : انقضاء عقد الكفالة بطلب والدي المكفول معلوم النسب** .تنص المادة "124" من قانون الأسرة " إذا طلب الأبوان أو احدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وان لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول ، من خلال المادة " 124" قانون الأسرة.أ نجد أن المشرع قد أجاز للأبوين معا أو احدهما استرجاع ولايتهما من الكافل أو من المؤسسات المختصة غير انه يجب في هذه الحالة تقديم الطلب إلى المحكمة لابتدائية المختصة التي تبت فيه إما بقبوله أو برفضه ، ويكون ذلك بموجب حكم بعد الاستماع إلى الطفل المعني إذا كان قد أدرك سن التمييز أي 13 سنة ، وإذا رفض الرجوع إلى والديه أو احدهما ، فان المحكمة تقضي بما تراه مناسبا لمصلحة الطفل ونفصل ذلك فيما يلي :

---

[1] محمد محدة ، سلسلة فقه الأسرة (ط: 3؛ الجزائر :الأطلس للنشر،1993)، ص 82/81

-**قبل بلوغ المكفول سن التمييز :** وهو الطفل الذي لم يبلغ سن 13 سنة وذلك حسب المادة"2/42" قانون المدني كما يمكن اعتباره عديم الأهلية وتكون تصرفاته باطلة سواءا كانت نافعة أو ضارة . فنجد هنا الطفل الغير المييز لا يعرف كيف يختار بين الرجوع إلى والديه أو احدهما أو البقاء مع الكافل ، فنجد أن المشرع قد قيد المسالة من خلال جعلها سلطة تقديرية للقاضي من خلال الرجوع إليه فهنا لا يسلم الطفل لوالديه أو احدهما إلا إذا إذن القاضي بذلك مع مراعاة مصلحة المكفول وذلك حسب المادة" 124" من قانون الأسرة "... مصلحة المكفول"،معنى ذلك انه على القاضي القيام باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لمعرفة أين تكمن مصلحة المكفول وذلك من خلال البحث الشامل والمكثف وهذا

هو المعيار الذي يرتكز عليه القاضي لتحديد بقاء المكفول مع كافله أو عودته لوالديه أو احدهما ، فإذا رأى القاضي في أن مصلحة المكفول تكون عند كافله أمر ببقائه عند كافله ، أما إذا رأى مصلحة المكفول عند والديه معا أو احدهما أمر برجوعه وتسليمه إليهما أو لأحدهما . **– بعد بلوغ المكفول سن التمييز:** وهو الطفل الذي بلغ من سن 13 سنة إلى 19 سنة يعتبر مميز وتكون تصرفاته دائرة بين النفع والضرر وهي قابلة للإبطال [1] . فإذا سلما الوالدين ولدهما بعقد شرعي سواءا كان محررا أمام المحكمة سواءا كانا معا أو احدهما وطلبا عودة المكفول إليهما والالتحاق بهما ، فهمنا ترك المشرع حرية الاختيار للمكفول لأنه في سن يستطيع التمييز فيه[2] فالمكفول إذا وافق على طلب الوالدين أو احدهما فان عقد الكفالة يتفسخ و ينقضي ، أما إذا رفض فانه يرجع إلى ولاية كافله .وان الشريعة الإسلامية قد أقرت هذا الموقف في حادثة الرسول ﷺ مع زيد بن الحارث وذلك بعد نزول الأية الكريمة التي حرمت التبني إذ خيره الرسول ﷺبين التحاقه بأبيه أو البقاء معه واختار البقاء مع رسول الله ﷺ نظرا لعطفه وحنانه عليه .

(1) علي سليمان ، النظرية العامة لالتزام ، مرجع سابق ، ص 55

(2) عبد القادر مدقن ، شرح وحيز لقانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 54/53

ومنه تنص المادة "125" من قانون الأسرة " التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة ، وان يكون يعلم بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة أن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية ." ومعنى ذلك إنه يمكن أن تنقضي الكفالة بإرادة الكافل وذلك في حالة ما إذا تخلى عن كفالة القاصر إذ يجب أن يتم عقد التخلي عنها أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة أو الجهة التوثيقية التي أقرت عقد الكفالة وان هذا التخلي عن الكفالة بعد علم النيابة العامة لترى رأيها في ذلك حتى تتمكن باعتبارها ممثلة المجتمع في كل المجالات من المراقبة ، كما تتابع تطور مستجدات عقد الكفالة والأسباب التي أدت بالوالدين إلى المطالبة من جديد بإرجاع المكفول لولايتهما ، وتبدي التماساتها . وعلى القاضي وهو من له الكلمة الأخيرة

في تقدير الوقائع والمعطيات بأن يقرر ، بالاعتماد على معيار الحفاظ على مصلحة المكفول. [1] **الحالة الثالثة : انقضاء عقد الكفالة بوفاة المكفول أو الكافل** .

أولا: وفاة المكفول بمجرد وفاة المكفول تنقضي الكفالة لأن الالتزام على الكافل من نفقة ورعاية وتربية لم يعد موجود لأن أحد شروط المحل أن يكون الوجود أو قابل للوجود فهذا الشرط لم يعد متوفر وموجود عند موت المكفول

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

-**الحالة الأولى :** وفاة الكافل القاصر قد تسقط عن الكافل وتنتقل إلى ورثة الكافل المتوفى إذا التزموا بالقاصر ليقوموا بشؤونه كولد مكفول وتنتقل معه جميع الالتزامات نفقة ، تربية وعانية إلى الورثة ويصبح احد الورثة هو الكفيل لكن المشرع نص على انتقالها دون إن يبين من الذي تكون له الولاية المباشرة على لمكفول بعد وفاة الكافل . لكن هذا يجعلنا دائما نرجع

---

[1] طالبة مالك ، التبني والكفالة ، مرجع سابق ، ص 51

إلى إحكام الولاية على نفس والمال ولا سيما النفس ، التي تنص على أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل محله الأم وعليه فانه إذا التزمت بها زوجة الكافل المتوفى أصبحت كفالة المولد المكفول بموجب نص المادة " 125" من قانون الأسرة ، لكن هل توجد إجراءات قانونية لانتقال هذه الكفالة إلى الكافلة الجديدة ؟ .كأن تقوم بتقديم طلب من جديد إلى القاضي أو الذهاب إلى الموثق وتحرير عقد كفالة من جديد ، إنه بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يشير إلى هذه النقطة ، إذ سكت وقال فقط تنتقل إلى الورثة إذا التزموا بها لكن عمليا نجدهم يبادروا إلى تقديم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة يحددوا فيه الكافل الجديد .

-**الحالة الثانية :** عدم التزام الورثة بكفالة القاصر الذي كان كافله مورثهم تعين على

القاضي إن سيند أمر القاصر إلى الجهة المختصة برعاية القصر سواء معنوية كالمؤسسات المختصة بهذا أو شخصا طبيعيا يتبرع بالالتزام بكفالة القاصر أن لم يكن له أبوان ويطلب احدهما أو كلاهما عودة ابنهم إلى ولايتهم [1]، كما انه إضافة إلى ذلك تنتهي حسب ما يمكن استخلاصه من أحكام الولاية ، بالحجر على الكافل وفقا لأحكام الحجر ، إذ أن أسباب الحجر هي أن يتعرض الكافل بعد إبرام عقد الكفالة وأثناء سريانها عارض من عوارض الأهلية : كالجنون ، العته ، السفه ، ولا يكون الحجر إلا بموجب حكم يثبت ذلك حسب المادتين "101 "و" 103 "من قانون الأسرة .كذلك تنتهي الكفالة بعجز الكافل ، وهنا يمكن أن نفهم العجز ، بالعجز البدني والجسمي إذ الكافل يصبح غير قادر على الحركة ، أين يصبح غير قادر على رعاية القاصر وحفظ أمواله ، ولا يمكن تصور العجز العقلي في هذه الحالة لأنه مصنف ضمن حالات الحجر . وكذلك تنتهي الكفالة بإسقاط الولاية عن الكافل ولا تكون إلا بموجب حكم قضائي إذا كان مثلا :

أ- . **ارتكب أفعال إجرامي:** والحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية مما يؤدي إلى إنصاف الكافل بسوء أخلاقه ، وهذا ما قد يؤثر سلبا على الطفل الذي في ولايته كالإدمان على المخدرات . إلى سقوط الكفالة[2].

---

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

[2] محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 458/457 .

ب. الردة : إن خروج الكافل عن الدين الإسلامي يسقط عنه كفالة الطفل لأنه لا كفالة لكافر على مسلم " لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ".

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

الحالة الرابعة : انقضاء عقد الكفالة لفسق وسوء سيرة يشترط في الكافل أن يكون مستقيم السيرة بعيدا عن الفسق والفجور فإذا ظهر الفسق من الكفيل كتعاطي المخدرات فإن الكفالة تسقط.

المطلب الثاني :.أثار عقد.الكفالة

بعد أن عرفنا كيف يتم عقد الكفالة ، والأسباب التي تؤدي إلى انقضاءه ، نصل إلى الآثار المترتبة عليه ، سواءا على الكافل أو المكفول .

الفرع الأول : أثار عقد الكفالة بالنسبة إلى الكافل

أولا : الولاية على نفس المكفول: تعرف الولاية اصطلاحا بأنها سلطة تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى من التربية والتعليم [1]، وتتجسد هذه الولاية بالنسبة للكافل على المكفول في المحافظة على نفس المكفول وصيانته هذا طبقا لنص المادة " 121 "من قانون الأسرة . وعليه فإن الولاية تنتقل من أبوي المكفول إلى الكافل إذا كان معروف النسب أو من والي المكفول وهو مدير مؤسسة حماية الطفولة إذا كان مجهول النسب .كما يمكن اعتبارها ولاية متعدية أي أنها قد تكون أصلية وهي التي تثبت ابتداء ، من غير أن تكون مستمدة من الغير أي الولاية المستمدة من الشارع كولاية الأب و الأم على الأبناء القصر ، كما جاء في المادة " 87 " فقرة " 1 " من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي : " يكون الأب وليا على أبنائه ، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا " ، وهو ما أكده اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 23-12-1997 ملف رقم 187692 الحكم بمنح الولاية لغير الأم دون إثبات [2]

---

[1] محمد مصطفى شبلي ، أحكام الأسرة في الإسلام. (ط:3؛ بيروت : الدار الجامعية) ،ص 254 .

[2] مجلة القضائية المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2006 ص 53 .

1- النفقة يجب على الكافل أن ينفق على المكفول من ماله كما ينفق الأب على ابنه الشرعي وذلك باعتبار المكفول في منزلة الابن الشرعي.

. **2- قبض المنح**

العائلية بموجب عقد الكفالة فانه يضع المكفول تحت مسؤولية الكافل في جميع جوانب حياته . وقد اشترط قانون الحالة المدنية بان تسجل الكفالة على هامش عقد ميلاد المكفول وبالتالي في الحياة الاجتماعية يعامل المكفول كالابن الشرعي للكافل . ونص قانون الأسرة على الحق في المنح العائلية والدراسية الممنوحة للمكفول بان يقبضها الكافل بعد

إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤولية ويقوم برعايته . كما نجد أن قوانين الضمان الاجتماعي تجعل المكفول ذا حقوق طبقا للمادة "67" من قانون 11/83 والمعدل والمتمم بالمادة " 30" من الأمر 17/96 هذا ما يتماشى مع قانون الأسرة .

3- التربية والعناية بالمكفول وهي أن يتحمل الكافل أو المؤسسة المعنية تنفيذ الالتزامات المتعلقة برعاية المكفول في جميع مراحل في جميع مراحل حياته والسهر على توفير الراحة و الاطمئنان وتلقينه قواعد التربية والأخلاق وتعاليم الشريعة الإسلامية حتى يتسنى له الاندماج في المجتمع ويكونوا بذلك أعضاء فاعلين متفاعلين فيه .

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

وورد لدينا "أن الكافل عليه حماية المكفول من كل اعتداء يقع عليه إذ يمثل الولي القانوني له عند الاعتداء عليه ، وهو الذي يرفع الشكاوى باسمه ويطالب بالتعويض لفائدته باعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحاكم هذه من جهة، ومن جهة أخرى فهو المسؤول القانوني أمام جميع الهيئات والأشخاص عن أفعال المكفول إذا الحق 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 لان الخطأ يتطلب

التميز الذي حدده المشرع ب 13 سنة وان تكون له ذمة مالية ن وفي حالة عدم توفر هذين الشرطين فان المكفول هو الذي يتحمل التعويض [2]، لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو أن المشرع لم يجدد مركز الكافل في المسؤولية على أساس المادة " 134" قانون المدني باعتباره صاحب الرقابة بموجب الاتفاق أي عقد الكفالة على القاصر المكفول ؟ إذ كان من الأفضل توضيح النصوص ولتحديد مركزه من الأب والأم وذلك بالإشارة إلى المسؤولية الكافل مدنيا عن الفعل الضار الذي يسببه المكفول للغير لان فكرة الرقابة القانونية أو الاتفاقية لها مفهوم واسع ، ونحن في عصر يتطلب فيه الدقة والوضوح [3]وعليه إذا اعتبرنا كل ما سبق ذكره هو ما يلتزم به الكافل في مضمون الكفالة وذلك إما بالإشارة إلى هذه الالتزامات في عقد الكفالة أو تحديدها في فصل خاص بأحكام الكفالة بدقة ، هذا إذا اعتبرنا أن الكافل ليس له نفس مركز الأب ن أما إذا اعتبرنا الكافل بنفس مركز الأب فان ذلك لا يطرح إشكالا لان الأحكام المنظمة لعلاقة الأب والأولاد منظمة بدقة في أحكام الولاية وفي حالة

---

[1] عبد الله ناصح علوان ن تربية الأولاد في الإسلام ج2 (د:ط ؛ الجزائر:دار الشهاب،1987)، ص 789

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

[3] الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة مرجع سابق ص175.

أما الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة [1]فهي جميع المنح العائلية والدراسية وعليه فانه يفترض في الكافل العامل فرضين أما أن يضع أثناء تكوين ملف العمل الذي يوضع لدى إدارة المستخدم شهادة مسجل بها إلى جانب الأبناء الشرعيين الولد المكفول مع الإشارة في نفس الشهادة بأنه مكفول .أو يضع الشهادة العائلية زائد عقد منفصلين قصد الاستفادة من المنح العائلية ، وان الأقرب إلى الصواب هو من المفروض بموجب عقد الكفالة بأمر القاضي ضابط في الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية للكافل

مع الإشارة انه مكفول وهو الشئ المعمول به لدى المغرب وغير موجود في الجزائر .وبالنتيجة فان الشهادة العائلية كان من المفروض أن يظهر فيها المكفول إلى جانب الأبناء الأصلين مع الإشارة انه مكفول . ونفس الشئ يذكر في المنح الدراسية . لكن الإشكال الذي يطرح كمايلي : هو انه في حالة وفاة القاصر المكفول يأخذ الدية ؟ أي التعويض عن الوفاة إذا تسبب فيه الغير في ذلك أم ذويه الأصلين ، وكذلك الأمر إذا كان سبب وفاة المكفول نتيجة حادث مرور تسبب في الغير هل القاضي يحكم بالتعويض إذا تقدم الكافل بموجب عقد الكفالة سواء بوجود الأبوين الحقيقيين أو بغيابهما ؟ إذا علمنا أن الكافل وضعه المشرع في مرتبة الأب فكيف يحرم من الدية أو التعويض نتيجة الوفاة بسبب حادث مرور ، رغم انه تألم كثيرا هو وزوجته نتيجة فقدانهما المكفول الذين اعتبراه ولدا لهما لا سيما الأسرة التي لا تنجب .

---

[1] الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرةمرجع سابق، ص176.

ثانيا : الولاية على مال المكفول : إذا كان بمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل [1] على نفس المكفول فان الأمر كذلك على ماله ، إذ بمقتضى أحكام الكفالة [2] حددت مضمون الكفالة فيما يتعلق بالذمة المالية للمكفول فسلطة الكافل هي إدارة مال المكفول إن وجد ، وهذا شئ 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 الرجل الحريص . وبما أن الكافل بمقتضى أحكام [3] الكفالة تخول

له الولاية القانونية فانه يتعين الرجوع إلى أحكام الولاية على مال القاصر [4]أين نجد المشرع تشدد ووضع شروطا عندما يريد الكافل التصرف في أموال المكفول إذ اشترط أن يتصرف تصرف الرجل الحريص ، والرجل الحريص هو الذي يدرس الواقعة ونتائجها المستقبلية سواء سلبية أو ايجابية ثم يوازن بين الضرر والمنفعة ، وان يستأذن كذلك القاضي في تصرفات محددة على سبيل الحصر وللقاضي السلة التقديرية في منح الإذن أو عدم منحه ن وما بقى من هذه التصرفات فان الكافل يجب أن يحترم شرط الحرص . وفي حالة عدم مراعاة هذه الشروط وثبتت تصرفات الكافل في أموال المكفول والحق به ضررا بسوء نية استغلال أمواله نتيجة قصره وعدم خبرته ، فانه يحق لكل شخص إبلاغ النيابة العامة ، وللنيابة العامة من تلقاء نفسها تحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة " 380" قانون العقوبات والمعاقبة باستغلال حاجة قاصر لم يكمل 19 سنة بالاختلاس أموال مستغلا صغر سنه أو هوى أو ميلا أو عدم الخبرة ،وقد شدد المشرع في العقوبة المقررة لاستغلال حاجة قاصر دون 16 سنة مثل

---

[1]الغوثي بن ملحة قانون الأسرة ، مرجع سابق،ص 173.

[2] المادة 122 من قانون الأسرة الجزائري .

[3] المادة 121. قانون الأسرة الجزائري.

[4] المادة 88 من. قانون الأسرة الجزائري.

ما إذا كان مختلس الالتزامات أو مختلس الإبراء أو أي تصرفا آخر ينقل ذمته المالية إذا كان القاصر موضوع تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته ن وعليه فالكافل يصنف في هذه الفئة إذ أن العقوبة في هذه الحالة هي سنة إلى 05 سنوات وغرامة من 1000 دج إلى 15000 دج .

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

- بيع العقار وقسمته ، ورهنه وإجراء المصالحة .
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة .
- استثمار أموال القاصر أو الاقتراض أو الافتراض أو المساهمة في شركة .
- إيجار عقار القاصر لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو ممتد لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد [1] .

كما أن المشرع اشترط في بيع العقار بعد الحصول على الإذن أن يكون عن طريق المزاد العلني وانه في حالة ما" إذا تعارضت مصالح الكافل ومصالح المكفول القاصر بعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءا على طلب من له المصلحة ." [2]

---

[1] طلبة مالك ،التبني والكفالة،مرجع سابق، ص 31 .

[2]عبد القادر مدقن ،شرح وجيز لقانون الأسرة،مرجع سابق ، ص 52 .

الفرع الثاني : أثار عقد الكفالة بالنسبة إلى المكفول

أولا : احتفاظ الطفل المكفول بنسبه لقد اعتبر المشرع الجزائري الادعاء ببنوة الطفل سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب جريمة لأنها تتضمن تزيف النسب ويدخل ضمن التزويج لأنه يمس بالنظام العام . تنص المادة "119" من قانون الأسرة " يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وان كان مجهول النسب تطبق عليه

المادة" 64" من قانون الحالة المدنية "وقبل صدور قانون الأسرة سنة 1984م تدخل المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي 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 أن هذا المرسوم أصبح ملغى . وعليه جاء المرسوم التنفيذي رقم 92 -24 1992 وادخل تعديلات على المرسوم المذكور أعلاه وتمثلت في تمكين المكفول من انتسابه إلى كافله ويكون بموجب عقد رسمي وحدد إجراءات استثنائية يمنح بها هذا اللقب يكون بناءا على طلب وكيل الجمهورية بعد أن يخطر وزير العدل .وقد صدر مرسوم 92-24- منح على أساس انه لا يلغي الاسم الذي اكتسبه قانونا وهذا ما حدث به المادة" 64" من الأمر 70-20 المتعلق بالحماية المدنية فهو حق استعمال . كما أن المكفول لا ينتقل لقبه إلى أولاده إذا أرادو حمل لقب الكافل لوالدهم فعليهم المطالبة بتغيير لقبهم مع اعتراض حاملي اللقب .وبعد صدور هذا المرسوم التنفيذي جاءت موجة من الاعتراضات وأساس الاعتراض هو الآيتين 4 و5 من سورة الأحزاب لقوله تعالى : ﴿ مَّا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ۝ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴾

ونظرا لكون غاية المشرع من تقرير هذا الحق هي حماية المكفول في مرحلة معينة بأنه حق استعمال فقط فهو لا يلغي الاسم الذي اكتسبه قانونا بمقتضى المادة " 64" من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية آذ يبقى هذا الاسم الأخير مقيدا في سجل الحالة المدنية ولا يستطيع نقل اسم الكفيل إلى أولاده لأنه اسم تقرر لاستعماله الشخص فقط لان المكفول ينقل إلى أولاده اسمه القانوني الذي منحه إياه ضابط الحالة المدنية [1] كما أن هذا الإجراء لا يرتب أية أثار كالنسب أو

الإرث

ثانيا : يجوز للكافل التبرع للمكفول بالوصية والهبة :أولا : الوصية : عرف المشرع الوصية في المادة "184" من قانون الأسرة على أنها " تمليك ما بعد الموت بطريق التبرع " بمعنى آن الوصي يستطيع بموجبه نقل ملكية أمواله إلى شخص أخر وهو الموصي له . كما قام المشرع بتحديد شروط الموصي من خلال المادة " 196" 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 جزء من أمواله سواءا كان عقارا أو منقولا إلى المكفول وقد أحاز القانون ذلك حسب المادة "123" من قانون الأسرة " يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله حدود الثلث ، وان أوصي أكثر من ذلك ، بطل ما زاد على الثلث ألا إذا أحازه الورثة ".من خلال المادة السابقة نلاحظ أن المشرع وضع قيد 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 إلا إذا أجاز الورثة ذلك [2] ، 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 إن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله حدود الثلث ، وان أوصي أكثر من ذلك ، بطل ما زاد

---

[1] عبد العزيز سعد ، الجرائم الوقعة على نظام الأسرة ن ص 185

[2] مقال لمحمدي زواوي فريدة – مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية من 71 المحلة القضائية عدد 2000/2

على الثلث إلا إذا أحازه الورثة ".من خلال المادة السابقة نلاحظ أن المشرع وضع قيد 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 إلا إذا أجاز الورثة ذلك

ثانيا : الهبة : الهبة حسب المادة "202" من قانون الأسرة " الهبة تمليك بلا عوض في المادة "203" من قانون الأسرة وضع شروط التي يجب أن تتوفر فيه حتى تصبح الهبة صحيحة " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل ، بالغا تسع عشرة وغير محجور عليه "فالهبة في عقد الكفالة تكون من طرف الكافل للمكفول ويجوز إن يهب المكفول كل ممتلكاته أو منها عينا أو منفعة ، أو دينا لدى الغير وذلك طبقا للمادة " 205" من قانون الأسرة ومن خلال ما سبق نلاحظ أن الهبة تختلف عن الوصية فهذا الأخير 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 الخاصية بالعقارات و الإجراءات الخاصة في المتقولات .

الخاتمة: من خلال دراستنا لموضوع الكفالة على اليتيم ومحاولة جمع أطراف الموضوع سواء من الشريعة الإسلامية الغراء –التي دعت لهذا الفضل وحثت عليه وجعلته سببا في مرافقة النبي ﷺ في الجنة –،أو في القانون الجزائري الذي أقر بهذا الحق

لمن تتوفر فيه الشروط ويريد الحصول على هذا الأجر .وصلنا إلى النتائج التالية: _ كفالة اليتيم بهذا المصطلح لم يرد تعريفه –حسب إطلاعنا– سواء في الكتب الشرعية أو القانونية وإنما ما تم تعريفه هو لفظ الكفالة،ونشير هنا إلى اهتمام المصادر والمراجع التي وقعت بين أيدينا بالكفالة على الدين وصعوبة العثور على تعريف جامع مانع للكفالة على اليتيم .

_ تم الوصول إلى التعريف التالي للكفالة على اليتيم وهو: القيام بأموره والسعي في مصالحه من طعامه وكسوته وتنمية ماله إن كان له مال ،و إن كان لامال له انفق الكافل عليه وكساه ابتغاء وجه ا ﷻ

.

_عقد الكفالة يمر بمرحلتين أساسين مرحلة تمهيدية، وأخرى قضائية،ليتم انتقال المكفول إلى الكافل فنصل بذلك إلى أن الكفالة لاتكون إلا باستلام الكفيل ورعايته في البيت لأن المغزى من الكفالة توفير الجو العائلي

البديل.

_ الكفالة على اليتيم لدى المشرع الجزائري هي نفسها على اللقيط وعلى ابن الزنا ، وعلى من تخلى عليه أهله لفاقة أو غيرها ،وبذلك المشرع الجزائري يوافق فتوى اللجنة الدائمة. كما يمكننا أن نقترح بعد الوصول إلى نهاية هذه الدراسة التي نبتغي فيها الأجر من الله وحده إلى توصيات أبرزها :

– تشجيع التزوج بمن مات عنهن أزواجهن ولهن أبناء .

– استحداث جمعيات ومؤسسات خيرية تدعمها الدولة للتكفل بالأيتام.

– صرف جزء من صندوق الزكاة إلى فئة الأيتام خاصة .

– تخصيص ميزانيات محترمة للمدارس وهيئات أولياء التلاميذ للتكفل بالأيتام المتمدرسين. – استحداث هيئات مالية لاستثمار أموال الأيتام حتى لا تأكلها الزكاة. – العناية المركزة من قبل مستشاري التربية

والتوجيه في المدارس بفئة الأيتام وما يلحق بها[12].

والحمد لله على ما منّ علينا أولا وآخرا ونسأل الله أن يجعل عملنا هذا لوجهه خالصا ولعباده نافعا وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا إلى يوم الدين.

---

[1] عبد القادر مهاوات، "اليتيم في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية بين النص والواقع" .المقام يومي 13/12أفريل 2010م، معهد العلوم الاجتماعية والإنسانية "قسم العلوم الإسلامية" ، المركز الجامعي بالوادي ، بالتعاون مع جمعية إيثار لرعاية الأيتام، بالوادي.