الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية-
كلية الحقوق و العلوم السياسية

حماية الطفل المكفول

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
شعبة: قانون الخاص
تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين:
*بوشكورة شانز
*شعبان نبراس

تحت إشراف الأستاذة:
*مقنانة مبروكة

لجنة المناقشة
*الاستاذ (ة):أيت شاوش دليلة.....رئيسة
*الاستاذ (ة): مقنانة مبروكة.....مشرفة و مقررة
*الاستاذ (ة) :سعدون كريمة.....ممتحنة

السنة الجامعية :2013 / 2014

بسم الله الرّحمن الرّحيم

"و قل ربّ زدني علما"

الآية 114 من سورة طه.

شكر و عرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

*** نرفع درجات من نشاء وفوق كل ذي علم عليم***

صدق الله العظيم

نشكر العلي العظيم على حسن عونه لنا لإنجاز هذا البحث

كما نتقدم بجزيل الشكر و العرفان مع فائق الاحترام

و التقدير إلى الأستاذة * مقنانة مبروكة*

على إشرافها و تتبعها لإنجاز هذا البحث

و ما قدمته لنا من نصائح و توجيهات قيمة

كما لا يفوتنا تقديم جزيل الشكر إلى كل الأسرة الجامعية من أساتذة و بالأخص الأستاذة سعدون

و الأستاذ لفقيري و كذا العاملين بكلية الحقوق

و إلى كل من قدم لنا يد المساعدة من قريب أو بعيد

و إلى الجامعات التي وفرت لنا المادة العلمية سطيف،

جيجل، تيزي وزو، بويرة إلى كل من جاهد من أجل رفع راية العلم

و شكرا.

بسم الله الرحمن الرحيم

"قل اعملوا فسيرى الله عملكم و رسوله و المؤمنون"

صدق الله العظيم

إلى أعظم و أحب إنسانة في الوجود، إلى منبع الحنان و المودة و رمز العطاء و التضحية
و من كانت سندا لي في كل مراحل حياتي إلى أمي حفظها الله و رعاها

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار و علمني معنى الثقة بالنفس و الصمود لكل عواقب الحياة
و رافقني في أحلى و أسعد لحظات حياتي و كان لي سندا في دراستي
إلى أبي حفظه الله و رعاه

و إلى من كانا يضيئان لي الطريق و يساندني و يتنازلان عن حقوقهما لإرضائي أخواي سفيان
يوغرطة أحبكما حبا لو مر على أرض قاحلة لتفجرت منها ينابيع المحبة

إلى أعز و أغلى ما لدي في الوجود كل أفراد عائلة شعبان كبيرهم و صغيرهم

إلى كل صديقاتي و أصدقائي أشكركم على مساندتكم و دعمكم لي

إلى من قاسمني عناء هذا العمل شانز

إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في رسم البسمة في وجوه الأطفال الأبرياء

نبراس

"اللهم إني أسألك علما نافعا و رزقا طيبا و عملا متقبلا"

إلى كل من علمني حرفا في هذه الدنيا الفانية.

إلى روح خالتي و جدي الزكية الطاهرة لا طالما وثقا بي و بقدراتي أقول يرحمكما الله.

إلى أمي الغالية التي سهرت على توفير الراحة و الدعم المعنوي أنت تاج رأسي و وسام فخري.

إلى أبي الذي لم يبخل علي بنصائحه و إرشاداته أتمنى لك و لأمي طيلة العمر أدعوا الرب أن

يحفظكما من كل سوء و مهما قلت و كتبت فهو قليل في حقكما أحبكما يا أغلى البشر.

إلى أعز و أغلى الناس إلى قلبي أخي: عماد الذي أتمنى له النجاح في دراسته

و أن يكون قدوة لأختي ميليسة التي هي روح عائلتي فأقول له أنت فخر لنا.

و إلى كل عائلة بوشكورة و سمار و خصوصا جدتي أطال الله عمرها و حفظها الله لنا.

و خالتي اللتان هما بمثابة أم لنا أقول لكما شكرا

إلى كل أفراد عائلة كشرود و بالأخص خطيبي بلال.

و إلى كل أصدقائي و صديقاتي أشكركم على دعمكم و مساعدتكم لي.

و نسأل الله أن يجعله نبراسا لكل طالب علم.

شانز

قائمة المختصرات

ج.ر.ج.ج.د.ش : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

د.ب.ن : دون بلد النشر.

د.س.ن : دون سنة النشر.

ص : الصفحة.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ع : عدد.

غ.أ.ش.م : غرفة الأحوال الشخصية و المواريث.

غ.أ.ش : غرفة الأحوال الشخصية.

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ق.م.ج : قانون المدني الجزائري.

مقدمة

خلق الله عز و جل الإنسان في أحسن صورة، و شرع كل ما يضمن له حياة كريمة هنيئة سواء من الناحية المادية أو المعنوية، و الإنسان ينشأ في هذا الوجود ضعيفا لقوله تعالى:"**و خلق الإنسان ضعيفا**"، فهو لا يقوى على الإنفراد بمواجهة الحياة إلا بعد زمن ليس بالقصير، و إذا كانت رعاية الحيوانات لصغارها قصيرة فرعاية الإنسان لأولاده طويلة تمتد إلى سنوات، و لهذا جاءت السياسات الوضعية المختلفة و الكتب السماوية المنزلة مهتمة و معتنية بشؤون الطفل فشرعت القوانين المختلفة بتنفيذ هذه السياسات، سواء ما تعلق منها بالحقوق المادية و الأدبية له، أو حمايته من الاستغلال في العمل، أو من الاعتداء عليه، و حمايته أيضا من حالات التشرد و الانحراف، و كل ما يتعلق بتصرفاته المالية، وإجمالا مسؤوليته عن كل ما يصدر عنه، و ضمان له تربية صحيحة سوية و درجة كافية من التعليم، وكله راجع إلى ما للأطفال من أهمية فهم في كل مجتمع عدّة مستقبله و نصف حاضره على الأقل.

الطفولة هي الفترة المبكرة من حياة الإنسانية التي يعتمد فيها الطفل على والده اعتمادا كليا فيما يحفظ حياته و هو ما يعد حق أصيل تتفرع عنه حقوق أخرى و هذه الحقوق تحمي الطفل إلى حين وصوله السن التي تجعله مؤهلا بدنيا و روحيا و عقليا ليتولى زمام أموره و يعرف واجباته و يقوم بدور فعّال في المجتمع الذي هو في تطور مستمر فكلما تطور هذا الأخير تطورت حقوق الطفل فيه و تكاثرت تبعا لتنوع علاقاته سواء بأبيه و أمه أو أسرته عموما كذلك علاقته بالناس الآخرين و بتنوع حقوق الطفل تتنوع وسائل حمايته.

لقد أولت كل من الشريعة و القانون أهمية بالغة لحالة الأطفال المحتاجين للرعاية و الحماية و أعطت الفرصة لذوي البر و الإحسان بأن يتكفلوا بهم كلما كانت لهم رغبة في ذلك و متى توفرت فيهم الشروط المتطلبة ليمسحوا لهؤلاء الأطفال بيدهم الرحيمة أثار البؤس و الحيرة فحتى و إن كانت الشريعة الإسلامية أغلقت باب التبني فإنها فتحت أبواب أخرى تضمن حماية أكثر لهؤلاء الأطفال عن طريق نظام الكفالة كبديل ملائم للتبني و ذلك بسبب ما يطرحه من سلبيات و إشكالات في المجتمع العربي و الإسلامي، و بالتالي الكفالة تكون حل قانوني لتلك المشاكل.

تقوم الكفالة على ضم طفل إلى أسرة تسمى هذه الأخيرة بالأسرة الكافلة، مع معاملته معاملة الابن الشرعي، أو ضمه إلى مؤسسات مختصة برعاية و كفالة الأطفال، و مهما كانت الجهة المتكلفة بهذا الطفل فإن الكفالة تلعب الدور الفعال في ضمان وضعية اجتماعية و حياة أفضل للطفل، و التي لطالما كان محروما منها، و الطفل المكفول إما أن يكون معلوم النسب عجزا أبواه على رعايته و تربيته نظرا

لظروفهم المادية التي أجبرتهم على التنازل عن حقهم في الولاية و انتقالها إلى الشخص الكافل، أو يكون مجهول النسب لا يعرف والديه أو أحدهما لتخليهما عنه.

نظرا لأهمية الكفالة كنظام شرع لحماية الطفل بالدرجة الأولى ارتأينا أن تكون كفالة القاصر موضوعا لبحثنا و لهذا يتبادر إلى ذهننا التساؤل التالي:

ما هو النظام القانوني للكفالة؟ و ما هي الحقوق التي يكفلها للطفل المكفول؟

و على الرغم من أن هذا الموضوع ليس شائعا في مجال الدراسات القانونية، و لم يأخذ الاهتمام الكافي الذي يستحقه، إلا أننا حاولنا قدر المستطاع و في حدود الإمكانيات المتوفرة الإلمام بجميع جوانب الموضوع متبعين في ذلك منهجية لا تخرج عن الإطار العام الذي تدرس فيه مادة القانون و هو المنهج التحليلي و المنهج المقارن.

و للإجابة عن الإشكالية المطروحة في هذا البحث تناولنا الموضوع في فصلين و كل فصل تم تقسيمه إلى مبحثين، فالفصل الأول يتعلق بمفهوم الكفالة كمبحث أول، شروط الكفالة و إجراءاتها و انقضائها كمبحث ثاني، أما الفصل الثاني سنقوم بدراسة الحقوق المعنوية للطفل المكفول كمبحث أول، و الحقوق المالية للطفل المكفول كمبحث ثاني.

الفصل الأول
ماهية الكفالة

أولى الفقه و القضاء و التشريع عناية و أهمية كبرى للطفل و أجمع كلهم على اعتبار مصلحة الطفل و العمل بها من أولويات المجتمع، وكلما تقدم هذا الأخير في مضمار الحضارة كلما زاد اهتمامه بالطفل، فلذلك يكون بحاجة إلى من يقوم بأمر و رعاية مصالحه و شؤونه من تربية و تعليم و إنفاق، و غير ذلك مما يحتاجه الطفل و لذلك حضي حماية قانونية هائلة، إذ قررت له مختلف التشريعات أحكام و أنظمة خاصة به تكفل له حقوقه و من بين هذه الأنظمة الكفالة التي جاءت حماية و تحقيقا لمصلحة الطفل أو القاصر بالدرجة الأولى.

و عليه فإن أحكام الكفالة تعد من بين مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة كما أنها واجب ديني، وتبنت هذا النظام مختلف البلدان الإسلامية و نصت عليه قوانينها الداخلية.

المبحث الأول

مفهوم الكفالة

الكفالة هي الإطار الإسلامي لوضع الطفل مع أسرة قد تربطه بها صلة القرابة أو لا، و في معظم الدول العربية يستخدم لفظ "**الكفالة**" لوصف هذه العملية، و في الأردن يعمل بنظام الاحتضان كبديل للتبني حيث يقوم على كفالة أسرة لطفل دون أن يحمل اسمها[1]، أما في الشريعة الإسلامية يعبر عنها أحيانا بالضم.

لكن مهما اختلفت الألفاظ و المصطلحات و التسميات إلا أنه يبقى الهدف واحد و هو رعاية و حماية القاصر.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري تطرق إلى الكفالة في المواد 116 إلى 125 من قانون الأسرة الجزائري[2].

المطلب الأول

تعريف الكفالة و خصائصها

سنتعرض في هذا المطلب إلى تعريف الكفالة بمختلف مقاصدها و كذا أهم الخصائص المتعلقة بها.

الفرع الأول

تعريف الكفالة

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الكفالة لغة، اصطلاحا ثم أخيرا تعريفها قانونا.

أولا: الكفالة لغة

الكفالة من: فعل كفل بفتح حروفه الثلاثة وهو فعل ثلاثي، يكفل، كفالة ، إذا الكافل هو القائم بأمر اليتيم و المربي له[3].

---

[1] لمياء بلبل، "واقع الرعاية البديلة في العالم العربي"، أفريل 2008

www.megdaf org/ userfiles/file/lamea%balbal.doc

[2] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج.ج.د.ع 31 المؤرخة في ع 31 جويلية 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

[3] مالك طلبة،التبني و الكفالة، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة الرابعة عشر، 2003-2004، ص 18.

الكفالة هي الضم و منه قول الله عز و جل: "**و كفلها زكريّا**"[1] أي ضمها إلى نفسه و قوله عليه الصلاة و السلام "**أنا و كافل اليتيم في الجنة هكذا**".

ثانيا: الكفالة اصطلاحا

الكفالة عبارة عن التزام تبرعي أي تطوعي اتجاه طفل قاصر قد يكون معلوم أو مجهول النسب و ذلك بالقيام برعايته و تربيته و حمايته و الإنفاق عليه و معاملته كالابن الصلبي.

قال الإمام الماوردي أن الكفالة هي " ضم الأولاد إلى من لهم الولاية على النفس".

كما عرفها بعض الفقهاء المعاصرين، و من بينهم الدكتور يوسف القرضاوي حيث يرى أن الكفالة هي: "أن يضم الرجل إليه طفلا يتيما أو لقيطا و يجعله كابنه من صلبه، دون أن ينسبه إلى نفسه"[2].

ثالثا: التعريف القانوني

الكفالة في القانون المدني:

تناول المشرع الجزائري عقد الكفالة في القانون المدني من المادة 644 إلى المادة 673 بحيث تنص المادة 644 من القانون المدني على أن: " **الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه**"[3].

و الكفالة بهذا المفهوم تتطلب شروط محددة في القانون لانعقادها فهي عبارة عن عقد من خلاله يكفل شخص ما تنفيذ التزام قائم على عاتق شخص معين أو محتمل القيام به مستقبلا إذ يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام مستقبلا إذا لم يف به المدين نفسه عند حلول الأجل.

و هذا التعريف لا يخص بحثنا، إلا أننا تطرقنا إليه للتفرقة بين عقد الكفالة في القانون المدني و قانون الأسرة.

---

[1] سورة آل عمران، الآية 37.

[2] عبد الكريم زيدان، المفصل في احتتام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، الجزء العاشر، لبنان، 1994، ص 84.

[3] القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع 44 الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005 المعدل و المتمم.

الكفالة في قانون الأسرة:

نص المشرع الجزائري على الكفالة في الفصل السابع من قانون الأسرة وخصها بعشرة مواد من المادة 116 إلى المادة 125 حيث عرفها في المادة 116 كما يلي"**هي التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي**"[1].

يفهم من نص هذه المادة أن الكفالة هي عبارة عن التزام تطوعي للتكفل بطفل قاصر و رعايته و تربيته و حمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه الصلبي.

أما في المغرب يختص القانون رقم 01-15 بكفالة الأطفال المهملين حيث عرف الكفالة في المادة الثانية بأنها: "**كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون، هي الالتزام برعاية طفل مهمل و تربيته و حمايته و النفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده و لا يترتب عن الكفالة حق في النسب و لا في الإرث**"[2]

و حسب هذا التعريف الكفالة هي التزام قانوني إرادي يشمل الجوانب المادية و المعنوية المتعلقة بالطفل المكفول.

كما عرفها القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين في مادته السابعة بأنها: "**الكفالة عقد يقوم بمقتضاه شخص طبيعي يتمتع بحقوقه المدنية أو شخص اعتباري كهيئة بر بإعالة القاصر و رعايته و الإنفاق عليه**"[3].

و تنص المادة 32 من قانون الطفل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2004 على أن: "**للطفل المحروم من بيئته العائلية الطبيعية بصفة دائمة أو مؤقتة الحق في الرعاية البديلة من خلال الأسرة الحاضنة (البديلة) التي تتولى كفالته و رعايته.**

مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة إذا لم تتوفر الأسرة الحاضنة"[4].

ما يلاحظ على هذه التعاريف بأن كل واحد منها ركز على جانب من جوانب كفالة القاصر فمنها من أشار إلى طبيعة كفالة القاصر من حيث اعتبارها التزام تطوعي أو تبرعي و منها من ركز على الجهة القائمة بها.

---

[1] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] شريف ظهير رقم 1.02.172 الصادر في فاتح ربيع الأخير 1423(13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 01-05 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

[3] القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين، معتمد لدى المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استشاري بالقرار رقم 32. ج 24. 2002/03/04.

[4] قانون الطفل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2004.

الفرع الثاني

خصائص الكفالة

إن الكفالة تتميز بعدة خصائص تميزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها: كالحضانة و التبني، فالكفالة يمكن إجمالها فيما يلي:

أولا: الكفالة عقد

يعرف العقد بأنه اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها، و المشرع الجزائري اعترف صراحة أن الكفالة ذات طابع عقدي من خلال نص المادة 116 من ق.أ.ج "...**وتتم بعقد شرعي**"[1] و كذلك من خلال نص المادة 117 التي حددت جهتين مخولتين بإسناد الكفالة إحداهما هو الموثق و ذلك عن طريق عقد الكفالة، و بما أن الكفالة عقد فهي تخضع للنظرية العامة للالتزام.

ثانيا: الكفالة عقد تبرعي

يقصد بالعقد التبرعي ذلك العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطيه مع انصراف النية لذلك[2]، وهذا ما ينطبق على عقد الكفالة إذ الكافل يتولى أمور المكفول من إنفاق و تربية و تعليم...الخ دون أن يكون هنالك مقابل و إنما يقوم به على وجه التبرع.

ثالثا: الكفالة عقد مؤقت

الكفالة ليست دائمة بل تنتهي لعدة أسباب منها: وفاة الكافل أو تخليه عن الكفالة، أو مطالبة الوالدين الأصليين بعودة الولد المكفول إلى ولايتهما و قد تنتهي بالحجر على الكافل لأي سبب من أسباب الحجر، أو لإصابته بأي عجز بدني يجعله غير قادر على رعاية القاصر و متابعة شؤونه، كما يمكن أن تنتهي بإسقاطها عن الكافل بموجب حكم قضائي إذا ما أخل بالتزامه التي تعهد بها، أو أساء إلى المكفول بشكل أو بآخر أو قد تتعارض مصالح الكافل مع مصالح الطفل المكفول.

---

[1] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت(الوصية- البيع- الكفالة- الهبة- الوقف- الطلاق- الخلع- الإقرار- الإبراء)، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 130.

المطلب الثاني

أركان الكفالة

باعتبار أن الكفالة عقد كان لابد من توفر شروط لتكوينها و لا يقوم عقد الكفالة بدونها و تتمثل في التراضي، المحل و السبب و يضاف إلى هذه الأركان ركن الشكلية في العقود.

الفرع الأول

الرضا

العقد هو تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين و منه تعد الإرادة عنصر جوهري في العقد الذي يتم عن طريق تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين بصدور إيجاب و قبول من المتعاقدين[1].

و هذا ما نصت عليه المادة 59 ق. م.ج[2] و التي نستخلص منها أنه لابد من وجود إرادتين متطابقتين معبر عنهما و يتجه كلا الطرفين إلى إحداث نفس الآثار القانونية.

و غالبا ما تصدر هاتان الإرادتين بالتعاقب إذ تصدر الإرادة بالإيجاب من أحد الطرفين بأن يعرض على الطرف الثاني أن يتعاقد معه و أن تليها إرادة ثانية مطابقة لها بالقبول و يشترط أن يكون التراضي صحيحا بأن تكون كل من الإرادتين متوافقتين صادرتين عن ذي أهلية و خالية من عيوب الرضا(الإكراه، الغلط ، التدليس).

أما أهلية التعاقد فنقصد بها قدرة الفرد على القيام بتصرفات قانونية صحيحة[3] بوعيه و تمييزه بين الأمور المختلفة حيث نصت المادة 78 من ق.م.ج على أن: " **كل شخص آهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون**"[4].

معنى ذلك أن الشخص يكون عديم الأهلية إذا انعدمت لديه الإرادة غير المدركة كالصبي غير المميز، المجنون و المعتوه فمثل هؤلاء لا يمكن أن تنسب إليهم إرادة يعتد بها القانون.

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دون ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 93 .

[2] تنص المادة 59 من ق.م.ج على أنه: " **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية**".

[3] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 41.

[4] القانون رقم 75-58، المرجع السابق.

نظرا لطبيعة عقد الكفالة أين نجد الطفل المكفول ناقص الأهلية لا بد أن يحل محله نائب قانوني أو قضائي إذ نجد أن عقد الكفالة يبرم بين الكافل و والدي المكفول إن وجدا أو من ينوب عنهما إن لم يكونا موجودين أو كان مجهولين.

الفرع الثاني

المحل

المحل ركن في الالتزام كما هو في العقد و محل الالتزام هو ما يلتزم به المدين فقد يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أما محل العقد فهو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها[1].

و المحل في عقد الكفالة هي العملية القانونية المبتغى تحقيقها و هي القيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية، و لتحقيق هذه العملية القانونية تنشا جملة من الالتزامات ولذلك فإن محل العقد يتحدد بمحل الالتزامات الرئيسية التي تتحقق بها العملية القانونية المقصودة.

و فيما يخص شروط محل عقد الكفالة فيجب أن يكون المحل موجودا و أن يكون معينا أو قابلا للتعيين[2]، فلا يعقل إبرام عقد الكفالة دون بيان الطفل المعني بها كما يجب أن يكون محل عقد الكفالة مشروع و هذا الشرط ظاهريا بالنسبة لهذا النوع من العقود فهو محقق كون محل عقد الكفالة هو القيام بولد قاصر، فهو بمثابة عمل خيري أو تبرعي فكيف يكون غير مشروع؟

الفرع الثالث

السبب

تعتبر نظرية السبب من أعقد النظريات و أكثرها غموضا و من أجل إيضاح فكرة السبب يجب التمييز بين سبب الالتزام و سبب العقد.

سبب الالتزام هو الغرض المجرد المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، و هو ما يسمى بالسبب القصدي[3]، و السبب بهذا المعنى لا يتغير من عقد إلى عقد بل هو واحد في كل نوع من أنواع العقود بمعنى أن لكل طائفة معينة من العقود سببا معينا تقوم عليه.

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 203.

[2] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 223.

[3] علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 247.

أما سبب العقد فهو الدافع أو الباعث إلى التعاقد أي الباعث الرئيسي الذي جعل المتعاقد يقدم على إبرام التصرف و هو أمر شخصي يختلف من متعاقد لآخر[1]، و هذا نراه جليا في عقد الكفالة حيث أن سبب الكفالة يختلف من حالة إلى أخرى، فقد تكون حاجة الطفل إلى من يرعاه و يتكفل بشؤونه هي التي تدفع بالكافل إلى طلب الكفالة، و قد يكون السبب رغبة الكافل في التبرع و القيام بعمل خيري، كما قد يكون السبب حب الأولاد مع عدم القدرة على الإنجاب التي تدفع بالكافل إلى التكفل بولد قاصر ليكون له بمثابة ابنه الشرعي.

الفرع الرابع
الشكلية

إضافة إلى أركان العقد المتمثلة في: الرضا، المحل و السبب فلا بد من إفراغ هذا العقد في قالب شكلي و إن كان الأصل في العقود الرضائية أي بمجرد تطابق الإيجاب و القبول و هذا ما ورد في القانون المدني الجزائري في المادة 59 التي تنص: "**يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية** "[2].

و اشتراط الشكلية في العقود تكون لسببين:

- كونها ركنا في العقد بحيث أن انعدامها يعرض العقد للبطلان، كعقد البيع.
- أو قد تكون شرط إثبات فقط، وذلك عند النزاع [3].

و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على وجوب الشكلية في عقد الكفالة و يتضح ذلك في المادة 116 من ق.أ.ج "...**و يتم بعقد شرعي** "[4]، و إنما نفهم من هذا المصطلح " شرعي" أن المشرع أراد إضفاء الشرعية الدينية – يكون حسب شرع الله– على الكفالة.

فإثبات الكفالة لا يجوز إلا بالكتابة و بالتالي فكل اتفاق على خلاف ذلك فهو باطل [5].

---

[1] علي فيلالي، نفس المرجع، ص 255.

[2] القانون رقم 75–58، المرجع السابق.

[3] لينة أنارس، كريمة علام، الكفالة –دراسة مقارنة – (التشريع الجزائري مع بعض التشريعات العربية)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة–بجاية– 2013، ص 20.

[4] القانون رقم 84–11، المرجع السابق.

[5] لينة أنارس، كريمة علام، المرجع السابق، ص 21.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للكفالة و تمييزها عن بعض الأنظمة

بعد أن تطرقنا و بينّا تعريف الكفالة، خصائصها و أركانها سننتقل إلى دراسة طبيعتها القانونية و كذا تمييزها عن الأنظمة المشابهة لها ألا و هي: التبني و الحضانة.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للكفالة

أولا:الكفالة نظام قانوني

الكفالة نظام قانوني محدد في قانون الأسرة بموجب نصوص قانونية صريحة و على كل شخص احترام أحكامه لكونه متعلق بالنظام العام، فالكفالة تجرد أطرافها من مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد فهذه الحرية محدودة، و إن كان للكافل الحق في الرجوع عن الكفالة فإنه للنيابة العامة طلب إسقاطها مراعاة لمصلحة الطفل إذا تبين أن الكافل ليس أهل لرعاية المكفول[1].

ثانيا:الكفالة عقد

إذا فالكفالة هي أقرب منه من العقد، وهذا ما هو موجود في تشريع المملكة المغربية إذ أن إجراءات الكفالة هناك جد صارمة و محددة في التشريع لذلك أوكلت هذه المهمة للقاضي المكلف بشؤون القصر حيث يقوم ببحث معمق حول شخصية و ظروف طالب الكفالة من حيث السلوك الشخصي، ظروفه المعيشية و عند موافقة القاضي على الكفالة فله حق تتبع تنفيذها فعليا رعاية لمصلحة الطفل و يراقب شؤون الطفل و مدى وفاء الكافل بالتزاماته، و في حالة إخلال طالب الكفالة أي الكافل بالتزامه كان للقاضي الحق في إلغاء الكفالة و ذلك مراعاة لمصلحة القاصر إذا كان تقرير البحث بعد إسناد الكفالة سلبي[2]، و هذه الآلية غير موجودة في الجزائر بتخصيص أو إعطاء هذه المهمة لقاضي مختص بشؤون الأحداث لأن المشرع الجزائري اعتبر هذه المسالة مدنية بحتة في حين المشرع المغربي وسع في اختصاص هذا القاضي.

و الدليل على هذا المادة 116 التي تنص على: "...**تتم بعقد شرعي**" إضافة إلى المادة 117 من نفس القانون التي تنص على مايلي:" **يجب أن تتم الكفالة أمام المحكمة، أو الموثق...**"[3].

---

[1] نعيمة شعلال، صبرينة بليل، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2012-2013، ص 14.

[2] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 15.

[3] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

الفرع الثاني
تمييز الكفالة عن غيرها من الأنظمة

من خلال تعريف الكفالة يتضح لنا بأن معناها لا يختلف كثيرا عن المفاهيم الأخرى كالتبني و الحضانة، و يتضح ذلك من خلال التوافق الواضح و المنبعث من وحدة الهدف، حيث أن كل من الحضانة و التبني و الكفالة إنما شرعت لتحقيق غاية واحدة هي حماية القاصر و تربيته و لكن رغم هذا التشابه الموجود بينهم إلا أن الكفالة تختلف عن النظامين اختلافا كبيرا.

أولا: تمييز الكفالة عن نظام التبني

هناك من لا يفرق بين الكفالة و التبني لأن في كليهما يعمد الكافل المتبني إلى ضم طفل إلى أسرته، فيعامله معاملة الولد من الصلب.

تعريف التبني:

يقصد بالتبني أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف أو المجهول نسبه ابنا له[1].

و كان محمد صلى الله عليه و سلم قبل البعثة قد تبنى زيد بن الحارثة و أضفى عليه أبوته حيث قال بن عمر رضي الله عنهما: " **ما كنا ندعوا زيد بن الحارثة إلا زيد بن محمد**"[2].

لقد حرم الإسلام التبني و ألغى أثاره و ذلك بقوله سبحانه و تعالى: "...**و ما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم و الله يقول الحق و هو يهدي السبيل، أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين و مواليكم**"[3].

و لقد ورد تحريم التبني أيضا في أحاديث الرسول صلى الله عليه و سلم و من ذلك قوله عليه الصلاة و السلام:"**من ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير موالية فعليه لعنة الله و الملائكة و الناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة عدلا و لا صرفا**"[4].

و عليه فإن الحق يقضي نسبة الابن إلى أبيه الحقيقي لذلك فإن المشرع الجزائري منع التبني و ذلك من خلال المادة 46 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: " **يمنع التبني شرعا و قانونا** "[5].

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 200.

[2] نقلا عن ماهر أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 78.

[3] سورة الأحزاب، الآية 4 و 5.

[4] نقلا عن ماهر أبو خوات، المرجع السابق، ص 79.

[5] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

معظم الدول الإسلامية سارت على هذا النحو حيث حرمت التبني إلا أن المشرع التونسي خرج عن هذه القاعدة و خالف أحكام الشريعة الإسلامية حيث اعترف بنظام التبني بقانون الكفالة و التبني و الولاية الصادر في 4 مارس 1958 و من أهم الأحكام الصادرة في التبني "**يجوز للتونسي أن يتبنى أجنبيا...**"[1].

من القوانين التي تقر نظام التبني كذلك القانون البولوني و قد وردت أحكام التبني في المواد من 114 إلى 127 و كذلك القانون الفرنسي حيث جاءت أحكام التبني في المواد 343 إلى 367 و قد أدخلت عدة تعديلات على هذه المواد[2].

التمييز بين التبني و الكفالة:

يتضح مما سبق أن التبني يشترك مع الكفالة في كون أن كلاهما ينصبان على القاصر دون سواه، ويهدفان إلى حمايته و رعايته و يضعان الولد المكفول أو المتبنى في نفس مرتبة الابن الشرعي [3].

إلا أن هذا الاتفاق و التشابه الموجود بين النظامين لا ينفي الفرق الموجود بينهما أما من الناحية القانونية الفرق بين الكفالة و التبني يختلف من دولة إلى أخرى حسب النظام القانوني المتبع في تشريعها الداخلي، فمثلا الجزائر لا تسمح بنظام التبني عكس تونس فنظامها القانوني المتعلق بالأحوال الشخصية يسمح بكلا النظامين الكفالة و التبني و نظرا لأن التبني ممنوع في القانون الجزائري[4] فأحكام الكفالة في التشريع الجزائري لا يختلف في جوهرها عما هو موجود في التشريع التونسي و أخذنا هذا الأخير كأساس للتفرقة بين النظامين.

التمييز من حيث الشروط و الإجراءات:

نص الفصل الثالث من القانون رقم 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العامة و الكفالة و التبني، على أن الكفالة "**هي عقد يقوم بمقتضاه شخص راشد متمتع بكامل حقوقه المدنية، أو هيئة بكفالة طفل قاصر**"[5] في حين أن التبني كان أكثر دقة، إذ يقتضي الفصل التاسع من نفس القانون على أنه ينبغي أن يكون المتبني شخصا راشدا ذكرا أم أنثى متزوجا و متمتع بحقوقه المدنية

---

[1] محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 60.

[2] محمد صبحي نجم، المرجع نفسه، ص ص 62- 63.

[3] نعيمة شعلال، صبرينة بليل، المرجع السابق، ص 19.

[4] العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص201.

[5] القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958، المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة و التبني.

و ذا أخلاق حميدة ، سليم العقل و الجسم ، و قادرا على القيام بشؤون القاصر المتبنى و هو الشيء غير المشترط في الكفالة لاسيما الزواج[1].

كما أضاف المشرع التونسي أن يكون فارق السن بين طالب التبني و المتبنى 15 سنة على الأقل[2].

و نفس القانون السابق الذكر يؤكد على أن عقد الكفالة يبرم لدى عدلين بين الكافل و بين أبوي المكفول أو أحدهما إذا كان الأخر ميتا أو مجهولا و عند الاقتضاء الولي العمومي أو من يمثله، و يصادق الحاكم على عقد الكفالة في حين أن الشروط و إجراءات التبني الواردة في القانون نفسه كانت أكثر دقة و فرضت أكبر صرامة في الرقابة على التبني من طرف الجهات القضائية إذ يجب أن يتم عقد التبني بحكم يصدره حاكم الناحية بمكتبه، كما أنه يصدر حكم التبني بعد التحقيق من توفر الشروط القانونية و بإمضاء الحاضرين، و يكون هذا الحكم نهائي[3].

التمييز من حيث الآثار و الانقضاء:

إن التبني يؤثر في النسب إذ يحدث نسبا جديدا اعتباريا هو النسب بالتبني، فيلحق الولد المتبنى بنسب متبنيه هذا من جهة، و من جهة أخرى يؤثر على الميراث بسبب النسب الاعتباري إذ يصبح المتبنى وارثا للمتبني و هذا عكس الكفالة فهي لا تمنح للمكفول حقا في النسب و لا في الإرث بل أجاز للكافل أن يوصي للمكفول من ماله في حدود الثلث و ما زاد عن الثلث فهو باطل إلا إذا أجازه الورثة و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 123 من ق.أ.ج "**يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة**"[4].

فيما يخص الانقضاء نص عليه المشرع التونسي في القانون السابق الذكر على أنه تنتهي الكفالة ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني كما يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من الكافل أو أولياء المكفول أو بناءا على طلب النيابة العامة فسخ عقد الكفالة مراعاة لمصلحة الطفل في حين ينتهي التبني بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بنزع القاصر من المتبني و إسناده لشخص أخر.

إذن الفرق هنا واضح كون الكفالة تنتهي بطريقة آلية ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني أو عن طريق القضاء، أما التبني فينتهي بموجب حكم قضائي فقط مراعاة لمصلحة الطفل.

---

[1] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 05.

[2] محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 63.

[3] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 20.

[4] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

و الحكمة من تحريم التبني أنه يترتب عنه حرمان أصحاب الحقوق من الورثة الذين فرض الله لهم ميراثا مفروضا حدده لهم، و بينه في كتابه الكريم [1] و التبني فيه إدخال لشخص غير وارث على الورثة، فيحرمهم أو ينقصهم من إستحقاقهم الذي فرض الله لهم.

ثانيا: تمييز الكفالة عن الحضانة

لتمييز الكفالة عن الحضانة لابد من التطرق لمفهوم الحضانة و الأحكام المتعلقة بها لتسهيل استخلاص الفرق الموجود بينهما.

مفهوم الحضانة:

حرص الإسلام على أن تبنى الأسرة على أساس قويم لتكوين الحصن المناسب لنشأة الطفل بين أبوين تسود بينهما أواصر المحبة و الرحمة و المودة، و الحضانة ثابتة في الكتاب و السنة و بإجماع الفقهاء[2].

و ذلك يظهر في قوله عز و جل: " **و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين**"[3] و هذا دليل على حقه في الرضاع و هي من فترة الحضانة، و من السنة المشرفة ما روى أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء و حجري له حواء، و ثدي له سقاء، و إن أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني[4]، فقال رسول الله (ص): " **أنت أحق به ما لم تنكحي**" رواه أحمد، و أبو داود و صححه الحاكم.

تعريف الحضانة:

توجد عدة تعريفات للحضانة و منها:

- **التعريف اللغوي**: الحضانة من الحضن، و هو ما دون الإبط إلى الكشح و حضنا الشيء جانباه و حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه[5] أي ضم الولد و تربيته.

---

[1] صلاح عبد الغنى محمد، وسائل الإسلام في المحافظة على الحياة الزوجية، الجزء الثالث، مكتبة الدار العربية للكتاب، د.ب.ن، د.س.ن، ص 148.

[2] هدى محمود الناشف، الأسرة و تربية الطفل، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، الأردن،د.س.ن، ص 42.

[3] سورة البقرة، الآية 233.

[4] نقلا عن رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 394.

[5] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص140.

- **التعريف الاصطلاحي:** الحضانة هي تربية الطفل و القيام بتدبير شؤونه و العمل على مصلحته و استقامة أمره في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعا[1].
- **التعريف الشرعي:** الحضانة هي تربية الولد و رعاية شؤونه لمن له حق الحضانة حتى يبلغ سنا معينة[2].
- **التعريف القانوني:** و بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 62 من قانون الأسرة قد عرف المشرع الجزائري الحضانة على أنها: " **هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا**"[3].

إذا كانت الزوجية قائمة بين الأب و الأم فإنها تمسكه في مكان الزوجية، إذا كانت معتدة من طلاق بائن أو رجعي، و ذلك لأن المرأة تعتبر ناشزة إن تركت بيت الزوجية في هذه الأحوال، و لذلك إذا خرجت من المسكن في هذه الحال و معها ولدها، أو لم يكن معها ولدها فله أن يعيدها إلى مسكن الزوجية إذ له عليها حق الطاعة إن كانت زوجة و له عليها حق الإقامة في المسكن إن كانت معتدة[4].
و أجرة الحاضنة كأجرة المرضعة و لا تستحقها الزوجة حال قيام الزوجية باعتبار أن لها حق النفقة الزوجية، أما إذا كانت غير الزوجة فتستحق أجرة الحضانة كاملة و هي أيضا نفقة الصغير كأجرة رضاعة و تكون دينا صحيحا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء[5].
كما يتضح من نص المادة 65 من ق.أ.ج[6] أن مدة الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج القانوني (19 سنة)، غير أنه يمكن للقاضي أن يقضي بتمديد المدة للذكر من عشرة سنوات إلى ستة عشر سنة (16 سنة) و ذلك بناءا على طلب الحاضن نفسها شرط ألا تتزوج ثانية مع رجل آخر ليس ذي محرم للمحضون مع مراعاة مصلحة المحضون في الرعاية و التربية و الحماية.

---

(1) هدى محمود الناشف، المرجع السابق، ص 42.

(2) محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 147.

(3) القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

(4) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، مصر، 1950، ص ص 411-412.

(5) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر، الطبعة الثانية، الكويت، 1990، ص197.

(6) المادة 65 من ق.أ.ج تنص على أنه: "**تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.**
على أن يراعى في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون".

أما القانون العراقي فإنه بقي متميزا عن غيره من القوانين الأخرى حيث لم يعين سنا محددة لانتهاء الحضانة[1]، كما في القانون الجزائري و إنما ترك الأمر مفتوحا أمام القاضي، و خوله الحكم في كل قضية بما يراه صالحا و مناسبا لمصلحة المحضون.

التمييز بين الكفالة و الحضانة:

الكفالة و الحضانة نظامين مقننان في قانون الأسرة و يتفقان في نقاط متعددة منها وحدة الهدف لأن كلاهما لم يشرعا إلا لأجل توفير حماية أكثر فعالية للقاصر، فكليهما يعملان على تعويض النقص الذي يعاني منه الطفل في حياته الأسرية إلا أن هذا لا يعني عدم وجود اختلاف بين هذين النظامين.

التمييز من حيث الشروط و الإجراءات:

يشترط في الحضانة أن تكون صلة قرابة بين الحاضن و المحضون و هذا ما يتبين في المادة 64 من ق.أ.ج التي رتب فيها المشرع أصحاب الحق في الحضانة، و هذا ما لا نجده في الكفالة حيث يكون الكافل إما من أقرباء المكفول و إما شخص أجنبي عنه لا تربطه صلة قرابة.

أما فيما يخص الإجراءات فإن الكفالة يمكن أن تسند للكافل بموجب أمر قضائي أو بموجب عقد يبرم لدى الموثق و هذا ما نستنتجه من نص المادة 117 من ق.أ.ج :"**يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو الموثق...**"[2].

التمييز من حيث الآثار و الانقضاء:

الكفالة ترتب على الكافل القيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية على وجه التبرع كقيام الأب بابنه، بينما الحضانة تلزم الحاضن بالتربية و الرعاية و الحماية دون النفقة إن كانت الحاضنة غير الزوجة لأن نفقة المحضون تكون على والده و هذا على عكس الكفالة.

الكفالة تنتهي بوفاة الكافل أو تخليه عن الكفالة أو بطلب من الأبوان أو أحدهما و في هذه الحالة يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز و إن لم يكن مميز لا يسلم إلا بإذن من القاضي و هذا ما نصت عليه المواد 124 و 125 من ق.أ، بينما في الحضانة لا وجود و لا مجال للأخذ برأي الطفل و تخييره، كما أن المشرع لم يحدد مدة الكفالة صراحة بينما في الحضانة حدد مدتها بدقة و ذلك في نص المادة 65 من ق.أ.ج السالفة الذكر.

---

[1] صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون، الشركة المتحدة للتوزيع، لبنان، 1976، ص 251.

[2] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

المبحث الثاني

شروط الكفالة و إجراءاتها و انقضائها

في هذا المبحث سنتناول شروط الكفالة كمطلب أول و بعد ذلك ننتقل لدراسة إجراءات الكفالة بمعنى كيف تسند هذه الكفالة و ما هي الإجراءات التي يجب إتباعها؟ كمطلب ثاني و أخيرا انقضاء الكفالة كمطلب ثالث.

المطلب الأول

شروط الكفالة

حدد المشرع الجزائري شروطا عامة في المادتين 118 و 119 من قانون الأسرة و يجب على الجهة المكلفة بإبرام عقد الكفالة أن تتحقق من توافرها، فعلى قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة أو الموثق أن يقوم بإجراء تحقيق، فيراقب ما إذا توفرت هذه الشروط أم لا فإذا اتضح للقاضي أو الموثق عدم توفرها رفض الطلب أما إذا توفرت هذه الشروط أسندت الكفالة لطالبها.

الفرع الأول

شروط الكافل

اختلفت التشريعات حول تنظيم شروط الكفالة المتعلقة بالشخص الكافل فهناك من قسمها إلى شروط تتعلق بالكافل كشخص طبيعي و شروط تتعلق بالكافل كشخص معنوي، و هذا ما ذهب إليه المشرع المغربي و القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين.

أولا: شروط الكافل كشخص طبيعي

نصت المادة 118 من قانون الأسرة على أنه :"**يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا آهلا للقيام بشؤون المكفول و قادرا على رعايته** "[1] نستنتج من خلال هذه المادة أن شروط الكافل هي: الإسلام، العقل، أهلية القيام بشؤون المكفول و القدرة البدنية و المادية على رعايته.

1/ شرط الإسلام:

أوجب المشرع الجزائري أن يدين الكافل بالإسلام حتى يتمكن من كفالة الطفل القاصر، و بالتالي إذا كان طالب الكفالة غير مسلم سواء مسيحي أو يهودي الديانة عندما يقدم طلب كفالة طفل قاصر جزائري يرفض طلبه، وذلك مصداقا لقوله سبحانه وتعالى :" **لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين، و من يفعل ذلك فليس من الله في شيء** " [2] و أيضا قول الله تبارك وتعالى :" و **لن يجعل**

---

[1] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] سورة آل عمران، الآية 28.

الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " [1] وهذا ما يجري عمليا في المحاكم، إذ أنه سبق و أن امرأة من جنسية فرنسية تقدمت بطلب لكفالة طفل قاصر جزائري لكنه رفض طلبها على أساس أنها من جنسية فرنسية وهي غير مسلمة لكن نجد عدة أجانب أعلنوا إسلامهم في الجزائر و وافقت وزارة الشؤون الدينية على ذلك[2].

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع سكت عن شرط الجنسية الجزائرية، إذ كان من الأفضل لو نص عليه صراحة أي أن يكون الكافل جزائري الجنسية[3].

نلاحظ أنه مراعاة لمصلحة الطفل و التي على القاضي تحقيقها، يجب عليه رفض طلب شخص جزائري غير مسلم و ذلك بعد سماع الشهود و تقديم الوثائق لإثبات ذلك.

أما المشرع المغربي، فقد حدد شروطا تختلف بحسب ما إذا كان الكافل امرأة أو زوجان فاشترط الإسلام في كلا الزوجين، وحرم المغاربة الذين تزوجوا بالكتابيات من التكفل بطفل مهمل بسبب عدم توفر شرط الإسلام في كلا الزوجين، كما أجاز للمرأة المغربية المسلمة أن تتكفل بطفل مهمل[4].

2/ شرط العقل:

حتى يكون الكافل آهلا للقيام بشؤون القاصر و تحمل كافة الالتزامات التي ترتبها عليه الكفالة يجب أن يكون بالغا راشدا، غير محجور عليه بسبب الجنون أو العته ويجب على الجهة التي قدم لها طلب الكفالة أن تقوم بالتحقيق من أهلية طالب الكفالة فإن ثبت عدم تمتعه بالأهلية رفض الطلب لأن هذه المسألة من النظام العام إذ يجوز للنيابة تقديم طلب الحجر إلى المحكمة و بالتالي لا يمكن له كفالة غيره بموجب الحكم القاضي بالحجر[5].

3/ شرط القدرة:

هي القدرة المالية و الجسدية للتكفل بالقاصر، فلا يكون به مرض معد أو أي مانع يحول بينه و بين القيام بمسؤوليته، كما يجب أن لا يكون قد سبق الحكم عليه من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو

---

[1] سورة النساء، الآية 141.

[2] بشير خلوفي، التبني و الكفالة، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاة، محكمة أرزيو، مجلس قضاء وهران، الجزائر، د.س.ن، ص 29.

[3] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 22.

[4] حكيمة الحيطري، مجلة الفقه و القانون" كفالة الأطفال المهملين بين الضوابط القانونية و الواقع المعيش"، القيروان، 2001، ص 19.

[5] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 22.

جريمة مرتكبة ضد الأطفال[1] إذ لا يعقل كذلك أن يكون طالب الكفالة بطالا و ليس له مورد رزق و على القاضي إجراء تحقيق للتأكد، و ذلك بطلب تقديم كشف الراتب الشهري من طالبي الكفالة[2].

ثانيا: شروط الكافل كشخص معنوي

تختلف تسميات المؤسسات التي يعيش فيها الأطفال و لكن أي كان نوعها و مهما كانت أسباب إلحاق الأطفال بها، فإنها بلا شك تحكم حياة الأطفال في نمائهم الشخصي و فرص حياتهم في المستقبل[3]، و لا يوجد تعريف متفق عليه لمؤسسات كفالة و رعاية الأطفال لذلك وجب أن تتوفر فيها شروط و معايير حتى تستطيع القيام بدورها كما ينبغي و هذه الشروط تختلف من بلد لآخر و لكنها تبقى خاضعة دوما للمعايير المعمول بها في مجال حقوق الطفل، و لا تخرج عن هذا الإطار.

فنجد القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين[4] يضم هذه الشروط و اقتصارها على:

- أن يكون الشخص الاعتباري مشهرا وفقا لقانون الدولة.
- أن يكون من بين ميادين نشاطه إعالة القاصر.
- أن تتوافر لديه الإمكانيات اللازمة للإعالة سواء المادية أو الفنية، و أن تتفق أهدافه مع القاصر.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لا يوجد نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الكفالة مثل: المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، إذ أنه من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة و إعطائها الحق في الكفالة[5] و كنموذج عن هذه المؤسسات نأخذ الجمعية الجزائرية للطفولة و قد أنشئت هذه الجمعية منذ سنة 1987 تعمل في مجال التكفل بالأطفال الذين يتم التخلي عنهم من قبل أمهاتهم حيث تقوم المكلفة الاجتماعية بجلب الطفل من المستشفى مباشرة بعد التأكد بأن والدته لا ترغب في الاحتفاظ به و تعمل الجمعية بموجب قانون خاص بها و ذلك يتم بتوقيع الأم على وثيقة تعلن من خلالها رفضها و تمنح لها مدة ثلاثة أشهر للتراجع عن قرارها فإن تراجعت و قررت الاحتفاظ به تعمل الجمعية على مساعدتها ماديا و دعمها معنويا و إذا لم تتراجع عن قرارها يمكن أن تمدد الجمعية المدة إلى غاية ستة أشهر حتى تمنح للأم فرصة مراجعة نفسها أو تسوية وضعيتها، و لكن بعد انقضاء الأجل المحدد قانونا تقوم الجمعية بالتكفل بالطفل ثم تنتقل كفالة هؤلاء الأطفال إلى أسر حيث تقوم العائلات بالتوجه إلى

---

[1] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 23.

[2] فدوى مرابط، "الكفالة الاجتماعية للأطفال المهملين"، 2014/02/26.

www.tanmia.ma/article-php3?id-article

[3] لمياء بلبل، المرجع السابق.

[4] القانون النموذجي العربي لرعاية القاصرين، المرجع السابق.

[5] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 23

الجمعية لاختيار أطفال بغرض كفالتهم و الجمعية تستقبل تقريبا 100 رضيع كل سنة و حسب إحصائيات سنة 2008 بلغ عدد الرضع الذين استقبلتهم 105 رضيع[1].

الفرع الثاني

شروط المكفول

لم يحدد المشرع الجزائري صراحة شروط الكفالة، و إنما نستنتجها من خلال المواد 116 و 119 من ق.أ.ج.

أولا: شرط السن

إن الموثق أو القاضي قبل إسناد الكفالة لطالبها يجب التحقق أولا من سن الولد المراد كفالته، لأن قانون الأسرة الجزائري اشترط أن يكون الولد قاصرا و هذا ما يحيلنا إلى أحكام القانون المدني في المادة 40 منه، التي حددت سن الرشد ب 19 سنة كاملة[2] و هنا كان على المشرع أن يحدد السن صراحة في أحكام الكفالة.

ثانيا: شرط النسب

المكفول إما أن يكون مجهول أو معلوم النسب و هو ما نستخلصه من المادة 119 من ق.أ.ج التي تنص على:" **الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب**" [3].

1/ الطفل المكفول معلوم النسب:

إن المكفول المعلوم النسب قد يكون يتيما و قد يكون غير ذلك، كأن يكون له أبوين و لكنهما عاجزان عن تربيته و رعايته لعدم توفر أو نقص الإمكانيات المادية لذلك، أو لعدم قدرتهما على القيام بواجبهما اتجاهه كأن يكون أحدهما أو كلاهما منحرفين لا يصلحان لمثل هذه المهمة و مهما كانت وضعية الطفل المعلوم النسب المراد كفالته، فإنه يشترط عند إبرام الكفالة أن يحضر والدي الطفل و يبديا رضاهما بالكفالة صراحة إذا كان الاثنين على قيد الحياة، أو أحدهما إذا توفي الطرف الأخر أو عجز عن التعبير عن إرادته بشأن الكفالة[4].

و إذا توفي كلا الأبوين أو عجزا عن التعبير عن إرادتهما لسبب ما كان القول لمجلس العائلة.

---

[1] بلال رشيدة، "الجمعية الجزائرية للطفولة"، 2014/03/04

www.el-massa.com

[2] حكيمة الحطري، المرجع السابق، ص 14.

[3] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 170.

2/ الطفل المكفول مجهول النسب:

أبرز فئة مجهولي النسب هم اللقطاء و هو الصغير الذي يوجد منبوذا في الطريق أو مسجد أو غيرهما و لا كافل له.

و يوجب الفقهاء من مختلف المذاهب استنادا إلى نصوص القرآن الكريم و أحاديث الرسول صلى الله عليه و سلم بالتقاط اللقيط، فالتقاطه و رعايته فرض كفاية على كل من يعلم به و يكون التقاطه فرض عين على كل من يراه في مكان يغلب على ظنه الهلاك إن تركه و إن لم يغلب الهلاك كان إيواءه مندوبا عليه، و قد شرع الالتقاط في الإسلام ليفتح باب الإحسان على اللقطاء إنقاذا للنفس البشرية و إحياءا لها، و إن لم يقم به أحد كانت رعايته على الدولة و لذلك من أنقذه كان له الأجر و الثواب من عند الله والدليل قول عز و جل: "**من أجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا و من أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا**"[1].

المطلب الثاني

إجراءات انعقاد الكفالة

توجد جهتين متخصصتين بإسناد الكفالة داخليا و هذا ما نصت عليه المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري و هي الموثق و القاضي و في الخارج فهذه المهمة توكل للقنصليات الجزائرية التي نجد بأن المشرع أعطى لها الحق في تحرير عقد الكفالة.

كما تستوجب على طالب الكفالة أن يرفق طلبه بوثائق محددة وفي حالة تخلفها يرفض الطلب[2]، إلا أنه و أمام الجهات الثلاثة السالفة الذكر لابد من تتبع مجموعة من الإجراءات من أجل انعقاد الكفالة.

الفرع الأول

الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية

إن القضاء يلعب دور مهم في حماية الأطفال حيث يقوم بمتابعة الكفالة عن طريق إجراءات قانونية لابد من الالتزام بها و احترامها و الهدف من هذه الإجراءات هو الحفاظ على مستقبل الطفل لاسيما البيئة التي سوف يعيش فيها وهذا إذا تم إسناد الكفالة إلى الشخص أو الجهة الراغبة في ذلك.

أولا: تقديم طلب الكفالة و مباشرة إجراءات التحقيق

إن إبرام عقد الكفالة يعد من اختصاص المحاكم باعتبارها صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع القضايا المدنية و هذا ما نستنتجه من نص المادة 117 من ق.أ.ج [3] فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه

---

[1] سورة المائدة، الآية 32.

[2] طلبة مالك، المرجع السابق، ص 25.

[3] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

إما إلى قاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص.

وقانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 قد نظم في المواد من 492 إلى 497 إجراءات طلب الكفالة و إجراءات إلغائها[1].

فتنص المادة 492 منه على ما يلي:"**يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة**"[2].

يفهم من نص هذه المادة أن إسناد الكفالة لطالبها يكون من اختصاص قاضي شؤون الأسرة وذلك بإتباع جملة من الإجراءات بدءا بالنظر في الطلب المقدم من طالب الكفالة مع العلم أن هذا الطلب يجب أن يكون مرفوق بمجموعة من الوثائق، مع الإشارة أنه هناك نوعين من الكفالة وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 119 من ق.أ.ج [3]:

- كفالة طفل مجهول النسب.
- كفالة طفل معلوم النسب.

1/**كفالة طفل مجهول النسب:** للتكفل بقاصر مجهول النسب فإنه يتعين توفر الوثائق التالية:

- طلب خطي.
- شهادة ميلاد القاصر المكفول.
- شهادة ميلاد الكافل.
- تصريح شرفي بعدم معرفة الأم البيولوجية للطفل إذا كانت مجهولة.
- عقد زواج الكافل.
- كشف راتب الكافل.
- شهادة الوضعية العائلية يتم تسليمها من طرف مصالح مديرية النشاط الاجتماعي.
- صورة لبطاقة التعريف الوطنية للكافل و الشاهدين[4].

---

[1] القانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 21، المؤرخة في 17 ربيع الأول عام 1429 الموافق ل 23 أبريل سنة 2008.

[2] القانون رقم 08-09، المرجع نفسه.

[3] المادة 119 من ق.أ.ج: "**الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب**" .

[4] أنارس لينة، علام كريمة، المرجع السابق، ص 34.

كما تجدر الإشارة إلى أنه في حالة طلب التكفل بهذا الأخير أي مجهول النسب فإنه وقبل تقديم طلب أمام المحكمة يتعين أولا على طالب الكفالة أن يقدم طلبه إلى المركز الموجود فيه الطفل سواء لدى مديرية الحضانة أو مركز التكفل الاجتماعي مرفوقة بشهادة عائلية و كذلك شهادة إقامة كلا المتكفلين.

2/**كفالة طفل معلوم النسب:** يجب أن يحتوي طلبه على الوثائق التالية:

- طلب خطي.
- شهادة ميلاد القاصر المكفول.
- تصريح شرفي لأبوي المكفول بتنازلهما عن كفالة ابنهما إلى شخص ما.
- شهادة ميلاد الكافل.
- شهادة عمل و كشف الراتب.
- عقد زواج الكافل.
- صور بطاقة التعريف للكافل و أبوي المكفول و الشاهدين.
- شهادة عائلية للأبوين.

و في جميع الحالات سواء كان الطفل معلوم أو مجهول النسب فيتوجب على القاضي التأكد من الشروط و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 495/ 1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "**يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط المطلوبة في الكافل** "[1].

تتمثل هذه الشروط أساسا في مدى كون الشخص الكافل مسلما و عاقلا، نزيها متمتعا بالأخلاق و الصفات الحميدة كما يفترض فيه أن يكون قادرا على رعاية الطفل وحمايته بالإضافة إلى تأكد القاضي من عدم ارتكاب طالب الكفالة جرائم مخلة بالأخلاق و التي تكون لها علاقة بجريمة ضد الأطفال كجرائم العنف، الجرائم الجنسية ضد الأطفال ...الخ.

كما يجب أن يكون هناك منزل يأوي الطفل المتكفل به، ومهنة يمكن من خلالها ضمان عيشا هنيئا للطفل و أن يكون الكافلان بكامل صحتهما العقلية و الجسدية، و بالرجوع إلى نص المادة 2/495 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على: "...**عند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول و الإنفاق عليه و تربيته**"[2] يفهم من نص هذه المادة أن للقاضي أن يوسع دائرة بحثه و ذلك بإجراء أي تحقيق أو تدبير يراه مناسبا.

---

[1] القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

[2] القانون رقم 08-09، المرجع نفسه.

ثانيا: كيفية تنفيذ الكفالة

بعد القيام بالخطوات السالفة الذكر، يقرر القاضي إما الموافقة على طلب الكفالة أو الرفض و ذلك حسب ما إذا كان التحقيق سلبيا أو ايجابيا، إلا أن على القاضي استشارة ممثل النيابة العامة أولا حيث تنص المادة 494 من ق.إ.م.إ على أنه: "**ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة**"[1].

كما أن بعد إصدار الأمر أو الحكم فإنه لا ينفذ إلا بعد أن يصبح نهائيا و عملية التسليم تتم تلقائيا بين طالب الكفالة و الشخص الذي يوجد عنده المكفول دون حضور ممثل النيابة أو تحرير محضر للتسليم.

كما أن في الجزائر لا يوجد القاضي المكلف بشؤون القصر الذي من المفروض أن يسهر على تسجيل الكفالة في سجلات الحالة المدنية، و القاضي المختص محليا هو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب و إذا كان موطن الذي يطلب الكفالة خارج الجزائر يرفع الطلب إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول.

الفرع الثاني

الإجراءات المتبعة أمام الجهات غير القضائية

إذا كان عقد الكفالة يتم أمام الجهات القضائية كما سبق الذكر، فإنه من الممكن أيضا أن يبرم أمام جهات أخرى غير قضائية إذ نجد أن هذه الأخيرة تقوم بإبرام العديد من العقود ومن بينها الكفالة، ولذلك أصبح الخيار لكل من له مصلحة في إبرام عقد الكفالة اللجوء إما إلى الجهات القضائية أو الجهات غير القضائية.

أولا: انعقاد الكفالة أمام موثق

بموجب المادة 117 من ق.أ.ج[2] السالفة الذكر فإن للموثق دور هام في إبرام عقود الكفالة بحيث يجوز له بناءا على طلب ذوي الشأن تحرير عقد الكفالة.

و الملاحظ أنه حتى أمام مكاتب التوثيق فإنه تتبع نفس الخطوات و المراحل التي تقوم بها الجهات القضائية حيث يتأكد الموثق من مدى توافر العناصر المطلوبة في ملف الطالب من الوثائق اللازمة لذلك، مع التأكد أيضا من حصول رضا والدي الطفل بهذه الكفالة طبعا إن كان معلوم النسب وكذلك حصوله على التأكيد بالقبول من الجهات و المؤسسات الحاضنة للطفل إن كان مجهول النسب.

---

[1] القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

[2] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

وكل هذا لابد أن يكون مرفوق بجملة من إجراءات التحقيق التي تتم أمامه و مراعيا في ذلك مدى توافر شروط الكفالة من عدمها بالإضافة إلى مراعاة مصلحة الطفل المكفول.

بعد ذلك و بحضور الشاهدان اللذان سيشهدان بأمانة الشخص الراغب بالكفالة يمضيان على العقد إلى جانب الموثق، الكافل و الطرف الذي يمثل الولد المكفول، و بذلك يصبح العقد صحيحا قابلا للتنفيذ، لكون أن العقد الذي يبرمه الموثق له القوة التنفيذية دون الحاجة إلى التصديق عليه من طرف القاضي[1] حسب المواد 30 و 31 من القانون المنظم لمهنة الموثق[2].

ثانيا: انعقاد الكفالة بالنسبة للجالية الجزائرية

يتم تقديم الطلب من ذوي الشأن المقيمين بالخارج من الجالية الجزائرية إلى رؤساء البعثات الدبلوماسية و هذه الأخيرة هي الأخرى تتبع إجراءات و خطوات و مراحل و تقوم بعمليات لتخلص في الأخير إلى معطيات و نتائج تتحدد من خلالها قبول أو رفض الطلب حسب توافر الشروط المطلوبة.

وعلى صاحب الطلب إذا ما تقدم إلى الجهات المختصة أن يكون طلبه مرفوق بالإضافة إلى الوثائق المذكورة سابقا ما يلي:

- بحث اجتماعي موقع قانونا من طرف مصالح القنصلية المختصة و المعنية.
- عقد إيجار أو عقد الملكية.
- نسخة طبق الأصل من بطاقة وثائق التعريف أو بطاقة القنصلية [3].

المطلب الثالث

انقضاء الكفالة

أثناء سريان الكفالة و تنفيذها يمكن أن تطرأ عدة عوامل و ظروف تؤدي إلى انتهائها، فهي ليست التزام أبدي بل مؤقت و بالتالي تكون معرضة للسقوط و الانقضاء في أي وقت و تنقضي الكفالة لأسباب متعددة منها ما أشار إليها المشرع في أحكام الكفالة و أخرى لم ينص عليها صراحة و إنما نستخلصها من أحكام الولاية نظرا لكون الكافل ما هو إلا ولي على المكفول.

---

[1] نعيمة شعلال، صبرينة بليل، المرجع السابق، ص 36.

[2] القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 14، المؤرخ في 08 مارس 2006، المعدل و المتمم.

[3] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 27.

الفرع الأول

انقضاء الكفالة فقها

بالإضافة إلى الأسباب التي تم ذكرها المشرع في المادة 125 من ق.أ.ج فإن هناك أسباب أخرى تؤدي إلى انقضاء الكفالة قانونا و المشرع لم ينص عليها صراحة و إنما نستخلصها من أحكام المادة 118 من ق.أ.ج التي تنص: "**يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا آهلا للقيام بشؤون المكفول و قادرا على رعايته**" [1].

و تتمثل هذه الأسباب في فقدان الكافل لأهليته و ردته عن الإسلام.

أولا : فقدان الكافل لأهليته

إن عقد الكفالة يعد من عقود التبرع و بالتالي فلابد من صدور هذا العقد من سليم العقل حتى تسري آثاره عليه و يتحمل بعد ذلك نتائج أفعاله بمعنى يجب أن يكون الكافل غير محجور عليه أثناء إبرام عقد الكفالة أو بعده.

أما إذا أصاب الكافل أي عارض من عوارض الأهلية كالجنون، العته و السفه التي تمنعه من الإدراك و معرفة الأمور على حقيقتها، فهي تؤدي إلى البطلان المطلق للتصرفات الصادرة من هذا الشخص لكونه غير آهل لمباشرة أي عمل[2] و قد يكون قابل للإبطال إذا كان هذا التصرف قد أبرم قبل اكتشاف أحد هذه العيوب[3].

ثانيا : ردة الكافل عن الإسلام

و هو الشرط الثاني الذي ورد في نص المادة 118 من ق.أ.ج السالفة الذكر بمعنى خروج الكافل عن الدين الإسلامي يسقط عنه كفالة الطفل لأن لا كفالة لكافر على مسلم ما دام القاصر سوف يأخذ أخلاق و عادات و تقاليد الشخص الكافل، كما أن الدستور نص صراحة على أن دين الدولة الجزائرية هو الإسلام و من وجد فوق ترابها قرينة على أنه مسلم أو مفترض إسلامه إلى حين إثبات العكس[4]، فإذا كان الكافل مسلم أثناء إبرامه لعقد الكفالة ثم غير ديانته لأي سبب فإن الكفالة تنقضي بسبب ردته [5].

---

[1] القانون رقم 84-11 ، المرجع السابق.

[2] نعيمة شعلال، صبرينة بليل، المرجع السابق، ص 62.

[3] لينة أنارس، كريمة علام، المرجع السابق، ص 61.

[4] عقيلة بوعشة، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة الثاني عشر، الجزائر، 2001-2004، ص 49.

[5] نعيمة شعلال، صبرينة بليل، المرجع السابق، ص 63.

الفرع الثاني

انقضاء الكفالة قانونا

أشار المشرع في أحكام الكفالة إلى أربعة أسباب يمكن أن تؤدي إلى انقضاء الكفالة و هي: طلب الأبوان أو أحدهما رجوع الولد المكفول إلى ولايتهما، تخلي الكافل عن الكفالة، انقضاء الكفالة بالوفاة و أخيرا إلغاء الكفالة بحكم قضائي.

أولا: طلب الأبوان أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما

تنص المادة 124 ق.أ. ج: " **إذا طلب الأبوان أو احدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز و إذا لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول** "[1].

من خلال نص هذه المادة نستنتج أنه يجوز لأبوي المكفول إذا كان معلومان أو أحدهما معلوم طلب عودة الولد المكفول إلى ولايتهما أو إلى ولاية أحدهما و بالتالي تنتهي ولاية الكافل لكن المشرع ميز بين حالتين بحسب سن المكفول كما يلي:

1/حالة عدم بلوغ المكفول سن التمييز:

يقصد بسن التمييز بلوغ الطفل 13 سنة ، و باعتبار أن المكفول لم يبلغ هذا السن فإن تصرفاته تعتبر ضارة ضررا محضا، وفي هذه الحالة يتقدم الأبوان أو أحدهما بطلب إلى رئيس المحكمة، يبين فيه سبب طلب عودة الابن المكفول و هنا على القاضي إجراء تحقيق حول أسباب ذلك مراعاة لمصلحة المكفول و يمكن للقاضي أن يصدر أمر بالرفض أو بالقبول[2].

أما المشرع المغربي فقد نص في المادة 26 من قانون كفالة الأطفال المهملين على ضرورة إصدار القاضي أمر بالتحري في شأن الكفالة قبل إصدارها و لقد أدرج في المادة 29[3] من نفس القانون أنه يمكن لأحد الوالدين أو كلاهما استرجاع الولاية على طفلهما بمقتض حكم قضائي.

2/ حالة بلوغ المكفول سن التمييز:

لقد حدد المشرع سن التمييز فإذا ما تحققت هذه الحالة يخير المكفول بين الالتحاق بأبويه الشرعيين أما إذا رفض العودة إليهما فله البقاء تحت ولاية الكافل[4].

---

[1] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] مالك طلبة، المرجع السابق، ص 33.

[2] المادة 29 من قانون كفالة الأطفال المهملين: "**يمكن لأحد الوالدين أو لكليهما -إذا ارتفعت أسباب الإهمال- استرجاع الولاية على طفلهما بمقتضى حكم ...** "

[4] نعيمة شعلال، صبرينة بليل، المرجع السابق، ص 67.

لكن الإشكال الذي يطرح هنا هل تخيير الولد المكفول و تعبيره عن إرادته يستلزم أن يتم أمام القاضي؟

إن هذه المسالة تتطلب الدقة في الإجراءات و حتى تراعى مصلحة الطفل يجب أن تكون تحت رقابة القضاء أين يسمع رأي المكفول بمناسبة طلب العودة دون أي ضغط من كلا الطرفين سواء من طرف الأبوان أو من طرف الكافل و يحرر محضر بذلك أمام القاضي و يوقع عليه الأطراف لأن عدم اللجوء إلى القضاء قد يؤدي إلى المساس بمصلحة الطفل، و عليه فإن تدخل القاضي الذي يعد عمله بمثابة رقابة على قرار الطفل.

3/ نموذج عن قضية طلب استرجاع المكفول:

ملف رقم 184712 قرار بتاريخ 17/ 1998/03

قضية:(ع أ) ضد: (ق ح)

كفالة – الحكم بإلغاء عقد الكفالة – عودة الأولاد المكفولين للام – مراعاة مصلحة المكفولين – تطبيق صحيح للقانون (المواد 116، 124 و 87 من قانون الأسرة)

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

ومن المقرر أيضا أنه "في حالة وفاة الأب، تحل الأم محله قانونا". ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بالتناقض و القصور في الأسباب ليس في محله.

و من الثابت – في قضية الحال – أن المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة و التصريح بعودة المكفولين إلى ولاية أمهما بناء على رغبتهما و مراعاة لمصلحتهما ، فإن القرار يكون عندئذ خاليا من أي قصور أو تناقض في الأسباب. و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

ثانيا: تخلي الكافل عن الكفالة

إن مهام الكافل و الالتزامات المفروضة عليه بموجب عقد الكفالة هو العناية اللازمة بالمكفول باعتبار الكافل ولي عليه، فإذا اعترضت هذه الولاية أي عارض صحي أو مادي يمنعه من القيام بشؤون المكفول كأن يصبح فقيرا لا يمكنه حتى إعالة نفسه فهذا يؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة، لأن أساسه هو

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، قرار رقم 184712 مؤرخ في 1998/3/17، المجلة القضائية الإدارية عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1998.

إعالة القاصر اجتماعيا و ماديا و معنويا، و إن كان الكافل عاجز على مواجهة هذه الظروف فلا فائدة من عقد الكفالة [1].

و بالرجوع إلى المادة 125 من ق.أ.ج نجدها تنص على ما يلي: "**التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، و أن يكون بعلم النيابة العامة و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية**"[2].

ثالثا: انقضاء الكفالة بالوفاة

من أسباب انقضاء الكفالة الوفاة سواء وفاة الكافل أو المكفول فإذا توفى المكفول انعدم محل و سبب الكفالة و كنتيجة حتمية تنتهي الكفالة و بصفة تلقائية، لأن المكفول هو الموضوع الرئيسي للكفالة و عدم وجود المكفول يستلزم بالضرورة عدم وجود الكفالة.

أما في حالة وفاة الكافل فإن الكفالة تنتقل إلى الورثة و لكن شرط قبولهم الالتزام بها فإذا رفضوها فلا يمكن إجبارهم على ذلك وفقا لنص المادة 3/125 من ق.أ.ج السالفة الذكر، و المادة 497 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: "**عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا دون تأجيل قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة، يتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة، إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها، يعين القاضي احد الورثة كافلا، في حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقرر بمنحها** "[3].

غير أن المشرع عند ما نص على إمكانية انتقال الكفالة إلى الورثة لم يبين أيهم أولى بها و هذا ما يجعلنا دائما نرجع إلى أحكام الولاية على النفس و المال لاسيما النفس، و عملا بأحكام هذه الولاية فإن الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل محله الأم و عليه فإنه إذا التزمت بها زوجة الكافل المتوفى أصبحت كافلة للولد المكفول.

صحيح أن المشرع نص صراحة على إمكانية انتقال الكفالة إلى ورثة الكافل في نص المادة 125 من ق.أ.ج السالفة الذكر، غير أنه لم يبين كيف يتم ذلك فهل تخضع للإجراءات القانونية الخاصة بإسناد الكفالة أم أنها تنتقل إليه بموجب عقد الكفالة الذي أبرمه الكافل؟

---

[1] أمال علال، الكفالة و التبني، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تلمسان، د.س.ن، ص 123.

[2] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[3] القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

رأينا نحن أنه من المفروض كفالة الطفل من طرف الكافل الجديد لا تكون إلا بموجب طلب جديد يقدم للقاضي أو اللجوء إلى الموثق و بالتالي إعادة إتباع كل الإجراءات الخاصة بالكفالة و التي تكون في الأصل مستقلة تماما عن الكفالة الأولى التي التزم بها شخصيا الكافل المتوفى.

رابعا: إلغاء الكفالة بأمر قضائي

يمكن لكل شخص تهمه مصلحة الولد المكفول و لو كان غريبا عنه أن يتقدم بطلب من أجل إلغاء هذه الكفالة و حرمان الكافل منها، غير أن هذا الطلب لا يعرض على المحكمة إلا بعد قيام النيابة العامة بالتحقيق فيه و إبداء رأيها، كما يجب أن تكون الأسباب مقنعة و إن تنازل طالب إلغاء الكفالة عن طلبه فإن هذا لا يمنع النيابة العامة من الاستمرار في التحقيق، و للنيابة العامة أن تطلب في أي وقت من المحكمة إلغاء الكفالة إذا ما رأت أن مصلحة هذا الطفل تستوجب ذلك، و هي بذلك تباشر مهامها التي بينها القانون وهي رعاية مصلحة الطفل[1].

يمكن للمحكمة إلغاء الكفالة من تلقاء نفسها، إذا ما تم اعتقال الكافل تنفيذا للحكم بعقوبة جناية أو الحبس لمدة تزيد عن سنة، أو صدر حكم بجريمة اغتصاب أو هتك العرض أو حكم عليه بجناية تحريض المكفول على الدعارة و إلى غيرها من الجرائم التي قد يرتكبها الكافل و تكون السبب في إنهاء الكفالة[2].

---

[1] كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشاة المعارف، مصر، 1997، ص 54.

[2] كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، المرجع نفسه، ص 55.

الفصل الثاني

حقوق الطفل المكفول

بعد تحديد نوعية الأطفال الذين ترد عليهم الكفالة و تحديد الشروط الواجب توافرها في المتكفل و كذا مسطرة الكفالة فلا بد من الحديث في هذا الفصل عن الحقوق التي يجب ضمانها للطفل المتكفل به من طرف متكفله، و حقوق الطفل في الأصل ما هي إلا واجبات على الآخرين و هم الأسرة و المجتمع و الدولة، و رعاية الطفل اجتماعيا تشمل بسلسلة كبيرة من الإجراءات و التي يجب اتخاذها لمساعدة الطفل على البقاء و النمو على أفضل وجه ممكن.

و لقد حرص المشرع على حماية حقوق الطفل المكفول باعتباره كالابن الشرعي للكافل و ذلك سواءا من الناحية المادية أو المعنوية كالإنفاق عليه و تربيته و تعليمه و إلى غير ذلك من الأمور التي يقوم بها الكافل و ذلك رعاية لهذا الطفل، و هذا ما يستخلص من قانون الأسرة الجزائري.

من هذا المنطلق نجد أن الاهتمام بالطفل على المستوى الدولي قد بدأ بإصدار إعلان جنيف لحقوق الطفل سنة 1924 ثم اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989 و التي شكلت منعطفا حاسما في تاريخ الاهتمام بهذه الفئة، حيث أصبح ينظر إلى حقوق الطفل على أساس أنها حقوق إنسانية لا يمكن التغاضي عليها.

المبحث الأول

الحقوق المعنوية للطفل المكفول

لقد أعطي للطفل المتكفل به حقوقا سواءا من ناحية التشريعات الوضعية و كذا من الناحية الشرعية فكان القرآن الأسبق، و كان له شقين من الحقوق ما كان منهم حقوقا تتعلق بالناحية المادية و من كان معنويا و لمعرفة هذه الحقوق سنقوم بدراستها في مبحثنا هذا.

المطلب الأول

الحق في الاسم والجنسية

لكل طفل بغض النظر عن ماهية ولادته أو كيفيتها الحق في الهوية، فنحن أمام واقعة ميلاد طفل كفلت له الدول بواسطة أجهزتها و تشريعاتها حقوقا أوردتها في قوانينها و سواء كان الطفل شرعي أو غير شرعي، معلوم أو مجهول النسب أو لقيط، لأنه يوما ما سيكون أسرة و هنا على الدولة أن تتدخل لمعالجة هذا الإشكال و نظرا لكون وضعية هذه الفئة صعبة فإن التشريع كفل لهم إطار قانوني مميز عن الأطفال الذين يولدون في وضعيات عادية.

الفرع الأول

الحق في الاسم

لفظ الاسم آت من السمو و التعالي، فالاسم يمثل أهم مرجع بالنسبة للإنسان الذي يعرف به و يتعرف على الأشياء و الغير بواسطتها، و من فقد اسمه أصبح مبهما أي مجهول الهوية و فقد أعز مرجع يحدد شخصيته و ذاته[1].

كما تقرر الشريعة أن من بين أهم حقوق الطفل على والديه حسن اختيار الاسم، بمعنى أن الشريعة لم تشترط فقط تسمية المولود و إنما اشترطت كذلك أن تحسن في اختيار الاسم له[2]، و يتضح ذلك من خلال قوله تعالى: " **إذ قالت امرأة عمران رب إني نذرت لك ما في بطني محررا فتقبل مني إنك أنت السميع العليم، فلما وضعتها قالت: رب إني وضعتها أنثى و الله أعلم بما وضعت و ليس الذكر كالأنثى و إني سميتها مريم و إني أعيذها بك و ذريّتها من الشيطان الرجيم**"[3].

هاهي امرأة عمران تهب ما في بطنها لخدمة بيت المقدس، على أنه ذكر فلما وضعت، وضعت أنثى و رغم أن وضعها جاء على خلاف ما كانت تنتظر و تتمنى إلا أنها لم تغفل حقها في التسمية فاختارت لها اسما حسنا " مريم" أي العابدة [4].

و يحث الرسول صلى الله عليه و سلم بتسمية الطفل في اليوم السابع من ميلاده و في حديثه الشريف يقول (ص): "**إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم و أسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم**".

و تنص المادة 6 من ميثاق الطفل في الإسلام على ما يلي: "من **حق الطفل عند ولادته إحسان تسميته...**" [5].

كما يتوجب على الأبوين تسجيل الطفل فور ولادته، لأنه لا يحافظ على هوية الطفل فحسب بل يعتبر أحد الطرق العامة لحماية الطفل، و قد أكدت لجنة حقوق الإنسان على أهمية تسجيل الطفل

---

[1] فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص ص 228- 229.

[2] هدى محمود الناشف، المرجع السابق، ص 41.

[3] سورة آل عمران، الآية 35- 36.

[4] محمد سلامة الغنيمي،" حقوق الطفل في القرآن الكريم"، 15/ 03/ 2014.

www.alukah.net

[5] نقلا عن وسيم حسام الدين الأحمد، حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2009، ص 48.

للمساعدة على منع اختطاف الأطفال أو بيعهم كما يمكن أن تكون شهادة الميلاد رفيقا نافعا بين يدي الطفل [1].

فبالعودة إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد نص على هذا الحق في المادة 28 منه: "**يجب أن يكون لكل شخص لقب و اسم فأكثر و لقب الشخص يلحق أولاده...**"[2].

و هذا عملا بتوصيات خرجت بها المنظومة الدولية من اتفاقيات و معاهدات و هذا ما نجده في المبدأ الثالث من الإعلان العالمي لحقوق الطفل لعام 1959 و المادة 10 من ميثاق حقوق الطفل العربي لعام 1984 و غيرها.

أولا: بالنسبة للطفل الشرعي

انطلاقا من نص المادة 120 من ق.أ.ج[3] يتضح لنا أن الولد المكفول معلوم النسب يحتفظ بنسبه الأصلي و لا يحمل الاسم العائلي للكافل بل يبقى أجنبيا عنه، و هذا هو الفرق الجوهري بين الكفالة و التبني، و ذلك تفاديا لاختلاط الأنساب إن كان أجنبيا، و كذا الإضرار بالورثة الشرعيين سواء بالحجب أو إنقاص نصيبهم من التركة.

و الدليل على أن الابن الشرعي ينسب لأبيه قوله تعالى: " **ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا أبائهم فإخوانكم في الدين و مواليكم**"[4].

و هذا الحق في التجنس و في حمل نسبه من أبيه قد أخذت به المواد 7 و 8 و 30 من حقوق الطفل المعلنة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في الجلسة العامة 61 بتاريخ 20 نوفمبر 1989[5].

ثانيا: بالنسبة للطفل غير الشرعي

إذا كان حق الاسم مشروع و غير مختلف بالنسبة للأبناء الشرعيين فإن منحه للأطفال مجهولي النسب اقتضى تدخل المشرع، لذلك نجد أن المشرع الجزائري و جد حلا لهذه الفئة و هو أن يقوم ضابط الحالة المدنية باختيار مجموعة من الأسماء يكون أحد هذه الأسماء اسما له و الآخر لقبا، و هذا ما نجده في الفقرة الرابعة من المادة 64 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أنه: " **يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب**

---

[1] ماهر جميل أبو خوات، المرجع السابق، ص 131.

[2] القانون رقم 75-58، المرجع السابق.

[3] تنص المادة 120 من ق.أ.ج على "**يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب** ..."

[4] سورة الأحزاب، الآية 5.

[5] أحسن زقور، حقوق الأطفال في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، منشورات دارا لأديب، الجزائر، ص 27.

*أنظر الملحق رقم 2 ص 73.

لهم المصرح أية أسماء يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي" [1].

و نظرا لكون هذه المادة لم توضح الإجراءات المتبعة فقد صدر بتاريخ 1987/01/17 منشور وزاري مشترك بين وزارة الداخلية و الجماعات المحلية و وزارة الحماية الاجتماعية و وزارة العدل و الذي شرح فيه كيفية منح ضابط الحالة المدنية الأسماء و الألقاب لهذه الفئة من الأطفال فأوضح أن الغرض من هذه المادة يكمن في إمكانية إدماج هؤلاء الأطفال في السلك الاجتماعي لذلك حدد هذا المنشور شروط تطبيق المادة 64 التي تمنح ضابط الحالة المدنية في حالة عدم وجود المصرح المنصوص عليه في المادة 62 إمكانية منح الأسماء للأطفال الذين عثر عليهم و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين كما أن هذا المنشور ميز بين حالتين:

1/حالة كون المولود ذكر: هنا يقوم ضابط الحالة المدنية بمنح الطفل سلسلة من الأسماء الخاصة بالذكور و يتخذ آخر اسم كلقب عائلي له.

2/حالة كون المولود أنثى: يمنح ضابط الحالة المدنية سلسلة من الأسماء الخاصة بالإناث بحيث يتخذ آخر اسم كلقب عائلي بالنسبة لهن بشرط أن يكون هذا الأخير من الأسماء المخصصة للذكور.

و عليه فإن استعمال اسم الأنثى كلقب عائلي مثل كريمة، رهام، فريدة يدل على ظروف ولادتها و على وضعيتها و ذلك سواء بالنسبة للأطفال أنفسهم أو المجتمع و بالتالي لا تتحقق الغاية المنشودة من منح هؤلاء الأطفال الاسم و اللقب[2].

و عليه جاء المرسوم التنفيذي رقم **24/92** المؤرخ في 1992/01/13 ليدخل تعديلات على المرسوم **157/71** المؤرخ في 3 يونيو 1971 المتعلق بتعديل اللقب و تمثلت في تمكين المكفول من نسب الكافل و يكون ذلك بموجب عقد رسمي و هذا ما نصت عليه المادة الأولى في فقرتها الثانية من هذا المرسوم، و حدد الإجراءات في المادة الخامسة مكرر 2 في فقرتها الثانية التي تنص على أنه: " **يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة، ويتم النطق به بناءا على طلب من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في المادة الأولى المقطع 2 أعلاه**"[3] و هذه المادة حددت إجراءات استثنائية يمنح بها هذا اللقب و يكون بناءا على طلب وكيل الجمهورية بعد أن يخطر وزير العدل و دون

---

[1] الأمر 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

[2] بلقريد زهرة، الحماية القانونية للأطفال غير الشرعيين (الحماية المدنية)، مذكرة تخرّج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2007-2010، ص 16 .

[3] المرسوم التنفيذي رقم 92-24، مؤرخ في 08 رجب 1412، الموافق ل 13 يناير 1992، يتمم المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03 يونيو 1971 و المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 22، 5 يناير 1992.

*أنظر الملحق رقم 1 ص 70.

أن يخضع لإجراءات النشر التي تتطلبها المادة 3 من المرسوم 1971، و في غضون آجال محددة حسب المرسوم 1992 في مادته الخامسة مكرر 2 في فقرتها الثالثة التي تنص على:

"**يصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين (30) الموالية لتاريخ الاخطار من وزير العدل و يكون محل تسجيل و إشارة الهامش على النحو المنصوص عليه في المادة 5 مكرر 1 أعلاه**" [1].

فيتم تعديل لقب المكفول بموجب أمر رئيس المحكمة و يمكن استخلاص نقاط هامة تضمنها التعديل:

- ضرورة وجود عقد الكفالة.
- إلحاق نسب القاصر إلى كافله.
- أن يكون هذا القاصر مجهول الأبوين أو الأب فقط و في هذه الحالة اشترط موافقة الأم بموجب عقد رسمي يرفق بطلب الكافل.
- أن يقدم الطلب من طرف الكافل باسم المكفول و لمصلحته بدلا من المعني بالأمر شخصيا خلافا للمرسوم 1971.
- طلب الكافل يتضمن مطابقة لقب المكفول للقبه، و هو خروج عن المرسوم 1971 الذي اشترط لقب جديد لطالبه و ليس له علاقة بأية عائلة.
- إحاطة الطلب و الإجراءات بالسرية التامة و ذلك بعد إخضاعه لنص المادة 2 و3 من المرسوم 1971.
- إعطاء إجراءات منح اللقب الصفة القضائية إذ يقدّم الطلب من الكافل مباشرة إلى وزير العدل الذي يخطر به و يرسله إلى النائب العام مكان ميلاد القاصر الذي يرسله لوكيل الجمهورية الذي يقدّم بشأنه التماسات لرئيس المحكمة من أجل استصدار أمره الذي يتضمن تغيير اللقب.
- التزام التهميش على كل السجلات و مستخرجات الحالة المدنية بأن يدرج فيها ما يفيد بأن القاصر مكفول و وضع اسمه ضمن الدفتر العائلي للكافل[2].

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 92-24، المرجع السابق.

[2] منتديات الحقوق و العلوم القانونية، "تغيير اللقب"، 2014/04/28.

الفرع الثاني

الحق في الجنسية

مما لا شك فيه أن موضوع الجنسية يكتسب أهمية حيوية و جوهرية للطفل، فالجنسية هي العلاقة القانونية و السياسية التي تربط الطفل منذ لحظة ولادته بدولة معينة[1] وبناءا على ذلك تترتب للطفل الحقوق و الضمانات التي تكفلها الدولة لمن يحمل جنسيتها فلذلك الطفل يحتاج إلى حماية و رعاية خاصة بسبب عدم نضجه الجنسي و العقلي و من ثم فإن تمتّعه بجنسية دولة ما يوفر له الحماية التي يحتاجها في مرحلة الطفولة[2].

و نظرا لأهمية هذا الحق، حرصت مختلف المواثيق الدولية على تأكيده فطبقا لإعلان حقوق الطفل لعام 1959 فنص المبدأ الثالث منه على: "**أن للطفل منذ ميلاده الحق في أن يعرف باسم و جنسية معينة**" بالإضافة إلى المادة 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على: "**حق كل فرد في التمتع بجنسية ما، و لا يجوز حرمان أحد من جنسيته بطريقة تحكيمية و لا يجوز منعه من تغيير جنسيته**" [3].

المطلب الثاني

الحق في الوسط العائلي و المساواة

الطفولة تمس وترا إنسانيا في قلوب الناس من حيث أن الأطفال فئة ضعيفة لا تستطيع حماية نفسها أو الحصول على حقوقها، لذلك على الأبوين تحضير وسط عائلي ملائم و مناسب للطفل، كما يجب عدم التمييز بين الأولاد و معاملتهم على قدر المساواة حتى لا ينجر عن ذلك آثار سلبية تؤثر على نفسية الطفل.

الفرع الأول

الحق في الوسط العائلي

إن للأسرة دور مهم في تكوين شخصية الطفل[4] فهي تمثل الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل و يتفاعل مع أعضائها، و على الأسرة إشباع حاجياته المختلفة من جسمية، عقلية، وجدانية

---

[1] ماهر جميل أبو خوات، المرجع السابق، ص 132.

[2] فاطمة شحاتة أحمد زيدان، المرجع السابق، ص 232.

[3] نقل عن فاطمة شحاتة أحمد زيدان، المرجع نفسه، ص 233.

[4] جيلالي عيادي، المرجع السابق، ص 77.

و اجتماعية، و لقد أثبتت الدراسات التي قام بها المختصين أن السنوات الأولى من العمر تأثر على باقي حياة الإنسان[1].

كما تجمع الدراسات الاجتماعية و النفسية المتعلقة بالطفولة على ضرورة و أهمية تهيئة الجو العائلي المناسب للطفل، ففي هذا الوسط يكبر و يكتسب توجيهاته و ملكاته في مستقبل حياته إيجابا أو سلبا.

أما في الشريعة الإسلامية فإن حق الطفل في الرعاية الاجتماعية و المعنوية الكافية للأطفال المحرومين تتمثل في خمسة و عشرين مظهر لهذه الحماية و من أهمها: الحق في الرضاع، الحق في الحضانة ...، كما أن الشريعة الإسلامية توفر للقيط و كل طفل لا عائل له الحماية السابقة[2].

غير أن هناك من الأطفال لا يحالفهم هذا الحظ سواء الأطفال المتخلى عنهم أو الذين عجز أولياؤهم عن تربيتهم لظروف اجتماعية معينة لذلك اعتنى المشرع بهذه الفئة بأن أوجد لهم الرعاية البديلة المتمثلة في الكفالة.

كما نجد اتفاقية حقوق الطفل قد عالجت هذه الحالات و ذلك بإلزام الدول الأطراف المتعاقدة على منح الطفل حماية و مساعدة، خاصتين و إيجاد رعاية بديلة في إطار تشريعاتها الداخلية كالتبني أو الحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي أو الإقامة في مؤسسات لرعاية الأطفال[3].

الفرع الثاني

الحق في المساواة

لقد أمر الإسلام بالمساواة بين الأولاد حتى لا تتأذى مشاعر بعضهم و يحل البغض مكان الحب و الخصام مكان الوئام[4].

لذلك رفض الإسلام السلوك الذي كان سائدا في الجاهلية و المتمثل في عدم المساواة بين الذكور و الإناث و قال عز و جل: "**و إذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسودا و هو كظيم، يتوارى من القوم من سوء ما بشر به، أيمسكه على هون أم يدسه في التراب، ألا ساء ما يحكمون**"[5].

---

[1] فاطمة شحاتة أحمد زيدان، المرجع السابق، ص 260.

[2] محمد عبد الجوار محمد، حماية الأمومة و الطفولة في المواثيق الدولية و الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، مصر، 1991، ص 42.

[3] جيلالي عيادي، المرجع السابق، ص 79.

[4] هدى محمود الناشف، المرجع السابق، ص 47.

[5] سورة النحل، الآية 58- 59.

و قال عليه الصلاة و السلام:"**اتقوا الله و اعدلوا بين أولادكم**"[1] و هي قصة الصحابي الذي أعطى لولده عبده و جاء يشهده على ذلك فقال عليه الصلاة و السلام:" **هل أعطيت لولدك كلهم مثل هذا ؟** قال: لا، قال: "**فلا تشهدني على هذا**" فلم يشأ أن يشهد على عدم العدل بين الأولاد[2].

أولا: عدم التمييز بين الأطفال

لكل طفل بلا استثناء أن يتمتع بجميع الحقوق المقررة في الإعلانات و المعاهدات الدولية الخاصة بحماية الطفولة دون أي تفريق أو تمييز بسبب العرق أو اللون، أو الدين أو النسب أو أي وضع آخر يكون له أو لأسرته و على الرغم من وجاهة هذا المبدأ و ضرورته إلا أن الدول الغربية نفسها هي التي تعمل على إنهاك المساواة بين الأطفال، فلا تدفع المساعدات للأطفال في دول العالم إلا للدول التي تقيم معها علاقات جيدة، أما الأطفال في الدول الأخرى فلا تهتم بهم و لا تقدم لهم مساعدات بسبب سوء العلاقة مع حكامها[3].

و عند الحديث عن عدم التمييز بين الأطفال يبادر إلى ذهننا التساؤل التالي:

هل يتمتع الطفل غير الشرعي بذات الحقوق و الحريات التي يتمتع بها الطفل الشرعي المولود في إطار علاقة زوجية صحيحة؟

الواقع أن هذا المبدأ يخلق نوعا من الإشكالية يصعب حلها بسهولة خاصة إذا كانت قواعد العدالة و الإنسانية تفرض هذا المبدأ لأنه من غير المعقول أن نحمل الطفل الشرعي أو غير الشرعي وزرا ارتكبه والداه و لا يجوز عقلا أو منطقا أن نحمله تبعة علاقة آثمة بل هو أحد ضحاياها فلا تزر وازرة وزر أخرى و لا يسأل الطفل عن جريمة ارتكبها غيره هذا من ناحية و من ناحية أخرى فلو سلّمنا بهذه المساواة فإن ذلك سيساعد أو سيشجع بالعلاقات الجنسية غير المشروعة[4].

ثانيا : مظاهر حق الطفل في المساواة

من أولى الحقوق التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هي المساواة أمام القانون و أن يمنحهم حماية كاملة دون تفريق أو تمييز و يكفل القانون حماية متساوية و فعالة ضد أي تمييز و المساواة أمام القانون تعني أن الجميع يتمتعون بذات الحقوق و يتحملون ذات الالتزامات إذا ما تساوت مؤهلاتهم، و مثال ذلك أن يتحمل الجميع أعباء الخدمة العسكرية إذا بلغوا سنا معينة فلا يجوز فرضها

---

[1] نقلا عن أحسن زقور، المرجع السابق، ص 36.

[2] أحسن زقور، المرجع نفسه، ص 39.

[3] عروبة جبار الخزرجي، حقوق الطفل بين النظرية و التطبيق، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص 156.

[4] جيلالي عيادي، المرجع السابق، ص 75.

على أشخاص دون آخرين[1].

من حق الطفل على أبيه أن يسوي بينه و بين إخوانه في كل شيء و نخص بالذكر العطية و لقد اختلف في كيفية التسوية فقيل: بأن تكون عطية الذكر مثل عطية الأنثى لحديث ابن عباس: "**سووا بين أولادكم في العطية فلو كنت مفضلا أحدا لفضلت النساء**" و قيل: " **بل التسوية أن يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين على حسب التوريث**"[2].

و هذا القول فيه من العدل و الإنصاف ما لا يخفى لأن في التسوية بين الذكر و الأنثى مخالفة لما وضعه الشارع الحكيم من المفاضلة.

المطلب الثالث

الولاية على النفس

تعتبر الولاية على نفس المكفول أول أثر يرتبه عقد الكفالة بالنسبة للكافل[3] و التي تهدف إلى المحافظة على نفس المكفول و صيانته و بالتالي فإذا كانت الولاية تثبت كقاعدة عامة للقصر فإنها كذلك تثبت للمجنون و المعتوه و السفيه [4].

الفرع الأول

تعريف الولاية

الولاية لغة: هي قيام الشخص بأمر غيره.

الولاية إصطلاحا: الولاية على النفس تكون فقط في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كولاية التعليم و الحضانة و ولاية التزويج[5].

وعليه فإن الولاية تنتقل من أبوي المكفول إلى الكافل إذا كان معلوم النسب أو من ولي المكفول و هو مدير مؤسسة حماية الطفولة إذا كان مجهول النسب و هذه الولاية القانونية مخولة بقوة القانون طبقا لنص المادة 121 من ق.أ.ج[6] و هي ولاية متعدية أي أنها تكون أصلية إذا كانت من الغير مثل الكفالة الكفالة

---

[1] عروبة جبار الخزرجي، المرجع السابق، ص 158.

[2] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 150.

[3] لينة أنارس، كريمة علام، المرجع السابق، ص 39.

[4] آمال علال، المرجع السابق، ص 104.

[5] بدران أبو العينين بدران، الزواج و الطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، د.س.ن، ص ص 134-135.

[6] تنص المادة 121 من ق.أ.ج على أنه:"**تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية...**"

و هي التي تهمنا.

الملاحظ أن المشرع الجزائري كان مقصرا نوعا ما في موضوع الولاية على النفس فقد ركّز اهتمامه على الولاية على المال و ذلك في الكتاب الثاني النيابة الشرعية من المادة 87 إلى المادة 90 من ق.أ.ج، غير أن القانون العربي الموحد قام بتعريف الولاية على النفس و ذلك في المادة 6 منه و التي تنص على أنه:"**الولاية على النفس هي العناية بكل ما له علاقة بشخص قاصر المولى عليه كولاية التعليم و التربية و التوجيه في الحرفة و التزويج**"[1].

الفرع الثاني

سلطة الولي على النفس

من التعريف السابق للولاية على النفس يتضح لنا أن سلطة الولي على النفس تتعلق بنفس الصغير و ذاته أي كل ما يتعلق بهذه النفس من حيث الإشراف عليها من جميع الأوجه سواء من حيث الإنفاق على الصغير و العناية به و تنشئته و تقويمه و علاجه و إعداده للمستقبل و حتى الإشراف عليه أثناء فترة الحضانة كما يكون ملزم بدفع أجرة الحضانة إذا كان الأمر يتطلب تأجير حاضنة للطفل.

و الولاية على النفس يمكن أن تمنح للأب أو لغيره إلا أنه في حالة ما إذا كان الأب هو ولي النفس فإن هذه الولاية تكون أقوى و خاصة إذا ما تعلق الأمر بولاية التزويج، كما تنتقل الولاية بقوة القانون إلى الأم و هذا ما نصت عليه المادة 87 من ق.أ.ج: "**يكون الأب وليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا**"[2].

***نموذج عن انتقال الولاية إلى الأم:**

القرار 167835 بتاريخ 1998/05/17

قضية (ع ك) ضد: (أ-ح.ر)

قاصر – وجود أبوه حي ولي عنه – قبول استئناف أمه بالرغم من أنها لم تكن طرفا في الخصومة – خرق الأشكال الجوهرية في الإجراءات.

(المادة 87 من قانون الأسرة)

من المقرر قانونا " **يكون الأب وليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا**".

و لما كان ثابتا – في قضية الحال – أن القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدهما و هي لم تكن طرفا في الخصومة كما أن المطعون ضده لازال قاصرا و أن أباه هو ولي عنه حسب القانون و لم يتوف

---

[1] القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين، المرجع السابق.

[2] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

بعد لكي تنوب عنه الأم.

و من ثم فإن القصاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في لإجراءات و القانون مما يتوجب نقض القرار[1].

***الولاية في الزواج في اصطلاح الفقهاء:**

هي سلطة شرعية يكون لصاحبها القدرة على إنشاء العقود نافذة أي ترتب عنها آثار[2] و مناط هذه الولاية هو البكارة في الأنثى و الصغر في الذكر و الجنون فيهما، غير أنه لا يجوز للكافل أو الولي إجبار من في ولايته على الزواج و لا يجوز له تزويجها من دون موافقتها[3].

لكن الإشكال المطروح عندما يكون الكافل أنثى نظرا أن المشرع أجاز و سمح بذلك فكيف لها أن تزوج من في ولايتها و هي حتى لا تستطيع تزويج نفسها و هذا خاصة إذا كانت المولى عليها أنثى لأن الذكر ببلوغ سن الرشد له تزويج نفسه بنفسه.

الفرع الثالث

انقضاء الولاية على النفس

إن انتهاء الولاية على النفس تختلف بحسب ما إذا كان القاصر ذكرا أو أنثى.

أولا: إذا كان القاصر ذكرا

تنتهي الولاية على نفس القاصر الذكر بالبلوغ لقوله تعالى:"**و إذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم كذلك يبين الله لكم آياته و الله عليم حكيم**"[4]، و يقصد هنا بالبلوغ دخول الذكر دائرة التكليف.

كما قيل أن الولاية على النفس تنتهي بخمسة عشر سنة و الدليل على ذلك عندما أجاز الرسول صلى الله عليه و سلم لعبد الله بن عمر بالقتال و هو ابن الخامسة عشر سنة[5].

---

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 167835 بتاريخ 1998/05/17، المجلة القضائية عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1997.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 618.

[3] عبد الله سيد أحمد سرور، التعليق في قانون الولاية على النفس، دار الإلغى لنشر و توزيع الكتب القانونية بألمانيا، مصر، د.س.ن، ص 69.

[4] سورة نور، الآية 59.

[5] نقلا عن أحسن زقور، المرجع السابق، ص ص 149-150.

هناك دليل قرآني يثبت أن الولاية تنتهي ببلوغ الذكر ثمانية عشر سنة لقوله تعالى:"**و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشدّه**"[1].

و قد فسر ابن عباس لفظ الأشد بثمانية عشر سنة بمعنى بلوغ الذكر 18 سنة[2].

أما بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري حدد سن الرشد بتسعة عشر سنة(19) و هذا طبقا للمادة 40 منه التي تنص على ما يلي:"...و سن الرشد 19 سنة كاملة"[3].

ثانيا: إذا كان القاصر أنثى

أما الأنثى فتنتهي الولاية على نفسها بالبلوغ كالذكر و هذا ما أخذ به جمهور الفقهاء و كذا بعض المالكية، كما تنتهي هذه الولاية بالدخول إلى البيت الزوجية لعدم رشدها قبل الدخول[4].

المبحث الثاني

الحقوق المالية للطفل المكفول

اهتم الإسلام بالطفل المتكفل به و أعطاه حقوقه كاملة، و من ذلك حقوقه المالية التي غفل عنها الكثير من الناس هذه الأيام، و ذلك منذ ولادته إلى غاية مماته، فأوجبت نفقته على الكافل، و حفظت له حقه في الهبة و الوصية، و جعلت له ذمة مالية مستقلة و كفلت له حق الوصاية عليه و على ماله.

كما يعتبر المال من المقاصد الشرعية الخمسة و هي : الدين، النفس، العقل، المال و العرض.

رغم أن الإسلام و القانون كرس للطفل المتكفل حقوق مالية إلا أنه استثنى منها الميراث لأن هذا الأخير حق محفوظ للورثة فقط و لا غير.

المطلب الأول

الحق في النفقة

النفقة التزام أرسى الإسلام قواعده و شيّد أركانه و أصل وجود هذه النفقة مقرر في كتاب الله إجمالا في أكثر من آية، جاءت السنة و شرحت في أحاديث عدّيدة، و طبّق ذلك في المجتمع الإسلامي في

---

[1] سورة الأنعام، الآية 152.

[2] نقلا عن أحسن زقور، المرجع السابق، ص 150.

[3] القانون رقم 75- 58، المرجع السابق.

[4] أحسن زقور، المرجع السابق، ص 151.

عصوره المختلفة[1] يقول عزّ و جلّ: " **و اعبدوا الله و لا تشركوا به شيئا و بالوالدين إحسانا و بذي القربى و اليتامى و المساكين و الجار**"[2].

الفرع الأول

تعريف النفقة

النفقة لغة: يقال نفق الشيء نفقا: نفذ و أنفق المال و نحوه، و أنفذه و صرفه و الإنفاق بذل المال و نحوه في وجه من وجوه الخير[3].

النفقة اصطلاحا: تباينت اصطلاحات الفقهاء في تعريف النفقة:

عند الحنفية:المراد بالنفقة الطعام و الكسوة و السكنى.

عند المالكية: النفقة ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف، بمعنى النفقة تكمن في الحاجيات الأساسية التي يقوم عليها الإنسان دون سرف.

عند الشافعية: النفقة طعام مقدر لزوجة و خدامها على زوج و لغيرها من أصل و فرع و رقيق و حيوان ما يكفيه.

و أخيرا عند **الحنابلة:** كفاية من يموّنه خبزا و كسوة و مسكنا و توابعها[4] و تثبت مشروعيّتها بالكتاب و السنة.

***من الكتاب :**

قوله تعالى " **لينفق ذو سعة من سعته** "[5].

***من السنة :**

قوله صلى الله عليه و سلم " **و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف**".

يقول بن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم [6].

---

[1] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، لبنان، 1983، ص 841.

[2] سورة النساء، الآية 36.

[3] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 134.

[4] نورة بنت مسلم المحمادي، حق النفقة للطفل دراسة فقهية مقارنة تطبيقية، مكة المكرمة، د.س.ن، ص 27.

[5] سورة الطلاق، الآية 7.

[6] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 136.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة، نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف النفقة و إنما ذكر مشتملاتها في المادة 78 منه.

الفرع الثاني

مشتملات النفقة

تنص المادة 78 من ق.أ.ج على أن النفقة تشمل: الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة [1].

من خلال هذه المادة يمكن استنتاج مشتملات النفقة و هي:

1/الغذاء:

هو ما يكون له تمام الجسم و قوامه من الطعام و الشراب.

معظم الفقهاء فسروا به معنى النفقة، فعند الحنفية فسرت النفقة بالطعام و ذلك نظرا لأهمية و ضرورة الغذاء باعتباره قوام للأبدان و صلاحها، فأوجب الشرع على الأب القيام بحق الإطعام للولد وجعله أصلا من أصول النفقة [2].

حق الطفل في الغذاء الكافي، هو حق مكفول بموجب قواعد القانون الدولي الذي ينص على ذلك بعبارات متنوعة عبر الإعلانات العالمية و الاتفاقيات الدولية التي تعود في تاريخها إلى إعلان حقوق الطفل عام 1924 و الذي جاء فيه " **الطفل الجائع يجب أن يطعم** "[3].

هذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الغذاء من بين أهم متطلبات الحياة اليومية و لذلك يجب تحرير الطفل من سوء التغذية.

2/الكسوة:

أ/لغة: اللباس

ب/اصطلاحا: ما جرت العادة بلبسه مما لا غنى عنه[4].

3/العلاج:

لكل إنسان الحق في الحصول على الرعاية الصحية و القانونية و الحق في الاستفادة من العلاج الطبي بموجب الشروط التي تضعها القوانين و الممارسات المحلية [5].

---

[1] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] نورة بنت مسلم المحمادي، المرجع السابق، ص 34.

[3] ماهر جميل أبو خوات، المرجع السابق، ص ص 103- 104.

[4] نورة بنت مسلم المحمادي، المرجع السابق، ص 38.

[5] وفاء مرزوق، حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 42.

و ذكر الفقهاء أن من جملة ما يكون في نفقة الولد اللازمة على الأب القيام بعلاجه و مداواته و يدخل في ذلك ما يكون من الختان لكن البعض صرّح بها و الآخر ضمّنها و أدخلها بالقياس[1].

4/السكن:

إن النمو الاجتماعي و البدني للطفل مرتبط ارتباطا وثيقا بالبيئة التي ينشأ فيها و كذا ظروفه المعيشية فثقة الطفل في نفسه و هويته يعتمد على حصوله على مكان يعيش فيه.

و بالتالي فالسكن في نظر الطفل هو العالم الصغير الذي يعيش فيه و يشعر فيه بالأمان و الطمأنينة كما تنص المادة 25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن " **لكل شخص مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة و الرخاء له و لأسرته، و خاصة على صعيد المأكل و الملبس و المسكن و العناية الطبية.....**"

بالإضافة إلى ما أكده إعلان حقوق الطفل لعام 1959 في المبدأ الرابع حيث نص على أن: " **للطفل حق في قدر كاف من الغذاء و المأوى و اللهو و الخدمات الطبية** "[2].

الفرع الثالث

شروط النفقة

اشترط الفقهاء مجموعة من الشروط لوجوب النفقة على الطفل و هي:

- لا تجب نفقة الطفل على الأب إلا إذا كان محتاجا بأن لم يكن له مال، لأنهم جزء منه فالإنفاق عليهم كالإنفاق على نفسه [3].
- أن يكون المنفق غنيا يستطيع أولا و قبل كل شيء أن ينفق على أهله ثم ينفق على الطفل[4] وعليه فإن كان معسرا فإن نفقة الولد تسقط عنه و لا يجبر الأب المعسر أن ينفق على ولده فتكون الأم هي المسؤولة عن الإنفاق عن أولادها إن كانت قادرة و هذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري[5].

---

[1] نورة بنت مسلم المحمادي، المرجع السابق، ص 41.

[2] فاطمة شحاتة أحمد زيدان، المرجع السابق، ص ص 222-223.

[3] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص147.

[4] عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق ، ص 137.

[5] المادة 76 من ق.أ.ج "**في حالة عجز الاب تجب نفقة الاولاد على الام اذا كانت قادرة على ذلك**".

لذلك فإن كان للصغير عقار أو غيره و احتاج إلى ذلك في النفقة فللأب بيع ذلك العقار ليتمكن من الإنفاق على الطفل و لا حرج في ذلك و هذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء [1].

- أن لا يكون بالغا عاقلا قادرا على الكسب، لأنه في هذه الحالة نفقته تسقط عن أبيه و لكن إن أصابه جنون أو عاهة تمنعه من الكسب فإن نفقته تستمر على أبيه[2].
- يشترط إتحاد الدين إن لم يكن سبب النفقة قرابة الولادة و هي عمود النسب بمعنى المخالفة لا يشترط مثل هذا الشرط في نفقة الأصول الواجبة على فروعهم [3].

تنص المادة 75 من ق.أ.ج على مايلي: " **تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب**" [4].

لو تمعنا في هذه المادة نجد أن المشرع ذكر شرط واحد ألا و هو الكسب فإذا لم يكن للولد مكسب أي حرفة و مهنة يقتات منها فللأب الإنفاق على ولده، كما لا يجوز عليه الرجوع على الطفل بما أنفق عليه[5] و الدليل على وجوب نفقة الأبناء على الآباء قوله تعالى: "**و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف**" [6].

الفرع الرابع

سقوط النفقة

إن من بين الالتزامات التي تترتب على الأب تجاه أولاده هو واجب الإنفاق عليهم، و في حالة عجزه فهذا الواجب ينتقل إلى الأم إن كانت قادرة على ذلك. لكن هل هذه النفقة المستحقة للأبناء مؤبدة أم مؤقتة؟[7]

للإجابة عن هذا السؤال نعود إلى المادة 75 من ق.أ.ج أين المشرع وضع حدا زمنيا لحق النفقة غير أن سقوط النفقة تختلف من الذكور للإناث و هذا ما سوف نتطرق إليه.

---

[1] نورة بنت مسلم المحمادي، المرجع السابق، ص 54.

[2] السيد عمر عبد الله، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د.س.ن، ص 321.

[3] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 421.

[4] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[5] غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية و الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 53.

[6] سورة البقرة، الآية 233.

[7] السيد عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 118.

أولا: سقوط نفقة الذكور

تنص المادة 75 من ق.أ.ج على أنه: " **تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب**"[1].

تضيف المادة 76 من القانون نفسه على أنه: " **في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك**"[2].

يتضح من المواد السالفة الذكر أن المشرع الجزائري قد أوجب نفقة الذكور على الأب ثم الأم في حالة عجز الأب إلى غاية بلوغ سن الرشد و هو في القانون المدني تسعة عشر سنة (19)، إذ تنص المادة 40 من ق.م.ج على أنه:"**كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد 19 سنة كاملة**"[3].

هذه الفكرة سائدة في الشريعة الإسلامية و بالنسبة للولد العاجز عن العمل فتجب نفقته على الأب لكن في المذهب المالكي يشترط زيادة على القدرة على العمل، البلوغ حتى تنتهي النفقة الغذائية للأولاد القاصرين[4].

أما بالنسبة للمذاهب الأخرى الحنفي و الحنبلي و الشافعي، فالبلوغ ليس شرط لسقوط النفقة و إنما تسقط بمجرد القدرة على العمل.

إن كان الأصل أن النفقة تسقط ببلوغ الذكر 19 سنة غير أنه قد تستمر رغم البلوغ أو قد تسقط قبل بلوغه هذا السن، فقد يكون الطفل مصابا بآفة عقلية أو بدنية تحول دون تمكنه من كسب رزقه بنفسه كما قد ينشغل الذكر بالدراسة و بالتالي لا يشغل أي منصب عمل ففي هذه الحالات فإن الأب يبقى ملزما بالإنفاق عليه رغم أنه تجاوز السن القانونية التي تمنحه هذا الحق.

و من جهة أخرى قد يتمكن الطفل من الحصول على عمل و بالتالي على راتب أو أجرة قبل أن يبلغ من العمر 19 سنة، ففي هذه حالة و مادامت الحاجة إلى النفقة قد استغنى عنها فإن النفقة تسقط على الأب بسبب زوال السبب.

---

[1] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] القانون رقم 84-11، نفس المرجع.

[3] القانون رقم 75-58، المرجع السابق.

[4] السيد عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 119.

ثانيا: سقوط نفقة الإناث

إذا كان الأصل أن النفقة تسقط ببلوغ الذكر سن 19 سنة، فإنها تستمر بالنسبة للإناث إلى الدخول بها و هذا ما ذهب إليه المشرع في المادة 75 من ق.أ السالفة الذكر بمعنى إلى غاية انتقالها إلى البيت الزوجية و إلى الوقت الذي يناوب فيه الزوج الأب كون النفقة تنتقل إلى الزوج بالدخول بها.

و إذا افتراضنا أن البنت لن تتزوج فإن نفقتها تبقى على عاتق والدها، لكن إذا كانت للبنت موارد خاصة ناتجة من مهنة شريفة تزاولها بمحض إرادتها فلا يلزم الأب بضمان نفقتها، و لكن إن لم يف كسبها بالنفقة كان على الأب إكمالها[1].

كما يستحق الطفل المكفول النفقة ليس على أساس أنه ولد الفراش أو القرابة أو الإرث و إنما على أساس عقد الكفالة الذي أبرمه الكافل مع أهل المكفول أو المركز الاجتماعي و لذلك فيجب على الكافل النفقة على الطفل المكفول و إطعامه و كسوته...الخ، و هذا ما أورد في المادة 116 من ق.أ.ج التي تنص على:" **الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي**"[2].

أما في حالة عدم احترام الكافل لالتزاماته كالإنفاق فيمكن أن تكون سبب لانتهاء هذه الكفالة و مطالبة والدي المكفول بعودة هذا الأخير إلى رعايتهما إذا كان معلوم النسب أما مجهوله فيعود إلى المركز، كما يمكن أن يتابع جزائيا بدعوى الانفاق و إهمال الطفل المكفول.

المطلب الثاني

حق الولاية على المال

باعتبار أن الطفل المكفول يعتبر ناقص الأهلية كان لابد من حماية مصالحه و حفظ ماله و هذا ما يتم عن طريق تعيين ولي يسهر على الحفاظ على أمواله و ممتلكاته تفاديا لأي تصرف من الطفل المكفول يؤدي إلى الإضرار بمصالحه المالية أو بالإنقاص من قيمتها، و الولي في عقد الكفالة هو الكافل.

---

[1] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998، ص 261.

[2] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

الفرع الأول

تعريف الولاية

الولاية هي السلطة الشرعية التي تخول لصاحبها الحق في مباشرة التصرفات المالية و العقود المتعلقة بمال المولى عليه و تنفيذها مع مراعاة مصلحته و ما يعود عليه بالنفع [1].

نجد أن المشرع الجزائري منح الولاية للأم في حالة وفاة الأب و ذلك من خلال نص المادة 87 من ق.أ.ج السالفة الذكر[2] مع العلم أنه يجوز للأب أن يتنازل عن ولاية ابنه القاصر لشخص آخر كالجد أو أحد الأقارب و هذا التصرف لا يكون نهائيا.

و الولاية على الصغير عند الشافعية للأب ثم الجد الصحيح ثم لوصي الأب ثم لوصي الجد إذ يعتبرون الجد الصحيح في منزلة الأب عند عدم وجوده أما الحنفية يرون أن الولاية على الصغير تكون للأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصي الجد فهم بهذا يثبتون الولاية للجد إلا أنها تأتي بعد ولاية وصي الأب.

فيما ذهب أصحاب المذهب المالكي و الحنابلة إلى أن الولاية تؤول للأب ثم لوصيه ثم للقاضي و وصيه لأن عندهما الجد ليست له ولاية على القاصر و لا ينزل منزلة الأب[3].

و نجد أن الحنفية مذهب توفيقي بين هذه المذاهب إذ أنه لم يلغي ولاية الجد كما قرر المذهب المالكي و الحنابلة و لم يقدمها على وصي الأب كما قرر الشافعي بل هو مذهب وسط بينهما[4].

تثبت الولاية على مال الصغير غير المميز أو المجنون أو المعتوه و العاجز عن مباشرة شؤونه و تصرفاته المالية[5]، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 81 من ق.أ.ج: "**من كان فاقدا لأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا و لي أو مقدّم طبقا لأحكام هذا القانون**"[6].

و يعتبر طفلا غير مميز كل من لم يبلغ ثلاث عشر سنة و هذا حسب نص المادة 42 /2 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "... **يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشر سنة**"[7].

---

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 618.

[2] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[3] كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية (الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية)، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص 35.

[4] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ص 466-467.

[5] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 222.

[6] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[7] القانون رقم 75-58، المرجع السابق.

بالتالي كل تصرفاتهم لا يعتد بها لعدم إدراكهم و الولاية على هذه الفئة من الأشخاص تكون ولاية عامة.

الفرع الثاني

شروط الولي و سلطاته

أولا: شروط الولي

للولاية شروط يجب مراعاتها، إذا فقد أحدها لا وجود لحق الولاية و هي كالآتي:

1/البلوغ و العقل:

لصحة الولاية يشترط البلوغ و العقل في الولي فإن كان ناقص الأهلية أو عديمها لا تثبت له الولاية على ماله فلا يعقل أن تثبت على مال غيره بحيث لا يجوز للولي مباشرة أي حق من حقوق الولاية إلا إذا توفرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو، لذلك فالصغير لا يصلح للولاية لعدم بلوغه و كذلك يشترط العقل في الولي لأن العقل مناط التكليف فإن كان غير عاقل لا يقوم بشؤونه فأولى به ألا يقوم بشؤون غيره، بالتالي لا تجوز ولاية المجنون و المعتوه و منه لا تجوز ولاية الصبي مميّزا كان أو غير مميّز[1].

2/الرشد و عدم الحجر:

المقصود بالرشد أن تكون للولي أهلية وجوب و أهلية أداء فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لمباشرة حقوقه و واجباته أما أهلية الأداء فالمقصود بها صلاحية الشخص لصدور فعل منه على وجه يعتد به شرعا[2]، كذلك يجب أن لا يكون الولي محجور عليه لسفه فهذا الأخير لا ولاية له على ماله فكيف يتصور له الولاية على مال غيره[3] معنى ذلك أن العقود التي ينشئها المحجور عليه لا تنشأ نافذة و لا تترتب عليها أحكامها التي رتبها القانون و كذلك سائر التصرفات و المادة 101 من ق.أ.ج بينت لنا أسباب الحجر بنصها على :" **من بلغ سن الرشد و هو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه**"[4].

---

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 133.

[2] التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المجلد الرابع: كتاب الأحوال الشخصية، دار الوعي، الجزائر، 2009، ص 177.

[3] محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و القانون، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 681.

[4] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

و بذلك فأسباب الحجر حسب المشرع الجزائري تتمثل في الجنون، العته، السفه، بالإضافة إلى الغفلة و الصغير [1].

3/إتحاد الدين مع المولى عليه:

اتفق العلماء على وجوب إتحاد دين الولي و المولى عليه فلا ولاية لكافر على مسلم و لا نصراني مع مجوسي نظرا لاختلاف دينهما و عدم التوارث بينهما ما عدا القاضي فلا يطبق عليه هذا الشرط نظرا لأن ولايته عامة [2].

ثانيا : سلطات الولي

تنص المادة 1/88 من ق.أ.ج: "**على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام...**" [3] و ما يفهم من نص هذه المادة أن كل تصرف يملكه الولي في ماله الخاص يجوز أن يتصرفه في مال مكفوله إلا ما يكون تبرع لأن هذا الأخير يعد ضررا محضا باعتبار أن الولاية وجدت مراعاة لمصلحة المكفول[4] و تنقص من ذمته المالية إلا التبرع من أجل أداء واجب إنساني أو عائلي بعد إذن المحكمة المختصة [5].

كما يشترط هذا الإذن أيضا من أجل تصرف الولي في عقار مكفوله سواء لنفسه أو زوجته أو أقاربه سواء بالبيع أو الرهن أو القسمة و نفس الحكم ينطبق على المنقولات و كل الاستثمارات في أموال القاصر بالإقراض أو بالاقتراض، أو المساهمة في شركة، كذلك إيجار عقارات القاصر و هذا حسب نص المادة 88 من ق.أ.ج و خلاصة ذلك فإن تصرفات الولي في أموال القاصر تتم تحت إشراف القضاء و أي إخلال بذلك يرتب مسؤوليته عن المال في حالة تعريضه للخطر [6].

الفرع الثالث

انقضاء الولاية

لا تعتبر الولاية سلطة أبدية للولي على المولى عليه بل شأنها شأن كافة السلطات تنتهي لأسباب معينة و هذا ما نستنتجه من خلال المادة 91 من ق.أ.ج التي تنص: " **تنتهي وظيفة الولي ب:**

---

[1] محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 41.

[2] محمد نبيل سعد الشاذلي، المرجع السابق، ص 683.

[3] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 469.

[5] محمد نبيل سعد الشاذلي، المرجع السابق، ص 682.

[6] محمود بن ابراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس، العدد 1، 2010، ص 6.

1- عجزه

2- موته

3- بالحجر عليه

4- بإسقاط الولاية عنه"[1].

أولا: عجز الولي

في حالة ما إذا ارتأى للولي أنه عاجز عن مباشرة سلطته في التصرف في مال المولى عليه يمكن له أن يطلب التخلي عن الولاية من المحكمة المختصة أين يقوم القاضي بإجراء تحقيق حول الطلب و التثبت من دواعيه بقبول تخلي الولي عن الولاية و في هذه الحالة تنتقل الولاية إلى الأم عملا بالمادة 87 من ق.أ.ج السالفة الذكر و في حالة زوال عجز الولي يحق له طلب رد الولاية.

ثانيا: موت الولي

تعد الوفاة أحد أسباب انقضاء الولاية إذ أنه بوفاة الولي تنتهي ولايته على مال الصغير و لا تنتقل الولاية إلى ورثته عكس ما هو الأمر لو أن الولي هو الأب فالولاية تنتقل إلى الورثة أي الأم بقوة القانون.

ثالثا:الحجر عليه

أثناء أداء الولي مهامه و سلطاته يمكن أن يفقد أهليته و يحجر عليه مما يؤدي إلى انتهاء الولاية إلا أن هذه الأخيرة لا تنتهي إلا إذا صدر قرار من المحكمة المختصة بذلك و الحكمة من إنهاء الولاية في هذه الحالة هو أن الولي يصبح غير قادر على مباشرة شؤونه الخاصة فما بالك مباشرة شؤون وليه[2].

رابعا:إسقاط الولاية عنه

إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو غيبته أو حبسه، فللقاضي أن يقوم من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من ذوي الشأن بسلب الولاية منه أو الحد منها أو وقفها [3].

---

[1] القانون رقم 84 -11، المرجع السابق.

[2] كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية(الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية)، المرجع السابق، ص 64.

[3] كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية(الولاية، الوصاية، الحجر، الغيبة، المساعدة القضائية)، المرجع نفسه، ص 66.

المطلب الثالث

الحق في التبرعات

إذا كان الولد المكفول لا يرث من مال كافله فإن ذلك لا يعني أنه قد حرم تماما من هذا الحق إذ أنه يجوز للكافل أن يملك هذا الولد جزء من ماله و ذلك عن طريق الوصية أو الهبة و هذا ما ورد في نص المادة 123 من ق.أ.ج التي تنص على: "**يجوز للكافل أن يتبرع أو يوصي للمكفول بماله في حدود الثلث**"[1] فالمشرع أجاز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله لأن الشريعة و القانون حرمت هذا الطفل من الميراث و هذا ما سنقوم بدراسته.

الفرع الأول

الحق في الهبة

الهبة لغة: الهبة بكسر الهاء و تخفيف الباء الموحدة هي تمليك الإنسان ماله لغيره في الحياة دون عوض[2].

الهبة اصطلاحا: هي تمليك مال، معلوم، موجود مقدور على تسليمه في الحياة، غير واجب، بغير عوض مما يعد هبة عرفا، و من دفعها إلى إنسان للتقرب و التودد كانت هدية حسب ما جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية [3].

بينما المشرع الجزائري عرف الهبة على أنها تمليك بلا عوض على وجه التبرع و تكون حال الحياة على عكس الميراث كما للواهب أن يعلق هذه الهبة على شرط و هذا ما ورد في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: " **الهبة تمليك بلا عوض و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط**" [4].

ويتضح من نص المادة أن للعقد عنصرين :

أولهما مادي: و يتمثل في تصرف الواهب في ماله دون عوض.

---

[1] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] عبد العظيم بروى، الوجيز في فقه السنة و الكتاب العزيز، الطبعة الثالثة، دار بن رجب للنشر و التوزيع، مصر، 2001، ص373.

[3] مجلة الأحوال الشخصية التونسية، أمر مؤرخ في 13 أوت1956، منشور بالرائد الرسمي التونسي، عدد66 الصادر في 17 أوت 1956.

[4] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

و ثانيهما معنوي: يتمثل في نية التبرع [1].

أولا: أركان الهبة

أركان الهبة عند جمهور الفقهاء أربعة و هي:

الواهب، الموهوب له، الموهوب و صيغة الهبة، أما ركن الهبة عند الأحناف فيقتصر على الإيجاب و القبول، كما لا تتم إلا بالقبض.

1/الواهب:

يشترط في الواهب مجموعة من الشروط يجب توفرها حتى تكون صحيحة و هذا ما نصت عليه المادة 203 من ق.أ.ج و هي:

- أن يكون أهلا للتبرع و ذلك بأن يكون عاقلا بالغا راشدا، فلا تصح هبة المحجور عليه لسفهه أو جنونه، كما لا تصح هبة الصغير فكلها باطلة ولو بإذن الولي أو المحكمة[2].
- أن يكون حرا فلا تصح هبة الرقيق.
- أن يكون الشيء الموهوب ملكا للواهب، فلا يجوز هبة مال الغير دون إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك و هذا ما أخذت به الحنفية.
- أن يكون مختارا لأن الهبة كباقي العقود يشترط فيها الرضا، لأن هذا النوع من العقود يؤدي إلى افتقار ذمة الواهب.

2/ الموهوب له:

باعتبار أن الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول و ذلك طبقا للمادة 206 من ق.أ.ج التي تنص: "**تعقد الهبة بالإيجاب و القبول...**" [3].

فيشترط إذا على الموهوب له القبول[4] كما يجب أن يكون الموهوب له موجود حقيقة وقت الهبة فقد اتجه الرأي الغالب في الفقه إلى أن الهبة للجنين باطلة لأن الهبة إيجاب و قبول و الجنين لا يقدر على التعبير عن قبوله[5].

---

[1] مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، مصر، 2000-2001، ص 6.

[2] كمال حمدي، المواريث و الهبة و الوصية، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص 164.

[3] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر العبادات، الجزء الأول، دار الكلم الطيب، سوريا، 2010، ص 696.

[5] كمال حمدي، المواريث و الهبة و الوصية، المرجع السابق، ص 164.

نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز الهبة للحمل و اعتبرها صحيحة و لكن علقها على شرط ولادته حيا و هذا ما نص عليه في المادة 209 من ق.أ التي تنص على: " **تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا**"[1].

كما يجب أن يكون آهلا، أما إذا كان الموهوب له صبيا غير مميز أو مجنونا أو معتوها فهنا لا يكون أهلا لقبول الهبة بنفسه و لكن يقبلها عنه وليه أو وصيه أو حتى القيم عليه و ذلك دون استئذان المحكمة لأنها من الأعمال النافعة له نفعا محضا [2].

كون أن الطفل المكفول قاصر و لا يستطيع القبول بنفسه فللكافل قبول هذه الهبة باعتباره وليا له بحكم عقد الكفالة أو الأبوين إن كان معلوم النسب.

3/ الموهوب:

المراد به الشيء الذي يوهب من الأثمان و المثمونات[3] و يشترط في الموهوب ما يلي:

- أن يكون الموهوب يقبل الانتقال فمثلا: لا يجوز أن نوهب أشجار دون أن تكون الأرض كذلك محلا للهبة فهذا صعب و مستحيل عمليا.
- أن يكون الشيء الموهوب مباح شرعا: سواء كان معلوم أو مجهول عينه أو قدره[4] بمعنى كل ما هو صالح للتعامل فيه و غير مخالف للنظام العام.
- أن يكون الموهوب معينا أو قابل للتعيين و كذلك أن يكون موجودا و ذلك خلافا للقواعد العامة للعقد فإن هبة الأموال المستقبلية باطلة بطلانا مطلقا و لا تلحقها الإجازة [5].
- كما تجوز هبة المال المشاع و هذا ما يستخلص من نص المادة 208 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: "**إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب له مشاعا فإن التوثيق و الاجراءات الإدارية تغنى عن الحيازة**"[6].

و الهبة التي يبرمها الواهب المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية فتكون صحيحة إذا لم تزد عن الثلث أما إذا زاد عنها متوقف على إجازة الورثة و هذا ما ورد في نص المادة 204 من ق.أ.ج التي

---

[1] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] كمال حمدي، المواريث و الهبة و الوصية، المرجع السابق، ص 165.

[3] منار الإسلام،" الهبة"، 2014/05/04 www.m-islam.com

[4] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر العبادات، المرجع السابق، ص 696.

[5] كمال حمدي، المواريث و الهبة و الوصية، المرجع السابق، ص 166.

[6] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

تنص على أن : "**الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة: تعتبر وصية**" [1] أما إذا صح من مرضه فالهبة صحيحة.

4/ الصيغة:

كما سبق الإشارة إلى أن الهبة عقد لا يتم إلا بإيجاب و قبول متطابقين، الصيغة و هي تعبر عن تراضي الطرفين، و التزام كل طرف بما يقتضيه العقد الذي يسبب ثراءه وتكون الصيغة صادرة و معبرة عن إرادتي الطرفين في شكل إيجاب و قبول و هذا ما نصت عليه المادة 206 من ق.أ.ج، من قول أو فعل، كلفظ الهدية و العطية و النحلة و ما شابه ذلك.

فتصح الهبة بكل ما دل على تمليك صراحة، مثل: وهبت و ملّكت أو معنى و دلالة إن فهم معناها من قول مثل: خذ، أو فعل مع قرينة دالة على التمليك[2].

ثانيا: الرجوع عن الهبة

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول موضوع جواز الرجوع عن الهبة، فالمالكية و الشافعية و الحنابلة لا يجيزون الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة و هي حالة هبة الوالد لولده و تسمى عند المالكية باعتصار الهبة و دليلهم في ذلك ما روي عن الرسول عليه الصلاة و السلام من أنه قال:" **لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده**".

أما عند الحنفية فللواهب الرجوع في هبته استنادا إلى الحديث الشريف القائل: "**الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها**"[3].

و بالرجوع إلى المادة 211 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: " **للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:**

- **إن كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.**
- **إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.**
- **إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته**"[4].

---

[1] القانون رقم 84-11، نفس المرجع.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر العبادات، المرجع السابق، ص 697.

[3] نقلا عن كمال حمدي، المواريث و الهبة و الوصية، المرجع السابق، ص ص 171-172.

[4] القانون رقم 84-11، المرجع سابق.

فيفهم من نص المادة أن المشرع أجاز للوالدين الرجوع في الهبة لأولادهم و بهذا يكون المشرع أخذ برأي المالكية و لكن هذه القاعدة أورد عليها استثناءات أين لا يجوز للوالد الرجوع عن هبته و هي واردة على سبيل الحصر و هذا ما نستنتجه من خلال المادة 211 من ق.أ.ج السالفة الذكر.

إذا كانت الكفالة تعطي للكافل الولاية القانونية على المكفول و تجعله بمثابة الأب له فإن هذا لا يعني أنها ترتب نفس الآثار بين الأبناء الأصليين و آبائهم، إذ أن أحكامها نصت صراحة على أنه يجوز للكافل فقط الهبة أو الوصية في حدود الثلث و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة[1].

بمعنى المخالفة فإن الطفل المكفول لا يرث من الكافل لاحتفاظه بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، و لذلك نجد أن المشرع أعطاه بديل عن الإرث الهبة و الوصية.

كما أن عقد الكفالة لا ينشأ حقوق ميراثية و هذا ما أقرته الشريعة الإسلامية و هو الشيء الذي يفرق بين التبني و الكفالة[2].

و إذا قام الكافل بوهب المكفول مال أو أي شيء فينتقل بمجرد حيازته له، أما إذا كان عقار فإنه ينتقل له بإجراءات شكلية محددة في قانون التوثيق و الشهر[3].

الفرع الثاني

الحق في الوصية

أتى فقهاء الشريعة الإسلامية بتعاريف متعددة للوصية و كلها تعبر عن عمل ينطوي على أي من المفردات الآتية: التمليك سواء للعين أو المنفعة، أو العهد بالتصرف بأمر ما بعد الوفاة بطريق التبرع و قد تقاربت التعاريف حول معنى الوصية.

فلدى الأحناف: عرفها صاحب تنوير الأبصار بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت.

لدى المالكية: الوصية في عرف الفقهاء، عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته، أو بموجب نيابة عنه بعده.

لدى الجعفرية: في الشرائح الوصية: تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة.

و في تذكرة الفقهاء: الوصية عين أو منفعة بعد الموت تبرعا [4].

---

[1] القانون رقم 84-11، نفس المرجع.

[2] منتديات جلفة لكل الجزائريين و العرب، " الكفالة و التبني"، 2014/04/08. www.djelfa.info

[3] أمال علال، المرجع السابق، ص ص 112-113.

[4] الياس ناصيف، الوصية، الجزء الثاني الوصية للمسلمين و في القانون الدولي الخاص، دار النشر 2003، ص ص 11-12.

بالرغم من اختلاف الآراء إلا أن معنى الوصية في اصطلاحهم تعتبر تمليك مضاف إلى ما بعد الموت[1].

و التعاريف السابقة لا تبتعد كثيرا عن تعريف قانون الأسرة الجزائري الوارد في المادة 184 منه و التي تنص على ما يلي: " **الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**" [2].

و هذا ما نجده كذلك في مجلة الأحوال الشخصية التونسية في المادة 171 التي تنص على أن: "**الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة**" [3].

أولا : شروط صحة الوصية

إن الشروط المتعلقة بصحة الوصية بعضها يمس الموصي و الموصى له و بعضها الآخر يتعلق بالموصى به و سنتعرض لدراستها فيما يلي:

1/الشروط المتعلقة بالموصي:

أ/بلوغ سن الرشد:

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي بالغا، فلذلك لا تصح الوصية من صبي غير مميز لأن الوصية تبرع مالي و تعد من التصرفات الضارة ضررا محضا، فلا تكون جائزة إلا بوجود الإدارة و التمييز [4].

لهذا نجد أن المشرع اشترط أن يكون الموصي بالغا السن القانوني 19 سنة و هذا ما ورد في المادة 186 من ق.أ.ج التي تنص على ما يلي:" **يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر 19 سنة على الأقل**" [5].

بمعنى ضرورة تمتع الموصي بسن الرشد القانوني المنصوص عليه في المادة 40 الفقرة الثانية من القانون المدني و الذي يخول الشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

غير أن العرف يجيز لمن بلغ من العمر 18 الإيصاء و لكن بعد الحصول على إذن من القاضي.

---

[1] كمال حمدي، المواريث و الهبة و الوصية، المرجع السابق، ص 190.

[2] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[3] القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958، المرجع السابق.

[4] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 253.

[5] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

ب/سلامة العقل:

يشترط في الموصي أن يكون أهلا للإيصاء، و المقصود بالأهلية هنا هي أهلية التبرع، و بالتالي فإن أهلية فاقد الأهلية كالمجنون تكون باطلة بطلانا مطلقا، كما لا تصح وصية ناقص الأهلية كالمعتوه[1].

ج/إرادة الإختيار:

يقصد بالاختيار أن يكون الموصي حرا غير مكره لأنه في حالة الإكراه فالوصية تكون باطلة، لأن الوصية تصرف قانوني فيشترط توفر عنصر الرضا و لذلك فلا تصح وصية الهازل و المكره و المخطأ لأن هذه العوارض تفوت الرضا، و هذا الأخير لا بد منه في عقود التمليك [2].

2/الشروط الخاصة بالموصى له:

قد يكون الموصى له شخصا طبيعيا كما قد يكون شخص معنوي و في كلتا الحالتين يشترط فيه توفر ما يلي:

أ/وجود الموصى له و معلوميته:

نقصد بوجود الموصى له أن يكون هذا الأخير موجودا سواء كان وجوده حقيقيا أو تقديرا مثل الحمل[3]، إذ لا تجوز الوصية للمعدوم شأن ذلك الوصية للميت أما بالنسبة للحمل فيشترط لصحتها أن يولد الجنين حيا لأقل من 6 أشهر من وقت الوصية [4].

أما معلومية الموصى له فالمقصود بها هو معرفة الموصى له بالتعيين أو الوصف بما يرفع الجهالة في الحال إذ أنه لو أوصى لمجهول يستحيل رفع جهالته بطريق لا يمكن إزالتها فلا تصح الوصية منه فلصحتها لابد أن يكون الموصى له معلوما وقت آداء الوصية حتى يقع الملك له و يمكن تسليم الموصى به له[5].

يستثني من هذا الشرط أن تكون الوصية لله تعالى أو لأعمال البر أو الوصية للمساجد، المستشفيات بحيث لا يشترط علم الموصى لهم في هذه الحالة لصحة الوصية.

---

[1] الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 217.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 357.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 255.

[4] أبي الوليد القرطبي الأندلسي، المرجع السابق، ص 339.

[5] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 73.

ب/أهلية الموصى له للتملك:

تعتبر الأهلية شرطا للتملك و صحة الوصية فلا تجوز الوصية للميت أو العبد مع العلم أن الفقهاء اختلفوا حول مدى صحتها بالنسبة للميت فهناك من قالوا ببطلان الوصية بموت الموصى له و آخرون أجازوا الوصية رغم موت الموصى له [1].

لا تصح الوصية لما ليس أهلا للتملك و شأن ذلك الحيوان أو الدابة لأن هذه الأخيرة لا تملك.

إلا أن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذا الشرط لا بالنفي ولا بالإثبات و هذا ما يظهر في المواد من 186 إلى 201 من ق.أ.ج، فهو لم يتناول حكم الوصية بالنسبة للحيوان أو الدابة [2].

أما بالنسبة لوفاة الموصى له فقد تناول المشرع الجزائري حكم هذه الحالة في نص المادة 201 من ق.أ.ج أين نص على أنه:" **تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها**"[3].

و كذلك لا تستحق الوصية للموصى له إلا بعد موت الوصي، و سداد الديون و إذا استغرقت الديون التركة كلها فليس للموصى له شيء [4].

ج/أن لا يكون جهة محرمة أو قاتل للموصي:

لنفاذ الوصية لابد أن تصدر إلى غير جهة معصية أو قاتل الموصي و نقصد بجهة معصية الجهة المحرمة شرعا و قانونا أن نوصي إليها، لأن الأصل في الوصية أنها قربة و عبادة، و لا عبادة بمعصية و على هذا الأساس تصح الوصية لما هو قربة في نظر الأديان جميعا، فتكون الوصية للفقراء و المحتاجين سواء كانوا مسلمين أو لا.

إذا فالوصية تصح للمساجد و الجمعيات الخيرية و أي شيء آخر لا يتنافى و مقاصد الشريعة [5].

.[5]

كذلك لا تجوز الوصية للقاتل أي لا يجوز تمليك قاتل الوصي مع أنه هناك اختلاف آراء الفقهاء حول جواز ذلك من عدمه فالأحناف يأخذون بالحديث القائل "لا وصية لقاتل " فبالتالي لا تجوز الوصية سواء كان القتل قبل الوصية أو بعدها و إن كان قد أجازها الورثة [6] و هذا سواء كان القتل عمدا أو خطأ.

---

[1] أبي الوليد القرطبي الأندلسي، المرجع السابق، ص 340.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 259.

[3] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4] عبد العظيم بدوي، المرجع السابق، ص 413.

[5] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص ص 82-83.

[6] محمد كمال الدين إمام، نفس المرجع، ص 80.

أما القتل الخطأ فلا يمنع الوصية، و القتل الذي يمنع الوصية هو القتل بغير حق في حين يرى الشافعية و المالكية أن الوصية صحيحة للقاتل لأنها تمليك بعقد بالتالي لا يؤثر فيها القتل فإن كانت تصح للكافر لا يعقل أن تمنع على القاتل لأن الكفر أشد من القتل [1]، ثم إن القتل لا ينفي أهلية التمليك إلا أنه إذا حصل بعد إنشاء الوصية حرم الموصى له منها حسب المالكيين.

أما إذا أصابه بإصابة إلا أنه لم يتوفى و بعدها أوصى له ثم كان سبب وفاته لاحقا لتلك الإصابة تبقى الوصية قائمة و هذا احتراما لإرادة الموصي[2]، ينص المشرع الجزائري في المادة 188 من ق.أ.ج على أنه: "**لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا**"[3] و بالتالي نستنتج من هذه المادة أن العبرة بالقتل العمدي و ليس بالقتل الخطأ سواء كان فاعلا أصليا أو شريك أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام حسب المادة 135 من ق.أ.ج.

د/أن لا يكون وارثا للموصي:

يجب ألا يكون الموصى له وارثا للموصي فهو شرط لابد منه لنفاذ الوصية إذ أنها لا تجوز إذا لم يجزها الورثة استنادا لقوله صلى الله عليه و سلم: "**لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة**".

منه فصحة الوصية موقوفة على قبول ورثة الموصي لها، و هذا لأنهم المتضررون المباشرون من تصرف مورثهم في ذمته المالية و هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء [4].

لا يعد المكفول وارثا للكافل لأنه لا يأخذ مركز الابن الشرعي ولتفادي استحواذ الورثة على أموال مورثهم أي الكافل و لا يعطوا أي شيء للمكفول تدخل المشرع الجزائري في نص المادة 123 من ق.أ.ج التي تنص على: "**يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة**"[5]، مفاد ذلك عدم ترك المكفول بعد وفاة كافله فقيرا أو معسورا و لحمايته أعطى المشرع الحق للكافل في أن يوصي لمكفوله طبقا لأحكام الوصية أي أن لا تتجاوز الثلث أما في حال أوصى بأكثر من ذلك فالأمر يعتمد على إجازة الورثة و هذا من جهة أخرى يعتبر حماية لحقوق الورثة من تعسف الكافل لكي لا يتركهم من دون مال إذا قصد الإضرار بهم بإعطاء للمكفول كل أملاكه.

---

[1] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 228.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 261.

[3] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4] أبي الوليد القرطبي الأندلسي، المرجع السابق، ص 340.

[5] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

فإذا أجاز الورثة ما زاد عن الثلث أصبح حقا للمكفول أما إذا رفضوه فيبقى نصيبه في حدود الثلث [1].

3/شروط الموصى به:

المقصود بالموصى به محل الوصية الذي قد يكون مالا كما قد يكون حقا من الحقوق و المال قد يكون مال حقيقي كالأعيان أو مال حكمي كالمنافع و مهما كان لابد من توفر مجموعة من الشروط نقسمها إلى ما يلي:

أ/شروط الصحة:

هي مجموعة شروط يجب توفرها لتكون الوصية صحيحة:

- **أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث و صالحا أن يكون محلا للتعاقد:**

بمعنى يجب أن يكون الموصى به قابلا للتمليك أي أنه من العقود الناقلة للملكية أثناء حياة الموصي مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع بحسب المادة 184 من ق.أ.ج و قد يكون هذا المال حقيقة كالأموال العينية أو النقدية كوصية يرد محلها قطعة أرض أو مبلغ مالي كما قد يكون منفعة بأن يستغل القطعة الأرضية و يزرعها و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 190 من ق.أ.ج أين نص على أنه: "**للموصي ان يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة**"[2].

- **أن يكون الموصى به مما يجوز التعامل به:**

فالمال الذي لا يجوز التعامل به حسب عرف الشارع لا يصلح أن يكون محلا للتصرف إذ لا تصح وصية المسلم بالخنزير و الخمر أو الميتة لأنها لا تجوز شرعا، أما إذا كانت لغير مسلم كأن يوصي بالخمر كان ذلك جائزا عندهم [3].

من خلال ذلك يتبين لنا أن كل ما هو محرّم شرعا أو معصية لا يجوز أن يكون محلا للوصية.

- **أن يكون الموصى به موجودا:**

هو شرط خاص بالأموال العينية دون المنافع إذ لابد أن تكون العين موجودة في ملك الموصي إذا كانت معينة بالذات عند إنشاء الوصية أي تكون مملوكة للموصي عند الوصية فلا تصح بملك الغير حتى و إن ملكه بعد الوصية ثم مات[4].

---

[1] آمال علال، المرجع السابق، ص 112.

[2] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[3] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 88.

[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 268.

و هذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 190 من ق.أ أين اشترط لصحة الوصية في الموصى به المعين أن يكون مملوكا وقت الوصية لان الوصية تصرف و لا يصح التصرف في ملك الغير و يعد تصرف باطل.

ب/شروط النفاذ:

- **أن لا يكون الموصى به مستغرق بالدين:**

يعتبر الدين مقدم عن الوصية فلا وصية قبل سداد الديون بالتالي لا تنفذ الوصية إذا كانت مستغرقة بالدين مع توقف ذلك على إجازة مجموعة الدائنين فإن أجازوها صحت و إن رفضوها كانت باطلة[1] لأن الديون الثابتة في ذمة الموصي مقدمة عن كل حق بعد مصاريف التجهيز و الدفن حسب المادة 180 من ق.أ.ج أين نجد ان الوصية تأتي في المرتبة الثالثة بعد مصاريف التجهيز و الدفن، الديون الثابتة في ذمة المتوفى أي أن ديون العباد مقدمة على الوصية و الإرث فلا مجال لإعطاء الموصى له أي شيء قبل الوفاء بالديون.

- **أن تكون الوصية في حدود الثلث:**

نصاب الوصية في المذهب الجعفري و الحنفي هو مقدار الثلث إذ لا تنفذ الوصية إلا في حدودها أما ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة لأنه قد يقصد بها حرمان الورثة[2] و يحتسب ثلث التركة عند موت الموصي و بعد احتساب مصاريف الدفن و الوفاء بالديون .

نجد ان المشرع الجزائري أخذ بإجازة الورثة في نص المادة 185 من ق.أ.ج التي تنص: "**تكون الوصية في حدود ثلث التركة. وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة**"[3] و منه فإن المشرع الجزائري عالج زيادة الوصية عن الثلث بإجازة الورثة إن وجدوا و ذلك بان يعارضوا على الوصية فيما يفوق الثلث و بالتالي تكون باطلة في الزائد عن الثلث و متى ثبتت الملكية من وقت الوفاة فإن زوائد المال أو منافعه تكون للموصى له بالتالي تجب على الموصى له النفقة على الموصى به من وقت الوفاة[4].

ثانيا: الرجوع عن الوصية و بطلانها

تنتهي الوصية إما بالرجوع عنها أو ببطلانها.

---

[1] إلياس ناصف، المرجع السابق، ص 237.

[2] إلياس ناصيف، نفس المرجع، ص 238.

[3] القانون رقم 84 -11، المرجع السابق.

[4] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص ص 91-92.

1/الرجوع عن الوصية :

بما أن الوصية تعد من عقود التبرع فإنه يحق للوصي أن يرجع عنها أو يعدلها بالزيادة أو النقصان وفقا لما تستدعيه مصلحته الخاصة أو مصلحة ورثته و الرجوع إما يكون صراحة و هذا بوسائل إثباتها كالتصريح أمام الموثق برجوع الموصي عن وصيته و تحرير عقد بذلك أو يكون الرجوع ضمنيا عن طريق كل تصرف يستخلص منه الرجوع ضمنيا بكل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف عن الرجوع عنها [1]، و من الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى عنه كأن يتصرف فيه بالبيع فانتقال ملكية الشيء الموصى عنه إلى ملكية الغير يعتبر رجوعا ضمنيا عن الوصية و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 192 من ق.أ.ج: "**يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا ، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها و الضمني بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها**"[2].

مع العلم أيضا أن رهن الموصى به لا يعد رجوعا في الوصية لأن الرهن لا يزيل تصرف الموصي فهو ليس ناقل للملكية و كذلك إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثاني فهذا لا يعد رجوعا عن الوصية الأولى بل يشتركان في الوصية و كل هذا نص عليه المشرع الجزائري في المواد 193 و 194 من ق.أ.ج.

و إذا لم يحدد نصيب كل منهما و مات أحدهما وقت الوصية أو بعدها لكن قبل أن يموت الموصي فالحي يؤول إليه الشيء الموصى به كاملا أما إذا حدد نصيب كل من الموصى لهما في الوصية فلا يؤول إلى الحي منهما إلا ما حدد له في الوصية و هذا ما نص عليه في المادة 195 من ق.أ.ج.

2/بطلان الوصية:

نص المشرع الجزائري في نص المادة 201 من ق.أ.ج على أنه: " **تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها**" [3] منه نجد أن المشرع حدد حالتين لبطلان الوصية و هما:

- موت الموصى له قبل الموصي.
- رد الموصى له للوصية .

أ/موت الموصى له قبل الموصي:

إذا مات الموصى له قبل وفاة الموصي تبطل الوصية لأنها من عقود التبرع لشخص معين بالذات سواء علم الموصي بوفاته أو لم يعلم لان التمليك وقع له و ليس لغيره و كذلك إذا مات بعد موت

---

[1] إلياس ناصف، المرجع السابق، ص 172.

[2] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[3] القانون رقم 84-11، نفس المرجع.

الموصي و قبل بدأ الانتفاع بالوصية إذا كانت الوصية بالمنفعة[1].

أما إذا توفى الموصى له قبل الموصي و أصر الموصي على وصيته رغم ذلك فإن ورثته يحلون محله و لهم قبولها أو ردها بدورهم فإن قبلوها تدخل في الميراث و يقتسمونها بينهم قسمة ميراث مع العلم أن ديون مورثهم و وصاياه لا تنفذ منها هذا مع اختلاف المذهب الجعفري و الحنفي الذي يسقط الوصية بوفاة الموصى له قبل الموصي[2].

ب/رد الموصى له للوصية:

لصحة الوصية لابد من إيجاب الموصي لأنه ركن في الوصية و اختلفوا في قبول الموصى له هل يجب أن يقبلها أو يمكن له ردها إلا أن المشرع الجزائري في نص المادة 197 من ق.أ نص على أنه: "**يكون قبول الوصية صراحة او ضمنا بعد وفاة الموصي**"[3] و منه حسب المشرع لابد من قبول الموصى له للوصية و هذا يكون بعد وفاة الموصي فإن تم القبول بعد موته لزمت الوصية للموصى له و تشمل ذلك منافع الشيء الموصى به من وقت القبول و عليه نفقته في تلك المدة، منه في حالة وفاة الموصي على الموصى له قبول الوصية أما إذا رفضها تبطل الوصية كذلك إذا لم يجب على الوصية رغم تبليغه بها من طرف الورثة يعتبر رفضا ضمنيا و ردا للوصية إلا إذا قدم عذرا مقبولا بذلك.

أما إذا قبل الموصى له بعض الوصية و رد البعض الآخر لزمت الوصية فيما قبل و بطلت فيما رد أما إذا تعدد الموصى لهم و قبل بعضهم الوصية و ردها البعض الأخر فإنها تلزم لمن قبلها و تبطل لمن ردها مع العلم أن الرد قبل وفاة الموصي لا يعتد به[4].

---

[1] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص122.

[2] الياس ناصف، المرجع السابق، ص 241.

[3] القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص ص 45-46.

خاتمة

إن التشريع الجزائري و من بين الكثير من التشريعات العربية نجده قد حدى حدو الشريعة الإسلامية آخذا بالكفالة كنظام بديل للتبني لرعاية الأطفال و حمايتهم من المخاطر المعنوية و المادية المحيطة بهم، و الذي يظهر جليا في إرساء المؤسسات و المراكز التي تم إنشائها للتكفل بهذه الفئة، هذه الأخيرة نجد لها نقص كبير في الجزائر رغم أهميتها و دورها الفعال في كفالة الأطفال و رعايتهم، و فتح المجال أمام الأسر الراغبة في التكفل بهذه الفئة، و إدخال البهجة و السرور لكلا الطرفين و الملاحظ أن هناك نقص التوعية و الثقافة و قلة تشكيل الدراسات حول موضوع الطفل و حقوقه، كما أن أحكام الكفالة تعاني من نقص شديد حيث اتسمت مواده بالعمومية و عدم التفصيل بالرغم من أن هذه الأحكام تشكل جانب أساسي في القانون و كان من الأجدر على المشرع الجزائري إدراج مواد أخرى ضمن قانون الأسرة أو تخصيص قانون يجمل نظام الكفالة عامة و ذلك لتوفير حماية أكثر للمكفول.

و من بين النقائص التي تشوب الكفالة في قانون الأسرة نجد:

*أن المشرع كان مقصرا في موضوع الكفالة إذ أنه تناولها في عشرة مواد فقط و هذا دليل على قلة اهتمام المشرع بالكفالة.

* كان من الجدير على المشرع أن يسلط الضوء على المؤسسات ضمن المواد الخاصة بالكفالة حيث لا يكتفي فقط بالكافل الشخص الطبيعي، ذلك أن هذه المؤسسات تمثل في الكثير من الأحيان الحل الأمثل في القضاء على ظاهرة التشرد و حماية الحقوق الشرعية للقطاء لأنهم ضحايا المجتمع.

* كما أغفل المشرع الجزائري تحديد حقوق المكفول و كذا واجبات الكافل و إنما اكتفى بعبارة "...**قيام الأب بابنه...**".

* أغفل المشرع تحديد شروط المكفول و إنما اقتصر على ذكر شروط الكافل فحسب، كما تعتبر المادة 9 من القانون العربي الموحد أكثر توسعا في شروط الكافل.

* ما يعاب على المشرع أنه لم يحدد بدقة فارق السن بين الكافل و المكفول على عكس التشريعات الأخرى.

* ما يعاب على المشرع أنه لم يحدد إجراءات تسليم المكفول بحيث يتم ذلك تلقائيا و دون تحرير محضر بذلك.

*إن الكفالة من بين الحقوق التي تنتقل إلى الورثة بعد وفاة الكافل إن التزموا بذلك و هذا طبقا للمادة 125 من ق.أ.ج و لكن الإشكال المطروح هل يستمر هؤلاء بالعمل بالعقد الذي أبرمه الكافل قبل وفاته؟ أم يستوجب ذلك تحرير عقد جديد؟

* المشرع الجزائري لم يحدد مركز الكافل في المسؤولية على أساس المادة 134 من ق.م.ج باعتباره صاحب الرقابة بموجب الاتفاق أي عقد الكفالة على القاصر المكفول إذ كان من الأفضل توضيح النصوص لتحديد مركزه كالأب و الأم و ذلك بالإشارة إلى مسؤولية الكافل مدنيا عن الفعل الضار الذي يسببه المكفول للغير لأن فكرة الرقابة القانونية أو الاتفاقيةلها مفهوم واسع و نحن في عصر يتطلب فيه الدقة و الوضوح على خلاف المادة 2/13 من القانون العربي الموحد أين يكون الكافل مسؤول مدنيا عن أعمال المكفول طيلة مدة الكفالة.

* الشيء الملاحظ أن المشرع الجزائري حصر الهبة في حدود الثلث في حين نجد الوصية كقاعدة عامة هي الوحيدة التي تحصر في حدود الثلث و ما زاد عنها متوقف على إجازة الورثة، و هذا مخالف لما ورد في المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري التي تجيز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة.

العدد 05
السنة التاسعة والعشرون

الاربعاء 17 رجب عام 1412هـ
الموافق 22 يناير سنة 1992م

الجمهورية الجزائرية
الديمقراطية الشعبية

الجريدة الرسمية

اتفاقات دولية ، قوانين ، ومراسيم
قرارات وآراء ، مقرّرات ، مناشير ، إعلانات وبلاغات

الاشتراك سنوي	الجزائر تونس المغرب ليبيا موريطانيا	بلدان خارج دول المغرب العربي
	سنة	سنة
النسخة الاصلية.....	150 د.ج	400 د.ج
النسخة الاصلية وترجمتها	300 د.ج	730 د.ج
		تزاد عليها نفقات الإرسال

الادارة والتحرير
الأمانة العامة للحكومة
الطبع والاشتراكات
المطبعة الرسمية
7 و9 و13 شارع عبد القادر بن مبارك – الجزائر
الهاتف 65.18.15 إلى 17 ح ج ب 50 – 3200 الجزائر
Télex : 65 180 IMPOF DZ
بنك الفلاحة والتنمية الريفية 060.300.0007 68 KG
حساب العملة الأجنبية للمشتركين خارج الوطن
بنك الفلاحة والتنمية الريفية 060.320.0600 12

ثمن النسخة الاصلية 3,50 د.ج ثمن النسخة الاصلية وترجمتها 7,00 د.ج ثمن العدد للسنين السابقة : حسب التسعيرة. وتسلم الفهارس مجانا للمشتركين. المطلوب ارفاق لفيفة ارسال الجريدة الأخيرة سواء لتجديد الاشتراكات أو للاحتجاج أو لتغيير العنوان.
ثمن النشر : 30 دج للسطر.

فهرس

المجلس الأعلى للدولة

مداولة رقم 92 – 01 / م.ا.د مؤرخة في 14 رجب عام 1412 الموافق 19 يناير سنة 1992، تؤهل رئيس المجلس الأعلى للدولة، للإمضاء على كل القرارات التنظيمية والفردية وترأس مجلس الوزراء. 125

مراسيم تنظيمية

مرسوم تنفيذي رقم 92 – 17 مؤرخ في 4 رجب عام 1412 الموافق 9 يناير سنة 1992، يتضمن إنشاء مؤسسات التعليم الثانوي والتكوين والغاءها. 126

مرسوم تنفيذي رقم 92 – 18 مؤرخ في 4 رجب عام 1412 الموافق 9 يناير سنة 1992، يتضمن إنشاء مدارس أساسية والغاءها. 129

مرسوم تنفيذي رقم 92 – 19 مؤرخ في 4 رجب عام 1412 الموافق 9 يناير سنة 1992، يحدد اجراءات الدفع بالاعتماد من نفقات الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري. 135

وبهذه الصفة، يتولى على الخصوص ما يلي :

– تحديد الخيارات الكبرى للبحث العلمي والتقني،

– المصادقة على التوجهات العامة للمخطط الوطني للبحث العلمي والتقني.

– تقدير نتائج الأعمال المنجزة في اطار المخطط الوطني للبحث العلمي والتقني.

ويكلف المجلس، علاوة على ذلك، بما يلي :

– وضع التوجهات العامة لسياسة حفظ الطاقة العلمية والتقنية الوطنية، وتقويمها وتطويرها،

– تحديد المقاييس المتعلقة بتبني الأطر التنظيمية للبحث العلمي في مختلف مراحل تطوره وتنميته.

المادة 3 : يتكون المجلس الذي يراسه رئيس الحكومة من :

– الوزير المكلف بالدفاع الوطني،
– الوزير المكلف بالشؤون الخارجية،
– الوزير المكلف بالاقتصاد،
– الوزير المكلف بالجامعات،
– الوزير المكلف بالفلاحة،
– الوزير المكلف بالصناعة والمناجم،
– الوزير المكلف بالتجهيز،
– الوزير المكلف بالثقافة،
– الوزير المكلف بالتربية،
– الوزير المكلف بالطاقة،
– الوزير المكلف بالصحة،
– الوزير المكلف بالبحث،
– مندوب التخطيط ،

– رؤساء اللجان ما بين القطاعات لترقية البحث العلمي والتقني، وبرمجته وتقويمه.

– عشر (10) شخصيات يختارها رئيس الحكومة ،بناء على اقتراح الوزير المكلف بالبحث، بحكم تجربتهم العلمية أو كفاءتهم.

– ثمانية (8) مسيرين لمؤسسات اقتصادية.

– ثمانية(8) ممثلين لجمعيات علمية ذات اهمية وطنية.

يمكن المجلس أن يستعين بكل شخص يراه اهلا بحكم كفاءاته لاستشارته في المسائل المدرجة في جدول الاعمال.

المادة 4 : يخصص المجلس بأمانة يحدد تنظيمها وعملها في وقت لاحق.

يتولى الوزير المكلف بالبحث أمانة المجلس.

المادة 5 : يجتمع المجلس مرة واحدة في السنة في دورة عادية ويمكن أن يجتمع كلما استدعت الضرورة ذلك في دورة طارئة.

المادة 6 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992

سيد احمد غزالي

مرسوم تنفيذي رقم 92 – 24 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992، يتمم المرسوم رقم 71 – 157 المؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 والمتعلق بتغيير اللقب.

إن رئيس الحكومة،

– بناء على الدستور، لا سيما المادتان 81 – 4 و116 – 2 منه،

– وبمقتضى الأمر رقم 70 – 20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1390 الموافق 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية،

– وبمقتضى الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،

– وبمقتضى القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 5 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الاسرة،

– وبمقتضى المرسوم رقم 71 – 157 المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق 3 يونيو سنة 1971 والمتعلق بتغيير اللقب،

يرسم ما يلي :

المادة الأولى : تعدل أحكام المرسوم رقم 71 – 157 المؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 والمذكور أعلاه، كما يلي :

" **المادة الأولى** : يضاف المقطع 2 أدناه :

كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في اطار الكفالة، ولدا قاصرا مجهول النسب من الاب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي. وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب.

المادة 5 : مكرر 1 : يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل والاشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون.

المادة 5 : مكرر 2 : لا يكون الطلب محل النشر المذكور في المادة 3 أعلاه، عندما يقدم طلب تغيير اللقب في اطار المادة الأولى، المقطع الثاني، أعلاه،

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

يصدر الأمر في غضون الايام الثلاثين (30) الموالية لتاريخ الاخطار من وزير العدل ويكون محل تسجيل واشارة على الهامش على النحو المنصوص عليه في المادة 5 مكرر 1 أعلاه. "

(الباقي بدون تغيير).

المادة 2 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992.

سيد احمد غزالي

مرسوم تنفيذي رقم 92 - 25 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق 13 يناير سنة 1992، يتعلق بشروط استعمال المواد المضافة الى المنتوجات الغذائية وكيفيات ذلك.

إن رئيس الحكومة،

- بناء على التقرير المشترك بين وزير الاقتصاد ووزير الصحة ووزير الفلاحة ووزير الصناعة والمناجم،

- وبناء على الدستور، لا سيما المادتان 81 - 4 و116 - 2 منه،

- وبمقتضى القانون رقم 85 - 05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى القانون رقم 89 - 02 المؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق 7 فبراير سنة 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك،

- وبمقتضى القانون رقم 89 - 23 المؤرخ في 21 جمادى الأولى عام 1410 الموافق 9 ديسمبر سنة 1989 والمتعلق بالتقييس،

- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 90 - 39 المؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة 1990 والمتعلق برقابة الجودة وقمع الغش،

- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 90 - 267 المؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1411 الموافق 10 نوفمبر سنة 1990 والمتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها،

- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 91 - 53 المؤرخ في 8 شعبان عام 1411 الموافق 23 فبراير سنة 1991 والمتعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك،

يرسم ما يلي :

المادة الأولى : يحدد هذا المرسوم شروط استعمال المواد المضافة الى المنتوجات الغذائية وكيفيات ذلك.

المادة 2 : تعتبر مادة مضافة في مفهوم هذا المرسوم، كل مادة :

- لا يمكن استهلاكها عادة كمنتوج غذائي،
- تنطوي أو لا تنطوي على قيمة غذائية،
- لا تعد مادة أولية أساسية في تركيب المنتوج الغذائي،
- تكون اضافتها إرادية الى منتوج غذائي في مرحلة ما من مراحل عملية عرضه للاستهلاك، ولاعتبارات تكنولوجية و/أو عضوية تأثيرية مما ينجر عنه أو قد ينجر مباشرة أو بصورة غير مباشرة، اندماج هذه المادة المضافة أو مشتقاتها في تركيب المنتوج الغذائي أو احتمال الاضرار بمميزاته الغذائية.

ولاية ...
دائرة ...
بلدية ...

الحالة المدنية
رقم 11274
10 جانفي 2013

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

شهادة الميلاد

نسخة كاملة

في يوم ① العاشر جانفي عام ألف ألفين

وثلاثة عشر على الساعة الثالثة و 15 د

وُلِدَ ② ببجاية: رهام ط

الجنس أنثى ابن --

و --- ---

الساكنين ب المولودة ببجاية

حُرِّرَ في ① الحادي عشر جانفي ألفين

وثلاثة وعشر الساعة التاسعة و 0 د

بإعلانٍ أدلى بهِ السيّدُ ③ صالح عيساني عامل في المستشفى

صحح بقرار من طرف السيد القاضي المكلف بالحالة المدنية لدى محكمة بجاية بتاريخ 26/05/2013 بحيث ستكون صاحبة الشأن رهام الوردي طبقا للمرسوم التنفيذي 24/92 المؤرخ في 92/01/13 المتمم للمرسوم 157/71 لا سيما المادتين 05 مكرر 02 الفقرتين 2 و 3 منها بدلا من نوهان أوسامة رهام.

الإمضاءات

① بكامل الحروف
② اسم ولقب المولود
③ الأب، الطبيب أو القابلة، أو غيرهم ممن شهد الولادة

الكتابة السابقة للإسم واللقب

Riham T

نسخة مطابقة للأصل
بجاية في 29 أوت 2013

ختم البلدية

ح ٠ م 12

DAS de Béjaia

DOSSIER POUR UNE KAFALA

N° tél : 034.11.96.31

Pour nous permettre de donner suite à votre demande sus référencée, nous av l'honneur de vous prier de bien vouloir nous transmettre les pièces énumérées ci-dessous :

1 - Une demande de motivation formulée par les postulants signée par les deux conjoints.
2 - les extraits d'acte de naissance des demandeurs.
3 - Une fiche familiale ou fiche individuelle pour les personnes célibataires.
4 - Acte de mariage.
5 - les casiers judiciaires des demandeurs.
6 - Une attestation de travail et les trois dernières fiches de paie, pour les personnes salariées.
7 - Copie du registre de commerce légalisé (le cas échéant).
8 - Un justificatif du logement (titre de propriété, contrat de location ou reçu de loyer...).
9 - Une fiche de résidence.
10 - Photos d'identité récentes des demandeurs.
11 - les certificats médicaux attestant de la bonne santé des époux, portant le cachet du médecin traitant.
12 – Copies légalisées des pièces d'identité des demandeurs.

L'Assistante Sociale

قائمة المراجع

القرآن الكريم

I. الكتب:

1- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998.

2- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

3- الياس ناصيف، الوصية، الجزء الثاني الوصية للمسلمين و في القانون الدولي الخاص، دار النشر، د.ب.ن، 2003.

4- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

5- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني : الميراث و الوصية ، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2007.

6- أبي الوليد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر،2008.

7- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

8- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المجلد الرابع: كتاب الأحوال الشخصية، دار الوعي، الجزائر، 2009.

9- أحسن زقور، حقوق الأطفال في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، منشورات دار الأديب، الجزائر، د.س.ن.

10- بدران أبو العينين بدران، الزواج و الطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، مصر،د.س.ن.

11- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

12- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الوهاب سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.س.ن.

13- صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون، الشركة المتحدة للتوزيع، لبنان، 1976.

14- صلاح عبد الغنى محمد، وسائل الإسلام في المحافظة على الحياة الزوجية، الجزء الثالث، مكتبة الدار العربية للكتاب،د.س.ن.

15- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم، الكويت، 1990.

16- عبد الكريم زيدان، المفصل في احتتام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، الجزء العاشر، لبنان، 1994.

17- عبد العظيم بروى، الوجيز في فقه السنة و الكتاب العزيز، الطبعة الثالثة، دار بن رجب للنشر و التوزيع، مصر، 2001.

18- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005.

19- عروبة جبار الخزرجي، حقوق الطفل بين النظرية و التطبيق، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.

20- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.

21- عبد الله سيد أحمد سرور، التعليق في قانون الولاية على النفس، دار الإلغى لنشر و توزيع الكتب القانونية بألمانيا، مصر، د.س.ن.

22- فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

23- كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشاة المعارف، مصر، 1997.

24- كمال حمدي، المواريث و الهبة و الوصية، منشأة المعارف، مصر، 1998.

25- كمال حمدي، الولاية على المال، الأحكام الموضوعية (الولاية ،الوصاية ،الحجر، الغيبة،المساعدة القضائية)، منشأة المعارف، مصر، 2003.

26- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2005.

27- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، مصر، 1950.

28- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، الطبعة الرابعة ، الدار الجامعية، لبنان، 1983.

29- محمد عبد الجوار محمد، حماية الأمومة و الطفولة في المواثيق الدولية و الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، مصر، 1991.

30- محمد كمال الدين إمام، الوصية و الوقف في الإسلام مقاصد و قواعد، منشأة المعارف، مصر، 1999.

31- محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

32- مصطفى أحمد عبد الجواد الحجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، مصر، 2000-2001.

33- محمد نبيل سعد الشادلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و القانون، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

34- ماهر أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، مصر، 2005.

35- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

36- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دون ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

37- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت(الوصية- البيع- الكفالة- الهبة- الوقف- الطلاق- الخلع- الإقرار- الإبراء)، دار الهدى، الجزائر، 2008.

38- نورة بنت مسلم المحمادي، حق النفقة للطفل دراسة فقهية مقارنة تطبيقية، مكة المكرمة، د.س.ن.

39-هدى محمود الناشف، الأسرة و تربية الطفل، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، الأردن،د.س.ن.

40- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الأول، دار الفكر، سوريا، 1985.

41- وسيم حسام الدين الأحمد، حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

42- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر العبادات، الجزء الأول، دار الكلم الطيب، سوريا، 2010.

43- وفاء مرزوق، حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

II. المذكرات:

1-آمال علال، الكفالة و التبني دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة أبو بكر بلقائد- تلمسان- كلية الحقوق، 2008-2009.

2- بشير خلوفي، التبني و الكفالة مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، محكمة أرزيو، مجلس قضاء وهران، الجزائر، د.س.ن.

3- جيلالي عيادي، حماية حقوق الطفل في إطار الاتفاقية الدولية لسنة 1989، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو- كلية الحقوق، 2004 .

4- زهرة بلقرقيد، الحماية القانونية للأطفال غير الشرعيين(الحماية المدني)، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2007-2010.

5- عقيلة بوعشة، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة الثاني عشر، الجزائر، 2001-2004.

6- لينة أنارس، كريمة علام، الكفالة -دراسة مقارنة- (التشريع الجزائري مع بعض التشريعات العربية)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013.

7- مالك طلبة، التبني و الكفالة، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة الرابعة عشر، 2003-2006.

8- نعيمة شعلال، صبرينة بليل، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية-، كلية الحقوق و العلوم السياسية،2012-2013.

III. المقالات:

1-حكيمة الحطري، " كفالة الأطفال المهملين بين الضوابط القانونية و الواقع المعيش"، مجلة الفقه و القانون، القيروان، 2011.

2- محمود بن ابراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس، العدد 1، 2010.

IV. النصوص القانونية:

***النصوص التشريعية:**

1- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

2- القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع ع 44 الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005 المعدل و المتمم.

3- القانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري،ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 31 المؤرخة في 31 جويلية 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

4- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 14، المؤرخ في 08 مارس 2006، المعدل و المتمم.

5- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 21، المؤرخة في 17 ربيع الأول عام 1429 الموافق ل 23 أبريل سنة 2008.

***النصوص التنظيمية:**

- المرسوم التنفيذي رقم 92-24، مؤرخ في 08 رجب 1412، الموافق ل 13 يناير 1992، يتمم المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03 يونيو 1971 و المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 22، 5 يناير 1992.

***القوانين المقارنة:**

1- مجلة الأحوال الشخصية التونسية، أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، منشور بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

2- القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958، المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة و التبني، تونس.

3- القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين، معتمد لدى المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استشاري بالقرار رقم 32. ج 24. 2002/03/04.

4- شريف ظهير رقم 1.02.172 الصادر في فاتح ربيع الأخير 1423(13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 01-05 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

5- قانون الطفل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2004 .

V. القرارات القضائية:

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 167835 بتاريخ 1998/05/17، المجلة القضائية عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1997.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، قرار رقم 184712 مؤرخ في 1998/3/17، المجلة القضائية الإدارية عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1998.

VI. المواقع الإلكترونية:

1-لمياء بلبل، "واقع الرعاية البديلة في العالم العربي"، 2014/02/06.

www.megdaf org/ userfiles/file/lamea%balbal

2- فدوى مرابط، "الكفالة الإجتماعية للأطفال المهملين" 2014/03/26.

www.tanmia.ma/article-php3?id-article

3 – بلال رشيدة، " الجمعية الجزائرية للطفولة"، 2014/04/04.

www.el-massa.com

4- منتديات الجلفة لكل الجزائريين و العرب، ' الكفالة و التبني"، 2014/03/08. www.djelfa.dz

5- منار الإسلام، " الهبة"، 2014/05/04

www.m-islam.com

6- محمد سلامة الغنيمي ،" حقوق الطفل في القرآن الكريم"، 15/ 03/ 2014.

www.alukah.net

7- منتديات الحقوق و العلوم القانونية، "تغيير اللقب"، 2014/04/28.

www.droit-dz.com

العنوان	الصفحة

مقدمة 01

الفصل الأول: ماهية الكفالة 03

المبحث الأول: مفهوم الكفالة.....04

المطلب الأول: تعريف الكفالة و خصائصها 04

الفرع الأول: تعريف الكفالة 04

أولا: الكفالة لغة 04

ثانيا: الكفالة اصطلاحا.....05

ثالثا: التعريف القانوني 05

الفرع الثاني: خصائص الكفالة 07

أولا: الكفالة عقد 07

ثانيا: الكفالة عقد تبرعي 07

ثالثا: الكفالة عقد مؤقت 08

المطلب الثاني: أركان الكفالة 08

الفرع الأول: الرضا 08

الفرع الثاني: المحل 09

الفرع الثالث: السبب 09

الفرع الرابع: الشكلية 10

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للكفالة و تمييزها عن بعض الأنظمة 11

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للكفالة 11

أولا: الكفالة نظام قانوني 11
ثانيا: الكفالة عقد 11
الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن غيرها من الأنظمة 12
أولا: تمييز الكفالة عن نظام التبني 12
ثانيا: تمييز الكفالة عن الحضانة 15
المبحث الثاني: شروط الكفالة و إجراءاتها و انقضائها.....18
المطلب الأول: شروط الكفالة 18
الفرع الأول: شروط الكافل 18
أولا: شروط الكافل كشخص طبيعي 18
1-شرط الإسلام 19
2-شرط العقل 19
3-شرط القدرة 20
ثانيا: شروط الكافل كشخص معنوي 20
الفرع الثاني: شروط المكفول 21
أولا: شرط السن 21
ثانيا: شرط النسب 22
1-الطفل المكفول معلوم النسب 22
2-الطفل المكفول مجهول النسب 22
المطلب الثاني: إجراءات انعقاد الكفالة 23
الفرع الأول: الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية 23
أولا: تقديم طلب الكفالة و مباشرة إجراءات التحقيق 23

1-كفالة طفل مجهول النسب 24
2-كفالة طفل معلوم النسب 24
ثانيا: كيفية تنفيذ الكفالة 25
الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة أمام الجهات غير القضائية 26
أولا: انعقاد الكفالة أمام الموثق 26
ثانيا: انعقاد الكفالة بالنسبة للجالية الجزائرية.....27
المطلب الثالث: انقضاء الكفالة.....27
الفرع الأول: انقضاء الكفالة فقها..... 27
أولا: فقدان الكافل لأهليته..... 28
ثانيا: ردة الكافل عن الإسلام.....28
الفرع الثاني: انقضاء الكفالة قانونا.....28
أولا: طلب الأبوين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما.....29
1-حالة عدم بلوغ المكفول سن التمييز.....29
2-حالة بلوغ المكفول سن التمييز.....29
2-نموذج عن قضية طلب استرجاع المكفول.....30
ثانيا: تخلي الكافل عن
الكفالة.....30
ثالثا: انقضاء الكفالة بالوفاة 31
رابعا:إلغاء الكفالة بأمر قضائي.....32
الفصل الثاني: حقوق الطفل المكفول.....33
المبحث الأول: الحقوق المعنوية للطفل المكفول.....33

المطلب الأول: الحق في الاسم و الجنسية.....33
الفرع الأول: الحق في الاسم.....34
أولا: بالنسبة للطفل الشرعي.....35
ثانيا: باانسبة للطفل غير الشرعي.....35
1-حالة كون المولود ذكر.....36
2-حالة كون المولود أنثى.....36
الفرع الثاني: الحق في الجنسية.....38
المطلب الثاني: الحق في الوسط العائلي و المساواة.....38
الفرع الأول: الحق في الوسط العائلي.....38
الفرع الثاني: الحق في المساواة.....39
أولا: عدم التمييز بين الأطفال.....40
ثانيا: مظاهر حق الطفل في المساواة.....40
المطلب الثالث: الولاية على النفس.....41
الفرع الأول: تعريف الولاية.....41
الفرع الثاني: سلطة الولي على النفس.....42
الفرع الثالث: انقضاء الولاية علىالنفس.....43
أولا: إذا كان القاصر ذكرا.....43
ثانيا: إذا كان القاصر أنثى.....44
المبحث الثاني: الحقوق المالية للطفل المكفول.....44
المطلب الأول: الحق في النفقة.....44
الفرع الأول: تعريف النفقة.....45

الفرع الثاني: مشتملات النفقة.....46
1-الغذاء 46
2-الكسوة.....46
3-العلاج.....46
4-السكن.....47
الفرع الثالث: شروط النفقة.....47
الفرع الرابع: سقوط النفقة.....48
أولا: سقوط نفقة الذكور.....49
ثانيا:سقوط نفقة الإناث.....50
المطلب الثاني: حق الولاية على المال 50
الفرع الأول: تعريف الولاية.....51
الفرع الثاني: شروط الولي و سلطاته.....52
أولا: شروط الولي.....52
1-البلوغ و العقل.....52
2-الرشد و عدم الحجر.....52
3-إتحاد الدين مع المولى عليه.....53
ثانيا: سلطات الولي.....53
الفرع الثالث: انقضاء الولاية.....53
أولا: عجز الولي.....54
ثانيا: موت الولي.....54
ثالثا: الحجر عليه.....54

رابعا: إسقاط الولاية عنه.....54
المطلب الثالث: الحق في التبرعات.....55
الفرع الأول: الحق في الهبة.....55
أولا: أركان الهبة.....56
1-الواهب.....56
2-الموهوب له.....56
3-الموهوب.....57
4-الصيغة.....58
ثانيا: الرجوع عن الهبة.....58
الفرع الثاني: الحق في الوصية.....59
أولا: شروط صحة الوصية.....60
1-الشروط المتعلقة بالموصي.....60
2-الشروط الخاصة بالموصى له.....61
3-شروط الموصى به.....64
ثانيا: الرجوع عن الوصية و بطلانها.....65
1-الرجوع عن الوصية.....66
2-بطلان الوصية.....66
الخاتمة.....68
الملاحق.....70
قائمة المراجع 75