جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

حقوق الطفل المكفول

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: مهن قانونية وقضائية

من إعداد الطالبين:
-رزقيني ياسين

تحت إشراف الأستاذة:
- سعدون كريمة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة): ----------رئيسا

الأستاذة :سعدون كريمة ---------- مشرفا ومقرّرا

الأستاذ(ة):---------- ممتحنا

السنة الجامعية

2021-2020

جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

حقوق الطفل المكفول

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: مهن قانونية وقضائية

من إعداد الطالبين:
-رزقيني ياسين

تحت إشراف الأستاذة:
- سعدون كريمة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة): ----------رئيسا

الأستاذة :سعدون كريمة ---------- مشرفا ومقرّرا

الأستاذ(ة):---------- ممتحنا

السنة الجامعية

2021-2020

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

حينما يكون الجهد مميزا والعطاء فعالا

تسمو النفوس إلى مرافئ الإبداع وترتقي منار التميز

عندما يكون للشكر معنى وللثناء فائدة فليرعى الله خطاك وليبارك مسعاك بالأجر والثواب.

أقدم خالص شكري وتقديري

لفضيلة الأستاذة: "سعدون كريمة" والتي طالما رافقني في إعداد هذا البحث ولم تبخل عليا لا وقتها الثمين ولا بجهودها رغم كل الظروف، شكر الله تفانيكم وإخلاصكم في عملكم وجعله الله في ميزان حسناتكم.

إلى كل طاقم كلية الحقوق والعلوم السياسية

"جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية-" كل باسمه.

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بالشكر الخالص إلى أعضاء اللجنة العلمية الموقرة بتفضلها لقبول مناقشة هذه المذكرة الموقرة من أجل تقييمها واثرائها لتكون مرجعا علميا.

الطالب:

رزقيني ياسين

إهـــــداء

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على صاحب الشفاعة سيدنا مُحَمَّد النبي الكريم وعلى آله وصحبه الميامين،

ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

إلى من لم تدخل نفسا في تربيتي – أمي الحنون.

إلى من تشققت بداء في سبيل رعايتي – أبي الصبور.

إلى إخوتي كل باسمه.

إلى كل من نصحني وإلى كل من ساهمة في انجاح هذا البحث.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي هذا.

رزقيني ياسين

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج: جزء.

ج.ر الجريدة الرسمية.

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

د.س.ن: دون سنة النشر.

ص: صفحة.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ط: طبعة

د.ط: دون طبعة.

ع: عدد.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.ع: قانون العقوبات.

ق.م: القانون المدني.

ثانيا: باللغة الفرنسية

P : Page.

Op.cit :ouvrage précédemment cité.

مقدمـــــة

الأسرة في نظر الشارع الحكيم أساسها الفطرة البشرية والطبيعة التي خلق الله عليها الذكر والأنثى، التي تجمع بينهما الحب والتقارب، وهي علاقة تقوم على أساس المودة والرحمة فهذه العلاقة جعلها الإسلام ترتبط بالزواج، فجاء قوله تعالى: "**وَاللَّـهُ جَعَلَ لَكُم مِن أَنفُسِكُم أَزواجًا وَجَعَلَ لَكُم مِن أَزواجِكُم بَنينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِنَ الطَّيِّباتِ أَفَبِالباطِلِ يُؤمِنونَ وَبِنِعمَتِ اللَّـهِ هُم يَكفُرونَ**"[1].

الله عز وجل فضل الإنسان وفضله على سائر المخلوقات وجاء في قوله تعالى: "**وَلَقَد كَرَّمنا بَني آدَمَ وَحَمَلناهُم فِي البَرِّ وَالبَحرِ وَرَزَقناهُم مِنَ الطَّيِّباتِ وَفَضَّلناهُم عَلى كَثيرٍ مِمَّن خَلَقنا تَفضيلًا** "[2]، وجعله خليفة في الأرض بإعمارها والعيش فيها وذلك بإقامة علاقات فالزواج هو السبيل الشرعي والقانوني من خلاله تتكون الأسرة وتقوم بإعتبارها النواة الأساسية في المجتمع وصلاحها هو صلاح للمجتمع.

فتعتبر الأسرة الدعامة الأساسية لضبط الأخلاق والسلوك، ويظهر ذلك في الاعتناء الكبير بالأطفال التي تُعد لبنة المجتمع وذلك بالسهر على رعايتهم، وحسن تربيتهم، وإرشادهم من أجل ضمان صلاحهم[3].

من الأطفال من منهم لا يحضون بدفيء أسري وهم طائفة لا يدركون أصلهم ومصيرهم كالأطفال مجهولي الأب، كولد اللعان، ولد الزنا، أو أطفال معلومي النسب كاليتامى والأطفال المتخلي عنهم، فلابد من نظام يضمن لهم الرعاية والحماية، فجاءت الشريعة الإسلامية بنظام بديل عن التبني الذي حرمه الإسلام نظرا لمساوئه وما يؤدي به إلى خلط الأنساب وتزوير هوية الأطفال، فالنظام البديل هو نظام الكفالة.

---

[1]- سورة النحل، الآية 72.

[2]- سورة الإسراء، الآية 70.

[3]- بيدوري كريمة، **الكفالة والتبني (دراسة مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال الشخصية التونسية)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص1.

تدخل القانون المدني الجزائري ليضع أحكاما عامة لنظام الكفالة في إطار علاقة الدائنية وذلك بموجب المواد 644 إلى غاية 673 من أمر 75-58 يتضمن القانون المدني[4].

غير أن الكفالة في مجال العلاقات الأسرية فكرس المشرع الجزائري أحكامها في القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة في الكتاب الثاني "النيابة الشرعية" وفي الفصل السابع المعنون بالكفالة، أين ورد تعريفها في المادة 116 التي تنص على أنه: "**الكفالة إلتزام على التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي**"[5].

إنّ موضوع الكفالة من المواضيع المهمة والواسعة فبمجرد التطرق إلى هذا النوع من العقود نصطدم بعدة أنواع وأساس دراستنا هو العقد الذي ينصب ويتعلق بالرعاية والولاية على القصر فالطفل الحلقة الأضعف في الرابطة الأسرية فكانوا الأولى بالرعاية والحماية، فالطفل كمخلوق بشري ضعيف حقوق إنسانية أساسية ينبغي أن تعمل هيئات المجتمع والدولة على صيانتها وضمان تمتع الطفل بها[6].

يرتب عقد الكفالة حقوقا للطفل المكفول مما يعني إنشاء مركز قانوني جديد، فالطفل المكفول قد يكون معلوم النسب أو مجهول النسب فوضع المشرع الجزائري نظاما قانوني لكفالة الأطفال بداية بإنشاء عقد الكفالة إلى غاية إستيفاء هذا الطفل المكفول لحقوقه، وهذه الحقوق قد تكون حقوق لصيقة بشخصية الطفل المكفول مما يعني أنها غير مالية، وهناك حقوق ذات طابع مالي يتمتع بها الطفل المكفول.

---

[4]- أمر **75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني**، ج.ر، ع78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر، ع31، المؤرخ في 13 ماي 2007.

[5]- قانون رقم **84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة**، ج.ر، ع24، الصادر بتاريخ 31 جويلية 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير، ج.ر، ع15، الصادر في 27 فبراير 2005.

[6]- نسرين إيناس بن عصمان، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص1.

إنَ دوافع إختيار الموضوع متعددة أهمها:

- إرتباط هذا الموضوع بفئة حساسة وضعيفة في المجتمع

- الرغبة في معرفة من هم الأطفال المكفولين باعتبارهم جزء لا يتجزأ من المجتمع

- الرغبة في معرفة وجهة نظر المشرع الجزائري حول الطفل المكفول ومعرفة مختلف الحقوق التي يتمتع بها هذا الطفل

- التدقيق في الأحكام التي كرسها المشرع الجزائري والخاصة بالموضوع لمعرفة النقائص محاولين اقتراح حلول لسد الفراغ القانوني

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد المركز القانوني لطفل المكفول وذلك بداية بتبيان الأحكام الخاصة به منذ انشاء عقد الكفالة سواء شروط الكفالة ومختلف الاجراءات، مبرزين ثم بعد ذلك أهم الحقوق التي يتمتع بها هذا الطفل المكفول ولن يكون ذلك إلا بالإجابة على الإشكالية الآتية:

ما مدى فعالية النصوص القانونية المكرسة من طرف المشرع الجزائري لضمان حقوق الطفل المكفول؟

أما عن المنهج المتبع في البحث هو المنهج الوصفي والتحليلي فذلك باستقراء وتحليل مختلف النصوص القانونية المؤطرة لحقوق الطفل المكفول سواء ما تعلق بالنظام القانوني للكفالة عموما وما يترتب عن هذه الكفالة

وقد تتبعنا خطة ثنائية محاولين ضبط مفهوم الكفالة وذلك بدراسة النظام القانوني للكفالة **(فصل أوّل)**، وبعدها التعرض لحماية حقوق الطفل المكفول **(فصل ثان)**

الفصل الأول

النظام القانوني للكفالة في القانون الجزائري

شكل موضوع حقوق الطفل المكفول والكفالة عامة محور اهتمام الفقهاء والتشريعات الوضعية فقد حاول الجانب الأول دراسة الطفل المكفول والكفالة في شقها المفاهيمي ومختلف الأحكام المتعلقة بها، بينما قننت أغلب التشريعات الأحكام والاجراءات القانونية الخاصة بالكفالة عموما والطفل المكفول على وجه الخصوص، بغاية وضع حلول لمختلف الاشكالات التي قد تطرحها نظام الكفالة كآلية لحماية حق الطفل، فمن أجل الالمام بمختلف الجوانب القانونية المتعلقة بحقوق الطفل المكفول لابد علينا من دراسة الكفالة ونظامها القانوني وذلك بداية بإزالة بعض الإشكالات وذلك عن طريق دراسة الاطار المفاهيمي للكفالة **(مبحث أول)**.

يشمل الاطار المفاهيمي التعاريف والشروط المتعلقة بعقد الكفالة وأطرافها ولعلى الطرف الأكثر صلة بموضوعنا هو الطفل المكفول والحقوق المرتبطة به وأثناء التعمق في هذا البحث أن كفالة الطفل وحمايته يواجه العديد من الصعوبات القانونية نظرا لغموض بعض النصوص القانونية الواردة في القانون الجزائري وبعض المسائل التي أغفل عليها المشرع الجزائري والتي سوف نقوم بدراستها تحت ما يسمى بالإشكالات القانونية المتعلقة بالكفالة الطفل في القانون الأسرة الجزائري **(مبحث ثان)**.

المبحث الأول

الاطار المفاهيمي للكفالة

الكفالة نظام قانوني بديل عن نظام التبني، تبناه المشرع الجزائري لما له من مصلحة بحيث يعد نظام دقيق ومحكم هدفه الأساسي رعاية شخص أو إنسان حتى يصبح راشدا وقادرا على العمل وشق طريقه في الحياة، فالكفالة نجد أحكامها في قانون الأسرة الجزائري والتي تستوجب منا دراستها.

أما عن مشروعية الكفالة فإن الكفالة مشروعة بالكتاب والسنة فقد جاء في قوله تعالى: "**وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا**"[1]، وجاء في قوله كذلك: "**وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ**"[2].

أما من السنة النبوية فجاء في قول الرسول ﷺ: "**أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وقال بأصبعه السبابة والوسطى**"

بغية الالمام بجميع الجوانب المرتبطة بالكفالة والطفل المكفول، سنقوم بتحديد مفهوم الكفالة(**مطلب أول**)، ضف إلى ذلك فإن الكفالة لا يمكن أن تنعقد إلا بتحقق جملة من الشروط منها ما يتعلق بالكافل ومنها ما يتعلق بالطفل المكفول(**مطلب ثان**).

---

[1]- سورة آل عمران، الآية 37.

[2]- سورة آل عمران، الآية 44.

المطلب الأول

مفهوم الكفالة

يستوجب تحديد مفهوم الكفالة وابراز تعريفها لغة، ومن أجل ذلك يتعين ذكر أهم التعريفات تداولا من الناحية اللغوية **(فرع أول)**.

حاول كلا من الفقه سواء الشرعي أو القانوني دراسة الجانب المفاهيمي للكفالة باعتباره نظام يهدف إلى حفظ النفس، ومقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، بحيث حث الدين الإسلامي على كفالة ورعاية الأطفال اليتامى لما لهم من قيم أخلاقية واجتماعية في المجتمع، وبالمقابل حاولت أغلب التشريعات تكريس تعريف الكفالة في قوانينها، وكل هذا سنقوم بدراسته تحت عنوان التعريف الاصطلاحي للكفالة **(فرع ثان)**.

وبعد تبيان مفهوم الكفالة بقي تخصيص الدراسة حول الطفل المكفول وذلك بتبيان ما معنى الطفل المكفول وما هي الفئات المشمولة بالكفالة **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول

في أهم التعريفات اللغوية للكفالة

جاء تعريف الكفالة في لسان العرب كما يلي: "**الكافل العائل، كفله يَكفل وكفلتُ إياه، بمعنى ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها، وعلى قراءة كَفَلها بالفتح فبالمعنى ضمن زكريا عليه السلام بأمرها**"[1].

---

[1]- جمال الدين ابن مكرم ابن منضور، **لسان العرب(مادة كفل)**، ج08، ط04، دار صادر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2005، ص186.

لقد جاءت كلمة الكفالة في أكثر من موضع في القرآن الكريم والحديث النبوي الشريف فجاء قوله ﷺ: "**أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وقال بأصبعه السبابة والوسطى**"[1]، بمعنى الحديث فإن النبي ﷺ ضم كافل اليتيم إلى نفسه.

وعرف السرخسي في المبسوط: "**الكفيل على الأصيل بمنزلة بذل القرض فإنّ الكفيلَ يصيرُ مقْرضا ذمتُه منْ الأصيل بالالتزام للمطالبة بالكفالة ثمّ يصيرُ مُقرضا ماله منه بالأداء عنه فما يرجع به عليه يكون بدل القرض والاستبدالُ ببدل القرض صحيحٌ**"[2].

الكفالة وفقا لمعجم الصحاح في اللغة: 1- مصدر كفل وكفُل، 2- مبلغ من المال يُدفع عادة مقابل إطلاق سراح معتقل: أفرج عنه بكفالة، 3- (الاقتصاد): ضمانة تعطى لمشتر تنصُ على أنّ منتجا ما موثوق وخال من العيوب، **أما بخصوص بعض المعاجم القانونية:** عقد يلتزم به الكفيل لصالح الدّائن المكفول له لا يعطي المصرف قرضا إلا بعد تقديم الكفالة له[3].

فالكفالة هو التزام شخص على وجه التبرع ويتم أمام قاضي أو موثق بهدف التكفل برعاية ولد قاصر دون أن يكون لزُوما والده[4].

---

(1)- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي الشهير بابن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري(كتاب الأدب)**، باب فضل من يعول يتيما، حديث رقم 5659، دار الريان للتراث، القاهرة، 1986، ص 2237.

(2)- السرخسي شمس الدين، **المبسوط**، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993، ص162.

(3)- معجم الصحاح في اللغة العربية، المنشور على الموقع الإلكتروني التالي: http://www.maadjme.com ، يوم الاطلاع: 01-06-2021.

(4)- ابتسام القرام، **المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري**، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، الجزائر، 2009، ص170.

الفرع الثاني

تعريف الكفالة اصطلاحا

يندرج في اطار التعريف الاصطلاحي للكفالة ما جاء به الفقه الشرعي **(أولا)** والاصطلاح القانوني **(ثانيا)**.

أولا: تعريف الكفالة في الاصطلاح الشرعي

تصدى فقهاء الشريعة إلى القول أنّ الكفالة: "هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الالتزام الحق، أي في الدين، فيثبت الدين في ذمتها جميعا فدليل الجمهور أن الدين يثبت في ذمة الكفيل كما يثبت في ذمة الأصيل"[1].

عرف فتح البار الكفالة كالآتي: "**كافل اليتيم أي القيم بأمره ومصالحه**"[2]، كما أن الكفالة لدى أحمد بن عثمان الذهبي: "**القيام بأموره والسعي في مصالحه من اطعامه وكسوته وتنمية ماله إن كان له مال وان كان لا مال له أنفق عليه وكساه ابتغاء وجه الله**"[3].

ثانيا: تعريف الكفالة في الاصطلاح القانوني

كرّس المشرع الجزائري أحكام الكفالة الخاصة بالأطفال في القانون رقم 84-11 في الفصل السابع من الكتاب الثاني المعنون "النيابة الشرعية"، أين خصص لها عشر مواد ابتداء من المادة 116 إلى 125، فنجد تعريف الكفالة في المادة 116 والتي تنص على أنه: "**الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي**"[4].

---

(1)- محمد بن عبد الرحمن المغربي، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ج1، د.ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د.س.ن، ص311.

(2)- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي الشهير بابن حجر العسقلاني، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، ج1، د.ط، كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيما، بيت الأفكار الدولية، الأردن، 1986، ص 2646.

(3)- محمد بن أحمد عثمان الذهبي، **كتاب الكبائر**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص 62.

(4)- **قانون رقم 84-11**، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق، معدل ومتمم.

يُستشف من خلال المادة 116 أنّ المشرع الجزائري يعتبر الكفالة عقد على شكل تبرع يفرغ في شكل رسمي أو بحكم قضائي، هدفه الأساسي الالتزام بالتكفل بولد قاصر ورعايته وحمايته والسهر على حسن تربيته من أجل ضمان سلامة هذا الولد، وكذلك العمل على توفير جل الظروف الملائمة لهذا القاصر ولن يكون ذلك إلا بمعاملة الكافل للطفل المكفول على أساس معاملة الابن الشرعي[1].

فنجد القانون التونسي يُعرف الكفالة بموجب القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني بما يأتي: "**الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر**"[2].

أما المشرع المغربي فيعرف الكفالة في القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين على أنه: "**كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه، كما يفعل الأب مع ولده، ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث**"[3].

من خلال النصوص القانونية السابقة أي ما تعلق بالقانون الجزائري أو المقارن فنجد بأنه بالرغم من اختلاف الصياغة في نصوص المواد، إلا أنه تكاد معظم التعاريف تتشابه خاصة من حيث اعتبار أن الكفالة عقد تبرعي وشرعي، الأولوية فيه هي رعاية طفل قاصر.

ونحن بصدد دراسة هذا القاصر خصصنا فرعا من هذه المذكرة نبين فيه من هو الطفل المكفول وماهي الفئات التي تندرج تحت هذا المصطلح.

---

[1]- شريط نصيرة، **حماية الطفل المكفول في القانون الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه(ل م د) في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر -01-، 2020، ص23.

[2]- **قانون عدد 27 لسنة 1985 المؤرخ في 04 مارس 1958، يتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني** (الرائد الرسمي عدد 19 بتاريخ 07 مارس 1958).

[3]- **ظهير شريف 01.02.172 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين**، ج.ر، ع5031، بتاريخ 10 جمادي الآخرة 1423 (13أغسطس 2002)، ص2362.

الفرع الثالث

معنى الطفل المكفول والفئات المشمولة بالكفالة

إذ كان الطفل عموما نجد له عدة اصطلاحات في القانون الجزائري فنجد مصطلح القاصر الحدث، الطفل، الطفولة، فالمشرع في القانون المدني أورد مصطلح القاصر وربطه بالأهلية ومدى قدرة الشخص على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، بالعودة إلى نص المادة 40 من ق.م والتي تنص على أنه: "**كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة**"[1].

فيتضح من خلال نص هذه المادة أن مرحلة الطفولة تستمر طبقا للقانون المدني إلى سن الرشد الذي حدد ب19 سنة كاملة، ويتضح كذلك أنه يُعد ناقص الأهلية إذ كان أقل فتسري عليه أحكام الولاية المنصوص عليها في القانون الجزائري وذلك وفقا لأحكام المادة 81 من قانون الأسرة، والتي تنص على أنه: "**من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو الجنون، أو سفه ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون**"[2].

فاستعمل المشرع مصطلح القاصر ووحد سن الأهلية للزواج بتمام 19 سنة وذلك وفقا لأحكام المادة 07 قانون الأسرة، والتي تنص على أنه: "**تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات**".

---

[1]- أمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق، معدل ومتمم.

[2]- قانون رقم84-11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق، معدل ومتمم.

مع التنبيه أن المشرع استعمل مصطلح "الحدث" سواء في قانون الاجراءات الجزائية وكذا بصدور قانون حماية الطفل، حيث عرف المشرع الطفل في المادة 2 منه، والتي تنص أنه: "**يقصد بمفهوم هذا القانون بما يأتي: الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة**"[1].

ولابد من التنبيه فإن المشرع لم يرد تعريفا مباشرا للطفل المكفول وإنما تم ايضاح من هو الطفل وهذا ما تم تناوله أعلاه، و كذا الكفالة التي تناولنها سابقا.

أما الفئات المشمولة بالكفالة أو الطفل الذي يكون محل الكفالة قد يكون معلوم النسب أو مجهول النسب وهذا ما نصت عليه المادة 119 من قانون الأسرة، فمعلوم النسب **كاليتيم** فهو كل صغير لا أب له[2]، فنجد **اللقيط** أو **مجهول الأبوين** فله مكانة خاصة في كتب فقهاء الشريعة الإسلامية بحيث أوجبوا له حقوقا على مجتمعه الذي ولد فيه، فبالتالي فالكفالة لا تشمل فقط معلوم النسب بل ذهبت لتشمل اللقيط والذي يُعرف بأنه صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقّهُ[3].

ضف إلى ذلك **ولد الزنا** خاصة أن المشرع الجزائري لم يُعرف فعل الزنا على غرار سائر التشريعات، إلا أن الاجتهاد الفقهي والقضاء ذهب للقول أن الزنا هي العلاقة الجنسية التي يرتكبها الزوج أو الزوجة مع أي شخص آخر مع وجوب تقديم الشكوى من طرف الشخص المضرور بحكم أن جريمة الزنا من الجرائم المقيدة بشكوى، وأكثر من ذلك هو وطء أو جماع غير شرعي[4].

---

(1)- قانون رقم **15-12** مؤرخ في **28** رمضان **1436** الموافق **15** يوليو **2015**، المتعلق بحماية الطفل، ج.ر، ع39، مؤرخة في 19 جويلية 2015.

(2)- أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ج3، ط1، كتاب السير، باب قسم الخمس، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص301.

(3)- محمد بن أحمد بن عرفة الدوسقي، **حاشية الدوسقي على الشرح الكبير**، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996، ص 534.

(4)- عبد العزيز سعد، **الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري**، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص52.

وفي الأخير نجد **ولد اللعان** فهو ذلك الولد الذي جاءت به أمه على فرض زوجية صحيحة ونفاه الزوج وتمت الملاعنة أمام القاضي وحكم بنفي نسب الولد من أبيه وإلحاقه بأمه[1].

المطلب الثاني

شروط الكفالة كآلية لحماية الطفل المكفول

إنّ رعاية الأطفال وحمايتهم من الانحراف سواء كانت هذه الفئة من معلومي أو مجهولي النسب، فبالتالي الكفالة كنظام قانوني غايته الأساسية توفير الرعاية والحماية القانونية لهذه الفئة في المجتمع.

فإذا كانت الكفالة كما تم الإشارة إليه سابقا أي عقد تبرع مبرم في شكل رسمي أو قضائي يهدف إلى التعهد أو الالتزام بالتكفل بولد قاصر، ورعايته، وحمايته، فمن الطبيعي أن يتطلب القانون جملة من الشروط من أجل صحة هذا الإجراء، فنجد منها شروط مرتبطة بالكافل **(فرع أول)**، ونجد كذلك شروط لابد من توفرها في الشخص المكفول **(فرع ثان)**، مع التنبيه أنّ عقد الكفالة بحد ذاته لابد أن تتوفر فيه جملة من الشروط **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول

الشروط الواجب توفرها في الكافل

يُعد الكافل أحد أطراف الكفالة، ولقد اشترط فيه المشرع الجزائري جملة من الشروط يقتضي من الجهة المكلفة بتحرير العقد، أن تتأكد وتتحقق من توافرها في الكافل وهي: شرط الإسلام **(أولا)**، ضف إلى ذلك شرط الأهلية وأن يكون عاقلا **(ثانيا)**، وأن يكون للكافل القدرة الكاملة على رعاية الطفل المكفول **(ثالثا)**.

---

(1)- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج02، ط06، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص214.

أولا: شرط الإسلام

تأسيسا على حكم المادة 118 ق.أ.ج التي تنص على أنه: "**يشترط أن يكون الكافل مسلما**"، يستخلص من خلال متن المادة 118 أن المشرع اشترط إسلام الكافل بشكل صريح ومن غير لبس أو دون ترك أي مجال للاجتهاد، ضف إلى ذلك أن المشرع في قانون الأسرة كرس هذا الشرط باعتبار الإسلام دين الدولة الجزائرية وحتى يضمن تربية الطفل على أساس تعليم الدين الإسلامي ويترعرع في مجتمع مسلم[1].

ولعلى ما دفع المشرع الجزائري لتبني شرط الإسلام في الكافل هو السعي نحو أن لا ينشأ الطفل على غير الإسلام، ونزع فيه بذور ومبادئ الشرك والإلحاد، ومن جهة أخرى بحكم أن الكافل تكون له ولاية على نفس الطفل المكفول ويتولى كافة أموره[2].

ومن جهة الشارع الحكيم نجد أنه لا يجيز ولاية غير المسلم على المسلم وذلك في آيات عدة من القرآن الكريم بحيث جاء قوله تعالى: "**لَّا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَن تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً وَيُحَذِّرُكُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ**"[3].

قد يتبادر إلى الذهن جملة من الاشكالات أو الأسئلة حول كيفية التأكد من توافر الإسلام لدى الشخص الكافل، فالكفالة تمنح بناء على السلطة التقديرية للقاضي وذلك بتقديره لجملة الوقائع، والذي يصبوا في هدفه إلى ضمان مصلحة الطفل المكفول في غياب شهادة إعلان الإسلام، ويستند القاضي إلى مختلف الوسائل التي تمكنه من التحقق من هذا الشرط كسماع

---

(1)- طلبة مالك، **التبني والكفالة**، مذكرة نهاية التكوين، دفعة 12، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004، ص22.

(2)- إقروفة زوبيدة، **الإنابة في أحكام النيابة** (دراسة فقهية قانونية)، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص. ص 126، 127.

(3)- سورة آل عمران، الآية 28.

الشهود أو الاعتماد على القرائن، فبالتالي التدين من غير الدين الإسلام يرفض القاضي منح الكفالة[1].

ثانيا: شرط الأهلية والعقل

بالعودة إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري فنجد المشرع يشترط أن يكون الكافل عاقلا متمتعا بالأهلة القانونية الكاملة مما يعني أنه يتوجب أنه يتوجب أن يكون بالغا سن الرشد وغير محجور عليه بسبب جنونه أو عتهه أو نتيجة لعقوبة جزائية وذلك تأسيسا بأحكام المادة 86 من ق.أ، وجاء في حديث الرسول ﷺ : "**رُفع القلم عن ثلاث المجنون المغلوب على عقله، وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يحترم**"[2]

والجدير بالذكر أنه في حالة ما كانت الأهلية غير سليمة نتيجة لعوارض أصابتها، مع الإشارة أنه قد تكون العوارض التي مست الأهلية غير ظاهرة للقاضي وإنّما شك فيها فله صلاحية الأمر اجراء خبرة وفي حالة ما إذا ثبت فمنعه من الكفالة بحكم أنّ الشخص الكافل إذ كان أصابه جنون أو عته لا يمكنه أن يرعى الطفل المكفول[3].

ثالثا: شرط القدرة الكاملة على رعاية الطفل المكفول

إن مفاد هذا الشرط هي الاستطاعة على تربية المكفول ورعايته والاعتناء بشؤونه والسهر على سلامته الجسدية، ومنحه أحسن تربية، هنا تثار مسألة طالب الكفالة الطاعن في السن خاصة أنه قد يكون عاجزا عن القيام بولاية طفل حديث العهد بالولادة نظرا لكبر سنه[4].

---

(1)- علال أمال، **التبني والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، 2009، ص73.

(2)- أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، **حديث حسن صحيح**، المستدرك على الصحيحين، ج2، كتاب البيوع، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1998، حديث رقم 2398، ص 372.

(3)- عبد العزيز سعد، **اجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإدارية**، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص120.

(4)- شريط نصيرة، المرجع السابق، ص70.

القدرة قد تكون **قدرة جسدية**، فقد يصيب الكافل ما قد يكون حاجزا بينه وبين تكفله بالقاصر على أتم وجه وذلك نتيجة لإصابته بعاهة تحول دون قدرته كأن يكون معاقا أو أعمى أو أصم أو مرضا[1].

وفي هذا الصدد صدر عن المحكمة العليا قرار في سنة 1984 تحت رقم 33921 والذي جاء في فحواه: "ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمة فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية"[2].

أما **القدرة المادية**، فيقصد بها الوضعية المالية للكافل فمن غير المنطقي وغير العقلانية أن يطالب شخصا معوزا أو بطالا ليس له مصدر رزق كفالة طفل وهو في حالة يعجز فيها عن توفير متطلباته من مأكل وملبس ومأوى.

ومن الناحية التطبيقية والعملية نجد القاضي يطالب الراغب في الكفالة بتقديم الراتب الشهري أو أية وثيقة أخرى تثبت قدرة الكافل على إعالة الطفل المكفول، وعلى سبيل المثال نجد نسخة من السجل التجاري[3].

---

(1)- معانقي مريم، شلابي خديجة، **كفالة الأطفال في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2017، ص14.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 06 أفريل 1984، ملف رقم 33921، المجلة القضائية، ع04، لسنة 1989، ص76.

(3)- نقيب نور الإسلام، **الآليات القانونية لحماية الطفل في الجزائر**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 01، 2015، ص.ص 124، 125.

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بالطفل المكفول

إنّ المشرع الجزائري باستقراء نصوص قانون الأسرة لم ينص على الشروط الواجب توفرها في الطفل المكفول بشكل صريح وإنما يمكن استقراءها من ما ورد في نصوص المواد 116 و119 من قانون الأسرة الجزائري بحيث نجد أن هذه الشروط تتمحور في ضرورة كون الطفل المكفول قاصرا **(أولا)**، وكذا أن يكون الطفل المكفول معلوم النسب أو مجهول النسب **(ثانيا)**.

أولا: شرط أن يكون المكفول قاصر

بالعودة إلى أحكام الكفالة الواردة في قانون الأسرة فإنّ المشرع لم يشترط بشكل صريح سن الطفل المكفول مما يعني أنه لم يضع سنا بحد أدنى أو أقصى لكن أوجب أثناء إبرام عقد الكفالة أن يكون الطفل قاصرا بحيث تنص المادة 116 على أنه: "**الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر...**".

إن المشرع باستعماله لولد قاصر في صلب المادة 116 والقاصر في التشريع الجزائري هو الذي لم يبلغ ولم يكتمل سن 19 سنة وفقا لأحكام القانون المدني وذلك في نص المادة 40 منه، ولعلى الحكمة من ذلك أن الشخص الذي لم يبلغ سن 19 سنة يكون غير قادر على رعاية نفسه ويحتاج إلى من يرعاه ويعتني به ويتولى القيام بشؤونه ولذا قرر له المشرع حماية عن طريق الكفالة[1].

فيظهر من خلال نصوص مواد قانون الأسرة الخاصة بالكفالة فإن المشرع أحالنا إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة والذي يحتوي على المبادئ العامة للقانون، بحيث أن القاضي حتى يبرم عقد الكفالة يجب عليه أن يجري تحقيق في الملف ومن الأمور التي يقتضي أن يتحقق منها

---

[1]- شريط نصيرة، المرجع السابق، ص85.

التأكد من شرط السن، والذي يكون فيه الولد قاصرا فكان من الأفضل على المشرع أن يحدد سن الطفل المكفول بشكل صريح في أحكام قانون الأسرة[1].

ولعلى أن هذا الشرط هو الأقرب إلى الواقع بحيث أنه الطفل الحديث العهد بالولادة يسهل عليه الاندماج في أسرته الجديدة والتي توفر له الحنان بحيث أن الصغار الذين تنجح علاقتهم هم القصر الذين لم يبلغ سنهم 03 سنوات وعلى الأغلب ما بين05 سنوات و07 سنوات على الأكثر أين يسهل اندماجهم في المحيط العائلي وتعلقهم بالأولياء الجدد، على خلاف الطفل البالغ من السن 10 سنوات أو 15 سنة بحيث يطول اندماجهم في أسرة يعلم فيها أنه فرد غريب[2].

ثانيا: شرط أن يكون الطفل المكفول معلوم النسب أو مجهول النسب

طبقا لنص المادة 119 ق.أ.ج التي تنص كما يلي: "**الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب**"، فالولد المكفول **المعلوم النسب** هو ولد لأبويه فإذا كان الاثنين على قيد الحياة فلابد من رضاهما على الكفالة التي تعني ولدهما، وإذا توفي أحد الزوجين أو كان عاجزا عن التعبير عن ارادته في شأن الكفالة فموافقة من هو على قيد الحياة تكفي.

أما إذا توفي الأبوان معا فيمكن القول لمجلس العائلة بعد موافقة من كان في حضنه الولد[3] وفي الغالب ما نجد أن كفالة الولد معلوم النسب يكون بين الأقارب فنجد المشرع في نص المادة 120 ينص على أنه: "**يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب...**".

أما الطفل **المجهول النسب** هو الطفل الذي لا يعرف أبواه أو مجهول الأب وإن كان معلوم الأم وهم الأطفال الذين ترغب أمهاتهم في سرية أسمائهم فغالبا ما نجد أن هؤلاء الأطفال كانوا

---

(1)- الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 169.

(2)- مصطفى معوان، **أسباب تحريم التبني واحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ع09، جويلية 2004، ص521.

(3)- الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 170.

نتيجة لزنا أو أطفال اللقطاء[1]، فنجد المشرع نص عليهم في المادة 120 بحيث جاء فيها: "...إذا **كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية**".

وبالعودة إلى المادة 64 من الحالة المدنية التي تنص على ما يلي: "... **يعطي ضابط لحالة المدنية نفسه الأسماء إلى اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة أسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي**"[2]

الفرع الثالث

الشروط الواجب توفرها في عقد الكفالة

لصحة الكفالة باعتبارها عقد لابد أن تستوفي جملة من الأركان، وأن تتم وفق اتباع اجراءات قانونية، ومن أهم الأركان **التراضي** وكل ما تعلق بالإرادة، من حيث رضا الأبوين، العيوب من غلط، وتدليس، واكراه، واستغلال، ضف إلى ذلك أن يكون **المحل ممكنا وموجودا**، ومحل عقد الكفالة هو طفل قاصر قد يكون معلوم، أو مجهول النسب، ضف إلى ذلك **الشكلية** بحكم أن عقد الكفالة هو عقد شرعي[3].

أما عن الاجراءات الواجب اتباعها، فهي تتم من خلال مرحلتين أساسيتين هما مرحلة تمهيدية، وهي المرحلة التي يتم ابداء كل من الكافل وولدي المكفول معا، أو المؤسسة المكلفة برعاية الطفولة عن ارادتهم بالموافقة على الكفالة، مع ضرورة تحديد الجهة المختصة

---

(1)- الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص71.

(2)- **الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19فيفري 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية**، المعدل بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2010، ج.ر، ع49، الصادر 20 أوت 2014.

(3)- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح قانون مدني**، النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص. ص 79، 152

بتحرير هذا النوع من العقود إما المحكمة أو الموثق، ضف إلى ذلك ضرورة أن يكون الملف بكامل الوثائق المطلوبة[1].

أما المرحلة الثانية لإسناد الكفالة هي أن ترتب هذه الأخيرة لأثارها القانونية خاصة منح الطفل المكفول حقوقه ذات الطبيعة القانونية المختلفة، وهذه الحقوق تعد بمثابة إلتزمات للكافل.

[1]- لتفاصيل أكثر، راجع: بوعشة عقيلة، **الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية**، مذكرة نهاية التكوين، الدفعة 14، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004، ص.ص 25، 27.

المبحث الثاني

الإشكالات المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة

أولت الشريعة الإسلامية حماية خاصة للطفل منذ الولادة وسعت لأن يترعرع هذا الأخيرة في مجتمع وبيئة يضمنان حسن رعايته وتربيته، فالأمر نفسه انتهجه المشرع الجزائري في مختلف القوانين وعلى وجه الخصوص نجد قانون الأسرة، وذلك بتكريسه لنظام الكفالة كآلية لحماية الطفل سواء كان الطفل لقيطا أو مجهول النسب أو كان أبواه معلومين غير قادرين على لرعايته.

من خلال دراسة تحليلية لأحكام الكفالة يتبين أن المشرع الجزائري قد تغاضى وأغفل مجموعة من الشروط أصبحت تشكل ثغرات في القانون، هذا ما ترتب عليه اشكالات سواء تعلقت بالشخص الكافل(**مطلب أول**)، أو بالطفل المكفول (**مطلب ثان**).

المطلب الأول

الإشكالات المتعلقة بالشخص الكافل

المشرع الجزائري نص على الشروط الواجب توفرها في الشخص الكافل والتي يقتضي من الجهة المكلفة بتحرير هذا النوع من العقود التحقق من توفرها والمتمثلة في شرط الإسلام وأن يكون الكافل عاقلا وصاحب أهلية، ضف إلى ذلك أن تكون له قدرة على رعاية الطفل المكفول.

إلا أنه قد أغفل بعضها رغم أهميتها، ونذكر منها الشروط المتعلقة بالكافل الذي تقع عليه مسؤولية رعاية الطفل المكفول، فنجد ضمن هذه الشروط جنس وسن الطفل الكافل (**فرع أول**) شرط الزواج وموافقة الزوج (**فرع ثان**)، وكذا شرط الجنسية (**فرع ثالث**).

الفرع الأول

سن وجنس الشخص الكافل

ضمن الشروط التي أغفلها المشرع الجزائري عند تنظيمه لأحكام الكفالة في قانون الأسرة نجد كل من جنس الشخص الكافل(**أولا**)، وكذا سن الشخص الكافل (**ثانيا**).

أولا: جنس الشخص الكافل

بالعودة إلى المادة 116 ق.أ.ج التي عرف المشرع من خلالها الكفالة باعتبارها التزام على وجه التبرع وذلك بالقيام برعاية ولد قاصر من جوانب عدة شريطة أن يكون بعقد شرعي، غير أن المشرع لم يحديد جنس طالب الكفالة سواء كان رجلا أو امرأة، علما أن الفقه الإسلامي اعتبر الكفالة التزام ذو طابع شخصي قد يصدر من رجل أو امرأة[1].

ضف إلى أنه بقراءة نص المادة 118 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "**يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته**".

إن قراءة متن هذه المادة يتضح أن الكفالة يصدر من الرجل فقط وكأن الطفل لا يحتاج إلى عائلة وأم ترعاه وإنّما يقتصر فقط حاجاته إلى أب بديل، فهنا يظهر غموض نص المادة 118 فكان من المفروض على المشرع الجزائري أن ينص على أن للمرأة الحق في طلب الكفالة بحكم أنها أولى من الرجل في رعاية الطفل وتربيته واعطائه الحنان[2].

ضف إلى ذلك أنه من المعلوم أن الحضانة تكون بين أحضان المرأة والأم وليست بين أحضان الرجل مراعاة لمصلحة الطفل وكذا بحكم طبيعة كل من الرجل والمرأة بحيث أن الرجل

---

(1)- بن عطية بو عبد الله، **اللقيط بين المذاهب الفقهية الإسلامية والقانون الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2002، ص109.

(2)- رشدي شحاتة أبو زيد، **شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية**، ط1، دار الفكر العربي، 1999، القاهرة، ص47.

معظم وقته في الخارج يسعى إلى العمل، فبالتالي كان من الأولى على المشرع أن ينص على كون المرأة أولى بحق الكفالة[1].

ثانيا: سن الشخص الكافل

المشرع الجزائري لم يحدد السن أو الفارق بين الكافل والمكفول، وذلك أمام غياب نص قانوني فهذا يعتبر اغفالا من طرف المشرع الجزائري، ضف إلى ذلك فإن المشرع لم يحدد السن الذي يقبل فيها طلب الكفالة من الكافل وإنما انتهج نظام الإحالة إلى قواعد القانون المدني[2].

أمام الفراغ القانوني الذي يعرفه قانون الأسرة نجد عدة تساؤلات؛ منها حالة ما إذا كان طالب الكفالة راشدا وبالغا من عمره 19 سنة فيطلب كفالة طفل عمره 17 سنة فمن المنطق أن لا يقبل منح الكفالة خاصة أن الطفل المكفول بحاجة ماسة إلى أب وليس إلى صديق، والوضعية في المجتمع الجزائري أن أغلب الشباب في سن 19 سنة عاطلون عن العمل وعاجزون عن تلبية حاجاتهم والتكفل بأنفسهم، فكيف لهم أن يتكفلوا بطفل يحتاج إلى رعاية مادية ومعنوية.

فبالتالي لابد على المشرع أن يتدخل بوضع نصوص قانونية تنظيمية يسن فيها الحد الأدنى للسن الكافل مع ضرورة مراعاة فارق السن بين الكافل والمكفول وترك نوع من السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الفارق[3].

عملا بالشروط التي تطلبها المساعدة الاجتماعية في طلب الكفالة بالإضافة إلى شرط الزواج نجد أنه تم تحديد الحد الأدنى لسن الرجل ب60 سنة، و55 سنة بالنسبة للمرأة، كما أنه في حالة طلاقهما ترجع الكفالة للزوج وليس للزوجة[4].

---

(1)- HANIFI Louisa, **la dissolution de lieu conjugal du vivant des époux**, thèse de doctorat université d'Alger, Alger, 2007, p 199.

(2)- الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص169.

(3)- شمام منير، "**الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في القانون الأسرة والقضاء الجزائري**"، دفاتر مخبر حقوق الطفل، مجلد 9، ع1، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص.ص 156، 157.

(4)- علال أمال، المرجع السابق، ص77.

الفرع الثاني

شرط الزواج وموافقة الزوج

باستقراء الأحكام القانونية الخاصة بالكفالة في التشريع الجزائري فنخلص بالقول أنه لا نجد أي نص قانوني يلزم أن يكون الشخص الكافل متزوجا **(أولا)**، غير أنه من الناحية العملية فبتفحص ملف الأفراد طالبي الكفالة فنجد أنه ضمن شروط صحة الملف أن يكون هناك زواج قائم للحصول على الكفالة وهذا تحقيقا لغاية وهي أن الطفل محل الكفالة يحتاج إلى عائلة تحتويه **(ثانيا)**[1].

أولا: شرط الزواج

يسعى القاضي بدوره إلى مراعاة مصلحة الطفل لكون الهدف الأساسي من الكفالة هو نشأة الطفل إلى أسرة يفتقد إليها إذ يشترط أن يكون الطفل في وسط عائلي متكون من أب وأم حتى يتكون ويتولد لدى الطفل شعور بدفيء العائلة التي حرم منها وحتى ينشأ في ظروف عادية كسائر الأطفال[2]، وعليه يمكن القول أنه بالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شرط الزواج بشكل صريح فإنما مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن تشترط في طالبي الكفالة أن يكونا زوجين[3].

ثانيا: شرط الموافقة على الزواج

كما نجد كذلك نقطة أغفل عليها المشرع هي موافقة الزوجين طالبي الكفالة ورضاهما رغم الأهمية التي يكتسبها هذا الشرط والفائدة التي تعود على القاصر المكفول وتحقق الغرض المطلوب من الكفالة فإذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة فلابد من موافقة الزوج الآخر (conjoint).

---

(1)- نقيب نور الإسلام، المرجع السابق، ص125.

(2)- معاتقي مريم، شلابي خديجة، المرجع السابق، ص16.

(3)- ليلى جمعي، **حماية الطفل (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية)**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة وهران، 2006، ص138.

ضف إلى ذلك يقتضي في هذه الموافقة أن تكون صريحة عن طريق حضور الزوجين أمام القاضي وتدوين القاضي ما سمعه في محضر سماع من أجل أن يكون دليلا عن تحمل المسؤولية، غير أن هذا الاجراء يكاد ينعدم في المحاكم إذ تكتفي معظم المؤسسات القضائية بحضور شاهدين والأطراف فقط فيتطلب من المشرع إعادة النظر وتدارك هذا الشرط سدا لكل الثغرات القانونية[1].

لكن من جهة أخرى فإن المشرع نص على ضرورة الموافقة بالنسبة للأبوين في نص المادة 117 من ق.أ، والتي تنص على أنه: "**يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان**".

الفرع الثالث

طالب الكفالة أجنبي الجنسية

قد نكون أمام حالة أن طالب الكفالة أجنبي الجنسية فبالتالي لابد من العودة إلى قواعد الإسناد الجزائرية والمنصوص عليها في القانون المدني وبالضبط في المادة 13مكرر 1 والتي تنص على أنه: "**يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت اجرائها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل وتطبق نفس الأحكام على التبني**".

يتضح من خلال المادة 13 مكرر 1 أن المشرع الجزائري أجاز للأجانب التقدم أمام القاضي بطلب الكفالة خاصة أن قواعد الإسناد تلزم القاضي بمراعاة مقدمي طلب الكفالة والطفل محل الكفالة.

عند تحرير هذا العقد فإذا رأي القاضي الجزائري أن القانون الأجنبي يجيز الكفالة مع العلم أن طالب الكفالة والطفل المكفول لا يحملان ذات الجنسية، فيقوم القاضي بإجراء تحقيق ثم يقوم

---

[1]- علال أمال، المرجع السابق، ص78.

بتحرير العقد، أما إذا كان أمام حالة أن طرفي العقد يحملان ذات الجنسية وقانونهما يجيز الكفالة فيحرر العقد[1].

كما أغفل المشرع الجزائري حالة أن يقوم شخص جزائري بالتكفل بطفل أجنبي قاصر ذو جنسية أجنبية متخلى عنه في التراب الوطني، فبالعودة إلى القانون الجزائري فنجد أن المشرع لم ينص صراحة عن إمكانية كفالة شخص جزائري لطفل قاصر بالرغم من أن نص المادة 13مكرر 1 السالفة الذكر المتعلقة بقواعد الإسناد فعندما يكون طرف أجنبي في الفقه أو كلا الطرفين أجنبيين لابد من إتباع نظام الإحالة والبحث في القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي الوطني وفقا لقواعد الإسناد الواردة في القانون المدني.

غير أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يعرف موقفا لهذه الحالة لا بالإجازة ولا بالرفض وإنما بقي ساكتا مما شكل إشكالا قانونيا[2].

في هذا عرضت قضية على القضاء الجزائري وهي قضية التكفل بطفل صيني متخلى عنه ولم يطالب أي أحد من عائلته أو دولته لأن سياستها الداخلية تحدد طفلين لكل عائلة صينية، فهل يمكن لقاضي شؤون الأسرة قبول طلب كافل جزائري ليتكفل به؟، مع العلم أن المشرع بقي صامتا أمام هذه الحالة[3].

فمن الناحية العملية إذا أبدى القاضي شؤون الأسرة موافقة بعد أن أخذ رأي وكيل الجمهورية بالإيجاب على طلب الكفالة في غرفة المشورة فتعود السلطة التقديرية للقاضي بمراعاة مصلحة الطفل طبقا لأحكام المواد 492 إلى 495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت المادة 495: "**يُمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز**

---

[1]- نقيب نور الإسلام، المرجع السابق، ص124.

[2]- بومدان ياسمينة، وليكان ثن هيثان، **التبني والكفالة في ظل القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص32.

[3]- شمام منير، المرجع السابق، ص159.

له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة"[1].

وعليه مادام أن الطفل هو الأولى بالحماية فإن للقاضي صلاحية اللجوء إلى أي مصلحة مختصة من خلالها يستشير من أجل أن يضمن حماية القاصر[2].

المطلب الثاني

الإشكالات المتعلقة بوضعية الطفل المكفول

كما تم الإشارة إليه سابقا فإن المشرع الجزائري عالج نظام الكفالة في قانون الأسرة سعيا منه نحو حماية الطفل المكفول إلا أنه لم يقم بالمام بجميع الجوانب القانونية، فنجد اشكالات قانونية متعلقة بوضعية الطفل المكفول سواء أمام الإدارة أو الهيكل القضائي فمن ضمن الإشكالات نجد مسألة حضانة الطفل المكفول بعد الطلاق(**فرع أول**)، مسألة النفقة وحق زيارة الطفل المكفول(**فرع ثان**)، وضعية الطفل المكفول من طرف الزوجة(**فرع ثالث**).

---

[1]- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع21، مؤرخ في 23 أفريل 2008.

[2]- فريجة حسين، **المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص170.

الفرع الأول

حضانة الطفل المكفول بعد الطلاق

إن المبدأ العام أن المشرع الجزائري رتب أثارا لممارسة الحضانة لكلا من الزوجين المنفصلين، فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في تربية المحضون ونشأته نشأة سوية فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون وكون الحاضنة تبذل مجهدات مادية ومعنوية في سبيل تربية المحضون والسهر على مصالحه[1].

فبالتالي تُعد الحضانة أمر في غاية الصعوبة في الظروف العادية بين الزوجين وابنهما الصلبي فالإشكال أكثر يظهر بخصوص الطفل المكفول بعد طلاق الزوجين الكفيلين ولعلى ما يزيد الأمر صعوبة هو غياب النصوص القانونية التي تنظم هذه المسألة، بل اكتفى المشرع الجزائري بالنص على حضانة الزوجين الشرعيين وذلك بموجب المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه: "**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا**".

وأضاف في نص المادة 64: "**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**".

إنّ غياب النصوص القانونية بخصوص مسألة حضانة الطفل المكفول بعد طلاق الزوجين الكفيلين يجعل القاضي في موقف صعب أمام حل هذا النزاع المعروض عليه مع العلم أنه هو ملزم بفصل وإلا كان أمام جريمة انكار العدالة وخاصة كما سبق الإشارة إليه أثناء دراستنا لمسألة

---

[1]- بن عصمان نسرين ايناس، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر القايد، تلمسان، 2009، ص116.

جنس الكافل والتي توحي المواد القانونية بأنه يقع على عاتق الزوج وهو المسؤول عن هذا الطفل بمقتضى عقد الكفالة[1].

مما يعني أن الزوجة لا تتمتع بأية صفة قانونية تربطها بالطفل المكفول ماعدا العلاقة العاطفية وهذه العلاقة قد تحول أمام عجز القاضي على تحقيق مبدأ رعاية مصلحة الطفل باعتبار الزوجة الأولى بالتكفل به وهذا يبين التمييز بين الوالدين الشرعيين والوالدين الكافلين.

يتبين أن عقد الكفالة لا ترتب ذات الحقوق التي تمنح للوالدين الشرعيين فهنا يكاد يتشابه عقد الكفالة بعقد الملكية أين يكون الطفل المكفول بمثابة العقار أو المنقول مما يعني ضرورة توفر سند رسمي يثبت الملكية ويثبت الصفة القانونية للتقاضي.

ومن جهة أخرى السماح للقاضي بحسن الفصل وضمان حسن سير العدالة وتفاديا لصدور أحكام قضائية متناقضة وكل هذا الهدف الرئيسي منه هو مراعاة مصلحة الطفل المكفول[2].

الفرع الثاني

حق الزيارة للطفل المكفول وحقه في النفقة

إنّ اسناد الحضانة إلى مستحقها والذي يكون في الغالب الأعم الأم باعتبارها الأولى بالرعاية لمصلحة المحضون مما يؤدي حتما الابتعاد عن والده (أولا)، فيستدي الأمر ايجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من وعدم الاضرار بالوالد من جهة أخرى وذلك بتمكنه بزيارة ورؤية ابنه المحضون فالمشرع الجزائري نص على حق الزيارة ضمن المادة المترتبة لأصحاب الحق في الحضانة فهذا دليل على أن هؤلاء فقط من لهم الحق في طلبة فبعدما يحكم القاضي باستناد

---

[1]– HANIFI Louisa, op.cit, p61.

[2]– شمام منير، المرجع السابق، ص162.

الحضانة لأحد منهم فلابد عليه أن يقضي بحق الزيارة للطرف الآخر الذي نازع الحاضن[1]، وكذا ضرورة دراسة مسألة النفقة **(ثانيا)**.

أولا: حق الزيارة للطفل المكفول

إن المشرع قد أغفل مسألة الزيارة بالنسبة للطفل المكفول في حالة نهاية الرابطة الزوجية، فالقاضي لا يخول هذا الحق لأحد الزوجين الذي عقد الكفالة ليس باسمه والعلة من ذلك انعدام الصفة القانونية تجاه الطفل المكفول بحكم أن التشريع الجزائري كان واضحا فصاحب السلطة الأبوية الذي يمكن الحصول على حق الزيارة مع العلم أن هذا سيؤثر على التوازن النفسي للطفل المكفول ويترك له فراغا عاطفيا وسبب له عقدا نفسيا[2].

فالمشرع الجزائري أهمل الجانب النفسي والاجتماعي للطفل المكفول لأن حق زيارة الزوج الكافل يعتبر ضروريا لحماية حق الطفل المكفول والحفاظ على الرابطة العاطفية.

فحبذا على المشرع أن يقوم بإدراج نصوص قانونية من خلالها يمنح القاضي نوع من السلطة التقديرية، والنظر في دعوى الطلاق، وأن يكون له اختصاص قانوني للفصل في حق الزيارة للزوج الكافل الذي عبر عن ارادته وبشكل صريح في الحفاظ على الرابطة العاطفية والتي تمنحه الصفة القانونية في طلب تثبيت اسمه على عقد الكفالة، إلى جانب الكافل تحت تقدير قاضي شؤون الأسرة مراعيا مصلحة الطفل المكفول[3].

---

[1]- أحمد ناصر الجندي، **النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي**، د.ط، دار الكتب القانونية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2006، ص196.

[2]- ROMAIN Lieberman, **les enfants devant le divorce**, presses universitaires de France, Paris, 1984, p47.

[3]- HOUHOU Yamina, **la kafala en droit algérien et ses effets en droit français** , université de pau et des PAYS de LADOUR, école doctorat science, sociales et humanités soutenue, 2014, p165.

ثانيا: حق النفقة للطفل المكفول

تعتبر النفقة من أهم الحقوق الخاصة بالطفل فيحتاج إلى نفقة أهله عليه طالما ليس بمقدوره الإنفاق على نفسه وتلبية حاجاته وذلك نظرا لصغر سنه.

فالنفقة في هذه الحالة هي حق للطفل من جهة والتزام يقع على عاتق أبويه من جهة أخرى[1]، حيث عالج المشرع الجزائري أحكام النفقة في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان انحلال الزواج وبموجب المواد 174 إلى 180 من قانون الأسرة الجزائري.

يكون استحقاق النفقة في الأصل من تاريخ الدعوى المطالب بها ولا يمكن الحكم بها بأثر رجعي، غير أن المشرع الجزائري أورد على هذا المبدأ استثناء يقضي بإمكانية الحكم بالنفقة بأثر رجعي لمدة لا تتجاوز سنة من تاريخ رفع الدعوى بالنسبة للزوجة والأولاد[2].

إنّ هذه الأحكام متعلقة بالولد الشرعي، أما فيما يتعلق بالطفل المكفول فإن المشرع الجزائري لم يحدد ما إذا كان له الحق في النفقة، ففي حالة ما إذا كان عقد الكفالة باسم الزوجة الكافلة فإن القاضي ينقل كفالة الطفل إليها بعد النطق بالطلاق والعلة من ذلك أن المشرع لم ينص على ما يجعل الكفالة حكر على الرجل، غير أن له صلاحية أن يلزم الزوج بدفع النفقة بمشتملاتها وتوفير المسكن لممارسة حضانة الطفل المكفول[3] تأسيسا على أحكام المادة 75 ق.أ التي تنص على أنه: "**تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والاناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب**".

---

(1)- تلمساني ايمان، بوطريق ايمان، **حق الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2019، ص46.

(2)- دليلة سلامي، **حماية الطفل في القانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنهاية التكوين، المدرسة العليا للقضاء، دفعة 16، الجزائر، 2008، ص82.

(3)- عمارة مسعودة، **أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا**، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد01، ع1، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، بليدة، 2010، ص67.

وفي هذا الاطار صدر عن المحكمة العليا بتاريخ 13 /2010/12 تحت قضية رقم 369032 أين منح الطفل المكفول الحق من الحصول على النفقة، بالرغم من أن المشرع الجزائري الكفالة التزام على وجه التبرع.

فهنا فقط يثار اشكال حول أن المشرع استبعد فرضية الطلاق بين الزوجين الكافلين وهو أمر لابد من تداركه من أجل تفادي صدور أحكام قضائية متناقضة مع نصوص قانونية أو لا تراعي فيها مصلحة المحضون[1].

الفرع الثالث

وضعية الطفل المكفول من طرف الزوجة

قد يكون عقد الكفالة باسم الزوجة فتقوم هذه الأخيرة بالزواج فهذه الحالة تثير غموضا حول الصفة القانونية التي يحملها زوجها اتجاه الطفل المكفول بحيث أنه من الصعب جدا أن يحدد الزوج مركزه القانوني بالنسبة للطفل المكفول سواء أمام المؤسسات الإدارية من مدارس ومصالح مختصة، والعلة من ذلك انعدام أي وثيقة قانونية تربطه به وتخول له الولاية القانونية[2].

فعلى سبيل المثال حالة سرقة عقد الكفالة من البيت الذي تم باسم الزوجة دون الزوج فهذا الأخير ليس بإمكانه أن يبرر صفته القانونية أمام الطفلة المكفولة في حالة غياب الأم الكافلة فهنا الزوج يكون في موقف محرج أمام الهيئات الإدارية[3].

لتدارك هذا الاشكال يستوجب تحرير عقد الكفالة باسم الزوجين مما يمكن هذين الطرفين من التعاون على رعاية مصالحه سواء المادية أو المعنوية.

---

[1]- عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص68.

[2]- أحمد علي جرادات، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد**، الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.ص 14، 15.

- أنظر كذلك: HOUHOU Yamina, op.cit, p159.

[3]- HOUHOU Yamina,op.cit, p159.

ضف إلى ذلك ضرورة تكريس نصوص قانونية في حالة ما إذا رغبت الزوجة المطلقة أو الأرملة بإعادة الزواج وتكوين الأسرة لكن بالمقابل تبقي لها نية الإبقاء على كفالة الطفل، وكذا النص قانونا على التزامات الزوج تجاه الزوجة الكافلة مما يعطيه نوع من الصفة القانونية بغية تحقيق مصلحة الطفل المكفول[1].

[1]- شمام منير، المرجع السابق، ص166.

الفصل الثّاني

حماية حقوق الطفل

المكفول

بإعتبار الكفالة نظام بديل عن التبني، كرس المشرع الجزائري أحكامه عن طريق نصوص قانونية منذ انعقاده مبينا مختلف الشروط القانونية الواجب توافرها سواء بطالب الكفالة أو بالطفل المكفول فمن الطبيعي أن يكون لهذا النظام آثار قانونية، أو بصيغة أخرى يرتب عقد الكفالة الشرعي حقوقا للطفل المكفول، والتي تُعد في الأصل إلتزامات للكافل، تختلف هذه الحقوق بإختلاف طبيعتها فمن الحقوق نجد حقوق شخصية، تمس كيان الطفل المكفول من نسب واسم، وكذا حمايته من كل أوجه الإعتداء (**المبحث الأول**)، أما الطائفة الثانية من الحقوق تتمحور في الحقوق غير المالية والتي يستوجب منا دراستها (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول

حماية حقوق شخصية الطفل المكفول

تحتل قضايا الطفل الذي يشكل عماد المستقبل أهمية قصوى وأولوية والعلة من ذلك ما يشكله حقوق الطفل من آثار مستقبلية، فقبل أن تأتي القوانين الوضعية سعت الشريعة الإسلامية إلى حماية هذا الطفل عن طريق تبيان حقوقهم بغض النظر إذ كان مكفولا أو معلوم النسب أو مجهول النسب وبغض النظر كذلك عن جنس الطفل.

فلطفل المكفول عدة حقوق شخصية فنجد ما يتعلق بحقه في الحياة والسلامة **(مطلب أول)** ضف إلى ذلك نجد حق الطفل المكفول في النّسب، وكذا بعض الحقوق المتعلقة بالهوية والولاية وكل هذه سنقوم بدراستها في مقتضيات **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

حق الطفل المكفول في الحياة والسلامة

يقصد بالحقوق اللصيقة بالشخصية تلك الحقوق غير المالية، تثبت للشخص بمجرد وجوده وباعتباره إنسانا، لذا تسمى بالحقوق الملازمة للشخصية، وكذا الحقوق الأساسية، أو الحقوق العامة وحقوق الشخصية وأيضا الحقوق الطبيعية[1].

ومصطلح الحقوق اللصيقة بشخص الطفل ينصرف إلى تلك الحقوق التي لا يمكن لحياة الطفل أن تستقيم بدونها، أو بعبارة أخرى تلك الحقوق التي لا غنى للطفل عنها والتي إذا ما حاولنا فصلها عن شخص الطفل تعرضت حياته للخطر[2].

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد الجمال، **القانون والمعاملات**، المكتبة القانونية، مصر، 1987، ص. ص 112 .113

وعليه فإن الحق في الحياة ضمن الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الطفل المكفول **(فرع أول)**، كما سعت التشريعات إلى حماية الطفل المكفول من جانب سلامته البدنية **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

حق الطفل المكفول في الحياة

يعتبر الحق في الحياة من الحقوق الأصلية والمقدسة والذي أقرته الشرائع السماوية والقوانين الوضعية فهو أساس وأصل كل الحقوق الأخرى التي تتردد كل الدساتير والتشريعات أيا كانت مرجعتيها، فهذا الحق معترف به في كل المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الطفل، وبالحقوق المدنية والسياسية[3].

ويصطلح على مفهوم الحق في الحياة بالمفهوم القانوني بأنه من الحقوق اللصيقة بالشخصية فيعرف عدة معان في القانون الدولي، فلا يقصد فقط به القدرة على التنفس بل أبعد من ذلك فهو حق يضمن العيش اللائق والكريم، وحماية الإنسان من أي أوجه العدوانية والاعتداء، فبعبارة بسيطة فإن الحق في الحياة هو حق الإنسان في تفتح شخصيته وتنميتها[4].

والحق في الحياة ضمن الحقوق التي يتمتع بها الطفل المكفول، لذا سنقوم بالبحث عن الأساس الشرعي لهذا الحق **(أولا)**، ثم بعد ذلك تبيان الأساس القانوني لهذا الحق **(ثانيا)**.

أولا: الأسس الشرعية لحق الطفل المكفول في الحياة

مبدأ الحق في الحياة كانت الشريعة الإسلامية أول من بادر لحمايته لكل إنسان وحرمت أي اعتداء قد يقع عليه بالقتل، فالأساس الشرعي من القرآن الكريم نجد عدة آيات بداية بقوله

---

(2)- حميد سلطان علي الخالدي، **الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الخصية)**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013، ص35.

(3)- بلقاسم سويقات، **الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011، ص. ص59، 60.

(4)- نذير بومعالي، **حق الحياة وسبل حمايته في النظم الوضعية والإسلام**، قصر الكتاب، البليدة، 2005، ص35.

تعالى: "مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا"[5]، و كما نجد كذلك دليل تحريم القتل في سوره الإسراء الآية 33 أين جاء قوله: "وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا"[6].

كما جعل الشارع الحكيم جزاء قتل نفس البشرية القصاص في سورة البقرة في الآية 178: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ"[7].

وباعتبار الطفل المكفول نفس بشرية مضمنة بهذا الحق فنجد الأساس الشرعي من الكتاب على تحريم قتل الطفل قوله تعالى: "وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ(8) بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ(09)"[8]، ونجد أيضا قوله تعالى في سورة الأنعام، الآية 137: "وَكَذَلِكَ زَيَّنَ لِكَثِيرٍ مِنَ الْمُشْرِكِينَ قَتْلَ أَوْلَادِهِمْ شُرَكَاؤُهُمْ لِيُرْدُوهُمْ وَلِيَلْبِسُوا عَلَيْهِمْ دِينَهُمْ وَلَوْ شَاءَ اللهُ مَا فَعَلُوهُ فَذَرْهُمْ وَمَا يَفْتَرُونَ"[9]

ثانيا: الأساس القانوني لحق الطفل في الحياة

الطفل المكفول إنسانا مواطنا له حماية دستورية فكرس المؤسس الدستوري حقه في الحياة بموجب أحكام المواد 38، 39 من دستور الجمهورية الجزائرية فنجد المادة 38 تنص على أنه:

---

[5]- سورة المائدة، الآية 32.

[6]- سورة الإسراء، الآية 33.

[7]- سورة البقرة، الآية 178.

[8]- سورة التكوير، الآية 8، 9.

[9]- سورة الأنعام، الآية 137.

"الحق في الحياة لصيق بالإنسان، يحميه القانون، ولا يمكن أن يحرم أحد منه إلا في الحالات التي يحددها القانون"[10].

كما نجد مبادرة الجزائر بالمصادقة على التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل الموافق عليها من طرف الأمم المتحدة لسنة 1982، والذي فحواها التعهد بأن لكل حقا أصيلا في الحياة، وتضمن هذه الاتفاقية أقصى حد بقاء الطفل ونموه[11].

يجد هذا الحق عدة أسس قانونية منها ما هو ذو طابع وطني من خلال تدخل المشرع الجزائري في قانون العقوبات وجرم فعل الاعتداء على القصر فيه أقر حماية الطفل في الحياة فالطفل المكفول مشمول بهذه الحماية مع التنبيه أن المشرع الجزائري لم يخص جريمة قتل الطفل بنص خاص وإنّما أخضعها للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات بموجب المواد 254، 263[12].

الفرع الثاني

حق الطفل المكفول في السلامة البدنية

إنّ دراسة حق الطفل المكفول في السلامة البدنية يستوجب منا دراسة الحماية التي كرسها المشرع الجزائري ضد أي اعتداء **(أولا)**، ضف إلى ذلك دراسة حماية حق الطفل في الصحة **(ثانيا)**.

---

(10)- **مرسوم رئاسي رقم 96-438 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996**، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 76، لسنة 1996، معدل ومتمم لقانون رقم 06-01 مؤرخ في 26 جمادي الأول، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع14، لسنة 2016، المعدل والمتمم لسنة 2020.

(11)- **مرسوم رئاسي رقم 92-461، المؤرخ في 24 جمادي الثاني عام 1413هـ، الموافق ل 19 ديسمبر سنة 1992، يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة**، بتاريخ 20 نوفمبر 1989، ج.ر، ع 92، المؤرخ في 23 ديسمبر 1992 .

(12)- **أمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات**، ج.ر، ع49، صادر في 11 جوان 1966، معدل ومتمم.

أولا: حماية حق الطفل المكفول من الاعتداء

للطفل المكفول الحق في الحماية من كافة أشكال العنف أو الضرر وكذا الإهمال، بالإضافة إلى أنه محمي من كل معاملة مس بالكرامة سواء كان ذلك من الوالدين أو من أي شخص يُعهد إليه بكفالة الطفل أو برعايته، فهذا المبدأ حث عليه الإسلام وحرم أي اعتداء في سلامة الجسم بشتى الطرق و بمختلف الأفعال[13].

فموضوع الحماية الجنائية للطفل المكفول وبالخصوص حقه في السلامة الجسدية كان محل الدراسة من طرف الفقه الإسلامي أين استبعد أن يمارس أي صورة فيها استعمال بحق بشكل تعسفي يضر به الطرف الآخر، فهنا الكافل أثناء السهر على الطفل المكفول يقتضي أن يمارس حق التأديب دون أن يمس بسلامة الطفل المكفول[14].

فهذه الحماية من السلامة قد تكون جسدية، وقد تكون معنوية فبالعودة إلى القانون رقم 15-12 متعلق بحماية الطفل فنجد المادة 02 صنفت حالات المساس بالسلامة الجسدية للطفل والتي نجيزها في ما يأتي:

- سوء معاملة الطفل.
- تعرض الطفل للتعذيب.
- تعرض الطفل للاحتجاز.
- منع الطعام عن الطفل[15].

جرم المشرع الجزائري جميع الأفعال التي يأتيها شخص على الطفل والتي من شأنها أن تمس بسلامة جسده، وبالوظائف الطبيعية لأعضائه، وسلامة جسم الطفل هي مصلحة يحميها

---

(13)- شريط نصيرة، مرجع سابق، ص127.

(14)- نضيرة جبين، **حقوق الطفل في التشريع الجنائي**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2001، ص84.

(15)- قانون رقم 15-12، المتعلق بحماية الطفل، المرجع السابق.

القانون بتجريمه أفعال الإيذاء العمد-الضرب والجرح- منع الطعام أو العناية عن الطفل، فالمشرع حين فرض حمايته على هذه المصلحة فهذا يعني أنه كفل للطفل حقه في سلامة جسمه ومن صور الأفعال التي جرمها القانون[16].

أما بخصوص السلامة المعنوية فتدخل المشرع لتجريم أي شكل من أشكال تعريض السلامة المعنوية للطفل عن طريق جملة من الجنح منها جريمة الإهمال المعنوي للأولاد، جريمة التمييز وكذا سعي المشرع نحو منح القاضي نوع من السلطة التقديرية في تقدير الطفل والسهر على حمايته من أي اعتداء[17].

ثانيا: حماية صحة الطفل المكفول

تدخل المؤسس الدستوري وجعل مبدأ الرعاية الصحية مبدأ دستوريا لكافة المواطنين وذلك بموجب المادة 63: "**تسهر الدولة على تمكين المواطن من... - الرعاية الصحية، لاسيما للأشخاص المعوزين والوقاية من الأمراض المعدية والوبائية ومكافحتها**".

وأكدت كذلك المادة 03 من القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، التي تنص على أنه: "**يتمتع كل طفل دون تمييز يرجع إلى اللون أو الجنس أو اللغة أو الرأي أو العجز أو غيرها من أشكال التمييز بجميع الحقوق الحق في الحياة...، وفي الرعاية الصحية...**"[18].

والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية سعت إلى المحافظة والاهتمام بصحة الإنسان وسلامته، فحارب كل العوامل والأسباب المنتجة للأمراض كالجهل والفقر وإهمال النظافة، ضف

---

(16)- محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات (قسم الخاص -الجرائم الواقعة على الأشخاص)، ج1، دار الثقافة، عمان، د.س.ن، ص111.

(17)- صباطة سليمة، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص ص29، 32.

(18)- قانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، مرجع سابق.

على ذلك تحريم كل المأكولات من شأنها الإضرار بالصحة، ومن جهة أخرى حتى القضاء على هذه الأمراض وكذا التداوي[19].

تدخل قانون الأسرة بموجب المادة 116 أين ألزم الكافل برعاية الطفل المكفول ومن هذا المنطلق فإن المحافظة على صحة الطفل المكفول فهي من واجبات الكافل الذي يسعى إلى ضمان صحة الطفل المفكول بكافة الوسائل الممكنة والمتاحة له[20].

المطلب الثاني

حق الطفل المكفول في النسب وبعض الحقوق الأخرى

من المسلم أن الطفل المكفول قد يكون طفلا معلوم النسب أو قد يكون مجهول النسب خاصة أنّ النسب من الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط بها أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم، فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده، ورابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا تنقسم به، وهو نعمة أنعمها الله على الإنسان[21].

وعليه سوف نقوم بتبيان كيف أقر المشرع ثبوت النسب للطفل المكفول **(فرع أول)**، إلى جانب هذا الحق نجد العديد من الحقوق الأخرى التي سعى المشرع بأن يكفل بها ويمنحها للطفل المكفول وهو الحق في الهوية **(فرع ثان)**، مع التنبيه أنه لابد من دراسة أحكام الولاية في الزواج المتعلقة بالطفل المكفول **(فرع ثالث)**.

---

(19)– شريط نصيرة، مرجع سابق، ص131.

(20)– مداني هجيرة سيدة، **حقوق الطفل بين الشريعة والقانون**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012، ص63.

(21)– رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء**، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص563.

الفرع الأول

ثبوت حق النسب للطفل المكفول

يعتبر حق الطفل في النسب من الحقوق اللصيقة بشخصيته، لأن الطفل لا يكون له كيان إلا بوجود أسرة ينتمي إليها أو منحدر منها، وعلى هذا الأساس ينبغي دراسة هذا الحق بشيء من التفصيل، إن النسب هو القرابة الناشئة عن صلة الدم بالتناسل[22].

ويُعرف النسب كذلك إلحاق الولد بأبيه قانونا ودينا واعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد فالنسب إذن هو إحدى أهم قواعد التشريع في الأحوال الشخصية لأهمية دوره في ضمان انسجام التشريع مع آثاره وقبل أن يتصف هذا الإلحاق بأية صفة أخرى، فهو إلحاق للحق وإبطال للباطل لأنها إثبات لواقعة اللقاء الجنسي بين الرجل والمرأة كان سببا في هذا النتاج من جهة، ولأنه رفع للظلم الذي تعرض له طفل بريء يجهل نسبه ولم يفعل ما يجلب له ظلم الظالمين[23].

والجدير بالذكر أن الطفل المكفول قد يكون معلوم النسب ويحتفظ بنسبه أو مجهول النسب وقد يكون ثابت النسب بأساليب الإثبات منها ثبوت النسب بالفراش عن طريق الزواج الصحيح أو الزواج الفاسد وكذا الوطء بشبهة أو بموجب التلقيح الاصطناعي، مع التنبيه من جهة أخرى هناك أسباب كاشفة والمتمثلة في الإقرار[24].

---

[22]- حسنين المحمدي بوادي، **حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي**، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص59.

[23]- فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص120.

[24]- راجع: قارة مريم، قاصري صبرين، **نكاح الشبهة وحجيته في إثبات النسب**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020.

كما قد يكون لقيطا أو ولد لعان أو زنا فعملت الشريعة الإسلامية على الاعتناء بهذه الفئة من الأطفال اللقطاء، أولاد اللعان وأولاد الزنا، فشرعت لهم أحكاما خاصة مخصصة لمسألة ثبوت النسب، غير أن المشرع في قانون الأسرة لم يشير بالأحكام الخاصة لهؤلاء الأطفال[25].

الفرع الثاني

حق الطفل المكفول في الهوية

قبل النظر إلى هذا الطفل أنه مكفولا ومنحه صفة المكفول فيعد إنسان وفرد في المجتمع مما يجعل حق الهوية مكفول له، فبالتالي منحه صفة المكفول تثبت هويته والتي تقتضي بالضرورة دراسة كل من الاسم واللقب **(أولا)**، ثم بعد ذلك نأتي لدراسة الجنسية **(ثانيا)**.

أولا: حق الطفل المكفول في الاسم واللقب

يطلق اللقب على الأسرة التي ينتمي إليها الطفل ويشترك فيه أفراد الأسرة الواحدة في حمله ويكسب اللقب بالنسب، فبالتالي يحمل الابن لقب أبيه، فمفاد مصطلح اللقب هو الاسم بالمعنى الواسع ودليل على انتساب الفرد إلى مجموعة خاصة من ذوي القرابة ومن أصل واحد، فللقب غاية وهي القدرة على التمييز ما بين الفئات البشرية القاطنة في المجتمع[26].

سعى المشرع الجزائري لتكريس هذا الحق لكل الأشخاص في هذا المجتمع، حيث جاء في المادة 28 من القانون المدني: "**يجب أن يكون لكل شخص لقب**"[27]، وبالعودة إلى نص المادة 120 من قانون الأسرة الجزائري فإن المشرع منح للطفل المكفول حماية قانونية تتمحور أصلا في احتفاظ هذا الأخير بنسبه الأصلي حيث جاء في هذه المادة ما يأتي: "**يجب أن يحتفظ الولد**

---

(25)- شريط نصيرة، مرجع سابق، ص146.

(26)- يوسف دلاندة، **قانون الأسرة (منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05)**، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص215.

(27)- أمر رقم 75-58، يتعلق بالقانون المدني، مرجع سابق.

المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية.

يتضح من خلال المادة 120 أنّ المشرع انتهج نظام الإحالة إلى قانون الحالة المدنية وذلك في أحكام المادة 64 منه والتي تنص على أنه: "**يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودهما المصرح.**

يجب أن تكون الأسماء جزائرية ويجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية.

تمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال أو العادة.

يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء.

يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي"[28].

كما أن للطفل المكفول حق في تسمية حسنة فيعتبر أحد المبادئ التي سعت الشريعة الإسلامية لتكريسها وحرص عليها كذلك النبي ﷺ حيث أحب الأسماء التي تحمل العبودية لله واستبعد الأسماء القبيحة والمنفرة أو التسمية بأسماء الطغاة أو الحيوانات[29].

إذ كان المشرع الجزائري منح للطفل المكفول حق المحافظة على لقب نسبه الأصلي فهناك حالة إمكانية تغيير اللقب لكن حصرها المشرع في الطفل مجهول النسب، ولعل تبني المشرع لهذه القاعدة هي تفادي الاضطرابات التي قد يوجهها الطفل المكفول من الناحية الواقعية أين يجد اختلافا في وثائقه الرسمية، وحفاظا على سلامته النفسية، وتفادي إحراجه في المجتمع.

---

[28]- أمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية، مرجع سابق.

[29]- عبد العزيز مخيمر، **حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي**، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1997، ص. ص49، 50.

فكان لزاما على المشرع منح إمكانية الكافل في طلب تغيير اسم المكفول مجهول النسب فأصدر المرسوم التنفيذي رقم 92-24، الذي يتمم المرسوم رقم 71-175 والمتعلق بتغيير اللقب والذي يبين اجراءاته وشروطه[30]، ومحور هذه الشروط ضرورة وجود عقد كفالة، ضف إلى ذلك لابد أن يكون الطفل المكفول قاصرا ومجهول النسب من الأب، مع ضرورة موافقة أم المكفول صراحة في حالة ما إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.

أما بخصوص الإجراءات فيكون الطلب موجه إلى وزير العدل مرفق بملف وبدوره يقوم بتكليف النائب العام للدائرة القضائية مكان ولادة الطالب لإجراء تحقيق بشأن هذا الطلب، والذي بدوره يكلف وكيل الجمهورية للدائرة القضائية مكان ولادة الطالب لمتابعة التحقيق.

وبعد انجاز التحقيق يتم إرساله إلى النائب العام، الذي بدوره يرسل ما توصل إليه التحقيق إلى وزير العدل حافظ الأختام، وعادة يكون التحقيق بسماع الشهود، والبحث عن دوافع وأسباب تغيير اللقب، وفي الأخير يرجع القرار إلى وزير العدل ليقرر بشأن الطلب بعد الاطلاع على ملف التحقيق فإما أن يقبل أو يرفض[31].

ثانيا: حق الطفل المكفول في الجنسية

تعرف الجنسية نظام قانوني تضعه الدولة لتحدد به ركن الشعب فيها ويكتسب به الفرد صفة تفيد انتسابه إليها[32]، فبالتالي الجنسية رابطة قانونية سياسية ونفعية، تفيد انتماء الشخص إلى دولة ما فالطفل يتحصل على الجنسية إما عن طريق الدم أين يأخذ الولد الشرعي جنسية أبيه أو أمه وهو المعيار الذي أخذت به معظم الدول العربية والأوروبية كأساس لمنح الجنسية، وإما يكتسبها عن طريق رابطة الإقليم أين تمنح الجنسية لكل مولود على إقليم الدولة[33].

---

(30) – مرسوم تنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في رجب عام 1412 الموافق ل13 يناير 1992، الذي يتمم المرسوم رقم 71-157المؤرخ في 03 يونيو 1971، المتعلق بتغيير اللقب.

(31) – بومدان ياسمينة، وليكان ثن هينان، مرجع سابق، ص .ص41، 42.

(32) – أحمد عبد الكريم سلامة، **المبسوط في شرح نظام الجنسية**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص115.

(33) – صباطة سليمة، مرجع سابق، ص54.

الفرع الثالث

ولاية تزويج المكفول

اختلف الفقهاء في تعريفهم الاصطلاحي للولاية لذا من الصعب إيجاد تعريف جامع ومانع لولاية الزواج عند الفقهاء، فنجد من يعرف ولاية الزواج أنه حق منحته الشريعة لبعض الناس يكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره رضي ذلك الغير أو لم يرضى، وسببه أحد أمرين: أولهما عجز الذي ينفذ القول عليه، وثانيهما قصور أهليته عن التصرف بنفسه، وفي نفس المعنى عرفه الشيخ السيد السابق بأنه: "**الولاية حق شرعي ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه**"[34].

إن المشرع الجزائري بتكريسه لأحكام المادة 121 من قانون الأسرة، التي تنص على أنه: "**تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي**"، فالملاحظ أن المشرع إكتفى بنص المادة 121 أين من خلالها ورد مصطلح أو عبارة "**تخول الكفالة الكافل الولاية**"، به يكون المشرع منح مختلف الحقوق للمكفول وهي بمثابة واجبات للكافل في مسائل الزواج وغيرها من سائر الحقوق.

خول المشرع الكافل بموجب أحكام هذه المادة تزويج البنت المكفولة البالغة العاقلة خاصة في الحالة التي تكون فيها البنت مجهولة النسب، يمكن أن يتولى زواجها، والكافل كفلها حال قصرها، ثم بقيت تحت كفلته إلى أن بلغت سن الرشد، واستمرت في العيش في كنفه بعد رشدها، وبالتالي فقد كانت له الولاية على نفسها بموجب عقد الكفالة إلى بلوغها السن الرشد، ومن هنا يمكن القول أن هذا يقتضي أن يكون هو وليها في الزواج[35].

---

[34]- قارون فازية، **دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014، ص10.

[35] – شريط نصيرة، مرجع سابق، ص222.

أما الولاية في تزويج القاصر المكفول خاصة أنه من المعلوم أن ليس للصغير عقد زواجه بنفسه لأنه ليس بأهل لتزويج نفسه بنفسه، فإن كان غير مميز فأهلية الأداء لديه معدومة، وإن كان مميزا فأهلية الأداء لديه ناقصة، من أجل ذلك فإن الولي هو الذي يقوم بأموره كلها وفق ضوابط شرعية.

المبحث الثاني

حماية الحقوق المالية للطفل المكفول

إنّ المشرع الجزائري كفل حقوق الطفل بنصوص قانونية لحمايته وضمان حقوقه من الناحية المدنية والجنائية، فالطفل المكفول شأنه شأن الأطفال يتمتع بجملة من الحقوق ذات الطابع المالي إضافة إلى تلك اللصيقة بشخصيته، فهذه الحقوق المالية لا تقل أهمية عن الحقوق الشخصية بحكم أنها هي من تشكل الذمة المالية وبالمحافظة عليها نكون أمام ذمة مالية مُيسِرة، فتعتبر النفقة والميراث من أهم الحقوق الخاصة بالطفل التي يستوجب منا دراستها **(مطلب أول)**، والجدير بالذكر أن التوارث بين الكافل والمكفول مستبعدا طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية فلزاما من وجود آلية أخرى من خلالها لا تهدر حقوق الطفل المكفول والمجسدة في كل من الوصية والهبة **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

حق الطفل المكفول في النفقة والميراث

تُعد النفقة والميراث أهم الحقوق المالية الخاصة المكرسة في الشريعة الإسلامية والمقننة في أغلب التشريعات الوضعية، حيث أن الطفل يحتاج إلى نفقة أهله بسبب عدم قدرته على الإنفاق وتلبية احتياجاته لصغر سنه[36]، فالنفقة حق للطفل والتي تستوجب منا دراستها كحق للطفل المكفول على وجهه الخصوص **(فرع أول)**، وعلما أن الطفل المكفول قد يكون معلوم النسب أو مجهوله

فحق الطفل المكفول في الميراث مستبعد بإعتبار قواعد الميراث إلاهية غير أنه يقتضي دراسته **(فرع ثان)**.

---

[36]- نظمه المشرع في قانون الأسرة في المواد من74 إلى 80، ومن 126 إلى 165.

الفرع الأول

حماية حق الطفل المكفول في النفقة

اختلف الفقهاء في تعريفهم للنفقة، فقد عرفها المالكية على أنها ما به قوام معتاد على حال الآدمي دون سرف، وعرفها الحنابلة بأنها كفاية من بموته خبزا، وإداما وكسوة ومسكن وتوابعها، أما المتقدمون من الأحناف فقد عرفوها بأنها الطعام والكسوة والسكن، أما التعريف الثاني عندهم فهو الإدراك على الشيء بما فيه بقاؤه، وعرفها الشافعية بأنها طعام مقدر للزوجة وخادمها على الزوج ولغيرهما من أصل وفرع وحيوان ما يكفيه[37].

إن النفقة كحق مالي معترف للطفل المكفول فنجد له حماية قانونية في تقنين الأسرة **(أولا)** ليتدخل كذلك قانون العقوبات ويضمن هذا الحق **(ثانيا)**.

أولا: حق الطفل المكفول في النفقة في قانون الأسرة

تنص المادة 116 ق.أ.ج على ما يلي: "**الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه...**"، تأسيسا بالمادة 116 يلتزم الكافل برعاية الطفل المكفول وتربيته والنفقة عليه كابنه الصلبي.

وبالعودة إلى أحكام المادة 75 التي تنص على أنه: "**تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب**".

وتضيف للمادة 75 ق.أ.ج فإن النفقة فهي واجبة للذكور إلى سن الرشد ما عدا حالة ما إذا كانت له إعاقة دائمة، أما بخصوص الإناث إلى غاية الزواج.

---

[37]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكلساني الحنفي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج05، ط02، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن، ص108.

غير أن الملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع في أحكام المادة 75 بصدد تحديد أن الالتزام يقع على الأب الشرعي وعلى سبيل الوجوب أما الطفل المكفول فتسري عليه أحكام المادة 116 قانون الأسرة وهي نفقة على سبيل التبرع، أين يقوم الكافل بالنفقة على المكفول الذكر إلى حين بلوغه سن الرشد، على الأنثى المكفولة إلى غاية الزواج، واستثناء يقوم بالإنفاق على الذكر حتى ببلوغه سن الرشد إذ كان عاجزا[38].

ثانيا: الحماية الجزائية للطفل المكفول في المجال النفقة

سبق التطرق إلى أن الدائنين بالنفقة على سبيل الوجوب وفي بعض الظروف على سبيل الاستثناء هم كل من الزوجة، الأصول والفروع، حسب المواد 74 إلى 77 من قانون الأسرة وعلى سبيل التبرع وفقا لأحكام المادة 116 من ذات القانون وهي حالة الطفل المكفول.

باستقراء نصوص قانون الأسرة وحتى قانون العقوبات فإن المشرع لم ينص على جزاء إخلال الكافل بالتزامه بالنفقة على الطفل المكفول، فنص المشرع الجزائري على جريمة ترك مقر الأسرة وما يترتب عنها من الآثار منها عدم الإنفاق، فتنص المادة 330 من ق.ع على أنّه: "**يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000دج:**

- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي، ولا تنقطع مدة الشهرين (2) إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية"[39].

---

[38]- الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص. ص173، 174.

- راجع كذلك: بن عصمان نسرين إيناس، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص80.

[39]- أمر رقم **66-156 يتعلق بقانون العقوبات**، مرجع سابق.

غير أن هذه المادة تثير عدة اشكالات قانونية بإعتبار أن هذه الجريمة لا تقوم إلا بتوافر عنصر السلطة الأبوية وترك مقر الزوجة، كذلك رغم أن المشرع باستعماله لمصطلح الوصاية القانونية مفاد ذلك شمول الطفل المكفول بالحماية، غير أن الإشكال المطروح حول إمكانية المتابعة الجزائية للكافل نتيجة امتناعه على الانفاق.

غير أن الركن المادي لجريمة عدم تسديد نفقة تقتصر على الزوجين نحو الابن الشرعي والابتعاد عن مسكن الزوجية، فهذا المسكن لا يلتقي مع الأولاد المكفولين، وعلى هذا الأساس لا يمكن تقرير متابعة جزائية للكافل[40].

يلاحظ من خلال ما ورد في قانون الأسرة الجزائري وفي قانون العقوبات عدم نص المشرع الجزائري على حالة عدم انفاق الكافل على الطفل المكفول، وما طبيعة هذا الفعل، وكذا ما هو الجزاء المقرر فهذا يشكل فراغ قانوني من شأنه المساس بمصلحة الطفل المكفول.

الفرع الثاني

حماية حق الطفل في الميراث

يُعرف الميراث على أنه اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، سواء أكان المتروك مالا أم عقارا، أم حقا من الحقوق الشرعية، فهو علم يعرف بمقتضاه نوع المستحقين للتركة الصافية، ونصيب كل وارث، وكيفيه تصفية التركة وتسليمها لمستحقيها[41].

وبالعودة إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يقدم تعريف للميراث وترك ذلك إلى الفقه والقضاء، حيث عرفت المحكمة العليا الميراث في أحد قراراتها في 14 أفريل 1982 عن الغرفة المدنية بأنه: "**ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته ومن ثم فإن**

---

[40]– كمال بوشليق، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، مذكرة نهاية التكوين، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2002، ص16.

[41]– بلحاج العربي، **أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد**، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص22.

التعويض عن الأضرار ليس إرثا، ولا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته واستحقاقه لكل متضرر وارثا كان أو غير وارث، ولخضوع التقدير فيه بجسامة الضرر"[42].

يقوم الميراث على ثلاثة أركان أساسية المورث المتوفي موتا حقيقية أو حكمية، الوارث والشيء الموروث، أما شروط الاستحقاق فهي موت المورث وعدم وجود مانع من مونع الميراث[43] وعليه فإن التوارث يقع بين الولد وأبويه متى ثبت النسب، ولا يمكن ثابت النسب من الأب دون الأم غير أنه يمكن ثابت النسب من الأم لا من الأب، كما هو الحال بالنسبة لولد الزنا **(أولا)**، ودراسة ميراث ولد اللعان **(ثانيا)**، بعد ذلك دراسة ميراث اللقيط **(ثالثا)**.

أولا: ميراث ولد زنا

جاء في السنة النبوية رواه عمر بن شعيب عن النبي ﷺ أنه قال: "**أيما رجل عاهَرَ بحرة أو أمة، فالولد ولد زنا، لا يرث ولا يورَث**"[44]، فإن ولد الزنا مقطوع النسب إلى أبيه وغير منسوب إليه شرعا، فلا توارث بينهما لانعدام سبب الإرث، فلا يرث الولد ومن تفرع منه من هذا الأب، ولا ممن أدلى به، كالجد والعم والأخ لأب، كما لا يرث الأب من هذا الولد، ولا ممن أدلى به ولا ممن تفرع عنه[45].

---

(42)- تلمساني إيمان، بوطريق إيمان، مرجع سابق، ص51.

(43)- لتفاصيل أكثر راجع: بعزير محفوظ، عجوج نورة، **قسمة التركة في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص: قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016.

(44)- حديث نبوي نقلا عن: شريط نصيرة، مرجع سابق، ص 261.

(45)- أحمد عبد المجيد، **أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قسم الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص86.

ثانيا: ميراث ولد اللعان

اللعان هو الطريق التي يتم بواسطتها اتهام الزوج زوجته بالزنا أو بنفي انتساب الولد إليه وهذا الطريق عبارة عن شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة[46].

فولد اللعان هو الذي قد نفي نسبه من وُلِد على فراشه ووُثق النفي بحلفه أنه صادق بما رمى امرأته من نفي الولد فاعتبر النفي الموثق سببا للفرقة بين الزوجين، وتم النفي وفق لأحكام اللعان ففي حالة ما إذا انتفى النسب انتفى سبب الميراث دون المساس بالرابطة التي تجمعه بأمه، ويثبت التوارث بينهما باتفاق الفقهاء، ودليل التوارث الحديث الذي أخرجه أبي داود في سننه وفيه يقول: "**المَرْأَةُ تحوزُ ثلاثة مواريثَ: عتِيقَهَا، ولقِيطَها، وولَدَها الّذِي لا عَنتْ عليه**"[47].

ثالثا: ميراث ولد اللقيط

من الطبيعي أنه إذ كان الطفل المكفول مجهول النسب فلا يمكن الحديث عن التوارث، ولا يمكن اعتباره وارثا لانعدام الرابطة الدموية ولا حتى القرابة فجاء في المغني: "**وميراث اللّقيطِ ودِيَتُهُ إن قُتل لبيت المال، إنْ لَم يُخلِّف وَارِثا وَلَا ولَاء عليهِ، ويرثه المسلمون، لأنهم خولوا كل مال لا مالك له، ولأنهم يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط**"، فكذلك اللقيط، وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم، وقال شريح وإسحاق عليه الولاء لملتقطه لقول عمر رضي الله عنه لأبي جميلة: هو حر ولك ولاؤه، ولما روي واثلة بن الأسقع[48].

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري رغم اقراره للولاية في الأحكام الخاصة بالكفالة هذا لا يعني التسوية بين الابن الصلبي والطفل المكفول خاصة مسألة الميراث باعتبارها قواعد ربانية وذات طابع إلاهي فلا يمكن مخالفتها بأي شكل من الأشكال.

---

(46)- عز الدين كيحل، "**اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري**"، مجلة الفكر، ع03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017، ص122.

(47)- محمد أبو زهرة، **أحكام التركات والمواريث**، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص228.

(48)- شريط نصيرة، مرجع سابق، ص265.

المطلب الثاني

حق الطفل المكفول في الوصية والهبة

حرصت الشريعة الإسلامية الغراء ومن ورائها القوانين الوضعية التي حذت حذوها كقانون الأسرة الجزائرية على إطلاق حرية الشخص في التصرف في أمواله كيف يشاء، ولمن شاء، ما دام أن التصرف ينتج أثره القانوني حال حياته ولو كان تصرفه تبرعا[49].

فهناك من التصرفات التي يقوم بها ولكن لا تنفذ إلا بعد الموت كالوصية، فإن الوصية من أهم التصرفات القانونية الأكثر انتشارا في الحياة العملية **(فرع أول)**، ضف إلى ذلك فإن الأعمال التي تكتسي طابع التبرع نجد الهبة كما هو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري إذن سنحاول دراسة حق الطفل المكفول في الهبة **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

حق الطفل المكفول في الوصية

عرّف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة كما يلي: "**الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**"، ونص في المادة 190 من ذات القانون على أنه: "**للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة**"[50].

بتحليل النصين المذكوران أعلاه نستشف أن المقنن الجزائري ذكر عبارتين أساسيتين تعتبران بمثابة خاصية للوصية، الأولى هي عبارة "**تمليك**" والمقصود بها هو أن تكون الوصية بالأعيان سواء كانت منقولا أو عقارا أو بالدفع أو زراعة للأرض.

---

[49]- حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص07.

[50]- **قانون رقم 84-11 يتعلق بقانون الأسرة**، مرجع سابق.

أما العبارة الثانية "**مضاف إلى ما بعد الموت**" أي أن الوصية لا تكون نافذة إلا بعد موت الموصي[51].

قد يكون المكفول هو الموصي بحد ذاته إلا أن هذه الإجازة قيدها بمجموعة من الشروط، منها شروط تمس الشخص المكفول باعتباره موص **(أولا)**، وهناك شروط متعلقة بالشخص المكفول باعتباره موصى له **(ثانيا)**.

أولا: شروط المكفول باعتباره موصي

يقتضي أن تتوفر في المكفول الموصي جملة من الشروط بداية بشرط الملك مما يعني أن يكون مالكا لما يوصي به، وأن يكون عاقلا، وسليم الرضا بالإيصاء دون أن يكون مكرها، أو أنه أوصي بوصية خطأ، ضف إلى ذلك شرط البلوغ، الذي هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية فلا تصح الوصية من صبي غير مميز لأن الوصية تبرع مالي فلا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز[52].

ثانيا: شروط المكفول باعتباره موصى له

بالعودة إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع نص على جواز الوصية للطفل المكفول وذلك في حدود ثلث التركة، واشترط في المقابل قبول الموصي له وذلك ما هو واضح في أحكام المواد 197 التي تنص على أنه: "**يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الوصي**"، وأضافت المادة 198 من ذات القانون على أنه: "**إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد**".

---

[51]- لتفاصيل أكثر راجع: صانة سهام، المركز القانوني للمفقود بين الحكم بالفقد والوفاة الحكمية، (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية2018، ص. ص44، 45.

[52]- محمد مصطفى شلبي، **أحكام الوصايا والأوقاف**، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، د.س.ن، ص56.

من خلال ما جاء في نص المادتين يتضح أن القبول ينبغي أن يكون من شخص كامل الأهلية مع التأكيد أن الموصي يوصي للطفل المكفول وصية بثلث ماله، والمبدأ جاء تأكيدا لمبدأ آخر، منصوص عليه في المادة 185 من قانون الأسرة، التي تنص على أنه: "**تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة**".

كما أن مسألة إثبات الوصية لا تقل أهمية، فنص المشرع الجزائري في المادة 191 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "**تثبت الوصية:**

1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك؛

2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية".

الأصل في الوصية تثبت بموجب عقد تصريحي يحرر من قبل الموثق مع مراعاة جميع الاجراءات التي يجب توافرها في العقود، فيتم تحرير العقد بحضور مستمر للشهود، عند الاقتضاء فضلا عن حضور الموصي[53].

غير أنه استثناء في حالة عدم تمكن الموصي بتحرير الوصية لظرف قاهر رغم استعانته بموثق وشاهدين، فيرفع دعوى أمام الجهات القضائية يلتمس فيها إثبات هذه الوصية بحكم، وبعدما يصبح الحكم نهائي يؤشر به على هامش أصل الملكية[54].

---

[53]- عمر حمدي باشا، **نقل الملكية العقارية**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص. ص109،110.

[54]- علاوة بوتغرار، **الوصية في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية**، محاضرة ألقيت بمناسبة الأيام الدراسية المنظمة من قبل الغرفة الجهوية للموثقين -ناحية الشرق- أيام 12، 19، 26 ديسمبر 1998، لكل من سطيف، قسنطينة، عنابة.

الفرع الثاني

حق الطفل المكفول في الهبة

شرعت الهبة لما لها من فائدة خاصة في سبيل الاحسان والتعاون والبر والتقوى، فجاء في كتاب الله العزيز عز وجل قوله: "**إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاء فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنْكُمْ مِنْ سَيِّئَاتِكُمْ وَاللهُ بِمَا تَعْلَمُونَ خَبِيرٌ**"[55]، وجاء كذلك في قوله: "**هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ**"[56]. قبل التطرق لمختلف الأحكام القانونية المتعلقة بالهبة للطفل لابد من تبيان المقصود بالهبة **(أولا)**، ثم بعد ذلك سنحاول دراسة الشروط الواجب توافرها في صحة الهبة من الكافل إلى المكفول **(ثانيا)**.

أولا: تعريف الهبة

الهبة نقل للملكية على وجه التبرع للشخص الموهوب له أي أنها بدون عوض، إلا أنه إذا كانت الهبة بمقابل كأن يشترط الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين، فإن ذلك جائز إلا أنّ الوصف القانوني يعتبر من عقد هبة إلى عقد معاوضة، وهذا بحسب مضمون المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري[57].

كما أن المشرع الجزائري لم يذكر بصفة صريحة نية التبرع الذي هو عنصر الجوهري في الهبة، كما أنه لم يذكر عنصر الحياة بصفة جلية باعتبار أن الهبة لا تقع إلا في حياة كل من الواهب والموهوب له كذلك، لا تنعقد الهبة إلا بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والاجازات الخاصة في المنقولات[58].

---

(55)- سورة البقرة، الآية 271.

(56)- سورة آل عمران، الآية 38.

(57)- قانون رقم 84-11، يتعلق بقانون الأسرة، المرجع السابق، معدل ومتمم.

(58)- محمد بن أحمد تقية، **دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن** ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص25.

ثانيا: شروط صحة الهبة

باعتبار الهبة من أعمال التبرع فأجازها المشرع للطفل المكفول وخصها بحماية قانونية فتظهر تلك الحماية في جملة الشروط الواجب توفرها من أجل صحة هذا التصرف، وتتمحور هذه الشروط أساسا في كل من شروط متعلقة بالواهب أي الكافل فلابد أن يكون الواهب بالغا سن الرشد القانوني وهو سن 19 سنة كاملة حسب ما جاء في أحكام المادة 40 من القانون المدني (أ) ضف إلى ذلك لابد أن يكون الواهب سليم العقل متمتعا بكل قواه العقلية (أ)، ضف إلى ذلك لابد أن وغير محجور عليه (ج).

أ- أن يكون الواهب كامل الأهلية

فالمطلوب من الموثق قبل تحرير عقد الهبة أن يتحقق من أهلية الواهب فيلتمس من الأطراف تقديم شهادات الميلاد وبطاقة الهوية، وحتى تقديم شهادة طبية إن اقتضى الحال ذلك ومادامت الهبة تتطلب أهلية التبرع في الواهب، التي تعد أقوى من أهلية التصرف، لأن الواهب يقوم بعمل ضارا فقد اشترط القانون فيه أن يكون سليم العقل بالغا سن الرشد المدني وهو 19 سنة[59].

ب- أن يكون الواهب متمتع بقواه العقلية

مفاد هذا الشرط أن يكون الواهب سليم العقل، ومتمتعا بكامل قواه العقلية، غير مجنون ولا معتوه، لأن كل من المجنون والمعتوه عديم أهلية التعاقد أصلا، لانعدام التمييز لديهما، فالهبة التي تصدر عنهما تكون باطلة بطلانا مطلقا لا تلحقها إجازة[60].

ج- أن لا يكون محجور عليه

ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 203 من قانون الأسرة ان لا يكون الواهب محجورا عليه، فالمشرع الجزائري اعتبر الأهلية لازمة في مثل هذا التصرف والأهلية تكون بالعقل

---

[59]- حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)**، مرجع سابق، ص26.

[60]- شريط نصيرة، مرجع سابق، ص281.

والتميز أي لم يحجر عليه بسبب الجنون أو العته فينبغي أن يصدر هذا التصرف من كافل ذو أهلية كاملة وصحيحة أساسها التمييز والادراك[61].

أما بخصوص الطفل المكفول فينبغي أن يكون موجودا أو في حكم الوجود كالجنين، وأن يكون آهلا لقبول الهبة دون أن يشترط المشرع أن يكون له أهلية التصرف بحكم أن هذا التصرف نافعا نفعا محضا.

وهناك مسألة لابد من الإشارة إليها وهي الرجوع في الهبة والتي تكون بعدة طرق بداية بالرجوع في الهبة بالتراضي عن طريق التقايل والتي مفادها انحلال الرابطة العقدية باتفاق الطرفين ويعتبر التقايل عقد يتم بالإيجاب وقبول جديدين[62].

هناك حالة الرجوع في الهبة في التقاضي وهي في الحالة التي لم يتفق أحد أبوين الواهب والابن الموهوب له على الرجوع، وهناك حالات أخرى لا يمكن الرجوع فيها وهي المنصوص عليها في المادة 211 و 212 من قانون الأسرة[63].

وبخصوص مقدار الهبة فبالعودة إلى أحكام المادة 123 من قانون الأسرة: "**يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة**"[64]

يتضح من خلال مضمون المادة 123 أن للكافل الواهب أن يتبرع في سبيل الهبة مقدار لا يزيد على الثلث حفاظا لمصالح الورثة ومعلق على شرط الإجازة إذ كان المقدار تعدى الثلث.

---

[61]– محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص26.

[62]– صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري**، ج1، ط1، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1992، ص370.

[63]– راجع: خالد سماحي، **النظرية العامة لعقود التبرعات**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013.

[64] – قانون رقم 84-11 يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق، معدل ومتمم.

خاتمة

خاتمة

بعد تحليل واستقراء الأسس القانونية، الفقهية والقضائية التي عالجها بحثنا فتوصلنا إلى جملة من النتائج وفضلنا عرض أهمها بصفة متوازية مع مجموعة من الاقتراحات بغرض رفع الغموض عن بعض الأحكام المنظمة للموضوع قيد الدراسة.

تجدر الملاحظة تبعا لما سبق تبيانه الأهمية القصوى التي ينطوي عليها تعريف الكفالة وعليه اعتبر تقنين الأسرة الجزائري الكفالة عقد بموجبه يلتزم شخص على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر والانفاق عليه والسهر على تربيته، وبصيغة أخرى القيام بمختلف الواجبات التي يقوم بها الأب اتجاه ابنه، ولا تنعقد الكفالة إلا بموجب عقد شرعي.

جعل المشرع الجزائري للكفالة كنظام قانوني اجراءات من أجل صحتها فاشترط وجوب توافر شروطا تتعلق بطالب الكفالة من أهلية ودين والقدرة من أجل ضمان مصلحة الطفل المكفول الذي يُعد لُب الموضوع، والجدير بالذكر أنّ المشرع الجزائري تناول مصطلح الطفل في أكثر من تقنين سواء ما تعلق بقانون العقوبات، وكذا قانون الأسرة، ضف إلى ذلك قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

غير أن حِرص المشرع الجزائري على تكريس شروط خاصة بطالب الكفالة فهناك العديد من الشروط تغاضى عنها، منها مسألة الزواج والموافقة عليه، كذا جنس الطالب فلزاما على المشرع إعادة النظر في هذه الشروط بشكل يضمن مصلحة الطفل المكفول.

يعرف النظام القانوني للكفالة في التشريع الجزائري عدة اشكالات خاصة ما يتعلق بهذه الشروط التي حاولنا دراسة البعض منها محاولين إظهار الثغرات القانونية التي يعرفها الموضوع خاصة لارتباطه بفئة ضعيفة في المجتمع وهو الطفل مع التنبيه أن المشرع رغم تبنيه نظام الكفالة فإنه لم يدرج ولو مادة ليبين فيها من هو الطفل المكفول وما سنه وما جنسه ما عدا إشارة في نص المادة 119 قانون الأسرة التي من خلالها المشرع يقر بأن الطفل المكفول قد يكون معلوم النسب أو مجهول النسب.

بعد قيام عقد الكفالة بالشكل المنصوص عليه قانونا يرتب آثارا قانونية والمتمثلة في جملة من الالتزامات تقع على الكافل وهي بمثابة حقوق للطفل المكفول، فهذا الأخير له جملة من الحقوق منها ما هو مرتبط بشخصه فله أن يحتفظ بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، وإذا كان مجهول النسب فالمشرع أحالنا بموجب المادة 120 قانون الأسرة إلى تطبيق أحكام المادة 64 قانون الحالة المدنية الجزائري، فيعد الاسم واللقب ضمن هذه الحقوق الشخصية التي كفلها المشرع للطفل المكفول، رغم أنه لابد أن يعزز قانون الأسرة بمواد قانونية صريحة تتضمن هذا الحق إلى جانب حقه في الجنسية، الرعاية والحماية الجسدية من أي وجه من أوجه الاعتداء، فذهب المشرع إلى اقرار حماية جزائية عن طريق تجريم جملة من الأفعال التي تشكل أي اعتداء على نفس أو شخص الطفل المكفول.

كفل المشرع الجزائري حقوق مالية للطفل المكفول أين أجاز للكافل أن يتبرع على سبيل الهبة ثلث من التركة لكن لابد من التقيد بمختلف الشروط القانونية الخاصة بالهبة من أجل صحتها خاصة مسألة عدم المساس بحقوق الورثة، بالإضافة أنه يمكن للكافل أن يوصي بوصية للطفل المكفول مع ضرورة التقيد بأحكامها القانونية مع الاشارة أنّ الميراث مستبعد بحكم انعدام شروط الميراث خاصة الرابطة الدموية.

بداية بحقه في النفقة بكل مشتملاتها والمنصوص عليها في المواد 75 وما يليها في قانون الأسرة وكفل له حماية جزائية لحق النفقة، لكن يبقى الطفل المكفول يفتقد لهذه الحماية بشكل فعلي خاصة أن الجريمة المنصوص عليها في قانون العقوبات تشترط رابطة زوجية، ومسكن زوجية مما يعني ضرورة أن يكون الطفل صلبي وليس مكفولا.

رغم كل النصوص القانونية التي كرسها المشرع الجزائري لتنظيم حقوق الطفل المكفول وحمايتها، فالنقائص تبقى ظاهرة وعلى المشرع تعزيز وتفعيل قانون الأسرة بمواد جديدة وإعادة صياغة البعض منها خاصة تبيان من هو الطفل المكفول وضبط شروط طالب الكفالة بشكل دقيق وأكثر من ذلك ضرورة إدراج نصوص قانونية تشمل حقوق بشكل صريح وتضمنها للطفل المكفول.

قائمة المصادر والمراجع

❖ المصادر

- القرآن الكريم.

❖ المراجع

I. باللغة العربية

أولا/الكتب

1. أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ج3، ط1، كتاب السير، باب قسم الخمس، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
2. أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، **حديث حسن صحيح**، المستدرك على الصحيحين، ج2، كتاب البيوع، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1998، حديث رقم 2398.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، **المبسوط في شرح نظام الجنسية**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
4. أحمد علي جرادات، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد**، الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
5. أحمد ناصر الجندي، **النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي**، د.ط، دار الكتب القانونية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2006.
6. السرخسي شمس الدين، **المبسوط**، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993.
7. الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
8. ــــــــــــــ، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
9. إقروفة زوبيدة، **الإنابة في أحكام النيابة، (دراسة فقهية قانونية)**، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
10. بلحاج العربي، **أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد**، دار الثقافة، الأردن، 2009.
11. ــــــــــــــ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج02، ط06، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010،

12. حسنين المحمدي بوادي، **حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي**، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005.

13. حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

14. ـــــــــــــــ، **نقل الملكية العقارية**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

15. حميد سلطان علي الخالدي، **الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الخصية)**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.

16. خالد سماحي، **النظرية العامة لعقود التبرعات**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013.

17. رشدي شحاتة أبو زيد، **شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية**، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999.

18. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء**، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

19. صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري**، ج1، ط1، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1992.

20. عبد العزيز سعد، **الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري**، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982.

21. ـــــــــــــــ، **اجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإدارية**، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

22. عبد العزيز مخيمر، **حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي**، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1997.

23. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج05، ط02، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.

24. فريجة حسين، **المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

25. فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

26. محمد أبو زهرة، **أحكام التركات والمواريث**، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.

27. محمد بن أحمد بن عرفة الدوسقي، **حاشية الدوسقي على الشرح الكبير**، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996.

28. محمد بن أحمد تقية، **دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن**، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.

29. محمد بن أحمد عثمان الذهبي، **كتاب الكبائر**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.

30. محمد بن عبد الرحمن المغربي، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ج1، د.ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د.س.ن.

31. محمد سعيد نمور، **شرح قانون العقوبات (قسم الخاص – الجرائم الواقعة على الأشخاص)**، ج1، دار الثقافة، عمان، د.س.ن.

32. محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح قانون مدني**، النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

33. محمد مصطفى شلبي، **أحكام الوصايا والأوقاف**، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، د.س.ن.

34. محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف قعة، **الأحوال الشخصية**، مؤسسة الوراق، الأردن، 2000.

35. مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد الجمال، **القانون والمعاملات**، المكتبة القانونية، مصر 1987.

36. نذير بومعالي، **حق الحياة وسبل حمايته في النظم الوضعية والإسلام**، قصر الكتاب، البليدة، 2005.

37. يوسف دلاندة، **قانون الأسرة (منقع بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05)**، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

ثانيا/ الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ- أطروحات الدكتوراه

1. شريط نصيرة، **حماية الطفل المكفول في القانون الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه(ل م د) في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، 2020.

2. ليلى جمعي، **حماية الطفل (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية)**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2006.

ب- مذكرات الماجستير

1. أحمد عبد المجيد، **أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، قسم الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.

2. بلقاسم سويقات، **الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011.

3. بن عصمان نسرين ايناس، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، 2009.

4. بن عصمان نسرين إيناس، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

5. بن عطية بو عبد الله، **اللقيط بين المذاهب الفقهية الإسلامية والقانون الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2002.

6. صباطة سليمة، **دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

7. علال أمال، **التبني والكفالة،(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، 2009.

8. مداني هجيرة سيدة، **حقوق الطفل بين الشريعة والقانون**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012.

9. نسرين إيناس بن عصمان، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

10. نضيرة جبين، **حقوق الطفل في التشريع الجنائي**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2001.

11. نقيب نور الإسلام، **الآليات القانونية لحماية الطفل في الجزائر**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 1، 2015.

ج- مذكرات

1. بعزير محفوظ، عجوج نورة، **قسمة التركة في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص: قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016.

2. بوعشة عقيلة، **الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية**، مذكرة نهاية التكوين، الدفعة 14، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004.

3. بومدان ياسمينة، وليكان ثن هينان، **التبني والكفالة في ظل القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

4. بيدوري كريمة، **الكفالة والتبني (دراسة مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري ومجلة الأحوال الشخصية التونسية)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014.

5. دليلة سلامي، **حماية الطفل في القانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنهاية التكوين، المدرسة العليا للقضاء، دفعة 16، الجزائر، 2008.

6. صانة سهام، **المركز القانوني للمفقود بين الحكم بالفقد والوفاة الحكمية**، (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018.

7. طلبة مالك، **التبني والكفالة**، مذكرة نهاية التكوين، دفعة 12، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004.

8. قارة مريم، قاصري صبرين، **نكاح الشبهة وحجيته في إثبات النسب**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020.

9.قارون فازية، **دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014.

10. كمال بوشليق، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، مذكرة نهاية التكوين، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2002.

11. معاتقي مريم، شلابي خديجة، **كفالة الأطفال في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2017.

ثالثا/ المقالات العلمية

1.شمام منير، "**الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في القانون الأسرة والقضاء الجزائري**"، دفاتر مخبر حقوق الطفل، مجلد 9، ع1، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018.

2.عز الدين كيحل، "**اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء الجزائري**"، مجلة الفكر، ع03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017.

3.عمارة مسعودة، "**أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا**"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد01، ع1، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، بليدة، 2010.

4.مصطفى معوان، "**أسباب تحريم التبني واحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ع09، جويلية 2004.

رابعا/النصوص القانونية

أ- النصوص القانونية الوطنية

أ-1-النصوص التأسيسة

1.مرسوم رئاسي رقم **96-438 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور** المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ح.ر.ح.ح.د.ش، ع 76، لسنة 1996، معدل ومتمم لقانون رقم 06-

01 مؤرخ في 26 جمادي الأول، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع14، لسنة 2016، المعدل والمتمم لسنة 2020.

أ-2-النصوص التنظيمية

1. **مرسوم رئاسي رقم 92-461 مؤرخ في 24 جمادي الثاني عام 1413هـ الموافق ل19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة**، بتاريخ 20 نوفمبر 1989، ج.ر، ع92، المؤرخ في 23 ديسمبر 1992.
2. **مرسوم تنفيذي رقم 92-24** المؤرخ في رجب عام 1412 الموافق ل13 يناير 1992، الذي يتمم المرسوم رقم 71-157المؤرخ في 03 يونيو 1971، يتعلق بتغيير اللقب.

أ-3- النصوص التشريعية

1. **أمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات**، ج.ر، ع49، الصادر في 11 جوان 1966، عدل ومتمم.
2. **أمر رقم 70-20المؤرخ في 19فيفري 1970، يتعلق بقانون الحالة المدنية**، المعدل بالقانون رقم 1214-08 المؤرخ في 09 أوت 2010، ج.ر، ع49، الصادر 20 أوت 2014.
3. **أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني**، ج.ر، ع78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ع31، المؤرخ في 13 ماي 2007.
4. **قانون عدد 27 لسنة 1985 المؤرخ في 04 مارس 1958، يتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني** (الرائد الرسمي عدد 19 بتاريخ 07 مارس 1958).
5. **قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة**، ج.ر، ع24، الصادر في 31 جويلية 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005، ج.ر، ع15، الصادر في 27 فبراير 2005.
6. **قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، ج.ر، ع21، مؤرخ في 23 أفريل 2008.
7. **قانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان 1436 الموافق 15 يوليو 2015، المتعلق بحماية الطفل**، ج.ر، ع39، مؤرخة في 19 جويلية 2015.

ب- النصوص القانونية الأجنبية

1.**ظهير شريف 01.02.172** صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، ج.ر، ع5031، بتاريخ 10 جمادي الآخرة 1423 (13أغسطس 2002).

خامسا/الاجتهاد القضائي

1.المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 3392106، مؤرخ في أفريل 1984، المجلة القضائية، ع04، لسنة 1989.

سادسا/المعاجم

1.ابتسام القرام، **المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري**، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، الجزائر، 2009.

2.جمال الدين ابن مكرم ابن منضور، **لسان العرب(مادة كفل)**، ج08، ط04، دار صادر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2005.

ثامنا/المحاضرات

1.علاوة بوتغرار، **الوصية في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية**، محاضرة ألقيت بمناسبة الأيام الدراسية المنظمة من قبل الغرفة الجهوية للموثقين -ناحية الشرق- أيام 12، 19، 26 ديسمبر 1998، لكل من سطيف، قسنطينة، عنابة.

تاسعا/مواقع الانترنيت

1.معجم الصحاح في اللغة العربية، المنشور على الموقع الإلكتروني التالي: http://www.maadjme.com ، يوم الاطلاع: 01-06-2021.

II. باللغة الفرنسية

1. HANIFI Louisa, **la dissolution de lieu conjugal du vivant des époux**, thèse de doctorat université d'Alger, Alger, 2007.

2. HOUHOU Yamina, **la kafala en droit algérien et ses effets en droit français** , université de pau et des PAYS de LADOUR, école doctorat science, sociales et humanités soutenue, 2014.

3. ROMAIN Lieberman, **les enfants devant le divorce**, presses universitaires de France, Paris, 1984.

فهرس المحتويات

فهـــــــرس المحتويات

الشكر والتقدير	
الإهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	3
الفصل الأوّل **النظام القانوني للكفالة في القانون الجزائري**	
الفصل الأوّل: النظام القانوني للكفالة في القانون الجزائري	7
المبحث الأوّل: الاطار المفاهيمي للكفالة	8
المطلب الأوّل: مفهوم الكفالة	9
الفرع الأوّل: في أهم التعريفات اللغوية للكفالة	9
الفرع الثاني: تعريف الكفالة إصطلاحا	11
أوّلا: في الإصطلاح الشرعي	11
ثانيا: في الإصطلاح القانوني	11
الفرع الثالث: معنى الطفل المكفول والفئات المشمولة بالكفالة	13
المطلب الثاني: شروط الكفالة كآلية لحماية الطفل المكفول	15
الفرع الأوّل: الشروط الواجب توفرها في الكافل	15
أولا: شرط الإسلام	16
ثانيا: شرط الأهلية والعقل	17
ثالثا: شرط القدرة الكاملة على رعاية الطفل المكفول	17
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالطفل المكفول	19
أولا: شرط أن يكون المكفول قاصر	19
ثانيا: شرط أن يكون الطفل المكفول معلوم النسب أو مجهول النسب	20

الفرع الثالث: الشروط الواجب توفرها في عقد الكفالة	21
المبحث الثاني: الإشكالات المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة	23
المطلب الأوّل: الإشكالات المتعلقة بالشخص الكافل	23
الفرع الأوّل: سن وجنس الشخص الكافل	24
أولا: جنس الشخص الكافل	24
ثانيا: سن الشخص الكافل	25
الفرع الثاني: شرط الزواج وموافقة الزوج	26
أولا: شرط الزواج	26
ثانيا: شرط الموافقة على الزواج	26
الفرع الثالث: طالب الكفالة أجنبي الجنسية	27
المطلب الثاني: الإشكالات المتعلقة بوضعية الطفل المكفول	29
الفرع الأوّل: حضانة الطفل المكفول بعد الطلاق	30
الفرع الثاني: مسألة النفقة وحق الزيارة للطفل المكفول	31
أولا: حق النفقة للطفل المكفول	32
ثانيا: حق الزيارة للطفل المكفول	33
الفرع الثالث: وضعية الطفل المكفول من طرف الزوجة	34
الفصل الثاني **حماية حقوق الطفل المكفول**	
الفصل الثاني: حماية حقوق الطفل المكفول	37
المبحث الأوّل: حماية حقوق شخصية الطفل المكفول	38
المطلب الأوّل: حق الطفل المكفول في الحياة والسلامة	38
الفرع الأوّل: حق الطفل المكفول في الحياة	39

فهـــــــرس المحتويات

أوّلا: الأسس الشرعية لحق الطفل المكفول في الحياة	39
ثانيا: الأساس القانوني لحق الطفل في الحياة	40
الفرع الثاني: حق الطفل المكفول في السلامة البدنية	41
أوّلا: حماية الطفل المكفول من الاعتداء	42
ثانيا: حماية صحة الطفل المكفول	43
المطلب الثاني: حق الطفل المكفول في النسب وبعض الحقوق الأخرى	44
الفرع الأول: ثبوت حق النسب للطفل المكفول	45
الفرع الثاني: حق الطفل المكفول في الهوية	46
أوّلا: حق الطفل المكفول في الاسم واللقب	46
ثانيا: حق الطفل المكفول في الجنسية	48
الفرع الثالث: ولاية تزويج المكفول	49
المبحث الثاني: حماية الحقوق المالية للطفل المكفول	51
المطلب الأوّل: حق الطفل المكفول في النفقة والميراث	51
الفرع الأوّل: حماية حق الطفل المكفول في النفقة	52
أوّلا: حق الطفل المكفول في النفقة في قانون الأسرة	52
ثانيا: الحماية الجزائية للطفل المكفول في مجال النفقة	53
الفرع الثاني: حماية حق الطفل في الميراث	54
أوّلا: ميراث ولد زنا	55
ثانيا: ميراث ولد اللعان	56
ثالثا: ميراث ولد اللقيط	56
المطلب الثاني: حق الطفل المكفول في الوصية والهبة	57
الفرع الأوّل: حق الطفل المكفول في الوصية	57

أوّلا: شروط المكفول باعتباره موصي	58
ثانيا: شروط المكفول باعتباره موصى له	58
الفرع الثاني: حق الطفل المكفول في الهبة	60
أولا: تعريف الهبة	60
ثانيا: شروط صحة الهبة	61
خاتمة	64
قائمة المصادر والمراجع	67
الفهرس	77
ملخص	82

ملخص

يعتبر موضوع "**حقوق الطفل المكفول**" أكثر المواضيع التي تثير الاشكالات القانونية، والعملية سواء في القديم أو في الأوقات الراهنة نظرا لارتباطه بطفل قاصر ضعيف ليس له القدرة على مواجهة عراقيل الحياة خاصة لافتقاده لمأوى وخلية يضمن فيها سلامته، هذا ما استدعى المشرع الجزائري إلى تبني نظام الكفالة وإصدار نصوص قانونية من أجل تنظيمه.

إن الهدف من دراسة هذا البحث هو تبيان مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بالكفالة عموما و حقوق الطفل المكفول على وجه الخصوص مستهلين البحث بدراسة النظام القانوني للكفالة، كما يشمل البحث التعرض إلى مختلف الحقوق التي كفلها المشرع الجزائري للطفل المكفول بداية بالنسب إلى غاية منحه حقوق مالية .

الكلمات المفتاحية

الطفل المكفول، الكفالة، الحقوق الشخصية، الحقوق المالية.

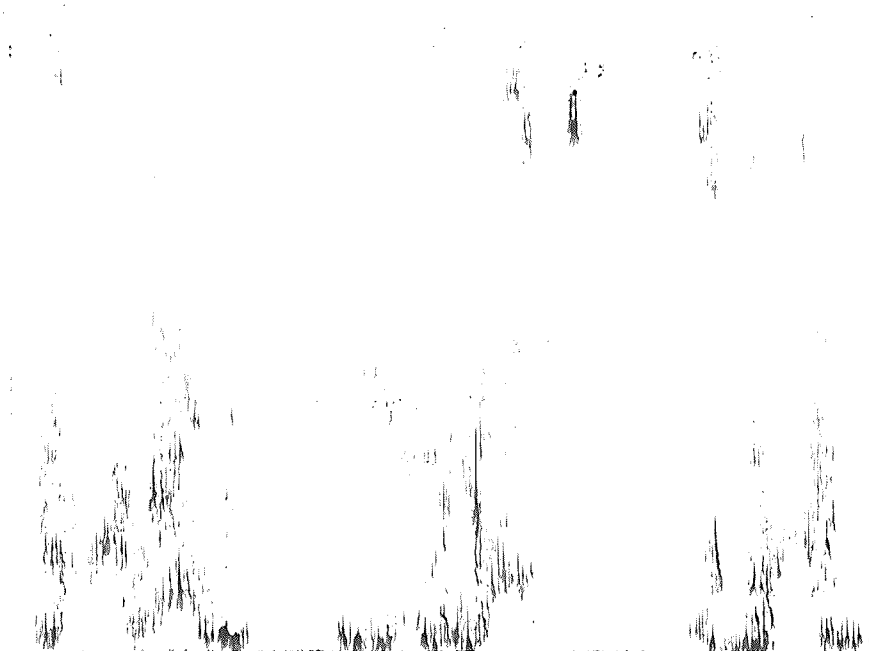
Résumé

La question des « **droits de l'enfant garantis** » est considérée comme la question la plus juridique et pratique, que ce soit dans le passé ou dans le présent, en raison de son association avec un enfant mineur faible qui n'a pas la capacité de faire face aux obstacles de la vie, surtout parce qu'il ne dispose pas d 'un abri et une cellule dans laquelle pour garantir sa sécurité. Voilà ce que le législateur algérien a appelé à l 'adoption du système de parrainage et e par des textes juridiques pour l 'organisation.

Le but de l'étude de cette recherche est de clarifier les différentes dispositions légales relatives au parrainage en général et aux droits de l'enfant parrainé en particulier, en commençant la recherche par l'étude du système juridique du parrainage, et la recherche comprend également une exposition aux différents droits garantis par le législateur algérien pour l'enfant parrainé, à commencer par le lignage jusqu'à la fin de l'octroi de droits pécuniaires.

les mots clés

L'enfant parrainé, le parrainage, les droits personnels, les droits financiers.



ملخص

يعتبر موضوع "**حقوق الطفل المكفول**" أكثر المواضيع التي تثير الاشكالات القانونية، والعملية سواء في القديم أو في الأوقات الراهنة نظرا لارتباطه بطفل قاصر ضعيف ليس له القدرة على مواجهة عراقيل الحياة خاصة لافتقاده لمأوى وخلية يضمن فيها سلامته، هذا ما استدعى المشرع الجزائري إلى تبني نظام الكفالة وإصدار نصوص قانونية من أجل تنظيمه.

إن الهدف من دراسة هذا البحث هو تبيان مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بالكفالة عموما و حقوق الطفل المكفول على وجه الخصوص مستهلين البحث بدراسة النظام القانوني للكفالة، كما يشمل البحث التعرض إلى مختلف الحقوق التي كفلها المشرع الجزائري للطفل المكفول بداية بالنسب إلى غاية منحه حقوق مالية .

الكلمات المفتاحية

الطفل المكفول، الكفالة، الحقوق الشخصية، الحقوق المالية.

Résumé

La question des « **droits de l'enfant garantis** » est considérée comme la question la plus juridique et pratique, que ce soit dans le passé ou dans le présent, en raison de son association avec un enfant mineur faible qui n'a pas la capacité de faire face aux obstacles de la vie, surtout parce qu'il ne dispose pas d 'un abri et une cellule dans laquelle pour garantir sa sécurité. Voilà ce que le législateur algérien a appelé à l 'adoption du système de parrainage et e par des textes juridiques pour l 'organisation.

Le but de l'étude de cette recherche est de clarifier les différentes dispositions légales relatives au parrainage en général et aux droits de l'enfant parrainé en particulier, en commençant la recherche par l'étude du système juridique du parrainage, et la recherche comprend également une exposition aux différents droits garantis par le législateur algérien pour l'enfant parrainé, à commencer par le lignage jusqu'à la fin de l'octroi de droits pécuniaires.

les mots clés

L'enfant parrainé, le parrainage, les droits personnels, les droits financiers.