جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون أسرة

رقم: أدخل رقم تسلسل المذكرة

إعداد الطلبة:
بوزاهر منال / سعدون حنان

يوم: 20/06/2023

كفالة مجهولي النسب في التشريع الجزائري

لجنة المناقشة:

علي عمارة	أ. مح ب	بسكرة	مشرف
عزالدين كيحل	أستاذ	بسكرة	رئيس
أمينة سلام	أ. مح أ	بسكرة	مناقش

السنة الجامعية: 2022 - 2023

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى سكان قلبي

إلي رجل الكفاح،إلي من زرع القيم والبادئ في داخلي، إلى من أفنى زهرة شبابه في تربية أبنائه.....والدي الحبيب

إلى القلب النابض،إلى رمز الحنان والحب والتضحية،إلى من كانت دعواتها الصادقة سر وصولي إلى هنا.... أمي الغالية

إلى ورود الحياة سند الدنيا....إخوتي الأحباب(عتاب،عبد الحافظ،هبه الله،خير الدين، وردة الياسمين)

إلى رمز الوفاء وصداقة.....صديقاتي الحبيبات (ندى، فريال، سلمى هبة، فهيمة،مرام،مروى)

أهدي إليهم هذا الجهد الكبير، سائلا الله العلي القدير أن ينفع به، إنه سميع المجيب.

حنان

إهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله، ثم أما بعد:

الحمد لله الذي وفقني لتثمين هذه اللحظة في مسيرتي الدراسية بفضل الله تعالى أو لا.

أهدي هذا العمل إلى أعظم وأعز إنسانة في الوجود، إلى منبع الحنان والمودة ورمز العطاء والتضحية، ومن كانت سندا في كل مراحل حياتي، إلى أمي.

إلى صاحب السيرة العطرة، والفكر المستنير، ومن مهد لي طريق العلم، وسار معي الدرب كله حتى أو صلني إلى نهاية مشواري التعليمي إلى أبي.

إلى من أعتمد عليهم في حياتي إخوتي الأعزاء "كوكا، هاجر، شيماء، أخي العزيز مُحَّد صابر".

إلى كل الأقارب من قريب أو بعيد.

إلى رفيقات دربي وصديقاتي في المشوار الدراسي " أحلام، بسمة، رميساء..."، وإلى جميع طلبة الماستر خاصة دفعة 2023/2022.

منال

شكر وعرفان

إلى أستاذنا المشرف

الأستاذ عمارة علي

نتقدم بجزيل الشكر، وخالص الائتمان ما تفضل به من إشراف على هذا العمل، وتعهده بتوجيهاته القيمة وتصويباته السديدة

فجزاه الله عليه كل خير

إلى أساتذتنا الكرام

أهدي لهم هذا العمل المتواضع

حنان / منال

مقدمة

مقدمة

تقوم الأسرة بوجود الزواج الشرعي الذي يجمع بين الرجل والمرأة وذلك لحفظ النسبوالاستمرار في إنجاب الأطفال، حيث قال الله تعالى في سورة النساء: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَ"{آية رقم1}.

حيث أن الأطفال هم الثروة الحقيقية لأمة المستقبل البشري، وقد حظيت هذه الفئة باهتمام كبير من الشريعة الإسلامية لقول الله تعالى في سورة الكهف: " المال والبنون زينة الحياة الدنيا والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا وخير أملا" {آية رقم 46}، وقد حرصت على إعطائهم حقوقهم ورعاية مصالحهم، وبالتطور الذي فرض الاعتناء بالطفل عموماوبصفة أخص اللقطاء المجهولين النسب الذين ينشؤون نتيجة ظروف غامضة: كالزنا والفواحش أو الاغتصاب...إلخ، وهم محرومين نهائيا من الأسرة وهذا يؤثر سلبا على حياة الطفل منذ لحظة ولادته ويشكل له عائقا في اندماجه مع أفراد مجتمعه.

ولحل هذا المشكل المتفاقم في المجتمع كان نظام التبني كأو ل نظام معمول به عند العرب في العصر الجاهلي، حيث كان الرجل الجاهلي يدعي الابن مولودا له ويدعوه إليه الناس، ويرث الميراث مع أو لاده ويقال: " ادعى فلان فلانا"، ومن أشهر المتبنيين في الجاهلية زيد بن حارثة تبناه النبي صلى الله عليه وسلم، وعامر ابن ربيعة تبناه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وسالم تبناه أبوحذيفة، ومقداد بن عمر تبناه الأسود بن عبد يغوث.

ولكن هذا النظام حرم بمجيء الإسلام وذلك في قول الله تعالى في سورة الأحزاب: " ما جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَما جَعَلَ أَزْواجَكُمُ اللاَّئِي تُظاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهاتِكُمْ وَما جَعَلَ أَدْعِياءَكُمْ أَبْناءَكُمْ ذلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْواهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (4) ادْعُوهُمْ لِآبائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آباءَهُمْ فَإِخْوانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُناحٌ فِيما أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلكِنْ ما تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا)"{آية رقم 5.4}.

وسبب نزول هذه الآية هوإبطال التبني الذي كان معمولا به، بحجة الآثار المترتبة والمتمثلة في: تحريم القرابة، والمصاهرة والإرث، لأن العرب في الجاهلية كانوا يجعلون للمتبني أحكام البنوة كلها.

وجاء الإسلام بنظام الكفالة كبديل لنظام التبني الذي يعتبر النظام الأجدر والأصح لحماية الطفل المكفول والشخص الكافل والحفاظ على مصالحهما، ولقد اعتمد المشرع الجزائري على هذا النظام طبقا لقانون الأسرة الساري المفعول حيث أن مصدره الأول الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة.: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وبناء على ما تم تقديمه تتجلى أهمية الموضوع في: أن كفالة مجهول النسب تكتسي أهمية إنسانية بالدرجة الأولى وقانونية بالدرجة الثانية، وحظيت باهتمام كبير من كافة الدول من خلال نصها على مجموعة من الاتفاقيات أهمها اتفاقية حقوق الطفل التي ظهرت في 20 نوفمبر 1989 ودخلت حيز التنفيذ في 2 أكتوبر 1990، وكان المشرع الجزائري من الأو ائل الذين صادقوا على هذه الاتفاقية بتاريخ 19 ديسمبر 1992.

وتقوم دراستنا على إبراز القيمة الجوهرية لهذا البحث والمتمثلة في بيان النصوص المطبقة والنقائص والثغرات والتناقضات الموجودة في المنظومة التشريعية والتي تنأو لت موضوع مجهول النسب، حيث أن شريحة الأطفال غير الشرعيين في تنامي وذلك لتراجع الضوابط الدينية والأخلاقية من جهة والظروف الاجتماعية والسياسية من جهة أخرى.

حسب إحصائيات وزارة التضامن أنه بلغ عدد الأطفال في سنة 1969 ب: 6000 طفل غير شرعي وليصبح سنة 1981 ب: 10.786طفل، أما سنة 2008 ب: 28.000 طفل، وقد ظهرت الإحصائيات الرسمية أن الأطفال في الجنوب قد وصل المعدل إلى 500 طفل لسنة 2013.

أسباب اختيار الموضوع:

تتمثل في الرغبة الشخصية في معالجة هذا الموضوع كفالة مجهول النسب، أن لها جانب إنساني في المحافظة على فئة الأطفال.

حماية الأطفال القصر مجهولي النسب من أي اعتداء وإهمال ومنحهم الدفء الأسري الذي حرموا منه.

تشجيع الأسر المحرومة من الأطفال على التكفل بهذه الفئة.

تقييم المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب الذي لطالما أحدث ضجة كبيرة في الوسط القانوني واعتبره بعض من الفقهاء أنه يحمل في طياته إجازة للتبني الذي تم تحريمه في الإسلام.

الصعوبات:

. ندرة المراجع التي تنأو لت موضوع الكفالة المخصصة في قانون الأسرة.

. صعوبة التحصل على المعلومات من الجهات الرسمية كالمحكمة ومديرية النشاط الاجتماعي ومؤسسة الطفولة المسعفة.

. رغم أن المشرع الجزائري قد وضع قوانين تنظم كفالة مجهول النسب إلا أنه لم ينصب كل اهتمامه للتناقضات التي تعرض إليها من قبل الفقهاء والمتعلقة بتغيير اللقب.

وبالرجوع إلى الدراسات السابقة اعتمدنا على ما يلي:

_ طلبة مالك، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، التبني والكفالة

_ربيعة مرابط، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أسرة، النظام القانوني لكفالة الطفل مجهول النسب في ظل قانون الأسرة الجزائري

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية:

هل يضمن نظام الكفالة الحماية القانونية لمجهولي النسب؟

وللإجابة على هذا الإشكال اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي من خلال عرضنا لمجموعة من المفاهيم المتعلقة بالموضوع وتحليل نصوصه والمنهج المقارن بحيث قمنا بمقارنة بعض المسائل القانونية بين القوانين الأجنبية والقانون الجزائري وبين الفقه والقانون.

ولمعالجة هذه الدراسة في كل الجوانب قد قمنا بتقسيم الموضوع كالتالي:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لكفالة مجهول النسب في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة.

المبحث الثاني: ماهية مجهول النسب.

الفصل الثاني: أحكام عقد الكفالة.

المبحث الأول: شروط وإجراءات القانونية لعقد الكفالة.

المبحث الثاني: آثار وأسباب انقضاء عقد الكفالة.

الفصل الأولالإطار المفاهيمي لكفالة مجهول النسب في التشريع الجزائري

تمهيد:

إن التطور الذي شهده المجتمع الإنساني منذ القدم أثر تأثيرا مباشرا على البنية الاجتماعيةوبالتحديد الأسريةفي حقبة المجتمع الجاهلي كغيره من المجتمعاتله تجأو بفي النزعة الفطرية وهي حب الأولاد كحالة اليأس من الإنجاب أو العقم أو مساندتهم في ظل الظروف القاسية، لهذا كان في تلك الحقبة الإقرار بما يسمى التبني الذي هوعبارة عن نظام يضمن الرعاية والحماية للطفلإلا أنه جاء الإسلام وحرمه، **.سورة الأحزاب الآية: 05** ووضع له نظام بديل وهوالكفالة ولكن التبني بقي معمولا به في الدول الغربية وكذلكالمشرع التونسي الذي ذهب على خلاف الدول العربية (ادْعُوهُمْ لِآبائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آباءَهُمْ فَإِخْوانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُناحٌ فِيما أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلكِنْ ما تَعَمَّدَتْقُلُوبُكُمْ وَكانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا)"{آية رقم 5.4}.

إلى ما ذهبت إليه القوانين الغربية مثل القانون الفرنسي في إجازة التبني.

المبين بمقتضى القانون رقم (27) لسنة (1998) المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية

التونسية عدد (19) في الفصلين (8) و(13).

أما في القانون الجزائري فإنه يمنع التبني من خلال نص مادة (46) من القانون 11/84 المعدل بالأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرةالجزائري التي ينص على منع التبني شرعا وقانونا واتبعما جاء به الإسلام في نظام الكفالة والذي هويحمي فئة الأطفال الذين هم ضحايا اللامبالاة وعدم المسؤوليةمن المجتمع الذي ينتجعن انحرافاته أطفال مجهولي النسب، فنجد المشرع نظم أحكام عقد الكفالة

في المواد (116) و(125) ق ا ج كما نظم إجراءاتها المدنية والإدارية في القانون رقم: 09/08 والمتضمنقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وهذا ما سنقف عليه في فصلنا الأول، من تعريفات تمهيدية التي تمس الكلمات المفتاحيةمن عنوان مذكرة وبعدها الدخول في صلب الموضوع بالتطرق إلى خصائص الكفالة ومميزاتها وأركانها إلى المبحث الثاني الذي سنتنأو ل فيه كل ما يخص مجهول النسب.

المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة

يحمل عقد الكفالة كمصطلح الكثير من المعاني جراء تنأو له في قانون المدني الذي يعني ضمان الدين، ولكن ما يهمنا هوكفالة القاصر من ناحية المال والنفس حسب قانون الأسرة وعليه فإننا سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الكفالة في المطلب الأول،وخصائصها ومميزاتهافي مطلب الثاني،وأركانها في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

في هذا الصدد سنتعرض إلى تعريف الكفالة بمختلف مقاصدها مركزين علا الكفالة في مفهوم الأسرة واهم خصائصها مع تميزها عن الأنظمة القانونية المشابهة لها مبرزين طبيعتها القانونية.

الفرع الأول: تعريف الكفالة

أو لا/ الكفالة لغة: الضم والضمان[1]،**قال الله تعلى { وكفلها زكريا}**[2]. ويعني أنه، جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها.ومن يقرأها بدون التشديد، فالمعنى ضمن القيام بأمرها وتكفلت بالشيء معناه قد ألزمته نفسي، فالكفالة والضمان والحمالة والزعامة والقبالة لها معنى واحد[3]. **ثانيا / الكفالة اصطلاحا**

والمقصود هنا بالكفالة هي التزام على وجه التبرع، لكفالة الصغير المكفول بالإنفاق عليه وتربيته ورعايته، كقيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا، ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة ويستوي أن يكون ولد المكفول معروف النسب ولا كافل له،أو مجهول النسب كاللقيط

[1] _ ابن منظور ، لسان العرب ،دار المعارف ،ط جديدة ، قاهرة ، ص117

[2] _سورة آل عمران ، أية رقم 37

[3] _ عبد الكريم زيدان ، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن ، مكتبة القدس ، د ط، بغداد، 28 ديسمبر2020، ص 103

مثلا، ووافقت الجهة المختصة على ذلك (م 119 ق ا ج) وفي جميع الحالات، يحتفظ الصغير المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وان كان مجهول النسب تطبق عليه مادة (120) من ق ا ج ومادة (64) من قانون الحالة المدنية التي تنص على [1] **(تكفل ضابط الحالة المدنية بإسناد بنفسه مجموعة من الأسماء إلى الأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يتخذ أخرى أسماء القائمة كاللقب العائلي.)**[2]

_كما عرفتها الشريعة الإسلاميةعن عائشة رضي الله عنها قالت: **(جاءتنيامرأة معها ابنتيها فسألتني فلم تجد عندي إلا تمرة واحدة فأعطيتها فقسمتها بين ابنتيها ثم قامتفخرجت)**،فدخل النبي صلى الله عليه وسلم فحدثته فقال: **(من يلي من هذه البنات شيء فأحسن إليهن كن له سترا من النار)**

هنا وضح رسولنا الكريم مدى الأجر الثابت لمن يحسن ويتكفل باليتامحيثقال في حديث آخر: **((أنا وكافل اليتيمفي الجنة كهاتين شك سفيان الوسطى والتي تلي الإبهام).** [3]

ونجد التعريفات المتضاربة من الناحية الفقه الإسلامي لتعريف الكفالة وهذا راجع إلى منظور كل فقيه كما يلي:

حيث عرفها الحنفية علىأنها ضم الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة النفس أو الهدين أو عين،ويعبرالمالكية عن لفظ الكفالة فيكتبهم بالضمان أي الالتزام دين لا يسقطه أو طلب من هوعليه لمن هوله، أما الشافعيةوالحنابلة نجدهم يعبرون عن الكفالة بالضمان،ويخصصون لفظ الكفالة،بالكفالة النفس أو بالبدن، فالكفالة بالبدن عندهم صورة[4]

[1]_بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013 ، ص 710

[2]._ الأمر 70_20 المؤرخ في 19 فيفري 1970،المتعلق بالحالة المدينة المعدل والمتمم بالقانون 08_14 المؤرخ في غشت 2014 ،العدد 21 المؤرخ في 27 فيفري 1970

[3]_محمد بن إسماعيل ،صحيح الأدب المنفرد، دار الصديق للنشر والتوزيع، ط4، 1418ه/1997،ص74

_مرابط ربيعة ، النظام القانوني لكفالة مجهول النسب في ظل قانون الأسرة ،مذكرة التخرج ، ما ستر،كلية حقوق الشهيد [4]حمة لخضر ، الوادي ،2018/ 2019ص20

الفرع الثاني: مشروعية الكفالة وطبيعتها القانونية

أو لا / المشروعية:

دليل مشروعية الكفالة يستدل الفقهاء على مشروعية الكفالة بالكتاب والسنة والإجماع

1/ من الكتاب

فيقول الله تعلى: (قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)[1]

ويقصد **بقول الله تعلى** (**وأنا به زعيم**) بما معناه أنا به كفيل، وهذه الآيةالكريمة كانت حكاية عما قاله عامل لنبي الله يوسف عليه الصلاة والسلام حين فقد صواع الملك إلا أنها تصلح دليل على مشروعية الكفالة، ذلك لأن شرع ما قبلنا شرع لنا، خاصةإذ لم يرد في شريعتنا ما يخالفه، ولم يأتي شريعتنا ما يخالفه وذلك ما يؤيده.....، وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله.[2]

2/ من السنة:

في حديث روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم

أ/ أخرجه البخاري والمسلم: **(ليس منرجل ادعى غير أبيه وهويعلمه إلا الكفر)** وفي قوله أيضا **(من ادعى إلى غير أبيه وهويعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام)** ، وفي حالة النسب من التبني الخطأ فلا إثم عليه **لقوله تعلى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به)**[3]

ب/كما أتت سنة أو ضح في الكفالة: فما رواه أبودأو د والترمذي وابن ماجة عن أبي أمامةرضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: **(الزعيم غارم)** فقد أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بأن الزعيم هوالضامن الكفيل غارم أي انه داخل في زمرة الغارمين،لأنه ألزم نفسه ما ضمنه والغارمون هم الذين يستحقون الزكاة، فدل ذلك على أن تحمل الكفيل للدين مشروع.

---

[1]_سورة يوسف ، الآية رقم 72

[2]_عبد الله حسين المجان ، عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية، شركة الكنوز ، طبعة2، 1422هـ/2001م، ص13

[3]_ سورة الأحزاب ، الأية رقم 5

ج/ وما رواه البخاري يسنده إلى سلمة بن الأكواع، أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة، فقال **(هل عليه من دينا)**قالوا لا فصلى عليه، ثم أتى في الجنازة أخرى فقال: هل عليه من دين ؟؟ فقالوا نعم، قال: **(فصلوا على صاحبكم)**. قال أبوقتادة: على دينه يا رسول الله فصلي عليه، فصلى النبي عليه.[1]

3/ الإجماع:

فقد اجتمعت الأمة على مشروعيتها.

ثانيا: الطبيعة القانونية للكفالة.

قبل الخوض والتعرف على الطبيعة القانونية للكفالة يجب التماسها في التخصص المدني وتخصص الأسري.

1/ في قانون المدني: الكفالة هي عقد بمقتضاه يكفل الشخص التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزامإذ لم يف المدين نفسه [2]، فعرفها القانون المدني الجزائري بصريح العبارةفي المادة 614: عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد لدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذ لم يف به المدين نفسه.

2/ في قانون الأسرة: في المادة 116 يعرفها بأنها "الكفالة عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية كقيام الأب بابنه ويتم بعقد شرعي" [3].

وبعد دراسةما سبق نستطيع التطرق إلى:

الطبيعة القانونية: فالكافلة هنا عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة إذ يلزم على كل شخص احترام أحكامه لكونه يتعلق بنظام العام إذ سلطان الإرادة في عقد الكفالة محدود جدا وتكون حرية الإرادة إلا عند النية والرغبة في طلب الكفالة وما بقي في ذلك

[1]_عبد الله حسين المجان ، مرجع سابق ، ص 14

[2]_ احمد صلاح دين ، عقد الكفالة في ضوء قضاء محكمة النقض، مصر، 11جوان 2016، ص 1

[3]_ القاضي طلبة مالك ، ا لتبني والكفالة ، مذكرة لنيل شهادة مدرسة عليا للقضاء ،وهران ، دفعة 14، 2003_2006 ، ص53

فهوخاضع إلى قانون أسرة وإن كان للكافل الحق في الرجوع في الكفالة فإنه للنيابة طلب إسقاطها مع مراعاة مصلحة الطفلالمكفول [1]

إذ أن الكفالة هي نظام قانوني اقربمن العقد، وهذا ما هوموجود في التشريع المملكة المغربية، إذ أن الإجراءات الكفالة هناك جد صارمة ومحددة في التشريع لذلك أو كلت مهمة إجراء الكفالة إلى القاضي المكلف بشؤون القصر عند الموافقة على الكفالة الحق في تتبع وتنفيذ الكفالة فعليا رعاية لمصلحة الطفل ويراقب شؤون الطفل ومدى الوفاء الكافلبالتزامات، فإذ كان التقرير البحث بعد إسناد الكفالة سلبي يمكن له الأمر بإلغاء الكفالة مراعاة لمصلحة القاصر، وهذه الآلية غير موجودة في جزائر بتخصيص أو إعطاء هذه المهمة إلى القاضي مختص شؤون الأسرة لان المشرع المغربي وسع في اختصاص هذا القاضي.[2]

المطلب الثاني: خصائص الكفالة ومميزاتها

سندرس في هذا المطلب الخصائص المتعلقة في الكفالة التي حددنها في المطلب الأولومميزاتها في المطلبالثاني:

الفرع الأول: خصائص عقد الكفالة

على ضوء نصالمادة 116 من قانون الأسرة الجزائري (**الكفالة بأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي**) من هذا التعريف يمكن إجمال [3]

أو لا: الكفالة التزام للقيام بشؤون قاصر على وجه التبرع:

نفصل في هذا كما يلي:

---

[1] _ لاكلي نادية ، أحكام عقد الكفالة في التشريع جزائري وإشكالات القانونية ، مجلة القانون والمجتمع ،المجلد 10 ،العدد ثاني،2022 ص 105_120

[2] _ القاضي طلبة مالك ، مرجع سابق ، ص 52

[3] _قديري سوسن ، الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج ما ستر ، تخصص قانون دولي وحقوق إنسان ، كلية 2حقوق جامعة محمد خيضربسكرة 2014_2015، ص 29

1/ **الكفالة التزام للقيام بولد قاصر:** إن مضمون الالتزام الناشئ عن الكفالة يتعلق بنظام الولاية والتي يكلف فيها المشرع أو القضاء شخصا كبيرا وراشدا بأن يتصرف لمصلحة الطفل القاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية، فتكون للكافل الولاية علا النفس والمال معا.[1]

أ / الولاية على النفس: هي التي تجعل للولي القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج وهي تثبت للأب وسائر الأولياء.

ب/الولاية على المال: وهي التي تجعل للولي قدرة تدبير شؤون القصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق وتثبت إلى ثلاث الأب والجد وفيهما وصي القاضي[2]

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا رقم الملف: وأنه يجب على الكافل القيام بتربية الطفل المكفول وإنفاق عليه وتعليمه، باعتباره وليا قانونيا ما لم يثبت تخليه عن ذلك.[3]

2/ الكفالة على وجه التبرع من طرف الوكيلوذلك بدون مقابل:

ويقوم بها الكفيل حفظ ورعاية وحماية للطفل القاصر، بموازنته مع ابنه الأصلي، فيما يخص النفقةوالمنحة الدراسية وكل متطلبات الحياة حسب المادة 116.

ثانيا: الكفالة عقد فيه ثلاثة أطراف

وهم الكفيل والمكفول والهيئة التي تبرم العقد مع الكفيل، فهي لا تقوم إلا إذ أبرمت أمام الجهات المختصة قضائيا وفقا لما هومنصوص عليه في نص المادة 117 من قانون أسرة.[4]

ثالثا: تعتبر الجوالبديل الذي يعوض الطفل على أسرته الأصلية:

فهي تعتبر العلاج الناجح للطفل في حالة عدم عودته إلى أسرته الأصلية، إذ أن مركز الرعاية له قوانين صارمة والخوف الشديد على طفل مما لا يوفر له الراحة والأمان الكافي

---

[1] _قديري سوسن ،مرجع نفسه ، ص 12

:http_ أحمد محمد ، مفتش في المحاكم الشرعية 16/9/7، ص 10 تم التصفح في يوم 10 مارس 2023.موقع

[2] أكبر الأبحاث القانونية www /mohamh net >lau

_مجلة المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1970/3/10 ملف رقم 1972 ، عدد 2 ص46 مشار إليه في بلحاج العربي ، مرجع سابق ص 720 [3]

_سلوى سالم ، كفالة مجهول النسب في قانون أسرة ،مذكرة ماستر ، تخصص أحوال شخصية ، جامعة محمد بوضياف مسيلة 2017 /2018، ص17 [4]

لأن تربية دائما تظل محدودة تحت مسؤولية المربيين فمثلا، الطفل في المركز لا يخرج للعب والترفيه لوحده عكس طفل الطبيعي الذي له حرية، وبالتالي فإن الكفالة تضمن لطفل أسرة بديلة كفيلة ويكون لها دور فعل في العلاج الطفل وتربيته وتنشئته.

رابعا: الكفالة تمنح الكافل سلطة

فهي تقدم السلطة التي يتمتع بها الوالدين فيعد الكافل أبا، وعل ذلك يكون له الولاية مما يؤهل المكفول أن يحتل المرتبة القريبة من مرتبة الابن.

خامسا: الكفالة عقد رسمي

فهي عقد رسمي لا يبرم إلا أمام محكمة أو موثق.

سادسا: الكفيل يبقى دائما أجنبي على الأسرة الكفيلة

حيث تحمي الأنساب من الاختلاط وتحافظ عليه [1]، وتحمي الحقوق المر اثية وتمنع التعدي في الميراث، ويكون له في المقابل الحق في الحصول علىالهبات والوصايا [2]، وهوما نصت عليه مادة 123 من ق ا ج " **يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بما له في حدود الثلث، وإن أو صىأو تبرع بأكثر من ذلك بطل على ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة** "[3]

الفرع الثاني: تميز الكفالة عن الأنظمة القانونيةالمشابهة لها

ظاهريا لا يوجد فرق بين الكفالة والحضانة والتبني والولاية لأنها كلها تهدف إلى حماية والرعاية لطفل ماديا ومعنويا أو إسناد طفل قاصر مجهول النسب إلى عائلة غير عائلته الأصلية، لكن هناك اختلافات بينهم يجب التطرق إليها في هذا التميز.

أو لا: الفرق بين الكفالة والحضانة

---

[1] _عمراش أسماء _بليل كاتيا ، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ما ستر في قانون خاص داخلي ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، عام 2013_2014 ،ص ص 16 و17

[2] _بلقاسم عقيلة ، تنازع القوانين بشأن كفالة الأطفال المهملين ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، العدد رابع ، نوفمبر 2017 ،ص 137

3_الأمر رقم 84_11 ، مرجع سابق

لبد أ في استنباط الفرق الموجود في الحضانة يجب التعرف علىمصطلح الحضانة لغة واصطلاحا بعدها استنتاج الاختلاف الموجود بينهم.

1/التعريف الغوي: جاء في باب الحاءابن منظور وقيل هوالصدر وال عضدان وما بينهما وجمعأحضان، هواحتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأةولدها فتحتمله في أحد شقيها. وفي حديث أخر أنه: خرج محتضنا أحد ابني ابنته، أي حاملاله في حضنه [1].

2/ التعريف الاصطلاحي: وهي التربية لمن له الحق في الحضانة.[2]

قانونا، توجد في مواد من 62 إلى 72 في الفصل الثاني الطلاق المتعلقة بالحضانة من قانون الأسرة الجزائري.

فتنص مادة 62: "**الحضانة هي الرعاية الولد وتحمله والقيام بتربيه على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**".[3]

أما الكفالةكما عرفناها من قبل على أنها على أنهاالرعاية والحماية أطفال مجهول النسب الهدف منها خلق جوأسري ملائم لطفل، فمن خلال التعريفين نقف عند الاختلافات التالية:

أ/ أن الكفالة التزام بلا عوض على وجه التبرع خلاف الحضانة التي يمكن أخذ اجر عنها.

ب/ الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه وأبيه مع مراعاة الترتيب الشرعي لمن استمدت إليه الحضانة،بينما في الكفالة لا يراعي هذا الترتيب.[4]

ج/ حسب ما جاء في مادة 65 من ق ا ج انه للحضانة عمر محدد للمحضون فذكر ببلوغه 10 سنوات وتنتهي فترة الحضانة أما التبني بمجرد الزواج أي 19 سنة على عكس الكفالة التي تستمر إلا إذا كانت مرتبطة بعقد وانقضى هذا العقد أو بطلب من الكافل كما س نطلع عليها في الفصل الثاني من مذكرتنا.[5]

---

[1]_إبن منظور ، لسان العرب، دار الصادر، بيروت ،جزء الرابع، ص153

[2]_وهبة بن بمصطفى الزحيلي ، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته لزحيلي ، دار الفكر دمشق ، ط 4، جزء 10 ، ص 7294

[3]_الحضانة وفقا لما جاء في قانون الأسرة ، تم التصفح في يوم 12 مارس 2023 ، موقع www.elmohami com

[4]_مرابط ربيعة ، مرجع سابق ، ص 24

[5]_الأمر رقم 84_11،مرجع سابق.

د/ أن الكفالة تستند بقرار إداري، بعد أن تحرره في وثيقة رسمية أو أمام موثق للمصادقة هذه الأخيرة، أما الحضانة فسندها بحكم قضائي.[1]

و/ أن الكفالة نظام لحماية الأطفال المحرمين من الأسر ،وهومن واجب الدولة بإنشاء جمعيات التي تهدف نشاطها إلى إيجاد عائلة لكل طفل محروم منها، عكس حضانة فهي واجبة على الأبوين، فإن فقدا فعلى الأقرب فالأقرب من ذوى الأقارب وإن انعدمت القرابة فعلى الحكومة أو الجماعة المسلمين.

هـ/ إن الكفالة تطلق على الطفل المكفول أما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب عكس الحضانة ويكون معلوم النسب.[2]

ثانيا: تميز عقد الكفالة عن التبني

ظاهريا لا يوجد فرق كليهما يهدف إلى حماية ورعاية الطفل ماديا ومعنويا لتحديد هذا الفرق يجب أو لا معرفة ما هوالتبني، ونجد كذلك أن التبني سبب اختلافات ظاهريا في النسب وميراث مما جعل نظام الكفالةبظهور.

1/ التبني لغة:

يقال تبنيته أي ادعيت بنوته، تبناه اتخذه ابن له، وقال الزجاج: تبنى به أي يريد به تبناه، وتبنيت فلان اتخذته ابن لي، واغلب استعمال عند العرب لفظ إدعاء على التبني، إذا جاء في مثل (ادعى فلان فلانا) ومنه ادعى هوالتبني [3]**قال الله تعلى (وما جعل ادعاءكم أبناكم).**[4]

2/ التبني اصطلاحا: عرفه المفسر الجصاص على انه: بأن التبني ابن غيره فينسب إليه دون أبيه من النسب ويرثه.[1]

---

[1]_ علال أمال ، التبني والكفالة ،مذكرة ما جيستير ، قانون خاص تخصص أسرة ، جامعة بوبكر بلقايد ،تلمسان ، 2007/ 2008 ،ص 35

[2]_ عمراش هناء ، بليل كاتيا ، الكفالة في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 46

[3]_مروان محمد رائد ، الحلول البديلة لتبني قي الفقه الأردني ، عدد 24 ديسمبر 2022 ، ص617 _658

[4]_قران الكريم ، سورة الأحزاب أية 4

وعرفه من أهم المعاصرين الدكتور يوسف القرضأو ي بقوله: أن يضم الطفل لنفسه،يعلم أنه ولد غيره، ومع هذا يلحقه بأسرته ويثبت له كل أحكام البنوة وآثارها من أباحة اختلاط، وحرمة الزواج واستحقاق الميراث[2].

وعرفه الدكتور عربي بلحاج على أنه: هوأن يأخذه إنسان ابن الغير المعروف نسبه ابنا له.[3]

ونجد المشرع الجزائريفي قانون الأسرة الذي بدوره هومستند من الشريعة الإسلاميةالتي حرمت التبني وبناء على ذلك تم بنص القانون الأحوال الشخصية الجزائري على ذلك فلا يثبت النسب للمتبني حتى لوكان الطفل مجهول النسب فنص المادة 46 **(أنه يمنع التبني شرعا وقانونا)**[4]

ومن خلال التعريفات اللغوية والاصطلاحية نستطيع الخروج باختلاف عن التبني ونظام الكفالة

أ/ من حيث الشريعة الإسلامية (المشروعية)

تعتبر الكفالة مشروعة من حيث الكتاب والسنة وإجماع العلماء، فمن **قال الله تعلى (قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)**[5]

أما التبني فهوحرام **لقوله تعلى** (ادْعُوهُمْ لِآبائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آباءَهُمْ فَإِخْوانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُناحٌ فِيما أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلكِنْ ما تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا.)[6]

---

[1]_احمد بن على الرازي الجصاص الحنفي ، أحكام القران ، دار الكتب العلمية ببيروت لبنان ، طبعة 1 ، 1415ه 1994_

[2]_القرضأو ي يوسف ، الحلال والحرام في الشريعة الإسلامية ،مكتبة وهبة ، طبعة 1 ، القاهرة،سنة نشر 2012 ، ص27

[3]_بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها ، مرجع سابق ، ص 711

[4]_الأمر رقم 84_11 ،مرجع سابق.

[5]_سورة يوسف أية رقم 72

[6]_سورة الأحزاب أية رقم 5

بذلك نجد الاختلافموجود بين التحريم والإجازة.

ب/ من حيث القانون:

حرم التبني في مادة 46 في ق ا ج (يمنع التبني شرعا وقانونا)، أما الكفالة فاعتبرها النظام البديل القانوني لتبني ونظم أحكامها في بعض من المواد 116 _125 والتي تهدف إلى التكفل بالطفل القاصر وتعليمه وقيام على شؤونه.

_فلا يجوز أبدا أن ينسب المكفول إلى الكفيل ويسجل علا لقبه ويسجل في حالته المدنية، عكس التبني في الدول المعمول به فإنه ينسب إليه ويرثه.

ثالثا / تميز الكفالة عن الولاية:

تمييز الكفالة عن الوالية الكفالة والوالية نظامين من الأنظمة التي قننها المشرع في الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان النيابة الشرعية، والمشرع عندما أدرجها تحت عنوان واحد ليس بمحض الصدفة فهوارجع إلى كون كليهما ينوب عن القاصر في جميع الأمور نفسه وماله، حيث وضعهما المشرع من أجل حماية القصر وأموالهم من الأخطار، ومن هنا نتساءل أين يكمن الاختلاف بين هذين النظامين؟

هنا يجب علينا التعرف على الولاية لغة واصطلاحا

1/ الولاية لغة:

الولاية بفتح الوأو فقالوا: ولي الشيء إذا قام به، وهي تعني النصرة لمحبة المنصور، وهي ضد العدأو ة، وتكون بإخلاص المودة والنصرة بالمعونة والتقوية [1]. ووردت في قول **الله تعلى: (الله ولي الذين آمنوا يخرجهم من الظلمات إلى النور)**[2]

2/ الولاية اصطلاحا:

فتكون من النسب والقربة كولاية الأبوة، كما هي تنفيذ الأمر على الغير شاء أم أبى. فتمنح لصاحبها بهذا المفهوم القدرة على المباشرة التصرف بالشيء محل الولاية تصرفا نافذ.

[1] _العربي بختي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ،الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعيةص187

[2] _سورة البقرة: آية رقم 257

بالنسبة إل تعريف الكفالة فهومدروس فيما سبق، فمن خلال التعريفين نجد الاختلافاتفإن كل من الولاية والكفالة هي إشراف على شؤون القاصرورعاية مصالحه، إلا أنهما يختلفان في كون الكفالة التزام على وجه التبرع فهي غير ملزمة، أما الولاية فهي ملزمة ولا يجب على الولي التخلي عنها أو الإخلال بالتزاماتهاتجاه القاصر.

الكفالة هي البديل الشرعي عن نظام التبني،وتكون من أجل رعاية طفل قاصر فقد رعاية والديه أو كان مجهول النَّسب، وعليه فإن الكافل قد يكون قريب أو غريب عن المكفول، كما أن الكفالة تثبت بعقد شرعي وأمام الجهة الرَّسمية بخلافالوالايةالتي تثبت بقوة القانون للأبأو الأم على أو لادهم لصلة الدم بينهم وهي تتفق مع الكفالة من حيث تعلقها بالقصر.[1]

المطلب الثالث: أركان عقد الكفالة

الكفالة كأي عقد من العقود لابد من أن يتوفر فيها أركان الموضوعية وأركان شكلية تتوفر في كل عقد من ركن التراضي، السبب والمحل إضافة إلى ركن الشكلية لهذا سنتطرق الذي سنتطرق إليه فيما يلي.

الفرع الأول: أركان الموضوعية

أو لا: ركن التراضي

تنأو ل المشرع الجزائري الرضا في المواد 59 إلى 91 من قانون المدني حيث تنص مادة 59 "يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية." [2]

وبما أننا نتحدث في عقد الكفالة مجهول النسب فيجبتنأو ل الرضا من هذا الجانب هنا يختلف الرضا في العقد من حيث الطرفين العقد

_رغيسي أميرة شلاط أمال ،الكفالة في قانون الأسرة ،تخصص قسم علوم الإدارية ، كلية الحقوق جامعة 8 ماي 1948[1]قالمة ، 2020 / 2022 ص 23

[2]_الأمر 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن قانون المدني ، المعدل والمتمم بقانون 05_10 المؤرخ في 20جوان 2005 ،الجريدة الرسمية العدد44

أ/ في حالة القاصر معلوم النسب:

ويكون الرضا بين الطرفين العقد وهما والدي المكفول سواء معا أو احدهما مع الكفيل أن يتبادلا الرضا بالقبول عن تخلي طفل في الطرف المقابل يقوم بالموافقة.

ب/ في حالة القاصر معلوم النسب:

ويكون الرضا في هذه الحالة بين المؤسسة المتكلفة بالأطفال والكافل في كلتا الحالتين السابقتين يجب على كل من الكفيل والمكفول أن تطابق إرادتين وحتى يكون صحيحا لابد أن يصدر من ذي أهلية وغير منشوب بعيب من عيوب الإرادة الغلط، التدليس والإكراه، الاستغلال[1]

1/الغلط: هوتصور حالة ذهنية للمتعاقد لا تطابق مع الحقيقة كما نصت مادة 81 من ق م " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله "[2]

ويكون الغلط في عقد الكفالة من خلال إظلال المتكفل في معلومات حول الكافل مثال يريد طفل في عمر 10 أشهر لي يظهر انه في عمر 4 أشهرهنا يجوز إبطال العقد.

2/ التدليس: وهواستعمال طرق احتيالية توضع المتعاقد الأخر في خطأ يدفعه إلى التعاقد حسب المادة 87 إذا منح المتعاقدين الأخر أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم، ويكون بنسبة للكافل في عقد الكفالة باستعمال والدي المكفول معا أو احدهما أو المؤسسة المكلفة برعاية الأطفال من خلال استعمال الحيل ومستندات مزيفة[3]

3/ الإكراه: حسب المادة 88 من ق م " يجوز إبطال العقد الإكراه إذا تعاقد شخص سلطان الرهبة بنية بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق وتعتبر الرهبة قائمة على نية إذا كانت

[1] _ نور الهدى عنتير ، الكفالة في قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 16

[2] _حوحورمزي ،مطبوعة المحضارات قانون مدني ألقيت على طلبة ثانية حقوق ، كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة ،2019/ 2020 ، ص40

[3] _ عسالي صباح ، عيوب الإرادة في قانون المدني ، 2019/2020 تم التصفح المقع في 2023/5/19 :http WWW/EIEARNING ; UNIV: DJELFA ; DZ

ظروف الحال تصور للطرف الأخر الذي يعيبها أن الخطر جسيم يهدده هوأو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو المال.

ويكون الإكراه في عقد الكفالة بالنسبة لوالدي المكفول كليهما أم أحدهما،أو المؤسسة المختصة بالرعاية الأطفال من خلال قيام الكافل بإكراه سواء كان إكراه مادي أو معنوي[1]

4/الاستغلال: هوعدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه نصت عليه مادة 90 من ق م.

أما في عقد الكفالة فيكون الاستغلال بالنسبة الكافل باستغلال ماله أو مكانه وهدفها تحقيق المصلحة

ثانيا: المحل

حسب القواعد العامة يجب أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين والمشروع انظر حسب المواد 90 إلى 92 من قانون المدني.

ثالثا: السبب

السببهوالغرض المباشر الذ ي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه

نصت المادة 98من القانون المدني " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا مالم يقم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر المذكورفي العقد هوالسبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية سبب فعلى من يدعى أنللالتزام سببا أخر غير مشروع أن يثبت ما يدعيهوالسبب في الكفالة هي نيته أو الدافع إلى الكفالة وتحمله الالتزامات التي على عاتقه من نفقة ورعاية وتربية [2]ولصحة سبب الكفالة يجب أن يكون السبب صحيحا فالسبب غير الصحيح لا يصلح أن يقوم عليه التزام.

[1] _حوحورمزي ، مطبوعة لمحضارات قانون المدني ، مرجع نفسه ، ص 47

[2] _عنتري نورهدى ،مرجع سابق ، ص 18

ويرجع عدم صحةالسبب إلى أحد الأمرين إما لأن السبب الظاهر وهوسبب غير صحيح وأما السبب الظاهر هوسبب صورة، كما يجب أنيكون السبب مشروع أي لا يحرمه القانون ولا يكون مخالف للنظام العام والآداب العامة.

الفرع الثاني: أركان الشكلية

العقد الشكلي هومالا يتم بمجرد تراضى المتعاقدان، بل يجب لتمامه فوق ذلك إتباع شكل مخصوص يحدده القانون، وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد أن الشكل في عقد الكفالة من خلال المادة 117من قانون الأسرة "يجب أن تكون الكفالة..." يكون واجبا من خلالأفراغ أرادة المتعاقدان في ورقة رسمية حيث نلاحظ في المادة 116منقانون الأسرة "الكفالة... تتم بعقد شرعي " لوتنصعلى شكلية معينة بل اكتفى فقط برضا الوالدين إذا كان معلوم النسب [1]

[1] _ مرابط ربيعة ، مرجع سابق ، ص 26

المبحث الثاني: ماهية مجهول النسب

يعتبر النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، فهي تربط الفرد بذويه على أساس صلة الدم، والنسب الشرعي هوالذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين، وينبني عليه الميراث، وقد اهتم المشرع الجزائري بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بأبيهم قانونا وشرعا، ومنحت الشريعة الإسلامية للأو لاد حقوقا مختلفة من ضمنها الحق في ثبوت نسبهموذلك قبل أن تقرها القوانين الوضعية الحديثة والمواثيق الدولية بعدة قرون.

وسنتنأو ل من خلال هذا المبحث المطالبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم النسب

المطلب الثاني: حقيقة الطفل مجهول النسب

المطلب الأول: مفهوم النسب

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف النسب من الناحية اللغوية والاصطلاحية والقانونية مع بيان طرق إثباته.

الفرع الأول: تعريف النسب لغة واصطلاحا وقانونا

أو لا: التعريف اللغوي

قال ابن فارس: "النون والسين والباء كلمة واحدة قياسها اتصال شيء بشيء.منه النسب،سمي لاتصاله وللاتصال به.تقول: أنسبت أنسب.وهونسيب فلان"[1]

قال أبوزيد: "يقال للرجل إذا سئل عن نسبه: استنسب لنا أي انتسب لنا حتى نعرفك" وقال أيضا الجوهري: "نسبت الرجل أنسبه، بالضم، نسبة ونسبا إذا ذكرت نسبه،وانتسب إلى أبيه أي اعتزى"[2]

[1] أحمد بن فارس بن زكريا أبوالحسين،معجم مقاييس اللغة،دار الفكر، سوريا، طبعة1،(1399هـ1979م)،جزء5 ص423

[2] ابن منظور،لسان العرب،دار الصادر،بيروت،طبعة1414،3هـ،جزء14،ص242.

قال الراغب الأصفهاني: "النسب والنسبة اشتراك من جهة الأبوين، وذلك ضربان: نسب بالطول كالاشتراك بين الآباء والأبناء، ونسب بعرض كالنسبة بين بني الإخوة وبين بني الأعمام"[1]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

قد عرفه بعض العلماء تعريفا دقيقا من بينهم:

قول الزمخشري: "النسب ما رجع إلى الولادة القريبة".[2]

قد عرفه الدكتور محمد جبر الألفي النسب بأنه: " رباط سلالة الدم الذي يربط الإنسان بأصولهوفروعهوحواشيه".[3]

كما عرفه أيضا أحمد محمد بأنه: "رابطة شرعية بين شخصين يثبت لكليهما بمقتضاه مجموعة من الحقوق، ويجب عليه مجموعة من الالتزامات، وتبنى عليها الأحكام الشرعية".[4]

الأستاذ الغوثي بن ملحة بأنه: "رابطة الدم والقرابة التي توحد بين شخصين حيث أحدهما هوالوالد أو الوالدة للآخر". [5]

---

[1] العلامة الراغب الأصفهاني، مفردات غريب القرآن، دار القلم، دمشق،طبعة4،(2009.1430)،صفحة801

[2] محمود الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، دار المعرفة،لبنان، طبعة2،جزء3،ص424.

[3] محمد جبر الألفي، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، شبكة الألوكة، السعودية، ط1،(2015.1436)،ج1، ص15.

4 أحمد محمد،التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،طبعة2،2006م،ص190.

5الغوثي بن ملحة،قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2013.ص153.

يدور أيضا المعنى الاصطلاحي حول القرابة وهوإلحاق الولد بوالديه أو أحد منهما بمعنى أن يقال: فلان ابن فلان أو ابن فلانة، والقرابة تكون بصلة الدم وليس بالتبني أو الادعاء لأن هذايعتبر باطل.

ويطلق على النسب عدة تسميات من بينها:

. الصلب: هوالنسب بين الآباء صعودا ونزولا.

. الرحم: المقصود به نسب الآباء والأمهات، فالنسب ذوي الرحم بين الأصول الأمهات هم . . الأجداد والجدات لأم إن علو، وبين أصول الأمهات من الأخوة لأم وإن نزلوا، وأطراف الأمهات من الأخوال والخالات وأبنائهم.

القرابة: وهي رباط الشامل الذي يجمع بين ذوي الصلب وذوي الأرحام.

القعدد: يقصد به درجة القرب من جد الأكبر لجهة الأب ما علا فيقال فلان أقعد من فلان والمقصودأقرب منه إلى الجد الأكبر.[1]

ثالثا: التعريف القانوني

حدده المشرع الجزائري في تقنين المدني في المادة 32 حيث تنص على: " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى آل من يجمعهم أصل واحد" بمعنى أن الصلة القائمة بين الأشخاصهي التي تجمعهم في أصل مشترك الواحد، كما نصت المادة 33 من نفس التقنين على: " القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين الأشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا لآخر"، وجاءت هذه المادة لتمييز بين القرابة المباشرة والتي هي بين الأصول والفروع، وقرابة

[1] طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة،2013، ص4.

الحواشي التي تقوم على أصل المشترك دون التسلسل العمودي أي دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر.[1]

الفرع الثاني: أهمية النسب

لنسب مكانة عظيمة عند العرب قبل الإسلام وبعده، وقد جاءت الشريعة الإسلامية لحفظه ورفعت من مكانته حتى أو صلته لحد الضروريات، واعتبرته واحد من الكليات الخمس التي قامت أحكامها على رعايته وحفظه، وعلاقة النسب في جوهرها علاقة إنسانية تثبت للإنسان بمجرد كونه إنسانا، فتلتصق بشخصيته وبمجرد أنه يولد حيا، و لهذا فطر الإنسان على تعزيز هذه العلاقة.[2]

وقد جاء في قول الله تعالى من سورة الفرقان: " وهوالذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا".[3]

قال الإمام الدهلوي: "أعلم أن النسب أحد الأمور التي جبل على محافظتها البشر،فان ترى إنسانا في إقليم من الأقاليم الصالحة لنشء الناس إلا وهويحب أن ينسب إلى أبيهوجده، ويكره أن يقدح في نسبته إليهما، اللهم إلا لعارض من دناءة النسب أو غرض من ذوي دفع الضر أو جلب النفع ونحوذلك.[4]

كما أن النسب تجتمع فيه حقوق أربعة وهي حق لله، وحق للولد، وحق للأب، وحق للأم حيث يقول الإمام ابن قيم: "إثبات النسب فيهحق لله وحق للولد وحق للأب ويترتب عليه من

[1]قانون رقم 05.07المؤرخ في 25ربيع الثاني 1428الموافق13ماي2007، معدل ومتمم لأمر رقم 58.75 المؤرخ في 20رمضان1395ه الموافق 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، العدد31.

[2]فهد بن سعد الجهنمي، استلحاق مجهول النسب والنسب المنبوذ دراسة فقهية، مجمع الفقهي الإسلامي،السعودية،ط 1 ص5.

[3]سورة الفرقان، آية 54

[4]ولي الله دهلوي، حجة الله البالغة، دار الإحياء العلوم،بيروت، طبعة2، (1413ه 1992م)،جزء2،ص380.

الأحكام الوصل بين العباد ما به قوام مصالحهم ما يترتب فأثبته الشرع بأنواع الطرق التي لا يثبت بمثلها نتاج الحيوان".[1]

تبرز أهمية النسب في فقه الإسلامي من خلال الفروع الفقهية المرتبطة به، وقد ذكر السيوطي جزء منها، فقال: " قال في اللباب يترتب على النسب اثنا عشر حكما وهي توريث المال والولاية وتحريم الوصية وتحمل الدية وولاية التزويج وولاية غسل الميت والصلاة عليه وولاية المال وولاية الحضانة وطلب الحد وسقوط القصاص وتغليظ الدية"[2]

ومن مظاهر الإسلام أنه أبطل كل عادة جاهلية تتعارض مع إثبات النسب عل وجهه الصحيح، ولهذا فقد أبطل عادة التبني التي كانت معروفة في ذلك الوقت.

الفرع الثالث: طرق إثبات النسب

تنقسم طرق إثبات النسب إلى قسمين، وهما:

أو لا: الطرق التقليدية لإثبات النسب

هي طرق التي وردت في مادة 40 فقرة أو لى من قانون الأسرة حيث نصت على: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة، وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32،33،34 من هذا القانون"[3]

1/الزواج الصحيح:

إن العقد الصحيح هوالسبب الشرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية، أو العدة أو الوفاة إذا كان الدخول ممكنا. فإذا ثبت أنه غير ممكن، أو أنهما لم يلتقيا قط، ولم يكن في الإمكان تلاقيهما، فإن النسب لا يثبت، وهذا لقوله صلى الله وعليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر".[4]

---

[1] ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة،بيروت،طبعة 27،(1415ه 1993م)،جزء5،ص383.

[2] جلال الدين السيوطي، الدر منثور في تفسير بالمأثور، دار الكتب العلمية، بيروت،طبعة1، (1421ه 2000م).

[3] قانون رقم 11/84، مرجع سابق.

[4] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص627.

المقصود من الحديث هوأنه إذا زنت المرأة سواء كانت متزوجة أو لا وأنجبت ولدا من الزنا أو الوطء الشبهة يكون لصاحب الفراش، ويلحق به، وينسب إليه، ويقصد بالحجر هنا هوالعقاب الذي سيتعرض له كل من الزانية والزاني.[1]

والسبب من ورود هذا الحديث هوأنه كانت هناك عادة في الجاهلية ينسب ولد الزنا إلىالزاني، فجاء الإسلام لإبطال هذه العادة، فألحق الولد إلى فراش الشرعي.

ويعود سببإلى نزاعالذي حدث في فتح مكة بين عبد بن زمعة وسعد بن أبي وقاص حيث قال عتبة لأخيه سعد، أن وليدة زمعة منه، فأخذه سعد عام الفتح، فقال عبد بن زمعة إنه أخيه من جارية أبيه، وقال سعد بن أبي وقاص إنه ابن أخيه عتبة.[2]

فوصل الحديث إلى رسول عليه الصلاة والسلام، فقال إنه لعبد بن زمعة، أي إنه تابع للفراش، ولا شيء لعتبة بن أبي وقاص، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم حينها: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[3]

تتجلى الحكمة في كون الولد يلحق في نسبه إلى أبيه، بأن هذا أمر يحفظ الأنساب من الضياع والادعاء، فالولد يلحق بأبيه حتى لوكان غائبا عن زوجته لمدة طويلة إلا أنينفي الزوج هذا النسب بلعان.

من الشروط الواجب توافرها لثبوت النسب بالزواج الصحيح وهي:

الشرط الأول: أن يكون الزوج ممن يتصور الحمل منه عادة

بمعنى أنه يتصور منه الوطء واحبال الزوجة، وهذا يقتضي أن يكون الزوج بالغا أو على أقل مراهقا بلغ من عمر اثنا عشر سنة، وذلك تصديقا لقول الله تعالى: "فلما تغشاها حملت حملا خفيفا فمرت به"، [4]وهوما أقره الشافعية والحنابلة وبعض من أحناف إذ يقولون أن الصغير لا يولد له إلا إذا كان عمره عشر سنينباعتبار أن هذا السن فيه مظنة الوطء

[1] عبد الرحمان بن محمد الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع،دار قاسم، السعودية، طبعة1، 1396هـ ص40

[2] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ/1959م، ص24.

[3] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ص24.

[4] سورة الأعراف،آية 189.

منه، حيث قال الرسول عليه الصلاة والسلام: "مروا أو لادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر، وفرقوا بينهم في المضاجع"[1]

الشرط الثاني: إمكانية الاتصال الجنسي

يعتبر هذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء

أ/رأيالأحناف: يعتبرون أن العقد وحده كاف لإلحاق النسب لزوج باعتباره صاحب الفراش ولا يشترطون الدخول الحقيقي، حيث يقول السرخسي: " وإذا تزوج الرجل بامرأةفجاءتبالولد لستة أشهر فصاعدا من وقت النكاح، يثبت نسبه من الزوج لأنها ولدته على فراشه لمدة حبل تام من وقت النكاح"[2]

ويقول كذلك صاحب فتح القدير: " ولا يعتبر إمكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بالمغربية"[3]

ب/رأيالشافعية والمالكية والحنابلة: ذهبوا إلى أن العقد وحده لا يكفي بل يشترط إمكانية الدخول، فلوتزوج الرجل بامرأة وطلقها في مجلس العقد، ثم أتت بالولد بعد ستة أشهر أو أكثر في هذه الحالة لا يثبت النسب، لعدم تحقق الدخول الحقيقي.

الشرط الثالث: ولادة الولد بين أدنى وأقصى مدة حمل

موقف الفقه:

اتفقالفقهاء على أن أقل مدة حمل هي ستة أشهر من وقت الزواج، حيث روى مالك: أنه بلغه أن عثمان بن عفان أتى بامرأة قد ولدت في ستة أشهر فأمر بها أن ترجم فقال له علي ابن أبي طالب ليس ذلك عليها إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: " وحملهوفصاله ثلاثون

---

[1] أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر،طبعة1، 2003، ص32.

[2] محمد بن أحمد السرخسي، الطلاق في المبسوط،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،بيروت،طبعة 1،(1421هـ .2000م) جزء6، ص45.

[3] الكمال بن الهمام، فتح القدير(النكاح)، دار الفكر،لبنان،طبعة1، 1970م،جزء3، ص184.

شهرا"، وقال: " والوالدات يرضعن أو لادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"، فالحمل يكون ستة أشهر فلا رجم عليها فبعث عثمان ابن عفان فوجد أنها قد رجمت.[1]

على رأي الحنفية: "فإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه وإلا فلا يثبت".

وأيضا مالكية قالوا: "إذا وضعت لأقل من ستة أشهر فلا لعان فيه وهوزنى".

في النوازل الجديدة الكبرى: "سئل القاضي أبومهدي عيسى الغبريني عن بدوية المطلقةومتوفى عنها زوجها فتزعم أنها حامل، ثم تمكث أمد العدة أضعافه، فتخطب، فتأذن فتتزوج،فتدخل، ثم تأتي بولد لستة أشهر فصاعدا، فيدعيه الزوج الأولأو ورثته، متمسكين بمقالتها، ويدعيه الثاني محتجا بسكوتها عند العقد عليها والإتيان به لأمده. فأجاب: أما إذا قالت أنها تزوجت بعد انقضاء عدتها، وإن لم يكن بها حمل، أو توهمت أنه حمل ثم تبين أنه عكس ذلك، وأتت بولد لستة أشهر أو أكثر من يوم العقد فهولثاني، أو قالت أنها لم تزل مستمرة الحمل، وتزوجت ولم ترى حيضا فهوللأو ل" [2]

جاء في ذخيرة: "معنى قول الفقهاء: لا يلحق إلا ما ولد لستة أشهر: أن الولد تام، وأما الناقص فيلحق في أقل من ذلك، فإن الجنين ذوالأطوار، كل أربعين طور، لما جاء في الحديث، فمتى وضعته ناقصا يناسب ذلك الطور أو أكثر منه." [3]

موقف القانون:

بنسبة للقانون الجزائري فقد قرر من خلال مقتضيات المادتين 42و43من قانون الأسرة التي تنص على: "أقل مدة الحمل 6أشهر وأقصاها 10أشهر"، "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".[4]

---

[1] مالك ابن أنس، الموطأ(كتاب الحدود)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة،(1406هـ .1985م)، جزء 1، ص630.

[2] أبومهدي عيسى الغبريني،النوازل الجديدة الكبرى،دون طبعة، (1418هـ، 1997م)،جزء 4، ص114.

[3] محمد أبوخبزة،الذخيرة للقرافي،دار الغرب الإسلامي،بيروت، طبعة1، 1994م، جزء11، ص324.

[4] أمر رقم02.05، مرجع سابق.

وقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الشأن، إلى أنه لا ينسب الولد لأبيه إلا إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا السابق ذكرها، سواء بعد وفاة أو طلاق.

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق بين المطلقة رجعيا أو بائنا في مسألة إثبات النسبغير أنالفقهاء فرقوا بينهما، حيث يجيز البعض للمطلق رجعيا زوجته أن يجامعها خلال فترة العدة وقد يحدث حمل خلال هذه المدة ويثبت النسب، وهذا على خلاف الطلاق البائن الذي تحرم عليه طليقته ولا يثبت النسب بعد انقطاع العلاقة الزوجية.[1]

الشرط الرابع: عدم نفي الزوج للولد بطرق المشروعة{اللعان}

معنى اللعان:

لغة هو: الإبعاد والطرد.[2]

اصطلاحا: هوما يجري بين الزوجين من الشهادات والأيمان المؤكدة في حالة مخصوصة، وإذا رمى الزوج زوجته بالزنا، ولم تكن له بينة على ذلك، أو ادعى الزوج أن ولد زوجته ليس منه، وأنكرت هي تلك الدعوى، فيلجآن إلى الملاعنة.[3]

حيث يقول الله عز وجل: وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ"[4]

وهويعد نظام قانوني يهدف إلى نفي النسب وقد أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 138 من قانون الأسرة حيث نصت على: "يمنع من الإرث اللعان والردة"

يشترط لإمكان وقوع اللعان بين الرجل والمرأة الشروط التالية:

✓ أن يتم اللعان بناء على دعوى يقيمها الزوج ضد زوجته: وذلك بواسطة حكم قضائي ولا يجوز التوكيل أو النيابة في اللعان، والقضاء وحده المسؤول على إصدار حكم بنفي أو إثبات النسب.

---

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص634.635.

[2] أحمد محمد محمود، شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة1،(1420هـ .2000م)، جزء5، ص312.

[3] وهبة بن مصطفى الزحيلي، مرجع سابق،

[4] سورة النور، آية 6.

- ✓ قيام الزوجية الحقيقية: ودليل ذلك قول الله تعالى: "والذين يرمون أزواجهم" بمعنى أن الزواج يكون قائم وقت الملاعنة.
- ✓ أن يكون كلا من الزوجين عاقلا بالغا مسلما: فقد اتفق المذاهب الإسلامية على أن المجنونوالمجنونة لا يصح قذفهما ولالعانهما لأنها لا يعيان ما يقولا، وذلك تصديقا لقول الرسولا عليه الصلاة والسلام: "رفع القلم عن ثلاث الصغير حتى يحلم، والمجنون حتى يفيق، والنائم حتى يستيقظ"، وبنسبة للبلوغ يتحدد بالعلامات أو بالسن وقد يختلف حسب طبيعة كل إنسان ولذلك لا لعان لغير البالغ،أما بالنسبة لدينمن البديهي أن يكون كل الطرفين مسلمين الديانة ليصح اللعان حيث قال الله تعالى: " ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنه خير من مشركة ولوأعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك"[1]
- ✓ التعجيل من غير التأخير في رفع الدعوى اللعان: وذلك يكون بمجرد علم الزوج بالحمل فإن لم يعلم في الأجل المحدد وحصل منه وطء لزوجته امتنع عن اللعان ولحق به الولد،[2]وقد روي عن عمر رضي الله عنه: "إذا أقر الرجل بولده طرفة عين فليس له أن ينفيه"[3]
- ✓ أن تتم الملاعنة والحكم بالتفريق: تكون هذه في حالة وفاة الزوج بعد ملاعنته ولكن مازال لم يصدر حكم التفريق، يبقى الولد في هذه الحالة على نسب أبيه المتوفى.

2/الزواج الفاسد:

عرفته المادة 32 قانون أسرة: "يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج"

[1]سورة البقرة، آية 221.

[2]بلحاج العربي،مرجع سابق، ص639.

[3]رواه البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت،طبعة3،(1424هـ 2004م)، جزء7، ص576.

هذا عند الرجوع إلى أحكام الفصل الثالث من التقنين الأسرة يتضح أن الزواج الفاسد هوكل نكاح توافرت فيه سبب من أسباب الفسخ وتبين أمره قبل الدخول وقد حدد المشرع الجزائري هذه الأسباب في المادتين32 و33 وهي:

- ✓ فقدان ركن واحد من أركان النكاح كأن يكون بلا ولي أو صداق أو شهود.
- ✓ اشتمال العقد على شرط يتنافى مع مقتضيات الزواج، طبقا للمادة 19 التي تنص: " للزوجين أن يشترطا في العقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون"
- ✓ رد الزوج، فإذا ارتد الزوج بعد انعقاد الزواج الصحيح فسد النكاح كعدم جواز المسلمة على الكافر.[1]

بالنسبة للزواج الباطل من أسباب حدوثه هي:

- ✓ فقدان أكثر من ركن من أركان الزواج التي أقرتها المادة32.
- ✓ الزواج بإحدى المحرمات شرعا طبقا للمادة 34 من قانون الأسرة التي تنص: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء".

من هنا يتبين أن هناك فرق بين النكاح الفاسد والباطل، حيث قال الشيخ ابن عثيمين رحمه الله: الفساد فيالنكاح ما اختلف العلماء في فساده، والباطل ما أجمعوا على فساده.

قال ابن قدامه: وإذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا، لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها.وإذا امتنع من طلاقها، فسخ الحاكم نكاحه.[2]

أثر فساد الزواج الفاسد على ثبوت النسب:

[1] محمد مصطفى الشلبي،أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية، بيروت،طبعة4،(1403هـ .1983م)، ص339

[2] ابن قدامة، المغني،مكتبة القاهرة، مصر ،طبعة1978،1م، جزء7، ص11.

لقد أجمع الفقهاء على ثبوت النسب في الزواج الصحيح وذلك لما روته عائشة عن الرسول صلى الله وعليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر". غير أنهم قد اختلفوا في الزواج الفاسد وأدى ذلك إلى ظهور رأيين وهما:

الرأي الأول: اتفق جمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن النسب يثبت في النكاح الفاسد كما يثبت في النكاح الصحيح.وذلك لأن الدخول وقع بعد العقد ولوجود شبهة تسقط حد، والشبهة هنا هي كل ما لم يتيقن هل هوحلال أو حرام. فهولا يكون زنا أو ملحقا بالزنا ومنزلته منزلة الفراش في ثبوت النسب.

الرأي الثاني: يرى ابن الحزم بعدم ثبوت النسب في النكاح الفاسد إذا كان هناك علم بالفساد، ولا نسب إلا في الزواج الصحيح.

أما في حالة الجهل بالفساد يلحق نسب الولد لأبيه وذلك استنادا إلى أن الناس أسلموا في الجاهلية وفي نكاحهمالصحيح والفاسد وألحق الرسول{ص} النسب إلى كل هؤلاء.[1]

بالنسبة لرأي المشرع الجزائري لم يفرق بين الزواج الصحيح والفاسد من حيث ثبوت النسب، إذ كلاهما يلحق الولد لأبيه بشرط أنه قد تم الحمل به بعد الدخول.

أما بالنسبة لشروط ثبوت النسب لزواج الفاسد هي نفسها التي سبق ذكرها في الزواج الصحيح.

وبالنسبة إلى شروط ثبوت النسب في الزواج الفاسد هي نفسها التي سبق ذكرها في الزواج الصحيح.[2]

3/نكاح الشبهة:

[1]أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص115

[2]بوزيد خالد، النسب في التشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، دراسة تحليلية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية: 2010.2011، ص73.

المقصود بنكاح الشبهة هوالاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيحولا فاسد. ومثال ذلك وطء الرجل امرأة يجدها على فراشه فيظن أنها زوجته، أو وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له.

وعرفها الإمام أحمد بأنها: "منزلة بين الحلال والحرام فإذا استبرأ لدينه لم يقع فيها"[1]

وأصل الشبهة قول الرسول{ص}: "ادرؤوا الحدود بالشبهات ما استطعتم"[2]

أقسام الشبهة

بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد أن فقهاء قسموا الشبهة إلى ثلاث أنواع وهي:

شبهة الملك: وتسمى أيضا شبهة الحكم فمقصودها هووجود دليل شرعي يثبت حل الفعل الذي أرتكب والدليل ينفي الحرمة، مع وجود دليل آخر يعارضه ويحرم الفعل نفسه ويكون الفعل محرما حقيقة. مثال ذلك أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا بائنا، وهي في عدتها ظنا منه أن مواقعته تكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاق رجعي.

إذا شبهة الملك تتحقق بوجود دليلان أحدهما قوي يفيد التحريم، والآخر ضعيف قد يفيد الحل، فيأخذ الفاعل بدليل الضعيف فيكون هذه الشبهة قوية.

شبهة العقد: هي شبهة انفرد بها الإمام أبوحنيفة، وتقوم على وجود صورة العقد لا حقيقته، فتثبت إذا كان العقد قد اتفق على تحريمه مع وجود عنصر العلم، ومثال ذلك العقد على امرأة وبعد دخول تبين أنها من المحرمات كالزواج بأخته أو زواج بامرأة من غير دين سمأو ي أو بالخامسة على أربعة في عصمته أو كل من حددتها الشريعة الإسلامية، وفي هذا النوع يسقط الحد على الفاعل إذا اعترف أنه كان يعلم بذلك الأمر.

[1] أحمد بن حنبل، الإقناع في الفقه،دار المعرفة،بيروت، جزء3، ص 189.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004م، الجزء1 ص195.

شبهة الفعل: تسمى أيضا شبهة الاشتباه أو الشبهة المشابهة، وهي تحدث في نفس الرجل فيعتقد حل للفعل ويظن في نفسه الحرام على أنه حلال من غير دليل قوي أو ضعيف، أو اعتمد على دليل لا يصلح أن يكون دليلامثال ذلك أن يطأ الشخص أمة أبيه أو امرأتهالتي طلقها ثلاثا في فترة العدة ظنا منه أنها جائزة له، ويكفي أن يدعي الظن، أما إذا أقر بأنه يعلم سقط عليه الحد.[1]

حكم النسب في نكاح الشبهة

قد اختلف الفقهاء في ثبوت النسب في نكاح الشبهة، فبعض أثبتوه وبعض الآخر لم يثبتوه.

بالنسبة لشبهة الفعل: هناك من يرى أنه لا يثبت النسب للولد سواء في ظن بالحل أو العلم بالحرمة لأنه يعتبر زنا والمعروف على الزنا لا ثبوت للنسب، أما هناك من يرى وجب ثبوت نسب الولد ودليل ذلك قصة وردت في عهد الإمام أبي حنيفة، بأن أخوين عقدا عقد زواج وأقيم لهما عرس واحد وزفت إلى كل منها عروسة أخيه بالخطأ. وقد قرر الفقهاء حينئذ على وجوب العدة على العروسين لوطئهما بالشبهة وإذا ظهر حمل فنسبه لمن دخل بها، مع أن الفراش الشرعي لمن عقد عليها. ولما سئل أبوحنيفة عن المشكلة قال: هل يرضى كل من أخوين من زفت إليه الخطأ؟فلما قيل له نعم كل منها يرضى، أشار بأن يطلق كل من أخوين زوجته ويعقد له من دخل بها.

أما شبهة العقد: يرى الفقهاء أن الحد يسقط على الفاعل ولا يثبت النسب إذا كان الفاعل يعلم بالحرمةوذلك لأن الفعل يعتبر الزنا، أما إذا كان لا يعلم بالحرمة في هذه الحالة يثبت النسب القاعدة عندهم هي: "كل وطء صاحبته شبهة تدرأ الحد عن الواطئ يثبت به النسب، وكل وطء يحد فاعله لا يثبت به النسب".

[1] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص65.

يقول الإمام محمد أبوزهرة: "الزنا الذي لا يثبت نسبا هوالفعل الخالي من أية شبهة مسقطة للحد، فإذا كان ثمة شبهة تمحوا وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط، فإن النسب على الراجح في الحالة الثانية وبالإجماع في الحالة الأولى"

4/الإقرار:

التعريف اللغوي والاصطلاحي:

لغة هو: مصدره الفعل أقر، وهوالتثبت والتمكن، ويقال فلان أقر فلان على كذا.[1]

اصطلاحا هو: التكلم بالحق، اللازم على النفس، مع توطين النفس على الانقياد والإذعان.[2]

التعريف الفقهي:

عرفه السنهوري: " هوالاعتراف شخص لآخر عليه سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد"[3]

أما الأستاذ توفيق فرج فقد عرفه: " هواعتراف يصدر من أحد الخصمين بما يدعيه الخصم للآخر"[4]

بالإضافة إلى تعريف الأستاذ أحمد نشأت على أنه: " اعتراف الخصم لخصمه بالحق الذي يدعيه مقدرا نتيجته قاصدا إلزام نفسه بمقتضاه"وهوسيد الأدلةفي المسائل المدينة لأنه يعتبر حجة قاطعة على اشتغال ذمة صاحبه بما أقر به، ويجب إلا الأخذ به في جميع الأحوال إلا

[1] عبد السلام هاروت، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مصر،طبعة3،(1405هـ .1985م)،ص42.

[2] أبوهلال حسن،معجم الفروق اللغوية، مؤسسة النشر الإسلامي،طبعة1، 1412هـ، جزء1، ص65.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968،جزء2 ص471.

[4] توفيق حسنالفرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص283.

إذا كان إقرار بأمر مخالف للنظام العام أو فيه عيب يبطله، ويصح القول أن الإقرار ليس دليلا إنما هويغني عن الأدلة لأنه يعفى مدعى الحق من الإثبات.[1]

التعريف القانوني:

عرفته المادة 341في القانون المدني الجزائري الإقرار على أنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"[2]

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 1572في تعريف الإقرار بأنه: "إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر، ويقال لذلك مقر ولهذا مقر له وللحق مقر به".

دليل مشروعية الإقرار:

الكتاب: في قوله تعالى: " وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا" [3]وذلك بمعنى أن "الذي عليه الحق" هوالمقر، " وليملل" وهوالذي يخبر الكاتب والكاتب بدوره يكتب ما يخبره به المقر، ويتقي الله وليعلم أن الله يراه ويراقبه ولا يبخس أي شيء من الحق.

وفي قول آخر لله عز وجل: "كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولوعلى أنفسكم".[4]

وقال الله تعالى أي ة (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِوَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ)".[5]

ومعنى الآية الكريمة هوأن تقومون لله بكل حق يلزمكم القيام به وتشهدون بالعدل ولا يحملنكم بغض قوم على ترك العدلفي الولي والعدو.

---

[1] أحمد نشأت، رسالة الإثبات،دار الفكر العربي،قاهرة،1973م، جزء2، 2008، ص3.

[2] أمر رقم 58.75، مرجع سابق.

[3] سورة البقرة،آية282.

[4] سورة النساء، آية135.

[5] سورة المائدة، آية8.

السنة: روى عن أبوهريرة وزيد بن خالد الجهني: " أن رجلين اختصما إلى الرسول عليه الصلاة والسلام، فقال أحدهما: اقض بيننا بكتاب الله، وقال الآخر وكان أفقه من صاحبه: أجل يا رسول الله، فأقض بيننا بكتاب الله، وأذن لي أن أتكلم، قال: تكلم، قال: إن ابني كان عسيفا على هذا، قال مالك: والعسيف أجير فزنى بامرأته،فأخبروني أن على ابني الرجم، فافتديت منه بمائة شاة وجارية لي، ثم إني سألت أهل العلم، فأخبروني أن على إبني جلد مائة وتغريب عام، وإنما الرجم على امرأته، فقال الرسول{ص}: أما والذي نفسي بيده،لأقضين بينكما بكتاب الله، أما غنمك وجاريتك فرد عليك، وجلد ابنه مائة وغربه عام، وأمر أنيس الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر، فإن اعترفت رجمها، فاعترفت فرجمها".[1]

هذا يعني أن امرأة اعترفت بجرمها ومن هنا يعتبر الإقرار وسيلة للإثبات

الإجماع: قد أجمع الفقهاء على أن الإقرار وسيلة للإثبات ولم ينكر ذلك أي واحد من أهل العلم لا قديما ولا حديثا.[2]

أركان الإقرار:

تتمثل هذه الأركان في:

المقر: بما أن الإقرار هوتعبير عن إرادة المقر، من شأنه أن يحدث آثار قانونية بتقريره عن واقعة معينة مثل الشهادة أو الكتابة وكذا مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه وهذا ما يعرف بالتصرف القانوني ويجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف وبشرط ألا يكون محجور عليه بما يمنع نفاذ التصرفات التي قد أقر بها.[3]

[1] محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مطبعة الشعب، القاهرة، جزء2،ص207

[2] محمد إدريس القرافي، النخيرة،مطبعة النهرة، القاهرة، جزء1،ص190

[3] بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،طبعة 2 1988،ص 207.

المقر له: يجب أن يكون موجودا حقيقة أو حكما أو معلوما وقت الإقرار، وليس شرط توفر الأهلية في المقر له بل يكفي أن يكون صغير غير مميز مثلا.[1]

ويصح الإقرار لشخص موجود حكما كالإقرار للجنين، [2]

أو الإقرار للحمل، ويجب أن يكون مستندا لصالح كالإرث أو الوصية أو النسب.[3]

المقر به: وهوالشيء الذي اعترف به المقر للمقر لكن بشرط أن يكون معلوما ومعينا أو قابلا لتعيين، ويجب أن يرد على تصرف مشروع.[4]

الصيغة: لم يحدد القانون شكلا معينا للإقرار، فنظرا للقواعد العامة في تعبير عن الإرادة التي يمكن أن تكون صريحة أو ضمنية وذلك متى كانت جازمة في دلالتها، وقد تصدر كتابة أو شفاهة.[5]

أنواع الإقرار:

للإقرار نوعين وهما:

النوع الأول: الإقرار بأصل النسب

وهوالإقرار بقرابة لا تكون فيها واسطة بين المقر والمقر له، وهوما أقرته المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري: "الإقرار بالنسب من غير البنوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا

[1] عباس العبودي، شرح أحكامالقانون، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان،دون طبعة، 2007، ص298.

[2] أحمد إبراهيم، طرق إثبات الشرعية،ط3، القاهرة،1985، ص 298.

[3] صادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، دار ابن حزم لطباعة ونشر، بيروت، 2008،جزء4،ص 351.

[4] عباس العبودي، مرجع سابق،ص 196.

[5] همام محمد محمود، الإثبات في المواد المدنية، دار الجامعة الجديدة لنشر، إسكندرية، طبعة2003،1، ص 229.

بتصديقه". وبمعنى آخر هوالذي ليس فيه تحميل النسب على الغير كأن يقول فيه الشخص هذا ابني.[1]

ويشترط لثبوت النسب في حالة الإقرار بالبنوة الشروط التالية:

- أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب، حتى يتمكن من إثبات بنوته للمقر.
- أن يكون المقر له بالبنوة لمثل المقر، بمعنى أن يكون سنهما يحتمل ذلك.
- أن يصدق المقر له المقر في هذا الإقرار، إذا كان من أهل المصادقة لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعدى إلا غيره إلا ببينة أو تصديق من الغير.
- لا يصرح المقر أن هذا ابنهمن الزنا، فإن صرح بذلك لا يثبت له النسب. ولأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سببا للنسب الذي هونعمة من نعم الله التي أمنن عليها لعباد' حيث يقول عز وجل: "اللهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ ۚ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ (72)".[2]

كما يصح إقرار الرجل والمرأة ببنوة الولد ويصح بإقرار بأبوة شخص معين أو أمومة امرأة معينة، ويثبت ذلك بوجود الشروط التالية:

- أن يكون المقر مجهول الأب والأم.
- أن يولد مثله لمثل المقر له منهما.
- أن يصدقه المقر له مطلقا، وقد ذكر المشرع هذا الشرط إذ قضى أن يكون الإقرار من النوع الذي يصدقه العقل أو العادة، فلوكان المقر له بالبنوة أكبر سنا من المقر

[1] أحمد الفراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، بيروت،طبعة 1،(1419هـ . 1998م)،جزء1 ص208.

[2] سورة النحل،آية72.

كما لوكان الابن عشر سنين والمقر ابن خامسة عشر سنة، في هذه الحالة لا يصح إقراره.

- لا يصح أن يكون المقر له ابن زنا.[1]

النوع الثاني: الإقرار بالنسب الفرعي

هوالإقرار الذي فيه يحمله المقر على غيره، أو إلحاق النسب لأحد الأقرباء غير الوالدينمثل الإقراربالنسب الأخوة وأبنائهم والعمومة والأجداد، فإذا قال فلان: هذا أخي، كان إقراره في النسب على أبيه لأنمعناه هذا ابن أبي، وإذ قال: هذا عمي، كان إقراره بالنسب على جده لأن معناه هذا ابن جدي، وهكذا مع بقية الفروع، وهذا يكون بالنسبة لأب مجهول النسب.[2]

أما بالنسبة لجهة لأم مجهول النسب هناك حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت المرأة في عصمة زوج حقيقة أو حكما، فلا يثبت النسب إلى الزوج إلا بعد تصديقه أو وجود بينة قاطعة، أما إذا صرحت بأن الولد من غير الزوج الحقيقي في هذه الحالة ينسب لها الولد.

الحالة الثانية: إذا كانت المرأة بدون زوج، ينسب لها الولد دون تحقق من كون هذا الولد شرعي أم ولد زنا، لأن النسب من جهة الأم ثابت بواقعة مادية وهي الوضع دون قيد الفراش.[3]

5/البينة:

تعريف البينة:

[1]صفية الوناس الحسين مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي،جامعة الملك سعود، سعودية،طبعة1،جزء1، ص416.،

[2]الأمر 05_02 ،مرجع سابق.

[3]أحمد فراج حسين، مرجع سابق،ص209.

لغة: هي حجة واضحة الدليل.[1]

اصطلاحا: هوما يثبت لمدعيه النسب وذلك بناء على شهادة رجلين عادلين بصحة ما ادعاهأو شهادة رجل وامرأتين، أو شهادة أربع نساء والعدول.

عرفها الأستاذ بكوش يحيى بأنها: "أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقرون ما عاينوه أو سمعوه من الوقائع".

المراد بالبينة هوشهادة رجلين عدليين، أو رجل وإمرأتين.[2]

وقال الله عز وجل: "واستشهدوا شاهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء"[3]

قال الله تعالى أيضا: "ولم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة".[4]

وعرفها المالكية بأنها: "إخبار الشاهد الحاكم إخبارا ناشئا عن الظن أو الشك".

أنواع البينة:

الشهادة المباشرة: يدلي الشاهد بما وقع تحت بصره أو سمعه، ويشهد على واقعة مادية أو تصرف قانوني، ومصدر شهادته معرفته الشخصية للواقعة على سبيل المثال يكون قد شهد على واقعة الزواج بمجلس العقد وهذا في حالة تنازع الزوجين حول واقعة الزواج العرفي فيطلب إلى المحكمة ليدلي بشهادته.

[1] الفيروز آبادي، قاموس المحيط،دار المعرفة،بيروت،جزء4،ص 291.

[2] بلحاج العربي،مرجع سابق، ص 656

[3] سورة البقرة،آية282.

[4] سورة البينة، آية 1

الشهادة الغير مباشرة: وهي تسمى الشهادة السماعية ذلك أن الشاهد يشهد بما سمع عن الواقعة، ويجوز للقاضي الأخذ بها واعتبارها شهادة أصلية.

الشهادة بالشهرة العامة: وهوما يكون شائع بين الناس حول واقعة المراد إثباتها وهي شهادة غير قابلة في البحث عن صحتها، ولا يكون شاهد بموجبها مسئول شخصيا بما شهده وهذا النوع يستعمل كثيرا في النكاح عندما لا يتمكن الزوجان من تسجيل عقد زواجهما في الوقت المناسب فيتقدمان إلى الموثق وبصحبة الشهود يعرفون ذلك عن طريق الشهرة العامة[1]

وعلى العموم فإن المشرع الجزائري لم يعط قيمة لشهادات بالشهرة المتدأو لة حاليا بل ترك هذا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

ضوابط البينة في إثبات النسب

يجب أن تتسم البينة ببعض القيود وهي:

- ✓ إظهار جانب الحق من الشهادة وهوالنسب الحقيقي لطفل سواء كان أصليا أو فرعيا، كما يجب لشهادة أو توافق هذه الدعوى حيث تكون مطابقة لها حتى تنتج أثرها في الحكم بموجبه وتثبت النسب الحقيقي وصدور حكم يلزم الخصم به.
- ✓ يجب أن تصدر الشهادة من مجلس القضاء، فلوصدرت خارجه لا نفع لها.[2]
- ✓ تقوم البينة على أمانة شهود فإذا استندت إلى شك أو وهم فلا عبرة لها.[3]
- ✓ ينبغي على البينة أن تكون مبنية على أساس العلم واليقين، لقوله تعالى: " ولا يملك الذين يدعون من دونه الشفاعة إلا من شهد بالحق وهم يعلمون".[4]

---

[1] أحمد حميد،أحكام الشهادة في الفقه والقانون،دار المعتز لنشر وتوزيع،الأردن،دون طبعة،2018،ص4443.

[2] بسام محمد قواسمي،أثر الدم والبصمة في إثبات، دار نفائس،الأردن، 2009، ص40.

[3] عبد الرزاق أحمد الصنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات حل بي الحقوقية،لبنان،طبعة3، 2000م، جزء2، ص41.

[4] سورة الزخرف،آية86.

حجية البينة في إثبات النسب

إن البينة أقوى وسيلة لإثبات النسب وحجتها متعدية وثابتة على جميع الناس، وعلى جميع الوقائع، وبالتالي فهي ملزمة للخصم.

إن الثابت من الأنساب بالبينة أقوى من الثابت بالإقرار، وعلى هذا كان الرجل الذي يدعي نسب الآخر ويقيم البينة على دعواه،أحق من الذي يقر بنفسه أن فلان ابنه لأن الإقرار غير مؤكد لعدم وجود دليل قاطع ويحتمل بطلانه.[1]

ثانيا: الطرق العلمية لإثبات النسب

تعددت الطرق العلمية والتقنيات الحديثة الخاصة بإثبات النسب، كونها تتحد على إثرها عد حقوق جد حساسة كإثبات الهوية والميراث، إلا أن المشرع الجزائري في قانون رقم11.84المؤرخ في 9جوان 1984 اكتفى بالطرق المقررة شرعا المنظمة في المادة رقم 40 الفقرة الأولى من قانون الأسرة، غير أن التعديل الذي حصل في أمر 02.05 المؤرخ في 27فيفري2005أقربضرورة استخدام هذه التقنيات، وهذا معناه يمكن الاستعانة بالبصمة الوراثية لإثبات النسب.[2]

تعريف البصمة الوراثية: سنتطرق لعدة تعريفات من بينها:

التعريف اللغوي: يتكون مصطلح البصمة الوراثية من كلمتين "البصمة" و"الوراثية" وهي عبارة مركبة سنقوم بتفسير كلتا الكلمتين:

البصمة: بمعنى العلامة، فيقال بصم القماش بصما أي رسم عليه،والبصمة هوذلك الأثر الذي يتركه الأصبع عند الختم.[3]

---

[1] بدران أبوالعينين، حقوق الأو لاد في التربية الإسلامية والقانون، مؤسسة الشباب، الإسكندرية، ص211.

[2] أمر رقم02.05،مرجع سابق

[3] عبد الرحمان أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلام والقانون الوضعي،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة1، 2012،ص36.

الوراثية: هوالانتقال سواء انتقال مادي كالمال أو معنوي، كالصفات الوراثية التي تنتقل من الأصل إلى الفرع مثل مجد والجاه.

التعريف الاصطلاحي: هوما يتوارثه الأبناء على آبائهم، من صفات تحدد هويتهم بدقة وتميزهم على غيرهم والمتمثلة في الجينات الوراثية التي تدل على هوية كل إنسان.[1]

التعريف العلمي: هي صورة تتابع النيوكليوتيدات،التي تكون جزء من الحمض النوويA.D.N المميزة لكل فرد، ولا تتشابه بين اثنين من البشر إلا في حالة التوأم المتماثل.[2]

التعريف الشرعي: حأو ل الفقهاء من إعطاء تعريف شرعي للبصمة الوراثية حيث عرفها البعض على أنها: "البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه".[3]

التعريف القانوني: عرفها فقه القانون على أنها: "الهوية الوراثية الأصلية الثابتة لكل إنسان والتي تتعين بطريقة التحليل الوراثي، وتسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام".

وقد أصدر المشرع الجزائري قانون رقم 03.16 المؤرخ في 19جوان 2016 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية، والتعرف على الأشخاص المفقودينوالمجهولين الهوية، ونصت كذلك على تأسيس المصلحةالمركزية للبصمات الوراثية.[4]

حجية البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب:

---

[1] محمد أحمد غانم،الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية،دار الجامعة الجديدة، مصر،2008، ص61.

[2] حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجتها في الإثبات، دار فكر الجامعي، الإسكندرية،طبعة 1، 2008، ص87.

[3] عمامرة مباركة،الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، العدد2،(2021/10/01)، ص22.

[4] أمر رقم 03/16 المؤرخ في 19جوان2016، المتعلق بإستعمال البصمة الوراثية في إجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، العدد37من الجريدة الرسمية المؤرخة في 22 جوان 2016.

لكي تكون البصمة الوراثية دليل قاطع في إثبات النسب، وجب أن تتوفر فيها بعض الضوابط وهي:

الضوابط الشرعية:

- أن تتم عملية البصمة الوراثية في سرية تامة، بحيث لا يعرف القائم بالفحص.
- عدم اللجوء إلى الفحص مخبري للبصمة الوراثية إلا بطلب من القاضي المختص.
- أن يتم الفحص في مخبرين على الأقل، وذلك لتأكد من النتيجة.

الضوابط العلمية:

- يجب التحري بدقة أثناء جمع العينة، وتقلها بواسطة خبراء وذلك لعدم تعرضها لتلوث.
- تسجيل المعلومات العلمية الخاصة بالعينة وذلك لتسهيل الرجوع إليها.
- ضرورة تشكيل لجنة مختصة في هذا مجال على مستوى الدولة وتزويد المخابر بكافة المعدات اللازمة.

على الرغم من هذه الضوابط إلا أن المختصون قد اختلفوا في تحديد مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب وظهر اتجاهين وهما:

الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه أن لبصمة الوراثية دلالة قطعية في إثبات النسب، بحيث تتجلى انفراد كل شخص بنمط وراثي معين، ولا يمكن أن يتماثل شخصيين في حمض النووي إلا في حالة التوأم.

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه أن حجية البصمة الوراثية نسبية لأنها تجرى في مخابر بعيد عن أنظار القاضي فهي تفتقر لصفة التأثير عليه خلافا لطرق الشرعية التي تطرح أمام قاضي.[1]

نجد أن المشرع الجزائري في بداية الأمر لم يأخذ بالطرق العلمية لإثبات النسب، إلا أنه بعد أن أقرتها العديد من التشريعات الوضعية وأكدت على صدق نتائجها في العديد من المجالات كالمجال الجنائي، أجاز المشرع الأخذ بها وصدرت الفقرة الثانية من المادة 40 المضافة بأمر 02.05 حيث نصت على: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، والحجية تخضع لسلطة تقديرية للقاضي حسب كل حالة معروضة عليه. [2]

الصعوبات القانونية التي قد تعترض البصمة الوراثية في مجال الإثبات:

- عدم إجبار شخص على الفحص النووي: لأن هذا يعتبر خروج من المبدأ"عدم إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه"، غير أنه يعرض الشخص لانتهاك سلامته الجسدية، حيث نصت المادة 35 من دستور 1996 على أنه: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس بسلامة الإنسان".[3]
- حرمة الحياة الخاصة: نصت المادة47 من الدستور 2020 التي تنص: "لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة وشرفه" [4]، وكذا أكدت المادة 3 من قانون 03/16 من: "ضرورة احترام كرامة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة وحماية معطياتهم الشخصية لاسيما في المادة الجزائية"، لأن عند طلب القاضي لإجراء فحص

[1] عمامرة مباركة، مرجع سابق، ص27.

[2] أمر رقم02/05، مرجع سابق

[3] دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، قانون رقم02 .03،المؤرخ في27 محرم1423هـ الموافق 10 أفريل2002،العدد25 من الجريدة الرسمية المؤرخة في 14أفريل 2002، المتضمن التعديل الدستوري بأمر 1/16 مؤرخ في 6مارس 2016، العدد 14 من الجريدة الرسمية المؤرخة في7 مارس 2016.

[4] دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020، المؤرخ في 15 جمادى الأو لى 1442هـ الموافق30ديسمبر 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد82.

الحمض النووي لشخص معين قد تكون هناك أمراض خاصة به ولا يجب أن يطلع عليها الغير.[1]

المطلب الثاني: حقيقة مجهول النسب

سنتنأو ل في هذا المطلب حقيقة الطفل المجهول النسب، من ناحية المفهوم اللغويوالشرعي والقانوني هذا سيكون في الفرع الأول أما عن الفرع الثاني فسنتمكن من معرفة أسباب التي ستؤدي إلى وجود هذه الفئة من المجتمع.

الفرع الأول: المقصود بطفل مجهول النسب

المجهول النسب عبارة مركبة من كلمتين.(المجهول)و(النسب) وقد سبق لنا من تعريف النسب فسنقتصر على معرفة معنى المجهول.

أو لا: التعريف اللغوي

المجهول اسم مفعول من جهل الشيء لم يعرفه، والجهل نقيض العلم.[2]

ثانيا: التعريف الشرعي

لم يتعرض الفقهاء إلى تعريف مجهول النسب، ولكنهم تعرضوا إلى تعريف من يحمل هذه الصفة كاللقيط والمنبوذ والدعي وولد الزنا.

1/تعريف اللقيط:

لغة: ما يلقط أي ما يرفع عن الأرض، وهوالمولود الذي يوجد مرميا على طريق ولا يعرف أبوه ولا أمه فيلتقطه الناس أو المؤسسات الإنسانية ويطلق عليه الطفل لقيط.

شرعا: تعددت التعريفات عند الفقهاء، حيث عرفه الحنفية بأنه: "اسملحي مولود طرحه أهلهخوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة"، وعرفه المالكية على أنه: "كل صغير

[1] قانون رقم03/16،مرجع سابق

[2] إبراهيم أنيس، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، قاهرة، طبعة4، جزء1، ص 143

آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه"، أما الشافعية فهو: "كل صغير منبوذ في الشارع أو المسجد أو نحوذلك لا كافل له معلوم ولا مميزا لحاجته إلى التعهد"، والحنابلة بأنه: "طفل لا يعرف نسبه ولا رقه نبذ أو ظل ما بين ولادته إلى سن التمييز، وقيل والمميز لقيط أيضا إلى البلوغ وعليه الأكثر".[1]

عرف اللقيط أيضا عند الفقهاء المحدثين من بينهم:

عرفه الشيخ الفوزان بأنه: "الطفل الذي يوجد منبوذا أو يضل عن أهله ولا يعرف نسبه في الحالين".

كما عرفه الدكتور عبد الكريم زيدان بأنه: "ولد حديث الولادة نبذه أهله، أو صغير لم يبلغ نبذه أهله أو ضاع منهم وسواء كان ذكرا أو أنثى".

2/تعريف المنبوذ:

لغة: هواسم مفعول من الفعل الثلاثي نبذ، وهوالشيء المطروح والملقى كولد المنبوذالذي تلقيه أمه على قارعة الطريق غير راغبة فيه وتجنبا من الفضيحة.

شرعا: اختلف الفقهاء في تعريف الطفل المنبوذ، هناك من رأى أن اللقيط والمنبوذ له معنى واحد، بحيث أن النبذ هوالإلقاء والطرح فقد قال الجوهري: "المنبوذ اللقيط"، وقال أيضا صحاب المغني: "الطفل المنبوذ". وهناك من فقهاء فرق بين اللقيط والمنبوذ بحيث أن الطفل المنبوذ هوالذي يكون مطروحا على أرض أما الطفل اللقيط لا يسمى لقيطا إلا بعد أخذه، وقيل: " المنبوذ ما وجد فور ولادته واللقيط بخلاف".

3/تعريف الضال أو الضائع:

لغة: هواسم فاعل من الفعل ضاع بمعنى فقد.

[1] صفية الوناس حسين، مرجع سابق، ص417 . 148.

شرعا: اختلف فقهاء أيضا في التفريق والجمع بين الطفل اللقيط والطفل الضائع حيث اعتبر البعض أن اللقيط هوولد حديث الولادة وطرحه أهله ولا يعتبر الضائع لقيطا،وبعض الآخر اعتبروا أن اللقيط قد يكون ضالا أو ضائعا عند أهله.

4/تعريف الدعي:

لغة: جمعه أدعياء ومن الفعل دعا وهوالمنسوب إلى غير أبيه.

شرعا: هوالمتهم في نسبه والمنسوب إلى غير أبيه، قد يكون مجهول النسب كما قد يكون معلوم الأب أو الأم وتبناه شخص آخر وادعاه ابنا.[1]

ثالثا: التعريف القانوني

عرف المشرع الجزائري الطفل اللقيط في المادة 246 من قانون الصحة لسنة 1976 بأنه: "الولد المولود من أب وأم مجهولين، ووجد في مكان ما أو حمل إلى مؤسسة وديعة"، نجد أن مصطلح اللقيط موجود أكثر في الشريعة الإسلامية بينما في قانون يستعمل مصطلح مجهول النسب. وقد ظهر مصطلح جديد في التشريع الجزائري هوالطفل المتخلي عنه الذي سبق وذكره المشرع المغربي وعرفه في مادته الأولى بأنه: "يعتبر طفلا مهملا الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ ثامنة عشر سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:

إذا ولد من أبوين مجهولين، أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها.

إذا كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته، وليست له وسائل مشروعة للعيش.

إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن، كما في حالة سقوط الولاية الشرعية، أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر، أو عجزه عن رعايته منحرفا ولا يقوم بواجبه المذكور إزاءه".[1]

[1]ابن عطية بوعبد الله، أحكام اللقيط بين المذاهب الفقهية والقانون الجزائري، أطروحة ماجستير، قسم القانون، وهران،(2005.2006)، ص24.25.

يتضح لنا من خلال نص المادة أن الطفل المتخلي عنه قد يكون مجهولين الأبوين أو معلوم الأبوين ولكن تم التخلي عنه لظروف مادية أو أي سبب آخر.

قد اهتم المشرع الجزائري بهذه الفئة من الأطفال حيث فتح أبواب المستشفى على مصارعه لكل امرأة تحمل حملا غير شرعي أن لها الحق بالولادة في المستشفى وتضع حملها بكل سرية ثم تتركه برغبتها الشخصية في رعاية مصلحة الإسعاف وتعود أدراجها من حيث أتت، وكذلك ينطبق الأمر بالنسبة لزواج العرفي.[2]

كما عرف القانونالجنسية السعودي أطفال مجهولين النسب في المادة 7 بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 4 بتاريخ 23سبتمبر1954 بأنه: "المواطن السعودي هوالشخص المولود في المملكة العربية السعودية أو في الخارجلأب سعودي أو أم سعودية وأب عديم الجنسية أو أب مجهولالجنسية أو مجهول النسب مولود في مملكة".

الفرع الثاني: أسباب الوجود

يجب أن لا نحمل أطفال مجهولين النسب أي ذنب بوجودهم في المجتمع دون أبوين على عكس بقية الأطفال، ويجب اهتمام أكثر بهذه الفئة وتوفير لهم العيش السليم. وهناك نوعين منالأسباب التي تؤدي إلى انتشار أطفال مجهولين النسب وهي:

أو لا: الأسباب العامة

1/الفقر والعيلة: يعتبر من أسباب الرئيسية لوجود هذه الفئة من الأطفال، فقد تمرض الأم مرضا مزمنا مع عدم وجود عائل وضيق تضطر إلى ترك طفلها في مستشفى أملا أن يجد يد ثانية تتكفل به بعيدا عن الفقر والجوع والحرمان، لكن المرأة في هذه الحالة جاهلةلحقيقتين

[1] https: //www.asjp.cerist.dz،تم التصفح يوم 2023/04/12، على الساعة 15: 30.

[2] عبد الحميد عشوي وسمير غيدي، طفل مجهول النسي بين المساندة القانونية وقهر المجتمع، مجلةالحقوق والحرياتالمجلد10،العدد2، 2022، ص308.

وهي أن أو لى تحرم الولد من عطفها وحنانها وهما عنصران أساسيان لتكوين النفسي وتعرضه لضياع والانحراف أما حقيقة الثانية أن الرزق بيد الله ولم يكلف النفس فوق طاقتها حيث يقول عز وجل: "لينفق ذوسعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسر".[1]

2/الضياع والضلال والسرقة: قد يسرق الطفل وهوفي المهد في غفلة عن أهله لغرض معين كالاستغلال ولعدم كشف الفاعل عن جريمته يقوم بإلقائه في مكان مجهول لتخلص منه أو قد يضل الطفل عن أهله في مكان ما ولا يتم العثور عليه وهوصغير لا يعرف شيئا عن والديه فيلتقطه أحد الأشخاص ويكفله.

3/الحروب والكوارث: في حالة الحروب ونزوح الناس من ديارهم وتشردهم قصرا فيتركون أو لادهم خوفا وهلعا من هول الجرائم التي قد تقع، ليتم بذلك أخذهم من الغير وتربيتهم على أساس أطفال مجهولين النسب.[2]

ثانيا: الأسباب الخاصة

1/ الزنا: هوكل وطء يقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين، وقد حرم الإسلام الزنا لقول الله تعالى: " ولا تقربوا الزنا إنه فاحشة وساء سبيلا" [3]، لأن من نتائجه ضياع الأنساب ووجود أطفال مجهولين النسب الذي يتحملون جرائم أبويهم.

2/عجز الأم عن إثبات النسب: يعتبر الولد ثمرة الزواج فد تعجز الأم عن إثبات النسب للولد في الزواج العرفي أو في النكاح الفاسد أو في الزواج المسيار الذي يقصد به أن يشترط الزوجين أو أحدهماعدم إنجاب أطفال فإذا حدث عكس الذي توقعوه ويصبح هناك حمل

[1] سورة الطلاق، آية 7

[2] عيادي سارة، الحماية المقررة لأطفال مجهولين النسب بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، العدد1، 2018، ص146.

[3] سورة الإسراء، آية32.

حقيقي،يقومون تلقائيا بالتخلص من الولد دون تفكير بمصير الولد، ولهذا أصر العلماء على وجوب توثيق عقود الزواج لحماية الأنساب والحفاظ عليهم من أي خطر.

3/ الاغتصاب: لقد أو جد الله تعالى عدة عوامل من أجل استمرار الحياة في الأرض وتأمين الخلافة فيها، ومن بين هذه العوامل العامل الجنسي الذي يساهم في بقاء الأفراد وتناسلهم، ويجب أن يكون ذلك في إطار شرعي مضبوط وهوعن طريق الزواجإلا أنه نجد بعض الفئة من المجتمع يتبعون شهواتهم ويسعون إلى إشباع غرائزهم الجنسية بشكل غير أخلاقي في إطار محرم مثل ارتكابهم للاغتصاب، وفي هذه الحالة إذا حملت المغتصبة غالبا ما تقوم بتخلي عن طفلها خوفا من المجتمع ويصبح طفل مجهول الهوية. [1]

الفرع الثالث: حقوق أطفال مجهولين النسب

تعتبر مرحلة الطفولة من أهم المراحل التي تمر على حياة الإنسان، وقد حظيت هذه المرحلة باهتمام كبير من طرف التشريعات الوضعية وكذا الشريعة الإسلامية، واعترفت لهم بحقوق أساسية خاصة أطفال مجهولين النسب باعتبار وضعيتهم أكثر حرجا وهشاشة على عكس أطفال عاديين، وهذه الحقوق تنأو لت جميع جوانب حياة الطفل منذ لحظة وجوده في الحياةإلى حين بلوغه سن الرشد حتى يتمكن من اعتماد على نفسه.

أو لا: حق طفل مجهول الأبوين في حماية وجوده

تتطلب حماية وجود الطفل مجهول الأبوين الحق في حماية حياته من أي خطر قد يعرضه هذا ما يعبر عنه بالوجود البيولوجي منذ أن يتكون جنين، كذلك باعتباره فرد في المجتمع له الحق في الاسم والجنسية للدولة الذي ينتمي إليها هذا ما يعرف بالوجود الاجتماعي.1/الحق في الحياة: يعتبر من أهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان ويحفظ الفرد من أي خطر قد يتعرض له من طرف الأفراد، وهوأو ل حق يثبت للفرد منذ لحظة تكونه

[1] عيادي سارة، المرجع نفسه،ص147

وهوجنين ويبدأ سريان سائر الحقوق بعد وجود هذا الحق، وتبدأ به الشخصية القانونية للفرد وتنتهي بموته.[1]

وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بحياة الإنسان بشكل عام وحرمت كل عمل يمس بحياة الفرد خاصة الطفل وهوجنين فقد حرمت الإجهاض وذلك في قول الله تعالى: "ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق" [2]، واعتبرته جريمة ورتبت عقابا على مرتكبها يتمثل في دية الجنين وتسمى الغرة وهوالجزاء القضائي، أما الجزاء الشرعي فهوالكفارة وفقا لبعض المذاهب يتمثل في تحرير رقبة مؤمن فمن لم يجد فصيام شهريين متتاليين، كما حرمت الشريعة الإسلامية قتل الأطفال خاصة البنات حيث كانت هذه عادة الشنيعة منتشرةفي العصر الجاهلي وهي وأد البنات حيث قال عز وجل: "وإذا الموءودة سئلت بأي ذنب قتلت" [3]واهتمت الشريعةالإسلامية بحياة الطفل خاصة اللقيطووضعت له أحكام لالتقاطه إذا وجد متروكا ومرميا في طريق وهذا من أجل إنقاذ النفس من الهلاك والموت ويعد التقاطه واجب عين على كل فرد.

كما أن القانون الوضعي اهتم بحياة الطفل منذ أن يكون جنين وأقر بعقاب لمرتكبي جريمة الإجهاض وهويتمثل في الحبس وبالإضافة إلى بعض الأعمال الشاقة، فنجد أن المشرع المصري جعل عقوبة الإجهاضالحبس وتشدد العقوبة إذا كان المسقط طبيبا أو جراحا أو قابلة طبقا لنص المادة 262 وكذلك المشرع القطري قرر عقوبة جزائية لكل من يسبب إجهاض المرأة الحامل لجنينها حيث نصت المادة 317: "بالحبس مدة لا تتجأو ز ثلاث

[1] الفيضي، حقوق الجنين بين الشريعة والقانون، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد10، 2010،ص81.

[2] سورة الإسراء،آية33.

[3] سورة التكوير، آية8.

سنوات المرأة التي رضيت بدون عذر طبي تنأو ل أدوية أو استعمال وسائل مؤدي للإجهاض وأدى ذلك إلى إجهاضها"[1]

أما المشرع الجزائري منح الحق للإجهاض إلا في حالة التشوه الخلقي للجنين الذي لا يسمح له بالنموبشكل عادي أو أن الحمل يشكل خطر للمرأة وتتم عملية الإجهاض في المستشفيات الحكومية بعد إذن من الإدارة المختصة، وفي حالة الإجهاض عمدي تطبق المادة 304 من قانون العقوبات التي تنص: "كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية، أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات مع دفع غرامة قدرها من 500 إلى 10000دينار، وإذا أدى الإجهاض إلى وفاة الأم تكون العقوبة السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة"، ونصت المادة 309على أنه: "إذا تمت عملية الإجهاض عمدا من قبل المرأة نفسها، تعاقب بالسجن من ستة أشهر إلى سنتين، ودفع غرامة تترأو ح من250 إلى1000دينار".[2]

كما اعتبر كل من الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية حق الطفل في الحياة حقا مطلقا معصوما من أي عدوان، ولا تطبق عليه عقوبة الإعدام لأن لا تزال روحه بريئة وجسده رقيق ومداركه قاصرة وهوفي طور النموقابل للإصلاح والتهذيب.[3]

2/حماية الوجود القانوني لطفل مجهول الأبوين:

إن تمتع الإنسان بالشخصية القانونية يستوجب أن يكون له اسم وجنسية وقد نصت المواثيق الدولية في مادتها 6 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل إنسان أينما وجد أن يعترف بشخصيته القانونية".

---

[1] ليلى محمد أحمد السيد، الحماية القانونية لمجهولي أبوين،أطروحة الماجستير، جامعة قطر، كلية القانون،(2021 . 2022)،ص29

[2] أمر رقم66. 156المؤرخ في 18صفر1386هـ الموافق8جوان1966م، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[3] ليلى محمد أحمد، المرجع السابق، ص31.

ويبدأ الاعتراف بالشخصية القانونية بالفرد منذ لحظة ولادته، ويرتكز الاعتراف بمولدهواسمه وجنسيته وهي من الركائز التي يقوم عليها الوجود القانوني لأن الوجود الاجتماعي غير كافي لممارسة الطفل حياته بشكل عادي، وهذا ما أو جبه المشرع الجزائري تيمنا بالشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية من حصول الفرد على حقه في الاسم والجنسية.

أ/الحق في الاسم: يعتبر الاسم من أهم المميزات التي يتميز بها الفرد عن باقي أفراد مجتمعه، وقد قررت الشريعة على الوالدين حسن اختيار الاسم لطفل ويجب أن يكون اسما ذا معنى محمود وله صفة طيبة، وقد ذكرت الأسماء عدة مرات في القرآن الكريم مثل قول الله عز وجل: "يا زكريا إن نبشرك بغلام اسمه يحيى لم نجعل له من قبل سميا"، [1]كما ذكر أبودأو ود في السنن عن أبي الدرداء: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسمائكم".[2]

كذلك قررت المواثيق الدولية حق الطفل في الاسم وذكرت ذلك في المادة 7 من اتفاقية حقوق الإنسان بأنه: "يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم...".

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 64 من أمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم،والتي تنص: " يعطي ضابط الحالة المدنية نفسهالأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولدين من أبويين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء يعين الطفلبمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي"، [3]أما في القانون التونسي الولي العموميهومن يختار اسما ولقبا للطفل اللقيط، والقانون القطري جعل منح الاسم مرهونا بيد القضاء.

[1]سورة مريم،آية7.

[2]أبودأو ود سليمان، سنن أبودأو ود، دار الحديث،القاهرة،1999م،كتاب الأدب، باب تغيير أسماء، حديث رقم4948.

[3]أمر رقم20/70، مرجع سابق.

ب/الحق في الجنسية: تعتبر الجنسية صلة معنوية وقانونية بين الفرد ودولته وأساسها خضوع الفرد لسيادة الدولة، [1]وقد عرفها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 15على أن: " لكل شخص الحق في الجنسية ولا يجوز تجريد أي شخص من جنسيته تعسفا أو حرمانه من الحق في تغيير جنسيته"، كما أكدت الاتفاقيات الدولية على حق الجنسية لطفلوذكرت ذلك في المادة السابعة حيث ورد فيها: "يسجل الطفل بعد ولادته فورا، ويكون له الحق منذ ولادته في اسموحق اكتساب الجنسية".

بينما الفقهاء المسلمين لم يتعرضوا لتعريف الجنسية باعتبار أن الشريعة الإسلامية لم تتعرض لها، إلا أنه اعتبروا إذا وجد اللقيط في مكان المسلمين يحكم بإسلامه تبعا للدار فيكتسب جنسية دار الإسلام الأصلية حتى لوكان ملتقطه كافر [2]

أما التشريع الجزائري كانت تمنح الجنسية الأصلية حسب رابطة الدم عن طريق الأب فقط وبعد التعديل القانون في سنة 2005 أصبحت تمنح كذلك عن طريق الأم حيث نصت المادة6 من أمر 01.05: "أنه يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية"في هذه الحالة قد يمنح للولد المعلوم الأم فقط الجنسية، أما في حالة إذا كان الولد مجهول الأبوين تمنح له الجنسية عن طريق الإقليم وهذا ما نصت إليه المادة 7 من قانون الجنسية: "يعتبر من الجنسية الجزائري في الولادة في الجزائر، غير أنه بالنسبة للولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائريا قطإذا ثبت خلال قصوره انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا أجنبي وفقا لجنسية أحدهما، إن الولد الذي عثر عليه مولودا حديثا في الجزائر يعد مولودا فيهاما لم يثبت خلاف ذلك"هذا يعني أن الطفل متى ولد في الإقليم الجزائري يكتسب الجنسية الجزائرية، بغض النظر إن كان معلوم أو مجهول النسب، ولكن تسقط عنه إذا انتسب إلى أجنبي في فترة قصوره، كما أن كل

[1] رياض، فؤاد عبد المنعم،الجنسية المصرية،دار النهضة العربية، القاهرة، 1990،ص12.

[2] رسلان، نبيلة،حقوق الطفل في القانون المصري، دار أبومجد لطباعة، القاهرة،1999م،ص7.

مولود ولد في الجزائر له الحق في الجنسية ما لم يتبن عكس ذلك. وكذلك فعل باقي الدول العربية على الأخذ بالإقليم لمنح الطفل المجهول الأبوين الجنسية مثل المشرع السعودي والسوري...[1]

ثانيا: حق الطفل في الرعاية

قد حرم الطفل مجهول النسب من أسرته منذ الصغر ولهذا لابد من توفير الرعاية له على قدر المستطاع من طرف الدولة وذلك من خلال منح بعض الحقوق له وتتمثل في:

1/الحق في التربية: تتعلق التربية بمختلف العمليات الاجتماعية والنفسية في حياة الطفل وتتضمن مجموعة من السلوكيات التي يتأثر بها الطفل منذ نشأته، وقد أكدت الاتفاقيات الدولية على توفير الرعاية لطفل وهذا ما أقرته في المادة 18 حيث نصت على: "يقع على عاتق الأولياء مسئولية تربية الطفل ونموه وجعل مصلحته هي الفضلى"، والتربية في الشريعة الإسلامية من أعظم الحقوق لطفل لأن هذا يؤدي إلى استقامة الطفل وصلاحه.[2]

ويحصل الطفل مجهول أبوين على التربية من خلال الأسرة البديلة ومراكز رعاية الأيتام حيث تهدف هذه المراكز على تنمية قدرات الأطفال مع توفير توجيهات تربوية ودينية لزرع الوازع الديني والأخلاقي في نفوس الطفل.[3]

2/الحق في النفقة: مادام الطفل صغير وغير قادر على الكسب له الحق في النفقة ما لم يكن له مال خاص،ونفقة الطفل حسب ما جاءت به الشريعة تكون في بيت مال المسلمين يقول عمر رضي الله عنه في حديث أبي جميلة: "اذهب فهوحر ولك ولاؤه ولنا نفقته"، بينما في قانون الأسرة الجزائري الدولة هي مسئولة على نفقة حيث نصت المادة 78: "تشمل

[1] أمر 01/05، المؤرخ في 27فيفري2005،المتضمن قانون الجنسية،المعدل والمتمم، العدد 15.

[2] سويلم، رأفت فريد، تربية الطفل، دار اليسر، القاهرة، 2008، ص135.

[3] أبومعليق، وجيه عبد الله سليمان، أحكام اللقيط في فقه الإسلامي، أطروحة ماجستير،كليةالقانون، جامعة غزة،(2006/2005)،ص16.

النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" أو تكون الأسرة البديلة هي المسئولة على إنفاق للمكفول.[1]

3/الحق في التعليم: اهتمت الشريعة الإسلامية بالتعليم وحثت عليه، وقد وردت آيات قرآنية التي تشجع على العلم كقوله تعالى: "يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أو توا العلم درجات".[2]كما ركزت الاتفاقيات والمواثيق الدولية على أهمية العلم حيث أقر العهد الدولي للحقوق على أنه: "حق كل فرد على التعليم، ووجوب توجيه التربية والتعليم إلى الإنماء الكامل للشخصية الإنسانية" كما قرر العهد الدولي للحقوق على جعل التعليم متاحا للجميع في جميع الأطوار الدراسية.

وجاءت اتفاقيةحقوق طفل سنة1989 بنفس المبادئ التي جاء بها العهد الدولي للحقوق على أهمية التعليم لطفل ونصت المادة 29على أنه: "ينبغي أن يساعد التعليم الذي يحصل عليه الأطفال على تطوير شخصياتهم ومواهبهم وقدراتهم بشكل كامل".

وقد حدد الدستور الجزائري المبادئ التي تحكم النظام التربوي من خلال نص المادة53 من الدستور التي جعلت من التعليم حقا مضمونا ومجانيا لكل طفل في سن التمدرس وحددت المادة12 سن التعليم: "التعليم إجباري لجميع الفتيات والفتيان البالغين من العمر 6 سنوات إلى 16سنة كاملة".[3]

ويتلقى أطفال مجهولين النسب تعليمهم بمدارس الدولة، بمتابعة مشرفين المركز رعاية الأيتام على تحصيلهم العلمي، كما يتوفر في المركز معلمين متطوعين لدعم أطفال خارج المدرسة، كما أن الطفل الذي يسلم إلى الأسرة البديلة له الحق في تعليم بحيث يتعهد الكافل

[1]قانون رقم11/84، المؤرخ في1984/06/09،المتضمن قانون الأسرة،العدد24.
[2]سورة المجادلة،آية11.
[3]دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة1996، مرجع سابق

على تعليم الطفل مع توفير له كل الاحتياجات خاصة بالتدريس.ويوجد العديد من أطفال مجهولين النسب أتموا مشوارهم الدراسي وحصلوا على وظائف مهمة في الدولة. [1]

4/الحق في الرعاية الصحية: تعترف اتفاقية حقوق الطفل بحق الطفل في: "التمتع بأعلى مستوى صحي ممكن، وبحقه في مرافق علاج الأمراض، وإعادة التأهيل الصحي وعلى الدول أن تبذل أقصى ما تستطيع لتضمن ألا يحرم أي طفل من حقه في الحصولعلى الخدمات الضرورية التي يحتاجها في الرعاية الصحية"،"وتتخذ الدول التدابير المناسبة من أجل: خفض الوفيات من فئة الأطفال الرضع، وضمان توفير المساعدة الطبية والرعاية الصحية اللازمة لجميع الأطفال، مكافحة الأمراض وسوء التغذية، وضمان الرعاية الصحية اللازمة للأمهات قبل الولادة وبعدها". [2]

اهتمت الشريعة الإسلامية بصحة للفرد حيث نص عهد حقوق الطفل في الإسلامفي مادته 15على أنه: "لطفل حق في الرعاية الصحية جسديا ونفسيا، ويتحقق ذلك عن طريق:

. كفالة رعاية الأم، منذ بدأ الحمل والرضاعة.

. إجراء التدابير اللازمة لخفض معدل وفيات الأطفال.

. حق طفل الذكر في الختان.

. تقديم الرعاية الطبية الوقائية، ومكافحة الأمراض، وسوء التغذية.

. ضمان حق الطفل في وقايته من المواد المخدرة والمسكرة والمواد الضارة الأخرى، وكذا الأمراض المعدية.[3]

[1]، http: //www.dreama.org.qa/Ar/Pages/AboutCente تم التصفح بتاريخ 2023/04/28 على الساعة 22: 10

[2]ليلى محمدأحمد، مرجع السابق،ص47.

[3]قرار رقم16/7،إعلان حقوق الطفل ورعايته في الإسلام،1994.

أكد الدستور الجزائري على عناية الدولة بالصحة من خلال المادة 54 حيث ورد فيها: "لكل مواطن الحق في الحماية الصحية والوقاية ومكافحة الأمراض الوبائية والمستوطنة" ينص القانون على أن الفحص الطبي هوحق مكفول لجميع مراحل نموالطفل من خلال: الوقاية من جميع الأمراض، اللقاحات المجانية، التثقيف الصحي، التكفل بفئاتالمتواجدة في وضع صعب.[1]

ولطفل مجهول النسب رعاية صحية كاملة كأي طفل تحت رعاية الدولة، حيث يقوم مركز رعاية الأيتام على توفير الرعاية لهم منذ أو ل يوم تم فيه تسليم الطفل إليهم وعرضه على أطباء مختصين لتأكد من وضعهم الصحي، ويتم اهتمام بهم حتى تسليمهم للأسرة الكافلة بشرط أن تكون هذه الأسرة خالية من أي أمراض معدية.

من أهم الخدمات الصحية التي تقدمها مراكز رعاية الأيتام هي:

المتابعة الصحية بشكل دوري.

الاستعداد التام في الحالات الطارئة.

توفير العلاج المناسب في حالات المرض.

نشر الوعي الصحي بين أطفال المركز.

في نهاية هذا الفصل نستنتج أن نظام الكفالة جاء كبديل لنظام التبني الذي تم تحريمه في الشريعة والقانون، وذلك لحماية فئة مجهولين النسب فتعتبر الكفالة وسيلة شرعية لإدماج مجهول النسب في الأسر والوسط الاجتماعي، وقد نظمها المشرع الجزائري في التقنين الأسرة في القسم السابع بعنوان"الكفالة" من المواد 116 إلى غاية المادة 125.

[1] دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة1996، المرجع السابق.

كما تطرقنا لمعرفة حقيقة مجهولين النسب في شرح مفصل من توضيح المصطلحاتوبيان أسباب وجود هذه الفئة،والحقوق التي أقرتها كل من التشريعات الوضعيةوالشريعة الإسلامية.

وسنقوم في الفصل الثاني بدراسة أحكام عقد الكفالة التي تشمل كل من الشروط والإجراءات والآثار وأخيرا أسباب الانقضاء.

.

الفصل الثاني أحكام عقد الكفالة

تمهيد:

كان الفصل الأول مدخل للكفالة كنظاموتعريفا لمجهول النسب كما سلف الذكر وبه أزحنا كل الغموض اللغوي والاصطلاحي عن كلمات مفتاحية لعنوان المذكرة من تعريف وخصائص وإزالة الشابه وأسباب.... الخ.

وبناء على ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني من أحكام هذا العقد وبيان شروطه وإجراءاته القانونية هذا ما سنتعرفعليهفي المبحث الأول،أما في المبحثالثاني سنتناول الآثار المترتبة فيعقد الكفالة سواء تلك التي تخص الكافل أو المكفول وأسباب الانقضاء

المبحث الأول: شروط وإجراءات القانونية لعقد الكفالة

يستلزم الوصول إلى غاية الكفالة توافر شروط و تمر بمراحل تحت إشراف جهة الرسمية تسهر على تحرير العقد وتنفيذه إلى غاية انقضائه بما يحقق مصلحة على الطفل المكفول، فنجد الكفالة تعقد على عناصر أساسية مكونة لها والمتمثلة في الشخص الكافل، وشخص المكفول والجهة المكلفة والمختصة بتحرير العقد، فليس كل من يرغب في الكفل يحصل عليه بل ثبت فقط للذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في المواد 118، 117، 119 وفقا للإجراءات التي يتطلبها القانون، وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: الشروط الموضوعية **(المطلب الأول)**، والشروط الإجرائية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للكفالة

ونقصد بالشروط الموضوعية المتعلقة بالكفالة هي: الشروط التي ترتبط بأطرافها وهما الكافل والمكفول، اللذان يعبران عن إرادتهم لتمام هذا العقد، وسنتناول الشروط الواجبة توفرها من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمكفول

لم ينص المشرع الجزائري على الشروط الخاصة بالطفل المكفول غير أنه استند إلى نص "المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري"[1].

أولا: – يجب أن يكون قاصرا أي أقل من سن 19 سنة.

–ومستفيد من المنح العائلية والمدرسية كالتي تمنح اتجاه الطفل البيولوجي.[2]

وعليه نلاحظ أن المشرع لم ينص على السن التي تشترط في المكفول صراحة في أحكام الكفالة الموجودة في قانون الأسرة ولكنه أحالنا إلى القانون المدني باعتباره يحتوي على مبادئ العامة للقانون.

كما في الإجراءات حتى يبرم عقد الكفالة يجب عليه أن يجري تحقيقا في الملف، ومن بين الأمور التي يجب التأكد منها هوشرط السن، فقانون الأسرة اشترط أن يكون الولد قاصرا

[1] لكلي نادية، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري واشكلاته القانونية، مرجع سابق، ص. ص 105، 120.

[2] ملحق رقم (01)

فقط، ونجد في القانون المدني في مادته 40 الفقرة 02 التي عرفت الولد القاصر بسنه 19 سنة وهنا كان من المفترض على المشرع أن يحدد في أحكام الكفالة مثل ما فعل المشرع المغربي.[1]

ثانيا: المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب وحسب المادة 119 من قانون الأسرة الولد المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب

1 – القاصر معلوم النسب

أي أنه ولدا لأبوين معروفين ورغم ذلك يضيعوه في كفالة شخص أخر ويأخذه بالكفالة وهنا يشترط عند إبرام عقد الكفالة، أمام القاضي أو أمام البعثات الدبلوماسية الجزائرية بالخارج أن يحضرا أو يبديا رضاهما صراحة وفي حالة إذا توفي أحدهم لسبب من الأسباب أو نزع عنهم السلطة الأبوية أو الولاية على القاصر فالح ضرور وقبول الوالد الأخر يكفي ولابد أن يبدي رأيه ورضاه أمام الجهات بتحرير الكفالة.

أما في حالة وفاة الأبوين أو كانا قد فقدا الأهلية لأي سبب من الأسباب فإن الرض ا يكون للمجلس العائلي بعد الموافقة من كان في حضنه الولد[2].

وفي كل هذه الحالات يحتفظ القاصر المكفول بهويته الأصلية وهذا ما أقرته "المادة 120 من قانون الأسرة".

2 –لقاصر مجهول النسب

تنشأ الكفالة هنا على رغبة بعض الأسر لا تحظى بالذرية بكفالة الأطفال ولدوا من أبوين مجهولين وتتم كفالتهم عن طريق مصلحة المساعدة العمومية وذلك بموافقة دار الرعاية الاجتماعية أو دار الطفولة المسعفة التي عاش فيها بحيث تعتبر هذه الموافقة ضرورية في الكفالة في هذه الحالة تطمح من جهة إلى انقاض عائلة محرومة من أطفال ومن جهة أخرى تؤمن تربية عادية لطفل محروم من عائلة، والأطفال مجهولين النسب هم أكثر أطفال خضوع للكفالة مثل اللقيط[3].

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالكفيل

---

[1] علال أمال، التبني والكفالة، مرجع سابق، ص 82.

[2] تنص المادة 120 قانون الأسرة الجزائري يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان مجهول النسب نطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية

[3] عمراش أسماء، بليل كاتبا، مرجع سابق، ص 59.

يشترط في الكفيل أن يكون متمتع بسلامة العقل وأن يكون بالغا لأن البالغ غير العاقل فاقد الأهلية ويكون مختار غير مكرها، ولا يكون محجور عليه، [1] كما هومبين في المادة 118 "يشترط أن يكون الكافل مسلما عاقلا أو أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادر على رعايته"[2].

أو لا: شرط الإسلام في عقد الكفالة

أو جب المشرع أن يكون الكافل مسلما حتى يتمكن من التكفل بالقاصر المكفول وبذلك غرض تحقيق مصلحته ودرئا للضرر الذي قد يلحقه، وقد حرم الله تعالى أن يتولى كافرا أمر مسلمين مبينا في عدة آيات من القرآن الكريم [3]، قوله تعالى: " **لَّا يَتَّخِذِ ٱلمُؤمِنُونَ ٱلكَٰفِرِينَ أو لِيَآءَ مِن دُونِ ٱلمُؤمِنِينَ وَمَن يَفعَل ذَٰلِكَ فَلَيسَ مِنَ ٱللَّهِ فِى شَىءٍ** "[4]،

وكذلك قوله تعالى: "**وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا**"[5].

ثانيا: شرط العقل والأهلية في عقد الكفالة

نقصد بها هنا مجرد صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل التزامات أما بالنسبة للشخص الاعتباري فبمجرد ثبوت الشخصية القانونية نصت المادة 116 من قانون الأسرة على هذا الشرط بعبارة عاقل، أن يتمتع بأهلية القانونية الكاملة أي يجب أن يكون بالغ سن الرشد وغير محجور عليهبسبب جنون أو العته أو لعقوبة جزائية وهذا الشرط من السهل التحقق منه[6].

ثالثا:شرط القدرة

طبقا النص المادة 118 يشترط أن يكون الكافل قادر على الرعاية أي أن يكون قادر على توفر الرعاية المادية اللائقة للمكفول والمعنوية .فيجب أن يكون الكافل يعمل ويتقاضى مبلغا يكفيه لتغطية نفقاته سواءالضرورية أو الكمالية .أما من ناحية الرعاية المعنوية فتشترط اللجنة أن يقوم الكافل بتعليم الطفل وتستند اللجنة في ذلك إذ تقوم بمراقبة عن طريق

---

[1] العربي بختي،مرجع سابق، ص 213

[2] الأمر رقم 11-84 ، مرجع سابق .المادة 118.

[3] رغيسي أميرة، شلاط أمال، الكفالة في قانون الأسرة، مرجع سابق ، ص 33.

[4] سورة ال عمران، الآية رقم 28

[5] سورة القلم ، الآية رقم 2

[6] نور الهدى عنتير، مرجع سابق، ص13.

موظفيها مهم طال الزمن حيث أنها تعد ملفات مرقمة وم ضبوطة وتراجعها دوريا لهذا الغرض، ولا فرق بين أن يكون الكافل رجل أو امرأة وإذا قبل أحد الزوجين على الكفالة يتعين موافقة الزوج الآخر.[1]

*الشرط الذي لم يتعرض له المشرع في النصوص القانونية الذي لا يعبر للشخص الاعتباري الحق في الكفالة كالمؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والمنظماتوالجمعيات ذات طابع اجتماعي مع العلم مثل هذه المؤسسات لها مركز مالي وتسيير بشري لائق ويبقى السؤال للمشرع لماذا لا يأخذ الشخص المعنوي الأحقية بالتكفل ؟ على عكس القانون المغربي الذي نص صراحة على الحق واشترط أن تكون الجمعية أو المؤسسة مؤهلة قانونيا ومعتمدة وأن تسهر على تنشأت المكفول نشأة إسلامية بحتة.

الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في الهيئة المكلفة بمنح الكفالة لمجهول النسب

ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الشروط المتعلقة بمؤسسة رعاية الطفولة المسعفة بـاعتبارها طرف في العقد لكن يمكن استنتاج هذه الشروط من النموذج المتعلق بالمؤسسات رعاية الطفولة المسعفة والذي منحت المادة الخامسة منه هذه المؤسسات الحق في الكفالة لكفالة الأطفال دون سن 18 بقوة القانون في انتظار إدماجهم في وسط عائلي ويشترط أن يكون هذه المؤسسات ذات صبغة عمومية إدارية وتحت وصاية وزارة التضامن وأن لها مركز مالي وبشري يمكنها برعاية الأطفال[2].

المطلب الثاني: الشروط الإجرائية

نقصد بالشروط الإجرائية هيا الجهات المختصة بإسناد الكفالة ومراحل إسنادها ونتنأو ل ذلك من خلال فرعين التاليين:

الفرع الأول: الجهات المختصة بإسناد الكفالة

[1] بوزيد خالد، الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائري،مجلة فانون العمل والتشغيل ، عدد الرابع، جوان 2017 ص 254.

[2] لاكلي نادية، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 110.

والتي تكون أمام ثلاثة جهات معينة وهم القاضي والموثق وفي الخارج القنصل يات الجزائرية وذلك انطلاقا من نص المادة 117 من قانون الأسرة "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وإن تتم برضا من له أبوان".[1]

أو لا : الكفالة أمام القاضي

نجد أن عقد الكفالة يتم أساسا خارج حرم المحكمة وبين طرفين هما الكافل والولي المكفول، سواء كان أبواه أو المؤسسة حماية الطفولة ويقومان بتصرف قانوني بكل حرية ويتطابق إرادتهما، إلا أن هذا العقد لا يحدد آثاره ولا يمكن وجوده في عالم القانوني إلا باللجوء إلى القاضي عملا بأحكام المادة 117 من قانون الأسرة.

إن المحاكم هي المختصة في إبرام عقد الكفالة لأنها صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع القضايا المدنية [2]، فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إما إلى القاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة [3]. وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص، وهذا الأخير يصدر أمره بإفراغ إرادة الطرفين المتطابقة فيه، أي في شكل معين وبعد إطلاع وكيل الجمهورية على أو راق ملف.

وهذا حفاظا على مصلحة المكفول حتى لا تهدر حقوقه، والنيابة العامة تمثل المجتمع وتعمل على حماية الحقوق والحريات فيه، ومن جهة ثانية، فإن أمر رئيس المحكمة له قوة قانونية تمكن حامل هذا العقد وهوكافل بتسجيل ذلك بمصالح الحالة المدنية حتى يتسنى له حصول على الوثائق الإدارية سواء الكافل أو المكفول[4].

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

ونجد أن المشرع أعطى للقاضي هذا التصرف بإضفاء الصبغة القانونية على عقد الكفالة، حتى يكون القاضي باعتباره حامي الحقوق والحريات مراقب دائم لمعيشة ووضعية

---

[1] الأمر رقم 84-11 . مرجع سابق، مادة 117.

[2] علال أمال، التبني والكفالة، مرجع سابق، ص 23.

[3] الملحق رقم 02 تشكيل ملف الحصول على عقد الكفالة.

[4] الملحق رقم 03، عقد الكفالة أمام القضاء

القاصر والمكفول وعليه أن يقوم بالتحري الكامل على حياة الكافل الاجتماعية والمادية والنفسية والعملية حتى يمكن له أن يقبل رضاه وإبرامه لعقد الكفالة.

ثانيا: الكفالة أمام الموثق

وفقا لنص المادة 117 المذكورة سلفا تحرر الكفالة أيضا من الموثق باعتباره ضبطا عموميا يتم تحرير عقد توثيقي لحضور الطرفين وشاهدين إلا أن بالنسبة للأطفال مجهولين النسب أي اللقطاء لا تجرى الكفالة عند الموثق بل على مستوى القضاء فقط، غير أنه وبصدور قانون الإجراءات المدنية وطبقا لمبدأ القانون اللاحق ينسخ السابق الكفالة من اختصاص القضاء ولا محل للموثق في نص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائرية، ومن ثم فهوغير مختص، وعليه لابد من تعديل لإزالة التناقض[1].

ثالثا: انعقاد الكفالة أمام البعثات الدبلوماسية

تكون هذه الإجراءات الخاصة بالجالية في الخارج، إذ أن تقديم الطلب يكون من ذوي الشأن إلى مصالح القنصلية، بحيث يرسل الملف لدى المصالح القنصلية في نسختين، بإضافة إلى الوثائق المطلوبة بالنسبة لطالبي الكفالة بالتراب الوطني يتضمن الملف ما يلي:

- تحقيق اجتماعي مملوء وموقع قانوني من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعينة.
- نسخة طبق الأصل من بطاقات وثائق التعريف أي البطاقة القنصلية
- لا يتم إبداء الرأي النهائي لمنح طفل في إطار نظام الكفالة إلا بعد إجراء المقابلة النفسية والبحث الاجتماعي للمساعدة الاجتماعية لمكان الوضع مع العائلة الطالبة للكفالة[2].

الفرع الثاني: مراحل إسناد عقد الكفالة

تتم مراحل العقد في مرحلتين أساسيتين هما: المرحلة التمهيدية (الإدارية) ثم المرحلة القضائية

أو لا: المرحلة التمهيدية

[1] قديري سوسن، الكفالة على ضوء قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 54.

[2] ملحق رقم04، اجراءات وكيفيات الوضع القانوني للكفالة، متحصل عليها من مديرية النشاط الإجتماعي ولاية بسكرة.

وتتمثل هذه المرحلة في الخطوة الأولى للتخلي عن الطفل المسعف، كخطوة تمهيدية لباقي المراحل[1]، وهذه الخطوة عبارة عن تخلي الأبوين عن طفل سواء كان شرعي أو غير شرعي ووضعه في طفولة مسعفة وهذا الفعل بحد ذاته يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون المواد 314 و330 من قانون العقوبات الجزائري على أنه كل من ترك طفل عرضة للخطر في مكان خال من الناس أو عمل الغير على ذلك، يعاقب بمجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات[2]، ومن المادة 330 موضوع هذه الجريمة وحصره في ثلاث حالات هي: حالة تعريض صحة الأولاد وحالة تعريض أمنهم، وحالة تعريض معنوياتهم وأخلاقهم إلى خطر حقيقي جسيم، وبذلك يكون عقاب متشددا[3].

ففي حالة العثور على طفل مجهول النسب أي لقيط فإن مادة 67 من ق. ح. م نصت على أنه: "يتعين على كل شخص مولودا حديثا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابعة إلى مكان العثور" وهنا دور ضابط الحالة المدنية يعطي مجموعة أسماء لهم، مع تمييز بين نوع الجنين الذكر والأنثى واتخاذ منها اسم والأخرى لقب، ولانعقاد عقد الكفالة لابد من تميز القاصر مكفول بمجهول النسب ومعلوم النسب.

1 – بالنسبة للقاصر مجهول النسب:

هنا نفرق بين حالتين:

أ –إذا كان القاصر معلوم الأم

هنا وكأي عقد يجب أن يكون الرضا من الأم لأنها ولي أمره بأن يتكفل شخص آخر ذوقدرة على التربية والرعاية ابنها غير أن القانون غير مشدد في التصريح عن الرضا، فيكفي أن يكون القبول ضمني لاعتباره صحيح.

هنا القانون جاء لحماية القاصر وهي المهمة الأولى دون اشتراط الأم العزباء في المجتمع الإسلامية ويكون هذا الإجراء على مستوى الموثق [4]، ولكن هناك خلل ظهر لدى

---

[1] لاكلي نادية، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 111.

[2] الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18صفر عام 1386 ، الموافق ل يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[3] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نطاق الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 2013، الجزائر ص 33.

[4] علال أمال، التبني والكفالة، مرجع سابق، ص 87.

الطفل القاصر معلوم الأم ولكنها تخلت عنه عند الولادة [1]، أي تنازلها عن طفلها عند الولادة، وذلك لأسباب خاصة أنه طفل غير شرعي سنتنأو له على مستويين إما على مستوى المستشفى، أو على مستوى النشاط الاجتماعي:

- على مستوى المستشفى:

من قانون نص المادة 73 من قانون حماية الصحة وترقية: "على انه تحدد مصالح الصحة كيفية المساعدة الطبية التي ستهدف الوقاية الفعالة للأطفال من الإهمال"[2].

وتعتبر المساعدة الاجتماعية الوسيط بين الأم والإجراءات اللازمة بتخلي حيث تحضر لها محضر التخلي عن طفلها لكي تملؤه بمعلوماتها إما بتقديم نسخة من بطاقة تعريف أو شهادة ميلاد وصورة شمسية ولها الاختيار بعدم تقديم أي وثيقة تخصها وأن تدون دون أي معلومات[3]، وتكون لها الفرصة لاسترجاع طفلها فتمنح لها مدة 3 أشهر لكي تحسن أو ضاعها وفي هذه المرحلة لا يبقى الصغير في المستشفى، بل يتوجه إلى مؤسسة الطفولة المسعفة إلى غاية حضور أمه وأخذه إما في حالة التخلي الدائم هنا تقوم بإمضاء التخلي النهائي عن الطفل والتبري من مسؤولياته ويجعل منه طفل من أيتام الدول ويدخل مباشرة إلى الطفولة المسعفة، وتصبح مديرية النشاط الاجتماعي هي المسؤولة عنه، ولا يمكن للأم استرجاعه وهذا المحضر يرسل إلى البلدية لتسجيل بالوثائق التالية:

صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف أو شهادة الميلاد معها صورة إشعار بالولادة [4].

لابد من رضا الأم بتكفل شخص آخر بابنها القاصر غير أن القانون لا يشدد في الاشتراط رضا الأم المكفول ذلك القبول الضمني يكفي اعتباره صحيح.ا

*القاصر مجهول الأبوين: غالبا ما توجد هذه الفئة مرمية بدون حماية دون المعلومات فتقوم المؤسسة حماية الطفولة برعايتهم والعناية بهم ولابد رضا المكلف بهذه المؤسسة شرط في القانون وبحضرها المعلومات التي تعطى لطفل المعثور عليه يجب على من قام بالعثور عليه تقديم كافة المعلومات التي وجدها في طفل ومكان وبعدها يقوم ضابط الحالة بإ ضافة

[1] ملحق رقم 5، محضر تنازل الأم عن طفل.

[2] قانون 85-05 مؤرخ في جمادى الأو لى عام 1405 الموافق ل 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية صحة وترقيتها، جريدة رسمية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08_ 13 المؤرخ في17 رجب 1429 الموافق ل 20 جوان 2008

[3] مقابلة مع مساعدة اجتماعية في الطفولة المسعفة دراجي بلوم بلقاسم ولاية بسكرة، 30 أفريل ساعة 12:34 صباحا.

[4] تصريحات من مدبرية النشاط الإجتماعي ولاية بسكرة.

اسم ثلاثي وذلك حسب مادة 64 ق حم[1]. وحسب تصريحات مساعدة اجتماعية عدد الأطفال بتناقص وذلك سبب أن النساء تلجئ إلى إجهاض الذي يعد بحد ذاته جريمة[2].

-على مستوى مصلحة مدرية النشاط الاجتماعي :

هي مؤسسة ذات طابع إداري اجتماعي تهدف إلى خدمة مصالح الأفراد المكونين للمجتمع بكل فئاته لإعادة إدماج الفئة المهمشة كالمعوقين حركيا، بصريا، عقليا، وكذا الطفولة المحرومة عن عمليات اجتماعية تقوم بها هذه وتعتبر مديرية النشاط الاجتماعي هيئة تعمل تحت وصاية وزارة العمل والشؤون الاجتماعية والتكوين المهني من بين المهام التي تتم بها هذه المؤسسة إدماج فئة الطفولة المسعفة في أسرة كفيل ترعاهم وكذا متابعتهم إداريا ومساعدة على الوثائق الإدارية الخاصة.

1 – بالنسبة القاصر معلوم النسب:

فيما يخص كفالة معلوم النسب يجب تقديم الوثائق التالية :طلب خطي، شهادة ميلاد القاصر المكفول، شهادة ميلاد الكافل وشهادة عمل وكشف الراتب، عقد الزواج الكامل . صورة لبطاقة التعريف الوطنية للكافل وأبوي المكفول والشاهدين ،طابع جباي، شهادة الوضعية كلية، يتم تسلمها من طرف مصالح مديرية المساعدة الاجتماعية (D. S. A).[3]

ثانيا: المرحلة القضائية

طبقا لقانون الإجراءات المدينة إدارية رقم 08_09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، فقد نظم فيقسمه السادس في المواد من 492 إلى 497 إجراءات طلب الكفالة .

نصت المادة "أنه يقوم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة بمحكمة مقر موظف طالب الكفالة"[4]،من أجل أن يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل وفقا للمواد قانون الأسرة ولأجل ذلك :يجوز للقاضي أن

---

[1]أمر رقم 20/70، مرجع سابق ، مادة 64 "يعطي ضابط الحالة المدنية نفس الأسماء إلى الأطفال اللقطاء المولودين من أبوين مجهولين .... الخ".

[2]سلوى سالم، كفالة مجهول النسب، مرجع سابق، ص 23

[3]علال أمال، التبني والكفالة، مرجع سابق، ص 93.

[4]قانون رقم 08–09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمة ، العدد 21 المؤرخة في17 ربيع الثاني.

يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيد للتأكد من قدرة الكافل على الرعاية المكفولة والإنفاق عليه وتربيته .

ولأجل تبسيط الإجراءات المتعلقة بطلب الكفالة التي تتم بطابع إنساني فإن النظر يتم بعد أخذ رأي النيابة وذلك حسب مادة 494 من ق. ا. م. ا. . "ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة والتي تعد طرفا في جميع قضايا شؤون الأسرة ويفصل في الطلب بموجب آمر ولائي ، هذا ما نصت عليه المادة 493 من قانون ا. م. ا. "يفصل القاضي طلب الكفالة بأمر ولائي".

أما في حالة طلب التخلي عن الكفالة فإن المشرع أخضعها لقواعد الإجراءات العادية في رفع دعوى وتصدر بموجب حكم وهذا من باب ترجيح مصلحة المكفول وتكون في جلسة سرية بعد إبداء رأي النيابة العامة في حال موت الكافل أن يخبروا قاضي شؤون الأسرة الذي قام بإبرام عقد الكفالة وذلك طبقا لنص المادة من 495 إلى 492 من ق. ا. م. ا. ج[1].

[1]نور الهدى، كفالة في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 20.

المبحث الثاني: آثار وأسباب انقضاء لعقد الكفالة

بعد انعقاد عقد الكفالة بتسليم الطفل المكفول للأسرة الكافلة يبدأ سريان آثار المنتجة للعقد، وينقضي العقد في حالات محددة، وهذا ما سيتم التعرف عليها من خلال المطلبين التاليين وهما:

المطلب الأول: آثار عقد الكفالة.

المطلب الثاني: أسباب انقضاء عقد الكفالة.

المطلب الأول: آثار عقد الكفالة

ينتج عقد الكفالة آثار قانونية سواء بالنسبة للأسرة الكافلة أو الطفل المكفول وهذا ما سيتم التعرف عليه.

الفرع الأول: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل

إن معظم الآثار لعقد الكفالة تقع على الكافل باعتباره طرف أكثر تحملا للالتزامات ويتجسد هذا الالتزام في نوعين من الولاية وهما الولاية على النفس والولاية على المال.

أو لا: الولاية على النفس

تتمثل هذه الولاية بقيام الكافل بمجموعة من المهام وهي النفقة على الطفل المكفول وحرص على رعايته وحقه في قبض المنح العائلية والمدرسية.

1/النفقة: بالرجوع إلى أحكام المادة 116 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:"الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة..."، كما نصت المادة 78 من نفس القانون على مشتملات النفقة حيث جاء في نص المادة:" تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر ضروريات في العرف والعادة" [1]، ومنه فإن الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بالنفقة هوأن الكافل يحل محل الولي الشرعي في قيام بشؤون القاصر المكفول، بحيث يلتزم بالقيام بأموره مثل علاقة الأب بابنه[2].

---

[1]أمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، مرجع سابق.

[2]بن غريب رابح، "آثار الكفالة في قانون الأسرة"، مجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد2، الجزائر، 2022، ص11.

ومن بين الاجتهادات القضائية التي حرصت على إدراج النفقة ضمن الالتزامات التي تقع على عاتق الكافل هي قرار المحكمة العليا رقم 369032 الذي تضمن على أنه:" يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا ما لم يثبت تخليه عن الكفالة"[1].

يتعين على القاضي المختص التأكد من القدرة المالية للكافل في التكفل بالطفل المكفول وتكون مدة الإنفاق على المكفول محددة في قانون فبنسبة للولد تكون حتى بلوغه سن الرشد أما الأنثى فهي تمتد المدة إلى غاية زواجها.[2]

2/ الرعاية والتربية لطفل المكفول: يحرص الكافل على رعاية الطفل المكفول منذ لحظة انتقال حقيقي لطفل إلى أحضان الكافل وبعد حصوله هذا أخير على مذكرة التسليم من مديرية النشاط الاجتماعي يحل محل الأب الحقيقي[3].

تشمل الرعاية جميع جوانب الحياة المختلفة من متابعة الصحية وسلامة الجسدية والعقلية والنفسية للمكفول وحرص على عدم تعرضها لأي اضطرابات قد تأثر على حياة الطفل وتربيته على قيم ومبادئ إسلامية.[4]

في حالة أي اعتداء قد يقع على المكفول من الغير يلتزم الكافل بالمطالبة بالتعويض لفائدة المكفول، وذلك من خلال تقديم شكوى لجهات المختصة بصفته ممثل قانوني، وإذا كان المكفول هوالذي أحدث ضرر للغير يلتزم الكافل بتعويض للغير، وذلك استنادا لأحكام المادة 134 من قانون المدني المتعلقة بمسؤولية متولي الرقابة والتي تنص:" كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية والجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولوقام بهذا الواجب مما ينبغي من العناية." [5]

---

[1] قرار محكمة العليا رقم، الصادر بالتاريخ 13 ديسمبر2006، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2007، ص443.

[2] لاكلي نادية، مرجع سابق، ص113.

[3] أمينة مساعدية، "الحماية القانونية للطفل في إطار نظام الكفالة"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 6، 2019،ص88.

[4] بن غريب رابح، مرجع سابق، ص12.

[5] أمر رقم 58.75 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

3/ قبض المنح العائلية والمدرسية: نصت المادة 121 من قانون الأسرة على أنه:"تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي"[1] يتقدم الكافل بملف لدى الهيئة المستخدمة يحتوي على شهادة عائلية مسجل بها الولد المكفول إلى جانب الأبناء الأصليين مع الإشارة في نفس الشهادة بأنه مكفول، أو يضع الشهادة العائلية زائد عقد الكفالة منفصلين وذلك قصد الاستفادة من المنح المقدمة من الضمان الاجتماعي.[2]

ثانيا: الولاية على المال

تنتقل ولاية مال المكفول إلى الكافل بمقتضى عقد وكالة بموجب مادة 121 من قانون الأسرة السابق ذكرها والمادة 122 من نفس القانون والتي تنص على أنه:" يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث، والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول" [3]

وهذا بمعنى أن الكافل له سلطة التصرف في ذمة المالية لمكفول باعتباره قاصر لا يحسن التصرف في أمواله.

ويجب على الكافل الحفاظ على أموال وصيانتها والعمل على تنميتها إذا كان هناك قدرة على فعل ذلك.[4]

ومن بين الواجبات التي تقع على عاتق الكافل هي قيام بتسجيل الرهون الرسمية لفائدة القاصر، وشهر التصرفات الخاضعة لشهر العقاري، والقيام ببعض الترميمات للعقار المملوك[5]، هناك بعض التصرفات وجب على الكافل حصوله على إذن من القاضي وهذه التصرفات نصت عليها المادة 88 من قانون الأسرة حيث ورد فيها:" على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

. بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

. بيع المنقولات ذات أهمية الخاصة.

---

[1] أمر رقم 02.05 المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[2] سعاد زغيشي،" كفالة اليتيم في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات، العدد24، 2017،ص189.

[3] أمر رقم 02.05 المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

[4] أبوالسعود رمضان، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، مصر، 1999م، ص197.

[5] سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008/2007، ص106.

. استثمار أموال القاصر بالاقتراض، أو المساهمة في الشركة.
. إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

من خلال نص المادة يتبين لنا أن الكافل يحل محل الولي في التصرف في أموال القاصر.

كما يشترط المشرع في بيع عقار المملوك للمكفول في حالة حصول الكافل على إذن من القاضي يتم البيع عن طريق المزاد العلني، وفي حالة تعارض المصالح بين الكافل والمكفول يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء بطلب من له مصلحة.

وفي حالة استغلال أموال القاصر وقيام بأعمال تعسفية في حقه تتحرك النيابة العامة تلقائيا وتقوم بتحريك الدعوى العمومية، وهذا ما نصت عليه المادة 380 من قانون العقوبات حيث ورد فيها:"كل من استغل حاجة لقاصر لم يكمل حادية وعشرون أو ميلا أو هوى أو عدم خبرة فيه ليختلس منه التزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية وذلك إضرارا به يعاقب بحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 500 إلى 10,000 دج

وتكون العقوبة من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة مالية من 1,000إلى 15,000 دينار إذا كان المجني عليه موضوعا تحت الرعاية الجاني أو تحت رقابته أو سلطته

وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه المادة، يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر". [1]

الفرع الثاني:آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول

تتمثل هذه الآثار في حصول الطفل المكفول على لقب الكافل وحق في الوصية والتبرع له.

أو لا: منح اللقب للمكفول

الطفل المكفول قد يكوم معلوم النسب له لقب عائلي يحتفظ به وهذا ما نصت عليه المادة 119 من قانون الأسرة:"يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب..."، وقد يكون مجهول النسب ليس له لقب حقيقي وتطبق له أحكام المادة 64 فقرة الأخيرة من قانون

[1]أمر رقم 156.66 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم بأمر رقم 04.82 المؤرخ في 13 فيفري1982، العدد 7.

الحالة المدنية التي نصت على أنه:" 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" [1]

جاء المرسوم التنفيذي رقم 24/92 بجواز منح الكافل لقبه للمكفول وذلك من أجل الحفاظ على نفسية المكفول وقدرة على تعايشه مع المجتمع من بين الأمور الذي جاء بها المرسوم هي:

1/شروط تغيير اللقب: يجب على الكافل الالتزام بالشروط وفي حالة مخالفتها لا يتم استجابة الطلب المقدم إلى وزارة العدل، وهذه الشروط هي:

. ضرورة وجود عقد كفالة: حتى يمكن للكافل منح لقبه للمكفول يجب أن يكون كافلا له قانونيا بموجب عقد توثيقي صادر من الموثق، أو كفالة صادرة من الجهات القضائية.

. ضرورة أن يكون مجهول نسب من الأب: بمعنى يجوز تغيير لقب المكفول معلوم الأم، لأنه يعد أصلا في حكم المجهول النسب.[2]

. أن تكون المبادرة في تغيير اللقب من طرف الكافل: بمعنى أن يكون هناك تعبير عن الإرادة الحرة للكافل.

. موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة: يجب أن يكون تعبير عن الإرادة في عقد شرعي مكتوب.

2/ إجراءات تغيير اللقب: تتمثل في مجموعة من الوثائق على الكافل تحضيرها وهي:

. طلب خطي موقع من طرف الكافل موجه إلى وزير العدل حافظ الأختام.

. عقد كفالة محرر وفقا لشروط القانونية.

. نسخة من شهادة ميلاد الكافل.

. نسخة من شهادة ميلاد المكفول.

. الموافقة الكتابية للأم إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.

. شهادة الوضع بالنسبة للأطفال الموجودين في إطار المساعدة الاجتماعية.

---

[1] أمر رقم 70.20 ، مرجع سابق .

[2] أمر رقم 92 . 24 المؤرخ في 13 جانفي1992، المتضمن تغيير اللقبالمتممبمرسومرقم 71. 157 المؤرخ في 3 جوان 1971، العدد 5 من الجريدة الرسمية المؤرخة في 22 جانفي 1992.

أما بالنسبة للمراحل تغيير اللقب فتكون كالتالي:

المرحلة الأولى: يتلقى وزير العدل الملف المتكون من الوثائق السابق ذكرها.

المرحلة الثانية: يكلف وزير العدل النائب العام حسب دائرة اختصاص صاحب الطلب بإجراء تحقيق وهوبدوره يعين وكيل الجمهورية لمتابعة التحقيق.

المرحلة الثالثة: بعد إجراء عملية التحقيق ترسل النتائج إلى وزير العدل وهوبدوره له صلاحية القبول أو الرفض.[1]

المرحلة الرابعة: في حالة الموافقة على الطلب يأمر وزير العدل النيابة العامة بتقديم التماساتها إلى رئيس المحكمة قصد إصدار أمر بتغيير اللقب في غضون 30 يوم من تاريخ الإخطار.

المرحلة خامسة: في حالة موافقة القاضي عل تغيير اللقب، يسهر وكيل الجمهورية على تنفيذ الأمر، وتقييده في سجلات الحالة المدنية على الهامش.

باستثناء أن هذا الأمر لا يتم نشره في الجرائد، باعتبار أنه أمر حساس، ويخص مصلحة المكفول.

مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية:

على الرغم من أن المشرع أجاز مسألة منح اللقب للمكفول من خلال المرسوم التنفيذي 24/92 الذي نص على ذلك، إلا أن بعض من الفقهاء اعتبروا أن هذا خروجا من إطار الكفالة ودخولا في إطار التبني.

الرأي الأول: لقد اعترض البعض على حمل المكفول اسم الكفيل وأساس اعتراضهم هوما ورد في سورة الأحزاب، حيث قال عز وجل:" ما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهويهدي السبيل 4 ادعوهم لآبائهم هوأقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم" [2]،

وكذلك حادثة زيد بن حارثة التي من خلالها جاء تحريم التبني.[3]

---

[1] أمر رقم 2492 المؤرخ في 13 جانفي 1992، مرجع سابق.

[2] سورة الأحزاب، آية 4 و5.

[3] زوأو ي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 2492 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، العدد 2، الجزائر، 2000، ص70 . 71.

كما أن منح اللقب للمكفول يعد إجراء يغير حقيقة النسب الأصلي للمكفول، في حقيقة الأمر له لقب منحه إياه ضابط الحالة المدنية (المادة64).

تناقض المرسوم التنفيذي 24/92 مع أحكام المادة 120 من قانون الأسرة التي تنص على:" يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية" [1]

الرأي الثاني: لقد اتفق البعض على أن المرسوم التنفيذي رقم 24/92 جاء لمصلحة المكفول ولا يعد منح اللقب له خروجا من أحكام الكفالة ودخولا في أحكام التبني كما يزعم البعض لأن من ضمن الإجراءات تغيير اللقب تسجيله على الهامش في وثيقة الميلاد(مادة 5 مكرر) بحيث أن كل من له مصلحة يمكنه التعرف على الأمر وليس بشيء السري وكذا بالنسبة للميراث ليس للمكفول حق فيه.

إن اللقب الذي يمنح للمكفول هومجرد استعمال فقط ويبقى اللقب الحقيقي الذي منحه إياه ضابط الحالة المدنية أو لقب الأم البيولوجية محفوظا. [2]

ثانيا: التبرع والوصاية للقاصر المكفول

يجوز للكافل أن يتبرع أو يوصي للمكفول ذلك استنادا للمادة123 من قانون الأسرة التي نصت على أنه:" **يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أو صى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة**".

كما يجوز للكافل أن يهب للمكفول كل ممتلكاته أو جزءا منها وذلك طبقا للمادة 205 من نفس القانون التي نصت على:" **يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة**" [3]

تتمثل الوصية في تنازل الكافل لجزء من أمواله للمكفول سواء كان عقارا أو منقولا [4]

كما أنه في حالة إذا كانت هناك قرابة بين الكافل والمكفول يستحق هذا الأخير الإرث بناءا على قرابة النسب لا عقد الكفالة.

المطلب الثاني: أسباب انقضاء عقد الكفالة.

[1] أمر رقم 02.05، مرجع سابق.

[2] بن غريب رابح، مرجع سابق، ص 18.

[3] أمر رقم 02.05، نفس المرجع.

[4] لاكلي نادية، مرجع سابق،ص 107.

إن عقد الكفالة كغيره من العقود يقوم ويبقى وينتج آثاره التي سبق تم تعرف عليها، وكذلك هناك عدة أسباب قد تؤدي إلى انقضائه وقد حصرها المشرع في المادتين 124 و125 من قانون الأسرة. سنقوم بشرح هذه الأسباب في الفروع التالية:

الفرع الأول: وفاة المكفول أو الكافل

إن وفاة الطفل المكفول أو الكافل يؤدي هذا إلى انقضاء عقد الكفالة. بالنسبة عن النتائج المترتبة عن وفاة الطفل المكفول والذي حدث فيها إشكال هي مسألة المال الذي كان يملكه المكفول قبل وفاته ما هومصيره ومن له الحق فيه؟

انقسم الفقهاء إلى قسمين، القسم الأول يزعم أن المال يرثه المسلمين ويعود إلى بيت مال المسلمين، باعتبار أن الإمام هوولي الطفل اللقيط، أما عن القسم الثاني فيجد أن من التقطه ورعاه وحافظ عليه وتكفل به وهوالكافل الذي يستحق الميراث. [1]

أما بالنسبة عن وفاة الكافل يصبح المكفول يتيما مرة أخرى، وتصح في حقه كفالة جديدة، وتترتب عن وفاة الكافل حالتين حسب نص المادة 125 من قانون الأسرة وهي:

الحالة الأولى:تنتقل الكفالة من المورث إلى الورثة إذا ما صرحوا با لحلول م حل مورثهم في التكفل بالقاصر ويصبح أحد الورثة هوالكفيل الجديد.

الحالة الثانية:عدم التزام الورثة بالتكفل بالمكفول فالقاضي هوالذي يتصرف في حالة القاصر لأنه هوالولي لمن لا ولي له، وبالتالي يمكن استناد الأمر القاصر إلى جهة المختصة بالرعاية وقد تكون مؤسسة حماية الطفولة.[2]

الفرع الثاني: مخالفة الشروط التي نصت عليها المادة118 من قانون الأسرة

قد سبق لنا التعرف على شروط عقد الكفالة والتي نصت عليها المادة 118 من قانون الأسرة والمتمثلة في الإسلام والأهلية والقدرة على رعاية المكفول، في حالة تخلف من هذه الشروط تنقضي الكفالة بحكم القانون. [3]

سنقوم بشرح كل شرط على حدا مع بيان سبب الذي يؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة

---

[1] عمراش أسماء، بليل كاتية، مرجع سابق ،ص 94.

[2] عبد الرحمن سلام، الكفالة في التشريع المدني الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، مجلد 19، العدد 2، أكتوبر 2018، ص622.

[3] WWW.9anon4dz.Com/2023/02/blog، تم تصفح الموقع في:2023/05/12، على الساعة20:43.

أو لا: تخلف شرط الإسلام

بما أن الجزائر دولة إسلامية وتقوم على الدين الإسلامي وهذا ما نصت عليه المادة 2 من دستور 1966:" الإسلام دين الدولة" [1]، لهذا وجب أن يكون الكافل ينتمي إلى دين الدولة وهذا ما سبق ذكره في المادة 118 من قانون الأسرة ولأن المكفول يتأثر بدين أبيه فإذا ارتد الكافل عن دينه الحقيقي تنقضي الكفالة ولا يعد يستحقها في هذه الحالة.

ثانيا: تخلف شرط الأهلية

بما أن الكفالة من عقود التبرعية بحيث لا يجب أن يشوب أي عيب من عيوب الرضا في أهلية الكافل ويشترط أن يكون سليما من الآفات العقلية وأن تكون له إرادة صحيحة [2]، وتتمثل عوارض الأهلية في الجنون والعته والغفلة والسفه.

ثالثا: تخلف شرط القدرة

ينقضي عقد الكفالة في حالة عدم قدرة الكافل على قيام بواجباته اتجاه الطفل المكفول منالجانب المادي كالنفقة والجانب المعنوي كالتربية والعناية، نتيجة مانع صحي مثل إصابة الكافل بعاهة مستديمة كالعمى أو إعاقة جسدية.

يمكن للقاضي التأكد من الحالة المادية للكافل من خلال الاطلاع على كشف الراتب الشهري إذا كان موظفا أو السجل التجاري إذا كان تاجرا.[3]

الفرع الثالث: سوء سيرة الكافل

من بين الشروط التي يجب أن تكون في الكافل هي حسن الأخلاق ومستقيم السيرة وبعيد كل البعد عن الفسق والفجور فإذا قام بأي تصرف من شأنه أن يمس بأخلاقه تسقط عنه الكفالة كتعاطيه المخدرات مثلا.

الفرع الرابع: طلب والدي المكفول عودته لولايتهما

---

[1] دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1966، مرجع سابق.

[2] بن تقية محمد، دارسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن،الديوان الوطني للأشغال التربوية،طبعة1، 2003 ص 22.

[3] صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، 2007،ص460.

حسب ما نصت عليه المادة 124 من قانون الأسرة:"إذا طلب الأبوان أو احدهما عودة الولد المكفول إلي ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول." [1]

نجد أن المشرع من خلال نص المادة قد أجاز للوالدين الحقيقيين باسترجاع ابنهما الحقيقي وذلك بتقديم طلب إلى المحكمة الابتدائية، وتقضي المحكمة ما تراه مناسبا لمصلحة الطفل وهذا يكون حسب عمر الطفل، ونفصل ذلك كما يلي:

أو لا:قبل بلوغ الطفل سن التمييز

في حالة إذا كان الطفل لم يبلغ سن 13 سنة حسب المادة 42 فقرة2 من القانون المدني بحيث تعتبر تصرفاته باطلة بطلان مطلق ويكون عديم الأهلية، [2]ولا يعرف كيف يختار بين الرجوع لوالديه الحقيقيين أو بقاء تحت رعاية الكافل أو مؤسسة في حالة إذا لم يتم التكفل به.

نجد أن المشرع في هذه الحالة له السلطة التقديرية في هذه المسألة، بحيث يتخذ مجموعة من إجراءات وبحث شامل لمعرفة أين تكمن مصلحة المكفول، فإذا رأى أن مصلحة المكفول عند والديه أمر بقبول طلبهما وإرجاع طفلهما إلى أحضانهما أما إذا رأى عكس ذلك رفض الطلب المقدم إلى المحكمة الابتدائية وأبقى الطفل عند الأسرة الكافلة أو مؤسسة طفولة مسعفة.

ثانيا: بلوغ الطفل سن تمييز

يكون عمر الطفل بين 13 سنة إلى 19 سنة في هذه الحالة يستطيع التمييز بين النفع والضرر، ترك المشرع حرية الاختيار لطفل برجوع إلى والديه أو بقاء مع الأسرة الكافلة أو المؤسسة في حالة عدم تكفل به فإذا وافق برجوع إلى طلب والديه تنقضي الكفالة في حق الكافل أما إذا لم يوافق تبقى الكفالة قائمة ويرجع إلى ولاية الكافل.

وقد استند المشرع هذه المسألة من الشريعة الإسلامية في حادثة زيد بن حارثة، بحيث خيره الرسول برجوع إلى أهله أو بقاء تحت ولايته، وهوكان خياره البقاء مع الرسول صلى الله وعليه وسلم نظرا لعطف الرسول عليه.

الفرع الخامس: التخلي عن المكفول بإرادة الكافل

---

[1]أمر رقم 02.05، مرجع سابق.

[2]علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة1، دون سنة نشر، ص 55

يمكن أن تنقضي الكفالة بإرادة الكافل ويتم تخليه على الطفل المكفول وهذا ما نصت عليه المادة125 من قانون الأسرة:" التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالةوأن يكون يعلم بعلم النيابة العامة..." [1]

ومعنىالمادة أنه يجب أن يتم عقدالتخلي عن الطفل المكفول أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالةويكون التخلي عن الكفالة بعد علم النيابة العامة لترى رأيها في ذلك وبلعتبارها ممثلة للمجتمع في كل المجالاتمن الرقابة.

وفي أخير تمكنا من توضيح كافة الإجراءات لتسهيل عملية التكفل التي شملت كل من المرحلة التمهيدية والمرحلة القضائية ومعرفة الشروط الواجب توافرها في كل من الكافل والمكفول لانعقاد عقد الكفالة وفق الطرق القانونية.

وينتج لعقد الكفالة آثار متمثلة في التزامات التي تقع على عاتق الكافل والمكفول أهمها المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب الذي حرصنا على توضيح مضمونه، وللعقد أسباب انقضاء مثله مثل سائر العقود، سواء بسبب القوة القاهرة أو بالإرادة الحرة.

[1] أمر رقم05.02، مرجع سابق.

خاتمة

وفي الأخير نستخلص أن قانون الأسرة الجزائري التزم بأحكام الشريعة الإسلامية من ناحية تنظيمه لنظام الكفالة، وهي تعتبر الحل أمثل وأنجح لحماية هذه الفئة المحرومة من ناحية اجتماعية وإنسانية وتعويضهم قدر الإمكان على ما فقدوه من حنان أسري، وتبين ذلك بعد دراستنا لهذا الموضوع في عدة أمور، ومن هنا نستخلص النتائج التالية:

. حث الإسلام على كفالة وحرم التبني لما جاء في قول الله تعالى في سورة آل عمران:{وكفلها زكريا} "آية رقم 37".

. تعتبر الكفالة بديلا جائزا وملائما شرعا وقانونا عن التبني.

. الكفالة ذات طابع شخصي تبرعي يقوم به الكافل برعاية الطفل القاصر وقيام بشؤونه المالية والشخصية.

. يبرم عقد الكفالة أمام جهات مختصة قضائيا بنسبة لأطفال مجهولين النسب.

. حدد المشرع طرق إثبات النسب في المادة 40 من قانون الأسرة، كما أقر بضرورة استخدام التقنيات الحديثة و المتمثلة في البصمة الوراثية(A D N).

. يجب أن تتوفر عدة شروط في كل من الطرفين الكافل والمكفول حسب ما جاء في المواد 118 و116 من قانون الأسرة الجزائري.

. يتم إسناد عقد الكفالة وفق مرحلتين، الأولى مرحلة تمهيدية "المرحلة الإدارية"، والمرحلة الثانية "المرحلة القضائية".

. أجاز المشرع الجزائري للكافل بمنح اللقب للمكفول مجهول النسب دون الاستفادة من ميراث وغيره، وذلك وفق المرسوم التنفيذي 24/92 .

. ينقضي عقد الكفالة كغيره من العقود لأسباب حددها المشرع الجزائري في مادتين 124 و125 من قانون الأسرة.

وبعد ذكر النتائج أعلاه نتوصل لعدة توصيات نذكر منها:

من مستحسن أن يقوم المشرع الجزائري بإعادة النظر في قوانين المتعلقة بالكفالة من خلال إعادة سنه لقوانين جديدة تكون أكثر حرصا على مصلحة كلا طرفين ومع معالجة

الثغرات الموجودة في المرسوم التنفيذي 24/92 التي تعرضت لانتقادات عديدة من قبل الفقهاء.

الأفضل على المشرع تحديد مصير الكفالة في حالة انفصال الزوجين باعتبارها مشكلة يواجهها القاضي.

لو يعاد النظر في مسألة فقدان الولد حقه في الإقامة في دور رعاية المسعفة عند بلوغه سن الرشد(18سنة)، وإيجاد له مكان لإقامة جديدة أو إنشاء مراكز شباب تتكفل بهذه الفئة حتى يتمكنوا من تحقيق استقلالية مادية وتمكنهم من العيش الكريم.

لو أن يتم مراجعة القوانين التي تحكم شريحة الطفولة المسعفة، لأن القوانين المعمول بها تعتبر قوانين سطحية تعتمد فقط على القواعد العامة وتفتقر للوضوح في الكثير من الأحيان.

. تسهيل دور الرعاية لبعض العائلات التي حرمت من الأطفال بإجراءات التكفل وإبداء الاهتمام الأكبر لجانب المعنوي الذي ستوفره الأسرة الكافلة للطفل من عطف وحنان.

حبذا أن المشرع الجزائري يوضح الغموض في بعض المسائل مثل عدم ذكره لباقي الشروط الموضوعية المتعلقة بكفيل حيث اكتفي بثلاث شروط حسب نص المادة 118 من قانون الأسرة ولم يذكر شرط الجنس مثلا، فمن مفروض أن ينص بشكل صريح على أن المرأة لها كامل الحق في طلب الكفالة باعتبارها أكثر طرف يستحق التكفل والشعور بالأمومة

.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

القرآن الكريم

القواميس

1. ابن منظور، لسان العرب، طبعة جديدة، دار المعارف، القاهرة.

2. ابن منظور، لسان العرب، جزء الرابع.

3.أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين ،معجم مقاييس اللغة،دار الفكر، طبعة 1، سوريا (1399هـ1979م)،جزء5.

4. ابن منظور،لسان العرب،دار الصادر،بيروت،طبعة1414،3هـ،جزء14.

5.العلامة الراغبالأصفهاني،مفرداتغريب القرآن، دار القلم،دمشق،ط4،(2009/1430).

6محمود الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، دار المعرفة،لبنان، طبعة2،جزء3.

7.عبد السلام هاروت، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مصر،طبعة 3،(1405هـ 1985م).

8. أبو هلال حسن،معجم الفروق اللغوية، مؤسسة النشر الإسلامي،طبعة 1، 1412هـ، جزء1.

9. الفيروز آبادي، قاموس المحيط،دار المعرفة،بيروت،جزء4.

10إبراهيم أنيس، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، قاهرة، طبعة4، جزء1.

النصوص القانونية:

1. الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18صفر1386هـ 8 جوان 1966م، المتضمن قانون العقوبات. المعدل و المتمم إلى غاية سنة2012.

2. الأمر 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية معدل و متمم بالقانون 08/14 المؤرخ في 9 غشت 2014، والمتمم بالقانون 03/17 المؤرخ في 10 جانفي 2017، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخ في 27 فيفري 1970.

3. الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن قانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية العدد 44، الصادر في26 جوان 2006، المعدل و المتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية العدد31 .

4. الأمر 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 31، المؤرخ في 31 جويلية1984، المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية العدد 15.

5. قانون رقم 05/85 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405هـ الموافق ل 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل و المتمم بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق ل20 جوان 2008.

6. الأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن قانون الجنسية، الجريد الرسمية العدد15، المعدل و المتمم بالأمر 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970.

7. قانون رقم 09/08 المؤرخ في18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق ل 23 أفريل 2008.

8. الأمر 03/16 المؤرخ في 19 جوان 2016، المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في إجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، الجريدة الرسمية العدد 37 المؤرخة في 22 جوان 2016.

9. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، قانون رقم 02/03 المؤرخ في 10أفريل 2002، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 25 المؤرخة 14 أفريل 2002، المعدل بقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية العدد63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، وقانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 الجريدة الرسمية العدد14 المؤرخة في 7 مارس 2016.

10. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020، الجريدة الرسمية العدد 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

11. المرسوم التنفيذي 24/92 المؤرخ في 8 رجب 1412هـ الموافق ل 13 جانفي 1992، المتمم للمرسوم 157/71 المؤرخ في 3جوان 1971، المتعلق بتغيير اللقب، الجريدة الرسمية العدد 05، المؤرخة في 22 جانفي 1992.

القرارات القضائية:

1. مجلة المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ، الصادرة بتاريخ: 1970/3/10 ملف رقم 1972 ، عدد2.

2مجلة المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بالتاريخ 13 ديسمبر 2006، ملف رقم 369032 ،العدد 2، 2007.

3. المجلة القضائية، لزواوي فريدة "مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، 2000، العدد2.

ثانيا: المراجع

الكتب:

1.أبو داوود سليمان، سنن أبو داوود، دار الحديث،القاهرة، 1999م،كتاب الأدب، باب تغيير أسماء.

2. أبو مهدي عيسى الغبريني،النوازل الجديدة الكبرى،دون طبعة،(1418هـ 1997م)،جزء4.

3.أبو السعود رمضان، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة مصر، 1999م، ص197.

4.أحمد إبراهيم، طرق إثبات الشرعية،ط3، القاهرة،1985.

5.أحمد بن حنبل، الإقناع في الفقه،دار المعرفة،بيروت، جزء 3.

6. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة بيروت،1379هـ/1959م.

7.أحمد بن عل ي الرازي الجصاص الحنفي ، أحكام القران ، دار الكتب العلمية ، طبعة بيروت(لبنان)، 1415ه _1994م.

8.أحمد حميد،أحكام الشهادة في الفقه و القانون،دار المعتز لنشر و توزيع،الأردن،دون طبعة،2018.

9. أحمد صلاح دين محامي بالنقض، عقد الكفالة في ضوء قضاء محكمة النقض.

10.أحمدفراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة بيروت،طبعة1،(1419ه .1998م)،جزء1 ص208.

11. أحمد محمد،التلقيح الصناعي بين أقوالالأطباءوآراء الفقهاء، دارالفكر الجامعيالإسكندرية،طبعة2،2006م.

12. أحمد محمد محمود، شرح الهداية، دار الكتب العلمية،بيروت،طبعة 1،(1420ه/2000م) جزء5.

13.أحمد نشأت، رسالة الإثبات،دار الفكر العربي،قاهرة،1973م، جزء2، 2008.

14. أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام و الأرحام البديلة، دار الكتب القانونيةمصر ،طبعة1، 2003.

15.ابن قدامة، المغني،مكتبة القاهرة، مصر ،طبعة1978،1م، جزء7.

16.ابن قيم الجوزية،زادالمعاد في هدي خير العباد،مؤسسة الرسالة،بيروتطبعة 27،(1415ه .1993م)، جزء5.

17.البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت،طبعة3،(1424ه .2004م) جزء7.

18.العربي بختي، أحكام الأسرة في العقد الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2013.

19.الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ط2، الجزائر، 2008.

21.الكمال بن الهمام، فتح القدير(النكاح)، دار الفكر،لبنان،طبعة1، 1970م،جزء3.

22بدران أبو العينين، حقوق الأولاد في التربية الإسلامية والقانون، مؤسسة الشباب الإسكندرية.

23بسام محمد قواسمي،أثر الدم و البصمة في إثبات، دار نفائس،الأردن، 2009.

24بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،2004م، الجزء1.

25بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013.

26توفيق حسنفرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2003.

29. جلال الدين السيوطي،الدر منثور في تفسير بالمأثور، دارالكتب العلميةبيروت،طبعة 1، (1421هـ .2000م).

30. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجتها في الإثبات، دار فكر الجامعي، الإسكندرية،طبعة1، 2008، ص87.

31سويلم، رأفت فريد، تربية الطفل، دار اليسر، القاهرة، 2008، ص135.

32. صادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، دار ابن حزم ل لطباعة والنشر، بيروت،2008،جزء4.

33صفية الوناس الحسين مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي و التشريع الوضعي،جامعة الملك سعود، سعودية،طبعة1،جزء1.

34. عباس العبودي، شرح أحكام القانون، دار الثقافة لنشر و التوزيع، عمان،دون طبعة 2007.

35. عبد الرحمان أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية و أحكامها في الفقه الإسلام و القانون الوضعي،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، طبعة1، 2012.

36. عبد الرحمان بن محمد الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع،دار قاسم السعودية، طبعة1، 1396هـ.

37. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، دار النهضة العربية القاهرة، 1968،جزء2.

38.عبد الرزاق أحمدال سنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات حل بي الحقوقية،لبنان،طبعة3، 2000م، جزء2، ص41.

39. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نطاق الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 2013، الجزائر.

40. عبد الكريم زيدان، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن ، مكتبة القدس.

41. عبد الله حسين المجا ن، عقد الكفالة في الشريعة الإسلامية ، شركة الكنوز، طبعة2 1422هـ_2001م.

42.علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1، دون سنة نشر، ص 55.

43. عمامرة مباركة،الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب، المجلة الدولية للبحوث القانونية و السياسية، العدد2،(2021/10/01).

44. فهد بن سعد الجهنمي، استلحاق مجهول النسب و النسب المنبوذ دراسة فقهية، مجمع الفقهي الإسلامي،السعودية،ط1.

45. مالك ابن أنس، الموطأ(كتاب الحدود)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة،(1406هـ .1985م)، جزء1.

46. محمد أبو خبزة،الذخيرة للقرافي،دار الغرب الإسلامي،بيروت، طبعة1، 1994م جزء11.

47محمد أحمد غانم،الجوانب القانونية و الشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية،دار الجامعة الجديدة، مصر،2008، ص61.

48. محمد إدريس القرافي، النخيرة،مطبعة النهرة، القاهرة، د ن جزء1.

49. محمد بن أحمد السرخسي، الطلاق في المبسوط،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيعبيروت،طبعة1،(1421هـ .2000م) ،جزء6.

50. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مطبعة الشعب، القاهرة، جزء2.

51. محمد بن تقية ، دارسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن،الديوان الوطني للأشغال التربوية،طبعة1 ،2003.

52. محمد جبر الألفي، إثبات النسب و نفيه بالبصمة الوراثية، شبكة الألوكة، السعودية ط1،(1436.2015)،ج1.

53. محمد مصطفى الشلبي،أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية ،بيروت،طبعة4،(1403هـ 1983).

54. محمد ناصر الدين الألباني ، فضل الله الجيلاني ، الأدب المنفرد /باب فضل من يعول يتيم.

55. مخطارية طفياني ، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة،2013.

56نبيلة رسلان،حقوق الطفل فيالقانون المصري، دار أبو مجد لطباعة القاهرة،1999م.

57. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر، دون طبعة، 2007.

58. همام محمد محمود، الإثبات في المواد المدنية، دار الجامعة الجديدة لنشر، إسكندرية ط 1 2003.

59ولي الله دهلوي، حجة الله البالغة، دار الإحياء العلوم،بيروت، طبعة 2،(1413هـ 1992م)،جزء2.

60. وهبة بن مصطفى الزحيلي، كتاب الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر، دمشق، طبعة 4 ج 10.

61. يحيى بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ،طبعة2، 1988.

62. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، طبعة 1،القاهرة 2012.

المؤتمرات و المقالات:

1. زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، العدد2، 2000.

2. الفيضي، حقوق الجنين بين الشريعة و القانون، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد 10، 2010.

3. بوزيد خالد، الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائري، مجلة قانون العمل و التشغيل، العدد الرابع، جوان 2017.

4بلقاسم عقيلة، تنازع القوانين بشأن كفالة الأطفال المهملين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة العدد رابع، نوفمبر 2017.

5سعاد زغيشي، كفالة اليتيم في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، العدد 24 2017.

6. عيادي سارة، الحماية القانونية المقررة لأطفال مجهولين النسب بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، العدد1، 2018.

7. عبد الرحمن سلام، الكفالة في التشريع المدني الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد19، العدد2، أكتوبر 2018.

9. أمينة مساعدية، الحماية القانونية للطفل في إطار نظام الكفالة، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد6، 2019.

10. عمامرة مباركة، الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب، مجلة الدولية للبحوث القانونية و السياسية، العدد الثاني، 2021/10/01.

11.لاكلي نادية، أحكام عقد الكفالة في التشريع جزائري وإشكالات القانونية، مجلة القانون والمجتمع ، مجلد 10، العدد2، 2022.

12. عبد الحميد عشوي، سمير غيدي، طفل مجهول النسب بين المساندة القانونية و قهر المجتمع، مجلة الحقوق و الحريات، المجلد10، العدد2، 2022.

13. مروان محمد الرائد، الحلول البديلة لتبني في قانون الأردني، العدد24، ديسمبر 2022.

14. بن غريب رابح، آثار الكفالة في قانون الأسرة، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد6، العدد 2، 2022.

13.مقابلة رسمية مع مساعدة اجتماعية بمستشفى بولاية بسكرة

14.مقابلة مع مساعدة في مؤسسة الطفولة المسعفة

الرسائل و المذكرات:

1. مرابط ربيعة، النظام القانوني لكفالة مجهول النسب في ظل قانون الأسرة، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2019/2018.

2. طلبة مالك، التبني و الكفالة، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، وهران، الدفعة الرابعة عشر، 2006/2003.

3. قديري سوسن، الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014.

4. عمراش أسماء، بليل كاتيا، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في قانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/2013 .

5. سلوى سالم،كفالة مجهول النسب في قانون أسرة ، مذكرة ماستر تخصص أحوال شخصية جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2017 / 2018

6. علال أمال، التبني و الكفالة، مذكرة ماجستير، قانون خاص "تخصص أسرة"، جامعة بو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.

7. رغيسي أميرة، شلاط أمال، الكفالة في قانون الأسرة، قسم العلوم الإدارية، كلية الحقوق جامعة 8ماي1948، قالمة ، 2021/2020.

8. بوزيد خالد، النسب في التشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011/2010.

9. ابن عطية بو عبد الله، أحكام اللقيط بين المذاهب الفقهية و القانون الجزائري، أطروحة ماجستير، قسم الحقوق، جامعة وهران، 2006/2005.

10. ليلى محمد أحمد السيد، الحماية القانونية لمجهولي الأبوين، أطروحة ماجستير، كلية القانون، جامعة قطر، 2022/2021.

11. أبو معليق، وجيه عبد الله سليمان، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي، أطروحة ماجستير، كلية القانون، جامعة غزة،2006/2005.

12. سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/ 2008.

13. حوحو رمزي، مطبوعة المحاضرات قانون مدني ألقيت على طلبة حقوق ، كلية الحقوق جامعة محمد خيضر ،2019/ 2020.

المواقع الإلكترونية:

1. أ حمد محمد ، مفتش في المحاكم الشرعية 16/9/7، تم التصفح في يوم 10 مارس 2023،موقع http :www /mohamh net >lau أكبر الأبحاث القانونية.

2. الحضانة وفقا لما جاء في قانون الأسرة ، تم التصفح في يوم 12 مارس 2023 ، موقع www.elmohami com

3. عسالي صباح، عيوب الإرادة في قانون المدني ، 2019/2020 تم التصفح الم وقع في http :WWW/EIEARNING ; UNIV : DJELFA ; DZ 2023/5/19

4. https://www.asjp.cerist.dz ،تم التصفح يوم 2023/04/12، على الساعة 15:30.

5. http://www.dreama.org.qa/Ar/Pages/AboutCente تم التصفح بتاريخ 2023/04/28 على الساعة 22:10

6. WWW.9anon4dz.Com/2023/02/blog، تم تصفح الموقع في: 2023/05/12، على الساعة20:43.

الملخص

الملخص:

إن نظام الكفالة من أنظمة القانونية الجديدة التي عرفتها المجتمعات وبالأخص المجتمع الإسلامي، وقد جاء بعد تحريم التبني شرعا ومنعه قانونا، ويتميز هذا النظام حسب المادة116 من قانون الأسرة على أنه التزام على وجه التبرع بقيام بالولد القاصر.

باعتبار الكفالة عقد كسائر العقود لابد أن تتوفر فيها الأركان الموضوعية والشكلية مع توفر مجموعة من الشروط في الكافل كالإسلام والعقل والقدرة وإتباع الإجراءات القضائية ليصح العقد أما بالنسبة للمكفول يشترط أن يكون قاصر، كما سمح المشرع طبقا للمرسوم التنفيذي 24/92 المؤرخ في 13 جانفي 1992 بإمكانية منح الكافل لقبه العائلي للمكفول مجهول النسب لتمتعه بالحقوق الاجتماعية، وإذا سرى العقد بشكل الصحيح ينتج عنه آثار قانونية المتمثلة في الحقوق والالتزامات، ويزول العقد بتخلف أحد الشروط.

Le système du parrainage est l'un des nouveaux systèmes juridiques que les sociétés ont connus, en particulier la communauté islamique, et il est venu après l'interdiction légale de l'adoption et son interdiction par la loi.

Considérant que la garantie est un contrat comme tous les autres contrats, elle doit remplir les éléments de fond et de forme avec un ensemble de conditions chez le garant, telles que l'islam, la raison, la capacité et le respect des procédures judiciaires pour que le contrat soit valide. pour le parrainé, il est requis qu'il soit mineur, car le législateur a permis, selon le décret exécutif 92/24 du 13 janvier 1992, la possibilité Le parrain accorde son nom de famille au parrainé de filiation inconnue pour sa jouissance de droits sociaux, et si le contrat est correctement exécuté, il en résulte des effets juridiques traduits en droits et obligations, et le contrat devient caduc si l'une des conditions fait défaut.

الملاحق

هي التزام شرعي على وجه التبرع وهذا عن طريق التكفل، رعاية تربية وحماية الطفل القاصر بنفس الطريقة التي يتخذها الأب مع طفله ويمكن أن يكون الطفل المتكفل به معروف أو مجهول النسب المادة 119-116 من قانون الأسرة فصل 7 .

النصوص المنظمة لهذا الترتيب

- قانون الأسرة، الفصل7 من المادة 116 إلى 125 .
- المرسوم الرئاسي رقم 461-92 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 [illegible] المصادقة مع تصريحات تأويلية على الاتفاقيات الخاصة [illegible] الطفل التي صادقت عليها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة [illegible] 20 نوفمبر 1989
- المرسوم التنفيذي رقم 24-92 المؤرخ في 15 جانفي 1992 المتمم للمرسوم رقم 157-71 المؤرخ في 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير الاسم.

الوضعية القانونية للطفل المكفول

يجب أن يكون الطفل المكفول :

قاصراً محتفظاً بنسبه إذا كان معروف النسب .

مستفيد من المنح العائلية والمدرسية كالتي تمنح اتجاه الطفل البيولوجي .

الشروط التي يجب توفرها لدى الكفيل

يشترط أن يكون الكفيل :

- مسلما
- عاقلا، قادرا على القيام بشؤون المكفول ورعايته.
- الحد الأعلى للسن هو 60 سنة بالنسبة للرجل و55 سنة للمرأة و هذا تحت اعتبار اللجنة المكلفة بدراسة ملفات طلبات الكفالة.
- دخل الطالبين للكفالة يتعدى الحد الأدنى للأجر بعد طرح كل الأعباء الشهرية.
- يجب توفر سكن لائق وصحي لطالبي الكفالة.

تشكيل ملف الكفالة

الطالبون القاطنون بالوطن

الطالبون القاطنون بالوطن

يرسل أو يداع الملف في نسختين بمديرية النشاط الاجتماعي للولاية

ويتكون من:

- طلب خطي تحفيزي
- استمارة التحقيق النفسي الاجتماعي منجزة من طرف المساعدة الاجتماعية مملوءة بصفة مدققة، متظمنة رأي صريح وإمضاء مدير النشاط الاجتماع
- شهادة الميلاد لكلا الزوجين.
- بطاقة عائلية للحالة المدنية اوشهادة شخصية للحالة المدنية للعازبات.
- كشف السوابق العدلية لكلا الزوجين.
- شهادة عمل لكلا الزوجين
- كشف الرواتب للأشهر الثلاثة الأخيرة لكلا الزوجين.
- شهادتان طبيتان للزوجين تثبت الحالة الصحية حاملة لإمضاء وختم الطبيب المعالج لكلا الزوجين.
- شهادة تبرر عقد الإقامة شهادة الملكية، عقد الإيجار أو وصل الكراء
- صور شمسية جديدة.

بالنسبة للجالية الجزائرية بالمهجر

يرسل الملف لدى المصالح القنصلية في نسختين، بالإضافة إلى الوثائق المطلوبة والمذكورة أعلاه بالنسبة لطالبي الكفالة بالتراب الوطني يتضمن الملف ما يلي :

- تحقيق اجتماعي مملوء وموقع قانوني من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية .
- نسخة طبق الأصل من بطاقات وثائق التعريف أي البطاقة القنصلية.

لا يتم إبداء الرأي النهائي لمنح طفل في إطار نظام الكفالة إلا بعد إجراء المقابلة النفسية والبحث الاجتماعي للمساعدة الاجتماعية لمكان الوضع مع العائلة الطالبة للكفالة .

تشكيلة الملف للحصول على عقد الكفالة

يقدم الملف لدى المحكمة ويتكون من :

- طلب خطي موجه إلى السيد رئيس المحكمة .
- شهادة الميلاد لكلا الزوجين.
- سجل السوابق العدلية لكلا الزوجين
- شهادة جنسية للكفيل
- عقد الزواج
- شهادة عمل لكلا الزوجين
- كشف الرواتب الشهرية للأشهر الثلاثة الأخيرة
- شهادة الميلاد للطفل
- شهادة وضع في إطار الكفالة موقعة من طرف مدير النشاط الاجتماعي:

الجـــمهورية الجزائرية الديمقراطـــية الـــشعبية
*****
وزارة التشغيل و التضامن الوطني
****

ولاية .....
مديرية النشاط الإجتماعي
رقم : ...../2005

في.....

إلـــــــى
السيد رئيس محكمة .....

الموضوع : طلب الحصول على عقد الكفالة.

تطبيقا لأحكام المادتين 117و 118 من قانون الأسرة، يشرفنـــي أن أحيل إليكم طلب السيد و /أو السيدة المتعلق بطلب الحصول على عقد الكفالة.

- الساكنين (ة) بـ.....

- الكافلان (ة) بالقاصر (ة)..... المولود (ة) في.....

الذي وضع (ت) تحت كفالتهما (ها) بتاريخ .....

تقبلوا السيد رئيس المحكمة أسمى عبارات التقدير و الإحترام.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التشغيل والتضامن الوطني

المديرية العامة للتضامن الوطني

- إجراءات و كيفيات الوضع القانوني -

- كفالة -

"هي إلتزام شرعي على وجه التبرع و هذا عن طريق التكفل، رعاية، تربية و حماية الطفل القاصر بنفس الطريقة التي يتخذها الأب مع طفله" و" يمكن أن يكون الطفل المتكفل به معروف أو مجهول النسب المادة 116 -119 من قانون الأسرة فصل7

النصوص المنظمة لهذا الترتيب :

- قانون الأسرة ، الفصل 7 من المادّة 116 إلى 125 .
- المرسوم الرئاسي رقم 92 – 461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 المتضمن المصادقة مع تصريحات تأويلية على الإتفاقيات الخاصّة بحقوق الطفل التي صادقت عليها الجمعية العامّة لهيئة الأمم المتحدّة 20 نوفمبر 1989 .
- المرسوم التنفيذي 92-24 المؤرخ في 15 جانفي 1992 المتمم للمرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب.

الوضعية القانونية للطفل المكفول :

يجب أن يكون الطفل المكفول:

- قاصرا محتفظا بنسبه إذا كان معروف النسب.
- مستفيد من المنح العائلية و المدرسية كالتي تمنح إتجاه الطفل البيولوجي .

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

وزارة التشغيل و الإدماج الوطني

مديرية النشاط الإجتماعي

ولاية .....

محضـــر التخلـــي

(5)

سنة الألفين ..... وفي ..... من شهر .....

ب ..... الساعة..... الدقيقة ..... من طرف .....

أمام ..... نحن المكلف بمكتب التخلي عنهم المفتوح ب .....

تقدم أمامنا السيد (ة) .....

الإسم .....

اللقب .....

المولود في ..... ب .....

ولاية .....

الجنسية .....

رقم بطاقة الهوية .....

المستوى التعليمي :

- إبتدائي .....
- ثانوي .....
- جامعي .....
- بدون مستوى تعليمي .....

ولاية
دائرة
بلدية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

نسخة من سجلات شهادات الميلاد

في

الحالة المدنية

على الساعة والدقيقة

رقم الشهادة

ولد الجنس

بـ

دائرة ولاية

ابن الساكن

بـ مهنته

و الساكنة

بـ مهنتها

وقد كتب على الهامش ما يلي :

نسخة طبق الأصل

حرر في

رئيس المجلس الشعبي

ضابط الحالة المدنية

المكلف بالوظيفة

الكنية السابقة للإسم واللقب

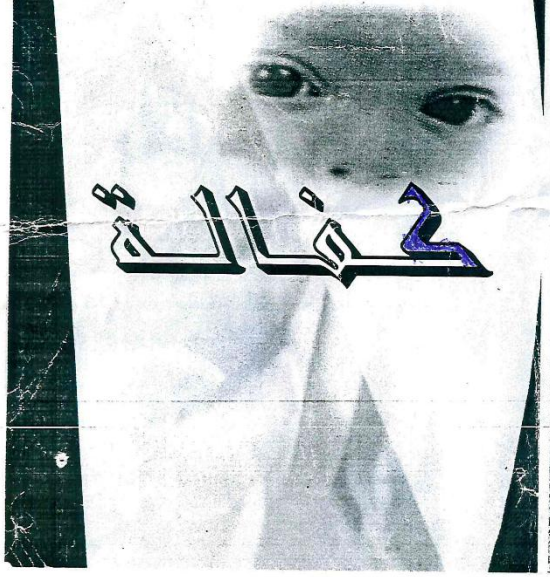
ج. م. ٤٥ - الطبعة الرسمية

الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التشغيل والتضامن الوطني
المديرية العامة للتضامن الوطني

إجراءات وكيفيات الوضع القانوني

كفالة



تغيير الاسم و مطابقة اللقب:

ترسل طلبات تغيير اللقب إلى وزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية بساحة بئر حاكم الأبيار الجزائر .

يمكن للشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يغير الاسم و يطابق لقب الطفل المكفول بلقبه إذ أنه يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي عندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب كما هو منصوص عليه في أحكام المرسوم التنفيذي 24-92 الموافق لـ 13 جانفي 1992 المتمم للمرسوم 51-71 الموافق لـ 3 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب ومطابقة الاسم علما بأن مطابقة الاسم .

علما بأن مطابقة الاسم لا تمنح الحق في النسب كما أنها لا تسمح بتسجيل الطفل المكفول على الدفتر العائلي.

تشكيلة الملف قصد تغيير الاسم ومطابقة اللقب:

- طلب تغيير الاسم و/أو مطابقة اللقب.
- شهادة ميلاد الطفل المكفول.
- نسخة من عقد الكفالة المصادق عليه.

ملاحظة:

ترسل نسخة من الحكم الخاص بتغيير الاسم خلال شهر إلى ضابط الحالة المدنية الذي يسجل على هامش شهادة ميلاد الطفل المكفول تغيير الاسم.

ملحق
رقم 1

فهرس المحتويات

إهداء..... د

شكر وعرفان..... هـ

فهرس المحتويات.....110

مقدمة..... أ

الفصل الأولالإطار المفاهيمي لكفالة مجهول النسب في التشريع الجزائري

تمهيد:..... 6-

المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة..... 7-

المطلب الأول: مفهوم الكفالة..... 7-

الفرع الأول: تعريف الكفالة..... 7-

الفرع الثاني: مشروعية الكفالة وطبيعتها القانونية 9-

المطلب الثاني: خصائص الكفالة ومميزاتها 11-

الفرع الأول: خصائص عقد الكفالة..... 11-

الفرع الثاني: تميز الكفالة عن الأنظمة القانونية المشابهة لها 13-

المطلب الثالث: أركان عقد الكفالة..... 18-

الفرع الأول: أركان الموضوعية..... 18-

الفرع الثاني: أركان الشكلية..... 21-

المبحث الثاني: ماهية مجهول النسب 22-

المطلب الأول: مفهوم النسب..... 22-

الفرع الأول: تعريف النسب لغة واصطلاحا وقانونا 22-

الفرع الثاني: أهمية النسب ..... -25 -
الفرع الثالث: طرق إثبات النسب ..... -26 -
المطلب الثاني: حقيقة مجهول النسب ..... -48 -
الفرع الأول: المقصود بطفل مجهول النسب ..... -48 -
الفرع الثاني: أسباب الوجود ..... -51 -
الفرع الثالث: حقوق أطفال مجهولين النسب ..... -53 -

الفصل الثاني أحكام عقد الكفالة

تمهيد:..... -64 -
المبحث الأول: شروط وإجراءات القانونية لعقد الكفالة ..... -65 -
المطلب الأول: الشروط الموضوعية للكفالة ..... - 65 -
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمكفول ..... -65 -
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالكفيل ..... -66 -
المطلب الثاني: الشروط الإجرائية ..... -68 -
الفرع الأول: الجهات المختصة بإسناد الكفالة ..... -68 -
الفرع الثاني: مراحل إسناد عقد الكفالة ..... -70 -
المبحث الثاني: آثار وأسباب انقضاء لعقد الكفالة ..... -75 -
المطلب الأول: آثار عقد الكفالة ..... - 75 -
الفرع الأول: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل ..... -75 -
الفرع الثاني:آثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول ..... -78 -
المطلب الثاني: أسباب انقضاء عقد الكفالة. ..... -81 -
الفرع الأول: وفاة المكفول أو الكافل ..... -82 -
الفرع الثاني: مخالفة الشروط التي نصت عليها المادة118 من قانون الأسرة ..... -82 -

خاتمة..... -86-

قائمة المصادر والمراجع..... -89-

الملخص..... -101-

الملاحق.....103