جامعة8 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم العلوم القانونية والادارية　　تخصص: قانون الاسرة

مذكـرة تخرج لنيل شهادة الماستـــر في القانون

الكفالة في قانون الأسرة

من إعـــــداد الطالبتين :

- رغيسي أميرة
- شلاط آمال

تحت اشراف الدكتور:

- ياسين علال

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	حديدان سفيان	جامعة قالمة	أستاذ محاضر ب	رئيسا
02	ياسين علال	جامعة قالمة	أستاذ محاضر أ	مشرفا
03	رابح بوسنة	جامعة قالمة	أستاذ محاضر أ	مناقشا

السنة الجامعية :2020-2021

كلمة شكر و عرفان

نشكر الله العلي القدير على توفيقه لنا في إتمام هذا العمل المتواضع

فحمدا لله حمدا كثيرا

أما بعد فلقوله صلى الله عليه و سلم "من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

فإننا نتقدم بأسمى عبارات الشكر و الامتنان لم كان قدوة لنا قبل أن يكون أستاذنا

على ما بذله من عطاء و جهد صادق كان له الاثر الطيب في نجاح هذا العمل الاستاذ الفاضل ياسين علال

نسأل الله له دوام النجاح و التوفيق

إهداء

الى من تعهداني بالتربية في الصغر،

و كانا لي نبراسا يضيء فكري في الكبر الى أبي وأمي،

الى ابناء الرحم الواحد أخي و أختي سندي و عزوتي،

و الحفيد الاول الذي سرق محبة الكل "تميم"،

الى من لاقتني بها مقاعد الجامعة و شاءت الاقدار أن تكون شريكتي

في هذا العمل "أمال شلاط" و كل دفعة ماستر قانون أسرة 2021

الى كل الخيبات و الذكريات السيئة التي واجهتني طيلة مشواري الجامعي

أقول لها ها أنا ذا قد تجاوزتك

الى نفسي التي قالت يوما أن "ما الحياة الا سطورٌ خطها القدر"

أميرة رخيسي

إهداء

الى من لا مثيل لأحدٍ في محبتهم فأفنوا عمرهم من اجل تربيتي،

الى رمز العطاء و فيض الحنان والدي الكريمان حفظهما الله و أطال عمرهما

الى من تقاسموا معي ذكريات الطفولة و الشباب، اخوتي أعزهم الله

الى كتاكيت البيت: معاذ، أنفال، جواد و أصغر كتكوتة جنى

الى اساتذتي لسنتي الاولى و الثانية ماستر لهم جميل الشكر و التقدير

الى الدفعة المجتهدة التي جمعتني بها الايام و المحاضرات

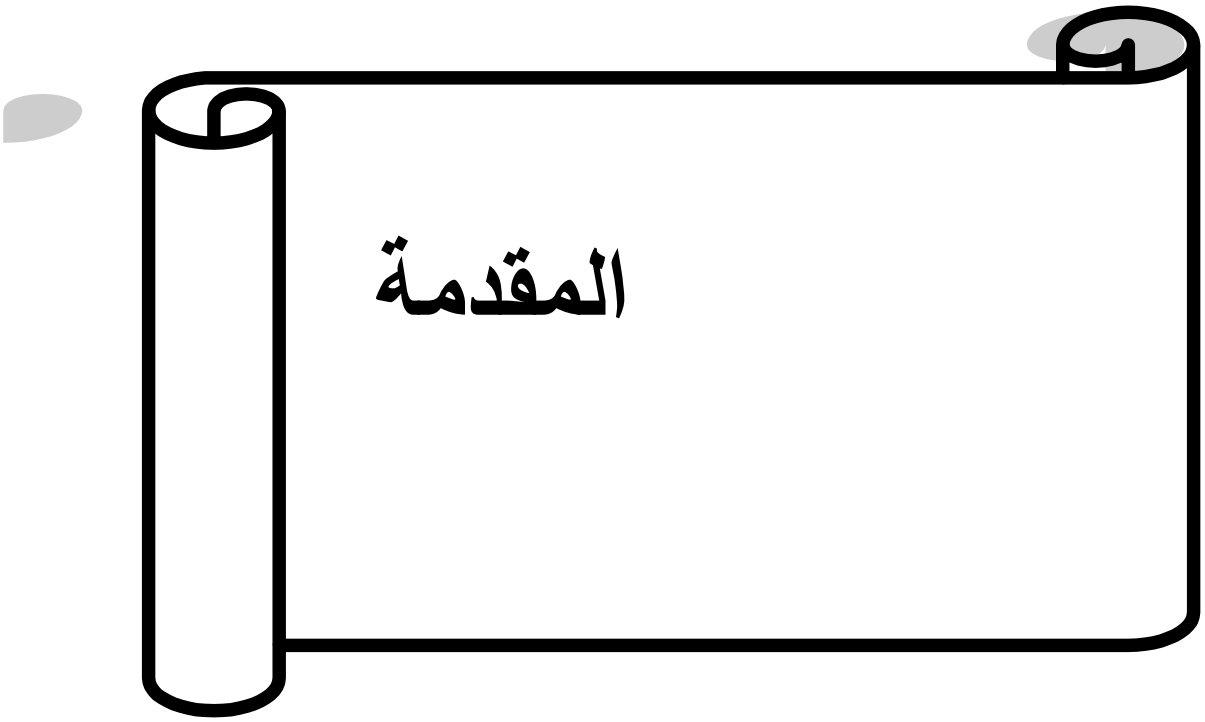
طلبة قانون الاسرة دفعة 2021

و الى من جمعتني بها الاقدار لكي تكون لي خير معين في اعداد

هذا العمل زميلتي و أختي التي لم تلدها أمي: أميرة

و الى كل من كان سببا في سعادتي يوما

شلاط أمال


المقدمة

مقدمة

باعتبار أن الأسرة هي الوحدة الأساسية لتكوين المجتمع فإنه لا يمكن إنكار مدى تأثيرها على نشأة الطفل الذي يعد اللبنة الأولى و الدعامة الأساسية للمجتمع، لذلك كان لابد من احتواءه والسهر على حسن تربيته وإرشاده طيلة فترة طفولته والى غاية رشاد عقله، حتى يكون فردا صالحا في المجتمع منضبط الأخلاق و السلوكات.

و إذا كان الأصل هو نشأة الطفل ضمن محيط أسري و في كنف أسرة تضمن الاستقرار والأمن له، إلا انه أحيانا قد لا يحظى بهذا الدفء الأسري لكثير من الأسباب التي غالبا ما تؤدي لحرمانه من أهم حقوقه في النشأة السوية وتحول بينه وبين الترعرع في حضن والديه البيولوجيين، وحيث أن الطفل في هذه الحالة لا يحتاج لمن ينفق عليه ويتولى شؤونه بقدر ما يحتاج إلى الشعور بأنه فرد من أسرة تكفله وتشعره بنوع من الانتماء والهوية وتحسسه بالأمان،

فإنه في هذه الحالة وبغرض حماية هذه الشريحة من الأطفال كان لابد من تبيان حقوقهم وإبراز مكانتهم بالمجتمع، وقد كانت الشريعة الاسلامية سباقة في ذلك حتى أن بعض التشريعات الوضعية اتخذت من أحكامها أساسا في وضع القواعد القانونية المتعلقة بهم.

وكون التبني محرم شرعا وقانونا بنص صريح في أحكام قانون الأسرة الجزائري، فقد اعتمد المشرع عقد الكفالة كبديل عنه، وكنظام لحماية القصر المتخلى عنهم سواء كانوا معلومي النسب تم التخلي عنهم نظرًا لظروف اجتماعية أو إقتصادية.. أو غيرها من الظروف التي واجهت أهله، مما أجبرهم على تسليمه لشخص آخر للتكفل به و رعايته، أو كانوا مجهولي النسب أو يتامى أو من ضحايا الحروب و الإرهاب... و لعل أهم الأسباب التي شرعت الكفالة أن مؤسسات حماية الطفولة ومهما اجتهدت وتفانت في عملها من تربية و رعاية و نفقة والى غير ذلك من الأمور المادية، إلا أنها لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تمنح الطفل شعورا بالانتماء إليها فالأسرة فقط من تمنحه إياه.

وعليه فإنه من الناحية الإنسانية والشرعية والقانونية وجب ضمان حماية هذه الفئة من الأطفال وحفظهم من التشتت والضياع والانزلاق خلف الآفات الاجتماعية التي تتربص بهم في الشارع، ليكون بذلك عقد الكفالة بمثابة الجدار الواقي الذي يحميهم من كافة الأخطار المترصدة لهم.

أهمية الموضوع:

حيث تكمن أهمية دراسة موضوع "الكفالة في قانون الأسرة" كونه مرتبط بشريحة ضعيفة من المجتمع وتحتاج لعناية خاصة بها وتسليط الضوء على كافة التفاصيل المتعلقة بهذا العقد نظرا لطبيعته الحساسة بالمجتمع.

أسباب اختيار الموضوع:

تتنوع بين أسباب شخصية وكذا أسباب موضوعية:

- تتمثل الأسباب الشخصية في: الرغبة دراسة الموضوع والتعرف على تفاصيله خصوصا أن ديننا الحنيف أوصانا بهذه الفئة تحديدا لقوله صلى الله عليه و سلم: "أنا وكافل اليتيم كهاتين"

بينما تتمثل الأسباب الموضوعية في:

- التعرف على الحقوق و الضمانات التي منحها المشرع للمكفول.
- أن المشرع لم يولي هذا الموضوع العناية الكافية والتفصيل الدقيق الذي يستحقه.
- إضافة إلى وجود عدة ثغرات في الأحكام المنظمة لهذا الموضوع.

أهداف الدراسة:

هي أهداف علمية تتمثل في:

- فك اللبس المحيط بالموضوع واستنباط حلول للإشكالات المتعلقة به.
- التطرق إلى الثغرات التي وقع فيها المشرع حال تنظيمه للموضوع حتى يمكن تفاديها مستقبلا.
- إضافة إلى أهداف عملية تكمن في معرفة مدى صلاحية النصوص القانونية الموضوعة من قبل المشرع لحماية هذه الفئة.

إشكالية الدراسة:

قصد التعرض للموضوع و كمحاولة للإلمام بمختلف تفاصيله وللوصول إلى مضمون عقد الكفالة يمكن طرح الإشكال التالي:

- مامدى فعالية النصوص القانونية المنظمة لأحكام الكفالة في تحقيق مصلحة المكفول؟

وما يندرج تحتها من إشكالات فرعية نطرح أهمها فيما يلي:

- ما هي أبرز النقائص التي غفل المشرع الجزائري عن تنظيمها والتي تخلق إشكالات قضائية؟

- هل تخول الكفالة للكافل تغيير لقب المكفول وبالتالي تحويل مركزه القانوني من مكفول إلى إبن شرعي؟
- ما مصير المكفول في حالة طلاق الكافلين؟ و هل تطبق آثار الطلاق على المحضون نفسها على المكفول؟
- ما مصير المكفول المتخلى عنه؟

المنهج المتبع:

إعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي وكذا الوصفي في تحليل وفهم محتوى النصوص القانونية المتعلقة بكفالة القاصر، كما اعتمدنا على المنهج المقارن للمقارنة بين التشريع الجزائري المنظم للكفالة وبعض التشريعات العربية الأخرى التي اعتمدت ذات النظام لاستنباط ايجابياته ومحاسنه وكذلك لكشف الثغرات التي وقع فيها المشرع الجزائري.

صعوبات الدراسة:

أهم ما واجهنا من عراقيل في انجاز هذه الدراسة هو ضيق الوقت وما يسببه من ضغط على فكر الباحث إضافة إلى قلة الكتب المتخصصة بالموضوع محل الدراسة خصوصا بمكتبة الكلية.

الدراسات السابقة:

هناك عدة دراسات و أبحاث في هذا الموضوع ولعل أبرز هذه الدراسات:

- دراسة للباحثة علال أمال، التبني و الكفالة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي دراسة مقارنة، مذكرة ماجيستر تخصص قانون الأسرة ، جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان 2009/2008.
- دراسة باللغة الفرنسية:

Yamina Houhou,Thèse ;La Kafala en droit algérien et ses effets en droit français, Doctorat en sciences juridiques,Spécialité :Droit privé, Droit de la famille,Ecole doctorale sciences sociales et humanités,université de PAU ET DES PAYS DE LA L'ADOUR,2014.

- بالإضافة إلى عدد معتبر من المقالات المتخصصة.

و للإحاطة بموضوع البحث ارتأينا تقسيمه إلى فصلين كالآتي:

الفصل الأول: ماهية عقد الكفالة

المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة

المبحث الثاني: انعقاد الكفالة

الفصل الثاني: جدوى عقد الكفالة في ضمان حقوق المكفول من حيث الآثار و الانقضاء

المبحث الاول: الاثار المترتبة عن عقد الكفالة

المبحث الثاني: انقضاء عقد الكفالة

الفصل الأول

مـــاهية عقد الكفالة

لقد خص الطفل بأهمية كبرى من قبل الفقهاء و المشرعين وإعتبروا أن مصلحة الطفل والعمل عليها من أولويات المجتمع المتحضر،فكلما زاد المشرع العناية و الرعاية بمصالح وشؤون الطفل من تربية وتعليم وإنفاق وغير ذلك مما يحتاجه، كلما سار المجتمع في ركب الدول المتحضرة،أين تنادي جمعيات حماية حقوق الطفل بكل الشعارات من أجل توفير الحماية له،و لذلك حضي بحماية قانونية هائلة، إذ وضعت له مختلف التشريعات أحكام و أنظمة خاصة للتكفل به ومن بين هذه الأنظمة الكفالة التي جاءت حماية و تحقيقا لمصلح الطفل المكفول.

وعليه أرتأينا لتوضيح ماهية عقد الكفالة في قانون الأسرة أن نتطرق إلى مفهوم عقد الكفالة كمبحث أول وإنعقاد الكفالة كمبحث ثاني.

المبحث الأول : مفهوم عقد الكفالة

مصطلح الكفالة له عدة معان منها ما يتعلق بضمان الدين وهذا ما نجده في القانون المدني، ومنها ما يتعلق بالولاية على النفس أو المال أو النفس و المال معاً، وهذا ما نجده في قانون الأسرة. وعليه فإننا سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف عقد الكفالة و خصائصها (المطلب الأول)، مع تبيان الطبيعة القانونية للكفالة وتمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة و خصائصها

سنتعرض من خلال هذا المطلب إلى تعريف عقد الكفالة (الفرع الأول) في المقصود بعقد الكفالة أولا، وفي أطراف عقد الكفالة ثانياً، ثم التطرق إلى مشروعية عقد الكفالة و خصائصها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف عقد الكفالة

لتعريف عقد الكفالة أرتأينا أن نبحث عن المقصود بعقد الكفالة في اللغة و الفقه و القانون ثم تحديد أطراف عقد الكفالة.

أولا : المقصود بعقد الكفالة

يحمل مصطلح الكفالة عدة دلالات لسامعه، كما تختلف معانيها بإختلاف محلها، وإستعمالها لاسيما في فروع القانون، و عليه سوف نتطرق لمعنى الكفالة في اللغة و الفقه، و القانون حيث نذكر معناها في القانون المدني و قانون الأسرة و القوانين المقارنة.

1 – المعنى اللغوي للكفالة:

كفل يكفل، كفلا و كفالة، فهو كافل وكفيل، والمفعول مكفول. كفل يتيما: رباه وأنفق عليه وقام بأمره، تعهدّه برعايته[1] ، قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم– أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين وأشار بأصبعيه، يعني: السبابة والوسطى، (أخرجه البخاري)[2]

وقوله تعالى: "وَمَا كُنْت لَدَيْهِمْ إذْ يُلْقُونَ أقْلاَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ"[3] ، وقرئت الآية بكسر الفاء يَكِفل[4]، وكفالة اليتيم: القيام بأمور اليتيم، والسعي في مصالحه من طعام، وكسوة، وتنمية ماله إن كان له مال، وإن كان لا مال له أنفق عليه، وكساه إبتغاء وجه الله تعالى.[5]

الكفالة : مصدر كفل بمعنى إلتزم.[6]

كفل المال/ كفل الرجل : ضمنه ، كفل دين شريكه : تعهد بدفعه في حال تمنعه، أو عدم تمكنه من تسديده[7]

---

[1] – أحمد مختار عمر بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2008، ص 1945.

[2] – الامام الحافظ محمد بن اسماعيل البخاري، كتاب الادب المفرط، المجلد الاول، الطبعة الاولى، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع ، الرياض السعودية، 1998، ص73

[3]– سورة ال عمران الاية 44

[4]– أحمد مختار عمر بمساعدة فريق عمل، المرجع السابق،بص 1945.

[5]– مجموعة من المؤلفين، معجم مصطلحات العلوم الشرعية،المجلد الأول، الطبعة الثانية،الرياض، 2017، ص 1329.

[6]– عبد الله بن عبد الرحمن البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، الطبعة الأولى، دار القبلة للثقافة الإسلامية،جدة، السعودية، 1992، ص 117.

[7]– أحمد مختار عمر بمساعدة فريق عمل، المرجع السابق، ص 1945.

يقول القرافي من كبار المالكية: وهي– أي الكفالة في اللغة سبعة ألفاظ كلها مترادفة: الحميل، والزعيم، والكفيل، و القبيل، و الأذين، و الصبير، و الضامن، يقال: حمل يحمل حمالة فهو حميل، وزعم يزعم زعامة فهو زعيم، وكفل يكفل كفالة فهو كفيل، و قبل يقبل قبالة فهو قبيل، وأذن يأذن إذانة فهو أدين، وصبر يصبر صبراً فهو صبير، و ضمن يضمن ضماناً فهو ضامن، و القبالة: القوة، ومنه مالي بهذا الأمر قبل و لا طاقة، و القبيل: قوة في إستيفاء الحق. والأذين و الأذانة بمعنى الإيجاب، أي أوجب على نفسه و أصله من الأذان و هو الإعلام. والكفيل معلم بأن الحق في جهته. و الصبير و هو الحبس، لأنه حبس نفسه لأداء الحق.[1]

2– المعنى الفقهي للكفالة:

تعددت تعاريف الكفالة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وسنورد بعضها : حيث عرفها الذهبي في كتاب الكبائر:"كفالة اليتيم هي القيام بأموره و السعي في مصالحه من طعامه وكسوته وتنمية ماله إن كان له مال، وإن كان لا مال له أنفق عليه وكساه إبتغاء وجه الله تعالى ..."[2]

وقد تأتي الكفالة بمعنى كفالة الدين، فهذه الأخيرة عرفها الأحناف على أنها :ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس، أو دين، أو عين،أو عمل .

وعرف جمهور الفقهاء الكفالة على أنها: ضم الذمتين في المطالبة و الدين.[3]

وعرفها المالكية بأنها:إلتزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره،أو إلتزم المكلف مطالبته شخصاً عليه الدين لمن هو بما يدل عليه.

وعرفها الشافعية بأنها :إلتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة.[4]

---

[1]– شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الدخيرة، الجزءالتاسع، الطبعةالأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994،ص189،190

[2]– أبي عبد الله محمد شمس الدين الذهبي الدمشقي، الكبائر،الطبعة الأولى، دار التراث العربي، القاهرة، مصر،1982،ص 50

[3]– السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، الطبعة الأولى،مصر،2004، ص1010

[4]– حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق – دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون المدني المصري، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية 2009،ص26

من خلال ما ورد سابقاً فإن مصطلح الكفالة من معانيه أنه: كفالة اليتيم أي الولاية على النفس ومال القاصر، وما يعني كذلك ضمان الذين، و الذي يهمنا في بحثنا هو كفالة اليتيم القاصر.

3- التعريف القانوني للكفالة :

و سنتناول فيه تعريف الكفالة في القوانين الجزائرية و بعض القوانين المقارنة:

3-1 – التعريف القانوني للكفالة في القانون المدني :

عرفتها المادة 644 من القانون المدني على أنها : " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه "[1]

أي أن الكفالة عقد تأمين شخصي، يلتزم بموجبه شخص الكفيل بالوفاء بإلتزام المدين متى عزف هذا الأخير عن أدائه، وذلك بضم ذمته المالية لذمة المدين[2]، و الكفالة عقد يتم بين الكفيل و الدائن دون المدين، و لا يشترط إذن رضا المدين و موافقته، بل يمكن أن تتم الكفالة دون علمه و رغم معارضته. حيث أن هذا الكفيل ما تبرع الا ليضمن إلتزام هذا المدين لدائنه، وليوفر له الثقة و الائتمان لدى دائنه، وبالتالي ليمنح هدا الأخير الأمن و الأمان[3]و الكفالة بالدين أداؤه.[4]

من خلال تعريف القانون المدني للكفالة إستطعنا أن نستخلص أن الكفالة تتطلب شروطاً محددة في القانون المدني لإنعقادها، وهي تعني الضمان و هي نوع من أنواع التأمين.

---

[1]– المادة 644 من القانون المدني حسب آخر تعديل، قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

[2]– معاتقي مريم، شلابي خديجة، كفالة الأطفال في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص،تخصص: عقود و مسؤولية، جامعة آكلي محند أولحاج، كلية الحقوق و العلوم السياسية– قسم القانون الخاص، البويرة،2017، ص 08.

[3]– زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الأمل،الجزائر،2004،ص18.

[4]– حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، المرجع السابق، ص 29.

3- 2- التعريف القانوني للكفالة في قانون الأسرة الجزائري:

عرفت المادة 116 من قانون الأسرة الكفالة على أنها: " الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي"[1]

من خلال تعريف قانون الأسرة للكفالة يتضح أنها: إلتزام شخص على وجه التبرع يتم أمام قاضي أو موثق بهدف التكفل برعاية ولد قاصر دون أن يكون لزوماً والده، وتتم الكفالة بعقد شرعي.[2]

وما نستقرأه من خلال تعريف قانون الأسرة للكفالة و ما عرفها القانون المدني أن مجال الكفالة في القانون المدني هو كفالة الدين أي علاقة الدائنية بين الدائن و المدين أما مجالها في قانون الأسرة هو كفالة اليتيم و العناية به.[3]

3-3- التعريف القانوني للكفالة في القانون المغربي :

لقد عرف القانون المغربي الكفالة وفقاً لنص المادة 02 بأنها:" كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون، هي الإلتزام برعاية طفل مهمل وتربيته و حمايته و النفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب و لا في الإرث".[4]

3-4- التعريف القانوني للكفالة في القانون التونسي:

لقد عرف المشرع التونسي الكفالة بمقتضى الفصل 03 من قانون 04 مارس 1958 بأنها:"الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر".[5]

---

[1]- المادة 116 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005.

[2]- إبتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية و الفرنسية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر،ص 170

[3]- بسعود عربية، الكفالة بين أحكام الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري،مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة ماستر- تخصص أحوال شخصية،جامعة زيان عاشور بالجلفة، كلية الحقوق و العلوم السياسية- قسم الحقوق، السنة الجامعية 2013-2014، ص12.

[4]- المادة 02، الباب الأول، ظهير شريف رقم 01.02.172 صادر في فاتح ربيع الأخر 1423 بتنفيذ القانون رقم15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، المملكة المغربية،ص 03

[5]- الفصل3،القانون عدد 27 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة و التبني، مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

ثانياً: أطراف عقد الكفالة

يتوفر عقد الكفالة على طرفين لإنشاءه و هما الكافل و المكفول:

1- الكافل : و هو الطرف الأول في العقد إذ هو ذلك الشخص الذي يأخذ على عاتقه مهمة الولاية على المكفول و قد يكون شخصاً واحداً أو زوجان[1]،ولا فرق أن يكون الكافل رجلاًأوإمرأةً.وإذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة، يتعين موافقة الزوج الآخر[2]، حيث يستوجب فيه توفر شروط أساسية حتى يكون إيجابه سليماً و قائماً.[3]

2- المكفول (القاصر): هو الطرف الثاني في العقد، فهو الشخص القاصر الذي تقع عليه الكفالة بحسب ما ذكر سابقاً في نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري، فالمكفول لا تتوفر فيه الأهلية اللازمة لصحة قبوله، لذلك فإنه يصدر من أبويه أو أحدهما إذا كان معلوم النسب أومن مؤسسة حماية الطفولة إذا كان مجهول النسب، فمن الناحية الظاهرية، نجد أن المكفول هو الطرف الثاني في عقد الكفالة إلا أنه من الناحية الواقعية فإن الطرف الثاني في عقد الكفالة يتمثل في كل من الأبوين أو مؤسسة حماية الطفولة.[4]

أ- الأبوين: حسب ما جاء في نص المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري على أن الكفالة تتم برضا من له أبوان، وما نستخلصه من نص المادة السابقة أن الأبوان طرفاً ثانياً في عقد الكفالة إذا كان المكفول معلوم النسب من الأم أو معلوم النسب من الأم و الأب معاً، فقد يتنازل الأبوين عن طفلهم القاصر لشخص آخر ليتكفل به أو أن تتنازل الأم العزباء عن طفلها سواءاً كان التنازل بطريقة مباشرة حيث تقوم

---

[1]- عبد السلام خضرة، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري و بعض التشريعات العربية- دراسة مقارنة – مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر- تخصص أحوال شخصية ، جامعة زيان عاشور بالجلفة، كلية الحقوق و العلوم السياسية- قسم الحقوق، السنة الجامعية 2015-2016، ص14.

[2]- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون،الجزائر، 2005،ص169.

[3]- أنارس لينة، علام كريمة، الكفالة- دراسة مقارنة- (التشريع الجزائري مع بعض التشريعات العربية)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،مقياس قانون الأسرة- تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية- قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2012-2013، ص12.

[4]- المرجع نفسه، ص 13.

بتسليم الطفل إلى من يتكفله أو بطريقة غير مباشرة حيث تقوم بوضع هذا الطفل أمام مسجد أو منزل أوغيره .

ومن بين الأسباب والحالات التي تدفع بالأباء لتنازل عن أبنائهم القصر نجد مايلي :

- عدم مقدرة الأبوين التكفل بأولادهم لكثرتهم ولسوء الظروف المعيشية .
- حالة طلاق الوالدين وإنفراد كل زوج بحياته الخاصة، و عدم تحمل كل من المطلقين بوظيفة حضانة الأبناء.
- وفاة أحد الوالدين وعدم مقدرة الزوج الأرمل الإعتناء بالطفل القاصر بمفرده بسبب الظروف الطارئة الغير متوقعة.
- حالة تنازل الأبوين عن طفلهم القاصر إلى من تصلهم بهم صلة قرابة قوية،وعطفاً منهم بسبب عدم مقدرة الزوجين الكافلين على الإنجاب.

ب- مؤسسات حماية الطفولة : هي تلك المؤسسات التي تتولى مهام إيواء وتربية الأيتام أومجهولي الأبوين، فالفئة الأولى هم الأطفال الذين توفي عنهم أباؤهم، أما الفئة الثانية فهم اللقطاء أو الأطفال المهملين وأبناء الزنا الذين وجدوا دون رغبتهم ونتيجة نزوات أبائهم[1]،إذ يجب على كل شخص وجد مولود حديث العهد بالولادة في مكان ما،أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية المختص إقليميا، أي المكان الذي عثر فيه عليه، لكن في حالة عدم الرغبة في كفالته فيجب تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع كل الأمتعة التي وجدت معه[2]،

وحيث أن هذه الفئة من المواطنين أبرياء و لا بد من التكفل بهم من طرف الدولة و المجتمع، وذلك بإنشاء مراكز مخصصة لإيوائهم و تربيتهم، وهذه المؤسسات هي صاحبة الولاية القانونية على الأطفال، حيث تعد مؤسسات رعاية الطفولة طرفا ثانياً في عقد الكفالة، حيث تتمتع بالشخصية القانونية في مهمة التعاقد مع الكافل و الرضا يشترط توافره في مديرها، ذلك لأنه يتصرف بإسمها وفقاً لصلاحياته المحددة قانوناً بأن يقدم أحد الأطفال إلى الكافل كلما توافرت الظروف الواجبة فيه حسب قانون المؤسسة

[1]- عبد السلام خضرة، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري و بعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص16.

[2]- محمد ضويفي، شرح قانون الحالة المدنية الجزائري، دار بلقيس لنشر، الجزائر، 2019،ص78.

تحت مسؤولية الوالي الذي توجد بدائرة إختصاصه تلك المؤسسة، فيتم تطابق إرادة الكافل مع إرادة مدير المؤسسة نيابة عن الولي. حيث تكمن مهمة المؤسسة في تسليم الطفل المراد كفالته.[1]

الفرع الثاني: مشروعية عقد الكفالة و خصائصها

سنورد مشروعية الكفالة في الكتاب و السنة ثم نندرج إلى خصائص عقد الكفالة

أولاً: مشروعية عقد الكفالة

الكفالة مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وهي من التعاون على البر والتقوى، فهي مستحبة من الكافل وإحسان إلى المكفول، ومن أدلة مشروعية الكفالة:

1 – من القرآن الكريم:

قوله تعالى:"فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتاً حَسَناً وَ كَفَلَهَا زَكَرِيَّآءُ كُلَمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّآءُ اَلْمِحْرَابَ وَجَدَ عِندَهَا رِزْقاً قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنّى لَكِ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِندِ اِللهِ إِنَّ اَللهَ يَرْزُقُ مَنْ يَّشَآءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ"[2]

وكذلك قوله تعالى:"ذَلِكَ مِنَ أَنبَآءِ الْغَيبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقلاَمَهُمُ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ"[3]

وكذلك قوله تعالى:" إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلَ أَدُلُّكُمْ عَلَى مَنْ يَّكْفُلُهُ فَرَجَعْنَاكَ إِلَى أُمِكَ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ وَ قَتَلْتَ نَفْساً فَنَجَّيْنَاكَ مِنَ اَلْغَمِّ وَفَتَنَّاكَ فُتُوناً فَلَبِثْتَ سِنِينَ في أَهْلِ مَدْيَنَ ثُمَّ جِئْتَ عَلَى قَدَرٍ يَا مُوسَى"[4]

وقوله تعالى: " وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِن قَبْلُ فَقَالَتْ هَلَ أَدُلَكُمْ عَلَى أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَ هُمْ لَهُ ناصِحُونَ"[5]

---

[1]– أنارس لينة، علام كريمة، الكفالة، المرجع السابق،ص14.

[2]– سورة آل عمرآن الأية رقم 37.

[3]– سورة آل عمرآن الأية رقم 44.

[4]– سورة طـــه الأية رقم 40.

[5]– سورة القصص الأية رقم 11.

2- من السنة النبوية:

أما السنة النبوية فليس من السهل الضبط الدقيق لما ورد فيها متعلقا باليتيم، لكن من أشهر الأحاديث حديث سهل بن سعد . رضي الله عنه – عن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال:" أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا" وأشار بأصبُعيه السبابة و الوسطى.[1]

وكذلك من أدلة السنة حديث أبي هريرة – رضى الله عنه – أن رجلاً شكا إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – قسوة قلبه فقال : " إن أردت أن يلين قلبك فأطعم المسكين و أمسح برأس اليتيم ".[2]

ثانياً : خصائص عقد الكفالة

تختص الكفالة بعدة خصائص تميزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها نذكر منها على التوالي:

1- الكفالة عقد تبرعي :

الأصل في عقد الكفالة أنه من عقود التبرع، مع إشتراط أهلية التبرع في الكفيل حتى يكون العقد صحيحاً، ويترتب هذا الإعتبار التبرعي لعقد الكفالة كونه تصرفا مدنياً[3]، و التبرع في هذه الحالة يأخذ شكل عقد تفضل لأنه يقدم منفعة و خدمة شخصية، وهذا الطابع التبرعي أضفى على نظام الكفالة صبغة إنسانية ترقى إلى تلك التصرفات التبرعية الإنسانية الراقية التي تعمل على حماية الجنس البشري من الإهمال و المعاناة الإجتماعية و النفسية [4]، ويقصد بالعقد التبرعي ذلك العقد الذي لا يأخذ فيه أحد

---

[1]- الإمام أبي العباس القرطبي، إختصار صحيح البخاري و بيانُ غريبهِ، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، كتاب الأدب، باب فضل كفالة اليتيم و السعي على الأرملة و المسكين، دار النوادر ،بيروت، لبنان، 2014، ص441.

[2]- الإمام الطبراني، مكارم الأخلاق، باب فضل التكفل بأمر الأيتام،الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 1989، ص350.

[3]- زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص23.

[4]- بومدان ياسمينة و ليكان ثن هينان، التبني و الكفالة في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون- تخصص القانون الخاص الداخلي- كلية الحقوق و العلوم السياسية – قسم القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2016-2017، ص27.

المتعاقدين مقابلا لما يعطيه مع إنصراف النية لذلك[1]، وهو ما ينطبق على عقد الكفالة بذاته إذ الكافل يتولى أمور المكفول من إنفاق و تربية و تعليم...إلخ، دون أن يكون هنالك مقابل وإنما يقوم به على وجه التبرع، وهو بهذا لا ينتظر من المكفول أي مقابل و هذا الأخير ليس لديه أي نية بتقديم خدمة مقابل هذا التفضل و هو ما يبين لنا أن عقد الكفالة من العقود التبرعية.

2- الكفالة عقد مؤقت :

عقد الكفالة ليس أبدياً بل ينتهي لعدة أسباب منها: وفاة الكافل أو تخليه عن الكفالة، أو مطالبة الوالدين الأصليين بعودة الولد المكفول إلى ولايتهما وقد تنتهي بالحجر على الكافل لأي سبب من أسباب الحجر، أو لإصابته بأي عجز بدني يجعله غير قادر على رعاية القاصر و متابعة شؤونه، كما يمكن أن تنتهي بإسقاطها عن الكافل بموجب حكم قضائي إذا ما أخل بإلتزاماته التي تعهد بها، أو أساء إلى المكفول بشكل أو بآخر أو قد تتعارض مصالح الكافل مع مصالح الطفل المكفول.[2]

3- الكفالة عقد شرعي :

الكفالة الشرعية يقصد بها الإعتناء بالشخص القاصر الغير قادر على أن يستقل بأموره ولا يستطيع توفير أبسط متطلباته الشخصية من مأكل و ملبس و عناية، وذلك بتربيته التربية الحسنة منها الروحية والنفسية و العقلية حتى يقوى ساعده ويصبح بإستطاعته توفير كل مستلزمات حياته المعيشية،والإسلام جاء ليزكي النفس و يطهرها، ويدعو إلى الخير و البر و التقوى، ويوقظ بها أنبل المشاعر من رحمة ومحبة وإحسان[3]، ولقد جاء في كتابه الكريم قوله تعالى:"وَأَنفِقُواْ فِي سَبِيلِ اللهِ وَ لاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمُ إِلَى اَلتَّهْلُكَةِ وَ أَحْسِنُوا إِنَّ اللهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ "[4].و الكفالة عادة ما ترد على تربية اليتيم أومجهول النسب، وذلك بالإعتناء بهما حتى يصبحا قادرين مواجهة صعاب الحياة و حل مشاكلها المعقدة[5]،و بهذا

---

[1]- بشكورة شانز، شعبان، حماية الطفل المكفول، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق،شعبة قانون خاص- تخصص القانون الخاص الشامل،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، السنة الجامعية2013-2014، ص7.

[2]- بشكورة شانز و شعبان نبراس، حماية الطفل المكفول، المرجع السابق،ص07

[3]- عمتوت عمر، موسوعة المصطلحات القانونية و القواعد الشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر،2013، ص710.

[4]- سورة البقرة الآية رقم 194.

[5]- عمتوت عمر، المرجع السابق،ص710.

الصدد جاء عن الزهري عن الأعرج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :"و الذي بعثني بالحق لا يُعَذِبُ الله يوم القيامة من رحم اليتيم،وَلَانَ لَهُ فِي الكلام، ورحم يُتْمَهُ وضعفه ".[1]

تقع الكفالة على ولد قاصر أي دون سن التاسعة عشر بإعتباره سن الرشد القانوني اللازم لصحة التصرفات القانونية، وهذه الخاصية تقترب كثيراً من المفهوم الشرعي للشخص المراد كفالته، والذي يعتبر بِحسبِ غالب الظروف و الحالات أجنبي عن الكافل و لهذا إشترط المشرع أن يكون غير بالغ حفاظاً على حرمة العائلة و حمايةً للأنساب و لقد إستوحى هذا من أحكام الشريعة الإسلامية حيث يبقى الولد المكفول غريب على العائلة من هذه الناحية إلى أخر حياته و هذا بحسب الحالات كما ذكر سابقاً، وزيادة في الشرح فالمشرع لم يشترط في المكفول أن يكون أجنبي فقد يكون من المحارم فيما يكون إبن أخ زوجة الكافل أو ذوي القربى مثلا ، ومن هنا وبحسب ما نصت عليه المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها أن :" الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بإبنه و تتم بعقد شرعي"، ومن خلال ما جاء سابقاً عن مشروعية عقد الكفالة من القرآن و السنة و ما أخذ به المشرع من إتباع أحكام الشريعة في تعريفه لعقد الكفالة نستنتج أن عقد الكفالة عقد شرعي.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة و تمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها

الكفالة عقد من العقود الشرعية التي تعنى بالجانب الروحي و الإنساني و الإجتماعي قبل أن تكون عقداً رسمياً و تأخذ شكلها المكتوب، لهذا و لمعرفة الطبيعة القانونية للكفالة و تمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها إرتأينا أن نبحث عن طبيعتها بين الشرع و القانون.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للكفالة

من أجل معرفة الطبيعة القانونية للكفالة وجب توضيح وتبيان متى يكون التصرف نظاماً قانونياً ومتى يكون عقداً؟

أولا: الكفالة نظام قانوني :

الكفالة نظام قانوني محدد في قانون الأسرة بموجب نصوص قانونية صريحة وعلى كل شخص إحترام أحكامه لكونه متعلقاً بالنظام العام، فالكفالة تجرد أطرافها من مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد

[1]– الإمام الطبراني، المرجع السابق،ص349.

فهده الحرية محدودة،وإن كان للكافل الحق في الرجوع عن الكفالة فإن للنيابة العامة طلب إسقاطها مراعاة لمصلحة الطفل إذا تبين أن الكافل ليس أهلاً لرعاية المكفول.[1]

ثانيا: الكفالة عقد:

يعرف العقد بأنه إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص أخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شئ ما[2]، حيث يكون العقد ملزماً للطرفين، متى كان الإلتزام متبادلاً بين المتعاقدان بعضهما بعضا[3]، كما قد يكون ملزماً لشخص أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص،أو عدة أشخاص أخرين دون إلتزام متبادل من هؤلاء الأخرين[4]،والمشرع الجزائري بين صراحة أن الكفالة عقد من خلال ما نص عليه في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري"... وتتم بعد شرعي"[5]،وكذلك من خلال نص المادة 117 من نفس القانون التي حددت جهتين مخولتين بإسناد الكفالة إحداهما هو الموثق و ذلك عن طريق إفراغ الكفالة في صورة عقد الكفالة.

من خلال ما ورد سابقاً عن الطبيعة القانونية لعقد الكفالة اعتبرها المشرع الجزائري نظام قانوني وهي كذلك عقد، و بحسب القانون المقارن و التشريع المغربي تحديداً فإجراءات الكفالة جد صارمة ومحددة حيث أوكلت مهمة إبرام عقد الكفالة إلى القاضي المكلف بشؤون القصر لا غير الذي يقوم بالتحري عن سلوك طالب الكفالة، فإذا كانت التقارير إيجابية فله حق الموافقة وتتبع التنفيذ مراعاة لمصلحة القاصر،أما إذا كانت سلبية يأمر بإلغاء الكفالة.[6]

ونلاحظ أن المشرع المغربي إعتبر الكفالة نظاماً قانونياً في حين أن المشرع الجزائري إعتبره عقداً شرعياً إلا أنه وضع له شروطاً خاصة تجعل منه عقداً ذو طبيعة خاصة.

---

[1]– بوشكورة شانز،شعبان نبراس،المرجع السابق،ص11

[2]– المادة 54 من الامر 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

[3]– المادة 55 من القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

[4]– المادة 56 من القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

[5]– قانون رقم 84–11 المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق

[6]– أنارس لينة، علام كريمة، المرجع السابق، ص09.

الفرع الثاني: تمييز عقد الكفالة عن بعض الأنظمة المشابهة لها

شرعت الكفالة لتحقيق هدف سامي هو حماية القصر و هي بهذا الهدف تتشارك مع بعض الأنظمة كنظام التبني، و الحضانة، و الولاية، إلا أنها نظام مستقل بذاته له شروطه و إجراءاته و هي بهذا قد تختلف في عدة نقاط مع الأنظمة سابقة الذكر و من أجل توضيح نقاط التشابه والاختلاف سنقوم أولا: تمييز الكفالة عن التبني، ثانياً: تمييز الكفالة عن الحضانة، و ثالثاً: تمييز الكفالة عن الولاية.

أولا: تمييز الكفالة عن التبني

تجتمع الكفالة و التبني في كون كليهما ينصب على تربية ولد قاصر دون سواه و يهدفان إلى حمايته و رعايته و يضعان الولد المكفول أو المُتبني في نفس منزلة الإبن الشرعي و من أجل التفرقة بينهما أرتأينا أن نحدد الفروق من حيث المشروعية و الآثار، وذلك في كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

1- الفرق بين الكفالة و التبني من حيث المشروعية :

و نجد فيه:

أ- مشروعية الكفالة و التبنيفي الشريعة الإسلامية:

تعد كفالة اليتيم من الأمور المستحبة التي دعى إليها الإسلام، أما التبني فهو من الأمور المحرمة التي نهى عنها الإسلام،والكفالة مشروعة بكتاب الله و سنة رسوله و إجماع العلماء، حيث جاء في كتابه العزيز قوله تعالى: "فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتاً حَسَناً وَ كَفَلَهَا زَكَرِيَّآءُ كُلَمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّآءُ اَلْمِحْرَابَ وَجَدَ عِندَهَا رِزْقاً قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنّى لَكِ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِندِ اِللهِ إِنَّ اَللهَ يَرْزُقُ مَنْ يَّشَآءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ[1]". وقوله تعالى:"قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤتُونِ مَوثِقًا مِنَ اللهِ لَتَاتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُّحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّآ أَتَوهُ مَوثِقَهُمْ قَالَ اللهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ"[2] ،حيث وعد الله تعالى لكفلاء الأيتام بالخير و الأجر و الثواب،و توعد المسيئين لهم وآكلي أموالهم بالعقوبة الشديدة

[1]- سورة آل عمران الاية37

[2]- سورة يوسف الاية 66

وجاء في السنة النبوية عن أبي إمامة أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال:".....الزعيم غارم"[1]، ومعنى الزعيم الكفيل، والغارم و الضامن.[2]

وقد أجمع العلماء جوازها و لايزال المسلمون يكفل بعضهم بعض عن عصر النبوة دون تكبير من أحد الأعضاء، أما التبني كما سبق ذكره محرماً تحريماً قطعياً بالكتاب و السنة[3]، حيث يقول عز وجل" مَّا جَعَلَ اللهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَ مَاجَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اَللاَئِي تَظَّهَّرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُم وَاللهُ يَقُولُ اَلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، أَدْعُوهُمْ لِأَبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا أَبَائَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَ كَانَ اللهُ غَفُوراً رَّحِيماً".[4]

ومن السنة عن إبن عمر: أن زيد بن حارثة مولى رسول الله – صلى الله عليه وسلم –كنا ندعوه إلا زيد بن محمد، حتى نزل القرآن الكريم في قوله تعالى :" أَدْعُوهُمْ لِأَبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللهِ"[5]

إلا أنه في حالة النسب من التبني الخطأ فلا إثم عليه لقوله تعالى " وَ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِ " [6] ، و الدليل من السنة قوله – صلى الله عليه وسلم – :" إن الله تعالى رفع عن أمتي الخطأ والنسيان و الأمر الذي يكرهون عليه ".[7]

ب – مشروعية الكفالة و التبني في قانون الأسرة :

لقد أخذ المشرع الجزائري في تحريم التبني موقف الشريعة الإسلامية، وهذا ما أكدته المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، كما أكد هذا التحريم في العديد من قرارات المحكمة العليا.

---

[1]– أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى إبن الضحاك الترميدي، سنن الترميدي، الطبعة الثانية، دار الحضارة للنشر و التوزيع، الرياض، السعودية،2015،ص424

[2]– شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، المرجع السابق،ص190

[3]– أمال علال، التبني و الكفالة– دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة بكر بلقايد،تلمسان، السنة الجامعية 2008–2009،ص36.

[4]– سورة الأحزاب الاية04.

[5]– الإمام أبي عباس القرطبي، إختصار صحيح البخاري و بيانُ غريبه، المرجع السابق، ص57.

[6]_ سورة الاحزاب الاية 5

[7]– أمال علال، المرجع السابق،ص38.

إن الجزائر بإعتبارها دولة مسلمة و بإعتبار الشريعة الإسلامية مصدر أساسي من مصادر القانون فهو يمثل المصدر الثاني الذي يحكم المسائل المعروضة على القضاء عملاً بأحكام المادة الأولى من القانون المدني الجزائري. و بذلك تكون الجزائر سايرت معظم الدول العربية والإسلامية بتحريم التبني ومنعه شرعاً و قانوناً،وذلك بنص المادة 46 من قانون الأسرة الواردة في الفصل الخامس تحت عنوان النسب فهي بذلك تؤكد على أن نسب الولد يلحق لأبيه لا لغيره، متى توفرت أركان و شروط الزواج الشرعي[1].

معنى ذلك أنه لا يجوز لأي مسلم جزائري أن يدعي أن الولد الفلاني إبنه بالتبني ولا يجوز أبداً أن ينسب إليه و يسجل على لقبه وإسمه بسجلات الحالة المدنية إلا أنه في مقابل هذا المنع يقترح المشرع الجزائري نظام الكفالة و يكون بذلك متأثراً بالشريعة الإسلامية[2]، وقد نظمها في الفصل السابع من قانون الأسرة الجزائري في المواد 116إلى125 ،والتي تحدثت كلها بصورة شاملة عن الكفالة من شروط وإجراءات، وكذلك لإضفاء الصفة الشرعية أوجب قيد عقد الكفالة في عقود رسمية لدى الموثق[3]، وإلى جانب الموثق يمكن أيضاً اللجوء إلى المحكمة و بالتحديد لدى قسم شؤون الأسرة و ذلك بتقديم طلب كفالة و يكون ذلك بموافقة القاضي بعد مراجعة الشروط اللازمة.

2- الفرق بين الكفالة و التبني من حيث الآثار :

أ- آثار الكفالة و التبني في الشريعة الإسلامية:

حرم الإسلام التبني ومنعه وأبطل كل آثاره وذلك من أجل صون الأنساب وحفظ الحقوق الأسرية التي إرتبطت في التشريع الإسلامي بجهات القرابة ذات العماد الواقعي بين الوارثين وموروثهم، وليس من ريب أن في التبني حرمان الأب الحقيقي من أن يتصل به نسبه المتولد من المنسوب إليه في الواقع وفيما يعلم الله و الناس، وفيه إدخال عنصر غريب في نسب المُتبني، وبذلك تضييع الأنساب و يختل التوازن[4]،

---

[1]- عمارة مسعودة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا،العدد رقم01،مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة،2011،ص05.

[2]- أمال علال، المرجع السابق،ص39.

[3]- عمارة مسعودة، المرجع السابق،ص06.

[4]- جعيدري هدى، النظام القانوني للكفالة في ظل قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق- تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2018-2019،ص25

كما أنَّ فيه تحريم لما أحل الله و تحليل لما حرمه، حيث يحرم فيه زواج اليتيم المُتبنى من بنات المُتبني، وذلك فيه تحريم لما أحل الله سبحانه وتعالى، كما يُباح فيه التوارث بين المُتبني و اليتيم المُتبنى، وذلك فيه إباحة لما حرم الله، لأن الميراث من حق الأبناء الصلبيين، وقد يخلق التوارث بين المُتبني والمُتبنى البغضاء و الشحناء بين اليتيم و أبناء المُتبني.[1]

وبحكم أن الكفالة جائزة شرعاً فهي ترتب بعض الأثار منها: إمكانية زواج المكفول بإحدى بنات الشخص الكافل، وكذلك فإن بلوغ المكفول سن الرشد يمكنه من حرية التصرف في نفسه وماله إن كان له مال، سواءاً كسبه من إرث أو مال جمعه بكده و تعبه.[2]

ب- آثار الكفالة و التبني في قانون الأسرة:

حسب ما ذكر سابقاً عن التبني و ماجاء في المادة 46 من قانون الأسرة في أن التبني محرم شرعاً و قانوناً، حيث جاء في فحواها على أنه:"يمنع التبني شرعا وقانوناً"، و ما يمكن إستنتاجه من خلال نص المادة أن التبني بإعتباره محرماً شرعاً و ممنوع قانوناً، فهو بذلك لا يرتب أي أثر قانوني فلا ميراث للمُتبني و لا نسب له، إذ لا يمكن إلحاقه بالشخص الذي يريد تبنيه، حيث جاء في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري أنه:"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"[3]، حيث من لم يتبع هذه الأحكام يُعدُ مخالفاً للقانون، آثماً مشركاً بالله عز و جل.

كان هذا في القانون الوضعي الجزائري و الكثير من قوانين الدول العربية، التي لم تأخذ بنظام التبني و حرمته تحريماً قطعياً منها القانون الأردني، الذي لم يأخذ به مطلقاً و لم يرتب له أي آثار، والقانون الكويتي الذي رتب المسائل المتعلقة بآثاره و التي يكون أحد أطرافها أو كلاهما عنصر أجنبي وإعتبرها تسري في حقيقتها على قانون جنسية المتبني[4]، إلا أنه يوجد من أخذ بنظام التبني في بعض الدول العربية منها على سبيل المثال القانون التونسي حيث أخذ بنظام التبني ورتب له جملة من الأثار

---

[1]- https://mawdoo3.com le 09/06/21 14 :15

[2]- جعيدري هدى، المرجع السابق، ص25

[3]- الامر 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[4] - بلقاسم عقيلة، تنازع القوانين بشأن كفالة الأطفال المهملين،مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الرابع،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف،2017، ص 142

الهامة من بينها حمل المُتبني إسم مُتبنيه و معاملته له معاملة الإبن الشرعي، و إعطائه نفس الحقوق والواجبات الممنوحة للإبن الصلبي.[1]

أما فيما يخص الكفالة و ما تبين من آثارها في قانون الأسرة فبإعتبارها جائزة قانوناً و قد نظمها المشرع كما جاء سابقاً في الفصل السابع من قانون الأسرة، حيث يترتب على إسناد الكفالة جملة من الآثارسواء بالنسبة للكافل أو المكفول و هي باختصار:

- الإسناد الواقعي للمكفول، فلا يمكن القول بقيامها ما لم يتم إنتقال الولد المكفول من كنف الحاضنين له إلى كنف الكافل[2]، وبهذا يتم الإسناد الواقعي.

- تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي.[3]

- تنص المادة 123 من قانون الأسرة على :"يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة"، ما يفهم من نص المادة أنه بإمكان الكافل أن يوصي للمكفول بماله إلا أنه يخضع للأحكام الوصية و ذلك أن تكون في حدود الثلث و إجازة الورثة في حال وفاة الكافل.[4]

- إمكانية طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما و هذا حسب ما جاء في نص المادة 124 من قانون الأسرة .

ثانيا: تمييز الكفالة عن الحضانة

الكفالة و الحضانة نظامين من الأنظمة التي قننت في قانون الأسرة الجزائري، حيث أن الكفالة نظمها المشرع في الفصل السابع من الكتاب الثاني النيابة الشرعية من قانون الأسرة، في حين الحضانة نظمها في الفصل الثاني أثار الطلاق من الباب الثاني إنحلال الزواج من الكتاب الأول الزواج و إنحلاله، و يجتمعان في نقاط مختلفة من حيث الهدف فلكلاهما هدف واحد حيث وضعهما المشرع من أجل حماية

[1]– أمال علال، المرجع السابق،ص98.

[2]– أمال علال، المرجع نفسه،ص 110.

[3]– المادة 121 قانون الأسرة الجزائري.

[4]– أمال علال، المرجع السابق،ص111.

أكثر فعالية للقاصر، ومن أجل إبراز الإختلاف بينهما سنقوم بتمييزها من خلال تنظيم المشرع لكل منهما من حيث الشروط والإجراءات، وكذلك من حيث الأثار و الإنقضاء.

1- التمييز بين الكفالة و الحضانة من حيث الشروط و الإجراءات:

- يشترط في الحضانة أن تكون صلة قرابة بين الحاضن و المحضون و هذا ما يتبين من خلال المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، حيث رتب من خلالها المشرع أصحاب الأحقية في الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، وهذا بخلاف الكفالة التي لا تشترط أن يكون الكافل من أقرباء المكفول، بحيث يستطيع شخص أجنبي كفالة طفل قاصر [1] .

- كما اشترط المشرع الجزائري الإسلام في الكافل، أما في الحضانة لم يشترط ذلك في الحاضن،للاختلاف الفقهي القائم، مالم يكن الحاضن رجلا فلا نقاش في أن يكون متحداً في الدين مع المحضون[2].

- أما فيما يخص الإجراءات فالكفالة تسند بقرار إداري، بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام موثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة[3]، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي، مع مراعاة مصلحة المحضون[4].

2- التمييز بين الكفالة و الحضانة من حيث الآثار و الانقضاء:

- الكفالة ترتب على الكافل القيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية على وجه التبرع كقيام الأب بإبنه[5]في حين الحضانة واجبة و هي أثر من آثار الطلاق[6]، حيث تلزم الحاضن بالتربية و الرعاية والحماية دون النفقة[7]، لأن نفقة المحضون تكون على والده و هذا على عكس الكفالة.

---

[1] – مخلوف سليمان ، لعلاوي زهرة ،النيابة الشرعية كنظام لحماية أموال القاصر في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون تخصص قانون الأسرة ، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة 2016 ص 13

[2] – جعيدري هدى، مرجع سابق، ص23

[3] – جعيدري هدى، المرجع نفسه، ص 23

[4] – المادة 64 من الأمررقم: 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق

[5] – المادة 116 من الأمر رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[6] – العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر،2013، ص137.

[7] – المادة 62 من القانون رقم 84 – 11 ، المرجع السابق.

- الحضانة لا تفقد المحضون نسبه الأصلي من والديه الشرعيين و لا يلحقه بنسب الحاضن، إذ العلاقة تبقى دائماً في إطار الحضانة لا غير[1].

- تسقط الحضانة و تنقضي وفقاً لما هو مقرر في أحكام الحضانة[2]، في حين تنقضي الكفالة وفقاً لما هو مقرر في نظام الكفالة حيث تنقضي بسبب تخلف أحد شروط المادة 118 من قانون الأسرة، و وفاة أحد طرفي عقد الكفالة و هي الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة، أما الأسباب الخاصة فهي إنقضاء الكفالة بطلب من أحد والدي المكفول إذا كان معلوم النسب أو التخلي عن الكفالة و إلغائها[3].

3- دور الإشكالات المتعلقة بوضعية الطفل بعد الطلاق في التمييز بين الكفالة و الحضانة:

عندما نظم المشرع الجزائري كفالة الطفل في المواد 116 إلى 125 من قانون الأسرة الجزائري، حيث أغفل العديد من الإشكالات المتعلقة بوضعية الطفل المكفول بعد طلاق الزوجين الكفيلين أمام الإدارة والقضاء الجزائري والتي أصبح الكافل و المكفول في مواجهتها، بالمقارنة مع الحضانة في تنظيمه لحل نفس الإشكالات وتتمثل في :لمن يتم إسناد حضانة الطفل المكفول بعد طلاق الكفيلين؟ وهل حق النفقة و الزيارة تابعة لمن تؤول إليه الحضانة أم أن للقضاء رأي آخر؟

3- 1- إسناد حضانة الطفل بعد الطلاق بين الكفالة و الحضانة:

لقد إعتبر المشرع الجزائري حضانة الطفل بعد طلاق والديه الشرعيين كأثر من آثار الطلاق ولقد وضع لها العديد من النصوص القانونية حيث نظمها في الفصل الثاني من قانون الأسرة تحت عنوان الحضانة، حيث جاء تعريفها في نص المادة 62 كالتالي:"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا".

كما أن المشرع الجزائري كان صريحاً في إعطاء الأولوية للأم في حضانة طفلها و هذا تطبيقاً لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء فيها:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم،..."، و إن تقديم حضانة النساء على حضانة الرجال لأنهن بحكم الفطرة و التكوين هن الأقدر

[1] – كمال لدرع، الكفالة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، المجلد16، العدد31،ص 595.

[2] – أنظر المواد من 65 إلى 70 من الأمر 84 – 11 ، المرجع السابق.

[3] – المادة 125 من الأمر رقم 84 – 11 ، المرجع نفسه.

على رعاية الصغير، و لأنهن بالمحضون أشفق و على القيام به أصبر، وبأمر التربية أبصر[1]، وفي هذا فإن القاضي لا يجد أي حرج في إسناد حضانة الطفل سواءاً بعد الطلاق أو في حالة وفاة الولي إلا أنه على العكس تماماً بالنسبة للكفالة فإن القاضي الجزائري يجد صعوبة كبيرة في حل النزاع المطروح عليه بشأن إسناد حضانة الطفل المكفول بعد طلاق الزوجين الكفيلين، وهذا لأن المشرع الجزائري أغفل عن هذه المسألة المهمة و لم يضع لها نصوصاً قانونية تنظمها[2]،

ولهذا تثار مسألة حضانة الطفل المكفول بعد طلاق الزوجين الكفيلين، حيث يكون الزوج هو الكافل و المسؤول عن هذا الطفل بمقتضى عقد الكفالة، و في هذه الحالة فإن القاضي المطروح عليه النزاع يلتزم بإسناد حضانة المكفول إلى الزوج الكافل[3]، لأن الزوجة لا تتمتع بأية صفة قانونية تربطها بهذا الطفل سوى العلاقة العاطفية، و هذا ما يجعل القاضي يخالف مبدأ رعاية مصلحة الطفل، كون الزوجة هي الأولى بالتكفل به، و هذا يبين التمييز بين الوالدين الشرعيين و الوالدين الكافلين[4]، و هذا رغم وجود نفس رابطة العاطفة إلا أنه ليس لهما نفس الحقوق بدون الوثيقة التي تثبت الرابطة القانونية (عقد الكفالة)،

ومن خلال ما جاء ذكره أصبح من الضروري بما كان و سيكون أن يضع المشرع الجزائري نصوصاً قانونية تخول للقاضي الذي ينظر في دعوى الطلاق الإختصاص القانوني للنظر في طلب إحالة كفالة الطفل دون المساس بمبدأ عدم التناقض بين الأحكام القضائية، طالما أن الزوجة الكافلة قد عبرت صراحة عن إرادتها في التكفل بالطفل، مما يعطيها مركزاً قانونياً خاصاً يوفر لها الصفة القانونية لتقديم هذا الطلب تحت نظر قاضي شؤون الأسرة،في إطار مراعاة مصلحة الطفل المكفول[5].

---

[1] – سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، 2014-2015،ص 21.

[2] – شمام منير، الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة الجزائري و القضاء، مجلة دفاتر، مخبر حقوق الطفل، المجلد التاسع، العدد الأول 2018، ص160.

[3] – شمام منير، المرجع نفسه،ص 161.

[4]– Yamina Houhou , Thèse ; La kafala en droit algérien et ses effets en droit français,Doctorat en sciences juridiques, Spécialité :Droit privé, Droit de la famille,université de Pau et des pays de L'ADOUR, Ecole doctoral sciences, sociales et humanités, soutenue 2014,P163 ,161.

[5] – شمام منير، المرجع السابق، ص 162 .

3-2- حق الزيارة للطفل بين الكفالة و الحضانة:

حق الزيارة من الحقوق اللصيقة بحكم إسناد الحضانة حيث يلتزم القاضي بأن يحكم بها لإحدى والدي الطفل بعد إنفصالهما و إسناد الحضانة لأحدهما، و هذا ما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري:"... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، و لكن المشرع الجزائري أغفل هذه المسألة في حالة الطلاق بين الزوج الكافل و زوجته و هذا على عكس الوالدين الشرعيين، فالقاضي لا يخول هذا الحق لأحد الزوجين الذي ليس بإسمه عقد الكفالة، لإنعدام صفته القانونية تجاه الطفل المكفول، فالقانون الجزائري واضح، فقط صاحب السلطة الأبوية الذي يمكنه الحصول على حق الزيارة[1]،

ومع أن هذا الأمر يؤثر على التوازن النفسي للطفل المكفول، و يترك له فراغاً عاطفياً، و يسبب له عقداً نفسية و في هذا لم يراعي المشرع الجزائري الجانب النفسي و الإجتماعي للطفل المكفول، لأن حق زيارة زوج الكافل يعتبر ضرورياً لحماية الطفل المكفول و الحفاظ على الرابطة العاطفية معه[2]، ولهذا فإنه من المناسب أن يراعي المشرع هذا الجانب العاطفي للطفل المكفول، و أن يضع نصاً قانونياً يخول للقاضي الذي ينظر في دعوى الطلاق، الاختصاص القانوني للفصل في حق الزيارة لزوج الكافل الذي عبر عن إرادته صراحة في الحفاظ على الرابطة العاطفية[3]، حيث يمكنه الحصول على حق الزيارة لمن كان بالنسبة إليه بمثابة الأب أو الأم، محترماً بذلك المساواة بين الطفل المكفول و الطفل الشرعي.

3-3- حق النفقة للطفل بين الكفالة و الحضانة:

إن المشرع الجزائري وضع مبدأ الإلتزام بالنفقة طبقاً للمادة 75 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على مايلي:" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالإستغناء عنها بالكسب"،

فحسب هذه المادة فإن النفقة تخص الأطفال المولودين في علاقة الزواج الشرعية، أي الأطفال الشرعيين، أما الطفل المكفول، فلم يحدد المشرع الجزائري ما إذا كان له الحق في الحصول على النفقة،

[1]–Yamina houhou, La kafala en droit algérien et ses effets en droit français, Ibid, p 165

[2] – شمام منير، المرجع السابق ، ص 163.

[3]–Yamina houhou, La kafala en droit algérien et ses effets en droit français, Ibid, p166

فبالرجوع إلى الحالة التي يكون فيها عقد الكفالة بإسم الكافلة[1]، فإن القاضي ينقل كفالة الطفل إليها بعد النطق بالطلاق، إلا أنه لا يمكنه إلزام الزوج بدفع النفقة و توفير سكن لممارسة حضانة الطفل المكفول، طبقاً لأحكام المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري، و ذلك لإنعدام صفته ككفيل للطفل، و في حالة ما إذا كان عقد الكفالة بإسم الزوجين الكفيلين، تطبق أحكام المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه :" التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، و أن يكون بعلم النيابة العامة..."، و عليه يمكن للزوج أن يتنازل عن الكفالة بإرادته المنفردة و بدون أية عقوبة قانونية[2]،أي يتنازل عن صفته القانونية بكل سهولة أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة ، وبعد الإخطار المسبق للنيابة العامة، ومن ثم يحرم الطفل المكفول من حق النفقة المستحقة وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/12/13 قضية رقم 369032، فالمشرع الجزائري إعتبر الكفالة إلتزام على وجه التبرع، و لا يلتزم بها الكافل ما دام أنه تخلى عن كفالة الطفل المكفول[3].

وما نستنتجه مما سبق ذكره عن وضعية الطفل المكفول بعد طلاق الكافلين أن المشرع الجزائري لم يكن له بُعد نظر في تصوره لحالة الطفل المكفول بعد طلاق الزوجين الكفيلين، ولذلك لابد أن يكون هناك إجتهادات قضائية تضع حد للإشكالات القائمة و هذا مراعاة لمصلحة الطفل المكفول، من أجل أن يكون للطلاق آثار على الطفل المكفول تعادل الأثار المترتبة على الطفل الشرعي دون تمييز[4].

ثالثا: تمييز الكفالة عن الولاية

الكفالة والولاية نظامين من الأنظمة التي قننها المشرع في الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان النيابة الشرعية، و المشرع عندما أدرجها تحت عنوان واحد ليس بمحض الصدفة فهو راجع إلى كون كليهما ينوب عن القاصر في جميع أمور نفسه و ماله، حيث وضعهما المشرع من أجل حماية القصر و أموالهم من الأخطار، ومن هنا نتساءل أين يكمن الإختلاف بين هذين النظامين؟

[1] – Yamina houhou, La kafala en droit algérien et ses effets en droit français,Ibid , p 167 .

[2] – Yamina houhou ,Lakafala en droit algérien et ses effets en droit français,Ibid , p 168.

[3] – المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 369032 الصادر بتاريخ 2006.12.13، مجلة القضائية، العدد الثاني، 2007،ص443

[4] – Yamina houhou,Lakafala en droit algérien et ses effets en droit français ,Ibid, p168.

بإعتبار الولاية قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أوعلى نفس الغير أو ماله[1]، أما الكفالة فهي إلزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية و رعاية قيام الأب بإبنه و تتم بعقد شرعي[2].

من خلال هذا التعريف فإن كُلاً من الولاية و الكفالة هي الإشراف على شؤون القاصر ورعاية مصالحه، إلا أنهما يختلفان في كون الكفالة إلتزام على وجه التبرع فهي غير ملزمة، أما الولاية فهي ملزمة و لا يجوز للولي التخلي أو التنازل عنها، أو الإخلال بإلتزاماته تجاه القاصر[3].

وضعت أحكام الولاية للإهتمام بالجانب المالي، و فيما يتصل أساسا بحماية أموال القاصر هذا ما نستشفه من أحكام الولاية حيث نصت المادة 88 من قانون الأسرة على :" على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقاً لمقتضيات القانون العام..."، لكن الولاية في الحقيقة ذات وجهين بحيث تنطبق على نفس القاصر و كذلك على ماله[4]، في حين أن المشرع عند وضعه لأحكام الكفالة إعتنى بالولاية على نفس القاصر في 121 من قانون الأسرة عندما إعتبر الكفالة تخول للكافل الولاية القانونية، حيث تكون الولاية القانونية على القاصر محددة بعنصرين عنصر متعلق بالمال و عنصر متعلق بالنفس، حيث يتمتع الكافل بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على نفس المكفول و كل أموره المالية من إرث ووصية و هبة و هذا بنص المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري.

الكفالة هي البديل الشرعي عن نظام التبني، و تكون من أجل رعاية طفل قاصر فقَّد رعاية والديه أو كان مجهول النَّسب، وعليه فإن الكافل قد يكون قريب أو غريب عن المكفول، كما أن الكفالة تثبت بعقد شرعي و أمام الجهة الرَّسمية بخلاف الولاية التي تثبت بقوة القانون للأب أو الأم على أولادهم لصلة الدم بينهم[5] و هي تتفق مع الكفالة من حيث تعلقها بالقصر.

---

[1] – جعيدري هدى، المرجع السابق، ص 28.

[2]– المادة 116 من الأمر رقم 84 – 11 ، المرجع السابق.

[3] – مخلوف سليمان و لعلاوي زهرة، المرجع السابق، ص20.

[4] – الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 20.

[5] – مخلوف سليمان، لعلاوي زهرة، المرجع السابق، ص13.

المبحث الثاني: انعقاد الكفالة

باعتبار أن الكفالة عبارة عن عقد فلا بد أن تتوافر بها كل الأركان الواجب توفرها في باقي العقود حتى تقوم صحيحة منتجة لآثارها، كما لابد ان تمر بعدة إجراءات و مراحل و أمام عدة جهات سواء القضائية منها أو غير القضائية.

وسنتطرق في هذا المبحث إلى أركان عقد الكفالة و إجراءات إسنادها حيث سنخصص لكل منهما مطلبا مستقلا.

المطلب الأول: أركان عقد الكفالة:

نص القانون المدني الجزائري على عدة أركان لابد من توافرها في أي عقد و سنخصص الفرع الأول لدراسة هذه الأركان العامة بينما سنتناول في الفرع الثاني ركن الشكلية الذي اشترطه المشرع لقيام عقد الكفالة صحيحا.

الفرع الأول: الأركان العامة لعقد الكفالة:

و تتمثل في ركن التراضي و المحل و السبب و سنتناولها بالتفصيل فيما يلي:

أولا: ركن التراضي في عقد الكفالة:

نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على انه " يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية "[1]

و التراضي هو اتجاه الإرادة الى إحداث الأثر القانوني[2] و يجب أن يصدر من شخص كامل الأهلية و أن لا يكون مشوبا بعيب من عيوب الإرادة[3]

1 – بالنسبة للإرادة لابد من أن تكون متطابقة بصدور إيجاب و قبول كلا المتعاقدين[4] و موازاة مع عقد الكفالة فان الإيجاب و القبول يصدران من الكافل و المؤسسة المكلفة برعاية الطفل المراد كفالته فهي

---

[1]– المادة 59 من القانون رقم 75– 58 ، المرجع السابق.

[2] – معاتقي مريم، شلابي خديجة، المرجع السابق، ص23.

[3] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، دار الهدى، الجزائر، 2007،ص152.

[4] – نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزءالأول، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر2007،ص93.

صاحبة الولاية القانونية عليه و هذا بالنسبة للمكفول مجهول النسب أما بالنسبة للمكفول معلوم النسب فإن التراضي يتم بين الكافل و والدي القاصر المراد كفالته إذا كانا معلومين أو كان احدهما معلوما[1].

2 – أما بالنسبة للأهلية فقد نصت المادة 78 من القانون المدني على أن " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"[2] فنظرا لنقص أهلية المكفول لابد أن ينوب عنه ممثله القانوني أو القضائي كما أسلفنا بالذكر[3]، إضافة إلى ذلك فإن الإرادة هنا لابد أن تخلو من عيوب الرضا التي نص عليها القانون المدني وهي:

أ – الغلط:

نصت عليه المادة 81 من القانون المدني بالقول " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله" و معناه أن يقوم الوهم في ذهن المتعاقد فيعتقد أن الأمر على خلاف حقيقته[4] و مثاله: أن يقوم الكافل بالتكفل بطفل من جنس ذكر بينما هو يريده من جنس أنثى أو تخطأ المؤسسة المكلفة برعاية الأطفال في شخص الكافل المتعاقد معه[5].

ب – التدليس:

نصت عليه المادة 87 من القانون المدني بالقول " إذا صدر تدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت ان المتعاقد الآخر يعلم أو كان من المفروض ان يعلم بهذا التدليس" و مثاله أن تقوم المؤسسة المكلفة برعاية الأطفال بتزييف المعلومات المعطاة للكافل كأن تخبره أن الطفل مجهول النسب بينما هو معلوم النسب لدفعه لإبرام العقد فلا يمكن للكافل أن يطالب بإبطال العقد للتدليس حتى يثبت أن المؤسسة كانت تعلم بهذه المعلومة قبل إبرام العقد.

ج – الإكراه:

نصت عليه المادة 88 من القانون المدني بالقول " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق"،و المقصود به الضغط غير المشروع على

---

[1] – معاتقي مريم، شلابي خديجة، المرجع السابق، ص24.

[2] – المادة 78 من القانون رقم 75 – 58 ، المرجع السابق.

[3] – بوشكورةشانز، شعبان نبراس، المرجع السابق، ص09.

[4] – نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص164.

[5] – معاتقي مريم، شلابي خديجة، المرجع السابق،ص25.

المتعاقد لإجباره على إبرام عقد ما كانت لتتجه إرادته إلى إبرامه لولا الإكراه والتخويف[1]، و مثاله أن يجبر الكافل والدي المكفول على إبرام عقد الكفالة أو العكس

د – الاستغلال:

نصت عليه المادة 90 من القانون المدني " إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر"

أي أن يستغل احد المتعاقدين طيش أو هوى جامح في المتعاقد الآخر لكي يبرم معهالعقد[2] ومثالهأن يستغل الكافل عسر الأبوين لإجبارهم على التخلي عن ابنهم للتكفل به.

ثانيا: المحل في عقد الكفالة:

محل العقد هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها و قد نصت القواعد العامة للقانون المدني على شروطها ضمن المواد من 92 إلى 95 و هي:

- أن يكون المحل شيئا مستقبليا و محققا.
- أن لا يكون مخالفا للنظام العام.
- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين.
- أن يكون مشروعا.

و تطبيقا لذات الأحكام و الشروط على عقد الكفالة فإن المحل فيها هو الرعاية و العناية الممنوحة للمكفول و ليس للقاصر نفسه[3] و فيما يخص شروط المحل ضمن عقد الكفالة فلابد أن يكون الطفل المراد التكفل به معينا و بخصوص ركن المشروعية فهو شرط محقق طالما ان الهدف من العقد هو التبرع.[4]

ثالثا: السبب في عقد الكفالة:

نصت عليه المادة 97 من القانون المدني بالقول " إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا"

---

[1] –على فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الرابعة ، موفم للنشر، الجزائر، 2013،ص201.

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 198.

[3] – معاتقي مريم، شلابي خديجة، المرجع السابق، ص 27.

[4] – بوشكورة شانز، شعبان نبراس، المرجع السابق، ص9.

و السبب هو الغاية التي يستهدفها الملتزم لتحقيق نتيجة التزامه[1] و هو الباعث الرئيسي للتعاقد[2] ويختلف من طرف لآخر في عقد الكفالة فبالنسبة للمكفول فالسبب في إبرام عقد الكفالة هو حاجته لمن يرعاه و يتكفل بكافة حاجياته إما بالنسبة للكافل فان السبب هو رغبته في التبرع[3].

وقد أشارت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم44571 من المجلة القضائية الصادرة في 1992 العدد 4 إلى انه " إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا".

الفرع الثاني: الشكلية في عقد الكفالة

أن الأصل في العقود أنها رضائية و أن ركن الشكلية ما هو إلا استثناء يشترطه المشرع في بعض العقود التي لها أهمية بالغة في تنظيم حياة الإفراد و بغرض إثباتها و ذلك بإفراغ رغبة الطرفين في قالب معين حتى يكون العقد منجزا

و بالرجوع إلى عقد الكفالة فإن المادة 116 من قانون الأسرة نصت على "...تتم بعقد شرعي" إما بالعودة إلى قواعد القانون المدني نجد انه لم يستعمل مصطلح الشرعية في نصوصه وبالتالي فان هذا المصطلح أورده المشرع لإضفاء الشرعية الدينية على العقد لا غير[4] ، و عليه فإن عقد الكفالة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة و كل اتفاق خلاف ذلك فهو باطل[5] خصوصا أن المادة 117 من قانون الاسرة نصت على وجوب إبرام الكفالة من قبل موثق أو أمام المحكمة.

المطلب الثاني: إسناد الكفالة:

سنتناول في هذا المطلب المحطات التي يمر بها طالب الكفالة لمنحه القاصر للتكفل به بداية بالشروط الواجب توفرها فيه سواء تلك التي ذكرها المشرع الجزائري أو التي ذكرتها التشريعات الأخرى وهذا ضمن الفرع الأول ثم سنتطرق في الفرع الثاني إلى الإجراءات العملية التي يخطوها طالب الكفالة واحدة تلوى الأخرى لمنحه الكفالة.

---

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص217.

[2] – علي فيلالي، المرجع السابق، ص255.

[3] – بوشكورةشانز، شعبان نبراس، المرجع السابق،ص10.

[4] – معاتقي مريم، شلابي خديجة، المرجع السابق، ص10.

[5] – معاتقي مريم، شلابي خديجة، المرجع نفسه، ص28.

الفرع الأول: شروط إسناد الكفالة

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد انه من خلال تنظيمه لموضوع الكفالة قد وضع عدة شروط و التي يتعين على الجهة المختصة بإبرام عقد الكفالة التأكد من توافرها حتى تنعقد الكفالة صحيحة غير شائبة و مع ذلك فإن غياب النص الصريح بشأن بعض الشروط خلق عدة إشكالات في الواقع العملي متعلقة بالوضعية الاجتماعية لطالب الكفالة

و على ذلك سنتناول في هذا الفرع الشروط التي أوردها المشرع في قانون الاسرة و كذا الشروط التي أغفل ذكرها.

أولا: شروط إسناد الكفالة التي أوردها المشرع الجزائري:

و تنقسم الى شروط خاصة بالكافل و أخرى خاصة بالمكفول:

1 – الشروط الخاصة بالكافل عند إسناد الكفالة:

وضع المشرع الجزائري عدة شروط لمن يتولى كفالة طفل[1] حيث نصت المادة 118 قانون أسرة على انه " يشترط ان يكون الكافل مسلما عاقلا أهلاً للقيام بشؤون المكفول و قادرًا على رعايته".

أ – شرط الإسلام في عقد الكفالة:

أوجب المشرع ان يكون الكافل مسلما حتى يتمكن من التكفل بالقاصر المكفول و ذلك بغرض تحقيق مصلحته و درءًا للضرر الذي قد يلحقه و قد حرم الله تعالى ان يتولى أمر المسلمين من هم على غير ديانة في عدة آيات من القرآن الكريم منها قوله تعالى:

"لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين و من يفعل ذلك فليس من الله في شيء" [2]

و كذلك قوله تعالى "و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا" [3]

و بناءً على ما سبق فإن تخلف شرط الإسلام يترتب عنه رفض طلب الكافل في التكفل بالقاصر.

[1] – كمال لدرع، الكفالة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص609.

[2] _ سورة آل عمران الآية 28

[3] _ سورة القلم الآية 02

ب – شرط العقل و الأهلية في عقد الكفالة:

و هو ما نص عليه المشرع صراحة في المادة 118 من قانون الاسرة سالفة الذكر، ومعناه أن يكون الكافل بالغ سن الرشد أي 19 سنة كاملة كما جاء في نص المادة 40 من القانون المدني " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة"

إضافة إلى كونه غير محجور عليه بسبب جنون أو عته لان انعدام عقله لا يمكنه من التكفل برعاية شخص آخر و كذا أن لا يكون ناقص الأهلية لسفه أو غفلة و السبب في منع فاقدي الأهلية و ناقصيها من تولي صفة الكافل أنهم في الأساس يحتاجون من ينوب عنهم شرعا[1] فمن البديهي أنهم غير قادرين على تولي و رعاية هذا القاصر.

ج – شرط القدرة في عقد الكفالة:

والقصد من القدرة هنا هو أنه لا يجوز تقليد الكفالة لشخص لا يقوى على القيام بالتزاماته تجاه المكفول[2] رغم وجود النص الصريح على هذا الشرط ضمن أحكام قانون الأسرة إلا أن المشرع لم يحدد ضمن نصوصه أي نوع من القدرة يقصده هل مادية أو نفسية أو عقلية أو جسدية إلا أن معظم الفقهاء والدارسين لقانون الأسرة يفسرون القدرة و يحددونها بالقدرة المادية (المالية) و القدرة الجسدية

● **القدرة المادية:** هي الحالة الاقتصادية للكافل فلا يمكن ان تمنح الكفالة لشخص لا يملك أي مصدر للرزق أو المدخول و من الناحية العملية نجد ان القضاة حال فصلهم في طلب الكفالة وعند تحققهم من شرط القدرة يوجبون على طالب الكفالة تقديم ما يثبت قدرته على إعالة المكفول سواءً بكشف الراتب الشهري أو بأي وثيقة أخرى و إلا رُفض الطلب مراعاة لمصلحة المكفول[3].

---

[1] – تنص المادة 44 من القانون المدني على" يخضع فاقدو الأهلية و ناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية، أو القوامة،ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون".

[2] – نور الدين أبو لحية، الزواج و الطلاق و حقوق الأولاد الصغار، دار الكتاب الحديث، القاهرة،2009، ص72.

[3] – نقيب نور الإسلام، الأليات القانونية لحماية الطفل في الجزائر، مذكرة ماجستير تخصص الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2014– 2015، ص124.

●**القدرة الجسدية:** و نقصد بها كل عجز يمكن أن يمنع الكافل من رعاية المكفول على أحسن وجه ومثالها الشخص المصاب بعاهتين يتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب العاهتين[1] لكونه أصم و أبكم أوأصم وأعمى أو أبكم و أعمى.

وقد نصت المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن قاضي شؤون الاسرة يأمر بإجراء أي تحقيق أو تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول و الإنفاق عليه وتربيته[2].

لم يرد أي نص صريح بشأن شروط المكفول في قانون الأسرة إلا انه يمكن استخلاصها من نص المادة 116 و كذا المادة 119 و هي كالتالي:

أ – شرط أن يكون المكفول قاصرًا:

إذ تنص المادة 116 من قانون الاسرة على ان الكفالة تقع على قاصر و الذي غالبا ما يحتاج الى العناية و التكفل به للقيام بحاجاته، و يتوجب على الجهات المختصة بإبرام عقد الكفالة التحقق من هذا الشرط[3] و إلا بطل العقد لبطلان ركن المحل فيها.

بالرجوع الى أحكام القانون فإنه عرف القاصر بسنه و بناءً عليه فهو كل شخص لم يبلغ سن الرشد (19 سنة)[4]

ب – شرط أن يكون المكفول معلوم النسب أو مجهول النسب:

نصت المادة 119 من قانون الاسرة على "الولد المكفول إما يكون مجهول النسب أو معلوم النسب"

●**بالنسبة للمكفول مجهول النسب:**

كاللقيط مثلا ، فالمختص بالموافقة على عقد الكفالة من عدمه حسب الأمر 76–79 (الملغى) هو مدير الصحة و السكان المختص إقليميا[5] و قد نصت المادة 64 من قانون الحالة المدنية على ان ضابط

---

[1] – علال أمال، المرجع السابق، ص 74.

[2] – أنظر المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص" يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط المطلوبة في الكافل، وعند الإقتضاء يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيداً من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه و تربيته".

[3] – علال أمال، المرجع السابق، ص 79.

[4] – أنظر المادة 40 من القانون المدني، المرجع السابق.

[5] – بوزيد خالد، الكفالة نظام لحماية الأطفال في التشريع الجزائري، مجلة قانون العمل و التشغيل، العدد 4، جامعة وهران،تاريخ النشر جوان 2017،ص255.

الحالة المدنية يقوم بإعطاء اللقيط أو مجهول النسب المصرح به لديه عدة أسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي له.

و قد شرع الله تعالى الالتقاط في الإسلام لما فيه من أجر و ثواب للكافل و حفظ و صون للمكفول لقوله تعالى "و مَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسْ جَمِيعًا" [1]

●بالنسبة للمكفول معلوم النسب:

و قد يكون المكفول معلوم النسب يتيما أو غير يتيم كأن يكون له أبوان عاجزان عن تربيته و رعايته سواء لكبر سنهما أو لمرض أو لعجزهما المادي فيعهدان به للكافل لرعايته.

ثانيا: شروط إسناد الكفالة التي أغفلها المشرع

أورد المشرع الجزائري عدة شروط و نظمها بنص صريح إلا أن الواقع العملي يفرض عدة إشكالات ومسائل يغيب النص بشأنها و سندرجها فيما يلي:

1 – شروط خاصة بأطراف عقد الكفالة الأجانب:

رغم أن المشرع الجزائري لم ينص في أحكام قانون الأسرة على هذه الحالة إلا انه بالرجوع إلى المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني نجد أنها تنص على "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجراءها و يسري على آثارها قانون جنسية الكفيل"

و من خلال هذه المادة يمكن استنباط عدة أحكام لأننا سنجد أنفسنا أما عدة حالات نوردها فيمايلي:

●أن يطلب أجنبي كفالة طفل جزائري: في هذه الحالة على الجهة المختصة مراعاة الشروط الواردة ضمن قانون الأسرة الجزائري إضافة إلى مراعاة ما ينص عليه قانون جنسية طالب الكفالة خصوصا فيما يخص مسألة تمتعه بالأهلية من عدمه و كذا الشروط الأزمة للكفالة في هذا القانون.

●أن يطلب جزائري كفالة طفل أجنبي: بالرجوع إلى نص المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني سالفة الذكر فإن المشرع الجزائري لم يفصل في هذه الحالة لا بالإجازة و لا بالرفض، فهل تنعقد الكفالة بمجرد توفر الشروط الواردة ضمن نص المادة 118 من قانون الاسرة و كذا الشروط الواردة ضمن قانون جنسية المكفول؟ أم انه يتوجب رفض الطلب لانعدام الاختصاص؟[2]

---

[1]– سورة المائدة الاية 32

[2] – علال أمال، المرجع السابق،ص81.

● **أن يطلب أجنبي مقيم بالجزائر كفالة طفل أجنبي مقيم بالجزائر هو الأخر:** ففي هذه الحالة و بغض النظر عما يتطلبه المشرع الجزائري من شروط لعقد الكفالة سواء الدين أو القدرة .. فإن الجهة المختصة وتطبيقا لقواعد الإسناد تراعي مباشرة ما يقتضيه قانون جنسية كل من الكافل و المكفول.

و في جميع الحالات يمكن للقاضي استبعاد القانون الاجنبي اذا كان هذا الاخير مخالفً للنظام العام أوالأداب العامة[1] و تطبيق القانون الجزائري عوضًا عنه[2].

2 – شروط خاصة بالأشخاص المعنوية في عقد الكفالة:

لا يوجد نص قانوني صريح بشان إمكانية تقديم طلب من الأشخاص الاعتبارية للتكفل بالقاصر الذي لا يوجد من يرعاه و يحسن تربيته و بالتالي لا يحق للجمعيات أو المؤسسات المختصة برعاية الأطفال القصر أن تقدم طلب بالكفالة[3].

على خلاف ذلك نجد أن المشرع المغربي نص ضمن المادة 9 من القانون 01-15 المتعلق بالأطفال المهملين المغربي على "تسند كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم إلى الأشخاص و الهيئات الآتي ذكرها :.....3 – المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال و المنظمات و الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة المتوفرة على الوسائل المادية و الموارد و القدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال و حسن تربيتهم و تنشئتهم تنشئة إسلامية "[4]

3 – بعض الشروط التي أغفلها المشرع و المتعلقة بوضعية الكافل:

و سنتناول فيها شرط الحالة العائلية للكافل و شرط جنسه و كذا فارق السن بينه و بين المكفول

---

[1] – إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزءالأول، تنازع القوانين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر1989، ص290.

[2] – أمحمدي بوزينة أمنة، محاضرات قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، مطبوعة محاضرات لطلبة السنة ثانية ماستر تخصص قانون أسرة،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف،2019 –2020 ، ص98.

[3] – معاتقي مريم، شلابي خديجة، المرجع السابق، ص18.

[4] – القانون رقم:01- 15 المتعلق بالأطفال المهملين المغربي، المرجع السابق.

أ – شرط زواج الكافل:

رغم انعدام النص القانوني المنظم لمسألة إلزامية أن يكون الكافل متزوجا إلا انه و حسب المعمول به على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي فإن طالب الكفالة يجب عليه إرفاق ملفه بعقد الزواج و هذا مراعاة لمصلحة المكفول حتى ينشأ في كنف أسرة مستقرة.

ب – شرط متعلق بجنس الكافل:

نصت المادة 116 قانون أسرة على أن عقد الكفالة هو "قيام الأب بابنه" و هو قد جعله بذلك لا يصدر إلا من الرجل فالإشكال المثار هنا أن المشرع لم ينص على حق المرأة في الكفالة صراحة حيث لم يوضح أن كان يجب أن يصدر من الأب أم انه نص فقط على الالتزام الواجب فيه[1] ،خصوصا انه في بعض الأحيان من المستحسن أن يكون الكافل أنثى إذا كان الطفل المراد كفالته لا يزال رضيعا و بالعودة إلى قانون الأطفال المهملين المغربي فإنه ينص صراحة على وجوب أن يكون الكافل أنثى ضمن نص المادة 9 منه على أن الكفالة تمنح للزوجان المسلمان اللذان تتوفر فيهما شرط محددة ذكرتها ذات المادة أوإلى المرأة المسلمة أو إلى الأشخاص المعنوية المحددة ضمن نص ذات المادة.

ج – شرط متعلق بفارق السن بين الكافل و المكفول:

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة في تنظيمه لموضوع الكفالة نجد أن الشرط الوحيد المتعلق بالسن الذي نص عليه المشرع هو أن يكون الكافل بالغًا سن الرشد و هو ما يثير إشكال هل أن الشخص في سن 19 سنة قادر على كفالة قاصر سواء كان هذا المكفول مميز أو غير مميز؟ هذا الإشكال تفصل فيه وزارة التضامن الوطني و الأسرة وقضايا المرأة، التي أضافت شروط أخرى زيادة عن تلك التي أوردها المشرع في قانون الأسرة حيث نجد من بين هذه الشروط أن الحد الأعلى لسن الكافل هو 60 سنة بالنسبة للرجل و 55 سنة بالنسبة للمرأة[2].

و بالتالي و رغم تحديد السن الأعلى إلا ان السن الأدنى لم يتم النص عليه و تبقى السلطة التقديرية للجهة المختصة بمنح الكفالة التي تراعي سن الكافل حال فصلها في شرط قدرته على القيام بالمكفول.

[1] – شمام منير، المرجع السابق،ص159.

[2] – موقع وزارة التضامن الوطني و الأسرة و قضايا المرأة بتاريخ 2021/05/28 الساعة 14:07.

الفرع الثاني: إجراءات إسناد الكفالة

سنتناول في هذا الفرع الجهة المختصة بإسناد الكفالة سواء داخل الوطن أو خارجه إضافة إلى المراحل التي يمر بها الكافل منذ تقديمه لطلب الكفالة إلى غاية منحه المكفول حقيقةً.

أولا: الجهة المختصة بإسناد الكفالة

نصت المادة 117 من قانون الأسرة على "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان"،و يفهم من نص المادة أن كلاً من قاضي شؤون الأسرة و كذا الموثق مختصان بمنح الكفالة إلا انه بالعودة إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد انه منح الاختصاص فقط لقاضي شؤون الأسرة دون أن يشير إلى الموثق[1].

أ – الجهة المختصة بإسناد الكفالة داخل الوطن:

نصت المادة 117 قانون أسرة على "يجب ان تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق" و عليه فإن الاختصاص داخل الوطن هي المحكمة و الموثق و سنوضح دور كليهما فيما يأتي:

●دور المحكمة في إبرام عقد الكفالة:

ينعقد عقد الكفالة بمجرد تبادل الرضا بين الكافل و النائب الشرعي للمكفول سواء كان الأب أو مؤسسة حماية الطفولة[2] و قد فصّل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في كيفيات إسناد الكفالة من قبل المحكمة في المواد من 492 إلى 497 منه، حيث يؤول الاختصاص النوعي الى قاضي شؤون الأسرة أما الاختصاص الإقليمي فيؤول إلى محكمة مقر موطن طالب الكفالة ، و يتم الفصل في الطلب – المقدم بواسطة عريضة – بأمر ولائي بعد أخذ رأي النيابة العامة كونها طرفا أصيلا ففي قضايا شؤون الأسرة وحفاظا على مصلحة القاصر المكفول و التأكد من توفر كافة الشروط في الكافل.

[1] – تنص المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على:" يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة"، أنظر أيضاً، محمد توفيق قديري النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتورا علوم في الحقوق تخصص العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة 2017– 2018 ،ص166

[2] – علال أمال، المرجع السابق، ص83

و في هذه الحالة وجب التمييز بين قاضي شؤون الأسرة الذي يتدخل لحماية مصالح القاصر وبين قاضي الأحداث الذي يتدخل وفق قانون الإجراءات الجزائية كلما وقع الحدث في خطر[1].

●دور الموثق في إبرام عقد الكفالة:

مراعاة لمصلحة الأفراد فإن المشرع وسع من اختصاص إبرام الكفالة ليشمل الموثق حسب نص المادة 117 من قانون أسرة التي تركت الحرية للأطراف في اختيار من يلجئون إليه لإبرام عقد الكفالة ويمنح القانون المنظم لمهنة الموثق الحق لهذا الأخير في إبرام هذا العقد حيث انه يختص بإبرام العقود التي يتطلب فيها صيغة الرسمية أو التي أراد أطرافها إضفاء هذه الصفة عليها.

و كذا المادة 324 من القانون المدني " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه"

و بناء على ما سبق يمكن لولي القاصر و طالب الكفالة ان يتقدما لمكتب الموثق او مقر المحكمة أو البعثات الدبلوماسية و إفراغ إرادتهما ضمن عقد رسمي بعد التأكد من توفر باقي الشروط التي ينص عليها القانون[2].

و من الناحية العملية فإن عقود الكفالة الخاصة بالأطفال المتواجدين على مستوى دور الطفولة المسعفة التابعة لمديريات النشاط الاجتماعي للولايات لا تجري عند الموثق بل على مستوى القضاء فقط.

ب – الجهة المختصة بإسناد الكفالة خارج الوطن:

بالإضافة إلى الموثق و المحكمة اللذان منحهما المشرع اختصاص إسناد الكفالة داخل الوطن فإنه بالنسبة لجالية الجزائرية الموجودة بالخارج تختص البعثات الدبلوماسية بإبرام هذا العقد إذا كان احد أطراف العقد مقيما بالخارج أو كلاهما كذلك بحيث يقدم الطلب من طالب الكفالة الى رئيس البعثة الدبلوماسية لمحل إقامته الذي يتبع نفس الإجراءات الخاصة بإبرام الكفالة من قبل المحكمة أو الموثق و بذات الشروط[3].

---

[1] – بربارة عبد الرحمان،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة2، منشورات البغدادي،الجزائر2009،ص328.

[2] – عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص71.

[3] – معاتقي مريم، شلابي خديجة، المرجع السابق،ص36.

ثانيا: مراحل إسناد الكفالة:

مراعاة لمصلحة القاصر المكفول و لضمان توفير كل مستلزمات العيش الكريم تمر عملية منح الكفالة بمرحلتين: الأولى هي مرحلة تشمل التعبير عن إرادة الأطراف سواء بين الكافل و والدي المكفول معلوم النسب أو الكافل و مؤسسة الطفولة المسعفة إذا كان المكفول مجهول النسب أما المرحلة الثانية فتتم على مستوى الجهات القضائية

1 – المرحلة التمهيدية في إسناد الكفالة:

طبقا لنص المادة 117 قانون أسرة فإن الكفالة تتم برضا من له أبوان و على ذلك نفرق في هذه المرحلة بين المكفول معلوم النسب و بين المكفول مجهول النسب:

أ – بالنسبة للمكفول مجهول النسب:

فأن يكون القاصر مجهول النسب معناه أن يكون مجهول الأب سواء كان مجهول الأم أيضا أو علمت أمه و سنتطرق لكل حالة فيما يلي:

●بالنسبة للقاصر معلوم الأم:

ففي هذه الحالة يشترط رضا الأم على أن يتولى كفالة ابنها و رعايته و تربيته شخص آخر و لم يشترط المشرع أن يكون التعبير عن إرادة الأم صريحا إذ يمكن أن يكون التعبير ضمني و مثاله أن تسلم الأم ابنها القاصر لشخص آخر بغرض كفالته و السبب في عدم تشديد المشرع على اشتراط التعبير الصريح عن رضا الأم في هذه الحالة هو مراعاة مصلحة القاصر و حمايةً له نظرا للمعيشة الصعبة ونظرة المجتمع الجزائري خاصة للام العازبة[1].

●بالنسبة للقاصر مجهول الأبوين:

عندما يكون كلا الأبوين مجهولين فإن طلب الكفالة يقدم إلى مديرية النشاط الاجتماعي للولاية الموجود بها القاصر حيث يوجه الطلب إلى مدير هذا المرفق كونه ممثل عن دور الطفولة المسعفة[2] حيث يتم إجراء تحقيق اجتماعي بواسطة أخصائية نفسية مع الكافل للتأكد من توفر كافة الشروط.

و يتم التأكد من هذه الشروط بالإضافة إلى التحقيق الاجتماعي بواسطة الوثائق التالية:

---

[1] – بوغرارة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر– دراسة مقارنة ، رسالة دكتورا في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قسنطينة 2004، ص25.

[2] – علال أمال، المرجع السابق، ص من 88 إلى 93.

- شهادة ميلاد كلا الزوجين.
- بطاقة عائلية للحالة المدنية.
- كشف السوابق العدلية للزوجين.
- كشف الراتب لكلا الزوجين.
- شهادتان طبيتان لكلا الزوجين.
- شهادة إقامة.
- صورة شمسية.

بغرض الفصل في طلب الكفالة سواء بالرفض أو بالقبول تقوم المصلحة بتشكيل لجنة متكونة من:

- مدير النشاط الاجتماعي للولاية.
- رئيس مصلحة الفئات المحروسة.
- أخصائية نفسية.
- مساعدة اجتماعية.
- رئيس مصلحة المؤسسات المتخصصة.
- مربي مختص.
- مدير دار الطفولة المسعفة.
- طبيب بدار الطفولة المسعفة.

تفصل هذه اللجنة في الطلب المقدم أمامها سواء بالقبول أو الرفض و في حالة القبول يتوجب إبلاغ طالب الكفالة لتسجيل الكفالة أمام المحكمة[1] و تنوب المساعدة الاجتماعية عن الأبوين في هذه الحالة باعتبارها غير موجودين[2].

[1] – مرابط ربيعة، النظام القانوني لكفالة الطفل مجهول النسب في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي 2016– 2017، ص33

[2] – قديري سوسن، الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي و قوق الإنسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة،ص 57،58.

ب – بالنسبة للقاصر معلوم النسب:

إذا كان القاصر معلوم النسب فإن موافقة الأبوين شرط أساسي لصحة الكفالة و تكون بمقتضى تصريح كتابي أمام القاضي الموجود في محل إقامته موطن الكافل أو أمام الموثق أو أمام البعثات الدبلوماسية إذا كان احد الأطراف مقيما بالخارج[1]، إضافة إلى تقديم الوثائق التالية:

- شهادة ميلاد القاصر.
- شهادة ميلاد الكافل و كشف راتبه.
- عقد زواج الكافل.
- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية.
- طابع جبائي.
- شهادة الوضعية العائلية[2].

ج – بالنسبة للأطفال المتخلى عنهم:

و تكون هذه الحالة بالنسبة للطفل القاصر معلوم الأم الذي تخلت عنه عند ولادته أيًا كان السبب الذي دفعها لذلك، فنجد أن القاصر هنا يمر بعدة محطات إما على مستوى المشفى الذي وقعت به الولادة أو على مستوى دار الحضانة أو على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي.

- **بالنسبة للقاصر المتخلى عنه على مستوى المشفى:**

إذا تم التخلي عن الطفل عند ولادته مباشرة فإن المساعدة الاجتماعية للمشفى تقدم محضر التخلي للام لملأه و التوقيع عليه و للام الحرية في تقديم معلومات شخصية عنها أو ملئ المحضر دون ملئ المعلومات الخاصة بها.

و يكون التخلي في هذه الحالة إما مؤقت أو نهائي فبالنسبة للتخلي المؤقت تمنح للام فرصة لإعادة ابنها المتخلى عنه إلى حضنها و ذلك في اجل ثلاثة أشهر و بالنسبة للتخلي النهائي فيمنح لها اجل شهر واحد للرجوع عن تخليها عن ابنها و قد نص قانون الصحة 85-05 في المادة 73 منه على "تحدد مصالح الصحة كيفيات المساعدة الطبية التي تستهدف الوقاية الفعالة للأطفال من الإهمال"[3]

---

[1] – مسعودة عمارة، المرجع السابق، ص71.

[2] – جعيدري هدى، المرجع السابق، ص48، أنظر أيضاً علال أمال، المرجع السابق،ص 93.

[3] – الأمر رقم 85-05 المتضمن حماية الصحة و ترقيتها المؤرخ في 16 فيفري 1985 المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية العدد 8 الصادر في 1985/02/17 .

و بعد تمام محضر التخلي يتم إرسال ملف الطفل المتخلى عنه الى ضابط الحالة المدنية للبلدية التي وقعت في دائرة اختصاصها واقعة الميلاد لتسجيله[1].

●بالنسبة للقاصر المتخلى عنه على مستوى دار الحضانة:

بعد تخلي الأم عن ابنها و خلال الآجال الممنوحة لها للرجوع عن رأيها في التخلي المؤقت أو النهائي، يتم وضع الطفل في دار الحضانة ليتلقى فيها الحماية من الضياع و التشرد فإن لم ترجع الأم خلال الفترة الممنوحة لها يتم تحويل الطفل إلى مديرية النشاط الاجتماعي للولاية.

بالنسبة للقاصر المتخلى عنه على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي:

نصت المادة 5 من المرسوم التنفيذي 12-04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة على "تكلف المؤسسات باستقبال الأطفال المسعفين من الولادة إلى سن ثماني عشرة (18) سنة والتكفل بهم ليلا و نهارا و هذا في انتظار وضعهم في وسط عائلي.

غير أن المصالح المكلفة بالنشاط الاجتماعي المعنية تضمن من خلال تدابير ملائمة المرافقة والتكفل بهذه الفئة من السكان، و عند الاقتضاء إلى ما بعد السن المحددة في الفقرة أعلاه بغرض إدماجهم الاجتماعي والمهني"[2]

بناءً على ما سبق يتضح أن المساعدة الاجتماعية تبحث في ملف العائلة طالبة الكفالة و تقوم بالتحقيق بشأنها و تتأكد من توفر كل الشروط الملائمة لنشأة الطفل في بيئة أسرية مستقرة[3].

و في حال لم تتوفر أسرة للتكفل بهذا الطفل فإنه يبقى على مستوى مؤسسات الطفولة المسعفة التي تكفل له ما يلي:

"ضمان الأمومة، من خلال التكفل بالعلاج و التمريض.

ضمان الحماية من خلال المتابعة الطبية و النفسية العاطفية و الاجتماعية.

ضمان حفظ و سلامة الرضيع و الطفل و المراهق على المستويين الوقائي و العلاجي.

تنفيذ برامج التكفل البيداغوجي و التربوي.

---

[1] – أنظر المادة 67 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم بالقانون 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2017.

[2] – القانون رقم 12-04 المؤرخ في 2012/01/04 المتعلق بالقانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، الجريدة الرسمية عدد 5 الصادرة في 2012/01/27.

[3] – علال أمال، المرجع السابق،ص88.

مرافقة الأطفال و المراهقين أثناء فترة التكفل قصد اندماج مدرسي و اجتماعي و مهني أفضل.

ضمان المتابعة المدرسية للأطفال و المراهقين.

السهر على تحضير المراهق للحياة الاجتماعية و المهنية.

العمل على وضع الأطفال في الوسط العائلي[1]."

و بالتالي فإن القانون 12-04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة[2] نص صراحة على مهمتين أساسيتين لهذه المؤسسات متعلقة بصفة مباشرة بعقد الكفالة و هما:

أولا: العمل على وضع الأطفال في وسط عائلي أي محاولة إيجاد عائلات مناسبة للتكفل بالأطفال الموجودين على مستواها طبقا للشروط و الإجراءات المقررة قانونا.

ثانيا: مرافقة الأطفال و المراهقين أثناء فترة التكفل قصد اندماج مدرسي و اجتماعي و مهني أفضل، أي أن هذه المهمة تقع على عاتق مؤسسات الطفولة المسعفة بعد نجاحها في إتمام المهمة الأولى أي بعد وضع الطفل في وسط عائلي فتحاول مرافقتهم و مساعدتهم في الاندماج في المجتمع.

2 – المرحلة القضائية في إسناد الكفالة:

نصت المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية صراحة على انه يتوجب على طالب الكفالة التقدم بعريضة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر إقامته، و يفصل في هذا الطلب بموجب أمر ولائي لذا فإن العريضة يجب أن تقدم في نسختين و تكون معللة و تتضمن إشارة إلى الوثائق المحتج بها[3]، ولا تكون هناك أي خصومة و على ذلك فإن القاضي يفصل في الطلب المعروض أمامه بناء على ما تقدم من وثائق أمامه و مدى توفر شروط إبرام هذا العقد و بناء على مشورة النيابة العامة[4].

[1] – أنظر المادة 5 من القانون رقم 12-04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة ،المرجع السابق،

[2] – طبقاً للمادة 2 من القانون 12-04 المتضمن القانون الأساسي النمودجي لمؤسسات الطفولة المسعفة فإنه يعرف هذه الأخيرة بأنها" مؤسسات ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية و الإستقلال المالي".

[3] – بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص235.

[4] – أنظر المادة 494 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية رقم21 المؤرخة في 23 أفريل 2008 .

و بالعودة إلى المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني فإن اختصاصات قاضي شؤون الأسرة توسعت في هذا الموضوع تطبيقا لقواعد الإسناد فلا تمس فقط الأطراف الجزائريين بل تمتد إلى الأجانب المقيمين بالجزائر[1] مع وجوب مراعاة قانون جنسية الطرفين فيما يتطلبه من شروط لانعقاد الكفالة.

جدير بالذكر أن الأمر الولائي الصادر عن قاضي شؤون الأسرة بقبول طلب الكفالة غير قابل للطعن ويكون واجب النفاذ خال 3 أشهر الموالية لصدوره و إلا سقط و لم يرتب أي اثر[2]، كما يجب إرسال نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية لتسجيله على هامش شهادة ميلاد الطفل المكفول حسب نص المادة 58 الفقرة 3 من قانون الحالة المدنية "... يشار تلقائيا في جميع الأحوال التي يجب فيها تسجيل عقد أو حكم قضائي على شكل هامش مرجع موجز من قبل ضابط الحالة المدنية سواء على هامش العقد المسجل قبل و إما في مكان التاريخ الذي كان يجب ان يسجل فيه العقد"

خلاصة الفصل الأول:

الكفالة حسب ما جاء ضمن المادة 116 من قانون الأسرة هي "التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي" و يتميز هذا العقد بكون السبب فيه هو التبرع إضافة إلى كونه مؤقت و ليس مؤبدا و رغم وجود عدة أوجه للتشابه بينه وبين بعض الأنظمة القانونية كالتبني و الحضانة و الولاية إلا انه توجد أيضا الكثير من نقاط الاختلاف التي تجعل كل منهم نظاما أو عقدا مستقلا بذاته، كما لا يكفي لانعقاد الكفالة توفر الشروط و الأركان التي نص عليها المشرع فحسب بل لابد من سلامة إجراءاتها القانونية و مرور طالب الكفالة بكافة المراحل التي يتطلبها إبرام هذا العقد سواء الأولية التي تتم بينه و بين ولي القاصر المكفول أو التي تتم أمام المحكمة.

[1] – عمراش أسماء، بليل كاتية، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو2014 ، ص70.

[2] – أنظر المادة 311 من القانون رقم 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق

الفصل الثاني

جدوى عقد الكفالة في ضمان حقوق المكفول من حيث الآثار و الانقضاء

بعد قيام عقد الكفالة صحيحا بتوفر كافة أركانه و شروطه و السير الأمثل لإجراءاته فإنه يكون منجزًا ومنتجًا لأثاره القانونية في مواجهة الغير و أطرافه خصوصا الكافل الذي تقع عليه عدة التزامات جراء هذا العقد إلى غاية انقضاءه في حال تعرضه لأحد الأسباب المذكورة على سبيل الحصر ضمن أحكام قانون الأسرة الجزائري

وبناءًا عليه سنتطرق في هذا الفصل إلى الآثار المترتبة عن عقد الكفالة سواء تلك التي تخص الكافل أوالتي تخص المكفول إضافة إلى التعرض في المبحث الثاني إلى أسباب انقضاء هذا العقد.

المبحث الأول: الآثار المترتبة عن عقد الكفالة

تنصرف نية الكافل في عقد الكفالة إلى التبرع إضافة إلى الالتزام بالقيام بشؤون القاصر و حفظه و صون مصالحه لذلك فإن هذا العقد هو مصدر للالتزام بالنسبة للكافل أما بالنسبة للمكفول فإنه يعتبر حماية قانونية لحقوقه[1]،و عليه سنتطرق في المطلب الأول إلى آثار الكفالة على الكافل و في المطلب الثاني آثار الكفالة على المكفول.

المطلب الأول: آثار الكفالة على الكافل

إن آثار الكفالة على الكافل إنما هي انعكاس لالتزامات هذا الأخير تجاه المكفول و تتجلى أساسا في الولاية القانونية و التي نص عليها المشرع الجزائري صراحة في أحكام قانون الأسرة بالقول:"تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي"، وعليه يمكننا طرح التساؤل التالي ما هي أبرز مظاهر الولاية القانونية للكافل على المكفول؟ و هو ما سنجيب عليه من خلال دراسة الولاية على نفس المكفول و كذا الولاية على مال المكفول كما يلي:

الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول

و تنتقل الولاية من أبوي المكفول إذا كان معلوم النسب أو من ولي المكفول و ممثله القانوني المتمثل في مؤسسة حماية الطفولة إذا كان الطفل مجهول النسب أو متخلى عنه إلى الكافل[2]، و قد نصت المادة 116 من قانون الأسرة على واجبات الكافل المتعلقة بإسناد الولاية على النفس له و سنتناولها فيمايلي:

---

[1]– أمينة مساعدية، الحماية القانونية للطفل في إطار نظام الكفالة، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، مخبر المؤسسات الدستورية و النظم السياسية، العدد السادس، البليدة، 2016، ص86 .

[2]– علام الساجي، إشكالية التبني و الكفالة في المجتمع الجزائري، مقارنة أنتربولوجية، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد الرابع، المجلد العاشر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، دس ن، ص 287 .

أولا: الالتزام الكافل بالنفقة

و هو أول و أهم التزام يترتب على الكافل في مواجهة المكفول حيث نصت المادة 116 من قانون الأسرة على أن: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بالولد القاصر من نفقة ..."،و عليه فإن التزام الكافل بالنفقة يكون التزاما تبرعيًا، و لا يمكن أن تكون النفقة في هذه الحالة دينًا في ذمة القاصر المكفول، وتشمل حسب نص المادة 78 من قانون الأسرة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن، أو أجرته و كل ما يعتبر من ضروريات العرف و العادة[1]، فعلى سبيل المثال يلتزم الكافل بضمان مصاريف تعليم المكفول لاعتبار دخولها في هذه الضروريات.

و إن كان المكفول في كثير من الحالات يأخذ نفس حكم الولد الشرعي فيما يخص النفقة غير أنه يختلف عنه في بعض الحالات التي نبرزها فيما يلي:

1 – إذا كان للولد الشرعي مال فإن نفقته تكون من ماله خلافًا لما هو موجود في عقد الكفالة إذ أن الكافل التزم بالنفقة لإنصراف نيته إلى التبرع[2].

2 – تنص أحكام قانون الأسرة على انه في حال عجز الأب عن النفقة، فإن مسؤولية نفقة الأولاد تنتقل للأم[3]، لكن في حال كانت العلاقة القائمة بين المكفول و زوجة الكافل فإنه لا صلة قانونية لهما ببعض، وبالتالي لا يمكن إجبارها على الإنفاق عليه، غير أنه في كل الحالات يراعي القاضي مدى يسر الكافل عند النظر في شرط قدرته على التكفل فإن لم يثبت القدرة المادية لا تمنح له الكفالة منذ البداية مراعاة لمصلحة المكفول.

و تكريسا للالتزام بالنفقة و للمادة 116 قانون الاسرة صدر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية القرار التالي:"يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول و تربيته و رعايته قيام الأب بابنه باعتبار وليا قانونيا ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة"[4].

و في ذات السياق فإنه في حالة طلاق الكافل و زوجه يتحمل الزوج الذي سمي عقد الكفالة بإسمه نفقة الطفل المكفول بناء على ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة

---

[1]– علال أمال، المرجع السابق، ص 105

[2]– علال أمال، المرجع نفسه، ص 105

[3]– كمال لدرع، مسؤولية الأباء في كفالة الحقوق المادية و المعنوية للطفل في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي، د دن،ص 191

[4]– المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 369032 الصادر بتاريخ 2006.12.13 ، 2007،ص 443

والمواريث بالقول:"نفقة الطفل المكفول يتحملها ، بعد الطلاق، الشخص الكافل المذكور في عقد الكفالة وليس الزوج المطلق.لا تأخذ المحكمة بالاتفاق الحاصل بين الطرفين على إسناد كفالة المكفول للمطلقة وإنفاق المطلق عليه"[1]

و تجدر الإشارة أنه في بعض التشريعات العربية كالمشرع التونسي مثلا تبقى نفقة المكفول على عاتق الأب البيولوجي بالنسبة للطفل معلوم النسب و ذلك للحفاظ على الارتباط الوثيق بين الطفل و عائلته الأصلية و تفاديا لتشتته بين عائلتين[2].

ثانيا: إلتزام الكافل بتربية المكفول و العناية به

يقصدِ بهِ تلقين المكفول قواعد التربية و الأخلاق الحميدة و السلوك السوي و منعه من القيام بالسلوكات و الأفعال الشائنة و غير اللائقة[3]، إضافة إلى تتبعه و توجيهه و نصحه خلال كافة مراحلعمره[4] حيث أن أفضل المؤسسات المجهزة لاستقبال الأيتام و المحرومين لا ترقى بمتطلبات الأيتام النفسية و الاجتماعية كما تقوم بها الأسرة الطبيعية[5].

و بالرجوع للأحكام العامة للقانون المدني و التي تحدد مسؤولية الشخص عن أفعال الغير نجد أن المادة 134 منه نصت على:"كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار"،و عليه فبإعتبارأن الكافل مسؤول مدنيا عن رقابة المكفول بسبب كونه قاصرًا فإنه يمثله أمام القضاء[6] إضافة إلى الدعاوى المرفوعة لاستيفاء حقوق المكفول ترفع بإسم الكافل و هو ما نص عليه

---

[1]– المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، ملف رقم 0813942 الصادر بتاريخ 2013.06.13 ، 2014

[2]– بيديوي كريمة، الكفالة و التبني– دراسة مقارنة– مذكرة ماستر تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحمان ميرة، بجاية، 2013– 2013،ص22

[3]– علال أمال، المرجع السابق، ص 106

[4]– عبد الرحمان سلام، الكفالة في التشريع المدني الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 2، المجلد 19، 2018،ص614، أنظر أيضاً عز الدين لكحل، الحماية الجنائية للطفولة في الشريعة الإسلامية، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد السابع، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص34.

[5]– ياسر يوسف إسماعيل، المشكلات السلوكية لدى الأطفال المحرومين من بيئتهم الأسرية، رسالة ماجستر في الصحة النفسية كلية التربية الجامعية الإسلامية، غزة، 2009،ص 51، أنظر أيضاً فاطمة الزهراء خموين، الحرمان العاطفي عند الطفل اليتيم، مجلة العلوم الإنسانية و الإجتماعية، العدد 27، 2016، ص626.

[6]– علال أمال، المرجع السابق،ص 106.

المشرع المغربي صراحة في القانون15-01 المتعلق بالأطفال المهملين في المادة 22 الفقرة السادسة منه بالقول: "يترتب عن الأمر بإسناد الكفالة ما يلي:

-... كون الكافل مسؤولا مدنيا عن أفعال المكفول و تطبق هذه المسؤولية القواعد الواردة في الفصل 85 من قانون الالتزامات و العقود."

غير أن الإشكال يثور في حالة وفاة القاصر المكفول بسبب من الغير كأن يموت في حادث سير مثلا فهل يستحق الكافل الدية أو التعويض عن الحادث المؤدي للوفاة بناءًا على عقد الكفالة أم لا؟

ثالثا: قبض المنح العائلية و الدراسية

نصت المادة 121 قانون الأسرة صراحة على حق الكافل في قبض المنح العائلية و الدراسية بقولها: "تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي"،و عليه فإن المكفول بمجرد تسجيل عقد الكفالة على هامش شهادة ميلاده يعامل معاملة الولد الشرعي فيما يخص هذا الحق[1]،حيث يتقدم الكافل إلى الهيئة المستخدمة من مديرية الضمان الاجتماعي قصد الإستفادة من هذه المنح[2] مرفقا بـ :

- شهادة عائلية للكافل.
- نسخة من عقد الكفالة.
- شهادة ميلاد المكفول.

الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول

نصت المادة 122 قانون أسرة على أنه: "يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول" أي أنه على الكافل الاعتناء بأموال القاصر المتكفل به و تنميتها والاستثمار فيها[3] لمصلحة المكفول و قد منحه المشرع هذا الحق كنتيجة حتمية لمنحه للولاية القانونية[4].

و قد نص قانون الأسرة على كيفية إدارة هذه الأموال إذ يتوجب على الكافل أن يتصرف فيها تصرف الرجل الحريص، كما عليه أن يستأذن القاضي المختص بشؤون الأسرة في بعض التصرفات الواردة على سبيل

---

[1]- المادة رقم 03 من قانون الحالة المدنية، المرجع السابق

[2]- سعاد زغيشي، كفالة اليتيم في التشريع الجزائري، مجلة البحوث و الدراسات، العدد 24، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة 1،2017،ص189.

[3]- سعاد زغيشي، المرجع نفسه،ص 186

[4]- بوزيد خالد، المرجع السابق،ص 258، أنظر أيضاً، محمد توفيق قديري، المرجع السابق،ص166.

الحصر في المادة 88 قانون أسرة لما لها من خطورة حيث جاء في نص المادة:"على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1 – بيع العقار، و قسمته، و رهنه ، و إجراء المصالحة.

2 – بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3 – استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

4 – إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن 3 سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد."

كما تنص المادة 89 من قانون الأسرة على انه " على القاضي أن يراعي في الإذن : حالة الضرورة والمصلحة و أن يتم البيع بالمزاد العلني".

و قد جرم المشرع الجزائري ضمن المادة 380 من قانون العقوبات إستغلال الكافل لحاجة المكفول في الرعاية، أو عدم خبرته في التصرفات المالية بسبب قصره، و القيام بنهب أمواله أو إختلاسها حيث تنص على:"كل من إستغل حاجة لقاصر لم يكمل التاسعة عشر أو ميلا أو هوى أو عدم خبرة فيه ليختلس من التزامات أو إبراء أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية و ذلك إضرارًا به يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات و بغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج.

و تكون العقوبة بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و غرامة من 20000 دج إلى100000 دج إذا كان المجني عليه موضوعا تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته و في جميع الحالات المنصوص عليها في المادة يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة و ذلك لمدة سنة على الأقل و خمس سنوات على الأكثر"[1]

و عليه يكون الكافل في هذه الحالة في ظرف تشديد حيث أنه بموجب عقد الكفالة وُضع المكفول عنده لرعايته و الحفاظ على مصالحه.

المطلب الثاني: آثار الكفالة على المكفول

إن قيام عقد الكفالة يعني التزام الكافل بعدة واجبات تجاه المكفول بالإضافة إلى أنه يخوله عدة حقوق و إن كانت هذه الحقوق ما هي إلا نتائج حتمية لعقد الكفالة للمكفول و عليه سنتطرق في هذا

[1]– المادة رقم: 380 من القانون رقم: 16–02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية 37 المؤرخة في 22 يونيو 2016.

المطلب إلى الآثار المنجرة عن العقد المتعلقة بالمكفول سواء تلك التي تمس بوضعية المكفول و نسبه أوالتي تمس بالذمة المالية له و المؤثرة عليها.

الفرع الأول: الآثار المادية للكفالة على المكفول

و هي الآثار الظاهرة على حياة المكفول و سنتناول فيه الإسناد الواقعي للمكفول للكافل إضافة إلى الآثار المؤثرة بشكل مباشر على ذمته المالية.

أولا: الإسناد الواقعي للمكفول

إن إسناد الطفل المكفول إلى الكافل للقيام بحاجياته و التكفل به يعتبر أهم و أول خطوة من أجل تنفيذ عقد الكفالة فبعد أن يصبح الحكم المانح للكفالة نهائيًا يتم الإسناد تلقائيا بين طالب الكفالة و الشخص الذي عنده الطفل المراد كفالته دون اشتراط حضور ممثل عن النيابة العامة أو اشتراط تحرير محضر بالتسليم[1]، على عكس ما هو معمول به في بعض التشريعات العربية الأخرى إذ نجد في التشريع المغربي مثلا أن إسناد المكفول للكافل لابد فيه من حضور ممثل وكيل الملك و ممثل السلطة المحلية و ممثل المساعدة الاجتماعية إضافة إلى الشهود الذين حضروا عملية إبرام العقد[2] و تحرير محضر بالتسليم، حيث نصت المادة 18 من القانون 01-15 المتعلق بالأطفال المهملين المغربي على:

"ينفذ الأمر الصادر بالكفالة من طرف المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المصدر لأمر الكفالة في الخمسة عشر يوما من تاريخ صدوره.

يحرر محضر بتسليم الطفل المكفول إلى الشخص أو الجهة الكافلة

يتم التنفيذ على الخصوص بحضور ممثل النيابة العامة و السلطة المحلية و المساعدة الاجتماعية المعنية عند الاقتضاء

يجب أن يتضمن المحضر على الخصوص هوية الكافل و الطفل المكفول و الأشخاص الذين حضروا التسليم و مكان و ساعة التسليم و يجب أن يوقعه عون التنفيذ و الكافل و إذا كان الكافل لا يستطيع التوقيع فيضع بصمته.

---

[1]- بوشكورة شانز، شعبان نبراس، مرجع سابق، ص26.

[2]- معاتقي مريم، شلابي خديجة، مرجع سابق، ص44.

يحرر المحضر من ثلاثة نظائر يوجه أحدها إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين و يسلم الثاني إلى الكافل و يحتفظ بالثالث في ملف التنفيذ"[1].

لذلك كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يُفَصِلَ في كيفية و إجراءات التسليم بنصوص واضحة كما فعل نظيره المغربي نظرا لخطورة التسليم في الحفاظ على مصلحة المكفول خصوصًا أن الهدف الأول من هذا الإجراء هو إبقاء الطفل في محيط عائلي و إجتماعي لما توفره العائلة من رعاية و عطف،

لم ينص كذلك المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة على جزاء عدم تسليم الطفل المكفول للكافل لكن بالرجوع الى المادة 327 من قانون العقوبات نجد أنها تنص على:

"كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته الى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين الى خمس سنوات"

حيث تطبق صفة الجاني هنا على كل شخص وضع الطفل تحت رعايته و امتنع عن تسليمه.

و من ناحية أخرى فإن الإسناد الواقعي للطفل المكفول يصادف أحيانا بعض الإشكالات المتعلق بوضعية المكفول التي تعرض أمام القضاء خصوصا عند طلاق الكافل و زوجه و لعل أهمها إشكالية إسناد الحضانة في ذات الحكم المسند للحضانة، فمن يتولى حضانة المكفول بعد طلاق الكافلين؟ و ما مدى أحقية الزوج الآخر في زيارته؟

1 – إسناد حضانة المكفول في حالة الطلاق:

كما جاء ذكره سابقا في التمييز بين الحضانة و الكفالة، حيث أن المشرع لم ينظم هذه المسألة الخاصة من الكفالة بنصوص قانونية واضحة على عكس حضانة الولد الشرعي التي أحكم تنظيمها في قواعد قانون الأسرة، و بإعتبار أن الزوج هو الكافل و المسؤول عن الطفل بمقتضى عقد الكفالة فالقاضي ملزم بإسناد الحضانة لمن سُميّ عقد الكفالة باسمه[2] و لو خالف بذلك مبدأ رعاية مصلحة المكفول[3] والذي يكون محل إعتبار في إسناد الحضانة إذا ما كان الولد شرعيًا، فالزوجة لا تربط بينها و بين المكفول أي صفة قانونية مثبتة بوثائق إذا لم يكن عقد الكفالة قد انشأ باسمها، رغم انه في بعض الأحيان تكون الزوجة

---

[1]– المادة رقم 18 من القانون رقم 01– 15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين المغربي، المرجع السابق.

[2] – عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الاسرة ، قضاء الاحوال الشخصية و الفقه الاسلامي، رسالة ماجيستر ، جامعة الجزائر 2001، ص44.

[3] – شمام منير، مرجع سابق، ص161.

أولى برعاية المكفول خصوصا في مرحلة رضاعته،و بالرجوع الى قرار المحكمة العليا حال فصلها في الملف رقم 1037130 سنة 2016 فإنها تنص على أنه "ترجح الأحقية في كفالة القاصر في حالة الطلاق وفقا لما تقتضيه مصلحة المكفول"[1]

حيث أنه بالعودة لموضوع النزاع نجد أن عقد الكفالة قد تم إبرامه بين مديرية النشاط الاجتماعي و بين الزوج لكن و بعد الطلاق استصدرت الزوجة أيضا حكما قضائيا من محكمة باب الواد بكفالة ذات القاصر،

ففي هذه الحالة و لأن كلا الزوجين يمتلك سند لكفالة المكفول أقرت المحكمة العليا بترجيح مصلحة المكفول.

2 – حق الزوج الذي لم تسند له حضانة المكفول في الزيارة:

نصت المادة 64 من قانون الأسرة انه على القاضي أن يحكم بالزيارة في ذات الحكم المسند للحضانة فهو من الحقوق الأساسية لأحد والدي الطفل الذي لم تسند له الحضانة[2]، إلا أن المشرع أغفل تنظيم هذه النقطة في حال وقع الطلاق بين الكافل و زوجته و عليه لا يكون القاضي مخولا قانونا بإسناد هذا الحق للزوج الذي ليس باسمه عقد الكفالة لانعدام صفته القانونية بالطفل[3]، رغم أن منح هذا الحق للزوج الذي له الحق فيه من شأنه الحفاظ على التوازن النفسي و الأسري و العاطفي للقاصر المكفول.

و بغرض حل هذه الإشكالات و توحيدًا للأحكام و القرارات القضائية فقد نصت غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا حال فصلها في الملف رقم 613481 بالقرار الصادر بتاريخ 2011/03/10 بالقول "لا تسري آثار الطلاق من حضانة و نفقة على الطفل المكفول الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل"[4]

---

[1]– المحكمة العليا،مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، ملف رقم 1037130 الصادر بتاريخ 2016.06.08،ص147

[2] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007، ص385

[3] – شمام منير، مرجع سابق، ص162

[4] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 613481 الصادر بتاريخ 2011.03.10، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2012،ص290.

ثانيا: جواز تبرع الكافل للمكفول بالوصية أو الهبة

إذا كان الولد المكفول قد حرم من أن يرث الكافل فإن ذلك لا ينفي إمكانيته لتملك بعض أموال الكافل بطرق أخرى غير الميراث و ذلك عن طريق الوصية و الهبة إذ نصت المادة 123 قانون أسرة على أنه:"يجوز للكافل أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة"

1 – الوصية:

تنص المادة 184 قانون أسرة على أن: "الوصية تمليك مضاف إلى ما لعد الموت بطريق التبرع"، و معنى ذلك أن يوصي الشخص بتمليك مال أو حق عيني يكون في ذمته بعد وفاته إلى شخص آخر[1].

أعطى المشرع الجزائري بموجب المادة 123 من قانون الأسرة – سالفة الذكر – الحق للكافل في أن يوصي للمكفول من ماله الخاص في حدود الثلث أما في حالة إذا ما زاد مقدار الوصية لأكثر من الثلث بطل ما زاد عن الثلث و لم تبطل الوصية إلا إذا أجازه الورثة، فإن أجازوه استحق المكفول كامل المقدار المحدد في الوصية و إن رفضوه إستحق فقط ما هو في حدود الثلث وعلى ذلك فقد قيّد المشرع كل التصرفات التبرعية بين الكافل و المكفول بأن تكون في حدود الثلث[2].

و هو ما كرسته المحكمة العليا في مجموعة من قراراتها:

"حيث أن الحكم المطعون فيه إذا حكم أن الوصية المتنازع عليها يجب ردها طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية إلى الثلث الجائز من تركة الوصية لم يخالف القانون"[3].

2 – الهبة:

تنص أحكام قانون الأسرة في المادة 205 على أنه:

"يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءًا منها عينًا أو منفعة أو دينًا لدى الغير"

---

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في قانون الاسرة الجزائري، الميراث و الوصية، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004، ص230.

[2] – معاتقي مريم، شلابي خديجة، مرجع سابق، ص52، انظر أيضا طلبة أنور، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،1998 ص218.

[3] – المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ملف رقم75598 الصادر في 24-02-1991، المجلة القضائية، العدد2 لسنة 1932، ص62

فإذا قام الكافل بوهب المكفول مالا أو حق عيني أو منفعة فإنه ينتقل له بمجرد حيازته و تطابق إرادتهما مع مراعاة إجراءات الشهر و التسجيل بالنسبة للعقارات[1].

بالنسبة للتبرع عن طريق الهبة فإنه طبقا للأحكام العامة لهذا التصرف الواردة فالهبة غير محددة بمقدار الثلث كما هو الحال بالنسبة للوصية غير أنه يتداخل معها في حال كان التبرع بالهبة صادر في مرض الموت أو مصاب بأحد الأمراض المخيفة فهنا تطبق أحكام الوصية بدلا من أحكام الهبة على هذا التبرع حسب نص المادة 204 قانون الأسرة.

لكن إذا كان التبرع بالهبة بين شخص الكافل و المكفول فإن المشرع ألزم في المادة 123 قانون أسرة أن الأحكام التي تطبق على أي تبرع بين هذين الطرفين تطبق عليها أحكام الوصية فيما يخص مقدار المال المتبرع به[2]، حيث أوجب أن يكون في حدود الثلث سواء كان هبة أو وصية و ما زاد عنه متوقف على إجازة الورثة، فإن أجازه الورثة أصبح من حقه و إن لم يجزه الورثة استحق المكفول ما هو في حدود الثلث.

حيث كرست ذلك المحكمة العليا في قراراتها الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية بالقول:

"حيث أنه إذا كان بإمكان الواهب أن يهب كل ممتلكاته وفقا لنص المادة 2005 من قانون الأسرة فإن ذلك مقيد بأن لا يكون الواهب كافلا و الموهوب مكفولا كون الكافل مقيد اتجاه المكفول بأن لا يزيد التصرف بالوصية أو التبرع على حدود الثلث وفقا للمادة 123 من قانون الأسرة المشار إليها إلا إذا أجازه الورثة وبذلك يكون عقد التبرع المبرم خلافا لنص المادة 123 قابلا للطعن فيه بإبطال التصرف فيما زاد عن الثلث.

حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الحكم اعتبروا عدم انطباق نص المادة 123 من قانون الأسرة على التصرف محل النزاع استنادًا إلى وجود فرق بين الأحكام المنظمة لقواعد الوصية والتبرع أو ذكر هذه الفوارق و بالتالي فطالما أن عقد الهبة الذي أبرمه الكافل و المكفول موضوع قضية الحال يدخل ضمن عقود التبرع فإن قضاة المجلس بقضائهم خلاف ذلك يكونوا قد خالفوا نص المادة 123 قانون أسرة، و بذلك يكون الفرع سديد و يتعين معه نقض القرار"

بالإضافة إلى القرار الصادر بتاريخ 2011/05/12 عن غرفة الأحوال الشخصية الذي ينص في مبدأه على:

---

[1] – معاتقي مريم، شلابي خديجة، مرجع سابق، ص52.

[2] – علال أمال، مرجع سابق، ص113

"يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله، في حدود الثلث.

عقد الهبة المبرم من طرف الكافل للمكفول يدخل ضمن عقود التبرع"[1]

الفرع الثاني: الآثار المعنوية للكفالة على المكفول

و سنتطرق في هذا الجزء من الآثار إلى أثرين أساسيين هما احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي وإمكانية تغيير لقب المكفول و إلحاقه بلقب الكافل.

أولا: احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي

نصت المادة 120 من قانون الاسرة على انه "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب و إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية" و هذا عملا بقوله تعالى: "ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين و مواليكم" سورة الأحزاب الآية 05

و نسب الطفل هو العلاقة التي تربطه بأبويه و أساسها وحدة الدم و يترتب عليها معرفة الطفل لهويته[2].

1 – حالة المكفول معلوم النسب:

في حال كان للطفل المكفول أبوان معلومان و قاما بمنحه للكافل للقيام بشؤونه لأي سبب كان أوكان هذا المكفول معلوم النسب من جهة الأم فقط[3] فإنه في هذه الحالة لا يمكن تجريده من لقبه و أي انتهاك لحق المكفول في إبقاءه على نسبه الأصلي يعد تعديًا على النظام العام[4].

و نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 247 من قانون العقوبات على تجريم هذه الأفعال بالقول: " كل من إنتحل لنفسه في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية معدة لتقديمها للسلطة العمومية اسم عائلة خلافًا لاسمه و ذلك بغير حق يعاقب بغرامة من 20000 دج الى 100000 دج"[1]

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 620402 الصادر بتاريخ 2012.05.12، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2011،ص 283.

[2]– حمو بن براهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري و القانون المقارن، رسالة دكتورا في القانون الجنائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013– 2014، ص 206.

[3]– معاتقي مريم و شلابي خديجة، المرجع السابق، ص 38.

[4]– عبد السلام خضرة، المرجع السابق، ص 38.

2 – حالة المكفول مجهول النسب:

و يطلق عليه أيضا مصطلح الطفولة المسعفة "و هي تلك الفئة من الأطفال المحرومين من الأسرة لسبب ما و الذين يودعون في مراكز خاصة للتكفل بهم من جميع النواحي سواء النفسية والاجتماعية و التربوية و غيرها"[2]

و بالعودة إلى المادة 64 من قانون الحالة المدنية و التي تنص على كيفية التعامل مع مسألة منح اللقب العائلي للطفل مجهول النسب أو اللقيط[3] فإنها قد نصت في الفقرة الرابعة منها على أنه:

"يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".

و قد عرّف الأستاذ بلحاج العربي اللقيط على أنه:[4]

"كل مولود حي حديث العهد بالولادة لا يُعرف له أب أو أم، طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك من الأسباب"[5]. أو أنه " الصغير المنبوذ في الشارع أو المسجد أو نحو ذلك لأنه لا كافل له"

و نميز في هذه الحالة بين جنس الطفل فإن كان ذكرًا منحه ضابط الحالة المدنية سلسلة من الأسماء الخاصة بالذكور يتخذ آخرها كلقب عائلي له، بينما إن كانت أنثى فإنه يمنحها عدة أسماء خاصة بالإناث على أن يكون آخرها اسمًا مخصصًا للذكور تتخذه كلقب لها[6].

ثانيا: إمكانية تغيير لقب المكفول و إلحاقه بلقب الكافل

إن إمكانية تغيير لقب المكفول إلى لقب الكافل و إلحاقه به من شأنها تعزيز مركز مجهول النسب تفاديا للعوارض النفسية التي قد تصيبه في حال علم أنه ليس إبنا للأسرة الكافلة التي ترعرع بين أحضانها خصوصا في سن المراهقة و ربما لهذه الأسباب و أخرى ارتئ المشرع سن المرسوم 71-157 المعدل والمتمم بالمرسومين التنفيذيين 92-24 و 20-223، فهل فعلا خرج المشرع الجزائري عن عقد

---

[1]– المادة رقم 247 من قانون العقوبات، المرجع السابق

[2]– بلقاسم عقيلة، المرجع السابق، ص 135.

[3]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، المرجع السابق،ص202.

[4]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص202.

[5]– معاتقي مريم، شلابي خديجة، المرجع السابق،ص46،47.

[6]– بلقاسم شتوان، كفالة الطفل المسعف فقهاً و قانوناً،د د ن،د س ن،ص463.

الكفالة بهذه المراسيم إلى نظام التبني بطريقة غير مباشرة أم أنه لا يزال محافظا على نظام الكفالة الذي اعتمده في أحكام قانون الأسرة؟

1- الطبيعة القانونية للقب الممنوح للمكفول بموجب المرسوم 71-157 المعدل و المتمم بالمرسومين التنفيذيين 92-24 و 20-223:

إن صدور المرسوم المتعلق بتغيير اللقب أدى إلى طرح عدة تساؤلات لدى الباحثين و المختصين في القانون و لعل أبرز هذه التساؤلات تكمن في المركز القانوني الذي يمنحه تغيير اللقب للطفل المكفول فما الطبيعة القانونية لهذا اللقب و هل يحول عقد الكفالة إلى نظام للتبني؟ أم أنه يبقى دائماً ضمن نطاق عقد الكفالة؟[1]

الفريق الأول: و الذي يعتبر أن تغيير اللقب ما هو إلا إدخال للتبني في القانون الجزائري بصورة مستترة[2]، و نظرا لما جاء به من استلحاق للمكفول بالكافل عن طريق اللقب و تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول مجهول الأب، حيث يؤكد هذا الفريق على وجوب احترام نسب المكفول الأصلي و بالتالي يستبعدون تطبيق أحكام هذا المرسوم[3].

كما أن هذا المرسوم حسب هذا الفريق يتناقض مع نص المادة 120 قانون أسرة التي تنص على وجوب احتفاظ الولد المكفول بنسبه الأصلي[4].

الفريق الثاني: و الذي لا يعتبر محتوى هذا المرسوم تبنيا بل يبقيه دائما في إطار عقد الكفالة و هو الرأي السائد حاليا باعتبار أن أصحابه يرون بضرورة تطبيق أحكام هذا المرسوم و يستندون إلى عدة حجج لعل أهمها ما يلي:

- أن اللقب الأصلي للمكفول يبقى محفوظا و مسجلا دائما على هامش شهادة ميلاده و كل العقود ومستخرجات الحالة المدنية.
- هذا المرسوم فيه حفظ لكيان الطفل داخل المجتمع حتى لا يشعر بالنقص أو بأنه غريب عن الأطفال في سنه[5].

---

[1] – علام ساجي، المرجع السابق،ص283.

[2]– بوزيد خالد، المرجع السابق، ص 287.

[3]– علال أمال، المرجع السابق، ص 121.

[4]– علام ساجي، المرجع السابق، ص 283.

[5]– علام ساجي، المرجع نفسه، ص 283.

- أنه لا يمكن استعمال هذا اللقب للميراث فهو لا يخول للمكفول الحقوق التي تلتصق بالولد الشرعي[1].

2 شروط منح اللقب العائلي في ظل المرسوم 71-157:

يشترط لمنح لقب الكافل للمكفول توفر ما يلي:

- وجود عقد كفالة صادر عن الموثق أو الجهات القضائية المختصة.
- أن يكون المكفول قاصرًا مجهول النسب من جهة الأب.
- أن يكون طلب تغيير اللقب من طرف الكافل.
- موافقة أم المكفول إذا كانت معلومة و على قيد الحياة و تكون هذه الموافقة بعقد رسمي[2].

كما اشترط المرسوم 92-24 المعدل و المتمم للمرسوم71-157:

- أن يكون تغيير اللقب لسبب جدي.
- أن يتم نشر الطلب في الجريدة الرسمية حتى يتمكن كل شخص له مصلحة الاطلاع عليه أو الاعتراض عليه.

و قد نصت على ذات هذه الشروط المادة الأولى مكرر من المرسوم 20-223 بالقول:

"يمكن الشخص الذي كفل قانونا طفلا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم باسم هذا الطفل و لفائدته إلى وكيل الجمهورية لمكان إقامته أو لمكان ميلاد الطفل طلب تغيير اللقب العائلي للطفل و مطابقته مع لقبه.

عندما تكون أم الطفل معومة و على قيد الحياة، فإنه يجب أن يرفق الطلب بموافقتها المقدمة في شكل عقد رسمي و في حالة تعذر ذلك يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بمطابقة اللقب العائلي للطفل مع لقب الكافل، بناءً على طلب هذا الأخير الذي يرفق به تصريحا شرفيا في شكل عقد رسمي يصرح فيه تحت مسؤوليته أن كل المساعي التي قام بها للإتصال بالأم بقيت دون جدوى".

إجراءات تغيير لقب الطفل المكفول:

يتم تقديم ملف مكون من:

- طلب خطي موجه إلى وزير العدل.
- عقد ميلاد الكافل.

---

[1]- محمدي فريدة زواوي، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92- 24 مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، العدد الثاني 2000، ص71،72

[2]- أمينة مساعدية، المرجع السابق، ص 87،88.

- عقد ميلاد المكفول.
- نسخة من عقد الكفالة.
- عقد زواج الكافل.
- شهادة الجنسية الجزائرية.
- صحيفة السوابق القضائية رقم 03
- 3 صور شمسية حديثة.
- مستخرج من جدول الضرائب.
- نسخة من الإعلان بالجرائد اليومية[1].
- شهادة الوضع المسلمة من مصالح مديرية النشاط الاجتماعي نسخة أصلية و يجب أن تحمل هذه الشهادة توقيع و ختم مدير النشاط الاجتماعي و هذا في حالة إذا تم تسليم الطفل من طرفها[2].
- عقد توثيقي شرعي يتضمن موافقة الأم البيولوجية على مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الكافل و هذا في حال كان الطفل قد سلم للكافل من طرف الأم البيولوجية[3].

بعد ذلك يجري وكيل الجمهورية المختص إقليميا تحقيق و يرسله بعد انتهاءه إلى النائب العام الذي يرسله بدوره إلى وزير العدل و الذي له السلطة التقديرية في قبوله أو رفضه.

في حالة قبول الطلب يأمر وزير العدل النيابة العامة بتنفيذه ثم يقوم وكيل الجمهورية بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة يلتمس فيه تغيير لقب المكفول مع إرفاقه بكافة المستندات المؤيدة لهذا الطلب و بعد الإطلاع عليه يأمر رئيس المحكمة بتغيير لقب المكفول و إلحاقه بالكافل بموجب أمر ولائي[4] في أجل 30 يوم من إخطاره[5].

و بعد صدور الأمر تأمر النيابة العامة ضابط الحالة المدنية لتسجيله على هامش عقد ميلاد الطفل المكفول[6].

---

[1]Courdeblida.majustice ; le 28/05/2021 en 14 :46.

[2]- جعيدري هدي، المرجع السابق، ص 56.

[3]- جعيدري هدى، المرجع نفسه، ص56.

[4]- علام أمال، المرجع السابق، ص 118.

[5]- بيدوري كريمة، المرجع السابق، ص25.

[6]- جعيدري هدى، مرجع سابق،ص 56.

و قد نصت المادة 5 مكرر 2 من المرسوم التنفيذي 20-223 على:

"يغير اللقب العائلي للطفل المكفول بموجب أمر من رئيس محكمة مكان ميلاد الطفل أو مكان إقامة الشخص الكافل، بناءً على طلب وكيل الجمهورية لنفس المحكمة الذي يمكنه عند الاقتضاء استطلاع رأي قاضي الأحداث لدي نفس الجهة القضائية،

يصدر الأمر خلال (30) يوم الموالية لتاريخ تقديم الطلب و يكون بسعي من وكيل الجمهورية محل التسجيل ،و إشارة على هامش سجلات و عقود و مستخرجات عقد الحالة المدنية لمقر ميلاد الطفل المكفول و إذا كان هذا المقر خارج دائرة اختصاصه يقوم بإخطار وكيل الجمهورية المختص إقليميا للقيام بذلك"

المبحث الثاني: إنقضاء عقد الكفالة وأثره على حقوق المكفول

الكفالة نظام قانوني هدفه الأول يقوم من جانب إنساني و هو إعالة طفل قاصر وقد تطرأ عدة عوامل و ظروف تؤدي إلى إنقضائها، فهي ليست إلتزاماً أبدياً بل مؤقت، وقد حصر المشرع إنقضائها في أربع حالات و هو ما سندرجه في أسباب إنقضاء الكفالة، حيث سنتكلم في المطلب الأول عن الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة، و في المطلب الثاني عن الأسباب الخاصة لإنقضاء الكفالة.

المطلب الأول: الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة

من بين الأسباب العامة التي تؤذي إلى إنقضاء عقد الكفالة و هي خارجة عن إرادة و رغبة أطراف العقد، لدينا: تخلف أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري(الفرع الأول)، وهي الحالة الأولى لإنقضاء الكفالة، وكذلك إنقضاءها بسبب وفاة الكافل أوالمكفول (الفرع الثاني)، و تعتبر الحالة الرابعة من حيث الترتيب في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: إنقضاء الكفالة بسبب تخلف أحد شروط المادة 118 من قانون الأسرة

وضع المشرع و حسب نص المادة 118 من قانون الأسرة عدة شروط في الكافل متى تحققت كان العقد قائماً ومنتجاً لآثاره، لكن إذا تخلفت أحد هذه الشروط و هي: الأهلية، الإسلام ، و القدرة على رعاية المكفول، تسقط عن الكافل كفاءته في القيام بشؤون القاصر.

أولاً: إنقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط الأهلية

مما إشترطته المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري في الكافل أن يكون عاقلاً، أهلاً للقيام بشؤون المكفول بإعتبار أنه يقوم بتصرف تبرعي، فلا بد أن تتوفر فيه أهلية التبرع، أي أن يكون كامل الأهلية غير محجور عليه، لكن في حالة إصابة الكافل بعيب من عيوب الإرادة كالجنون، العته، السفه، و الغفلة، فهذا الأمر يجعل إرادته معيبة و بالتالي لا يمكنه إبرام عقد التبرع[1]، ومن خلال هذا نستنتج أنه إذا تواجدت هذه العيوب فلا يمكن إبرام عقود التبرع بما فيها عقد الكفالة، وإذا كان هذا التصرف قد أبرم قبل إكتشاف أحد هذه العيوب فإنه يكون قابلاً للإبطال، لأنها تحد من تصرفات الكافل التي تكون في صالحه أو في صالح الغير بما فيها عدم تمكنه من القيام بشأن القاصر مما يؤذي بالضرورة إلى إنقضاء عقد الكفالة.

و في القانون المقارن نص المشرع المغربي في المادة 25 من قانون الأطفال المهملين على أن"فقدان الزوجين الكافليين لأهليتهما معاً، وكذلك فقدان المرأة الكافلة لأهليتها، و كذلك حل المؤسسة أوالهيئة أوالمنظمة أو الجمعية الكافلة يؤذي إلى إنقضاء الكفالة [2]".

و ما نلاحظه ونستنتجه أن المشرع المغربي يساير المشرع الجزائري في أن فقدان الأهلية يؤدي إلى إنقضاء الكفالة، إلا أنه لم ينص على أن حل مؤسسات حماية الطفولة يؤدي إلى إنقضاء الكفالة، عكس المشرع المغربي الذي أدرجه في نصوصه القانونية.

و جاء في القانون التونسي فيما يخص نهاية سريان نظام الكفالة حيث نص المشرع التونسي في الولاية العمومية و الكفالة و التبني في الفصل السابع من قانون 04 مارس 1958 أنه:" تنتهي الكفالة عند بلوغ المكفول سن الرشد و يمكن للمحكمة الإبتدائية بطلب من الكفيل أو من أولياء المكفول أو من النيابة العمومية فسخ عقد الكفالة حسبما تقتضيه مصلحة الطفل"[3]، فالكفالة تنتهي إذن بصفة آلية لما يصبح الطفل رشيداً أو عن طريق القضاء قبل ذلك.

---

[1]– معاتقي مريم، شلابي خديجة، مرجع سابق، ص 55، أنظر أيضا علي علي سليمان،النظرية العامة للإلتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992 ص 54.

[2]– 25 من قانون الاطفال المهملين المغربي، مرجع سابق.

[3]– القانونالتونسي، المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة و التبني،مرجع سابق.

ثانياً: إنقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط الإسلام

من بين ما إشتُرِطَ في الكافل حسب نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري هو أن يكون الكافل مسلماً، و ذلك إعتباراً لأن المكفول قاصر، فالمكفول يتأثر تأثراً مباشراً بكافله و بشخصيته و مما يأخذه منه، حيث سيأخذ أخلاق و عادات و تقاليد الكافل الذي يقوم بشؤونه و تربيته، لذا إشترط أن يكون دينه الإسلام، فإذا كان طالب الكفالة غير مسلم فإن الكفالة لا تسند إليه أصلا، أما إذا الكافل مسلماً أثناء إبرامه لعقد الكفالة ثم غيَّر دينه فهنا تسقط عنه الكفالة[1].

ثالثا: إنقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط القدرة

من مهام الكافل و الإلتزامات المفروضة عليه بموجب عقد الكفالة هي العناية اللازمة بالمكفول، وذلك بإعتباره ولياً عليه فإذا تعرضت هذه الولاية إلى أي عارض صحي يحول دون مقدرته على القيام بشؤون المكفول أو يصبح فقيراً لا يمكنه حتى إعانة نفسه يؤدي ذلك لإنقضاء عقد الكفالة بسبب عدم قدرته على إعالة القاصر[2]، وتنقسم القدرة إلى قدرة مادية و أخرى عقلية.

1- القدرة المادية:

يقصد بها الحالة المالية و الإقتصادية لطالب الكفالة إذ لا يعقل أن يطلب شخصٌ معوزٌ أوعاطل عن العمل و ليس له أي مردود أو مورد رزق كفالة طفل وهو غير قادر على إطعامه ومنحه ملبساً أومسكناً لائقاً، ومن البديهي أنه عند تقديم طلب الكفالة من الجاري به عملياً عند تكوين ملف طلب الكفالة يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري، أو أي وثيقة تثبت قدرة الشخص على إعالة المكفول و إلا رفض الطلب مراعاةً لمصلحة الطفل[3]، و يؤدي إنعدام شرط قدرة الكافل بعد إبرام عقد الكفالة إلى إنقضائِها.

---

[1]- معاتقي مريم، شلابي خديجة، مرجع سابق ،ص 55.

[2]- أمينة مساعدية، مرجع سابق، ص91.

[3]- نقيب نور الاسلام، مرجع سابق ،ص124.

2- القدرة العقلية:

أن يكون الشخص معروفاً بحسن التصرفات و خالياً من الأمراض العقلية[1]، و يرجع تقدير مسألة العقل إلى سلطة القاضي حسب كل حالة و ما يتطلبه القاصر من رعاية و عناية و تربية[2]، وإذا ما أصيب الكافل بخلل في قدراته العقلية بعد إبرام عقد الكفالة تنقضي بالضرورة لتخلف أحد شروطها المذكرة في المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الثاني: إنقضاء الكفالة بسبب الوفاة

يُعد وفاة الكافل أو المكفول من الأسباب العامة لإنقضاء عقد الكفالة، بما أنهما طرفي عقد الكفالة ومن البديهي أنه إذا ما توفي أحد طرفي عقد الكفالة ينقضي العقد بالضرورة.

أولاً: وفاة المكفول

يعتبر وفاة المكفول سبباً من أسباب إنقضاء عقد الكفالة، وذلك راجع إلى أنه محل العقد و هو القيام بولد قاصر، و هنا لم يعد هذا الأخير موجوداً و بالتالي فإن العناية و الرعاية و التربية لم يعد لها محل في التطبيق لعدم وجود من سوف تقام من أجله أو لمصلحته و ذلك بوفاة من أقرت لمصلحته، فإذا توفي المكفول إنقضت معه الكفالة[3].

ثانياً: وفاة الكافل

الكافل هو الملتزم الأساسي بعقد الكفالة، بإعتبار أن الكفالة هي إلتزام على وجه التبرع، فإن العقد يُلزمهُ لأنه عقد مُلزم لجانب واحد فبوفاة الكافل ينقضي عقد الكفالة و ينقضي إلتزامه، و يستحيل بذلك تنفيذه، ويصبح الولد القاصر يتيماً مرة أخرى، و تصحُ في حقه كفالة جديدة من شخص آخر[4]، ونظراً للطابع الإستعجالي لموضوع حماية المكفول، يتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر

---

[1]- فاطمة حداد، حق الطفل في الحضانة و الكفالة ،مجلة الشهاب، العدد 3، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الوادي 2016، ص 176.

[2]- عبد السلام خضرة، مرجع سابق ص 24.

[3]- علال امال، مرجع سابق ص 125.

[4]- مسعود عربية، مرجع سابق ص 51.

لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة[1]، حيث أن المشرع لم يترك فراغاً في هذا الجانب بل وضع له فرضين و هذا بموجب نص المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري، حيث تنص:" ... و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن إلتزموا بذلك و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية "،و ما يفهم من خلال نص المادة 125 من قانون الأسرة أن الكفالة تنتقل إلى الورثة إذا ما إلتزموا بذلك و هو الفرض الأول الذي وضعه المشرع في حالة وفاة الكافل، أما الفرض الثاني فهو عدم إلتزام الورثة بالكفالة، و هما كالتالي:

1- الفرض الأول: إلتزام الورثة بالكفالة

حسب نص المادة 497 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه:"إذا إلتزم الورثة بالإبقاء عليها، يعين القاضي أحد الورثة كافلاً "، و ما يفهم من نص المادة أن الكفالة تنتقل إلى الورثة إذا قبل الورثة بالحلول محل مورثهم في التكفل بالقاصر،إذ عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا دون تأخير، قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة[2]، و بموجب ذلك تنتقل الإلتزامات المترتبة على الكفالة إلى الورثة و يصبح أحد الورثة هو الكافل الجديد[3]، حيث يقوم القاضي بتعيين أحد الورثة كافلاً ، وهنا المشرع أغفل الأساس الذي يعتمده القاضي في تعيين و إنتقاء أحد الورثة ككافل، وبالرجوع إلى أحكام الولاية على النفس و المال لا سيما النفس نجد أن المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه:" يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً"، وبالمطابقة بين زوجة الكافل التي تعد بمثابة الأم للمكفول و عليه فإذا إلتزمت زوجة الكافل المتوفي بالكفالة أصبحت هي كافلة الولد القاصر[4].

2- الفرض الثاني: عدم إلتزام الورثة بالكفالة

حسب نص المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري الذي وضع فرضين في حالة الوفاة كما سبق ذكرهُ و كان الفرض الثاني هو في حالة عدم إلتزام الورثة حيث جاء فيها:"...و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية "، حيث إن لم يلتزم الورثة بالتكفل بالمكفول الذي كان تحت

---

[1] – بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص357.

[2] – بربارة عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص357.

[3]– معاتقي مريم ،شلابي خديجة، مرجع سابق ص 58.

[4]– معاتقي مريم، شلابي خديجة، المرجع السابق ص 58.

رعاية مورثهم فإن للقاضي أن يأمر بإسناد القاصر الذي رجع إلى حالته الأولى بدون كافل يكفلهُ إلى الجهة المختصة بالرعاية بإعتبار ما له من سلطة خولها له القانون حيث جاء في المادة 424 من قانون إجراءات المدنية و الإدارية :" يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"، وهنا تبقى دائما للقاضي السلطة التقديرية في تحديد من تؤول له كفالة القاصر حتى و لو كانت دور رعاية الطفولة، حيث تسند الكفالة للجهة القانونية المكلفة برعاية هذه الفئة أي الطفولة المسعفة[1]، وهذا لكون قاضي شؤون الأسرة مكلف بالسهر على حماية مصلحة القاصر[2].

و جاء في القانون المقارن، حيث نص المشرع المغربي على حالة إنقضاء الكفالة بالوفاة في المادة 25 في أسباب إنتهاء الكفالة في الفقرة 3 و4 حيث ينص على:" تنتهي الكفالة بموت المكفول وموت الزوجين الكافلين معاً أو المرأة الكافلة"[3].

ثالثاً: أثر إنقضاء عقد الكفالة بسبب وفاة الكافل على المكفول

لإنقضاء الكفالة بسبب وفاة الكافل عدة آثار منها النفسية، و يرجع هذا لإرتباط المكفول بالكافل برابطة قد تصل إلى رابطة الإبن بأبيه، و كذلك آثار مادية، وهذا في حالة ما إذا ترك الكافل المتوفى للمكفول أموال، و لكن ليس بإعتبارهإبنه و وريثه[4]، و إنما تكون حسب ما تضمنتها المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء في نصهاً: يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل مازاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة"، ويفهم من هذا النص أن الكافل يمكنه أن يوصي للمكفول بما له غير أنه يخضع هنا لأحكام الوصية حسب الشريعة الإسلامية، وذلك بأن تكون في حدود ثلث تركة الكافل، أما ما زاد على الثلث فيرجع إلى إجازة الورثة[5].

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لإنقضاء الكفالة

تنقضي الكفالة بجملة من الأسباب الخاصة حيث نظمها المشرع من أجل معالجة حالات مخصوصة بذاتها و هي: إنقضاء الكفالة بطلب من الوالدين بالنسبة للقاصر معلوم النسب (الفرع الأول)،

---

[1]– كمال لدرع ، الكفالة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق، ص 611.

[2]– عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 329.

[3]– القانون رقم 01.15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين المغربي،المرجع سابق.

[4] – عبد السلام خضرة، المرجع السابق، ص40

[5] – عبد السلام خضرة، المرجع السابق، ص40

و هي الحالة الثانية حسب ما رتبها المشرع في قانون الأسرة، أما الحالة الثالثة في الترتيب هي: التخلي عن الكفالة و إلغاءها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إنقضاء الكفالة بطلب من الوالدين بالنسبة للقاصر معلوم النسب

عبر المشرع عن إنقضاء الكفالة بالنسبة لمعلومي النسب صراحة إذا ما طلب الوالدين أو أحدهما عودة الولد المكفول وذلك في نص المادة 124 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:" إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى و لايتهما يخير الولد في الإلتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزاً لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"، وما نستخلصه من نص المادة أن المشرع قد وضع حالتين بالنسبة لإلتحاق الولد المكفول إلى و لاية والديه، و هما : حالة القاصر الذي بلغ سن التمييز، و حالة القاصر الذي لم يبلغ سن التمييز.

الحالة الأولى: بالنسبة للقاصر الذي بلغ سن التمييز

حدد المشرع الجزائري سن التمييز القانوني ببلوغ الولد ثلاث عشرة سنة كاملة (13 سنة)، و ذلك حسب نص المادة 42 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري في قولها :" يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"، ويستنتج من مفهوم المادة أن العكس ينطبق على الولد المميز حيث أن من بلغ سن ثلاث عشرة سنة يعتبر مميزاً في نظر القانون، و في هذه الحالة إذا طلب أبواه أو أحدهما من الكافل رده لهما ليعود إلى ولايتهما فإن المشرع لم يترك لهما مطلق الحرية في ذلك، و إنما ترك الأمر للمكفول نفسه لأنه يعتبر في سن يمكنه من إبرام عقود تدور عليه بالنفع[1]، حيث أصبح له القدرة على التمييز بين ما يفيده وما يضرهُ، و له سلطة الإختيار في الإلتحاق بأبويه الأصليين أو البقاء في كنف الكافل[2]، خاصة و أنه قد تكون علاقته بالمكفول وطيدة و أن فراقه عنه قد يضر بالمكفول.

ثانياً: بالنسبة للقاصر الذي لم يبلغ سن التمييز

الطفل غير المميز هو من لم يبلغ سن الثالثة عشرة سنة من عمره، فإذا طلب أبواه أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايته فإن قرار العودة من صلاحيات القاضي الذي يراعي في ذلك مصلحة

---

[1]– علال امال، مرجع سابق،ص 124 ،انظر أيضا علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 54.

[2]– علال امال، المرجع السابق ص 124.

الطفل عند الحكم بذلك، فلو رأى مصلحة الطفل تقتضي بقاءه مع كافله قضي برفض الطلب[1]، بحيث لم يترك لهما المشرع الحرية المطلقة كما ذُكر سابقاً، بل قيدها باللجوء للقاضي الذي يعتبر حامي الحقوق والحريات وبما له من سلطة تقديرية للوقائع المحيطة بالمكفول و والديه، و يؤكد المشرع على مراعاة مصلحة المكفول فعلى القاضي القيام بإستخلاص مصلحة المكفول أينما تكون و هو المعيار الذي يرتكز عليه القاضي لتحديد بقاء المكفول مع كافله أو عودته لوالديه و هذا من باب ترجيح مصلحة المكفول وحمايته[2].

و هذا ما أكده قرار المحكمة العليا في ترجيح مصلحة المكفول و حمايته، حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 2016.06.08 ملف رقم 0981006، بإلغاء عقد الكفالة، حيث تقضي مصلحة الطفلة المكفولة بقاءها مع والديها بأرض الوطن في حالة إنتقال الكافل للإقامة ببلد أجنبي،وهذا للمبدأ القانوني الذي يسمح للأبوين أو أحدهما المطالبة بعودة الولد المكفول إلى ولايتها، بإذن من القاضي دون تخيير الولد في حالة عدم بلوغه سن التمييز[3].

و هو ما جاء تأكيده أيضا في قرار المحكمة العليا بقرار الصادر بتاريخ 2017.10.04، ملف رقم1110035، برفض دعوى إلغاء كفالة البنت غير المميزة المقدم من طرف والدتها،و جاء هذا القرار بناءاً على التحقيق الإجتماعي الذي أكد عدم أهلية الأم من الناحية المادية و الإجتماعية و التربوية، وهذا ما يدخل في السلطة التقديرية للقضاة، مراعاة لمصلحة البنت المكفولة[4].

الفرع الثاني: التخلي عن الكفالة و إلغاءها

نصت المادة 496 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على:" ترفع دعوى إلغاء الكفالة أوالتخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية و ينظر في الدعوى في جلسة سرية، بعد سماع ممثل

---

[1]– لحسين بن شيخ اث ملوية، المرشد في قانون الاسرة ، مدعما بإجتهاد المجلس الاعلى و المحكمة العليا (من سنة 1982 الى سنة 2014) الطبعة الثانية، دار هومة ، الجزائر 2015، ص 341، انظر ايضا معاتقي مريم، شلابي خديجة، مرجع سابق ص 60.

[2]– بربارة عبد الرحمن ، مرجع سابق، ص 356.

[3] – المحكمة العليا،غرفة شؤون الأسرة و المواريث،ملف رقم 0981006 الصادر بتاريخ 2016.06.08 ، مجلة المحكمة العليا،العدد الأول، 2016،ص143

[4] – المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ملف رقم 1110035 الصادر بتاريخ 2017.10.04 ،مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2017،ص 81.

النيابة العامة في طلباته، يتم إستئناف هذا الحكم حسب الإجراءات العادية"، و معنى هذا أننا سنكون أمام حالتين هامتين هما: حالة طلب التخلي عن الكفالة من الكافل نفسه ، و طلب إلغاء الكفالة المقدم من الغير.

أولا: طلب التخلي عن الكفالة من الكافل نفسه

في حالة ما إذا إعترت الكافل ظروف طارئة قد تكون مادية أو صحية تحدُ من قدرته تجاه المكفول، و قد تكون عن رغبة منه في عدم مواصلة الإلتزام بعقد الكفالة، له الحق في التخلي عن الكفالة، و يكون هذا الطلب في أي سن كان عليه المكفول و طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري، يجب أن يكون طلب التخلي عن الكفالة أمام الجهة التي أقرت الكفالة فإذا أقرتها المحكمة، فالتخلي يكون أمامها، و إذا أقرها الموثق فلا يصح التخلي إلا أمامه، بشرط أن يكون ذلك بعلم النيابة العامة[1]بإعتبارها طرف أصلي، فهي طرف منظم و ليست خصمًافي قضايا شؤون الأسرة[2]، وهذا من أجل أن تتمكن من مراقبة تطور مستجدات عقد الكفالة[3]، وما يدفعنا إليه الطرح السابق لطلب التخلي عن الكفالة من الكافل نفسه، إلى الإستفسار فيما إذا كان طلب التخلي، يُلزم الجهة التي أمامها(بمعنى الطلب ينهي عقد الكفالة)، أم يمكن أن يُرْفَضْ؟

لقد أشرنا عن هذه الإشكالية مسبقا عند التمييز بين الكفالة و الحضانة حيث جاء في نص المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري مايلي" التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة،وأن يكون بعلم النيابة العام"، وعليه و ما يفهم من نص المادة أنه يمكن للكافل طلب التخلي عن الكفالة و التنازل عن صفته القانونية بكل سهولة أمام الجهة التي أقرت الكفالة سواءاً المحكمة أو الموثق، ويكون طلبه مقبول وبدون أي عقوبة قانونية، حيث أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006.12.13 قضية رقم 369032 غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا 2001 العدد الثاني أن: الكفالة إلتزام على وجه التبرع، ولا يلتزم بها الكافل ما دام أنه تخلى عن كفالة الطفل المكفول.

وما يسعنا قوله هنا أمام قرار المحكمة العليا إلا أن نلتمس من المشرع الجزائري إعادة النظر في هذه النقطة بالذات و تشديد العقاب على من يتساهل في التخلي عن كفالة طفل ،لأنها تخص شريحة من

---

[1]– جعيدري هدى، المرجع السابق، ص 59.

[2]– عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص 335.

[3]– فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 180.

المجتمع وهم الأطفال الأيتام و المهملين، يجب التفكير في مصيرهم النفسي و الإجتماعي بعد أن يتخلى عنهم كفلاءهم، و هذا ما قد يؤدي إلى خلق أعضاء فاسدين في المجتمع بدل من الإستفادة منهم في تكوين رجال و نساء فاعلين في مجتمع مترابط.

ثانيا: طلب إلغاء الكفالة المقدم من الغير

يمكن إسقاط الكفالة عن الكافل بموجب حكم قضائي، خاصة إذا كان سيئ الأخلاق متعاطياً للخمور و المخدرات، مسيئاً إلى من في كفالته بالضرب و سوء المعاملة و ذلك برفع دعوى ممن له مصلحة أو من طرف النيابة العامة[1]، كما تقوم المحكمة بإلغاء الكفالة من تلقاء نفسها، إذا ما تم إعتقال الكافل تنفيذاً للحكم عليه بعقوبة جنائية أو الحبس لمدة تزيد عن سنة أو صدور حكم بجريمة إغتصاب أوهتك العرض أو حكم عليه بجناية تحريض المكفول على الدعارة و إلى غيرها من الجرائم التي يرتكبها الكافل و تكون سبباً في إنهاء الكفالة[2].

أما في القانون المقارن، و في القانون المغربي تحديداً نص المشرع على إلغاء الكفالة و تنازل الكافل عنها في نص المادة 25 من قانون الأطفال المهملين حيث جاء فيها أنه :" إلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالات إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة، أو إذا اقتضت ذلك المصلحة الفضلى للطفل المكفول "، و هو بهذا يكون مسايراً لقانون الأسرة الجزائري.

ثالثاً: آثار التخلي عن الكفالة على حقوق المكفول

لقد منح المشرع الجزائري للورثة حق الإلتزام بالكفالة، كما منحهم حق العدول عنها، و هذا ما جاء سابقاً حسب نص المادة 125 من قانون الأسرة الجزائري:"... تنتقل الكفالة إلى الورثة إن إلتزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية"،حيث يمكن التخلي عن الكفالة لظروف إجتماعية أو مادية أو فقط لعدم الرغبة في التكفل بالطفل، أو أنه يمكن للقاضي المختص عدم إجازة الكفالة لإستحالة توفر شروط الرعاية و التكفل الجيد بالطفل. و لكن يجب التفرقة بين الطفل معلوم النسب و الطفل المجهول النسب، فإذا كان الطفل معلوم النسب يمكن له الرجوع إلى والديه الأصليين، كما يمكن أن يلتزم الورثة بالكفالة، و يطالب الوالدين الأصليين رغم ذلك برجوع ولدهم إلى

---

[1]– انارس لينة، علام كريمة، المرجع السابق، ص 63.

[2]– بوشكورة شانز، شعبان نبراس، مرجع سابق، ص 32.

حضانتهم، وقد يكون هذا لإختلاف شخص الكافل الجديد من جهة، أو لأسباب أخرى تخص الوالدين من جهة ثانية، فهنا يجب على القاضي النظر أين تتحقق مصلحة الطفل المكفول في إختيار الظروف الإجتماعية الملائمة[1]، فعند تخلي الورثة عن الكفالة نكون أمام حالتين:إما يتم رجوع الطفل المكفول إلى والديه الأصليين في الحالة الأولى أو كحالة ثانية برجوعه إلى دار الطفولة المسعفة.

أ- الحالة الأولى: رجوع الطفل المكفول إلى والديه الأصليين

تكون هذه الحالة حسب ما جاء سابقاً في كون الطفل معلوم النسب، حيث يحق للوالدين الأصليين المطالبة برجوع ولدهم إلى حضانتهم لعدم موافقتهم على إنتقال كفالة إبنهم إلى الورثة و هذا لإعتبارات عدة تجعل منهم يرفضون إنتقال كفالة إبنهم إلى شخص جديد مما قد يأثر عليه نفسياً و تربويا، لذلك يقومون بالمطالبة بالحضانة، و كما جاء سابقاً فإن المشرع الجزائري فرق بين الطفل الذي بلغ سن التمييز و الطفل الذي لم يبلغ سن التمييز، حيث تتم عودة الطفل المكفول غير المميز بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المحضون[2]، فإذا بلغ سن التمييز وجب تخييره في الإلتحاق بوالديه أو أحدهما[3].

ب- الحالة الثانية: عودة الطفل المكفول إلى دار الطفولة المسعفة

تتجسد هذه الواقعة عندما يكون الطفل مجهول النسب، وبعد وفاة كافله يقوم الورثة بالتخلي عن الكفالة أو بتخلي الكافل نفسه عن الكفالة، فيتم ذلك أمام الجهة التي أقرتها، و تكون بعلم النيابة العامة ذلك أنها طرف أصلي في قضايا الأحوال الشخصية[4]، وقد وفرت الدولة هذه الدور لإستقبال الأطفال المهملين واللقطاء و الذين يتم التخلي عنهم، كما عملت على توفير الجو العائلي داخل الطفولة المسعفة بتوفير المربيات المتخصصات،إلا أن ذلك يبقى غير كاف، خاصة على الطفل الذي يتم التخلي عنه بعد وفاة كافله، و من البديهي أن يكون إعتاد على الجو العائلي ففي هذه الحالة يمكن أن تتدهور نفسيته، وزيادة على الجانب النفسي توجد عدة إشكالات تطرح من ناحية المركز القانوني للطفل المكفول و أبرزها:

---

[1] – بن عبد الله نريمان، وفاة الكافل و آثارها القانونية،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد،د س ن،ص 255.

[2] – المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 367977 الصادر بتاريخ 2006.10.11، مجلة المحكمة العليا،العدد الأول،2007، ص443.

[3] – بن عبد الله نريمان، المرجع السابق،ص256.

[4] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- أحكام الزواج- المرجع السابق،ص25.

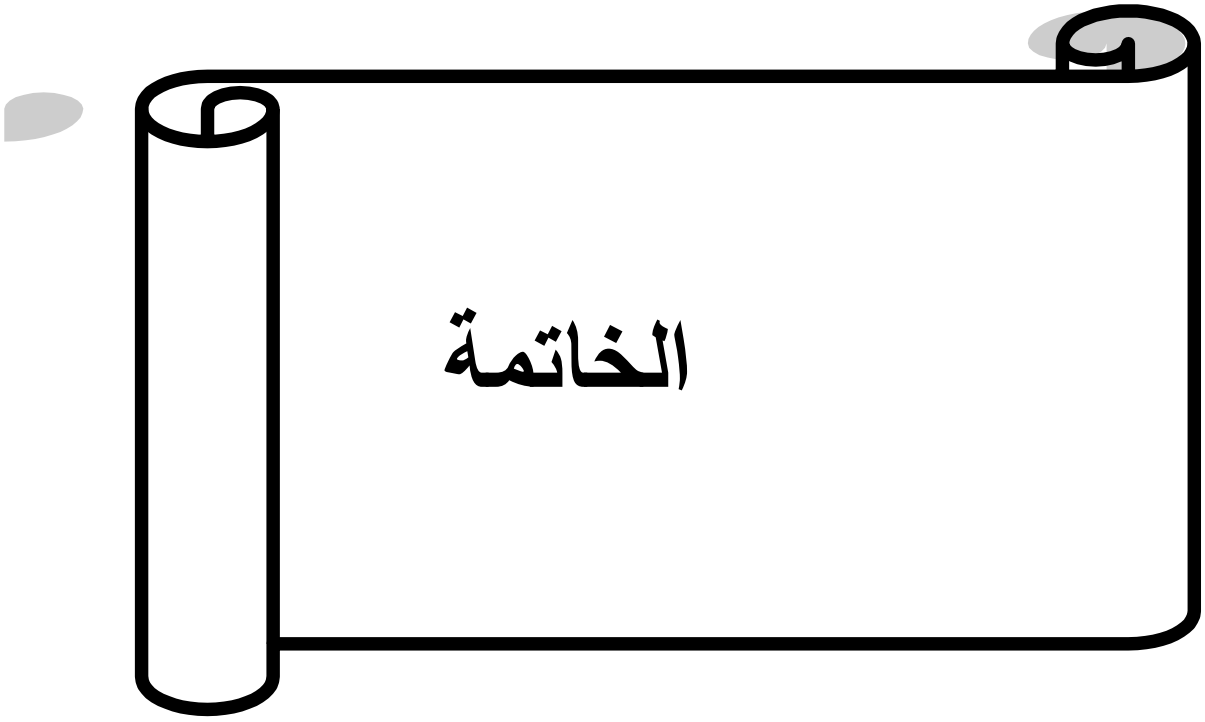
لقب الطفل المكفول فيعد من أعظم الإشكالات التي في الواجهة، فهل يحق للورثة طلب نزع اللقب العائلي للمكفول بعد وفاة الكافل؟

حسب ما جاء في المرسوم رقم 92- 24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 و المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 20/ 223 ،يمكن مطابقة لقب الكافل بالطفل المكفول، وفي حالة ما إذا منح الكافل لقبه العائلي للمكفول، وبعد وفاة الكافل و تخلى الورثة عن الكفالة ما مصير الطفل المكفول مع اللقب الممنوح له؟ و هل سيبقى الحال على ماهو أم يرجع إلى حالته الأصلية بدون لقب؟

في حالة ما إذا طالب الورثة بنزع اللقب العائلي من المكفول، و مع سكوت المشرع عن هذه الحالة، المسألة تبقى مطروحة أمام الإجتهاد القضائي حتى يجد لها سبيل.

خلاصة الفصل الثاني:

إن قيام عقد الكفالة صحيحا يعني أنه منجز لآثاره القانونية ،و التي منها ما يتعلق بالكافل كحقه في الولاية على مال و نفس المكفول ،و ما يرتبه هذا الحق من حقوق و التزامات كالنفقة و الرعاية و تقاضي المنح العائلية و الدراسية، إضافة إلى الحق في إدارة أموال القاصر وأن يتبرع له في حدود الثلث، و منها ما يتعلق بالمكفول مثل حقه في الاحتفاظ بنسبه الأصلي رغم إمكانية أن يمنح له الكافل لقبه عند توفر الشروط وإتباع الإجراءات الخاصة بذلك، كما يمكن أن ينقضي هذا الحق لعدة أسباب كتخلف أحد شروطه أوبسبب وفاة أحد أطرافه أو التخلي عنه أو طلب والدي المكفول أو أحدهما أن يعود إليهما.


الخاتمة

الخاتمة:

يعد التشريع الجزائري من بين التشريعات العربية التي سارت على نهج الشريعة الإسلامية في الاعتماد على عقد الكفالة كبديل عن نظام التبني، و هو ما يتضح جليا من خلال انتشار دور الطفولة المسعفة بكافة ولايات الوطن، و التي تعتني بالدرجة الأولى بحماية الأطفال الموجودين على مستوى مصالحها و رعايتهم، سواء كانوا أطفال غير شرعيين أي مجهولي النسب، أو كانوا معلومي النسب تم التخلي عنهم من قبل أولياءهم أو فقدوهم لحرب أو إرهاب أو لأسباب أخرى.

ومن بين أهم النتائج المتوصل إليها نجد:

- أن المشرع سار على نهج الشريعة الإسلامية باعتماده على عقد الكفالة و تحريمه للتبني بنص صريح لا يدع أي مجال للتأويل.
- يجب أن يكون طالب الكفالة متمتعا بالأهلية الكاملة، مسلما و قادرا على تحمل التزاماته تجاه المكفول.
- يستوي أن يكون المكفول ذا نسبٍ مجهولٍ أو معلومٍ غير أنه في كلتا الحالتين يجب أن يكون قاصرًا.
- تمر إجراءات انعقاد الكفالة بمرحلتين، تكون الأولى بين الأطراف فقط، بينما يتدخل قاضي شؤون الأسرة في المرحلة الثانية للتأكد من مدى توفر شروط عقد الكفالة في الكافل وذلك بغرض ضمان مصلحة المكفول.
- منح المشرع للكافل الحق في منح لقبه العائلي للمكفول حتى لا يشعر هذا الأخير بالغربة وسط عائلة الكافل،وذلك بغرض إدماجه فيها.
- تتنوع أسباب انقضاء عقد الكفالة، فنجد أنه قد ينقضي بسبب تخلف أحد شروطه، بالإضافة إلى أسباب تتعلق بالكافل كوفاته أو تخليه عنها وأسباب تتعلق بالمكفول كوفاته أو طلب والديه أن يعود إلى ولايتهما.
- وقد أحسن المشرع صنعا عند ضبطه وتحديده لقيمة الثلث في كافة التبرعات التي يجريها الكافل لصالح المكفول وذلك حفاظا منه على حق الورثة في تركة مورثهم وحماية أيضا لمصلحة المكفول وتجنبا لما قد يسود من بغضاء تجاهه من قبل الورثة إن هو استولى على كامل التركة عن طريق التبرع، وحتى يحتفظ المكفول بهذا الوسط العائلي حتى بعد وفاة الكافل.

وبالرغم مما أورده المشرع من نصوص تهدف في مجملها لحماية مصلحة المكفول، إلا أن هذه النصوص تعاني من نقص شديد في الإحاطة بكافة جوانب عقد الكفالة، إضافة إلى كونها اتسمت بالعمومية والإجمال حيث كان من الأجدر أن يتناول المشرع هذا الموضوع بنوع من التفصيل ضمن مواد قانون الأسرة أو تخصيص قانون آخر يعتني به كما فعل نظيره المغربي الذي أصدر قانون حماية الأطفال المهملين وذلك لضمان توفير حماية أكثر للمكفول.

و من بين أهم النقائص التي تعاني منها أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري نجد:

- أغفل المشرع الجزائري ذكر حقوق و واجبات كل من الكافل و المكفول و اكتفى بذكر الالتزامات التي تقع على الكافل و ذلك إثر تعرضه للتعريف بعقد الكفالة ضمن نص المادة 116 من قانون الأسرة.
- أغفل المشرع أيضا ذكر عدة شروط لابد من توفرها بالنسبة للكافل و اكتفى بشروط عامة لا غير مما خلق فراغا قانونيا، حيث كان من الأجدر به النص صراحة على مدى إمكانية الشخص المعنوي و الأجانب في إبرام عقد الكفالة بالإضافة إلى تحديد السن الأدنى و الأعلى للكافل و فارق السن بينه و بين المكفول.
- لم يحدد المشرع إجراءات الإسناد الواقعي للمكفول و كيفية القيام به مما يعني أنه يتم بصورة تلقائية بالرغم ما له من آثار قانونية.
- عدم النص صراحة على الشخص الذي تسند له حضانة المكفول في حالة طلاق الكافل و زوجه ومصيره في هذه الحالة و هو ما ترك المجال مفتوح أمام الاجتهادات القضائية التي أسندته للطرف الذي سمي عقد الكفالة باسمه مع حرمان الطرف الأخر من ممارسة حق الزيارة لاعتبار أن أثار الطلاق تسري فقد على الابن الشرعي، مع أن ذلك يمس بمصلحة المكفول من الناحية النفسية بصورة مباشرة.
- كذلك فإنه بصدور المرسوم رقم 71-157 المعدل و المتمم بالمرسومين التنفيذيين رقم 92-24 و كذا رقم20-223 المتعلق بتغيير لقب المكفول فإنه بإمكان الكافل منح لقبه للمكفول وفق شروط و إجراءات محددة لكنه لم يوضح الآثار القانونية التي يخلفها هذا التصرف.
- لم ينص المشرع على مصير المكفول بعد انقضاء عقد الكفالة خصوصا في حالة التخلي و كذا عند وفاة الكافل و عدم التزام الورثة بالكفالة بالإضافة إلى ذلك فإنه في حالة التزامهم بها فإن المشرع لم يحدد ما إذا كانت الكفالة تنتقل إليهم بصفة تلقائية و بذات العقد السابق أم أنهم بحاجة لإبرام عقد جديد باسمهم بإتباع ذات الإجراءات خصوصا عند تعدد الورثة و ما ينجر عنه من هدرٍ لمصلحة المكفول سواء لتقصير هؤلاء الورثة أو استهتارهم و انشغالهم.

من خلال الدراسة المعمقة لهذا الموضوع من مختلف جوانبه فإنه يمكن تقديم بعض المقترحات و الأفكار التي من شأنها توفير حماية أكبر لمصلحة المكفول و أهمها:

- وضع قانون مستقل متعلق بعقد الكفالة ينظم مختلف أحكامه و تجنب الاقتضاب في نصوصه الذي غالبا ما يؤدي إلى هدر مصلحة المكفول بالإضافة إلى النص صراحة على المسؤولية المدنية للكافل كما فعل المشرع المغربي في القانون المتعلق بحماية الأطفال المهملين.
- الفصل بين المسائل المتعلقة بالطفل المكفول مجهول النسب و المكفول معلوم النسب بالنظر للفرق الكبير بينهما و احتياجات كل منهما المختلفة.
- تسريع تطبيق إجراءات منح الكفالة على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي التي في اغلب الأحيان تتماطل في إبرام العقد مما يجبر العائلات على الانتظار لفترات طويلة قد تمتد لأكثر من سنة.
- النص الدقيق على إجراءات تسليم الطفل المكفول للكافل و إحاطته بجملة من التدابير التي من شأنها صون مصلحة المكفول مثل ضرورة تحرير محضر بالتسليم من قبل محضر قضائي وموقع من قبل الأطراف و كذا النيابة العامة كونها طرف أصيل في قضايا شؤون الأسرة.
- النص صراحة على الإجراءات الواجب إتباعها في حال عودة المكفول إلى والديه بالإضافة إلى مصيره في حالة طلاق الكافل و زوجه و الإجراءات المتخذة في حالة انقضاء عقد الكفالة عموما، وكذا وجوب توقيع جزاء قانوني على الكافل اذا كان التخلي دون سبب وجيه وفيه إجحاف لحق المكفول.
- ملئ الفراغ القانوني المتعلق بالآثار القانونية التي يخلفها منح لقب الكافل للمكفول خصوصا على أبناء هذا الأخير مستقبلا و كذا عليه هو في حال انقضاء عقد الكفالة.
- إلزام ورثة الكافل بإبرام عقد كفالة جديد في حال وفاة الكافل و التزامهم بها بدلا عنه.

إضافة إلى ما سبق فإنه من الناحية الإنسانية و الأخلاقية و الدينية على العائلات الكافلة الالتزام بواجبها نحو الطفل المكفول و توفير الجو العائلي الملائم لنشأته و الحرص عليه كما تحرص على أبناءها الشرعيين.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر:

- القرآن الكريم
- أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى إبن الضحاك الترميدي، سنن الترميدي، الطبعة الثانية، دار الحضارة للنشر و التوزيع، الرياض، السعودية،2015
- الإمام أبي العباس القرطبي،إختصار صحيح البخاري و بيانُ غريبهِ، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، كتاب الأدب، باب فضل كفالة اليتيم و السعي على الأرملة و المسكين، دار النوادر ،بيروت، لبنان، 2014
- الامام الحافظ محمد بن اسماعيل البخاري، كتاب الادب المفرط، المجلد الاول، الطبعة الاولى، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع ، الرياض السعودية،1998

الكتب الفقهية:

- أبي عبد الله محمد شمس الدين الذهبي الدمشقي، الكبائر، الطبعة الأولى، دار التراث العربي، القاهرة، مصر،1982
- السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، الطبعة الأولى، مصر،2004
- الإمام الطبراني، مكارم الأخلاق، باب فضل التكفل بأمر الأيتام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 1989
- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق – دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون المدني المصري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2009
- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الدخيرة، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994
- عبد الله بن عبد الرحمن البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، الطبعة الأولى، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، 1992

الكتب القانونية:

- إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الاول، تنازع القوانين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989

- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، الطبعة 2 منشورات البغدادي، الجزائر 2009
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، الطبعة الاولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الميراث و الوصية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004
- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر،2004
- طلبة أنور، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،1998
- عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، احكام الزواج و الطلاق، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر 2013
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992
- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الرابعة، موفم للنشر ، الجزائر 2013
- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون،الجزائر، 2005
- لحسين بن شيخ اث ملوية، المرشد في قانون الاسرة ، مدعما بإجتهاد المجلس الاعلى و المحكمة العليا (من سنة 1982 الى سنة 2014) الطبعة الثانية، دار هومة ، الجزائر 2015
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2007
- محمد ضويفي، شرح قانون الحالة المدنية الجزائري، دار بلقيس لنشر، الجزائر، 2019
- نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر 2007
- نور الدين أبو لحية، الزواج و الطلاق و حقوق الاولاد الصغار، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2009

المحاضرات:

- محمدي بوزينة أمنة، محاضرات قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، مطبوعة محاضرات لطلبة السنة ثانية ماستر تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف2020/2019

الرسائل الجامعية باللغة العربية:

رسائل الدكتوراه:

- بوغرارة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، رسالة دكتورا في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قسنطينة 2004
- حمو بن براهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري و القانون المقارن ، رسالة دكتورا في القانون الجنائي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة 2014-2015
- محمد توفيق قديري النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتورا علوم في الحقوق تخصص العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة2018/2017

رسائل الماجيستر:

- أمال علال، التبني و الكفالة- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة بكر بلقايد،تلمسان، السنة الجامعية 2008-2009،
- سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي 2014
- كلية التربية الجامعة الإسلامية غزة2009

- نقيب نور الإسلام، الأليات القانونية لحماية الطفل في الجزائر ، مذكرة ماجيستر تخصص الدولة و المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2014-2015

- ياسر يوسف إسماعيل، المشكلات السلوكية لدى الأطفال المحرومين من بيئتهم الأسرية رسالة ماجيستر في الصحة النفسي عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة ، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي ، رسالة ماجيستر ، جامعة الجزائر 2001

مذكرات الماستر:

- أنارس لينة، علام كريمة، الكفالة- دراسة مقارنة- (التشريع الجزائري مع بعض التشريعات العربية)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،مقياس قانون الأسرة- تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية- قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2012-2013
- بيديوي كريمة، الكفالة و التبني – دراسة مقارنة- مذكرة ماستر تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2013-2014
- بسعود عربية، الكفالة بين أحكام الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري،مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة ماستر- تخصص أحوال شخصية،جامعة زيان عاشور بالجلفة، كلية الحقوق و العلوم السياسية- قسم الحقوق، السنة الجامعية 2013- 2014
- بشكورة شانز، شعبان نبراس، حماية الطفل المكفول، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق،شعبة قانون خاص- تخصص القانون الخاص الشامل،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، السنة الجامعية2013-2014.
- بومدان ياسمينة و ليكان ثن هينان، التبني و الكفالة في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون- تخصص القانون الخاص الداخلي- كلية الحقوق و العلوم السياسية – قسم القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2016-2017.
- جعيدري هدى، النظام القانوني للكفالة في ظل قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق- تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2018-2019
- عبد السلام خضرة، أحكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري و بعض التشريعات العربية- دراسة مقارنة – مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر- تخصص أحوال شخصية ، جامعة زيان عاشور بالجلفة، كلية الحقوق و العلوم السياسية- قسم الحقوق، السنة الجامعية 2015-2016

- عمراش أسماء، بليل كاتية، الكفالة في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2014
- قديري سوسن، الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي و حقوق الإنسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة 2015-2014
- مخلوف سليمان ، لعلاوي زهرة ،النيابة الشرعية كنظام لحماية أموال القاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة 2016
- مرابط ربيعة، النظام القانوني لكفالة الطفل مجهول النسب في ظل قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حمه لخضر الوادي2017/2016
- معاتقي مريم، شلابي خديجة، كفالة الأطفال في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص،تخصص: عقود و مسؤولية، جامعة آكلي محند أولحاج، كلية الحقوق و العلوم السياسية– قسم القانون الخاص، البويرة 2017.
- **الرسائل الجامعية باللغة الفرنسية:**

- Yamina houhou , thèse ; la kafala en droit algérien et ses effets en droit français, Doctorat en sciences juridiques, Spécialité : Droit privé, Droit de la famille,, Ecole doctorale sciences sociales et humanités , université de PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR, 2014

المقالات:

- أمينة مساعدية، الحماية القانونية للطفل في اطار نظام الكفالة، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، مخبر المؤسسات الدستورية و النظم السياسية، العدد السادس، البليدة2016
- بلقاسم شتوان، كفالة الطفل المسعف فقها و قانونا،د د ن،د س ن.
- بلقاسم عقيلة، تنازع القوانين بشأن كفالة الاطفال المهملين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 4 كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف 2017.
- بن عبد الله نريمان، وفاة الكافل و آثارها القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران د س ن.
- بوزيد خالد، "الكفالة نظام لحماية الاطفال في التشريع الجزائري" مجلة قانون العمل و التشغيل ، العدد 4 ، جامعة وهران ،تاريخ النشر جوان 2017

- سعاد زغيشي، كفالة اليتيم في التشريع الجزائري، مجلة البحوث و الدراسات، العدد24 كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة1، 2017
- شمام منير، الاشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الاسرة الجزائري و القضاء، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل ، المحلد التاسع، العدد الاول 2018

- عبد الرحمان سلام، الكفالة في التشريع المدني الجزائري ، مجلة الحضارة الاسلامية، العدد 2 المجلد 19 ، سنة 2018
- عز الدين لكحل، الحماية الجنائية للطفولة في الشريعة الاسلامية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة.
- علام الساجي، اشكالية التبني و الكفالة في المجتمع الجزائري، مقارنة أنتربولوجية، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد 4 ، المجلد العاشر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم د س ن.
- عمارة مسعودة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الإجنهاد القضائي للمحكمة العليا،العدد رقم 01، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة،2011.

- فاطمة الزهراء خموين، الحرمان العاطفي عند الطفل اليتيم، مجلة العلوم الانسانية و الاجتماعية، العدد 27 ، 2016.
- فاطمة حداد، حق الطفل في الحضانة و الكفالة ،مجلة الشهاب، العدد 3، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الوادي 2016.
- كمال لدرع، الكفالة في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري، مجلة المعيار، المجلد16، العدد31، د س ن.

- كمال لدرع، مسؤولية الآباء في كفالة الحقوق المادية و المعنوية للطفل في قانون الاسرة الجزائري مقارنة بالفقه الاسلامي، د د ن.
- محمدي فريدة زواوي، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92-24 مع مبادئ الشريعة الاسلامية، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2000.

النصوص القانونية:

القوانين الجزائرية:

- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل و المتمم بالقانون 14-08 المؤرخ في 9 غشت 2014 و القانون 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2017.

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975
- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005
- الأمر رقم 85-05 المتضمن حماية الصحة و ترقيتها المؤرخ في 16 فيفري 1985 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 8 الصادر في 1985/02/17
- القانون رقم 08-09 الصادر في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008
- القانون رقم 12-04 المؤرخ في 2012/01/04 المتعلق بالقانون الاساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، الجريدة الرسمية عدد5 الصادرة في 2012/01/27.
- القانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 المتضمن قانون العقوبات الجريدة الرسمية رقم37 المؤرخة في 22 يونيو 2016.

القوانين الأجنبية:

- القانون رقم 27 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية و الكفالة و التبني، مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- القانون رقم 01-15 المتعلق بالاطفال المهملين المغربي، الجريدة الرسمية، العدد 5031 المؤرخة في 10 جمادى الآخرة 1423 الموافق لـ 19 أغسطس 2002

القرارات القضائية:

- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ملف رقم75598 الصادر في 24-02-1991، المجلة القضائية، العدد2 لسنة 1992
- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ، ملف رقم 369032 الصادر في 13-12-2006، المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 2007.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 367977 الصادر بتاريخ2006.10.11،العدد الأول لسنة 2007.
- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 620402، الصادر بتاريخ 12/05/2011 مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2011

- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 613481 الصادر بتاريخ2011/03/10 ، مجلة المحكمة العليا، العدد الاول لسنة 2012
- المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة و المواريث، ملف رقم 0813942 الصادر في 2013/06/13 مجلة المحكمة العليا، العدد الاول2014.
- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، ملف رقم 0981006 الصادر بتاريخ 2016.06.08، العدد الأول لسنة 2016.
- المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة و المواريث ملف رقم 1037130 الصادر بتاريخ 2016/06/08 ، مجلة المحكمة العليا، العدد الاول لسنة 2017 .
- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ملف رقم 1110035 الصادر بتاريخ 2017.10.04، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2017.

قائمة المعاجم:

- إبتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية و الفرنسية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر

- أحمد مختار عمر بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2008
- عمتوت عمر، موسوعة المصطلحات القانونية و القواعد الشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر،2013،

- مجموعة من المؤلفين، معجم مصطلحات العلوم الشرعية،المجلد الأول، الطبعة الثانية،الرياض، 2017

المواقع الالكترونية:

- موقع وزارة التضامن الوطني و الاسرة و قضايا المرأة بتاريخ 2021/05/28 الساعة 14.07
- موقع courdeblida.mjustice.dz بتاريخ 28/05/2021 الساعة 14:46
- موقع https://mawdoo3.com يوم 09-06-2021 الساعة 14:15

الملاحق

الملحق 01: مأخوذ عن الموقع الرسمي لوزارة التضامن الاجتماعي و المرأة و قضايا الاسرة

الملف المطلوب لطالبي الكفالة:

1- للمقيمين بالوطن:

يرسل أو يودع الملف في نسختين لدى مديرية نشاط الاجتماعي والتضامن للولاية ويتكون من:

- طلب خطي تحفيزي ممضي من طرف الزوجين.
- تقرير متضمن التقييم النفسي الاجتماعي منجز صفة مدققة ومتضمنة رأي صريح وإمضاء المساعد(ة) الاجتماعي(ة) والمختص في علم النفس ومدير نشاط الاجتماعي والتضامن للولاية المختصة إقليميا.
- شهادة الميلاد الاصلية لكلا الزوجين.
- شهادة عائلية للحالة المدنية.
- كشف السوابق العدلية لكلا الزوجين.
- شهادة عمل لكلا الزوجين.

- كشف السوابق العدلية لكلا الزوجين.
- شهادة عمل لكلا الزوجين.

- كشف الرواتب للأشهر الثلاثة الأخيرة لكلا الزوجين.
- شهادتان طبيتان للزوجين تثبت الحالة الصحية حاملة مضاء وختم للطبيب المعالج لكلا الزوجين.
- وثيقة تبرر وضعية السكن * شهادة الملكية أو قد الإيجار ووصل الكراء.
- صورتان شمسيتان للزوجين.

2- للمقيمين بالخارج

يرسل أو يودع الملف لدى المصالح القنصلية أو سفارات (وزارة الشؤون الخارجية) في نسختين ، تضمن الملف ما يلي:

- تقرير متضمن التقييم النفسي الاجتماعي منجز صفة مدققة من طرف المصالح القنصلية أو السفارات المؤهلة حامل لتوقيع وختم ذات المصالح.
- نسخة طبق الأصل من بطاقات ووثائق التعريف قنصلية للزوجين مصادق عليها.
- تقرير متضمن التقييم النفسي الاجتماعي منجز صفة مدققة من طرف المصالح الاجتماعية لبلد إقامة المعنيين وختم ذات المصالح بالنسبة للجزائريين زدوجي الجنسية.
- شهادة الميلاد الأصلية لكلا الزوجين،
- شهادة عائلية للحالة المدنية،
- شهادة الميلاد الأصلية لكلا الزوجين،
- شهادة عائلية للحالة المدنية،
- كشف السوابق العدلية لكلا الزوجين،
- شهادة عمل لكلا الزوجين،
- كشف الرواتب للأشهر الثلاثة الأخيرة لكلا الزوجين،
- شهادتان طبيتان تثبت الحالة الصحية حاملة لإمضاء ختم للطبيب المعالج لكلا الزوجين،
- وثيقة تبرز وضعية السكن "شهادة الملكية أو عقد يجار ووصل الكراء"
- صورتان شمسيتان للزوجين.

الملف المطلوب للحصول على عقد الكفالة:

يقدم الملف لدى المحكمة ويتكون من:

- طلب خطي موجه إلى السيد رئيس المحكمة للولاية المعنية
- شهادة الميلاد الأصلية لكلا الزوجين،
- سجل السوابق العدلية لكلا الزوجين،
- شهادة جنسية لكلا الزوجين،
- عقد الزواج لكلا الزوجين،
- كشف الرواتب للأشهر الثلاثة الأخيرة لكلا الزوجين،
- شهادة ميلاد الطفل المكفول،
- شهادة وضع نظام الكفالة موقعة من طرف مديرية النشاط الإجتماعي والتضامن للولاية.

الملف المطلوب للحصول على تغيير اللقب:

- طلب خطي موجه إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام موقع من طرف الكفيل،
- شهادة ميلاد الطفل المكفول (ة) أصلية تاريخها أقل من سنة،
- عقد كفالة محرر طبقا لأحكام المادتين **116** و**117** من قانون الأسرة لدى المحكمة (أو نسخة طبق الأصل مصادق عليها)،
- شهادة وضع في نظام الكفالة مسلمة وموقعة من طرف مديرية النشاط الإجتماعي والتضامن للولاية (أو نسخة طبق الأصل مصادق عليها)

الملحق 02: نموذج شهادة ميلاد للطفل مجهول النسب

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

شهادة الميلاد

نسخة كاملة

في يوم ① العاشر جانفي عام ألف ألفين

وثلاثة عشر على الساعة الثالثة و 15 د

وُلِدَ ② ببجاية: رهام ط

الجنس أنثى ابن ---

و ---

الساكنين ب الموجودة ببجاية

حُرِّرَ في ① الحادي عشر جانفي ألفين

وثلاثة وعشر الساعة التاسعة و 0 د

بإغلان أدلى به السيد ③ عامل في المستشفى

الإمضاءات

نسخة مطابقة للأصل

2013 أوت

ختم البلدية

ولاية
دائرة
بلدية

الحالة المدنية

رقم 00371

10 جانفي 2013

① بكامل الحروف
② إسم ولقب الوالدين
③ الأب، الطبيب، القابلة أو غيرهم ممن شهد الولادة

الكتابة السابقة للإسم واللقب

Riham T

ح - م 12

الملحق03: نموذج طلب الكفالة

بجاية في: .....

محكمة .....

- لفائدة السيد : ..... الساكن في: .....

القائم في حقه الأستاذ.....، محامي لدى المجلس الكائن مقر مكتبه ب.....

إلى السيد رئيس المحكمة.

*** طلب الإذن للتكفل بقاصر***

ليطلب لرئيس المحكمة المحترم،

يتشرف العارض أن يتقدم أمام سيادتكم بهذا الطلب ملتمسا طلب الترخيص له للتكفل بقاصر.

حيث أن العارض يعمل بوظيفة قارة ك..... (شهادة عمل، وثيقة مرفقة)، يتلقى عنها راتبا محترما يكفل العيش الكريم (كشف الراتب لآخر ثلاثة أشهر، وثائق مرفقة).

حيث أن العارض متزوج بالسيدة ..... (شهادة ميلاد الزوجين وثيقتين مرفقتين) بتاريخ ..... (شهادة الزواج وثيقة مرفقة)، ولم ينتج هذا الزواج أطفالا (شهادة الحالة العائلية، وثيقة مرفقة).

حيث قام والدا الطفل المراد كفله بتصريح شرفي (نسخة من التصريح الشرفي، وثيقة مرفقة) يسمحان في للعارض وزوجته بكفالة ابنهما القاصر ..... المولود بتاريخ ..... وجنسه ..... (نسخة من شهادة ميلاد القاصر، نسخة مرفقة).

***** لهذه الأسباب ولأجلها *****

في الشكل: قبول الطلب لتقديمه طبقا للقانون.

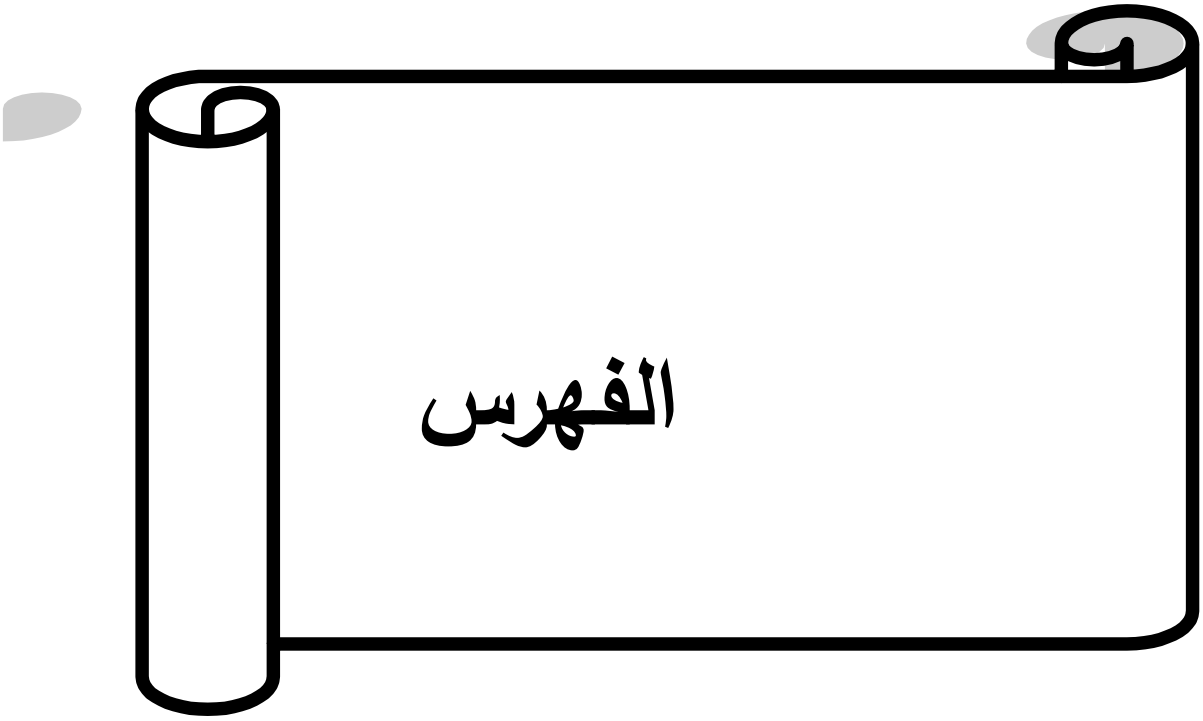
في الموضوع: الترخيص للعارض موكلي للتكفل بالقاصر المذكور أعلاه طبقا للمواد 117 وما بعدها من قانون الأسرة.

المرفقات:

- شهادات ميلاد العارض وزوجته والطفل القاصر.
- عقد زواج الكافل والشهادة العائلية.
- شهادة عمل وكشف الراتب.
- الشهادة العائلية للأبوين وتصريحهما الشرفي.
- نسخة لبطاقات التعريف الوطنية لكل من الكافل وزوجته وأبوي الطفل المكفول.

مع كافة التحفظات

عن المـدعي وكيـله


الفهرس

شكر و عرفان

إهداء

مقدمة..... أ- د

الفصل الأول: ماهية عقد الكفالة في قانون الأسرة..... 06

المبحث الأول: مفهوم عقد الكفالة 06

المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة و خصائصه..... 06

الفرع الأول: تعريف عقد الكفالة..... 06

أولا: المقصود بعقد الكفالة..... 07

1 – التعريف اللغوي للكفالة..... 07

2 – التعريف الفقهي للكفالة..... 08

3 – التعريف القانوني للكفالة..... 09

أ – الكفالة في القانون المدني الجزائري..... 09

ب – الكفالة في قانون الاسرة الجزائري..... 09

ج – الكفالة في القانون المغربي..... 10

د – الكفالة في القانون التونسي..... 10

ثانيا: أطراف عقد الكفالة..... 10

1 – الكافل..... 11

2 – المكفول..... 11

أ – دور أبوي المكفول في عقد الكفالة..... 12

ب – دور مؤسسات حماية الطفولة في عقد الكفالة..... 12

الفرع الثاني: مشروعية عقد الكفالة و خصائصها..... 13

اولا: مشروعية عقد الكفالة..... 13

1 – مشروعية عقد الكفالة من القرآن الكريم..... 13

2 – مشروعية عقد الكفالة من السنة النبوية..... 14

ثانيا: خصائص عقد الكفالة..... 14

1 – عقد تبرعي..... 14

2 – عقد مؤقت..... 15

3 – عقد شرعي..... 15

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة و تمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها..... 16
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للكفالة..... 16
أولا: الكفالة نظام قانوني..... 16
ثانيا: الكفالة عبارة عن عقد..... 17
الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن بعض الأنظمة المشابهة لها..... 18
أولا: تمييز الكفالة عن التبني..... 18
1 – تمييز الكفالة عن التبني من حيث المشروعية..... 18
2 – تمييز الكفالة عن التبني من حيث الآثار..... 20
ثانيا: تمييز الكفالة عن الحضانة..... 22
1 – تمييز الكفالة عن الحضانة من حيث الشروط و الإجراءات..... 23
2 – تمييز الكفالة عن الحضانة من حيث الآثار و الانقضاء..... 23
3 – دور الإشكالات المتعلقة بوضعية الطفل بعد الطلاق في التمييز بين الكفالة و الحضانة... 24
أ – حضانة الطفل بعد الطلاق بين الكفالة و الحضانة..... 24
ب – تمييز الكفالة عن الحضانة من حيث الحق في الزيارة بعد الطلاق..... 26
ج - تمييز الكفالة عن الحضانة من حيث النفقة بعد الطلاق..... 27
ثالثا: تمييز الكفالة عن الولاية..... 27
المبحث الثاني: انعقاد الكفالة..... 29
المطلب الأول: أركان عقد الكفالة..... 29
الفرع الأول: الأركان العامة لعقد الكفالة..... 29
أولا: التراضي في عقد الكفالة..... 29
ثانيا: المحل في عقد الكفالة..... 31
ثالثا: السبب في عقد الكفالة..... 31
الفرع الثاني: الشكلية في عقد الكفالة..... 32
المطلب الثاني: إسناد الكفالة..... 32
الفرع الأول: شروط إسناد الكفالة..... 33
أولا: شروط إسناد الكفالة التي أوردها المشرع 33
1 – الشروط الخاصة الكافل..... 33
أ – شرط الإسلام في عقد الكفالة..... 33
ب – شرط العقل و الاهلية في عقد الكفالة..... 34
ج – شرط القدرة في عقد الكفالة..... 34

2 – الشروط الخاصة بالمكفول..... 35
أ – شرط أن يكون المكفول قاصرا..... 35
ب – شرط أن يكون المكفول معلوم أو مجهول النسب..... 35
ثانيا: الشروط التي أغفل المشرع الجزائري ذكرها..... 36
1 – الشروط الخاصة بأطراف عقد الكفالة الأجانب..... 36
2 - شروط خاصة بدور الأشخاص المعنوية في عقد الكفالة..... 37
3 - بعض الشروط المتعلقة بوضعية الكافل..... 37
أ - شرط زواج الكافل..... 37
ب - شرط جنس الكافل..... 38
ج - شرط فارق السن بين الكافل و المكفول..... 38
الفرع الثاني: إجراءات إسناد الكفالة 38
أولا: الجهة المختصة بإسناد الكفالة..... 39
1 - الجهة المختصة بإسناد الكفالة داخل الوطن..... 39
أ - دور المحكمة في ابرام عقد الكفالة..... 39
ب - دور الموثق في ابرام عقد الكفالة..... 39
2 - الجهة المختصة باسناد الكفالة خارج الوطن..... 40
ثانيا: مراحل اسناد الكفالة..... 40
1 - المرحلة التمهيدية في إسناد الكفالة..... 40
أ - المرحلة التمهيدية في إسناد كفالة مجهول النسب..... 41
ب - المرحلة التمهيدية في إسناد كفالة معلوم النسب..... 42
ج - المرحلة التمهيدية بالنسبة للأطفال المتخلى عنهم..... 43
2 - المرحلة القضائية في إسناد الكفالة..... 45
خلاصة الفصل الأول..... 46
الفصل الثاني: جدوى عقد الكفالة في ضمان حقوق المكفول من حيث الآثار و الانقضاء..... 48
المبحث الأول: الآثار المترتبة عن عقد الكفالة..... 48
المطلب الأول: آثار الكفالة على الكافل..... 48
الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول..... 48
أولا: التزام الكافل بالنفقة..... 49
ثانيا: التزام الكافل بتربية المكفول و العناية به..... 50
ثالثا: قبض المنح العائلية و الدراسية..... 51

الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول..... 51
المطلب الثاني: آثار الكفالة على المكفول..... 52
الفرع الأول: الآثار المادية للكفالة على المكفول..... 53
أولا: الإسناد الواقعي للمكفول..... 53
ثانيا: جواز تبرع الكافل للمكفول بالوصية أو الهبة..... 56
1 - التبرع عن طريق الوصية..... 56
2 - التبرع عن طرق الهبة..... 57
الفرع الثاني: الآثار المعنوية للكفالة على المكفول..... 58
أولا: احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي..... 58
1 - حالة المكفول معلوم النسب..... 58
2 - حالة المكفول مجهول النسب..... 59
ثانيا: إمكانية تغيير لقب المكفول و إلحاقه بلقب الكافل..... 59
1 - الطبيعة القانونية للقب الممنوح للمكفول بموجب المرسوم 71-157..... 60
2 - شروط منح اللقب العائلي للمكفول في ظل المرسوم 71-157..... 61
3 - إجراءات تغيير لقب المكفول..... 62
المبحث الثاني: انقضاء عقد الكفالة و أثره على حقوق المكفول..... 63
المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة..... 63
الفرع الأول: انقضاء الكفالة بسبب تخلف احد شروط المادة 118 من قانون الاسرة..... 63
أولا: انقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط الأهلية..... 64
ثانيا: انقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط الإسلام..... 65
ثالثا: انقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط القدرة..... 65
الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بسبب الوفاة..... 66
أولا: انقضاء الكفالة بسبب وفاة المكفول..... 66
ثانيا: انقضاء الكفالة بسبب وفاة الكافل..... 66
ثالثا: أثر انقضاء عقد الكفالة بسبب وفاة الكافل على المكفول..... 67
أ - في حالة التزام الورثة بعقد الكفالة..... 67
ب - في حالة عدم التزام الورثة بعقد الكفالة..... 67
المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة..... 68
الفرع الأول: انقضاء الكفالة بطلب من الوالدين بالنسبة للمكفول معلوم النسب..... 69
أ - بالنسبة للمكفول الذي بلغ سن التمييز..... 69

ب - بالنسبة للمكفول الذي لم يبلغ سن التمييز..... 69
الفرع الثاني: التخلي عن الكفالة و إلغاءها..... 70
أولا: طلب التخلي عن الكفالة من الكافل نفسه..... 71
ثانيا: طلب الغاء الكفالة المقدم من الغير..... 72
ثالثا: آثار التخلي عن الكفالة و إلغاءها 73
خلاصة الفصل الثاني..... 75
الخاتمة..... 77
قائمة المصادر و المراجع 81
قائمة الملاحق..... 90
فهرس المحتويات

ملخص:

سار المشرع الجزائري على نهج الشريعة الاسلامية بالاعتماد على عقد الكفالة وتحريم نظام التبني، وذلك حتى يحضى الطفل المكفول بالدفء الاسري كغيره من الاطفال، وقد وضع المشرع جملة من الشروط والاجراءات الصارمة التي تهدف للحفاظ على المقصد الاساسي من تشريع الكفالة والمتمثل في قيام الاب بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية حيث لابد للطفل من ان يكون مسلمًا، اهلاً وقادرًا على تحمل التزاماته تجاه المكفول، ليس هذا فحسب بل ان مصلحة المكفول تقتضي ايضا ان تمر عملية منح الكفالة بعدة مراحل منها ما يتم بين الاطراف فقط ومنها ما يتم على مستوى المحكمة، وذلك حتى تكون الكفالة منتجة لآثارها القانونية كحق الكافل في الولاية القانونية على المكفول، اضافة الى ذلك فإن المشرع اجاز للكافل ان يمنح لقبه العائلي للمكفول وفق شروط و اجراءات خاصة، هذا وينقضي عقد الكفالة لعدة اسباب كتخلف احد شروطه أو بسبب الوفاة أو بطلب من والدي المكفول في أن يعود اليهما اضافة الى انقضاءه بسبب التخلي فيكون مصير المكفول عندها اما العودة لحضن والديه ا والى دار الطفولة المسعفة او يتولى ورثة الكافل القيام به و رعايته ان قبلوا الكفالة بعد وفاة الكافل.

ABSTRACT :

The Algerian legislateur followed the approach of Islamic Law by relying on the sponsorship contract and the prohibition of the adoption system , so that the sposored child would enjoy family warmth like other children . the legislature has set several strict conditions and procedures that aim to preserve the purpose of the sponsosrship legislation , in this situation the father has to provide for the unerage child alimony , upbringing and care , where the child must be Muslim, reasoble, and capable of bearing his obligations towards the holder of this legalbut the interest of the sponsored also requires that the sponsorship go through several stages, including what is between the parties only, and what is done at the court’s level in order for the garantie to be productive for its legel effects like the right of the guarantor to have legal guardianship over the sponsored . In addition , the legislator has permitted the guarantor to grant to give his family name for the fostre child according toparticular conditions and procedures. The sponsorship contract maylapse for severala reasons , such as the failure or one of its conditions or because of death or at the request of the parents of the sponsored to return to them in addition to its expiry due toabandonment the fate of the sponsored person here is either to return to the bosom of his parents or to the home for the rescued childhood, or for the heirs of the guarantor to take care of him if they accept the bail after the death of the guarantor.