

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون
تخصص : قانون الأسرة

بعنوان:

أحكام الكفالة في التشريع الجزائري وإشكالاتها القانونية والقضائية

تحت إشراف:

د/ ربيع زهية

من إعداد الطالبين:

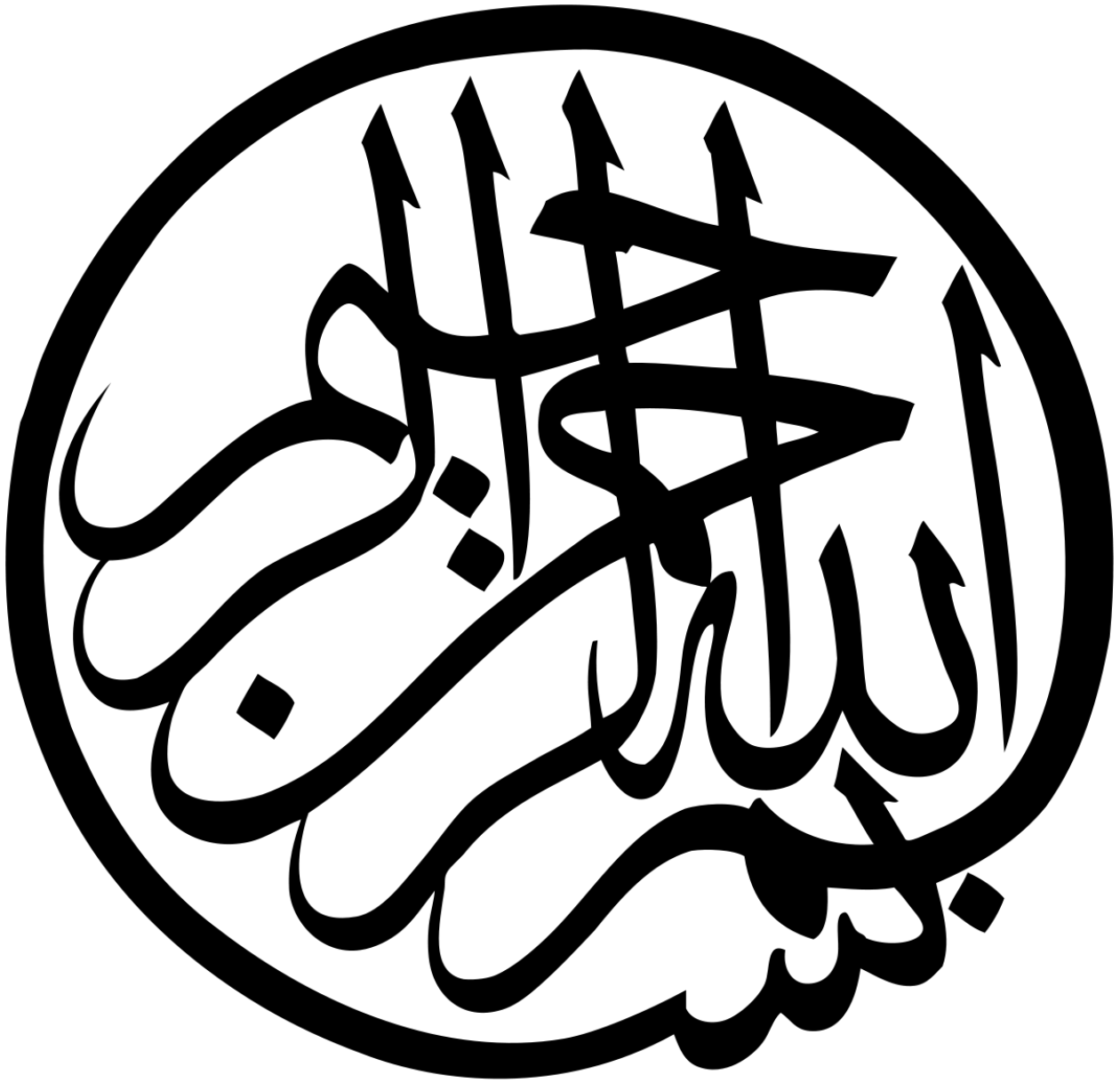
➤ خريسي الياس

➤ نادي حمزة

لجنة المناقشة:

رئيساً	د/ غجاتي فؤاد
مشرفاً ومقرراً	د/ ربيع زهية
ممتحناً	أ/ عثمان الحسين

تاريخ المناقشة: 2024/06/27



شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقنا وسدد خطانا لانجاز هذا العمل المتواضع.

اعترافاً منا بالفضل لأهله،

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان لكل أساتذة كليتنا المحترمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بالبويرة، ونخص بالذكر أساتذة طور الماستر تخصص قانون الأسرة الذين لم يبخلوا علينا بالمعلومة، ولم يدخروا جهداً في سبيل تكويننا وعلى رأسهم الأستاذة المشرفة ربيع زهية، لتفضلها بالإشراف على هذه الدراسة والتي واكبت كل مراحل إنجازها، ولم تبخلنا بتوجيهاتها القيمة بكل ضمير ومهنية، فجزاها الله عنا كل خير،

كما لا تفوتنا الفرصة أن نتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة، المتكونة من الدكتور فؤاد غجاتي رئيساً والأستاذ الحسين عثمانى ممتحناً، على كرم إثرائهم لهذه الرسالة وعلى ملاحظاتهم ومناقشاتهم القيمة التي أثرت الموضوع، ولكل السادة الحضور من أساتذتي وزملائي بالقسم والجامعة على دعمهم لنا،
بارك الله فيكم جميعاً.

إهداء

الحمد لله بالغاً ومنتهاه؛

إلى من لا يضاهيهما أحد في الكون، إلى من أمرنا الله ببرّهما، إلى من بذل الكثير وقدم ما لا يمكن أن يُردّ، إليكما تلك الكلمات أُمّي وأبي الغاليان أهدي لكما هذا البحث؛ فقد كنتم خير داعم لي طوال مسيرتي الدراسية.

إلى رفيقة روحي، إلى من أشعلت لي قناديلاً تنير دروبي، إلى نصيبي الأجل من الدنيا، إليك تلك الكلمات زوجتي الغالية؛ فقد كنتِ المرأة التي دفعتني دومًا نحو طرق أفضل وأجمل.

إلى من حلّت بركة وجودهم في حياتي، ومن ملأت ضحكاتهم الجميلة عمري أهدي هذا البحث؛ أولادي: غيث، فلورة وصوفيا.

إلى من ساندوا خطايا المتعثرة، إلى من آمنوا بقدراتي وسعوا جاهدين لنجاحي؛ إخوتي: رينة، أنيسة، هدى ويوسف.

إلى كل أصدقائي وزملائي من ذكرهم قلبي ونسبهم قلبي أهدي هذا العمل المتواضع.

الibas خريسي

إهداء

إلى من ربياني وعلماني وزرعا في نفسي العزم والإرادة،
إلى من وفرا لي سبيل التعلم وكرسا حياتهما لأجلي "أبي الحاج بوجمعة"
وأمي الحنون،
إلى زوجتي الغالية التي كانت سندا لي ودافعا للاستمرار والتألق،
إلى أبنائي الذين رزقني بهم الله فكانوا نورا أضاء علي الوجود.
إلى كل أصدقائي وزملائي أهدي هذا العمل المتواضع.

عمزة ناصري

قائمة المختصرات

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ج : الجزء

د.ب.ن : دون بلد النشر

د.س.ن : دون سنة النشر

د.ط : دون طبعة

ص : الصفحة

ص ص : الصفحات

ط : الطبعة

م : المجلد

مقدمة

يعد الطفل من أهم الركائز التي تقوم عليها الإنسانية جمعاء، ومن ثم فإن النظم القانونية الدولية والإقليمية والوطنية قد خصت مختلف فئات الطفولة بحماية خاصة تهدف إلى رعايتهم وحفظهم، وتقوم هذه النظم في أساسها على تقديم المصالح الفضلى للطفل داخل الأسرة والمجتمع.

وإذا كان الأصل هو نشأة الطفل في كنف أسرة تضمن له الإستقرار، الرعاية والأمن، إلا أنه أحياناً لا يحظى بهذا الدفء الأسري لعدة أسباب، والتي غالباً ما تؤدي لحرمانه من أهم حقوقه في النشأة السوية، وتحول بينه وبين التفرع في حضن والديه الشرعيين، وحيث أن الطفل في هذه الحالة لا يحتاج لمن ينفق عليه ويتولى شؤونه فقط، بقدر ما يحتاج إلى الشعور بأنه فرد من أسرة تكفله وتشعره بنوع من الانتماء والهوية، وتحسسه بالأمان.

ولكون أن التبني محرم شرعاً بنصوص من القرآن الكريم، وحتى في القوانين الوضعية في البلدان الإسلامية، على غرار الجزائر التي منعت التبني بموجب المادة 46 من قانون الأسرة¹، إلا أن هذا لا يعني إهمال الشريعة الإسلامية لهذه الفئة المحرومة من الأطفال، لذلك جاء الدين الإسلامي بنظام بديل يضمن حقوقهم الأساسية، ولكن بضوابط وأحكام محددة وهو نظام الكفالة، في قوله عز وجل ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا²﴾، وحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا" وَقَالَ بِإِصْبَعَيْهِ السَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَى³، وتماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية أقر المشرع الجزائري نظام الكفالة كبديل عن التبني، كآلية لحماية القصر المتخلي عنهم، سواء كانوا معلومي النسب تم التخلي عنهم لظروف اجتماعية أو اقتصادية أو غيرها من الظروف التي واجهت أهلهم، أو كانوا مجهولي النسب أو يتامى من ضحايا الحروب والإرهاب إلخ...

1 قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24، السنة الواحد والعشرون، الصادر بتاريخ 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

2 سورة آل عمران: الآية 37.

3 أخرجه أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني، رواه سهل بن سعد الساعدي، صحيح الأدب المفرد للإمام البخاري، باب فضل من يعول يتيماً بين أبويه، مكتبة الدليل، المملكة العربية السعودية، ط4، 1997، ص75.

ولعل أهم الأسباب التي شرعت الكفالة لأجلها، أن مؤسسات حماية الطفولة ومهما اجتهدت وتفانت في عملها من تربية ورعاية ونفقة، إلا أنها لا يمكن بأي حال أن تمنح الطفل شعوراً بالانتماء إليها، فالأسرة وحدها فقط هي من تمنحه هذا الشعور.

وأخضع المشرع الجزائري نظام الكفالة لشروط دقيقة ومحددة قصد تفريقها عن التبني، ولمنع أي عملية احتيالية يكون من شأنها تسرب التبني داخل القانون الجزائري، وبيّن أحكامها وكيفية انعقادها وشروطها وطرق انقضائها في قانون الأسرة من المواد 116 إلى 125، ونظم إجراءاتها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 492 إلى 497¹.

وبالرجوع إلى مختلف النصوص الواردة في قانون الأسرة الجزائري، يتضح لنا بأنها لا تعالج الكفالة من جميع الجوانب، وذلك لوجود عدة ثغرات قانونية عقدت من وضعية الطفل المكفول أمام الإدارة أو القضاء وعرقلت سير مصلحته، ما نتج عنه انعدام المساواة بين الولد المكفول والإبن الشرعي فيما يخص مبدأ حماية مصلحة الطفل، ولقد أثار الجانب التطبيقي العملي للكفالة عدة إشكالات قانونية وقضائية سنتناولها بالتفصيل في هذه الدراسة.

أسباب اختيار الموضوع:

إن الدوافع من وراء اختيارنا لموضوع أحكام الكفالة في التشريع الجزائري وإشكالاتها القانونية والقضائية عديدة وكثيرة، نذكر منها:

- أسباب ذاتية:
- الشغف بدراسة حقوق الولد المكفول وما يعانيه من صعوبة العيش الكريم، والتي من أبسطها العيش في كنف أسرة، ومعرفة مصير هذه الفئة في ظل نقص في النصوص التشريعية التي من شأنها تدعيم الحماية القانونية لهم.
- صادفنا عند اطلاعنا على مختلف النصوص القانونية التي تعالج موضوع الكفالة، وجود بعض الإشكالات والنقائص المتعلقة بها، فحاولنا من خلال هذا الموضوع إعطاء وجهة نظرنا التطبيقية حولها.

1 القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 21 الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

- أسباب موضوعية:

- تتمثل في معرفة مدى الحماية القانونية والقضائية التي يوفرها القانون الجزائري من خلال إقراره لنظام الكفالة.

- الرغبة في اثراء الموضوع والمشاركة في دراسته وتحليله، والخروج بتوصيات واقتراحات من شأنها المساهمة في تعزيز فعالية هذا النظام.

أهداف الدراسة:

إن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو هدف علمي يتمثل في تحديد الاطار القانوني الذي يحمي فئة القصر الخاضعين لنظام الكفالة في التشريع الجزائري، وتحديد الاشكالات القانونية والقضائية التي يثيرها هذا العقد الشرعي، والسعي إلى تحديد الثغرات العالقة بهذا النظام من خلال دراسة النصوص وتطبيقاتها القضائية، وتمحيص الانتقادات التي تثار في هذا الشأن، والسعي لإعطاء توصيات قد تساعد في ايجاد حلول للإشكالات التي تعيق عمل القضاء بخصوص نظام الكفالة.

وللتعرض أكثر للموضوع والإلمام بمختلف تفاصيله والوصول إلى مضمون الكفالة وإشكالاتها القانونية والقضائية، ارتأينا طرح الإشكاليات التالية:

ما هو الإطار القانوني للكفالة في التشريع الجزائري، والإشكالات ذات البعد القانوني والتطبيقي التي تثار بشأنها؟

الدراسات السابقة:

هناك العديد من الدراسات التي عالجت موضوع الكفالة وبالأخص مذكرات الماستر مثل:

- عميروش جازية، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري.

- معاتقي مريم، شلبي خديجة، كفالة الاطفال في القانون الجزائري.

إلا أن الملاحظ من خلال إطلاعنا على هذه المذكرات، أنها اكتفت فقط بالدراسة النظرية لأحكام الكفالة والإشكالات القانونية المترتبة عنها دون الجانب التطبيقي العملي.

وتجدر الإشارة أنه أثناء بحثنا عن مراجع لإعداد المذكرة الحالية، سجلنا ندرة في أطروحات الدكتوراه التي عالجت الجانب التطبيقي للكفالة في قانون الأسرة، ومنه جاءت الحاجة إلى دراسة البعد القانوني والتطبيقي للكفالة في التشريع الجزائري.

أهمية الموضوع:

بناءً على ما سبق تظهر أهمية موضوع الكفالة في معرفة أحكامها والإطار القانوني المنظم لها، والتعرف على الإشكالات القانونية والقضائية التي تثار في هذا الشأن، وهل أن النصوص القانونية التي تناولتها تساهم في تمكين هذه الفئة من الأطفال من رعاية خاصة، وإمكانية اندماجهم في أسرة ورعايتهم والتكفل بهم ومنحهم الدفء العائلي الذي حرموه منه.

صعوبات البحث:

- هناك عدة صعوبات صادفتنا أثناء إعدادنا لهذه المذكرة، نذكر منها على سبيل المثال:
- ندرة المراجع التي عالجت موضوع الكفالة من الناحية التطبيقية العملية.
- ضيق الوقت بالنظر إلى حجم الدراسة وما تتطلبه من الوقت للإلمام بكل تفاصيلها.

منهج البحث:

للإجابة على إشكالية المذكرة والإحاطة بجميع جوانبها، فإننا اعتمدنا على المنهج الوصفي للتعرف على الطبيعة القانونية للكفالة وتبيان مفاهيمها الأساسية، وعلى المنهج التحليلي لشرح ونقد مضمون النصوص القانونية المنظمة لها.

ومن أجل دراسة الموضوع والإلمام بتفاصيله، قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين، تناولنا من خلال الفصل الأول الطبيعة القانونية للكفالة في قانون الأسرة الجزائري، والذي تطرقنا من خلاله إلى مفهوم الكفالة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها، أركانها وكذا شروطها، فيما تم تخصيص الفصل الثاني لدراسة أحكام الكفالة وإشكالاتها القانونية والقضائية، والذي تطرقنا من خلاله لإجراءات تحرير عقد الكفالة وآثارها وكذا أسباب إنقضائها.

الفصل الأول:

الطبيعة القانونية للكفالة في التشريع
الجزائري

أقرت الشريعة الإسلامية نظام الكفالة بديلاً شرعياً للتبني الذي كان منتشرًا في المجتمعات العربية قبل الإسلام، بحيث تسمح الكفالة بتوفير الرعاية اللازمة للقصر سواء كانوا معلومي أو مجهولي النسب دون تغيير نسبهم، إذ يهدف هذا النظام إلى حماية حقوق هذه الشريحة الضعيفة من المجتمع وضمان تأمين احتياجاتهم الأساسية.

وتماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية منع قانون الأسرة الجزائري التبني في المادة 46 منه¹، وفي المقابل وضع نظام الكفالة ونظم حقوق وواجبات الكفيل والمكفول، وحدد شروطها وأركانها.

ولدراسة الطبيعة القانونية للكفالة في قانون التشريع الجزائري، إرتأينا تقسيم الفصل الأول إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الكفالة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها.

المبحث الثاني: أركان وشروط الكفالة وإشكالاتها القانونية.

1 تنص المادة 46 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق: "يمنع التبني شرعاً وقانوناً".

المبحث الأول: مفهوم الكفالة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها

تعتبر الكفالة من الأنظمة التي تهدف إلى إقرار حماية قانونية للأطفال القصر المحرومين والمحتاجين للرعاية، وتتميز الكفالة بتعريفات متعددة تتوافق مع الغرض الذي وضعت لأجله، كما تمتاز بسمات تجعلها تتناسب مع أهدافها الأساسية وتميزها عن الأنظمة الأخرى المشابهة لها، وهو ما سنتناوله من خلال المطلب الأول والثاني.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

للكفالة عدة معانٍ وتعريفات، ويختلف مفهومها في القانون المدني الجزائري عن مفهومها الوارد في قانون الأسرة، فإذا كانت الكفالة في القانون المدني تعني ضمان الدين، فإنها تعني في قانون الأسرة الولاية على مال ونفس القاصر وهو ما يهمننا في مذكرتنا الحالية، وسنتطرق بالتفصيل ضمن هذا المطلب إلى تعريف الكفالة وتبيان خصائصها.

الفرع الأول: تعريف الكفالة

سنعرض من خلال الفرع الأول تعريف الكفالة من الناحية اللغوية، ثم من الناحية الإصطلاحية الشرعية والقانونية.

أولاً: التعريف اللغوي للكفالة

جاء في معجم اللغة العربية المعاصرة لأحمد مختار عمر "أن الكفالة من أصل كفل يكفل، كفلا وكفالة، فهو كافل وكفيل، والمفعول مكفول، وكفل يتيمًا: رباه وأنفق عليه وقام بأمره"¹.

ورد كذلك في معجم لسان العرب لإبن منظور "أن الكافل هو العائل، من كفله يكفله كفله إياه"، وفي التنزيل العزيز ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا

1 أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، م01، عالم الكتب، د ب ن، ط01، 2008، ص1945.

زَكَرِيَّا¹، وفي حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا" وَقَالَ بِإِصْبَعَيْهِ السَّبَّابَةَ وَالْوُسْطَى²، فالكافل هنا تعني القائم بأمر اليتيم المربي له.

وكفل المال وبالمال: ضمنه، وكفل بالرجل يكفل ويكفل كفلاً وكفولاً وكفالة، وكفل وكفيل وتكفل به، كله: ضمنه. وأكفله إياه وكفله: ضمنه، كفلت عنه بالمال لغريمه وتكفل بدينه تكفلاً³.

ثانياً: التعريف الإصطلاحي للكفالة

أ- تعريف الكفالة في الإصطلاح الشرعي

اختلفت تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية للكفالة باختلاف مذاهبهم الفقهية، فتُعرف الكفالة في الاصطلاح الشرعي بأنها "ضمّ ذِمّةٍ إِلَى ذِمّةٍ فِي الْمُطَالَبَةِ بِشَيْءٍ"⁴، وعرفها جمهور الفقهاء على أنها "ضمّ الذمتين في المطالبة والدين"⁵، ومنه فإن الكفالة على هذا الشكل يقصد بها الضمان.

وجاء عند فقهاء الحنفية أن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس، مع أن الكفالة بالنفس لا يوجد فيها دين، وإنما فيها مجرد الالتزام⁶.

والملاحظ من خلال جملة التعريفات الفقهية للكفالة، أنها تشير إلى التزام شخص بآداء حق معين لصالح شخص آخر، ويمكن أن يكون هذا الحق ديناً أو عيناً أو عملاً، ويعتبر هذا التعريف جزءاً من فقه المعاملات.

1 سورة آل عمران: الآية 37.

2 أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني، المرجع السابق، ص75.

3 أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، م05، دار صادر، بيروت، لبنان، د س ن، ص3906.

4 علي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب فهمي الحسيني، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج04، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط1، 1991، ص723.

5 السيد سابق، فقه السنة، المجلد3، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، د ط، 1995، ص253.

6 ديبان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، د ب ن، ط02، 1432هـ، ص497.

أما التعريف الإصطلاحي الشرعي للكفالة على النحو الذي يهتم دراستنا الحالية، بمعنى الكفالة في باب الأسرة، فقد أدرجت ضمن أحكام الحضانة التي تعتبر قسم من أقسام الولاية على النفس، ومنه فإن الكفالة تعني في هذا السياق تربية القاصر وحفظه ورعايته على وجه التبرع ممن هو أهل لذلك، دون أن يلحق نسبه به أو تثبت له أحكام البنوة، وشرط الكافل على اليتيم البلوغ والرشد والعدالة، فلا نظر لصغير على آخر، ولا نظر لسفيه، ولا لفاسق، لأن السفيه محجور عليه في حق نفسه، والفاسق لا يؤتمن على مال ولا عرض ولا نفس ولا دين، وهذه مقصودات الكفالة¹.

والكفالة المأمور بها والمرغب فيها في قوله صلى الله عليه وسلم "أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا" تكون بطرق عدة من بينها إيوائه في أسرة الكافل، وهذه أعلاها لقوله تعالى ﴿وَإِنْ تَخَاطَوْهُمْ فَأَخَوْنَكُمْ﴾² والأصل أن كفالة اليتيم تكون بإيوائه ضمن أسرة الكافل مع ولده، يربيه، ويؤدبه، ويعلمه، وينفق عليه، فإن كان اليتيم لا مال له أنفق عليه من مال الكافل، وإن كان له مال وكان الكافل غنياً فلا يأخذ من ماله شيئاً، وإن كان الكافل فقيراً أخذ من مال اليتيم بالمعروف، مصداقاً لقوله تعالى ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾³، والصورة الثانية تتمثل في دفع مال يقوم بسائر حاجاته من مأكل ومشرب ومسكن ونفقات وتعليم إلى مؤسسة أو جمعية أو بيت للأيتام يؤويه ويقوم على كل أمره⁴.

ب- تعريف الكفالة في الإصطلاح القانوني

للكفالة في التشريع الجزائري معنيين، معنى منصوص عليه في القانون المدني في المادة 644 منه، والتي عرفت الكفالة على أنها "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن

1 فضل بن عبد الله مراد، المقدمة في فقه العصر، ج02، الجيل الجديد ناشرون، صنعاء، اليمن، ط02، 2016، ص716.

2 سورة البقرة: الآية 220.

3 سورة النساء: الآية 06.

4 فضل بن عبد الله مراد، المرجع السابق، ص ص715-716.

يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يوف به المدين نفسه"¹، أما المعنى الثاني للكفالة فهو يختلف إلى حد بعيد عن مفهومها في القانون المدني، بحيث نص المشرع الجزائري على الكفالة في قانون الأسرة ضمن الفصل السابع من الكتاب الثاني تحت عنوان النيابة الشرعية من المواد 116 إلى 125، وعرفها بأنها "الترام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي"²، فالكفالة هنا هي التكفل بالولد القاصر من نفقة وتربية ورعاية وليست كضمان لتنفيذ الترام كما هو في القانون المدني³.

ويتضح من خلال التعريفين السابقين للكفالة في القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري، أن مجالهما مختلفان بحيث أن موضوع الكفالة في القانون المدني هو كفالة الدين في حين أن موضوعه في قانون الأسرة هو كفالة اليتيم ورعايته، وبهذا المعنى الأخير فهي ذات طابع تبرعي، إذ لا يحصل الكافل على أجره مقابل الكفالة وتكون كالولاية على النفس والمال معاً، والولاية على النفس هي ولاية الحفظ والتربية ورعاية الصغير، وكذا تزويج من كان قاصراً، والولاية على المال هي إدارة أموال القاصر والحفاظ عليها لغاية بلوغ سن الرشد⁴.

وبهذا فإن المشرع الجزائري اعترف صراحة بالكفالة كنظام كبديل عن التبني المحرم شرعاً وقانوناً لما فيه من اختلاط الأنساب وتداخل الحقوق بالأخص تلك المتعلقة بالميراث، لتشمل الكفالة معلومي النسب ومجهوليه، على أن تتم بعقد شرعي حفاظاً على حقوق الولد المكفول.

1 أمر 75-58 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، ج.ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر عدد 31 الصادر بتاريخ 13/05/2007، المتضمن القانون المدني.

2 المادة 116 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

3 حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط01، 2009، ص191.

4 لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط02، 2015، ص334.

الفرع الثاني: خصائص الكفالة

يمكن من خلال بنود أحكام قانون الأسرة المنظمة للكفالة استخلاص جملة من الخصائص اللصيقة بها، والتي تميزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها، والتي سنفصلها على النحو التالي:

أولاً: الكفالة عقد تبرعي

لقد اعتبر المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة الكفالة من العقود التبرعية¹، ما يعني اشتراط أهلية التبرع في الكفيل²، بمعنى أنه لا يتلقى فيه أي من المتعاقدين مقابلاً عن الكفالة ولا يعتبر ما أنفقه الكفيل لرعاية الولد القاصر والقيام على شؤونه من تربية وتعليم و... طيلة مدة الكفالة دين في ذمة هذا الأخير، وإنما يقوم به على وجه التبرع والإحسان، والذي يعد صورة من صور التكافل الاجتماعي بين المسلمين.

ثانياً: الكفالة تنصب على قاصر

بمعنى أن يتولى رجل مسلم عاقل القيام على شؤون ولد قاصر، ومنه فإن الكفالة لا تكون إلا على قاصر سواء كان ذكر أو أنثى، معلوم النسب أو مجهوله³، والقاصر هو كل شخص دون سن 19 سنة، كما هو منصوص عنه بالمادة 40 من القانون المدني⁴، ويكون بذلك المشرع الجزائري قد استبعد المحجور عليهم لسفه أو عته أو جنون من نطاق الكفالة⁵.

1 المادة 116 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

2 زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، الجزائر، ط03، 2004، ص18.

3 المادة 119 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

4 تنص المادة 40 فقرة 02 من الأمر 75-58 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق: "وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

5 كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط01، 1997، ص ص17-18.

ثالثاً: الكفالة عقد مؤقت

تُعتبر الكفالة عقداً مؤقتاً وليس عقداً أبدياً، وهو ما يمكن أن نستنتجه من بعض مواد قانون الأسرة التي حددت بعض الأسباب التي يمكن على أساسها إنهاء الكفالة والتي من بينها: وفاة الكافل أو المكفول، تخلي الكافل عن المكفول، مطالبة الوالدين الأصليين بعودة المكفول إلى رعايتهما كما هو منصوص عنه بالمادة 124 من قانون الأسرة، الحجر على الكافل لأي سبب من أسباب الحجر، عجز الكافل عن رعاية القاصر وتأمين احتياجاته، كما يمكن أن تنتهي الكفالة بحكم قضائي يسقطها عن الكافل إذا أخل بالتزاماته، أو أساء إلى المكفول بأي شكل من الأشكال، أو إذا تعارضت مصالح الكافل مع مصالح المكفول.

رابعاً: الكفالة عقد شرعي وقانوني

الكفالة عقد شرعي مستوحى من الشريعة الإسلامية في قوله عز وجل ﴿وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ﴾¹، وفي قوله صلى الله عليه وسلم "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا" وقال بإصبعيه السبابة والوسطى²، وتهدف الكفالة إلى الإعتناء بالشخص القاصر الذي لا يستقل بأمور نفسه، وذلك بالإنفاق عليه وتربيته والوقوف على احتياجاته، والكفالة بهذا المعنى التزام قانوني يفرغ في شكله الرسمي³.

ويمكن تبرير اشتراط المشرع الجزائري من خلال نص المادة 117 من قانون الأسرة افراغ هذا العقد في الشكل الرسمي، سواء كان ذلك أمام المحكمة أو أمام الموثق، هو إحاطته بجملة من الأحكام القانونية كون أنها التزام للقيام بعمل، ومنه فإن العقد الرسمي هو الوسيلة الوحيدة التي تثبت توافق إرادة الأطراف أي الكافل وأبوي المكفول أو من يقوم مقامهما من

1 سورة القصص: الآية 12.

2 أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني، المرجع السابق، ص75.

3 المادة 116 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

جهة، هو كذلك المصدر الوحيد الذي يُرجع إليه في تحديد شروطه ومجال تطبيقه، وآثاره وانقضائه من جهة أخرى.

خامساً: الكفالة تمنح الكافل الولاية القانونية على المكفول

تجعل الكفالة المكفول في مقام الإبن الشرعي للكافل دون إلحاق للنسب، وهو وجه الاختلاف بين الكفالة والتبني، فالكفالة تمنح للكافل الولاية القانونية على المكفول مثل تلك التي يتمتع بها الولد الأصلي، من نفقة وتربية ورعاية، مع اشتراط احتفاظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب¹، ومعنى ذلك على جواز إلحاق المكفول بنسب الكافل ولا يرث أحدهما الآخر، مع إمكانية التبرع له في حدود الوصية، كما سيأتي بيانه في الفصل الثاني.

المطلب الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة القانونية المشابهة لها

تهدف الكفالة إلى رعاية وحماية القاصر في كنف أسرة بديلة، توفر له كل احتياجاته من نفقة وتربية وتعليم، وبالإضافة إلى الكفالة هناك أنظمة تشابهها إلى حد ما، وتهدف هي أخرى إلى تحقيق رعاية مماثلة للقصر مع بعض الاختلافات، ويمكن حصر هذه الأنظمة في الحضانة، التبني والولاية، وعليه إرتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في الفرع الأول إلى تمييز الكفالة عن أنظمة الرعاية البديلة من حضانة وتبني، ونتطرق في الفرع الثاني إلى التمييز بين الكفالة والولاية كنيابة شرعية.

الفرع الأول: تمييز الكفالة عن أنظمة الرعاية البديلة

الكفالة والحضانة والتبني هي ثلاث مفاهيم ترتبط أساساً برعاية الأطفال، وعلى الرغم من أنها تهدف جميعها إلى توفير الرعاية والحماية للقصر، إلا أنها تختلف في طبيعتها والتزاماتها القانونية والنتائج المترتبة عليها.

1 تنص المادة 120 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

أولاً: تمييز الكفالة عن الحضانة

تعرف الحضانة لغة "بفتح الحاء وكسرهما مصدر سماعي من الفعل حضن، يقال حضن الطائر بيضه حضناً، أي ضمه تحت جناحه، والحضانة اسم منه، ومنه الاحتضان وهو: احتمال الشيء وجعله في الحضن، كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، والحاضن والحاضنة هما الموكلان بالصبي يحفظانه ويرببانه"¹.

أما تعريف الحضانة اصطلاحاً، فتتفق التعريفات للحضانة رغم كثرتها على أنه يراد بها القيام على شؤون القاصر الذي ليس بوسعه تدبير أموره بنفسه ولا يستقل بأمره، وهذا من خلال تربيته وتنشئته تنشئة سليمة على الدين الإسلامي والأخلاق السامية، ورعايته في مأكله ومشربه وصحته، أي من كل الجوانب المتصلة بحياته، حماية ورعاية لمصالحه².

ويُعرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة بنصه "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته صحةً وخلقاً"، والملاحظ من خلال التعريف القانوني للحضانة الوارد ضمن هذه المادة أن المشرع اكتفى بالإشارة فقط إلى أسباب الحضانة والغاية منها، وهي المحافظة على الولد المحضون وكفالة مصالحه من كافة الجوانب.

أما الكفالة وكما سبق التطرق إليه ضمن المطلب الأول، فهي تعني تربية القاصر وحفظه ورعايته على وجه التبرع ممن هو أهل لذلك، دون أن يلحق نسب المكفول بالكافل أو تثبت له أحكام البنوة.

ومن خلال هذه التعاريف لكل من الحضانة والكفالة، نستنتج بأنهما يشتركان في بعض الجوانب ويختلفان في جوانب أخرى، نعرضها على النحو التالي:

1 أبو الفضل جمال الدين، المرجع السابق، 2003، ص ص 122-123.

2 الصادق ضريفي، محاضرات في الولاية والوصاية، مطبوعة مقدمة لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة، السداسي 01، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية 2020-2021، ص 36.

1- أوجه الشبه بين الكفالة والحضانة

يمكن حصر أوجه الشبه بين الكفالة والحضانة في النقاط التالية:

- تشترك الحضانة مع الكفالة في كون أن موضوعهما ينصب على القيام بشؤون القاصر الذي ليس بوسعه تدبير أموره بنفسه، ويشتركان كذلك في الهدف الأساسي المتوخى منهما، ألا وهو تربية الطفل ورعايته وحفظه وحمايته من المخاطر وتوفير بيئة آسرة آمنة له.
- كما أن كلاهما يندرج تحت نظام التكافل الاجتماعي، حيث شرعهما الله عز وجل، ونظم أحكامهما الشرعية، وسُنّت لهما قوانين وضعية، وذلك نظراً لأن الأطفال يمثلون فئة غير قادرة على القيام بشؤونها بسبب ضعفهم العقلي والبدني.
- أن كلا من الحضانة والكفالة يحتفظ فيها المحضون بنسبه الأصلي ولا يلحق بالحاضن، وكذلك هي الكفالة، ف كلا النظامين يحمي الأنساب من الإختلاط، خلافاً للتبني الذي يختلط فيها نسب المتبني بالمتبني، ففي الكفالة يبقى المكفول محافظاً على نسب الأصلي.

2- أوجه الإختلاف بين الحضانة والكفالة

تختلف الكفالة عن الحضانة في عدة نقاط، والتي نذكر منها:

- أ- صلة القرابة: يشترط في الحضانة وجود صلة القرابة بين الحاضن والمحضون، وبالرغم من اختلاف آراء الفقهاء المسلمين حول ترتيب المستحقين للحضانة إلا أنهم اتفقوا في مجملهم على ثبوتها لأقارب المحضون¹، ولم يخرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة بل أكد عليها من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة، التي عدت ورتبت أصحاب الحق في الحضانة لتجعل الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العامة، ثم الأقربون درجة، وهي نقطة اختلاف بين الحضانة والكفالة، فهذه الأخيرة التي لا تشترط صلة القرابة بين الكافل والمكفول.

1 الصادرق ضريفي، المرجع السابق، ص37.

ب- الإتحاد في الدين: لم يتشترط المشرع الجزائري ضمن أحكام الحضانة إسلام الحاضن، بل اكتفى فقط بوجوب تربية المحضون على دين أبيه كما هو منصوص عليه في المادة 62 من قانون الأسرة، وهو الإسلام على اعتبار عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم طبقاً للمادة 30 من قانون الأسرة، بينما اشترطت المادة 118 من نفس القانون إسلام الكافل.

ت- بلوغ سن الرشد: يعد بلوغ القاصر سن الرشد القانوني سبباً من أسباب انتهاء الكفالة دون تمييز بين الجنسين، أما الحضانة فتتقضي ببلوغ الذكر سن 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج مع امكانية تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا لم تُعد الحاضنة الزواج مرة أخرى بغير قريب محرم¹.

ث- الولاية القانونية: تخول الكفالة للكافل الولاية القانونية على الولد المكفول، فيصبح المكفول في مقام الإبن الشرعي، وهو ما نصت عليه المادة 121 من قانون الأسرة، أما في نظام الحضانة فليس للحاضن الولاية على المحضون إلا في حالة الطلاق، فيمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة وفقاً للمادة 87 الفقرة 3 من نفس القانون.

ج- الرسمية: يشترط في الكفالة الرسمية بمعنى أن الكفالة لا تكون إلا بعقد شرعي سواء أمام المحكمة أو الموثق، بخلاف الحضانة التي تعتبر أثر من آثار الطلاق ولا تكون إلا بحكم قضائي بعد انحلال الرابطة الزوجية.

ح- النسب: المكفول في عقد الكفالة يمكن أن يكون معلوم أو مجهول النسب حسب المادة 119 من قانون الأسرة، بينما الطفل المحضون يكون في كل الحالات معلوم النسب.

ثانياً: تمييز الكفالة عن التبني

"التبني لغة من تبني يتبنى، تبناً، تبنيّاً، فهو متبني، والمفعول متبنى، تبني الطفل: اتخذه ابناً أو عامله كإبنه"².

1 المادة 65 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

2 أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص250.

كان التبني معروفاً في الجاهلية وهو أن يلحق الرجل شخصاً أجنبياً بنسبه، فيكون كالولد الحقيقي في نسبه وإرثه ونصرته ونحو ذلك¹، وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد تبني زيد بن حارثة قبل الرسالة فكان يدعى زيد بن محمد، ثم جاء تحريم ذلك بقوله تعالى ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾².

من المهم جداً التمييز بين مفهومي الكفالة والتبني، فظاهرياً لا يوجد فرق بينهما فكلا المفهومين يهدفان إلى رعاية الأطفال المحتاجين، وبالرغم من هذا التشابه إلا أنه يوجد هناك اختلاف جوهري بينهما، ويتجلى ذلك في عدة مواطن سواء من حيث المشروعية أو من حيث الآثار، والتي يمكن حصرها فيما يلي:

1- من حيث المشروعية: كما أسلفنا الذكر فإن الكفالة تجد مصدرها في كتاب الله وسنة رسوله الكريم، وتنظم أحكامها القوانين الوضعية وهو نظام بديل عن التبني، بينما التبني محرم شرعاً وقانوناً بنصوص من القرآن والأحاديث النبوية الشريفة، وهو ما أكدته كذلك المادة 46 من قانون الأسرة بنصها "يُمنع التبني شرعاً وقانوناً"، ومعنى ذلك أنه لا يجوز لأي شخص أن يتبنى طفلاً أو ينسبه إليه.

فتحريم التبني شرعاً وقانوناً راجع لما قد يترتب عليه من الوقوع في الكثير من المخالفات الشرعية، إذ يؤدي التبني إلى الخلوة غير المشروعة بين المُتَبَنَّى إذا كان ذكراً، وبين زوجة المُتَبَنَّى وبناته ومহারمه، وفيه تضييع للحقوق من الميراث، فيرث المُتَبَنَّى مالا لا حق له فيه، ويحجب الورثة الشرعيين المستحقين للإرث، وفي التبني تحريم للحلال، فيصبح المتبني محرماً لبنت المتبني مثلاً، فيُحرم عليه الزواج بها وهي له حلال في الواقع.

1 عبد الله بن محمد الطيار، عبد الله بن محمد المطلق، الفقه الميسر، ج05، مدار الوطن للنشر، د ب ن، ط02، 2012، ص156.

2 سورة الأحزاب: الآية 05.

2- من حيث الآثار: من مقاصد الشريعة الإسلامية جلب المصالح ودرء المفسدات، واتخذت في سبيل ذلك الوسائل الكفيلة بتحقيقها، وبالرغم من أن التبني يلبي بعض احتياجات الإنسان، غير أن مفسده كثيرة وخطيرة سبق التطرق إليها، وبتحرير الشارع الحكيم للتبني فقد فأصبح لا يترتب عليه أي أثر أو حكم من الأحكام الشرعية، أما الكفالة فترتب عدة آثار من بينها التزام الكافل بالرعاية اتجاه المكفول، وهو ما أكدته المادة 112 من قانون الأسرة التي أوجبت على الكافل القيام على شؤون المكفول من نفقة ورعاية وتربية قيام الأب بإبنه، وتخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي¹، ضف إلى ذلك امكانية زواج المكفول بإحدى بنات الكافل لعدم وجود حرمة بينهم.

الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن نظم النيابة الشرعية

سنحاول من خلال هذا الفرع مقارنة الكفالة بالولاية على اعتبار أن هذه الأخيرة هي نيابة أصلية شرعية، نظم أحكامها المشرع الجزائري ضمن الفصل الثاني من الكتاب الثاني من قانون الأسرة تحت عنوان النيابة الشرعية.

أولاً: مفهوم الولاية

"الولاية بكسر الواو معناها السلطان، وبفتح الواو وكسرهما معناها النصرة وقال سيبويه: الولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم، ومن معانيها أيضا الوصاية- بالفتح والكسر- فيقال: أولى فلاناً على اليتيم أوصاه عليه"².

أما الولاية في الإصطلاح الشرعي فتعرف "بأنها قدرة الشخص على انشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه وماله، أو على نفس الغير وماله"³.

وفي الفقه القانوني، عُرِفَت الولاية بأنها قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر، وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير، وقد تكون ولاية على

1 المادة 121 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

2 أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج15، بيروت، لبنان، د ط، 1956، ص407.

3 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والأسرة المسلمة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د ط، 1993، ص339.

النفس أو على المال¹، ومن خلال هذا التعريف يتضح بأن الولاية نوعان، ولاية على النفس وولاية على المال.

1- الولاية على النفس: وتكون في الأمور المتعلقة بنفس المولى عليه، ويراد بها القيام والإشراف على شؤون هذا الأخير فيما يختص بنفسه، من لحظة ميلاده إلى غاية بلوغه بالنسبة للذكر والزواج بالنسبة للإناث وتندرج تحديتها ثلاث أقسام: ولاية الحفظ والرعاية (الحضانة)، ولاية التأديب والتربية، وولاية التزويج².

2- الولاية على المال: هي سلطة شرعية تمكن الولي من التصرف في أموال القاصر نيابة عنه لمصلحته، إدارة وحفظاً واستثماراً، وتثبت الولاية على القاصر بقوة القانون لوليه الشرعي وهو الأب أو الأم بحسب الأحوال طبقاً للمادتين 87 و 92 من قانون الأسرة، وسبب أوليتهم للولاية هو صلة الدم الوثيقة التي تجعلهم أكثر شفقة ورعاية للقاصر ولماله، فإذا لم يكن للقاصر ولي من هؤلاء، يتولى شؤونهم ومصالحه المالية الوصي أو المقدم، وتكون ولايتهما نيابية³.

ثانياً: مقارنة الكفالة بالولاية

إن نظامي الكفالة والولاية يتشابهان في بعض الجوانب ويختلفان في جوانب أخرى، وسنعمد إلى تبيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما.

1- أوجه الشبه بين الكفالة والولاية: ويمكن حصرها فيما يلي:

أ- أن كلا النظامين (الولاية والكفالة) يشتركان في الهدف الأساسي المتمثل في حفظ مصلحة القصر، ففي الولاية يتولى القيام على شؤون المولى عليه من نفقة وتربيته ورعاية ولي، وهو الأب أو الأم أو الحاضن في حالة الطلاق، أما في الكفالة فإن هذا الدور منوط بالكافل، وبمعنى آخر فإن كلا من الكفالة والولاية يهدفان في جوهرهما إلى حماية وصيانة القاصر الذي لا يستطيع تدبير شؤونه بنفسه، فيتولى هذه المسؤولية ولي أو كافل حسب

1 حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأ المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 1974، ص 596.

2 الصادق ضريفي، المرجع السابق، ص 19.

3 المادة 81 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الحالة، وهذا الهدف المشترك يعكس الأهمية التي توليها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لحماية هذه الفئة الضعيفة.

ب- تنتهي كلا من الكفالة والولاية وفقاً للأسباب المنصوص عنها قانوناً، والتي عددها المشرع الجزائري فيما يخص الولاية ضمن نص المادة 91 من قانون الأسرة، وفيما يخص الكفالة فنصت عليها المواد 124-125 منه، وبالتالي فإن كلاهما ذات طابع مؤقت.

ت- تتفق الكفالة والولاية في الشروط، بمعنى أن الكفالة لا تتعقد إلا إذا توافر الشروط المنصوص عليها بالمادة 118 من قانون الأسرة والمتمثلة في "الإسلام والأهلية والعقل والقدرة في شخص الكافل"، أما الولاية فلقد أغفل المشرع الجزائري التطرق لشروطها وهو ما يحيلها لنص المادة 93 من قانون الأسرة التي عدت شروط الوصي، وبما أن للوصي نفس سلطات الولي طبقاً للمادة 94 من نفس القانون، فيمكن إذن اعتماد شروط الوصي في الولاية وهي "أن يكون مسلماً، عاقلاً، بالغاً، أميناً، قادراً، حسن التصرف"، وهي نفسها شروط الكفالة مضافاً إليها أن يكون أميناً وحسن التصرف¹، بمعنى أن الأمانة وحسن التصرف شرطان ضروريان في الولي والكافل.

ث- تنتقل في الكفالة جميع السلطات المخولة للولي بموجب الولاية إلى الكافل، فيقوم الكافل على شؤون المكفول قيام الأب بابنه، ولقد نص المشرع صراحة في المادة 121 من قانون الأسرة على أن الكفالة تخول للكافل الولاية القانونية على المكفول، وبالتالي تقع على عاتق الكافل واجب النفقة والتربية والرعاية للمكفول، والقيام بكل ما يحتاجه، بما في ذلك تزويج من كان قاصراً، والولاية تكون على مال ونفس المولى عليه، وكذا الكفالة تكون على نفس ومال المكفول، هو ما تم تأكيده كذلك في قانون الأسرة من خلال المواد 116 و122 منه.

2- أوجه الاختلاف بين الكفالة والولاية: تكمن أوجه الاختلاف بين الكفالة والولاية في:

أ- الولاية تثبت للولي دون اللجوء للمحكمة أو الموثق كون أنها نيابة أصلية إلزامية، فهي تكليف شرعي مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، يختص بها القريب، ولا تنتقل إلى من

1 عميروش جازية، بلعمري نبيلة، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم السياسية بودواو، قسم القانون الخاص، الجزائر، السنة الجامعية 2022-2023، ص42.

هو أنزل منه درجة إلا إذا كان هناك مسوغ شرعي، كأن يكون محجوراً عليه، بينما الكفالة فهي التزام تبرعي، لا يُشترط صلة القرابة فيها بين الكافل والمكفول، لذا كانت الكفالة وجه من أوجه الفضل المستمدة من أحكام الدين الإسلامي الحنيف لرعاية وتربية القصر، سواء كانوا معلومي النسب أم مجهوليه، شريطة أن تتم بموجب عقد شرعي سواء كان أمام المحكمة أو الموثق خلافاً للولاية.

ب- أن الكفالة لا تكون إلا على قاصر أو من هو في حكمه، بخلاف الولاية التي قد تكون على الراشد كما في ولاية التزويج¹.

ت- تثبت الولاية للأب قيد حياته إذا لم تسقط عنه، ولا تنتقل للأم إلا في حالة وفاته أو غيابه أو حصول مانع له، أو أسندت لها الحضانة وهو ما نصت عليه المادة 87 من قانون الأسرة، بينما الكفالة فهي التزام تبرعي لا تمارس إلا من قبل الكافل ولا تنتقل في حالة وفاته تلقائياً إلا وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة 125 منه، والتي سيأتي تفصيلها لاحقاً.

1 الصادق ضريفي، المرجع السابق ص 23.

المبحث الثاني: أركان وشروط الكفالة وإشكالاتها القانونية

كما اسلفا الذكر، فإن الكفالة هي نظام قانوني يهدف إلى القيام على شؤون قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه، سواء كان القاصر معلوم النسب أو مجهول النسب، وتُعتبر الكفالة وسيلة قانونية لتوفير الرعاية والحماية اللازمة لهؤلاء الفئة المستضعفة من قبل أشخاص آخرين غير آبائهم.

ولضمان نجاح هذا النظام وتحقيق أهدافه، حدد المشرع الجزائري مجموعة من الأركان والشروط، الواجب احترامها عند الإقدام على كفالة قاصر، والتي سنتناولها بالتفصيل ضمن هذا المبحث.

المطلب الأول: أركان عقد الكفالة

سنحاول ضمن هذا المطلب تفصيل الأركان العامة التي يقوم عليها عقد الكفالة، من رضا ومحل وسبب، بالإضافة على الشكلية التي يتطلبها القانون.

الفرع الأول: ركن الرضا

نصت المادة 59 من القانون المدني على أنه: "يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"¹.

فالمشرع الجزائري يبني العقد على الرضا والذي يقصد به تطابق الإرادتين، وحتى يكون صحيحاً يجب أن يصدر من ذي أهلية ولا يكون مشوباً بعيب من عيوب الرضا²، وتطبق على الكفالة القواعد العامة للعقود في كل أحكامه كون أن المشرع الجزائري ومن خلال المادة 116 ألزم إفراغ الكفالة في عقد شرعي، بحيث تتم بتطابق إرادتي المتعاقدين، أي بصدور إيجاب وقبول كلا المتعاقدين، ومنه فإن الإيجاب في عقد الكفالة يصدر من

1 أمر 75-58 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المنضمين القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

2 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د ط، 1998، ص 48.

الكافل في حين يصدر القبول من قبل المؤسسة المكلفة برعاية الطفل بالنسبة للمكفول المجهول النسب، اما بالنسبة لمعلوم النسب فإن التراضي يتم بين الكافل ووالدي القاصر المراد كفالاته إذا كانا معلومين أو كان أحدهما معلوماً¹.

والمقصود بالأهلية هي "صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الإلتزامات"².

وعلى اعتبار أن عقد الكفالة يبرم بين طرفين، فإن المشرع الجزائري يشترط كمال الأهلية في الكافل طبقاً للمادة 40 من القانون المدني، وكذلك الحال بالنسبة للطرف الثاني، سواء كان الأبوان أو المؤسسة المكلفة برعاية الطفل المكفول، فيجب أن يكونا متمتعين أيضاً بالأهلية القانونية الكاملة، أما بخصوص المكفول نفسه، فلم يشترط القانون الجزائري توافر الأهلية القانونية الكاملة لديه، لأن الكفالة تنصب على قاصر يكون إما عديم الأهلية أو ناقصها.

أولاً: فيما يخص أهلية الكافل

يعتبر الكافل الطرف الأول في العقد، وهو الشخص الذي يسعى للكفالة، ويأخذ على عاتقه الولاية القانونية على نفس المكفول من نفقة وتربية ورعاية، وولاية على مال المكفول بإدارتها لصالح هذا الأخير، وحتى يكون رضا الكافل صحيحاً يجب أن يكون ذا إرادة سليمة، خالية من عيوب الإرادة وهي الغلط، التدليس، الإكراه والإستغلال³، وأن تكون له أهلية كاملة أي بالغ سن الرشد القانوني المحدد بـ19 سنة طبقاً لنص المادة 40 من القانون المدني، والتي أحالت إليها المادة 86 من قانون الأسرة التي بنصها على أنه: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه، يعتبر كامل الأهلية طبقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني"، وأن لا يعترى أهليته أي عارض من عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه.

1 معاتقي مريم، شلبي خديجة، كفالة الاطفال في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة آكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص24.

2 محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط03، 2006، ص99.

3 محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص140.

ثانياً: فيما يخص أهلية الأبوين أو مؤسسة رعاية الطفولة

- 1- أهلية الأبوين: تتم الكفالة برضا من له أبوين، وهو ما نصت عليه المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري، بمعنى أنه يجب أن تتم الكفالة بتطابق رضا الكافل مع رضا أبوي المكفول، بإرادة سليمة خالية من عيوب الإرادة من غلط، تدليس، إكراه وإستغلال، وأن يتمتع أبوي المكفول بأهلية كاملة كما هي منصوص عليها بالمادة 40 من القانون المدني، وأن لا تعتري أهليتهما أي عارض من عوارض الأهلية من جنون وسفه أو عته.
- 2- مؤسسة رعاية الطفولة: مؤسسات رعاية الطفولة هي المؤسسات أو دور الرعاية التي تتولى إيواء وتربية الأيتام ومجهولي النسب، وهناك فئتان من الأطفال تستقبلهم هذه المؤسسة: الفئة الأولى تضم الأطفال الذين توفي آباؤهم لأسباب مختلفة، والثانية تضم اللقطاء والأطفال المتروكين والمهملين وأبناء الزنا¹، وتتمتع هذه المؤسسات بالشخصية القانونية وتملك الولاية القانونية على هؤلاء الأطفال، إذ خول لها القانون سلطة التعاقد مع الكافل² الذي تتوفر فيه الشروط اللازمة قانوناً، فتسلمه أحد القصر المتواجدين فيها، لذا فهي تعد الطرف الثاني في عقد الكفالة، ويعبر عن إرادتها ورضاها مديرها الذي يُبرم العقود باسمها ولحسابها وفقاً للصلاحيات المخولة له قانوناً بموجب المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 04-12 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة³.

الفرع الثاني: ركن المحل

يعتبر المحل الركن الثاني من أركان العقد، وقد وقع الخلاف بين الفقه حول ما إذا كان المقصود هو محل الإلتزام أم محل العقد، والراجح وفق ما يرى الأستاذ علي فيلاي أن

1 عقيلة بوعشة، الكفالة في قانون الأسرة والشرعية الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، الدفعة 12، 2001-2004، ص9.

2 تنص المادة 50 من الأمر 58-75 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم: "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون".

3 مرسوم تنفيذي 04-12 المؤرخ في 4 يناير 2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، ج.ر عدد 05 الصادر بتاريخ 29 يناير 2012، ص10.

العبرة تكون بمحل الإلتزام لأن العقد ليس له في محل، بل يرتب آثار تتمثل في إنشاء إلتزامات¹، ويشترط في المحل حسب القواعد العامة للعقد المنصوص عنها في القانون المدني من المادة 92 إلى 96، أن يكون موجودًا أو ممكنًا، وأن يكون معينًا، وأن يكون مشروعًا.

والمحل في عقد الكفالة هو الولد المكفول سواء كان معلوم النسب أو مجهول النسب، وهو ما نصت عليه المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري، وعلى اعتبار أن الكفالة هي عقد شرعي يتم إما أمام المحكمة أو الموثق وفق ما اشترطته المادة 117 من نفس القانون، فإن ركن المحل فيه يخضع لنفس الشروط الواجب توافرها في المحل، أي "أن يكون موجودًا أو ممكنًا، وأن يكون معينًا، وأن يكون مشروعًا".

فيشترط في الولد المكفول أن يكون موجودًا وقت إبرام عقد الكفالة سواء تحت ولاية والديه أو تحت رعاية مؤسسة الطفولة المسعفة، وأن يكون الولد المراد كفالته معينًا من حيث جنسه وسنه ذكرًا كان أو أنثى، وأن يكون مشروعًا، أي أن لا يكون محل سرقة أو اختطاف، بمعنى أن يتم تسليمه برضا من له أبوان، أو من قبل المؤسسة المكلفة برعاية القاصر.

الفرع الثالث: ركن السبب

ركن السبب هو ركن مستحدث في القانون المدني الجزائري بموجب التعديل الذي أدخل على القانون خلال سنة 2005²، أين أُستحدثت الفقرة 2 مكرر تحت عنوان "السبب"، بحيث كانت المواد المتعلقة بهذا الركن في السابق مندرجة ضمن ركن "المحل"، على الرغم من أن هذين الركنين مستقلان عن بعضهما البعض.

1 عدة عليان، محاضرات في مقياس القانون المدني -مصادر الإلتزام الإرادية- نظرية العقد والإرادة المنفردة، جامعة غليزان، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، أُلقيت خلال السنوات الجامعية 2018 إلى 2023، ص46.

2 قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44 الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 58-75 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، ج.ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ص19.

ويقصد بركن السبب في العقد هو الباعث الدافع على التعاقد الذي يجب أن يكون مشروعاً، وإلا كان العقد باطلاً، وتحدد مشروعية الباعث في عدم مخالفته لقواعد النظام العام¹.

فالباعث الدافع على التعاقد في الكفالة يختلف باختلاف أطراف العقد (الكافل الذي يعتبر الطرف الأول، وأبوي المكفول أو مؤسسة الطفولة المسعفة كطرف ثان)، فبالنسبة للكافل فإن الغاية من وراء إبرامه لعقد الكفالة تبرعية محضة، وذلك للقيام بالولد المكفول قيام الأب بابنه من نفقة وتربية ورعاية، وأما الغاية من الكفالة بالنسبة للطرف الثاني هو إيجاد من يتكفل بالولد القاصر والقيام على شؤونه.

ومادام أن المشرع الجزائري أوجب أن تتم الكفالة بعقد شرعي، سواء أمام المحكمة أو الموثق، فيفترض في السبب الظاهر للكفالة المشروعية، والذي يعد قرينة بسيطة إذ يمكن للمحكمة أو الموثق أن يرفض تحرير الكفالة إذا تبين له أن الدافع غير مشروع لمخالفته لقواعد النظام العام، كإكتشافه مثلاً بأن رغبة الكافل في إبرام العقد ليست تبرعية، بل أنه يهدف من خلالها إلى استغلال القاصر في أعمال غير شرعية كالتسول أو الدعارة، أو أن الغاية من وراء تخلي أبوي الولد المكفول عنه لفائدة الكافل كان بمقابل مادي، وهو الفعل المجرم قانوناً بنص المادة 319 مكرر من قانون العقوبات²، وهو دافع غير مشروع يُبطل على أساسه العقد.

المطلب الثاني: شروط الكفالة والإشكالات المطروحة عنها

لتحقيق الغرض الذي شرعت من أجله الكفالة، حاول المشرع الجزائري تكريس الحماية القانونية الكافية لها، فحدد لها شروطاً خاصة بها، سواء تلك المتعلقة بالكافل أو المكفول أو المؤسسة المانحة، غير أن النصوص القانونية المتضمنة لهذه الشروط تعثرها

1 عدة عليان، المرجع السابق، ص60.

2 قانون 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014، ج.ر عدد 07 الصادر بتاريخ 16 فبراير 2014، يعدل ويتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، ج.ر عدد 07 الصادر في 16 فبراير 2014، المتضمن قانون العقوبات، ص07.

بعض الثغرات، والتي أثارت إشكالات عملية عديدة، إما بسبب عدم وضوح النص القانوني أو لعدم معالجة المشرع لبعض الحالات الخاصة، والتي سنتناولها ضمن هذا المطلب.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافل

من خلال نص المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري يمكن استخلاص جملة الشروط الواجب توافرها في الكافل، وألزمت المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قاضي شؤون الأسرة التأكد من مدى توافر الشروط الشرعية للكفالة¹، وتتمثل هذه الشروط في: الإسلام، العقل، الأهلية للقيام بشؤون المكفول، وأخيراً القدرة على رعايته.

أولاً: شرط الإسلام

يعتبر إسلام الكافل شرطاً أساسياً في الكفالة، فلا تجوز لغير المسلم، والملاحظ أن المشرع الجزائري اهتم بديانة الكافل ضمن أحكام المادة 118 من قانون الأسرة ولم يهتم بجنسيته، التي جعلها فقط معياراً لتحديد الاختصاص الإقليمي في حالة تنازع القوانين من حيث المكان فيما يخص صحة الكفالة وآثارها، ضمن قواعد الإسناد المنصوص عنها بالمادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري²، وأساس ذلك راجع إلى أن الكافل يمارس صلاحيات الولاية على المكفول، ولأن في الولاية علو ورفعة، والإسلام يعلو ولا يعلى عليه مصداقاً لقوله عز وجل: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾³، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ

1 تنص المادة 495 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، المرجع السابق: "يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية للكفالة، وعند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيداً للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته".

2 تنص المادة 13 مكرر 1 من القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل".

3 سورة النساء: الآية 141.

أُولِيَاءَ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّاهُمْ مِّنكُمْ فَإِنَّهُ مِنهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴿٥١﴾¹، وكذلك حفاظاً على مصلحة المكفول وتربيته تربية سليمة على مبادئ الشريعة الإسلامية.

والجدير بالذكر، أنه يلاحظ من خلال صياغة المواد المنظمة للكفالة في قانون الأسرة، أن المشرع الجزائري إشتراط ضمناً أن يكون جنس الكافل ذكر، وذلك من خلال استعماله عبارة "قيام الأب بابنه" في نص المادة 116 منه، و"أن يكون الكافل مسلماً" بصيغة المذكر في المادة 118، إذ يفهم من ذلك أنه جعل الكفالة إلزام يصدر حصراً من الرجل دون الأنثى، وهو ما يثير إشكال وفراغ قانوني إذا ما أبدت المرأة رغبتها في كفالة قاصر، خاصة وأن تعريف الكفالة يقترب كثيراً من تعريف الحضانة، والتي هي "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقاً"²، ولأن الأم أولى بحضانة أولادها طبقاً للمادة 64 من قانون الأسرة، فمن باب أولى منح الكفالة للمرأة قبل جعلها للرجل إذا كانت قادرة مادياً ومعنوياً على رعاية المكفول، خاصة وأن هذا لا يتعارض مع ما إتجه إليه الفقه الإسلامي في هذا الصدد³، إلا أنه ومن الناحية التطبيقية العملية فإنه يمكن للمرأة أن تكفل قاصر إذا ما توفرت فيها الشروط المنصوص عنها بالمادة 118 من قانون الأسرة، ومنه فإن الإشكال هنا يكمن في صياغة المواد القانونية لا غير، لذا فالواجب على المشرع الجزائري إزالة هذا اللبس عند تعديله لقانون الأسرة الحالي.

ثانياً: شرط الأهلية

عبر المشرع الجزائري عن شرط الأهلية في الكافل بعبارة "عاقل أهلاً للقيام بشؤون المكفول" ضمن المادة 118 من قانون الأسرة، بحيث يشترط في الكافل كمال الأهلية، أي أن

1 سورة المائدة: الآية 51.

2 المادة 62 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

3 بوعبد الله بن عطية، أحكام اللقيط بين المذاهب الفقهية الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2001-2002، ص 109.

يكون الكافل متمتعاً بكامل قواه العقلية، بالغاً لسن الرشد القانوني المحدد بـ19 سنة كاملة ولم يحجر عليه لسفه أو عته أو جنون، وهو ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري، فمن افتقد وصفاً من هذه الأوصاف كان فاقداً للأهلية أو ناقصها، فيكون في حاجة إلى من يتولى شؤونه ورعايته من باب أولى، فلا تجوز الكفالة من قاصر ولا مجنون أو سفيه أو معتوه.

والملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال شرط الأهلية لم يحدد السن الأدنى الذي يجب مراعاته عند طلب كفالة قاصر، وهو ما يضعنا أمام إشكال قانوني آخر إذا ما تعلق الأمر بكافل يبلغ من العمر 19 سنة كاملة عند إيداء الرغبة في كفالة قاصر، وأن يكون سن هذا الأخير في حدود 15 سنة مثلاً، فالكافل في هذه الحالة طبقاً للمادة 40 من القانون المدني كامل الأهلية إذا لم يحجر عليه لسفه أو عته أو جنون، والمكفول قاصر مميز بمفهوم المادة 43 ممن القانون المدني، ففارق السن بين الكافل والمكفول قليل، وهو ما لا يتماشى مع الغرض الذي وجدت لأجله الكفالة.

ومنه كان على المشرع الجزائري وضع سن أدنى للكافل وأن يراعي فارق السن بين الكافل والمكفول كشرط من شروط الكفالة، بالرغم من أن وزارة التشغيل والتضامن الوطني في وقت سابق عن طريق مديريتها العامة للتضامن الإجتماعي قامت بتحديد السن الأعلى للكافل وجعلته في حدود 60 سنة بالنسبة للرجل و55 سنة بالنسبة للمرأة عند تقديم طلب كفالة قاصر موضوع تحت رعاية دور مؤسسات الطفولة المسعفة، دون تحديد السن الأدنى، كما هو ظاهر من خلال وثيقة إجراءات وكيفيات الوضع القانوني المرفقة بالذاكرة الحالية ضمن الملحقات¹، لكن مهما يكن فإن هذا التحديد للسن المعتمد من قبل المديريات العامة للتضامن الإجتماعي يفتقر للأساس القانوني، فوجب على المشرع الجزائري أن يتدارك ذلك في تعديلاته اللاحقة لقانون الأسرة أو القوانين التنظيمية الأخرى.

1 أنظر الملحق رقم 01، ص68.

ثالثاً: قدرة الكافل

والقدرة المقصودة في شرط الكفالة هي على ثلاثة أنواع: "القدرة الجسدية، المادية، والمعنوية أو النفسية"، إذ يشترط في الكافل أن يكون قادراً جسيماً على رعاية وحفظ المكفول وأن يكون قادراً مادياً على الإنفاق عليه وتلبية جميع إحتياجاته الأساسية، وأن يبيدي إستعداداته النفسي والمعنوي للتكفل بالقاصر وتربيته، ويمكن لقاضي شؤون الأسرة المعروض عليه الطلب بما خوله له القانون من صلاحيات ضمن أحكام المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير آخر للتأكد من قدرة الكافل المادية على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته، كالإطلاع مثلاً على موارد الكافل الشهرية من خلال كشف الراتب أو الموارد السنوية من خلال التصريح الضريبي، والتأكد كذلك من قدرته الجسدية بالتحري من عدم إصابته بأية عاهة تجعله غير قادر على رعاية القاصر والقيام على شؤونه.

ومن بين الإشكالات القانونية التي يمكن ملاحظتها كذلك في شروط الكفالة، وعلى الأخص شرط القدرة على رعاية المكفول المنصوص عنها بالمادة 118 من قانون الأسرة، أن المشرع الجزائري أغفل شرط زواج الكافل، والذي يلعب دوراً أساسياً لاستقرار الطفل المكفول مهما كانت ظروفه وسنه، إذ يحتاج إلى أسرة مكونة من زوجين¹، لأن الرعاية والتربية مسؤولية تشاركية ومتكاملة بين الأب والأم، وعلى الرغم من عدم اشتراط قانون الأسرة الجزائري لهذا الشرط، إلا أن مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن تشترطه على طالبي الكفالة²، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإذا كان المشرع الجزائري أكد من خلال نص المادة 117 من قانون الأسرة على وجوب أن تتم الكفالة برضا من له أبوان، إلا أنه أغفل أخذ رضا زوجة طالب الكفالة بعين الاعتبار، والذي له أهمية كبيرة في حياة المكفول واستقراره، خاصة إذا

1 العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات، ومدعما بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2012، ص528.

2 ليلي جمعي، حماية الطفل (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشرعية الإسلامية)، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، 2005-2006، ص138.

لم ترغب فيه، وهي ملاحظة مكملية لشرط الزواج الذي لم يعتبره المشرع كذلك، فوجب على المشرع مرة أخرى الأخذ بعين الاعتبار شرط زواج الكافل ورضا الزوجة ضمن شروط الكفالة، تحقيقاً لمصلحة المكفول.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمكفول

كما سبق ذكره في أركان عقد الكفالة، فإن المكفول يمثل ركن المحل فيها، وهو القاصر المراد كفالته، ولم يتطرق المشرع الجزائري صراحة للشروط الواجب توافرها في الولد المكفول، ما عدا وجوب أن يكون قاصراً، وهو ما تضمنته المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للكفالة، وكذلك ما يمكن أن نستخلصه من خلال المادة 124 منه، التي تنظم مسألة إبداء الأبوان أو أحدهما رغبته في عودة الولد المكفول إلى ولايتهما، بحيث ميز المشرع في هذه الحالة بين أن يكون المكفول قد بلغ سن التمييز أو غير مميز، وهو ما يؤكد بأن الكفالة لا تنصب إلا على قاصر، أما الشرط الثاني فيستخلص من المادة 119 التي نصت على أن المكفول يكون إما مجهول النسب أو معلوم النسب.

أولاً: شرط السن

لم يحدد المشرع الجزائري من خلال الأحكام المنظمة للكفالة في قانون الأسرة سن معين للمكفول، بل اكتفى فقط بوصفه "قاصر" ضمن المادة 116 منه، وبالرجوع إلى القانون المدني فإن القاصر قد يكون مميز أو غير مميز.

فقبل بلوغ سن 13 سنة يكون فيها الإنسان قاصر غير مميز، وهو ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 42 من القانون المدني، ويكون القاصر في هذه المرحلة من حياته عديم الأهلية، أما المرحلة الثانية فتبدأ من بلوغه 13 سنة إلى غاية 19 سنة كاملة، وفيها يصبح القاصر مميزاً ويكون ناقص الأهلية لا عديمها¹.

1 الصادق ضريفي، المرجع السابق، ص 3-4.

ومنه فإنه يشترط في المكفول حسب نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري، أن يكون سنه ما بين الولادة إلى غاية 19 سنة، حتى يكون محلاً للكفالة، وهي المرحلة التي يحتاج فيها القاصر للرعاية والعناية.

- **وضعية الولد المكفول بعد الطلاق:** ما يعاب على المشرع الجزائري في هذا الصدد، أنه أغفل تنظيم وضعية المكفول بعد الطلاق، خاصة إذا كان غير مميز أي سنه ما بين الولادة و13 سنة، فيجد قاضي شؤون الأسرة معروض عليه الطلاق صعوبة كبيرة في الفصل في وضعيته إذا ما ثار في شأنه نزاع، كأن تطلب حضنته الزوجة ويُصر الزوج الكافل على بقاءه معه، على عكس وضعية الإبن الشرعي الذي تنظم أحكام حضنته المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة، وبالتالي فإن القاضي ملزم برفض طلب إسناد حضنة المكفول لمطلقة الكافل، وقد صدر قرار عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا بتاريخ 2011/03/10، الذي جاء فيه بأن آثار الطلاق من حضنة ونفقة لا تسري على الطفل المكفول الذي يعيش مع مطلقة الكافل¹، فيتضح من خلال هذا القرار أنه لا مجال للحديث عن حضنة المكفول بعد الطلاق وكذلك الشأن بالنسبة لحق الزيارة الذي يكون لغير الشخص الذي أُسندت إليه الكفالة، وبهذا فإن المشرع لم يراع الجانب النفسي والاجتماعي للطفل المكفول، لأن حق زيارة طليقة الكافل للمكفول والحفاظ على الرابطة العاطفية معه، عنصر ضروري من أجل تنشئته السوية².

ثانياً: نسب المكفول

قد يكون المكفول مجهول النسب كما قد يكون معلوم النسب، وهو ما أكدته المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري، ومنه وجب التمييز بين الحالتين:

1 قرار رقم 613481، قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم بتاريخ 2011/03/10، المجلة القضائية العدد 01، 2012، ص290.

2 منير شمام، الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة والقضاء الجزائري، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، م09، العدد 01، الجزائر، سنة 2008، ص13.

1- حالة المكفول معلوم النسب: وهو الولد الذي له أبوين معلومين، وقررا التخلي عنه لسبب أو آخر، ويدخل في هذا الصنف: اليتامى والأولاد الذي فقد أوليائهم لأهليتهم القانونية، وإلى غير ذلك من الحالات، فإذا كان الأبوان على قيد الحياة (الأب والأم معاً) فيشترط رضا كلاهما للتخلي عن ولدهما بموجب إجراءات الكفالة، وهو ما اشترطته المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري، وإذا توفي أحدهما أو فقد أهليته فيشترط حينئذ رضا من بقي على قيد الحياة أو من كان يتمتع بالأهلية الكاملة، وإذا توفي كلا من الأبوين فيشترط هنا رضا من كان في حضنه الولد¹، وفي هذا الحالة يحتفظ المكفول بنسبه الأصلي وهو ما نصت عليه المادة 120 من قانون الأسرة.

2- حالة المكفول مجهول النسب: وهو الولد الذي لا يُعرف نسب أبويه، أو يعرف نسب أمه فقط، كالقبط مثلاً وهو كل مولود لم يُعلم أبواه، سواء كان ثمرة علاقة شرعية أو غير شرعية²، وهؤلاء الأطفال يتواجدون عادة في مؤسسات الطفولة المسعفة، فتتولى هذه المؤسسة رعايتهم في انتظار وضعهم في وسط عائلي، وذلك إلى غاية بلوغهم 18 سنة، وعند الإقتضاء إلى ما بعد بلوغ هذا السن بغرض إدماجهم الاجتماعي والمهني³، وبالتالي فإن هذه المؤسسات هي الطرف الثاني في عقد الكفالة وهي التي توافق عن طريق مديرها على التخلي عن الولد القاصر، ووضعه تحت رعاية وعناية الكافل بموجب عقد الكفالة.

ففي حالة الولد مجهول النسب فإن المادة 120 من قانون الأسرة أحالت على المادة 64 من قانون الحالة المدنية، والتي تنص في فقرتها 4 على أن ضابط الحالة المدنية يمنح الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء، ويعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي⁴.

1 الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط01، 2005، ص170.

2 أمال علال، اللقيط وعلاقته بالنسب، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 5، الجزائر، ديسمبر 2015، ص143.

3 المادة 05 من المرسوم التنفيذي 04-12 المتضمن القانون الاساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، المرجع السابق.

4 أمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية، المعلن والمتمّم، ج.ر عدد 21 الصادر بتاريخ 27 فبراير 1970، ص279.

- تغيير لقب المكفول: قد يصادف الولد المكفول عند بلوغه سن معين أن يكتشف حقيقة وضعيته كمجهول النسب مما قد يؤثر سلباً على حالته النفسية، الأمر جعل المشرع الجزائري يتدخل بإصداره للمرسوم التنفيذي 24-92 والمتعلق بتغيير اللقب، والذي عدل المرسوم رقم 157-71، أين نص في المادة 01 منه على أنه "يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانوناً في إطار الكفالة ولد قاصر مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائده، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فينبغي أن تُرفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب"¹، ويتم تغيير اللقب باتباع إجراءات قانونية معينة، وبهذا فإن المشرع الجزائري مكن الكافل من مطابقة لقب المكفول بلقبه، وبصدور المرسوم التنفيذي 20-223 المعدل والمتمم للمرسوم 157-71 المتعلق بتغيير اللقب، أصبح بالإمكان تقديم الاعتراضات المتعلقة بتغيير اللقب إلى السيد وكيل الجمهورية الذي أودع الطلب أمامه خلال مهلة ستة (06) أشهر من تاريخ نشره في الجريدة المحلية، وهو ما نصت عليه المادة 3 من ذات المرسوم، ويصدر الأمر بتغيير اللقب في غضون الثلاثين يوماً من إيداع الطلب، مع تسجيله والتأشير به على هامش سجلات وعقود مستخرجات عقد الحالة المدنية لمقر ميلاد الطفل المكفول بسعي من وكيل الجمهورية².

1 مرسوم تنفيذي 24-92 المؤرخ في 13 يناير 1993، ج.ر عدد 05 الصادر بتاريخ 22 يناير 1992، يتم المرسوم 157-71، ج.ر عدد 47 الصادر بتاريخ 11 يونيو 1971، المتضمن تغيير اللقب، ص139.

2 المادة 5 مكرر 2 من المرسوم التنفيذي 20-223 المؤرخ في 08 غشت 2020، ج.ر عدد 47 الصادر بتاريخ 11 غشت 2020، يتم المرسوم 157-71، ج.ر عدد 47 الصادر بتاريخ 11 يونيو 1971، المتضمن تغيير اللقب، ص10.

خلاصة الفصل الأول:

تعتبر الكفالة في قانون الأسرة الجزائري إلزام شرعي وقانوني على وجه التبرع مصدره أحكام الشريعة الإسلامية، وهي تهدف إلى رعاية القاصر والقيام على شؤونه من نفقة وتربية قيام الأب بإبنة الشرعي حتى يستقل الولد المكفول بأمر نفسه، سواء كان هذا القاصر معلوم النسب أو مجهول النسب، ولا تتم إلا أمام المحكمة أو الموثق.

وتتمتاز الكفالة بعدة ميزات وخصائص تجعلها تختلف في جوهرها عن غيرها من نظم الرعاية الأخرى كالتبني، الحضانة والولاية، ويتجلى ذلك بالأخص في كون أن الكفالة تمنح الكافل الولاية القانونية على الولد المكفول بنوعيتها على النفس والمال، دون أن ينتج عن ذلك الحاق نسب المكفول بالكافل، أو ثبوت حرمة المصاهرة أو التوارث بينهما.

ولضمان نجاح نظام الكفالة وتحقيق الأهداف التي شرع من أجلها، فإن المشرع الجزائري اشترط لصحة إبرامها أركان عامة وشروط خاصة، تستمد من نصوص القانون المدني وقانون الأسرة، وإن كانت تشوبها بعض الثغرات والنقائص التي يجب على المشرع تداركها.

ولا يكفي لتحريض عقد الكفالة توافر الأركان والشروط فقط، بل وضع المشرع الجزائري إجراءات خاصة ضمن بنود قانون الإجراءات المدنية والإدارية يستوجب على الراغب في كفالة قاصر اتباعها.

وبالرغم من هذا التنظيم القانوني للكفالة من حيث الشروط والإجراءات التي تضمنتها أحكام قانون الأسرة الجزائري أو القوانين التنظيمية الأخرى، إلا أن أغلب هذه النصوص يشوبها النقص أو الغموض، ما أدى إلى ظهور عدة إشكالات قانونية وقضائية، وهو محل دراستنا في الفصل الثاني من المذكرة الحالية.

الفصل الثاني:

أحكام الكفالة وإشكالاتها القانونية

والقضائية

لقد خصص المشرع الجزائري فصلاً كاملاً لتنظيم أحكام الكفالة ضمن قانون الأسرة من المادة 116 إلى 125، وذلك نظراً للأهمية الاجتماعية والقانونية لهذا النظام، فالكفالة تُعد من أهم الآليات التي ينص عليها قانون الأسرة لرعاية الأطفال المحتاجين للرعاية والعناية، كآلية بديلة عن التبني الذي مُنع اللجوء إليه صراحة بنص المادة 46 من نفس القانون.

وتشمل الأحكام المنظمة للكفالة سواء المنصوص عنها في قانون الأسرة أو القوانين التنظيمية الأخرى، شروط وإجراءات إنشاء هذا العقد، وكذا الحقوق والالتزامات المترتبة على طرفيه، كما أوضح القانون طرق انتهاء الكفالة والآثار المترتبة على ذلك.

وعلى الرغم من هذا التنظيم القانوني للكفالة، فقد ظهرت العديد من الإشكالات القانونية والقضائية المثارة بشأن تطبيق أحكامها، ومنه برزت الحاجة إلى دراسة وصفية وتحليلية نقدية لأحكام الكفالة الواردة في قانون الأسرة والقوانين المكملة له، بهدف استجلاء الحلول القانونية المناسبة لمعالجتها، وهو ما سيتم التطرق إليه ضمن هذا الفصل وفق المباحث التالية:

المبحث الأول: الإجراءات القانونية لتحرير الكفالة وآثارها.

المبحث الثاني: انقضاء الكفالة.

المبحث الأول: الإجراءات القانونية لتحرير الكفالة وآثارها

لا تتم الكفالة إلا بعقد شرعي¹، ولا تتعقد إلا بإتباع إجراءات معينة ومراحل متتالية، والتي تضمن في مجملها سلامة إنشاء هذا العقد وحماية مصالح جميع الأطراف المعنية، فسنحاول من خلال هذا المبحث تفصيل إجراءات إسناد الكفالة وذلك بالتطرق إلى المراحل الإجرائية التي تمر بها ضمن المطلب الأول، والآثار المترتبة على الكفالة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: إجراءات تحرير الكفالة

تمر إجراءات تحرير الكفالة بمرحلة تمهيدية قبل إفراغها في شكلها الرسمي أمام المحكمة أو الموثق، وفقاً لما اشترطته المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري²، وهو ما سنتناوله بالتفصيل ضمن المطلب الأول.

الفرع الأول: إجراءات المرحلة التمهيدية

وهي المرحلة التي يظهر فيها طرفي عقد الكفالة، فتبدأ بإظهار الكافل رغبته في التكفل بولد قاصر كخطوة أولى قبل تثبيتها أمام الجهة القضائية المختصة، وعلى اعتبار أن المشرع الجزائري نص في المادة 117 من قانون الأسرة على اشتراط رضا من له أبوان، فإننا سنميز في هذه المرحلة بين الإجراءات التمهيدية للكفالة عندما يكون القاصر المراد كفالته معلوم النسب أو مجهول النسب.

أولاً: حالة القاصر معلوم النسب

لقد أكد المشرع الجزائري على رضا أبوي القاصر معلوم النسب كشرط أساسي لتحرير الكفالة، إذ لا تصح بدون رضهما إذا كانا كلاهما على قيد الحياة، وهو المقصود من

1 المادة 116 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

2 تنص المادة 117 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق...".

عبارة "رضا من له أبوان" في نص المادة 117 من قانون الأسرة، ولكن التساؤل يثور فيما يخص الرضا في هذه المرحلة في حالة طلاق الأبوان أو وفاة أحدهما.

في حالة الطلاق فإن القاضي يسند الولاية لم اسندت له الحضانة طبقاً للفقرة 3 من المادة 87 من قانون الأسرة¹، فإذا أسندت الحضانة للأم فإن هذا لا يعني التخلي على رضا وموافقة أب القاصر كشرط لكفالة ابنه والإعتداد فقط برضا الأم الحاضنة، بل يشترط رضا كلاهما.

أما في حالة وفاة الأم فإنه يشترط فقط رضا الأب لكفالة ابنه القاصر من قبل الغير باعتباره صاحب الولاية الكاملة عليه، وإذا كان المتوفي هو أب القاصر فإنه يشترط رضا أمه، كون أن الولاية بعد وفاة الأب تنتقل قانوناً إلى الأم طبقاً لنص المادة 87 من قانون الأسرة²، أما في حالة القاصر يتيم الأبوين فيرى الدكتور غوثي بن ملحّة أنه يشترط رضا من كان في حضنه الولد³، إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه المسألة بالذات، خاصة وأن أحكام الوصاية المنصوص عنها في قانون الأسرة تفتقر للأساس القانوني الذي يخول الوصي حق التخلي عن القاصر الموصى عليه في إطار إجراءات الكفالة، إذ أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 95 من قانون الأسرة خول للوصي نفس سلطات الولي في التصرف، لكن هذه السلطة تقتصر فقط على مال الموصى عليه دون نفسه، مما يفيد عدم جواز الاعتداد برضا الوصي لكفالة الموصى عليه.

ثانياً: حالة القاصر مجهول النسب

في ظل المجتمعات الإنسانية، قد تنشأ حالات لأطفال مجهولي النسب لأسباب متعددة، هؤلاء الفئة من الأطفال بحاجة ماسة إلى الرعاية والحماية التي توفرها الأسرة، ومن هنا

1 تنص المادة 87 فقرة 3 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق: "...وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

2 تنص المادة 87 فقرة 01 من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل للقانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً".

3 الغوثي بن ملحّة، المرجع السابق، ص170.

تأتي أهمية إجراءات إسناد كفالة القاصرين مجهولي النسب، والتي تهدف إلى إيجاد أسر كفالة لرعاية هؤلاء الأطفال وتوفير احتياجاتهم المختلفة، والقاصر مجهول النسب قد يكون معلوم الأم وقد يكون مجهول الأبوين معًا، ومنه وجب التمييز في هذه المرحلة بين الحالتين.

1- حالة القاصر معلوم الأم

وهو الطفل القاصر الذي تكون أمه معلومة، فبالرغم من أن العبارة المستعملة من قبل المشرع الجزائري ضمن نص المادة 117 من قانون الأسرة "رضا من له أبوان" توحى بأن الرضا يقتصر فقط في حالة القاصر معلوم الأبوان معًا، إلا أنه عملياً يشترط رضا والدة من كان مجهول النسب ومعلوم الأم، إذ لا يعقل تغيب رضا وموافقة أم المكفول، خاصة وأن من بين الوثائق المطلوبة في ملف الكفالة في حالة القاصر مجهول النسب وجوب تقديم "تصريح شرفي بعدم معرفة الأم الطبيعية للطفل، إذا كانت مجهولة"¹.

2- حالة القاصر مجهول الأبوين (اللقيط والمتخلى عنه)

هذه الفئة تضم القصر مجهولي الأب والأم، والذين تم التخلي عليهم أو العثور عليهم في مكان ما، ويطلق عليهم تسمية أيتام الدولة² المتواجدين بدور الأطفال المسعفين، ويتعين على كل شخص وجد مولودًا حديثًا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه³، ويتسلم ضابط الحالة المدنية اللقيط والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم يُنسب لهم المٌصرح أية أسماء ويقوم بإعطائه مجموعة من الأسماء ويتخذ آخرها كلقب عائلي، وهو ما نصت عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية، ليقوم فيما بعد بتسليمه إلى دور الرعاية الاجتماعية.

1 وزارة العدل، أسئلة متداولة، تاريخ الاطلاع: 2024/05/22، الساعة 21:30، الرابط:

<https://www.mjustice.dz/ar/الكفالة/>

2 المادة 01 من المرسوم 80-83 المؤرخ في 15 مارس 1980، المتضمن احداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها، ج.ر عدد 12 الصادر بتاريخ 18 مارس 1980، ص457.

3 المادة 67 من الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

ففي هذه الحالة فإن عقد الكفالة يتوقف على موافقة مدير مؤسسة الرعاية الاجتماعية الذي يبرم العقود باسمها ولحسابها، وفقاً للصلاحيات المخولة له قانوناً بموجب المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 04-12 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة¹، بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك صراحة ضمن أحكام الكفالة في قانون الأسرة أو الإجراءات المتعلقة بها والمنصوص عنها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فطالب كفالة قاصر مجهول النسب موضوع تحت رعاية إحدى دور الطفولة المسعفة يقدم طلب مكتوب موجه إلى مديرها مرفقاً بالوثائق اللازمة، وتشكل لجنة بغرض دراسة الطلب والتأكد من مدى توافر شروط الكفالة، لتصدر في الأخير رأياً بالرفض أو القبول، فإذا تم قبول الطلب ينتقل الكافل للمرحلة الثانية، والتي سنفصلها ضمن الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الجهات المختصة بتحرير الكفالة

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 117 من قانون الأسرة على جهتين لتحرير الكفالة دون سواهما، والتي تتم إما أمام المحكمة أو الموثق، ويستوي في ذلك المكفول معلوم النسب أو مجهوله، ونظم إجراءاتها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المادة 492 إلى 497، وسنحاول من خلال هذا الفرع تفصيل الإجراءات القانونية لإسناد الكفالة.

أولاً: الجهة القضائية

وردت الأحكام الإجرائية لتحرير الكفالة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ تنص المادة 492 منه² على أن طلب الكفالة يقدم بموجب عريضة أمام قاضي شؤون الأسرة الواقع في دائرة اختصاصها موطن طالب الكفالة، فحددت هذه المادة الاختصاص الإقليمي للمحكمة بمكان إقامة طالب الكفالة، إلا أن الملاحظ من خلال هذه المادة أو باقي المواد

1 مرسوم تنفيذي 04-12 المؤرخ في 4 يناير 2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، المرجع السابق.

2 قانون 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، المرجع السابق.

المنظمة لإجراءات الكفالة أنها لم تفرق بين المكفول معلوم النسب أو مجهول النسب، وبالتالي فإن الأمر القاضي بالكفالة يصدر بنفس الكيفيات.

بعد تقديم الطلب، يقوم قاضي شؤون الأسرة المعروض عليه الملف بدراسته والتحقق من مدى توافر شروط الكفالة المنصوص عليها بالمادة 118 من قانون الأسرة، والشروط العامة للعقد التي سبق وان تطرقنا لها خلال الفصل الأول، والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري من خلال قواعد الإسناد المنصوص عليها بالقانون المدني وبالأخص المادة 13 مكرر 1، وسع من صلاحيات القاضي الجزائري إذ أصبح بإمكانه أن يصدر أمراً بالكفالة في الحالة التي يكون فيها أحد أطرافها أو كلاهما أجنبيان مقيمان على الإقليم الجزائري، مراعيًا في ذلك القانون الداخلي لكلا الطرفين الكافل والمكفول عند إبرام العقد فيما إذا كان يسمحان بالكفالة أم لا.

ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة¹، بمعنى أن الجلسة تكون سرية يقتصر الحضور فيها على أطراف الكفالة، فيقوم القاضي بالتحقق من رضا أبوي المكفول إن كانا على قيد الحياة، أو يتحقق من موافقة مؤسسة رعاية الطفولة المسعفة في حالة المكفول مجهول النسب.

كما يمكن للقاضي أن يجري تحقيقاً أو يأمر بأي تدبير يراه مفيداً للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه، وإن كان من المستحسن أن يقوم القاضي بالتحقق في مدى توافر شروط الكفالة بنفسه وذلك بالانتقال إلى مسكن طالب الكفالة لمعاينة حالته الاجتماعية والمادية قصد الإطلاع على النوايا التي أدت إلى طلب الكفالة ومدى استعداده لتحمل هذه المسؤولية، وهي من بين الصلاحيات المخولة للقاضي بصفة عامة طبقاً للمادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

1 المادة 494 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

2 تنص المادة 146 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك".

وبناءً على هذا التحقيق يفصل القاضي في الطلب سواء بالموافقة أو الرفض، بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة بموجب أمر ولائي غير قابل للطعن¹، وهو ما نصت عليه المادة 493 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

وطلب الكفالة ليست خصومة، بل يفصل القاضي بناءً على الوثائق المرفقة والمثبتة للشروط، وكذا نتائج التحقيق الذي يأمر به إن اقتضى الأمر، وبعد استطلاع رأي النيابة العامة، وترسل نسخة من أمر الكفالة في حالة قبول الطلب إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية المسجل فيها المكفول لتسجيله والتأشير به على هامش سجلات الحالة المدنية³.

وبعد صدور الأمر الولائي القاضي بإسناد الكفالة، فإن عملية التسليم تتم تلقائياً بين طالب الكفالة والشخص الذي كان المكفول تحت رعايته من دون حضور النيابة أو تحرير محضر بذلك، كون أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تنظيم هذه المرحلة من الكفالة.

ثانياً: تحرير الكفالة من قبل الموثق

باعتبار أن الموثق ضابط عمومي، فإن المشرع الجزائري منح له صلاحية تحرير الكفالة بنص المادة 117 من قانون الأسرة، ويعرف الموثق على أنه ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة⁴.

غير أن المشرع الجزائري لم يوضح من خلال قانون الأسرة ولا حتى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الإجراءات القانونية التي يستوجب على الموثق القيام بها قبل أو أثناء تحريره للكفالة، وهو ما يخلق نوع من التداخل بين صلاحيات الموثق واختصاصات

1 الأمر الولائي غير قابل أي طريق من طرق الطعن وذلك بمفهوم المخالفة لنص المادة 333 التي من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تحدد الأحكام القابلة للإستئناف من دون ذكر الأوامر الولائية، وقياساً كذلك على المواد 219، 467، 448 وغيرها من المواد التي تجعل من الأمر الولائي غير قابل للطعن.

2 تنص المادة 493 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق: "يفصل القاضي في طلب الكفالة بأمر ولائي".

3 المادة 59 من الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

4 المادة 03 من القانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر عدد 14 الصادر بتاريخ 8 مارس 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ص15.

قاضي شؤون الأسرة في مجال الكفالة الذي نظم إجراءاتها القسم السادس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي لم تبين مواده من 492 إلى 497 الخاصة بإجراءات الكفالة دور الموثق أو إجراءات تحريرها من قبله.

وفقاً لما سبق يتضح لنا بأن المشرع الجزائري من خلال إصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008 اللاحق لتاريخ صدور قانون الأسرة عام 1984 وتاريخ تعديله سنة 2005، يكون قد ألغى ضمناً اختصاص الموثق في تحرير عقد الكفالة وجعلها حصراً لقاضي شؤون الأسرة، تطبيقاً لنص المادة 02 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري¹.

كما أنه وطبقاً للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة، فإن النيابة العامة تعتبر طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية الى تطبيق أحكامه، وبما أن الكفالة ينظم أحكامها قانون الأسرة، وتهدف إلى حماية القصر، فإنه لا مجال لتحرير الكفالة خارج إطار المحكمة كالموثق، وذلك لتغيب النيابة العامة وعدم إيدائها لرأيها في الكفالة، خاصة وأن المادة 494 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه يُنظر في الكفالة في غرفة المشورة بعد أخذ رأي النيابة العامة.

ومنه وجب على المشرع الجزائري الأخذ بعين الاعتبار التداخل الموجود بين صلاحيات الموثق وسلطات قاضي شؤون الأسرة في مجال تحرير الكفالة، والتي أصبحت من الاختصاصات الحصرية لقاضي شؤون الأسرة بموجب المواد من 492 إلى 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتدارك هذا الخلل بتعديل المادة 117 من قانون الأسرة، وذلك بحذف مصطلح الموثق أو بإضافة مواد إجرائية لتنظيم الكفالة المحررة من قبله.

المطلب الثاني: آثار الكفالة

يتضح من خلال المواد 116، 121، 122 و123 من قانون الأسرة أن الكفالة ترتب آثاراً بالنسبة للكافل والمكفول وأبوي المكفول إن وجدوا، وتسري هذه الآثار بمجرد انعقاد

1 تنص المادة 02 فقرة 2 من الأمر 58-75 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق: "يكون الإلغاء ضمناً إذا تضمن القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

الكفالة وتسلم الكافل للمكفول، وهذه الآثار هي عبارة عن حقوق والتزامات متبادلة، وسنعرض من خلال هذا المطلب جملة الآثار المترتبة على عقد الكفالة بالنسبة للكافة والقاصر المكفول في الفرع الأول، وآثارها بالنسبة لأبوي المكفول في الفرع الثاني.

الفرع الأول: آثار الكفالة بالنسبة للكافل والمكفول

بمجرد تحرير الكفالة يصبح الكافل في مقام الأب بالنسبة للمكفول في الرعاية والتربية والنفقة¹، والتي تعتبر حقوق للمكفول، بالإضافة إلى حقوق مالية ومعنوية أخرى، ويتمتع للكافل بجملة من الحقوق كانتقال الولاية القانونية على المكفول له، وإدارة أمواله المكتسبة من الإرث أو الوصية أو الهبة لصالحه.

أولاً: آثار الكفالة بالنسبة للكافل

ينتج عن عقد الكفالة بالنسبة للكافل آثار قانونية ومعنوية، هي بمثابة حقوق وواجبات وهي كالآتي:

1- حقوق الكافل: بمجرد انعقاد الكفالة تنتقل الولاية القانونية للكافل على المكفول، وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي، وهو ما نصت عليه المادة 121 من قانون الأسرة الجزائري، ومنه فإن الكافل يتمتع بكل سلطات الولاية على نفس المكفول من رعاية وحفظ وإشراف على شؤونه فيما يختص بنفسه، من لحظة تحرير الكفالة إلى غاية بلوغه سنة الرشد القانوني المحدد بـ19 سنة حسب المادة 40 من القانون المدني، ويكتسب الكافل أيضاً ولاية على أموال المكفول المكتسب من إرث أو وصية أو هبة، وذلك بإدارتها ورعايتها وحفظها من الزوال والضياع والتلف، وتنميتها عن طريق استغلالها بالأوجه المشروعة باسم ولحساب المكفول، وتسري على إدارة أموال المكفول الأحكام المتعلقة بالولاية، والتي تقيد بعض التصرفات المالية التي يجريها الولي على أموال القاصر باشتراط الإذن من المحكمة، وهذه التصرفات محددة على سبيل الحصر في المادة 88 من نفس القانون وهي:

1 المادة 116 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1974، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

- بيع العقار، قسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة؛
 - بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة؛
 - استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة؛
 - إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد؛
- ويجب على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني؛
- كذلك فإن الكفالة تخول للكافل قبض جميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي، وذلك من خلال تقديمه للأمر القاضي بالكفالة إلى الهيئة المستخدمة حتى يتقاضى هذه المنح¹.

وما يلاحظ في هذا الصدد غياب الآلية القانونية التي تؤهل الكافل لأن يتمتع بصفة ذوي حقوق المكفول في حالة وفاة هذا الأخير للمطالبة بالتعويضات المالية، خاصة وأن المشرع الجزائري وضع المكفول في مقام الولد الأصلي في قانون الأسرة، ومنح الكافل سلطات الولاية القانونية على المكفول، ومع ذلك فقد صدر قرار عن المحكمة العليا جاء في فحواه بأن التعويض عن حادث المرور تحكمه نصوص خاصة ولا يشكل التعويض الناتج عن حادث مرور ميراثاً².

كذلك فمن بين حقوق الكافل، هو حق تغيير لقب المكفول وجعله متطابق مع لقبه، وهو ما استحدثه المشرع الجزائري بتعديل المرسوم رقم 71-157 المتعلق بتعديل اللقب، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-24 والذي أضاف المقطع 02 للمادة الأولى لتجيز لكل

1 المادة 121 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1974، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

2 قرار المحكمة العليا رقم 724804، غرفة شؤون الأسرة والموارث، المؤرخ في 19/01/2012، مجلة المحكمة العليا العدد 01 لسنة 2012، ص150.

شخص كفل قاصر مجهول النسب في إطار إجراءات الكفالة أن يتقدم بطلب تغيير اللقب وذلك بقصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي¹.

ولقد تم المرسوم التنفيذي 20-223² المرسوم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب بمادتين، المادة 01 مكرر والمادة 01 مكرر¹، وذلك باشتراط موافقة أم المكفول مجهول النسب من الأب على طلب تغيير لقب المكفول لمطابقته مع لقب الكافل، وفي حالة تعذر ذلك ارفاق تصريح شرفي في صيغة عقد رسمي يُصرح فيه الكافل تحت مسؤوليته أن كل المساعي التي قام بها للاتصال بالأُم بقيت بدون جدوى، وأضافت المادة 01 مكرر إمكانية تقديم هذا الطلب بالطريق الإلكتروني.

2- واجبات الكافل: يلتزم الكافل بموجب عقد الكفالة القيام بالمكفول من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه بنية التبرع، وهي من أهم الإلتزامات التي تقع على الكافل لصالح المكفول، فيلتزم الكافل بالإنفاق على المكفول، وتشمل النفقة بمفهوم المادة 78 من قانون الأسرة: "الغذاء، الكسوة والعلاج، والسكن وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

ولعل الأساس الذي يقوم عليه واجب الإنفاق على المكفول هو أن الكافل يحل محل الولي للقيام على شؤون المكفول قيام الأب بابنه³، وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها، والتي جاء فيها "يجب على الكافل القيام بالإنفاق على المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره ولياً قانونياً، ما لم يثبت تخليه عن الكفالة"⁴.

لذلك فإن القاضي الذي يُعرض عليه طلب الكفالة، يتأكد من القدرة المالية للكافل التي تعتبر شرطاً أساسياً للكفالة، وكما اسلفنا الذكر ضمن شروط الكافل في الفصل الأول فإنه يُقصد بالقدرة المنصوص عنها في المادة 118 من قانون الأسرة، القدرة المادية أي المالية

1 مرسوم تنفيذي 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1993، المتضمن تغيير اللقب، المرجع السابق.

2 مرسوم تنفيذي 20-223 المؤرخ في 08 غشت 2020، المتعلق بتغيير اللقب، المرجع السابق، ص9.

3 أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية: آثار التفريق بين الزوجين، ج02، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2006، ص1297.

4 قرار المحكمة العليا رقم 369032، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المؤرخ في 13/12/2006، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2007، ص443.

والجسدية والمعنوية، فلا تسند الكفالة لشخص غير قادر مادياً على الإنفاق، لأن في ذلك إضراراً بمصلحة المكفول.

ولم يتطرق المشرع الجزائري ضمن أحكام الكفالة إلى مسألة عسر الكافل وكون أن المكفول ميسور الحال، وإمكانية الإنفاق عليه من مال هذا الأخير، وبالتالي ففي غياب نص قانوني يجيز ذلك فإنه يستوجب على الكافل الإنفاق على المكفول من ماله الخاص هو والإكتفاء بإدارة أموال المكفول لفائدته، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا في هذه المسألة وأجازوا في حالة عسر الكافل أن يستعين في الإنفاق على المكفول من بيت مال المسلمين¹.

وتشمل إلزامات الكافل تجاه المكفول الرعاية والتربية، وهي أن يتولى الكافل تلقين المكفول قواعد التربية والأخلاق، ومتابعة صحته وسلامته الجسدية والنفسية، وذلك حتى ينشأ سوياً متوازناً من غير اضطرابات، ومنع الإعتداء عليه كذلك، وتقديم الشكاوى باسمه والمطالبة بالتعويضات لفائدته كونه يتمتع بالولاية القانونية عليه، ويندرج التعليم كذلك ضمن هذه الإلتزامات خاصة وأن التعليم الإبتدائي والمتوسط إجباري، وهو ما تضمنه التعديل الدستوري للدولة الجزائرية².

ثانياً: آثار الكفالة بالنسبة للمكفول

ترتب الكفالة بالنسبة للمكفول آثار تختلف عن تلك التي تترتب في مواجهة الكافل، وتتمثل هذه الآثار في: إحتفاظ المكفول بنسبه الأصلي، عدم ثبوت النسب وحرمة المصاهرة بينه وبين الكافل، عدم ثبوت الحق في الميراث من الكافل، وهذه الآثار من النظام العام بمعنى عدم جواز مخالفتها وإشتراط عكسها عند تحرير الكفالة.

1 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه مذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط04، 1983، ص711.

2 مرسوم رئاسي 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج.ر العدد 82 الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ص16.

1- إحتفاظ المكفول بنسبه الأصلي: المكفول طبقاً للمادة 119 من قانون الأسرة قد يكون معلوم النسب أو مجهول النسب، ففي الحالة التي يكون فيها المكفول معلوم النسب، فإنه يحتفظ بنسبه الأصلي، وهو ما اشترطته المادة 120 من قانون الأسرة¹، وبالتالي لا يجوز مخالفتها أثناء تحرير الكفالة على اعتبار أنها من النظام العام، أما إذا كان المكفول مجهول النسب فإنه يُتبع في شأنه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية، وذلك بأن يختار ضابط الحالة المدنية الأسماء للأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، ويعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي للقاصر.

2- عدم ثبوت النسب وحرمة المصاهرة: يُعتبر هذا الأثر مكملاً للأثر السابق وهو إحتفاظ المكفول بنسبه الأصلي، فعلى هذا الأساس فإن الكفالة لا تؤدي إلى إحاق نسب المكفول بالكافل، لأن النسب في قانون الأسرة الجزائري المستوحى من أحكام الشريعة الإسلامية يُثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بِنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول²، ومنه فإن الكفالة لا تؤدي إلى اثبات النسب أو إحقاقه، ولا يُعتبر المكفول ولداً شرعياً للكافل، وبالتالي لا مجال للحديث عن موانع المصاهرة بين المكفول وأسرته الكافل، فبنت الكافل مثلاً لا تعتبر أخت المكفول حتى يُحرم عليه نكاحها.

3- عدم ثبوت الحق في الميراث: تنص المادة 126 من قانون الأسرة على أن أسباب الإرث هي القرابة والزوجية، وعلى اعتبار أن الكفالة لا تثبت النسب ولا تُلحقه، ولا يُعتبر المكفول ولد شرعي للكافل، فإنه لا يُثبت التوارث بينهما، فالكفالة لا تعد سبب من أسباب الإرث المحصورة في القرابة والزوجية.

ولكن في المقابل يمكن الإيصاء للمكفول أو التبرع له من قبل الكافل في حدود (1/3) الثلث، وهو ما نصت عليه المادة 123 من قانون الأسرة، بمعنى يجوز للكافل أن يتنازل عن

1 تنص المادة 120 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون"

2 المادة 40 من الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق.

جزء من أمواله سواء كانت منقول أو عقار لفائدة المكفول في حدود (1/3) الثلث، ويُبطل إذا زاد عن ذلك إلا إذا أجازته الورثة.

الفرع الثاني: آثار الكفالة بالنسبة لأبوي المكفول أو من يقوم مقامهما

بما أن للكفالة ثلاث أطراف الكافل، المكفول، وأبوي المكفول إن كان معلوم النسب أو المؤسسة الاجتماعية الخاصة برعاية الطفولة المسعفة إن كان مجهول النسب، فإن آثار الكفالة تتصرف لكل أطراف العقد، وبعد أن فصلنا في الفرع الأول آثار الكفالة المترتبة على الكافل والمكفول، فسنحاول من خلال هذا الفرع تفصيل آثار الكفالة في مواجهة أبوي المكفول أو من يقوم مقامهما.

أولاً: الإلتزام بتسليم المكفول

إن عملية انتقال الطفل المكفول من رعاية أبويه أو دور رعاية الطفولة المسعفة إلى رعاية الكافل، هي الجوهر الحقيقي لتحقيق الكفالة وتنفيذها على أرض الواقع، فمجرد صدور الأمر الولائي بالكفالة من قبل قاضي شؤون الأسرة دون عملية التسليم، لا يُعد كافياً لتحقيق الغرض الأساسي من الكفالة، ولكون هذه المرحلة من أصعب مراحل الكفالة، فإنه كان من المفروض على المشرع الجزائري تنظيم إجراءاتها في قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بإلزام حضور عملية التسليم كل من الكافل والمكفول وأبويه أو ممثل مؤسسة الطفولة المسعفة التي كان المكفول تحت رعايتها، وحتى الشهود الذين إستمعت المحكمة لشهادتهم فيما يخص سيرة وسلوك الكافل إن وجدوا، وممثل عن الحق العام باعتباره الجهة المسؤولة عن مراقبة وحماية حقوق الطفل، وفي الأخير تُحرر وثيقة تسليم المكفول للكافل، إلا أن هذا الإجراء الجوهري مسكوت عنه في القانون الجزائري، فعملياً إذا يتم تسليم المكفول من قبل أبويه أو بتقدم الكافل إلى دور الطفولة المسعفة المتواجد فيه المكفول ليتسلمه في غياب باقي الأطراف.

ثانياً: سقوط الولاية على المكفول

انطلاقاً من نص المادة 121 من قانون الأسرة¹ التي تخول الكافل الولاية القانونية على المكفول، فإن ولاية المكفول تسقط من أبويه أو من مؤسسة رعاية الطفولة المسعفة، وتنتقل إلى الكافل كأثر من آثار الكفالة بمجرد تسليم الولد للأسرة الكافلة²، وذلك نظراً لاستحالة ممارستها في نفس الوقت من قبل الطرفين، وتنتقل الولاية هنا إلى الكافل بنوعيتها الولاية على النفس والولاية على المال، فيقوم الكافل على شؤون المكفول قيام الأب بإبنة الشرعي وهي ولاية على النفس، ويقوم بإدارة أموال المكفول المكتسبة من الإرث والوصية والهبة لحساب وصالح هذه الأخير وتكون هنا ولاية على المال.

ولقد أجاز المشرع الجزائري لأبوي المكفول استرجاع الولاية عليه، من خلال نص المادة 124 من قانون الأسرة، وميز في ذلك بين حالتين تتعلق بسن المكفول، سواء كان مميزاً أو غير مميز:

1- حالة المكفول البالغ سن التمييز: جعل المشرع الجزائري سن التمييز بـ13 سنة، فقبل هذا السن يكون فيها الإنسان قاصر غير مميز، وهو ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 42 من القانون المدني³، ففي حالة المكفول الذي بلغ سن التمييز وأراد أبواه أو أحدهما عودته إليه، فهنا المكفول يُخير بين الإلتحاق بهما أو البقاء تحت رعاية الكافل.

وعملياً حسب نص المادة 496 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يستوجب على طالب عودة المكفول إليه، أن يرفع دعوى إلغاء الكفالة وفقاً للإجراءات العادية أمام قاضي شؤون الأسرة الذي يوجد في دائرة اختصاصه مكان الكافل، قياساً بالإختصاص الإقليمي لطلب الكفالة وكذا الإختصاص الإقليمي لدعوى الولاية المنصوص عنها بالمادة

1 تنص المادة 121 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق: "تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي".

2 شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري: دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، ط01، 2010، ص376.

3 تنص المادة 42 فقرة 2 من الأمر 75-58 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق: "يعتبر غير مميز من لم يبع ثلاث عشرة سنة".

426 فقرة 9 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهنا يُخير القاضي القاصر المميز بين العودة إلى أبويه أو البقاء مع الكافل، ويُعتد برغبة المكفول المميز في هذه الحالة، ويصدر في كلتا الحالتين حكم، سواء بإلغاء الكفالة وعودة المكفول إلى رعاية وولاية أبويه، أو أن يرفض الطلب.

ويمكن للأطراف استئناف هذا الحكم أمام المجلس القضائي وفقاً للإجراءات العادية كذلك، ولقد صدر في هذا الصدد قرار عن المحكمة العليا والذي أكدت من خلاله على وجوب السماع لرأي القاصر المميز وتخييره بين البقاء أو العودة¹.

2- حالة المكفول غير المميز: ويقصد به المكفول البالغ من العمر دون 13 سنة، فإنه يرجع الأمر للقاضي لإلغاء الكفالة أو الإبقاء عليها مراعيًا في ذلك مصلحة المكفول، ويُتبع في ذلك نفس الإجراءات المتعلقة بالقاصر المميز.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يتناول مسألة حق الزيارة، سواء بالنسبة لأبوي المكفول أو أحدهما أو بالنسبة لزوج الكافل بعد الطلاق، وبالتالي فأمام سكوت المشرع الجزائري فإنه يمكن للكافل منع أبوي المكفول للاتصال به أو زيارته، كما يمكن للكافل منع مطلقة من زيارة المكفول، وهو ما يتعارض مع مصلحة هذا الأخير خاصة إذا كان متعلقًا بها، ومنه وجب على المشرع الجزائري استحداث مواد قانونية تعطي حق زيارة المكفول من قبل أبويه أو مطلقة الكافل عند تعديله لقانون الأسرة، مراعاةً لمصلحة المكفول.

1 قرار المحكمة العليا رقم 71801، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المؤرخ في 21/05/1991، المجلة القضائية الأولى لسنة 1996، ص 105.

المبحث الثاني: انقضاء الكفالة

كما سبق التطرق إليه، فإن الكفالة في قانون الأسرة الجزائري هي التزام على وجه التبرع برعاية ولد قاصر سواء كان مجهول النسب أو معلوم النسب، من نفقة وتربية قيام الأب بولده وتتم بعقد شرعي، وبما أن الكفالة هي التزام شرعي وقانوني، فإنه من الطبيعي أن ينص المشرع على الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى انقضائها، فالكفالة لا تستمر إلى الأبد، بل لها بداية ونهاية محددة قانوناً.

وسنتناول من خلال هذا المبحث الأسباب العامة لانقضاء الكفالة في المطلب الأول ثم نخرج على الأسباب الخاص لانقضائها ضمن المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة

لم يعدد المشرع الجزائري الأسباب العامة لانتهاء عقد الكفالة في قانون الأسرة، بل حصر فقط الأسباب الخاصة لانتهائها وهي أسباب تتعلق إما بالكافل أو المكفول، ماعدا حالة وفاة الكافل التي نظمها من خلال المادة 125 من قانون الأسرة كسبب من الأسباب الخاصة لانتهاء الكفالة¹، وبالتالي وجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة لانقضاء العقد، لاستخلاص الأسباب العامة لانقضاء الكفالة، على اعتبار أن الكفالة عقد شرعي يتم أمام المحكمة أو الموثق، وتتمثل هذه الأسباب العامة في الوفاة، تخلف أحد شروط الكفالة، وبلوغ المكفول سن الرشد القانوني، وسنتطرق إلى هذه الأسباب العامة ضمن ثلاث فروع.

الفرع الأول: حالة الوفاة كسبب لانقضاء الكفالة

تعتبر حالة الوفاة من الأسباب العامة والخاصة لانقضاء الكفالة، ويجب أن نميز بين حالتين، حالة وفاة الكافل وحالة وفاة المكفول.

1 تنص المادة 125 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق: "...وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية".

أولاً: حالة وفاة الكافل

تُعتبر وفاة الكافل حالة من حالات انتهاء الكفالة، كون أن الكافل هو محل عقد الكفالة وفق ما يرى الأستاذ علي فيلالي لأن العبرة تكون بمحل الإلتزام، فالعقد ليس له في الحقيقة محل بل يرتب آثار تتمثل في إنشاء إلتزامات¹، وإلتزامات الكفالة تتمثل في قيام الكافل برعاية الولد المكفول والإنفاق عليه وتربيته، ومنه بفوفاة الكافل تنقضي الكفالة كأصل عام، إلا أن المشرع الجزائري وتحقيقاً لمصلحة المكفول أجاز إنتقال الكفالة لورثة الكافل إذا التزموا القيام بها، وإلا أسند القاضي أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية وهو ما نصت عليه المادة 125 من قانون الأسرة.

ولقد أورد المشرع الجزائري اجراءات خاصة يجب على ورثة الكافل المتوفي القيام بها في المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تتمثل في وجوب إخبار الورثة قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة دون تأخر، ويتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة، وإذا التزم الورثة بالإبقاء عليها، عين القاضي أحد الورثة كافلاً.

فالكفالة إذن لا تنتقل إلى الورثة بقوة القانون بل يجب اتباع الإجراءات القانونية المنصوص عنها في المادة السالفة الذكر، فتنقل إلتزامات الكفالة إلى أحد الورثة الذي يعينه القاضي إذا التزم الورثة بها، وفي حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها أي بموجب أمر ولائي غير قابل للطعن، ويأمر بإسناد القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية أي دور حماية الطفولة المسعفة، في انتظار كفالته من قبل أسرة جديدة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يفرق بين المكفول معلوم النسب أو مجهول النسب فيما يخص إجراءات الإبقاء على الكفالة أو رفضها من قبل الورثة، إذ أنه لم يتطرق لفرضية عودة المكفول إلى أبويه إذا كان المكفول معلوم النسب بدلاً من اسناده إلى أحد الورثة أو الجهة المخصصة للرعاية في حالة رفضهم الإبقاء عليها، هذا من جهة.

1 عدة عليان، المرجع السابق، ص46.

من جهة أخرى، فإن المشرع الجزائري أغفل التطرق لوضعية زوجة الكافل وحقوقها في الإلتزام بالكفالة، ولم يمنحها الأولوية في ذلك، خاصة وأن الولاية تنتقل قانوناً للأُم بعد وفاة الأب طبقاً للمادة 87 من قانون الأسرة، بل جاءت المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية أو المادة 125 من قانون الأسرة التي تتضمن الكفالة بعد وفاة الكافل، بصيغة الجمع باستعمالها مصطلح "الورثة"، والذي يمكن أي يضم إخوة المتوفي إلى جانب زوجته، فكان على المشرع أن يمنح زوجة الكافل الأولوية في الإبقاء على الكفالة وتعيينها كافلة للقاصر، وفي حالة رفضها ينتقل هذا الحق لورثة الكافل المتوفي، ومنه وجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في هذه الوضعية.

ثانياً: حالة وفاة المكفول

من الطبيعي أن تنتهي الكفالة بوفاة المكفول، ولكن التساؤل المطروح يتعلق بحالة وفاة المكفول مجهول النسب، ما هو حول مصير الأموال التي كانت موضوعة تحت ولاية الكافل، يديرها باسم المكفول ولحسابه.

فبالرجوع إلى المواد المنظمة للمواريث، فإن الكفالة لا تعد سبباً من أسباب الإرث طبقاً للمادة 126 من قانون الأسرة¹، وأن المادة 180 منه تنص على أنه "إذا لم يوجد ذو فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة"، ومنه باستقراء مجمل هذه المواد فإن أموال القاصر المتوفي والتي كانت تُدار من قبل الكافل تؤول للخزينة العمومية لعدم وجود وارث، كون أن المكفول مجهول النسب.

أما فيما يخص التعويضات الناتجة عن وفاة المكفول نتيجة حادث سير، فإنه يمكن للكافل أن يتحصل عليها باعتباره ولي المكفول المتوفي، أي من ذوي حقوقه ولا يعد توارث بين الكافل والمكفول، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها كما سبق الإشارة إليه عند تعرضنا لحقوق الكافل.

1 تنص المادة 126 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق: "أسباب الإرث: القرابة والزوجية".

الفرع الثاني: حالة تخلف أحد شروط الكفالة

حصرت المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري جملة الشروط الواجب توافرها في الكفيل، وألزمت المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قاضي شؤون الأسرة التأكد من مدى توافر هذه الشروط والمتمثلة في: الإسلام، العقل، الأهلية للقيام بشؤون المكفول، والقدرة على رعايته، فبغيا ب أي شرط من هذه الشروط وجب على القاضي المعروض عليه طلب الكفالة التصدي له بالفرض لتخلف إحدى الشروط المنصوص عنها في المادة 118 من قانون الأسرة، إلا أن الإشكال يثور إذا ما انعقدت الكفالة بشروطها، ثم تخلفت إحداها فيما بعد، كردة الكافل مثلاً، أو عجزه جسدياً عن القيام على شؤون القاصر أو الحجر عليه.

باستقراء المواد القانونية المنظمة للكفالة، نجدها خالية من أي إشارة لإجراءات سحب الكفالة أو إلغائها لتخلف الشروط، والجهة القضائية المختصة وصفة طالب السحب أو الإلغاء، على عكس الولاية التي نظم المشرع الجزائري أحكام سحبها المؤقت أو إسقاطها¹ من المواد 453 إلى 463 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيجدر بالمشرع الجزائري أن يتدارك هذا النقص في المواد الإجرائية المتعلقة بالكفالة في تعديلاته اللاحقة.

الفرع الثالث: حالة بلوغ المكفول سن الرشد القانوني

ينصب عقد الكفالة على قاصر، والقاصر هم كل شخص لم يبلغ سن الرشد المدني وهو 19 سنة كاملة طبقاً للمادة 40 من القانون المدني الجزائري، وتخول الكفالة الكافل الولاية القانونية على المكفول في نفسه وماله، ومنه فإن الكفالة تنقضي ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني، فيسترجع المكفول حق التصرف في نفسه وفي أمواله التي كانت موضوعة تحت ولاية الكافل وفقاً لنص المادة 122 من قانون الأسرة.

1 تنص المادة 453 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، المرجع السابق: "يقدم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت، من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من يهمه الأمر بدعوى استعجالية".

المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة

وهي أسباب تتعلق إما بالكافل أو بالمكفول، ولقد عددها المشرع الجزائري في المواد 124، و125 من قانون الأسرة، والتي تتمثل في عودة الولد المكفول لأبويه، وتخلى الكافل عن الكفالة، ووفاة الكافل، وسنفصل هذه الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة عبر ثلاث فروع.

الفرع الأول: حالة عودة الولد المكفول لأبويه أو أحدهما

نصت المادة 124 من قانون الأسرة على حالة عودة المكفول لأبويه كحالة من حالات انقضاء عقد الكفالة بنصها "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يُخير الولد في الإلتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزاً لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول"، وباستقراء هذه المادة فإنه يمكن لأبوي المكفول استرجاع الولاية عليه، ولكن يجب أن نميز بين حالتين تتعلق بسن المكفول:

أولاً: حالة الولد المكفول البالغ سن التمييز

جعل المشرع الجزائري سن التمييز بـ13 سنة¹، ففي حالة رغبة أبوي المكفول أو أحدهما عودة المكفول إليه يستوجب عليه أن يرفع دعوى إلغاء الكفالة وفقاً للإجراءات العادية أمام قاضي شؤون الأسرة الذي يوجد في دائرة اختصاصه مكان الكافل طبقاً للمادة 496 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإذا كان سن المكفول 13 سنة فما فوق أي بالغ سن التمييز يُخير القاضي بين الإلتحاق بأبويه أو البقاء تحت رعاية الكافل، ويُعتمد برغبة المكفول المميز في هذه الحالة.

ويصدر القاضي في كلتا الحالتين حكم، سواء بإلغاء الكفالة وعودة المكفول إلى رعاية وولاية أبواه، أو أن يرفض الطلب، ويمكن للأطراف استئناف هذا الحكم أمام المجلس القضائي وفقاً للإجراءات العادية.

1 المادة 42 فقرة 02 من الأمر 75-58 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

ثانياً: حالة الولد المكفول الذي لم يبلغ بعد سن التمييز

أي المكفول البالغ من العمر دون 13 سنة، فإنه يرجع الأمر للقاضي لإلغاء الكفالة أو الإبقاء عليها مراعيًا في ذلك مصلحة المكفول، ويتبع في ذلك نفس الإجراءات المتعلقة بالقاصر المميز.

الفرع الثاني: حالة تخلي الكافل عن الكفالة

تناول المشرع الجزائري حالة انتهاء الكفالة بالتخلي عنها ضمن المادة 125 من قانون الأسرة¹، ونظم إجراءاته في المادة 496 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والتخلي عن الكفالة هو تصرف إرادي من جانب الكافل يرمي من خلاله إلى التخلي عن الطفل المكفول لأي سبب من الأسباب كعدم قدرته على رعايته، ويستوجب على الكافل الراغب في التخلي عن الكفالة أن يقدم طلب إلى الجهة التي أقرت الكفالة في شكل عريضة ويتبع في ذلك قواعد الإجراءات العادية، ويفصل القاضي في الطلب في جلسة سرية بعد الاستماع لطلبات ممثل النيابة العامة، وبناءً على المعطيات والوثائق المقدمة له من قبل الكافل تدعيماً لطلبه وإلتماسات ممثل النيابة العامة، ويصدر القاضي حكمه إما بإلغاء الكفالة مع الأمر بوضع المكفول في إحدى مؤسسات الرعاية أو برفض الطلب مراعاة لمصلحة المكفول، ويكون الحكم الصادر في هذا الشأن قابلاً للإستئناف أمام المجلس القضائي وفقاً للإجراءات العادية.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرد للتخلي عن الكفالة إجراءات خاصة وإنما قرر لها نفس الإجراءات المقرر لرفع الدعاوى من حيث الآجال والشروط، والمواعيد وطرق الطعن في الأحكام.

الفرع الثالث: حالة وفاة الكافل

تُعتبر حالة وفاة الكافل من بين الأسباب العامة والخاصة لانقضاء عقد الكفالة، فالوفاة هي من بين أسباب انقضاء الإلتزام وفقاً للقواعد العامة لانتهاء العقود.

1 تنص المادة 124 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المرجع السابق: "التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة..."

ولقد نص المشرع الجزائري على حالة وفاة الكافل ضمن الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة، كونها تستدعي أحكاماً خاصة لأن الأمر يتعلق بولد قاصر، ومنه فب وفاة الكافل تنقضي الكفالة كأصل عام، ولا تنتقل الكفالة إلى ورثته بقوة القانون، وإنما أجاز المشرع الجزائري إنتقال الكفالة لورثة الكافل إذا التزموا القيام بها طبقاً للمادة 125 من قانون الأسرة، تحقيقاً لمصلحة المكفول.

ولقد نظم المشرع الجزائري اجراءات حالة وفاة الكافل ضمن المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، بحيث يستوجب على ورثة الكافل المتوفي القيام بها، والتي تتمثل في وجوب إخبار قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة دون تأخر، ويتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة، وإذا التزم الورثة بالإبقاء عليها، عين القاضي أحد الورثة كافلاً، فتنقل التزامات الكفالة إليه، وفي حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها أي بموجب أمر ولائي غير قابل للطعن، ويأمر بإسناد القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية أي دور حماية الطفولة المسعفة.

1 قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، المرجع السابق.

خلاصة الفصل الثاني:

تعتبر الكفالة من أكثر النظم تعقيداً في التشريع الجزائري، لأنها تتعلق بفئة القصر المحرومين من الدفء العائلي من جهة، ولقلة النصوص المنظمة لها من جهة أخرى.

ولقد حاول المشرع الجزائري اضفاء الحماية القانونية لهذه الشريحة من المجتمع، بإحاطة نظام الكفالة بمجموعة من الإجراءات القانونية التي تضمن صحة تحريرها، وحتى ترتب آثارها في مواجهة كل من الكافل والمكفول وأبويه إن وجدوا أو من يقوم مقامهما، وجعل تحريرها من الاختصاصات الحصرية للمحكمة أو الموثق، وعدد أسباب انقضائها ضمن أحكام قانون الأسرة وحصرها على حالة عودة المكفول البالغ سن التمييز أو دونه إلى أبويه أو أحدهما، وحالة وفاة الكافل أو تخليه عن الكفالة، ونضم إجراءاتها سواء تلك المتعلقة بتحريرها أو انقضائها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن خلال هذا الفصل قمنا بتحليل النصوص القانونية المنظمة لإجراءات الكفالة، واستخلاص الإشكالات القانونية والقضائية العملية المثارة بشأن تطبيق أحكامها، سواء من حيث إجراءات تحريرها والآثار المترتبة عنها، أو من حيث أسباب إنقضائها.

خاتمة

لا شك أن موضوع الكفالة في التشريع الجزائري يكتسي أهمية بالغة باعتباره قضية إنسانية واجتماعية، تستمد أحكامها الأساسية ومبادئها العامة من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي حثت على ضرورة رعاية اليتيم وكفالته، واعتبرتها من الأعمال التي يثاب عليها الكافل، كبديل عن التبني المحرم شرعاً.

وقد حاول المشرع الجزائري من خلال الأحكام القانونية التي تضمنها قانون الأسرة وبعض القوانين التنظيمية، إضفاء حماية تشريعية واجتماعية لهذه الفئة من الأطفال المحرومين من الدفء العائلي بما يخدم مصالحهم الفضلى، وإن كانت تشوبها بعض الثغرات والنقائص التي يجب تداركها في التعديلات اللاحقة، ومن ثم جاءت الحاجة إلى دراسة النظام القانوني للكفالة في التشريع الجزائري وما يثيره من إشكالات قانونية وقضائية.

ومن خلال هذه المذكرة، تم دراسة أحكام الكفالة في قانون الأسرة الجزائري بالتفصيل، بدءاً من التعريف بالكفالة وطبيعتها القانونية وتمييزها عن الأنظمة القانونية المشابهة لها، وانتقالاً إلى بيان شروط وأركان هذا العقد وإشكالاته القانونية، كما تم تسليط الضوء على آثار عقد الكفالة بالنسبة لكل من الكافل والمكفول وأبوي المكفول أو من يقوم مقامهما، وما يرتبه هذا العقد من التزامات وحقوق تجاه كل أطرافه، وخلصنا إلى النتائج التالية:

- اتبع المشرع الجزائري نفس منهج الشريعة الإسلامية في إقراره لنظام الكفالة كبديل عن التبني المحرم شرعاً، مستنداً إلى الأحكام والضوابط الفقهية.
- أن الكفالة هي إلزام شخصي برعاية قاصر والإنفاق عليه وتربية على وجه التبرع، سواء كان المكفول معلوم النسب أو مجهول النسب.
- أن الكفالة تكون بعقد شرعي تتم أمام المحكمة أو الموثق، مع مراعاة توفر كل الشروط القانونية المنصوص عنها في قانون الأسرة سواء بالنسبة للكافل أو المكفول.

- أن الكفالة تخول الكافل الولاية القانونية على المكفول بنوعيتها الولاية على النفس والمال معاً، بإدارة أموال المكفول المكتسبة من الإرث أو الهبة أو التبرع، باسمه ولحسابه.
 - أنه بمجرد انعقاد الكفالة وتسلم المكفول، يترتب آثار بالنسبة للكافل والمكفول وأبويه إن وجدوا أو من يقوم مقامهما، وهذه الآثار هي عبارة عن حقوق والتزامات متبادلة.
 - أن المشرع الجزائري من خلال أحكام قانون الأسرة والقوانين التنظيمية الأخرى، أكد على وجوب احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإمكانية تغيير لقبه إن كان مجهول النسب ليتطابق مع لقب الكافل، وفقاً لإجراءات محددة.
 - أن الكفالة لا تؤدي إلى اثبات نسب المكفول أو احاقه بالكافل، وبالتالي فلا توارث بين الكافل والمكفول ولا تثبت حرمة المصاهرة بينهما.
 - أن الكفالة ليست على وجه التأييد، بل يمكن أن تنقضي لأحد الأسباب العامة أو الخاصة، ووفقاً لإجراءات معينة منصوص عنها في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.
 - أن نظام الكفالة يواجه عقبات قانونية، ناتجة عن النقص في المواد المنظمة لها أو غموض بعض نصوصها.
- لكن ما يمكن استخلاصه من دراستنا وتحليلنا للأحكام القانونية التي تنظم موضوع الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، أنه بالرغم من أن المشرع أورد نصوص تشريعية بغرض حماية المكفول، إلا أن أغلب هذه النصوص يشوبها النقص أو الغموض، ما أدى إلى ظهور عدة إشكالات قانونية وقضائية عملية قبل أو أثناء سريان عقد الكفال، مما يفرض على المشرع الجزائري اليوم إعادة النظر في الأحكام المنظمة للكفالة، بسنه لقوانين دقيقة وواضحة في تعديلاته اللاحقة، ومن بين النقائص التي تعاني منها أحكام الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

- عدم اعتبار الزواج كشرط من شروط الكفالة المنصوص عنها بالمادة 118 من قانون الأسرة، ما أدى بمؤسسات الرعاية الإجتماعية إلى اشتراطها لعقد الزواج كوثيقة أساسية في ملف طلب كفالة قاصر موضوع تحت رعايتها، حتى في غياب النص القانوني.

- وجوب الأخذ بعين الاعتبار موافقة أو رفض زوجة الكافل للكفالة، خاصة وأن دور الرعاية والتربية في السنوات الأولى من حياة الطفل منوطة بالمرأة، وهو الواضح من خلال ترتيب المشرع للجزائري لأصحاب الحق في الحضانة في نص المادة 64 من قانون الأسرة، وجعل الأم في المرتبة الأول قبل الأب.

- عدم تحديد المشرع الجزائري للسن الأدنى والأعلى للكافل عند طلب الكفالة، واكتفائه فقط بشرط العقل والقدرة، بالرغم من أن مؤسسات الرعاية الإجتماعية حددت السن الأعلى للكافل بـ 60 سنة إذا كان رجل و 55 سنة بالنسبة للمرأة عند تقديم طلب كفالة قاصر موضوع تحت رعايتها.

- غياب النصوص القانونية المنظمة لعملية تسليم المكفول وعدم اعتبارها من قبل المشرع الجزائري، بالرغم من هذه المرحلة تعتبر من بين أهم مراحل الكفالة.

- سكوت المشرع الجزائري وعدم سنه لإجراءات الرقابة البعدية لتنفيذ الكفالة، وعدم اسنادها لأية جهة سواء كانت قضائية أو إدارية.

- عدم تنظيم المشرع الجزائري لمسألة أيلولة المكفول بعد فك الرابطة الزوجية، وعدم تقريره لحق الزيارة كما هو الشأن بالنسبة للولد الشرعي، سواء كان من قبل أبويه الشرعيين أو زوج الكافل.

وبناءً على ما تم تحليله واستعراضه بخصوص النقائص والإشكاليات القانونية والقضائية المرتبطة بنظام الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، فإنه من الضروري تقديم بعض التوصيات والمقترحات التي من شأنها المساهمة في تطوير هذا النظام وتعزيز فعاليته، والتي نسردها كآلاتي:

1- اعادة صياغة المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري وذلك بالنص على أن الكفالة تتم بعقد رسمي بدلاً من عقد شرعي ذو المفهوم الواسع.

- 2- تعديل المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري فيما يخص إمكانية إجراء الكفالة أمام الموثق وجعلها حصراً من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة، حتى تتماشى والإجراءات المنصوص عنها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 3- التعرض لشروط الكافل بدقة، لضمان توفير حماية قانونية فعالة للمكفول، والنص على جزاء تخلف إحدى هذه الشروط أثناء سريان عقد الكفالة ضمن قانون الأسرة.
- 4- وضع إجراءات خاصة في حالة التخلي عن الكفالة أو الغائها مختلفة عن تلك القواعد العادية، كون أن قضايا الكفالة لها طابع استعجالي لتعلقها بقاصر.
- 5- إزالة الغموض الذي يشوب جنس الكافل، وذلك بالنص صراحة ضمن بنود قانون الأسرة الجزائري على إمكانية إجراء الكفالة من قبل المرأة.
- 6- سن إجراءات خاصة تنظم مرحلة تسليم المكفول للكافل، وذلك بوجوب حضور كلا من الشاهدين، والكافل والمكفول وأبويه إن كان معلوم النسب، أو ممثل المؤسسة الاجتماعية للرعاية وممثل النيابة العامة، وتحرير محضر تسليم المكفول.
- 7- تحديد الآثار المترتبة على مطابقة لقب المكفول بلقب الكافل، بالنسبة للمكفول عند انقضاء الكفالة أو التخلي عنها من جهة، وعلى أبناء المكفول من جهة أخرى.
- 8- النص صراحة على مصير المكفول بعد فك الرابطة الزوجية بين الكافل وزوجه، مع تقرير حق الزيارة للطرف الآخر وكذا أبوي المكفول معلوم النسب.
- 9- كما يجب النص على عقوبات جزائية ضد الكافل ضمن قانون العقوبات في حالة إهماله للمكفول أو تعريضه للخطر.

الملاحق

الملحق رقم 01

- إجراءات و كفايات الوضع القانوني

- كفالة -

"هي إلزام شرعي على وجه التبرع و هذا عن طريق التكفل، رعاية، تربية و حماية الطفل القاصر بنفس الطريقة التي يتخذها الأب مع طفله" و" يمكن أن يكون الطفل المتكفل به معروف أو مجهول النسب المادة 116 119 من قانون الأسرة فصل 7

النصوص المنظمة لهذا الترتيب :

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

الوضعية القانونية للطفل المكفول :

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

الشروط التي يجب توفرها لدى الكفيل:

- يشترط أن يكون الكفيل :
- مسلماً .
- عاقلاً، قادراً على القيام بشؤون المكفول و رعايته .
- الحد الأعلى للسّن هو 60 سنة بالنسبة للرجل و 55 سنة للمرأة و هذا يبقى تحت إعتبار اللجنة المكلفة بدراسة ملفات طلبات الكفالة .
- دخل الطالبين للكفالة يتعدى الحد الأدنى للأجر بعد طرح كل الأعباء الشهرية.
- يجب توفر سكن لائق و صحي لطالبي الكفالة.

تشكيل ملف الكفالة :

1- الطالبون القاطنون بالوطن :

- يرسل أو يداع الملف في نسختين بديرية النشاط الإجتماعي للولاية و يتكون من:
- طلب خطي تحفيزي.
- استمارة التحقيق النفسي الإجتماعي منجزة من طرف المساعدة الإجتماعية مملوءة بصفة مدققة، متضمنة رأي صريح و إمضاء مدير النشاط الإجتماعي.
- شهادة الميلاد لكلا الزوجين.
- بطاقة عائلية للحالة المدنية أو شهادة شخصية للحالة المدنية للعازبات .
- كشف السوابق العدلية لكلا الزوجين.
- شهادة عمل لكلا الزوجين.
- كشف الرواتب للأشهر الثلاثة الأخيرة لكلا الزوجين.
- شهادتان طبيتان للزوجين تثبت الحالة الصحية حاملة لإمضاء و ختم للطبيب المعالج لكلا الزوجين.
- شهادة تبرر عقد الإقامة (شهادة الملكية، عقد الإيجار أو وصل الكراء).
- صور شمسية جديدة.

2- بالنسبة للجالية الجزائرية بالمهجر :

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

- تحقيق إجتماعي مملوء و موقع قانوني من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية .
- نسخة طبق الأصل من بطاقات و وثائق التعريف أي البطاقة القنصلية

لا يتم إبداء الرأي النهائي لوضع طفل في إطار نظام الكفالة إلا بعد استضاء الام البيولوجية لمحضر التخلي وهذا بعد مرور الثلاثة أشهر القانونية وكذا بعد اجراء المقابلة النفسية للمختصة النفسية أو الفرقة النفس إجتماعية لمكان الوضع مع العائلة الطالبة للكفالة.

2- تشكيلة الملف للحصول على عقد الكفالة :

يقدم الملف لدى المحكمة و يتكون من :

- 1- طلب خطي موجه إلى السيد رئيس المحكمة.
- 2- شهادة الميلاد لكلا الزوجين.
- 3- سجل السوابق العدلية لكلا الزوجين.
- 4- شهادة الجنسية للكفيل.
- 5- عقد الزواج
- 6- شهادة صل لكلا الزوجين.
- 7- كشف الرواتب الثلاثة الأشهر الأخيرة لكلا الزوجين.
- 8- شهادة الميلاد الطفل.
- 9- شهادة وضع في إطار الكفالة موقعة من طرف مديرية النشاط الإجتماعي.

تغيير اللقب و/أو مطابقة اللقب :

ترسل طلبات تغيير اللقب إلى وزارة العدل، مديرية شؤون الحالة المدنية بساحة بئر حاكم الأبيار الجزائر .
يمكن للشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يغير اللقب و/أو يطابق لقب الطفل المكفول بلقبه إذ أنه يتقدم بطلب تغيير اللقب بـ لقب هذا الولد و لفائدته و ذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بـ لقب الوصي عندما تكون أم الولد القاصر معلومة و على قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب كما هو منصوص عليه في أحكام المرسوم التنفيذي 92-24 الموافق لـ 13 جانفي 1992 المتمم للمرسوم 71-51 الموافق لـ 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير اللقب و/أو مطابقة اللقب .

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

تشكيلة الملف قصد تغيير اللقب و مطابقة اللقب:

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

ملاحظة :

ترسل نسخة من الحكم الخاص بتغيير اللقب و/أو مطابقة اللقب خلال شهر إلى ضابط الحالة المدنية الذي يسجل على هامش شهادة ميلاد الطفل المكفول تغيير اللقب .

الملحق رقم 02

.....: السيد:	الوادي في :.....
.....: السيدة:	إلى السيد: مدير النشاط الاجتماعي بولاية الوادي
.....: العنوان:	ع/ط مدير مؤسسة الطفولة المسعفة بالوادي
.....: الهاتف:	

الموضوع: ب/خ طلب تكفل بطفل مجهول النسب

بشرفنا سيدي المحترم بان نتقدم إليكم بطلبنا هذا المتمثل في التكفل بطفل (مجهول الأبوين) أي مجهول النسب وذلك رغبة منا في إتخاذ هذا الطفل كابنا لنا مع توفير له كافة الاحتياجات والمتطلبات التي يوفرها له الأب الأصلي من مأكّل و ملبس و تربية و مأوى الخ , كما نعلمكم سيدي المحترم أننا زوجين لم نرزق بأطفال ونود تكفل بطفل من جنس " أنثى " .

نرجو في الأخير أن يقبل طلبنا والرد عليه في أقرب الآجال الممكنة

تقبلوا سيدي فائق الاحترام و التقدير

إمضاء المعني

الملحق رقم 03

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التشغيل و التضامن الوطني

ولاية
مديرية النشاط الاجتماعي
رقم :/2005

في.....

إلى
السيد رئيس محكمة.....

2 /

الموضوع : طلب الحصول على عقد الكفالة.

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

- السكّنين (ة) ب.....

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

لذي وضع (ت) تحت كفالتهما (ها) بتاريخ

تقبلوا السيد رئيس المحكمة أسبغى عبارات التقدير و الإحترام.

الملحق رقم 04

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التشغيل و التضامن الوطني

ولاية
مديرية النشاط الاجتماعي
رقم من 2005

مقرر الوضع .

إن مدير النشاط الاجتماعي لولاية.....

- بمقتضى الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم من القتون رقم 84 / 11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 107/03 المؤرخ في 05 / 03 / 2003 المحدد لترتيبات وزارة التشغيل والتضامن الوطني .
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 471/96 المؤرخ في 18/12/1996 الذي يحدد القواعد الخاصة بتنظيم مصالح مديرية النشاط الاجتماعي في الولاية.
- بمقتضى المقرر رقم / المؤرخ في / / المتضمن لتفويض بالإمضاء للسيد.....مدير النشاط الاجتماعي ببلدية عن الوالي.

يقرر ما يأتي :

المادة الأولى : الطفل (ة) المسمى (ة) : المولود (ة) بتاريخ

المادة الثانية : يتكفل بالطفل (ة) المذكور (ة) أعلاه :

السيد :

السيدة :

لقاطنين بـ.....

المادة الثالثة : يكلف مدير النشاط الاجتماعي لولاية..... بتنفيذ هذا المقرر

حرر بـ في.....

الملحق رقم 05

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التشغيل و التضامن الوطني

ولاية
مديرية النشاط الاجتماعي
رقم م ن / 2005

مقرر التسجيل

إلى مدير النشاط الاجتماعي لولاية.....

- بمقتضى الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم من قانون رقم 84 / 11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 107/03 المؤرخ في 05 / 03 / 2003 المحدد لترتيبات وزارة التشغيل و التضامن الوطني .
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 471/96 المؤرخ في 18/12/1996 الذي يحدد النواع الخاصة بتنظيم مصالح مديرية النشاط الاجتماعي في الولاية.
- بمقتضى المقرر رقم / / المؤرخ في / / المتضمن التفويض بالإمضاء للسيد..... مدير النشاط الاجتماعي بالنيابة عن الوالي.
- نظرا للمحضر المؤرخ في : / / المتعلق بانضمام الطفل (ة) المدعو..... الذي (التي) يعد من بين أيتام الدولة، المسجلين بقائمة مكتب الأطفال المتخلي عنهم بالمستشفى نظرا لشهادة الحالة المدنية التي تثبت أن الطفل (ة) ولد (ت) ب بتاريخ.....

ابن (ة) / و /

يقرر ما يأتي

المادة الأولى : ينضد الطفل (ة) المسمى (ة) :..... إلى أيتام الدولة بحسبة موقفة في فئة: المتخلي عنهم ☐ ، المعثور عنهم ☐.

المادة الثانية : يصح انضمام (ها) نهائيا في إطار الوضع القانوني / الكفالة من :.....

المادة الثالثة : يكلف السيد مدير النشاط الاجتماعي لولاية..... بتنفيذ هذا المقرر.

حرر ب في.....

الملحق رقم 06

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة السبيل و الناصر الوطني

ولاية
مديرية النشاط الاجتماعي
رقم :/...../م ن / 2005

ترخيص

نحن السيد مدير النشاط الاجتماعي، الوصي المفوض للأطفال
المحرومين من العائلة لولاية.....

يرخص السيد :

و السيدة :

القاضين ب :

لأخذ معهم إلى الخارج الطفل (ة) المحروم من العائلة (ة) :

المونود (ة) في : ب :

حرر هذا الترخيص للمعنى بالأمر للعمل به في حدود ما يسمح به القانون.

السيد مدير النشاط الاجتماعي
لولاية.....

الملحق رقم 07

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
سلكة لطلبة الدراسات العليا
الجزيرة

محضر التّخني

الرقم

سنة الألفين وفي من شهر
ب الساعة الدقيقة من طرف
أمام نحن المكلف بمكتب التّخني عيهم المفتوح ب
تقدم أمامنا السيد (ة)
الإسم
اللقب
المولود في ب
ولاية
الجنسية
رقم بطاقة الهوية
المستوى التّعليمي :
- ابتدائي
- ثانوي
- جامعي
- بدون مستوى تعليمي

الملحق رقم 08

..... 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،

بتشرف 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 شرقي (نسخة من التصريح الشرقي، 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 موكل بالتكفل 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 الشرقي.
- نسخة لبطاقات التعريف الوطنية لكل من الكافل وزوجته وأبوي الطفل المكفول.

مع كافة التحفظات
عن المدعي وكيله

الملحق رقم 09

العمودية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التشغيل و القضاة الوطني

 \mathbb{K}_2^{tr}

معار الأبطال المصنفين و

2004/.....

- along the distance -

أنا الممضي (٥) أسفله ، السيد (٥) مدير (٥) دار الأطفال
المسعف بين _____

أصريح بأن الطفل(ة) المحروم (ة) من العائلة:

المولود (ة) :

يقوم بدار الحنفولة المسعفة وذلك ابتداءً من تاريخ ولادته إلى يومنا هذا.

سألت هذه الشهادة لإستخراج جواز السفر .

حرز ہے۔

.....

مدير (أ) المركز

الملحق رقم 10

الشعبية الديمقراطية الجزائرية الجمهورية

وزارة العدل
مجلس قضاء الجزائر
محكمة سيدي محمد
مكتب الرئيس
رقم

عقد الكفالة

بتاريخ..... من شهر..... سنة.....
نحن السيد..... رئيس محكمة سيدي محمد بالنيابة بمساعدة السيد.....
كاتب الضبط بالمحكمة.

بعد الاطلاع على الطلب المقدم من طرف السيد..... المولود..... ب.....
والسيدة..... المولودة..... ب..... الساكنان ب.....
والذين يلتزمان من خلاله منحهما كفالة الطفلة القاصرة.....

بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة بالطلب.
وبالأخص الشهادة الصادرة عن مديرية النشاط الاجتماعي لولاية الجزائر رقم..... مؤرخة في.....
والتي يتيقن من خلالها أن الطفل القاصر المذكور أعلاه وضع تحت كفالة الطالبان منذ.....
تاريخ.....

بعد الإطلاع على المواد 116-117-118-119 وما يليها من قانون الأسرة.
نعين السيد..... مولود بتاريخ..... بال..... ولاية..... وابن..... و.....
والسيدة..... المولودة بتاريخه..... بال..... ولاية..... ابنة..... و.....

وقد التزم الكفيلان بتربية المكفول تربية اسمية، ويرعاياه صحيا ويقومان بتعليمه ويتصرفان معه تصرف الوالدين
الحريصين، وتكون مسؤوليتهما عن تصرفاته، ويتوليان حمايته، ويقبضان المنح والعلاوات المستحقة قانونا، ويرخص لهما
بإحضار جميع الوثائق والخروج معهما للخارج.

وللمكفول حرية التصرف في الأمور بعد بلوغه سن الرشد القانوني.

بعد تلاوة مضمون الكفالة على الكفيلان أمضيتها نحن وكاتب الضبط بالتاريخ المذكور أعلاه.

كاتب الضبط

الرئيس

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- أ- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
- ب- الكتب الفقهية
 - 1- أبو عبد الرحمان محمد ناصر الدين الألباني، رواه سهل بن سعد الساعدي، صحيح الأدب المفرد للإمام البخاري، باب فضل من يعول يتيماً بين أبويه، مكتبة الدليل، المملكة العربية السعودية، ط4، 04، 1997.
 - 2- السيد سابق، فقه السنة، م3، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، د ط، 1995.
 - 3- دبيان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، د د ن، ط2، 1432هـ.
 - 4- علي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب فهمي الحسيني، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج4، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط1، 01، 1991.
 - 5- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والأسرة المسلمة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د ط، 1993.
 - 6- عبد الله بن محمد الطيار- عبد الله بن محمد المطلق، الفقه الميسر، ج5، مدار الوطن للنشر، د ب ن، ط2، 02، 2012.
 - 7- فضل بن عبد الله مراد، المقدمة في فقه العصر، ج2، الجيل الجديد ناشرون، صنعاء، اليمن، ط2، 02، 2016.
 - 8- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه مذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط4، 04، 1983.
- د- كتب اللغة
 - 1- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب المحيط، ج13، دار صادر، بيروت، لبنان، د ط، 2003.

- 2- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج15، دار صادر، بيروت، لبنان، د ط، 1956.
- 3- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، م01، عالم الكتب، د ب ن، ط01، 2008.

ثانيا: المراجع

أ- الكتب

- 1- أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية: آثار التفريق بين الزوجين، ج02، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2006.
- 2- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات، ومدعما بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2012.
- 3- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط01، 2005.
- 4- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأ المعارف، الإسكندرية، د ط، 1974.
- 5- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط01، 2009.
- 6- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، الجزائر، ط03، 2004.
- 7- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 1998.
- 8- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري: دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، ط01، 2010.
- 9- كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط01، 1997.

- 10- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط02، 2015.
- 11- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط03، 2006.
- ب- الرسائل والمذكرات الجامعية
 - 1- بوعبد الله بن عطية، أحكام اللقيط بين المذاهب الفقهية الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2001-2002.
 - 2 عقيلة بوعشة، الكفالة في قانون الأسرة والشرعية الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، الدفعة12، 2001-2004.
 - 3- جازية عميروش، بلعمري نبيلة، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم السياسية بودواو، قسم القانون الخاص، الجزائر، السنة الجامعية 2022-2023.
 - 4- مريم معاتقي، شلبي خديجة، كفالة الاطفال في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة آكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.
 - 5- ليلي جمعي، حماية الطفل (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشرعية الإسلامية)، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2005-2006.
- ج- المقالات العلمية
 - 1- آمال علال، اللقيط وعلاقته بالنسب، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع05، ديسمبر 2015.
 - 2- منير شمام، الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة والقضاء الجزائري، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، م09، ع01، 2008.

د- المحاضرات

- 1- الصادق ضريفي، محاضرات في الولاية والوصاية، مطبوعة مقدمة لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة، السداسي الأول، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية 2020-2021.
- 2- عدة عليان، محاضرات في مقياس القانون المدني -مصادر الإلتزام الإرادية- نظرية العقد والإرادة المنفردة، جامعة غليزان، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، الجزائر، أُلقيت خلال السنوات الجامعية 2018 إلى 2023.

و- المجالات القضائية

- 1- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم 71801 المؤرخ في 1991/05/21، المجلة القضائية الأولى لسنة 1996.
- 2- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم 369032 المؤرخ في 2006/12/13، مجلة المحكمة العليا، ع 02 لسنة 2006.
- 3- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم 724804 المؤرخ في 2012/01/19، مجلة المحكمة العليا ع 01 لسنة 2012.
- 4- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم 613481 المؤرخ في 2011/03/10، المجلة القضائية، ع 01 لسنة 2012.

ه- النصوص القانونية

- 1- المرسوم الرئاسي 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر عدد 82 الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.
- 2- الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، ج.ر عدد 21 الصادر بتاريخ 27 فبراير 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم.

- 4- الأمر 75-58 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، ج.ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر عدد 31 الصادر بتاريخ 13 مايو 2007، المتضمن القانون المدني.
- 5- القانون 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014، ج.ر عدد 07 الصادر بتاريخ 16 فبراير 2014، يعدل ويتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، ج.ر عدد 07 الصادر بتاريخ 16 فبراير 2014، المتضمن قانون العقوبات.
- 6- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج.ر عدد 21 الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.
- 7- القانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر عدد 14 الصادر بتاريخ 8 مارس 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق.
- 8- القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، ج.ر عدد 24 الصادر بتاريخ 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة.
- 9- المرسوم التنفيذي 20-223 المؤرخ في 08 غشت 2020، ج.ر عدد 47 الصادر بتاريخ 11 غشت 2020، يعدل ويتمم المرسوم رقم 71-157، ج.ر عدد 47 الصادر بتاريخ 11 يونيو 1971، المتعلق بتغيير اللقب.
- 10- المرسوم التنفيذي 12-04 المؤرخ في 4 يناير 2012، ج.ر عدد 05 الصادر بتاريخ 29 يناير 2012، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة.
- 11- المرسوم التنفيذي 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1993، ج.ر عدد 05 الصادر بتاريخ 22 يناير 1992، يتم المرسوم 71-157، ج.ر عدد 47 الصادر بتاريخ 11 يونيو 1971، المتعلق بتغيير اللقب.
- 11- المرسوم 71-157، ج.ر عدد 47 الصادر بتاريخ 11 يونيو 1971، المتعلق بتغيير اللقب.

ي- مواقع الأنترنت

1- وزارة العدل، الأسئلة المتداولة، تاريخ الاطلاع: 2024/05/22، الساعة 21:30،

الرابط: <https://www.mjustice.dz/ar/الكفالة/>

الفهرس

الصفحة	الفهرس
أ	مقدمة :
06	الفصل الأول : الطبيعة القانونية للكفالة في التشريع الجزائري.....
07	المبحث الأول : مفهوم الكفالة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها.....
07	المطلب الأول : مفهوم الكفالة.....
07	الفرع الأول : تعريف الكفالة.....
07	أولاً : التعريف اللغوي للكفالة.....
08	ثانياً : التعريف الإصطلاحي للكفالة.....
11	الفرع الثاني : خصائص الكفالة.....
11	أولاً : الكفالة عقد تبرعي.....
11	ثانياً : الكفالة تنصب على قاصر.....
12	ثالثاً : الكفالة عقد مؤقت.....
12	رابعاً : الكفالة عقد شرعي وقانوني.....
13	خامساً : الكفالة تمنح الكافل الولاية القانونية على المكفول.....
13	المطلب الثاني : تمييز الكفالة عن الأنظمة القانونية المشابهة لها.....
13	الفرع الأول : تمييز الكفالة عن أنظمة الرعاية البديلة.....
14	أولاً : تمييز الكفالة عن الحضانة.....
16	ثانياً : تمييز الكفالة عن التبني.....
18	الفرع الثاني : تمييز الكفالة عن نظم النيابة الشرعية.....
18	أولاً : مفهوم الولاية.....
19	ثانياً : مقارنة الكفالة بالولاية.....
22	المبحث الثاني : أركان وشروط الكفالة وإشكالاتها القانونية.....
22	المطلب الأول : أركان عقد الكفالة.....
22	الفرع الأول : ركن الرضا.....
23	أولاً : فيما يخص أهلية الكافل.....
24	ثانياً : فيما يخص أهلية الوالدين أو مؤسسة رعاية الطفولة.....

24	الفرع الثاني	: ركن المحل.....
25	الفرع الثالث	: ركن السبب.....
26	المطلب الثاني	: شروط الكفالة والإشكالات المطروحة عنها.....
27	الفرع الأول	: الشروط المتعلقة بالكافل.....
27	أولاً	: شرط الإسلام.....
28	ثانياً	: شرط الأهلية.....
30	ثالثاً	: قدرة الكافل.....
31	الفرع الثاني	: الشروط المتعلقة بالمكفول.....
31	أولاً	: شرط السن.....
32	ثانياً	: نسب المكفول.....
35	خلاصة الفصل الأول.....	
37	الفصل الثاني	: أحكام الكفالة والإشكالات المطروحة عنها.....
38	المبحث الأول	: الإجراءات القانونية لتحرير الكفالة وآثارها.....
38	المطلب الأول	: إجراءات تحرير الكفالة.....
38	الفرع الأول	: إجراءات المرحلة التمهيدية.....
38	أولاً	: حالة القاصر معلوم النسب.....
39	ثانياً	: حالة القاصر مجهول النسب.....
41	الفرع الثاني	: الجهات المختصة بتحرير الكفالة.....
41	أولاً	: الجهة القضائية.....
43	ثانياً	: تحرير الكفالة من قبل الموثق.....
44	المطلب الثاني	: آثار عقد الكفالة.....
45	الفرع الأول	: آثار الكفالة بالنسبة للكافل والمكفول.....
45	أولاً	: آثار الكفالة بالنسبة للكافل.....
48	ثانياً	: آثار الكفالة بالنسبة للمكفول.....
50	الفرع الثاني	: آثار الكفالة بالنسبة لأبوي المكفول أو من يقوم مقامهما.....
50	أولاً	: الإلتزام بتسليم المكفول.....

51	ثانياً : سقوط الولاية على المكفول.....
53	المبحث الثاني : انقضاء الكفالة.....
53	المطلب الأول : الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة.....
53	الفرع الأول : حالة الوفاة كسبب لانقضاء الكفالة.....
54	أولاً : حالة وفاة الكافل.....
55	ثانياً : حالة وفاة المكفول.....
56	الفرع الثاني : حالة تخلف أحد شروط الكفالة.....
56	الفرع الثالث : حالة بلوغ المكفول سن الرشد القانوني.....
57	المطلب الثاني : الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة.....
57	الفرع الأول : حالة عودة الولد المكفول لأبويه أو أحدهما.....
57	أولاً : حالة الولد المكفول البالغ سن التمييز.....
58	ثانياً : حالة الولد المكفول الذي لم يبلغ بعد سن التمييز.....
58	الفرع الثاني : حالة تخلي الكافل عن الكفالة.....
58	الفرع الثالث : حالة وفاة الكافل.....
60	خلاصة الفصل الثاني.....
62	خاتمة :
67	الملاحق :
81	قائمة المصادر والمراجع.....

تعد الكفالة نظاماً بديلاً عن التبني المحرم شرعاً وقانوناً، وآلية لحماية القصر المتخلى عنهم سواء كانوا معلومي أو مجهولي النسب، وتهدف الكفالة إلى رعاية القاصر والقيام على شؤونه من نفقة وتربية قيام الأب بإبنيه الشرعي، وهي بهذا المعنى إلزام شرعي وقانوني على وجه التبرع، وهو ما أكدته المادة 116 من قانون الاسرة الجزائري، واشترط المشرع الجزائري لصحة تحريرها، شروط عامة وأخرى خاصة حتى ترتب آثارها في مواجهة كل من الكافل والمكفول وأبويه إن وجدوا أو من يقوم مقامهما، وجعل تحريرها من الاختصاصات الحصرية للمحكمة أو الموثق.

وبالرغم من هذا التنظيم القانوني للكفالة من حيث الشروط والإجراءات إلا أن أغلب هذه النصوص يشوبها النقص أو الغموض، ما أدى إلى ظهور عدة فراغات وإشكالات قانونية وقضائية عملية أثناء تطبيق أحكامها، ومنه جاءت الحاجة إلى دراسة نظام الكفالة لتحديد الثغرات العالقة بهذا النظام من خلال دراسة النصوص وتطبيقاتها القضائية، وتمحيص الانتقادات التي تثار في هذا الشأن، والسعي لإعطاء توصيات قد تساعد في إيجاد حلول للإشكالات التي تعيق عمل القضاء بخصوص نظام الكفالة.

Abstract:

Kafala (guardianship) is an alternative system to the legally and religiously prohibited adoption. It is a mechanism to protect abandoned minors, whether of known or unknown lineage. The purpose of kafala is to care for the minor and take care of their affairs, such as providing for their maintenance and upbringing, in the same way a father cares for his legitimate child. In this sense, it is a religious and legal obligation undertaken voluntarily. This is affirmed by Article 116 of the Algerian Family Law.

The Algerian legislator has stipulated general and specific conditions for the validity of establishing kafala, so that its effects can be enforced against the kafil (guardian) and the makfoul (ward), as well as their parents if they exist or those who represent them. The legislator has also made the establishment of kafala the exclusive jurisdiction of the court or the notary public.

Despite this legal regulation of kafala in terms of conditions and procedures, most of these texts suffer from deficiencies or ambiguities, leading to the emergence of several legal and judicial gaps and issues in the application of its provisions. This has created the need to study the kafala system in order to identify

the persistent gaps in this system by examining the texts and their judicial applications, scrutinizing the criticisms raised in this regard, and seeking to provide recommendations that may help find solutions to the issues that hinder the work of the judiciary regarding the kafala system.