جامـعة عبد الرحمـــان ميـرة – بجـــاية

كليــة الحقــوق و العلـــوم السياســـية

قسـم القـــانون الخاص

الكفالة ـ دراسة مقارنة ـ

(التشريع الجزائري مع بعض التشريعات العربية)

مذكرة لنيـــل شهـــادة الماستر في الحقـــوق.

مقياس قانون الأسرة.

تخصص القانون الخاص الشامل.

من إعـداد الطالبتين:

- أنارس لينة.
- علام كريمة.

تحت إشراف الأستاذ:

- تريكي فريد.

لجـنـة المنـــاقشة :

- الأستاذة: سقلاب فريدة.....رئيسة.
- الأستاذ: تريكي فريد.....مشرفا و مقررا.
- الأستاذة: دفوس هند.....ممتحنة.

تاريخ المناقشة: 16 جوان 2013.

إهداء

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله

نهدي هذا العمل إلى كلّ من ساهم من قريب أو من بعيد في مساعدتنا ماديا ومعنويا ولو بكلمة طيبة على رفع همّتنا مما ساعدنا على الوصول إلى هذه المرحلة.

وكما نهديه إلى الأستاذ المشرف تريكي فريد وأعضاء لجنة المناقشة.

–الطالبة لينا أنارس: يسرّني أن أتقدّم بإهداء هذا العمل المتواضع إلى أمي الغالية مربوحة، أبي مصطفى حفظهما الله، إخوتي ريان، أمير، رحيم وسليم.

إلى أختاي نسيمة، نورة وزوجها عبد الهادي وابنتهما ميلية.

إلى جدتاي فاطمة وزينب، خالتي شفيعة.

إلى خالاتي نورة، حياة وأزواجهما وأولادهما، خالتي فاتحة وأولادها.

إلى أخوالي عمر، مراد وزوجته وأولاده.

إلى أعمامي مولود ومقران وزوجتيهما وأولادهم.

ألى أخواتي في المصلى والمسجد، صديقاتي وإلى كريمة نوميديا، روزا، سميرة، نجاة وسارة.

إلى زوجي رضا وعائلته، الوالدين عبد الحفيظ ونادية، مريم، نسيم وفاتح.

إلى كل العائلة، الأقارب، الجيران، كل أساتذتي، وجميع المسلمين والمسلمات في كل مكان.

–الطالبة علام كريمة: يسعدني أن أقدم هذا العمل إلى أمي العزيزة زينب وأبي طاهر حفظهما الله لي وباركهما، وإلى أختي نصيرة وزوجها مراد وجميع أولادهما حليم، صبرينة، صفاكس، أنيس، لونيس، سدّة، إلى باهية وزوجها فريد وابنتيهما رميسا وماريا.

إلى إخوتي حكيم، سمير وإلياس.

إلى أخي عمر وزوجته وهيبة وأبنائهما يوغرطا، ميليسا وإسلام.

إلى أخي لوناس وزوجته شبحة وابنيهما لينا وريان.

إلى جميع عائلتي، أقاربي وأساتذتي في كل المراحل الدراسية.

إلى صديقاتي لينا، ليندة، حورية، زوينة، سيلية، تسعديت، فريال، فهيمة وفروجة.

وفي الأخير نسأل الله أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم، وأن يجعله في ميزان حسناتنا وأن يكون حجة لنا لا علينا.

صفحة المختصرات

ج = جزء.

ج ر= جريدة رسمية.

د ب ن= دون بلد النشر.

د س ن= دون سنة النشر.

د د ن= دون دار النشر.

د س م= دون سنة المناقشة.

ص = صفحة.

ط = طبعة.

مقدمة:

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية التي يقوم عليها المجتمع فلا يصلح إلا بصلاحها، ذلك لأنها المدرسة الأولى للطفل حيث تغرس فيه الأخلاق والقيم الحميدة إذا كانت صالحة، وتفسده وأخلاقه إذا كانت فاسدة، خاصة وأن الإنسان في مرحلة الطفولة يقضي معظم وقته داخل أسرته. ثم تبدأ المرحلة الدراسية للطفل واندماجه في المحيط الخارجي فيتأثر بهذه العوامل وتتشكل بالتالي شخصيته الخاصة به. ثم إن الطفل لا ينشأ دائما في جو أسري فقد يحدث أن يفقد أسرته كوفاة والديه معا خاصة مع تزايد الكوارث الطبيعية كالفيضانات، الزلازل والحروب، فهي عوامل تُخلف ورائها كثير من الأطفال اليتامى، كما قد نجد أطفالا مجهولي الأبوين معا أو الأب فقط، وغالبا ما يعود سبب هذه الظاهرة إلى الفساد، الانحلال الأخلاقي، عدم انتشار الوعي بين الناس وكثرة المخدرات، مما يدفعهم إلى ارتكاب الفواحش والجرائم خاصة الاغتصاب الذي ازداد مؤخرا في مجتمعاتنا العربية والإسلامية، وبهذا يجد المجتمع نفسه أمام فئة من الأطفال لا يمكن إنكارها إذ تعتبر مورد بشري مهم في أي مجتمع، فإذا كانوا اليوم أطفال فهم رجال ونساء الغد بل هم المستقبل بأكمله فيجب الاهتمام بهم من حيث تعليمهم، تربيتهم، توجيههم... لهذا تسعى الدول لإيجاد حل للتنشئة الصالحة لليتامى في بيئة ملائمة من أجل ضمان صلاح المجتمع في المستقبل.

وعلى هذا الأساس اتفقت معظم دول العالم على أن تكون هناك اتفاقية دولية خاصة بحقوق الطفل أوجدتها سنة 1989، وقد صادقت عليها كثير من الدول من بينها الجزائر التي صادقت عليها بتحفظ وذلك في1993/04/16.

بالإضافة إلى هذا نجد أن الشريعة الإسلامية هي أول من اهتمت بالأسرة والطفل خاصةً، بحيث اعتبرتهم زينة الحياة الدنيا ورغبت في حمايتهم، إلا أن المجتمع الحالي قد يصطدم بما هو محرم شرعا أثناء محاولته حماية الأطفال ألا وهو التبني، خاصة وأننا في مجتمع لا يميز ولا يفهم فيه الفرد العادي

معنى كلمة التبني وما هو مشابه لها من الأنظمة كالكفالة، حيث أن التبني يعتبر حراما شرعا وقانونا لما يتضمنه من سلبيات كانتساب طفل لغير أبيه، حرمان الورثة، اختلاط الأنساب، واستحلال الحرام... إلا أن الشريعة الإسلامية لم تترك الوضع على حاله وإنما أوْجدت بديلا آخر يتمثل في الكفالة بهدف رعاية اليتامى في جو أسري يغلب عليه الأمان والحنان وتعويضا عن مشاعر الأمومة التي حرمت منها كثير من الأسر إذ لم يقدر لها إنجاب الأطفال.

وتعتبر الكفالة طريقا للقيام بالأطفال والاستقبال الشرعي لهم، فلقد حث رسول الله عليه الصلاة والسلام على كفالة الأطفال خاصة اليتامى، فقال:<أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين، وأشار بإصبعه يعني السبابة والوسطى >.(رواه البخاري عن سهل بن سعد).

وتجدر الإشارة إلى أن كل الدول الإسلامية أخذت بنظام الكفالة ومن بينها الجزائر التي نصت عليه في قانون الأسرة، وذلك في المواد 116 إلى 125 من الفصل السابع تحت عنوان الكفالة، المدرجة تحت الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية.

وكمحاولة لدراسة هذا الموضوع اتبعنا المنهج الوصفي والتحليلي المقارن، ولهذا نتساءل عن ماهية نظام الكفالة؟ وكيف تناوله المشرع الجزائري مقارنة بالتشريعات الأخرى؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا إلى تقسيم هذا البحث إلى فصلين:

نتناول في الفصل الأول مفهوم الكفالة، شروطها وإجراءاتها.

والفصل الثاني يكون حول آثار عقد الكفالة وانقضائها.

خطة البحث:

الفصل الأول: مفهوم الكفالة، شروطها وإجراءاتها.

* المبحث الأول: مفهوم الكفالة وأركانها.

• المطلب الأول: مفهوم الكفالة.

– الفرع الأول:تعريف الكفالة.

– الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة.

– الفرع الثالث: خصائص الكفالة.

– الفرع الرابع: تمييز الكفالة عن نظام التبني.

• المطلب الثاني: أركان الكفالة.

– الفرع الأول: التراضي.

– الفرع الثاني: المحل و السبب.

– الفرع الثالث: مكانة الشكل في العقد.

* المبحث الثاني: شروط الكفالة وإجراءاتها.

• المطلب الأول: شروط الكفالة.

– الفرع الأول: الشروط الواجبة في الكافل.

– الفرع الثاني: الشروط الواجبة في المكفول.

– الفرع الثالث: الشروط الواجبة في عقد الكفالة.

• المطلب الثاني: إجراءات الكفالة.

– الفرع الأول: المرحلة الأولى للإجراءات.

– الفرع الثاني: المرحلة الثانية للإجراءات.

الفصل الثاني: آثار عقد الكفالة و انقضاؤها.

* المبحث الأول: آثار عقد الكفالة.

• المطلب الأول: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل.

– الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول.

– الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول.

• المطلب الثاني: آثار الكفالة بالنسبة للمكفول.

– الفرع الأول: احتفاظ المكفول بنسبه.

– الفرع الثاني: الوصية أو الهبة للمكفول.

* المبحث الثاني: انقضاء عقد الكفالة.

• المطلب الأول: النهاية الطبيعية للكفالة.

– الفرع الأول: طلب والدي المكفول.

– الفرع الثاني: وفاة الكافل أو المكفول.

• المطلب الثاني: النهاية القانونية للكفالة.

– الفرع الأول: فقدان الأهلية والرّدّة عن الإسلام.

– الفرع الثّاني: عدم القدرة على الكفالة والتّخلّي عنها.

خاتمة.

الفصل الأول: مفهوم الكفالة، شروطها وإجراءاتها:

تتضمن الكفالة كمصطلح عدة معاني، فمنها ما يتعلق بضمان الدين، وهذا ما نجده في القانون المدني، و منها أيضا ما يتعلق بالولاية على النفس أو المال أو النفس والمال معا، وهذا ما نجده في قانون الأسرة، وهو ما تتمحور عليه دراستنا، حيث أن الشريعة الإسلامية جاءت بنظام الكفالة كبديل لنظام التبني الذي كان معمولا به قبل مجيء الإسلام.

لقد تبنت هذا النظام مختلف البلدان الإسلامية ونصت عليه في قوانينها الداخلية، ومن أجل إزالة الغموض على نظام الكفالة، وجبت دراسته في هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى مبحثين:

نتطرق في المبحث الأول إلى توضيح مفهوم الكفالة وأركانها، وفي المبحث الثاني نبين شروط الكفالة وإجراءاتها.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة و أركانها:

تناول المشرع الجزائري الكفالة في المواد **116** إلى **125** من قانون الأسرة الجزائري[1]، وسنحاول دراسة هذه المواد من أجل الوصول إلى تبيان معاني الكفالة وكيفية قيامها، لذلك ارتأينا إلى تقسيم هذا المبحث إلى كل من مفهوم الكفالة كمطلب أول، وأركان الكفالة كمطلب ثاني.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة:

إن الخوض في مفهوم الكفالة، يتطلب ذكر مختلف التعاريف الواردة عليها، طبيعتها القانونية، وأهم الخصائص المتعلقة بها، ثم تمييزها عن نظام التبني.

الفرع الأول: تعريف الكفالة:

يمكن تعريف الكفالة لغة واصطلاحا.

أولا: الكفالة لغة:

كَفَلَ، يَكْفُلُ، كفالةً، فهو كفيل. مصدر كَفَلَ، بمعنى التزم[2]، وهي في اللغة ألفاظ كلها مترادفة: الحميل، والزعيم، والكفيل، والقبيل، والأذين، والضامن[3]، وهو القائم بأمر اليتيم أو العائل، فيقال عاله وأنفق عليه وقام بأمره[4].

ويقال كفل الرَّجُل، وبالرجل كِفْلا، وكفالة؛ وأكفل فلانا المال، أي: جعله يضمنه [5].

---

[1] – الأمر رقم05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404 الموافق ل9 يونيو 1984، ج.ر عدد15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

[2] – عبد الله بن عبد الرّحمن البسّام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام؛ ج4، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، د.س.ن؛ ص.528.

[3] – محمد بوخبزة، الذّخيرة؛ ج9، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994؛ ص.189.

[4] – قاموس المنجد في اللغة والأعلام، ط27، دار المشرق، بيروت، 1986؛ ص.691.

[5] – محمود أحمد مروح مصطفى، الكفالة و أنواعها و طرق الإبراء منها؛ ط1، دار النفائس، الأردن، 2003؛ ص.17.

والكفيل والحميل والزّعيم بمعنى واحد[1].

والكفالة ثابتة في الكتاب والسُّنّة والإجماع.

ففي الكتاب الحكيم قال الله تعالى: ﴿**سَلْهُمْ أَيُّهُمْ بذلك زعيم**﴾[2]. وقال: ﴿**وكفلها زكرياء**﴾[3]. كما قال أيضا: ﴿**ولمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وأنا بِهِ زَعِيمٌ**﴾[4].

وإن كانت الآيات السابقة تتحدث عن إخوة يوسف عليه السلام، إلاّ أنّها تدلّ على جواز الكفالة، ويُعَمَّم تفسيرها ليشمل الكفالة عامة.

أما في السنة، فالدليل حديث الرسول الله صلى الله عليه وسلم:< **الزّعيمُ غارِم** >[5]، أي أنه ضامن وكافل. وقوله صلى الله عليه وسلم: < **لا تقومُ السَّاعةُ حتى يكونَ زعيمُ القومِ أرذلهم**>[6].

ثانيا: الكفالة اصطلاحا:

الكفالة في القانون لها معنيين، معنى حسب القانون المدني وآخر حسب قانون الأسرة.

1)- حسب القانون المدني:

نص المشرع الجزائري على عقد الكفالة في القانون المدني في الباب الحادي عشر من القسم الثاني تحت عنوان "أنواع التأمين"، انطلاقا من المادة **644** إلى المادة **673**.

و جاء في مضمون المادة **644** من القانون المدني الجزائري تعريف موجز لعقد الكفالة بأنه:

---

[1] – عمر سليمان الأشقر، محمد عثمان شبير، بحوث فقهية قي قضايا اقتصادية معاصرة؛ المجلد الأول، ط1، دار النفائس، الأردن،1998؛ ص.421.

[2] – سورة القلم، الآية /40.

[3] – سورة آل عمران، الآية/ 37.

[4] –سورة يوسف، الآية/ 72.

[5] – رواه أبو داود والترمذي.

[6] – رواه الترمذي.

" **الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهّد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه**"[1].

بمعنى أن الكفيل يتعهد للدائن بأن يفي بالتزام المدين القائم أو محتمل القيام مستقبلا عند حلول الأجل، مالم يُوَفّ به المدين نفسه.

2)- حسب قانون الأسرة:

لقد نص المشرع الجزائري على تعريف الكفالة في المادة **116** من قانون الأسرة حيث جاء في صلبها مايلي: " **الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بالولد القاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي**"[3].

إذا فالكفالة إلتزام، يستوجب أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، و إلا كان باطلا [4].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة:

تعتبر الكفالة عقدا ونظاما قانونيا متعلقا بالنظام العام والآداب العامة يلزم على كل شخص احترامه، حيث أنه إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين للنظام العام والآداب، كان العقد باطلا.

---

[1]- القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر 1975، ج.ر عدد44 الصادرة في26 جوان 2006، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[2]- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسّر"العبادات"؛ المجلد الأول، ج1، ط1، دار الكلم الطيّب، دمشق، 2000؛ ص.578.

[3]- القانون رقم 84-11 المعدل والمتمم، المتضمن قانون الأسرة؛ المرجع السابق.

[4]- عز الدين قمراوي، نبيل صقر، قانون الأسرة نصًّا وتطبيقا؛ دار الهدى، الجزائر،2008؛ ص.184.

ونجد أن حرية الإرادة في عقد الكفالة مقيدة بأحكام قانون الأسرة، باستثناء طلب الكفالة الذي يكون برغبة من الكافل، كما له أيضا الحق في الرجوع في الكفالة، و للنيابة الحق في إسقاطها مراعاة لمصلحة الطفل.

أما في التشريع **المغربي**، فإجراءات الكفالة جد صارمة و محددة، حيث أُوكلت مهمة إبرام عقد الكفالة إلى القاضي المكلف بشؤون القُصر، الذي يقوم بالتحري عن سلوك طالب الكفالة، فإذا كانت التقرير ايجابيا فله حق الموافقة وتتبع التنفيذ مراعاة لمصلحة القاصر، أما إذا كان سلبيا يأمر بإلغاء الكفالة.

ونلاحظ أن المشرع المغربي اعتبر الكفالة نظاما قانونيا قائما، في حين غياب ذلك في التشريع الجزائري الذي اعتبر هذه المسألة مدنية بحتة، وأن الكفالة عقد كباقي العقود.

الفرع الثالث: خصائص الكفالة:

كما لكل نظام خصائص تميزه، للكفالة أيضا مميزات تختص بها منها:

- الكفالة نظام بديل للتبني وُضع لرعاية الأولاد القُصر من لقطاء، يتامى، معلومي ومجهولي النسب.
- للكفالة ثلاثة أطراف: الكافل، المكفول والشخص أو الهيئة التي تبرم العقد[1].
- الكفالة ذات طابع مجاني، إذ لا يحصل الكافل على أجرة مقابل للكفالة [2]، أي هي التزام على وجه التبرع.
- تضع الكفالة الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي من حيث الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الأب وابنه.

---

[1] – طلبة مالك، التبني والكفالة ؛ مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة الرابعة عشر ، مجلس قضاء وهران، 2006؛ ص.19.

[2] – لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة " مفسر مادة مادة للمبدئيين و الممارسين" ؛ ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008؛ ص.101.

– تتم الكفالة بعقد شرعي أمام المحكمة أو الموثق، و برضا من له أبوان[1].

– الكفالة تحمي الأنساب، فالمكفول يبقى أجنبيا عن الأسرة الكافلة.

– تحمي كذلك حقوق الميراث و التركة، إذ لا يحق للمكفول أن يرث فيها، في حين يمكنه الحصول على الهبة أو الوصية في حدود الثلث [2].

– تسقط الكفالة و تنتهي فهي ليست أبدية.

الفرع الرابع: تمييز الكفالة عن نظام التبني:

لا يوجد فرق بين الكفالة و التبني من حيث الظاهر، ذلك لأن كلا منهما يهدف إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا، إلاّ أنه من الناحية القانونية يختلفان من دولة لأخرى و من نظام لأخر. حيث أن التبني هو أن يدعي شخص بنوة ولد معلوم النسب أو مجهول النسب، مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه به، و مع ذلك يتخذه ولدا له و يعطيه اسمه [3].

وقد حرم القرآن الكريم التبني تحريما مؤبدا، بعد أن كان معمولا به في الجاهلية، فيقول المولى سبحانه: ﴿ **وَمَا جعلَ أدعيائكم أبنائكم، ذلكم قولُكمْ بأفواهكم، واللهُ يقولُ الحقَّ وهو يهدي السَّبيل، أُدعوهُم لآبائهمْ هو أقسطُ عندَ الله**﴾[4]، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة، حيث نص على أنه، يُمنع التبني شرعا و قانونا.

وما نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على تعريف التبني لتمييزه عن الكفالة، ومن جهة أخرى سمح للقاضي الداخلي بتطبيق هذا النظام عندما يكون أحد الأطراف أجنبيا مقيما على الإقليم الجزائري، وفقا

---

[1]– طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ؛ ط1 ، دار الخلدونية ،الجزائر، 2009؛ ص.191.

[2]– المادة 123 من الأمر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3]– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل؛ ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008؛ ص.250 .

[4]– سورة الأحزاب/الآية 4 .

لقواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني، في المادة **13 مكرر 1:**

" **يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل.**

وتطبق نفس الأحكام على التبني "[1].

أما المشرع **المغربي**، فقد حرم التبني بشكل صريح من خلال المادة **1/149** من مدونة الأسرة، التي تقضي بأنه: " **يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية** "[2].

ونص القانون **الكويتي** على أنه لا يثبت النسب بالتبني [3]، ومن بين الأسباب التي أدت إلى تحريم التبني كونه يؤثر في العلاقة الميراثية بسبب النسب الجديد الاعتباري، حيث يرث بتوفر شروط الميراث، وهذا ما لا نجده في الكفالة التي لا تقر بحق المكفول في الميراث.

وقد خرج المشرع **التونسي** على قاعدة تحريم التبني من خلال القانون عدد **27** لعام **1958** المؤرخ في **4 مارس 1958** المتعلق بالولاية العامة والكفالة والتبني، فأخذ بالنظامين معا، حيث نص في **الفصل 8** على ما يلي: "**يجوز التبني حسب الشروط المبينة بالفصول الآتية:**

ينبغي أن يكون المتبني شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى..."[4].

ونستنبط من أحكام القانون التونسي مخالفة صريحة للشريعة الإسلامية التي حرمت التبني، في حين أقره التشريع التونسي بجانب الكفالة؛ وهذا النظام مستغرب تواجده في دولة إسلامية.

---

[1]–القانون رقم75–58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري؛ المرجع السابق.

[2] – ظهير الشريف رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3فبراير2004)، بتنفيذ القانون رقم 03 –70 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004.

[3] – بن شويخ الرشيد، المرجع السابق؛ ص.251 .

[4] – المرجع نفسه؛ ص.252 .

والفرق الواضح بين الكفالة والتبني هو أن هذا الأخير ينتهي بموجب حكم قضائي فقط مراعاة لمصلحة الطفل، بينما تنتهي الكفالة بطريقة آلية ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني أو عن طريق القضاء.

المطلب الثاني: أركان الكفالة:

لكون المشرع الجزائري اعتبر الكفالة عقد مدني– كما سبق بيانه– ملزم اجانب واحد، وضمن عقود التبرع، فإنه يستلزم لقيامه توافر أركان العقد، من تراضي، محل، سبب، وشكلية.

الفرع الأول: التراضي:

التراضي هو تطابق الإرادتين المعبر عنهما من الطرفين[1]، وحتى يكون صحيحا يجب أن يصدر من ذي أهلية ولا يكون مشوبا بأي عيب من عيوب الإدارة، وسنحاول إبراز ذلك لدى طرفي هذا العقد، كل من الكافل والمكفول.

أولا: أطراف العقد:

وهما الكافل والمكفول:

1)– الكافل: هو الطرف الأول في العقد، فهو الشخص الذي يأخذ على عاتقه مهمة الولاية على المكفول، إما أن يكون شخصا واحدا أو أكثر، يستوجب فيه توفر شروط أساسية حتى يكون إيجابه سليما وقائما[2].

2)– المكفول: هو الطرف الثاني في العقد، فهو الشخص القاصر الذي تقع عليه الكفالة، حسب ما سبق ذكره في المادة **116** من قانون الأسرة الجزائري؛ فالمكفول لا تتوافر فيه الأهلية اللازمة لصحة

---

[1] – المادة 59 من القانون 75–58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[2] – بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية؛ مذكرة نهاية التكوين، الدفعة الثانية عشرة، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004؛ ص.6.

قبوله، لذلك فإنه يصدر من أبويه أو أحدهما إذا كان معلوم النسب، أو من مؤسسة حماية الطفولة إذا كان مجهول النسب. فمن الناحية الظاهرية، نجد أنّ المكفول هو الطرف الثاني في عقد الكفالة، أمّا من الناحية الواقعية فإن الطرف الثاني فيه يتمثل في كل من الأبوين أو مؤسسة حماية الطفولة.

أ/ الأبوين: يكون الأبوان طرفًا ثانيًا في عقد الكفالة إذا كان المكفول معلوم النسب من الأم أو من الجهتين(الأم والأب معا). فقد يحدث أن يتنازل الأبوين عن طفلهم القاصر لشخص آخر ليتكفل به، وذلك حسب ما ورد في المادة **117** من قانون الأسرة الجزائري على أن: "**عقد الكفالة يتم برضا من له أبوان**".

ومن بين حالات تنازل الآباء عن أبنائهم القصر نجد:

– عدم قدرة الزوج على التكفل بالأولاد بسب سوء الظروف المادية والمعيشية.

– حالة الطلاق، وعدم تحمُّل كلٍّ من المطلّقَيْن مهمة الإنفراد بحضانة الأبناء أو وفاة أحدهما، وفي هذه الحالة يكون الزوجين مرغمَيْن على ذلك.

– حالة تنازل الأبوين عن الطفل القاصر للكافل غير القادر على الإنجاب، والذي تصلهم به صلة القرابة حنانا منهم وعطفا قصد التكفل به، وغالبا ما تكون ظروفه المادية ميسرة.

ب/ – مؤسسات حماية الطفولة: هي تلك المؤسسات التي تتولّى مهام إيواء وتربية الأيتام أو مجهولي الأبوين، فالفئة الأولى هم الأطفال الذين تُوُفِيَّ عنهم آباؤهم، أما الفئة الثانية فهم اللقطاء أو الأطفال المهملين وأبناء الزنا الذين وجدوا دون رغبتهم ونتيجة نزوات آبائهم [1].

والمقصود باللقيط هو الطفل المنبوذ مجهول النسب[2].

---

[1] – بوعشة عقيلة، المرجع السابق؛ ص.80 .

[2] – الشربجي البشري، رعاية الأحداث في الإسلام والقانون المصري؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985؛ ص.68.

والتقاط المنبوذ فرض كفاية[1] لقوله تعالى: ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى** ﴾ [المائدة / 2]، وقوله جل وعلا: ﴿ **وافعلوا الخير لعلكم تفلحون** ﴾ [الحج / 77].

وهذه الفئة من المواطنين أبرياء لابد من التكفل بهم من طرف الدّولة والمجتمع، وذلك بإنشاء مراكز مخصصة لإيوائهم وتربيتهم، وهذه المؤسسات هي صاحبة الولاية القانونية على الأطفال؛ ولقد نص **المشرع المصري** في المادة الأولى من قانون الطفل "الأحداث" لسنة **1996**:

" **تكفل الولاية حماية الطفولة، والأمومة، وترعى الأطفال. وتعمل على تهيئة الظروف المناسبة لتنشئتهم التنشئة الصحيحة من كافة النواحي في إطارٍ من الحرية والكرامة الإنسانية** "[2].

بالتالي عملت على تهيئة هذه الظروف بنصها في المادة **1/46** على الأسر البديلة، التي تهدف إلى توفير الرعاية الاجتماعية، النفسية، الصّحية، والمهنية للأطفال[3].

وتعد مؤسسات رعاية الطفولة طرفا ثانيا في عقد الكفالة، حيث تتمتع بالشخصية القانونية في مهمة التعاقد مع الكافل والرضا مشترط توافره في مديرها، ذلك لأنه يتصرف باسمها وفقا لصلاحياته المحددة قانونا بأن يقدم أحد الأطفال إلى الكافل كلما توافرت الظروف الواجبة فيه حسب قانون المؤسسة تحت مسؤولية الوالي الذي توجد بدائرة اختصاصه تلك المؤسسة، فيتم تطابق إرادة الكافل مع إرادة مدير المؤسسة نيابة عن الولي.

وتكمن مهمة المؤسسة في تسليم الطفل المراد كفالته.

---

[1] – قاسم محمد النوري، البيان في مذهب الإمام الشافعي؛ المجلد الثامن، دار المنهاج، مصر، د.س.ن؛ ص.8.

[2] – أسامة أحمد شتات، قانون الطفل " الأحداث "؛ دار الكتب القانونية، مصر، 1998؛ ص.2.

[3] –المرجع نفسه؛ ص.14.

ثانيا: الأهلية:

يعني مصطلح الأهلية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وممارسة التصرفات القانونية، فالأهلية ذات معنى مزدوج، ويعبّر عن معناها الأول بأهلية الوجوب، وعن معناها الثاني بأهلية الأداء[1].

وتختلف هذه الأهلية من الكافل إلى المكفول، وتستوجب أن تكون خالية من العيوب.

1) أهلية الكافل والمكفول:

بالنسبة للكافل سيتوجب فيه توفر أهلية الأداء، لأنها مناط التمييز وإبرام التصرفات القانونية، وفي هذا الصدد جاء نص المادة **83** من قانون الأسرة:

"**من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء**".

وما نفهمه من نص هذه المادة هو أن عقد الكفالة يعتبر ضارا للكافل، لأنه يضع عليه التزاما بالتكفل بشخص قاصر، فيستوجب أن يكون بالغا لسن الرشد المحدد بِـ**19** سنة كاملة وفقا للقانون المدني الجزائري، ذلك لأنه لو كان الكافل قاصرا فإنه لا يمكنه إبرام عقد الكفالة، لأنها ليست نافعة له بل ضارة به، ولو كانت دائرة بين النفع والضرر لَتَوَقَّفَتْ على إجازة الولي أو الوصي.

وهذا بخلاف المكفول الذي يستلزم أن يكون قاصرا إعمالا بالمادة **116** من القانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر.

---

[1] –عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون "النظرية العامة للحق"؛ دار هومة، الجزائر، 2011؛ ص.125.

2) – أهلية والدي الطفل:

بالنسبة للطفل معلوم النسب، فإنه نظرا لكون عقد الكفالة نافع نفعا محضا فلا يستلزم بالتالي في أبويه سوى أهلية التمييز لاستلام القاضي قبولهما الصريح على هذا العقد، وذلك دون اشتراط الأهلية الكاملة[1]، والحكمة من اشتراط هذا القبول الصريح هو مراعاة مصلحة الطفل المكفول، وهذا ينطبق على أهلية أم الطفل مجهول النسب، والتي يشترط فيها القبول الصريح وأهلية التمييز.

وأما الطفل مجهول الأبوين، فهو تحت رعاية مؤسسة حماية الطفولة، والأهلية هنا لا تطرح إشكالا لكون هذه الهيئات تتمتع بالأهلية الكاملة، والمدير هو ممثّلها.

3) – عوارض الأهلية:

قد يصاب الشخص بعوارض في ملكاته العقلية بعد بلوغه سن الرشد، وهذه هي عوارض الأهلية الواردة في القانون المدني حسب المادة **40**[2]، والمتمثلة في الجنون، العته، السفه، والغفلة، وقد حددتها المادة **101** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن:

" **من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه** ".

وبعد الحجر على الكافل يصبح ناقص الأهلية فلا يمكنه إبرام عقد الكفالة، لأن العقد أصبح بالنسبة إليه ضارا، ولكن إذا أبرم عقد الكفالة قبل الحجر عليه وبعد إصابته بإحدى عوارض الأهلية، فإن تصرفه

---

[1] – علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام "؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007؛ ص.49.

[2] – المادة 40 من القانون المدني تنص أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ".

صحيح ما لم يكن هذا العارض متفشيا.

أما إذا فقد أحدٌ من والديه الأهلية الكاملة فإن تصرفهم يصبح باطلا بطلانا مطلقا، وأما إذا كان أحد منهما ناقص الأهلية سواء لسفه أو غفلة، فيكون حسب القواعد العامة عقد الكفالة صحيحا مادامت الأهلية المطلوبة فيهم هي أهلية التمييز.[1]

ثالثا: عيوب الإرادة:

بعد تحديد أطراف عقد الكفالة، لابد من الإشارة إلى وجوب خلو إرادتهم من العيوب المتمثلة في: الغلط، الإكراه، التدليس والاستغلال.

1) الغلط: قد يقع الكافل في غلط جوهري عند إقدامه على إبرام عقد الكفالة ويكون الغلط جوهريا عندما يؤدي إلى عدم إبرام العقد لو علم به الشخص الكافل، كأن يقدم الشخص طلب القيام بشؤون طفل ذكر، وبعد ذلك يتبين له أنها أنثى.

أو أن يرغب برعاية قاصر ابن عائلة معينة، فيكتشف وقوعه في الغلط في صفة من تعاقد معه.

وكذلك أن يرغب بابن 5 أشهر ويسلّمونه ابن سنتين.

كما قد يقع في مثل هذا الغلط أبوي الطفل معلوم النسب أو أم الطفل مجهول النسب أو مؤسسة حماية الطفولة، والغلط هنا ينصب على صفة الكافل، كأن تُجرى تحريات على الشخص الكافل فيتبين فيما بعد أنه ليس الشخص المعني بالكفالة، وهذا لوجود تشابه في الأسماء.

بالرجوع إلى القواعد العامة، فإن الوقوع في غلط جوهري يؤدي إلى إمكانية التمسك بإبطال العقد، بالتالي يتمسّك الكافل أو أبوي الطفل المكفول أو أمه أو المؤسسة التي ترعاه بإبطال عقد الكفالة على أساس وقوعه في غلط جوهري .

---

[1] – بوعشة عقيلة، المرجع السابق؛ ص.13.

2) – التدليس: هو استعمال وسائل الحيلة أو الخدعة أو أساليب التضليل قصد إيهام الشخص بغير الحقيقة والتأثير على إرادته؛ ومثال ذلك أن تتحايل مؤسسة رعاية الأيتام بوثائق على الكافل تُبين فيها أن الطفل مجهول النسب في حين أنه معلوم النسب من جهة الأم، بحيث أنّ الكافل لو علِم بها لما أبرم العقد. وقد يتحايل الكافل على مؤسسة رعاية الأطفال أو أبوي الطفل، وذلك بأن يقدم معلومات مزيفة تدل على صفات ليست فيه، كأن يُبين بأنه ميسر وهو معسر.

وتعتبر إرادتهم معيبة، ولهم طلب إبطال العقد بعد اكتشاف التدليس.

3) – الإكراه: هو ضغط مادي أو معنوي يتعرض له الكافل أو والدي الطفل القاصر أو أمه يولِّد في أنفسهم رغبة تدفعهم إلى التعاقد، ويشترط القانون أن يكون الإكراه بخطر محدق على النفس أو المال أو الغير؛ كأن يهدد أبو الطفل اللقيط بقتل ابن الشخص (الكافل) إذا رفض كفالة ابنه اللقيط، أو كأن تهدَّدَ امرأة من قبل شخص آخر بإفشاء سرّ طفلها غير الشرعي إذا لم تسلِّمْه إياه وتقبل كفالته له.

4) – الاستغلال: من الناحية المادية يسمى غُبْنًا، ومن الناحية النفسية يسمى استغلالا، كحالة الأبوين الّذَيْن يستغلاّن الشخص الكافل ليسره طمعا في ماله.

وكل هذه العيوب سواء منها ما يصيب الأهلية والرضا تجعل عقد الكفالة باطلا أو قابلا للإبطال، ويمكن لمن له مصلحة أن يتمسك بالإبطال أمام القاضي مدعما طلبه بالأسانيد والأدلة.

الفرع الثاني: المحل والسبب:

أولا: المحل:

حسب القواعد العامة يجب أن يكون ممكنا، معينا أو قابلا للتعيين ومشروعا، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني في المواد **92** إلى **96**، والمحل في عقد الكفالة يكمن في تقديم العناية والرعاية والإنفاق على القاصر أي القيام بكل شؤونه.

يعتبر المحل ممكنا وموجودا وقت إبرام العقد أو محتمل الوجود، وتعينيه يكون بتحديد سن الطفل وجنسه من ذكر أو أنثى، وأما قابليته للتعيين إذا كان لم يولد. والمشروعية في محل عقد الكفالة تكمن في الحصول على القاصر بطرق مشروعة.

غير أن الكفالة المدنية قد تكون بمقابل أو دونه، أي أن التزام الكفيل يقابله التزام الدائن إذا كانت بمقابل، أما في قانون الأسرة فإن الكفالة تكون بدون مقابل، ذلك على سبيل الإحسان لرعاية اليتامى واللقطاء، كما كرسته الشريعة الإسلامية كبديل للتبني المحرم، ونص عليه قانون الأسرة في المادة **116** منه :

"**الكفالة التزام على وجه التبرع** ...".

هذا يعني أن العقد مبني على أساس رغبة الكافل في القيام بشؤون القاصر دون أجرة .

والمحل المتفق عليه في العقد هو القاصر، وتسليمه يكون من طرف والديه إذا كان معلوم النسب، أو أمه إذا كان مجهول النسب ومعلوم الأم، أو المؤسسة التي تقوم برعايته.

ثانيا: السبب:

حسب القواعد العامة، إذا كان التزام الكفيل بمقابل فإن سببه هو المصلحة التي يحصل عليها من الدائن، وإذا كان الالتزام بدون مقابل فإن السبب حينئذ يكون نية التبرع، ويشترط أن يكون هذا السبب غير مخالف للنظام العام، وإلاّ بطُلت الكفالة، على أساس عدم مشروعية السبب.

أما السبب في قانون الأسرة فهو نية التبرع للقيام بشؤون القاصر ورعايته ووضعه في مرتبة ابنه الشرعي في المعاملة، وهذا السبب الظاهر يكون مشروعا، إلا إذا كان السبب صوريا كأن يكون الهدف منه هو استغلال القصر في حرفة أو مهنة معينة، وهذا السبب غير شرعي.

الفرع الثالث: مكانة الشكل في العقد:

كأصل عام، تكون العقود رضائية بمجرد تطابق الإرادتين، وهذا حسب ما ورد في القانون المدني الجزائري حيث نجد أنه:

"يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"[1] فتنتج آثاره القانونية، واستثناءً عن الأصل العام تشترط الشكلية في بعض العقود، إذ لا ينتج العقد أي أثر إلا بإضفاء الشكلية عليه.

والشكلية في العقد تكون على حالتين:

قد تكون ركنا في العقد، بحيث أن انعدامها يعرض العقد للبطلان، فهي الشكلية المطلوبة للإنعقاد، ومثال ذلك، بيع العقار، فتَخَلُّف الشكلية فيه يُعْدِم وجود العقد.

وقد تكون شرط إثبات فقط وذلك عند النزاع، حيث لا يثبت وجود العقد إلا بتلك الشكلية المطلوبة.

ونلاحظ أن أحكام قانون الأسرة لم تتضمن نصا صريحا على وجوب الشكلية في عقد الكفالة، وبِنَصّه في المادة **116** على أن الكفالة تتم " بعقد شرعي "، نفهم من هذا المصطلح الأخير أن المشرع أراد إضفاء الشرعية الدينية [2] على الكفالة والصيغة الإسلامية ولا يقصد به العقد الرسمي.

لكن بالرجوع إلى المادة **117** من قانون الأسرة [3]، نستخلص توجيهًا ضمنيا من المشرع إلى وجوب إضفاء الشكلية على عقد الكفالة، وذلك لمّا نصّ على أن الكفالة تتم بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصية، أو بواسطة عقد توثيقي يحرره الموثق بحضور شاهدين [4].

---

[1] – المادة 69 من القانون رقم 75–58 المتضمن القانون المدني الجزائري؛ المرجع السابق.

[2] – الشرعية الدينية: أن يكون حسب شرع الله تعالى.

[3] – المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري: " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق، وأن تتم برضا من له أبوان".

[4] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق؛ ص.102.

إذن فإثبات الكفالة لا يجوز إلا بالكتابة [1].

* المبحث الثاني: شروط الكفالة واجرءاتها :

يمكن أن نوضح من الناحية النظرية وكذا من ناحية الممارسة العملية كيفية إبرام عقد الكفالة، وأهم الإجراءات المتعلقة بذلك، بالإضافة إلى الشروط الضرورية لنفاذ هذا العقد، بعد قيام الأركان السالفة الذكر، وهذا لأنّ عقد الكفالة ينْصَبّ على النفس. ولتبيان ذلك كله نعتمد على العناصر الأساسية المكونة لهذا العقد، والمتمثلة في الشخص الكافل، الشخص المكفول وكذا الجهة المكلفة بإنشاء هذا العقد.

المطلب الأول: شروط الكفالة:

حدد المشرع شروطا وجب توافرها في كلٍّ من الكافل والمكفول من أجل نفاذ عقد الكفالة، فأدرجها في المواد **116- 118 – 119** من قانون الأسرة الجزائري، وسنقوم بتفصيل كل شرط على حدى، حيث نطرق الشروط الواجب توافرها في الكافل كفرع أول، بينما نُضَمِّن الفرع الثاني الشروط الواجب توافرها في المكفول.

الفرع الأول: الشروط الواجبة في الكافل:

جاءت المادة **118** من قانون الأسرة الجزائري لتُلِمَّ ببعض العناصر التي يجب توافرها في الشخص الكافل، للقول بنفاذ عقد الكفالة من جهته، فوجب أن يكون مسلما، عاقلا، أهلا للقيام بشؤون المكفول، وقادرا على رعايته [2].

وهذه الشروط هي نفسها المفروضة على الوصي والمقدم، ولابد للقاضي أو الموثق التأكد من توافر هذه

---

[1] –عز الدين قمراوي، نبيل صقر، المرجع السابق؛ ص.186.

[2] – المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري تنص أنه: " يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته ".

الشروط قبل منح الكفالة [1].

أولا: شرط الإسلام:

أوجب المشرع الجزائري أن يدين الكافل بالإسلام حتى يتمكن من كفالة الطفل القاصر، وذلك على أساس أنّه سيمارس الولاية على نفس المكفول ويتولى أموره كلها، وهذا مالا ينبغي أن يقوم به غير المسلم، مصداقا لقول الله سبحانه وتعالى:﴿**لا يتّخذُ المؤمنون الكافرين أولياء من دونِ المؤمنين، ومن يَّفعل ذلك فلَيْسَ منَ اللهِ في شيْء**﴾[2]، وكذلك قوله عزّ وجل: ﴿ **بشِّرِ المُنافقينَ بأن لهُمْ عذابًا أليمًا، الّذينَ يتَّخِذُونَ الكافرينَ أولياء من دونِ المؤمنينَ، أيَبْتَغُونَ عِندهُمُ العِزَّةَ فإن العِزَّةَ للهِ جميعًا**﴾[3].

وأيضا قول الله تبارك وتعالى في سورة النساء:﴿ **لن يَّجْعلَ اللهُ للكافرينَ على المؤمنينَ سبيلاً**﴾[4].

وعلى هذا الأساس، فإن غير المسلم – مسيحي أو يهوديٌّ – عندما يقدِّم طلب كفالة طفل قاصر جزائري فإن طلبه سيرفض مهما كانت ديانته إن لم تكن " الإسلام "، وحسب ما يجري عمليا في المحاكم،فإنه سبق وأن تقدّمت امرأة من جنسية فرنسية بطلب كفالة طفل قاصر جزائري، فرُفض طلبها على أساس أنها غير مسلمة، بينما نجد من جهة أخرى، تمَّ قبُول طلبات الكفالة الخاصة بأجانب أعلنوا إسلامهم في الجزائر، ووافقت على ذلك وزارة الشؤون الدينية [5]، فبعد ذلك يحصلون على شهادة اعتناق الإسلام.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري سكت عن اشتراط الجنسية الجزائرية في الكافل، وكان من الأفضل لو نصّ على وجوب كونه ذو جنسية جزائرية، وذلك حفاظا على ثروة البلاد البشرية، وعدم السماح للأجانب– ولو

---

[1] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق؛ ص.102.

[2] –سورة آل عمران/الآية 28.

[3] – سورة النساء/ الآية 139 .

[4] – سورة النساء/ الآية 141 .

[5] – خلوفي بشير، التبني و الكفالة؛ مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، محكمة أرزيو، مجلس قضاء وهران، الجزائر؛ ص.29.

كانوا مسلمين – بأخْذِ أبناء البلاد.

ومن جهة أخرى مراعاةً لمصلحة المكفول، فإن القاضي يرفض الطلب المقدم لكفالة طفل من طرف شخص جزائري غير مسلم وذلك بعد سماع الشهود وتقديم وثائق لإثبات رِدَّتِه عن الإسلام، وهذا ما يجري العمل به في نظام الحضانة، وما ينطبق على الحضانة ينطبق على الكفالة.

لكن المشرع الجزائري من ناحية أخرى أجاز في **القانون 10/05** المتضمن القانون المدني – للأجانب– التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة، بغضّ النّظر عن دينهم وذلك في قواعد الإسناد التي تستوجب فقط على القاضي مراعاة قانونَيْ مقدِّم طلب الكفالة والطفل المكفول، فإذا كان كل من القانونين يجيزان الكفالة فإنه يحرِّر هذا العقد ولو كان الطرفين من جنسية مختلفة، أما لو كان أحد القانونين لا يجيز الكفالة فإن القاضي يرفض تحرير عقد الكفالة [1].

وهذا هو التناقض الوارد، فمن جهةٍ اشترط الإسلام في الكافل في المادة **118** من قانون الأسرة الجزائري، ومن جهة أخرى نص في القانون المدني على جواز الكفالة للأجانب وتطبيق قانون جنسيتهم، ما يعني إمكانية تناسِي شرط الإسلام إذا لم يكن واردا في القانون الأجنبي. إلاّ أنّه يمكن التوفيق بين هذين النصين بالقول أن الخاص يقيد العام، فيتقدم نص قانون الأسرة وهو من القانون الخاص على الشريعة العامة المتمثلة في القانون المدني.

أما المشرع **المغربي**، فقد حدد شروطا تختلف بحسب ما إذا كان الكافل امرأة أو زوجان أو شخص معنوي، فاشترط الإسلام في كلا الزوجين، وحرَم المغاربة الذين تزوجوا بالكتابيات من التكفل بطفل مهمل بسبب عدم توفر شرط الإسلام في كلا الزوجين، كما أجاز للمرأة المغربية المسلمة أن تتكفل بطفل مهمل[2].

---

[1] – المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري تنص على أنّه: " يسري على صحة الكفالة، قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل ".

[2] – الحطري حكيمة، مجلة الفقه والقانون" كفالة الأطفال المهملين بين الضوابط القانونية والواقع المعيش "؛ القيروان، 2011، ص.19.

إضافة إلى اشتراطه التنشئة الإسلامية للأطفال بالنسبة للمؤسسات الخاصة التي تستقبل الأطفال المهملين[1]. وهذا ما تؤكده المادة التاسعة من قانون كفالة الأطفال المهملين[2]؛ في حين لم تنص مدونة الأسرة للقانون المغربي على أحكام الكفالة، بل أحالت المادة **400** منه[3] إلى العودة للمذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق الإسلام وقيمه في العدل، ما يعني تأكيدٌ على وجوب شرط الإسلام في الكافل نظرا لكونه رأي الفقه الإسلامي.

وفي التشريع **التونسي** لم يحدد **قانون 4 مارس 1958**[4] الشروط الخاصة بالكافل والمكفول، وإنما جاء الفصل 5 منه ليحيل إلى تطبيق **الفصل 54** وما بعده من مجلة الأحوال الشخصية[5] – أي أحكام الحضانة – والتي نلاحظ فيها غياب الذكر الصريح لشرط الإسلام، والغريب أنّ المشرع التونسي نص على عدم صحة حضانة مستحِقَّتِها إذا كانت من غير دِينِ أب المحضون، وهذا الأمر يبدو عاديا، ولكن الغموض يكمن في أنه لو كانت الحاضنة مسلمة وكان والد المحضون من غير دين الإسلام، فهل يسقط حقها في الحضانة ؟! وهذا سواءٌ في الكفالة لو أسقطنا نص هذا الفصل عليها.

واشترط القانون **الكويتي** اتحاد الذمة[6] بين الولي على النفس والمولى عليه(محضون، أو مكفول)، وذلك في المادة **211** من قانون الأحوال الشخصية .

---

[1] – الحطري حكيمة، نفس المرجع؛ ص.22.

[2] – ظهير شريف رقم 1.02.172 الصادر في فاتح ربيع الأخير 1423(13 يونيو2002) بتنفيذ القانون رقم01-05 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

[3] – مدونة الأسرة المغاربية، المرجع السابق.

[4]– القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

[5] – مجلة الأحوال الشخصية التونسية المؤرخة في 13 أوت 1956، منشورة بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

[6] – انتصار عبد المحسن الثويني، قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ الدور التاسع، الصفاة، برج العنزي، 1956؛ ص.34.

وما دامت الجزائر– حسب الدستور– ديانتها الإسلام، فإنه إذا وُجِد على أرضها طفل لقيط فسوف يعتبر مسلما لكونه وُجِد في دارٍ إسلامية، إضافة أنه سيكتسب الجنسية الجزائرية.

ثانيا: شرط العقل:

حسب ما سبق بيانه في المادة **118** من قانون الأسرة الجزائري، فإنه يشترط في طالب الكفالة أن يكون عاقلا، ذلك أنّ المعدوم عقله لا يستطيع التكفل بغيره والقيام بشؤونه، لأنه بالذات بحاجةٍ إلى من يرعاه.

والمقصود بشرط العقل، أن يكون الكافل بالغا راشدا غير محجور عليه بسبب الجنون أو العته، وهذه الحالة ظاهرة يسهل التعرف عليها إذ يرجع تقدير ذلك إلى سلطة القاضي.

فإذا ثبت عدم تمتعه بالأهلية رُفِض الطلب، لأنّ هذه المسالة متعلقة بالنظام العام، حيث يجوز أن تقدم النيابة العامة طلب الحجر عليه إلى المحكمة، فيمنع من كفالة غيره بموجب حكم القاضي بالحجر[1].

وفي القانون **المغربي**، اشترط في الزوجين– اللذان يطلبان الكفالة – بلوغهما سن الرشد القانوني المتمثل في 18 سنة[2].

ونلاحظ غياب النص الصريح على شرط العقل، في كل من القانون **التونسي**، والقانون **الكويتي**.

أما **الفقه الإسلامي**، فإنه أوجب أن يكون الولي على النفس عاقلا بالغا، لأنّه لا ولاية لغير عاقل[3].

ثالثا: شرط القدرة:

اشترط المشرع الجزائري في الكافل أن يكون أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته[4].

---

[1] – طلبة مالك، المرجع السابق؛ ص.22.

[2] – الحطري حكيمة ، المرجع السابق؛ ص.20.

[3] – وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته؛ ج7، ط1، دار الفكر، 1985؛ ص ص.747–748.

[4] – عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة؛ منشورات ثالة، الأبيار (الجزائر) 2011، ص.245.

والمقصود بالقدرة على الرعاية هي القدرة المالية والجسدية للتكفل بالقاصر، إذ لا يعقل أن يكون طالب الكفالة بغير موْرِد رزق، فأيُّ عجزٍ يصيبه يمكن أن يكون حاجزا بينه وبين تكفُّلِه بالطفل على أحسن وجه، وعلى القاضي إجراء تحقيق للتّأكُّد من ذلك وللتّعرف على مدى صحّة إدّعاءات الكافل وسلوكه في المجتمع، ذلك لأنّ الغاية هي حماية القاصر وضمان وجوده في أمان وكذا ضمان حسن تربيته[1].

ومثال ذلك أن يقوم شيخ وزوجته– البالغان من الكِبَرِ أرْذَلَ العُمر– بالتّكفل بابن 2 أو 3 سنوات، فهذا بعيد التصور لكونِهما يحتاجان إلى الرعاية أيضا.

أو أن تقوم امرأة فاقدة البصر– وهذا يعتبر عجزا – بطلب كفالة أحد القُصَر، فهذا كذلك مرفوض.

فمن الناحية العملية، يَطلب القاضي من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقق من القدرة المادية[2].

ويجدر بأحد الزوجين إعلام الزوج الآخر برغبته في طلب الكفالة، وذلك بعد العقد الشرعي سواء تمّ الدّخول بالزّوجة أم لا[3].

ولقد اشترط المشرع **المغربي** في الكافل– سواء كانا زوجين أم فرد– القدرة المادية، والسلامة من كل مرض يحول دون القيام بمسؤوليتهما على الوجه الصحيح، أما الأشخاص المعنوية المتمثلة في مؤسسات الطفولة فأوجب فيها توافر الوسائل المادية والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال، وأضاف شرط الصلاح الأخلاقي والاجتماعي، لأن هذا سبب حقيقي يؤدي إلى إهمال الطفل، بالإضافة إلى شرط عدم صدور حكم في حق الكافل بالإدانة بجريمة ماسة بالأخلاق، أو جريمة ضدّ الأطفال أو جرائم إفساد الشباب والبغاء، أو ممارسة العنف والضرب والجرح على الأطفال أو إهمال طفل عاجز عقليا[4].

---

[1] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق؛ ص.102.

[2] – طلبة مالك، المرجع السابق؛ ص.23.

[3] – بوعشة عقيلة، المرجع السابق؛ ص.22.

[4] – الحطري حكيمة، المرجع السابق؛ ص ص.20،22.

في حين أوجب القانون **الكويتي** أن يكون أمينا على القاصر وقادرا على تدبير شؤونه[1].

كما أنه لا ريب في أنّ القانون **التونسي** أدرج شرط القدرة في الكافل، حيث استلزم أن يكون رشيدا أمينا قادرا على القيام بشؤون المكفول[2].

أما **المشرع المصري** فاستوجب كذلك شرط القدرة في الكافل أو الولي على النفس مع الأمانة على أخلاقه، البلوغ والعقل طبعا كما سبق بيانه[3].

وما نلاحظه أن المشرع الجزائري لم يشترط الذكورة في الكافل، كما لم ينص على جواز الكفالة للمرأة مثلما فعل المشرع المغربي، كما لم يحدد إمكانية الهيئات والأشخاص المعنوية أن تطلب الكفالة، ثم إنه لم يُدرِج السن الفارق بين الكافل والمكفول، ولا شرط الزواج للكافل أو موافقة الزوج الآخر على طلبه للكفالة، وكان من المفروض أن ينص على ذلك كله في قانون الأسرة من أجل إزالة الغموض وكذا لضمان رعاية أفضل للمكفول، رغم أنه ضمنيا يُفهم من الصيغة المستخدمة في المادة **118** من قانون الأسرة الجزائري أنّ الكافل رجل ذكر.

و من الأفضل كذلك أن ينص على الموافقة الصريحة للزوجين على الكفالة وحضورهما أمام القاضي وسماعها، حتى يعرفا قيمة هذه المسؤولية وتحرير محضر الموافقة بعد ذلك.

الفرع الثاني: الشروط الواجبة في المكفول:

لم يحدد المشرع الجزائري شروطا خاصة في المكفول بصفة صريحة، وإنما نستنتجها من خلال المواد **116** و **119** من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] – انتصار عبد المحسن الثويني، المرجع السابق؛ ص.34.

[2] – القانون عدد 27 لعام 1958، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، المرجع السابق؛ ص.14.

[3] – وهبة الزحيلي، ج7، المرجع السابق؛ ص ص.747– 748.

أولا: أن يكون المكفول قاصرا:

جاءت المادة **116** من قانون الأسرة الجزائري تعرف الكفالة فنصت أنه التزام بالقيام بولد قاصر، ما يعني أن المكفول وجب أن يكون قاصرا حتى نقول بصحة الكفالة، وهذا من بين الأمور التي على القاضي التأكد منها بالتحقيق.

فالمكفول بسبب صغر سنه بات في حاجة إلى رعاية وعناية، ولكن ما يلاحظ هو أن المشرع لم يحدد سنا معينة ليكون الطفل في مركز المكفول، ما يستلزم العودة إلى المادة **40**[1] من قانون **10/05** المتضمن القانون المدني فنجدها نصت في فقرتها الثانية على أنّ القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد الذي هو 19 سنة كاملة. وهذا كذلك أكد عليه فقهاء الشريعة الإسلامية[2].

وكان من المستحسن لو نص المشرع الجزائري صراحة على السن اللازم في المكفول في أحكام الكفالة، مثلما فعل المشرع المغربي الذي اشترط ألا يتجاوز الطفل– ذكر أو أنثى– سن الثامنة عشر (18)، وهو سن الرشد القانوني[3].

ثانيا: أن لا يكون له شخص يرعاه:

معنى ذلك أن القاصر ليس له من يعتني به ويقوم بشؤونه ويرعاه، وذلك إما لكونه مجهول النسب أو معلوم النسب، غير أن والدته لا تستطيع القيام به.

إذن فالولد المكفول قد يكون مجهول أو معلوم النسب[4]، ولكن هذين ليسا شرطين فالكفالة ليست تبنيا،

---

[1] – المادة 2/40 تنص: " وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، وبمفهوم المخالفة وجب أن يكون المكفول أقل من 19 سنة.

[2] – بوعشة عقيلة، المرجع السابق؛ ص.23.

[3] – الحطري حكيمة، المرجع السابق؛ ص.14.

[4] – طاهري حسين، المرجع السابق؛ ص.191.

لهذا لا يشترط أن يكون الولد مجهول النسب[1].

1) – القاصر معروف النسب :

حيث أنه قد يكون والدي المكفول موجودين ومعلومين إلا أنهما يضعانه في كفالة شخص أخر، وهذا يشترط حضورهما أمام القاضي أو الموثق لإبداء أرائهم، أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية بالخارج، وإذا توفي أحدهما، فإن الباقي على قيد الحياة هو الذي يبدي رأيه، وإذا توفي كلاهما فإن الرّضا والاتفاق يكون من مجلس العائلة أو من كان يتولى أمر المكفول.

وقد يكون أحد الأولياء غير متوفى، ولكنه انتزعت منه السلطة الأبوية أو الولاية لسبب ما، فإن حضور وقبول الوالد الآخر يكفي.

وإن كان المكفول معلوم النسب من جهة الأم فقط، فإنها تبدي رأيها في قبول الكفالة.

2) – القاصر مجهول النسب:

يسمى اللقيط، وقد اهتم المشرع به وأمثاله وأخضعهم إلى الدولة، حيث تتكفل بأعباء رعايتهم وتربيتهم داخل مراكز خاصة، رغم أن العناية بهم لا ترقى إلى مستوى أحسن نظرا للصعوبات التي تواجهها هذه المؤسسات ماديا وبشريا[2].

ولقد حدد المشرع **المغربي** شروط أخرى متعلقة بالمكفول، هي أن يولد من أبوين مجهولين–كأن يتم العثور عليه في الطريق– أومن أب مجهول وأم معلومة، أو أن يكون يتيما مع ضرورة إثبات فُقْرِه، أو أن يكون والديه عاجزان على رعايته – سواء ماديا أو جسديا – أو أن يكونا منحرفين[3]، لذلك يخشى

---

[1] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق؛ ص.103.

[2] – بوعشة عقيلة، المرجع السابق؛ ص.24.

[3] – الحطري حكيمة، المرجع السابق؛ ص.17.

عليه الفساد الأخلاقي والسلوكي.

ونشير أنه لم ينص المشرع الجزائري صراحة على حالة ما إذا كان القاصر ذو جنسية جزائرية وطالب الكفالة أجنبي مقيم في الجزائر، وفي هذه الحالة من المفروض رفض الطلب على أساس عدم وجود نص يجيز ذلك.

كما لم ينص على حالة القاصر الأجنبي المقيم في الجزائر، وإمكانية كفالته من طرف الكافل ذو جنسية جزائرية.

الفرع الثالث: طرق إبرام عقد الكفالة:

إنّ عقد الكفالة كغيره من العقود الأخرى تستوجب شروطا خاصة به، ولقد أوردها المشرع الجزائري ضمن مواد قانون الأسرة، حيث تنص على أنه: " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من لو أبوان "[1].

وبهذا يكون المشرع قد أخضع عقد الكفالة في تحريره للشروط المتمثلة في إبرامه أمام القاضي، أو الموثق– الذي يعتبر ضابط عمومي– بالإضافة إلى هذا نجد أنّ عقد الكفالة قد يُبْرَم أمام البعثات الدبلوماسية.

أولا: إبرام الكفالة أمام القاضي:

يقوم عقد الكفالة بين طرفين وهما الكافل وولي المكفول، سواء كانا أبواه– إذا كان معلوم النسب– أو مؤسسة حماية الطفولة– إذا كان مجهول النسب– حيث يتم العقد بتطابق إرادتيهما، إلا أن هذا العقد لا يحدث أثاره ولا يعتبر وموجودا في القانون إلا باللجوء إلى القاضي، أين تتم الكفالة بموجب أمر أو حكم

---

[1] – المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري .

صادر عن رئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصية [1]، فيقوم بإفراغ إرادة الطرفين في شكل معين وهذا حفاظا على مصلحة المكفول حتى لا تهدر حقوقه، كما سبق تبيانه في المادة **117** من قانون الأسرة الجزائري.

كما نجد أوامر رئيس المحكمة أو قاضي الأحوال الشخصية لها قوة قانونية ملزمة تُمَكِّن حامل عقد الكفالة – المتمثل في الكافل– من تسجيله في مصالح الحالة المدنية حتى يتسنّى له الحصول على الوثائق الإدارية، سواء بالنسبة له أو بالنسبة للطفل المكفول.

بالإضافة إلى أن للقاضي دور المراقبة في التعاقد المبرم بين الكافل وولي القاصر، حيث يراقب مدى إمكانية تحسّن معيشة هذا الأخير والعناية بتربيته ومعاملته، فعليه أن يقوم بالتحري الكامل على حياة الكافل الاجتماعية، المادية، النفسية والعقلية، هذا لكون القاضي حامي الحقوق والحريات ولقد منحه المشرع هذا التصرف لإضفاء الصيغة القانونية على عقد الكفالة. إلاّ أن هذا الموضوع لا نجده في الواقع، حيث لا يقوم رئيس المحكمة بعمله كاملا في المراقبة والتحقيق عن الكافل قبل منح الكفالة، والمراقبة الدورية بعد وضع القاصر تحت ولاية الكافل.

وهذا نجده في القوانين الأخرى كالقانون **المغربي،** الذي نص في المادة **16** من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، في الفصل الثاني تحت عنوان" المسطرة المتبعة لكفالة طفل مهمل "، حيث تنص على أنه:

" **يقوم القاضي المكلف بشؤون القاصرين بجمع المعلومات والمعطيات المتعلقة بالظروف التي ستتم فيها كفالة الطفل المهمل، عن طريق بحث خاص يجريه بواسطة لجنة ...**" [1].

---

[1] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق؛ ص.102.

[2] – قانون رقم 1.93.165، الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993)، المتعلق بالأطفال المهملين؛ ص.3.

ثانيا: إبرام عقد الكفالة أمام الموثق:

الشرط الثاني الذي ورد في المادة **117** من قانون الأسرة الجزائري، هو إمكانية إبرام الكفالة أمام الموثق الذي يعتبر ضابطا عموميا، حيث تتم الكفالة بواسطة عقد توثيقي يحرره الموثق بحضور شاهدين[1].

والسبب في نص المشرع على مثل هذا الشرط هو الظروف السائدة في المحاكم الجزائرية وكثرة القضايا وتراكمها، وكذا مراعاة لمشاعر المكفول– خاصة إذا كان مميزا– وأوليائه إن وجدوا.

وتجدر الإشارة أنه إذا كان للطفل المكفول أولياء سوءا الأبوين معا أو الأم لوحدها، فلابد من قبولهم بالكفالة وإلا كان العقد باطلا [2].

وترك المشرع الحرية للأطراف في الخيار بين اللجوء إلى المحكمة أو إلى الموثق، خاصة وأن هذا الأخير له صلاحيات في تدوين العقود وإبرامها أمامه، ومنها المتعلقة بالحالة المدنية كعقد الزواج، ثم إن عقد الكفالة يعتبر من عقود الحالة المدنية، وتحريره أمام الموثق يعطي له قوة ثبوتية مطلقة باعتباره من العقود الرسمية، حيث لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير طبقا للمادة **324** من القانون المدني الجزائري:

"**العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة...**"[3].

والكفالة التي تكون أمام الموثق في الجزائر لا تحتاج إلى المصادقة من طرف القاضي مثلما هو معمول به في بعض الدول، مثل الدولة **التونسية** التي تطلب لتنفيذ هذا العقد مصادقة الجهات القضائية[4] أو حاكم الناحية، وهذا جاء في **الفصل 4** تحت عنوان الكفالة في **الفقرة 2:**

" **ويصادق حاكم الناحية على عقد الكفالة** " [5].

---

[1] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق؛ ص.102.

[2] – عبد الفتاح تقية، المرجع السابق؛ ص.245.

[3] – الأمر رقم 75–58 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[4] – طلبة مالك، المرجع السابق؛ ص.27.

[5] – القانون عدد 27 لعام 1958، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني؛ ص.1.

أما في **المغرب** يصدر القرار من اللجنة الإدارية الإقليمية، ثم يوثق في عقد الكفالة الذي يحرره عدْلان[1](موثقين).

ثالثا: إبرام الكفالة أمام البعثات الدبلوماسية:

فيما يتعلق بالمقيمين بالخارج من الجالية الجزائرية، فإن تقديم الطلب للكفالة يكون من ذوي الشأن إلى رؤساء البعثات الدبلوماسية، وهذه الأخيرة إما تقبل الطلب أو ترفضه حسب توافر الشروط المطلوبة. و بالرجوع إلى نص المادة **13 مكرر1** من القانون **10/05**، أجاز المشرع للأطراف الأجانب التّقدم أمام القاضي الجزائري لطلب الكفالة بغض النظر عن دينهم.

المطلب الثاني: إجراءات الكفالة:

لكي تكون الكفالة صحيحة ومبنية على أساس قانونية، يجب أن تمر بمجموعة من الإجراءات كباقي العقود، وهذه الإجراءات تنقسم إلى مرحلتين، تتمثل المرحلة الأولى في تبادل الرضا، بينما الثانية تتميز بالتوجه إلى الجهات القضائية.

الفرع الأول: المرحلة الأولى للإجراءات:

تعتمد هذه المرحلة على قيام عقد الكفالة على رضا الطرفين وتطابق إرادتهما، سواء كان المكفول معلوم أو مجهول النسب، بحيث أكدّ القانون على وجوب أن يكون رضا أبوي المكفول معلوم النسب صريحا، بأن يمنحوا ابنهم القاصر للكافل للقيام به، رعايته، وتربيته، وذلك طبقا للمادة **117** من قانون الأسرة الجزائري: "... **وأن تتم برضا من له أبوان** "، هذا ما يفيد أن يكون الرضا صريحا.

وللقاصر مجهول النسب وضعان:

---

[1] – أحمد الخمليشي، الأسرة بين التنظير والواقع؛ مجلة الحق الفصلية، عدد 1، المغرب، 1995، ص.297.

أولا: القاصر معلوم الأم:

لابد من رضا الأم، وهذا من أجل تكفل الشخص بابنها القاصر، ويعتبر القبول الضمني صحيحا إذا ما قامت أم المكفول بتسليم الطفل القاصر لكي يرعاه أو يربيه، أو يعتني به.

فنلاحظ بهذا أن القانون لم يشدد في اشتراط رضا الأم صراحة، وذلك نظرا للظروف التي قد تعيشها الأم العزباء في المجتمع الجزائري والإسلامي على العموم.

ثانيا: القاصر مجهول الأبوين:

ويكون القاصر في هذه الحالة موجودا تحت رعاية مؤسسة حماية الطفولة حيث تقوم برعايته، إلا أنه نجد أن القانون لم يشترط رضا المكلف بهذه المؤسسة صراحة[1]، غير أن الواقع يشترط أن يتقدم الكافل بملف لهذه المؤسسة التي تقوم بدراسته والمتكون من الوثائق التالية:

1) – طلب الكفالة ممضية من طرف الزوجة والزوج، إلى السيد رئيس قسم شؤون الأسرة.

2) – شهادة ميلاد المعنيين.

3) – بطاقة التعريف الوطنية للمعنيين (نسخة مطابقة للأصل).

4) – شهادة ميلاد القاصر(ة) + قرار الوضع عن مديرية النشاط الاجتماعي.

5) – شهادة عائلية.

6) – عقد الزواج.

7) – عقد الملكية أو عقد إيجار.

8) – نسخة من الراتب الشهري.[2].

---

[1] – بوعشة عقيلة، المرجع السابق؛ ص.29.

[2] – مستخرج من محكمة بجاية، قسم شؤون الأسرة.

بعد هذا تقوم مؤسسة حماية الطفولة بدراسة الملف الذي قد ترفضه أو توافق عليه، حينها تصدر شهادة بذلك، وكل هذه عبارة عن خطوات أولية قبل قيام عقد الكفالة في شكله المطلوب.

يُحال الملف بعد دراسته والموافقة عليه مع ملف الطفل المرغوب كفالته، على اللجنة الولائية التي تتكون من:

– مختص نفساني، رئيس المصلحة، المساعدة الاجتماعية، مسؤول دار الحضانة، وممثل الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح[1].

الفرع الثاني: المرحلة الثانية للإجراءات:

تتمثل هذه المرحلة في الاتجاه إلى جهة قضائية سواء المحكمة المتمثلة في القاضي أو الموثق، من أجل تفعيل عقد الكفالة وإعطائه طابع ثبوتي، هذا يكون بعد إعطاء اللجنة الولائية موافقتها على الكفالة، حينئذ تُسَجَّل في محرر رسمي لدى الموثق أو رئيس المحكمة.

والمحكمة المختصة هي المحكمة الواقع في دائرتها موطن طالب الكفالة أي الكافل، وإذا كان موطنه موجودا بالخارج يكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن الطفل القاصر المرغوب كفالته؛ ويوجه الطلب إلى رئيس المحكمة دون وجود نزاع ولا خصومة ولا ضرورة المحامي، ذلك لأنها من الأعمال الولائية لرئيس المحكمة دون تدخل من النيابة العامة. ويصدر حكم القاضي في شكل أمر يمنح للكافل كفالة القاصر وهو أمر نهائي.

وبعد هذا الإجراء الأخير يسلم الملف لمدير مؤسسة رعاية الطفولة إذا كان مجهول الأبوان مع الوثائق التالية:

– شهادة مصلحة المديرية، شهادة الأصل، شهادة الوضع، القرار الولائي، عقد ميلاد الطفل، عقد ميلاد الزوج والزوجة، عقد الزواج، نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للزوجين، نسخة من بطاقة التعريف

---

[1] – حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة " دارسة مقارنة "؛ رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005؛ ص.99.

للشاهدين، الطلب الخطي الذي قُدِّمَ لرئيس المحكمة إذا تمت الكفالة أمام المحكمة.

– نسخة من أمر القاضي ترسل إلى ضابط الحالة المدنية لمكان ميلاد الطفل القاصر المكفول، لتسجيله على هامش شهادة ميلاده بأنه طفل مكفول[1].

وتتمثل الوثائق اللازمة لعقد الكفالة في:

1)– الوثائق المتطلبة من والدي المكفول:

– طلب ممضي من طرف الوالدين موجه إلى السيد رئيس قسم شؤون الأسرة.

– بطاقة التعريف الوطنية (للأب والأم)، نسخة مطابقة للأصل.

– شهادة ميلاد الأب والأم للطفل القاصر(ة)، شهادة عائلية، شهادة ميلاد القاصر مع شهادة مرضية بصورة شمسية له.

2)– الوثائق المتطلبة من الكافل:

– طلب ممضي من طرف الزوج الكافل والزوجة ، موجه إلى السيد رئيس قسم شؤون الأسرة.

– نسخة مطابقة للأصل لبطاقة التعريف، أو جواز السفر للكافلَيْن.

– عقد ميلاد الكافلين مع عقد زواجهما.

– شهادة عائلية للزوجين (الكافلين) وشهادة طبية مع صور شمسية.

– عقد الملكية أو عقد الإيجار، نسخة من الراتب الشهري أو منحة التقاعد[1].

أما الأشخاص القاطنين بالخارج، فبالإضافة إلى الوثائق المذكورة سابقا، يجب أن يتضمن ملفهم مايلي:

– بحث اجتماعي موقع قانونا من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية.

---

[1] – حميدو زكية، المرجع السابق؛ ص.99.

[2] – مستخرج من محكمة بجاية، قسم شؤون الأسرة.

– وصل أعباء أو عقد الملكية مع نسخة من بطاقة القنصلية.

وأخيرا، لابد من موافقة إدارة مؤسسة رعاية الطفولة، من أجل خروج الطفل منها، وبهذا تكون الكفالة قائمة، لا يمكن إلغاؤها إلا بإرادة الكافل أو ورثته بعد وفاته.

الفصل الثاني: آثار عقد الكفالة وانقضاؤها:

تقوم الكفالة صحيحة بتوافر الشروط التي حددها القانون حيث تكون صالحة لأن تنتج أثارها القانونية وتتميز بالديمومة و الاستمرارية، ومضمون الكفالة يتمثل في الحقوق والالتزامات المتعلقة بالكافل حيث ورد في المادة **121** من قانون الأسرة الجزائري، على أن الكفالة تخول للكافل الولاية القانونية على المكفول. مع العلم أن الولاية لها معنى واسع، يشمل الولاية على النفس والولاية على المال، في حين ألزمت المادة **116** من قانون الأسرة الكافل بالنفقة والتربية والرعاية للمكفول بمثابة الأب لابنه، بحيث تكون على وجه التبرع دون صدور أي تقصير منه .

ومن هنا نلاحظ أن المشرع الجزائري حاول تحديد مضمون الكفالة، ولكنه لم يفصله بدقة بل جعل ذلك خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي. وبقيام الكفالة صحيحة نتساءل عن إمكانية احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي وإمكانية حصوله على الوصية والتبرع.

وبالرغم من أن الكفالة تتميز بالديمومة والاستمرارية إلا أنها غير أبدية حيث يمكن أن يطرأ عليها أي ظرف يؤدي إلى زوال آثارها في واقع القانون وانقضائها.

المبحث الأول: أثار عقد الكفالة:

عند قيام عقد الكفالة صحيحا بشروطه فإنه ينتج عنه أثار، وهذا ما سوف يتم تفصيله من خلال هذا المبحث الذي يندرج فيه عنصرين أساسيين، يشمل أحدهما أثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل في حين يشمل الأخر أثار عقد الكفالة بالنسبة للمكفول، واللذان فصّلناهما في مطلبين.

المطلب الأول: أثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل:

إن الحديث على أثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل يقتضي التطرق إلى كل من الولاية على نفس المكفول وكذا الولاية على ماله، فهذين العنصرين هما الأثران الناتجان عن عقد الكفالة واللذان سوف يتم التفصيل فيهما في الفروع الآتية.

الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول:

تعتبر الولاية على نفس المكفول أول أثر يرتبه عقد الكفالة بالنسبة للكافل، حيث تنتقل من أبوي المكفول إلى الكافل إذا كان المكفول معلوم النسب، أومن ولي المكفول الذي يكون مدير مؤسسة حماية الطفولة إذا كان مجهول النسب، ولقد نصت عليها المادة **121** من قانون الأسرة، وهذا ما يجعلها ولاية قانونية أي مخولة بقوة القانون، وهذه الولاية تنصب على القيام بشؤون المكفول من رعاية، عناية صحية، تعليم، تربية ونفقة؛ وهذه تعتبر من واجبات الكافل.

أولا: النفقة:

تعتبر النفقة أول أثر ينجم عن قيام الكفالة وهذا ما نصت عليه المادة **116** من قانون الأسرة الجزائري: "... **بالقيام بولد قاصر من نفقة** ...".

كما جاءت النفقة في المادة **78** من نفس القانون التي تنص على أنه:

" **تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**".

وتطبق أحكام النفقة في هذه الحالة على المكفول لأنه يأخذ نفس مرتبة الولد الشرعي، بالإضافة إلى هذا نجد أنه قبل إعطاء المكفول القاصر لكافله تتأكد المحكمة أو الموثق من يُسر الذمة المالية للكافل، بتقديم ما يثبت ذلك من كشف الرواتب أو سجل تجاري ليتمكن من التكفل بالقاصر، ذلك لأن عقد الكفالة أساسه التزام الكافل بالنفقة على المكفول لوجود نية التبرع لديه، وحسب ما ورد في نص المادة **75** من قانون الأسرة الجزائري فإنّ نفقة الأب على الذكور تكون إلى غاية بلوغهم سن الرشد القانوني المحدد **بـ19** سنة كاملة وإلى غاية الزواج بالنسبة للإناث، ويمكن أن تستمر النفقة على الولد الذكر العاجز أو المزاول للدّراسة وتسقط بالكسب.

والقانون **المغربي** يُقر في المادة **22** من قانون كفالة الأطفال المهملين: "... **تحمُّل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو الجمعية أو المنظمة المعنية تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول –وحضانته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية...**"[1].

ثانيا: التعليم والتأديب:

في المرحلة الأولى من عمر الطفل يكون محتاجا إلى عطف وحنان الأم الكافلة أكثر من الأب، حيث تُوَفّر له المأكل والملبس والدواء...إلى غير ذلك من متطلباته، ثم يأتي بعد ذلك دور الأب الكافل في تعليمه وتربيته ويكون تعليم الطفل بالتلقين وبثّ الشعور الاجتماعي فيه وتربيته على ضبط النفس، ذلك لأن الطفل أناني بطبيعته يحسب أن كل ما في الوجود من حقه.

---

[1]– القانون رقم 165– 93 – 1 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10سبتمبر 1993) المتعلق بالأطفال المهملين المغربي.

وببلوغ الطفل سن التمييز يجب تعليمه وبيان الحقائق الدينية بمقدار ما يطيقه عقله وتتسع له مداركه، ويتم تعويده على العادات الدينية والقيام ببعض العبادات حتى يتمكن من إدراك الحكمة منها، والتعليم لا يقتصر على العلوم الدينية فقط بل يشمل كذلك علوم الحياة والحرف النافعة له ولمجتمعه [1].

وأما التأديب فيكمن في تلقين الطفل قواعد التربية وتشبيعه بالأخلاق التي تمنعه من القيام بأعمال غير لائقة وتوجيهه في كل مراحل حياته، ومثال ذلك منع الطفل من الاعتداء على غيره وحماية الناس من أذاه، فوجب زرع حب الخير للناس في نفسه؛ وهذا كله فيه حماية لأموال الطفل حيث أنّ الاعتداء على الغير يؤدي إلى الحكم بمبالغ مالية كتعويض لمن وقع عليه اعتداء من الطفل ويستوجب ذلك أن يكون الطفل مميزا لأن الخطأ يتطلب التمييز الذي حدده المشرع **بـ13** سنة كاملة، وأن تكون له ذمة مالية، وفي حالة عدم توفر هذين الشرطين فإن الكافل هو الذي يتحمل التعويض.

ويجب على الكافل أن يسهر على حماية القاصر من كل اعتداء يقع عليه، حيث أنه يرفع الشكاوى باسمه ويطالب بالتعويض لفائدته، لاعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحاكم، وهو المسؤول القانوني أمام جميع الهيئات والأشخاص التي تلحق أضرارا بالغير.

ثالثا: الزواج:

الولاية في الزواج هي مساعدة للحماية والمحافظة على حقوق ناقص أو فاقد الأهلية، وحقوق ومصالح الفتاة الصغيرة بسبب عدم بلوغها وعدم تجربة حياة الزواج، لأن وظيفة الولي هي رعاية القاصر والإشراف على مختلف شؤونه واختيار الأصلح له، وهذا خلافا لما يدّعيه بعض فقهاء الغرب من أن الولاية هي حق مطلق، وأنها سلطة تحكم بدون حدود ولا قيود، ومنافية لمبادئ الحرية في الزواج[2].

---

[1]– عبد المؤمن شجاع الدين، الولاية على الطفل، " دراسة فقهية قانونية مقارنة "؛ كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، اليمن، 2011؛ ص.11.

[2]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج والطلاق"؛ ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999؛ ص.121.

الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول:

تعتبر الولاية على مال القاصر من أعمال الكافل بحيث أن مختلف الأعمال المتعلقة بالذمة المالية للمكفول حددتها أحكام الكفالة، ويقوم الكافل بالمحافظة عليها وإدارتها لكون القاصر ليس له القدرة على ذلك.

ونلاحظ أن جميع التشريعات تقر بعدم صحة ونفاذ عمل القاصر.

أولا: إدارة أموال المكفول:

يمكن أن يكون للقاصر المكفول أموال تدخل في ذمته المالية والتي قد يتحصل عليها من أبواه أو أي شخص آخر إمّا بالهبة، الوصية أو الميراث وهذا حسب ما جاء في نص المادة **122** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه:

" **يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث، والوصية، أو الهبة لصالح الولد المكفول** ".

ويعتبر الكافل وصيا على أموال المكفول ويقوم بإدارتها في حدود السلطات التي منحها له القانون في التصرف والتسيير وهذا يجعلها خاضعة لأحكام الوصاية ممّا يعني أنها غير مطلقة، إذ أن المشرع تشدد في وضع الشروط خاصة عندما يريد الكافل التصرف في أموال المكفول، واشترط تصرف الرجل الحريص الذي يقوم بدراسة الواقعة ونتائجها الايجابية والسلبية.

وبالرجوع إلى أحكام الوصاية وبموجب المادة **95** من قانون الأسرة الجزائري فإن للوصي نفس سلطة الولي في التصرف في أموال المكفول إذ ضبطها المشرع في الإدارة فقط؛ كما قد نص المشرع على حالة التصرف في أموال القاصر ببيع العقارات أو المنقولات ذات الأهمية أو أي تصرف آخر يتضمن تعديل أمواله بشكل واضح، وعليه الاستئذان من القاضي وهذا جاء في نص المادة **88** من قانون الأسرة الجزائري:

" **على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.**

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1 – بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،

2 – بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،

3 – استثمار أموال القاصر بالإقراض أو المساهمة في شركة،

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

وهذه التصرفات جاءت على سبيل الحصر .

والقاضي عند منحه للإذن بالتصرف عليه أن يقدر وفقا لسلطته مدى توفر مصلحة المكفول والضرورة الدافعة لذلك، وإذا كان البيع عقارا فيجب أن يتم في المزاد العلني وهذا ما جاء في مضمون المادة **89** من قانون الأسرة الجزائري [1].

بينما جاءت المادة **90** من نفس القانون متضمنة حالة تعارض مصالح الولي (الكافل) مع مصالح القاصر، فيعين القاضي متصرفا تلقائيا منه أو بناء على طلب من له مصلحة في ذلك.

أما أعمال الكافل في الإدارة فقد حصرتها المادة **573/2** من القانون المدني الجزائري حيث نصت على: "**ويعتبر من العقود الإدارية الإيجار لمدة لا تزيد عن 3 سنوات وأعمال الحفظ والصيانة، واستيفاء الحقوق، و وفاء الديون وجميع أعمال التصرف كبيع المحصول ، وبيع البضاعة أو المنقولات التي يسرع إليها التلف ، وشراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله** ".

وفي حالة عدم مراعاة هذه الشروط وكانت تصرفات الكافل في أموال المكفول بسوء نية وألحقت ضررا

---

[1]– المادة 89 تنص: " على القاضي أن يراعي في الإذن الضرورة والمصلحة وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني ".

بأموال القاصر نتيجة عدم خبرة الكافل وتقصيره فإنه يحقّ لكل شخص إبلاغ النيابة العامة التي يمكنها كذلك تحريك الدعوى العمومية من تلقاء نفسها طبقا لما جاء في المادة **380** من قانون العقوبات الجزائري التي سيتم تبيانها.

ثانيا: المنح العائلية والدراسة:

هي عبارة عن حقوق مقررة بموجب أحكام الكفالة التي تضع المكفول تحت مسؤولية الكافل في جميع جوانب حياته، وتعتبر المنح العائلية والدراسية حقوقا مقررة بموجب أحكام الكفالة في نص المادة **121** من قانون الأسرة: " **تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي**".

وقد اشترط قانون الحالة المدنية تسجيل الكفالة على هامش عقد ميلاد المكفول، وما نلاحظه أنه قد توجد وضعيتان للكافل العامل:

1)- إما أن يضع في ملف العمل الذي يودع لدى إدارة المستخدم شهادة عائلية مسجل بها الولد المكفول إلى جانب الأبناء الشرعيين، مع الإشارة فيها أنه مكفول.

2)- و إما أن يضع الشهادة العائلية رفقة عقد الكفالة منفصلين، قصد الاستفادة من المنح العائلية.

وبهذا يمكن للكافل بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤوليته أن يقبض المنح العائلية والدراسية الممنوحة للمكفول.

لكن بالرغم من أن الكافل وضعه المشرع في مرتبة الأب إلا أن التعويض الناتج عن وفاة الطفل القاصر بسبب حادث لا يقدم للكافل، وهذا ما يسمى بالدية في الشريعة الإسلامية [1].

ونجد أن المشرع **المغربي** يقوم بتسجيل الكفالة في السجلات الموجودة لدى ضابط الحالة المدنية في مكان

---

[1]- خلوفي بشير، المرجع السابق؛ ص.18.

ولادة الطفل وهذا حسب ما ورد في المادة **21** من قانون كفالة الأطفال المهملين، كما أضاف في **الفقرة 3** من نفس المادة أنه لا يشار إلى تبيان الكفالة في نسخ الرسوم المسلمة للكافل أو المكفول طبقا لقانون الحالة المدنية، وهذا عكس المشرع الجزائري الذي ينص على ضرورة ظهور الكفالة على هامش شهادة ميلاد الطفل المكفول[1].

المطلب الثاني: أثار الكفالة بالنسبة للمكفول:

بعد قيام الكفالة وإسنادها للكافل تأتي مرحلة تنفيذها وإنتاج أثارها على الطرفين، هذا رغم أن الكافل هو الطرف الوحيد الملزم بالكفالة باعتبارها عقد ملزم لجانب واحد إلا أن المكفول يتأثر بصفة مباشرة بها لكونه محل العقد، حيث يحق له المحافظة على نسبه والمحافظة على لقبه العائلي وانتمائه الأسري إذا كان معلوم النسب، بينما إذا كان مجهول النسب فإن المشرع فرض حمايته والحفاظ على وجود كيانه ما دام المكفول يتمتع بأهلية الوجوب لتحمل الالتزامات وكسب الحقوق، بحيث يمكنه أن يتلقى الوصية التبرع والإرث .

الفرع الأول: احتفاظ المكفول بنسبه:

تنص المادة **119** من قانون الأسرة الجزائري على أن: "**الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب**".

فحين يكون المكفول معلوم النسب يحق له الاحتفاظ بلقبه الأصلي حسب القانون والشريعة الإسلامية وذلك كما قال الله جلّ شأنه: ﴿**أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله**﴾[2].

ولقد نظم قانون الحالة المدنية كيفية منحهم الاسم.

---

[1]– قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، الصادر في 10 سبتمبر 1993 .

[2]– سورة الأحزاب،الآية/5.

أولا: المكفول معلوم النسب:

إن القاصر المكفول لا يكون دائما مجهول النسب فقد يكون له أبوان يقومان بمنحه إلى شخص آخر يكفله ويتولى رعايته، تربيته والنفقة عليه، وهذا حسب الظروف المختلفة التي دفعته إلى ذلك، كما أنه يمكن أن يكون معلوم الأم فقط، وعلى كلٍّ فإن المشرع أعطى للقاصر حقا قانونيا في الاحتفاظ بلقب أبيه أو أمه، وهذا ما بينته المادة **120** من قانون الأسرة الجزائري:

" **يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب ...**"

ومن هنا فإن فكرة احتفاظ الطفل القاصر معلوم النسب بنسبه هي من النظام العام ولا يجدر مخالفتها أو التعدي عليها، وإلا اعتبرت جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات الجزائري، كما جاء في المادة **380** منه والتي تنص على أنه:

" **كل من استغل حاجة لقاصر لم يكمل التاسعة عشرة أو ميلاً أو هوى أو عدم خبرة فيه ليختلس منه التزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية وذلك إضرارا به يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000دج.**

وتكون العقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 1.000 إلى 15.000 دج إذا كان المجني عليه موضوعا تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه المادة يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر" [1].

ذلك لأن من تسبب في منع القاصر من الاحتفاظ بنسبه بعد الالتزام بكفالته يعتبر قد استغله، واختلس التزامات تقع عليه أو برّء نفسه منها، وهذا مالا يجوز قانونا بل هو معاقب عليه كما سبق بيانه.

---

[1]- الأمر رقم 66–156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 09–01 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ25 فبراير سنة 2009، ج.ر 15 الصادرة في 08 –03–2009.

ولقد نص المشرع **التونسي** على احتفاظ المكفول بنسبه وذلك في **الفصل 6** من القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني [1]، على أنه: "**يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخص لقبه وحقوقه في الإرث**".

ثانيا: المكفول مجهول النسب:

عكس المكفول معلوم النسب، فإن المكفول مجهول النسب يوضع في المؤسسات المكلفة برعاية الطفولة بعد إعطائه اسم تقريبي متكون من ثلاث أسماء يعتبر آخرها لقبا له، وهذا حسب قانون الحالة المدنية في المادة **64** منه، التي تقر بعدم منح مجهول النسب لقب معروف؛ فالقاصر مجهول النسب قد يكون مجهول الأبوين أو معلوم الأم والتي قد تمنحه لقبها وتجعل ابنها ينسب إليها.

إن الادعاء ببنوة طفل مجهول النسب بدون أي دليل شرعي سواء كان عقد رسمي أو حكم قضائي يعتبر باطلا تطبيقا للمادة **46** من قانون الأسرة الجزائري، فهو بذلك يعتبر تبنيا وهو محرم شرعا وقانونا [2]، والدليل على ذلك ما جاء في السنة، ففي الحديث قال رسول الله صلى عليه وسلم: **< من ادعى إلى غير أبيه، أو انتمى إلى غير مواليه، فعليه لعنة الله المتتابعة إلى يوم القيامة >**[3].

وحفاظا على الأنساب جرم المشرع الجزائري الإدعاء ببنوة الطفل سواء كان معلوم أو مجهول النسب، وأدخله ضمن التزوير في الوثائق الرسمية لأن فيه مساس بالنظام العام، وللتخفيف من شدة عدم إمكانية الطفل القاصر المكفول حمل لقبه، تدخل المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم **92–24** المؤرخ في **13/جانفي/1992** المعدل والمتمم للمرسوم رقم **71–157** المؤرخ في **03/ يونيو/1971** المتعلق بتغيير اللقب، وذلك لإعطائه حق تغيير لقبه.

---

[1]– القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، المرجع السابق.

[2]– المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: " يمنع التبني شرعا وقانونا ".

[3]– أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي.

1)– تغيير اللقب بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92–24 المتعلق بتغيير اللقب:

بالرجوع لأحكام هذا المرسوم نجد أنه يمكن للشخص الذي كفل ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير لقب الطفل المكفول ليحمل لقب الكافل. وهذا جاء ليثبت أن عملية الكفالة وحدها ليست كافية لنشأة الطفل نشأة سليمة، لأنه سرعان ما يكبر الطفل القاصر ويصبح مميزا ويبدأ بطرح عدة تساؤلات على نفسه وعلى من حوله، خاصة عند اكتشافه أن لقبه مغاير للقب العائلة التي تكفله، ولكونه ليس ابن الأسرة الكافلة تتكون لديه عقدة نفسية.

والمرسوم التنفيذي **92–24** جاء من أجل المحافظة على الأنساب وحمايتها، لهذا كرس عدة إجراءات.

أ/ – الشروط القانونية لتغيير لقب المكفول:

ومن أجل قبول طلب تغيير لقب الطفل المكفول وجب أن يقرن ذلك بسبب جدي مع المحافظة على عدم تخلف أحد الشروط التالية وإلا رفض الطلب:

– ضرورة وجود عقد الكفالة: حتى يتمكن الكافل من طلب تغيير لقب المكفول ومنحه لقبه العائلي لابد أن يكون كافلا له قانونا، والكفالة تثبت بوجود عقد توثيقي صادر عن الموثق أو القاضي، وهنا لا نجد مدة معينة بين الإسناد الواقعي للمكفول وبين طلب تغيير اللقب.

– ضرورة أن يكون الولد قاصرا مجهول النسب من الأب: أجاز المشرع تغيير لقب القاصر بموجب المادة1[1] من المرسوم **92–24**: "... **الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب...**".

وبهذا يكون تغيير اللقب للقاصر مجهول النسب من الأب فقط، سواء كان ذكرا أو أنثى، ولا يجوز منح

---

[1]– المرسوم التنفيذي رقم 92–24 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق ل13 يناير سنة 1992، المتمم للمرسوم رقم 71–157 المؤرخ في 3 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر رقم 5 الصادرة في 22 جانفي 1992.

لقب الكافل للقاصر معلوم الأب.

– ضرورة صدور المبادرة في تغيير اللقب من الكافل: حيث لا يمكن تصور أن يقدَم الطلب من طرف المكفول القاصر لانعدام أهلية التقاضي لديه ولكونه محتاج إلى الرعاية، و إرادة الكافل يجب أن تكون حرة غير معيبة بحيث يعبر عن رضاه الصريح دون أي إكراه.

– ضرورة الموافقة الصريحة من أم المكفول إذا كانت على قيد الحياة ومعلومة: فالأصل في مثل هذه الحالة إذا كان القاصر معلوم الأم أن يكون لقبه المسجل في سجلات الحالة المدنية هو اللقب العائلي للأم لكونه مجهول الأب، بالتالي يشترط المشرع الموافقة الصريحة والتعبير الصريح عن إرادتها بأن توافق على حمل المكفول لقب الكافل، كما اشترط أن تكون هذه الموافقة في شكل عقد شرعي مكتوب [1].

ويسقط هذا الشرط إذا كانت غير معلومة أو متوفاة.

ب/ – الوثائق المطلوبة لتغيير لقب المكفول:

– طلب خطي.

– عقد الكفالة.

– نسخة من شهادة ميلاد الكافل.

– نسخة من شهادة ميلاد المكفول.

– نسخة من سجلات عقد زواج الكافل.

– الموافقة الكتابية لأم المكفول إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.

ج/ – التحقيق في الطلب وإصدار الأمر:

يرسل الطلب إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام الذي يقوم بإرسال الملف إلى السيد النائب العام لدى

---

[1]– المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 92–24 المتعلق بتغيير اللقب.

المجلس القضائي التابع لاختصاصه مكان ولادة الطفل، لغرض إجراء تحقيق حول الطلب، فيقوم هذا النائب العام بدوره بتكليف وكيل الجمهورية للدائرة القضائية مكان ولادة طالب الكفالة من أجل متابعة التحقيق الذي يكون بسماع الشهود والبحث عن دوافع وأسباب تغيير اللقب.

بعد إنجاز التحقيق يرسل إلى السيد النائب العام والذي يرسله بدوره إلى وزير العدل، حيث يقوم هذا الأخير باتخاذ القرار إما بقبول تغيير اللقب أو رفضه، وهذا بعد الاطلاع على ملف التحقيق، وفي حالة قبول الطلب يأمر وزير العدل النيابة العامة بتنفيذه، وذلك بتقديم التماسها إلى السيد رئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية من أجل إصدار الأمر بتغيير لقب المكفول، وهذا يكون خلال **30** يوما من تاريخ الإخطار من السيد وزير العدل، وهذا طبقا لأحكام المادة **5 مكرر2:**

"**يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة، ويتم النطق به بناء على طلب من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في المادة 1، المقطع 2 أعلاه.**

يصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين الموالية لتاريخ الأخطار من وزير العدل..."[1].

بعد صدور الأمر بتغيير اللقب من السيد رئيس المحكمة يسجل في فهرس الأوامر الخاصة بالحالة المدنية بكتابة الضبط، ثم يقوم وكيل الجمهورية بإرسال نسخة من الأمر إلى كتابة الضبط بالمجلس، وأخرى إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية من أجل تسجيل اللقب الجديد على هامش عقد ميلاد الولد بسجلات الحالة المدنية بالبلدية والمجلس[2]، وهذا ما تضمنته المادة **5 مكرر 1** من المرسوم التنفيذي رقم **92–24**؛ واستثني هذا المرسوم المتعلق بتغيير اللقب من نشر تغيير اللقب في الجرائد الرسمية وكذلك تقديم الاعتراضات بشأن هذا التغيير، ويدرج أخيرا في الدفتر العائلي للكافل.

---

[1]– المرسوم التنفيذي رقم 92–24 المتعلق بتغيير اللقب.

[2]– سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة؛ مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008؛ ص.74.

2)- التناقضات المستخلصة من المرسوم 92-24 المتغير اللقب:

نلاحظ أن المرسوم جاء غامضا نوعا ما، فهناك من اعتبره تبنيا وهي الفئة التي رفضت تطبيقه عند صدوره، لأن فيه تغيير للأنساب الأصلية للأولاد المكفولين بإلحاقهم إلى أشخاص جدد، وهذا لا يتماشى مع الشريعة الإسلامية التي تحرم التبني، لأنه يؤدي إلى اختلاف الأنساب.

كما يخالف هذا المرسوم أحكام المادة **120** من قانون الأسرة الجزائري التي توجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي، إضافة إلى أن فيه تعدي على اللقب العائلي لعائلة أخرى فيجب احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي و بالتالي استبعاد تطبيق هذا المرسوم؛ وهناك فريق آخر لا يعتبر هذا المرسوم تبنيا وإنما يبقى دائما في إطار الكفالة، حيث يرى ضرورة الاستجابة لهذا المرسوم المتعلق بتغيير اللقب دون أي تخوف، ويعتمد هذا الرأي بحجته على نص المادة **5 مكرر 1** التي تقضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد وكذا كل العقود ومستخرجات الحالة المدنية.

فمن هنا نستخلص أن اللقب الأصلي يبقى دائما محفوظا وأن هذا الاسم هو إضافة فقط، بحيث لا يمكن إخفاء الاسم الأصلي عند إبرام عقد الزواج كما لا يمكن استعماله في الميراث.

وبموجب هذا الرأي السائد أزيل الغموض واللبس على المرسوم **92-24**، بحيث اعتبروه حفظا لكيان ونشأة الطفل داخل المجتمع ومكملا لنصوص الكفالة، وهو لا يؤثر على الأنساب سواء كانت من حيث موانع الزواج أو الإرث.

الفرع الثاني: الوصية أو الهبة للمكفول:

رغم أن الكفالة تجعل المكفول بمثابة الابن الحقيقي للكافل إلا أنها لا ترتب نفس الآثار التي تكون بين الآباء وأبنائهم الأصليين خاصة في الميراث، وهذا يعني أن المكفول لا يرث من الكافل لعدم ثبوت النسب بينهما، ولهذا أوجد المشرع طريقا أخر بديلا عن الإرث قد تكون الوصية أو الهبة.

أولا: الوصية:

تعد الوصية من أهم التصرفات المالية والقانونية، ولقد عرفتها المادة **184** من قانون الأسرة على النحو التالي: " **الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع** "[1].

وما يمكن استخلاصه من نص هذه المادة هو أن التمليك في الوصية يرد إما على منقولات، عقارات أو منافع كزراعة أرض مثلا، ثم إن أثر هذا التصرف لا يترتب إلا بعد وفاة الموصي كما أنه يكون بدون عوض، بالإضافة إلى هذا نجد في أحكام الشريعة والقانون أنه لا وصية لوارث، وبما أن المكفول لا يأخذ مركز الابن الشرعي فإنه لا يعتبر وارثا، ولهذا أجاز له المشرع الوصية وأوردها في نص المادة **123** من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء في مضمونها أنه يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطُل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة [2].

والغاية من هذه المادة هو عدم ترك القاصر المكفول بعد وفاة الكافل بدون حماية ولا مورد مادي، ولقد حدد المشرع الوصية في حدود الثلث 1/3 حتى لا يكون هناك نزاع بين الورثة، فقرن بالتالي ما زاد عن ثلث التركة بإجازة الورثة، وهذا بمثابة حماية لحقوق الورثة من تعسف الكافل، وفي حالة النزاع بين الورثة مع المكفول يجب عليه إثبات أحكام الوصية.

وتجدر الإشارة إلى أن الوصية لا تصح إلا إذا كان الوصي كامل الأهلية، سليم العقل وأن يكون رضاه خاليا من العيوب[3].

---

[1]– القانون رقم 84–11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2]– طاهري حسين، المرجع السابق؛ ص.191.

[3]– المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل".

ثانيا: الهبة:

إن أحكام الهبة مستمدة من الشريعة الإسلامية، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المواد **202** إلى **212** من قانون الأسرة واعتبرها تمليك بلا عوض، في نص المادة **202** من قانون الأسرة.

كما نص في المادة **206** على أنه: " **تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.**

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ".

من خلال نص المادتين يتضح أن الهبة عقد بين الأحياء بإيجاب من الواهب الذي يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية وقبول من الموهوب له والذي يكون في هذه الحالة طفلا قاصرا[1].

والطفل القاصر قد يكون مميزا أو غير مميز، فالنسبة للموهوب له غير المميز يجب أن يتوفر فيه التمييز ليكون أهلا لقبول الهبة وإلا يقبلها عنه وليه أو وصيه أو المقدم عنه، وإذا كانت الهبة تتم بالحيازة فإنه يحوزها نيابة عنه دون إذن القاضي، وفي حالة ما إذا كان الواهب ولي الموهوب له فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة، وهذا ما جاء في المادة **208** من قانون الأسرة الجزائري. أما بالنسبة للموهوب له المميز فإنه يملك أهلية قبول الهبة وقبضها لوحده باعتبارها نافعة له نفعا محضا، أما إذا اقترنت بشروط أو التزامات فهي دائرة بين النفع والضرر وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي.

وتعتبر الهبة وصية إذا كانت في مرض الموت وتطبق عليها أحكام الوصية، وهذا فيه حماية الورثة من تصرفات مورثهم، غير أن المشرع اعتبر الهبة تبرع كما جاء في المادة **123** من قانون الأسرة الجزائري إذا كانت من الكافل للمكفول وأخضعها لأحكام الوصية وتكون في حدود ثلث التركة، وما زاد عن ذلك يخضع لإجازة الورثة.

---

[1]– سلامي دليلة، المرجع السابق؛ ص.89

.

وما نلاحظه أن المشرع الجزائري بإخضاعه الهبة لأحكام الوصية قد خالف بذلك نص المادة **205** من قانون الأسرة التي تنص على أنه: " **يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءً منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير**"، ويمكن للواهب أن يرجع عن الهبة إما بالتراضي مع الموهوب له وإما بالتقاضي.

وفي **الشريعة الإسلامية** نجد أن الهبة بدون إشهاد باقي الورثة غير جائزة[1]، فعن النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال: "أعطاني أبي عطيةً فقالت عمرةُ بنت رواحة: لا أرضى حتى تُشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إني أعطيتُ ابني من عمرةَ بنت رواحة عطيةً فأمرتني أن أُشهدك يا رسول الله، قال: **<أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟>** قال: لا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: **<فاتقوا الله واعدِلوا بين أولادكم>** قال: فرجع فردّ عطيته".[2]

أما المشرع **المغربي** فقد نص على الهبة أو الوصية للمكفول في المادة **123** من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي التي تنص على أنه: " **إذا ارتأى الكافل جعل المكفول يستفيد من هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة...**"[3]. وبهذا يكون قد حذا حذو المشرع الجزائري.

المبحث الثاني: انقضاء عقد الكفالة:

باعتبار الكفالة عقد كغيره من العقود قائم ومنتج لأثاره، فإنه كذلك قد تطرأ عليه ظروف أثناء تنفيذه تكون سببا في انقضائه وقد تكون هذه الظروف طبيعية كما أدرجناه في المطلب الأول تحت عنوان "النهاية الطبيعية للكفالة "، كما قد تكون ظروفا قانونية وهو ما ضمناه في المطلب الثاني تحت عنوان "النهاية القانونية للكفالة ".

---

[1] – المقصود بأنها غير جائزة ديانة هو أن الواهب يأثم لأنه لم يعدل بين الأولاد، ولكن تصرفه صحيح قانونا.

[2]– زين الدين أحمد بن عبد اللطيف الزبيدي، مختصر صحيح البخاري؛ ط2، دار الفجر للتراث، مصر، 2010؛ ص.312.

[3]– قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، الصادر في 10سبتمبر1993؛ المرجع السابق.

المطلب الأول: النهاية الطبيعية للكفالة:

عندما نتحدث عن النهاية الطبيعية للكفالة فإننا نقصد بذلك إما طلب والدي المكفول عودة ولدهما، وهذه النهاية أوردها المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة للمكفول معلوم النسب، كما قد نقصد بالنهاية الطبيعية للكفالة وفاة الكافل أو المكفول نفسه.

الفرع الأول: طلب والدي المكفول:

تكون هذه الحالة متعلقة بالطفل معلوم النسب، بحيث قد يطلب والديه عودته إلى ولايتهما، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة **124** من قانون الأسرة الجزائري: "**إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يُخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يُسلَم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول**".

ومن هنا يتضح لنا أن المشرع ميز بين أمرين، يتمثل الأول ببلوغ المكفول سن التمييز بينما يتمثل الثاني في عدم بلوغه التمييز.

أولا: قبل بلوغ المكفول سن التمييز:

نقصد بسن التمييز بلوغ الطفل **13** سنة كاملة، وبما أن المكفول لم يبلغ سن التمييز بعدُ فإن تصرفاته تعتبر ضارة ضررا محضا.

ولهذا قَيد المشرع الجزائري حرية والدي المكفول باللجوء للقاضي لتقديم طلب كتابي مسبب لاسترجاع ولدهما وهذا مراعاة لمصلحة المكفول، ذلك لأن القاضي يعتبر حامي الحقوق والحريات وله سلطة تقديرية واسعة في تحديد الوقائع والظروف المحيطة بالمكفول وبوالديه وبالكافل، كما تُمكنه من اتخاذ القرار بعودة المكفول إلى والديه أو أحدهما أو بقائه مع الشخص الكافل.

أما المشرع **المغربي** فقد نص في المادة **26** من قانون كفالة الأطفال المهملين على ضرورة إصدار القاضي لأمر بالبحث في شأن الكفالة قبل إصدارها، ولقد أدرج في المادة **29** من نفس القانون أنه يمكن لأحد الوالدين أو كلاهما – إذا ارتفعت أسباب الإهمال– استرجاع الولاية على طفلهما بمقتضى حكم[1].

ثانيا: بعد بلوغ المكفول سن التمييز:

لقد حدد المشرع سن التمييز في نص المادة **42/2** من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "**يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة**"[2].

فعند بلوغ المكفول سن التمييز قد يطالب والديه عودته إليهما، فيكون له بالتالي حرية الاختيار بين بقائه مع المكفول أو ذهابه معهما، فهو في هذه المرحلة من حياته أصبح يميز بين النفع والضرر وتصرفاته دائرة بين النفع والضرر ومتوقفة على إجازة الولي؛ وغالبا ما يكون قرار المكفول هو البقاء مع الكافل، لأنه نشأت بينهما رابطة قوية كرابطة الولد بأبيه، وهذا ما نجده غائبا بين الطفل المكفول ووالديه الأصليين اللذان يعتبران بالنسبة إليه كأجانب.

ولقد أقرت **الشريعة الإسلامية** هذا الموقف في حادثة " زيد بن حارثة " مع الرسول صلى الله عليه وسلم عندما اختار زيد البقاء معه بعدما خيره النبي صلى الله عليه وسلم تخييرا حرًا بين بقائه معه وبين العودة مع والديه، فاختار زيدُ بمحض إرادته البقاء مع رسول الله عليه الصلاة والسلام.[3]

بينما أخذ **المشرع المغربي** بنفس الرأي بنصه في المادة **29/2** من قانون الأطفال المهملين المغربي: "**تستمع المحكمة إلى الطفل إذا كان قد أدرك سن التمييز، وإذا رفض الطفل الرجوع إلى والديه أو إلى أحدهما، فإن المحكمة تقضي بما تراه مناسبا لمصلحة الطفل**".

---

[1]– قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي؛ المرجع السابق.

[2]– القانون رقم 75–58 المتضمن القانون المدني؛ المرجع السابق.

[3]– عبد اللطيف محمد عامر، التبني بين التاريخ والشرائع؛ الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 2008؛ ص.136.

ويُقدم طلب عودة المكفول إلى والديه منهما أمام القاضي مع إعلام النيابة العامة لكونها ممثلة المجتمع في كل المجالات وذلك حتى تتمكن من مراقبة ومتابعة مستجدات الكفالة وكذا إبداء رأيها، وهذه الحالة لا يمكن تصورها إلا أمام القاضي، وهذا يؤدي إلى استبعاد الموثق، لأنه لا يملك سلطة التحقيق والمراقبة مثل ما هو عمل القاضي.

ثالثا: نماذج عن قضايا طلب استرجاع المكفول:

القضية 1:

ملف رقم **184712** قرار بتاريخ **1998/03/17**.

قضية: (ع أ) ضد (ق ح).

كفالة– الحكم بإلغاء عقد الكفالة–عودة الأولاد المكفولين للأم– مراعاة مصلحة المكفولين– تطبيق صحيح للقانون(المواد **116–124–87** من قانون الأسرة).

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

ومن المقرر أيضا أنه: "**في حالة وفاة الأب تحل الأم محله قانونا**" ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالتناقض والقصور في الأسباب ليس في محله ومن الثابت – في قضية الحال أن المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة والتصريح بعودة المكفولَين إلى ولاية أمهما بناء على رغبتهما ومراعاةً لمصلحتهما، فإن القرار يكون عندئذ خاليا من أي قصور أو تناقض في الأسباب.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

المجلة القضائية عدد **2** لسنة **1998**، صفحة **89**.

---

[1]– دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث؛ دار هومه، الجزائر، 2004؛ ص.108– 109.

القضية 2:

ملف رقم **71801** قرار بتاريخ **21/ 05/ 1991.**

قضية: (ح ص) ضد (د ب).

عودة الولد المكفول– لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية– سماع رأي الولد المميز– إجراء توجيهي يجب احترامه قبل الحكم.(المادة**461** من القانون المدني)[1](المادة**124** من قانون الأسرة).

من المقرر قانونا أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها، وتخييرها بين البقاء عند– مربيها أو الذهاب لوالدها– رغم أنها تجاوزت سن التمييز، فإنهم بذلك خرقوا القانون واستحق قرارهم النقد.

المجلة القضائية عدد **1** سنة **1996**، ص.**105**.[2]

الفرع الثاني: وفاة المكفول أو الكافل:

تعد وفاة المكفول أو الكافل سببا في انقضاء عقد الكفالة وانتهائها، إذ أن العقد ينحل بوفاة المكفول فيصبح محل الكفالة المتمثل في القيام بقاصر من تربية ورعاية قيام الأب بابنه معدوما لعدم وجود من سوف تقام لمصلحته الرعاية، العناية والتربية، وهذا هو الانقضاء الطبيعي للكفالة.

وباعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع وملزم لجانب واحد هو الكافل، فإنه بوفاته ينحل عقد الكفالة وينقضي التزامه بحيث يستحيل تنفيذه، وهذا يضع المكفول القاصر في حلقة مفرغة فيصبح يتيما مرة

---

[1]– المادة 461 من القانون المدني الجزائري تنص أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام".

[2]– دلاندة يوسف، المرجع السابق؛ ص.110.

أخرى لا يجد بجانبه من يقوم به، فتصح في حقه كفالة أخرى.

ولقد نظم المشرع حالة وفاة الكافل في قانون الأسرة الجزائري بنصه على أنه: "... **وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إذا التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية** "، وهذا طبقا للمادة **125**[1].

ومن هنا يفهم أن الكفالة تنتقل من المورث إلى الورثة إذا ما صرحوا بالتزامهم بالحلول محل مورثهم في مهمة التكفل بالطفل القاصر، فتنتقل الالتزامات المترتبة عن عقد الكفالة إليهم و يصبح أحدهم كافلا جديدا.

ونلاحظ غياب تحديد من له الولاية المباشرة على المكفول بعد وفاة الكافل من طرف المشرع الجزائري، وهذا يجعلنا نعود إلى أحكام الولاية على النفس في نص المادة **87** من قانون الأسرة الجزائري[2]، التي تنص على أنه: " **يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا** "، وعليه فإنه إذا التزمت بها زوجة الكافل المتوفى تصبح كافلة للولد المكفول فتقوم بتقديم طلب جديد إلى القاضي أو الموثق وتحرر عقد كفالة جديد، وهذا ما نلاحظ غيابه في نصوص القانون الجزائري إلا أنه معمول به في الواقع؛ بينما في حالة عدم التزام الورثة بالكفالة أي تخلوا عنها ولم يتمسكوا بكفالة المكفول الذي كان تحت رعاية مورثهم، فإن الكفالة تنقضي تلقائيا و يصبح المكفول دون ولي خاصة إذا كان المجهول النسب، وبما أن القاضي ولي لمن لا ولي له فإنه يتكفل بحالة القاصر ويسند أمره إلى كافل جديد إن وجد، وإن لم يكن فإنه يسنده إلى الجهة المختصة بالرعاية التي غالبا ما تكون مؤسسات حماية الطفولة.

ولقد أدرج المشرع **المغربي** حالة انقضاء الكفالة بموت المكفول أو الزوجين الكافلين معا أو المرأة الكافلة، وذلك في المادة **25** من قانون الأطفال المهملين المغربي.

---

[1]– عبد الفتاح تقية، المرجع السابق؛ ص.247.

[2]– القانون رقم 84–11 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري؛ المرجع السابق.

بينما نجد المشرع **التونسي** نص في الفصل**7** على أنه: "**تنتهي الكفالة عند بلوغ المكفول سن الرشد.**"[1] وهذا ما لا نجده في القانون الجزائري إذ لم ينص على نهاية الكفالة ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني المتمثل في 19 سنة كاملة.

المطلب الثاني: النهاية القانونية للكفالة:

النهاية القانونية للكفالة يقصد بها النهاية بقوة القانون، غير أن المشرع الجزائري لم ينص عليها صراحة إلا أننا استخلصناها من أحكام المادة **118** التي تنص على شروط الكافل، وبتخلف أحد هذه الشروط تنقضي الكفالة؛ ومن مميزات الكفالة نجد القيام بشؤون القاصر فلا بد لذلك من أن تتوفر في الكافل كل من شرط الأهلية، الإسلام، و القدرة على القيام برعاية المكفول كما سبق توضيحه، وعلى هذا الأساس فإن أي خلل أو تغيير يطرأ على هذه الشروط يجعل الكافل غير كفؤ للقيام بالمكفول.

الفرع الأول: فقدان الأهلية والردة عن الإسلام:

إن كمال الأهلية وشرط الإسلام من الشروط الواجب توافرها في الكافل من أجل صحة الكفالة، فاختلال أحد منهما يؤدي بالضرورة إلى بطلان الكفالة.

باعتبار الكفالة التزام على وجه التبرع فإنه لابد أن تتوفر في الكافل أهلية كاملة خالية من العيوب، حيث يجب أن يكون بالغا لسن الرشد الذي هو **19** سنة كاملة حسب القانون المدني الجزائري في المادة **40** منه، إضافة إلى تمتعه بكامل قواه العقلية، ذلك لأنه غالبا ما تصيبه عوارض من شأنها أن تشل ملكاته العقلية كليا أو جزئيا فتؤثر بالتالي في إرادته وإدراكه مما يجعله غير كامل الأهلية رغم بلوغه سن الرشد القانونية.[2]

---

[1]– القانون عدد 27 لعام 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني؛ المرجع السابق.

[2]–عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق؛ ص.131.

أولا: فقدان الأهلية:

يجب أن يكون الكافل غير محجور عليه فمن أسباب الحجر أن يعتري الكافل بعد إبرام عقد الكافلة و أثناء سريانها عارض من عوارض الأهلية كالجنون، العته والسفه، ولا يكون الحجر إلا بموجب حكم يثبت ذلك حسب ما جاء في المادة **103** من قانون الأسرة الجزائري.[1]

بالتالي فإنه إذا تواجدت هذه العيوب فلا يمكن إبرام عقود التبرع (الكفالة)، وإذا كان هذا التصرف قد أبرم قبل اكتشاف أحد هذه العيوب فإنه يكون قابلا للإبطال، لأنها تحد من تصرفات الكافل التي تكون لصالحه فكيف بالتصرفات المتعلقة بالقيام بشخص أخر؟!

ولقد نص المشرع **المغربي** على أن فقدان الزوجين الكافلين معا لأهليتهما وكذلك فقدان المرأة الكافلة لأهليتها أو حل المؤسسة، الهيئة، المنظمة أو الجمعية الكافلة تؤدي إلى انقضاء الكفالة، وكل هذه تعتبر من أسباب انتهاء الكفالة.[2]

وما نلاحظه أن المشرع الجزائري لم ينص على أن حل مؤسسات حماية الطفولة يؤدي إلى انقضاء الكفالة، عكس المشرع المغربي الذي أدرجه في نصوصه القانونية كما سبق تبيانه.

ثانيا: الردة عن الإسلام:

من شروط الكافل الواردة في نص المادة **118** من قانون الأسرة الجزائري أن يكون مسلما، وهذا يعود لكونه المتكفل بشؤون القاصر المكفول وأن هذا الأخير سوف ينشأ معه ويأخذ أخلاقه، عاداته،

---

[1]– المادة 103 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة لإثبات أسباب الحجر".

[2]–المادة 25 من قانون الأطفال المهملين المغربي؛ المرجع السابق.

تقاليده وكذلك دينه، ثم إن الدستور نص على أن دين الدولة الجزائرية هو الإسلام فمعظم المتواجدين على ترابها هم مسلمين.

والطفل القاصر أيضا إذا وُجد –خاصة إذا كان لقيطا دون نسب– في بلاد المسلمين أو في منطقة يوجد بها أشخاص مسلمين[1] فهو يعتبر بذلك مسلما، وعلى هذا الأساس كذلك وجب تكفله من طرف المسلم، ومن هنا فإن الكافل إذا أبرم عقد الكفالة ثم ارتد بعد ذلك عن الإسلام فإن الكفالة تنقضي بذلك.

الفرع الثاني:عدم القدرة على الكفالة والتخلي عنها:

لقيام الكافلة صحيحة منتجة لأثارها من تربية، تعليم، نفقة، ورعاية وجب توفر القدرة على ذلك لدى الكافل وإلا وقعت باطلة، كما أنها تنقضي بتخلي وتنازل الكافل عنها.

أولا: عدم القدرة على الكفالة:

باعتبار الكافل وليا على القاصر فهو ملزم بموجب عقد الكفالة على العناية بالطفل وإعالته ماديا، معنويا واجتماعيا، لكنه قد يحصل وأن يعتري الكافل عوارض صحية تؤدي إلى عدم قدرته على القيام بشؤون القاصر مثل الشلل، التقدم في السن...

وقد يكون الكافل غير قادر على توفير كل الظروف المادية اللائقة بالمكفول كأن يكون عاملا ويتقاضى مبلغا لا يكفيه لتغطية نفقاته العائلية[2]، بحيث يعتبر حينها فقيرا غير قادر حتى على إعالة نفسه، فيتخبط في هذه الظروف ويصبح عاجزا على مواجهتها، ولا تبقى أية فائدة من وجود عقد الكفالة، لأن أساسه التبرع فكيف بهذا أن يقوم بشؤون القاصر.

---

[1]– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق؛ ص.246 .

[2]– سلامي دليلة، المرجع السابق؛ ص.70 .

ثانيا: التخلي عن الكفالة:

سبق بيان أن الكفالة يمكن أن تنتهي بطلب من أبوي المكفول إذا كان معلوم النسب، ولكن قد تنقضي كذلك بدون طلب منهما وذلك بتخلي و تنازل الكافل عنها، ويكون ذلك أمام الجهة التي أقرتها وبعلم النيابة العامة[1]، وهذا ما جاء إيضاحه في المادة **125** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن: "**التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة...**"

والجهة التي أقرت الكفالة قد تكون إما الموثق أو القاضي لذلك فإنه إن حدث وتنازل الكافل عن الكفالة فإن ذلك يجب أن يكون أمام نفس الجهة التي منحتها له.

وهذا التنازل منه قد يكون لأسباب متعلقة بشخص الكافل مثل: المرض، الفقر المفاجئ، الإفلاس، وفاة أحد الزوجين... كما قد يكون لأسباب متعلقة بالمكفول كأن يكون لديه مرض معدٍ، إعاقة ذهنية أو جسدية...

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن إسقاط الكفالة عن الكافل بموجب حكم قضائي، خاصة إذا كان سيئ الأخلاق، متعاطيا للخمور والمخدرات، مسيئا إلى أبنائه بالضرب وسوء المعاملة، وذلك بتقديم دعوة ممن له مصلحة أو من طرف النيابة العامة.

ونلاحظ أن المشرع **المغربي** ينص على ذلك في مضمون المادة **25** من قانون الأطفال المهملين السالف ذكره، على أنه يمكن إلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالة إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة أو إذا اقتضت ذلك المصلحة الفضلى للطفل المكفول.

---

[1]– عبد الفتاح تقية، المرجع السابق؛ ص.247 .

خاتمة:

انطلاقا مما سبق نتوصل للقول أن المشرع الجزائري جاء بالكفالة بدلا من التبني تماشيا مع الشريعة الإسلامية لحماية الطفولة من الأخطار المعنوية والمادية المحيطة بها، ولقد قام بتعريف الكفالة وبين الشروط الواجب توافرها في الكافل والمكفول، إضافة إلى إدراجه للإجراءات المتبعة في الكفالة والآثار الناتجة عنها وكيفية انقضائها.

إلا أنه تناولها في عشرة مواد فقط وهذا يعتبر قليلا يظهر قلة اهتمام المشرع بالكفالة، وأغفل جوانب كثيرة كان من المستحسن لو نص عليها لأن الكفالة تتعلق بفئة مهمة من المجتمع، ومن بين النقائص التي تشوب الكفالة في قانون الأسرة نجد:

– اعتبار المشرع الكفالة عقد من العقود المدنية وهذا عكس التشريعات والقوانين العربية الأخرى التي اعتبرت الكفالة نظاما قائما بحد ذاته مثلما هو معمول به في التشريع المغربي.

– المشرع الجزائري لم ينص على تعريف التبني وتمييزه عن الكفالة مما جعل معظم الأشخاص لا يميزون بين النظامين، مما ينتج عن ذلك عدم التمييز بين ما هو حرام وما هو حلال.

– سكت المشرع كذلك عن اشتراط الجنسية الجزائرية في الكافل و ضرورة موافقة زوج الكافل، لأنه لم ينص على شرط الذكورة في الكافل كما لم ينص على جواز الكفالة للمرأة، الهيئات والأشخاص المعنوية، وكذا لم ينص على شرط الزواج للكافل.

– لم يحدد السن الفارق بين الكافل والمكفول.

– المشرع لم ينص على ضرورة المتابعة من طرف القاضي بعد تسليم المكفول إلى الكافل بصفة دورية، وكان من المستحسن لو أن المشرع نص على إجراءات تسليم المكفول وتحرير محضر بذلك مع وجود محضر قضائي وكل الأطراف المعنية.

–ضرورة النص على أن عودة المكفول إلى والديه تكون أمام الجهات القضائية فقط والنص صراحة على الإجراءات الواجب إتباعها، كما أن المشرع لم يحدد من له الولاية القانونية على المكفول بعد وفاة الكافل.

ويمكن اعتبار المرسوم التنفيذي 92–24 المتعلق بتغيير اللقب ذو ميزة خاصة، بحيث نظم وضعية الأولاد مجهولي النسب بصفة محكمة لضمان حياة مستقرة داخل العائلة المتكفل بهم وداخل المجتمع.

وأخيرا فإنه على المشرع الجزائري إعادة النظر في موضوع الكفالة وتنظيمها بشكل محكم أكثر وإعطائها أهمية أكبر، ذلك بجعلها نظاما قائما بذاته والنص عليه في قانون مستقل عن قانون الأسرة، وهذا لا يكون إلا بإثارتها من طرف كتاب ورجال القانون.

قائمة المراجع

- القران الكريم.

I. الكتب:

1)- أسامة أحمد شتات، قانون الطفل الأحداث؛ دار الكتب القانونية، مصر، 1998.

2)- انتصار عبد المحسن الثويني، قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ الدور التاسع، الصفاة، برج العنزي، 1956 .

3)- الشربحي البشري، رعاية الأحداث في الإسلام والقانون المصري؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.

4)- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"؛ الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

5)- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل؛ الطبعة الأولى، د.د.ن، الجزائر، 2008 .

6)- دلاندة يوسف، قانون الأسرة معدل بأحداث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث؛ دار هومه، بوزريعة، الجزائر، 2004.

7)- زين الدين أحمد بن عبد اللطيف الزبيدي، مختصر صحيح البخاري؛ الطبعة الثانية، دار الفجر للتراث، القاهرة، مصر، 2010.

8)- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري؛ الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

9)- عبد الله بن عبد الرحمن البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام؛ الجزء الرابع، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، د.س.ن.

10)- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون " النظرية العامة للحق"؛ دار هومه، الجزائر، 2011.

11)- عبد المؤمن شجاع الدين، الولاية على الطفل "دراسة فقهية قانونية مقارنة"؛ كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، اليمن، 2011.

12)- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة " من منظور الفقه و التشريع و القضاء "؛ منشورات ثالة، الأبيار، الجزائر، 2011.

13)- عبد اللطيف محمد عامر، التبني بين التاريخ والشرائع؛ الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 2008.

14)- عزالدين قمراوي، نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و تطبيقا؛ دار الهدى، الجزائر، 2008.

15)- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"؛ ديوان المطبوعات الجماعية، الجزائر، 2007.

16)- عمر سليمان الأشقر، محمد عثمان بشير، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة؛ المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1998.

17)- قاسم محمد النوري، البيان في مذهب الإمام الشافعي؛ المجلد الثامن، دار المنهاج، مصر، د.س.ن.

18)- لحسين بن شيخ آت ملويا، قانون الأسرة "مفسر مادة مادة للمبتدئين والممارسين"؛ الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

19)- محمد بوخبرة، الذخيرة؛ الجزء التاسع، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.

20)- محمد أحمد مروح مصطفى، الكفالة وأنواعها؛ الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 2003.

21)- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته؛ الطبعة الأولى، الجزء السابع، دار الفكر، 1985.

22)- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر "العبادات"؛ المجلد الأول، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكلم الطيب، دمشق، 2000.

II. القواميس:

قاموس المنجد في اللغة والأعلام، ط27، دار المشرق، بيروت، 1986.

III. الرسائل والمذكرات:

1)- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة "دراسة مقارنة"؛ رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005.

2)- سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة؛ مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

3)- بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة الشريعة الإسلامية؛ مذكرة نهاية التكوين، الدفعة الثانية عشر، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر،2004.

4)- خلوفي بشير، التبني والكفالة؛ مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، محكمة أرزيو، مجلس قضاء وهران، الجزائر، د.س.م.

5)- طلبة مالك، التبني والكفالة؛ مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابع عشر، محكمة أرزيو، مجلس قضاء وهران، 2006.

IV. المقالات:

1)- أحمد الخمليشي، الأسرة بين التنظير والواقع؛ مجلة الحق الفصلية، المغرب، 1995.

2)- الحطري حكيمة، مجلة الفقه والقانون" كفالة الأطفال المهملين بين الضوابط القانونية والواقع المعشي"؛ القيروان، 2011.

V. النصوص القانونية:

النصوص التشريعية:

1)- القانون رقم 75-58 المؤرخ في26 سبتمبر المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم للأمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005؛ ج.ر عدد 44 الصادرة في 26 جوان 2006.

2)- الأمر رقم 66 – 156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 09 – 01 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ25 فبراير سنة 2009، ج.ر 15 الصادرة في 08 -03-2009.

3)- القانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404 الموافق لـ9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02، ج.ر عدد15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

النصوص التنظيمية:

المرسوم التنفيذي رقم 92-24 مؤرخ في 8 رجب عام 1412 الموافق لـ13 يناير سنة 1992، يتمم ويعدل المرسوم رقم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر عدد 5 الصادرة في 22 جانفي 1992.

VI. القوانين المقارنة:

1)- مجلة الأحوال الشخصية المؤرخة في 13 أوت 1956، منشورة بالرائد الرسمي التونسي عدد 66، الصادر في 17 أوت 1956.

2)- القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

3)- قانون رقم 1.93.165، الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10سبتمبر1993)، المتعلق بالأطفال المهملين.

4)- ظهير شريف رقم 1.02.172 الصادر في فاتح ربيع الأخير 1423(13 يونيو2002) بتنفيذ القانون رقم01-05 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

5)- ظهير الشريف رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3فبراير2004)، بتنفيذ القانون رقم 03 -70 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004.

الفهرس

العناوين الصفحة

مقدمة..... 1

خطة البحث..... 3

الفصل الأول: مفهوم الكفالة، شروطها وإجراءاتها..... 5

المبحث الأول: مفهوم الكفالة و أركانها..... 6

المطلب الأول: مفهوم الكفالة..... 6

الفرع الأول: تعريف الكفالة..... 6

أولا: الكفالة لغة..... 6

ثانيا: الكفالة اصطلاحا..... 7

1)- حسب القانون المدني..... 7

2)- حسب قانون الأسرة..... 8

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة..... 8

الفرع الثالث: خصائص الكفالة..... 9

الفرع الرابع: تمييز الكفالة عن نظام التبني..... 10

المطلب الثاني: أركان الكفالة..... 12

الفرع الأول: التراضي..... 12

أولا: أطراف العقد..... 12

1)-الكافل..... 12

2)-المكفول..... 12

أ/الأبوين..... 13

ب/مؤسسات حماية الطفولة..... 13

ثانيا: الأهلية..... 15

1) أهلية الكافل والمكفول..... 15
2) – أهلية والدي الطفل..... 16
3) – عوارض الأهلية..... 16
ثالثا: عيوب الإرادة..... 17
1)–الغلط..... 17
2)–التدليس..... 18
3)–الإكراه..... 18
4)– الاستغلال..... 18
الفرع الثاني: المحل والسبب..... 18
أولا: المحل..... 18
ثانيا: السبب..... 19
الفرع الثالث: مكانة الشكل في العقد..... 20
المبحث الثاني: شروط الكفالة واجرءاتها..... 21
المطلب الأول: شروط الكفالة..... 21
الفرع الأول: الشروط الواجبة في الكافل..... 21
أولا: شرط الإسلام..... 22
ثانيا: شرط العقل..... 25
ثالثا: شرط القدرة..... 25
الفرع الثاني: الشروط الواجبة في المكفول..... 27
أولا: أن يكون المكفول قاصرا..... 28
ثانيا: أن لا يكون له شخص يرعاه..... 28
1) – القاصر معروف النسب..... 29
2) – القاصر مجهول النسب..... 29

الفرع الثالث: طرق إبرام عقد الكفالة..... 30
أولا: إبرام الكفالة أمام القاضي..... 30
ثانيا: إبرام عقد الكفالة أمام الموثق..... 32
ثالثا: إبرام الكفالة أمام البعثات الدبلوماسية..... 33
المطلب الثاني: إجراءات الكفالة..... 33
الفرع الأول: المرحلة الأولى للإجراءات..... 33
أولا: القاصر معلوم الأم..... 34
ثانيا: القاصر مجهول الأبوين..... 34
الفرع الثاني: المرحلة الثانية للإجراءات..... 35
1)- الوثائق المتطلبة من والدي المكفول.....36
2)- الوثائق المتطلبة من الكافل.....36
الفصل الثاني: آثار عقد الكفالة وانقضاؤها..... 38
المبحث الأول: آثار عقد الكفالة..... 39
المطلب الأول: آثار عقد الكفالة بالنسبة للكافل..... 39
الفرع الأول: الولاية على نفس المكفول..... 39
أولا: النفقة..... 39
ثانيا: التعليم والتأديب..... 40
ثالثا: الزواج..... 41
الفرع الثاني: الولاية على مال المكفول..... 42
أولا: إدارة أموال المكفول..... 42
ثانيا: المنح العائلية والدراسة..... 44
المطلب الثاني: آثار الكفالة بالنسبة للمكفول..... 45
الفرع الأول: احتفاظ المكفول بنسبه..... 45
أولا: المكفول معلوم النسب..... 46

ثانيا: المكفول مجهول النسب..... 47
1)- تغيير اللقب بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب...48
أ/ - الشروط القانونية لتغيير لقب المكفول..... 48
ب/ - الوثائق المطلوبة لتغيير لقب المكفول..... 49
ج/ - التحقيق في الطلب وإصدار الأمر..... 49
2)- التناقضات المستخلصة من المرسوم 92-24 المتغير اللقب.....51
الفرع الثاني: الوصية أو الهبة للمكفول..... 51
أولا: الوصية..... 52
ثانيا: الهبة..... 53
المبحث الثاني: انقضاء عقد الكفالة..... 54
المطلب الأول: النهاية الطبيعية للكفالة..... 55
الفرع الأول: طلب والدي المكفول..... 55
أولا: قبل بلوغ المكفول سن التمييز..... 55
ثانيا: بعد بلوغ المكفول سن التمييز..... 56
ثالثا: نماذج عن قضايا طلب استرجاع المكفول..... 57
الفرع الثاني: وفاة المكفول أو الكافل..... 58
المطلب الثاني: النهاية القانونية للكفالة..... 60
الفرع الأول: فقدان الأهلية والردة عن الإسلام..... 60
أولا: فقدان الأهلية..... 61
ثانيا: الردة عن الإسلام..... 61
الفرع الثاني:عدم القدرة على الكفالة والتخلي عنها..... 62
أولا: عدم القدرة على الكفالة..... 62
ثانيا: التخلي عن الكفالة..... 63

خاتمة..... 64
قائمة المراجع..... 66
الفهرس..... 71