Route Educational & Social Science Journal

Volume 6(9); October 2019

Artical History

Received/ Geliş	Accepted/ Kabul	Available Online/yayınlanma
19.09.2019	02.10.2019	31.10.2019.

Child protection guaranteed in Algerian law

حماية الطفل المكفول في القانون الجزائري

سعيدان أسماء. أستاذة محاضرة (أ) . جامعة الجزائر1

الملخص

هناك فئة من الأطفال محرومة من الوسط العائلي لأسباب كثيرة، ولقد اعتمد المشرع الجزائري خيار الكفالة قصد التكفل بهم، والتي تعتبر أحسن وسيلة لحماية الأولاد القصر المتخلى عنهم أو المولودين عن طريق علاقة غير شرعية. فالكفالة هي نظام قانونى يتمثل في قيام شخص بالتكفل بشخص آخر ضمن شروط قانونية، فهي تسمح برعاية الأطفال والأيتام وإعطائهم فرصة العيش الكريم مثل باقي الأطفال في إطار قانوني. ولتفادي أي تجاوز في حق الطفل أو أي استغلال له، وضع المشرع شروطا وإجراءات محددة وصارمة تضمن تحقيق الهدف المرجو من الكفالة، ألا وهو القيام على سبيل التبرع بولد قاصر من نفقة ورعاية وتربية، فلابد أن يكون الكفيل مسلما، عاقلا، قادرا ماديا وصحيا. وتكون الكفالة لصالح الولد المعلوم النسب أو مجهوله، برضا والديه إن كانا موجودان، وبموجبها يخوّل للكفيل الولاية على المكفول ومنه الحق في جميع المنح العائلية والمدرسية، وأيضا الحق في اللقب العائلي، دون أن يشكّل ذلك نسبا أو تبني، كما يمكن التوصية له في حدود ثلث التركة. وتنتهي الكفالة ببلوغ المكفول سن الرشد أو بطلب من الوالدين إذا أذن القاضي بذلك مراعاة لمصلحة الطفل، أو بتخلي الكفيل، أو في حالة وفاته، إذا لم يقبل الورثة بالكفالة.

الكلمات المفتاحية: نظام الكفالة، الكفيل، الطفل القاصر.

Abstract

There is a category of children deprived of the family center for many reasons. The Algerian legislature has adopted the option of sponsorship in order to protect them. It is considered an appropriate means of protecting abandoned minors or born through an illegal relationship. A bail is a legal system for a person to be covered by another person under legal conditions. It allows the care of children and orphans and gives them the opportunity to live like children in a legal framework. In order to avoid any abuse or exploitation of the child, the legislator has set

strict and strict conditions and procedures to ensure that the goal of sponsorship is met, namely, to donate a minor child for maintenance, care and education. The guarantor must be Muslim, reasonable, financially and physically capable. The sponsorship is in favor of the child known or unknown, with the consent of the parents if they exist, under which the sponsor is entitled to the state of the sponsor and from him the right to all family and school grants, as well as the right to the family title, without the proportions or adoption, The estate. The guarantee ends with the arrival of the guarantor at the age of majority or at the request of the parents if the judge so permits in the interest of the child, the rescission of the guarantor or, Or in case of death, if heirs do not accept bail.

Keywords: Sponsorship system, sponsor, minor child.

المقدمة:

تعتبر الأسرة النواة الأولى للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمعهم صلة الزوجية أو صلة القرابة، إلا أن هناك فئات في المجتمع محرومة من العائلة لأسباب كثيرة اجتماعية أو اقتصادية. حيث انتشرت ظاهرة الأولاد الذين تم إنكارهم والتخلي عنهم، سواء كان الأبوان معلومين ولم يقدرا على رعاية ابنهم وتربيته لظروف أجبرتهم على التخلي عنه وتسليمه قصد رعايته لمن يستطيع لذلك اجتماعيا وماديا، أو قد نكون أمام طفل مجهول الأبوان أو أحدهما، كما قد نكون أمام أطفال ضحايا الإرهاب والمجازر الجماعية، وهم الأطفال الذين خلّفتهم العشرية السوداء بالجزائر، حيث كانوا في السابق ينعمون بالحنان والدفء ضمن أسرهم. وأمام هذه الحالات، نجد أنفسنا أمام أطفال أبرياء لا يمكن إنكارهم لأن ذلك يعدّ جريمة في حقهم فهم ليس لهم ذنب في ما وقع لهم، ولحمايتهم اتجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة نحو خيار الكفالة، للتكفل بهم من الناحية القانونية، وإعطاء فرصة للأولاد الذين لم يحظوا بالحنان والسكينة أن يعيشوا في دفء عائلات، حيث يربي الكافل المكفول كأنه ولده من صلبه. فالكفالة تعتبر وسيلة ملائمة لحماية الأولاد القصر المتخلى عنهم أو المولودين عن طريق علاقة غير شرعية. ولقد تم استبعاد التبني، باعتباره أمر محرم شرعا وقانونا.[1]

[1]– قديري سوسن، الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون دولي وحقوق الإنسان، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية: 2015/2014، ص 01 وما يليها. – وعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، السنة الجامعية: 2001– 2004، ص 10.

والكفالة عرّفها المشرع الأسري في المادة 116 بنصه: " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي."[2]

إذن فالكفالة هي عبارة عن عقد مبرم في شكل رسمي أو قضائي يهدف إلى التعهد أو الالتزام بالتكفل بولد قاصر ورعايته وحمايته وتربيته تربية سليمة مبنية على أسس أخلاقية، وتوفير له كل الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي تسمح له بحياة كريمة ومعاملته معاملة الابن الشرعي، بالرغم من أنه لا يوجد في الواقع أي علاقة أو التزام بين الكافل والمكفول في الأصل.[3] ولقد ثبتت مشروعية الكفالة في الشريعة الإسلامية في كثير من الآيات والأحاديث النبوية الشريفة.

tأهمية الموضوع تكمن في أن الكفالة هي إحدى صور الرعاية البديلة التي اعترفت بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم أو مجهول النسب، حيث تتم رعايته من طرف أسرة غير أسرته الحقيقية سواء كانت من أقاربه أو غريبة عنه.

يمكن القول أن موضوع الكفالة هو من المواضيع الاجتماعية التي لها صلة بكيان الأسرة، فهو باب من أبواب الإحسان والتكافل الاجتماعي، خاصة في ظل انتشار ظاهرة الأولاد مجهولي النسب، والأطفال المتخلى عنهم. فالكفالة تعدّ مقصد من مقاصد الشريعة المتمثلة في المحافظة على نفس ومال الطفل المكفول.

أما أهداف البحث فتتمثل في بيان النقائص الموجودة في القانون بخصوص موضوع الكفالة وإزالة اللبس والغموض الذي يكتنف هذا الموضوع في بعض النقاط، والتطرق إلى أهم الثغرات التي غفل عنها المشرع الجزائري، مع إبراز قيمة هذا الموضوع. فبالرغم من أهمية الكفالة، فإن المشرع الجزائري عالجها في قانون الأسرة من خلال 10 مواد فقط (المواد من: 116 إلى 125)، وتتم الكفالة وفق شروط وإجراءات منصوص عليها في المواد: (492 إلى:497) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولهذا فإن هذا الموضوع يطرح **الإشكالية** الآتية: كيف تعامل المشرع الجزائري مع الكفالة، وإلى أي مدى راعى مصلحة المكفول، وهل وفّق في إحكام قواعد الكفالة، وما مدى نجاعة النظم القانونية المنظمة للكفالة في حماية الكفيل؟ وسأحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال الخطة الآتية:

المبحث الأول: النظام القانوني للكفالة

المطلب الأول: شروط الكفالة

المطلب الثاني: خصائصها

المطلب الثالث: إجراءاتها

---

[2]- الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فيفري 2005 المعدل لقانون الأسرة، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد: 15 بتاريخ: 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فيفري 2005.

[3]- مصطفى معوان، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة قسنطينة، 2004، العدد: 09، ص 514.

المبحث الثاني: آثار الكفالة وأسباب انقضائها

المطلب الأول: آثار الكفالة

المطلب الثاني: أسباب انقضائها

وسأتبع في دراسة هذا الموضوع، المنهج الوصفي التحليلي من خلال عرض الجزئيات المراد دراستها، مع تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالكفالة التي وردت في القانون الجزائري.

المبحث الأول

النظام القانوني للكفالة

تعتبر الأسرة هي الوسط الطبيعي الذي يفترض أن ينمو فيه الطفل، وهذا هو الهدف من الكفالة باعتبارها رعاية بديلة، غير أن تحقيق هذا يتطلب توافر شروط، والمرور بمراحل تكون تحت إشراف جهة رسمية تسهر على تحرير العقد وتنفيذه إلى غاية انقضائه، حماية لمصلحة الطفل المكفول. ولا بد هنا من الرجوع إلى قانون الأسرة الذي يعدّ الشريعة العامة في تنظيم أحكام الكفالة. وهذا ما سيتم دراسته في هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب، أتطرق في الأول إلى شروط الكفالة، ولخصائصها في المطلب الثاني، أما المطلب الثالث فأتناول فيه إجراءاتها.

المطلب الأول

شروط الكفالة

يبرم عقد الكفالة بتوافر الشروط المنصوص عليها في المادتين: 118 و 119 من قانون الأسرة. وهذه الشروط تتعلق بطرفي عقد الكفالة وهما الكافل والمكفول.

الفرع الأول

شروط الكافل

لإبرام أي عقد لا بد من توافر شروط، وكذلك الحال بالنسبة لعقد الكفالة التي لديها الصبغة القانونية، وعليه يتطلب الأمر لإبرامها توافر شروط معينة. فهناك شروط منصوص عليها قانونا، وهناك شروط أخرى غير منصوص عليها قانونا وتدخل في نطاق الاجتهادات القضائية.

أولا– الشروط المنصوص عليها قانونا:

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

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن الشروط الواجب توافرها في الكافل هي:

1– الإسلام: يجب أن يكون الكافل مسلما، فالمشرع الجزائري اعتبر الإسلام شرطا ضروريا في الكافل، وبالتالي إذا تقدم شخص غير مسلم بطلب كفالة طفل قاصر جزائري فإن طلبه سيرفض حتى ولو كان الكافل جزائري الجنسية. ولا يشترط في الكافل أن يكون متحدا في الدين مع الولد المكفول، وقد قال الحنابلة: إن الوالد أحق بكفالة ولده، وإن كان كافرا لم يتبعه في دينه، لأنه محكوم بإسلامه، ولأنه لا ولاية للكافر على المسلم، لكن يثبت نسبه منه.

2– أن يكون الكافل عاقلا: يجب أن يكون الكافل بالغا وراشدا متمتعا بالأهلية الكاملة وغير محجور عليه لأي سبب كان، طبقا لأحكام الحجر المنصوص عليها في قانون الأسرة، وهذا لأن الكافل مسؤول عن الكفيل من حيث الرعاية والحماية.

3– أن يكون الكافل قادرا: ويقصد بالقدرة هنا الحالة المالية والجسدية للكافل، أي يكون قادرا على رعاية المكفول والقيام بشؤونه، كأن يكون عاملا ويتقاضى دخلا شهريا يكفيه لتغطية نفقاته العائلية، وأن يوفر له الرعاية المعنوية، كتعليمه. ولابد للقاضي أو الموثق التأكد من توافر هذا الشرط قبل منح الكفالة، من خلال إجراء تحقيق للتأكد من ذلك، وكذا للتعرف على مدى صحة ادعاءات الكافل وسلوكه في المجتمع، لأن الغاية هي رعاية القاصر وحمايته وحسن تربيته. وفي هذا الصدد يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كاشف الراتب الشهري للتحقق من القدرة المالية تحت طائلة الرفض، وهذا لحماية مصلحة الطفل المكفول. وهناك من قال بأنه يجب أن يتعدى دخل طالبي الكفالة الحد الأدنى للأجر بعد طرح كل الأعباء والتكاليف الشهرية، كما يجب أن يتوافر طالبا الكفالة على سكن لائق وصحي.[4]

ثانيا– الشروط غير المنصوص عليها قانونا:

لقد أغفل المشرع ذكر بعض الشروط التي يجب أن تتوافر في الكافل وهي:

– سن الكافل: لا يوجد أي نص قانوني ينص على هذه المسألة، لكن يمكن القول أنه لابد أن يتجاوز سن الكافل سن المكفول. ولم يحدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة سن الكافل إلا من خلال نصه على الأهلية في المادة: 118 من قانون الأسرة، وبلوغه سن الرشد 19 سنة في المادة 40 قانون مدني.

– جنس الكافل ذكر أم أنثى: لا فرق هنا بين أن يكون الكافل رجلا أو امرأة. وإذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة، يتعين موافقة زوج الآخر.[5] – كما سكت المشرع عن ذكر جنسية الكافل، وهذا ما سمح بوضع بعض الأطفال المحرومين من العائلة عند عائلات أجنبية مسلمة للتكفل بهم.[6] – كما لم ينص المشرع على حق الأشخاص المعنوية في الكفالة، مثل: المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمنظمات والجمعيات

[4]– قديري سوسن، المرجع السابق، ص 46. – مصطفى معوان، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة قسنطينة، عدد: 09، سنة 2004، ص 519، 516.

[5]– الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 169.

[6]- Nadia Ait Zai, la kafala en droit algérien, R.A.S.J.E.R, Université d'Alger, n°4, 1993, P. 798.

ذات الطابع الاجتماعي، مع العلم أن هذه الشخصيات المعنوية لديها ذمة مالية، ويد عاملة وتسيير بشري لائق يمكّنها من التكفل بالأطفال. فمن الأفضل النص عليها صراحة في قانون الأسرة، أسوة بما فعل المشرع المغربي.

الفرع الثاني

شروط المكفول

تنص المادة 119 من قانون الأسرة بأن الكفالة ليست تبنيا، ولهذا السبب لا يشترط أن يكون المكفول مجهول النسب، بل قد يكون أبواه معروفين وعلى قيد الحياة أو أنهما متوفيين فالغاية هي ضمان تربية الطفل في وسط عائلي حتى يسلم من كل آفة اجتماعية، أي أن هذه المادة تحدثت عن مجهول النسب ومعلومه على حد سواء.

ولم ينص المشرع الأسري على أي شرط بالنسبة للمكفول، ولكن يمكن استنتاج بعض الشروط التي تبناها المشرع بطريقة غير مباشرة في نص المادة: 116، وهي:

أولا– شرط سن المكفول: لم يحدد المشرع سنا معينة للمكفول، بل نص فقط على أن يكون الولد قاصرا، أي لم يبلغ سن الرشد 19 سنة، وهذا يعني أن المشرع اشترط أن يكون المكفول قاصرا، وقد ربط المشرع مفهوم القاصر بالأهلية من خلال نص المادتين: 40 و 42 من القانون المدني[7]، وحسب المادة: 40 الفقرة: 02 من القانون المدني، فإن القاصر هو الشخص الذي لم يبلغ 19 سنة، وببلوغ هذه السن يصبح كامل الأهلية أي راشدا، حيث يصبح بإمكانه القيام بشؤونه بنفسه، ولا يكون بحاجة أن يوضع تحت حماية الكافل. وكان على المشرع هنا تحديد سن، وجنس القاصر ذكرا أو أنثى.

ثانيا– نسب الطفل المكفول: حسب المادة: 119 من قانون الأسرة، فإن المكفول قد يكون معلوم أو مجهول النسب. ويكون الطفل معلوم النسب إذا كان له أبوين معلومين، وغالبا ما تكون الأسرة الواحدة هنا متكونة من عدد كبير من الأفراد وتمر بصعوبات مادية ومعنوية، فتقوم العائلة بتقديم طفل أو عدة أطفال لشخص قصد كفالته، وقد يكون هذا الشخص من الأقارب. والقاصر مجهول النسب هو الولد غير معلوم الأب، أو الذي قام الأب الذي انتسب إليه بنفي نسبه عنه، ويكون مجهول النسب مطلقا إذا لم يعرف له لا أب ولا أم. والأطفال المجهولي النسب هم الأكثر خضوعا للكفالة.

وكل الشروط السالفة الذكر وضعت لتوفير الراحة وتعويض الطفل الحرمان العاطفي ودفئ العائلة.[8]

المطلب الثاني

---

[7]– الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 27 فيفري 2005، المنشور في الجريدة الرسمية عدد: 15، المؤرخة في: 27 فبراير 2005، المعدل للقانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 9 رمضان 1404 الموافق لـ: 09 جويلية 1984 المتعلق بقانون الأسرة.

[8]- Nadia Younssi Haddad, La kafala en droit Algérien, R.A.S.J.E.R, Université d'Alger, n°4, 1999, P. 16, 17.

– بيدويري كريمة، الكفالة والتبني، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 14، 15.

خصائصها

تتميز الكفالة بعدة خصائص تميزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها، مثل الحضانة والتبني، يمكن إجمالها فيما يلي:

أولا– الكفالة التزام على وجه التبرع: حيث يقوم بها الكفيل لرعاية وحماية الطفل القاصر، ومعاملته مثل ابنه الأصلي، فيما يخص النفقة والمنح الدراسية وكل متطلبات الحياة حسب المادة 116 من قانون الأسرة. وهذا يعني أن الكافل لا يحصل على أجرة مقابل الكفالة، كما أن ما ينفقه الكافل على المكفول لا يعتبر دينا في ذمة هذا الأخير.

ثانيا– الكفالة عقد يضم ثلاثة أطراف: وهم الكفيل والمكفول والهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكافل، وهذه الهيئة هي الموثق أو القاضي، وهذا ما نصت عليه المادة: 117 من قانون الأسرة بأنه: " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق، وأن تتم برضا من له أبوين."

ثالثا– تعتبر الكفالة وسيلة لتعويض الطفل المحروم الدفء الأسري، حيث يمنح الطفل إلى الشخص الراغب في التكفل به، في حالة تمتعه بجميع الشروط التي يجب أن تتوافر فيه، وهذا حماية لمصلحته.

رابعا– الكفالة عقد شكلي: بحيث لا تقوم إلا إذا أبرمت أمام موثق، أو أمام جهة قضائية. وهي مؤقتة ليست مؤبدة، بحيث تنتهي بتوافر أحد الأسباب المحددة قانونا، كوفاة الكافل، أو إصابته بإحدى العوارض التي تجعله غير قادر على رعاية القاصر، ومتابعة شؤونه من حجر وعجز بدني وغيرها، أو حتى بإسقاط الكفالة عنه لعدم التزامه بمضمون الكفالة، بالتخلي عنها أو بمطالبة الوالدين الأصليين أو أحدهما بعودة المكفول إلى ولايتهما.

خامسا– لا يترتب على الكفالة ثبوت النسب ولا الحق في الميراث، حيث يبقى المكفول أجنبيا عن الأسرة الكافلة ولا يحق له الحصول على ميراث، بل يمكنه الحصول على هبة أو وصية في حدود الثلث.[9]

المطلب الثالث

إجراءاتها

يمر عقد الكفالة بمرحلتين، المرحلة التمهيدية التي يتم فيها التعبير عن إرادة أبوي الطفل عن موافقتهما على الكفالة، سواء كان الطفل معلوم النسب أو مجهوله، فإذا كان معلوم النسب يكون هناك اتفاق بين طرفي العقد، الكافل من جهة ووالد الطفل المكفول من جهة ثانية، أما إذا كان الطفل مجهول النسب فقد يكون معروف الأم أو لا، وتكون في هذه الحالة مؤسسة حماية الطفولة طرفا في العقد، فيتم الاتفاق على أن يتكفل الكافل بالطفل القاصر الذي هو تحت ولايتها (الفرع الأول). ثم تأتي بعد ذلك المرحلة الثانية وهي المرحلة القضائية (الفرع الثاني).

---

[9]– بوغرارة صالح، حقوق الأبناء في النسب والحضانة، ماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007، ص 67. – بكاكرية هدى، صلاح فاطمة الزهراء، أحكام التبني والكفالة، مذكرة الليسانس في الحقوق، جامعة شريف مساعدية سوق أهراس، 2012 ، ص6. – خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مذكرة ماستر في الحقوق، أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص 07.

الفرع الأول

المرحلة التمهيدية

المرحلة التمهيدية هي المرحلة التي يقوم فيها الأبوان بالتعبير عن إرادتهما وموافقتهما على الكفالة بموجب تصريح من الأبوين، أمام الموثق أو القاضي الموجود بوطن أو إقامة الموافق على تصريح الكفالة أو أمام البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج، سواء كان المكفول معلوم النسب أو مجهوله، طبقا للمادة 117 من قانون الأسرة بقولها: " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان." وهذا يفيد أن الرضا يجب أن يكون صريحا. أما في حالة طلاق الوالدين، فيجب توافر رضا الوالدين معا. أما إذا توفي أحد الوالدين، فإن رضا الأب يكفي في حالة وفاة الأم، أما إذا كان الأب هو المتوفي، فإن الأم تحل محله في الولاية على إبنها القاصر وبالتالي يكفي رضاها بكفالة إبنها.

أما إذا كان القاصر مجهول النسب، فنميز هنا بين حالتين:

1- إذا كان القاصر معلوم الأم: قد يرجع تخلي الأم عن ابنها لأسباب مادية، وهنا لا بد من رضاها بالكفالة والذي يتم أمام الموثق. كما يمكن أن يتم هذا التخلي لكونها أم عزباء، ولم يتشدد القانون هنا في اشتراط رضا أم المكفول، نظرا للوضعية الصعبة للأم العازبة في مجتمع جزائري إسلامي محافظ، حيث لا ترغب عادة في الظهور لكي لا يتم معرفتها في الواقع القانوني. فالنصوص الخاصة بالكفالة جاءت أساسا لحماية القاصر وهو الأولى بالحماية، دون اشتراط رضا أمه العازبة نظرا لظروفها الاجتماعية والأخلاقية.

2- إذا كان القاصر مجهول الأبوين: غالبا ما يكون القاصر في هذه الحالة تحت ولاية مؤسسة حماية الطفولة المسعفة التي تقوم برعايته. ويجب أن يتقدم الكافل هنا بملف لهذه المؤسسة التي تقوم بدراسته، والملف يحتوي على الوثائق التالية: – طلب خطي – بطاقة عائلية – عقد الزواج – كشف الرواتب للكافل – شهادة عمل – شهادة الجنسية – شهادتين طبيتان للزوجين – سجل السوابق العدلية للكافل
– وصل الأعباء/عقد الملكية.[10]

الفرع الثاني

المرحلة القضائية

تتمثل هذه المرحلة في تثبيت الكفالة من طرف القضاء وفي هذا الصدد تنص المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة. "[11] فعلى طالب الكفالة إذن أن يقدم طلبه إما إلى قاضي الأحوال الشخصية أو إلى رئيس المحكمة وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص، حيث يتم رفع الطلب بموجب عريضة تقدم

[10]- Nadia Younssi Haddad, O.P. cit, p. 18 ect.

[11]– القانون رقم 08-09 المؤرخ في: 18 صفر 1429 الموافق لـ: 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشور في الجريدة الرسمية عدد: 21 ، المؤرخة في: 23 أفريل 2008.

من طالب الكفالة إلى قاضي شؤون الأسرة بالمحكمة الواقع في دائرتها موطن طالب الكفالة، ويرفق الطلب بنسخة من التصريح بموافقة أبوي المكفول والقاضي المختص محليا هو المتواجد بموطن صاحب الطلب، أما إذا كان صاحب الطلب خارج الجزائر فيرفع الطلب إلى القاضي المتواجد بموطن المكفول. ويوجّه الطلب إلى رئيس المحكمة، دون وجود منازعة ولا خصومة ولا نقاش ولا مرافعة، لأنها تعتبر من الأعمال الولائية لرئيس المحكمة. وعلى القاضي المختص أن يتأكد من توافر الشروط القانونية الواجبة في عقد الكفالة، ويصدر حكمه في شكل أمر يمنح بموجبه للكافل كفالة القاصر، ويكون هذا الأمر نهائي، وهذا بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة، والتي تعتبر طرفا في جميع قضايا شؤون الأسرة حسب المادة: 03 مكرر من قانون الأسرة، ويعتبر إطلاع وكيل الجمهورية على الملف إجراء شكلي إلزامي حسب المادة: 494 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وبعد ذلك يتم إرسال نسخة من الملف إلى ضابط الحالة المدنية المتواجد في مكان ولادة الطفل القاصر المكفول، لتسجيله على هامش شهادة ميلاده بأنه طفل مكفول، وتبقى الكفالة قائمة إلى أن يتم إلغاءها بنفس الإجراءات التي قامت بها، ويكون ذلك بإرادة الكافل أو ورثته بعد وفاته.[12]

المبحث الثاني

آثار الكفالة وأسباب انقضائها

بعد أن يتم إبرام الكفالة بتوافر شروطها القانونية، وبموجبها تقوم الكفالة صحيحة وتنتج آثارها القانونية في مواجهة الكافل الذي يصبح ملزما بها، (المطلب الأول)، إلى أن يطرأ عليها أي ظرف أو سبب يؤدي إلى انقضائها وزوال آثارها في الواقع القانوني (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

آثار الكفالة

تنشأ الكفالة علاقة قانونية بين الطفل المكفول والكافل يترتب عنها آثار قانونية. وعليه سأتعرض في هذا المطلب إلى آثار الكفالة بالنسبة للكافل (الفرع الأول)، ثم آثار الكفالة بالنسبة للمكفول (الفرع الثاني).

الفرع الأول

آثار الكفالة بالنسبة للكافل

تترتب على الكفالة مجموعة من الآثار القانونية أهمها:

أولا– الولاية على نفس المكفول:

الولاية على نفس المكفول هي سلطة تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، كالحضانة والرعاية والتربية والتعليم والعناية الصحية والنفقة والتزويج. غير أنه بالنسبة لكافل المرأة لا يمكن أن

[12]– طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، الجزء الأول، دار الخلدونية، 2012، الجزائر، ص 227.

تكون لها ولاية التزويج لأنها سلطة ممنوحة للرجال وليس للنساء، ومن ثمة فالقاضي في هذه الحالة ولي من لا ولي له خصوصا بالنسبة للقصر مجهولي النسب، وهذا حسب المادة 11 الفقرة: 02 من قانون الأسرة.

1- الالتزام بالنفقة: يلتزم الكافل بالنفقة حسب المادة 116 من قانون الأسرة. وهي تتضمن الطعام والكسوة والسكن والعلاج، وما يعدّ ضروريا كمصاريف الكهرباء والغاز والمياه وكذا أدوات النظافة ومصاريف التعليم والدراسة، وغير ذلك من الضروريات، لأن المكفول يأخذ نفس مرتبة الابن الشرعي، وتستمر النفقة إلى غاية بلوغ سن الرشد بالنسبة للمكفول الذكر، أما بالنسبة للأنثى، فإن النفقة تمتد إلى غاية الدخول بها عملا بالمادة 75 من قانون الأسرة، وإذا كان للقاصر مال فتكون النفقة من ماله، وإن لم يكن له مال فإن نفقته تقع على الكافل ويتصرف هذا الأخير تصرف الرجل الحريص وذلك طبقا للمادتين 78 و 88 من قانون الأسرة. كما أن للكافل الحق في الحصول على جميع المنح العائلية والدراسية مثله مثل الولد الشرعي، طبقا لنص المادة: 121 من قانون الأسرة: " تخوّل الكفالة الكافل ..... وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الشرعي. "

2- الالتزام بالتربية ورعاية الطفل المكفول: تكون التربية وفقا لتعاليم الشريعة الإسلامية، لأن الكافل الشخص الطبيعي يجب أن يكون مسلما. وتقوم مسؤولية الكافل عن كل ضرر ينشأ عن الأفعال التي يرتكبها المكفول طبقا لقواعد مسؤولية المكلف بالرقابة حسب المادة 134 من القانون المدني الجزائري:

"كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره، أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية، إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية."[13]

ثانيا- الولاية على مال المكفول:

هي الولاية في الأمور المالية، ويقصد بها سلطة الكافل في القيام بتصرفات قانونية على مال الغير، أي إدارة مال المكفول إن وجد، بغرض حمايته لأن هذا الأخير يكون غير قادر على ذلك بسبب نقص أهليته أو انعدامها حقيقة أو حكما. والكافل بمقتضى أحكام الكفالة تخوّل له الولاية القانونية على مال الطفل المكفول، وللقيام بذلك فإنه يتوجب الرجوع إلى أحكام الولاية على مال القاصر. وتنتج هذه التصرفات آثارها في حقه. وبما أن المكفول قاصرا لا يعمل فإن أمواله تكون ناتجة عن إرث أو وصية أو هبة. وتعدّ هذه الولاية إحدى صور النيابة القانونية. وفي هذا الصدد تنص المادة 121 من قانون الأسرة: " تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي." وتنص المادة 122: " يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول". هذا وقد وضع المشرع الجزائري قواعد على الكافل احترامها

[13]- علال آمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، 2008-2009، ص 105.

عند إدارته لأموال القاصر، تتعلق بالسلطات التي يمنحها القانون للكافل أثناء ممارسته لولايته على مال القاصر المكفول، حيث يجب أن يتصرف تصرف الرجل الحريص في أموال القاصر، وأن يستأذن القاضي في التصرفات المنصوص عليها في المادة 88 من قانون الأسرة، قياسا على سلطات الولي، بحيث يجب عليه الحصول على ترخيص قضائي صادر عن قاضي الأحوال الشخصية بالنسبة للتصرفات التالية: – بيع العقار، وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة – بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة – استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة – إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد. وإذا تعارضت مصالح الكافل ومصالح المكفول القاصر يعيّن القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، قياسا على أحكام الولي.

فعلى الكافل أن يسيّر أموال الطفل المكفول بطريقة تعود عليه بالنفع والربح. وتتوقف هذه الإدارة عند بلوغ المكفول سن الرشد، أو وفاة الكافل، أو إصابته بإحدى عوارض الأهلية.[14]

الفرع الثاني

آثار الكفالة بالنسبة للمكفول

تتمثل الآثار القانونية للكفالة بالنسبة للمكفول في أثرين هما:

أولا– أثر الكفالة على الذمة المالية للمكفول:

لا يترتب للطفل المكفول الحق في النسب حسب المادة: 120 من قانون الأسرة، التي تنص على أنه: " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية." التي تنص على أنه: " يختار أسماء الأب والأم، أو في حالة عدم وجودهما المصرح، ويجب أن تكون الأسماء أسماء جزائرية، ويجوز أن يكون غير ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين معتنقين ديانة غير الديانة الإسلامية. "[15] وبما أن المكفول لا تربطه علاقة نسب بالكافل، فإنه لا يجوز له أن يرث من مال الكافل بعد وفاته، لأنه لا يعتبر من صلبه، فهو أجنبي عنه بموجب قواعد الميراث، لهذا يجوز للكافل أن يتبرع أو يوصي للطفل المكفول بماله أو يهبه له في حدود الثلث، ويبطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة،[16] وهو ما ذهبت إليه المادة: 123 من قانون الأسرة. فالمشرع ألحق هنا الهبة بالوصية، على خلاف القواعد العامة في الهبة التي تجيز هبة كل المال وليس ثلثه فقط، وهذا ما يفهم من خلال المادة 123 من قانون الأسرة.[17]

---

[14]– بلقاسم شلوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الطبعة الأولى، مطبعة المنار، الجزائر، 2011، ص 266.

[15]– المادة: 64 من الأمر رقم: 70–20 المؤرخ في: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، منشور في الجريدة الرسمية عدد: 21 المؤرخة في: 27 – 02– 1970.

[16]- Nadia Younssi Haddad, O.P. cit, p. 27.

[17]– شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة الوصية الوقف، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، د– ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2012، ص 180.

ثانيا– إمكانية تغيير لقب المكفول:

تعتبر إمكانية تغيير لقب المكفول بموجب عقد الكفالة لمجهول النسب من الأب، من أهم الآثار القانونية المترتبة على قيام الكفالة، ومنذ سنة 1984 لم تتخذ أية مبادرة تشريعية لحل بعض الإشكالات العملية المتعلقة بمجهول النسب، حيث ثبت على أرض الواقع أن الكفالة لا تكفي وحدها لتنشئة الطفل تنشئة سليمة، لأنه سرعان ما يكبر ويصبح مميزا ويبدأ في طرح أسئلة عن نفسه وعمن حوله، وخاصة عند الإطلاع على وثائقه المتعلقة بالحالة المدنية حيث يكتشف أن لقبه مغاير تماما للقب العائلة التي تكفله، والتي كان يظن أنها عائلته الحقيقية، وهو ما يتسبب له في مشاكل نفسية. ونظرا لمثل هذه الوضعية الاجتماعية تدخل المشرع، حيث أجاز منح الكافل لقبه للمكفول، وذلك بموجب المرسوم التنفيذي: 92-24 المؤرخ في: 13 جانفي 1992 المعدل والمتمم للمرسوم: 71-157 المتعلق بتغير اللقب،[18] الذي بيّن كيفيات وشروط، وإجراءات تغيير اللقب.

1– شروط تغيير لقب المكفول وإلحاقه بلقب الكافل:

لقد نص المرسوم التنفيذي: 92-24 المتعلق بتغيير اللقب على هذه الشروط والتي تتمثل في:

– وجود عقد الكفالة – أن يكون المكفول قاصرا مجهول النسب من الأب – أن تكون الرغبة في تغيير اللقب من الكافل – الموافقة الصريحة لأم المكفول إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.

2– إجراءات تغيير لقب المكفول:

لقد حدد المشرع الجزائري الوثائق والإجراءات اللازمة لطالب تغيير اللقب.

بالنسبة للوثائق المطلوبة هي:

– طلب خطي إلى وزير العدل حافظ الأختام يتضمن تغيير اللقب؛

– نسخة من عقد الكفالة مصادق عليها؛

– شهادة ميلاد الكافل؛

– شهادة ميلاد الطفل المكفول؛

– نسخة من سجلات عقد زواج الكافل؛

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

وبالنسبة للأطفال الموضوعين في إطار المساعدة الاجتماعية، فإنه زيادة عن الوثائق السابقة لا بد أن يتوافر في الملف أيضا شهادة وضع في إطار الكفالة، تسلم من طرف مدير النشاط الاجتماعي تكون مصادق عليها.

أما إجراءات التحقيق في الطلب وإصدار الأمر فهي كالآتي:

[18]– المرسوم التنفيذي رقم: 92-24 المؤرخ في: 13 جانفي 1992 المعدل والمتمم للمرسوم: 71-157 المؤرخ في: 03 جوان 1992 المتعلق بتغير اللقب، الصادر في الجريدة الرسمية العدد: 05 المؤرخة في: 22 جانفي 1992.

بعد تلقي وزير العدل ملف الطالب كاملا، يقوم بإرساله إلى النائب العام للدائرة القضائية لمكان ولادة الطفل لإجراء تحقيق في الموضوع، والذي بدوره يكلف وكيل الجمهورية لمتابعة التحقيق، وبعد إعداد التحقيق يرسل الملف إلى النائب العام، والذي بدوره يرسله إلى وزير العدل حافظ الأختام. ويكون التحقيق عادةً بسماع الشهود والبحث عن دوافع وأسباب تغيير اللقب، وفي الأخير يرجع القرار إلى وزير العدل الذي يقرر بشأن الطلب بعد الإطلاع على ملف التحقيق، فإما يقبله أو يرفضه. وإذا قبل الطلب، يأمر وزير العدل النيابة العامة بالسهر على تنفيذه، وذلك بتقديم التماساتها إلى رئيس المحكمة عن طريق السلم التدرجي بواسطة وكيل الجمهورية، قصد إصدار أمر بتغيير لقب المكفول. ووفقا للمرسوم التنفيذي يجب أن تتم إجراءات التحقيق وإصدار الأمر بتغيير اللقب من رئيس المحكمة خلال أجل أقصاه 30 يوما الموالية لتاريخ الإخطار من السيد وزير العدل، والسهر على تنفيذ الأمر وتسجيله بسجلات الحالة المدنية. وعليه يقوم وكيل الجمهورية بتقديم التماساته الكتابية إلى رئيس المحكمة. وبعد تلقي رئيس المحكمة الملف والمستندات المؤيدة، وبعد إطلاعه على التماسات النيابة، يصدر الأمر في إطار صلاحياته الولائية بتغيير لقب المكفول للقب الكافل. ويشير بأن يسجل ذلك على هامش سجل الحالة المدنية، وعقود، ومستخرجات عقود الحالة المدنية.[19]

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه وقع نزاع كبير بين مؤيدين ومعارضين للمرسوم التنفيذي: 92-24 المتعلق بتغيير اللقب، بخصوص ما إذا كان هذا المرسوم يؤدي إلى إلحاق النسب؟ أي هل يعتبر هذا الإجراء بمثابة تبني أم يبقى دائما في نطاق الكفالة؟ وقد انقسمت الآراء هنا إلى فريقين:

فريق يعتبر تغيير اللقب في إطار المرسوم 92-24 تبنياً: ويشكّل هذا الفريق الفئة التي رفضت تطبيق هذا المرسوم عند صدوره، وطالبت باستبعاده. حيث يرى هذا الفريق أننا أمام تبني تام بطريقة مستترة وغير مباشرة، لأن المصادقة على طلب تغيير اللقب فيه تغيير للنسب وإلحاق نسب الطفل إلى نسب شخص جديد، وهو ما يشكل تعدي على اللقب العائلي لعائلة أخرى، ويؤدي إلى اختلاط الأنساب. ويرى هذا الفريق أيضا بأن مضمون هذا المرسوم يتناقض مع المادة 120 قانون أسرة التي توجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وتطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية إذا كان مجهول النسب.[20]

أما الفريق الآخر فلا يعتبر محتوى هذا المرسوم تبنياً: حيث أبقاه في إطار الكفالة واعتبره في صالح المكفول، لأن الأمر يتعلق بمجرد تسهيلات إدارية، وقد أجازه بعض العلماء، من بينهم الشيخ أحمد حماني رحمه الله الرئيس السابق للمجلس الإسلامي الأعلى ولجنة الإفتاء بالجزائر، وهو الرأي السائد حالياً. فهذا الفريق يرى ضرورة الاستجابة لطلبات تغيير اللقب، واعتمدوا على نص المادة 5 مكرر من المرسوم السالف الذكر والتي تقضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد، وكل العقود، ومستخرجات الحالة المدنية. ويتم الاحتفاظ

[19]- بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2005، ص 57.

[20]- القانون رقم: 14-08 المؤرخ في: 09-08-2014 يعدل ويتمم الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في: 19-02-1970 والمتعلق بالحالة المدنية، الصادر في الجريدة الرسمية العدد: 49 بتاريخ: 20 أوت 2014 .

باللقب الأصلي، أما اللقب الجديد فيعتبر مجرد لقب إضافي فقط، لأنه لا يمكن إخفاء الاسم الأصلي عند إبرام عقد الزواج، ولا يمكن الاستفادة منه في الميراث. فهذا المرسوم يحفظ حقوق الطفل داخل المجتمع، ولا يلحق بموجبه النسب للكافل، ومن ثمة لا تتقرر موانع الزواج بموجب هذا اللقب، حيث يمكن للكافل أن يتزوج بمن كفلها حسب مقتضيات قانون الأسرة، ويبقى حقه في الإرث، وموانع الزواج تبقى قائمة مع عائلته الأصلية إذا كان معلوم الأم.[21]

المطلب الثاني

أسباب انقضائها

إن عقد الكفالة كغيره من العقود يقوم ويبقى وينتج آثاره القانونية مادام غير محدد المدة ولم يقم على شرط واقف أو فاسخ، وهو أيضا غير دائم، أي أنه يمكن أن ينقضي لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى انقضائه. وتتمثل أسباب انقضاء الكفالة في:

الفرع الأول

طلب والدي الطفل المكفول استرجاعه

تنص المادة: 124 من قانون الأسرة: " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الاختيار بينهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول."

وعليه فإنه طبقاً لأحكام الكفالة، يجوز لأبوي المكفول إذا كانا كلاهما معلومين أو أحدهما استرجاع الولد المكفول من الكافل، وتعود ولايتهما القانونية عليه، وبالتالي تنقضي وتنتهي ولاية الكافل. ولقد ميز المشرع هنا بين حالتين هما:

أولا- قبل بلوغ المكفول سن التمييز: أي قبل بلوغه سن 13 سنة، وهذا حسب المادة: 42 فقرة: 02 من القانون المدني، أي يكون عديم الأهلية وإدراكه يكون ناقصا ولا يستطيع أن يميز بين ما ينفعه وما يضره، فتصرفاته تكون باطلة سواء كانت نافعة له أو ضارة، وبالتالي لا نستطيع أن نخيره بين الرجوع إلى والديه أو أحدهما أو البقاء مع الكافل، كما لا يمكن تخيير الكفيل لأنه من الممكن أن يتمسك به. وهنا يجب أن يتقدم الأب أو الوالدين بطلب إلى رئيس المحكمة يوضح فيه سبب الرغبة في استرجاع الابن المكفول، وعلى القاضي أن يقوم بإجراء تحقيق في الأمر، لمعرفة أين تكمن مصلحة المكفول، وذلك من خلال بحث مكثف، وبناءا عليه يصدر أمر بالرفض أو بالقبول، حيث أن السلطة التقديرية ترجع هنا للقاضي في تقدير مصلحة المكفول، فإذا رأى أنها عند كافله أمر

[21]- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة، الأصالة للنشر والتوزيع، بدون بلد النشر، 1434هـ- 2012م، ص 134.

بإبقائه لديه، أما إذا رأى أن مصلحة المكفول عند والديه معا أو أحدهما، أمر برجوعه وتسليمه لأحدهما أو إليهما معا.[22]

ثانيا- إذا كان الولد المكفول مميزا: المميز هو الذي سنه يتراوح بين 13 سنة إلى دون 19 سنة، وتكون تصرفاته دائرة بين النفع والضرر، وهي قابلة للإبطال. وفي هذه الحالة وجب تخييره بين العودة إلى والديه أو أحدهما، أو البقاء تحت رعاية كفيله، لأنه في هذه المرحلة تكون له قدرة الإدراك والتمييز التي تؤهله بأن يختار وبحرية مع من يريد العيش. وتتطلب هذه المسألة الدقة في الإجراءات حتى تراعى مصلحة المكفول، فيجب أن تتم أمام القضاء، أين يتم سماع رأي المكفول دون أي ضغط عليه من كلا الطرفين الأبوين أو الكافل، وإثبات عودته إلى والديه أو أحدهما تكون بموجب أمر أو حكم قضائي، ويحرر محضر بذلك أمام القاضي ويوقع عليه الأطراف، وهذا حماية لحقوق المكفول. وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا ملف رقم: 71801 بتاريخ: 21 ماي 1991 جاء فيه: " من المقرر قانوناً أن المسألة المتعلقة بالحالة الشخصية من النظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص. ومن ثمة 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 النقض".[23]

الفرع الثاني

تخلي الكافل عن التزاماته القانونية

إذا قرر الكافل التخلي عن التزاماته القانونية اتجاه مكفوله، كتعرضه لظرف طارئ يجعله عاجز عن التكفل بالطفل ماديا أو معنويا، فإن القانون اشترط هنا فسخ عقد الكفالة أمام الجهة التي أنشأته، سواء كان قاضي أو موثق، مع ضرورة إعلام النيابة العامة بذلك، وهو ما نصت عليه المادة 125 من قانون الأسرة بأن: " التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة". باعتبارها طرفا في جميع النزاعات المتعلقة بشؤون الأسرة لتبدي ملاحظاتها والتماسها، كما هو منصوص عليه في المادة: 03 مكرر من قانون الأسرة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، وإلا فعلى القاضي أن يصدر حكما بالإشهاد للكافل بالتخلي عن الكفالة أو إنهائها من طرف الكافل، ويقوم بإسناد كفالة الطفل إلى أبيه أو أمه في حالة وجودهما، وعند الاقتضاء إلى المؤسسة المختصة في رعاية الطفل.

وفي هذا الصدد نصت المحكمة العليا على أنه:" يجب على الكافل القيام بتربية الطفل المكفول والإنفاق عليه وتعليمه، باعتباره ولياً قانونياً ما لم يثبت تخليه عن الكفالة."

---

[22]- حميش حسان، التبني والكفالة، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء، الأبيار، مديرية التربصات، 2003، الدفعة الحادية عشر، ص 30.

[23]- مدقن عبد القادر، شرح وجيز لنظام الأسرة الجزائري، ملخص من الفقه الإسلامي، ط. 1، المطبعة العربية، الجزائر، 1998، ص 05. - عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط4، منشورات بغدادي، الجزائر، 2013، ص 365.

إذن فالكفالة تقضي أيضا بتخلي الكافل عن كفالة القاصر أمام الجهة التي أقرت الكفالة، ويجب أن يكون بعلم النيابة العامة. وبموجب طلب كتابي مسبب، وإعلام النيابة العامة بذلك يكون قصد إبداء الرأي، فلا يمكن تصور هذه الحالة إلا أمام القضاء، وبالتالي فمن الأحسن استبعاد الموثق هنا، لأن القاضي هو الذي يستطيع أن يقدّر مصلحة المكفول باعتباره حامي الحقوق دون غيره.[24]

الفرع الثالث

وفاة الكافل أو المكفول

إن وفاة الكافل أو المكفول يؤدي إلى انقضاء عقد الكفالة. فوفاة الكافل الذي يعدّ الملتزم الأساسي في عقد الكفالة باعتباره عقد تبرع يؤدي إلى انقضاء التزامه وانهيار عقد الكفالة. وقد نص المشرع الأسري في المادة 125 على أنه في حالة وفاة الكافل تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، وإلا وجب على القاضي إسناد أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية. فانتقال الكفالة بمضمونها إلى الورثة في حالة وفاة الكافل يعتبر من الآثار المترتبة على الكفالة، بشرط أن يبدوا التزامهم بها. وقد تضمنت المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإجراءات المتعلقة بوفاة الكافل، فبوفاته يتعين على ورثته أن يخبروا فورا قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة. ونظراً للطابع الإستعجالي هنا، وجب على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول مدى إمكانية الإبقاء على الكفالة، فإذا قبل الورثة والتزموا بالإبقاء عليها يعيّن القاضي أحد الورثة كافلاً، والتزام الورثة بالكفالة يجب أن يكون أمام المحكمة أو الموثق، لأن الالتزام بالكفالة هو بمثابة إنشاء عقد الكفالة من جديد. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع نص على إمكانية انتقال الكفالة دون أن يبين من الذي تكون له الولاية مباشرة على المكفول بعد وفاة الكافل. وبالرجوع إلى أحكام الولاية على النفس والمال سيما النفس، التي تنص على أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل محله الأم، فإنه إذا التزمت زوجة الكافل المتوفى بالكفالة تصبح كافلة للطفل بموجب المادة 125 من قانون الأسرة. لكن هل توجد إجراءات قانونية لانتقال هذه الكفالة إلى الكافل الجديد؟. لقد سكت المشرع الأسري ولم يتطرق إلى هذه الحالة، حيث نص فقط على أنها تنتقل إلى الورثة إذا التزموا بها، لكن عمليا نجدهم يلجؤون إلى تقديم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة يحددون فيه الكافل الجديد. أما في حالة رفض الورثة الالتزام بمضمون الكفالة، يقوم القاضي بإنهائها بنفس الأشكال المقررة لمنحها، ويسلّم الطفل الذي أصبح بدون كافل إما لوالديه أو إلى الهيئة المكلفة بالرعاية، وهي المؤسسات المخوّلة بأمور المساعدة الاجتماعية المتخصصة بحماية الطفولة، أو يرتب عقد كفالة جديد لعائلة أخرى ترغب في رعاية الولد، وهذا حسب ما تقتضيه مصلحته.

[24]– لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في فضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 106، 107.

كما تنقضي الكفالة أيضا بوفاة المكفول، لأن أحد شروط المحل وهو أن يكون موجودا أو قابلا للوجود لم يعد متوافر بموت المكفول، فالعناية والرعاية والتربية والنفقة لم يعد لهما داعي للتطبيق لعدم وجود من سوف تقام من أجله أو لمصلحته.[25]

الفرع الرابع

تخلف أحد الشروط القانونية للكافل

ينقضي عقد الكفالة إذا تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في المادة: 118 من قانون الأسرة، التي تنص على أنه: " يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته. "

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن الكفالة تنقضي إذا إختل شرط الإسلام في الكافل، كما تنتهي أيضا بالحجر عليه، قياسا على أحكام الولاية. وتتمثل أسباب الحجر في أن يعتري الكافل بعد إبرام عقد الكفالة عارض من عوارض الأهلية كالجنون، أو العته، أو السفه، ويكون الحجر بموجب حكم يثبت ذلك حسب المادتين: 103 و 111 من قانون الأسرة. كما تنتهي الكفالة بإسقاطها عن الكافل، ويكون ذلك بموجب حكم قضائي، إذا كان مثلا مسيئا لأبنائه أو ظهر عليه الفسق والفجور، كتعاطي الخمور والمخدرات. تنتهي الكفالة كذلك بعجز الكافل، أي العجز الجسماني، وبالتالي يصبح الكافل غير قادر على رعاية القاصر والحفاظ على أمواله.[26]

[25]– بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، المعهد الوطني للقضاء، مديرية التربصات، الدفعة: 12، سنة: 2004، ص 52، 53.

[26]– علال أمال، المرجع السابق، ص 121 وما يليها.

الخاتمة

توصلت في نهاية هذا البحث إلى أن الكفالة عبارة عن البديل القانوني والشرعي للتبني، وهي نظام قانوني يتمثل في عقد قائم بذاته متى توافرت جميع شروطه، وتلعب إرادة المشرع الأثر الواضح في مختلف مراحله. فالمشرع اهتم بالطفولة المتخلى عنها من خلال نظام الكفالة، وهذا لحمايتها من مخاطر معنوية أو مادية قد تتعرض لها.

فالكفالة هي التزام شخصي للكافل برعاية الطفل القاصر معلوم أو مجهول النسب والقيام على شؤونه المالية والشخصية، فهي تعتبر حل اجتماعي وقانوني أمثل لحماية أطفال أبرياء من الحرمان والتهميش داخل المجتمع بدون المساس بحقوق الغير، فهي تحل الكثير من مشاكل الأطفال مجهولي النسب، ومعلومي النسب المتخلى عنهم من طرف عائلاتهم، وذلك عن طريق رعايتهم وحفظ حقوقهم المالية، وتأهيلهم بأن يكونوا في المستقبل رجالا راشدين قادرين على تحمل المسؤولية لا أن يكونوا عبئا على غيرهم. وفي نفس الوقت تعويض النقص لأسر محرومة من الحصول على طفل. وقد نظم المشرع الجزائري الكفالة من خلال عدة مواد في قانون الأسرة، والقانون المدني، كما أصدر المرسوم التنفيذي: 92- 24 المؤرخ في: 13 جانفي 1992 المتعلق بتغيير اللقب للمكفول، أي أن المشرع الأسري نظم وضعية الأولاد مجهولي النسب حتى يضمن لهم حياة مستقرة داخل العائلة المتكفلة بهم، وداخل المجتمع بصفة عامة، وذلك بتغيير لقبهم ونسبتهم للكافل، أي أن المشرع يسمح للأسرة الكفيلة أن تمنح للطفل المكفول لقبها العائلي، وتوفير الحماية لهم لكي ينشؤوا ويعاملوا بطريقة عادية، وبالتالي يتم دمجهم في المجتمع دون عقد لحمايتهم من الانحراف، كي لا يكونوا عرضة للإجرام والانحراف، كل هذا مع مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية، لا سيما منع اختلاط الأنساب وعدم المساس بحقوق الغير، أي دون أن يترتب على ذلك ثبوت النسب، والحقوق المترتبة عنه كالميراث وغيره. فالكافل يلتزم برعاية الطفل المكفول كأحد أبنائه، وتكون له الولاية القانونية عليه، ويكون لهذا الأخير الحق في المنح العائلية والمدرسية كالولد الأصلي. فكل ما يكسبه المكفول من أموال عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية ترجع إدارتها لكافله باعتباره وليا عنه. ويمكن للكافل أن يوصي للمكفول بماله في حدود الثلث، وما زاد على ذلك، يعدّ باطلا إلا إذا أجازه الورثة.

وإذا طلب الوالدان رجوع المكفول إلى ولايتهما، يخيّر الولد في ذلك إن كان قد بلغ سن التمييز، وإن كان دون ذلك لابد من إذن القاضي، الذي ترجع له السلطة التقديرية في تقرير ذلك، حيث يراعي عند إصدار حكمه مصلحة الطفل. وإذا تخلى الكافل عن الكفالة لسبب من الأسباب، فإنها تنقضي بنفس الإجراءات التي انعقدت بها، مع إخطار النيابة العامة بذلك. وفي حال وفاة الكافل، فإن الكفالة تنتقل إلى الورثة إن أرادوا ذلك، وإلا فعلى القاضي أن يسلم القاصر إلى الجهة المختصة برعاية القصر، أو إلى عائلة أخرى تريد كفالته، أو إلى والديه إن كان ذلك ممكنا.

يتضح من خلال المواد من: 116 إلى غاية المادة: 125 من قانون الأسرة والمتعلقة بالكفالة، أن المشرع أغفل بعض المسائل حيث تركها غامضة رغم أنها في غاية الأهمية، وهو ما أدى إلى وجود ثغرات قانونية، مثل

الشرط المتعلق بجنس الكافل، حيث كان على المشرع أن ينص صراحة أن المرأة لها الحق في طلب الكفالة لأنها أولى من الرجل برعاية الطفل وتنشئته ومنحه الحنان، بالإضافة إلى شرط الزواج، وأيضا الشرط المتعلق بالكافل الشخص المعنوي. كما نجد المادة: 118 من قانون الأسرة تنص بشكل واضح وصريح على الشروط المتعلقة بالكافل، وأغفلت النص صراحة على شروط المكفول. كما أن المشرع لم يحدد لا سن الكافل ولا شرط الزواج، وأيضا لم يتطرق لمصير الطفل القاصر بعد بلوغه سن الرشد، أو في حالة طلاق الزوجين.

يمكن القول أن التشريعات المنظمة للكفالة تتسم بالقصور، ويجب على المشرع أن يعيد النظر فيها بما يتماشى والمرجعية الدينية، خاصة ما تعلق منها بالمرسوم التنفيذي: 24/92، وكذلك التفصيل في مواد قانون الأسرة المنظمة للكفالة.

وأخيرا يشرفني أن أقدم بعض الاقتراحات أسوة بالاقتراحات التي سبقتني في دراسة هذا الموضوع:

- إعادة النظر في التخلي عن هؤلاء الأطفال المحرومين من الدفء العائلي عند بلوغهم سن الرشد. ولابد من فتح مراكز إيواء تتكفل بهمحتى لا يكون مصيرهم الشارع.
- على المشرع إعادة النظر في موضوع الكفالة، بحيث أغفل كثير من النقاط، من بينها عدم النص على كفالة المجنون والمعتوه الذين يعتبرون بمثابة قصر.
- إعادة النظر في المرسوم المتعلق بتغيير لقب المكفول ليتلاءم مع قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية.
- النص على مصير الطفل المكفول في حالة طلاق أو انفصال الزوجين.
- وأخيرا على مديريات النشاط الاجتماعي الزيادة في العنصر البشري من أخصائيين نفسانيين واجتماعيين لمتابعة هؤلاء الأطفال باستمرار، سواء في الدور المتخصصة أو عند الأسر المتكفلة بهم.

قائمة المراجع والمصادر

1. بكاكرية هدى، صلاح فاطمة الزهراء، أحكام التبني والكفالة، مذكرة الليسانس في الحقوق، جامعة شريف مساعدية سوق أهراس، 2012.
2. بلقاسم شلوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الطبعة الأولى، مطبعة المنار، الجزائر، 2011.
3. بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2005
4. بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، المعهد الوطني للقضاء، مديرية التربصات، الدفعة: 12، سنة: 2004.
5. بيدويري كريمة، الكفالة والتبني، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
6. حميش حسان، التبني والكفالة، مذكرة تخرج المعهد الوطني للقضاء، الأبيار، مديرية التربصات، 2003، الدفعة الحادية عشر.

7. خليفة جاب الله، التبني في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مذكرة ماستر في الحقوق، أحوال شخصية، جامعة مُحَمَّد خيضر، بسكرة، 2014-2015.
8. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة، الأصالة للنشر والتوزيع، بدون بلد النشر، 1434هـ-2012م.
9. شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة الوصية الوقف دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، د. ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2012.
10. عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط4، منشورات بغدادي، الجزائر، 2013.
11. علال آمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، 2008-2009.
12. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
13. قديري سوسن، الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون دولي وحقوق الإنسان، جامعة مُحَمَّد خيضر بسكرة، السنة الجامعية: 2014-2015 .
14. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في فضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2005.
15. مدقن عبد القادر، شرح وجيز لنظام الأسرة الجزائري، ملخص من الفقه الإسلامي، ط. 1، المطبعة العربية، الجزائر، 1998.
16. مصطفى معوان، أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة قسنطينة، عدد: 09، سنة 2004.
17. وعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة نهاية التكوين، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، السنة الجامعية: 2001-2004.
18. الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، منشور في الجريدة الرسمية عدد: 21 المؤرخة في: 27- 02-1970.
19. المرسوم التنفيذي رقم: 92-24 المؤرخ في: 13 جانفي 1992 المعدل والمتمم للمرسوم: 71-157 المؤرخ في: 03 جوان 1992 المتعلق بتغير اللقب، الصادر في الجريدة الرسمية العدد: 05 المؤرخة في: 22 جانفي 1992.

20. الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فيفري 2005 المعدل لقانون الأسرة، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد: 15 بتاريخ: 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فيفري 2005.

21. القانون رقم 08-09 المؤرخ في: 18 صفر 1429 الموافق لـ: 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشور في الجريدة الرسمية عدد: 21 ، المؤرخة في: 23 أفريل 2008.

22. القانون رقم: 14-08 المؤرخ في: 9 أوت 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في: 19-02-1970 والمتعلق بالحالة المدنية، الصادر في الجريدة الرسمية العدد: 49 بتاريخ: 20 أوت 2014 .

23. Nadia Ait Zai, la kafala en droit algérien, R.A.S.J.E.R, Université d'Alger, n°4, 1993.

24. Nadia Younssi Haddad, La kafala en droit Algérien, R.A.S.J.E.R, Université d'Alger, n°4, 1999.