جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# نظام الكفالة في قانون الأسرة والإجتهاد القضائي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأسرة

من تقديم الطالب(ة):

* مرداسي أمين
* بوهالي عمار

تحت إشراف:

* د/أمال جدع

لجنة المناقشة:

| الإسم واللقب | الرتبة العلمية | الصفة |
|---|---|---|
| د/ قاري علي | أستاذ محاضر | رئيسا |
| د/ جدع أمال | أستاذ مساعد | مشرفا ومقررا |
| أ/ قارة إيمان | أستاذ مساعد | مناقشا |

دورة جوان 2024

بسم الله الرحمن الرحيم

## شكر وعرفان

الحمد الله الواحد القهار، العزيز الغفار، مكور الليل على النهار

تذكرة لأولي القلوب والأبصار وتبصرة لذوي الألباب

والإعتبار، الذي أيقظ من خلقه من إصطفاه فزهدهم

في هذه الدار وشغلهم بمراقبة وإدامة الأفكار

وملازمة الإتعاظ والأذكار ووفقهم للدأب في طاعته

والصلاة والسلام على رسوله الحبيب محمد

صلى الله عليه وسلم

أتوجه بجزيل الشكر وخالص التمنيات لكل أستاذ(ة) درسني، وخاصة

الأستاذة الفاضلة جدع أمال لإشرافها على مذكرتي

وتوجيهاتها ومساعدتها جزاكي الله كل خير وإلى كل من

ساعدني وكان دعما لي.

# إهـــداء

الحمد الله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده،

والصلاة على من به تمم الأمر وختمه وهدى به من يشاء من عباده.

إلى قرة العين وسرور القلب، أمي وأبي حفظهما الله وجازاهما عني خيرا

كانوا ركن عزي وقوتي.

إلى أستاذتنا المشرفة التي بتوجيهاتها وإرشاداتها بعد توفيق الله وصلنا.

إلى كل من علمني يوما حرفا،

إلى القائمين على كلية الحقوق والعلوم السياسية من كوادر وكفاءات

وأساتذة.

إلى الزملاء وكافة الرفاق والأصحاب إلى كل من يقرأ، أهدي هذا العمل

إليكم.

**قائمة المختصرات:**

| | |
|---|---|
| ط | طبعة |
| د.ط | دون طبعة |
| د.س.ن | دون سنة النشر |
| د.م.ن | دون مكان النشر |
| ق.أ.ج | قانون الأسرة الجزائري |
| ق.م.ج | القانون المدني الجزائري |
| ق.إ.م.إ | قانون الإجراءات المدنية والإدارية |
| ص | الصفحة رقم... |
| ص.ص | الصفحة... والصفحة... |
| D.A.S | Direction De L'Action Sociale. |

تعد الأسرة هي النواة الأساسية لكل مجتمع فإن صلحت صلح المجتمع وإن فسدت فسد المجتمع، وذلك لكونها الحاضنة الأولى للطفل، وأول من يكتب في صفحاته البيضاء، فالأسرة أول عالم يتأثر به الطفل في حياته، وأول من ينحت معالم شخصيته، وتعد اللبنة الأولى والدعامة الأساسية للمجتمع.

فكان لابد من إحتوائه وتربيته وتعليمه وإرشاده لما فيه صلاحه ومصلحته، فالأصل أن ينشأ الطفل داخل أسرته، وينعم بالرعاية المادية والعاطفية والأدبية اللازمة، إلا أنه لأسباب وظروف قاهرة خارجة عن إرادته، فإنه قد يحرم منها. وهذه الظروف قد تكون إجتماعية إقتصادية، أو سياسية، كأن يكون الطفل ناتجا عن علاقة غير شرعية خارج إطار الزواج، أو لقيطا، أو أن يكون معلوما نسبه ولكن تخلى عنه والديه لسبب من الأسباب لصالح شخص اخر، لكي يقوم بكفالته وتربيته بدلا منهم، أو أن يكونوا يتامى من ضحايا الحروب والإرهاب وغيرها.

في هذه المرحلة العمرية يكون الصغير في حاجة إلى الرعاية والعناية، بل أكثر من ذلك، فهو بحاجة إلى أسرة تكفله وتحميه، وتشعره بنوع من الإنتماء والهوية، وتكون ملجأ آمنا ومرتعا ومستقرا له. فقد ظهرت في هذا الخصوص عدة أنظمة تعنى بهاته الشريحة من الأطفال من أجل حمايتهم، وحماية حقوقهم، وكان للتبني الأسبقية في المجتمعات العربية قبل الإسلام ومع ظهور الإسلام ظهر معه نظام الكفالة الذي حل محل التبني والذي حرمته الشريعة الإسلامية في قوله تعالى:﴿ٱدْعُوهُمْ لِأٓبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِۖ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُوراً رَّحِيماً﴾[1]، وذلك لما فيه من مفاسد كضياع الأنساب، وإختلاطها، وكذا ضياع حقوق الأشخاص المكتسبة كالميراث.

والمشرع الجزائري حذا حذو الفقه الإسلامي في تحريمه للتبني وقد أقر الكفالة كنظام بديل، فهي تعتبر النظام الأسمى والسبيل لتعويض الأطفال الصغار، ممن فقدوا كل روابط الإنتماء إلى عائلة، والتمتع بثمارها، فالكفالة هي العوض عن الدفيء المفقود والعطف، وحمايتهم من الضياع والإنزلاق نحو الهاوية، وبالتالي حمايتهم من مساوء المجتمع، وكذا حماية المجتمع من مساوئهم عبر تنشئتهم التنشئة القويمة من جهة وكذا حماية العائلة الكافلة من دخول

[1] سورة الأحزاب، الآية 5.

عنصر غريب عليها كما يفعل التبني، ومن جهة أخرى فهي تحمي الكافل والمكفول على حد سواء، لتكون بذلك الكفالة ذلك الحاجز الواقي والجدار الصاد للمخاطر المترصدة بتلك الفئة الهشة، وقد تناولها المشرع الجزائري في المواد من 116 إلى 125، من قانون الأسرة الجزائري، كما كرسها الإجتهاد القضائي في عدة قرارات.

**أهمية الموضوع:**

تكمن أهمية دراسة موضوع نظام الكفالة في قانون الأسرة الجزائري والإجتهاد القضائي كونه مرتبط بشريحة ضعيفة في المجتمع تحتاج لعناية خاصة بها، ومن ثمة تسليط الضوء على مختلف الأحكام المتعلقة بنظام الكفالة بالنظر إلى طبيعته الحساسة كبديل لنظام التبني.

**أسباب اختيار الموضوع:**

تتنوع أسباب إختيارنا لهذا الموضوع بين دوافع ذاتية وأخرى موضوعية فأما الدوافع الذاتية فتتمثل في إرتباط الموضوع بمجال تخصصنا "قانون الأسرة" من جهة، ورغبتنا في تحديد الإطار القانوني للكفالة بالنظر إلى أهميته من جهة أخرى.

أما الأسباب الموضوعية تتمثل في:

التعرف على الحقوق والضمانات التي منحها المشرع للمكفول، إضافة إلى إبراز الثغرات في الأحكام المنظمة لهذا الموضوع.

**أهداف الدراسة:**

تتمثل الأهداف المتوخاة من دراستنا في محاولة التعرف على الكفالة، والتعريف بها، وفك اللبس المحيط بالموضوع، وكشف مدى كفاية النصوص القانونية الموضوعة من قبل المشرع لحماية هاته الفئة، وكذا إظهار أحكامها وتوضيحها من الناحيتين، النظرية الأكاديمية والتطبيقية العملية داخل المحاكم، من خلال التطرق للإجتهاد القضائي.

**صعوبات الدراسة:**

أهم ما واجهنا من عراقيل في أثناء إنجاز هذه المذكرة هو قصر الفترة المحددة لإنجاز البحث وهو ما يسبب ضغط للطالب الباحث، وعدم قدرته الإلمام بكل زوايا البحث.

وقلة المعلومات نظرا لأن توفرها في الكتب مختصرا جدا وتقريبا تكرار هذه المعلومات في كل المراجع التي إستسقينا منها.

**الإشكالية:**

نظرا لأهمية الكفالة كونها تعنى بفئة هشة وحساسة داخل المجتمع، ألا وهي فئة القصر، وحرصا منا على الإحاطة بكافة جوانب الموضوع فإننا نطرح التساؤل الرئيسي التالي:

ما مدى فعالية النصوص القانونية والتطبيقات القضائية المنظمة لأحكام الكفالة في تكريس الحماية الفعلية للطفل المكفول وحفظ حقوقه؟

**المنهج المتبع:**

وإتبعنا في دراستنا هذا الموضوع منهجية لا تخرج عن الإيطار العام الذي تدرس فيه المواد القانونية ألا وهو المنهج التحليلي أين يظهر من خلال تحليل نصوص المواد القانونية المتعلقة بالكفالة، وكذا المنهج الإستقرائي وذلك من خلال إستقراء مختلف الإجتهادات القضائية المتعلقة بنظام الكفالة

**خطة البحث:**

وللإجابة على الإشكالية التي تقدم طرحها إرتأينا تقسيم البحث إلى فصلين، وكل فصل إلى مبحثين أما الفصل الأول فكان تحت عنوان ماهية الكفالة وكان فيه المبحث الأول تحت عنوان تعريف الكفالة وخصائصها، والمبحث الثاني إنعقاد الكفالة، أما الفصل الثاني فدرسنا فيه أحكام الكفالة في مبحثين فكان المبحث الأول إجراءات الكفالة وآثرها والمبحث الثاني درسنا فيه إنقضاء الكفالة.

# الفصل الأول

## ماهية الكفالة

## تمهيد

كان الطفل محل إهتمام وخاصة الفقهاء والمشرعين، بوضع مصلحته والعمل عليها من أولويات المجتمع المتحضر، ومن المسائل التي فرضت نفسها هي وضعية الطفل المحروم من الجو العائلي والرعاية الأبوية، فجاء نظام الكفالة بديل للتبني أقرته الشريعة الإسلامية وإعتمده المشرع الجزائري كآلية إجتماعية لرعاية الأطفال، ونظم أحكامها من خلال قانون الأسرة في الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية.

وعليه سنتعرف من خلال هذه الدراسة على ماهي هذه الكفالة وكيف نظم المشرع أحكامها بناء على المواد 116 الى 125 ق.أ.ج، إضافة للإجتهاد القضائي في مادة الكفالة وبعض المواد المتفرقة في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولا بد لدراسة أي نظام أن نعرفه، ونبرز أهم جوانبه، وهو ما سوف نتناوله بالدراسة له في (الفصل الأول) بعنوان ماهية الكفالة.

ثم نفصل فيه من خلال مبحثين بعنوان مفهوم الكفالة في (المبحث الأول)، سنتطرق فيه إلى تعريف الكفالة وأهم خصائصها بالإضافة إلى طبيعة الكفالة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها. ثم سنعرض أيضا أسس قيام هذا النظام من أركان وشروط في (المبحث الثاني) بعنوان إنعقاد الكفالة.

## المبحث الأول: مفهوم الكفالة

مصطلح الكفالة له عدة معان، منها ما يتعلق بضمان الدين وهذا ما نجده في القانون المدني، ومنها ما يتعلق بالولاية على النفس أو المال، أو النفس والمال معا وهذا ما نجده في قانون الأسرة.

وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الكفالة وبيان خصائصها (مطلب أول)، ثم نبين الطبيعة القانونية للكفالة وتمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: تعريف الكفالة وخصائصها

سنتناول في هذا المطلب تعريف الكفالة وبيان حكمها (فرع أول)، ثم نستعرض خصائصها (فرع ثاني).

#### الفرع الأول: تعريف الكفالة وحكمها

سنتطرق لتعريف الكفالة ثم نبين حكمها وذلك كما يلي:

**أولا: تعريف الكفالة**

**1-تعريف الكفالة لغة:** "(كَفَلَ) فلانٌ_كَفْلاً، وكُفُولاً: واصَلَ الصوم وأَخَذَ على نَفْسِهِ أَلاَّ يتكلم فِي صِيَامِهِ فَهُو كَافِلُ ويقال كَفّلَ المَالْ، وَكَفّلَ عَنْهُ المَالَ لِغَرِيمّهِ فَهُوَ كَّافِلٌ، كَفِلَ وهو وهي كَفِيّلُ، كُفَلّاءْ، وَالصَّغِيرُ: رَبَّاهُ وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ وَفِي الَتّنْزِيلْ الْعَزِيزْ:﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ ﴾ سورة آل عمران/الآية 44.

(أَكّفَلَ) فُلّانًا المَالَ: جَعَلَهُ يَضْمَنَهُ وَفُلَانًا مَالَهُ: أَعْطَاهُ إِلَيْهِ ِلِيَكْفَلَهُ وَيَرْعَاهُ وَفِي قَوْلِهْ تعالى: ﴿ إِنَّ هَٰذَآ أَخِي لَهُۥ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً وَلِي نَعْجَةٌ وَٰاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي اَلْخِطَابِ ﴾ سورة ص/الآية 22.

(كَافَلَهُ) عَاقَدَهُ وَعَاهَدَهُ. وَجَاوَرَهُ (كَفَّلَ) فُلاَنًا الْمَالَ: أَكْفَلَهُ وَفُلاَنًا الْصَغِيْرُ: جَعَلَهُ كَافِلاً لَهُ وَفِي التنزيل العزيز: ﴿وَأَنْبَتَهَا نَبَاتاً حَسَناً وَكَفَلَهَا زَكَرِيَّآ﴾ سورة آل عمران/الآية 37.[1]

وعرفها إبن منظور في لسان العرب بقوله: وَالكَافِلُ العَائِل، كَفَلَهُ يَكْفَلُهُ وَكَفِلَهُ إِيَّاهْ. وَفِي الحَدِيث أَنَا وَكَافِلُ اليَتِيمَ كَهَاتَيْن فِي الجَّنةِ لَهُ ولِغَيْرِه، وَالكَافِل: القَائِمَ بِأَمْرِ اليَتِيمْ المُرَبِي لَهُ، وهُو مِنَ الكَفِيلْ الضَمِينْ، والضَمِر فِي لَهُ ولِغَيْرِه راجِعُ إِلى الكَافِلُ أَيْ أَنَ اليَتِيمَ سَوَاءَ كَان الكَافِلَ من ذَوّي رَحِمِه وَأَنْسَابِه أَو كَانَ أَجْنَبِيًا لِغَيْرِهِ تَكَفَلَ بِه، والكَافِلْ وَالكَفِيلْ: الضَامِن، والأُنْثى كَفِيلُ أَيضًا، وَجمْعُ الكَافِل كَفَلَ، وجَمْعُ الكَفِيلُ كُفَلاءٌ، وقد يُقَالُ للّجَمْعُ كَفِيلُ كَما قِيل فِي الجَمْعُ صَديقُ. وكَفَلَهَا زكرياء، أي ضَمِنَهَا إيَاهُ حَتّى تَكَفَلَ بِحَضَانَتِهَا، ومن قَرَأَ: وكَفَلَهَا زكرياء، فالمَعْنَى ضَمِنَ القِيَامَ بِأَمْرِهَا.[2]

## 2-تعريف الكفالة في الإصطلاح:

**أ-التعريف الفقهي للكفالة:** حسب فقهاء الشريعة الإسلامية الكفالة هي توفير كل ما يحتاجه المكفول لإستمرار حياته وحسن نشأته وقال الإمام النووي في ذلك " كافل اليتيم القائم بأموره من نفقة وكسوة وتأديب وتربية وغير ذلك". وقال الإمام القرطبي: "وتشمل كذلك حفظ ماله إن كان له مال، وتنميته له، وإصلاحه، والإنفاق عليه، وإخراج الواجب فيه"،[3]

"وهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس، أو دين، أو عين، أو عمل، وهذا عند الحنفية ويعرفها غيرهم من الأئمة بأنها ضم الذمتين في المطالبة والدين"، والكفالة نوعان:

---

[1] إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات وآخرون، تحقيق (مجمع اللغة العربية)، المعجم الوسيط، باب الكاف، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2008م، ص 793.

[2] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ط 1، المجلد 11، دار صادر، بيروت، 2003م، ص 590.

[3] عبد الرحمن إبن محمد المصري، أحمد بن عاطف زيدان، أحكام كفالة اليتيم، د.ط، د.م.ن، د.س.ن، ص ص 6،7.

كفالة بالمال وكفالة بالنفس. والكفالة بالنفس يطلق عليها البعض: كفالة البدن أو الوجه. ويطلق عليها فقهاء المالكية إسم الضمان ويسمى كفالة وحمالة وزعامة[1].

**ب-التعريف القانوني للكفالة:**

- **تعريف الكفالة في القانون المدني:** عرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 644 ق.م.ج، بقوله: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ الإلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يفي به المدين نفسه ".[2]

وعليه فالكفالة في القانون المدني يقصد بها ضم ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى لضمان حق الدائن، ومعنى ذلك أن الكفالة هي عبارة عن عقد بين شخصين هما الكفيل والدائن المكفول، أما المدين فليس طرفا في عقد الكفالة، وتجوز الكفالة دون علم المدين، وكذلك في حالة معارضته على الدائن المطالبة بالتمثيل على أموال المدين الأصلي قبل أن يطالب بالتنفيذ على أموال الكفيل.[3] وعرفها الجرجاني الكفالة هي:" ظم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة ".[4]

---

[1] محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات (دراسة مقارنة)، د ط، دار المريخ للنشر، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر القاهرة، 2008، ص 436.

[2] القانون رقم 05-07، المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

[3] بوزيان السعيد، بوقرة العمرية، نظام الكفالة كضمان لحق الدائن: مفهوم قديم وواقع متجدد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية السياسية، المجلد 8، العدد 2، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، الجزائر، 2023، ص 91.

[4] للفضل العلامة الشريف علي الحسيني الجرجاني الحنفي، كتاب التعريفات، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 816هـ، 1413م، ص 185.

- **تعريف الكفالة في قانون الأسرة:** عرفت المادة 116 الكفالة بأنها " إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي."[1]

وعليه فالمقصود بالكفالة هنا هي إلتزام على وجه التبرع وتصح الكفالة على الصغير معلوم أو مجهول النسب، وذلك بالإنفاق عليه وتربيته ورعايته، بإعتباره مسؤول على نفسه وماله والولي القانوني والمربي له، وهذه الأخيرة تتم بعقد شرعي أمام المحكمة أو أمام الموثق.[2]

" وترد الكفالة على الطفل القاصر دون سواه، وذلك لمدى إحتياج القاصر للعناية والرعاية مقارنة ببالغ، ويجب أن يتلقى الطفل المكفول العناية، والرعاية التي يتلقاها الطفل الصلبي من طرف والديه "،[3] وعليه ومن خلال المقارنة بين تعريف الكفالة في كل من القانون المدني وقانون الأسرة، نجد أن مجال الكفالة في القانون المدني مالي محض، يراد به ضمان أو كفالة دين بين دائن ومدين، أما الكفالة في قانون الأسرة مجالها هو كفالة القصر والإعتناء بهم وهو جوهر دراستنا. وحسب فقهاء القانون فالكفالة تبدأ بعد إنتهاء مرحلة الحضانة وهذا الضم يكون لمن له الولاية، والأطفال في الإسلام لا يضيعون بسبب فقدهم لأوليائهم فلا ذنب لهم في ذلك فتصح كفالتهم من القريب وغير القريب.[4]

---

[1] القانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ، الموافق لـ 09 يونيو 1984م، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 31 جويلية 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02، المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426، الموافق لـ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 43، المؤرخة في 22 يونيو 2005.

[2] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1433هـ،2012م، ص 526.

[3] لاكلي نادية، أحكام الكفالة في التشريع الجزائري وإشكالاتها القانونية، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 10، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تيموشنت، الجزائر، 2022، ص107.

[4] احمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، د.ط، مصر، 2009، ص ص196 ،197.

**ثانيا: حكم الكفالة**

الكفالة مشروعة في الإسلام، ودليل ذلك ما ورد في القرآن والسنة فمن القرآن وردت أدلة كثيرة منها:

قوله تعالى:﴿ فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقًا قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ ﴾سورة آل عمران/الآية 37.

وقوله عز وجل:﴿ ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ ﴾سورة آل عمران/الآية 44.

أما من السنة فقد وردت أدلة كثيرة منها:

ورد ذكرها في السنة، عن سهل إبن معاذ رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وقال بإصبعيه السبابة والوسطى " رواه البخاري[1].

وكذلك من أدلة السنة حديث أبي هريرة رضى الله عنه، أن رجالً شكا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، قسوة قلبه فقال: "إن أردت أن يلين قلبك فأطعم المسكين وأمسح برأس اليتيم".[2]

أما عن حكم الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، فالمشرع الجزائري قد أقر الكفالة كبديل لنظام التبني الذي منعه بموجب نص المادة 46 بقوله " يمنع التبني شرعا وقانونا ".

[1] محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم، ط 1، 1422هـ، دار طوق النجاة (مصور عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، حديث رقم 6005، باب فضل من يعول يتيما، ص 2688.

[2] الإمام الطبراني، مكارم الأخلاق، باب فضل التكفل بأمر الأيتام، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1989، ص 350.

فهي إلتزام تبرعي إرادي يلتزم بموجبه الكافل برعاية صغير قاصر وتوفير الجو العائلي له سواء كان معلوم أو مجهول النسب وذلك بموجب أحكام المواد من 116 الى 125 ق.ا.ج.

**الفرع الثاني: خصائص الكفالة**

تتسم الكفالة بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها سنوضحها فيما يلي:

**أولا: الكفالة عقد مؤقت**

لقد عرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 116 ق.أ.ج بقوله " الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر..." [1] وتفسيرا لذلك فإن الإنسان يخرج لهذا الوجود صغيرا قاصرا في حاجة إلى من يعينه، ويتكفل بأموره إلى بلوغه السن التي يصبح فيها عاقلا مميزا يقدر على تدبر شؤون نفسه.[2] وعليه فنظام الكفالة الذي جاء بديلا للتبني هو عقد مؤقت وليس أبدي، يضل قائما إلى غاية بلوغه سبب من الأسباب التي تجعله ينهي الآثار الناتجة والمترتبة عنه،[3] فتنتهي أو تسقط الكفالة بتخلف شرط من شروط توليها، أو بعودة الولد المكفول إلى ولاية والديه الأصليين بطلب منهما،[4] أو بتخلي الكافل عنها، أو بوفاته ورفض الورثة الإلتزام بها،[5] كما تسقط متى تعارضت مصلحة الكافل مع مصلحة المكفول وفي كل الحالات يراعي القاضي مصلحة القاصر.

---

[1] القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[2] صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا (النيابة الشرعية)، د.ط، ج 1، د.م.ن، 2021م، ص 773.

[3] خليل الله فليغة، وفاء شناتلية، مداخلة بعنوان: نضام الكفالة كآلية لحماية حقوق الطفل مجهول النسب في ظل أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2023، ص 15.

[4] القانون 84-11، المتضمن قانون اللأسرة المعدل والمتمم.

[5] المرجع نفسه.

**ثانيا: الكفالة عقد تبرعي**

تعتبر الكفالة تبرع من الكفيل فهي ليست إلتزاما واقعا على عاتقه سواء بسبب قرابة أو غيرها،[1] وعليه جاء فضلها وثوابها في الإسلام كبير، فبعد تحريم التبني فتح باب المعروف والإحسان لكفالة ورعاية اليتيم، واللقيط، أو مجهول النسب، ويعد الله ورسوله كافل اليتيم بجزيل الخير،[2] عملا بقوله تعالى:﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾ سورة المائدة/الآية 2، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام: " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا" وقال بإصبعيه السبابة والوسطى.[3]

وقد تبنى المشرع نفس مقاصد الشريعة الإسلامية بإعتباره الكفالة إلتزام على وجـــه التبرع،

" أي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطيه مع إنصراف النية لذلك "،[4] فهي ذات طابع مجاني، جاءت لهدف سامي وإنساني بالدرجة الأولى، وتكون على النفس والمال معا، مع إشتراط أهلية التبرع في الكفيل حتى يكون العقد صحيحا.[5]

**ثالثا: الكفالة عقد شرعي**

حسب شراح قانون الأسرة فإن قصد المشرع بالعقد الشرعي في المادة 116 ق.أ.ج، هو موافقته لأحكام الشريعة الإسلامية بما أن هذا النظام أقره الإسلام، فأراد من خلال ذلك إحاطته بجملة

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 197.

[2] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 526.

[3] محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المرجع السابق، ص 2688.

[4] نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية، البيع، الكفالة، الهبة، الوقف، الخلع، الإقرار)، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2009م، ص 130.

[5] لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة (نصا وشرحا)، د.ط، ج 1، دار الهدى، الجزائر، 2005م، ص 109.

من الأحكام القانونية التي تستمد روحها من أحكام الشريعة الإسلامية على إعتبارها مصدرا أصليا لقانون الأسرة الجزائري وتجسيدا لفكرة العقد الشرعي التي وردت في المادة 116. ولكن بالرجوع إلى نص المادة 117 ق.أ.ج، نجدها آمرة إذ تلزم الكافل بإتمام هذا العقد أمام المحكمة أو الموثق ضمانا لعدم ضياع حقوق القاصر، أي تحريرها في شكل عقد رسمي،[1]

ولا يعني كون طبيعة الكفالة تبرعا ألا تتم بعقد شرعي بل لابد من التأكيد على طلبها أمام المحكمة أو الموثق،[2] " فمن المقرر قانونا أن الكفالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة ولو كان جائزا إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة ".[3]

## المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها

بعد تعريف الكفالة سنسعى إلى تحديد طبيعتها، وتمييزها عن بعض الأنظمة الأخرى وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين طبيعة الكفالة (فرع أول)، وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها (فرع ثاني).

### الفرع الأول: الطبيعة القانونية للكفالة

إنطلاقا من تعريف المشرع الجزائري للكفالة في نص المادة 116 من ق.أ.ج، سالفة الذكر، ومن مختلف الأحكام التي أوردها فيما يليها من نصوص، يمكن إستنتاج طبيعة الكفالة كما يلي:

**أولا: الكفالة نظام قانوني** تعتبر الكفالة نظام قانوني محدد في قانون الأسرة بموجب نصوص قانونية واضحة وصريحة، ومن ثمة فيجب على كل من يريد طلب الكفالة الإلتزام والإمتثال

[1] عمارة مسعودة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2011م، ص 71.

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 197.

[3] أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007م، ص110.

لأحكامها لأنها تتعلق بالنظام العام.[1]

فإرادة الكافل في الكفالة محدودة تتعلق أساسا بالرغبة في طلب الكفالة أو التخلي عنها فقط أما باقي القواعد فهي محددة مسبقا بموجب القانون ومن ثمة إعتبارها نظاما قانوني أقرب من إعتبارها عقد.

**ثانيا: الكفالة عقد** من خلال إستقراء نص المادة 116 من ق.أ.ج التي جاء فيها " الكفالة إلتزام على وجه التبرع ...وتتم بعقد شرعي "، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد إعتبر الكفالة عقد بصريح العبارة، لكنه أحاطها بمجموعة من الضوابط والشروط الخاصة المقيدة لحرية المتعاقدين مما يجعلها عقدا ذو طبيعة خاصة.[2]

**الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها**

شرعت الكفالة لتحقيق هدف نبيل وهو حماية القاصر وتدبير أموره وهو ما يجعلها تتشارك في ظاهرها مع بعض الأنظمة كالتبني والحضانة والولاية، غير أنها تختلف عنهم في بعض النقاط وهو ما سنسلط عليه الضوء في هذا الفرع وفق التفصيل التالي:

**أولا: الكفالة والتبني**

سنقوم بتعريف التبني ثم نميز بينه وبين الكفالة وذلك كما يلي:

[1] عبدون نسيمة، بولمكاحل أحمد، وضعية الطفل المسعف في إطار الكفالة في القانون الجزائري، المجلة المقدمة للدراسات الإنسانية والإجتماعية، المجلد 7، العدد 2، جامعة منتوري قسنطينة، ديسمبر 2022، ص 517.

[2] إيمان حيدوسي، أحكام النيابة الشرعية في القانون الأسرة الجزائري، أطروحة نيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص تخصص شؤون الأسرة، جامعة منتوري 1، قسنطينة، الجزائر، 28 مارس 2022، ص ص 144،143.

**1_تعريف التبني:** " التَبَنِّي لغَةً مِنْ تَبَنَّى تَبَنِيًا ويُقَالُ تَبَنّىَ صَبِيًا أَوْ إِدَّعَى بُنُوَتَّهُ وَإِتّخَذَه إبْنًا"،[1] وجاء في لسان العرب " التَّبَنِي مِنْ بَنَّى جَمْعُ إبْنًا مُضَافًا إِلَى النّفْس، ويقال: تَبَنَيْتُهُ أيْ إدَعَيْتُ بُنُوَتَهُ، وَتَبَنَاهُ إتَّخَذَهُ إبْنًا، وفي حديث أبي حذيفة أنه تَبَنَّى سَالِمًا أيْ إتَّخَذَهُ إبْنًا ".[2]

أما التبني اصطلاحا: فقد عرفه الأستاذ بلحاج العربي: " بأن يتخذ الإنسان إبن غيره المعروف نسبه إبنا له وقد كان نظام التبني معروفا في الجاهلية وإستمر مدة من الزمن في صدر الإسلام"،[3] حتى أبطله الله تعالى بقوله: ﴿ اُدْعُوْهُمْ لِاٰبَآىِٕهِمْ هُوَ اَقْسَطُ عِنْدَ اللّٰهِۚ ﴾ سورة الأحزاب/الآية 5.

أما في المعجم القانوني جاء تعريف التبني أنه نظام يبيح للفرد أن يتخذ فردا آخر غريبا عنه ولدا له، فيعامل من الناحيتين القانونية والإجتماعية معاملة أولاده، ولحرص الإسلام على القضاء على هذا النظام وإزالة جميع آثاره، لم يكتف بإلغائه بالقول بل رأى أن يمحوه كذلك بطريق عملي فأمر الله رسوله عليه الصلاة والسلام أن يتزوج مطلقة زيد بن حارثة، ليأكد للناس أنه لا تبني في الإسلام.[4]

**2_التمييز بين الكفالة والتبني**

تختلف الكفالة عن التبني في النقاط التالية:

-التبني محرم شرعا وقانونا، أما الكفالة فهي تعد من الأمور المستحبة.[5]

-التبني يؤثر في النسب إذ يحدث نسب جديد إعتباري هو النسب بالتبني أي فيه تزييف للنسب، أما الكفالة فلا تحدث أي تأثير على نسب الطفل.[6]

---

[1] محمد مرتضى بن محمد الحسيني الزبيري، تاج العروس من جواهر القاموس، ط 1، مجلد 20، د.س.ن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 188.

[2] ابن منظور، المرجع السابق، ص 91.

[3] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 521.

[4] رياض النعمان، المعجم القانوني، ط 1، ج 1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013م، ص ص 375،376.

[5] القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[6] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002م، ص 215.

-التبني يثبت للطفل كل أحكام البنوة وآثارها من إباحة الإختلاط وحرمة الزواج وإستحقاق الميراث.[1]غير أن الكفالة لا تحدث شيء من هذا، فيبقى الولد أجنبيا على العائلة، ويجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول في حدود الثلث فقط.[2]

-التبني محرم شرعا وقانونا فقد وضعت الشريعة الإسلامية من النظم ما يسد حاجة الصغار المالية والإجتماعية والنفسية، ويرعى شؤونهم دون حاجة لنظام التبني.[3] فعلى خلاف بعض القوانين الوضعية التي أخذت بهذا النظام، لم تأخذ الجزائر به ولم ترتب عليه أية آثار وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: " من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن إبنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا. وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيدو الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التبني على أساس أن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبنى قد أخطأوا في تطبيق القانون ذلك أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه "،[4] ولكن يجيز المشرع نظام الكفالة فقط.

**ثانيا: الكفالة والحضانة**

سنتناول تعريف الحضانة ثم نبين الفرق بينها وبين الكفالة

**1_تعريف الحضانة**

الحضانة لغة " بِمَعْنَى حَضّنَ وَهُو الحُضّنْ، أَيْ مَا دُونَ الْإِبِطْ إِلَى الْكَشّحْ وَقِيلَ هُو الصَّدْر وَالْعَضَّدْ وَمَا بَيْنَهُمَا، وَالْجَمْعُ أَحْضَّانْ وَمِنْهَا جَعْلُ الشَّيْءَ فِي حِضْنِّكَ، وَحِضَّانْ جَمْعُ حَاضِنْ

[1] يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط 11، مطبعة دار التراث العربي، القاهرة، 1997م، ص 186.

[2] القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[3] أحمد عبد الحكيم أحمد العناني، التبني في فقه الشرائع السماوية وبعض الأنظمة الوضعية، العدد 25، المجلد الثاني، مجلة الشريعة والقانونية، مصر، 2010، ص 777.

[4] قرار رقم 122761، صادر بتاريخ 1994/06/28، قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، 2001، ص 155.

لأَنَ المُرَبِّي وَالكَّافِلْ يَضُّمُ الطِفْلَ إلَى حُضْنِهِ وَنقول حَضَّنْتُ الصَّبِيْ، إِذْ جَعَلْتُهُ فِي هَذا المَوْضِع".[1]

أما الحضانة إصطلاحا: فتعد من الآثار المنجرة عن إنحلال عقد الزواج، ومؤداها موافقة الصغير الذي لا يقدر على التكفل بنفسه مع من هو أقدر على حفظه، والإهتمام به، فهي مظهر من مظاهر الرعاية التي لها دور كبير في أول مراحل حياة الصغير، فأولتها القوانين الوضعية أهمية كبيرة.[2]

وقد عرف المشرع الحضانة في نص المادة 62 ق.أ.ج بقوله: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ".[3]

في حين عرفها الأستاذ أحمد مصطفى شلبي " بأنها هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل أمره برعاية شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه، ووقايته عما يهلكه أو يضره"،[4] ومنه فكل مقاصد الحضانة تصب في قالب واحد هي تربية الولد ورعايته والنظر لكل ما يلزمه حتى يقوى على قضاء أموره، وتكون لمن له حق الحضانة.[5]

**2_التمييز بين الكفالة والحضانة:**

ظاهريا لا يوجد فرق بين الكفالة والحضانة فكلاهما يهدف إلى رعاية الطفل، غير أنه من خلال التدقيق والتمحيص نجد أن الفرق بينهما يكمن فيما يلي:

---

[1] إبن منظور، المرجع السابق، ص 911.

[2] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2012م، ص 123.

[3] القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[4] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977م، ص 733.

[5] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 4، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م، ص 379.

-جاء في شرح قانون الأسرة للأستاذ أحمد نصر الجندي أن الكفالة هي إستكمال لفترة الحضانة، أي إكمال تربيتهم التي بدأت في مرحلة حضانتهم، وكذلك بإكمال تعليمهم ما يحتاجونه.[1]

-الكفالة مطلقة تصح على معلوم ومجهول النسب،[2] على خلاف الحضانة التي تطلق على الطفل المحضون، ويكون معلوم النسب، فتثبت للأم، ثم الأب، ثم الأقربون درجة حسب نص المادة 64 ق.أ.ج.[3]

-الكفالة نظام بديل للتبني وهي مستحبة، وتشمل قيام الكافل بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية على وجه التبرع، وقد تناولها المشرع في المواد من 116 الى 125 من ق.أج، أما الحضانة فتعد واجبة فهي أثر من آثار الطلاق، تعرض المشرع لأحكامها في المواد من 62 إلى 72 ق.أج.[4]

-تتم الكفالة بموجب أمر ولائي أمام قاضي شؤون الأسرة، أو بواسطة عقد توثيقي يحرره الموثق، في حين تسند الحضانة لمن وجبت له بناء على حكم قضائي، وللطرف الآخر الحق في الزيارة.[5]

-يلتزم الكافل بالنفقة على المكفول بدون مقابل، وينفق الأب على إبنه حتى إذا لم يكن حاضنا، ويجوز للحاضنة طلب أجرة الحضانة.[6]

-الكفالة تعطي للطفل المميز الذي بلغ السادسة عشر من العمر الحق في أن يختار مع من يبقى، عند طلب والديه أو أحدهما عودته، لأنه أصبح قادرا على تمييز ما فيه مصلحة له،

---

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 196.

[2] المرجع نفسه، ص 197.

[3] تنص المادة 64 ق.أ.ج على: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[4] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2018م، ص ص 131،168.

[5] لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص ص 76،109.

[6] عبد الرحمان سلام، الكفالة في التشريع المدني الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 2، المجلد 19، جامعة وهران، أكتوبر 2018م، ص 612.

وهذا ما نصت عليه المادة 124 ق.أ.ج " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الإلتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول ".[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه " لكن حيث أن مدار الكفالة مصلحة الولد المكفول، فمتى تحققت هذه المصلحة وجب المصير لها ولو ناقض ذلك مصلحة الأم لأن حق المكفول في الرعاية والإهتمام والتربية والتعليم والإستقرار النفسي والعاطفي أقوى من حق الأم ومقدم عليها، ولما كان البين من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أجروا تحقيقا بشأن طلب الطاعنة الرامي إلى إلغاء الكفالة وإستعادة ابنتها المكفولة تنفيذا للقرار المؤرخ في 08-10-2012 واستمعوا إلى البنت المولودة بتاريخ 08-09-1999 وخيروها بين العودة إلى والدتها أو البقاء مع خالتها وزوجها الكافلين وأنها اختارت البقاء مع الكافلين، فإن قضاة المجلس بذلك غلبوا مصلحة المكفولة على مصلحة الأم الطاعنة وطبقوا صحيح نص المادة 124 من قانون الأسرة طالما أن البنت تجاوزت سن التمييز المنصوص عليها في المادة 2/42 من القانون المدني وقت صدور القرار مما يجعل الوجه غير سديد حيث إنه بذلك يصبح الوجهان غير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن".[2]

أما الحضانة فتنقضي ببلوغ الذكر 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وهو 19 سنة، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، ويراعي القاضي في كل الأحوال مصلحة المحضون حسب نص المادة 65 ق.أ.ج.[3]

---

[1] القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[2] قرار رقم 1002342، صادر بتاريخ 2016/09/07، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2016، غرفة الأحوال الشخصية، ص 224.

[3] القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

**ثالثا: الكفالة والولاية**

أدرج المشرع الجزائري بموجب أحكام قانون الأسرة كل من الكفالة والولاية في الكتاب الثاني تحت عنوان "النيابة الشرعية" وهذا راجع أساسا لكون كل من الكافل والولي يحلان محل الولد القاصر في القيام بأموره الشخصية والمالية بهدف حمايته وضمان حقوقه، غير أن ذلك لا يعني عدم وجود إختلافات بينهما.

ولهذا سنتطرق إلى تعريف الولاية، ثم القيام بتمييزها عن الكفالة كما يلي:

**1_تعريف الولاية:**

"الولاية لغة إسم مشتق من الفعل الثلاثي وَلِىّ، يُقَالُ وَلِىَّ الْشَّيْءَ وَوَلِيٌ عَلَيْه، وَهِي أَيْضًا بِمَعْنى المَحَبَةُ وَالنُصْرَة، وإِمَا بِمَعْنَى السُلْطَةُ والقُدْرَةُ ".[1]

ومنه قوله سبحانه وتعالى: "﴿ وَمَن يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ﴾ سورة المائدة/ الآية 56.

أما الولاية اصطلاحا: فلم يعرفها المشرع الجزائري في قانون الأسرة وإنما إكتفى فقط بذكر من يمارسها في نص المادة 87 ق.أ.ج، فاسحا المجال لفقهاء القانون، فعرفها الأستاذ عبد العزيز سعد بأنها تنفيذ القول على الغير بإدارة شؤونه، والقيام مكانه في التصرف لمصلحته، ورعاية نفسه، والغير يقصد به ناقص الأهلية أو فاقدها.

عملا بقول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ كانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾ سورة البقرة/الآية 282.

فيولد الإنسان صغيرا أو يصيبه من العجز شيئا يجعله غير قادر عن التصرف في نفسه أو ماله، من هنا يبرز هدف كبير من الولاية هو حفظ حقوق العاجزين والقيام بهم.[2]

وذهب آخرون إلى القول بأن الولاية تتكون من شقين ولاية على النفس، مدار ثبوتها عجز المولى عليه عن إدراك وجه المصلحة فيها، سواء كان صغيرا، أو كبيرا مجنونا، أو معتوها

[1] إبن منظور، المرجع السابق، ص ص 282،283.

[2] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 97.

فتثبت على الصغير حتى يبلغ، والصغيرة حتى تتزوج، والمجنون والمعتوه حتى تزول علتهم، ويراد بها سلطة الحفظ والتأديب والتعليم والصيانة على نفس المولى عليه، وولاية على المال وهي السلطة التي يملك بها الولي حق التصرف في مال المولى عليه من بيع، وشراء، ورهن وإعارة، واجارة، وغيرها.[1]

وعليه ومن خلال ما سبق يمكن القول بأن الولاية هي سلطة شخص راشد على من ليس رشيد في تدبير أموره الشخصية وتدبير أموره المالية، والحاكم بنفسه أو من يمثله ولي من لا ولي له.[2]

**2_التمييز بين الكفالة والولاية:**

تختلف الكفالة عن الولاية في النقاط التالية:

-الكفالة لا تثبت إلا بعقد رسمي أمام الموثق أو بحكم من القضاء المادة 117 ق.أ.ج، أما " الولاية تكون مبدئيا بقوة القانون ولا تحتاج إلى إذن أو حكم مسبق، وإستثناء تسند الولاية بموجب حكم في حال الطلاق أو المنازعة ".[3]

-الكفالة مطلقة فقد تربط الكافل والمكفول قرابة، كما قد يكون أجنبيا عنه،[4] ويستوي أن تكون الكفالة على مجهول النسب أو معلوم النسب حسب نص المادة 119 ق.أ.ج، أما الولاية فتثبت بقوة القانون للأب على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا المادة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر عن غرفة الأحوال الشخصية وقد جاء فيه " من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون ولما كان الثابت، أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح

---

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ص 769،779.

[2] نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي (مادة بمادة) على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، ط 3، منقحة ومزيدة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2018، ص 303.

[3] المرجع نفسه، ص 304.

[4] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 197.

الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم خالفوا القانون ".[1]

-الكفالة إلتزام على وجه التبرع من الكافل وليست إجبارية م116 ق.أ.ج، أما الولاية فهي إجبارية فتلتزم الأسرة برعاية القاصر في نفسه وماله بدون مقابل وقد بين المشرع الجزائري الأشخاص المعترف لهم بممارسة الولاية.[2]

-تنتهي الكفالة بعودة الولد المكفول إلى والديه، أو بوفاة الكافل أو بتخليه عنها أو إسقاطها عنه حسب المادة 125 ق.أ.ج. أما الولاية تنتهي حسب نص المادة 91 ق.أ.ج، بعجز الولي، أو موته، أو الحجر عليه، أو بإسقاط الولاية عنه.[3]

## المبحث الثاني: إنعقاد الكفالة (أركانها وشروطها)

نظرا لتطور المجتمعات، وسعيا منها لتنظيم العلاقات وحماية الأطراف، أقرت القوانين الوضعية عقودا تثبت بها الحقوق والإلتزامات، والكفالة كونها عقد من العقود وحتى تقوم صحيحة منتجة لآثارها يجب توفر كل أركان العقد التي نص عليها القانون المدني، ولتحقق الهدف الذي جاءت من أجله كاملا نص قانون الأسرة على التقيد بشروط في كل من الكافل والمكفول.

لهذا وجب أن ندرس هذه الأركان من خلال (مطلب أول)، ثم نتناول الشروط التي أوردها المشرع الجزائري لقيام الكفالة (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: أركان الكفالة

يشترط لقيام الكفالة توافر الأركان العامة التي يجب توافرها في أي عقد، بالإضافة إلى ركن الشكلية، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين. الأركان العامة لعقد الكفالة (فرع أول)، وركن الشكلية (فرع ثاني).

---

[1] قرار رقم 187692، صادر بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 1، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 1979م، ص 53.

[2] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 202.

[3] القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

**الفرع الأول: الأركان العامة لعقد الكفالة**

يستلزم لقيام الكفالة توافر الأركان التالية وهي الرضاء والمحل والسبب.

**أولا: ركن الرضا**

الرضا هو الأساس الطبيعي لأي عقد وبما فيه عقد الكفالة حيث نص المشرع الجزائري في المادة 59 ق.م.ج، بأنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ".[1] فمن خلال إستقراء نص المادة نلاحظ أن تطابق الرضا يكون بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، وفي عقد الكفالة يتجسد الرضا في إبرام عقد الكفالة بين الكافل ووالدي المكفول أمام الموثق أو المحكمة إذا كان المكفول معلوم النسب حسب نص المادة 117 ق.أ.ج، أو بين الكافل ودار الرعاية المسعفة إذا كان مجهول النسب.[2]

غير أنه يشترط لكي يكون الرضا صحيحا أن يصدر من ذي أهلية، ويقصد بالأهلية في التعاقد، قدرة الفرد على القيام بتصرفات قانونية صحيحة،[3] حيث نصت المادة 78 ق.أ.ج على أنه: " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون "،[4] ولما كان المكفول ناقص الأهلية فيجب أن ينوب عنه من يمثله، كما يجب أن يكون الرضا سليما خاليا من عيوب الإرادة المنصوص عليها في القانون المدني وهي:

**1_الغلط:**

نصت المادة 81 ق.م، بأنه "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله"، نفهم أن الغلط هو وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير

---

[1] القانون رقم 05-07، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[2] بوخروفة إيمان، بورغدة ريم، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2020/2019، ص 16.

[3] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، د.ط، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م، ص 41.

[4] القانون رقم 05-07، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

حقيقتها،[1] فيكون ذلك الغلط هو الدافع الذي دفعه لإبرام العقد، كأن يتعاقد الكافل على أن يكفل طفلا معينا ثم يتبين أنه طفلا آخر غير الذي أراد كفالته.[2]

**2_الإكراه:**

نصت المادة 88 ق.م، أنه " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ".[3] فهو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة، فيولد في نفسه رهبة، أو خوفا، يحمله على التعاقد، والإكراه بهذا المعنى يفسد الرضا ولا يعدمه، فإرادة المكره موجودة، ولكنها معيبة بفقدانها لأحد عناصرها الأساسية، وهو عنصر الحرية والإختيار،[4] ومثال الإكراه في الكفالة أن يجبر أحد الأطراف الطرف الآخر على إبرام عقد الكفالة بالابتزاز، أو قضاء مصلحة معينة مقابل المضي في هذه الكفالة.

**3_التدليس:**

نصت عليه المادة 87 ق.م، " إذا صدر تدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس ".[5] فالتدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه للتعاقد بإستعمال طرق إحتيالية ومثال ذلك أن تعطي المؤسسة المكلفة برعاية الأطفال معلومات مزيفة عن الطفل المراد كفالته، فتصرح مثلا بأنه مجهول النسب في حين أن الطفل في الحقيقة معلوم النسب وذلك لدفع الكافل لإبرام العقد، غير أنه لا يمكن للكافل في هذه الحالة أن يطلب إبطال العقد للتدليس إلا إذا أثبت أن المؤسسة كانت تعلم بهذه المعلومات قبل إبرام العقد.[6]

---

[1] فيلالي علي، إلتزامات النظرية العامة للعقد، ط 3، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2013م، ص 173.

[2] دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الالتزام، ط 1، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004م، ص 22.

[3] القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[4] بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، د ط، ، الجزء 1(المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، دار هومة، 2015، ص 442.

[5] القانون رقم 05-07، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[6] بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 443.

**4_الاستغلال:**

نصت عليه المادة 90 ق.م، بقولها أنه " إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا....". فالمقصود هو إستغلال الطيش البين، أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد، بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه إلتزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل، أو من غير عوض،[1] ومن أمثلة الإستغلال في الكفالة أن يكون الكافل صاحب مال ونفوذ، فيقوم بإستغلال عائلة فقيرة لوجود ضعف، بهدف تحقيق مصلحة، فقد جاء في مقال لجريدة الشروق أن واقع بعض الآباء إضطرهم إلى التخلي عن أبنائهم بسبب الفقر فتصبح كأنها عملية بيع للأطفال بالكفالة.[2]

**ثانيا: ركن المحل**

لم يعرف المشرع الجزائري المحل وإنما إكتفى ببيان أحكامه في المواد من 92 إلى 96 ق.م.، في حين عرفه أساتذة القانون بأنه ركن من أركان العقد، ويشترط فيه أن يكون موجودا، أو قابلا للوجود في المستقبل، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين، ويكون مشروعا صحيحا غير مخالفا للنظام العام،[3] فلا يعقل إبرام عقد الكفالة دون بيان الطفل المعني بها، كما يجب أن يكون محل عقد الكفالة مشروعا أي غير مخالف للنظام العام، وهذا الشرط يعتبر محقق في هذا النوع من العقود، لأن محل عقد الكفالة هو القيام بولد قاصر فهو بمثابة عمل خيري أو تبرعي فكيف يكون غير مشروع.

---

[1] عليان عدة، محاضرات في مقياس القانون المدني، مصادر الإلتزام الإرادية نظرية العقد والإرادة المنفردة، جامعة غليزان، 2018-2023، ص 42.

[2] حكيمة حاج علي، الفقر يدفع جزائريين إلى بيع أطفالهم بالكفالة (جريدة الشروق)، 2015/02/28، العدد 4662، ص 17.

[3] بن يكن عبد المجيد، عقد الكفالة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015/2014، ص 144.

**ثالثا: ركن السبب**

إستحدث المشرع الجزائري سنة 2005 بمناسبة تعديله للقانون المدني، عنوانا جديدا في الفقرة 02 مكرر بعنوان السبب حيث كان سابقا يدرج المواد المتعلقة بهذا الركن ضمن ركن المحل،[1] فمن خلال إستقراء نص المادتين 97 و98 نجد بأن السبب هو" الغرض الدافع إلى التعاقد للوصول إلى ما يريد الشخص الإلتزام به "،[2] ومما لاشك فيه أن هذا الالتزام يجب أن يكون مشروع وغير مخالف للنظام العام، وأكدت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1987/01/26 أنه " من المقرر شرعا وقانونا إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا ومن ثمة فإن القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه ".[3]

**الفرع الثاني: ركن الشكلية**

الأصل في العقود أنها رضائية حسب نص المادة 59 ق.م:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما...". ولكن إستثناء أوجب المشرع في بعض العقود، وذلك بالنظر إلى أهميتها، وحماية لأطرافها، بالإضافة إلى الرضا توفر ركن الشكلية، وهذا ما نص عليه في المادة 117 ق.أ.ج. حيث إستلزم أن تتم الكفالة في شكل رسمي من خلال طلبها أمام المحكمة أو بموجب عقد يتم إبرامه أمام الموثق، فكفالة الأطفال ورعايتهم تعتبر مسؤولية كبيرة لدى من يقوم بها، ولابد من حفظ حقوق كل الأطراف خاصة القاصر بما أنه هو الحلقة الضعيفة وخاصة عند النزاع.[4]

---

[1] عليان عدة، المرجع السابق، ص 53.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام)، ط 3، الجزء 1، في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000م، ص 306.

[3] قرار رقم 44571، صادر بتاريخ 1087/01/26، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 4، 1992م، غرفة الأحوال الشخصية، ص 49.

[4] عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص 71.

" لهذا إثبات الكفالة لا يجوز إلا بالكتابة الرسمية وبتالي كل إتفاق على خلاف ذلك فهو باطل بحكم القانون ".[1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قرارتها بأنه " لا يجوز إثبات الكفالة إلا بالكتابة ولو كان جائزا إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ وفي تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب الرفض. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد الكفالة لم يثبت بوثيقة كتابية فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون التطبيق الصحيح، حين أخرجوا المطعون ضده من الخصومة بإعتباره ليس كفيلا ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن ".[2]

## المطلب الثاني: شروط الكفالة في قانون الأسرة

يشترط لإسناد الكفالة لمتوليها توفر مجموعة من الشروط منها ما نص عليه المشرع صراحة في قانون الأسرة، ومنها ما هو مستمد من القواعد العامة وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع وفق التفصيل التالي.

### الفرع الأول: شروط إسناد الكفالة المنصوص عليها في قانون الأسرة

لقيام الكفالة صحيحة إشترط المشرع الجزائري توفر شروط معينة في الكافل نذكرها أولا ثم المكفول ثانيا:

**أولا: شروط خاصة بالكافل:** نص عليها المشرع صراحة بالمادة 118 ق.أ.ج، بقولها " يشترط أن يكون الكافل مسلما عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته".[3]

---

[1] لينة أنارس، كريمة علام، الكفالة دراسة مقارنة (التشريع الجزائري مع بعض التشريعات العربية)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 20.

[2] قرار رقم 56336، صادر بتاريخ 1988/07/13، مجلة المحكمة العليا، العدد 04، 1988، غرفة الأحوال الشخصية، ص 58.

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

أ-**شرط الإسلام:** إعتبر المشرع الجزائري الإسلام شرطا ضروريا لإسناد الكفالة للكافل فلا بد من إتحاد الدين بين الكافل والمكفول، مع ضرورة أن يكون هذا الدين الإسلام، فهو عقيدة وعبادة وشريعة ونظام سلوكي وخلقي. ومنه فعلى الكافل أن يكون مسلما حتى يكفل الطفل القاصر، بإعتبار أنه لا يجوز كفالة كافر لولد مسلم ومنحدر من والدين مسلمين.[1]

فإذا كان الكافل جزائري لا يطلب منه تقديم شهادة تثبت إسلامه، فيفترض أنه مسلم، أما الأجنبي الذي يرغب في كفالة طفل جزائري، عليه أن يثبت إسلامه، فإن كان من بلد عربي أو إسلامي فيكفي تقديم وثيقة صادرة من بلده تثبت إسلامه، لأن بعض هذه الدول مزدوجة الديانة. أما من يرغب في الكفالة من الأجانب من غير تلك الدول فلا بد له من تقديم شهادة تثبت إعتناقه الإسلام.[2] ويجب على القاضي أو الموثق المعروض أمامه الطلب التأكد من توافر هذه الشروط قبل منح الكفالة.[3]

ومنه فلا ولاية مع إختلاف الدين، فلقد حرم الإسلام ولاية الكافرين على المسلمين في قوله تعالى:﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً وَيُحَذِّرُكُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ﴾ سورة آل عمران/الآية 28، وذلك من أجل حفظ الدين وهو أهم مقاصد الشريعة، لذلك حرم الله ولاية الكافر على المسلم.

[1] عبد العزيز سعد، مصادر ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، المرجع السابق، ص 160.

[2] صديق تواتي، المرجع السابق، ص 861.

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص 110.

**ب-شرط العقل والأهلية:**

يشترط في الكافل أهلية التبرع، وهي البلوغ 19 سنة كاملة حسب نص المادة 40 من ق.م، متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه بسبب جنون، أو عته، أو أي عارض من عوارض الأهلية.[1] ولكن نظرا لأن الطفل الغير مميز لا يمتلك القدرة على تمييز ما يصلح به، وما يضره فهو بحاجة لمن يقوم مكانه بتدبير أموره، فالمشرع الجزائري لم ينص صراحة على إثبات طالب الكفالة، أو من تنتقل إليه هذه الكفالة، التمتع بكل قواه العقلية بتقديم شهادة طبية نظرا لأن بعض الإضطرابات النفسية والعقلية لا تظهر دائما وبشكل يلاحظه العامة كالجنون المتقطع.[2]

وبما أن الكفالة تبرع أكدت المحكمة العليا في قرار لها أنه إذا كان من الثابت أن النزاع في قضية الحال يتعلق بعقد هبة، وأن الطاعنات دفعن بأن والدهن، الواهب كان أثناء تصرفه لا يتمتع بقواه العقلية، ولقد كان على قضاة الإستئناف التصدي لهذا الإدعاء والعمل على إثباته أو نفيه، فإنهم بالإعتماد على المدة الفاصلة بين يوم الهبة وموت المورث في صحة التصرف وإهمالهم الجواب على البت في هذا الدفع والقضاء بصحة الهبة، عرضوا ما قضوا به للنقض بسبب نقص البيان والتعليل بما فيه الكفاية، الأمر الذي لا يتحقق معه للمجلس الأعلى مراقبة تطبيق أحكام الشريعة والقانون ومنى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه.[3]

---

[1] إيمان حيدوسي، المرجع السابق، ص 142.

[2] بن عبد الله نريمان، الكفالة بعد إنحلال الرابطة الزوجية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، شعبة الحقوق تخصص قانون معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد 2، وهران، 2020/2019، ص 35.

[3] قرار رقم 31833، صادر بتاريخ 1984/10/22، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عرفة الأحوال الشخصية، العدد 03، 1989، ص 65.

بالإضافة إلى توافر شرط الأمانة والإستقامة فيه، ويمكن للقاضي إجراء تحقيق للتأكد من قيام تلك الشروط وفقاً لنص المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

**ج-شرط القدرة:**

ويقصد به قدرة الكافل على رعاية المكفول، والقيام بكافة شؤونه وتوفير كل ما يمكن أن يحتاج إليه الطفل المكفول، والتي تعتبر من الضروريات التي لا غنى عنها للنمو السليم له بحيث يتمتع بقدرة كاملة تؤهله لرعاية المكفول والسهر على مصالحه،[2] والقدرة تشمل شقين القدرة الجسدية والمادية.[3]

**القدرة الجسدية:** ويقصد بها أن يكون الكافل متمتعا بصحة جيدة وبكامل قواه البدنية، ومعافى من أي مرض أو إعاقة من شأنها أن تحول بينه وبين أداء إلتزاماته إتجاه المكفول، أو تقلل من قدرته على أدائها، فلا يجب أن يكون الكافل مصابا بعاهة تمنعه من رعاية الطفل المكفول، أو بمرض معدي يضر بصحة هذا الأخير.[4]

وتخلف شرط القدرة حسب إتجاه المحكمة العليا يؤدي إلى إسقاط هذا الحق، ومن المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثمة فإن القضاة بتقريرهم ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان الثابت في قضية الحال، أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثمة فإن قضاة الإستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب، وخالفوا القواعد الفقهية.

---

[1] صديق تواتي، المرجع السابق، ص 862.

[2] عبد العزيز سعد، مصادر ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، المرجع السابق، ص160.

[3] مرباح صليحة، كفالة مجهولي النسب في القانون الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد 9، عدد خاص، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2023، ص 255.

[4] لاكلي نادية، المرجع السابق، ص 110.

ومتى كذلك إستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ.[1]

**القدرة المادية:** وهي مقدرة الكافل على الإنفاق على المكفول، وتلبية حاجاته المادية من مأكل ومشرب، وملبس، ومسكن، وتعليم، وغيرها، أي لابد أن يكون ميسور الحال ذو وضع إقتصادي جيد، إذ لا يعقل أن تمنح الكفالة لشخص فقير، فهو غير قادر على إعالة نفسه وأسرته بشكل لائق، ناهيك عن إضافة شخص آخر، ويمكن للقاضي التأكد من حالة الكافل المادية من خلال الإطلاع على كشف الراتب إذا كان موظفا أو السجل التجاري إذا كان تاجرا.[2]

فخلاف ذلك يستوجب إسقاط الكفالة نظرا لأن النفقة نتيجة حتمية، وقد كرست المحكمة هذا الأمر في العديد من قرارتها فقد أكدت في المبدأ "أنه يجب على الكافل، القيام بالإنفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بإبنه، بإعتباره وليا قانونيا، ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة، مما يستوجب عليه القيام بالنفقة والتربية والرعاية، وعليه فإن قضاة المجلس لما قضوا بالصورة المذكورة يكونون بذلك قد خالفو القانون وجعلوا قرارهم المنتقد لا يستند إلى أي أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه نقضه و إحالة لنفس المجلس ودون مناقشة باقي الأوجه".[3]

**ثانيا: شروط الخاصة بالمكفول**

لم ينص عليها المشرع صراحة وإنما تستشفها ضمنا من خلال تحليل نصوص المواد وهي:

---

[1] قرار رقم 33921، صادر بتاريخ 09|1984/07، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 04، 1989م، غرفة الأحوال الشخصية، ص 76.

[2] علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014، ص 246.

[3] قرار رقم 369032، صادر بتاريخ 2006/12/13، مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، 2007، ص 447.

**أ-أن يكون المكفول قاصرا**

تظهر حاجة المكفول إلى الرعاية والتربية كونه حسب نص المادة 116 من ق.أ.ج، يعتبر ولدا قاصرا غير قادر على رعاية نفسه، والقاصر بالرجوع إلى المادة 2/40 من القانون المدني الجزائري هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي 19 سنة،[1] وبالتالي فإن كل طفل لم يبلغ هذا السن هو أهل لأن يكون مكفولا حتى لو كان حديث العهد بالولادة.

**ب-أصل المكفول:**

تنص المادة 119 من ق.أ.ج الولد المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب.

**المكفول معلوم النسب:** هو الطفل الذي علم أبواه وعلم أصله ولو كانوا متوفين فإن كان الإثنين على قيد الحياة وجب رضاهما على الكفالة التي تخص ولدهما،[2] أما إذا كان أحدهم متوفيا أو عاجزا عن التعبير عن إرادته فموافقة الآخر تكفي لإتمام الكفالة فإن توفي كلاهما فبموافقة الشخص الذي يكون بكنفه سواء كان شخصا طبيعيا أو إحدى المراكز أو المؤسسات المكلفة برعاية الطفولة.[3]

**المكفول مجهول النسب:** هو الولد الذي لا يعرف أبواه ولا أصله، ولضعف مركزه القانوني نجد أن المشرع الجزائري قد أولاه إهتماما بالغا وجعله ربيب الدولة بحيث أخذت هذه الأخيرة مهمة الإهتمام به ورعايته والتكفل به داخل مراكز ومؤسسات خاصة إلى غاية سن البلوغ أو تكفل أسرة ما به، ويشترط أن تكون هذه المؤسسات ذات صبغة عمومية وإدارية وتحت وصاية وزارة التضامن، وأن يكون لها مركزا ماليا وبشريا يمكنها من رعاية الأطفال.[4]

---

[1] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 169.

[2] المرجع نفسه، ص 170.

[3] صديق تواتي، المرجع السابق، ص 861.

[4] لاكلي نادية، المرجع السابق، ص 110.

**الفرع الثاني: شروط الكفالة غير المنصوص عليها في قانون الأسرة:**

هناك عدة شروط لم يتطرق إليها المشرع إلا أنها تبقى شروطا ضرورية ليحقق عقد الكفالة غايته وتتمثل فيما يلي:

**أولا: شرط متعلق بجنس الكافل (رجل أو امرأة)** إن الفقه الإسلامي إعتبر الكفالة إلتزاما شخصيا صادرا عن الكافل سواء كان رجلا أو إمراة، إلا أن المشرع الجزائري ترك عبارات مبهمة عند صياغته لنصوص مواد الكفالة جعلت مفهومها ينصرف إلى كون الكفالة إلتزاما يقوم به الرجل، كما هو موضح في عبارة "قيام الأب بإبنه" وكذلك عبارة "يشترط أن يكون الكافل مسلما" وهذا الغموض جعل الكفالة إلتزاما صدوره مقصورا على الرجل فقط وكان الطفل لا يحتاج إلى عائلة أو أم ترعاه، بل إلى أب بديل، مع أن الحضانة دائما تكون بين يدي المرأة، فكان لابد للمشرع أن يجعل الأولوية للمرأة قبل الرجل.[1]

**ثانيا: شرط الزواج** نجد أن المشرع قد سكت عن هذه المسألة، لكن الطفل المكفول مهما كانت حالته يحتاج إلى أن يكون ضمن عائلة مكونة من زوجين، يكونان له بمثابة الأب والأم، فلا يمكن لغير ذي زوج أن يقوم بواجبات الكفالة على أتم وجه، خاصة إذا لم يسبق له الزواج، ولم يجرب المسؤولية الأسرية وأعبائها، وإذا كان قانون الأسرة لم ينص على ذلك، فبالرجوع إلى الواقع العملي نجد أن مديرية النشاط الإجتماعي قد إشترطت ذلك في طالب الكفالة وإشترطت إرفاق طلب الكفالة بشهادة تثبت زواجه.[2]

**ثالثا: شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة** لقد أغفل المشرع الجزائري هذه المسألة أيضا حيث يكون لموفقة الزوجين طالبي الكفالة، ورضاهما أهمية كبيرة على حياة الطفل المكفول، بحيث

[1] شمام منير، الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة والقضاء الجزائري، دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد 09، العدد 1، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018، ص ص 155،156.

[2] المرجع نفسه، ص 157.

إذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة ورفض الآخر ذلك فان الطفل المكفول يكون في وضعية حرجة، لهذا يتعين موافقة الزوج الآخر،[1] ولابد أن تكون هذه الموافقة واضحة وصريحة من أجل المصلحة الفضلى للطفل.[2]

**رابعا: شرط الفارق في السن** لم يتطرق المشرع الجزائري إلى موضوع فارق السن بين الكافل والمكفول، غير أنه لابد أن تتجاوز سن الكافل سن المكفول.[3] وذلك لأن المشرع إشترط أن يكون الكافل بالغا أي 19 سنة على الأقل، فلا بد من مراعاة فارق السن بين الكافل والمكفول لأن الأبوة تثبت بتوفر السن الطبيعي بين الكافل كالأب والطفل المراد التكفل به كإبن.[4] ووزارة التضامن الوطني والأسرة حددت السن الأقصى للكافل وهو 60 سنة بالنسبة للرجل و55 سنة للمرأة دون تحديد السن الأدنى له فقد أخضعته للسلطة التقديرية للجهة المانحة للكفالة.

[1] المرجع نفسه، ص 158.

[2] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 169.

[3] المرجع نفسه، ص 169.

[4] مرباح صليحة، المرجع السابق، ص 256.

# الفصل الثاني

---

## أحكام الكفالة

## تمهيد

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول إلى ماهية الكفالة من حيث تحديد مفهومها، وتمييزها عن بعض الأنظمة المشابهة لها، وكذا بيان أركانها وشروط إنعقادها كنظام بديل عن التبني، فإننا سنسلط الضوء فيه هذا الفصل على أحكام الكفالة وذلك من خلال بيان الضوابط القانونية الواجبة لإنعقاد الكفالة، لأنها تتعلق بتربية الصغير القاصر وبناء مستقبله مما يؤدي لترتيبها لآثار هامة بالنسبة لطرفيها، كما أنها تتعرض للإنقضاء متى توافرت أسباب معينة.

وعليه سنتناول في هذا الفصل إجراءات إسناد الكفالة للكافل (المبحث الأول)، ثم بيان أثارها وأسباب إنقضائها (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: إجراءات الكفالة

إن تطور المجتمع يفرض الإهتمام بالطفل عموما، وبالأخص مجهول النسب، واللقيط، واليتيم، قصد دمجهم في المجتمع، ورعايتهم، وهذا يقتضي منا تسليط الضوء على إجراءات طلب الكفالة، من حيث بيان الجهة المختصة بإسناد الكفالة، ومراحل إسنادها فلا تنعقد الكفالة إلا بإتباع بعض الإجراءات القانونية الإلزامية والتي تتم على مراحل متتالية.

ولهذا سنتطرق في هذا المبحث إلى بيان الجهة المختصة بعقد الكفالة (المطلب الأول)، ثم نبين مراحل إسنادها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الجهة المختصة بمنح الكفالة

لقد منح المشرع الجزائري صراحة لجهات معينة قضائية وأخرى غير قضائية، سلطة أو صلاحية إتمام إجراءات الكفالة وهذا ما كرسته المادة 117 ق.أ.ج، وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى بيان إبرام الكفالة أمام المحكمة كجهة قضائية (فرع أول)، ثم إبرامها أمام الموثق والبعثات الدبلوماسية كجهات غير قضائية (فرع ثاني).

**الفرع الأول: إنعقاد الكفالة أمام المحكمة**

إن عقد الكفالة يقع أساسا بين الكافل وولي المكفول، أو بين الكافل ومؤسسة الرعاية بتبادل رضا الطرفين خارج ساحة المحكمة، غير أن هذا العقد لا يحدث آثاره ولا يكون له وجود إلا إذا تم أمام القضاء. ومن ثمة فالكفالة تكون باطلة إذا أبرمت أو أنشأت خارج المحكمة وهذا ما أكدته المادة 117 ق.أ.ج بقولها " يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق، وأن تتم برضا من له أبوان "، وكذا المادة 492 بقولها " يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة ".[1]

فكل عقد يتطلب لقيامه إستيفائه إجراءاته، والكفالة بشكل خاص أوجب المشرع طلبها أمام المحكمة وبموجب أمر أو حكم صادر عن رئيس قسم شؤون الأسرة.[2] لأن الكافل شأنه شأن الولي يتولى إدارة أموال المكفول ورعايته، وعليه فكل منازعة بصدد الكفالة إثباتا أو نفيا أو طعنا في شروطها، أوفي طلب إسقاطها كلها تتم أمام المحكمة.[3] ولا شك أن النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة تعد كطرف أصلي وممثل للشعب يعطي حماية أكثر للقاصر أثناء إسناد الكفالة أو النزاع بشأنها وإسقاطها.[4]

وأما بخصوص إجراءات طلب الكفالة أمام المحكمة فقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مقتضيات هذه العملية بالمواد من 492 إلى 497، كما ينعقد الإختصاص الإقليمي لمحكمة موطن طالب الكفالة حسب نص المادة 492 ق.إ.م.إ.

---

[1] عبد العزيز سعد، مصادر ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، المرجع السابق، ص 160.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة (مدعما بإجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982م إلى سنة 2014)، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014، ص 336.

[3] دربال عبد الرزاق، المختصر في الإجراءات المدنية والإدارية، د ط، برتي للنشر، الجزائر، 2022، ص 126.

[4] علال أمال، التبني والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008، ص 83.

**الفرع الثاني: إبرام الكفالة أمام الموثق والبعثات الدبلوماسية**

بالإضافة إلى المحكمة أجاز المشرع إبرام الكفالة أمام جهات أخرى غير قضائية تتمثل أساسا في الموثق وكذا ممثلي البعثات الدبلوماسية

**أولا: إبرام الكفالة أمام الموثق**

بالإضافة للمحكمة يمكن إختيار المضي في إجراءات الكفالة وطلبها أمام جهة أخرى هي مكاتب التوثيق، التي تتدخل في توثيق المحررات الرسمية، مما يجعل المحرر الموثق حجة على الكافة، كونه يستمد سلطته من القانون، ويجعل له قوة في الإثبات تعادل في قيمتها أحكام القضاء، فلا يجوز التشكيك فيه إلا بسلوك طريق الطعن بالتزوير.[1] بالإضافة للسرعة في إبرام العقود، فنظرا لطول فترة دراسة الطلبات في المحاكم يفضل الكثير طلبها أمام مكاتب التوثيق.[2] حيث يحرر الموثق عقد الكفالة ويوقع من طرفه وذلك بحضور الكافل والطفل المكفول.

**ثانيا: إبرام الكفالة أمام البعثات الدبلوماسية**

هذا الشرط يتعلق أساسا بالجالية الجزائرية المقيمة في الخارج، حيث، يعقد الإختصاص للقنصليات الجزائرية في الدول الأجنبية عندما يتعلق الأمر بإبرام عقد الكفالة إذا كان أحد أطرافه أو كلاهما جزائريا مقيما بالخارج، بحيث يقدم الطلب من الكافل إلى رئيس البعثة الدبلوماسية أو القنصلية لمحل إقامته، والذي يتبع فيها نفس الإجراءات والخطوات كما لو قدم الطلب داخل التراب الوطني يضاف إليه ما يلي:

- تحقيق أو بحث إجتماعي يقدم عن الكافل موقع من طرف المصالح القنصلية المختصة
- ونسخة طبق الأصل من بطاقة التعريف القنصلية [3]

[1] جامع مليكة، النظام القانوني للموثق في التشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السابع، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي علي كافي، تندوف، ديسمبر 2018، ص 360.

[2] علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، ص 258.

[3] علال أمال، التبني والكفالة، المرجع السابق، ص 85.

## المطلب الثاني: مراحل إسناد الكفالة

سندرس من خلال هذا المطلب مرحلتين لإسناد الكفالة إنطلاقا من تطابق الإرادتين كمرحلة تمهيدية (فرع أول)، حتى الوصول إلى تثبيت الكفالة وهي المرحلة القضائية (فرع ثاني).

### الفرع الأول: المرحلة التمهيدية

في هذه المرحلة يكون تعبير الأطراف عن إرادتهم، ونميز في ذلك بين كفالة معلوم النسب ومجهول النسب.[1]

**أولا: بالنسبة للقاصر معلوم النسب**

ترغب العديد من العائلات في كفالة أطفال، معلومي النسب، فإذا كان كلا والديه على قيد الحياة وجب رضاهما صراحة على منح إبنهما القاصر للكافل بنص المادة 117 ق.أ.ج. أما إذا توفي أحدهما، أو كان عاجزا عن التعبير عن إرادته فموافقة من هو على قيد الحياة، أو القادر على التعبير تكفي أما في حالة ما إذا كان الولد يتيم الأبوين فإن القول يكون للمجلس العائلي أو موافقة من كان وصيا عليه أو قد أسندت له حضانته.[2]

**ثانيا: بالنسبة للقاصر مجهول النسب**

هنا نميز بين الحالات التالية:

**1-إذا كان القاصر معلوم الأم**

فموافقة الأم ضرورية وذلك لكي يتكفل الكافل بإبنها القاصر، غير أن القانون لم يشترط ذلك صراحة، فبمجرد قيام الأم بتسليم ولدها للكافل لكفالته يعتبر قبولا ضمنيا.

أما بالنسبة للقاصر الذي تخلت عنه أمه عند ولادته لأسباب معينة فإننا نميز بين الحالات التالية:

---

[1] المرجع نفسه، ص 86.

[2] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 170.

**-على مستوى المستشفى:**

في المستشفى مباشرة بعد وضع الأم للمولود يقدم لها محضر التخلي من المساعدة الإجتماعية ليتم بعدها وضع الطفل في دار الحضانة، يسجل في شهادة ميلاده إسم أمه. مثال:
إبن: ××× وإبن: إسم ولقب أمه البيولوجية، فإذا كان التخلي مؤقتا يمنح للأم أجل ثلاثة أشهر يمكنها خلالها إستعادة إبنها، أما إذا كان التخلي نهائيا فيمنح للأم أجل شهر واحد، بإنتهائه ينزع منها الطفل بصفة نهائية.[1]

**-على مستوى دار الحضانة:**

وفي المدة المقررة لها يتلقى الطفل الرعاية في دار الحضانة قبل أن تقرر الأم العودة لإبنها أو التخلي عنه وفي حالة إنتهاء المدة بدون عودة الأم يحول الطفل مباشرة لدار رعاية الأطفال التابعة لمديرية النشاط الإجتماعي DAS.[2]

**-على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي:**

أما في حالة التخلي النهائي يعطى لها مهلة شهر واحد لكي تتراجع عن قرارها، وإذا لم ترد تربيته يؤخذ منها بصفة نهائية، وفي شهادة ميلاده نكتب: إبن: ××× وابن: ×××. (أي الأم البيولوجية مجهولة)[3]. في هذه الفترة تقوم المساعدة الإجتماعية بالبحث على طلبات لعائلات تريد كفالة طفل وتتخذ المديرية الإجراءات اللازمة بتحقيق في مدى كفاءة العائلة وقدرتها على الرعاية، بمساعدة لجنة مكونة من عشرة أفراد كلهم يصادقون على هذه الكفالة[4]

**2-أما الطفل مجهول الأبوين**

هذا النوع من الأطفال يكون تحت رعاية الدولة في دور الرعاية أو ما يطلق عليها بدور الطفولة المسعفة، وعليه فالطفل يسمى بالطفل المسعف.

---

1

[2] عبد الرحمان سلام، المرجع السابق، ص 618.

[3] علال أمال، التبني والكفالة، المرجع السابق، ص 87.

[4] المرجع نفسه، ص 88.

نصت المادة 5 من المرسوم التنفيذي 12-04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة على " تكلف المؤسسات بإستقبال الأطفال المسعفين من الولادة إلى سن ثماني عشرة سنة والتكفل بهم ليلا ونهارا وهذا في انتظار وضعهم في وسط عائلي. غير أن المصالح المكلفة بالنشاط الإجتماعي المعنية تضمن من خلال تدابير ملائمة المرافقة والتكفل بهذه الفئة من السكان، وعند الإقتضاء إلى ما بعد السن المحددة في الفقرة أعلاه بغرض إدماجهم الاجتماعي والمهني."[1]

حيث يقدم طلب الكفالة إلى مديرية النشاط الاجتماعي للولاية الموجود بها القاصر، ثم يقوم هذا الأخير بإجراء تحقيق إجتماعي بمساعدة أخصائية نفسية للتأكد من توفر شروط الكفالة في الكافل ويرفق هذا الطلب بالوثائق التالية:

- طلب خطي ممضى من طرف الزوجين ويحدد فيه بدقة جنس الطفل وعمره متضمن رأي صريح وإمضاء مدير النشاط الإجتماعي
- شهادة ميلاد لكل من الزواجين
- الشهادة العائلية للحالة المدنية
- كشف السوابق العدلية للزوجين
- شهادة الجنسية للزوجين
- شهادة عمل وكشف الرواتب لثلاثة الأشهر الأخيرة
- 02 صور شمسية للزوجين
- عقد ملكية السكن أو الإيجار
- شهادة الإقامة
- شهادة طبية للحالة الصحية للزوجين

[1] المرسوم التنفيذي رقم 12-04، المؤرخ في 10 صفر عام 1433هـ، الموافق لـ 04 يناير 2012، يتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، الجريدة الرسمية، عدد 05، الصادرة في ك 2012/01/29.

- شهادة السجل التجاري أو شهادة العمل
- عقد الزواج
- صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية [1]

فتستقبل الأخصائية النفسية المشرفة على المصلحة العائلة الراغبة في التكفل بالطفل وتقدم لهم جميع المعلومات المتعلقة بالكفالة، مع التأكد من توافر الشروط السالفة الذكر،[2] وفي حالة موافقة المصلحة على الكفالة تقوم بإبلاغ العائلة من أجل تسجيلها في محرر رسمي لدى قاضي شؤون الأسرة.[3]

**ثانيا: المرحلة القضائية**

نص المشرع الجزائري صراحة على أن طلب الكفالة لكي يكون مقبولا، يجب أن يقدم من الكافل، إلى قاضي شؤون الأسرة بالمحكمة التي يوجد ضمن دائرة إختصاصها موطن طالب الكفالة، وإذا كان موطن الكافل خارج الوطن يقدم الطلب إلى محكمة موطن المكفول وذلك بموجب عريضة مؤرخة وموقعة منه أو من محاميه أو وكيله المادة 492 ق.إ.م.إ، تتضمن كل البيانات التي يجب أن تتضمنها عريضة رفع الدعوى في القضايا المدنية العادية، وخاصة ما يتعلق منها ببيان لقب وإسم وموطن كل من طالب الكفالة والولد المكفول المادة 15 ق.إ.م..إ. وكذلك بيان ما يتعلق بقدراته ومؤهلاته اللازمة للقيام بالكفالة على الوجه الصحيح.[4] مرفقة بنسخة من التصريح بموافقة أبوي الولد المكفول أو أحدهما إذا كانا معلومين.

بعد أن يتم تسجيل العريضة بأمانة الضبط يقوم قاضي قسم شؤون الأسرة بتحديد جلسة تعقد في غرفة المشورة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة والنظر في طلب الكفالة، ثم يقوم بالتحقيق في توفر أو عدم توفر الشروط المتعلقة بالكافل والمكفول، ويمكنه عند الإقتضاء أن يأمر كتابيا

[1] علال أمال، التبني والكفالة، المرجع السابق، ص 89.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 216.

[3] لاكلي نادية، المرجع السابق، ص 111.

[4] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، المرجع السابق، ص 163.

بإجراء أي تحقيق أو تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والانفاق عليه وتربيته ورعاية شؤونه وهذا ما أكدته المادتان 494 و 495 ق.إ.م.إ، وبعد إستيفاء كل الإجراءات يفصل القاضي في طلب الكفالة ليس بحكم قضائي ولكن بموجب أمر ولائي مسبب يتضمن قبول أو رفض الطلب.[1] " الذي يصدره القاضي هو غير قابل للطعن وتسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الولد المكفول".[2]

وحسب موقع وزارة العدل يتم الحصول على شهادة الكفالة بتشكيل ملف يتضمن مجموعة من الوثائق تختلف حسب الحالات التالية:

فإذا كان القاصر مجهول الأبوين فيشتمل الملف على:

1 طلب خطي.

2 شهادة ميلاد القاصر المكفول.

3 شهادة ميلاد الكفيل.

4 حضور شاهدين يثبتان حالة التكفل.

5 تصريح شرفي بعدم معرفة الأم الطبيعية للطفل، إذا كانت مجهولة.

6 شهادة الوضعية العائلية، يتم تسليمها من طرف مصالح مديرية المساعدة الاجتماعية.

7 عقد الكفالة.

8 طابع جبائي.

أما إذا كان القاصر معلوم الأبوين فيشتمل الملف على:

1 طلب خطي.

2 شهادة ميلاد القاصر المكفول.

[1] المرجع نفسه، ص 164.

[2] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 172.

3 شهادة ميلاد الكفيل.

4 تصريح أبوي يمنح التكفل.

5 شهادة الوضعية العائلية، يتم تسليمها من طرف مصالح مديرية المساعدة الاجتماعية.

6 عقد الكفالة.

7 طابع جبائي.[1]

## المبحث الثاني: آثار الكفالة وإنقضاؤها

بعد أن تقوم الكفالة بتوافر أركانها وشروطها فإنها تنتج آثارا قانونية لكل من الكافل والمكفول كما أنها عقد يتميز بالإستمرار والديمومة ما لم يطرأ عليها عارض من العوارض التي تستدعي إنقضاءها، وعليه سنتناول في هذا المطلب آثار الكفالة (مطلب أول)، وإنقضاؤها (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: آثار الكفالة

تنصرف معظم الآثار التي تترتب عن عقد الكفالة إلى الكافل، حيث رتب المشرع في حقه إلتزامات معينة، وخول حقوقا معينة للمكفول نظرا لأنه الطرف الضعيف والذي يحتاج الرعاية، لهذا سنبين من خلال فرعين، الآثار المترتبة بالنسبة للكافل (فرع أول)، والآثار المترتبة بالنسبة للمكفول (فرع ثاني).

[1] طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الجزائر، 2006/2003، ص ص 27،28.

**الفرع الأول: آثار الكفالة على الكافل**

يترتب على الكافل الولاية على نفس ومال المكفول كنتيجة حتمية لإبرام عقد الكفالة تتمثل في:

**أولا: الولاية على نفس المكفول**

تعتبر الكفالة إلتزام على الكافل، وحماية قانونية للمكفول، فهو بمثابة الولي الشرعي للقاصر بموجب ولاية قانونية حسب نص المادة 121 ق.أ.ج، وكما سبق أن عرفنا الولاية فهي تتمثل في حفظ وتربية ورعاية الصغير والقيام بما يحتاجه وكذا تزويج من كان في ولايته، حيث أن المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري واضحة للغاية ولا يمكن تخلي الكافل عن إلتزامه إلا إذا قدم ما يثبت تخليه عن الكفالة،[1] وتتجسد الولاية على النفس في:

**1-تربية ورعاية المكفول**

يجب على الكافل أن يلتزم طول فترة الكفالة بتربية الطفل، وتحسين أخلاقه، وتوجيهه بما يحفظ خلقه من كل أشكال الانحراف، نظرا لأهمية هذه الفترة في حياة الطفل.[2]

كما يقتضي واجب التربية، والرعاية، الإهتمام بجوانب أخرى في حياة الطفل من خلال متابعة صحته وسلامته الجسدية والنفسية والعقلية حتى ينشأ سويا. فحتى أن واجب تعليمه وتمكينه مما يعينه في مواصلة حياته مستقبلا يقع ضمن هذا الإلتزام أيضا.[3]

و" الكافل عليه حماية المكفول من كل اعتداء يقع عليه إذ يمثل الولي القانوني له عند الاعتداء عليه، وهو الذي يرفع الشكاوى بإسمه ويطالب بالتعويض لفائدته بإعتباره متضررا معنويا كطرف مدني أمام المحاكم هذه من جهة، ومن جهة أخرى فهو المسؤول القانوني أمام جميع الهيئات والأشخاص عن أفعال المكفول إذا ألحق أضرارا بالغير".[4]

---

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 334.

[2] بن غريب رابح، آثار الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة أحمد دراية، ادرار، الجزائر، 2022، ص 11.

[3] المرجع نفسه، ص 12.

[4] طلبة مالك، المرجع السابق، ص 29.

**2-النفقة على المكفول**

وهي أول ما يلتزم به الكافل، فيعامل المكفول بموجب عقد الكفالة كالإبن الشرعي من طرف الكافل، والذي يلتزم بالإنفاق عليه حتى يصون حياته، وبتربيته مثل ما هو معتاد عليه في معاملة ابنه الأصلي، لذلك يتأكد القاضي من الذمة المالية للكافل، وتستمر النفقة على المكفول إلى حين بلوغه سن الرشد إن كان ذكرا، أو إلى حين زواج البنت المكفولة وتشمل هذه النفقة حسب نص المادة 78 ق.أ.ج الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.[1]

" كما على الكافل أن ينفق على المكفول إن كان عاجزا حتى يبلغ سن الرشد هذا إن لم يكن للكافل مال، وإلا فنفقة المكفول تكون على عاتق أبويه الشرعيين، ومن جهة أخرى فالمكفول الذي بلغ سن الرشد، هو مطالب بالإنفاق على كافله، إن كان في حاجة إلى ذلك ".[2]

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: " حيث أن المادة 116 من قانون الأسرة واضحة للغاية، وتنص على إلزام الكافل بالإنفاق على الأطفال المكفولين من قبله ولا يمكن له أن يتملص تحت أي ذريعة من إلتزاماته المنصوص عليها بالمادة المذكورة آنفا، إلا إذا قدم ما يثبت قانونا بأنه تخلى عن الكفالة، وفي قضية الحال فإن الطاعن إعترف بأنه تكفل بالولد (م-ر) والبنت (ع-ح) بموجب عقد كفالة، مما يستوجب عليه القيام بالإنفاق والتربية والرعاية، وعليه فإن قضاة المجلس، لما قضوا بالصورة المذكورة فأنهم قد خالفوا القانون وجعلوا قرارهم، المنتقد لا يستند إلى أساس قانوني، الأمر الذي يتعين معه نقضه والإحالة إلى نفس المجلس دون مناقشة باقي الأوجه ...".[3]

---

[1] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 173.

[2] المرجع نفسه، ص 173.

[3] قرار رقم 369032، صادر بتاريخ 2006/12/13، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2007، غرفة الأحوال الشخصية، ص ص 446،447.

**3-قبض المنح العائلية والدراسية**

بعد قيام عقد الكفالة يصبح المكفول تحت مسؤولية الكافل في جميع جوانب حياته. حيث نصت المادة 121 ق.أج، " تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية، وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي"،[1] وعليه تعهدا لقيام الكافل بكل الإلتزامات إتجاه المكفول، فقد إشترط قانون الحالة المدنية بأن تسجل الكفالة على هامش عقد ميلاد المكفول، وبالتالي ففي الحياة الإجتماعية كالدراسة، وممارسة مختلف النشاطات يعامل المكفول كالإبن الأصلي للكافل، وعملا على دعم هذه الشريحة من المجتمع تصرف الدولة منح عائلية ودراسية ممنوحة للمكفول على أساس أن يقبضها الكافل بعد إثباته أن القاصر تحت ولايته ومسؤولية ويقوم برعايته.[2]

**ثانيا: الولاية على مال المكفول**

نصت المادة 122 ق.أ.ج أنه " يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث، والوصية، أو الهبة لصالح الولد المكفول ".[3]

ولما كان من الضروري أن يكون الولد قاصر له شخص يباشر عنه هذه التصرفات القانونية والمالية فهي سلطة ممنوحة للشخص يباشر بموجبها التصرفات بإسم ولحساب الأصيل وتثبت بصفة عامة على مال القاصر،[4]

فكما تنتقل الولاية على نفس المكفول تنتقل الذمة المالية وأول أشكال الولاية على مال هي:

**1-إدارة أموال القاصر المكتسبة (هبة، وصية، إرث)**

فقد يرث الطفل المكفول والديه، كما قد يوصى له أو يستفيد من هبة من أي جهة لهذا

[1] القانون رقم 11/84، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[2] علال أمال، التبني والكفالة، المرجع السابق، ص 108.

[3] القانون رقم 11/84، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[4] صديق تواتي، المرجع السابق، ص 790.

يقوم الكافل كواجب ينبثق من الولاية بإدارة أموال القاصر كالرجل الحريص بالحفاظ عليها، وصيانتها، وتكون هذه الإدارة تحت رقابة القاضي حيث نجد أن المشرع تشدد ووضع شروطا عندما يريد الكافل التصرف في أموال المكفول، فيجب طلب الإذن في بعض التصرفات كبيع عقار القاصر، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة، وبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، بالإضافة إلى استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة، وإيجار عقار القاصر.[1] كما يجب على الكافل القيام بتسجيل الرهون الرسمية لفائدة القاصر، وواجب شهر التصرفات الخاضعة للشهر العقاري، وكذا واجب القيام بالترميمات الضرورية للحفاظ على العقار، وكل ما يدخل في إدارة أموال المكفول، ويضمن الحفاظ عليها من الضياع.[2]

**2-الحق في التبرع والإيصاء للمكفول**

إستنادا لأحكام المادة 123 من قانون الأسرة، فإنه يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة.[3]

لما كانت الكفالة تعطى للكافل الولاية القانونية على المكفول وتجعله بمثابت الأب له، فإنه ممنوع شرعا وقانونا أي توارث أو إلحاق نسب، وبمعنى المخالفة أنه لا يرث المكفول كافله لعدم ثبوت النسب، بل أعطاه المشرع بديل عن الإرث وهو الهبة والوصية، بشرط ما زاد عن الثلث فهو باطل، إلا إذا أجازه الورثة أي له حق التبرع للمكفول فقط.[4]

---

[1] القانون 11/84، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[2] سالمي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2008، ص 106.

[3] القانون 11/84، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[4] طلبة مالك، المرجع السابق، ص 32.

فإن كان الهدف من تحريم التبني هو منع التوارث، فلا يوجد أي مانع لأن يهب الكافل أمواله كلها، أو يوصي بها في حدود الثلث، علما أن المشرع قيد كذلك المال الموهوب بالثلث وألحق قواعد الهبة بالوصية ما يضعه في تناقض.[1]

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أن: " في المبدأ يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله، في حدود الثلث. عقد الهبة، المبرم من طرف الكافل للمكفول، يدخل ضمن عقود التبرع.

بدعوى أن المادة المذكورة تجيز للكافل التبرع للمكفول بما له في حدود الثلث وأنه متى أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة وأن الكافل تبرع لفائدة الطفل المكفول بجميع أمواله وأن المجلس بعدم إستجابته للطلب الرامي إلى تعيين خبير لإجراء قسمة بين الورثة فيما زاد عن الثلث إستنادا إلى نص المادة 205 من قانون الأسرة قد أخطأ في تطبيق القانون مما يعرض القرار للنقض.

حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 123 من قانون الأسرة يتبين وأنها إذا كانت تجيز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بما له في حدود الثلث فإن أي تجاوز لهذا الحد يكون باطلا إلا إذا أجازه الورثة.

حيث أن التبرع يعرف بأنه العقد الذي يولى به أحد الطرفين الآخر فائدة دون مقابل أي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه ومن أمثلة هذا العقد الهبة دون عوض.

حيث أن الواهب إذا كان بإمكانه أن يهب كل ممتلكاته وفقا لنص المادة 205 من قانون الأسرة فإن ذلك مقيد بألا يكون الواهب كافلا والموهوب له مكفولا كون الكافل مقيد إتجاه المكفول بأن لا يزيد التصرف بالوصية أو التبرع عن حدود الثلث وفقا لنص المادة 123 المشار إليها إلا إذا أجازه الورثة، ويكون بذلك عقد التبرع المبرم خلافا لنص المادة 123 قابلا للطعن فيه بإبطال التصرف فيما زاد عن الثلث ممن لهم مصلحة. حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 340.

فيه يتبين وأن قضاة الحكم إعتبروا عدم إنطباق نص المادة 123 من قانون الأسرة على التصرف محل النزاع إستنادا إلى وجود فرق بين الأحكام المنظمة لقواعد الوصية والتبرع وبين الأحكام المنظمة لقواعد الهبة دون تحديد ما يميز عقد الهبة عن عقد التبرع أو ذكر هذه الفوارق وبالتالي فطالما أن عقد الهبة الذي أبرمه الكافل للمكفول موضوع قضية الحال يدخل ضمن عقود التبرع فإن المجلس بقضائه خلاف ذلك يكون قد خالف نص المادة 123 من قانون الأسرة ويكون بذلك الفرع سديد ويتعين معه نقض القرار".[1]

في حين نجد الوصية كقاعدة عامة وحدها التي تحصر في الثلث، ومازاد عن الثلث متوقف عن إجازة الورثة، وهذا يخالف المادة 205 ق.أ.ج، التي تجيز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا، أو منفعة، والحكمة في تحديد نسبة 1/3 في الهبة في أحكام الكفالة ممكن أن تكون تفاديا للنزاع وضياع حقوق الورثة.[2]

**الفرع الثاني: آثار الكفالة بالنسبة للمكفول**

ترتب الكفالة على المكفول مجموعة من الآثار أهمها:

**أولا: إحتفاظ المكفول بنسبه الأصلي**

إن إعتبار الكفالة كنظام قائم على محاولة القضاء على ظاهرة يتم الأطفال وإنحرافهم وتشردهم قد وضع لها المشرع شروط وضوابط تتماشى معها ومع التطورات الحاصلة في المجتمع، ومن هذا المنطلق قد عملت الجزائر على تثبيت هذا النظام فنظمت أحكامه بموجب قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

---

[1] قرار رقم 620402، صادر بتاريخ 2011/05/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، 2011، ص 285.

[2] طلبة مالك، المرجع السابق، ص 33.

[3] عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص ص 60،61.

ومؤخرا جاء المشرع بمرسوم يعطي المكفول الحق في إكتساب لقب كافله بعد ما كانت أهم آثار الكفالة هي إحتفاظ الولد المكفول بنسبه إذا كان معلوم النسب وإذا كان الطفل مجهول النسب يتبع ضابط الحالة المدنية الإجراءات المنصوص عليها في قانون الحالة المدنية.

حيث سبق وأن أشرنا إلى أن المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب، فيحتفظ بلقبه العائلي الذي ينسب به إلى أبيه إذا كان نسبه معلوم بحكم نص المادة 120 ق.أ.ج، والتي أكدت على إحتفاظ الطفل بنسبه الأصلي حتى إذا كان معلوم النسب من جهة الأم فقط.

" وهذه الصورة لم تعرف إنتشارا في المجتمع الجزائري خوفا من عقاب المجتمع بالرغم من إقرارها قانونا "،[1] لأن اللقب العائلي ليس مجرد بيان من بيانات وثائق الحالة المدنية بل هو حق من حقوق كل فرد يثبت نسبه الشرعي لعائلته.[2]

أما إذا تعلق الأمر بمجهول النسب، فإن الأحكام الواجبة التطبيق عليه هي أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية،[3] والتي تقضي في فقرتها الأخيرة " يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين واللذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء، يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي "،[4]

ويطلق عليه أيضا الطفل المسعف أو اللقيط فعرفه الأستاذ بلحاج العربي: اللقيط هو مولود حي حديث العهد بالولادة، لا يعرف له أب أو أم، طرحه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا، أو لغير ذلك من الأسباب، وأحق الناس بإمساك اللقيط من إلتقطه، إذا كان أمينا على

[1] عسال غالم قدور، حماية الحالة المدنية للأطفال مجهولي النسب، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 01، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، 2022، ص 04.

[2] المرجع نفسه، ص 03.

[3] بن غريب رابح، المرجع السابق، ص 19.

[4] الأمر رقم 20/70، المؤرخ في 17 فبراير 1970، والمتضمن قانون الحالة المدنية، معدل ومتمم بالقانون رقم 08/14، المؤرخ في 09 أغشت 2014، الجريدة الرسمية رقم 49، 2014، وبالقانون رقم 03/17، المؤرخ في 10 يناير 2017، الجريدة الرسمية رقم 02، 2017.

الطفل في دينه وخلقه وتعليمه ورعايته، فإن لم يوجد من يرغب في حضانته وتربيته، فعلى الدولة توفير الرعاية الاجتماعية له.[1]

وبعد صدور قانون الحالة المدنية أصبح لزاما على كل شخص يجد مولودا أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية، الذي بدوره يحرر محضرا يدلي فيه بكل المعلومات من سن الطفل وساعة العثور عليه، واليوم، والمكان، وهوية الشخص المصرح به، فالمشرع جعل تسمية مجهول النسب إدارية تحت إشراف ضابط الحالة المدنية الذي يمنحه الإسم واللقب الوهمي، على أن يسجل هذا الأخير في سجلات الحالة المدنية يحرر بموجبه كعقد ميلاد للطفل إلى أن يثبت نسبه أو تكفله أحد العائلات.[2]

**ثانيا: إمكانية منح الكافل لقبه للولد المكفول**

صدر المرسوم التنفيذي رقم 92/24 المعدل والمتمم للمرسوم 157/71 المتعلق بتغيير اللقب، الذي أعطى للكافل الحق في منح لقبه العائلي للولد الذي كفله بناء على طلبه[3]، فالأصل هو إحتفاظ الولد المكفول بنسبه الأصلي، والإستثناء إذا كان الولد مجهول الأبوين(اللقيط)، أو مجهول الأب فقط، فيجوز في حالة كفالته أن يمنحه كافله لقبه العائلي. لقد لحق صدور هذا المرسوم الكثير من الجدل وطرح عدة تساؤلات بين معارض ومؤيد لدى عامة المجتمع الجزائري والمختصين في القانون متسائلين ما هو هدف أو حكمة المشرع من هذا المرسوم وهل بإعطاء اللقب للمكفول من قبل الكافل يؤدي إلحاق النسب أم لا؟ فقد ذهب فريق من الجمهور للقول بأن هذا المرسوم إقرار بالتبني بطريق غير مباشر.[4] ولما كان هذا المرسوم من أهم آثار الكفالة،

---

[1] بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قنون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 721.

[2] عسال غالم قدور، المرجع السابق، ص 05.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 92/24، المؤرخ في 08 رجب عام1412هـ، الموافق لـ 13/ 1992/01م، يمتمم المرسوم رقم 157/71، المؤرخ في 03 يونيو سنة 1971، المتعلق بتغيير اللقب، الجريدة الرسمية، عدد 5، 1992، ص 138.

[4] علام الساجي، إشكالية التبني والكفالة في المجتمع الجزائري مقارنة أنثروبولوجيا، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الرابع، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، ص 283.

فحري بنا أن نتناولها بشيء من التفصيل وذلك بالتطرق إلى رأي الجمهور والمركز القانوني للمرسوم ثم إجراءات تغيير اللقب.

**1-المركز القانوني للمرسوم التنفيذي 24/92**

لعل إعتراض البعض على صدور المرسوم راجع بالأساس إلى عدم تحديد الطبيعة القانونية لهذا الإجراء فلا يتبين من أحكام المرسوم إن كان هذا الإستعمال للقب حق شخصي يحدث آثاره الطبيعية بحيث ينتقل هذا الحق لأبناء المكفول أم هو حق مقيد قصد حماية الطفل في فترة معينة من حياته فقط فهو لا يلغي الإسم الإداري الذي إكتسبه بموجب نص المادة 64 قانون الحالة المدنية.[1]

وعليه يمكن تحديد طبيعة هذا المرسوم بأنه فقط حق إستعمال فالحقوق التي تثبت من رعاية وولاية ونفقة كلها تترتب عن عقد الكفالة محددة قانونا وليس على أساس البنوة الشرعية،[2] حتى أن أثار الطلاق من حضانة ونفقة لا تسري على الطفل المكفول الذي قد ينتقل للعيش مع مطلقة الزوج الكافل وقد جاء في قرار للمحكمة العليا تأكيد هذا المبدأ كما يلي:

" حيث أن المبدأ أن الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية ورعاية قيام الأب بإبنه وفقا لنص المادة 116 من قانون الأسرة وأن المطعون ضده الكافل إذا كان ملزما بذلك بنفقة البنت المكفولة التي منحها لقبه فإن ذلك مقيد بأن تكون المكفولة تحت حضانته ورعايته وبالتالي فطالما أن البنت تعيش مع مطلقة الكافل الطاعنة فإن واجب الرعاية والنفقة يسقط عن الكافل ويؤول إلى المطلقة التي تطوعت وأخذت البنت المكفولة معها لأن آثار الطلاق وما يترتب عنه من حضانة ونفقة لا تسري على المكفول بإعتبار الإلتزام هنا

[1] محمد زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، 2000، بحوث ودراسات، ص 70.

[2] إيمان حيدوسي، المرجع السابق، ص 151.

على وجه التبرع وهذا الإلتزام لا ينتج أثره إلا إذا كان المكفول تحت حضانة ورعاية الكافل مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض ".[1]

**أ-الإتجاه المعارض لمنح الكافل لقبه للمكفول:**

ذهب معارضو هذا المرسوم للقول أن المشرع الجزائري توسع كثيرا في الكفالة عندما نص على جواز موافقة لقب المكفول كافله وبهذا جنح المشرع للإقرار بالتبني بطريق غير مباشر ولو لم يقر به صراحة فهم يرون أنه تعدي على الألقاب وأن المصادقة على المرسوم تخلق تناقض مخالف للنصوص التي تمنع هذا الأمر.[2]

علما أن المادة 120 من ق.أ.ج، التي تنص على أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب نطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية التي نظمت إجراءات منح اللقب لمجهول النسب.[3]

كما إعترض عليه الأستاذ بلحاج العربي بقوله أن المرسوم يخالف المواد 46 و120 من ق.أ.ج، وكذا المادة 64 من ق.ح.م، وهي مادة دستورية إذ لا يمكن لمرسوم صادر عن سلطة تنفيذية أن يخالف أو يعدل القانون الذي ناقشه ممثلو الشعب في المجلس الوطني الشعبي كما أنه يتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية والتي تقضي ينسب الطفل إلى أبيه إن عرف فإن لم يعرف أبوه ينسب إلى المجتمع بإعتبار الأخوة في الدين وأن إستلحاق الطفل المكفول بالكافل عن طريق التسمية هو زور وتغيير للأحكام الشرعية وهو ما يطلق عليه تسمية التبني العادي في القانون المدني الفرنسي.[4]

كما اعترض البعض على هذا المرسوم إستنادا للآيتين 4 و5 من سورة الأحزاب.[5]

---

[1] قرار رقم 613481، صادر بتاريخ 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012، غرفة شؤون الأسرة ومواريث، ص 292.

[2] عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص 69.

[3] القانون 11/84، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[4] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 532.

[5] محمد زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 75.

والذي جاء في قوله تعالى :{ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ 4 ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا } سورة الأحزاب/الآية 4و5

**ب-الإتجاه الموافق لمنح الكافل لقبه للمكفول:**

ثبت عمليا أن نظام الكفالة مازال يشكل نقصا في بعض الجوانب التي تتعلق بتنشئته تنشئة قوية وسليمة فقد لا يكبر الطفل بما فيه الكفاية ويكتشف أنه لقيط ولا ينتسب لأي عائلة ما يشكل له صدمة نفسية لهذا وجب تعزيز الحماية لهذه الفئة.[1]

فلما كان الهدف من تحريم التبني هو منع إختلاط الأنساب ومنع التوارث فإن مبدئ المرسوم التنفيذي 24/92 لا يخرج عن نطاق هذا المبدأ فيسجل على هامش سجلات الحالة المدنية الخاصة بالمكفول ملاحظة أن المكفول ليس إبن الكافل كما يظهر لقبه الحقيقي في كل الحالات وتبقى الحكمة من تحريم التبني قائمة.[2]

فقد نصت المادة 5 مكرر 1 على: " يصدر الأمر، خلال الثلاثين (٣٠) يوما الموالية لتاريخ تقديم الطلب، ويكون بسعي من وكيل الجمهورية، محل تسجيل وإشارة على هامش سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية لمقر ميلاد الطفل المكفول، وإذا كان هذا المقر خارج دائرة اختصاصه، يقوم بإخطار وكيل الجمهورية المختص إقليميا للقيام بذلك ".[3]

[1] عسال غالم قدور، المرجع السابق، ص 05.

[2] محمد زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 71.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 223/20، المعدل والمتمم للمرسوم 92-24، المتضمن إجراءات تغيير اللقب.

إذ ان تحجج المعارضين على هذا المرسوم بمخالفته للآيتين 4 و5 من سورة الأحزاب لابد أن نشير الى أن الآيتين نزلتا في زيد بن حارثة وهو معلوم النسب بينما أن المشرع في إجازته لتغيير اللقب قد إشترط كون الطفل مجهول النسب من جهة الأب وأكد في نص المادة 120 ق.أ.ج.[1]

**2-إجراءات تغيير لقب المكفول مجهول النسب:**

بموجب نفس التعديل من المرسوم التنفيذي رقم 223/20 نص المشرع على الإجراءات والوثائق اللازمة كما يلي:

يقدم كافل الطفل طلب إلى وكيل الجمهورية بهدف تسهيل الإجراءات فنصت المادة الأولى مكرر: " يمكن الشخص الذي كفل قانونا طفلا مجهول النسب من الأب، أن يقدم باسم هذا الطفل ولفائدته إلى وكيل الجمهورية لمكان إقامته أو لمكان ميلاد الطفل، طلب تغيير اللقب العائلي للطفل ومطابقته مع لقبه.[2]

والذي بدوره يقوم بإرسال الطلب مرفوق بالوثائق اللازمة إلى وزير العدل حافظ الأختام يطلع على ملف الطلب ويتم تكليف النائب العام الذي يدخل في دائرة اختصاصه مكان ولادة صاحب الطلب (الكافل) بإجراء تحقيق بخصوص الطلب، والذي بدوره يكلف وكيل الجمهورية لنفس المحكمة بمتابعة التحقيق.[3]

فور إنتهاء وكيل الجمهورية يقوم النائب العام بإرسال نتيجة البحث لوزير العدل الذي يملك سلطة التقدير في رفض الطلب أو قبوله.[4]

---

[1] إيمان حيدوسي، المرجع السابق، ص 150.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 20-223 مؤرخ في 18 ذي الحجة عام 1441، الموافق 8 أغشت سنة 2020، يعدل ويتمم المرسوم رقم 71-157، المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391، الموافق 3 يونيو سنة 1971، الجريدة الرسمية العدد 47، والمتعلق بتغيير اللقب.

[3] بن غريب رابح، المرجع السابق، ص 17.

[4] المرجع نفسه، ص 17.

بعد قبول الطلب يخطر وزير العدل النيابة العامة لمحكمة الإختصاص بتقديم إلتماسها إلى رئيس المحكمة قصد إصدار أمر بتغيير اللقب يسهر وكيل الجمهورية على إجراءات التسجيل لهذا التغيير في سجلات الحالة المدنية.[1]

يرفق ملف الطلب بموافقة الأم في شكل عقد رسمي إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة بناء على نص المشرع " عندما تكون أم الطفل معلومة وعلى قيد الحياة، فإنه يجب أن يرفق الطلب بموافقتها المقدمة في شكل عقد رسمي.

وفي حالة تعذر ذلك، يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بمطابقة اللقب العائلي للطفل مع لقب الكافل، بناء على طلب هذا الأخير الذي يرفق به تصريحا شرفيا، في شكل عقد رسمي، يصرح فيه تحت مسؤوليته، أن كل المساعي التي قام بها للاتصال بالأم بقيت دون جدوى".

بالإضافة إلى:

- طلب خطي موقع من الكافل موجه إلى السيد وزير العدل حافظ الأختام
- عقد كفالة قائم و محرر وفق الشروط القانونية
- شهادة الوضع بالنسبة للأطفال الموجودين في إطار المساعدة الاجتماعية
- شهادة ميلاد الكافل
- شهادة ميلاد المكفول[2]

كما أن هذا المرسوم إستثنى الحالة المتعلقة بالمكفول من نشرها في الجرائد.[3]

[1] المرسوم التنفيذي 223/20، المعدل والمتمم لمرسوم 92-24، المتضمن إجراءات تغيير اللقب.

[2] علال أمال، التبني والكفالة، المرجع السابق، ص 117.

[3] المرسوم التنفيذي 223/20، المعدل والمتمم للمرسوم 92-24، المتضمن إجراءات تغيير اللقب.

## المطلب الثاني: انقضاء الكفالة

تنقضي الكفالة بتوافر أحد الأسباب أو العوارض التي نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 124 و125ق.أ.ج، وهذا ما سنسلط عليه الضوء في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين: الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة (فرع أول)، والأسباب الخاصة (فرع ثاني).

### الفرع لأول: الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة

يقصد بالأسباب العامة، تلك الأسباب التي يترتب على عدم قيامها إنقضاء الكفالة وذلك بغض النظر عن رغبة وإرادة أطرافها، فهي خارجة عن نطاق إرادتهم وتتمثل أساسا في:

#### أولا: إختلال أحد شروط الكفالة المنصوص عليها قانونا

يشترط لقيام الكفالة وترتيبها لآثارها توفر مجموعة من الشروط نص عليها المشرع في المادة 118 ق.أ.ج، ومن ثمة فتخلف أحدها سيؤدي بالضرورة إلى إنقضاء الكفالة وأهم هذه الشروط:

**1-إنقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط الإسلام**

أن يكون الكافل مسلما وهو أمر بديهي ما دامت الكفالة تخول الولاية على النفس والمال. فالإسلام هو أول شرط نص عليه المشرع في المادة 118 ق.أ.ج، لأن الهدف من الكفالة هو حماية الطفل القاصر وتربيته تربية سوية بعيدا عن الفساد الأخلاقي، ولما كان الطفل الصغير يتأثر بكافلة فوجب ثبوت الكافل على مبدأ الإسلام، أما إذا إرتد وإعتنق دينا آخر غير الإسلام فوجب إسقاط الكفالة عنه. إذا إستقام هذا الشرط يكون الطفل مؤمننا عليه في خلقه ودينه وتربيته ومتى فسد وجب إسقاط الكفالة.[1]

**2-إنقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط الأهلية**

الأصل في الإنسان أن يكون سليم العقل والنفس، إلى أن يثبت عكس ذلك، فالكافل الذي يقوم بطلب الكفالة بكامل قواه العقلية ثم يصيبه أي عارض في عقله، وجب إخطار المصالح المعنية

[1] القانون 11/84، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

من كل ذي مصلحة وتكون البينة على من إدعى، فهناك من العوارض ما يعدم الأهلية كليا أو جزئيا، فلا يمكنه القيام بالوظائف الأساسية.[1]

تضمن المادة 78 المبدأ الذي يقضي بأن: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون" وبينت المواد 42 إلى 44 ق.م، القواعد العامة التي تحكم الأهلية، فإذا حجر قانونا على الكافل وإختلت لديه الإرادة المدركة كالمجنون، والمعتوه، ومثل هؤلاء لا يمكن أن تنسب إليهم إرادة يعتد بها القانون.[2] فغير العاقل الراشد بدوره يحتاج إلى من يتولى أموره فلا يبقى له أي ولاية على أي شيء بقوة القانون.

**2-إنقضاء الكفالة بسبب تخلف شرط القدرة**

فبعد ما كان للقاضي السلطة التقديرية في منح الكفالة للكافل أول مرة، تعود إليه كذلك السلطة التقديرية في إسقاط الكفالة أو الإبقاء عليها، بالنظر إلى مدى قدرة الكافل في الإستمرار بتقديم الرعاية الكاملة للطفل، والإنفاق عليه، والسهر على علاجه، وحفظ صحته ودفع الخطر عنه. ما يستدعي القدرة المادية والجسدية المناسبة، وبالتالي تخلف أحدها يعني غياب تقديم الرعاية المناسبة، وفي كل الحالات تكون الأولوية لمراعاة مصلحة المكفول، وللقاضي الحق في إجراء أي تحقيق يراه مناسبا أملا في توفير أحسن الظروف للطفل.[3] ومن ثمة فإن تعرض الكافل لأي عارض صحي أو عقلي يجول دون مقدرته على رعاية المكفول أو إعساره وعدم قدرته على تلبية حاجيات الصغير المادية فإن ذلك سيؤدي إلى إنقضاء الكفالة وإسقاطها عنه لتخلف أحد شروطها.

---

[1] وهيبة بوطيش، الأهلية القانونية في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد 03، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2022/06/14، ص 156.

[2] عليان عدة، المرجع السابق، ص 22.

[3] بن عبد الله نريمان، وفاة الكافل وآثارها القانونية، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، ص 253.

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في إحدى قراراتها الذي جاء فيه أن المبدأ: " رفض دعوى إلغاء كفالة البنت غير المميزة، بناء على التحقيق الإجتماعي الذي أكد عدم أهلية الأم من الناحية المادية والإجتماعية والتربوية، يدخل في السلطة التقديرية للقضاة، مراعات لمصلحة البنت المكفولة. "

" حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المؤيد بالقرار المطعون فيه يتبين أن الطاعنة ومن خلال الدعوى المقامة من طرفها طالبت بإلغاء عقد الكفالة المبرم بينها وبين المطعون ضدهما سنة 2012، والذي بموجبه سلمت لهما إبنتها (ش.ه) من أجل تربيتها على أساس وأنها تعامل معاملة سيئة من طرفهما، وإنها كانت مصابة بأمراض، وأن المحكمة ونظرا لكون البنت المكفولة لم تبلغ سن التمييز، إستعانت بمساعد إجتماعي لإعداد تحقيق إجتماعي للوسط الإجتماعي لكل من الطاعنة والمطعون ضدها، والذي أكد بأن الطاعنة غير مؤهلة لتربية إبنتها سواء من الناحية المادية أو الإجتماعية والتربوية، وأن قضاة الموضوع وإعتمادا على التقرير المعد من طرف المساعد الإجتماعي ومراعاة لمصلحة البنت المكفولة، قضوا برفض دعوى الطاعنة على أساس وأن بقاء البنت المكفولة مع المطعون ضدهما هو الأنسب لها، حتى تتربى تربية سليمة، وبذلك قد طبقوا صحيح القانون ولم يخالفوه، وأعطوا لقرارهم الأساس القانوني ومارسوا بذلك سلطتهم التقديرية في مراعاة مصلحة البنت المكفولة طالما وإنها لم تبلغ سن التمييز بعد، وبإستنادهم إلى تقرير المساعد الإجتماعي وقفوا حول الأسباب للمطالبة بعودة البنت المكفولة، مما يجعل الوجهين غير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن بالنقض".[1]

**ثانيا: إنقضاء الكفالة بسبب الوفاة**

تنقضي الكفالة إما بوفاة الكافل أو المكفول وهذا ما نصت عليه المادة 125 ق.أ.ج، بقولها "وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن إلتزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر

[1] قرار رقم 1110035، صادر بتاريخ 2017/10/04، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2017، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ص 84.

القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية "، فبعد وفاة الكافل ماهي الحماية القانونية المقررة للطفل المكفول من أجل الحفاظ على مصلحته؟ لهذا سندرس حالتين حالة وفاة الكافل وحالة وفاة المكفول.

**1-حالة وفاة الكافل:**

من المقرر أن واقعة وفاة الكافل تعني إنقضاء الكافلة ولكن المكفول ما يزال في حاجة إلى من يتولى شؤونه ويرعى مصالحه، فذهب المشرع إلى نقل الكفالة إلى ورثة الكافل إن إلتزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية.

وفي هذا المعنى نصت المادة 497 ق.إ.م.إ، على أنه عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا بذلك قاضي شؤون الأسرة ودون تأخير الذي سبق وقضى بالكفالة.

وأنه يجب على القاضي بعد أن يتلقى خبر الوفاة أن يقوم بجمع الورثة جميعا خلال مهلة مدتها شهر واحد يقوم خلالها بسماعهم حول الإبقاء على الكفالة لديهم فإذا إلتزموا بالإبقاء عليها لديهم يعين القاضي تلقائيا واحد منهم ليتولى الكفالة على الولد القاصر المكفول، وفي حالة رفض الورثة الإبقاء على الكفالة، فإنه يتعين إنهاء الكفالة حسب الإجراءات وحسب الأوضاع المقررة لمنحها. تطبيقا لنص الفقرة الأخير من المادة 497 السالف ذكرها.[1]

ويلاحظ أن المشرع لم يتطرق لحالات الطلاق بين الزوجين الكافلين، وما هو مصير المكفول فذهبت المحكمة العليا في إجتهاد لها مفاده أن المبدأ: ترجح الأحقية في كفالة القاصر، في حالة الطلاق، وفقا لما تقتضيه مصلحة المكفول.

"حيث أن جوهر النزاع يتعلق بمدى أحقية أحد الطرفين بكفالة الولد القاصر بعد إنتهاء العلاقة الزوجية بينهما بالطلاق، وبالتالي فإنه طالما أن المطعون ضدها مستفيدة من الكفالة حسب الشهادة الصادرة عن مديرية النشاط الإجتماعي لولاية الجزائر مثلها مثل الطاعن، وكان لها سبق إستصدار عقد الكفالة المؤرخ في 2012/05/09، عن محكمة باب الوادي ومنحها لقبها للولد المكفول فإن قضاة المجلس بترجيحهم أحقية المطعون ضدها في كفالة القاصر قد طبقوا

[1] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، المرجع السابق، ص 165.

صحيح القانون، طالما أنها أهلا لذلك فضلا على أن مصلحة المكفول تقتضي ذلك ويكونون بذلك أعطوا لقرارهم الأساس القانوني وسببوه التسبيب الكافي ويبقى ما أثاره الطاعن في الأوجه الثلاثة لا يعدوا أن يكون جدلا موضوعيا في سلطة قضاة الموضوع في تقدير مصلحة المكفول مما يجعل الأوجه الثلاثة غير سديدة ".[1]

مع مراعاة مصلحة المكفول ومعنى ذلك على القاضي القيام بدراسة كاملة وشاملة وإستخلاص أحسن الحلول أينما تكون، وهذا المعيار هو الذي يرتكز عليه القاضي لتحديد مصلحة المكفول.[2]

**2-حالة وفاة المكفول:**

يعد سببا من أسباب إنقضاء الكفالة، وذلك راجع إلى محل العقد هو القيام بقاصر، لم يعد هذا الأخير موجودا، وبالتالي فإن العناية والرعاية والتربية لم يعد لها محل في التطبيق، لعدم وجود من سوف تقام من أجله، وذلك بوفاة من أقرت لمصلحته، ففي هذه الحالة عند وفاة الطفل المكفول وكان له أموال، فهناك رأي من الفقه يعتبر أن الطفل المكفول بإعتباره لقيط، فإن المسلمون هم الذين سيرثونه، وبالتالي فإن ماله يعود لبيت مال المسلمين، وذهب فريق آخر من الفقهاء، أن أموال الولد المكفول تعود لكافله، ذلك راجع لفضل الكافل، بالقيام عليه والإحسان إليه فمن محاسن الشرع ومصلحته وحكمته أن يكون أحق بميراثه.[3]

---

[1] قرار رقم 1037130، صادر بتاريخ 2016/06/08، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2016، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ص 149.

[2] علام الساجي، المرجع السابق، ص 288.

[3] التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، كتاب الأحوال الشخصية، د ط، المجلد 04، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص ص 815،816.

**الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لإنقضاء الكفالة**

بالإضافة إلى الأسباب العامة تنقضي الكفالة بتوفر أسباب خاصة تتوقف أساسا على رغبة وإرادة متولي الكفالة في التخلي عنها أو حالة طلب الأبوين الأصليين إستردادها فهذا ما سنتناوله في هذا الفرع وفق التفصيل التالي:

**أولا: حالة طلب الأبوان عودة الولد المكفول**

إنطلاقا من نص المادة 123 ق.أ.ج، منح المشرع للأبوان أو أحدهما الحق في طلب عودة الولد المكفول معلوم النسب، لكنه بين حالتين:

**1-بالنسبة للقاصر الذي لم يبلغ القاصر سن التمييز**

إذا لم يبلغ المكفول سن التمييز وهي سن الثالثة عشر من عمره حسب ما نصت عليه المادة 2/42 من القانون المدني بنصها " أنه يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ".[1] وعبر أبواه أو أحدهما عن نيتهم في طلب عودة الولد المكفول إلى ولايتهم، فإن سنه لا تسمح له أن يقرر ما فيه مصلحته، ومن ثمة فإن قرار العودة من صلاحيات القاضي، والذي يراعي مصلحة الطفل عند الحكم بذلك، فلو رأى بأن مصلحة الطفل تقتضي بقاءه مع كافله قضى برفض الطلب [2]

مما يعني أن هذا الإجراء لا بد فيه من إقامة دعوى أمام الجهات القضائية وصدور حكم بذلك بعد تأكد القاضي من تحقيق المصلحة الفضلى للمكفول.[3]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها: "يسمح للأبوين أو لأحدهما المطالبة بعودة الولد المكفول إلى ولايتهما، بإذن من القاضي دون تخيير الولد في حالة عدم بلوغه سن التمييز وتقضي مصلحة المكفول بقاءه مع والديه بأرض الوطن في حالة إنتقال الكافل للإقامة ببلد أجنبي.

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 162.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة شرحا ونصا، المرجع السابق، ص 112.

[3] صديق تواتي، المرجع السابق، ص 863.

"لكن حيث يتبين من الحكم المستأنف والقرار المؤيد له أن قضاة الموضوع وقفوا على أن البنت المكفولة المولودة بتاريخ 2002/01/11، متواجدة مع والديها المطعون ضدهما، وتزاول دراستها عندهما في الخامسة إبتدائي، وأوردوا في حيثيات قضائهم أن مصلحتها الفضلى وإستقرارها النفسي تقتضي بقائها مع والديها في أرض الوطن، ويكونون بذلك قد طبقوا صحيح القانون، وسببوا قضاءهم التسبيب الكافي، لأن المادة 124 من قانون الأسرة تسمح للأبوين أو لأحدهما المطالبة بعودة الولد المكفول إلى ولايتهما بإذن من القاضي دون تخيير الولد في حالة عدم بلوغه سن التمييز، وأن القضاة بما لهم من سلطة في تقدير مصلحة المكفول إنتهوا إلى الإستجابة لطلب الأبوين إستنادا إلى الأسباب المذكورة، وأن إجراء التحقيق من عدمه يعود إلى سلطتهم التقديرية مما يجعل الوجهين غير سديدين".[1]

**2-بالنسبة للقاصر الذي بلغ سن التمييز**

إذا كان الطفل مميزا، وهوا الطفل الذي بلغ 13 سنة من عمره، ودعاه أبواه للعودة إلى ولايتهما، فإنه يخير في تقرير مصيره، فيبقى عند من أختاره، فإن إختار أبواه تنقضي كفالته ويعود لولايتهما. أما إذا رفض الإلتحاق بهما فإنه يبقى تحت ولاية الكافل، ويكون الحكم القاضي برفض الطلب أو بقبوله قابلا للإستأناف وبجميع طرق الطعن من الأبوين أو الكافل أو النيابة العامة.[2]

ومثال ذلك ما جاء في حادثة للرسول عليه الصلاة والسلام مع زيد بن الحارثة، وذلك قبل تحريم التبني، إذ خيره الرسول صلى الله عليه وسلم بين إلتحاقه بأبيه أو البقاء معه وإختار البقاء مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نظرا لعطفه، وحنانه عليه.[3]

---

[1] قرار رقم 0981006، صادر بتاريخ 2016/06/08، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2016، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ص 145.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة شرحا ونصا، المرجع السابق، ص 112.

[3] صالح حمليل، المركز القانوني للمكفول في قانون الأسرة الجزائري والمرسوم التنفيذي 24-92، مجلة الحقيقة، عدد 01، جامعة أدرار، الجزائر، 2012، ص 192.

كما جاء في قرار مشهور للمحكمة العليا أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية وسماع رأي الولد المميز إجراء جوهري، يجب إحترامه قبل الحكم.

"وعليه فإن المحكمة العليا وعن الوجه الوحيد وبفرعيه والمأخوذ من خرق المادة 124 ق.أ.ج، والمادة 461 ق.م، والمنوه به أعلاه: وحيث أن المدعي الطاعن أقام دعواه أمام القضاء طالبا لتخيير البنت المكفولة بين الإلتحاق بوالديها أو البقاء عند الطاعن كافلها ومربيها، وقد ركن الحكم المستأنف إلى إعتماد صلح بين الطرفين أيده القرار المطعون فيه دون أي إعتبار لرأي البنت المكفولة أو إرادتها مع أنها تجاوزت سن التمييز بإدراكها سن السادسة عشر، والمادة 124 من ق.أ.ج، تنص على تخيير الولد المكفول إذا بلغ سن التمييز في الإلتحاق بأبويه، كما أن المادة 461 من ق.م، لا تجيز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام، الشيء الذي لم يراعيه قضاة الموضوع في قضائهم خارقين بذلك أحكام المادتين 124 من ق.أ.ج و461 من ق.م، فإستحق قرارهم النقض ".[1]

**ثانيا: حالة تخلي الكافل عن الكفالة**

إنطلاقا من نص المادة 496 ق.إ.م.إ، نكون أمام حالتين حالة التخلي عن الكفالة وحالة إلغاءها وتكون كما يلي:

**1-حالة التخلي عن الكفالة بطلب من الكافل نفسه**

نظام الكفالة هو الوحيد الذي يسمح برعاية الطفل مع إحترام حقوقه حتى نهاية العلاقة بالوفاة أو التخلي، وهذا ما أكدته المادة 125 من ق.أ.ج، على أن التخلي على الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وبعد سماع ممثل النيابة العامة، في جلسة سرية، فيتخّلى الكافل عن الطفل

[1] قرار رقم 71801، صادر بتاريخ 1991/05/21، المجلة القضائية الأولى، العدد 01، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 1996، ص 107.

المكفول بسبب عدم قدرته على الرعاية، أو لأسباب أخرى، يحقق القاضي في أسباب التخلي ويتخذ الإجراءات المناسبة بإسناد الطفل للجهة المناسبة.[1]

تكون الجهة القضائية هي المختصة، وتسير الدعوى حسب قواعد الإجراءات العادية المادة 496 ق.إ.م.إ، بعد تقديم النيابة العامة ملاحظاتها وإلتماساتها لأنها طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة، يصدر القاضي حكما بالإشهاد للكافل بالتخلي عن الكفالة بطلب منه، ويقوم بإسناد كفالة الطفل إلى أي شخص يختاره يعينه مقدما له، أو بإرجاع الطفل إلى أبيه أو أمه في حالة وجودهما، وعند الإقتضاء إلى المؤسسة المختصة في رعاية الأطفال ويكون هذا الحكم قابلا للطعن فيه بطريق الإستئناف.[2]

**2-حالة إلغاء الكفالة بطلب من الغير**

كذلك تنتهي الكفالة بإسقاط الولاية عن الكافل ولا تكون إلى بموجب حكم قضائي إذا كان مثلا مسيئا لأبنائه متعاطيا للخمور والمخدرات، أو إذا تبين أن هناك إنحراف في السلوك يصعب علاجه داخل الأسرة، أو تبين عدم تعاون الأسرة البديلة وعدم تنفيذها لتوجيهات مديرية النشاط الإجتماعي، أو إذا كانت الأسرة منحرفة.

وهنا يجب أن تكون بموجب طلب كتابي مسبب وبإعلام النيابة العامة ذلك قصد إبداء رأيها، إذ لا يمكن تصور هذه الحالة إلا أمام القضاء، وبالتالي فمن الأحسن إستبعاد الموثق هنا لأن القاضي هو الذي يستطيع أن يقدر مصلحة المكفول بإعتباره حامي الحقوق دون غيره.[3]

[1] لاكلي نادية، المرجع السابق، ص 116.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة شرحا ونصا، المرجع السابق، ص 113.

[3] طلبة مالك، المرجع السابق، ص 37.

# الخاتمة

درسنا في السابق نظام الكفالة كآلية إجتماعية هدفها تقديم الرعاية والحماية لطفل قاصر على وجه التبرع، فهي البديل الوحيد الذي يحمي الطفل المكفول مجهول النسب واليتيم وحتى الكافل من كل أشكال تزييف للأنساب، والتعدي على الحقوق، كما أنها تحفظ العلاقات والأخلاق، خلاف للتبني الذي فصل في شأنه المشرع الجزائري، فسار في عدم الأخذ به ومنعه موافقة حكم الشريعة الإسلامية التي حرمته تحريما قطعيا، لما فيه من خراب للمجتمع، وعليه بعد الإطلاع والدراسة القانونية لهذا النظام وقفنا عند أهم النتائج التالية:

- الكفالة هي البديل الإسلامي للتبني وكل أشكال الجاهلية من تحريف للعلاقات والأنساب، وذلك بدليل القرآن والسنة.
- الكفالة إلتزام على الكافل بتقديم الرعاية والعناية لطفل قاصر، على وجه التبرع، قصد بلوغ غاية نبيلة، هي إحقاق التكافل والتراحم في المجتمع، نظرا لظروف يقع فيها الطفل ضحية حرمان لأبسط الحقوق وتتم بعقد شرعي.
- الكفالة نظام قانوني، قائم بذاته وهي من النظام العام وللنيابة العامة الحق طلب إسقاط هذه الكفالة، كما أنها عقد تحكمه القواعد العامة التي تحكم العقود في القانون المدني.
- تقدم الكفالة الرعاية والتربية والولاية على شؤون القاصر، إلا أنها تختلف في أهدافها وأحكامها المنظمة لها من قيامها أول مرة حتى إنقضائها وتحكمها قواعد خاصة، فهي ليست تبني وتختلف عن حضانة والولاية.
- لما كانت الكفالة مؤداها القيام بطفل قاصر، إشترط المشرع توفر كل أركانها من رضا، ومحل، والسبب، ولا تتم بتخلف أحدها، ويشترط في طالب الكفالة الإسلام كشرط جوهري، بالإضافة لتمتع هذا الأخير بكل قواه العقلية والجسدية والأهلية القانونية.
- لا تثبت الكفالة إلا على قاصر بما مؤداه عدم جواز كفالة البالغ، ويستوي أن يكون المكفول مجهول أو معلوم النسب.
- تخول الكفالة الكافل الولاية في نفس ومال المكفول إلا أنه قيدها المشرع في بعض الحالات كبيع عقارات للقاصر ورهنها، والتصرف فيها، لا يكون إلا بإذن القاضي.

- طلب الكفالة يقتصر على الجهات القضائية في تلقي الطلبات والفصل فيها، بالإضافة للموثق كضابط عمومي له أن يبرم عقود كثيرة من بينها الكفالة، ويكون الإخصاص خارج الجزائر للقنصليات بالنسبة للجالية الجزائرية، بناء على إجراءات محددة نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- الأصل في الكفالة هو الحفاظ على نسب المكفول، إلا أن المشرع توسع فيها ومنح للكافل الحق في مطابقة لقبه لقب الطفل الذي يكفله.
- تنقضي الكفالة بسبب حالة كل طرف فتنقضي بتخلف الشروط العامة التي نص عليها المشرع وتنقضي بالأسباب الخاصة بالكافل والمكفول التي نضمها المشرع من خلال قانون الأسرة حماية للقاصر.

رغم الأهمية البالغة لهذا العقد لم يصل المشرع الجزائري إحكام تنظيم كل جوانبه فقد أغفل بعض النقاط ما يسبب نقص وفراغ قانوني في بعض المواد، يضع في كثير الأحيان الطفل في مركز قانوني ضعيف، ومن بين هذه النقائص التي يرجى من المشرع تداركها مايلي:

- الأكيد أن المشرع الجزائري لم يخالف الشريعة الإسلامية لكن نلاحظ على التشريعات المنظمة للكفالة منها قانون الأسرة القصور في تنظيم هذه المواد، لهذا يفضل أن يعيد النظر فيها وسد الفجوات وإسقاط اللبس، خاصة المرسوم 92/24 الذي يتعلق بتغيير اللقب.
- يجب زيادة نشاط مؤسسات رعاية الطفولة الإنفتاح على المجتمع، والقيام بحملات تحسيسية لتوعية الناس للإلتفاف حول هذه الفئة من الأطفال، وعدم تجاهلهم.
- لم يتطرق المشرع لوضعية الطفل في حالة طلاق الزوجين الكافلين وهو ما يجب على المشرع تداركه.
- رغم أهمية محضر تسليم الطفل إلا أن المشرع لم ينص على هذا الإجراء فهو إجراء جوهري.

- من الضروري أن ينص المشرع الجزائري على إجراءات خاصة تفرض مراقبة وضعية الطفل بعد إنتقال الكفالة لإستمرار توفير الحماية.
- لم يتطرق المشرع لوضعية الطفل المكفول بعد بلوغه سن الرشد، كما لابد أن تكون لهذه الفئة أولوية في المجتمع من حيث المساعدات والحماية.

# قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم

❖ الحديث النبوي الشريف

### أ-القوانين

1 القانون رقم 05-07، المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

2 القانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ، الموافق لـ 09 يونيو 1984م، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 31 جيليه 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02، المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426، الموافق لـ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 43، المؤرخة في 22 يونيو 2005.

3 الأمر رقم 20/70، المؤرخ في 17 فبراير 1970، والمتضمن قانون الحالة المدنية، معدل ومتمم بالقانون رقم 08/14، المؤرخ في 09 أغشت 2014، الجريدة الرسمية رقم 49، 2014، وبالقانون رقم 03/17، المؤرخ في 10 يناير 2017، الجريدة الرسمية رقم 02، 2017.

### ب-المراسيم

4 القانون رقم 08-09، الصادر في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

5 المرسوم التنفيذي رقم 92/24، المؤرخ في 08 رجب عام1412هـ، الموافق لـ 13/ 1992/01م، يمتمم المرسوم رقم 157/71، المؤرخ في 03 يونيو سنة 1971، المتعلق بتغيير اللقب، الجريدة الرسمية، عدد 5، 1992.

6 المرسوم التنفيذي رقم 12-04، المؤرخ في 10 صفر عام 1433هـ، الموافق لـ 04 يناير 2012، يتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، الجريدة الرسمية، عدد 05، الصادرة في ك 2012/01/29.

7 المرسوم تنفيذي رقم 20-223 مؤرخ في 18 ذي الحجة عام 1441، الموافق 8 أغشت سنة 2020، يعدل ويتمم المرسوم رقم 71-157، المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391، الموافق 3 يونيو سنة 1971، الجريدة الرسمية العدد 47، والمتعلق بتغيير اللقب.

**د-المعاجم**

1 إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات وآخرون، تحقيق (مجمع اللغة العربية)، المعجم الوسيط، باب الكاف، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2008م.

2 أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ط 1، المجلد 11، دار صادر، بيروت، 2003م.

3 رياض النعمان، المعجم القانوني، ط 1، ج 1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013م.

4 محمد مرتضى بن محمد الحسيني الزبيري، تاج العروس من جواهر القاموس، ط 1، مجلد 20، د.س.ن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

**ج-الكتب**

1 أحمد عبد الحكيم أحمد العناني، التبني في فقه الشرائع السماوية وبعض الأنظمة الوضعية، العدد 25، المجلد الثاني، مجلة الشريعة والقانونية، مصر، 2010.

2 أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007م.

3 احمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، د.ط، مصر،2009.

4 الإمام الطبراني، مكارم الأخلاق، باب فضل التكفل بأمر الأيتام، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1989.
5 باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2012م.
6 بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1433هـ،2012م.
7 بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، د.ط، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001م.
8 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 4، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م.
9 بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، د ط، ، الجزء 1(المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، دار هومة، 2015.
10 التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، كتاب الأحوال الشخصية، د ط، المجلد 04، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
11 دربال عبد الرزاق، المختصر في الإجراءات المدنية والإدارية، د ط، برتي للنشر، الجزائر، 2022.
12 دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الالتزام، ط 1، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004م.
13 صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا (النيابة الشرعية)، د.ط، ج 1، د.م.ن، 2021م.
14 عبد الرحمن إبن محمد المصري، أحمد بن عاطف زيدان، أحكام كفالة اليتيم، د.ط، د.م.ن، د.س.ن.
15 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام)، ط 3، الجزء 1، في مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000م.

16عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، دار هومة، الجزائر، 2013.
17عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002م.
18الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2018م.
19فيلالي علي، إلتزامات النظرية العامة للعقد، ط 3، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2013م.
20لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة (مدعما بإجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982م إلى سنة 2014)، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014، ص 336.
21لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة (نصا وشرحا)، د.ط، ج 1، دار الهدى، الجزائر، 2005م.
22للفضل العلامة الشريف علي الحسيني الجرجاني الحنفي، كتاب التعريفات، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 816هـ، 1413م.
23محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم، ط 1، 1422هـ، دار طوق النجاة (مصور عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، حديث رقم 6005، باب فضل من يعول يتيما.
24محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات (دراسة مقارنة)، د ط، دار المريخ للنشر، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر القاهرة، 2008.
25محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977م.
26نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية، البيع، الكفالة، الهبة، الوقف، الخلع، الإقرار)، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2009م.

27نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي (مادة بمادة) على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، ط 3، منقحة ومزيدة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2018.

28يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط 11، مطبعة دار التراث العربي، القاهرة، 1997م.

**هـ-المقالات**

1 بوزيان السعيد، بوقرة العمرية، نظام الكفالة كضمان لحق الدائن: مفهوم قديم وواقع متجدد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية السياسية، المجلد 8، العدد 2، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، الجزائر، 2023.

2 لاكلي نادية، أحكام الكفالة في التشريع الجزائري وإشكالاتها القانونية، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 10، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تيموشنت، الجزائر، 2022.

3 عمارة مسعودة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2011م.

4 عبدون نسيمة، بولمكاحل أحمد، وضعية الطفل المسعف في إطار الكفالة في القانون الجزائري، المجلة المقدمة للدراسات الإنسانية والإجتماعية، المجلد 7، العدد 2، جامعة منتوري قسنطينة، ديسمبر 2022.

5 عبد الرحمان سلام، الكفالة في التشريع المدني الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 2، المجلد 19، جامعة وهران، أكتوبر 2018م.

6 مرباح صليحة، كفالة مجهولي النسب في القانون الجزائري، مجلة صوت القانون، المجلد 9، عدد خاص، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2023.

7 شمام منير، الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة والقضاء الجزائري، دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد 09، العدد 1، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018.

8 جامع مليكة، النظام القانوني للموثق في التشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السابع، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي علي كافي، تندوف، ديسمبر 2018.

9 بن غريب رابح، آثار الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة أحمد دراية، ادرار، الجزائر، 2022، ص 11.

10 عسال غالم قدور، حماية الحالة المدنية للأطفال مجهولي النسب، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 01، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، 2022.

11 علام الساجي، إشكالية التبني والكفالة في المجتمع الجزائري مقارنة أنثروبولوجيا، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الرابع، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، ص 283.

12 محمد زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، 2000، بحوث ودراسات.

13 وهيبة بوطيش، الأهلية القانونية في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد 03، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2022/06/14.

14 بن عبد الله نريمان، وفاة الكافل وآثارها القانونية، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، ص 253.

15صالح حمليل، المركز القانوني للمكفول في قانون الأسرة الجزائري والمرسوم التنفيذي 24-92، مجلة الحقيقة، عدد 01، جامعة أدرار، الجزائر، 2012.

**و-الرسائل والمذكرات**

**أ-رسائل الدكتوراه**

1 إيمان حيدوسي، أحكام النيابة الشرعية في القانون الأسرة الجزائري، أطروحة نيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص تخصص شؤون الأسرة، جامعة منتوري 1، قسنطينة، الجزائر، 28 مارس 2022.

2 بن يكن عبد المجيد، عقد الكفالة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والإجنماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضرباتنة، 2015/2014.

3 علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014.

4 بن عبد الله نريمان، الكفالة بعد إنحلال الرابطة الزوجية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، شعبة الحقوق تخصص قانون معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد 2، وهران، 2020/2019.

**ب-مذكرات الماجيستر**

1 علال أمال، التبني والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008.

2 سالمي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2008، ص 106.

**ج-مذكرات الماستر**

1 بوخروفة إيمان، بورغدة ريم، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2020/2019.

2 لينة أنارس، كريمة علام، الكفالة دراسة مقارنة (التشريع الجزائري مع بعض التشريعات العربية)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

3 طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الجزائر، 2006/2003، ص 29.

**ع-القرارات القضائية**

1 قرار رقم 44571، صادر بتاريخ 1087/01/26، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 4، 1992م، غرفة الأحوال الشخصية.

2 قرار رقم 33921، صادر بتاريخ 1984/07|09، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 04، 1989م، غرفة الأحوال الشخصية.

3 قرار رقم 31833، صادر بتاريخ 1984/10/22، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عرفة الأحوال الشخصية، العدد 03، 1989.

4 قرار رقم 56336، صادر بتاريخ 1988/07/13، مجلة المحكمة العليا، العدد 4، 1988، غرفة الأحوال الشخصية.

5 قرار رقم 71801، صادر بتاريخ 1991/05/21، المجلة القضائية الأولى، العدد 01، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 1996.

6 قرار رقم 71801، صادر بتاريخ 1991/05/21، المجلة القضائية الأولى، العدد 01، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 1996.

7 قرار رقم 122761، صادر بتاريخ 1994/06/28، قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد خاص، غرفة الأحوال الشخصية، 2001.

8 قرار رقم 187692، بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 1، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 1979م.
9 قرار رقم 369032، صادر بتاريخ 2006/12/13، مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 02، 2007.
10قرار رقم 369032، صادر بتاريخ 2006/12/13، قرار المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2007، غرفة الأحوال الشخصية.
11قرار رقم 613481، صادر بتاريخ 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012، غرفة شؤون الأسرة ومواريث.
12قرار رقم 620402، صادر بتاريخ 2011/05/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، غرفة الأحوال الشخصية، 2011، ص 285.
13قرار رقم 1037130، صادر بتاريخ 2016/06/08، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2016، غرفة شؤون الأسرة والمواريث.
14قرار رقم 0981006، صادر بتاريخ 2016/06/08، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2016، غرفة شؤون الأسرة والمواريث.
15قرار رقم 1002342، صادر بتاريخ 2016/09/07، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2016، غرفة الأحوال الشخصية.
16قرار رقم 1110035، صادر بتاريخ 2017/10/04، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2017، غرفة شؤون الأسرة والمواريث.

# الفهرس

# الفهرس


| | |
|---|---|
| مـقـدمـة | |
| الفصل الأول: ماهية الكفالة | |
| تمهيد | 02 |
| المبحث الأول: مفهوم الكفالة | 03 |
| المطلب الأول: تعريف الكفالة وخصائصها | 03 |
| الفرع الأول: تعريف الكفالة وحكمها | 03 |
| أولا: تعريف الكفالة | 03 |
| ثانيا: حكم الكفالة | 07 |
| الفرع الثاني: خصائص الكفالة | 08 |
| أولا: الكفالة عقد مؤقت | 08 |
| ثانيا: الكفالة عقد تبرعي | 09 |
| ثالثا: الكفالة عقد شرعي | 10 |
| المطلب الثاني: طبيعة الكفالة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها | 10 |
| الفرع الأول: طبيعة الكفالة | 10 |
| أولا: الكفالة نظام قانوني | 11 |
| ثانيا: الكفالة عقد | 11 |
| الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن الأنظمة المشابهة لها | 11 |
| أولا: الكفالة والتبني | 11 |

| | |
|---|---|
| ثانيا: الكفالة والحضانة | 13 |
| ثالثا: الكفالة والولاية | 17 |
| المبحث الثاني: إنعقاد الكفالة (أركانها وشروطها) | 19 |
| المطلب الأول: أركان الكفالة | 19 |
| الفرع الأول: الأركان العامة لعقد الكفالة | 20 |
| أولا: ركن الرضا | 20 |
| ثانيا: ركن المحل | 22 |
| ثالثا: ركن السبب | 23 |
| الفرع الثاني: ركن الشكلية | 23 |
| المطلب الثاني: شروط الكفالة | 24 |
| الفرع الأول: شروط إسناد الكفالة المنصوص عليها في قانون الأسرة | 24 |
| أولا: شروط خاصة بالكافل | 24 |
| ثانيا: شروط خاصة بالمكفول | 28 |
| الفرع الثاني: شروط الكفالة الغير منصوص عليها في قانون الأسرة | 30 |
| أولا: شرط متعلق بجنس الكافل | 30 |
| ثانيا: شرط الزواج | 30 |
| ثالثا: شرط موافقة الزوجين طالبي الكفالة | 31 |
| رابعا: شرط الفارق السن | 31 |
| الفصل الثاني: أحكام الكفالة | |

| | |
|---|---|
| تمهيد | 33 |
| المبحث الأول: إجراءات الكفالة | 34 |
| المطلب الأول: الجهة المختصة بمنح الكفالة | 34 |
| الفرع الأول: إنعقاد الكفالة أمام المحكم | 34 |
| الفرع الثاني: إبرام الكفالة أمام الموثق والبعثات الدبلوماسية | 35 |
| أولا: إبرام الكفالة أمام الموثق | 35 |
| ثانيا: إبرام الكفالة أمام البعثات الدبلوماسية | 36 |
| المطلب الثاني: مراحل إسناد الكفالة | 37 |
| الفرع الأول: المرحلة التمهيدية | 37 |
| أولا: بالنسبة للقاصر معلوم النسب | 37 |
| ثانيا بالنسبة للقاصر مجهول النسب | 37 |
| الفرع الثاني: المرحلة القضائية | 40 |
| المبحث الثاني: آثار الكفالة وإنقضاؤها | 42 |
| المطلب الثاني: آثار الكفالة | 42 |
| الفرع الأول: آثار الكفالة على الكافل | 42 |
| أولا: الولاية على نفس المكفول | 42 |
| ثانيا: الولاية على مال المكفول | 45 |
| الفرع الثاني: آثار الكفالة بالنسبة للمكفول | 48 |
| أولا: إحتفاظ المكفول بنسبه الأصلي | 48 |
| ثانيا إمكانية منح الكافل لقبه للولد المكفول | 50 |

| | |
|---|---|
| المطلب الثاني: إنقضاء الكفالة | 56 |
| الفرع الأول: الأسباب العامة لإنقضاء الكفالة | 56 |
| أولا: إختلال أحد الشروط المنصوص عليها قانونا | 56 |
| ثانيا: إنقضاء الكفالة بسبب الوفاة | 59 |
| الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لإنقضاء الكفالة | 62 |
| أولا: حالة طلب الأبوان عودة الولد المكفول | 62 |
| ثانيا: حالة تخلي الكافل عن الكفالة | 64 |
| **الخاتمة** | |
| **قائمة المصادر والمراجع** | |
| **الملاحق** | |
| **الفهرس** | |
| **الملخص** | |

# الملخص

تعد أحكام الكفالة من الأحكام الأكثر تعقيدًا في التشريع الجزائري وخاصة على مستوى حفظ النسب، حيث تخص فئة حساسة من المجتمع، فيقوم الكافل بتقديم الرعاية والعناية للطفل حتى يصبح قادرا على التمييز ما هو أصلح له وما يضره، ومع ذلك قام المشرع الجزائري بتنظيم هذه الأحكام من خلال نصوص قانونية لدمج هذه الفئة في البيئة الأسرية وفقًا لشروط قانونية محددة يجب أن تتوفر في العائلة الكافلة، بالإضافة إلى ذلك، تنتج الكفالة آثارا قانونية تتعلق بإلتزامات الكافل وحقوق الطرف المكفول ويجب أن يكون الكفيل مسلمًا، عاقلاً، وقادرًا على رعاية القاصر، ويجب أن يكون القاصر معلوم النسب أو مجهول، كما يجوز للكفيل أن يترك وصية للمكفول أو هبة في حدود ثلث التركة، فتنقضي الكفالة عند بلوغ القاصر سن الرشد، أو بطلب والديه، أو بوفاة الكافل أو المكفول، أو بتخلي الكافل، أو بتخلف أحد الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة.

The provisions of sponsors hip are one of the most complexe provisions in Algerian législation, especially at the level of keeping lineage, as it concernés a sensitive group of society, so the sponsor provides care and care for the child until he is able to distinguish what is best for him and what harms him, however, the Algerian legislator has organized these provisions through legal texts to integrate this category into the family environment according to specific legal conditions that must be available in the sponsoring family, in addition, sponsorship produces legal effects related to obligations The guarantor and the rights of the sponsored party and the guarantor must be a Muslim, sane، The sponsor may leave a will or gift to the sponsored person up to one third of the estate, so that the sponsorship expires upon the minor's attainment of majority, at the request of his parents, upon the death of the sponsor or the sponsor, the abandonment of the sponsor, or the failure of one of the conditions stipulated in the Family Law.