**المبحث الثاني**

**مضمون الكفالة و الآثار المترتبة عنها**

حدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة عدة أوجه للالتزامات و الحقوق في أحكام الكفالة حيث ألزمه بالنفقة و التربية و الرعاية ، ثم ذكر في المادة 121 من قانون الأسرة التي تخول للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية و الدراسية إذ اعتبرها كأثر من آثار الكفالة ، و هي تعتبر جزء من مضمون الكفالة

، كما حدد آثار الكفالة المختلفة سواء تعلقت بالمال أو غيره .

و سنتناول هذا المبحث من خلال مطلبين نتحدث في ( المطلب الأول ) عن مضمون عقد الكفالة بينما نتحدث في ( المطلب الثاني ) عن آثار الكفالة .

**المطلب** **الأول : مضمون عقد الكفالة**

إن مضمون الولاية القانونية على المكفول هي ما يجب وما يحق للكافل و المكفول لكون الولاية القانونية على القاصر تتحدد بعنصرين عنصر متعلق بالمال وعنصر متعلق بالنفس ، و المشرع نص على أن للكافل الولاية القانونية على الطفل المكفول ، فالكافل هو بمثابة الأب وللأب كامل الولاية القانونية على الولد القاصر سواء على نفسه أو ماله ، و من هنا يمكن تحديد مضمون الكفالة انطلاقا من الولاية على نفس الطفل المكفول ( الفرع الأول ) و على ماله ( الفرع الثاني ) ... ................................
**الفرع الأول : الولاية على نفس المكفول...........................................................**
لقد شرعت هذه الولاية للمحافظة على نفس المكفول وصيانته ، إن هذه الولاية و إن كانت تثبت كقاعدة عامة على القصر فإنها كذلك تثبت على المجنون و المعتوه وعليه فإن الولاية على نفس المكفول تكون بإنفاق الكافل عليه وذلك بتوفير الملبس و الأكل و الدواء و المأوى و كذلك تربيته ، وهذا الواجب عادة موكول للنساء لكون الولد المكفول في المرحلة الأولى من عمره يكون محتاجا إلى عطف وحنان الأم أكثر من الأب ، و تعود أسباب ثبوت الولاية على نفس الصغير إلى حاجته إلى التربية و التهذيب و إلى عجزه عن مواجهة الحياة بمفرده و إلى احتياجه إلى من يحميه و يقوم بشؤونه فإذا انتهت الحضانة استقل الوالد بالولاية على نفس الولد فيصبح هو المسؤول .[[1]](#footnote-2) ................. .
و من هنا فإنه يجب على الكافل أن يسهر على تعليمه وتربيته ، وحمايته من كل اعتداء يقع عليه إذ يمثل الولي القانوني له عند الاعتداء عليه ، و تثبت الولاية على ناقص الأهلية مطلقا مميزا أو غير مميز ، كما تثبت على المجنون و المعتوه ، و تظل سارية إلى أن ينتقل الفرد من هذه الحالة إلى عالم النضج و المعرفة و الرشاد .[[2]](#footnote-3)

ومن هنا فإذا كانت الرابطة الزوجية لا تزال قائمة بين الزوجين التزم الكافل بالإنفاق على الطفل المكفول نفقة الأب على ابنه ، و إلى ذلك أشار المشرع الجزائري في قانون الأسرة ، لكن لم يتناول المشرع الجزائري حالة ما إذا انتهت الرابطة الزوجية لأي سبب من الأسباب ، و هذا خلافا للمشرع المغربي الذي نص في المادة 26 من ظهير 13 يونيو 2002 على " إذا انفصمت عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين أصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب الزوج أو الزوجة أو من النيابة أو تلقائيا أمرا إما باستمرار الكفالة لأحدهما أو باتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات " ، فإما أن يستمر أحد الزوجين في التكفل به ، و إذا كانت الزوجة هي الكافلة فإنها تتحمل نفقته وحدها كما تتحمل باقي الالتزامات لأن المطلق الكافل يكون قد أنهى الكفالة بإرادته أو يتخذ القاضي الإجراءات التي يراها مناسبة بما فيها إصدار أمر بإنهاء كفالة الزوجين المنفصلين معا و إسنادها إلى غيرهما مما يجعل المكفول في حالة عدم استقرار دائمة .[[3]](#footnote-4)

أما الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة فهي جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي يتمتع بها بالضرورة الطفل المكفول [[4]](#footnote-5)، وعليه فإنه يفترض في الكافل العامل فرضين إما أن يضع أثناء تكوين ملف العمل الذي يوضع لدى الإدارة المستخدمة شهادة عائلية مسجل بها إلى جانب الأبناء الشرعيين الولد المكفول مع الإشارة في نفس الشهادة بأنه مكفول .
 أو يضع الشهادة العائلية مع عقد الكفالة منفصلين قصد الاستفادة من المنح العائلية ، و الأقرب إلى الصواب هو أنه من المفروض بموجب عقد الكفالة يأمر القاضي ضابط في الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية لكافله مع الإشارة انه مكفول وهو الشيء المعمول به في المغرب وغير موجود في الجزائر.
وبالنتيجة فإن الشهادة العائلية كان من المفروض أن يظهر فيها المكفول إلى جانب الأبناء الأصليين مع الإشارة إلى أنه مكفول ، ونفس الشيء يذكر في المنح الدراسية .
**الفرع الثاني : الولاية على مال المكفول**
للكافل الولاية الشرعية على نفس المكفول كما يملك أيضا الولاية على ماله ، فسلطة الكافل هي إدارة مال المكفول إن وجدت له أموال ، و غالبا تكون هذه الأموال ناتجة عن الإرث أو الوصية أو الهبة ، إذ يجب عليه التصرف فيها تصرف الرجل الحريص .
وبما أن الكافل بمقتضى أحكام الكفالة تعطى له الولاية القانونية فإنه يتعين الرجوع إلى أحكام الولاية على مال القاصر أين نجد المشرع تشدد ووضع شروطا عندما يريد الكافل التصرف في أموال المكفول ، إذ اشترط أن يتصرف تصرف الرجل الحريص ، وأن يستأذن القاضي في تصرفات محددة على سبيل الحصر وللقاضي السلطة التقديرية في منح الإذن أو عدم منحه.
و التصرفات التي تتطلب الإذن من القضاء هي التي يجب على القاضي إن يراعي فيها حالة الضرورة ومصلحة القاصر ، و هي التصرفات المنصوص عليها في نص المادة 88 من قانون الأسرة و هي:
\*ـ بيع العقار وقسمته ، ورهنه وإجراء المصالحة.
\*ـ بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة .
\*ـ استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة .
\*ـ إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد .
**المطلب الثاني : الآثار المترتبة على قيام عقد الكفالة :**
بعد أن يتم إبرام عقد الكفالة وذلك مراعاة للشروط المطلوبة قانونا وتعهد الكافل بالقيام بالتزاماته اتجاه الولد المكفول قيام الأب الحريص على إبنه ، تأتي مرحلة أخرى وهي مرحلة تنفيذ عقد الكفالة ، وذلك بانتقال الولد المكفول من كنف الحاضنين له إلى كنف الكافل ، إذ أن مجرد وجود وثيقة محررة لا تكفي حتى يتحقق الغرض المطلوب من الكفالة و حتى تنتج كل آثارها القانونية.

**الفرع الأول : الوصية و التبرع للطفل المكفول في حدود ثلث مال الكافل**

الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عينا كان أو دينا أو منفعة و يشترط في الموصى به أن يكون قابلا لتلك الوصية بعد موت الموصي.[[5]](#footnote-6)
إذا كانت الكفالة تعطى للكافل الولاية القانونية على المكفول وتجعله بمثابة الأب له فإن هذا لا يعني أنها ترتب نفس الآثار المترتبة بين الأبناء الأصليين و آبائهم ، إذ أن أحكامها نصت صراحة على أنه يجوز للكافل فقط الهبة أو الوصية في حدود الثلث ، وبمعنى المخالفة أنه لا يرث من الكافل لعدم ثبوت النسب لأنه يحتفظ بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب بل أعطاه المشرع بديل عن الإرث و هو البديل السابق الذكر ، وما زاد عن الثلث فيتوقف على إجازه الورثة ، وعليه فإن للكافل إذن حق التبرع فقط للمكفول لأنه لا ينشأ حقوقا ميراثية بموجب عقد الكفالة وهو الشيء الذي أقرته الشريعة الإسلامية وهو الشيء الذي يفرق بين التبني و الكفالة .
ـ وبالرجوع إلى أحكام الوصية فإنها تجيز للوصي أن يوصي في حدود الثلث وباعتبارها تمليك مضاف إلى ما بعد الوفاة بطريق التبرع ، وعليه فلإثبات الوصية في حالة نزاع الورثة مع الكافل فإنه يجب إثبات أحكام الوصية .
ـ ونفس الأحكام تطبق أحكام الهبة في الوضعية الحالية بين الكافل و المكفول لكن الشيء الملاحظ على المشرع الجزائري أنه حصر الهبة في الثلث في حين نجد الوصية كقاعدة عامة وحدها التي تحصر في الثلث و ما زاد عن الثلث متوقف عن إجازة الورثة وهذا يخالف المادة : 205 من قانون الأسرة ، التي تجيز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة .
وعليه فإن للمشرع حكمة في تحديد نسبة 3/1 في الهبة في أحكام الكفالة و هي تفادي كل نزاع مستقبلي يمكن أن ينشأ بين المكفول و الورثة الشرعيين كونه بهذه الطريقة من الممكن أن لا يبقي شيء من أموال الكافل و بالتالي يحرمونه من الميراث.
**الفرع الثاني : عودة المكفول إلى والديه الأصليين**
فطبقا لأحكام الكفالة فإنه يجوز لأبوي المكفول إذا كانا معلومان أو أحدهما معلوم طلب عودة الولد المكفول ، وتنتهي ولاية الكافل ، لكن المشرع ميز بين حالتين عندما يطلب الوالدين عودة القاصر وذلك حسب سن المكفول ، إذ اشترط المشرع :
\*ـ في حالة عدم بلوغ المكفول سن التميز و الذي حدد في التشريع المدني الجزائري بـ 13 سنة أن يتقدم الأب أو الأبوين بطلب إلى القاضي يبين فيه سبب عودة الإبن المكفول ، وهنا القاضي يقوم بإجراء تحقيق حول الأسباب مراعيا مصلحة الولد المكفول وعليه في هذه الحالة أن يصدر أمر بالرفض أو بالقبول .
\*ـ أما إذا كان الولد المكفول مميزا أي بالغا 13 سنة فما فوق فإنه يخير بين العودة إلى أبويه أو البقاء مع الكفيل

أما التخلي عن الكفالة فيتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة ، و يجب أن يكون بعلم النيابة العامة و في حال الوفاة تنتقل إلى الورثة إن التزموا بذلك ، و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية .[[6]](#footnote-7)

 كما نصت المادة 496 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على " ترفع دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية .

ينظر في الدعوى في جلسة سرية بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباته ".

 و قد قضت المحكمة العليا في حكم لها بتاريخ 17 ـ 03 ـ 1998 " من المقرر قانونا أنه " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز و إن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول .

و من المقرر أيضا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله قانونا ، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالتناقض و القصور في الأسباب ليس في محله .

ومن الثابت ـ في قضية الحال ـ أن المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة و التصريح بعودة الكفيلين إلى ولاية أمهما بناء على رغبتهما و مراعاة لمصلحتهما ، فإن القرار يكون عندئذ خاليا من أي قصور أو تناقض في الأسباب .

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن "[[7]](#footnote-8)

كما قضت بحكم لها بتاريخ 21 / 05 / 1991 " من المقرر قانونا أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية و النظام العام لا يجوز الصلح بشأنها بنص خاص .

و من ثم فإن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها و تخييرها بين البقاء عند مربيها أو الذهاب لوالدها رغم أنها تجاوزت سن التمييز ، فإنهم بذلك خرقوا القانون واستحق قرارهم النقض".[[8]](#footnote-9)

1. ـ العربي بختي ، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري** ، المرجع السابق ، ص 290 . [↑](#footnote-ref-2)
2. ـ العربي بختي ، **حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية** ، الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 2013 ، ص 93 . [↑](#footnote-ref-3)
3. ـ فتيحة الطلحاوي ، **نفقة الإبن و المكفول ـ أوجه التشابه و الإختلاف** ـ مجلة الفقه و القانون ، العدد التاسع يوليوز 2013 ، ص ص 200 ، 2001 . [↑](#footnote-ref-4)
4. ـ أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص 198 . [↑](#footnote-ref-5)
5. ـ مأمون محمد أبو سيف ، **إجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية** ، الأردن : عالم الكتاب الحديث ، 2010 ، ص 317 . [↑](#footnote-ref-6)
6. ـ أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص 196 . [↑](#footnote-ref-7)
7. ـ دلاندة يوسف ، المرجع السابق ، ص ص 108 ، 109 . [↑](#footnote-ref-8)
8. ـ نفس المرجع ، ص 110 . [↑](#footnote-ref-9)