مقدمة:

إن الأسرة هي البيئة المناسبة لتنشئة الأطفال إلا أن هناك عوامل كثيرة من شأنها أن تحرم الطفل من الرعاية الطبيعية في أسرته وبين أحضان عائلته ووالديه ، الأمر الذي يؤدي إلى البحث عن أسرة بديلة لهذا الطفل ، وقد أصبحت الكفالة بديلا مناسبا بعد أن حرمت الشريعة إسلامية التبني ، ونظام الكفالة عملت به العديد من الدول الإسلامية ، منها الجزائر التي منعت التبني طبقا للمادة 46 من قانون الأسرة وقدمت نظاما قانونيا وشرعيا بديلا بمقتضى أحكام المواد 116 إلى 125 من قانون الأسرة والمواد 492 إلى المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مقتدية بذلك بأحكام الشريعة الإسلامية شأنها في ذلك شأن العديد من القوانين العربية رغم وجود بعض الدول التي لا تزال تجيز التبني (دولة تونس) التي وضعت نظاما خاصا بالتبني وآخر للكفالة.

وسنتناول النظام القانوني للكفالة من خلال مبحثين نتناول في (المبحث الأول) ماهية الكفالة بينما نتناول في (المبحث الثاني) مضمون الكفالة و الآثار المترتبة عنها.

المبحث الأول

مـــاهية الكفـــالة

شرعت الكفالة بهدف إدماج بعض فئات الأطفال في الوسط الاجتماعي و جعلهم نافعين لمجتمعهم و لأنفسهم ، و منحهم فرصة العيش داخل أسرة ترعاهم و تتولى الولاية على أنفسهم و أموالهم ، فبالإضافة إلى أهدافها الاجتماعية نجد أن لها أهدافا تربوية و نفسية فهي تعمل على تربية طفل سليم من الناحية النفسية .

و سنحدد في هذا المبحث مفهوم الكفالة في (المطلب الأول) ، بينما نتناول في (المطلب الثاني) شروط الكفالة سواء تلك التي تناولها قانون الأسرة أو تلك التي اشترطتها بعض النصوص القانونية المقارنة .

المطلب الأول : مفهوم الكفالة

سنحدد من خلال هذا المطلب مفهوم الكفالة من خلال فرعين حيث نتناول كلا من تعريف الكفالة في (الفرع الأول) ، بينما نتناول خصائص الكفالة في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تعريف الكفالة

سنتناول في هذا الفرع كل من التعريف اللغوي و التعريف الإصطلاحي للكفالة .

أولا ـ تعريف الكفالة لغة :

تعني الكفالة في اللغة الضم ومنه قوله تعالى " و كفَّلها زكريا " ، فهي من كفل يكفل كفلا و كفالة ، إذا فالكافل هو القائم بأمر اليتيم و المربي له و لذلك يقول الله تعالى : " و أنا به زعيم " أي و أنا به كفيل ، وقوله عليه الصلاة و السلام " أنا و كافل اليتيم كهاتين في الجنة و أشار بالسبابة و الوسطى و فرج بينهما أي ضم اليتيم إلى نفسه .[1]

ثانيا ـ تعريف الكفالة إصطلاحا:

عرفت المادة 116 من قانون الأسرة الكفالة بأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه ، غير أنه يجب أن تتم الكفالة بموجب عقد شرعي ، أما المادة 117 من نفس القانون ، فتستلزم أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام موثق ، وأن تتم برضا من له أبوان .

ومن هنا فالكفالة هي عبارة عن التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه.

---

[1] ـ علال أمال ، **التبني و الكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي** ، مذكرة ماجستير في الحقوق ، تخصص قانون أسرة ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2007 ، 2008 ، ص 30 .

و الكفالة هي وسيلة لحل بعض المشاكل اليومية داخل المجتمع ، إذ فتحت الباب أمام عدة عائلات للتكفل بمجهولي النسب هذا من جهة ، و من جهة أخرى كذلك فتحت الباب للأسر التي ترغب في الإنجاب ولكن لسبب ما لم يرزقهم الله بذلك فكانت أحكام الكفالة بمثابة المفتاح القانوني و الشرعي لحل مثل هذه المشاكل..

الفرع الثاني : خصائص الكفالة

إن الكفالة تتميز بعدة خصائص تميزها عن باقي الأنظمة المشابهة لها : مثل الحضانة و التبني فخصائص الكفالة يمكن إجمالها كما يلي[1]:

*ـ الكفالة هي عبارة عن **نظام بديل للتبني** وضعه المشرع لغاية اجتماعية وذلك لرعاية الأولاد مجهولي النسب و تولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته لظروف اقتصادية.

*ـ الكفالة هي عبارة عن **عقد ذو ثلاثة أطراف هم** :الكفيل والمكفول والشخص أو الهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكفيل أمام الموثق أو المحكمة.

*ـ الكفالة **التزام تبرعي** من طرف الكافل بدون مقابل .

*ـ الكفالة **تضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي** و الذي يترتب عليه حقوق والتزامات متبادلة محددة وفقا للأحكام التي تحكم علاقة الأب بابنه.

*ـ الكفالة لا **تقوم إلا إذا أبرمت أمام الجهات القضائية أو الموثق** وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة

*ـ الكفالة **ليست أبدية** بل تسقط وتنتهي لأسباب محددة في قانون الأسرة.

*ـ الكفالة **تحافظ وتحمي الأنساب** ، إذ المكفول يبقى أجنبيا عن الأسرة الكافلة.

*ـ الكفالة **تحمي حقوق الورثة** و تمنع التعدي على حقوق التركة إذ لا يحق للمكفول الميراث فيها بل يمكن الحصول على الهبة أو الوصية فقط .

الفرع الثالث : تمييز الكفالة عما يشابهها من المصطلحات

سنميز هنا بين الكفالة من جهة وكل من التبني و الحضانة .

أولا ـ الكفالة و التبني :

التبني هو أن يتخذ الإنسان ابن غيره ابنا له ، و قد كان نظام التبني معروفا في الجاهلية و استمر مدة من الزمن في صدر الإسلام حتى أبطله الله بقوله " أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله "و من هنا أصبح التبني لا يثبت به نسب من المتبنى و لا يترتب عن التبني أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء و الأبناء .[2]

باستثناء تونس تتفق قوانين دول المغرب العربي على تحريم التبني فالمادة 149 من مدونة الأسرة المغربية تقضي بما يلي " يعتبر التبني باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية " ، كما تنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري على : يمنع التبني شرعا و قانونا " ، و في نفس الاتجاه سارت مدونة الأحوال الشخصية الموريطانية حيث تقضي المادة 72 منه بأن " التبني باطل و لا يترتب عليه أي من آثار البنوة " ، وهو الشأن أيضا في ليبيا التي أحالت نصوصها القانونية إلى الشريعة الإسلامية ، وهو ما يدل على أن هذه التشريعات قد منعت التبني لكنها في المقابل فتحت المجال أمام التكفل بهم عن طريق البحث عن أسرة بديلة لملافاة تعذر التنشئة و الرعاية في كنف الأسرة الطبيعية .[3]

ثانيا ـ الكفالة و الحضانة :

---

[1] ـ نفس المرجع ، ص ص 32 ، 33 .

[2] ـ بلحاج العربي ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " مقدمة ـ الخطبة ـ الطلاق ـ الميراث ـ الوصية "** ، المرجع السابق ، ص ص 200 ، 201 .

[3] ـ محمد الشافعي ، **قانون الأسرة في دول المغرب العربي " الجزائر ـ تونس ـ المغرب ـ ليبيا ـ موريطانيا " ، مراكش ،** المطبعة و الوراقة الوطنية ، 2009 ، ص ص 148 ، 149 .

تختلف الكفالة عن الحضانة من أوجه عديدة نستطيع إجمالها في النقاط التالية :[1]

*ـ إن الكفالة تلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول في حين أن الحضانة غرضها مد الحنان و الرعاية و تقديم الخدمات المادية دون أن تلزم الحاضن بالنفقة على المحضون .

*ـألكفالة تعتبر عقد يتم دون مقابل حيث لا يأخذ الراغب في الكفالة أي عوض و لا يقدمه ، على خلاف الحضانة التي لا يجوز فيها أخذ الأجرة .

*ـ إن الكفالة تسند بقرار إداري بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام موثق أو أمام المحكمة المختصة أو بمصادقة هذه الأخيرة أما الحضانة فتسند بحكم قضائي .

*ـللكافل الولاية القانونية على المكفول أما الحاضن فليس له مبدئيا الولاية القانونية .

*ـ الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أو أبيه أو غيرهما بينما الكفالة تطلق على الطفل الذي يكون عند غير أبويه .

*المكفول يطلق على الطفل معروف النسب و مجهوله أما المحضون يطلق على معروف النسب .

المطلب الثاني : شروط الكفالة

سنتناول في هذا المطلب الشروط الواجب توفرها في الكافل في (الفرع الأول) و الشروط الواجب توفرها في المكفول في (الفرع الثاني) و كذا بعض الشروط التي تناولتها بعض التشريعات الأخرى و أهملها المشرع الجزائري رغم أهميتها لما تطرحه من إشكالات عملية في (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : الشروط الواجب توفرها في الكافل

و تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

أولا ـ شرط الإسلام :

لا يجوز لغير المسلم أن يتكفل بطفل مسلم جزائري حتى لو كان يتفق معه في الجنسية فالعبرة بالإسلام و إذا تم إسناد الكفالة إلى من يستحقها فلا يمكن أن يتخلى عنها إلا إمام الجهة التي أقرتها و أن يكون ذلك بعلم النيابة العامة ، و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة .[2]

فإذا قدم المسيحي أو غيره ممن يدينون بغير الإسلام طلب الكفالة لطفل جزائري مسلم فلا يقبل طلبه غير أن ما يعتبر محل خلاف هو شرط الجنسية و هل يمكن لغير الجزائري كفالة طفل جزائري ؟ ، حيث سكت المشرع الجزائري عن هذا الشرط رغم أن الطفل الجزائري يعتبر ثروة للبلاد لا يجوز تركها لتنهب من الغير و عليه يجب أن يكون الكافل جزائريا [3]

ثانيا ـ شرط بلوغ الكافل سن الرشد :

يشترك في الكفالة أن يكون كلا من الزوجين صالحين للكفالة أخلاقيا و اجتماعيا ، ولهما مؤهلات مادية كافية لتوفير حاجيات الطفل لأن من أسباب و دواعي التصريح بالإهمال انحراف الأبوين وعجزهما عن القيام برعاية و تربية الطفل من اجل اكتساب سلوك حسن .[4]

ويجب ألا يكون قد سبق الحكم على الزوجين معا ، أو أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال ، و هذا يدخل في سياق الشرط السبق و يؤكده ، فالغاية من كفالة الأطفال هي العناية بالمكفول و القيام بشؤونه بما في ذلك تنشئته و السهر على تكوينه ، فلا بد للقائمين بهذه المهمة أن تتوفر فيهم شرط الاستقامة فإذا اتهم أحد الزوجين أو هما معا بإحدى الجرائم الأخلاقية و ثبت في حقه التهمة فلا يمكنه

---

[1] ـ حميدو زكية ، **مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة** ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص " غير منشورة " ، كلية الحقوق ، جمعة أبو بكر بلقايد ـ تلمسان ـ السنة الجامعية 2004 ، 2005 ، ص ص 99 ، 100 .

[2] ـ محمد الشافعي ، المرجع السابق ، ص 149 .

[3] ـ علال أمال ، المرجع السابق ، ص73 .

[4] ـ محمد الشافعي ، المرجع السابق ، ص 164 .

بأي حال من الأحوال التكلف بطفل مهمل لأنه سيكون قدوة سيئة بالنسبة له في حال متابعة أحد الزوجين بإحدى الجرائم الأخلاقية .[1]

ثالثا ـ شرط القدرة :

ويقصد المشرع بالقدرة هنا الحالة المالية و الاقتصادية لطالب الكفالة ، إذ لا يعقل لطالب الكفالة أن يكون بطالا وليس له مورد رزق ، إذ أنه عمليا يطلب القضاة من طالبي الكفالة تقديم كشف الراتب الشهري للتحقيق من هذه القدرة ، وإلا رفض الطلب مراعاة لمصلحة الطفل . والشيء الملاحظ أنه من المفروض أن مثل هذه الشروط المتعلقة بالوضعية المادية للكافل أن ينظمها بمقتضى التشريع و يبين كيف تثبت هذه الوضعية هل بشهادة العمل أم كشف الرواتب ، أم السجل التجاري ، وغيرها من الوثائق الضرورية في العقد حتى لا تطرح مشاكل عملية أمام القاضي .[2]

كما يجب أن يكون الكافل سليما من الأمراض و لا يوجد أي مانع يحول دون تحمله المسؤولية ، غير أن المشرع لم يحدد معنى المانع مما يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديده، كما أن الخلو من المرض المعدي لا يؤكد إلا بشهادة طبية تثبت الخلو من الأمراض .[3]

أما توفر الزوجين على أطفال ، فلا يمنع من تكفلهما بأطفال مهملين و لكن بشرط أن يستفيد هؤلاء الأطفال من الإمكانيات المتوفرة لدى الأسرة على قدم المساواة مع أولادهما الصلبيين بمعني بشرط استفادة الأطفال الصلبيين و المتكفل بهم من الإمكانيات المتوفرة لدى الأسرة بنفس القدرة ، أي يمنع على الكافل التفاضل بين أولاده من الصلب و المتكفل بهم ، غير أن المشرع المغربي وبصريح النص يفضل الزوجان اللذان ليس لهما أطفال و هو ما نصت عليه المادة 10 من القانون رقم 01 ـ 15 التي تنص على أنه إذا تعددت الطلبات بشأن التكفل بطفل مهمل تمنح الأسبقية للزوجين اللذين ليس لهما أولاد ما عدا إذا توفرت ظروف أحسن لضمن المصلحة الفضلى للطفل .[4]

الفرع الثاني : شروط لم ينص عليها المشرع :

هناك بعض الشروط التي لم يتناولها النص القانوني برزت بسبب الطلبات المختلفة المقدمة لكفالة الأطفال من طرف الأشخاص الراغبين فيها و تتمثل في :

أولا- شرط الزواج

بالرجوع إلى أحكام الكفالة لا نجد نص قانوني ينظم مثل هذا الشرط لكن عمليا وجدنا أن طالب الكفالة ملزم بإرفاق الملف بشهادة الزواج وهذا مراعاة مصلحة الطفل لكون الغاية من الكفالة تنشئة الطفل في أسرة وعائلة كان يفتقر إليها سابق، لكن هذا الشرط حتى ولو نظم في أحكام قانون الأسرة فإنه يستوجب مراعاة حالة المطلق و المطلقة والأرمل و الأرملة الذين يعيشون برفقة أبناء أو انعدام أبناء لأن مثل هذه الحالات ستطرح مستقبلا على المحاكم لذلك يستوجب على المشرع مراعاة مثل هذه الحالات[5].

ثانيا ـ إمكانية طلب الشخص المعنوي الكفالة:

لا يوجد نص قانوني يجيز للأشخاص الاعتبارية الحق في الكفالة مثل : المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي ، مع العلم أن مثل هذه الأشخاص الاعتبارية عادة لها ملاءة مالية وتسيير بشري لائق يمكنها من التكفل بالأطفال ، وحتى الأطفال معلومي النسب والذين تكون عائلاتهم ليست لها الإمكانيات المادية الكافية ، إذ أنه من الأحسن النص عليها في قانون الأسرة

---

[1] ـ نفس المرجع و الصفحة .
[2] ـ علال أمال ، المرجع ، ص 75 .
[3] ـ محمد الشافعي ، المرجع السبق ، ص 165 .
[4] ـ محمد الشافعي ، المرجع السبق ، ص 165 .
[5] ـ علال أمال ، المرجع السابق ، 78 .

وإعطائها الحق في الكفالة[1] ، أما المشرع المغربي فمن أجل تنشئة الطفل تنشئة سليمة ومنسجمة مع تقاليد وخصوصيات المجتمع وضع المشرع المغربي نوعين من التنظيم المؤسساتي لرعاية الطفولة هما مؤسسات الطفولة و منظمات رعاية الطفولة ، و في هذا الصدد تدخل المشرع المغربي بنص المادة 9 / 3 من القانون رقم 01 ـ 15 ليؤكد حق هذه المؤسسات في التكفل بالأطفال المهملين حيث تقضي هذه المادة بأن تسند الكفالة إلى المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال و الهيئات و المنظمات و الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة المتوفرة على الوسائل المادية و الموارد و القدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال و حسن تربيتهم و تنشئتهم تنشئة إسلامية ، و بالتالي يمنع على المؤسسات الخاصة أن تستقبل الأطفال المهملين ، و يسري نفس المنع على الهيئات و المؤسسات الأجنبية التي لا يعترف لها بصفة المنفعة العامة طبقا للمادة 9 من ظهير 15 نونبر 1958 المنظم لتأسيس الجمعيات بالمغرب ، فالهدف من منع كفالة الأطفال المهملين من طرف هذه المؤسسات التي لا تعمل في إطار عمومي هو تلافي التلاعب و بعض الممارسات التي قد يكون ضحيتها الأطفال المهملين .[2]

ثالثا ـ الفارق في السن بين الكافل و المكفول :

يشترط في الكافلين أو الكافلة بلوغ سن الرشد القانوني ، حيث يتضح أنه قد يحدث في بعض الأحيان أن لا يكون هناك أي فرق في السن بين الكافلين أو الكافلة و الطفل المكفول ، مما قد يؤثر سلبا على فعالية سلطة التوجيه و التربية التي يملكها الكافلان على مكفولهما.[3]

رابعا ـ موافقة الزوجين طالبي الكفالة إن كانا معا على قيد الحياة: .

إن مثل هذه الحالة غير المنصوص عليها في قانون الأسرة رغم أنها جد ضرورية في تنشئة القاصر المكفول و تحقق الغرض المطلوب من الكفالة ، مع العلم أن رضا طالب الكفالة أي الزوج فقط لا يعني دائما موافقة الزوجة ، ولهذا ومن أجل المصلحة الفضلى للطفل فإنه من المفروض أن تكون الموافقة صريحة و بحضور الزوجين أمام القاضي أثناء التحقيق و يتم سماعهما و تحرير محضر لكي يعرفا قيمة هذه المسؤولية ، و عليه فإنه كان على المشرع تدارك مثل هذا الشرط والتنصيص عليه في قانون الأسرة ، لأنه عمليا أغلب المحاكم لا تراعي تحرير محضر الموافقة للزوجين أمام القاضي إذ يكفي إحضار شاهدين فقط وحضور الأطراف .[4]

غير أن الكفالة لا يترتب عنها بعض الآثار بالنسبة للمكفول ، فهذا الأخير يبقى محتفظا بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب ، و إن كان مجهول النسب تطبق عليه مقتضيات المادة 64 من قانون الحالة المدنية التي تقضي بما يلي " يختار الأسماء الأب أو الأم و في حالة عدم وجودهما المصرح يعني ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء و الأطفال المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء ، و يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي " .

القانون المغربي : منذ مصادقة المغرب على اتفاقية حقوق الطفل بتاريخ 14 يونيو 1993 ـ التي ألزمت في مادتها 20 الدول الأطراف بتوفير رعاية بديلة للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية ، أو الذي لا يسمح له بالبقاء في تلك البيئة مع تقديمها لأمثلة عن الشكل الذي يمكن أن تتخذه هذه الرعاية كالحضانة و الكفالة أو التبني أو الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال " سارع المشرع المغربي إلى إصدار أول قانون يتعلق بالأطفال المهملين بتاريخ 10 شتنبر1993 لينسخ فيما بعد بسبب قصوره و عدم معالجته لجميع الإشكالات التي ظهرت على أرض الواقع ، و في هذا الصدد أصدر المشرع ظهير شريف رقم 1.02.172 صادر في 13 يونيو2002 بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بالأطفال المهملين ينظم

---

[1] ـ نفس المرجع ، ص 77 .

[2] ـ محمد الشافعي ، المرجع السابق ، ص ص 166 ، 167 .

[3] ـ نفس المرجع ، ص 164 .

[4] ـ علال أمال ، المرجع السابق ص ص 78 ، 79 .

بموجبه كيفية الحصول على طفل قصد التكفل به ، كما يبين القانون الذي يجب إتباعه لتسوية وضعية الطفل تجاه الحالة المدنية .[1]

الفرع الثالث : الشروط الواجب توفرها في الطفل المكفول

تتمثل هذه الشروط في ضرورة أن يكون الطفل قاصرا فلا كفالة لغير القاصر، و قد يكون الطفل معلوم النسب كما قد يكون مجهول النسب.

أولا : أن يكون الطفل قاصرا

ثانيا ـ أن يكون الطفل معلوم النسب أو مجهول النسب :

تحدث المشرع المغربي مثلا عن حالة الطفل المهمل كطفل يمكن أن يكون محلا للكفالة في القانون رقم 15.01 حيث اعتبر أن الطفل المهمل هو الحدث من كلا الجنسين الذي لم يبلغ ثماني عشرة سنة شمسية كاملة إن وجد في إحدى الحالات التالية :[2]

*ـ إذا ولد من أبوين مجهولين أو من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها .

*ـ إذا كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته و ليست له وسائل مشروعة للعيش .

*ـ إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبها في رعايته و توجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن كما في حالة سقوط الولاية الشرعية أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته منحرفا و لا يقوم بواجبه المذكور إزاءه .

بينما ميز المشرع الجزائري بين الطفل معلوم النسب و الطفل مجهول النسب فيما يتعلق بإجراءات الكفالة و آثارها .

1 ـ معلومي النسب :

يمكن أن يكون معلوم النسب محلا للكفالة حيث يمكن لأبويه عرض الطفل للكفالة إذا كانا عاجزين عن رعايته و تربيته ، كما يمكن منحه لأحد أفراد العائلة لكفالته كما في حالة كون العائلة الكافلة لا أطفال لها و لم يورد المشرع أي تفصيل و لا حالات معينة لكفالة معلومي النسب.

2 ـ مجهولي النسب :

و يتمثل مجهولي النسب في الأطفال المولودين من أبوين مجهولين أو من أب مجهول و أم معلومة :

2 ـ 1 ـ الولد المولود من أبوين مجهولين :

هذه الحالة يكون فيها الطفل مجهول الأبوين عثر عليه في الطريق أو في أي مكان آخر دون معرفة اسمه أو نسبه أو موطنه ، و هو ما يصطلح عليه باللقيط و هو الصغير الحي الذي ليس له أب ولا أم معروفان و تخلص منه أهله لأي سبب من الأسباب .[3]

أي أنه كل مولود طرحه أهله خوفا عليه من الغيلة أو من تهمة الزنا ، فهذا التحديد ينطبق على كل مولود عثر عليه في أي مكان عمومي حيث يتضح بعد البحث حول وضعية الطفل أنه تم التخلص منه بهذه الطريقة من طرف أمه .[4]

و حكم التقاطه فرض عين على من وجده في مكان يغلب عليه الظن هلاكه لو ترك فيه ، و مندوب إذا لم يغلب على الظن هلاكه ، و فرض كفاية على المسلمين إن قام به أحدهم سقط عن الباقين ، و أحق الناس

---

[1] ـ محمد الشافعي ، المرجع السابق ، ص ص 152 153 .

[2] ـ نفس المرجع ، ص ص 153 ، 154 .

[3] ـ أحمد بخيت الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور علي ، المرجع السابق ، ص 441 .

[4] ـ محمد الشافعي ، المرجع السابق ، ص ص 154 ،155 .

بإمساك اللقيط من التقطه و ليس لأحد من حاكم أو غيره أن يأخذه منه جبرا عنه ، إلا إذا كان غير أهل لحفظه ورعايته .[1]

2 ـ 2 ـ الولد من أب مجهول و أم معلومة :

يدخل في إطار هذه الحالة الطفل المولود من أب مجهول و أم معلومة تخلت عنه لسبب أو لآخر دون بيان هويتها فتصبح الأم غير معلومة و يصبح طفلها المتخلى عنه بمثابة طفل مجهول الأبوين .[2]

3 ـ اليتيم :

عرفه الجرجاني بقوله " اليتيم المنفرد عن الأب لأن نفقته عليه لا على الأم " ، و قال العبدري " اليتيم إنما هو من قبل الأب " ، و قال إبن قدامة " اليتيم من فقد الأب من الصغر " ، و المتأمل في تعريفات الفقهاء لليتيم يجدها ذات مؤدى واحد و أنها تفيد نفس المعنى بأن اليتيم من مات أبوه دون سن البلوغ .[3]

اليتيم من فقد أباه قبل البلوغ و هذه الكفالة ندب إليها الإسلام حتى أن رسول الله عليه الصلاة و السلام قال " أنا و كافل اليتيم كهاتين و أشار بأصبعيه السبابة و الوسطى " ، و كفالة اليتيم تشمل من كان يتيما ذا قرابة و من كان يتيما لا قرابة له ، لأن اليتامى في الإسلام لا يضيعون بسبب فقد الآباء و الأمهات فتصح كفالتهم من القريب و غير القريب .[4]

لهذا أوجب الإسلام على المؤمنين أن يكفلوا اليتيم و يعطفوا عليه و يقوموا برعايته و تربيته و تنشئته ليكون عضوا صالحا في المجتمع كما أوجب الإسلام التكافل بين عموم أفراد المجتمع بإعانة الفقراء و المساكين و الأرامل و اليتامى بكل ما يحتاجونه في حياتهم و ما يحسن أحوالهم .[5]

4 ـ حالة العجز عن الرعاية :

يدخل في نطاق هذه الحالة الطفل الذي عجز أبواه عن رعايته و ليس له وسائل مشروعة للعيش كما لو عجز الأبوان عن رعاية طفليهما و تربيته لأمر قاهر خارج عن إرادتهما " كصدور حكم عليهما سلب لحرية ،أو طرد الأب من العمل لسبب مشروع أو غير مشروع ..." فالعجز لا يقصد به العجز المادي و عدم القدرة على تحمل نفقة الطفل بل المقصود إصابة أحد الأبوين أو كلاهما بمرض مزمن أو نوع من أنواع الإعاقة التي تؤدي إلى التقليل من قدرتهما على تقديم الرعاية الكافية لأطفالهما أو إلى انتفاء هذه القدرة كما في حالة الجنون و الشلل أو السجن .[6]

حيث اعتبر المشرع المغربي من عجز أبواه عن رعايته طفل مهمل يمكن كفالته بإتباع الإجراءات القانونية بينما نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة .

4 ـ انحراف الأبوين :

اعتبر القانون رقم 01 ـ 15 المغربي أن الطفل يعتبر مهملا إذا كان أبواه منحرفين و لا يقومان بواجبهما في رعايته و توجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن فهذه الحالة تفرض انحراف الأبوين معا أو انحراف أحدهما دون الآخر و كان هذا الأخير يقوم بما تستوجبه عليه رعاية و لده و تربيته على الوجه المطلوب فلا يتحقق هذا الشرط ، و لاعتبار الطفل مهملا يجب تأثير سلوك أبويه المشين على تربيته ورعايته ، لأن هذا السلوك يمكن أن يؤثر عليه شخصيا و يدفعه بدوره إلى عالم الإجرام و الانحراف.[7]

---

[1] ـ بلحاج العربي ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " مقدمة ـ الخطبة ـ الطلاق ـ الميراث ـ الوصية "** ، المرجع السابق ، ص 202 .

[2] ـ محمد الشافعي ، المرجع السابق ، ص 155 .

[3] ـ أيمن خميس عمر حمادة ، المرجع السابق ، ص 03 .

[4] ـ أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص ص 196 ، 197 .

[5] ـ بن عبيدة عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 72 .

[6] ـ محمد الشافعي ، المرجع السابق ، ص 157 .

[7] ـ محمد الشافعي ، المرجع السابق ، ص ص 157 ، 158 .

فانحراف الأبوين يعتبر سببا من الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى توجيه الطفل إلى الكفالة بهدف توفير الرعاية له و هو أيضا من الحالات التي لم يذكرها المشرع الجزائري صراحة .

الفرع الرابع : الجهات المختصة بإبرام عقد الكفالة

تجب الإشارة إلى أنه توجد ثلاثة جهات متخصصة بتحرير عقد الكفالة ، داخليا نجد أن المادة :117 من قانون الأسرة نصت على الموثق والقاضي ، و في الخارج نجد القنصليات الجزائرية التي لها الحق في تحرير عقد الكفالة .

كذلك يستوجب على طالب عقد الكفالة أن يرفق طلبه بوثائق محددة وفي حالة تخلفها يرفض طلبه.

أولا - إبرام الكفالة من طرف القاضي.

عملا بأحكام المادة 117 من قانون الأسرة فإن المحاكم هي المختصة بإبرام عقد الكفالة لأنها صاحبة الولاية العامة للنظر في جميع القضايا المدنية ، فعلى طالب الكفالة أن يقدم طلبه إلى قاضي الأحوال الشخصية وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص ، وهو ما أشارت إليه المادة 492 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ويتم ذلك من خلال عريضة مقدمة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة موطن الكفالة و يفصل القاضي استنادا إلى نص المادة 493 في طلب الكفالة بأمر ولائي ، و يتعين على القاضي التحقق من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل و عند الاقتضاء يأمر القاضي بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول و الإنفاق عليه و تربيته وفقا لما نصت عليه المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وتجدر الإشارة أنه يمكن أن يكون أبوي المكفول معلومين ، كما يمكن أن يكونا مجهولين وبذلك يصدر الأمر بنفس الكيفية السالفة الذكر .

وعليه فإن قاضي الأحوال الشخصية عندما يتلقى الطلب يقوم بدراسة الملف جيدا مراعيا توافر شروط انعقاد الكفالة طبقا لأحكام قانون الأسرة مع مراعاة أنه طبقا للتعديل الجديد في القانون المدني في المادة 13 مكرر

01 فإن القاضي الجزائري بموجب قواعد الإسناد يمكن أن يصدر حكم أو أمر بالكفالة طرفيه أجنبيين أو أحد أطرافه أجنبي مقيمين على الإقليم الجزائري ، وذلك مراعيا للقانون الداخلي لكلا الطرفين الكافل و المكفول عند إبرام العقد ما إذا كان يسمحان بالكفالة أم لا ، وعليه توسعت اختصاصات القاضي الداخلي بعدما كانت مقتصرة على الأطراف الجزائرية فقط .[1]

و عمليا فإنه بعد إصدار الأمر أو الحكم فإنه لا ينفذ إلا بعد أن يصبح نهائيا وعملية التسليم تتم تلقائيا بين طالب الكفالة و الشخص الذي كان عنده المكفول دون حضور النيابة أو تحرير محضر بالتسليم ، كما أنه تجب الإشارة إلى أن ما يفتقر إليه القضاء الجزائري هو عدم وجود أو عدم إسناد هذه المهمة إلى القاضي المختص بالإحداث الذي يتتبع تنفيذ الكفالة و الذي يقوم بمراقبة مدى تنفيذ الكافل التزامات الكفالة لكون المشرع اعتبرها مسألة مدنية ولكون قاضي الأحداث عادة مختص بالجانب الجزائي فقط ، كما أنه من المفروض القيام بإجراء البحث في ذلك بواسطة النيابة العامة أو السلطة المختصة أو المساعدة الاجتماعية المؤهلة لذلك.، كما أنه في الجزائر لا يوجد ما يسمى بالقاضي المكلف بشؤون القصر الذي من المفروض أن يسهر على تسجيل الكفالة في سجلات الحالة المدنية لدى بلدية المكفول ، وهو الشيء الموجود بالمغرب إذ تسجل الكفالة في سجلات الحالة المدنية ، كما أن الاختصاص المحلي لعقد الكفالة في الجزائر محدد إما بموطن طالب الكفالة أو مكان تواجد المكفول إذا كان طالب الكفالة جزائري مقيم في الخارج.[2]

---

[1] ـ علال أمال ، المرجع السابق ، ص 95 .

[2] ـ نفس المرجع ، ص 95 .

ثانيا ـ إبرام الكفالة من طرف الموثق:

بموجب المادة: 117من قانون الأسرة الجزائري فإنه يجوز للموثق بناء على طلب ذوي الشأن تحرير عقد الكفالة وذلك بعد إجراء تحقيق أمامه ومراعيا مدى توافر شروط الكفالة .

و عليه بمجرد تحرير هذا العقد تصبح له القوة التنفيذية مثل الحكم القضائي ، و لا يحتاج إلى المصادقة من طرف القاضي مثل ما هو معمول به في بعض الدول مثل تونس التي تطلب لتنفيذ هذا العقد مصادقة الجهات القضائية .

و قد قضت المحكمة العليا في حكم لها بتاريخ 13 / 07 / 1988 " من المقرر قانونا أن الكفالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة و لو كان جائزا إثبات الإلتزام الأصلي بالبية .

و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه و يستوجب الرفض .

و لما كان من الثابت ـ في قضية الحال ـ أن عقد الكفالة لم يثبت بوثيقة كتابية فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون التطبيق الصحيح حين أخرجوا المطعون ضده من الخصومة باعتباره ليس كفيلا و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن ".[1]

ثالثا ـ إبرام الكفالة من طرف البعثات الدبلوماسية:

منح المشرع رؤساء البعثات الدبلوماسية إبرام الكفالة فيما يتعلق بالمقيمين بالخارج من الجالية الجزائرية ، إذ أن تقديم الطلب يكون من ذوي الشأن حيث تتم دراسة هذه الطلبات و التأكد من توفر الشروط القانونية ، و هي الحالة التي لم ينص عليها المشرع في قانون الأسرة الجزائري.

وعموما فلانعقاد عقد الكفالة يجب التمييز بين ما إذا كان القاصر المكفول مجهول النسب أو معلوم النسب.

أ – القاصر مجهول النسب : و الذي يكون تحت رعاية مؤسسة حماية الطفولة ، و هي التي تتولى رعايتهم ولم يشترط المشرع صراحة رضا المسئول عن الرعاية و المكلف بهذه المؤسسة صراحة غير أن الممارسة العملية تقتضي توفر الملف التالي[2]:

-طلب خطي.

-شهادة ميلاد القاصر المكفول.

-شهادة ميـلاد الكافـــــل.

-تصريح شرفي بعدم معرفة الام الطبيعية للطفل إذا كانت مجهولة.

-عقد زواج الكافل .

-كشف راتب الكافل و بشهادة العمل.

-صور لبطاقة التعريف الوطنية للكافل والشاهدين.

-طابع جبائـــي

ب ـ القاصر معلوم النسب : يجب تقديم الوثائق التالية:

-طلب خطي.

-شهادة ميلاد القاصر المكفول.

-تصريح شرفي لأبوي المكفول بتنازلهما عن كفالة أبنهما إلى شخص ما.

-شهادة ميلاد الكافل و شهادة عمل و كشف الراتب.

-عقد زواج الكافل.

-صور لبطاقة التعريف الوطنية للكافل و أبوي المكفول و الشاهدين.

-الطابع جبائـــي .

---

[1] ـ نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 315 .

[2] ـ بوعشة عقيلة ، **الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية** ، مذكرة نهاية التكوين ، المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة 12 ، 2001 - 2004 ، ص 30 .

-شهادة عائلية للأبوين.
وتجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة للأشخاص القاطنين بالمهجر إضافة إلى الوثائق المذكورة أعلاه يجب أن يتضمن الملف ما يلي:
- بحث اجتماعي موقع قانونا من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية.
- عقد الملكية.
- نسخة من بطاقة القنصلية .

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] .
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]
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

[1] - العربي بختي ، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري** ، المرجع السابق ، ص 290 .
[2] - العربي بختي ، **حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية** ، الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 2013 ، ص 93 .

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 .[1]

أما الحقوق المقررة بموجب أحكام الكفالة فهي جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي يتمتع بها بالضرورة الطفل المكفول [2]، 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:

*- بيع العقار وقسمته ، ورهنه وإجراء المصالحة .

*- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

*- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

*- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد 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.

---

[1] - فتيحة الطلحاوي ، **نفقة الإبن و المكفول - أوجه التشابه و الإختلاف** - مجلة الفقه و القانون ، العدد التاسع يوليوز 2013 ، ص ص 200 ، 2001 .

[2] - أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص 198 .

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.[1]

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 1/3 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 .[2]

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 ".

---

[1] ـ مأمون محمد أبو سيف ، **إجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية** ، الأردن : عالم الكتاب الحديث ، 2010 ، ص 317 .

[2] ـ أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص 196 .

و قد قضت المحكمة العليا في حكم لها بتاريخ 17 - 03 - 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 "[1]
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".[2]

الفرع الثالث : طلب الكافل تغيير لقب المكفول مجهول النسب

إن من يرغب في تغيير لقبه لسبب جدي يمكنه ذلك بتوجيه طلب مسبب إلى السيد وزير العدل و يرفق الطلب بوثائق الحالة المدنية ، يحول بعد ذلك الملف إلى النيابة العامة الموجود بدائرة اختصاصها مكان ولادة الطالب للقيام بإجراء تحقيق حول عناصر الطلب و أسبابه ، ثم ينشر مضمون هذا الطلب في الجرائد المحلية أو الجهوية التي تصدر أو توزع في دائرة مكان ولادة الطالب و عند الاقتضاء لمكان سكناه إذا كان مفصلا عن مكان الولادة حتى يتمكن أكبر عدد ممكن من الناس من الإطلاع على اللقب الجديد ، و إذا رأى أي شخص أن اللقب الذي اختاره الطالب يخصه أو يضر بمصلحته جاز له أن يعترض على ذلك برفع اعتراضه إلى وزير العدل خلال ستة أشهر من تاريخ النشر.[3]
وبعد انتهاء مدة 06 أشهر المقررة للاعتراض سواء تقدم أشخاص بالاعتراض أو لم يتقدموا و بعد إتمام إجراءات التحقيق في الملف يرفع وزير العدل هذا الملف إلى لجنة مشكلة من ممثلين لوزير العدل و ممثلين لوزير الداخلية لدراسته و إبداء رأيها في الطلب و في الاعتراض إن وجد ، و إذا لم يقبل الاعتراض أو لم يحصل أي اعتراض يعاد الملف إلى وزير العدل الذي يقدم اقتراحا بشأن التعديل و يحيله إلى رئيس الجمهورية ليعطي موافقته على التغيير بموجب مرسوم ينشر في الجريدة الرسمية و يبلغ هذا المرسوم إلى الطالب ، بعد ذلك يقوم وكيل الجمهورية الموجود بدائرة اختصاصه محل سكن الطالب بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة من أجل تصحيح عقود الحالة المدنية لصاحب اللقب الجديد أو أولاده ، و يصدر بذلك رئيس لمحكمة أمرا يرسله وكيل الجمهورية إلى ضابط الحالة المدنية ، و إلى كتابة الضبط بالمجلس لتسجيل اللقب الجديد على هامش العقود الأصلية عملا بأحكام المادة 55 و ما يليها من قانون الحالة المدنية و المرسوم رقم 71 - 157.[4]
إن إمكانية تغيير لقب المكفول بموجب عقد الكفالة القانونية والشرعية لمجهول النسب تعتبر من أهم الآثار القانونية المترتبة على قيام عقد الكفالة ، إذ أنه منذ سنة 1984 أين تم تقنين قانون الأسرة لم تتخذ أي مبادرة تشريعية لحل بعض الإشكالات العملية المتعلقة بهذه الشريحة في المجتمع المتمثلة في الأطفال مجهولي

---

[1] ـ دلاندة يوسف ، المرجع السابق ، ص ص 108 ، 109 .
[2] ـ نفس المرجع ، ص 110 .
[3] ـ بن عبيدة عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 63 .
[4] ـ نفس المرجع ، ص 64 .

النسب ، إذ أنه ثبت عمليا أن الكفالة وحدها ليست كافية لتنشئة الطفل تنشئة قويمة وسليمة لأنه سرعان ما يكبر الطفل القاصر ويصبح مميزا ويبدأ في طرح عدة تساؤلات على نفسه وعلى من حوله ، و خاصة عند الإطلاع على وثائقه المتعلقة بالحالة المدنية أين يكتشف أن لقبه مغاير تماما للقب العائلة التي تكفله والتي كان يظن أنها أسرته الحقيقية ، وفي كثير من الأحيان عند معرفته بالحقيقة كونه ليس ابن الأسرة الكافلة وكونه مجهول الأب مما يؤدي إلى تعقده نفسيا مما قد يدفعه إلى هجر تلك الأسرة التي كفلته ، وبهذا تكون قد تعقدت المشكلة بدلا من حلها ، لذلك ونظرا لمثل هذه الوضعية الاجتماعية الأليمة ، إرتأت الحكومة إيجاد حلول لهذه الفئة المكفولة مجهولة النسب وذلك بمنح الكافل الحق في إعطاء المكفول لقبه من أجل حماية مصلحة المكفول و لتنشئته تنشئة سليمة بدون أية عقد نفسية حتى ينفع مجتمعه بدلا من أن يكون عالة عليه ، ولذلك جاء المرسوم التنفيذي رقم 92 ، 24 المتمم للمرسوم رقم: 71 - 157 المتعلق بتغير اللقب مبينا كيفية وإجراءات تغيير اللقب وشروطه.[1]

و سنتناول هنا الشروط و الإجراءات الواجب إتباعها من طرف الكافل لتغيير لقب الطفل المكفول و الآثار المترتبة على ذلك .

أولا : شروط طلب تغيير لقب المكفول وإلحاقه بلقب الكافل:

لقد حدد المرسوم التنفيذي 92 - 24 المتمم للمرسوم رقم: 71 - 157 المتعلق بتغير اللقب [2]هذه شروط ، إذ أنه في حالة تخلف أحد هذه الشروط لا يمكن الاستجابة للطلب وبالتالي يرفض من قبل وزارة العدل وهذه الشروط هي[3] :

1 ـ ضرورة وجود عقد الكفالة : إذ حتى يمكن للكافل أن يغير لقب المكفول ومنحه لقبه العائلي لا بد أن يكون كافلا له قانونا ، و لا يمكن أن تثبت هذه الكفالة إلا بموجب عقد توثيقي صادر عن الموثق أو كفالة صادرة من الجهات القضائية وفقا للأشكال القانونية السابقة ، و لم يشترط المشرع مدة معينة في الإسناد الواقعي للمكفول التي تفصل بين الكفالة و تقديم الطلب و قد نصت المادة 01 منه على " كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته و ذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي و عندما تكون أم الولد القاصر معلومة و على قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب " .

2 ـ ضرورة أن يكون المكفول قاصرا مجهول النسب من جهة الأب : إذ المشرع أجاز تغيير لقب المكفول سواء كانت بنتا أو ابنا قاصرا ، و هو ما يمكن فهمه من نص المادة السابقة لكن ليس كل مكفول يمكن تغيير لقبه فالتغيير خاص فقط بالنسبة لفئة مجهولي النسب أما معلومو النسب فلا يجيز القانون للكافل منحهم لقبه.

3 ـ أن تكون المبادرة و الرغبة في تغيير اللقب من طرف الكافل : إذ أنه لا يمكن أن يتصور أن يقدم الطلب من طرف المكفول لانعدام أهلية التقاضي بسبب صغر السن و لكونه هو محتاج إلى رعاية وأن ولايته على نفسه هي مقررة للكافل ، وهذا يدل على عنصر هام جدا وهو الإرادة الحرة الغير معيبة إذ يعبر في طلبه عن رضاه الصريح دون أي إكراه.

4 ـ شرط موافقة أم المكفول صراحة إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة : إذ أن الأصل في مثل هذه الحالة إذا كان معلوم الأم فلقب المكفول المسجل في سجلات الحالة المدنية و المدلى به إلى ضابط الحالة المدنية هو اللقب العائلي لأمه لكونه مجهول الأب ، وبالتالي اشترط المشرع الموافقة الصريحة أي أن يكون التعبير صريحا عن الإرادة بأن توافق على أن يحمل المكفول لقب الكفيل ، واشترط المشرع أن تكون الموافقة في شكل عقد شرعي مكتوب ، أما إذا كانت الأم متوفاة أو غير معلومة فإنه يسقط هذا

---

[1] ـ علال أمال ، المرجع السابق ، ص 115 -

[2] ـ مرسوم تنفيذي رقم 92 - 24 مؤرخ في 08 رجب 1423 الموافق لـ 13 يناير 1992 يتمم المرسوم رقم 71 - 157 المؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 و **المتعلق بتغيير اللقب** ، الجريدة الرسمية رقم 05 الصادرة في 17 رجب 1423 .

[3] ـ علال أمال ، المرجع السابق ، ص 116 .

الشرط .

ثانيا : إجراءات تغيير لقب المكفول:

لقد حدد المشرع الجزائري الوثائق والإجراءات اللازمة لطلب تغيير اللقب .

1- الوثائق المطلوبة :

* ـ طلب خطي
*ـ عقد كفالة
*ـ نسخة من شهادة ميلاد الكافل
*ـ نسخة من شهادة ميلاد المكفول
*ـ نسخة من سجلات عقد زواج الكافل
*ـ الموافقة الكتابية لأم المكفول إذا كانت معلومة وعلى قيد الحياة.

2 - إجراءات التحقيق في الطلب وإصدار الأمر :

بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92 - 24 المؤرخ في 13 يناير 1992 ، نجد أنه يمكن للشخص الذي كفل و لدا قاصرا مجهول نسب الأب أن يتقدم بطلب تغيير لقب الولد المكفول ليحمل لقب الكافل ، و يوجه الطلب مباشرة إلى وزير العدل مرفوقا بشهادة ميلاد الطفل المكفول و شهادة ميلاد الكافل و عقد الكفالة ، و يرسل وزير العدل ملف الطالب إلى النائب العام لدى المجلس القضائي التابع لاختصاصه مكان ولادة الطفل ، لغرض إجراء التحقيق و تحويل الملف إلى و كيل الجمهورية الذي يقوم بإجراء التحقيق ثم تقديم الملف مرفوقا بطلب وكيل الجمهورية لتغيير اللقب إلى رئيس المحكمة المختص إقليميا و هو نفس اختصاص و كيل الجمهورية ، و يتعين طبقا للمرسوم التنفيذي أن تتم إجراءات التحقيق المشار إليها أعلاه و إصدار الأمر بتغيير اللقب من رئيس المحكمة في خلال أجل 30 يوما الموالية لتاريخ الإخطار من السيد وزير العدل ، و عندما تكون أم الولد القاصر معروفة و على قيد الحياة فيشترط أن ترفق موافقتها لتغيير اللقب بالملف في شكل عقد رسمي .[1]

و بعد الإطلاع على التماسات النيابة يصدر الأمر في إطار صلاحياته الولائية بتغيير لقب المكفول ، ويشير في الأمر بأن يسجل هذا الأمر على هامش سجل الحالة المدنية وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ، كما أن هذا المرسوم استثنى هذه الحالة المتعلقة بالمكفول من نشرها في الجرائد ولتقديم الاعتراضات بشأن طلب تغيير اللقب.[2]

ثالثا : مركز المرسوم رقم 92 - 24 المتعلق بتغيير اللقب من أحكام الكفالة وأحكام التبني:

تعرض هذا المرسوم للكثير من الانتقادات من زوايا كثيرة لما يحمله من احتمال العودة إلى نظام التبني المحرم شرعا و الممنوع قانونا و انقسم الباحثون اتجاهه إلى رأيين :

الفريق الأول: و يرون أن هذا المرسوم يعتبر عودة إلى التبني بطريقة غير صريحة ، ذلك لأن فيه تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول مجهول الأب ، مع العلم أن ضابط الحالة المدنية يعطي لهذه الفئة مجهولة الأبوين الأسماء وتسجل في سجلات الحالة المدنية ، أما الولد معلوم الأم و مجهول الأب فإن اللقب يكون هو لقب الأم ، وعليه يرون أن المصادقة على طلب تغيير اللقب فيه تغيير في النسب وإلحاق نسب ولد إلى نسب شخص جديد ، وهذا يرجعنا إلى العصر الذي كان فيه العرب في الجاهلية يبيحون التبني ، ويرون أن مثل هذه الحالة تؤدي لا محال إلى اختلاط الأنساب ، وفيه تعدي على اللقب العائلي لعائلة أخرى كما أنهم يبررون رأيهم بالقول أن مضمون هذا المرسوم يحمل في طياته تناقض مع أحكام المادة : 120 قانون أسرة : التي توجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب فتطبق عليه

[1] ـ بن عبيدة عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص ص 96 ، 70 .
[2] ـ علال أمال ، المرجع السابق ، ص ص 117 ، 118 .

أحكام نص المادة : 64 من قانون الحالة المدنية ، إذ أن هذا الفريق يؤكد على ضرورة احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي وبالتالي استبعاد تطبيق هذا المرسوم والاحتكام إلى أحكام الشريعة .[1].

كما أن هذا الرأي يرى أن هذا المرسوم مخالف للقانون لاسيما قانون الأسرة و قانون الحالة المدنية و كذلك القانون المدني ، فالمادة 41 من قانون الأسرة تنص على أن ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق الشرعية و أما المادة 43 فتنص على أن ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة كما يثبت النسب بالإقرار بالبنوة و نصت المادة 46 من قانون الأسرة على يمنع التبني شرعا و قانونا و ألزمت المادة 120 أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب و إن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية ، والتي نصت على أن يختار الأسماء كل من الأب أو الأم و في حالة عدم وجودهما يختاره المصرح ، ويعطي ضابط الحالة المدنية نفس الأسماء إلى الأطفال اللقطاء المولودين من أبوين مجهولين و الذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء و يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ أخرها كلقب عائلي و نصت المادة 28 من القانون المدني على أن لقب الرجل يلحق أولاده و منحت المادة 48 الحق لكل من نازعه أو اعتدى الغير على لقبه أن يطلب من القضاء أن يتدخل لوقف هذا الاعتداء و معنى ذلك أنه يجوز لكل فرد من أفراد العائلة أن يعترض على منح لقبه من أحد أفراد الأسرة إلى شخص لا ينتسب إليها سواء كان معلوم أو مجهول الأب.

[2]

الفريق الثاني :

وهو الرأي السائد حاليا و أنصاره يرون ضرورة الاستجابة إلى هذه الطلبات والمتعلقة بتغيير اللقب و بدون أي تخوف ، إذا اعتمد هذا الرأي في حجته على: نص المادة 5 مكرر: من المرسوم السالف الذكر و التي تقضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد وكل العقود و مستخرجات الحالة المدنية ، أين استخلص هذا الرأي من هذه المعطيات أن اللقب الأصلي يبقى دائما محفوظ وأن هذا الاسم هو إضافي فقط و هو حق استعمال شخصي له لأنه لا يمكن إخفاء الاسم الأصلي عند إبرام عقد الزواج ، ولا يمكن استعماله في الميراث ، ومن ثمة رأوا أن هذا المرسوم هو حفظ لكيان و نشأة الطفل داخل المجتمع ومكمل لنصوص الكفالة لا أكثر ولا أقل، إذ لا يلحق بموجبه النسب للكافل ، ومن ثمة فإن موانع الزواج لا تتقرر بموجب هذا اللقب ، إذ أنه يمكن للكافل أن يتزوج بمن كفلها حسب مقتضيات قانون الأسرة ، بل يبقى حقه في الإرث و موانع الزواج قائمة مع عائلته الشرعية إذا كان معلوم الأم.[3]

الفرع الرابع : انتقال الكفالة إلى الورثة و انتهائها

من الآثار المترتبة على قيام عقد الكفالة وأثناء تنفيذها هو إمكانية انتقال الكفالة بمضمونها إلى الورثة في حالة وفاة الكافل ، لكن بشرط ما إذا ابدوا التزامهم بها ، فالمشرع نص على انتقالها دون أن يبين من الذي تكون له الولاية مباشرة على المكفول بعد وفاة الكافل لكن هذا يجعلنا دائما نرجع إلى أحكام الولاية على النفس والمال ، التي تنص على أن يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل محله الأم وعليه فإنه إذا التزمت بها زوجة الكافل المتوفى أصبحت كافلة للولد المكفول بموجب نص المادة 125 من قانون الأسرة .

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يشر إلى هذه النقطة ، إذ سكت وقال فقط ننتقل إلى الورثة إذا التزموا بها ، لكن عمليا نجدهم يجب أن يبادروا إلى تقديم طلب كفالة من جديد إلى المحكمة يحددون فيه الكافل الجديد .

و بخصوص النفقة على الطفل المكفول فبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد الفقهاء يرون أن الالتزام بالنفقة له طبيعته الخاصة لذا ينبغي أن لا تلحق بباقي التبرعات ، و إنما يعتبر الإلتزام بها دينا على الملتزم لا يسقط

---

[1] ـ نفس المرجع ، ص ص 120 ، 121 .

[2] ـ علال أمال ، المرجع السابق ، ص122 .

[3] ـ نفس المرجع ، ص 121 .

عنه ما دام قادر على الوفاء ، و بعد وفاته يأخذ من التركة مثل بقية الديون التي يخلفها خاصة و أنه من الناحية الشرعية و القانونية ليس هناك ما يحول دون اعتبارها دينا في ذمة الملتزم بها ، و يرى الفقه أنه ليس من العدل قطع النفقة بمجرد وفاة الملتزم بدعوى أنها تبرع ، خاصة و أن أغلب الحالات التي يتم فيها الإلتزام بالنفقة يتعلق بالمحتاجين و العاجزين لذلك يجب أن يقرر لهذه النفقة امتياز على الديون العادية فتستوفى قبلها [1].

ومن جهة أخرى إذا كانت الكفالة تنتهي بطلب من الأبوين حسب الحالات السالفة الذكر في المادة : 124قانون الأسرة وذلك بعودة المكفول إلى أبويه فإنها تنتهي كذلك بالتخلي الصريح من طرف الكافل عن كفالة القاصر أمام الجهة التي أقرت الكفالة و يجب أن يكون بعلم النيابة العامة و بعد سماع ممثلها في طلباتها و فق ما أشارت له المادة 496 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية.

ـ وهنا يجب أن تكون بموجب طلب كتابي مسبب وبإعلام النيابة العامة بذلك قصد إبداء الرأي إذ لا يمكن تصور هذه الحالة إلا أمام القضاء ، وبالتالي فمن الأحسن استبعاد الموثق هنا لأن القاضي هو الذي يستطيع إن يقدر مصلحة المكفول باعتباره حامي الحقوق دون غيره.

ـ كذلك تنتهي الكفالة التوثيقية أو القضائية بوفاة الكافل وهنا يبرز دور القضاء خاصة في حالة ما إذا كان المكفول مجهول النسب ورفض الورثة الالتزام بمضمون الكفالة ، ومن أجل مراعاة مصلحة المكفول ، فإن القاضي يمكن إن يأمر بتسليمه إلى المؤسسات المخولة في أمور المساعدة الاجتماعية المتخصصة بحماية الطفولة .

في حالة الوفاة يتعين على الورثة أن يخبروا دن تأخير قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة و يتعين على هذا الأخير أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها و يعين القاضي احد الورثة كافلا و في حال الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها وفقا للمادة 497 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

ـ كما أنه إضافة إلى ذلك تنتهي حسب ما يمكن استخلاصه من أحكام الولاية بالحجر على الكافل وفقا لأحكام الحجر ، إذ أن أسباب الحجر هي أن يعتري الكافل بعد إبرام عقد الكفالة وأثناء سريانها عارض من عوارض الأهلية ، ولا يكون الحجر إلا بموجب حكم يثبت ذلك حسب المادتين 111و103 من قانون الأسرة.

*ـ كذلك تنتهي الكفالة بعجز الكافل، وهنا يمكن أن نفهم العجز ، بالعجز البدني و الجسمي إذ الكافل يصبح غير قادر على الحركة أين يصبح غير قادر على رعاية القاصر وحفظ أمواله ، و لا يمكن تصور العجز العقلي في هذه الحالة لأنه مصنف ضمن حالات الحجر .

*ـ كذلك تنتهي الكفالة بإسقاط الولاية عن الكافل ولا تكون إلا بموجب حكم قضائي إذا كان مسيئا لأبنائه متعاطيا الخمور و المخدرات مثلا و إجمالا تنتهي باختلال أحد شروطها القانونية .

[1] ـ فتيحة الطلحاوي ، المرجع السابق ، ص 201 .