

## وفاة الكافل وأثارها القانونية

طالبة الدكتوراه :بن عبد الله نريمان  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
جامعة وهران 2 محمد بن احمد

### مقدمة:

إذا كان الأصل في التنشئة السليمة للأطفال داخل أسرة طبيعية تحافظ على حقوقهم و تضمن لهم حق العيش في امن واستقرار، فقد نجد على النقيض من ذلك أطفال محرومين من الدفء الأسري ، كما هو الحال بالنسبة للأطفال المهملين أو اللقطاء ،أو الأطفال الذين يتعرضون لتفكك اسري سواء بطلاق الوالدين أو وفاة احدهما أو كليهما، فهنا يجد الطفل نفسه بدون رعاية أو يتعرض لإساءة في المعاملة قد تؤثر في المستقبل على نموه النفسي و الفكري<sup>1</sup> .

ولهذا لاقت هذه الشريحة من المجتمع صدى واسعا على المستوى الوطني و الدولي من خلال تأكيد الاتفاقيات الدولية على ضرورة توفير الحماية لهؤلاء الأطفال والتأكيد على ضرورة توفير جو اسري يستطيع الطفل التأقلم معه.

وبهذا الخصوص أكدت اتفاقية حقوق الطفل<sup>2</sup> في مادتها 20 على ضرورة توفير الرعاية البديلة للطفل عن طريق النص التالي ( 1- للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو

---

<sup>1</sup> - مليكة العراسي ، كفالة الأطفال المهملين من طرف القاطنين بالخارج ، كلية العلوم القانونية والاجتماعية و الاقتصادية -سلا- جامعة محمد الخامس -الرباط، مجلة المنارة ، مجلة علمية فصلية محكمة تعنى بالدراسات القانونية و الإدارية، العدد السابع 2014

<sup>2</sup> -الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل ، وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20-11-1989 دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 02-09-1990 ، و طبقا للمرسوم التشريعي رقم 92-06 المؤرخ في 17-11-1992 المتضمن الموافقة مع تصريحات تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل ، دخلت حيز التنفيذ في

دائمة من بيئته العائلية أو لذي لا يسمح له ، حفاظا على مصالحه الفضلى ، بالبقاء في تلك البيئة ، الحق في حماية و مساعدة خاصيتين توفرهما الدولة .

2- تضمن الدول الأطراف ، وفقا لقوانينها الوطنية ، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل .

3- يمكن أن تشمل هذه الرعاية ، في جملة الأمور الحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي ، أو التبني ، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال .و عند النظر في الحلول ، ينبغي ايلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل و لخلقية الطفل الاثنية و الدينية و الثقافية و اللغوية.)

وباعتبار أن قانون الأسرة الجزائري يمنع التبني شرعا و قانونا حسب نص المادة 46 ، فان نظام الكفالة هو الوحيد الذي يسمح برعاية الطفل مع احترام حقوقه الشرعية والعقائدية التي يخولها له القانون .

فالكفالة هي التزام يقع على عاتق الكافل تجاه المكفول ، التزامه بابه الأصلي ، فهو يرعاه وينفق عليه ، غير ان الكفالة ليست التزام ابدى بل يمكن أن تنتهي الكفالة بمجرد بلوغ سن الرشد مع كمال الأهلية ، أو تنتهي بطرق إرادية كطلب عودة الطفل المكفول إلى والديه الأصليين إذا كان معلوم النسب أو بطلاق كافليه، أو بطرق غير إرادية ك وفاة الكافل ، في هذا المقام نص المشرع الجزائري على نصوص قانونية ، غير أنها تبقى كافية لتوفير الحماية القصوى للطفل المكفول، فبعد وفاة احد الكافلين أو كليهما ماهي الحماية القانونية المقررة للطفل المكفول من اجل الحفاظ على مصلحته ؟

---

الجزائر جريدة رسمية رقم 83 مؤرخة في 18-11-1992. المرسوم الرئاسي 92-461 المؤرخ في 11-12-1992 و المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية ، جريدة رسمية رقم 23-12-1992 المرسوم= الرئاسي رقم 97-102 المؤرخ في 05-04-1997 ، المتضمن المصادقة على تعديل الفقرة 2 من المادة 43 من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل.

إن الحماية القانونية المقررة للطفل المكفول ترتب عدة آثار قانونية، نجد أن المشرع الجزائري نص عليها صراحة في قانون الأسرة ، و هي إما التزام الورثة بالكفالة أو التخلي عنها ، وهذا ما سنتطرق إليه إتبعا.

### 1- التزام الورثة بكفالة الطفل:

إن المشرع الجزائري في المادة 118 من قانون الأسرة ينص على أن الكفالة تمنح للكافل ، و لكنه لم يوضح جنسه سواء كان امرأة او رجل ، ولكن إذا ما رجعنا إلى الواقع المعمول به نجد أن الكفالة تمنح لزوجين قادرين على توفير الرعاية اللازمة للطفل المكفول<sup>3</sup> ، يعني ان الأساس في ممارسة الكفالة ان تكون داخل وعاء اسري ولكن لكل قاعدة استثناء ، فلاستثناء هنا ان الكفالة تمنح لشخص واحد داخل الأسرة بعد وفاة احد الكافلين أو كليهما ، بهذا الصدد ينص المشرع الجزائري في المادة 125 من قانون الأسرة أن الكفالة تنتقل إلى الورثة إن التزموا بذلك.

### أ- شروط انتقال الكفالة إلى الورثة:

هناك نوعين من الكفالة ، هناك أولا الكفالة التي تتم أمام قاضي شؤون الأسرة ، والنوع الثاني الكفالة التي تتم أمام الموثق ، و هذه الحالة تتم غالبا إذا كان الطفل معلوم النسب ، وتتم معظم الحالات بين الأقارب<sup>4</sup> ، و لهذا يجب الوقوف عند هذه

<sup>3</sup> - بالإضافة إلى الشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة 118 من قانون الأسرة .

<sup>4</sup> - حيث يختار في الغالب الأقارب الكفالة التي تحرر عند الموثق ، حتى يكون هذا التصرف حبيس العائلة و يتقلص مجال الإعلام به ، و كذلك من اجل المحافظة على شخصية المكفول مستقبلا ، ذلك أن الكفالة كانت في الجزائر سابقا غير معلنة رسميا بضرورة توثيقها ، فكانت تتم بالتراضي بين العائلة إلا في حالة الضرورة مثل استخراج الوثائق التي تبين صلة القرابة بين الكافل و المكفول و كذلك للفر به إلى الخارج ، فهذه الأسباب أدت إلى ضرورة توثيقها

حسيني عزيزة، مصلحة الطفل ، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع قانون خاص ، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة -2014. صفحة 66-67.

النقطة ، حيث هناك العديد من الحالات التي تتم أمام الموثق ، ولكن الإشكال الذي هنا يطرح هو بعد وفاة الكافل هل يتم إخطار الموثق الذي حرر عقد الكفالة أم قاضي شؤون الأسرة الذي يوجد في دائرة الاختصاص؟

فالمشرع الجزائري نص في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نص المادة 497 على ضرورة إخطار قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة ولم ينص على الكفالة التي تتم أمام الموثق بضرورة إخطار القاضي ، ولهذا ما مصير الكفالة التي تتم إما الموثق، باعتبار أيضا ان المادة 125 من قانون الأسرة لم تنص على إخطار الورثة للموثق الذي يخطر بدوره الجهات الوصية ؟

إن المشرع الجزائري لم ينص سواء في قانون الأسرة أو في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على الشروط التي يتم على أساسها إجازة انتقال الكفالة إلى الورثة بعد وفاة الكافل ، فهو فقط وضع الشروط القانونية التي يتم بها منح الكفالة سواء كان الطفل معلوم النسب أو مجهول النسب، فقانون الأسرة حدد الشروط الجوهرية التي يجب أن تتوفر في كل كافل يرغب في التكفل بطفل، وأضاف المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 495 انه يمكن للقاضي كتدبير إجرائي أن يقوم بالأمر بتحقيق اجتماعي للتأكد من توفر الشروط المطلوبة قانونا في الكفالة . فماهي الشروط القانونية التي تسمح بانتقال الكفالة الى الورثة؟  
القبول الصريح بالكفالة :

من بين الشروط الجوهرية في الكفالة هي الموافقة عليها و إجازتها من قبل الورثة ، يعني بالقبول الصريح فبالرغم من إن المشرع لم ينص علي هذا الشرط صراحة، وربط هذا القبول بالالتزام بالكفالة بعد وفاة الكافل في المادة 125 من قانون الأسرة، إلا أنها تبقى بمثابة الأساس الفاصل في انتقال الكفالة إلى الورثة ، فإذا ما وافقوا عليها انتقلت إليهم، حيث يقوم القاضي بتعيين واحد من الورثة كافلا المادة 497 الشطر 3 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

فهناك من الحالات العامة و العادية في الكفالة أن تنتقل إلى الزوج الذي يكون على قيد الحياة ، أو تنتقل إلى احد الورثة الذي يقيم في موطن الطفل المكفول أو أين كانت تمارس الكفالة ، فهنا لا يطرح إشكال، و لكن الحالات التي تعد معقدة هي التي يدخل فيها عنصر أجنبي ، و ذلك كإجازة احد الورثة للكفالة و هو يقيم في دولة أجنبية غير الدولة التي يقيم فيها الكافل ، فهنا المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة إلا في القانون الواجب التطبيق في حال تم إحداث هذا الأثر القانوني في المادة 13 مكرر1 من القانون المدني . ولم يوضح المشرع الجزائري ان صرح بالقبول هل تمنح له ، أو انه يجب النظر إلى عدة شروط قانونية أخرى بإجراء تحقيق من طرف القاضي ، حيث انه في هذه

الحالة تكون السلطة التقديرية للقاضي هي المحافظة على مصلحة الطفل المكفول و كذلك يجب اخذ بعين الاعتبار إجازة الورثة الآخرين .

القدرة على ممارسة الكفالة:

فهنا يتأكد قاضي شؤون الأسرة بعد إجازة الورثة للكفالة ، إن الكافل قادر على ممارسة الكفالة في أحسن الظروف المعيشية ، يعني أن تكون لديه القدرة المالية و الجسدية و العقلية لكفالة الطفل<sup>5</sup> ، فإذا ما اختلت احد هذه المعايير يغيب معها تقديم رعاية مناسبة للطفل<sup>6</sup> ، يعني هنا أن القاضي يعيد النظر في الشروط الأولى التي على أساسها تمنح الكفالة .

<sup>5</sup> - بداوي علي ، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، نشرة القضاة ، العدد 64\_1.

<sup>6</sup> - قرار المحكمة العليا رقم 369032 بتاريخ 13-12-2006 غرفة الأحوال الشخصية ، مجلة المحكمة العليا 2001-العدد2-ص 443

الموضوع: كفالة - ولاية قانونية- نفقة

المبدأ: يجب على الكافل ، القيام بالإنفاق على الطفل المكفول و تربيته و رعايته قيام الأب بابه ، باعتباره وليا قانونيا ، ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة.

فالمشرع الجزائري منح القاضي السلطة التقديرية التي على أساسها يتأكد من توافر جميع الشروط الشرعية المطلوبة في الكفالة ، و القيام بأي إجراء أو تحقيق يراه مناسباً للتأكد من قدرة الكافل على رعاية الطفل المكفول في أحسن الظروف.

و القدرة على رعاية الطفل المكفول يجب أن تكون داخل وعاء ديني عقائدي فلا يمكن مثلاً إجازة الكفالة لكافل غير مسلم أو لا يقوم برعاية الطفل المكفول ضمن أسس عقائدية دينية ، خاصة مع ظهور مؤخرًا عدة طوائف دينية لا تمت للإسلام بصلة ، فالأساس في الكفالة هو الإسلام، أو مثلاً إجازة الكفالة لأحد الورثة يقيم في دولة أجنبية ، فكيف يتم التأكد من تربية الطفل على الإسلام؟

ب-الإجراءات القانونية التي يتم على أساسها انتقال الكفالة إلى الورثة:

حسب نص المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإنه بعد وفاة الكافل يجب إخطار قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة ، و لكن المشرع هنا لم يتطرق إلى الكفالة التي تمت عند الموثق، خاصة مع التأكيد على القاضي الذي أمر بالكفالة، هل يستنتج بمفهوم المخالفة عدم إخطار القاضي؟ ولكن إذا ما كانت الفرضية صحيحة نجد هناك انتهاك لمصلحة الطفل لعدم إعادة النظر بعد وفاة احد كافليه أو كليهما في النمط المعيشي لحياته ، أو في حقه بالرجوع إلى والديه الأصليين ، خاصة ان كل الحالات من الكفالة التي تتم أمام قاضي شؤون الأسرة تكون لأطفال مجهولي النسب. فأى حماية تجسد في ظل غياب المراقبة الردعية عن طريق التطبيق الصحيح للقانون و هذه الهفوة التي تحسب على عاتق الطفل المكفول . و هناك فرضية أخرى و هي إخطار الموثق الذي حرر عقد الكفالة بوفاة الكافل و تعيين كافل آخر مكانه، ولكن هذا غير منصوص عيه و غير محدد ، ولا يمكن المحافظة على مصلحة الطفل المكفول بهذه الطريقة .

و لهذا كان من الضروري على المشرع الجزائري توضيح هذه المسألة خاصة وانه نص على الطريقتين الرسميتين التي يتم بهما إبرام عقد الكفالة

و لهذا و بعد وفاة الكافل يتعين على الورثة إخطار قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة ، حيث يجمعهم في اجل شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة ، ليقرر إما إسناد الكفالة إلى احدهم إذا توفرت فيه الشروط القانونية ، او إنهاؤها و تعيين وصي على القصر بأمر ولائي <sup>7</sup>.

## 2-تخلي الورثة عن كفالة الطفل :

إن المشرع الجزائري كما منح للورثة حق الالتزام بالكفالة ، منحهم حق العدول عنها، حيث يمكن التخلي عنها لظروف اجتماعية أو فقط لعدم الرغبة في التكفل بالطفل، أو انه يمكن للقاضي المختص عدم إجازة الكفالة لاستحالة توفر شروط الرعاية و التكفل الجيد بالطفل.

و لكن يجب التفرقة بين الطفل معلوم النسب و الطفل مجهول النسب ، فاذا كان الطفل معلوم النسب يمكن له الرجوع إلى والديه الأصليين ، فيمكن أن يلتزم الورثة بالكفالة ، و يطالب الوالدين الأصليين برجوع ولدهم ، فهنا يجب على القاضي النظر أين تتحقق مصلحة الطفل في ظروف اجتماعية ملائمة .

+فبعد تخلي الورثة عن الكفالة إما يتم رجوع الطفل إلى والديه الأصليين ا والى دار الطفولة المسعفة.

## ا-رجوع الطفل إلى والديه الأصليين:

و تكون هذه الحالة حسبما تم النص عليها سابقا ، في كون الطفل معلوم النسب ، حيث يحق للوالدين الأصليين المطالبة برجوع ولدهم إلى حضانتهم لعدم موافقتهم على انتقال كفالة ابنهم الى الورثة ، لذلك يقومون بالمطالبة بالحضانة، ولكن المشرع الجزائري فرق بين الطفل المميز و الطفل غير المميز .

<sup>7</sup> - المادة 497 قانون إجراءات مدنية و إدارية الجزائري.

بداوي علي ، نفس المرجع السابق، صفحة 363.

حيث لا تتم عودة الصغير المكفول غير المميز إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول<sup>8</sup>، فإذا بلغ سن التمييز وجب تخييره في الالتحاق بالديه أو أحدهما<sup>9</sup>.

إن المشرع الجزائري ربط عودة الطفل المكفول إلى والديه الأصليين بمصلحته في نص المادة 124 من قانون الأسرة، بمفهوم المخالفة يتضح انه اذا تبين للقاضي انه لا يكمن للوالدين الأصليين تقديم الرعاية اللازمة لابنهما ، وان مصلحته تتحقق مع احد الورثة فانه يمكنه إسنادها إلى الذي يوافق على إجازة الكفالة .  
ب- عودة الطفل إلى دار الطفولة المسعفة:

تتجسد هذه الواقعة عندما يكون الطفل مجهول النسب ، و بعد وفاة كافله يقوم الورثة بالتخلي عن الكفالة ، فيتم ذلك أمام الجهة التي أقرتها ، وتكون بعلم النيابة العامة ذلك أنها طرف أصلي في قضايا الأحوال الشخصية<sup>10</sup>، فيتحول الطفل الى دار الطفولة المسعفة ، باعتبارها الجهة الوحيدة التي يمكن إسناد الطفل إليها بعد التخلي عنه .

حيث وفرت الدولة هذه الدور لاستقبال الأطفال المهملين و اللقطاء و الذين يتم التخلي عنهم ، وحاولت توفير الجو العائلي داخل الطفولة المسعفة بتوفير المربيات إلا أن ذلك يبقى غير كاف ، خاصة على الطفل الذي يتم التخلي عنه بعد وفاة كافله باعتبار انه اعتاد على الجو العائلي ففي هذه الحالة يمكن ان تتدهور نفسيته .

---

<sup>8</sup>- قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية -قرار رقم 369777- بتاريخ 11-10-2006 - مجلة المحكمة العليا 2007-العدد1-ص 473.

الموضوع: كفالة - عودة الولد المكفول.

<sup>9</sup>- بلحاج العربي- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الجزء الأول- أحكام الزواج -ديوان المطبوعات الجامعية - الطبعة السادسة 2010 صفحة 423.

10- بلحاج العربي - نفس المرجع السابق- صفحة 25

و بعيدا عن عن الحالة النفسية التي يمكن أن يؤول إليها الطفل المتخلى عنه بعد وفاة كافله ، فانه هناك عدة إشكالات قانونية يمكن ان تطرح ، ولعل أهمها لقب الطفل المكفول ، فيعد من المشكلات العويصة.

من المعلوم انه حسب المرسوم رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 يمكن مطابقة لقب الكافل بالطفل المكفول، فإذا فرضنا ان هذا الكافل منح لقبه العائلي للطفل المتكفل به ، بعد وفاة الكافل يطرح إشكال خاصة عند تخلي الورثة عن الكفالة ، فهل يمكن للورثة المطالبة بنزع اللقب العائلي للطفل الذي كان متكفل به من طرف الهالك؟

فالمسالة تبقى قائمة مع سكوت المشرع الجزائري عن هذه النقطة ، وحتى عند تفحصنا للاجتهادات القضائية لم نجد لها سبيل ، إلا بالرجوع إلى الشريعة العامة نجد انه يكون لكل شخص لقب و اسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده حسب نص المادة 28 من القانون المدني<sup>11</sup> ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى إذا ما نظرنا في قانون الأسرة نجد أن الكفالة هي نظام خاص قائم بذاته ، فمطابقة لقب الكافل للمكفول هي مجرد حماية للمكفول في تدرسه و ممارسة حياته اليومية ، إلا أن هذه المطابقة لا تحوله حق الميراث ، إلا إذا أوصي أو تم التبرع له في حدود الثلث بمفهوم المخالفة فان هذا اللقب لا يورث و لا يمكن التعدي على الألقاب فالتعدي على الألقاب يعني التعدي على النسب، ذلك أن الولد ينسب الى أبيه متى كان الزواج شرعيا حسب نص المادة 41 من قانون الأسرة، فاللقب يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية.

11 messaoud mentri- réflexion sur la question d adaptation des institutions de l union africaine aux défis de paix et de développement- revue fronco-maghrebine de droit. N20-2013 presse de l université toulouse 1 capitole. P219-220.

الخاتمة:

إن وفاة الكافل تحدث عدة آثار قانونية ، تكون بمثابة حلقة التحول في حياة الطفل المكفول ، فالجزائر وكسائر البلدان التي تأخذ بنظام الكفالة حاولت جاهدة إرساء جميع الحقوق المنصوص عليها سواء عالميا في الاتفاقيات الدولية او المنصوص عليها وطنيا في القوانين الوضعية ، إلا أن ذلك يبقى غير كافي نظرا لعدة نقائص يجب تداركها من اجل تقديم المصلحة الفضلى للطفل المكفول بعد وفاة كافله، أو الطفل الذي تم تحويله الى دار الطفولة المسعفة جراء عدم إجازة الورثة للكفالة ، خاصة انه وبعد الرجوع إليها هناك العديد من الأطفال المميزين إن صح التعبير مراقبين تتحل

أخلاقهم ، ويصبحون معرضين لشتى أنواع الأخطار المعنوية و الانسياق وراء فساد الأخلاق في ظل غياب الرقابة الردعية ، وهذا ما لاحظناه خلال زيارتنا لدار الطفولة المسعفة 2 بوهران، و ذلك نتيجة عدم مغادرة أبناء الدار الذين يفوق سنهم 18 سنة.

بالرغم من الجهود التي تبذلها جميع الهيئات العامة من قضاء و مديرية الضمان الاجتماعي و دار الطفولة المسعفة في تقديم الأحسن و الأفضل ، و سهرها منهم لحفظ حقوق هذه الفئة من المجتمع إلا أن ذلك لا يعوض الأسرة البيولوجية ، وكذلك لا تعوض الاضطراب النفسي الذي يعانون منه خاصة بعد وفاة الكافل والتخلي عنهم ، او الانتقال إلى العيش بجانب كافل آخر لا يحافظ على المقومات الدينية و العقائدية، و لا يقوم بتقديم الرعاية الكاملة من تربية ونفقة وحماية.

بالرغم من أن الطفل بعد انتقاله إلى العيش بجانب كافل آخر إلا أن التحقيقات تبقى مستمرة و لكن تكون سرية ، للمحافظة على خصوصيات الطفل المكفول و ضمان مصلحته الفضلى.

و يجب التأكيد على أن مصلحة الطفل تفوق كل الاعتبارات .