

- 11- أجمل بعض العلماء عديد الشروط التي فصل فيها كثير من أهل الأصول، فحصرها الإمام الشاطبي في قوله: " لا تحصل درجة الاجتهاد إلا لمن اتصف بوصفين: أحدهما فهم مقاصد الشريعة على كمالها، والثاني التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها" الموافقات: 105/4
- 12- أنظر نماذج من الاجتهادات القضائية فيما يتعلق بقانون الأسرة في كتاب مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا بلبحاج العربي وكتاب الاجتهاد القضائي الذي أشرفت وزارة العدل على نشره ص: 205 وما بعدها مما يدخل في مهام غرفة الأحوال الشخصية.
- 13- أنظر: الأمدي، الأحكام: 180/4، الأسنوي، نهاية السؤل: 1035/2، ابن الهمام، التقرير والتحجير: 291/3
- 14- أنظر: القرضاوي، الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط: 6.
- 15- أنظر المرجع السابق: 7
- 16- سورة الحجر، الآية: 9
- 17- الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ومسلم في كتاب الأفضية، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ.
- 18- سورة النساء، الآية: 59
- 19- الحديث أخرجه الطبراني، أنظر مجمع الزوائد: 178/1
- 20- أنظر تفاصيل في مشروعية الاجتهاد الجماعي ونماذج عن تطوره منذ زمن النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليوم في: الاجتهاد الجماعي لزكي الدين شعبان: 83 وما بعدها
- 21- أخرجه البيهقي في كتاب عتق أمهات الأولاد، باب الخلاف في أمهات الأولاد: 348/10
- 22- أنظر: الاجتهاد ودور الفقه في حل المشكلات للدكتور مصطفى أحمد الزرقا، بحث ألقى بمناسبة أشغال الملتقى السابع عشر للفكر الإسلامي سنة 1983: 148/3
- 23- الفروق للقرافي: 176/1، 177

المركز القانوني للمكفول في التشريع الجزائري

بقلم د/ معوان مصطفى

مقدمة:

إن الظروف التي تعيشها بلادنا منذ أكثر من عشر سنوات نتيجة لظهور ظاهرة الإرهاب وأبعادها الاجتماعية والأخلاقية وما ترتب عنها من بقاء أطفال أبرياء يتامى أو مجهولي النسب نتيجة اغتصاب أمر يجعل التكفل هؤلاء أمر ضروري وحتمي، وهذا يقتضي تحديد النظام القانوني للمكفول والتزامات الكفيل تحديدا دقيقا في التشريع الجزائري من أجل تحقيق الحماية القانونية للمكفول من الناحية النفسية والاجتماعية.

كما أن طبيعة المجتمع الجزائري المسلم يفرض الإعتناء بالطفل عموما، وبصفة أخص باللقطاء ومجهولي النسب قصد دمجهم في المجتمع بطريقة فعالة وذلك بالتوفير لهم طفولة سعيدة، عادية تمكنهم من القيام بدورهم في المجتمع. ولا شك أن هذه الاعتبارات المختلفة لا تتعارض مع مبادئ الشريعة السمحاء، فمن الضروري تقبل التطور الإيجابي إذا كان هدفه حماية الطفل وكان غير متعارض مع روح الشريعة الإسلامية.

وقد حرم الإسلام التبني بعد أن كان معمولاً به في الجاهلية. ولقد تبني النبي عليه الصلاة والسلام قبل النبوة زيد بن حارثة وكان الأخير يدعى زيد ابن محمد إلى أن نزل قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ وَأَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾. الأحزاب (4 و5)

لكن التشريع الإسلامي لم يمنع تربية ولد لقيط وتعليمه بل أوجب الإحسان عليه ولقد أعطى الرسول عليه الصلاة والسلام أحسن مكانة للمتكفل لهذا جاءت الشريعة الإسلامية بنظام الكفالة بدلا من التبني وقد اعتمد مشرعنا هذا النظام في قانون الأسرة الجزائري.

وقد نصت في هذا الصدد المادة 116 من القانون رقم 84-11 على أن: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه وتتم بعقد شرعي".

فالكفالة عمل تبرعي دائما وهو التزام من طرف الكافل بالقيام بالمكفول بنفس العناية التي يوليها لإبنه الشرعي، وألاحظ في هذا المجال أن هذا النص لم يفرض على عاتق زوجة الكافل نفس الالتزام مع أن دورها أهم من دور الزوج خاصة إذا كان المكفول صغير السن يحتاج إلى رعاية أكبر وإلى

كثير من الحنان، أضف إلى ذلك بأنه في غالب الأحيان الزوجة هي التي تكون صاحبة المبادرة بالتكفل بالطفل.

واقترح إضافة نص في هذا القانون مؤداه أنه لا يمكن لأحد الزوجين أن يكفل ولد دون موافقة الزوج آخر صراحة.

وإذا كان النص يلزم الكفيل بالتزامات الأب الشرعي عموماً فهو لا يعطيه الحق في منح المكفول اسمه إلى أن نص المرسوم التنفيذي تحت رقم 92/24 يشير على جواز ذلك.

فهل يمكن منح المكفول اسم الشخص الذي تكفل به دون المساس بالقواعد الشرعية الموجودة ؟

1- أساس الاعتراض على حمل المكفول اسم الكفيل:

لقد اعترض البعض على حمل المكفول اسم الكفيل وأساس اعتراضهم في ذلك هو الآيتان 4 و5 من سورة الأحزاب السابق ذكرهما.

وألاحظ في هذا الصدد أن أهل التفسير قد أجمعوا على أن الآيتين قد نزلتا في حق زيد بن حارثة فيجب أن تفسر في ضوء الحادثة التي نزلت فيها عن ابن شرعي معلوم الأب صحيح النسب (وهو زيد بن حارثة) ضل عن أهله الذين فقدوه وهو صغيراً وليس من الحتمي أن ينسحب تفسير نص الآية إلى اللقيط وهو مجهول الأب بل مجهول النسب.

فالطفل الضال يفترض فيه النسب الصحيح إلى أب معلوم وإن لم يكن معلوماً للذين عثروا على الطفل وقت عثورهم عليه فالاحتمال الغالب هو العلم به فيما بعد. أما الطفل مجهول الأب فيفترض فيه أصلاً أنه مجهول النسب

خاصة إذا كان هناك ترك الطفل وكان الشخص الذي قدمه إلى مكتب ترك الأطفال في مصلحة الإسعاف العمومي للطفولة لا يعرف اسم الطفل أو رفض الإعلان عنه وكذا بالنسبة لتاريخ ومكان الميلاد وكل المعلومات التي تخص هذا الطفل، ففي مثل هذا الوضع الاحتمال الغالب هو عدم التعرف لاحقا على اسم الطفل ونسبه.

2- المشاكل التطبيقية المترتبة عن اختلاف اللقب:

يشير حمل الطفل لقباً مختلفاً عن لقب الشخص الذي يكفله طبقاً للمادة 5 مكرر 1 من المرسوم التنفيذي 24/92 صعوبات كبيرة من حيث إدماج الطفل في العائلة والمجتمع إذ أنه يعلم في سن مبكرة بأنه لقيط مما يؤثر عليه نفسياً تأثيراً كبيراً، ويشعر بنوع من التهميش وهذا يجعل الجهد الذي بذله الكفيل في التربية لا يحقق غايته.

وجاء المرسوم 24/92 للحد من هذه السلبيات، ولا أرى في ذلك مخالفة للآيتين 4 و5 من سورة الأحزاب اللتين جاءتا بصدد الولد المحتمل غالباً علم نسبه.

لأن المادة 5 مكرر 1 تقتضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد وبهذا يمكن لكل ذي مصلحة معرفة أن اللقب المذكور في شهادة الميلاد ليس بلقبه الأصلي ولا يمكنه إخفائه عند إبرامه لعقد الزواج كما لا يمكنه استعماله بالنسبة للميراث.

فإذا كانت الحكمة من تحريم حمل التبنّي اسم من تبناه هي لكي ألا يثبت التوارث بينهما وألا يقع اختلاط في النسب.

فالمرسوم 24/92 لا يخالف ذلك ويظل في نطاقه معمولاً بالحكمة من التحريم إنما تطور المجتمع واستعمال سجلات الميلاد يحقق في الوقت ذاته حماية الطفل تماشياً مع تعاليم وأهداف ديننا وتبقى الحكمة من تحريم التبني قائمة من حيث عدم جواز التوارث بين الكفيل والمكفول إذ الملاحظة الهامشية تبين أن المكفول ليس ابن الكفيل الشرعي، كما أنه في حالة الزواج يمكن بكل بساطة العلم بأن الاسم المذكور بالنسبة للمكفول ليس هو اسمه الأصلي.

3- النتائج المترتبة على حمل المكفول اسم الكفيل:

أ- بالنسبة لتبرعات الكفيل:

وفقاً للمادة 5 مكرر 1 من المرسوم 24/92 لا يترتب على حمل المكفول اسم الكفيل التوارث بينهما ذلك لأن أم الكفيل يعتبر اسم إضافي مذكور في الهامش مما يعني بقاء المكفول أجنبياً عن الكفيل ولا يمكن نسبه له. ولا يترتب على حمل المكفول اسم الكفيل التوارث بينهما ذلك لأن أم الكفيل يعتبر اسم إضافي مذكور في الهامش مما يعني بقاء المكفول أجنبياً عن الكفيل ولا يمكن نسبه له.

وإذا كان الهدف من تحريم التبني هو منع التوارث فإنه لا يوجد أي مانع شرعي ولا قانوني يمنع الكفيل من هبة أمواله إلى المكفول إن شاء ولا يمكن الورثة الاعتراض على ذلك إلا إذا تجاوز الثلث، ولقد نصت المادة 123 من قانون الأسرة على مايلي: "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة".

وألأحظ بأنه وإن كان صحيحا بأن الوصية لأجنبي إذا زادت عن الثلث لا تكون نافذة في حق الورثة إلا إذا أجازوها طقا لأحكام المادة 185 من قانون الأسرة، وهذا الحكم يتماشى ومقتضيات المادة 123 السابق ذكرها. ولكن الغريب في الأمر هو أن المشرع سوى في الحكم حسب المادة 123 بين هبة ووصية الكافل للمكفول وجعل كلاهما في حدود الثلث وما زاد على ذلك متوقف على إجازة الورثة وهذا مخالف لحكم المادة 205 من نفس القانون التي لا تقيد الهبة بالثلث إذ تنص صراحة على أنه : "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا، أو منفعة، أو دينا لدى الغير".

فالمشرع لا يحمي الورثة إلا من الوصايا لوارث ومن الوصايا لغير وارث فيما زاد عن الثلث، ولا يمكن تقييد الهبة بالثلث إلا إذا أخذت حكم الوصية، ويكون ذلك في حالتين وهما: الهبة في مرض الموت والهبة مع الاحتفاظ بالحيازة. وألأحظ بأن المشرع يكون في تقرير هذا الحكم اقتراب من القانون الفرنسي وابتعد عن الفقه الإسلامي إذ الهبة مستحبة لقوله سبحانه وتعالى ﴿

وَأَتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ ﴾.

واتفق الأئمة على أن الهبة تصح بالإيجاب والقبول والقبض وأجمعوا على أن الوفاء بالوعد بالخير مطلوب، وعلى أن تخصيص بعض الأولاد بالهبة مكروه وكذا تفضيل بعضهم عن البعض، فيجوز للكفيل أن يهب المكفول أو غيره جميع أمواله إن شاء، إذ الهبة لا تنتقيد فيها بحد معين، فالشريعة تقتضي أن

للشخص الحرية المطلقة في هبة أمواله لمن شاء ولا يتعلق حق الورثة بهذه الأموال إلا في حالة الهبة أثناء مرض الموت.

لهذا أقترح تعديل حكم المادة 123 من قانون الأسرة لتطابق مبادئ ذاته والشريعة الإسلامية في هذا الصدد.

ب- ميراث الكفيل من المكفول:

يجمع جمهور الفقهاء على أن اللقيط حر الأصل لا ولاء عليه إنما يرثه المسلمون لأنهم يرثون مال من لا وراث له وأمواله تعود لبيت المال بناء على قاعدة الغرم بالغنم، فإن بيت المال هو المسؤول عن الإنفاق عليه وتربيته وتعليمه فتركته تكون لبيت المال مثلها مثل الأموال الضائعة التي لا يعرف لها مالك. ولكن استثناء عن رأي جمهور الفقهاء يروي عن الإمام أحمد بن حنبل وهو رأي ابن تيمية "إن إرثه لمن السقطه" باعتباره هو من أنفق عليه.

ويلاحظ أن المادة 264 من قانون الصحة العمومية كانت تنص على أنه: "تتلقى الولاية التابعة لمزل اليتيم المتوفى أموال هذا الأخير في حالة انعدام أي وارث له يعرف عن نفسه، وتؤدي هذه الأموال إلى صندوق الاحتياط التابع لمصلحة الإسعاف العمومي للطفولة. يتعين على ورثة اليتيم من غير إخوته وأخواته الربيبين لدى المصلحة والذين يعرفون عن أنفسهم لتلقي تركته أن يسددوا مصاريف إعاشته. وتفيد الإيرادات المستوفاة كتعويض عن الإعاشة حتى تمام السداد".

وفي حالة وفاة هذا الأخير دون وارث يكون الكفيل أولى بهذه الأموال من الدولة باعتبار أن هذه الأموال أمواله في الأصل، خلافا للقاعدة القائلة بأن الدولة وارثة لمن لا وارث له.

كم أقترح أن يمنح للكفيل حق الرجوع عن الهبة، وأن تعطى له نفس الحقوق المعطاة للأب في المادة 211 من قانون الأسرة.

ج- بالنسبة لموانع الزواج:

تشمل ولاية الكفيل أيضا ولاية الزواج وكان على المشرع مراعاة أن الكفالة ليست مانع من موانع الزواج سواء الدائمة منها أو المؤقتة، وحمل المكفول اسم الشخص الذي كفله لا يمنع ذلك فيظل ظاهرا في سجل الميلاد أن علاقة القرابة منعدمة بينهما، وهنا تجدر حماية المكفول في مجتمعنا إذ قد يرغم الفتيات خاصة على الزواج من أحد أفراد أسرة الكفيل أو حتى الكفيل نفسه.

فإذا كانت الشريعة تبيح هذا الزواج، فيمكن أيضا بالاستناد لها حماية المكفول بجعل القاضي وليا له في هذه الحالة ولكن يجب أن يكون ذلك بنص خاص تطبيقا للمادة 11 من قانون الأسرة إذ يستلزم موافقة القاضي إذا كان الزوج هو الكفيل أو أحد فروع أو أصوله وهذا حتى لو كانت البنت المكفولة راشدا، ذلك لأن خوفها من عواقب رفضها للزواج - كتنحلي الكفيل عن كفالتها- قد يدفعها إلى قبول الزواج إكراها.

وتفاديا لأن تكون ضحية المجتمع مرتين لا بد من اشتراط موافقة القاضي على زواجها في مثل هذه الحالات.

ضرورة تحديد الطبيعة القانونية للاسم الممنوح للمكفول:

لعل اعتراض البعض على حمل المكفول اسم الكفيل يرجع بالدرجة الأولى إلى عدم تحديد المشرع للطبيعة القانونية لهذا الاسم فلا يتبين من نص المادة 5 مكرر 1 من المرسوم التنفيذي 24/92 إن كان هذا حق استعمال أم هو حق شخصي لا يسقط عن صاحبه ويتقل إلى أولاده، ونظرا لكون غاية المشرع من تقرير هذا الحق هي حماية المكفول ذاته في مرحلة معينة فأرى بأنه حق استعمال فقط، فهو لا يلغي الاسم الذي اكتسبه قانونا بمقتضى أحكام المادة 64 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية.

لذلك يبقى هذا الاسم الأخير مقيدا في سجل الحالة المدنية، ولا يستطيع نقل اسم الكفيل إلى أولاده لأنه اسم تقرر لاستعماله الشخصي فقط فهو ينقل لأولاده اسمه القانوني الذي منحه إياه ضابط الحالة المدنية، وفي حالة رغبته في حمل اسم الشخص الذي كفله فما عليه إلا المطالبة بتغيير لقبه متبعا في ذلك الإجراءات القانونية ويشترط في هذه الحالة عدم اعتراض حاملي نفس اللقب على ذلك واتباع الإجراءات المقررة في أحكام القانون. وتظهر أهمية تحديد الطبيعة القانونية من الناحية العملية أيضا في حالة الإقرار بنسب المكفول الحقيقي أو ثبوته بالبينة.

أ- الإقرار بالنسب:

الإقرار بالنسب هو إقرار بالبنوة الشرعية أو الأبوة المباشرة، ويشترط في ذلك شروط أربعة متفق عليها بين المذاهب وهي كالتالي:

1- أن يكون المقر به مجهول النسب فإذا كان ثابت النسب من معروف وقع الإقرار باطلا.

2- أن يكون مما يصدقه الحس وذلك أن يكون مما يولد مثل المقر به لمثل المقر.

3- أن يصدقه المقر له إذا كان أهلا للتصديق.

4- ألا يذكر أنه ولده من زنا، إذ الزنا لا تصلح سببا لإثبات النسب الشرعي. أما إقرار النسب محمول على الغير فيشترط إلى جانب الشروط السابقة، تصديق المقر أو تقوم بينة على صحة الإقرار، فالإقرار حجة على المقر فقط وهذا ما نصت عليه القاعدة العامة في المادة 342 من قانون المدني والمادة 45 من قانون الأسرة بقولها: "الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

ب- ثبوت النسب بالبينة:

قد يثبت النسب بالبينة وهذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، وتتم البينة بشهادة رجلين فقط عند المالكية وتكفي الشهادة بالتسامع لإثبات النسب وهو استفاضة الخبر واشتهاره بين الناس، ولا تشترط الشهادة بالمعاينة في النسب لأنها متعلقة بأمر لا يطلع عليها إلا خواص الناس فإذا كانت لا تجوز فيها الشهادة بالسماح لأدى هذا إلى عدم ثبوت النسب بالبينة مطلقا لما في ذلك من حرج في تقلص البينة عليها بالمعاينة.

وتقتضي مصلحة المكفول أنه في حالة إقرار النسب أو ثبوته بالبينة أن يلحق نسبه إلى من يدعيه، ولا شك أن الكفيل الحريص على مصلحة المكفول لا يكون له الاعتراض على ذلك لأن حمل المكفول اسم الكفيل هو حق استعمال فقط وليس له أن يحرمه من نسبه الفعلي.

ولكن هذا لا يعني التحاق المكفول لاحقا بوالده، فالمقر بالنسب لاحقا يعتبر في غالب الأحيان مقصرا في حق الولد المكفول، وللقاضي السلطة في تقدير رجوعه إلى والديه وذلك وفقا للمادة 124 من قانون الأسرة الجزائري. فيكون إلحاق نسب الابن بوالده الحقيقي إجراء بسيط إذا كان حمله لاسم الكفيل للاستعمال فقط، بينما يصعب الأمر إذا كان الاسم الذي يحمله المكفول اسم نهائي، ففي هذه الحالة لا يتم تغييره إلا بحكم قضائي. لذا فعلى المشرع الجزائري تحديد الطبيعة القانونية لهذا الاسم صراحة وتحديد الآثار المترتبة على استعمال هذا الاسم تحقيقا لحماية المكفول حماية فعالة ومستمرة.

ضرورة حمل المكفول اسم الكفيل:

لقد تضمن المرسوم التنفيذي رقم 24/92 إمكانية حمل المكفول اسم الكفيل، وألاحظ أن هذا أمر ضروري جدا بالنسبة للطفل خاصة في مرحلة معينة يكون فيها هذا المكفول عديم الأهلية وبالتالي يشعر بالتهميش، ويترتب على حمل اسم المكفول اضطرابات نفسية، وبغية توفير له نوع من الاستقرار النفسي يجعله على الأقل يعيش طفولته عيشة عادية - لا يتحمل فيها نتائج ذنب لم يقترفه - يجب الأخذ بهذا المرسوم ومنح المكفول اسم الكفيل خاصة

وأنة لا يتعارض مع روح الشريعة الإسلامية فهو حمل لاسم المكفول دون الإلحاق بالنسب.

ولا يترتب على ذلك اختلاط النسب بحيث يبدو واضحا من خلال شهادة الميلاد أن هذا الشخص مكفولا إذ تقضي المادة 5 مكرر 1 من المرسوم التنفيذي 24/92 بضرورة الإشارة إلى ذلك في هامش شهادة الميلاد كما أشرنا.

كما أن حمل المكفول اسم الكفيل لا يثير مشكل التوارث إذ الملاحظة الهامشية على شهادة الميلاد دليل على عدم وجود صلة النسب وعليه فلا توارث بينهما. وفي هذا الصدد لقد صدرت عن المحكمة العليا قرارات عديدة مستقرة على أنه لا توارث بين المتبني والمتبني.

فيتضح من حيثيات القرار رقم 103232 أن أبناء عم المتوفى طعنوا بالنقض في قرار صادر عن مجلس قضاء تلمسان وكان النزاع يرمي إلى إبطال نسب الولد المتبني قصد إخراجهم من الميراث ولقد استجابت المحكمة العليا لطلبهم هذا.

وتأيد موقف المحكمة العليا في غيره من القرارات إذ قضائها مستقر على أنه لا توارث بين المتبني والمتبني رغم حمله لإسمه. فكيف يمكن أن يحدث حمل المكفول اسم الكفيل مع أن هناك إشارة بذلك في هامش شهادة الميلاد تدل على أنه مكفول ؟

وإذا كان التوارث بين الكفيل والمكفول أمر مستبعد لمخالفته للشرع فيجب من ناحية أخرى تشجيع هبة الكفيل للمكفول.

هبة الكفيل للمكفول وضرورة إلغاء المادة 123 من قانون أسرة،
تنص المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يجوز
للكفيل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو
تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة".
فإذا كان التوارث بين الكفيل والمكفول مستبعد تطبيقاً لأحكام الشريعة
الإسلامية فلا بد من تشجيع هبة الكفيل والمكفول ذلك لأن الشريعة الإسلامية
تحث على ذلك، فالهبة إذا تمت لليتامى والمساكين تحتك مع الصدقة لقوله
تعالى "وآتي المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل".
ولا يمكن تقييد الهبة للكفيل بالثلث ذلك لأن الهبة لا تقيّد بهذا المقدار
إلا إذا أخذت حكم الوصية وهذا لا يتحقق إلا في حالتين محددتين وهما الهبة
في مرض الموت والهبة مع احتفاظ الواهب بالحيازة طول حياته.
فتقييد المادة 123 من قانون الأسرة هبة الكفيل للمكفول بالثلث لا
أساس له وهذا الحكم يتناقض مع المبدأ المقرر في المادة 205 من قانون الأسرة
التي تنص على أنه: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عينا أو
منفعة، أو ديناً لحي الغير".
فكيف تكون هبة الشخص لغيره غير مقيدة بمقدار معين وهبة الكفيل
للمكفول مقيدة أو بعبارة أخرى كيف تكون هبة الشخص لغير مكفوله غير
مقيدة بمقدار معين وإذا تمت لمكفوله تصبح مقيدة بالثلث؟

فلا أساس لهذه التفرقة بينهما لذا فمن الضروري إلغاء المادة 123 من قانون الأسرة والاكتفاء بالنص الحكم الوارد في المادة 205 المشار إليها كمبدأ عام يجيز الهبة بدون تقييد.

ضرورة الامتداد بنية الكفيل في التبرع:

تنص المادة 116 أسرة على ما يلي: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بانه وتتم بعقد شرعي". إذا توفى الكفيل فيجب اعتبار التزامه بالقيام برعاية المكفول والنفقة عليه دين على التركة يستترل في حدود ما يلزم للإئفاق على المكفول أو على الأقل في حدود الوصية، وهذا إعمالاً لإرادة الكفيل.

ويلاحظ أن المحكمة العليا يذهب دائماً إلى التأكيد على عدم وجود صلة تربط بين الكفيل والمكفول دون محاولة البحث عن حلول تتماشى مع روح الشريعة وتحقق حماية للمكفول خاصة إذا أمكن استخلاص نية الكفيل في التبرع دون تردد.

ولقد صدر قرار عن المحكمة العليا قضى بنقض قرار معسكر الذي اعتبر تصرف الكفيل بتزويل المكفولة -مترلة الصلب- إلى وصية مادام نيته في التبرع قائمة.

وأود أن يستقر قضاء المحكمة العليا على اعتبار تصرفات الكفيل للمكفول وصية كلما توفرت نية التبرع لدى الكفيل وذلك إعمالاً لإرادة الكفيل وحماية للمكفول.

الولاية على المكفول:

أتناول مسألة الولاية على المكفول في نقطتين، الأولى تتعلق بالولاية على المال والثانية بالولاية على النفس.

1-الولاية على المال:

لقد نصت المادة 121 من قانون الأسرة على ما يلي: "تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي".

فللكفيل سلطات الولي، وأفضل أن يعتبر الكفيل وصيا على المكفول لأن للوصي التزامات إضافية على التزامات الولي، إذ يكون ملزم بتقديم حساب وفقا للمادة 97 من قانون الأسرة ولا أعتقد أن الكفيل الكفاء يعترض على ذلك باعتبار أن اموال المكفول أمانة عنده يجب عليه أن يديرها على أحسن وجه.

ويكون للكفيل حق استعمال محدود لأموال المكفول إن احتاج إلى ذلك، ولا بد من النص صراحة على ضرورة رقابة مجلس الأسرة على عمل الكفيل.

كما يمكن فقط تعيين مشرفا يراقب الكفيل في إدارة أموال المكفول، ويكون لهذا المشرف حق الاطلاع على تسيير وإدارة الأموال وله في ذلك الاطلاع على كافة المستندات والوثائق المتعلقة بذلك، ويجب عليه إخطار المحكمة كلما اقتضت الضرورة ذلك، وهذا يكون طبعا في مصلحة المكفول ولا يمكن الكفيل الكفاء الاعتراض عليه.

فيجب إخضاع إدارة أموال المكفول لرقابة مجلس الأسرة أو لرقابة مشرف، لذا لا بد أن يدرج في قانون الأسرة الجزائري نصا يقضي بتعيين مجلس الأسرة لمراقبة الحسابات المترتبة عن إدارة أموال الكفيل، كما يجب أن تخضع كافة تصرفات الكفيل في أموال القاصر لموافقة أغلبية أعضاء مجلس الأسرة زيادة على استئذان القاضي بالنسبة للتصرفات المنصوص عليها في المادة 88 من قانون الأسرة.

2-الولاية على النفس:

تشترط المادة 118 من قانون الأسرة أن يكون الكفيل قادرا على رعاية المكفول، والرعاية تشمل الولاية على التربية والتعليم والحفاظة على نفس المكفول وصيانتها.

ألاحظ في هذا المجال أن التربية غالبا ما تقوم بها النساء خاصة إذا كان المكفول صغير السن وبالأخص البنت فهي بحاجة إلى أم تتولى تربيتها ورعايتها أكثر من الأب، ولم يشير قانون الأسرة إلى دور زوجة الكفيل، لذا أرى أنه من الضروري اشتراط قدرتها على التربية وموافقتها على ذلك. وتشمل ولاية الكفيل أيضا ولاية الزواج.

وكان على المشرع أن يراعي أن الكفالة ليست مانع من موانع الزواج، فقد يتضرر المكفول بزواجه من أحد أفراد أسرة الكفيل إذ لا يمكن اعتبار الكفيل وليا في هذه فإذا كانت الشريعة الإسلامية تبيح هذا الزواج، فيمكن أيضا بالاستناد لأحكامها حماية المكفول بجعل القاضي وليا عليه في هذه الحالة ويجب أن يتم ذلك بنص خاص تطبيقا للمادة 11 من قانون الأسرة يستلزم

موافقة القاضي إذا كان الزوج الكفيل ذاته أو أحد أصوله أو فروعه وهذا حتى لو كانت البنت راشد.

التخلي عن الكفالة وانتقالها:

من الضروري ضبط التخلي عن الكفالة وانتقالها طبقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري وذلك على النحو التالي:

1-التخلي عن الكفالة:

لقد أجازت المادة 125 من قانون الأسرة التخلي عن الكفالة دون تقييد، ولا أوافق على ذلك إذ استقرار المكفول يتطلب تقييد حق الكفيل في الرجوع عن الكفالة، فيجب ألا يسمح بالرجوع عن الكفالة إلا في الحالات الخطيرة التي تؤدي إلى إسقاط ولاية الولي الشرعي أصلا إذا وجد في نفس الظروف.

ولذلك فمن الضروري أن يدرك الكفيل أن الكفالة تفرض عليه التزام يؤدي إلى إنزال المكفول منزلة ولد الصلب، ولا يمكن إسقاط الولاية إلا لأسباب خطيرة جدا، لذا فلا بد من إدراج نص خاص في قانون الأسرة يتضمن ذلك صراحة.

2-انتقال الكفالة:

إذا ما توفي الكفيل فالمفروض أن الكفالة تنتقل إلى الزوج الباقي على قيد الحياة باعتبار أن قيام الكفالة يقتضي موافقة الزوجين كما ذكرت من قبل.

أما انتقالها إلى الورثة وفقا للمادة 125 من قانون الأسرة، فلا أوافق عليه، ذلك لأن التزامهم بها غير كاف بل لابد أن تتوفر فيهم الشروط المطلوبة في الكفيل.

أما الالتزام المادي فهو التزام واقع على الكفيل وبعد وفاته تستقطع الأموال الضرورية لتربية وتعليم المكفول بالدرجة الأولى من أموال التركة قبل توزيعها باعتبارها دين عليها، إذ هو التزام الكفيل أثناء حياته.

فإذا كانت النفقة التزام ينتهي بوفاة الملتزم بها، فذلك لأن النفقة المقررة شرعا تكون لأشخاص غالبا هم ورثة المتوفى ويكون لهم الحق في الميراث، أما المكفول فإذا لم يوصي له الكفيل بشيء يضمن تربيته فلا بد أن يخصم له من التركة القدر الضروري لضمان تربيته والتكفل به عموما.

المراجع

- 1- د. زواوي فريدة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد رقم 2000/01، الجزء 41، جامعة الجزائر.
- 2- د. دنداني ضاوية: التبني والكفالة: مقال نشر في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4 لسنة 1993، ص 779 وما بعدها.
- 3- د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته - الجزء السابع - دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق 1985، ص 674.
- 4- د. حسين نصار: تشريعات حماية الطفولة - حقوق الطفل - منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ، ص 127 إلى 129.
- 5- ابن قدامي: المغني ويلي الشرح الكبير، الجزء 6 دار الكتاب العربي بيروت، 1983، ص 383.
- 6- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ، ص 402.

- 7- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة.
- 8- القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 17/90.
- 9- الأمر 70-20 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية.
- 10- المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرخ في 13/01/1992 والمتعلق بمطابقة لقب الكفيل بالمكفول المعدل والمتمم للمرسوم رقم 157/71 المؤرخ في 03-06-1971، المتعلق بتغيير اللقب.
- 11- المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في 17/02/1987 المتعلق بالحالة المدنية للأطفال المولودين من أبوين مجهولين.
- 12- القرار رقم 103232 بتاريخ 02/05/1995 غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا.
- 13- القرار رقم 122761 بتاريخ 28/06/1995 غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا.
- 14- القرار رقم 234949 بتاريخ 18/01/2000 غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا.
- 15- القرار رقم 226254 بتاريخ 21/09/1999 غرفة الأحوال الشخصية والمواريث.