قراءة في أحكام الكفالة في ظل قانون الأسرة الجزائري على ضوء قانون كفالة الأطفال المهملين في المغرب

الأستاذ/ برياح زكرياء – جامعة تلمسان

تاريخ إيداع المقال للمجلة : 12جانفي 2018----تاريخ قبول المقال للنشر:16 ماي 2018

ملخَّص :

يعدُ الطفل من أهم الركائز التي تقوم عليها الإنسانية جمعاء، ومن ثم فإن النظم القانونية الدولية والإقليمية والوطنية قد خصت مختلف فئات الطفولة بنظُم حمائية تهدف لرعايتها وحسن تنشئتها، وتقوم هذه النظم في أساسها على تقديم المصالح الفُضلى للطفل داخل الأسرة والمجتمع. ومن أبرز نُظم الحماية الإجتماعية والرعاية الأسرية البديلة المقررة لإحتواء بعض فئات الطفولة الهشة والمهملة من مجهولي أو حتى معلومي النسب نجد الكفالة والتبني، ودراسة هذين النظامين على الصعيدين الدولي والداخلي من خلال إستقراء الأحكام القانونية المنظمة لها يفرز العديد من الإشكالات والخلافات في وجهات النظر حول مدى صلاحية كلاهما أو أحدهما بمعزل عن الآخر، نظراً لتدخل ضابط الدين في صياغة النصوص التشريعية المنظمة لهذين النظامين، وعليه يتوجب البحث عن مدى مشروعية هذين النظامين أو محاولة استقراء أحكام الكفالة كنظام بديل عن التبني يتسم بالمشروعية على عمومه، ويحظى بقبول كبير لدى النظم التشريعية الأسرية في الدول الإسلامية وعلى سبيل المثال نذكر الجزائر والمغرب، بخلاف التبني الذي يثير الكثير من الخلافات داخل التشريعات الأسرية لبعض الدول الإسلامية على غرار الجزائر والمغرب .

الكلمات المفتاحية :طفل، إتفاقية، كفالة، تبني، رعاية، تربية، حماية، بديل .

Résumé :

L'enfant est parmi les importants piliers de l'humanité c'est pourquoi les systèmes juridiques internationaux et territoriaux

et nationaux ont adopté pour les divers catégories de l'enfance des systèmes de protection qui visent la garde et le bon développement de l'enfant en tenant compte de son intérêt supérieur au sein de la famille et la société .Parmi les systèmes alternatifs de protection de certaines catégories fragiles et marginalisées de parents inconnus ou même connus on peut cite la Kafala et l'adoption. L'étude de ces deux systèmes sur le plan international et national à travers une lecture de leurs dispositions juridique permet de déceler plusieurs différences de point de vues sur la validité de chacun de ces deux systèmes à cause de l'influence de la religion sur les règles juridiques qui les régissent, d'où la nécessité de rechercher la légalité de ces deux systèmes ou de faire une lecture des dispositions de kafala comme un système alternatif à l'adoption et qui est caractérisé en général par sa légalité et par une grande acceptation des systèmes législatifs des affaires de la famille des pays musulmans comme l'Algérie et le Maroc, contrairement à l'adoption qui est un objet de controverse dans les codes de la famille de certains pays musulmans tel que l'Algérie et le Maroc.

Mots clés :Enfant ,convention, kafala, adoption, garde, éducation, protection, alternatif.

مقدمة :

تكتسي مكانة الطفولة أهمية بالغة بالنسبة للإنسانية جمعاء، بإعتبارها ثمرة كل أسرة ولبنة لبناء الأجيال الصاعدة، وتعد الأسرة اللبنة الأولى لتنشئة الأطفال وتربيتهم ورعايتهم بالشكل السليم والملائم، لكن هذا يبقى في الأصل العام ومن ثم فإن هناك حالات تغيب فيها الأسرة الحقيقية عن الطفل إما لولادة الطفل بطريقة غير شرعية–بدون زواج– أو لوفاة الوالدين الحقيقيين أو ربما لإنحرافهما وتخليهما عن واجباتهما المنُوطة بهما في رعاية الأطفال وتنشئتهم، ولهذا فقد رغّب الإسلام ومن بعده الإتفاقيات والمواثيق الدولية في رعاية وتربية الطفل – سواء اللّقيط أو اليتيم – والإهتمام به والاعتناء بتربيته والإنفاق عليه حتى ينشأ النشأة الكريمة التي تتيح له أن ينم وفي بيئة صالحةتكرمه وتحن وعليه، فوجود الطفل بين أبيه وأمه في محيط أسرة تحيطه بالرعاية والإهتمام في فترة الطفولة هو أبسط حق له.

لهذا جعل الإسلام كفالة اليتيم من أفضل القرابات إلى الله،وحرص على جعل هاؤلاء الأطفال في كفالة الأسرة أو في كفالة المجتمع والدولة ،فأرادالإسلام بذلك أن يربَّى هذا اللقيط أو اليتيم في كنف أسرة حتى تنم و انفعالاته النفسية والعاطفية نموا صحيحا فلايصاب بتلك العقد النفسية ،فينشأ حاقدا على المجتمع وقد ينحرف ويؤديبه إلى الجريمة أوالشذوذ،فإن لم يكن ذلك جعله الإسلام في كفالة الدولة لتقوم برعايته والإنفاق عليه وتأديبه وتعليمه إلى أن يبلغ مبلغ الرجال ويشتد عوده[1].

وعلى هذا الأساس فقد حظيت شريحة الطفولة الهشة أو المهملة أو الفاقدة لوسط عائلي حقيقي هي الأخرى بأهمية بالغة نظراً لإعتبارها جزءا لا يتجزأ من النسق الإجتماعي ككل، وكذلك الأمر ذاته بالمواضيع المرتبطةَ بها وبأدوارها داخل المجتمع في مختلف مجالات التي تحتاج فيها للحماية لاسيما التشريعية والإجتماعية، ومن ثم فإن نظم الرعاية البديلة المقترحة من قبل الشريعة الإسلامية وكذا الإتفاقيات الدولية كثيرة، فهناك التبني والكفالة والحضانة .....إلخ .

ومن بين المواضيع التي يثور الإشكال بشأنها هو مدى مشروعية كل من الكفالة والتبني كنظامين للرعاية الأسرية البديلة، وعلى هذا الأساس ستنصب الدراسة الحالية حول الإشكالية التالية : ما مدى مشروعية

1: أنظر، صفية الوناس حسين، مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، قسم الدراسات الإسلامية، كلية التربية، ص.48–49 .

الكفالة والتبني كنظامين للرعاية الأسرية البديلة للأطفال المحرومين من الوسط العائلي ؟ وما موقف المشرعين الجزائري والمغربي من الكفالة والتبني كآليات لرعاية الأطفال وحمايتهم ؟

المبحث الأول:مفهوم نظامي الكفالة والتبني

إن السعي وراء قراءة أحكام الكفالة تقتضي بداءة التطرق لمفهومي نظام الكفالة والتبني، من خلال تعريف هذه الآليات الحمائية المقررة شرعاً وقانون لفئات الأطفال المهملين من مجهولي النسب وحتى معلومي النسب بإعتبارهم من الفئات الهشة في المجتمع والتي تحتاج لحماية خاصة ورعاية مادية ومعنوية داخل أجواء أسرية، وكذا التعريج على تمييز الكفالة عن بعض النظم المشابهة لها في مجال النظم الشبيهة بها المقررة لرعاية الأطفال، كما يتوجب في ذات السياق بيان الحكم الشرعي لكل من الكفالة والتبني من وجهة نظر الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالأحكام التي وردت قانون الأسرة الجزائري وكذا التشريع المغربي المنظم لكفالة الأطفال المهملين .

المطلب الأول :مدخل مفاهيمي

* تعريف الطفل : الطفل هو ذلك الشخص الذي لم تكتمل له ملكة الإدراك والاختيار ؛لقصور عقله عن إدراك حقائق الأشياء من خلال المعرفة ماينفع ممايضر ،ولايرجع هذاا لقصور إلى علة في عقله،وإنم امرذلك إلى ضعف قدرته الذهنية والبدنية بسبب سنه المبكرة التي لا تؤهله إلى وزن الأشياء بموازينها الصحيحة وتقديرها حق التقدير[1].

بالرجوع لمختلف التخصصات نجد أن تعريفات الطفل قد تعددت من ميدان لآخر، فنجد علماء النفس قد حاولوا إيجاد تعريف للطفل سعيا للوصول إلى معرفة الظُروف النفسية التي من شأنها أن يترعرع فيها الطفل بشكل ملائم ويصبح شخصاً متزناً بعد تمام تكوينه، فقد عرفوه على أنه "تبدأ مرحلة الطفولة ما قبل

1 : أنظر، حاج سويدي محمد، التنظيم القانوني لتشغيل الأطفال "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص.11 .

الميلاد، أي منذ وجود الجنين في رحم الأم وتنتهي ببداية مرحلة جديدة وهي البلوغ الجنسي"1، وعليه فعلماء النفس لايعتبرون الطفل كذلك منذ ولادته بل منذ تكوينه في بطن أمه وإلى غاية بلوغه سن 25 سنة تقريباً حسب قول جيزل، ذلك أن مرحلة التكوين هي من أهم المراحل في نظرهم2، أما علماء الإجتماع فكان لهم محاولة تُخالف ما ذهب إليه علماء النفس فعرفوا مرحلة الطفولة بأنها "المرحلة التي تبدأ من لحظة الميلاد وحتى بلوغ سن الرشد، وتختلف من مجتمع لآخر وعلى العموم فهي تنتهي إما بالبلوغ أو الزواج" ويرى البعض الآخر بأن مرحلة الطفولة تبدأ بالولادة وتنتهي ببلوغ الطفل 12 سنة3، وعليه فعلماء الإجتماع إتفقوا على أن مرحلة الطفولة تبدأ بميلاد الطفل، في حين اختلفوا حول نهاية مرحلة الطفولة، والملاحظ أن علماء الإجتماع لم يعتبروا مرحلة الحمل ضمن مرحلة الطفولة أو جزءا منها كما فعل علماء النفس، ذلك أن اهتمامهم منصب على دراسة مراحل حياة الإنسان منذ الولادة4، وعلى العموم اعتمد مفكرو علم الإجتماع في دراستهم للطفل على معايير مختلفة من بينها تعدد المجتمعات، وعلى هذا الأساس تباينت تعريفاتهم فلجأ البعض إلى تحديد سن الطفولة فرأوا أن الطفولة تبدأ من الولادة وإلى غاية 13 أو 15 أو 18ومن ثم فإن طول هذه المرحلة أو قصرها مرهون ومرتبط بظروف المجتمع ومدى تفوقه الإجتماعي والثقافي والإقتصادي، وآخرون قسموا مراحلها بتتبع النمو الإجتماعي له عن طريق تقسيم عملية التقدم الإجتماعي إلى مراحل، فهناك من إقترح وجود ثلاث مراحل وذهب البعض الآخر – لويز بيبان على سبيل المثال – إلى تقسيم مرحلة الطفولة إلى أربع مراحل، في حين ذهب البعض الآخر إلى تقسيمها إلى خمس مراحل، وذهب البعض الآخر إلى وصف الطفل داخل المجتمع فتساءلوا حول ما إذا كانت الطفولة شريحة عمرية أو فئة إجتماعية، وتوصلوا إلى أن الطفل عنصر داخل خلية إجتماعية وهي

---

1 : أنظر، بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008–2009، ص.14 .

2: أنظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2004–2005، ص.40 .

3 : بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص.15 .

4: حاج سويدي محمد، المرجع السابق، ص.16 .

الأسرة، وله مكانة ودور يحددان وضعيته الوجودية والإجتماعية، فضعفه أو قوته يتلونان حسب مكانة ودور أسرته في المجتمع الشامل1.

في حين ذهب علماء الشريعة الإسلامية إلى إعتبار أن مرحلة الطفولة تبدأ من لحظة تكوين الجنين في رحم أمه وتنتهي ببلوغ الحلم، وعلامات البلوغ عند الذكر هي الإحتلام والإحبال، أما علامات البلوغ عند الأنثى هي الحيض والإحتلام والحبل، وإذا لم تظهر هذه الأمارات أو تأخرت فقد أجمع الفقهاء على تحديد سن معينة لنهاية مرحلة الطفولة، فقدره جمهور الفقهاء ب 15 لكلاَ الجنسين على حد السواء2. وأما أبو حنيفة فيرى بأن البلوغ يكون في سن 18 بالنسبة للذكر وسن 17 بالنسبة للأنثى3، وذهب ابن حزم الظاهري إلى القول بأن سن البلوغ بالنسبة لكلا من الذكر والأنثى هو 19، في حين يرى ابن رشد وهو على مذهب المالكية بأن أقل سن للبلوغ هو 15 سنة وأقصاه هو 18 سنة كاملة بالنسبة لكلا الجنسين، وهذا الرأي الأخير هو الذي ذهب إليه الإمام الشافعي4.

وفي المجال القانوني فقد حظي الطفل بإهتمام بالغ على الصعيدين الدولي والداخلي نظراً للدور الذي يلعبه الطفل في مصير الإنسانية، لذلك نجد أن المجتمع الدولي قد خص الطفل بعناية بالغة واعتبره من أشخاص القانون الدولي العام فسخر له المواثيق والإتفاقيات والإعلانات لتذيع حقوقه5، فعلى الصعيد الدولي نجد أن مصطلح " الطفل " و" الطفولة " قد وردا في العديد من الإعلانات والإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، إلا أنها وعلى العموم لم تحدد بدقة المقصود بهذين التعبيرين، وقد بدأ استعمال هذا المصطلح منذ صدور إعلان إعلان حقوق الطفل لعام 1909 ومرورا بإعلان جنيف لحقوق الطفل لعام 1924، وكذا العهد الدولي الأول الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وبالإضافة للعهد الدولي الثاني المتعلق بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية المعتمدين من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في

1 : تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.38-39 .
2 : بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص.16 .
3 : حاج سويدي محمد، المرجع السابق، ص.14 .
4 : بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص.17 .
5 : تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.43 .

16ديسمبر1966، والملاحظ على هذه المرحلة أن الجماعة الدولية إهتمت بقضايا الطفل وبحاجته للحماية دون محاولة البحث عن تعريف يضع حدوداً فاصلة بينه وبين الطوائف البشرية الأخرى التي لا ينطبق عليها هذا الوصف، وفي ذات السياق فقد أقرت منظمة العمل الدولية في إطار التوصيات الصادرة عنها بمناسبة المؤتمر الدولي لمعمل تحديداً للسن المسموح به في مجال عمل الأطفال، وعلى العموم فإن هذا التحديد يختلف من مهنة لأخرى وإن كانت الإتفاقية رقم 138 لسنة 1973 الصادرة عن ذات المنظمة قد تضمنت في مبادئها توحيداً للحد الأدنى لسن العمل بالنسبة للأطفال في جميع القطاعات ب 10 سنوات في المهن العادية، وبالنسبة للمهن الشاقة ب 18 سنة1.

لكن سرعان ما إعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة إتفاقية حقوق الطفل الصادرة في 20 نوفمبر21989، والتي جاءت بتعريف واضح وصريح لمفهوم " الطفل " حيث تضمنت المادة الأولى منها ما يلي "... يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه"3، وجاء كذلك في الإتفاقيات الإقليمية لحقوق الطفل على تعريفات للطفل ومن ذلك الميثاق العربي لحقوق الطفل لعام 1983 الذي أشار لذلك في ديباجة الإتفاق حيث تضمن ما يلي " أن هدف الميثاق هو تحقيق تنمية ورعاية وحماية شاملة وكاملة لكل طفل عربي من يوم مولده إلى بلوغه سن الخامسة عشرة من العمر"،كما جاء في الإطار العربي لحقوق الطفل لعام 2001 في البند الأول من الأهداف العامة حيث نص على أنه "يجب تكريس مفهوم حقوق الطفل حتى إتمام سن الثامنة عشرة دون أي تمييز بسبب العنصر اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الوضع الإجتماعي أو الثروة أو المولد لأي

---

1 : بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص.17–18 .

2 : إتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92–461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19 ديسمبر 1992 مع التحفظ على بعض المواد المضمنة فيها 14 فقرة 01 و02، 13، 16، 17 .

3 : أنظر، بن علي أمينة نور الهدى، حماية الأمومة والطفولة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009–2010، ص.67 .

سبب آخر"وفي ذات السياق جاء الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته الصادر عام 1990 في مادته الثانية وعرف الطفل بأنه "كل إنسان أقل من 18 سنة ".

وعلى الصعيد الداخلي فقد أهمل المشرع الجزائري وضع تعريف للطفل رغم مصادقته على إتفاقية حقوق لطفل لعام 1989 والعديد من النصوص الدولية ذات الصلة، لكن نجد أنه تحدث عن الطفل بطرق غير مباشرة ويستشف ذلك من عديد النصوص القانونية وعلى سبيل المثال نذكر ما جاء في نص المادة 49 فقرة 02 "ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه 13 إلى 18 إلى تدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة"1، وظل الأمر على حاله لغاية إصدار المشرع للقانون المتعلق بحماية الطفل سنة 22015 حيث جاء في المادة الثانية منه التي تضمنت المفاهيم العامة المستخدمة في صياغة هذا القانون وعليه عرفت الطفل بأنه "كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر سنة كاملة، ويفيد مصطلح حدث نفس المعنى"3، وبالرجوع للمشرع المغربي لا نجده قد تحدث عن تعريف واضح للطفل في إطار النصوص المضمنة مدونة الأسرة المغربية المعدلة سنة 42004إلا أنه تحدث عن حقوق الطفل في ديباجة المدونة ما يلي "...الحفاظ على حقوق الطفل، بإدراج مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب..."، لكنه وفي ذات السياق أصدر القانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين5 حيث

1: بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص.19-20 .

2 : القانون رقم 15-12 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق ل 15 يوليو سنة 2015 المتعلق بحماية الطفل، ج.ر رقم 39 المؤرخة في 19 يوليو سنة 2015 .

3: المادة 02 من القانون سالف الذكر .

4 : ظهير شريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) المتعلقة بتنفيذ نص الدستور للمملكة المغربية، ج.ر عدد 5964 مكرر المؤرخة في 30 يوليو 2011 .

5 : قانون رقم 15.01 الصادر في 23 يوليوز 2002 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين داخل المملكة المغربية، والذي يلغي النص السابق الصادر في 07 أبريل 1993 .

جاء في نص المادة الأولى منه ما يلي "يعتبر مهملاً الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة ...."1.

* تعريف نظام الكفالة : الكفالة بمفهوم قانون الأسرة هي عبارةعن إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية،قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي، وعلى هذا المنوال فالكفال ةهي عبارةعن إلتزام تطوعي للتكفل

برعاية طفل قاصر وتربيته وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه2، وهذا هو التعريف الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 116 من قانون الأسرة رقم 84-11 وحافظ عليه بموجب التعديل سنة 32005.

ولقد اعتبر الفقه الإسلامي الكفالة إلتزام شخصي يصدر عن الكافل سواء كان رجلا أو إمراة،لأنه اتبرع منهمما يضفي عليها صبغة قانونية ودينية يبتغي بها وجه المولى عز وجل وعليه لا يستطيع إلزام غيره بها

ولوكان زوجه،ممايعني أن كفالة الزوج للطفل يتطلب موافقتهما معا في الشريعة الإسلامية، إذن فكفالة الطفل الذي فقد رعاية والدية ممكنة من قبل الأشخاص والأسر في الشريعة الإسلامية مع مراعاة مصلحة المكفول في كل ذلك وهي عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة، وعليه تعتبر الكفالة إحدى صورالرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه سواء كان معلوم أومجهول النسب4.

في حين ذهب المشرع المغربي في المادة الثانية من القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين لتعريف الكفالة بأنها " كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون، هي الإلتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته

---

1 : المادة 01 من القانون سالف الذكر .

2 : أنظر، علال أمال، الكفالة والتبني "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص.31 .

3 : الأمر 05-02 المعدل والمتمم للأمر 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

4 : علال أمال، المرجع السابق، ص.31 .

والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب على الكفالة الحق في النسب ولا في الإرث "1، وبذلك نجد المشرع المغربي قد ذهب في نفس الإتجاه الذي سار عليه المشرع الجزائري في اعتبار الكفالة آلية أو طريقة بديلة أقرتها الشريعة الإسلامية ومن بعدها التشريعات الحالية لحماية الأطفال سواء معلومي أو مجهولي النسب، وقد أقرت إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 الكفالة كنظام بديل عن التبني بالنسبة للدول الإسلامية التي تحرم التبني وتمنعه، وهو ما أشارت إليه المادة 20 من ذات الإتفاقية بقولها "....يمكن أن تشمل هذه الرعاية في جملة أمور الحضانة، أوالكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو الـ تبني..."، وبهذا فجاءت الإتفاقية في هذا الشق موافقة بشكل تام للرؤى التي أقرتها الشريعة الإسلامية في مجال حماية الأطفال سواء معلومي أو مجهولي النسب.

* تعريف نظام التبني : لقد تعددت التعريفات،فمنه ممن عرفه بحسب مضمون هو من هم من عرفه بحسب غايته، فعرفه قاموس الإصطلاحات القانونية بأن التبني رابطة أبوية تقوم على الإرادة دون روابط الدم،تستهدف إيجاد روابط بين المتبني والمتبنى شبيهة بالنبوةالشرعية .

وعرفه الدكتور محمدصبحي نجم بأن " التبني هو أن يتخذ الرجل له ولدا ليس منصلبه وعرفه أنه ليس ولده في نتسبهذا المتبني إلى من تبناه، ويكون له على هذا المتبنى حقوق الولد فالمتبنى لا يقول أن هذا المتبنى إبن هو من صلب هو لكنه أنزله منزلة ابن هو إلتزم له بحقوق وقطع نسبه إلى غيره "، وفي ذات السياق عرفه عبد العزيز سعد بأنه " تزييف النسب (التبنى) هو إدعاء بنوة طفل معلوم النسب عن طريق تجريد هم ننسبة إلى أبيه وإعطائ ه نسب شخص آخر"، كما عرفه عبد الرحمان الصابوني هو أن يدعى شخص بنوة ولد معروف النسب من شخص معين أو مجهول النسب .

في حين أن هناك من ذهب لتعريف التبني بأن يضم الرجل إليه طفلا يتيما أو لقيطا ويجعله كإبنه في الحنان عليه والعناية به وتربيته في طعامه ويكسوه ويعامله كابن من صلبه ومع هذا لم ينسبه لنفسه و لم يثبت له أحكام البنوة، وفي ذات الصعيد قدعرفته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها على إثرالإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص

1 : المادة 02 من القانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بالمملكة المغربية .

بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي في المادة 13 من الفصل المتعلق بالتبني،الغرض الأساسي من التبني هو توفير أسرة دائمة للطفل الذي لم يتمكن والداه الأصليان من توفير الرعاية له .

وعليه يمكن الخلوص بأن التبني هو اتخاذ ابن الآخرين بمثابة الإبن من النسب الصحيح أو الأصيل،فهو أحد هذه العادات الشائعة ،إمّا لتجاوب مع النزعة الفطرية فيحب الأولاد حال العقم أو اليأس من الإنجاب،وإما لإستلطاف الولد أوللإستحسَان ولد أو بنت الأخر،فيجعل الولدمتبني مع العلم أنه ولد الأب الآخر الحقيقي وليس ولد للمتبنى في الحقيقة،وربما كان سبب التبني أو الباعث هو رعاية ولد لقيط أو مفقود أومجهول النسب أو لا عائلة له ولامربي له فيقوم بتبنّيه حفاظًا عليه من الضياع أو الموت أو الهلاك1.

فالتبني عمومًا هو " استلحاق شخص معروف النسب إلى أبٍ أو إستلحاق مجهول النسب،مع التصريح بأن يتخذ ولداوليس بولد حقيقي "2.

المطلب الثاني :تمييز الكفالة عن بعض النظم المشابهة لها

من الناحية الظاهرية لايوجد فرق واضح بين الكفالة والحضانة والتبني لأن كلها أنظمة هادفة لتحقيق رعاية للطفل من الناحية المادية والمعنوية وكذا الإسناد الواقعي للطفل القاصر وضمه إلى أسرةأخرى ليست أصلية3،لكن في الأصل هناك اختلافات جوهرية بين النظامين،وعليه يتوجب علينا التطرق إلى التميز بين هذين النظامين – التبني والحضانة – مع الكفالة، بإعتبارها كلها طرقا بديلة للرعاية الأسرية المقررة للأطفال المحرومين من الوسط العائلي الحقيقي .

الفرع الأول :تمييز الكفالة عن الحضانة

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في إطار قانون الأسرة وخصها بالفصل السابع من الكتاب الثاني المتضمن النيابة الشرعية،وذلك في حدود الحيز القانوني من المادة116إلى المادة125ولم يكن

1 : علال أمال، المرجع السابق، ص.15 ومايليها .

2 : صفية الوناس حسين، المرجع السابق، ص.42 .

3 : علال أمال، المرجع السابق، ص.33 .

سباقاً في معالجة هذا الموضوع1،وإنما سبقه في ذلك المشرع التونسي الذي أصدر في 1958/03/04 قانونا يتعلق بالولاية العمومية والكفالة و التبني2، ومن خلال هذه الأحكام سنحاول بيان بعض أوجه الإختلاف بين النظامين رغم وجود أوجه تقارب كثيرة ومن ذلك نذكر نقاط الإختلاف التالية :

– إن نظام الكفالة يلزم الكفيل بالإنفاق على المكفول،في حين أن الحضانة غرضها مدُّ الحنان والرعاية وتقديم الخدمات المادية دون أن يلزم الحاضن بالنفقة على المحضُون.

–إن الكفالة إلتزام وعلى وجه تعاقدي،يتم بدون مقابل(تبرعي) بحيث لا يأخذ الراغب في التكفل أي عوض جراء قيامه بالكفالة،على خلاف الحضانة التي يجوز فيهاأخذ الأجرة.

– إن الكفالة تسند بموجب قرار إداري،بعد أن تحرر في وثيقة رسمية أمام موثق أو أمام المحكمة أو بمصادقة هذه الأخيرة،وأما الحضانة فتسند بمقتضى حكم قضائي .

– الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أوأبيه أو غيرهما،بينما الكفالة تطلق على الطفل الذي يكون عند غير والديه الأصليين سواء من الأقارب أو غيرهما.

– المكفول يطلق على الطفل الذي يكون معروف النسب أو مجهول النسب،بينما يطلق إسم المحضون على طفل معروف النسب3.

– إشترط المشرع الجزائري على غرار المشرع المغربي دون نظيرهما التونسي الإسلام كشرط في الكافل،أما في الحضانة لم يشترط مثل هذاالشرط في الحاضنة للاختلاف الفقهي القائم حول هذه المسألة.

– تنتهي الكفالة في القانونين التونسي والمغربي ببلوغ المكفول سن الرشد،في حين أشار القانون الجزائري إلى أن الكفالة تبقي مستمرة إلى غاية طلب الأبوين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما أو التخلي

---

1 : علال أمال، المرجع السابق، ص.34 .

2 : القانون رقم 58/27 المؤرخ في 1958/03/04، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 19، مؤرخ بتاريخ 1958/03/07 .

3 : تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.97–98 .

عنهما،وهي طريقة لإنهاء عقدالكفالة أما إنهاء مدة الحضانة،فقد عرفت ثلاث مواقف قانونية مختلفة كما سبق الإشارة إليه في التشريع الأسري الجزائري تنتهي الحضانة بالنسبةللذك ربلوغه عشرسنوات مع إمكانية تمديدها إلى 16 سنة،والأنثى ببلوغها سن الزواج،أي 19 سنة حسب الفقرة الأولى من المادة 07 من نفس القانون،والمشرع المغربي تنتهي الحضانة عنده ببلوغ المحضون سن الرشد سواءا كان ذكر أو أنثى،في حين أن المشرع التونسي لم يحددسنا لذلك

و بالتالي الكفالة هي إلتزام الكفيل بالإنفاق على المكفُول بعكس الحضانة التي غرضَها الحنان والمودة والرعَاية،ومماراَيناه من فرق بينهما فبذلك لاتعتبر الكفالة حضانة 1.

الفرع الثاني : تمييز الكفالة عن التبني

بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية فإن الفرق واضح وجلي بين نظامي الكفالة والتبني، سواء من حيث مشروعية كليهما، أو من حيث الآثار المترتبة عنهما، فمن حيث المشروعية فالشريعة الإسلامية أقرت نظام الكفالة كنظام بديل عن التبني لتقديم الرعاية للأطفال المجهولي النسب بالدرجة الأولى، أو معلومي النسب بالدرجة الثانية. وقد فصلت في حكم ذلك من خلال الكتاب والسنة.

ومن جانب الآثار المترتبة عنهما فالتبني غير مشروع من أصله ومن ثم فلا يمكن الحكم على الآثار المتفرعة عنه إلا بالبطلان مادام الأصل غير جائز شرعاً، وأما بخصوص الكفالة فهي آلية أقرتها الشريعة الإسلا مية لحماية الأطفال وتقديم أشكال الرعاية الأسرية لهم، ومن ثم فإنها ترتب آثاراً جزئية فيما يتعلق بالولاية التي يمارسها الكافل على المكفول – ولاية على النفس والمال – وواجب الرعاية المفروض على الكافل إتجاه المكفول بالشكل الذي تُمليه الشريعة الإسلامية .

وبالرجوع لأحكام قانون الأسرة الجزائري في تنظيمه للكفالة فإن المشرع قد أيد الشريعة الإسلامية في تحريم التبني بقوله في المادة 246 من ذات القانون " يمنع التبني شرعا و قانونا "، ومفاد ذلك أنه لايجوز لأي مسلم جزائري أن يدعي أن ولداً ما ابنه بالتبني ولايجوز أبدا أن ينسب إليه ويسجل على لقبه

1 : علال أمال، المرجع السابق، ص.36 .

2 : المادة 46 من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

واسمه بسجلات الحالةالمدنية 1 مع مراعاة الأحكام التي جاء بها المرسوم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب والتي تتيح للكافل منح لقبه للمكفول مجهول النسب، وقد جاء هذا الحكم كوسيلة حمائية للطفل وليس بمفهوم التبني البسيط الذي علق البعض به على هذا المرسوم2،فهذا الإجراء ماهو إلا دليل على مراعاة المشرع مصلحة الطفل ،إذ انه يسمح له من حمل لقب لايظهر ظروف ولادته ويسهل اندماجه داخل الأسرة الكافلة والحياة الاجتماعية،حرصا من المشرع بناء على توصيات منظمةاليونيسيف على رعاية مصلحته الفضلى3، إلاأنه في مقابل منع التبني كنظام للرعاية البديلة فقد ذهب إلى تبني البديل الذي جاءت به الشريعة الإسلامية وهو الكفالة، وبمطابقة لأحكام المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة فما يلاحظ على أحكام الكفالة أن مفهومها لا يخالف ما جاءت به الشريعة الإسلامية في ذات الصعيد4.

المطلب الثالث:حكم الكفالة والتبني في الشريعة الإسلامية

وتماشياً مع بيان مفهومي الكفالة والتبني كنظامين لرعاية فئات الطفولة الهشة والمهملة لابد من التطرق لمدى مشروعية هذين النظامين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، سواء من الكتاب والسنة العملية والتقريرية وكذا من حيث الإجماع .

الفرع الأول :الحكم الشرعي للكفالة

يعد نظام الكفالة مشروعاً بالكتاب والسنة وإجماع العلماء فمن الكتاب قوله تعالى : "قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللهِ لَتَأْتُنَّنِي به إِلاَّ أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ"[5] وقوله تعالى أيضا في ذات السياق " قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ

1 : علال أمال، المرجع السابق، ص.39 .

2: مرسوم تنفيذي 92-24 المتمم لأحكام المرسوم 71-157 والمتعلق بتغيير اللقب المؤرخ في 08 رجب عام 1412 الموافق ل 13 يناير 1992، ج.ر رقم 05 المؤرخة في 22 يناير 1992 .

3 : بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص.108 .

4: علال أمال، المرجع السابق، ص.40 .

[5] الاية 66 من سررة يوسف

زَعِيمٌ " [1] وجاء في السنة النبوية عن أبي إمامة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " الزعيم غارم " ومَعنى الزعيم الكفيل، والغارم والضامن، ومن حيث الإجماع فقدأجمع العلماء على جوازها ولايزال المسلمون يكفل بعضهم بعض من عصرالنبوة دون أن ينكر أحد ذلك2. ومن ذلك فتحريم الله عز وجل للتبني –البنوة الإدعائية–قضى على ماكان من أحكام زمن الجاهلية واستمرت حتى صدر الإسلام،ولذلك كان لا بد من إيجاد نظام يبيحه الإسلام والقانون فكان نظام الكفالة البديل الملائم،حماية للمجتمع ومنعاً لضياع الأنساب واختلال نظام الأسرة ومنع التضييع للحقوق3.

وقد ورد الحديث عن الكفالة كنظام بديل لرعاية الأطفال صراحة في قصص القرآن الكريم وقد جيء على ذكره في قصة السيدة مريم التي كفلها نبي الله زكرياء وذلك مصداقاً لقوله تعالى : "فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا
كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقًا قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هَذَا ۖ قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ"[4]

، وكذلك وردت مشروعيتها في باب الأحاديث الصحيحة فعن سهم بن سعد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " أنا وكافل اليتيم هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى "5.

الفرع الثاني :الحكم الشرعي للتبني

في الرفعة لوسامتهأوحبا فتى أعجبه ما إذا الرجل فكان التبني ظام الإسلام قبل العرب لقدعرف الأولاد الحقوق مثل كل وأعطاه بنسبه وألحقه ،تبناه وجاه عزة ذي أو الأصل شريف ولد إلى والانتساب

[1] الاية 72 من سورة يوسف
2 : علال أمال، المرجع السابق، ص.37 .
3: علال أمال، المرجع السابق، ص.44 .
[4] الأية 37 من سورة آل عمران
5 : رواه البخارى وأحمد في مسنده .

غيره، إلى ولا ينسب فلان بن فلان يقال ذلك المتبنيل إلى ينسب وكما الميراث في نصيب وله الصلبيين بلاد من سبايا شابا الإلهية رسولا بالرسالة يصبح أن قبل الله عبد بن محمد تبنى الظاهرة هذه مع وتماشيا الشام،سباه رجل فآشتراه حكيم بن حزام بن خويلد،ثم وهبه إلى عمته خديجة زوجة النبي ثم وهبته إلى النبي صلى الله عليه وسلم بعد أن تزوجته ولما عرف أبوه وعمه مكانه،وطلباهمن النبي صلى الله عليه وسلم،خيره النبي صلى الله عليه وسلم،فماكان منه إلاأن اختاررسول الله صلى الله عليه وسلم على أبيه وعمه،فأعتقه وتبناه ،وأشهد على ذلك القوم فقال: " يا معشر قريش أشهدوا إنه ابني أرثه ويرثني"، وهذا الوضع المتعلق بالتبني كشأنه في كثيرمن الأوضاع والمسائل التي ظلت سائدة فترة زمنية بعد ظهور الإسلام، وكان زيد هذا يدعي – زيد بن محمد – ثم حرم الإسلام التبني تحريما صريحا لأن رسالة الإسلام والقرآن الإصلاحية كانت تعالج أوضاع المجتمع العربي تدريجيا فحرم القرآن الكريم التبني تحريما جوْفه في قَلْبَيْنِ من لرجُلِ اللهُ جعل باتا1،وذلك في قوله تعالى " ما بأَفْواهكُمْ قَولُكُم أَبناءكُمذَلكُمْ جعلَأَدْعياءَكُمْ أُمَّهاتكُمْ وما منْهنَّ تظَاهرونَ اللائي أَزْواجكُم جعل وما السَّبيلَ "[2] ،وقد أكد الله عز وَجل على بطَلان تبني زيد في قوله تعالى " وإِذْ يهْدي وهو الْحقَّ يقُولُ والله تَقُولُ للذي أَنْعمَ اللهُ عَلَيْه وأَنْعمتَ عَلَيْه أَمْسكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ واتَّق اللهَ وتُخْفي في نَفْسكَ ما اللهُ مُبْديه وتَخْشَى النَّاسَ واللهُ أَحَقُّ أَن تَخْشَاهُ ۖ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْها وطَرًا زَوَّجْناكَها لكَي لَا يكُونَ عَلَى الْمُؤْمنين حَرَجٌ في أَزْواجِ أَدْعيائهم إذَا قَضَوْا منْهنَّ وطَرًا ۚ وكَانَ أَمْرُ الله "[3]، وقال أيَضا في محكم تنزيله تأكَيداً على تحَريم التبني قَولَهَ تعالَى : " مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَد مِّن رِّجَالكُمْ ولَكن رَّسُولَ الله وخَاتَمَ النَّبِيِّين ۗ وكَانَ اللهُ بكُلِّ شَيْء عَليماً "[4] ومن السنة النبوية التقريريَّة ما يحرمَ التبني وَمن ذلك قالَ رسول اللَّه صلى

1: علال أمال، المرجع السابق، ص.24–25 .

[2] الاية 04 من سورة الأحزاب

[3] الاية 37 من سورة الأحزاب

[4] الاية 40 من سورة الأحزاب

الله عليه وسلم: " من إدعى إلى غير أبيه و هو يعلم ف الجنة عليه حرام "1، وقال عليه الصلاة و السلام من إدعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غيرمواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين،لايقبل الله "أيضا : من هي ومالقيامة عدلا و لاصرفا "2، لقد أبطل التبني بالشريع العملي بعد التشريعا لقولي،واختار تحكمة المولى عز وجل لهذه المهمة رسول الله صلى الله عليه وسلمه ونفسه لكي يزيل كل شك ويدفع كل حرج رابطة وأصبح الإسلامي التشريع في التبني أمر إنتهى عن المؤمن ينفي إباحة زواج مطلقا تأدعيائهم، وبهذا بها،لايترتب عليه أي حكم ومن أقدم عليه كان آثماً وكان عمله عملاً باطلاً من أصله. معترف غير

وتتجلى الحكمة الإلهية في تحريم التبني في سعي المولى عز وجل من خلال أحكام الشريعة الإسلامية إلى حفظ الأنساب، فالنسب يثبت عادة من الآباء للأبناء نتيجة لرابطة شرعية قانونية ليس لأحد أن يتعداها. بحيث يتصرف فيها بكل حرية،فيعطى لهذا اسمه أو نسبه بغير وجه حق، وكذا الحفاظ على الحقوق الأسرية وحمايتها من الضياع، ودرء إنتهاك الحرمات الذي يترتب عن رابطة التبني بين الطفل المتبنى وأبناء المتبني 3، فحتى لا تختلط الأنساب أو تتداخل الحقوق الطبيعية أو تتعرض لانتهاكات،فإن الإسلام حرم التبني في جميع صور هو أشكاله وهنا تكمن الحكمة الإلهية في تحريمه وإقرار الكفالة كبديل عنه4، فالتبني تزييف وليس هو غلق لباب رعاية مجهولي النسب كما يقال بل ينبغي اللجوء إلى نظام الكفالة المشروع والذي وجد كبديل عن التبني المحرم شرعا5.

1: رواه البخاريوالمسلم.

2: رواهأبوداود .

3: علال أمال، المرجع السابق، ص.27 .

4 : بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص.39 .

5 : العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز للنشر، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013، ص.219 .

المبحث الثاني:الكفالة كنظام بديل عن التبني لرعاية الطفل في بعض التشريعات الوضعية

إذاكانت الشريعة الإسلامية أغلقت باب التبني فإذا فتحت أبوابا أخرى تضمن حماية للأطفال مجهولي النسب أو حتى معلومي النسب الذين لم يستطع ذويهم الإعتناء بهم،وذلك ما يعرف بنظام الكفالة والاحتضان والرعاية التي تضمن حماية الأنساب وعدم اختلاطها، وفي هذا الصدد سيتم التطرق لمدى مشروعية الكفالة والتبني كنظام هو الآخر للرعاية البديلة للأطفال من وجهة نظر المشرعين الجزائري والمغربي، ومدى توافق وجهات النظر مع إتفاقية حقوق الطفل وكذا الشريعة الإسلامية بإعتبارها مصدراً مادياً لصياغة القوانين الأسرية الجزائرية والمغربية .

المطلب الأول :موقف المشرع الجزائري والمغربي من نظامي الكفالة والتبني

قد يولد الطفل محروما من وسطه العائلي، وقد يكون وسطه العائلي غير ملائم لتنشئته نشأة صالحة،فقد أكدت اتفاقية حقوق الطفل على ضرورة إيجاد وسط عائلي بديل للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من هذه البيئة،ويتعين على الدول الأطراف في الإتفاقية أن توجد مثل هذا الوسط وفقا لقوانينها وتشريعاتها الوطني1، وقدأقرت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989نظام الكفالة كبديل لنظام التبني بالنسبة للدول الإسلامية التي تحرم التبني شرعا وقانونا،واعتبرتها إحدى الوسائل البديلة للطفل الذي لا أسرةله، والتي يجب أن تمنح لكل الأطفال الذين لاعائل لهم2.

وبالرجوع لأحكام قانون الأسرة الجزائري نجده قد اتخذ موقفاً صريحاً وموافقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية في إقرار الكفالة وتحريم التبني، حيث حافظ المشرع على موقفه التي اتخذه بشأن أحكام الكفالة في ظل الأمر84-11 وحتى بعد التعديل الذي مس ذات القانون بموجب الأمر05-02، ويتجلى ذلك من كون أن المواد 116-125 المنظمة لأحكام الكفالة لم يلحقها تعديل، والواضح في موقف المشرع الجزائري أنه قد صادق على إتفاقية حقوق الطفل بموجب المرسوم الرئاسي 92-481 التي أقرت في نصوصها كلا من التبني والكفالة كنظامين لرعاية الأطفال وهذا ما أشارت إليه أحكام المواد

1 : بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص.73 .

2 : علال أمال، المرجع السابق، ص.60 .

20 و 121 ، لكن المشرع الجزائري وتأثراً بالشريعة الإسلامية فقد أقر في نصوصه نظام الكفالة كرعاية بديلة للأطفال مجهولي النسب وحتى معروفي النسب ممن تعذر على والديهم الإعتناء بهم، ومنع التبني بموجب المادة 46 من قانون الأسرة التي تنص على أنه " يمنع التبني شرعاً وقانوناً " وذلك لمعارضته النظام العام بالجزائر،ومن ثم فقد ذهب المشرع الجزائري في منع التبني في نفس النهج الذي سارت عليه الشريعة الإسلامية في هذا المجال، وقد أشارت المحكمة العليا لذلك في العديد من قراراتها وفي مناسبات عديدة.

وتعليقاً على الأحكام المنظمة للكفالة نجد أن المشرع إعتبرها التزاماً تبرعياً اتجاه قاصر. ويشمل هذا الإلتزام في مجمله القيام بالرعاية اللازمة والتربية والنفقه عليه كما يفعل الوالد بولده وتنعقد بموجب عقد رسمي، ومن هنا فقد حاول المشرع الإرتقاء بواجب الكافل إلى مرتبة الأب الحقيقي، وقد جعل المشرع الكفالة كبديل لرعاية الأطفال مجهولي النسب أو حتى معلُومي النسب، وقد أوجبت المادة 2120 أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي أما إذا مجهول النسب فتطبق عليه عليه أحكام المادة 364 من قانون الحالة المدنية والتي تنص على ما يلي "....يعطى ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أي أسماء، يعين للطفل مجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي "، وفي ذات السياق وسعياً من الجزائري لحماية شعور فئة مجهولي النسب فقد أُصدر المرسوم 92-24 والمتعلق بتغيير اللقب الذي جاء معدلاً ومتمماً لأحكام المرسوم 71-157 حيث نصت المادة الأولى منه على مايلي "كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانوناً في إطار الكفالة، ولداً قاصراً مجهول النسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر

1: المادتان 20 و21 من إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 .

2: المادة 120 من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

3: المادة 64 من الأمر 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر رقم 21 المؤرخة في 28 فبراير 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 الصادر في 09 غشت 2014، ج.ر رقم المؤرخة في 20 غشت 2014 .

معلومة وعلى قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب "، وقد قصد المشرع من هذا حماية الولد المكفول مجهول النسب بمنحه لقباً عائلياً لتمكينه من مواجهة المجتمع ما ينعكس نفسياً عليه بشكل إيجابي، فإذا كانت الشريعة الإسلامية أغلقت باب التبني،فإنها فتحت أبواب أخرى تضمن حماية أكثر للأطفال مجهولي النسب،وذلك بما يعرف بالكفالة والاحتضان والرعايةا لتي تضمن حماية الأنساب وعدم اختلاطها،لكن الشيء الملاحظ في الحياة اليومية أن شريحة الأطفال مجهولي النسب واللقطاء يعانون من عدة مشاكل عند بلوغهم سن الرشد،رغم كفالتهم من طرف مؤسسات الرعاية الاجتماعية أو بعض الأسر ذوي البر والإحسان، الشيء الذي دفع ببعض العائلات الرغبة في إعطاء اللقب العائلي لهم لضمان أحسن حياة لتنشئتهم،وهو نفس الشيءالذي دفع هذه الأسر إلى الإستفسار عن مدى شرعيته رغم صراحة النصوص القرآنية بتحريم التبني، فبعد عدة سنوات من النقاش صدرت فتوى في سبتمبر1991 فرقت بين النسب ومنح اللقب وأجازت للعائلة الكفيلة إعطاء لقبها على الطفل المكفول1، وكل هذه الأفكار تندرج في إطار ترقية المشرع لمكانة الكافل إلى مرتبة الأب الحقيقي للولد المكفول، وما يزيد هذا القول دعماً ما جاءت على ذكره المادة 121 ق.أس2 التي جاء فيها ما يلي " تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي "، وكذلك ما نصت عليه المادة 3123 من ذات القانون التي مكنت الطفل المكفول من إمكانية حصوله على أموال من الكافل بطريق التبرع كالوصية أو الهبة لكن في حدود الثلث .

وعليه فمن خلال كل هذه الأحكام المنظمة لنظام الكفالة كبديل عن التبني في مجال الرعاية البديلة المقررة لصالح الأطفال المحرومين من وسط عائلي، ومن هنا نجد توافقاً صريحاً وواضحاً بينما ذهبت إليه الإتفاقية وقانون الأسرة الجزائري، فقد اعترفت الإتفاقية بكل من التبني والكفالة كنظامين للرعاية الأسرية البديلة للاطفال المحرومين من ذلك، وبذلك فالإتفاقية جاءت متماشية مع النظم المقررة لرعاية الأطفال

1: بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص.60 .

2: المادة 121 من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة .

3: المادة 123 من الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة .

وحمايتهم في الشريعة الإسلامية والتي شرعت الكفالة وحرمت التبني وهو الرأي الذي أخذت به جل الدول العربية ومن بينها الجزائر، لكن ما يطرح حول غموض موقف المشرع الجزائري بشأن التبني بعد تعديله لأحكام القانون المدني سنة 2005 حيث استحدث المادة 13 مكرر11 والتي تضمنت أحكام القانون المطبق على الكفالة والتبني، ومن ثم فالمشرع الجزائري سار نحو إتاحة الفرصة للمقيمين بالجزائر من الأجانب بإبرام عقد التبني أمام القضاء الجزائري متى كان قانون جنسيتهم يسمح بذلك، ويتم إبرام التبني أمام القاضي الوطني الجزائري، ومن ثم فالمشرع الجزائري أصبح يسير أكثر فأكثر في المنهج الذي جاءت على ذكره إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 والتي صادقت عليها الجزائر، لكن ما يشار إليه أن المشرع الجزائري بإقراره لنظام الكفالة كنظام للرعاية الأسرية البديلة للأطفال المحرومين ومن وسط عائلي يتماشى كذلك والمصالح الفضلى التي تضمنتها إتفاقية حقوق الطفل وأكدت عليها في جل موادها، وقد سعى المشرع في تحقيق الحماية التي أقرتها المبادئ الدستورية بشأن حماية الأطفال وهو ما نص عليه المؤسس الدستوري في المادة 272 من التعديل الدستوري الأخير بقوله "تحظى الأسرة بحماية الدّولة و المجتمع، تحمي الأسرة والمجتمع والدولة حقوق الطفل، تكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب"، ومن هنا فالمشرع الجزائري قد أكد بالتكرار على حماية الأطفال المحرومين من الأسر، فقد منح الأسرة التي يعد الأطفال من بين أفرادها الحماية من طرف المجتمع والدولة، وواصل تأكيده على حماية الأطفال في الفقرتين المواليتين، وبهذا أكد المؤسس الدستوري على الحماية التشريعية المقررة للأطفال المحرومين من الرعاية الأسرية الحقيقية ومنح لهم رعاية بديلة تغنيهم عن مراكز حماية وإيواء الطفولة الهشة والمسعفة، وأقر الحماية حتى للأطفال المتواجدين ضمن أسرهم الحقيقية .

1: المادة 13 مكرر 1 مستحدثة بموجب الأمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 .

2: المادة 72 من القانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر رقم 14 مؤرخة في 07 مارس 2017 .

وعلى الصعيد المغربي فقد صادق هو الآخر على إتفاقية حقوق الطفل بموجب الظهير الشريف 11.93.363 وفي ذات السياق قد خص المشرع المغربي الأطفال بنظام الرعاية الأسرية البديلة بطريق الكفالة، وعلى هذا الأساس فقد أصدر القانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ملغياً لأحكامالظهير السابق لسنة 1993، وجاءت المادة منه لتنص على أن " كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون هي الإلتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب على الكفالة الحق في النسب ولا في الإرث "، وقد أقر التعديل الدستوري الذي جاء به المشرع المغربي سنة 2011 2على الحماية القانونية للطفل من قبل الدولة وهو ما نص عليه الفصل 32 منه، وفي على هذا الأساس فقد خص المشرع المغربي نظام الرعاية البديلة للأطفال المهملين بقانون خاص يتضمن جل الأحكام الموضوعية والإجرائية المنظمة للكفالة، وقد جعل المشرع الكفالة وسيلة لرعاية الأطفال مجهولي النسب وكذا الأطفال الأيتام، بالإضافة للأطفال الذين تخلى أباؤهم عن رعايتهم بسبب إنحرافهم .

ومن خلال هذه الأحكام يتجلى الموقف الصريح للمشرع المغربي في إقرار الكفالة كنظام للرعاية الأسرية البديلة بالنسبة للأطفال المهملين، وفي ذات الشأن فقد سار المشرع المغربي في نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري في منع التبني وهذا ما يتجلى صراحة في نص المادة 3149 من مدونة الأسرة المغربية بقولها " يعتبر التبني باطلاً، ولاينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية ...."، ومن ثم فإن موقف المشرعين واضح ويتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية ومع ماجاءت به إتفاقية حقوق الطفل في إيلاء المصالح الفُضلى للأطفال المحرومين من الأوساط العائلية والأسرية الحقيقية وتمكينهم من الوسط العائلي البديل لتحقيق الرعاية البديلة لهؤولاء الأطفال المحرومين، وتنشئتهم بشكل سليم داخل أسر بديلة

1: الظهير الشريف 1.93.363 الصادر في 09 جب 1417 الموافق ل 21 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 4440 المؤرخة في 08 شعبان 1417 الموافقة ل 19 ديسمبر 1996 .

2: ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 شعبان 1432 الموافق ل 29 يوليو 2011، ج.ر عدد 5964 مكرر المؤرخة في 28 شعبان 1432الموافق ل 30 يوليو 2011 .

3 : المادة 149 من الظهير الشريف رقم 01.04.22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 المتضمن مدونة الأسرة المغربية .

لرعايتهم وتحقيق كل شروط الرعاية الأسرية والتربية الأبوية والإنفاق عليهم وتمكينهم من المودة والرحمة اللازمة لتحقيق ظروف التربية السليمة لهم، وتعد المصالح الفضلى للطفل من بين أهم المبادئ التي أرستها هاته الاتفاقية في مادتها الثالثة، وهو ضرورة مراعاة الدول الأطراف لحقوق الطفل أولا عند اتخاذ أيةإجراءات إدارية أو تنفيذية أو قضائية أوغيرها تتعلق بالطفل، ولذلك فقد جاء نص المادة الثالثة من الاتفاقية كالآتي "في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال،سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولي الاعتبار لمصالح الطفل الفضلى "1، وقد أكدت الإتفاقية في جميع نصوصها على إيلاء الطفل كل الأهمية والحرص الشديد على ترقية حقوقه داخل الأسرة الحقيقية أو البديلة مع توفير الضمانات التشريعية والحمائية اللازمة .

وقد حاول المشرع المغربي من خلال أحكام هذا القانون ترقية مكانة الكافل إلى مرتبة الأب الحقيقي ويتجلى ذلك من خلال نص المادة 30 من ذات القانون التي تضمنت عقوبات زجرية في حق الكافل الذي يرتكب جريمة في حق الطفل المكفول، فيعامل أمام القضاء في حالة إرتكابه جريمة كما يعامل الوالدان الطين يرتكبون جرائم شنيعة في حق أولادهم، مما يعنى أنه إجراء تشديدي من جهة هادف لحماية الطفل المكفول، ويفهم منه من جهة أخرى محاولة المشرع المغربي إلى ترقية العلاقة بين الكافل والمكفول من مستوى الرعاية الأسرية البديلة إلى مرتبة الأبوة الحقيقة وإضفاء هذه الصبغة عليها .

المطلب الثاني :النظام القانوني لإنعقاد الكفالة

من خلال هذا المطلب سنحاول التطرق للشروط اللازمة لإنعقاد الكفالة بشكل صحيح، وكذا بيان الشروط الإجرائية لإنعقاد عقد الكفالة، هذا بالإضافة إلى بيان الآثار المترتبة عن قيام عقد الكفالة صحيحاً

الفرع الأول:شروط إنعقاد الكفالة

إن إبرام عقد الكفالة كنظام للرعاية الأسرة البديلة يتطلب توافر بعض الشروط منها ماهو متعلق بالكافل، ومنها ماهو مرتبط بالمكفول ويمكن تلخيصها إجمالاً في النقاط التالية :

1: بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، 66 .

– أوجب المشرع الجزائري وفق نص المادة 118 ق.أ س1 على الكافل بأن يكون مسلماً2، ومردَ ذلك أن الكافل سيمارس الولاية على نفس المكفول وعلى ماله، والأصل أنه لا ولاية لكافر على مسلم وكذلك فالإسلام يعلو ولا يعلى عليه، وبذلك فشرط الإسلام لازم لإبرام عقد الكفالة وفق التشريع الأسري في الجزائر، وفي ذات السياق نصت المادة 309من قانون كفالة الأطفال المهملين بالمغرب على شرط الإسلام لإنعقاد الكفالة بشكل سليم ورسمي، وهذان الموقفان يتوافقان مع ماذهبت إليه الشريعة الإسلامية في إشتراط أن يكون الكافل مسلماً .

– كما أوجب المشرع الجزائري في نص المادة 118 ق.أس شرط العقل بالنسبة للكافل وأن يكون مكتمل الأهلية وفق مانصت عليه المادة 40 ق.م4، وذلك ليتمكن من القيام برعاية المكفُول والقيام بشؤونه قيام الأب بولده، وفي على ذات المنوال نص المشرع المغربي في نص المادة 09 على شرط البلوغ وتمام العقل وتوفر السن القانوني وهو ما نصت عليه المادة 18 من مدونة الأسرة المغربية وكذا المادة 209 التي تحدثت عن سن الرشد القانوني المقدر ب 18 سنة شمسية كاملة، مع العلم أنه هذه المادة تندرج ضمن أحكام الكتاب الرابع المنظم للأهلية والنيابة الشرعية5، وذلك للقيام برعاية الطفل المكفول والقيام بشؤونه، ويمكن للقاضي للوقوف على هذا الشرط الإستعانة بمساعد إجتماعي أو اللجوء إلى الخبرة الطبية للتأكد من توفر هذا الشرط .

– كما إشترط المشرع الجزائري في نص المادة 118 ق.أس شرط القدرة لدى الكافل، ويقصد به القدرة الجسدية والمادية للتكفل بالمكفول، وعليه يجب أن يكون الكافل قادراً جسدياً على الكفالة غير مصاب بأي عج ز أو عاهة تكون عائقاً في قيامه بالرعاية اللازمة للمكفُول، كما يجب أن يكون الكافل قادراً مادياً

1: المادة 118 من الأمر 05–02 المتضمن قانون الأسرة .

2 : أنظر، عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2014، ص.160.

3: المادة 09 من قانون كفالة الأطفال المهملين بالمغرب .

4: المادة 40 من الأمر 05–10 المتضمن القانون المدني .

5: المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية .

على القيام بكفالة الطفل من الناحية المادية، ويتم إثبات ذلك أمام القاضي بكشف الراتب، كما جاءت صراحة المادة 09 من قانون كفالة الأطفال المهملين بالمغرب على ذكر وجوب توافر وسائل مادية كافية لتوفير إحتياجات الطفل المكفول .

ومن بين الإشكالات التي تثور بشأن الكفالة هل تقتصر الكفالة على الرجل دون المرأة ؟ وكذلك هل يشترط فارق السن بين الكافل والمكفول ؟ وهل يشترط في الكفالة موافقة كلا الزوجين ؟

فمن ناحية المشرع الجزائري فقد سكت عن هذه النقاط ضمن النصوص المنظمة لأحكام الكفالة، ومن الناحية الواقعية يبقى ذلك خاضعاً لتقدير القاضي مراعياً في ذلك المصلحة الفُضلى للطفل المكفول، وأما من جانب المشرع المغربي فقد مكن المرأة المسلمة التي تتوفر فيها الشروط المذكورة ضمن نص المادة 09 من قانون كفالة الأطفال المهملين من كفالة طفل مهمل، ويكون بذلك حسناً قد فعل المشرع المغربي وكان على المشرع الجزائري أن يحذو حذوه متى تحققت المصلحة الفضلى للطفل المراد كفالته، وبخصوص موافقة الزوجين على الكفالة فقد نصت المادة 09 صراحة على أنه تسند الكفالة للزوجين المسلمين، في حين سكت المشرع المغربي عن شرط الفرق في السن وإن كان هذا الشرط واقعياً وتفرضه المصالح الفضلى للطفل المكفول، وثم يتوجب على القاضي مراعاته والتأكد منه بأي شكل ضماناً للرعاية الأسرة البديلة السليمة والمريحة للطفل المكفول .

ومن جانب المكفول فلم يشترط المشرع الجزائري أي شرط، لكن من الناحية الواقعية يشترط أن يكون الطفل المكفول المحتاج للرعاية الأسرية البديلة قاصراً، بخلاف المشرع المغربي الذي نص في المادة الأولى من قانون كفالة الأطفال المهملين بالمغرب على أن الطفل المهمل الذي يحتاج للكفالة هو من لم يبلغ سن 18 سنة كاملة، وهو ما يتماشى مع سن الطفولة الذي حددته إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 .

كما أنه من الشروط التي جاء على ذكرها المشرع الجزائري في نص المادة 119 هو أن المكفول يجب أن يكون إما معلوم النسب أو مجهول النسب، وفي هذه الحالة الأخيرة فإن مديرية النشاط الإجتماعي هي التي تمثل الطرف المقابل للكافل في إبرام عقد الكفالة أمام الهيئات القضائية، وفي ذات السياق فقد صدر المرسوم التنفيذي 16-334 المحدد لشروط وكيفيات تنظيم وسير الهيئة الوطنية

لحماية وترقية الطفولة1 تطبيقاً لأحكام المادة 11 من القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل2، ومن ثم فمستقبلاً قد تشرف هذه الهيئة على القيام بدور الوساطة في إيجاد عائلات من شأنها تحمل عبئ القيام بالرعاية الأسرية البديلة بطريق الكفالة للأطفال المحرومين من الوسط العائلي الحقيقي الذي يحتويهم، وكذا متابعة تنفيذ عقد الكفالة على الصعد الواقعي بما يضمن المصالح الفضلى للطفل المكفول في الحصول على الرعاية اللازمة والتنشئة السليمة .

أما بالنسبة للمشرع المغربي فهو الآخر قد جعل الكفالة من حق الأطفال المهملين ويقصد في إطار هذا المفهوم الطفل مجهول النسب، أو الطفل الذي تعرف أمه دون أبيه، وكذا الأطفال الأيتام أو كل من عجز أبواه عن رعايته إما لعدم القدرة على ذلك أو لإنحرافهما، وهذا ما أشارت إليه المادة الأولى من قانون كفالة الأطفال المهملين بالمغرب .

الفرع الثاني :إجـــراءات إنـــعقاد الكـــفالة

لقد نظم المشرع الجزائري إجراءات إنعقاد الكفالة والتي يتم إبرامها حسب المادة 117 ق.أس إما أمام المحكمة أو أمام الموثق بإعتباره ضابطاً عمومياً، وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكاما تفصيلية في هذا المجال، فقد نصت المادة 492 منه على أن الكفالة تتم أمام المحكمة بموجب عريضة مؤرخة وموقعة مقدمة من طالب الكفالة أو ممثله القانوني أمام قاضي شؤون الأسرة التي يوجد موطن الكافل في دائرة إختصاصها، ويمكن أن تتضمن ذات العريضة طلب الكافل في منح المكفول لقبه العائلي تطبيقا لأحكام المرسوم 92-24، وبعد تسجيل العريضة بأمانة الضبط يقوم قاضي قسم شؤون الأسرة بتحديد جلسة تعقد في غرفة المشورة أو بمكتب القاضي للنظر في طلب الكفالة وهذا ماتضمنته أحكام المادة 494 ق.إج.الم.والإ، ويقوم القاضي المختص بمساعدة النيابة العامة بإعتبارها طرفاً أصلياً في كافة القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة بموجب المادة 3 مكرر ق.أس بالتحقيق في مدى توافر الشروط

1: المرسوم التنفيذي رقم 16-334 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1438 الموافق ل 19 ديسمبر سنة 2016 المحدد لشروط وكيفيات تنظيم وسير الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة، ج.ر رقم 75 المؤرخة في 21 ديسمبر 2016 .

2: المادة 11 من القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل .

المتعلقة خصوصاً بالكافل، وله – أي القاضي – في سبيل ذلك أن يأمر كتابياً بإجراء أي تحقيق أو تدبير يراهَ مفيداً للتأكد من القدرة الجسمية والمادية للكافل التي تمكنه من رعاية الطفل المكفول والإنفاق عليه وحسن تربيته بدون أي عوائق، ويمكنه الإستعانة بخبرة المساعدة الإجتماعية من خلال القيام ببحث إجتماعي لتكوين فكرة عن الوسط العائلي البديل الذي سيعيش فيه الطفل المكفول، لاسيما فيما تعلق بالجانب الأخلاقي للكافل وقدرته على تربية الطفل المكفول على السلوك القويم والمستقيم وهذا ما أشارت إليه المادة 495 ق.إج.الم.والإ، وإذا كان أبوا الطفل المكفول على قيد الحياة فيشترط موافقتهما الصريحة حسب ما أشارت إليه المادة 117 ق.أس، أو موافقة الأم إذا كانت معلومة إذا كان الطفل مجهول النسب، وبعد ذلك يمكن للقاضي أن يفصل في طلب الكفالة بموجب أمر ولائي مسبب يتضمن قبول الكفالة أو رفضها، وهذا ما نصت عليه المادة 493 ق.إج.الم والإ. هذا فيما تعلق بإبرام الكفالة أمام الجهات القضائية ومما يشار إليه أن المشرع الجزائري لم يضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإجراءات المتعلقة بإنعقاد الكفالة أمام الموثق ومن ثم فكان على المشرع تفادي هذا الفراغ التشريعي وإستكماله بنصوص إجرائية واضحة وصريحة .

أما بخصوص التخلي عن الكفالة فقد نصت المادة 125 ق.أس وكذا المادة 496 ق.إج.الم.والإ على أنه يتم التخلي عن الكفالة أمام نفس الجهة التي أقرتها بموجب دعوى وفقاً للإجراءات العادية المقررة لرفع الدعوى وأن يكون ذلك بعلم النيابة العامة، وينظر في الدعوى في جلسة سرية بعد سماع ممثل النيابة العامة، كما يمكن أن تنتقل الكفالة إلى الورثة إن إلتزموا بذلك وهذا ما تضمنه حكم المادة 497 ق.إج.الم.والإ، وإلا فإنه على القاضي إسناد أمر رعاية القاصر المكفول إلى الجهات المختصة برعاية الأطفال المحرومين من الأوساط العائلية، كدور الرعاية التابعة لمديريات النشاط الإجتماعي، كما يمكن للأبوين الحقيقيين للطفل المكفول الرجوع في عقد الكفالة وهذا الضمان منحته لهما المادة 123 ق.أس لكنه لا يمكن لهما ممارسته بطريقة عشوائية أو فتح باب الإبتزاز من قبلهما في مواجهة الكافل أو بما قد يضر بالمصالح الفضلى للطفل المكفول، ومن فالطفل المكفول يخير إذا طلب والداه رجوعه إليهما متى بلغ سن التمييز حسب المادة 42 ق.م – أي بلوغه سن 13 سنة فأكثر – أما إذا كان الطفل المكفول غير مميز فهنا جعل المشرع القاضي مراقباً لعملية إنهاء الكفالة ومن ثم يتوجب الرجوع إليه

لتقدير الأمر بما يخدم المصالح الفضلى للطفل المكفول والحكم بما تمليه تلك المصالح ولو على حساب رابطة الأبوة والأمومة متى شكل ذلك ضررا للمصالح الفضلى لهذا الطفل1، وفي هذا الشأن قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/10/11 ما يلي "من المقرر قانوناً أن عودة الإبن المكفول غير المميز لايسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول، ومتى تبين – في قضية الحال – أن البنت المكفولة غير مميزة وقضاة الموضوع قضوا بإلحاقها لأنها مراعاة لمصلحتها يكونون قد طبقوا صحيح القانون ولم يخالفوه"2.

وعلى صعيد المشرع المغربي فقد كان أكثر دقة وإهتماماً بالجانب الإجرائي فقد ضمن القانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بمسطرة إجرائية تتضمن أحكام إجرائية خاصة بكفالة الأطفال المهملين، ويعهد بموجب المادة 14 منه إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الطفل المهمل بإسناد الكفالة إلى الشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة، ويتعين على الراغبين في الكفالة ممن عينتهم المادة 09 من ذات القانون تقديم طلب بشأن إسناد الكفالة مرفق بالوثائق المثبتة لإستيفاء الشروط المبينة في المادة 09 من ذات القانون، ويقوم القاضي المكلف بشؤون القاصرين حسب أحكام المادة 16 بجمع المعلومات والمعطيات المتعلقة بالظروف التي ستتم فيها كفالة الطفل المهمل، ويتم ذلك عن طريق إيفاد لجنة خاصة مكونة من ممثل عن النيابة العامة وكذا ممثل عن السلطات المكلفة بالطفولة .....الخ، ويهدف هذا البحث في مجمله إلى الوقوف حول مدى توافر الشروط المطلوبة قانوناً لإنعقاد الكفالة، وبعد التأكد يصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين أمراً بإسناد كفالة الطفل المهمل إلى الشخص أو الجهة التي تقدمت بالطلب، ويقضي الأمر بتعيين الكافل مقدما عن المكفول ويكون هذا الامر مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن، مع إمكانية إستئنافه ويبث فيه في غرفة المشورة

1: عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.163 وما يليها .

2: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ : 2006/10/11 ، ملف رقم 367977، م.ق، 2007، العدد01، ص.473، مقتبس عن : باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.94 .

. ويتم تنفيذ الأمر الصادر بالكفالة من طرف المحكمة الإبتدائية التابع لها القاضي المصدر لأمر الكفالة خلال 15 يوما الموالية لصدوره، ويحرر محضر بتسليم الطفل المكفول إلى الشخص الكافل أو الجهة الكافلة، ويتم تنفيذ هذا الأمر بحضور ممثل النيابة العامة والسلطة المحلية والمساعدة الإجتماعية المعنية عند الإقتضاء، ويحرر بالمحضر هويات كل من الكافل والطفل المكفول والأشخاص الذين حضروا عملية التسليم ويتم توقيعه من قبلهم جميعاً .

وبهذه الأحكام يكون المشرع المغربي قد أحاط كفالة الأطفال المهملين بأحكام إجرائية واضحة ودقيقة مما يعكس الأهمية التي أولاها لهذه المسألة المتعلقة بتحقيق المصالح الفضلى للطفل المكفول في تحقيق الرعاية الأسرية البديلة للأطفال المحرومين من وسط عائلي حقيقي، وأتبع المشرع إهتمامه بتضمين القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين فصلا يتعلق بتتبع بتنفيذ الكفالة و فيه تضمين لصلاحيات معهودة للقاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الكافل تمكنه من تتبع ومراقبة شؤون الطفل المكفول، ومدى وفاء الكافل بإلتزاماته وله في سبيل ذلك الإستعانة بالنيابة العامة، أو السلطات المحلية أو المساعدة الإجتماعية المؤهلة لذلك قانوناً ....الخ، ويتعين على القاضي المكلف بشؤون القاصرين إذا ما إمتنع كافل الطفل المهمل عن تنفيذ مقتضيات الأمر الصادر عن القاضي بعد القيام بتتبع تنفيذ الكفالة إحالة الملف على النيابة العامة لتسهر على تنفيذه بواسطة القوة العمومية أو بما تراه ملائماً من الوسائل مع إتخاذ كافة الإجراءات المناسبة لتحقيق المصالح الفضلي للطفل المكفول في الحصول على وسط أسري بديل يقد له الرعاية البديلة .

وقد تضمن أيضا القانون المنظم لكفالة الأطفال المهملين بالمغرب حكما جاءت على ذكره المادة 21 منه1 مفادها توجيه القاضي المكلف بشؤون القاضي نسخة من الأمر القاضي بإسناد الكفالة أو بإلغائها أو بإستمرارها إلى ضابط الحالة المدنية المسجل لديه رسم ولادة الطفل المكفول وذلك في أجل شهر من تاريخ صدورها ويجب الإشارة إلى الأمر الصادر بإسناد الكفالة أو بإلغائها أو بإستمرارها بطرة – على ذيل

1: المادة 21 من القانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بالمغرب .

– رسم ولادة الطفل المكفول طبقا للمقتضيات المتعلقة بالحالة المدنية، ولا يشار بذلك في نسخ الرسوم الممنوحة للكافل أو المكفول طبقا لقانون الحالة المدنية .

الفرع الثالث :الآثـار المـــترتبة عن الكـــفالة

متى نشأت الكفالة صحيحة كما تم الحديث سالفا ترتب عن الحكم الذي يقضي بكفالة الإلتزامات المقررة في نص المادة 116 ق.أس المتمثلة في التربية والرعاية وكذا الإنفاق على الطفل المكفول بما يحقق له مستوى معيشي ملائم ومريح، كما أن الولاية على نفس ومال المكفول تنتقل إلى الكافل وهذا ما أشارت إليه صراحة المادتان 121 و 122 ق.أس، ومن هنا يتوجب على الكافل العناية بالطفل المكفول ورعايته وتربيته وفق السلوك الأخلاقي القويم، كما تخول الكفالة للكافل قبض المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الوالد الأصلي، ومن هنا تتجلى رعاية الدولة للكفالة ومساهمتها في ترقيتها لتصبح بمثابة الأبوة والبنوة الحقيقة، والسهر على خلق وسط عائلي بديل يكاد يرقى للوسط الحقيقي من خلال إحاطته بهذه الحقوق والضمانات، ويتولى الكافل الولاية على أموال المكفول وفقاً لأحكام الولاية على أموال القاصر المقررة في قانون الأسرة والقانون المدني، كما يمكن للكافل أن يوصي أو يهب ببعض ماله للطفل المكفول مادامت الكفالة لاتجيز التوارث بينهما وهذا ما أشارت إليه المادة 123 ق.أس لكن في حدود الثلث وما جاوزه فهو خاضع لإجازة الورثة، كما يتيح عقد الكفالة للطفل للمكفول مجهول النسب من الأب حق الإستفادة من لقب كافله تطبيقاً لأحكام المرسوم 92–24 ولايتم ذلك إلا بموافقة الأم إذا كانت معروفة أو لا زالت على قيد الحياة، ويعد هذا الإجراء بمثابة حماية إجتماعية لشعور الطفل المكفول في الوسط الذي يعيش فيه وهو ترقية لرابطة الكفالة من مستوى الرعاية الأسرة البديلة إلى مصاف الوسط العائلي الحقيقي دون أن تكون تبنياً غير مباشر أو غير معلن عنه .

وبالنسبة للمشرع المغربي فإن آثار الأمر المتعلق بإسناد كفالة الطفل المهمل تتجلي في أحكام المواد 22 وما يليها من ذات القانون1، ومن أبرزها تحمل الكافل الإلتزامات الملقاة على عاتقه المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته

1: المادة 22 وما يليها من القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بالمغرب .

الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني، كما تتيح المادة 23 من ذات القانون للكافل أن يوصي أو يهب المكفول أو يتصدق...الخ بعض أمواله ويتم ذلك أمام القاضي المكلف بشؤون القاصرين، الذي يهتم بدوره بحماية حقوق المكفول ومصالحه الفضلى والدفاع عنها، كما يتيح الأمر بإسناد كفالة الطفل المهمل للكافل التنقل مع المكفول خارج تراب المملكة المغربية بعد الحصول على إذن من قاضي شؤون القاصرين وذلك متى تحققت لديه مصلحة الطرفين مع إيلاء المصالح الفضلى للطفل المكفول، وترسل نسخة من الإذن إلى المصالح القنصلية المتواجد بها الكافل لمراقبة وتتبع تنفيذ الكفالة ووضعية الطفل المكفول، وكذا مراقبة مدى وفاء الكافل بالإلتزامات الملقاة على عاتقه وذلك بالإستعانة بكافة الوسائل المناسبة للوقوف على ذلك، ويخطر القاضي المختص بالمستجدات الطارئة من خلال تقارير معدة من قبل القنصلية .

الخاتمة :

ومما يمكن الخلوص إليه في الاخير في أن المشرعين الجزائري والمغربي قد حاولا إضفاء حماية تشريعية وإجتماعية كافية من خلال الترسانة القانونية المعدة لذلك كماً ونوعاً، وإن كانت تشوبها بعض النقائص والثغرات التي يمكن تداركها في التعديلات التشريعية اللاحقة بما يخدم المصالح الفضلى للأطفال المحرومين من أوساط عائلية تسهر على تربيتهم والإنفاق عليهم وتنشئتهم وحمايتهم، ومن ثم فإن المشرعين قد ساراَ حذو الشريعة الإسلامية في إقرار الكفالة كنظام بديل للرعاية الأسرة البديلة عن التبني الذي حرمته الشريعة ومنعته التشريعات لما فيه من إنتهاك للحرمات وخلط للأنساب، ومن ذلك نجد أن الشريعة الإسلامية لم تحل مشكل التبني بل جاءت بنظام بديل لحفظ الأنساب وتطهير المجتمع من إختلاط الأنساب وهو ما يعرف بنظام الكفالة، وقد ساير المشرعان ماذهبت إليه إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989في مجال ترقية حقوق الطفل ومنحه الحق في الرعاية الأسرية البديلة بطريق الكفالة، وإحاطة هذا النظام بنصوص تكفل تحقيق المصالح الفضلى للطفل المكفول وبما يخدمها، من خلال تركيز جل النصوص على الرعاية الحقيقية وكذا التربية والتنشئة بالإضافة للإضطلاع بواجب النفقة، ما من شأنه توفير جو بديل للأطفال المحرومين من الأوساط العائلية الحقيقية وتعويضها بتربية بديلة ترقى إلى مستوى الأسرة الحقيقية في رعاية الطفل وتربيته والسهر على القيام بشؤونه والإنفاق عليه وتعويضه عن الحرما الذي

يعيشه، ومن ذلك فالمشرعان قد أحاطا نظام الرعاية البديلة بنصوص تشريعية حمائية قبلية وبعدية بما يخدم المصالح الفضلى للأطفال المحرومين والمهملين ويسعى لترقية مكانتهم داخل المجتمع بإعتبارهم جزءاً لا يتجزأ من الطفولة .

المراجع:

01-النصوص القانونية:

- الدستور الجزائري الحالي المعدل.
- إتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق 19 ديسمبر 1992 .
- الأمر 05-02 المعدل والمتمم للأمر 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 27 فبراير 2005 .
- القانون رقم 58/27 المؤرخ في 1958/03/04، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 19، مؤرخ بتاريخ 1958/03/07 .
- مرسوم تنفيذي 92-24 المتمم لأحكام المرسوم 71-157 والمتعلق بتغيير اللقب المؤرخ في 08 رجب عام 1412 الموافق ل 13 يناير 1992، ج.ر رقم 05 المؤرخة في 22 يناير 1992 .
- الأمر 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر رقم 21 المؤرخة في 28 فبراير 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 الصادر في 09 غشت 2014، ج.ر رقم المؤرخة في 20 غشت 2014 .
- الظهير الشريف 1.93.363 الصادر في 09 جب 1417 الموافق ل 21 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 4440 المؤرخة في 08 شعبان 1417 الموافقة ل 19 ديسمبر 1996 .
- ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 شعبان 1432 الموافق ل 29 يوليو 2011، ج.ر عدد 5964 مكرر المؤرخة في 28 شعبان 1432الموافق ل 30 يوليو 2011 .

- الظهير الشريف رقم 01.04.22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 المتضمن مدونة الأسرة المغربية .
- المرسوم التنفيذي رقم 16–334 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1438 الموافق ل 19 ديسمبر سنة 2016 المحدد لشروط وكيفيات تنظيم وسير الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة، ج.ر رقم 75 المؤرخة في 21 ديسمبر 2016 .
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ : 2006/10/11 ، ملف رقم 367977، م.ق، 2007، العدد01، باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.94 .
- القانون رقم 15–12 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق ل 15 يوليو سنة 2015 المتعلق بحماية الطفل، ج.ر رقم 39 المؤرخة في 19 يوليو سنة 2015 .
- ظهير شريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) المتعلقة بتنفيذ نص الدستور للمملكة المغربية، ج.ر عدد 5964 مكرر المؤرخة في 30 يوليو 2011 .
- قانون رقم 15.01 الصادر في 23 يوليوز 2002 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين داخل المملكة المغربية، والذي يلغي النص السابق الصادر في 07 أبريل 1993 .
- الكتب:
- صفية الوناس حسين، مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، قسم الدراسات الإسلامية، كلية التربية
- حاج سويدي محمد، التنظيم القانوني لتشغيل الأطفال "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015–2016
- بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008–2009
- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2004–2005

- بن علي أمينة نور الهدى، حماية الأمومة والطفولة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009-2010
- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2014،
- علال أمال، الكفالة والتبني "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008-2009
- العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز للنشر، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013