جامعة 8 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية — مدرسة الدكتوراه"دراسات قانونية"

قسم الحقوق — قطب:جامعة 8 ماي

1945قالمة

مدى حماية المكفول في نظام الكفالة في التشريعات المغاربية

إعداد الطالبة: — إشراف الأستاذ الدكتور:

حيدوسي إيمان — باوني محمد

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
رحماني منصور	أستاذ محاضر	جامعة سكيكدة	رئيسا
باوني محمد	أستاذ محاضر	جامعة تبسة	مشرفا و مقررا
مراح محمد	أستاذ محاضر	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا
دربال عبد الرزاق	أستاذ محاضر	جامعة تبسة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 1432هـ-1433هـ/2011م-2012م

قال الرسول عليه الصلاة و السلام:

«أنا و كافل اليتيم في الجنة هكذا»

و قال بإصبعيه السبابة و الوسطى

(رواه البخاري)

الإهداء

أناجي الله تعالى أن يجعل من هذا الجهد المتواضع علما نافعا, و أن يجعل ثواب كل منفعة منه رحمة و مغفرة و عافية لروح أبي العزيز

إلى الوالدة الكريمة, حفظها الله, و قدرني على برها فتحت أقدامها الجنة

إلى من علمني تذوق حلاوة الصبر, إلى أخي العزيز عبد الرحمان مهدي

إلى أخواتي صبرينة و سعاد, حفظهما الله

و أهدي بصفة خاصة هذا الجهد المتواضع إلى ابني مهدي, راجية أن يكون له الشمعة المضيئة على مدى حياته, سائلة المولى إمدادي القدرة حتى أكون له القدوة الحسنة علما و دينا

إلى كل العائلة و الأحباب, كل باسمه الكريم, الذين شجعوني و نصروني

إلى كل طلبة مدرسة الدكتوراه, و على الخصوص دفعة تخصص قانون شؤون الأسرة

إلى كل الأساتذة الكرام الذين أمدونا من وقتهم وجهدهم في سبيل تكويننا و نصحنا و إرشادنا

شكر و تقدير

الحمد و الشكر لله وحده لا شريك له. ما كان أن يجري شيء في ملكه إلا بمشيئته جل شأنه, فهو القائل: «إنما أمره إذا أراد شيئا أن يقول له كن فيكون» (سورة يس آية8).

فالحمد لله في الأول و في الآخر و الحمد له على كل حال إنه ليقودني شرف الوفاء و الاعترافه بالجميل, بعد أن ختمت رسالتي, و لا أملك إلا أضعف الإيمان, و هو أن أتوجه بجزيل الشكر و خالص الأماني لفضيلة الدكتور محمد باوني, أن تفضل بالإشرافه على مذكرتي و لما حباني به من التواضع و النصيحة و التوجيه, فجزاه الله عني خيرا.

كما أسدي الشكر الجزيل لساداتي الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة, كل باسمه الكريم و اللذين قبلوا –لكرمهم و فضلهم- الإشرافه على مناقشة هذه المذكرة

كما أتقدم بالشكر و الامتنان لكل من ساعدني من قريب أو بعيد, و أمدني بالدعم و التشجيع طيلة مشواري الدراسي و لو بالكلمة الطيبة, و أخص بالذكر كل عمال و عاملات مكتبة الأمير عبد القادر, التي استفدت من خدماتها في انجاز هذا البحث

قال العماد الأصفهاني:

«إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يوم إلا قال في غده أو بعد غده, لو غير هذا لكان أحسن, و لو زيد هذا لكان يستحسن, و لو قدم هذا لكان أفضل و لو ترك هذا لكان أجمل, و هذا من أعظم العبر, و هو دليل على استيلاء النقص في جملة البشر».

المقدمة

فأرجو من الله تعالى الذي نستعين به و نستهديه و نستغفره و بعد الصلاة و السلام على أشرف المرسلين أن يكون قد وفقني من خلال جهدي المتواضع بتحقيق الهدف المرجو من هذا الموضوع و الإجابة على الإشكاليات التي يطرحها بعد التعريف به و التقديم له فيمايلي:

عنت الشريعة الإسلامية منذ فجر الإسلام, بتكريم الإنسان وتفضيله على سائر المخلوقات فقال الله عزّ وجلّ: ﴿ ۞ وَلَقَدۡ كَرَّمۡنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلۡنَٰهُمۡ فِي ٱلۡبَرِّ وَٱلۡبَحۡرِ وَرَزَقۡنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلۡنَٰهُمۡ عَلَىٰ كَثِيرٖ مِّمَّنۡ خَلَقۡنَا تَفۡضِيلٗا ٧٠ ﴾ (سورة الإسراء: آية70).

فشرّع الإسلام القواعد والمبادئ التي تحقق وتحفظ للإنسان كرامته, من خلال تنظيم ما يحمي له دينه ونفسه وعقله, وعرضه وماله, وتحقيق مصالحه, سواء كان هذا الإنسان قادرا على إعالة نفسه أم لم يكن كذلك كالطفل الصّغير.

و هاهو الواقع المعاصر اليوم, يرينا أن تقدم المجتمعات مرهونا بتوفير الحماية والرعاية لفئة الأطفال, لأنه أمر يتعلق بتكوين النشء وتهيئته ليكون صالحا, فظهرت الاتفاقيات الدولية الرّاعية لحقوق الطفل, أين أكدت وأجبرت أشخاص المجتمع الدولي على إيجاد حلول وأنظمة قانونية تعنى بشؤون الطفل, خاصة إذا وجد هذا الأخير في إحدى هذه الحالات التي يكون فيها مهددا ومعرضا للخطر وهي:

-إذا كان الولد مجهول الأبوين, أو إذا كان من أب مجهول وأم معلومة تخلّت عنه.

-إذا كان يتيما, أو عجز أبواه على رعايته, أو كانا منحرفين لا يقومان بواجبهما في رعاية الولد, أو سقطت عنهما الولاية الشرعية.

-إذا كان الولد تحت رعاية أسرة أجنبية عنه, تتولى كفالته ورعايته.

فسارعت أشخاص المجتمع الدولي بتكثيف مجهوداتها من أجل ضمان لهذا الطفل أقل ما يحتاجه من غذاء وتعليم وحماية, وتهذيب وتوجيه نحو الخير, فرأت أن ذلك لا يتحقق إلا ضمن جو أسري, يضع الطفل في منزلة الابن الشرعي, الأمر الذي أدى إلى تسابق الدول, خاصة دول المغرب العربي في تبني الأنظمة والمؤسسات القانونية التي تكفل للطفل أدنى حقوقه, وتتمثل هذه الأنظمة أساسا في الكفالة والتبني.

ونظرا لكون دول المغرب العربي تدين الديانة الإسلامية و التي تعد المصدر والمرجع لقوانينها خاصة منها المتعلقة بالأحوال الشخصية, فنجدها سارت على درب

الشريعة السمحاء في اعتماد نظام الكفالة دون التبني ما عدا التشريع التونسي الذي اعتمد النظامين كما سنبينه من خلال حيثيات هذا البحث.

فلا ينتابنا شك أن هذا النظام هو الأنجع في تحقيق الحماية الفضلى للطفل المكفول و إعداده ليكون إنسانا سويا وخليفة الله في أرضه, و على ذلك كان لزاما معرفة الأحكام الشرعية في هذا الموضوع و تبيين ما مدى مصداقية استناد دول المغرب لهذه الأحكام.

ومن هنا تبرز أهمية دراسة نظام الكفالة, دراسة علمية, والبحث عن مدى مواكبة التشريعات المغاربية في تحقيق الحماية والرعاية اللازمة للمكفول, ومدى مصداقية هذه التشريعات في استنادها للشرع الإسلامي, لأنه الدين السماوي المتضمن الأحكام الاساسية التي تصون وتحمي حقوق الطفل المكفول, في حين أن العالم لم يتكلّم عن ذلك إلا في الآونة الأخيرة.

ولذلك كان عنوان الدراسة:

«مدى حماية المكفول في نظام الكفالة في التشريعات المغاربية»

ويمكن أن أقدم لهذا الموضوع من خلال النقاط التالية:

إشكالية البحث:

إن موضوع حماية المكفول, يجعلنا نطرح عدة تساؤلات, تتركز في سؤال رئيسي يتمحور حول حقيقة هذه الحماية التي توفرها التشريعات المغاربية, ويندرج تحت ذلك عدة إشكالات فرعية أهمها :

-ما مفهوم الكفالة في قانون الأسرة الجزائري؟ وهل يختلف مفهومها في تشريعات الدول المغاربية الأخرى؟.

-ما هي قواعد وأحكام نظام الكفالة في التشريعات المغاربية, وما مدى مصداقية استنادها لأحكام الشريعة الإسلامية؟.

-و هل كانت حقا قوانين التشريعات المغاربية ناجعة وناجحة في توفير هذه الحماية للمكفول, وهل استطاعت أن تترجم على أرض الواقع وتحقق أهدافها؟.

أهداف الدراسة:

*التعرف على أحكام الكفالة شرعا وقانونا, خاصة بعد انتشار هذه الظاهرة في المجتمع العربي عامة, والمجتمع الجزائري خاصة, ولعل ذلك يرجع إلى عدة أسباب, منها انتشار ظاهرة اللقطاء في المجتمع, وتفتح العقول وتقبلها لفكرة كفالة هؤلاء, إما للوازع الديني والبحث عن الأجر والثواب, وإما لإرضاء الحاجة والشوق لنعمة الأولاد.

*إثراء المكتبة القانونية بهذه الدراسة, التي أحسبها نافعة بإذن الله, وهذا لإبراز القواعد والأحكام المتبعة في دول المغرب العربي, والمقارنة بينها, وتبيين أنجعها, ومدى استنادها للشرع الإسلامي, نظرا للإهتمام المتزايد بهذا الموضوع.

*الاتصال بحقيقة واقع المكفول, من خلال إبراز المنهجية المتّبعة في كل من دول المغرب العربي لتحقيق المصلحة الفضلى للمكفول والمحافظة على نسبه وماله ونفسه ودينه.

أسباب ودوافع اختيار الموضوع:

من بين الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع ما يأتي:

*رغبتي في اختيار موضوع يناسبني, مع محاولة كونه جديدا فأردت أولا دراسة أحد مواضيع الطلاق, ولكن بعد اطّلاعي البسيط فوجئت بأن الموضوع قد بحث بكثرة, فانصرفت عنه, إلى أن أشار علي بهذا الموضوع أحد أساتذتي, ووافقت عليه.

*انتشار ظاهرة كفالة الأطفال, خاصة في المجتمع الجزائري, وكثرة التساؤلات حول هذا الموضوع, بل راودتني شخصيا مجموعة من الأسئلة بسبب أحد معارفي الذي يرغب في التكفّل بطفل.

*أنه موضوع لم يأخذ حظّه الوافر وحقّه الكامل من البحث والدراسة.

*يتطرق هذا الموضوع لليتيم ولمن لا أب لهم, الذي حرّص الإسلام على العناية به, خاصة مع جهل كثير من الناس لأحكام اليتيم والمهمات التي يجب أن يتولاها الكافل لليتيم وهي مهمات مقدسة لذلك كانت منزلة كافل اليتيم وراعيه مع النبيين في الجنة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: « أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا. و قال بإصبعيه السبابة و الوسطى », أخرجه البخاري في كتاب الأدب باب من يعول يتيما.

الدراسات السابقــة:

حيث لم أقف في حدود ما اطلعت على دراسة تحليلية لهذا الموضوع, ولا على دراسة مقارنة بين المنظومة المغاربية, ومدى استنادها للشريعة الإسلامية, فلم يخص هذا الموضوع بدراسة أكاديمية تخضع لمنهج علمي مضبوط.

فكل ما وجدته من خلال بحثي واستقرائي للدراسات السابقة, هو بعض الكتب القانونية التي تتكلم عن الكفالة في بضع صفحات معدودة منها:

كتاب قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء, الدكتور الغوتي بن ملحة.

كتاب المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية, الدكتور لحسن بن الشيخ آث ملويا.

شرح قانون الأسرة الجديد المعدل, الأستاذ بن شويخ الرشيد.

و كل ما جاء فيها عبارة عن تذكير لأهم مبادئ الكفالة, بل وفي بعض الأحيان نجد من الكتب ما يسرد أو يعيد صياغة المواد الخاصة بالكفالة في قانون الأسرة الجزائري.

ومن بين الدراسات الجزئية المتعلقة بهذا الموضوع, والتي عثرت عليها:

مقال بعنوان (أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة في الشريعة الإسلامية) لمعوان مصطفى المنشور بمجلة المعيار.

مقال بعنوان (مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية) لمحمدي (زواوي) فريدة منشور بالمجلة القضائية العدد الثاني 2000.

وكذلك دراسة بعنوان (أحكام اللقيط بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري) لفطيمة مومن, عبارة عن مذكرة ماجستير بجامعة باتنة, كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية2006م, أين تعرضت في الفصل الثاني من البحث لرعاية اللقيط داخل الأسرة الكافلة, ودرست الكفالة من مفهومها وشروطها وإجراءاتها.

و نظرا لكون صفة المكفول صفة عامة فقد يدخل تحتها اللقيط, اليتيم, وغيرهم ممن لا آباء لهم, إلى جانب من لهم آباء, فيمكن لكل دراسة تخص هؤلاء أن تتعرض لموضوع الكفالة, لأنها تعتبر وسيلة لحماية هؤلاء الأطفال, ولذلك اعتمدت ورجعت لبعض هذه الدراسات منها:

كتاب أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي, لعبد الأحد ملا رجب في الأصل عبارة عن رسالة ماجستير بجامعة المملكة العربية السعودية, 1412ه-1413ه.

و لعل هذا ما يؤكد أهمية دراسة هذا الموضوع, لأن كل الدراسات السابقة كتبت حوله تعريضا, فهي جادّة ومفيدة لأنها تتولى جمع الأحكام والقواعد القانونية والفقهية, وتحليلها ومقارنتها ببعضها, إثراء للمكتبة القانونية.

و نظرا لما ذكر أعلاه أصبحت دراسة هذا الموضوع يعيقها نقص وقلة المراجع, وصعوبة اقتنائها, خاصة منها المتعلقة بدول المغرب وتونس وليبيا, بل وإنه في التشريع الليبي لم يخص هذا الموضوع إلا بمادة قانونية واحدة, وأن الدراسات حوله شبه منعدمة, وهو ما يفسر غياب التشريع الليبي في بعض جزئيات هذا البحث.

مما اضطرني إلى البحث عبر شبكة الأنترنت, والتنقل إلى مراكز الطفولة المسعفة والجهات الوصية عليها, وكذلك للمحاكم والمجالس القضائية من أجل الظفر بالمعلومات اللازمة للبحث, وفي غالب الأحيان لا نجد تفهم المسؤولين, حيث تقدمت بعدة طلبات إلى الجهة الوصية على دور الطفولة المسعفة بولاية قالمة, لكنها رفضت إيفائي بالإحصائيات, أو بمقابلة مع إحدى تلك المراكز والدور بحجة أن البحث في هذه الأماكن حسّاس ويتميّز بالسرية حتى أمام طالب العلم فاضطررت إلى المحاولة مع هذه الهيئات

في ولاية قسنطينة وبعد القيام بمجموعة من الإجراءات الإدارية تحصّلت على بعض المعلومات والمقابلات مع بعض المسؤولين.

المنهج المتبع:

إن طبيعة البحث, تقتضي إتباع المنهج الذي من شأنه تحقيق الغاية منه, وكذا الوصول إلى الإجابة على الإشكالية المطروحة, فاعتمدت على المناهج التالية:

*المنهج الاستقرائي: وهو الملائم لتتبع كل الجزئيات المتعلقة بهذا الموضوع, سواء كان ذلك في النصوص القانونية التي اعتمدتها التشريعات المغاربية, وآراء فقهاء القانون وشراحه, أو لما ورد في كتاب الله والسنة الشريفة وأقوال العلماء.

*المنهج التحليلي: وهو اللازم لتحليل ما جمع عن طريق الاستقراء, وشرحه وتمحيصه من أجل فهمه واستخلاص منه النتائج.

*المنهج المقارن: لأنه الذي نقارن من خلاله بين ما جاء في قوانين التشريعات المغاربية, وبين ما اعتمدته هذه الأخيرة وبين ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية, فبعد عرض لكل جزئية من الموضوع, نحاول إبراز أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف بين التشريعات المغاربية, ومدى استنادها في ذلك للشريعة الإسلامية, وأحيانا نحدد المزايا ونرجح بينها إن أمكن.

- منهجية البحث:

-طبيعة الموضوع الذي يدور حول دراسة مقارنة بين التشريعات المغاربية, ومدى استنادها للشريعة الإسلامية, استلزم تتبع المادة العلمية في كل المراجع المتوفرة في الكتب القانونية المتعلقة بالقانون الجزائري بأغلب فروعه وكذا قوانين باقي دول المغرب الأخرى, ما توفر منها ورجعت في غالب الأحيان إلى مصادر هذه القوانين بالجرائد الرسمية, وأيضا اعتمدت بعض الوثائق الرسمية المنشورة في المواقع الوزارية على شبكة الأنترنت.

-و من أجل البحث عن الحقيقة الشرعية لكل جزئية لجأت إلى المصادر وأمهات الكتب التي صنفها الفقهاء, وأيضا كتب التفسير والحديث.

-و قمت بتدعيم البحث بالنصوص الشرعية من الكتاب والسنة

-وذكرت المواد القانونية برقمها والقانون المأخوذة منه في متن البحث وأحيل عليها في الهامش , لذكر رقم القانون وتاريخه والجريدة الرسمية التي نشر بها, وذلك عند ذكرها لأول مرة , فإذا ذكرت مرة ثانية أو أكثر في نفس الصفحة فأكتفي بتهميش وذكر عبارة المرجع نفسه مع رقم الصفحة, وأما إذا أعيدت المادة القانونية في صفحة أخرى فإني أعيد ذكر عدد الجريدة الرسمية , وعبارة مرجع سابق دون تعريف, مع ذكر رقم الصفحة.

-عزو الآيات القرآنية المنقولة برواية حفص, بذكر اسم السورة ورقم الآية وراءها مباشرة في سند البحث لعدم التثقيل على الهامش.

-عزو الأحاديث النبوية, وقمت بتخريجها من كتب الحديث, إن توفر لي ذلك, وإلا من موسوعة الأحاديث الكتب الستة , فأقوم بتهميش الحديث وذلك بذكر: المؤلف, عنوان المؤلف, الكتاب, الباب, الطبعة؛ بلد النشر: الناشر, التاريخ, الجزء, الصفحة.

-قمت بالتعريف ببعض المصطلحات في الهامش وبعض الشروحات اللازمة.

-و قمت ببعض المقابلات التي استلزمها البحث لاقتناء بعض المعلومات وأذكرها في الهامش كما يلي: لقب واسم مع من تمت المقابلة, مهنته, تاريخ المقابلة, كما قدمت مثالين من الواقع الجزائري لفشل الكفالة و انتهائها.

-و أخيرا أضفت ملحقا في آخر البحث, مع تزويده ببعض الوثائق الخاصة بالكفالة على قلّتها, نظرا للصعوبة في التحصل عليها بسبب العراقيل الإدارية.

-و قمت بتدعيم هذا البحث بمجموعة من الفهارس الفنية و التي تضمنت: فهرس الآيات القرآنية, و فهرسا للأحاديث النبوية, و فهرس المصادر و المراجع, و أخيرا فهرس الموضوعات.

خطة البحث:

إن موضوع حماية المكفول, موضوع تتشعب جزيئاته وأحكامه, نظرا لأنها تتوزع على قوانين الدول المغاربية, والفقه الإسلامي,و اقتضت إشكالية البحث في هذا الموضوع اعتماد خطة شملت مقدمة وفصلين وخاتمة.

أما الفصل الأول فخصصته للتكلم عن نظام الكفالة في التشريعات المغاربية, للتعريف بالكفالة وتبيين شروطها وخصائصها وإجراءاتها المتبعة في التشريعات المغاربية والمقارنة بينها, ومدى تطابقها مع المفاهيم الموجودة في الشريعة الإسلامية, من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين, خصص المبحث الأول لتبيين مفهوم الكفالة في التشريعات المغاربية والتعرف على مدلولها وشروطها قانونا من خلال القوانين التشريعات المغاربية وشرعا.

و أما المبحث الثاني فدوره يتمثل في تبيين خصائص الكفالة,و كيفية انتهائها, والإجراءات المتبعة في كل دولة من دول المغرب العربي, والمقارنة بينها.

بينما خصص الفصل الثاني لتبيين مظاهر حماية المكفول في التشريعات المغاربية ومدى مصداقية استنادها للشريعة الإسلامية في ذلك, خاصة وأن هذه الأخيرة كانت السبّاقة في توفير الحماية لفئة الأطفال, وذلك يحتاج إلى تقسيم الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول لدراسة الحماية الأدبية للمكفول في التشريعات المغاربية من خلال التطرق إلى نسبه ودينه وجنسيته والولاية عليه.

وأما المبحث الثاني فيتناول الحماية المادية للمكفول في التشريعات المغاربية, والتي تهتم بمقومات الحياة المادية للمكفول من خلال تأمين نفقته, وحماية ملكيته وميراثه, وكذلك مسألة جنايته باعتباره جان أو مجنى عليه.

وكل ذلك مع المقارنة والموازنة بين تشريعات دول المغرب العربي, ومدى استنادها للشريعة الإسلامية.

وأنهيت البحث بخاتمة تضمنت أهم النتائج التي توصل إليها البحث وكذلك تقديم بعض المقترحات والتوصيات التي أراها ضرورية كحلول لبعض إشكاليات هذا الموضوع و البحث.

أملي أن أكون قد وفقت فيما قصدت, وأن أكون قد أضفت.

الفصل الأول

نظام الكفالة في التشريعات المغاربية

تمهيـــــد

إن الكفالة نظام تشريعي لحماية المكفول, لأنه النظام الذي يوفر له الرعاية و الحماية و الاستقرار النفسي و الأمن العاطفي, و هو الذي اعتمدته التشريعات المغاربية, مسايرة في ذلك للشّرع الإسلامي, ومن هنا تبرز أهمية دراسة هذا النظام, و من أجل التعرف عليه و تحديد و تبيين مدلوله و شروطه, و توضيح خصائصه و إجراءاته في التشريعات المغاربية و المقارنة بينها, و معرفة مدى استنادها للشريعة الإسلامية و أحكامها, وجب تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين, يخصص المبحث الأول لبيان مفهوم الكفالة في التشريعات المغاربية من خلال تقسيمه إلى مطلبين يتناول المطلب الأول لتعريف الكفالة في التشريعات المغاربية, و أما الثاني فيتناول بيان شروط الكفالة و أركانها في التشريعات المغاربية

بينما يخصص المبحث الثاني لدراسة إجراءات الكفالة و خصائصها و كيفية انتهائها عن طريق مطلبين كما تبينه الخطة التالية :

المبحث الأول: مفهوم الكفالة في التشريعات المغاربية.

المطلب الأول: تعريف الكفالة في التشريعات المغاربية.

المطلب الثاني: شروط الكفالة و أركانها في التشريعات المغاربية.

المبحث الثاني: إجراءات انشاء الكفالة و خصائصها و كيفية انتهائها في التشريعات المغاربية.

المطلب الأول: إجراءات انشاء الكفالة في التشريعات المغاربية.

المطلب الثاني: خصائص الكفالة و كيفية انتهائها في التشريعات المغاربية.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة في التشريعات المغاربية

و يعنى هذا المبحث بتبيين مفهوم الكفالة, من خلال عرض تعريفها وشروطها في التشريعات المغاربية, والمقارنة بينها, ومدى مصداقية استنادها في ذلك للشريعة الإسلامية.

كل ذلك يستدعي تقسيم المبحث إلى مطلبين: يخصص الأول لعرض تعريف الكفالة لغة وقانونا من خلال قوانين التشريعات المغاربية, وشرعا, وأما المطلب الثاني فلدراسة شروط الكفالة في التشريعات المغاربية.

المطلب الأول: تعريف الكفالة في التشريعات المغاربية

لما كان المعنى الاصطلاحي والقانوني مرتبط بالمعنى اللغوي, ولما كان من أهداف هذه الدراسة المقارنة بين التشريعات المغاربية ومدى استنادها للشريعة الإسلامية.

فإننا نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: خصص الأول للتعريف اللغوي، والثاني للتعريف القانوني، أما الفرع الثالث للتعريف الشرعي.

الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة

الكفالة من كَفَلَ، تَكَفَّلْتُ, أي قد تَكَفَّلْتُ بالشيء: معناه ألزمته نفسي، وأزلت عنه الضيعة والذهاب، وهو مأخوذ من الكِفل، والكِفل ما يحفظ الراكب من خلفه.

وفي التنزيل العزيز: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ (سورة آل عمران: 37)، أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها و رعايتها، فالمعنى ضمن القيام بأمرها.

و الكافل: القائم بأمر اليتيم و المربى له، وهو من الكفيل الضمين، أي أن اليتيم سواء كان الكافل من ذوي رحمه وأنسابه أو كان أجنبيا لغيره تكفل به[1].

---

[1]-محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، **لسان العرب**، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار صادر، د.ت، جزء 11، ص588-590.

والكافل: العائل، يكفل إنسانا، أي يعوله.

والكافل: الضامن كالكفيل[1].

وفي حديث: وأنت خير المكفولين يعني الرسول ﷺ، أي خير من كفل في صغره وأرضع وربي حتى نشأ.

وكفل المال بالمال: ضمنه، وكفل بالرجل يكفل ويكفل كفلا وكفولا وكفالة، وكفل وكفل وتكفل به، كله: ضمنه[2].

فالتعريف اللغوي للكفالة يحمل معنيين أساسيين، معنى خاص بالمعاملات المالية وهو الضمان، ومعنى خاص بالأحوال الشخصية وهو القيام بأمور التربية والحضانة للصغار.

الفرع الثاني: تعريف الكفالة قانونا

من خلال استقراء التعاريف الواردة بقوانين التشريعات المغاربية للكفالة , تبين أنها تحمل معنيين أساسين, كما هو الحال في التعريف اللغوي, معنى خاص بالمعاملات المالية ضمن القانون المدني, ومعنى خاص بالأحوال الشخصية ضمن قوانين الأحوال الشخصية و للتعرف على المعنيين يقسم هذا الفرع إلى بندين, يخصص البند الأول للمعنى المدني و الثاني يخصص للمعنى المرتبط بالأحوال الشخصية.

البند الأول: التعريف الخاص بالقانون المدني:

عرفت المادة 644 القانون المدني الجزائري الكفالة بقولها: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"[3].

---

[1]-السيد محمد مرتض بن محمد الحسيني الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، الطبعة الأولى؛بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2007م-1428هـ، المجلد 15(29-30)تتمة باب اللام، ص188.

[2]-ابن منظور، مرجع سابق، ج11, ص 590.

[3]-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون

ويطابق النص المادة 781 من القانون المدني الليبي [1] ، كما يتفق في مجموعه مع التعريف الوارد بمجلة الالتزامات والعقود التونسية في الفصل 1478 منها[2]، ومعنى الكفالة هنا: ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين للوفاء بالدين، وبذلك يقوى الضمان الذي للدائن، فالمادة السابقة توضح وأن الكفالة عبارة عن عقد ضمان[3].

وحول نفس هذا المعنى يدور تعريف الكفالة في القانون المغربي بالفصل 1117 من ظهير الالتزامات والعقود والتي نصت: "الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين إذا لم يؤده هذا الأخير نفسه"[4].

البند الثاني: التعريف الخاص بالأحوال الشخصية

عرف قانون الأسرة الجزائري الكفالة في المادة 116 بقولها : "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي" [5].

وبين باقي أحكام الكفالة في المواد: من 117 إلى 125 في الفصل السابع من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية.

بينما لم تتضمن مدونة الأحوال الشخصية المغربية بين فصولها أحكام الكفالة، بل

المدني (جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في الثلاثاء 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 30 سبتمبر سنة 1975)، ص1031.

[1]-منشورات اللجنة الشعبية الصادرة للعدل، www.aladel.gov.ly

[2]-تنص المادة: "الكفالة عقد يلتزم بمقتضاه شخص بأن يؤدي للدائن ما التزم به المدين إن لم يؤده"، أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906 المتضمن مجلة الالتزامات و العقود, منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2010، ص 271.

[3]-محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري**، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى؛ عين مليلة، الجزائر: دار الهدى، 1991-1992، ص 12-13.

[4]-ظهير 9 رمضان1331 الموافق لـ 12 أوت 1913: www.justice.gov.com

[5]-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة (جريدة رسمية عدد 24، مؤرخة في الثلاثاء 12 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 12 يونيو 1984), ص 917.

خصت بالقانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، والذي عرف الكفالة في المادة الثانية منه كما يلي: "كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث"[1].

اتفق التشريع الجزائري في تعريف الكفالة مع التشريع المغربي على أنها الالتزام بالقيام بأمور التربية والرعاية والنفقة، بينما اختلفا في تحديد صفة المكفول، فوصفه المشرع الجزائري بوصف عام بقوله "ولد قاصر" دون تحديد وحصر، على عكس المشرع المغربي الذي حصر الكفالة على "الطفل المهمل" والذي يعرفه ضمن قانون كفالة الأطفال المهملين [2].

والحال كذلك لم تتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية بين فصولها لموضوع الكفالة تاركة الأمر للقانون الملحق بها و المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، والذي عرفها في الفصل الثالث منه: "الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية، أو هيئة بر بكفالة طفل قاصر"[3].

إن هذا القانون لم يعرف الكفالة بماهيتها، إنما عرفها بطبيعتها بقوله: "هي العقد" والذي بمقتضاه تتم "كفالة طفل قاصر" أي أنه أعاد نفس عبارة كفالة دون شرحها، والملاحظ أنه لم يحصر صفة المكفول بوصف معين، إنما جعل الكفالة لكل طفل قاصر على غرار ما أخذ به المشرع الجزائري.

غير أنه قد تضمنت مجلة الأحوال الشخصية التونسية لبعض أحكام كفالة الطفل

---

[1]-ظهير شريف رقم 1.02.130، صادر في فاتح ربيع الآخر 4123هـ الموافق لـ 13 يونيو 2002 المتضمن تنفيذ القانون رقم 01-15(الجريدة الرسمية عدد 5031 ، 10 جمادى الاخرة 1423هـ الموافق لـ 19 أغسطس 2002)، ص 2362.

[2]-نتطرق لتعريف الطفل المهمل في المطلب الثاني، عندما نفصل في شروط المكفول.

[3]-قانون عدد 27 لسنة 1958 مؤرخ في 12 شعبان 1377هـ الموافق لـ 04 مارس 1958م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، (الرائد الرسمي عدد 19 السنة 101 بتاريخ 07 مارس 1958م), ص307.

اللقيط في الكتاب السابع ضمن الفصول من 77 إلى 80, و سنتعرف إليها في حينها.

وقد اكتفى التشريع الليبي بموجب القانون المتعلّق بالأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثرهما بتخصيص مادة واحدة للكفالة وهي المادة 60 من الفصل الرابع من الباب الثالث المتعلق بآثار انحلال الزواج، وهي لم تتطرق لتعريف الكفالة، إنما نصت على جوازها، والبعض من أحكامها، تاركة الباقي لما تنص عليه اللوائح السارية[1].

فمن خلال ما عرض من تعاريف في ظل قوانين التشريعات المغاربية, يمكن القول وأن التعريف المراد بهذه الدراسة هو المرتبط بمجال الأحوال الشخصية.

الفرع الثالث: تعريف الكفالة في النصوص الشرعية

لمعرفة مدى استناد التشريعات المغاربية للشريعة الإسلامية في أخذها لمفهوم الكفالة, وجب عرض ما ورد بها من مفاهيم فيمايلي:

الكفالـــة عند الفقهـــاء:

معنى الكفالة عند الفقهاء ينصرف إلى المعاملات المالية أكثر من الأحوال الشخصية, والكفالة والضمان والحمالة و الزعامة أسماء معناها واحد عند الفقهاء, وقد عقدوا لمثل هذه المعاملة المالية بابا في كتبهم الفقهية[2].

ومصدر ذلك قوله تعالى: ﴿ قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ٧٢ ﴾ (يوسف: 72) , و قوله أيضا: ﴿ سَلۡهُمۡ أَيُّهُم بِذَٰلِكَ زَعِيمٌ ٤٠ ﴾ (القلم: 40), و هو ما يدل على جواز الضمان, و الضمان إنما هو أخذ الوثائق في الأموال, و الوثائق ثلاثة: الشهادة و الرهن و الضمان. و الزعيم الضمين و كذلك الكفيل و الحميل و الصبير,

---

[1]-منشورات اللجنة الشعبية الصادرة للعدل. www.aladel.gov.ly

[2]-نظيرة عتيق, **«حماية اللقيط –دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والمواثيق الدولية»**, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون, كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية, قسم أحوال شخصية, جامعة الأمير عبد القادر, 1427ه-1428ه/2007م-2008م, ص163.

غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال, و الحميل في الديات, و الكفيل في النفوس, و الزعيم في الأمور العظام, و الصبير في الجميع, و إن كان الضمان يصح بكل واحد منهما و يلزم[1].

وأما عن معنى الكفالة, المتعلق بالأحوال الشخصية, فلم يتطرقوا له و لم يخصصوا لهذا الموضوع بابا في دراساتهم إنما تعرضوا للكفالة بمناسبة كلامهم عن اليتيم واللقيط وغيرهم ممن لا آباء لهم ولا عائل من خلال رعايتهم, و الولاية عليهم والإحسان إليهم والقيام على مصالحهم, فقد أجمع العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى: ﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ ﴾ (النساء: 6), فيتبين من ذلك مدى مشروعية تنصيب الأولياء و الأوصياء و القوام الذين يقومون برعاية اليتيم و تنمية ماله و حفظه[2] , كما تعرضوا لبعض الأحكام المتصلة بموضوع الكفالة بمناسبة حديثهم عن الصغار كمسألة البلوغ و التكليف الشرعي و غيرها من المسائل و الأحكام, فإن فقهاء الإسلام و في مختلف الأبواب الفقهية يذكرون أحكاما فقهية متناثرة كثيرة متعلقة بالصغار دون إفراد أو تمييز مستقل لها عن بيان أحكام الكبار, غير أن الفقيه الاستروشني أفرد كتـــابا سماه « جامع أحكام الصغار»[3].

---

(1) -أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي, حققه و خرج أحاديثه و علق عليه محمود مطرجي, **الحاوي الكبير**, دط؛ بيروت, لبنان: دار الفكر, 1414ه-1994م, الجزء الثامن, ص 105,106.

(2) -أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي, **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**, الطبعة الأولى؛ مصر: مطبعة محمد علي صبيح, دت, الجزء الثاني, ص 231.

(3) -و هو العلامة الجليل محمد بن محمود بن الحسين الاستروشني, نسبة إلى قرية استروشنة شرق سمرقند الحنفي ولد في 622ه و توفي بعد عام 652ه, و من بين ما شمل عليه مؤلفه: أحكام الأحوال الشخصية و توابعها و النسب و الوصايا و الجنايات و اللقيط و كفالة الصغار... و ذلك من أجل معرفة أحكام شرع الله المتعلقة بأفعال غير المكلفين و تبيين علاقة الصغار بالأولياء و الأوصياء و القضاة, وذلك لتنشئة الأبناء و البنات تنشئة إسلامية, قائمة على محبة الله و طاعته,و قد بحثت عن هذا الكتاب, فلم أوفق في العثور عليه, اللهم عبر شبكة الانترنت أين يوفر الموقع التالي: dar.bibalex.org الإطلاع على هذا الكتاب بنسبة 5٪ فقط.

•وهبة الزحيلي, **موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر**, الطبعة الأولى؛ دمشق, سورية: دار المكتبي, 1427ه-2007م, الجزء الثاني, ص 446,447.

غير أنه قد ورد في القرآن و السنة نصوص عن الكفالة بالمعنى المرتبط بالأحوال الشخصية, و هذا ما يتبين من خلال عرض تفاسير العلماء لهذه النصوص فيما يلي:

أولا: الكفالة في القرآن الكريم

ورد الفعل (يكفل) في القرآن الكريم بمعنى يتعهد الصغير ويرعى شؤونه، ولم يأت بمعنى يضمن، فلم يرد فيه كلمة من مادة (كفل) تفيد معنى الضمان[1].

ففي سورة آل عمران (الآية: 37): ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ أي ضمها للقيام بأمرها، ومن قرأ "وكفلها زكرياء" مخففا، وزكرياء في موضع رفع، أي ضمنها إلى نفسه، وتصديق هذه القراءة قوله تعالى في سورة آل عمران (الآية: 44): ﴿أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ أي أيهم يضم مريم للقيام بأمرها[2], كما ورد أيضا في تفسير "وكفلها زكرياء" أي جعل زكرياء كافلا لها وراعيا مصالحها حتى شبت وترعرعت، وإنما قدر الله كون زكرياء كفيلها لسعادتها، لتقتبس منه علما جما نافعا وعملا صالحا[3].

و جاء في سورة طه (الآية: 40): ﴿ إِذْ تَمْشِيَ أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُ ﴾، أي يرضعه ويضمه ويحضنه[4].

فهذه الآيات التي وردت بها الكلمة من مادة (كفل) كلها تصّب في معنى واحد وهو القيام بشؤون الرعاية والتربية, وهو الذي اعتمدته التشريعات المغاربية في قوانينها.

ثانيا: الكفالة في السنة

---

[1]-علي أحمد السالوس، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصر ة**، الطبعة الأولى؛ الكويت: مكتبة الفلاح، 1406هـ-1986م،= =ص27.

[2]-أبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، **التفسير الكبير -تفسير القرآن العظيم -**، الطبعة الأولى؛ إربد، الأردن: دار الكتف الثقافي، 2008م، المجلد الثاني، ص41، ص48.

[3]-وهبة الزحيلي، **التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج**، الطبعة الأولى؛ بيروت، لبنان: دار الفكر المعاصر، 1411هـ 1991م، الجزء 3-4، ص214.

[4]-الطبراني، مرجع سابق، ج4, ص239.

كما ورد في السنة النبوية الشريفة من أحاديث ما يدل على نفس معنى الكفالة الواردة بالقرآن، ونذكر أشهرها: ما جاء في صحيح البخاري: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا. وقال بإصبعيه السبابة والوسطى» ، و المراد بكافل اليتيم هنا، أي القيم بأمره و مصالحه سواء كان ذا قرابة أو لا قرابة له [1].

وقد بيّن هذا الحديث علو درجة كافل اليتيم عند الله عزّ وجلّ, وأن فضله فوق كل فضل وليس له ثواب إلا الجنة صدقا ويقينا, وهذا ترغيب عظيم للنّاس في كفالة الأيتام سواء كانوا لهم, أي من أهاليهم أو لغيرهم، أي من غير أهاليهم, ولنا في رسول الله عليه الصلاة والسلام الأسوة الحسنة, فقد تولى كفالة أيتام رضعوا ألبان الجاهلية, واستووا على زيغها, لكنهم تحولوا عنها وبلغوا بجهد النبي مبلغا عظيما من العلم والأدب والعمل الصالح[2].

و خلاصة القول:

مما سبق يتضح وأن معنى الكفالة في ظل تشريعات الأحوال الشخصية المغاربية، هو معنى موحد، إذا أغلب هذه التشريعات استعملت عبارات واحدة تنبثق من المعنى اللغوي، وتستند إلى المعنى الشرعي، والذي يفيد معنى الرعاية الأسرية البديلة [3] و يضم مجموعة من الأحكام يمكن إجمالها فيما يلي:

-أن الكفالة متعلقة بطرفين: الكافل أو الكفيل والمكفول.

---

[1]-أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**, الطبعة الثالثة؛ الرياض: دار السلام 1421ه-2000م، كتاب الأدب, باب من يعول يتيما, الجزء العاشر، ص536.

[2]-نبيل زياني, **« كفالة الأيتام والأرامل في ضوء الأحاديث النبوية-تخريج ودراسة-»** , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحديث وعلومه, كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية, قسم الكتاب والسنة, جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة, 2002-2003م, ص35.

[3]-و معناها أسرة تحتضن طفلا أو أكثر من غير أبنائها, و تكون بديلة لأسرته الحقيقية فتتكفل برعايته و حمايته و توفير حاجاته المعيشية و النفسية بدون مقابل, و يقال طفل يتمتع بالرعاية.

• أحمد زكي بدوي, **معجم مصطلحات الرعاية و التنمية الإجتماعية**, الطبعة الأولى؛ بيروت, لبنان: دار الكتاب اللبناني, 1407ه-1987م, ص111.

-إن الكفالة محددة بالإنفاق على المكفول، وتربيته، ورعايته، والقيام بشؤونه على نحو يقوم به الأب نحو أولاده.

- أن الكفالة تبرع من الكفيل: فهي ليست التزاما عليه بسبب قرابة أو غيرها, فهو يقوم بمهمة جليلة, لأنه يحمل الطفل المكفول على سوية الطريق.

و قصد فهم أكثر لنظام الكفالة، أنشيء المطلب الثاني، والذي خصص لشرح شروط الكفالة و أركانها في التشريعات المغاربية والمقارنة بينها، وما مدى استنادها للشريعة الإسلامية في ذلك.

المطلب الثاني: شروط الكفالة وأركانها في التشريعات المغاربية

إن شروط الكفالة يتعلق بطرفيها، وهما الكافل والمكفول، ويتعلق أيضا بعقد الكفالة نفسه، مما استدعى الأمر تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع, الفرع الأول مخصص لتحديد شروط الكافل في التشريعات المغاربية، والثاني لشروط المكفول في التشريعات المغاربية، وأما الفرع الثالث فيخصص لشروط عقد الكفالة في التشريعات المغاربية.

الفرع الأول: شروط الكافل في التشريعات المغاربية

نظرا لأهمية ما يقوم به الكافل من شؤون التربية والرعاية والولاية على نفس المكفول، ونظرا لحرص التشريعات المغاربية على مصلحة هذا الأخير, فقد أوجبت جملة من الشروط في شخص الكافل حتى تسند له الكفالة، وفيما يلي استعراض لهذه الشروط حسب كل تشريع:

البند الأول: شروط الكافل في التشريع الجزائري

أورد المشرع الجزائري الشروط الواجب توفرها في الكافل في المادة 118 من قانون الأسرة التي تنص: "يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته"[1]، ويمكن التفصيل في هذه الشروط كما يلي:

---

[1]-قانون رقم 84-11 (ج ر عدد 24)، مرجع سابق، ص917.

1 – شرط الإسلام:

بما أن الدولة الجزائرية تدين بدين الإسلام طبقا للمادة الثانية من الدستور [1]، وبما أن الكافل يتولى أمور المكفول ويرعاه ويربيه حتى يكون عضوا فعالا في المجتمع الإسلامي، كان لا بد وأن يدين الكافل بالديانة الإسلامية، وأساس ذلك أنه في الشريعة

الإسلامية لا ولاية لغير المسلم على المسلم استنادا لقوله تعالى: ﴿لَّا يَتَّخِذِ ٱلْمُؤْمِنُونَ ٱلْكَٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۖ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَلَيْسَ مِنَ ٱللَّهِ فِى شَىْءٍ إِلَّآ أَن تَتَّقُوا۟ مِنْهُمْ تُقَىٰةً ۗ وَيُحَذِّرُكُمُ ٱللَّهُ نَفْسَهُۥ ۗ وَإِلَى ٱللَّهِ ٱلْمَصِيرُ ﴿٢٨﴾﴾ (آل عمران : 28).

وعليه، فغير المسلم عندما يقدم طلب لكفالة طفل جزائري يرفض طلبه.

والحديث هنا عن شرط الإسلام يجرنا إلى الحديث عن الجنسية، فحسب الأستاذ الغوتي بن ملحة الذي يقول: "حسب القانون، **وحده الجزائري يستطيع التكفل بطفل** "[2]، وأشار إلى المادة 118 من قانون الأسرة، غير أن هذه الأخيرة لم تتكلم عن شرط الجنسية، فقد اعتبر الأستاذ أن اشتراط المشرع الجزائري كون الكافل مسلما، فهو بالضرورة جزائري الجنسية، لكن الحقيقة غير ذلك. فيمكن للجزائري أن يكون غير مسلم, والأجنبي مسلما.

فالمشرع سكت عن هذا الشرط، والمادة 118 قانون أسرة لا تشترط سوى الديانة الإسلامية، دون تحديد لجنسية المتدين بها -أي الكافل-، فنظرة المشرع لهذا الموضوع نظرة إنسانية كل ما اشترطه هو تربية المكفول على تعاليم الشريعة الإسلامية و التي تقتضي كون الكافل مسلما.

و مهما يكن كان من المفروض التنصيص على هذا الشرط صراحة، خاصة

---

[1]-وتنص المادة: «الإسلام دين الدولة»، مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417ه الموافق لـ 7 ديسمبر سنة 1996يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور(جريدة رسمية عدد 76، مؤرخة في 27 رجب 1417هـ الموافق لـ 08 ديسمبر 1996)، ص08.

[2]-Ghaouti Benmelha, **le droit algérien de la famille**, office du publication universitaires, benaknoun, alger,p272.

بوجود المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري [1]، التي تجيز للأجانب المقيمي على أرض الوطن التقدم أمام القاضي الجزائري بطلب الكفالة، فإن قواعد الإسناد المحددة في هذه المادة توجب على القاضي مراعاة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول معا في صحة الكفالة و بالتالي اسنادها, و أن مديريات النشاط الاجتماعي لا تقبل طلبات الكفالة المقدمة من طرف الأجانب[2].

2 – شرط أن يكون الكافل عاقلا متمتعا بالأهلية الكاملة:

والأهلية طبقا للمادة 40 من القانون المدني بلوغ الشخص 19 سنة كاملة[3]، ويشترط في هذه الأهلية أن تكون سليمة لا يشوبها عيب من العيوب كالجنون أو العته أو السفه، لأنه من كان كذلك لا يمكنه كفالة غيره.

3 – شرط القدرة على الرعاية:

ويقصد بشرط القدرة على الرعاية، توفير الضروريات المادية اللائقة للمكفول، والقيام على تعليمه, أي توفير الرعاية المادية والمعنوية[4].

ولذلك، وجب إرفاق شهادة العمل في ملف طلب الكفالة[5].

وتشمل القدرة على رعاية المكفول، القدرة الجسمية والمعنوية، فلا يتصور أن يكون الكافل عاجزا جسميا كالمقعد، أو الأعمى، أو يكون طاعنا في السن، بحيث لا يمكنه التكفل

---

[1]-و تنص المادة:«يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل و المكفول وقت إجرائها و يسري على آثارها قانون جنسية الكفيل»

• قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن تعديل الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني (جريدة رسمية عدد 44، مؤرخة في 19 جمادى الأولى 1426هـ/26 يونيو 2005)، ص19.

[2] -بتصريح من مكاتب المساعدة الاجتماعية لمديريات التضامن الاجتماعي و الأسرة بولايتي قسنطينة و قالمة.

[3]-أمر رقم 75-58 (ج ر عدد 78)، مرجع سابق، ص 992.

[4]-معوان مصطفى، «أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة », **مجلة المعيار** العدد التاسع، مجلة تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر –قسنطينة-، 2004م، ص519.

[5]-وهو ملف طلب الكفالة بمحكمة قالمة.

بقاصر، كما جاء في قرار المحكمة العليا[1]: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرق لقواعد الفقه الإسلامي.

ولما كان الثابت –في قضية الحال- أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية.

و متى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ".

وما يسري على الحضانة يسري على الكفالة، لأنها تتعلق بأمور التربية والرعاية، والقيام بشؤون طفل.

فهذه هي الشروط الواجب توفرها في الكافل حسب المادة 118 قانون أسرة، غير أنه والشيء الملاحظ على هذا النص، أنه أغفل عن بيان بعضا من المسائل، ولم يوضح موقفه منها، مما أثار عدة إشكالات عملية مطروحة خاصة تلك المتمثلة فيما يلي:

1 - هل يشترط ان يكون الكافل متزوجا؟ وهل يشترط موافقة الزوج والزوجة معا إذا كانا على قيد الحياة؟.

2 - وهل يشترط ان يكون الكافل رجلا فقط، أم يمكن للمرأة كفالة الغير؟.

3 - وهل يشترط الفارق في السن بين الكافل والمكفول؟ وكم هذا الفارق؟.

4 - وهل يمكن للأشخاص غير الطبيعية كالجمعيات الخيرية مثلا أن تطلب الكفالة؟

فكل ذلك غير واضح في قانون الأسرة الجزائري، مما أثار عدة إشكالات عملية أمام القضاة والمواطنين، كما قد يؤدي ذلك إلى تناقض التأويلات بين مختلف جهات القضاء الجزائري، إذ كان من المفروض النص عليها صراحة.

و أجاب الأستاذ الغوتي بن ملحة على هذه التساؤلات: بعدم اشتراط زواج الكافل، إذ

---

[1]-ملف رقم 33921, قرار بتاريخ 1984/07/09 – المجلة القضائية- العدد 4. سنة 1989م, ص76.

يستطيع غير المتزوج، المتوفى عنه زوجه أو المطلق أن يتكفل بطفل، غير أنه لا يمكن لأحد الزوجين الإقبال على الكفالة دون موافقة الزوج الآخر.

وأنه لا فرق أن يكون الكافل رجلا أو امرأة، كما يجب أن يتجاوز سن الكافل سن المكفول[1].

و حقيقة, قد برزت في السنوات الأخيرة فئة من الكافلين تمثلها الفتيات العوانس واللواتي يتمتعن باستقلالية مادية عن أسرهن، ويملكن سكنا خاصا بهن، هؤلاء تشكل طلباتهن من خلال السنوات الأخيرة 20% من مجمل الطلبات على كفالة طفل، وهذه الطلبات عادة تودع من قبل نساء في سن الأربعينات من العمر، لهن سكن منفرد وراتب شهري، وبسبب عدم ارتباطهن يلجأن إلى كفالة صغير، سواء أ كان ذكرا أم أنثى، وفي هذه الحالة يدرس ملف الفتاة وحالتها النفسية، فإن كان هناك تحبيذ للزواج من طرفها تنقص فرص الكفالة لديها، لأن ذلك يعني أن الطفل المكفول يشكل عائقا لديها إذا تزوجت، فإنه يسمح لها بالتكفل بطفل [2] وهذا ما أكدته المساعدة الاجتماعية بمديرية النشاط الاجتماعي والتضامن, أن الكفالة تمنح للمرأة سواء كانت متزوجة أو عانس أو مطلقة أو أرملة، إذا توفرت فيها جملة الشروط المذكورة أعلاه لاسيما شرط السن، الذي يبدأ من الأربعينيات فما فوق، ذلك لوصولها لسن اليأس فتتقلص لديها حظوظ الأمومة، بينما لا تمنح الكفالة للرجل غير المتزوج[3], ذلك أن المرأة أولى من الرجل في رعاية الطفل وتنشئته وتربيته وإعطائه الحنان، ولهذا تكون مرحلة الطفولة دائما بين أحضان المرأة وليست بين أحضان الرجل بحكم طبيعة كل منهما، بالإضافة إلى ما سبق شرحه، فإن المصلحة الفضلى للطفل المكفول تستدعي:

---

[1]-Ghaouti Benmelha, Ibid, p272.

[2]-فطيمة مومن، «**أحكام اللقيط بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري** », مذكر لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2005-2006م، ص99.

[3]-في مقابلة مع السيدة مهدي فطومة يوم 2 مارس 2011 وهي مساعدة اجتماعية بمديرية النشاط الاجتماعي والتضامن لولاية قالمة, مكتب الأطفال المسعفين, ومن مهامها إجراء تحقيق للتأكد من توفر كل الشروط المطلوبة في طالب الكفالة وتعتمد في وظيفتها على القوانين السارية المفعول كقانون الأسرة.

1- موافقة كل من الزوجين طالبي الكفالة، لأن المكفول يحتاج إلى جو عائلي سليم تسوده المحبة والرحمة والتعاون، وعلى ذلك كان على القاضي قبل منحه الكفالة التأكد من توفر رضى كلا الزوجين، وهو ما أكدته الأخصائية النفسانية معها بمديرية النشاط الاجتماعي والتضامن، بأنها تجري مقابلة مع الزوجين تستخلص منها تركيب شخصية الزوجين وظروف معيشتهما، ومعرفة حقيقة شعورهم ورغبتهم في كفالة طفل ومدى تطابق موافقتهما ورضاهما حيال ذلك[1].

2 ـ أن يكون فارق السن بين الكافل والمكفول محدد، فكان لا بد من نص تشريعي ينظمه، لتفادي بعض الوضعيات التي تضر بمصلحة المكفول, ونتيجة هذا الفراغ القانوني اجتهدت وزارة النشاط الاجتماعي والتضامن بسن مجموعة من القواعد المتعلقة بالكفالة, إضافة إلى القوانين السارية, ضمن دليل يعتبر مرجعا لمديريات النشاط الاجتماعي, والذي حدد جملة من الشروط الواجب توفرها في طالب الكفالة وهي:

1 ـ أن يكون الكفيل مسلما، عاقلا ومتمتعا بكل قواه العقلية.

2 ـ الحد الأعلى للسن هو ستون سنة بالنسبة للرجل وخمسون سنة بالنسبة للمرأة، وهذه الشروط تبقى تحت اعتبار اللجنة بعد تجاوز 55 سنة[2].

3 ـ يجب أن يتعدى دخل الطالبين للكفالة الحد الأدنى للأجر الوطني المضمون، بعد طرح كل الأعباء والتكاليف الشهرية.

4 ـ يجب توفر سكن لائق وصحي لدى الطالبين للكفالة[3].

---

[1]-مقابلة مع الآنسة: عواسة حياة، أخصائية نفسانية بمديرية النشاط الاجتماعي والتضامن لولاية قالمة في يوم 2 مارس 2011.

[2]-أي هناك لجنة تدرس ملف طلب الكفالة، وتتحقق من توفر الشروط، لقبول الكفالة من عدمه، وسوف نتطرق لهذه اللجنة بشيء من التفصيل في حينها، فقد أعطيت لها السلطة لتقدير ظروف الكافل وبالتالي تقدير سنه من 50 إلى 55 سنة.

[3]-دليل طرق وإجراءات الكفالة, و هو عبارة عن مؤلف يجمع كل القواعد القانونية و العرفية, و بعض اجتهادات وزارة النشاط الاجتماعي و التضامن, أصدرته لسد بعض الثغرات القانونية في موضوع الكفالة, و يعتبر مرجع لمديرياتها عبر كامل التراب الوطني, محاولة منها توحيد شروط و إجراءات الكفالة.

و أخيرا وفيما يخص إمكانية الأشخاص غير الطبيعية كالجمعيات والهيئات الخيرية من التكفل بالأطفال من عدمه, فالمشرع لم يمنح هذا الحق لمثل هذه الهيئات بموجب نص صريح.

غير أن الدولة كشخص معنوي وحدها، المسؤولة عن التكفل بالأطفال الذين لا آباء لهم ولا عائل, من خلال إحداث دور للأطفال المسعفين، وفعلا استحدثت هذه الدور بموجب مرسوم يتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها.

وتنص المادة الأولى منه: "تحدث دور للأطفال المسعفين، تخصص لقبول الأولاد وأيتام الدولة وإيوائهم وتربيتهم من ولادتهم حتى سن البلوغ".

وأما المادة الثانية منه فتنص: "تعد دور الأطفال مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

وتوضع تحت وصاية وزير الصحة"[1].

يتضح من هذين المادتين أن الدولة تكفلت بهؤلاء الأطفال من رعاية وتربية ونفقة، والقيام بشؤونهم والولاية عليهم.

وقد حدد هذا المرسوم اختصاصات دور الطفولة، والتنظيم الإداري والمالي لها، ثم بين قائمة دور الأطفال المسعفين المستحدثة عبر ولايات الوطن، ومنها دور الأطفال المسعفين بهيليوبوليس ولاية قالمة.

---

[1]-مرسوم رقم 80-83 المؤرخ في 28 ربيع الثاني عام 1400هـ الموافق لـ 15 مارس سنة 1980م (جريدة رسمية عدد 12، مؤرخة في أول جمادى الأولى عام 1400هـ الموافق لـ 18 مارس سنة 1980)، ص 457.

•بعدها صدر مرسوم رقم 81-296 مؤرخ في أكتوبر 1981 المتعلق بإنشاء دور الأطفال وضبط القائمة (جريدة رسمية عدد43مؤرخة في 27 أكتوبر 1981), والمرسوم التكميلي رقم 86-123 مؤرخ في 6ماي 1986 يتمم قائمة= =دور الأطفال المسعفين (جريدة رسمية عدد19 مؤرخة في 7 ماي1986), وأخيرا المرسوم رقم03-465 مؤرخ في 1 ديسمبر 2003 (جريدة رسمية عدد75 مؤرخة في 7 ديسمبر 2003) يتمم القائمة الملحقة بالمرسوم 80-83.

البند الثاني: شروط الكافل في التشريع المغربي

إن المشرع المغربي كان أكثر دقة ووضوح في تحديده لشروط الكافل من المشرع الجزائري فبينها في المادة 09 من قانون كفالة الأطفال المهملين والتي تنص: "تسند كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم إلى الأشخاص والهيئات الآتي ذكرها:

1 ـ الزوجان المسلمان اللذان استوفيا الشروط التالية:

أ ـ أن يكونا بالغين لسن الرشد القانوني، وصالحين أخلاقيا واجتماعيا ولهما وسائل مادية كافية لتوفير احتياجات الطفل.

ب ـ ألا يكون قد سبق الحكم عليهما معا أو على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال.

جـ ـ أن يكونا سليمين من كل مرض معد أو مانع من تحمل مسؤوليتهما.

د ـ ألا يكونا بينهما وبين الطفل الذي يرغبان في كفالته أو بينهما وبين والديه نزاع قضائي، أو خلاف عائلي يخشى منه مصلحة المكفول.

2 ـ المرأة المسلمة التي توفرت فيها الشروط الأربعة المشار إليها في البند الأول من هذه المادة.

3 ـ المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال، والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة المتوفرة على الوسائل المادية والموارد والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهم وتنشئتهم تنشئة إسلامية"[1].

حسب هذه المادة، فالكفالة تمنح للأشخاص التالية:

1 ـ الزوجان المسلمان، ويجب تقديم عقد الزواج في طلب الكفالة.

2 ـ المرأة المسلمة.

وفي كلتا الحالتين، يجب أن يكون هؤلاء الأشخاص بالغين لسن الرشد القانوني

---

[1]-قانون رقم 01-15 (ج ر عدد 5031)، مرجع سابق، ص2363.

المحدد بـ 18 سنة كما قررته المادة 209 من مدونة الأسرة [1] ، ويجب أن تتوفر لديهما الوسائل المادية الكافية لتلبية حاجات الطفل المكفول، وعمليا تقدم شهادة كشف الراتب أو كشف رصيد بنكي، أو أي شهادة أخرى تثبت الوضعية المادية، بالإضافة إلى ذلك فالكفاءة المعنوية مطلوبة في الكافل.

فيجب ألا يكون قد حكم عليه من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو مرتكبة ضد الأطفال، والأصل تقديم شهادة السوابق العدلية، وكذلك القدرة الجسدية مطلوبة هي الأخرى في الكافل، وأن يكون سليم من أي مرض معد، فيقدم شهادة طبية تثبت قدرته الصحية[2].

والمشرع المغربي، اشترط بلوغ الكافل سن 18 سنة، لكن لم يحدد الفارق في السن بين الكافل والمكفول، كما لم يحدد الحد الأعلى لسن الكافل، مما خلق ثغرة في قانون نظام الكفالة المغربي، فكيف يعقل أن الشخص البالغ سبعين سنة يستطيع تقديم طلب بكفالة طفل قاصر، فأي مستقبل ينتظره[3].

3 ـ الأشخاص غير الطبيعية والمحددة بالمادة أعلاه حسب الشروط المذكورة بها.

كما أن المشرع المغربي على غرار المشرع الجزائري، لم يشترط الجنسية المغربية في الكافل، فقط نص على ضرورة كون الأشخاص طالبة الكفالة -سواء أشخاصا طبيعية أو معنوية- تتبع الديانة الإسلامية، وتنشئ الطفل المكفول على تعاليمها السمحاء.

البند الثالث: شروط الكافل في التشريع التونسي

وضع الفصل الثالث من القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، بعض الشروط المتعلقة بالكافل، بعد تعريف الكفالة بقوله: "الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه

---

[1]-ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق لـ 3 فبراير2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة (جريدة رسمية عدد5184, مؤرخة في 14 ذو الحجة 1424 الموافق لـ 5 فبراير2005),ص438.

[2]-زروقي مصطفى, «كفالة الأطفال في القانون المغربي». **مجلة إلكترونية لندوات محاكم فاس** , العدد الخامس, أكتوبر 2007,ص607.

[1]-article : **Enfance abandonnée**, parution ; 16.09.2010. www.cabinetbassamat.com.

شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بر بكفالة طفل قاصر" [1]، والشخص الرشيد حسب مجلة الالتزامات والعقود التونسية في فصلها السابع هو كل من تجاوز عمره 20 سنة كاملة[2].

يتضح أن هذه الشروط هي بسيطة جدا وغير مفصلة، فقد اشترط هذا الفصل أن يكون الكافل راشدا ومتمتعا بحقوقه المدنية فقط، مهملا لباقي الشروط وكأن المشرع التونسي تعمد ذلك، لأنه وبنفس القانون، أي قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني حدد شروط الكفالة وشروط التبني، ثم قام بموجب قانون منقح لفصول التبني، لاسيما الفصل التاسع منه والمتعلق بشروط المتبني، أين فصّل ودقق فيها كما يلي: "ينبغي أن يكون المتبني شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى متزوجا متمتعا بحقوقه المدنية، ذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون المتبني.

ويمكن للحاكم إعفاء طالب التبني الذي فقد زوجه بالموت أو بالطلاق من شرط التزوج إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك....." [3].

فلماذا لم ينقح ويعدل فصول الكفالة بمناسبة هذا القانون المنقح؟.

فكان الأولى توحيد هذه الشروط لكل من التبني والكفالة، فلا يتصور حسب هذا الفصل أن يقوم أي شخص راشد ومتمتع بحقوقه المدنية من رعاية وتربية طفل قاصر، بل هناك عدة اعتبارات أخرى يجب مراعاتها.

و لذلك فإن وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن والتونسيين بالخارج ومن خلال منشور لها، اجتهدت ووضعت جملة من الشروط غير مذكورة في الفصل الثالث، لإمكانية الانتفاع بخدمة حضانة طفل في إطار الكفالة وهي: أن يكون الكافل: "زوجان

---

[1]-قانون عدد 27 (الرائد الرسمي عدد 19)، مرجع سابق، ص307.

[2]-مجلة الالتزامات و العقود التونسية, مرجع سابق, ص9.

[3]-قانون عدد 69 مؤرخ في 12 ذي الحجة 1378ه الموافق لـ 19جوان 1959م يتعلق بتنقيح بعض فصول من قانون التبني (الرائد الرسمي عدد 34، السنة 102 المؤرخ في 16-19 ذي الحجة 1378 الموافق لـ 23 و26 جوان 1959)، ص 390.

أو مطلقة أو أرملة أو عزباء من ذوي السيرة الحسنة والاستعداد النفسي والقدرة الصحية والمادية على تربية طفل"[1].

و ذهب المشرع التونسي على غرار المشرع المغربي، إلى تمكين الأشخاص المعنوية من التكفل بالأطفال القصر بقوله: "هيئة بر"، أي الجمعيات والهيئات الخيرية، وهذا إضافة طبعا إلى كون الدولة هي كافلة الأطفال اللقطاء والمهملين طبقا للفصلين الأول والثاني من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني على التوالي:

الفصل الأول: "يعتبر وليا عموميا للأطفال اللقطاء والمهملين:

1 ـ متصرفو المستشفيات والمئاوى ومعاهد الرضع ومديرو الإصلاحيات ومئاوي الأطفال عندما يتعهدون بحفظهم.

2 ـ الولاة في جميع الصور الأخرى".

الفصل الثاني: "للولي العمومي نفس الحقوق التي للولي الشرعي وعليه من الواجبات.

وتكون الدولة أو البلدية أو المؤسسة العمومية حسب الحال مسؤولة مدنيا عن أعمال الأطفال المشار إليهم بالفصل السابق"[2].

وخالف المشرع التونسي، المشرع المغربي والجزائري في أنه لم يشترط شرط الإسلام في الكافل، وإنشاء وتربية الطفل المكفول على تعاليم الشريعة الإسلاميـــــة -سواء في الكفالة أو التبني-، و إنما كل ما اشترطه هو كون الكفيل ذا أخلاق حميدة و سيرة حسنة, بالرغم من أن الدولة التونسية تدين الديانة الإسلامية طبقا للفصل الأول من الدستور: "تونس دولة حرة ومستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها والعربية لغتها والجمهورية نظامها"[3], والإسلام لا يقبل ولاية الكافر على المسلم.

---

[1]-منشور لوزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن والتونسيين بالخارج عبر الموقع:www.edirect-tunisie.net

[2]-قانون عدد 27 (الرائد الرسمي عدد 19)، مرجع سابق، ص 307.

[3]-قانون عدد 57 لسنة 1959 مؤرخ في 25 ذي القعدة 1378 وفي أول جوان 1959 في ختم دستور الجمهورية التونسية وإصداره (الرائد الرسمي عدد 30، السنة 102، مؤرخ في 25 ذي القعدة 1378 هـ الموافق لـ 1جوان

و بالإضافة إلى نظامي الكفالة والتبني فقد أخذ المشرع التونسي أيضا بنظام وضع الأطفال لدى العائلات بموجب القانون عدد 47، للتكفل بهم والقيام بتربيتهم ورعايتهم سواء بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية، وهذا ما نص عليه الفصل الأول والثاني من هنا القانون:

الفصل الأول: "إن الأطفال الفاقدين للأسرة والمهملين أو الذين لا تسمح وضعية عائلاتهم بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية القيام بتربيتهم ورعايتهم، يمكن أن يعهد بهم إلى عائلات مؤهلة لهذا الغرض من طرف كتابة الدولة للشباب والرياضة والشؤون الاجتماعية وتتكفل هذه العائلات بهم بعد الإنفاق مع الموصي الشرعي إن كان موجودا".

الفصل الثاني: "تلتزم العائلة التي قبلت هؤلاء الأطفال برعايتهم وتربيتهم طيلة المدة المتفق عليها مع كتابة الدولة للشباب والرياضة والشؤون الاجتماعية وتستطيع هذه العائلة بعد اتفاق مع كتابة الدولة أن تحول هذا الوضع إلى كفالة وحتى عند الاقتضاء إلى تبني طبقا للأحكام القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 04 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني"[1].

وهذا النظام عبارة عن كفالة مؤقتة يمكن أن تصبح كفالة نهائية.

البند الرابع: شروط الكافل في التشريع اللّيبي

لم يرد في المادة الستين من القانون المتعلق بالأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما عن شروط الكافل شيء، وهي ثغرة قانونية كبيرة، لأن حماية المكفول والقيام بشؤونه وتوجيهه في الحياة ليكون فردا صالحا نافعا في مجتمعه، مهمة صعبة لا يتسنى لأي كان القيام بها.

و أما بالنسبة للأطفال الذين لا ولي لهم فإن القانون المتعلق بحماية الطفولة ينص على:

1959)، ص748.

[1]-قانون عدد 47 لسنة 1967 مؤرخ في 21 نوفمبر 1967 يتعلق بوضع الأطفال لدى العائلات (الرائد الرسمي عدد 49، السنة 110، مؤرخ في 21-24 نوفمبر 1967)، ص2011.

•طالع الملحق رقم: 9.

"يكفل المجتمع من خلال المؤسسات التي يقيمها حق رعاية الإيواء الكامل للأطفال الذين لا ولي لهم"[1].

ومفاد هذا النص أن الدولة هي كافلة الأطفال الذين لا ولي لهم.

البند الخامس: المقارنة بين التشريعات المغاربية ومدى استنادها للشريعة الإسلامية

-اتفقت التشريعات المغاربية ماعدا التشريع الليبي على وجوب توّفر مجموعة من الشروط في الكافل لاسناد الكفالة, لأنها عبارة عن القيام على شؤون نفس قاصرة وكيان يصعب التعامل معه, فلا يتسنى لأي كان أداؤه.

-غير أن هذه التشريعات اختلفت في تحديد هذه الشروط, فكان المشرع المغربي أكثر تفصيلا في تحديدها من التشريعين الجزائري والتونسي.

- اتفقت التشريعات المغاربية في وجوب كون الكافل مسلما, حتى يشّب المكفول على تعاليم الدين الحنيف, ماعدا التشريع التونسي الذي لم يشترطه, وهو أمر غريب خاصة وأن الدولة التونسية تدين رسميا بالديانة الإسلامية.

وأن الإسلام لا يقبل ولاية الكافر على المسلم, فإذا جرى الإسلام على المكفول, فالمسلم أحق بكفالته, لأن غير المسلم غير مأمون عليه في بدنه أن يسترّقه, وفي دينه أن يفتنه وفي ماله أن يتلفه لأن عداوة الدين تبعث على ذلك كلّه[2].

و قد جاء في تفسير الآية 144 من سورة النساء في قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلْكَـٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾, يا أيها الذين آمنوا حق الإيمان لا يصّح منكم ولا ينبغي لكم أن تتخذوا الكافرين بالحق الذي آمنتم به نصراء وأصدقاء, تاركين ولاية إخوانكم المؤمنين ونصرتهم[3].

---

[1]-قانون بشأن حماية الطفولة, منشورات اللجنة الشعبية الصادرة للعدل.www.aladel.gov.ly

[2]-الماوردي, مرجع سابق, ج9, ص480.

[3]-محمد السيد طنطاوي, **التفسير الوسيط للقرآن الكريم**, الطبعة الثانية؛ ميدان احمد ماهر شارع الجداوي, مطبعة

و قد ذهبت الشريعة الإسلامية إلى أبعد من ذلك, ولم تكتف بوجوب إسلام الكافل, بل أن يكون أمينا أيضا لأن غير المأمون ليس من أهل الولايات, ولا حظ لهذا المكفول في تركه في يده, فوجب على الحاكم انتزاعه منه[1].

-وقد انفرد التشريع الجزائري بعدم منحه الكفالة لشخص معنوي, على عكس التشريعين المغربي والتونسي, لكن اتفقت التشريعات الثلاثة على عدم التفرقة بين الرجل والمرأة في منح الكفالة وهو ما نجد له سندا في الشريعة الإسلامية, فلا يقدم الرجل على المرأة في الكفالة باعتبار الولاية للرجال, ولا المرأة على الرجل باعتبارها لها أولوية الحضانة كالأم[2].

لأن المرأة في الغالب فيها الأمانة و جواز الشهادة, و لأن النبي صلى الله عليه و سلم قال لهند: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف, فجعلها القيمة على أولادها في النفقة عليهم, و لأن النبي خرج في مغازي و أودع أموالا كانت عنده عند أم أيمن رضي الله عنهما, فدل ذلك على جواز استنابة المرأة في المال و على الأطفال و كان لها الحضانة عليهم و إن كان فيها معنى الولاية[3].

كما هناك بعضا من الشروط التي تجب مراعاتها شرعا وهي:

1. **التكليف:** أي أن يكون الكافل مكلفا.
2. **العدالة:** وهو من لا يطعن عليه في بطن ولا فرج.
3. **أن يكون رشيدا:** فلا يكون سفيها مبذرا.
4. **خلوه من الأمراض المنفّرة والمعدية**[4].

السعادة, 1403ه-1983م, المجلد الثالث, ص473.

[1]-الماوردي, مرجع سابق, ج9, ص472.

[2]-المرجع نفسه,ج9, ص477.

[3]-المرجع نفسه, ج10, ص188.

[4]-عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، **أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي**، د ط: الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة، 2006، ص 46-51.

وأخيرا يمكن أيضا للدولة أو الحاكم أن يتولى الحضانة والكفالة، وقد أثبت الفقهاء أحقيته، وأنه آخر من يتولاهما، استنادا للحديث الشريف:«السلطان ولي من لا ولي له» [1] فلا يمكن الإدعاء بعدم وجود من يكفل يتيما في المجتمع الإسلامي لقيامه على التكافل الاجتماعي, ولوجود ولاة المسلمين.

فالدولة إما أن تودع المكفول عند امرأة تكون أهلا للقيام بهذه المهمة، أو تودعه عند رجل أمين، أو تودعه في إحدى المحاضن الجماعية أو دور الأيتام[2].

الفرع الثاني: شروط المكفول في التشريعات المغاربية

و يعنى هذا الفرع بعرض الشروط الواجب توفرها في المكفول حتى يكون محلا للكفالة, مجيبا على التساؤل التالي: من هو المكفول في التشريعات المغاربية؟ وذلك من خلال استعراض هذه الشروط حسب كل تشريع.

البند الأول: شروط المكفول في التشريع الجزائري

لم يرد في قانون الأسرة الجزائري أي شرط عن المكفول، إلا بصفة عرضية في المادتين 116، 119 ويمكن الاستخلاص من خلال استقرائهما ما يلي:

1 ـ أن يكون الطفل المكفول ولدا قاصرا حسب المادة 116 قانون الأسرة، والقاصر حسب القانون المدني هو الذي لم يبلغ سن الرشد أي تسعة عشرة سنة[3].

فكل طفل لم يبلغ 19 سنة يكون محلا للكفالة, لكن الطفل الحديث العهد بالولادة، أسرع اندماجا في أسرته وأكثر تعلقا من الناحية العاطفية بمن يرعاه ويلعب معه ويسهر على

---

[1]-صالح بن عبد العزيز بن محمد بن ابراهيم آل الشيخ, **موسوعة الحديث الشريف -الكتب الستة-**, الطبعة الثالثة؛ الرياض: دار السلام للنشر والتوزيع، 1421هـ - 2000م, أخرجه الترمذي في أبواب النكاح ما جاء في لا نكاح إلا بولي حديث رقم 1102, و أخرجه أبي داوود في سننه, كتاب النكاح, باب الولي, حديث رقم 2083, ص 1757, ص1376.

[2]-عبد الأحد ملا رجب، **أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي**، دط؛ المملكة العربية السعودية: دار أطلس, 1412-1413هـ, بتصرف، ص 273- 274، ص 346.

[3]- المادة 40 فقرة2 من الأمر رقم 75-58 (ج ر عدد 78)، مرجع سابق, ص 992.

تربيته، عكس الطفل البالغ عشر سنوات فأكثر الذي يصعب ويطول اندماجه في أسرة يعلم أن أفرادها غرباء عنه تماما ويصبح يترجم تصرفاتهم نحوه وكأنها اعتداءات على شخصيته أو رغبتهم في السيطرة عليه، فكل هذه المعطيات لها دور في حياة الطفل خاصة من الناحية النفسية، إذ يمكن أن يطول الزمن قبل أن يندمج الطفل في عائلته الجديدة أو لا يندمج تماما.

فإن التجربة تدل على أن الصغار الذين تنجح كفالتهم هم أولائك القصر الذين يبلغ سنهم أقل من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات على الأكثر، حيث يسهل اندماجهم في المحيط العائلي الجديد ولسرعة تعلقهم بالأولياء الجدد وارتباطهم بهم[1].

إن المشرع الجزائري وبموجب هذه المادة لم يشترط كون المكفول ذكرا أم أنثى, كما أنه لم يشترط الجنسية الجزائرية له, فمن الأمن إضاح النصوص والدقة في المصطلحات لتجنب كل التباس في الواقع العملي.

وعلى ذلك يرى الأستاذ الغوتي بن ملحة أن الطفل المكفول يمكن أن يكون جزائري الجنسية أو أجنبيا[2].

2 ـ أن يكون الطفل المكفول إما معلوم أو مجهول النسب طبقا للمادة 119 قانون أسرة، فمعلوم النسب، وهو ولد لأبوين معروفين، فإن كان الاثنان على قيد الحياة يتعين رضاهما بالكفالة، وإذا توفي احدهما أو كان عاجزا عن التعبير عن إرادته في شأن الكفالة فموافقة الآخر تكفي، بينما إذا توفي الأبوان الاثنان، أو عجزا عن التعبير عن إرادتهما لأي سبب، يكون القول للمجلس العائلي، بعد موافقة من كان في حضنه الولد[3].

و أما مجهول النسب، هو من جهل أبوه، وكان تحت كفالة الدولة، فهي التي توافق على طلبات الكفالة، وهذا ما قرره المقرر الوزاري رقم 061 المؤرخ في 26 أكتوبر

---

[1]-معوان مصطفى، مرجع سابق، ص 521.

[2]-Ghautti Ben melha, Ibid , p272.

[3]-الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، الطبعة الثانية؛ بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 170.

2005، المتضمن إنشاء تسيير وتشكيل اللجنة المكلفة بدراسة ملفات الكفالة للعائلات المقيمة داخل الوطن [1] في مادته الثالثة كما يلي: "تكلف اللجنة الولائية بدراسة واتخاذ القرار حول ملفات طلبات الكفالة للعائلات المقيمة داخل الوطن".

وتتشكل هذه اللجنة من الأعضاء المحددة في المادة الثانية من هذا المقرر كمايلي: "يترأس اللجنة مدير النشاط الاجتماعي للولاية أو ممثله، وتتشكل من:

-رئيس مصلحة المساعدة الاجتماعية.

-مدير مركز الطفولة المسعفة المعني.

-أخصائي نفساني أو مربي مختص من مركز الطفولة المسعفة.

-مساعدة اجتماعية لدى مصالح مديرية النشاط الاجتماعي ولدى مركز الطفولة المسعفة".

و أما طلبات الكفالة المقدمة من الجالية الجزائرية بالمهجر، فإن المصالح القنصلية هي التي توافق على الكفالة[2].

فالولد المكفول في القانون الجزائري يمكن أن يكون: إما ولد من أبوين مجهولين ومنه اللقيط، أو مجهول الأب فقط كابن الزنا، وإما أن يكون يتيما، أو عجز أبواه على رعايته ماديا أو معنويا أو حتى جسديا، أو كانا منحرفين لا يقومان بواجباتهما في رعاية الولد، أو سقطت عنهما الولاية الشرعية، كما يمكن أن يكون محلا للكفالة كل طفل معلوم النسب رضي أبواه بإسناد كفالته لأسرة أخرى لأي سبب كان.

البند الثاني: شروط المكفول في التشريع المغربي

إن التشريع المغربي وبموجب قانون كفالة الأطفال المهملين, حصر الكفالة على الطفل المهمل, والذي عرّفه بمادته الأولى كما يلي: "يعتبر مهملا الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:

---

[1]-وزارة التضامن الوطني و الأسرة, دليل طرق و إجراءات الكفالة, بدون صفحة, مرجع سابق.

[2]-المرجع نفسه, بدون صفحة.

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

ـ إذا كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش.

ـ إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن، كما في حالة سقوط الولاية الشرعية، أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته، منحرفا ولا يقوم بواجبه المذكور إزاءه"[1].

يتضح من هذا القانون أن المشرع كان أكثر تفصيلا ودقة في تحديد شروط الولد المكفول، من المشرع الجزائري، إذ بين جنس المكفول بإمكانية كونه ذكرا أو أنثى، كما حدد سنه، وهو الطفل الذي لم يبلغ 18 سنة.

لكنه حصر المكفول في الطفل المهمل، بقانون كفالة الأطفال المهملين الذي ينظم وضعيتهم، مع العلم أن الكفالة لا تقتصر على هؤلاء فقط، بل تمتد حتى على الأطفال غير المهملين، وهذا ما خلّف ثغرة قانونية في نظام الكفالة المغربي لأنه واقعيا قد يلجأ المواطنين لكفالة الأطفال غير المهملين[2].

وعليه فإن صورة الأسرة التي لا تنجب وترغب في كفالة طفل أسرة قريبة أو صديقة، لا تدخل في مفهوم قانون الكفالة المغربي.

لكن وما وجب قوله في هذا المقام، أنه ليس كل طفل وجد في إحدى الوضعيات التي حددتها المادة أعلاه يكفي ليكون طفلا مهملا، إنما يجب استصدار حكم يصرح بأنه مهملا، حتى يكون محلا للكفالة، وهذا ما تنص عليه المادة 09 فقرة 01: "تسند كفالة الأطفال الذين صدر حكم بإهمالهم إلى الأشخاص والهيئات الآتي ذكرها...."[3].

وبعد استصدار هذا الحكم، تقدم نسخة منه من قبل الكافل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين، والذي يعد صاحب الولاية على هؤلاء الأطفال المصرح بأنهم

---

[1] -قانون رقم 01-15(جريدة رسمية عدد 5031), مرجع سابق, ص2362.

[2] -زروقي مصطفى، مرجع سابق، ص55.

[3] -قانون رقم 01-15(ج ر عدد 5031)، مرجع سابق، ص 2363.

مهملين، وهو الذي يوافق على كفالتهم أو يرفضها حسب المادة السابعة من قانون كفالة الأطفال المهملين: "توجه نسخة من الحكم المشار إليه في المادة 06 أعلاه بطلب من وكيل الملك أو من الشخص الذي يطلب كفالة الطفل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين لدى المحكمة المختصة.

يمارس القاضي المكلف بشؤون القاصرين الولاية على الأطفال المهملين طبقا لأحكام النيابة الشرعية والنيابة القانونية المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية وفي قانون المسطرة المدنية».

غير أنه إذا تعلق الأمر بكفالة طفل مهمل تتجاوز سنه اثني عشرة سنة، فيستدعي الأمر موافقته الشخصية، وهذه الموافقة غير مشترطة إذا كان طالب الكفالة مؤسسة عمومية، كما تقرره المادة 12 من نفس القانون: "لا تتم كفالة طفل مهمل يتجاوز سنه اثني عشرة سنة شمسية كاملة إلا بموافقته الشخصية.

لا تشترط موافقة الطفل المهمل إذا كان طالب الكفالة مؤسسة عمومية مكلفة برعاية الأطفال أو هيئة أو منظمة أو جمعية ذات طابع اجتماعي معترف بها بصفة المنفعة العامة»[1].

البند الثالث: شروط المكفول في التشريع التونسي

ينص الفصل الثالث من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني على: "الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بر بكفالة طفل قاصر".

لم يحدد المشرع التونسي شروط المكفول، وإنما اكتفى بشرط كونه قاصرا وباللجوء إلى مجلة العقود والالتزامات التونسية في فصله السابع الذي يعرف القاصر بأنه لم يبلغ سن الرشد وهي عشرون سنة كاملة.

وأما الفصل الرابع من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني فنص على: "يبرم

---

[1]-قانون رقم 01-15(ج ر عدد 5031)، مرجع سابق، ص 2364.

عقد الكفالة لدى عدلين بين الكفيل من جهة، وبين أبوي المكفول أو أحدهما إذا كان الآخر ميتا أو مجهولا أو عند الاقتضاء الولي العمومي أو من يمثله من جهة أخرى، ويصادق حاكم الناحية على عقد الكفالة"[1].

ويفهم من هذا النص أن المشرع التونسي على غرار المشرع الجزائري حدد شخص المكفول بأن يكون إما معلوم النسب، فتستوجب موافقة أبويه على الكفالة, أو أحدهما إذا كان الآخر ميتا، وإما أن يكون مجهول النسب فتستوجب موافقة الولي العمومي.

وبناءًا عليه فالمكفول في التشريع التونسي هو الذي يوجد في نفس الوضعيات التي يوجد عليها المكفول في التشريع الجزائري والمذكورة سابقا.

البند الرابع: شروط المكفول في التشريع الليبي

نصت المادة الستون من قانون الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما في فقرتهما الأولى على: "يجوز كفالة الطفل مجهول الأبوين أو مجهول الأب بموافقة أمه، أو اليتيم في حالة عدم وجود أقارب له معروفين لهم حق الولاية عليه...".

إن المشرع الليبي حدد المكفول بالطفل, وبالرجوع إلى القانون المتعلق بحماية الطفولة في مادته الأولى [2] والتي عرفت الطفل بأنه الصغير الذي لم يبلغ سن السادسة عشر.

ـ بالإضافة إلى أن المكفول في التشريع الليبي هو ذلك الذي وجد في إحدى هذه الوضعيات: إما أن يكون مجهول الأبوين كاللقيط، أو مجهول الأب كابن الزنا، وأخيرا اليتيم الذي ليس له من يرعاه.

فبمفهوم المخالفة نجد أن الطفل الذي له أبوين معروفين أو حتى اليتيم الذي له أهل يرعونه، لا تجوز كفالته.

ـ وأخيرا فإن الموافقة على كفالة طفل طبقا للتشريع الليبي تكون من الأم بالنسبة لمجهول الأب، بينما الذي لا ولي له، فالدولة هي التي تتولى أموره وتوافق على كفالته

---

[1]-قانون عدد 27 (الرائد الرسمي عدد 19), مرجع سابق، ص307.

[2]-منشورات اللجنة الشعبية الصادرة للعدل .www.aladel.gov.ly

حسب المادة السابعة من قانون حماية الطفولة.

البند الخامس: المقارنة بين التشريعات المغاربية ومدى استنادها للشريعة الإسلامية

-اتفقت التشريعات المغاربية على أن الكفالة تثبت للطفل القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد, واختلفت في تحديد هذه السن, وهذا ما هو مقرر بأحكام الشريعة الإسلامية, اذ تثبت الكفالة للصغير، نظرا لاحتياجه إلى من يحميه ويقوم على شؤونه، كما يكون في حاجة إلى التأديب والتهذيب، والتعود على العادات الإسلامية، وكل ذلك يتحقق بلا ريب في الصغير، وما أحكم قوله سبحانه وتعالى في الدلالة على هذه الحقيقة في قوله: "وخلق الإنسان ضعيفا"، ولهذا الضعف الذي صاحب الإنسان من ولادته، نظمت عليه الولاية حتى يستوي شابا قويا يعتمد على نفسه[1].

وعليه فإذا بلغ المكفول عاقلا ورشيدا، فله أن يلي نفسه [2]، لكن اختلف الفقهاء في تحديد هذه السن, على اختلاف الأزمنة والبيئات, واختلاف الذكورة والأنوثة[3].

-وقد اختلفت التشريعات المغاربية في تحديد صفة المكفول, فانفرد التشريع المغربي بتخصيصه للكفالة على الطفل المهمل, بينما اتفق التشريعين الجزائري والتونسي على أن الكفالة تشمل كل طفل كان في إحدى هذه الوضعيات:

إما ولد من أبوين مجهولين ومنه اللقيط، أو مجهول الأب فقط كابن الزنا، وإما أن يكون يتيما، أو عجز أبواه على رعايته ماديا أو معنويا أو حتى جسديا، أو كانا منحرفين لا يقومان بواجباتهما في رعاية الولد، أو سقطت عنهما الولاية الشرعية، كما يمكن أن يكون محلا للكفالة كل طفل معلوم النسب رضيا أبواه بإسناد كفالته لأسرة أخرى لأي سبب كان.

---

[1]-محمد أبو زهرة، **الولاية على النفس**، د ط ؛ القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 1994م، ص5، ص15.

[2]-عبد الأحد ملا رجب، مرجع سابق، ص 276.

[3]-سوف يؤخذ هذا الموضوع بشيء من التفصيل عند التطرق لكيفية انتهاء الكفالة في المبحث الثاني من هذا الفصل.

وأما التشريع الليبي فقرر أن الكفالة تخص كل طفل لا عائل له ولا مربّي, وهو ما نجده في نصوص القرآن والحديث النبوي فجاءت كلها بلفظة اليتيم, فإذا استقر أن اليتيم هو الطفل الذي فقد أباه, فلا يذهبن في الظن أن الفقد هنا بمعنى الموت فقط, بل كل فقد كان بغياب طويل تجهل فيه حياة الأب, أو جهل النسب, أو انعدام واحد من ركني التكليف في الولي وهما العقل والقدرة... يعتبر له الصبي يتيما, فهناك اليتيم الحقيقي, وهناك من في حكمه, والقاسم المشترك بينهم جميعا هو حرمانهم من الولي الشرعي الأول وجريان واجباته عليهم, فاللقيط مثلا من أشهر اليتامى حكما, ويدخل في حكم اليتيم الطفل المشرّد الذي يعرف والداه حيين لكنهما تخليا عنه إما لفقر وإما لعجز كمرضهما وإما لسبب من الأسباب التي تجعل الطفل في حاجة إلى رعاية[1].

فكل من وجد في إحدى هذه الحالات, كان محلا للكفالة وتسري عليه الآيات القرآنية ونصوص الأحاديث فيما يتعلق برعايتهم والإحسان إليهم, وكل الأحكام الأخرى التي تسري على اليتيم الحقيقي.

الفرع الثالث: شروط الكفالة وأركانها في التشريعات المغاربية

الكفالة عبارة عن نظام قانوني محدد في قوانين الأحوال الشخصية، ويلزم كل شخص احترام أحكامه لأنه يتعلق بالنظام العام، فسلطان الإرادة في عقد الكفالة محدود جدا، ولا تكون حرية الإرادة إلا عند إبداء النية والرغبة في طلب الكفالة، وما بقي عن ذلك فهو خاضع لأحكام, قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة أو الملحقة بها.

فإن كان للكافل الحق في الرجوع عن الكفالة إعمالا لإرادته, فإنه من جهة أخرى للنيابة طلب إسقاطها مراعاة لمصلحة الطفل المكفول, رغما عن إرادة الكافل.

إذن فالكفالة هي نظام قانوني أقرب إلى العقد، فبالرغم من أن عقد الكفالة يقوم صحيحا بمجرد تطابق إرادتي الطرفين -الكافل وولي المكفول-، إلا أن المشرع الجزائري لم يتركه إلى حرية المتعاقدين عندما نص في المادة 116 من قانون الأسرة على أن تتم

---

[1]-نبيل زياني, مرجع سابق, ص8.

الكفالة بعقد شرعي.

ولعل ما يقصده المشرع بإضفاء الشرعية على الكفالة، أن تتم وفق ما تقتضيه قواعد قانون الأسرة وطبقا لتعاليم الشريعة الإسلامية والآداب والنظام العام، بل وقد جاء نص المادة 117، يقضي بأن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق، للتأكد من شرعية العقد، ويعتبر ذلك شرط في عقد الكفالة ذاته، لإمكانية إثبات وجوده في الحياة القانونية، لأن عقد الكفالة يتم خارج حرم المحكمة أو الضابط العمومي، بين طرفيه وهما الكافل وولي المكفول سواء كان أبواه أو مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن، إلا أن هذا العقد لا يحدث آثاره ولا يوجد في عالم القانون إلا باللجوء إلى الموثق أو المحكمة لإفراغ هذه الإرادة في شكل معين وإضفاء صفة الشرعية عليه، لأن المحكمة هي صاحبة الولاية العامة، وأما الموثق فهو الضابط العمومي الذي يراقب صحة العقد ويعطيه قوة ثبوتية مطلقة باعتبـــــاره من العقود الرسمية والتي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير طبقا للمادة 324 مكرر 5 قانون مدني[1].

وكذلك فعل المشرع التونسي باشتراطه لإبرام عقد الكفالة لدى عدلين ويصادق حاكم الناحية على عقد الكفالة طبقا للفصل الرابع من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني.

بل إن المشرع المغربي كان أكثر صرامة ودقة في تحديده لشروط الكفالة، فجعل الموافقة عليها من اختصاص القاضي المكلف بشؤون القصر وحده فقط.

فوجب احترام كل الشروط الخاصة بالكفالة، وكل ذلك حفاظا على مصالح المكفول والسهر على حمايته حتى لا تهدر حقوقه، خاصة وأن عقد الكفالة يخلق له مركزا قانونيا جديدا، فيصبح مكفولا بعد أن كان ابنا شرعيا أو طفلا مهملا أو لقيطا....إلخ.

وبما أن عقد الكفالة هو عقد مدني، فإنه يخضع لشروط وأركان العقد المدني، إضافة إلى شروطه كعقد خاص، وهذه الشروط والأركان متعارفة ومشتركة بين التشريعات

---

[1]-و تنص المادة: «يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني» قانون رقم 88-14 مؤرخ في 3 مايو 1988 (جريدة رسمية عدد 18، مؤرخة في 17 رمضان 1408هـ الموافق لـ 4 مايو 1988م), ص 750.

المدنية المغربية، وأول هذه الأركان هو التراضي، الذي هو عبارة عن تطابق إرادتين.

و وجود التراضي مرتبط بوجود وصحة الإرادة وتكون صحيحة إذا صدرت من شخص يتمتع بالأهلية، ويكون الشخص عديم الأهلية إذا انعدمت لديه الإرادة المدركة كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، ومثل هؤلاء لا يمكن أن تنسب إليهم إرادة يعتد بها القانون، وأما الشخص ذو الغفلة أو الصبي المميز غير الراشد فأهليته ناقصة، فبالرغم من أن له الحق في مباشرة بعض التصرفات[1], إلا أنه لا يستطيع مباشرة الكفالة.

و تتمثل صحة تراضي كل من الكافل وولي المكفول، في كون رضاء الكافل صحيحا صادر من ذي أهلية صحيحة وكاملة لأنه يقوم بتصرف تبرعي ضار له، وهذا ما رأيناه في شروط الكافل بأن يكون بالغا راشدا، بينما رضاء ولي المكفول فهو يخضع للشروط المطلوبة حسب كل قانون كما ثم شرحه سابقا، لأنه يتعلق بمصلحة طفل قاصر.

كما أن صحة التراضي تقتضي سلامة رضاء المتعاقد من العيوب والمتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه, طبقا للقواعد العامة.

ولذلك من شروط الكفالة أن يتم العقد أمام المحكمة أو أمام الموظف العمومي, لأن في ذلك حماية من الوقوع في مثل هذه العيوب.

الخلاصـــــة:

- كان المشرع المغربي أكثر دقة ووضوح في تحديده لشروط الكافل والمكفول، من المشرع الجزائري والتونسي، عندما خص الكفالة بقانون سماه قانون كفالة الأطفال المهملين.

- سكت المشرع الجزائري والتونسي عن كثير من الشروط، ولم يبينا موقفهما منها ككفالة المرأة، أو جنس المكفول...إلخ, هذا السكوت حتم على وزارة النشاط الاجتماعي والتضامن بالجزائر تحرير دليل جمعت فيه كل القواعد الخاصة بالكفالة، سواء قواعد قانون الأسرة أو قواعد عرفية وأخرى اجتهادية من طرفها، كما تعين على القاضي أعمال

---

[1]-علي فيلالي، **الالتزامات: النظرية العامة للعقد**، الطبعة الثانية؛ الجزائر: موفم للنشر، 2005م، ص68، ص70.

سلطته التقديرية في إسناد الكفالة والتحقق من توافر شروطها، نظرا لعدم وضوحها، مع إعطاء الأولوية للمصلحة الفضلى للطفل المكفول, و كذلك فعلت وزارة الشؤون الاجتماعية و التضامن و التونسيين بالخارج.

ـ استحداث المشرع التونسي إلى جانب كفالة الأشخاص الطبيعيين، و كفالة الأشخاص المعنوية كالجمعيات الخيرية المعمول به في التشريع المغربي، لنظام الوضع لدى العائلات والذي يمكن اعتباره كفالة مؤقتة مع إمكانية صيرورتها كفالة نهائية.

ـ أن المشرع الليبي لم يحدد شروط الكافل والمكفول بشكل نظامي، بل حصر مجموعة من أحكام الكفالة في مادة واحدة، وهو غير كاف تاركا ثغرات قانونية كبيرة.

ـ إن أغلب التشريعات المغاربية كالتشريع المغربي والجزائري تستند في تحديدها لمعظم شروط الكفالة بصفة عامة وشروط الكافل والمكفول بصفة خاصة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بينما نجد التشريع التونسي اعتمد قواعد غريبة عن أحكام الشريعة الإسلامية، كعدم اشتراط إسلام الكافل والأخذ بنظام التبني.

ـ كل التشريعات المغاربية تتفق على أن الكفالة تخص الطفل القاصر، مستندة في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية التي تقر انه بمجرد بلوغ الطفل عاقلا راشدا له أن يلي نفسه.

ـ إن الكفالة عبارة عن نظام قانوني قائم بذاته, يصّب في شكل عقد رسمي, محدد في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية، له قواعده وأحكامه الخاصة به، حسب كل تشريع.

المبحث الثاني: إجراءات انشاء الكفالة و خصائصها و كيفية انتهائها في التشريعات المغاربية

بعد أن تعرفنا على مفهوم الكفالة وشروطها في المبحث الأول، أمكن في هذا المقام عرض الإجراءات المتبعة في انشاء الكفالة, و تبيين خصائصها لفهم أكثر نظام الكفالة, و تمييزه عن غيره من الأنظمة الأخرى المشابهة كالتبني, و أخيرا نتطرق لكيفية انتهائها في التشريعات المغاربية، مقسمين هذا المبحث إلى مطلبين اثنين: يخصص المطلب الأول لإجراءات انشاء الكفالة في التشريعات المغاربية, و الثاني لخصائص الكفالة و كيفية انتهائها في التشريعات المغاربية.

المطلب الأول: إجراءات انشاء الكفالة في التشريعات المغاربية

اتفقت التشريعات المغاربية على وجوب إتباع جملة من الإجراءات لإنشاء الكفالة، لكنها اختلفت في تفاصيل هذه الإجراءات.

فما هي هذه الإجراءات؟ وما مدى اختلافها بين التشريعات المغاربية؟

للإجابة نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع: الفرع الأول لدراسة إجراءات الكفالة في التشريع الجزائري، وخصص الفرع الثاني لبيان إجراءات الكفالة في التشريع المغربي، وأما الفرع الثالث فلعرض إجراءات الكفالة في التشريع التونسي، وأخيرا الفرع الرابع

خصص للمقارنة بين التشريعات المغاربية فيما أخذت به من قواعد إجرائية, ومدى استنادها للشريعة الإسلامية في ذلك.

الفرع الأول: إجراءات انشاء الكفالة في التشريع الجزائري

يستوجب على طالب الكفالة إتباع مجموعة من الإجراءات للوصول إلى مبتغاه، وتختلف هذه الإجراءات حسب نسب الولد المكفول، أي تتبع إجراءات معينة من أجل كفالة ولد معلوم النسب، وتتبع إجراءات أخرى من أجل كفالة مجهول النسب والتي نتعرف عليها فيما يلي:

و في الحالتين, سواء تعلق الأمر بمعلوم أو مجهول النسب, فإنه توجد ثلاث جهات مختصة بتحرير عقد الكفالة وهي: القاضي، الموثق ومسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج[1]، حسبما سيتم شرحه:

أولا: إجراءات انشاء كفالة ولد معلوم النسب:

117 بداية, يتعين الحصول على موافقة والديّ المكفول على الكفالة حسب المادة من قانون الأسرة، أو موافقة من كان في حضنه الولد[2].

بعدها يتوجب على طالب الكفالة تحضير ملف يتكون من مجموعة الوثائق, تخلفها يؤدي إلى رفض طلبه وهذه الوثائق هي:

- طلب خطي للكفيل (ة).
- شهادة ميلاد الكفيل (ة).
- تصريح شرفي للوالدين.
- شهادة ميلاد القاصر(ة).
- شهادة من بطاقة التعريف الوطنية للولي(ة).

---

[1]-الغوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص171.

[2]-ذلك عند وفاة الوالدين أو عند عجزهما عن إبداء موافقتهما، كما سبق شرحه في شروط المكفول.

- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للكفيل.
- شهادة عائلية للكفيل(ة).
- شهادة عائلية للوالدين.
- شهادة عمل.
- طابع جبائي 500دج.
- طابع جبائي 20دج[1].

بعد الحصول على الموافقة على الكفالة من قبل أهل الولد المكفول وبعد إتمام تكوين ملف الكفالة، تأتي مرحلة إبرام عقد الكفالة الذي يجب أن يتم أمام المحكمة أو أمام الموثق طبقا للمادة 117 قانون الأسرة.

وقد جاءت المواد من 492 إلى 495[2]، من قانون الإجراءات المدنية الجديد لتنظيم إجراءات الكفالة مسايرة لما تضمنه قانون الأسرة في المواد 116 إلى 125.

ويقدم الطلب قصد الكفالة إلى القاضي المتواجد بدائرة اختصاصه موطن الطالب، فيقوم القاضي بمراقبة الطلب وتوافر الشروط القانونية في العارض، و إذا استلزم الحال يمكن للقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق أو بأي إجراء آخر يسمح له بالتأكد من قدرة الكافل على القيام بشؤون المكفول.

ينظر في الطلب في غرفة المشورة ويفصل فيه بأمر ولائي بعد استطلاع رأي النيابة العامة[3]، وتسلم نسخة من هذا الأمر لضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش

---

[1]-ملف طلب كفالة، محكمة قالمة.

[2]-قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429ه الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (جريدة رسمية عدد 21, مؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429ه الموافق ل 23 أبريل 2008)، ص40, 41.
•الذي دخل حيز التنفيذ ابتداءا من تاريخ 25 أفريل 2009.

[3]-عبد السلام ذيب، **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد** ، ترجمة للمحاكمة العادلة، دط، الجزائر، موفم للنشر، 2009، ص289.

شهادة ميلاد الولد المكفول[1].

وقد جعل المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وتحديدا المادة 492 منه الاختصاص بالنظر في طلب الكفالة لقاضي شؤون الأسرة, -و الذي يفصل فيه بأمر ولائي حسب المادة 493-, بعدما كان الطلب قبل صدور هذا القانون يقدم أمام رئيس المحكمة.

و لكن أمكن القول, بأنه إذا قدّم الطلب أمام رئيس المحكمة فلا يحكم بعدم الاختصاص، بل ينظر في الطلب لأنه صاحب الولاية العامة للنظر في حالة الأشخاص[2].

كما أن المشرع الجزائري وسع للقاضي الوطني وبموجب قواعد الإسناد بالقانون المدني بمقتضى المادة 13 مكرر 1، اختصاصاته لإصدار أمر بالكفالة لطرفيه أو أحد أطرافه أجنبيا مقيما على الإقليم الجزائري، مراعيا في ذلك للقانون الداخلي لكل من الكفيل والمكفول معا في صحة عقد الكفالة.

كلّ ذلك في حالة تمام الكفالة أمام القضاء، لكن وبموجب قانون الأسرة يجوز للكافل اللجوء إلى الموثق لإنشاء عقد الكفالة باعتباره موظفا عموميا, ويصبح لهذا العقد القوة التنفيذية مثل الأمر القضائي، ولا يحتاج إلى المصادقة من طرف القاضي, ويشترط أن يكون الكافل يقطن في الجزائر لتمام الكفالة أمام الموثق, هذا الأخير الذي تتوسع مهمته على كافة التراب الوطني[3].

لكن ما لا يمكن إغفاله في هذا المقام, هو أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية جاء بأحكام جديدة في موضوع إنشاء الكفالة, خاصة ما ورد بالمادتين 492, 493 فأحكامهما تحويان إلغاءا ضمنيا جزئيا لحكم المادتين 116, 117 من قانون الأسرة, فأصبح النظر في الكفالة و إجراءاتها ابتداءا من اختصاص قاضي شؤون الأسرة, دون

---

[1]-الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص172.

[2] -حسب رأي رئيس محكمة قالمة, الرئيس حمدي باشا عمر في مقابلة أجريت معه يوم 21 فيفري 2011.

[3]-معوان مصطفى، مرجع سابق، ص524.

سواه, فهـــل يعنـــــي ذلـك:

أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية, و هو قانون إجرائي ألغى بعض أحكام الكفالة المقررة في قانون الأسرة, و هو قانون موضوعي؟ أم أن أحكام القانونين تبقى سارية المفعول, أي متعايشة؟ أي هل يد الموثق غلت نهائيا عن موضوع الكفالة أم لا؟[1]

و قد أضافت المادة 495 من نفس القانون حكما آخر جديدا و هو أن يتأكد القاضي من توافر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل و هي الشروط التي حددتها المادة 118 من قانون الأسرة, بل و عند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول و الإنفاق عليه و تربيته.

فالأمر بإجراء التحقيق أو أي تدبير هو من اختصاص القضاء, و يحرم على الموثق ذلك, و هذا دليل آخر على سحب ولاية الموثق بتحرير الكفالة[2].

و أخيرا, و في حالة ما إذا كان أطراف الكفالة جزائريين يقيمون خارج الوطن، أي الجالية الجزائرية بالخارج، فإن إتمام عقد الكفالة يكون أمام الموظفين بالسفارات والقنصليات الجزائرية المعتمدة بالخارج, و على هذه الجهات أن تقوم بالتحقيق اللازم للتأكد من توفر شروط الكفالة، وبناءا على نتائجه تقبل الطلب أو تفرضه.

ثانيا: إجراءات انشاء كفالة ولد مجهول النسب

و أما إن كان المكفول طفلا مجهول النسب تحت كفالة الدولة في دور الطفولة المسعفة والمسمى بالطفل المسعف، فإنّ مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن هي التي تمنح الموافقة بكفالته، وذلك عن طريق اللجنة الولائية المكلفة بدراسة واتخاذ القرار حول

---

[1] -أصبح سائدا بين مكاتب التوثيق, أن الموثق غلت يده من تحرير و إبرام عقد الكفالة, و هذا ما استشف من خلال المقابلات التي أجريتها مع مكتبين للتوثيق -و قد تحفظوا من ذكر أسمائهم و صفاتهم في هذا البحث-, فقد أكدوا هذا الرأي, بل و صرحوا أنه يشاركهم فيه أغلب القضاة.

[2]-بوتغرار علاوة, خدروش الدراجي, «الكفالة بين قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية», **نشرة الموثق**, جويلية 2010, ص 41.

•و هي نشرة داخلية إعلامية تكوينية تصدر عن الغرفة الجهوية للموثقين لناحية الشرق.

ملفات طلبات الكفالة للعائلات المقيمة داخل الوطن[1].

وعليه، فالكافل لابد أن يتجه إلى مصالح مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن للولاية التي يوجد الطفل المراد كفالته بدائرة اختصاصها حاملا ملف طلب الكفالة الذي يقدم في نسختين (نسخة أصلية ونسخة مطابقة للأصل)، والمتكون من:

-طلب تحفيزي مقدم من طرف طالبي الكفالة ممض من طرف الزوجين.

-استمارة التحقيق النفسي الاجتماعي منجزة من طرف المساعدة الاجتماعية مملوءة بصفة مدققة متضمنة رأي صريح وإمضاء مدير النشاط الاجتماعي للولاية، ويلحق بها استمارة التحقيق النفسي.

- شهادات الميلاد لكلا الزوجين.
- شهادة عائلية للحالة المدنية أو شهادة شخصية للحالة المدنية للعازبات.
- كشف السوابق العدلية لكلا الزوجين.
- شهادة عمل وكشف الرواتب لـثلاثة الأشهر الأخيرة للأجراء أو نسخة من سجل تجاري.
- شهادة الإقامة.
- صورة شمسية جديدة.
- شهادة طبية تثبت الحالة الصحية للزوجين[2].

و أما عن استمارة التحقيق النفسي الاجتماعي، فهي عبارة عن بحث أو تحقيق تقوم به المساعدة الاجتماعية، وذلك بالتنقل إلى محل سكنى طالبي الكفالة، للإطلاع على ظروفهم المعيشية, الصحية، النفسية والاقتصادية ومدى استعدادهم لاستقبال طفل قاصر وتربيته في جو أسري سليم.

بينما استمارة التحقيق النفسي تقوم بتحريرها أخصائية نفسانية من خلال مقابلة سيكولوجية مع طالبي الكفالة، للتأكد من مدى رغبتهما في كفالة الطفل القاصر وصدق

---

[1]-راجع: تشكيل هذه اللجنة بالصفحة 37 من هذه المذكرة.

[2]-وزارة التضامن الوطني و الأسرة, دليل طرق وإجراءات الكفالة، بدون صفحة, مرجع سابق.

نيتهما في حسن تربيتهما والأهم من ذلك التأكد من مدى قدرتهم النفسية لهذا الأمر.

بعد ذلك تقوم هذه اللجنة بدراسة الملف والتأكد من توفر كل الشروط المطلوبة في الكفالة وعلى أساسه تقوم بالموافقة على الطلب أو بالرفض.

فإذا أصدرت قرارا بالقبول تقوم بتحرير وثيقة تسمى بمقرر الوضع [1] تقرر فيه وضع الطفل المراد كفالته لدى العائلة الكافلة وتقوم بتسليمهم الطفل, و للعائلة الكافلة تحديد جنس الطفل المكفول حسب رغبتها ذكرا أو أنثى، لكنها لا تختار طفلا معينا بذاته في حالة وجود عدة أطفال قابلين للكفالة من جنس واحد, ماعدا المعاقين فلها حق قبول كفالته أو رفض ذلك, وفي حالة تزاحم العائلات أي تعدد طلبات الكفالة ولا يوجد عدد من الأطفال لتلبية كل الطلبات [2]، فتقوم اللجنة باختيار العائلات التي توفر للطفل المكفول ظروف معيشية أفضل، فمثلا تمنح الكفالة للأسرة التي يكون فيها الكافل وزوجه متعلمان، ولهما دخل جيد ومسكن كبير وسنهما متوسط على الأسرة التي يكون فيها الكافل فقط

---

[1]-مقرر الوضع عبارة عن قبول إسناد كفالة الطفل المسعف لطالب الكفالة, تحرره مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن بعد دراسة الملف و إجراء التحقيق اللازم.

• انظر الملحق رقم: 5.

[2]-بتصريح من السيدة بوخرص نجاة المربية الرئيسية بدار الطفولة المسعفة بقسنطينة، وأن العائلات لم تكن تقبل على كفالة الأطفال المسعفين بسبب النظرة الظالمة للمجتمع لهؤلاء الأطفال، لكن في الوقت الحالي أضحى الإقبال على= =الكفالة كبيرا، بحيث أصبح عدد الطلبات يفوق عدد الأطفال الموجودين وربما يرجع ذلك لتفتح العقول و انتشار العلم, كما يرجع لارتفاع نسبة الأزواج العقيمة.

ولقد ظهر تغير كبير في فئة الأطفال المتواجدون في دور الطفولة المسعفة منذ نهاية التسعينات, فقبل هذه الفترة كانت نسبة هؤلاء الأطفال من 70 إلى 80٪ أطفال مهملين من الولادة و أما حاليا فنسبة 70٪ تمثل أطفال الحراسة القضائية ممن لهم أسرة و عائلة, و هذا التغير راجع بنسبة كبيرة لكون أغلبية الأطفال المهملين من الولادة محل الكفالة و مثاله نأخذ دار الطفولة المسعفة صغار بوهران فوصلت نسبة كفالة الأطفال بها إلى 98٪ سنة 2006.

•Badra moutassem-mimouni, «les enfants privés de famille en algérie», **insaniyat** revue algérienne d'anthropologie et de science sociale, n°41, juillet-septembre 2008, p71, 72.

و هذا ما أكدته السيدة مهدي فطومة مساعدة اجتماعية بقالمة و أن دار الطفولة المسعفة بالولاية أصبح يعاني من استقبال أطفال الحراسة القضائية لأنهم يؤثرون سلبا على سكانها الأصليين أي الأطفال المهملين من الولادة من حيث السلوك و التمرد على النظام و كثيرا من المشاكل الأخرى.

يعمل دون زوجه، أولهما دخل أقل أو غير متعلمين...الخ[1].

وبعد حصول الكافل على مقرر الوضع، يكوّن ملف آخر خاص بكفالة الأطفال المسعفين من أجل إبرام عقد الكفالة أمام القاضي أو الموثق لتثبيت شرعية هذا العقد حسب ما اقتضته المادة 116 من قانون الأسرة, فوجب على الكافل تكوين الملف المذكور أدناه, وإتباع نفس الإجراءات المذكورة آنفا في كفالة ولد معلوم النسب:

- طلب خطي للكفيل.
- شهادة ميلاد الكفيل.
- شهادة ميلاد المكفول.
- شهادة وضع مجاني لطفل مسعف.
- شهادة عائلية للكفيل.
- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للكفيل.
- طابع جبائي 500 دج.
- طابع جبائي 20دج.
- شهادة عمل[2].

و ما وجب ذكره أن الطفل المسعف, الذي يكون تحت وصاية مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن لا يكون محلا للكفالة إلا إذا كان مجهول النسب لا يعرف له أبوان ولا أهل، وأما إذا كان مجهول النسب معلوم الأم، فلا يكون محل للكفالة إلا إذا تخلت عنه أمه بموجب محضر التخلي النهائي الذي يسمح بوضع الطفل مباشرة في الوسط العائلي، وأما محضر التخلي المؤقت وهو محضر تخلي الأم عن طفلها مؤقتا لمدة محددة بشهر واحد قابل للتجديد لمدة شهرين إضافيين، ليكون لها كفترة تفكير وتريّث عند انتهاء مدة التفكير والمحددة بـ ثلاثة أشهر يصبح محضر التخلي المؤقت نهائي.

---

[1]-بتصريح من السيدة مهدي فطومة.

[2]-ملف كفالة ابن مسعف من محكمة قالمة.

فقرار التخلي، يعني الانقطاع النهائي والكلي لكل الروابط التي تربط الأم بالطفل, وفقدانها جميع الحقوق عليه، والسرية التامة فيما يخص المعلومات المقدمة[1].

إن الحديث عن كفالة الطفل المسعف، يجرنا إلى الحديث عن الكفالة مع تغيير اللقب، فإنّ التشريع الجزائري أعطى الاختيار لكافل الطفل المسعف مجهول النسب، بأن يمنحه لقبه قصد مطابقة لقب الكافل بالمكفول دون أن يمنحه الحق في النسب، كما أنه غير مسموح بتسجيل الطفل المكفول على الدفتر العائلي[2].

وهذا التشريع يتمثل في المرسوم رقم 71-156 المتعلق بتغيير اللقب [3]، المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24[4] وذلك بموجب المادة الأولى منه في المقطع الثاني «كل من يرغب في تغيير للقبه لسبب ما ينبغي عليه أن يوجه طلبا مسببا إلى وزير العدل، حامل الأختام الذي يكلف النائب العام للدائرة القضائية، حيث مكان ولادة الطالب لإجراء التحقيق.

كما يمكن للشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، ولدا قاصرا 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 معلومة وعلى قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب».

و جاء هذا التشريع للحد من سلبيات كون الطفل المكفول ليس له لقب، أو يحمل لقبا

---

[1]-إن محضر التخلي يحوي كل هذه المعلومات، حتى تكون الأم على علم بنتائج تخليها عن طفلها و الإمضاء على هذا المحضر.

• انظر الملحق رقم: 8.

[2]-وزارة التضامن الوطني و الأسرة, دليل طرق وإجراءات الكفالة، بدون صفحة, مرجع سابق.

[3]-مرسوم تنفيذي رقم 71-156 مؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق لـ 3 يونيو ستة 1971 المتعلق بتغيير اللقب(جريدة رسمية، عدد 17، السنة الثامنة، المؤرخة في الجمعة 18 ربيع الثاني، عام 1391هـ الموافق لـ 11 يونيو سنة 1971م).

[4]-مرسوم تنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 8 رجب عام 1412ه الموافق لـ 13 يناير سنة 1992م(جريدة رسمية، عدد5، السنة التاسعة و العشرون، المؤرخة في الأربعاء، 17 رجب عام 1412هـ الموافق لـ 22 يناير لسنة 1992)، ص139.

مخالفا للقب الشخص الذي يكفله والمتمثلة في الصعوبات الكبيرة التي تواجهه من حيث إدماجه، إذ أنّه يعلم في سن مبكرة بأنّه لقيط، مما يؤثر عليه نفسيا تأثيرا كبيرا ويشعر بنوع من التهميش، وهذا يجعل الجهد الذي بدله الكفيل في التربية، لا يحقق غايته [1]، وسنفصل الكلام في طبيعة هذا المرسوم في حينه عند دراسة نسب المكفول.

وعليه فالكفالة في التشريع الجزائري نوعان, كفالة مع تغيير اللقب، وكفالة بدون تغيير اللقب، فإذا اختار المكفول اتمام الكفالة مع تغيير اللقب، فوجب عليه القيام بمجموعة من الإجراءات وهي: تكوين ملف طلب تغيير اللقب والمتكون من:

- طلب خطي باسم صاحب المصلحة.
- شهادة ميلاد المكفول.
- شهادة ميلاد الكفيل.
- عقد كفالة.
- عقد زواج الكفيل.
- شهادة وضع مجاني للطفل المسعف[2].

دون أن ننسى إرفاق ملف الطلب وحسب المادة الأولى المقطع الثاني من مرسوم تغيير اللقب المذكور أعلاه بموافقة أم الطفل المكفول.

والأم المعنية في هذه المادة هي تلك التي لم تمض محضر التخلي عن ابنها، أما التي تخلت عنه فلا تشترط موافقتها، ويرسل طلب تغيير اللقب إلى وزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية بساحة بئر حاكم الأبيار الجزائر.

بعدها يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة، ويتم النطق به بناءا على طلب

---

[1]-محمدي (زواوي) فريدة، **«مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتلعق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية»**، **المجلة القضائية**، عدد2، 2000، ص71.

[2]-ملف تغيير اللقب من محكمة قالمة, و يتحصل على شهادة الوضع المجاني من مصالح الحماية الاجتماعية لمديرية النشاط الاجتماعي:

•انظر الملحق رقم: 6.

من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب، ويصدر هذا الأمر في غضون الأيام الثلاثين الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل، ويكون محل تسجيل أو إشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات الحالة المدنية، كل ذلك قضت به المواد 5 مكرر 1 ومكرر 2 من المرسوم التنفيذي رقم 92-24[1].

الفرع الثاني: إجراءات انشاء الكفالة في التشريع المغربي

كل شخص يرغب في كفالة طفل مهمل طبقا للتشريع المغربي عليه أن يقوم بجملة من الإجراءات, بدءا عليه تحضير ملف طلب الكفالة، طبقا للمادة 15 من قانون كفالة الأطفال المهملين الآتي نصها: «ويتعين على الشخص أو الجهة الراغبة في كفالة طفل مهمل تقديم طلب شأن إسناد الكفالة مرفق بالوثائق المثبتة لاستفاء الشروط المبينة في المادة التاسعة أعلاه، وبنسخة من رسم ولادة الطفل المراد كفالته إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص» [2]، فهذه المادة لم تحدد الوثائق اللازمة تحديدا دقيقا، بل اكتفت بالإشارة إليها وهي كل الوثائق التي تثبت أن شروط الكفالة المطلوبة بالمادة 9 من هذا القانون متوفرة في طالب الكفالة، فمثلا شهادة الراتب لإثبات شرط توفّر الوسائل المادية الكافية لتوفير احتياجات الطفل, و شهادة السوابق العدلية لإثبات شرط عدم الحكم على طالب الكفالة من أجل جريمة ماسة بالأخلاق، شهادة طبية تثبت شرط السلامة من كل مرض معد, نسخة من بطاقة التعريف الوطنية لإثبات الهوية وبلوغ سن الرشد القانوني، بالإضافة إلى نسخة من رسم ولادة الطفل المراد كفالته، والطلب من أجل إسناد الكفالة، ويقدم هذا الملف إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة اختصاصه مقر إقامة الطفل المهمل المراد كفالته.

وكما هو معلوم أن المكفول في التشريع المغربي هو الذي، صدر فيه حكم بأنّه طفل مهمل, فإذا أراد شخص كفالة طفل لم يصدر فيه حكم بالإهمال كأن عثر عليه في مكان

---

[1]-مرسوم تنفيذي رقم 92-24(ج ر عدد5)، مرجع سابق، ص139.

[2]-قانون رقم 01-15 (ج ر عدد5031)، مرجع سابق، ص2364.

ما، وجب عليه استصدار هذا الحكم أولا، ثم إرفاقه في ملف طلب الكفالة.

ومن أجل استصدار هذا الحكم يقوم بإشعار وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل، أو مكان العثور عليه، ويقدم وكيل الملك على الفور طلب التصريح بأن الطفل مهمل أمام نفس المحكمة الابتدائية، كما يقدم جميع عناصر البحث الذي أجراه من أجل إثبات كون الطفل مهملا (حسب المادتين 4 ، 5 من قانون كفالة الأطفال مهملين)[1].

فإذا تبيّن للمحكمة أن الطفل مجهول الأبوين، تصدر حكما تمهيديا يتضمن كافة البيانات اللازمة للتعريف بالطفل، ومنها أوصافه ومكان العثور عليه، وتأمر وكيل الملك بالقيام بما يلزم لتعليق الحكم في أي مكان تراه مناسبا، وذلك لمدة ثلاثة أشهر، فإذا انصرمت هذه المدة دون أن يتقدم أي شخص لإثبات أبوته للطفل، فإن المحكمة تصدر حكما تصرح فيه بأن الطفل مهمل، ويكون الحكم قابلا للتنفيذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن، وقد قضت المادة 16 من قانون كفالة الأطفال المهملين، أن القاضي المكلف بشؤون القاصرين يجمع المعلومات والمعطيات المتعلقة بالظروف التي ستتم فيها كفالة الطفل المهمل، عن طريق بحث خاص يجريه بواسطة لجنة مكونة ممايلي:

- ممثل النيابة العامة.
- ممثل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية.
- ممثل للسلطة المحلية.
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالطفولة.

كما يمكن للقاضي أن يستعين إذا ما رأى ضرورة لذلك بأي شخص أو جهة يراها مفيدة، لهذا البحث والذي يهدف لمعرفة ما إذا كان الشخص الراغب في الكفالة تتوفر فيه الشروط المطلوبة قانونيا[2].

---

[1] - قانون رقم 01-15 (ج ر عدد5031)، مرجع سابق، ص2363.

[2] -قانون رقم 01-15 (ج ر عدد5031)، مرجع سابق، ص2364.

وبناءا على نتائج هذا البحث, وإذا ما تبين عنه توفر شروط الكفالة، اصدر القاضي أمرا بإسناد الكفالة ويكون مشمولا بالنفاذ المعجل رغم كل طعن، فهو قابل للاستئناف الذي تبث فيه المحكمة في غرفة المشورة, وينفذ هذا الأمر خلال أجل 15 يوما من تاريخ صدوره.

و أما عن تنفيذ الكفالة في القانون المغربي أي تسليم الطفل المكفول لكافله، يكون بمراقبة السلطة القضائية، ولا يترك كما في التشريع الجزائري لحرية الأطراف، لأنّه يتم تحرير محضر بالتسليم بحضور ممثل النيابة العامة والسلطة المحلية و المساعدة الاجتماعية عند الاقتضاء، ويوقع هذا المحضر من قبل عون التنفيذ والكافل.

كل ذلك حسب المادتين 17، 18 من قانون كفالة الأطفال المهملين [1]، بل و تميّز التشريع المغربي أيضا عن التشريع الجزائري بإجراء تتبع تنفيذ الكفالة بموجب المادة 19 من نفس القانون، إذ عهد إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة اختصاصه مقر إقامة الكافل بمهمة تتبع ومراقبة شؤون الطفل المكفول ومدى وفاء الكافل بالتزاماته، وذلك بالقيام بكل بحث يراه مناسبا ويعهد به إلى النيابة العامة أو السلطة المحلية أو المساعدة الاجتماعية أو حتى اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 من هذا القانون.
وبناءا على التقارير التي تنجزها هذه الجهات يمكن للقاضي تتبع تنفيذ الكفالة، ويقرر الاستمرار في الكفالة, أو إلغائها إذا ما كانت هذه التقارير توحي بعدم قيام الكافل بالتزاماته فتلغى بموجب أمر يمكن للقاضي، أن ينص فيه على تنفيذه المعجل رغم كل طعن كونه قابلا للاستئناف, و كل أمر يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين يتعلق بالكفالة سواء بإسنادها أو بإلغائها، أو باستمرارها، يرسل إلى ضابط الحالة المدنية، وذلك داخل أجل شهر من تاريخ إصداره حسب ما تقتضيه المادة 21 من قانون كفالة الأطفال المهملين [2], من أجل تسجيل المعلومات على عقود الحالة المدنية.

---

[1]-المرجع نفسه, ص2364.

[2]-قانون رقم 01-15 (ج ر عدد5031)، مرجع سابق، ص2365.

و تعتبر إجراءات التسليم وتتبع تنفيذ الكفالة المعمول بها في التشريع المغربي، إجراءات محمودة تحقق مصالح الطفل المكفول وتسهر على حمايته، كما أنها تقضي على ظاهرة الكفالة الصورية التي نجد لها مكانا في ظل التشريعات الأخرى.

غير أنه, و بالرغم من أن المشرع المغربي فصّل وتطرّق لأغلب الأمور المتعلقة بالكفالة، إلاّ أنّه لم يبين موقفه من إمكانية إسناد الكفالة للجالية المغربية بالخارج، ولا الإجراءات الواجب إتباعها.

فهل يعني ذلك أن الجالية المغربية بالخارج ليس لها حق بإسناد الكفالة لها؟ أو هل يعني أن المشرع يسمح بذلك بإجراءات موحدة لغيرهم من المغاربة المقيمين بالمغرب؟

خاصة وأنّه تطرق لتتبع تنفيذ الكفالة في الخارج، للمغربي الذي أسندت له الكفالة وهو مقيم بالمملكة المغربية، وبعدها أراد السفر للخارج من أجل الإقامة الدائمة بعد استصداره الإذن بذلك من القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

و يرسل هذا الإذن إلى المصالح القنصلية المغربية بمحل إقامة الكافل، من أجل القيام بدورهم تتبع وضعية الطفل المكفول ومراقبة مدى وفاء كافله بالتزاماته.

ويوجه القنصل التقارير المتعلقة بحالة الطفل المكفول للقاضي، ويمكنه أن يقترح عليه كل التدابير التي يراها ملائمة ومنها إلغاء الكفالة.

وبناءًا على هذه التقارير يتخذ القاضي قراره، و يكون وجوبا القاضي الذي أصدر أمر إسناد الكفالة, حسبما تقضي به المادة 24 من قانون كفالة الأطفال المهملين[1].

الفرع الثالث: إجراءات إنشاء الكفالة في التشريع التونسي

يتوجب على طالب الكفالة طبقا للتشريع التونسي مجموعة من الإجراءات, و على غرار المشرع الجزائري، تختلف إجراءات الكفالة حسب نسب الولد المكفول أي أن هناك إجراءات خاصة بكفالة الولد معلوم النسب، وأخرى خاصة بكفالة الولد مجهول النسب.

أولا: إجراءات انشاء كفالة الولد معلوم النسب

---

[1]-المرجع نفسه، ص2365.

تعتبر إجراءات سهلة وبسيطة، وهي مستنبطة من الفصل الرابع من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني الذي ينص على أنه: «يبرم عقد الكفالة لدى عدلين بين الكفيل من جهة وبين أبوي المكفول أو إحداهما، إذا كان الآخر ميتا أومجهولا أو عند الاقتضاء الولي العمومي أو من يمثله من جهة أخرى ويصادق حاكم الناحية على عقد الكفالة»[1].

أي يبرم عقد الكفالة أمام عدلين بعد تطابق إرادة الكفيل ووالدي الطفل المكفول أو إحداهما إذا كان الآخر ميتا على إجراء الكفالة.

أما إذا كان الطفل معلوم النسب توفى أبواه أولا يستطيعان حضانته لأي سبب كان, كسقوط ولايتهما عنه, يمكن لمن كان الطفل في عهدته أو تحت مسؤوليته الموافقة على الكفالة وإبرام العقد مع الكفيل.

وكذلك الحال بالنسبة للطفل مجهول النسب معلوم الأم، فهي التي تبدي الموافقة على كفالته.

وقد اتفق التشريع التونسي مع التشريع الجزائري في إمكانية إبرام العقد أمام الموثق، غير أن الاختلاف يكمن في أن المشرع التونسي اشترط لنفاذ العقد المبرم لدى عدلين المصادقة عليه من طرف القاضي.

و هذا يجعل من الكفالة في التشريع التونسي عبارة عن عمل قانوني ذي طبيعة مزدوجة: عقدية قضائية[2].

ولعلّ هدف المشرع التونسي من اشتراط المصادقة القضائية على عقد الكفالة هو السهر على تحقيق المصلحة الفضلي للمكفول وحمايته كونه تحت رقابة القاضي حامي الحقوق ووالي الأمور، للتأكد من توفر شروط الكفالة وقدرة الكافل على القيام بجميع التزاماته.

ثانيا: إجراءات إنشاء كفالة الولد مجهول النسب:

المقصود بالولد مجهول النسب ذلك الذي تتكفل به الدولة وهو من الأطفال اللقطاء

---

[1]-قانون رقم 27 (الرائد الرسمي عدد 19)، مرجع سابق، ص307.

[2]-مقال تحت عنوان: كيف تتم كفالة اليتيم؟ منشور عبر الموقع: http://wrcati.cawtar.org

والمهملين؛ أي الذين فقدوا والديهم أو تخلوا عنهم وبقائهم دون سند عائلي [1]، يبرم عقد كفالة هؤلاء الأطفال الولي العمومي حسب الفصل الرابع من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني، المذكور أعلاه وعرّف الفصل الأول من نفس القانون الولي العمومي بما يلي: «يعتبر وليا عموميا للأطفال اللقطاء والمهملين: متصرفوا المستشفيات و المئاوي ومعاهد الرضع ومديروا الإصلاحيات و مئاوى الأطفال عندما يتعهدون بحفظهم والولاة في جميع الصور الأخرى» [2]، فعلى طالب الكفالة أن يتبع مجموعة من الإجراءات التي حددتها وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن والتونسيين بالخارج[3].

أولا: يجب على طالب الكفالة تحضير الملف والمتكون من الوثائق التالية:

-طلب ممضي من الطالب وزوجه.

-نسخة من عقد الزواج أو مضمون وفاة الزوج أو نسخة من حكم الطلاق.

-أربع ظروف بالطابع البريدي.

بالإضافة إلى الوثائق التالية لكل من طالبي الكفالة:

-مضمون ولادة.

-بطاقة عدد[4].

-شهادة طبية في سلامة الصحة البدنية لرعاية طفل.

-بطاقة خلاص أو تصريح بالدخل السنوي بالنسبة للعامل الحر.

---

[1]-فقد عرف المشرع التونسي الطفل المهمل بمجلة حماية الأطفال بالفصلين 20 و21 وحدد فيهما حالات كون الطفل مهملا ومن بين الحالات: فقدان الطفل لولديه وبقاؤه دون سند عائلي، عجز الأبوين أو من يسهر على رعاية الطفل عن الإحاطة والتربية، وتعويض سلامة الطفل الفعلية أو النفسية أو البدنية للخطر، سواء بتخلي الأبوين عنه بدون موجب لمكان أو مؤسسة عمومية أو خاصة أو بهجر محل الأسرة لمدة طويلة، أو رفض قبول الطفل من كلا الأبوين عن صدور قرار في الحضانة... فكل هذه الحالات يصلح الطفل لأن يكون محلا للكفالة يتولاهم الولي العمومي. قانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 (الرائد الرسمي عدد 90، السنة 138، مؤرخ يوم الجمعة 17 جمادى الثانية 1416هـ/10 /1995/11)، ص2207.

[2]-قانون رقم 27 (الرائد الرسمي عدد19)، مرجع سابق، ص307.

[3]-دليل الكفالة منشور بالموقع: www. Edirect_tunisie.net

[4]-و هو نظير من السجل العدلي يسحب من الإدارة العامة للأمن الوطني التونسي.

-نسخة من بطاقة التعريف الوطنية.

-صورتان شمسيتان.

كما يجب أيضا إرفاق وثائق تقييم الوضعية الاجتماعية والمادية والاستعداد النفسي والذي يقوم بعد المعهد الوطني لرعاية الطفولة، أو الإدارة الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن والتونسيين بالخارج أو مركز الدفاع والإدماج الاجتماعي ويرسل الملف إلى المعهد الوطني لرعاية الطفولة أو عن طريق الفروع: الإدارية الجهوية للشؤون الاجتماعية والتضامن أو أقسام النهوض الاجتماعي أو الوحدات المحلية للنهوض الاجتماعي.

فيقوم المعهد الوطني لرعاية الطفولة بواسطة لجنة التبني والكفالة والإيداع العائلي بدراسة الملف خلال نصف شهر من تاريخ إيداعه، ثم إعلام الطالب بنتيجة الدراسة في خلال نصف شهر من تاريخ اجتماع اللجنة لدراسة الملف, فإذا تمت الموافقة على الكفالة، يتم تسليم الطفل، وذلك متى أمكن حسب تواجد الأطفال بالمعهد أو بوحدات الجيش التابعة للجمعيات المتعاقدة مع المعهد، فيتم إبرام عقد الكفالة ويتحمل الكافل المصاريف المرتبطة بإنشاء هذا العقد و التسليم، يتم المصادقة على العقد من قبل حاكم الناحية.

و تتم متابعة الطفل المكفول في تونس عن طريق زيارته عند العائلة الكافلة بمعدل زيارتين في السنة وكلما رأت مصالح المعهد حاجة لذلك حتى بلوغ الطفل سن الرشد، للإطلاع على أحواله والتأكد من قيام الكافل بجميع التزاماته تجاه مكفوله. وأما بالنسبة للجالية التونسية بالخارج، فإنه يعهد دراسة ملفاتهم إلى الملحقين الاجتماعيين بالقنصليات التونسية بالخارج.

الفرع الرابع: المقارنة بين التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية

لقد اتفقت التشريعات المغاربية في وجوب إتباع جملة من الإجراءات لإسناد الكفالة، واختلفت في تفاصيل هذه الإجراءات، فجعل التشريع المغربي القاضي المكلف بشؤون القاصرين هو المختص بإتمام الكفالة فهي كفالة قضائية بينما تتم الكفالة في تونس أمام

عدلين، لكن وجب المصادقة عليها من طرف القاضي فهي كفالة عقدية قضائية, أما في الجزائر فتتم الكفالة إما أمام الموثق، أو أمام القاضي فهي إما كفالة عقدية وإما كفالة قضائية.

وهو حال الشريعة الإسلامية التي و منذ أكثر من ألف و أربع مائة سنة عرفت بعض القواعد الإجرائية في كيفية تعيين من يتولى أمور الصغير, و بعضا من الإجراءات الهامة التي تحفظ له مصلحته, فمن ابتلاه الله من الأطفال بفقد من يعطف عليه عطفا طبيعيا من والد أو أخ أو قريب كان له في غيره عوضا, فقد كلف الله الحاكم أن يختار له من يقوم بأمر تربيته.

فيرى الماوردي أنه إذا كان للصبي أهل, فإن الوصي يحدد من الوالدين دون غيرهم من الإخوة و الأعمام, فوجبت الوصية أن تكون ممن يلي على الطفل في حياته بنفسه لأنه يقيم الوصي مقام نفسه.

بينما يرى أبو حنيفة أن الوصية بالولاية على الأطفال تصح من غير الآباء كما تصح منهم[1].

بينما ذهب المالكية على أن الإيصاء خاص بالأب ووصيه, دون الأجداد و الأعمام, و أما الصبي الذي لا أهل له, أو كان له ممن لهم حق الإيصاء عليه غير مؤهلين لذلك و مثاله الأب السفيه, فليس له أن يوصي على ولده, و إنما ينظر له الحاكم[2].

كان المشرع المغربي أكثر تفصيلا ودقة في تحديده للإجراءات المتبعة في كل ما يتعلق بالكفالة من تحقيق، إسناد، و إلغاء، من التشريعين الجزائري والتونسي.

اتفقت التشريعات المغاربية على ضرورة القيام بتحقيق حول اكتمال شروط الكفالة، وتكوين ملف بالوثائق المدعمة لهذه الشروط حماية لمصالح المكفول.

انفرد التشريع الجزائري عن التشريعين المغربي والتونسي بعدم اعتماده إجراء تتبع

---

(1) -الماوردي, مرجع سابق, ج9, ص190, 191.

(2) -شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير و بهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة سيدي الشيخ محمد عليش, **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**, دط, دار الفكر, دت, الجزء الرابع, ص452.

تنفيذ الكفالة الذي يعتبر إجراءا جوهريا لمراقبة مدى وفاء الكافل بالتزاماته, و هذا الإجراء نجد له مستندا بين أحكام الشريعة الإسلامية حين شرعت للحاكم من أن يستكشف عن الأوصياء وولاة الأيتام, وذلك على ضربين:

1-أن يكون ممن يلي بنفسه كالجد, فليس للحاكم أن يستكشف عن حاله, و عليه اقراره على ولايته و نظره حتى يثبت عنده ما يوجب زوال نظره من فسق أو خيانة, فيعزله حينئذ و يولي غيره لأن الوالي بنفسه أقوى نظرا من الحاكم.

2-أن يكون ممن يلي بغيره, فأمرين: أحدهما أن يكون أمين حاكم, لم يجز أن يستكشف عن حاله إلا أن يثبت عنده خيانته, لأن من ولاه الحاكم, قد اعتبر من حاله ما صحت به ولايته, و الثاني أن يكون وصي أب فالأصح على الحاكم استكشاف حاله, لأنه لم ينفذ بولايته حكم[1].

المطلب الثاني: خصائص الكفالة وكيفية انتهائها في التشريعات المغاربية

للكفالة مجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها وتنفرد بأهدافها، ونتائجها وآثارها المترتبة عنها.

فما هي الآثار المترتبة عنها؟ وما هي طرق انتهائها؟ وهل هي موحدة في التشريعات المغاربية؟

وللإجابة على هذه التساؤلات، نقسم هذا المطلب إلى فرعين:الأول لعرض خصائص الكفالة، والثاني لكيفية انتهائها حسب التشريعات المغاربية.

الفرع الأول: خصائص الكفالة في التشريعات المغاربية

للكفالة خصائص تميزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها كالتبني, ولها آثار محددة تتعلق بالكافل والمكفول وبوضعيتهما القانونية, فوجب التطرق إليها ومعرفتها من خلال هذا الفرع في النقاط التالية:

---

[1]-الماوردي,مرجع سابق, ج10, ص193.

•إن الكفالة نظام شرع كبديل للتبني، بالرغم من أن كلاهما يهدف إلى رعاية الصغار ماديا ومعنويا، إلا أنّ مفهومهما يختلف من دولة إلى أخرى حسب النظام القانوني المتبع في تشريعها الداخلي حسب ما سيتم توضيحه.

فالتبني هو أن يدعي شخص بنوة ولد معلوم أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أيّة قرابة تربطه به، ومع ذلك يتخذه ولدا له ويلحقه بنسبه [1]، و يعطيه كافة حقوق الابن الشرعي كالميراث و النسب و التحريم.

وقد كان التبني معروفا في الجاهلية عند العرب، وكان الولد المتبنى يكون في مرتبة الابن الشرعي تماما، فإذا تبنى شخص ولدا كان ابنه، وألحق بنسبه، وكان له شرف ذلك النسب.

وقد جاءت الشريعة الإسلامية مقررة ما قررته الأديان السماوية كلها من أن النسب لا يثبت إلا بولادة حقيقية ناشئة من علاقة غير محرمة، لذلك حرّم الإسلام التبني تحريما قاطعا ونفى أن يكون التبني سببا لثبوت النسب، فقد قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ﴿٤﴾﴾ (الأحزاب:4)، ولقد كان النبي ﷺ بمقتضى العادات العربية قد تبنى مولاه زيد بن حارثة، فكان ينادى من ذلك الوقت زيد بن محمد فنزل القرآن الكريم ينفي التبني نفيا مطلقا بالنص أعلاه.

وقد يقول قائل: إنه في البلاد التي يكثر فيها اللقطاء يكثر التبني ومن المصلحة لهؤلاء الأولاد إقراره، والاعتراف به كحقيقة ثابتة، أو علاج لهذا الداء، ونحن نقول أنه إذا كان علاجا في بعض الأحوال، فإنّه داء في عامة الأحوال، إنه يمكن علاج حال اللقطاء بالرعاية الاجتماعية و بنظام الكفالة ولا سبيل سواها، وذلك بأن يعهد بالأطفال إلى أسر ترعاهم و تتكفل بهم، وهذه الرعاية تكون من قبل الإخوة والولاء، وقد دعا الإسلام

---

[1]-بن شويخ الرشيد: **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** ، ط1، القبة القديمة، دار الخلدونية، 1429هـ-2008م، ص250.

إليها[1].

وتطبيقا لهذا المعنى نصت المادة 46 من قانون الأسرة على أنه: «يمنع التبني شرعا وقانونا»[2]،

فإن جلّ التشريعات العربية تحرم التبني بشكل صريح كما هو الحال في التشريع المغربي من خلال المادة 149 من مدونة الأسرة ، حيث تقضي بأنّه: «يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار النبوة الشرعية» [3]، وقد خرج على هذه القاعدة الشرعية المشرّع التونسي، من خلال القانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، حيث نص في الفصل الثامن منه على مايلي: «يجوز التبني...»، وهي أحكام غريبة في القانون التونسي خالفت وبصورة صريحة أحكام الشريعة الإسلامية.

و الأغرب من ذلك أن المشرع التونسي يعرف نظام الكفالة بنفس القانون [4]، كما أنّه يدين رسميا بالديانة الإسلامية حسب الدستور التونسي.

كما أن المشرع الجزائري لم يأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها، فنجده أقرّ للقاضي الوطني بتطبيق قواعد التبني عندما يكون الأطراف أجانب مقيمين على الإقليم الجزائري، وفقا لقواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني والتي تلزم القاضي أن يراعي القوانين الداخلية للأطراف ويتفحّصها ما إذا كانت تسمح به أم لا, طبقا للمادة 13 مكرر 1[5], فإذا كان قانون جنسية كلا الطرفين, أي الكافل و المكفول يأخذ بقواعد التبني أقرّها القاضي الجزائري, لتسري على الأراضي الجزائرية.

•إن نظام الكفالة يضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي والذي تترتب عليه حقوق وواجبات متبادلة كتلك المقررة في علاقة الأب بابنه، كما تقرره المادتان 116 و121 من قانون الأسرة الجزائري على التوالي: «الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر

---

[1]-محمد أبو زهرة، **تنظيم الإسلام للمجتمع**، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربية، د.ت، ص125-126.

[2]-قانون رقم 84-11 (ج ر عدد24)، مرجع سابق، ص912.

[3]-قانون رقم 03-70 (ج ر عدد5184), مرجع سابق, ص434.

[4]-بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص252.

[5]-قانون رقم 05-10 (ج ر عدد44)، مرجع سابق، ص19.

من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي».

«تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي»، وهو ما يقرره كلّ من التشريع التونسي والتشريع المغربي, ففي الأوّل نجد الفصل الخامس من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني الذي ينص: «يكون للكفيل والمكفول نفس الحقوق والواجبات المنصوص عليها بالفصل 54 وما بعده من مجلة الأحوال الشخصية وهو علاوة على ذلك مسؤول مدنيا على أعمال مكفوله مثل أبويه» [1]، وتتعلق المادة 54 وما بعدها بالأبوين وواجباتهما أثناء الحضانة، وأما التشريع الثّاني نجد في مادته الثانية من قانون كفالة الأطفال المهملين بقولها: «كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون، هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه، كما يفعل الأب مع ولده، ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث»[2].

•الكفالة نظام يقوم على التكافل الاجتماعي، فالأسر التي تضم لها أطفال لا تعتبرهم منها دما ولحما ولا نسبا، ولا يكون لهم حقوق الأبناء في حكم الشرع، فلا يثبت تحريم الزواج لهم، ولا تثبت لهم نفقة شرعية، وإن تثبت نفقة فبمقتضى عقد الإيواء الذي يؤخذ بمقتضاه الطفل[3].

•الكفالة تحافظ على حقوق الميراث المقررة شرعا، ولا تتعدى عليها، إذ لا يحق للمكفول الميراث مع الأسرة الكافلة، لكن يمكن لهذه الأخيرة أن تخصه بوصية أو هبة، كل ذلك كما قررته التشريعات المغاربية بالمادة 2 من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي المذكور أعلاه، والفصل السادس من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني بقوله: «يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخص لقبه وحقوقه في الإرث» [4]،

---

[1]-قانون رقم 27 (رائد رسمي عدد19)، مرجع سابق, ص307.

[2]-عمليا عندما يستخرج الكفيل شهادة للحالة العائلية فيدون عليها الأبناء، وإذا كان أحدهم مكفولا فيكتب أمامه أنه مكفول ليتمكن الكفيل من الحصول على المنح العائلية.

[3]-محمد أبو زهرة، **تنظيم الإسلام للمجتمع**، مرجع سابق، ص129.

[4]-قانون رقم 27 (رائد رسمي عدد19)، مرجع سابق، ص307.

والمادة 60 من قانون الزواج والطلاق الليبي التي تنص: «...للكفيل أن يوصي للمشمول بكفالته بجزء من ماله يعادل نصيب أحد أبناءه أو بناته، وبما يتفق مع أحكام الوصية الواجبة»[1]، والمادة 123 من القانون الأسرة الجزائري «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 أجازه الورثة»[2].

•الكفالة إذن هي وسيلة قانونية لإدماج هؤلاء الأطفال المحرومين من العائلة داخل المجتمع، خاصة فئة الأطفال غير الشرعيين أو اللقطاء الذين ينظر إليهم نظرة احتقار، لأنّ المجتمع يحملهم ذنبا اقترفه آباءهم وهي نظرة خاطئة مغايرة لما أوصانا به ديننا الحنيف، في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ (الأنعام: 164), و يكون إدماجهم بتولي أمورهم من تربية وحماية ونفقة وتعليم وإرشاد حتى يكون جاهزا لمواجهة كل الأمور الدنيوية.

•يمكن أن تكون الكفالة, كفالة مادية فقط، وتتمثّل في تولي أمور المكفول المادية دون ضمّه إلى الكافل، كأن يكون يتيم في حجر أمه، أو موضوع في إحدى مؤسسات إسعاف الطفولة، وذلك كأن يخصص مبلغ مالي كاف لتأمين متطلبات المكفول المادية من غذاء ولباس، مصاريف العلاج والدراسة...الخ، ويدفع له شهريا، فهذه الكفالة المسماة بالكفالة المادية أقل درجة من الكفالة التامة لكنها مستحبة ومحمودة.

ولهذا، فالكفالة المعنية في هذه الدراسة, هي الكفالة الأسرية التي تقتضي الإسناد الواقعي والقانوني للمكفول لدى الكافل، وذلك بالتسليم والاستلام، وإلا لسنا أمام قيام عقد كفالة، لذلك وجب التأكد من أن الكافل حقا ضم إليه المكفول، لأنّ هناك ما يعرف بالعقود الصورية للكفالة أو الكفالة الصورية، فعلى القاضي المبرم لعقد الكفالة التأكد من مصداقية العقد، والرغبة في تنفيذه من قبل الكافل، لأنّه في بعض الأحيان مثلا في مسابقة الدخول

---

[1]-منشورات اللجنة الشعبية الصادرة للعدل:www.aladel.gov.ly

[2]-قانون رقم 84-11 (ج ر عدد24)، مرجع سابق، ص917. أي أن المشرع الجزائري لم يقر للمكفول بحقوق ميراثيه كالأبناء الأصليين، وإنما منحه إمكانية التبرع له باعتباره أجنبيا عن الأسرة الكافلة.

لصفوف الشرطة، أين يشترطون سن معينة نظرا لقلة المناصب، دون أخذ هذه السن بعين الاعتبار بالنسبة لمن له أولاد، أو لمن يتكفّل بهم فيلجأ البعض إلى إبرام عقد كفالة للتكفل بأولاد أقرباءهم ويتحججون بأن ظروفهم الاقتصادية والاجتماعية هي الدافعة، لتقديم أولادهم للكفالة لكن واقعيا لا يتم ذلك[1].

•الكفالة تصرف زمني وليس فوري، لأنّ تنفيذها يتواصل في الزمن أي لغاية بلوغ الطفل سن الرشد إذا كان ذكرا ولغاية الزواج إن كان أنثى [2].

فالكفالة عقد كغيرها من العقود يقوم ويبقى ينتج آثاره، إلا إذا تعرض لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى انتهائه، وهذا ما سنحاول معرفته من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني: كيفية انتهاء الكفالة في التشريعات المغاربية

إن الكفالة تتعلّق بالحالة الشخصيّة للأفراد، لذا كانت أسباب انقضائها محددة قانونا في التشريعات المغاربية، والتي نتعرّف إليها حسب كل تشريع فيما يلي:

البند الأول: كيفية انتهاء الكفالة في التشريع الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة واستقراء المادتين 124 و125 اللتان تنصان على: «إذا طلب الأبوان أو إحداهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخيَر الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول»، و«التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة، وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة، إن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية» [3]، نجد أن المشرع الجزائري حصر انتهاء الكفالة في 3 أسباب وهي:

---

[1]-بتصريح من الرئيس حمدي باشا عمر رئيس محكمة قالمة في مقابلة معه أجريت يوم 21 فيفري 2011.

[2]-الحسين بن الشيخ آث ملويا، **المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية** ، الطبعة الثانية، البلد دار هومة، 2006، ج1، ص622.

[3]-قانون رقم 84-11 (ج ر عدد24)، مرجع سابق، ص917.

أولا:عودة الطفل المكفول إلى والديه الأصليين:

وهذا إذا كان الولد المكفول له أبوان معروفان أو أحدهما وأراد استرجاعه من كافله هنا نميز بين حالتين حسب المادة 124 من قانون الأسرة:

-حالة كون المكفول دون سن التمييز المحدد بـ13 سنة طبقا للقانون المدني[1].

فهنا يقوم القاضي بإجراء تحقيق حول أسباب طلب عودة الطفل لوالديه والبحث عن المصلحة الفضلى للمكفول, وبسلطته التقديرية يقرر بالقبول أو بالرفض.

-في حالة كون المكفول بلغ سن التمييز فيخير بين العودة لوالديه أو البقاء مع الكفيل، وهذا ما عملت به المحكمة العليا عندما نقضت قرار قضاة الموضوع كونهم اعتمدوا على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها وتخييرها بين البقاء عند مربيها أو الذهاب لوالدها، رغم تجاوزها سن الرشد خارقين المادة 124[2]، وفي القرار الصادر بالمجلة القضائية عدد 2 سنة 1998، أين جعلت المحكمة العليا تنازل الوالدة عن أبنائها لجدهم بعد وفاة الأب غير نهائي لمصلحة المكفولين، وأن القاضي لا دخل له في ذلك إذا كان الأطفال مميزين وراغبين في العودة إلى والدتهم [3]، وقد يبدو من سياق المادة 124 أعلاه، أن عودة الولد المكفول إلى والديه أو أحدهما قد يكون رضائيا خارج المحكمة بدليل أن النص يقول: «...وإن لم يكن مميز لا يسلم إلا بإذن من القاضي»، وعلى القاضي أن يراعي مصلحة المحضون في حالة عدم التمييز[4].

ثانيا: التخلي عن الكفالة:

وهو إبداء الكافل رغبته في خروج المكفول عن ولايته، حيث يكف عن القيام بشؤونه من رعاية وتربية ونفقة، وذلك لأسباب مادية أو غيرها[5].

---

[1]-انظر المادة 42 من قانون رقم 05-10 (ج ر عدد44)، مرجع سابق، ص21.

[2]-القرار الصادر بتاريخ 21 ماي 1991, المنشور بـ: **المجلة القضائية**، العدد الأول، 1996، ص105.

[3]-لحسن بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص621.

[4]-أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، د ط، مصر: دار الكتب القانونية، د ت، ص198.

[5]-معوان مصطفى، مرجع سابق، ص534.

وقد يرجع سبب التخلي عن الكفالة لفشلها, في غالب الأحيان بسبب سلوكات المكفول غير الأخلاقية عند إدراكه لحقيقة أنه ليس ابن العائلة الكافلة، خاصة إذا كان لقيطا، أي مجهول النسب [1]، وخروجه عن طاعة الكفيل والتّسبب في كثير من المشاكل خاصة إذا كان المكفول أنثى، فلا تجد العائلة إلا التخلي عن كفالته، ليعود إلى دور الطفولة المسعفة، لأنّ الأسر الكافلة تخشى نظرات المجتمع وتوجيه أصابع الاتهام في شرفها بسبب السلوكات غير الأخلاقية للمكفول، لكن ماذا لو كانت البنت الأصلية تقوم بمثل هذه السلوكات هل تتخلى عنها أسرتها؟

وهذه السلوكات التي يقوم بها اللقيط تكون عند وعيه وتفتحه على محيطه، بأنّه مجهول النسب فهو ينشأ في أحيان كثيرة ناقما على المجتمع، لأنّه حرمه أدنى حقوقه، كما يشعر هذا الأخير بالخوف من المواجهة مع المجتمع وانعكاس ذلك عليه بالانطواء والكآبة الدائمة مع الإحساس بالعار, ويشعر أيضا في بعض الأحيان, أنّ أقرباء الأسرة الكافلة لا يرغبون فيه .

كما يشعر بالصدمة عند إدراكه حقيقة وضعه، وهذه الصدمة تحدث هزا عنيفا للكيان النفسي للطفل خصوصا في مرحلة المراهقة، الأمر الذي يترك آثاره عليه بوضوح كلما تقدمت به السن على شكل اهتزاز للثقة في نفسه بشكل خاص، وفي المجتمع ، وفي كل شيء بشكل عام، ولذلك ينصح بإطلاع الطفل على الحقيقة بالتدريج، كمحاولة إفهامه بأن الأمومة لا تنحصر فقد بالأمومة البيولوجية، بل هناك نوع آخر من الأمومة تتمثل في

---

[1]-إن مجهول النسب لا يعني بالضرورة أنه ابن زنى، فقد يكون ابنا شرعيا ضائعا وجد في الطريق، لكن نظرة المجتمع إليهما واحدة، وهي نظرة ظالمة، لأنّه يحمل مسؤولية خطأ والديه بالرغم من أن الإسلام لا يقبل ذلك، بدليل= =قوله تعالى:﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ (الأنعام:167).

• و قد صرحت السيدتين: بوخرص نجاة مربية رئيسية و السيدة طبجون نادية مربية مختصة بدار الطفولة المسعفة بنات قسنطينة في مقابلة معهما يوم 19 جوان 2011 بأن هناك حالات من عودة البنات اللائي كن محل كفالة, و السبب الرئيسي غالبا ما يكون سوء أخلاقهن و خروجهن عن طاعة الأسر الكفيلة, خاصة إذا عرفن حقيقة أنهن مكفولات في سن المراهقة, كما أضافت المربية المختصة أنه في بعض الأحيان يعود سبب فشل الكفالة إلى نقص خبرة الأسرة الكفيلة في التعامل مع هؤلاء البنات.

الرعاية والتربية، فقد تكون الأم المربية أحن على اللقيط من الأم الوالدة[1].

و هذا هو حال إحدى البنات اللائي فشلت كفالتهن, و هي البنت مريم البالغة من العمر 14 سنة, مجهولة النسب مقيمة بدار الطفولة المسعفة بنات قسطينة, و على إثر مقابلة معها تبين أنها كانت بنتا مكفولة بكفالة مع إسناد اللقب, فكانت تحمل لقب العائلة الكفيلة, و بالرغم من أنها كانت طفلة حديثة الولادة عندما تكفلوا بها, مما سمح لها بالتأقلم مع هذه العائلة إلا أنها و ببلوغها سنا معينة من الإدراك عرفت بأنها ليست بنتا شرعية لهذه العائلة و عندها بدأت المشاكل, وهي تعترف و تحكي قصتها, حيث انقطعت عن الدراسة و بدأت في الخروج الكثير و تدهورت سلوكاتها, بل و قد وصل بها الأمر إلى ضرب عائلتها الكفيلة إذا ما حاولت منعها مما تريد, و بعد عجز هذه الأخيرة من ردع البنت عن تصرفاتها اللأخلاقية تخلت عن كفالتها و أعادتها لدار الطفولة المسعفة, و هكذا فشلت كفالتها, و هي حزينة لهذا الأمر, فبعد مرور سنة على إقامتها في هذه الدار, ندمت و أصبحت تتمنى عودتها لأسرتها الكفيلة, فعلى حسب قولها أنه لا حياة في هذه الدار التي لا نفعل فيها سوى الأكل و النوم, كما يمليه النظام الداخلي[2].

و معنى ذلك أنه لا بديل لحنان و مودة الأسرة و احتكاك أفرادها ببعضهم البعض, و التراحم و التعاطف و التعاون الموجود بينهم فالتغذية الروحية هي الأساس في استقرار الإنسان و نجاحه من التغذية البدنية, و هذا ما تفتقر إليه هذه الدور, فهي توفر لهؤلاء الأطفال كل ما يلزم من مأكل و ملبس, فالدولة تحرص كل الحرص على ذلك و هي تخصص لهم ميزانية خاصة بهم تكفيهم لكل متطلباتهم اليومية, غير أن الجو العائلي

---

[1]-فطيمة مومن، مرجع سابق، ص141.

[2]-و قد أثبتت الدراسات أن أطفال الدور المسعفة و نتيجة لخضوعهم لبرامج هذه الدور, بحيث لا يستجاب لندائهم و رغباتهم في التنظيف أو الأكل أو النوم, إنما يكون ذلك حسب الوقت المحدد بهذا النظام, فيصبح هؤلاء الأطفال في حالة تبعية و خضوع تام لهذا النظام الداخلي فلا يبكون و لا يطلبون إنما يكتفون بما يقدم لهم في الوقت المحدد لهم, مما يؤثر ذلك على حياتهم فيعانون من الفراغ و الجمود الفكري و الجسدي و الذي يؤثر على حياتهم العملية و العلمية و الاجتماعية.

•Badra moutassem-mimouni, ibid, p68, 69.

و رحمة الأمومة و الأبوة و عطف الأخوة, لا مكان لها إلا في الوسط العائلي, بالرغم من المجهودات المبذولة, فقد تبنت هذه الدور نظاما مشابها لنظام الأسرة فجعلت من المربيات أمهات و من الأطفال إخوة فيما بينهم, إلا أن ذلك لا يرقى بتاتا لشرف الانتماء إلى أسرة حقيقية, كيف لا و الأسرة نعمة أنعمها الله على عباده و جعل بين أفرادها مودة و رحمة, فمن عرف لذة هذه النعمة فلا طعم للحياة بعدها.

و لهذا ينصح بقول الحقيقة للطفل بأنه مكفول في سن مبكرة, قبل سن المراهقة حتّى يجنّب خطر الصّدمة, ويشّب متقبلا لهذه الحقيقة.

أما المكفول معلوم النسب فغالبا لا تظهر عليه أية مشاكل، لأنّه يشعر بالأمان، خاصة إذا كانت الأسرة الكفيلة من أقرباء الأسرة الحقيقية، كالعم الذي لا يرزقه الله بأولاد فيكفل أحد أبناء أخيه، بل بالعكس يشعر المكفول أنه محبوب من والديه الحقيقيين والكافلين، أو إذا كان في حالة أخرى مثلا يتيما توفى والداه الحقيقيان، فهو أمر يتقبله كون أن نسبه معلوم ولا تتبعه أصابع الاتهام بالعار، وأن الموت حق على كافة البشر.

و التخلي عن الكفالة، وقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، كان يتم حسب المادة 125 من قانون الأسرة أمام الجهة التي أقرت بالكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة.

فالتخلي عن الكفالة إما أن يكون أمام الموثق وإما أن يكون أمام القاضي, مع إلزامية إعلام النيابة قصد إبداء رأيها، وهذه الحالة لا يمكن تصورها إلا أمام القضاء وكأن الموثق مستبعدا.

حقيقة, فإذا كانت النيابة حاضرة في قضايا شؤون الأسرة, و لا يتم النطق بالحكم إلا باتخاذ رأيها, فإنه بالنسبة للتخلي عن الكفالة أمام الموثق يختلف الأمر لبعد مكاتب التوثيق عن المحاكم, علما أن قانون الأسرة شرع قبل تحرير المهنة, ففي ذلك الوقت كان مكتب التوثيق داخل المحكمة أو في نفس المدينة و بعد تحرير المهنة سنة 1990 أنشئت مكاتب للتوثيق في أماكن متباعدة عن مقر المحكمة, فظهر إشكال حول الإجراء المتبع لإعلام النيابة: هل يتم مراسلتها و انتظار ردها؟ و قد تحتاج النيابة إلى بعض الإيضاحات أو يكون الملف ناقصا فيبقى يتراوح بين الإرسال و الرد. أم يتم توجيه الكفيل الذي يريد

التخلي عن الكفالة إلى المحكمة لإعلام النيابة و إحضار وثيقة تتضمن موافقتها؟, أم يتم حضور كل من الموثق و الكفيل أمام النيابة و إعلامها؟, فهذه الأسئلة كانت دائما محل طرح, و قد أجمع الموثقون على أن الطرح الأخير هو الأسلم لكون النيابة تتخذ قرارها في حضور الكفيل و الموثق[1].

ولكن وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبمقتضى مادته 496[2]، و التي قضت بفقرتها الأولى: « ترفع دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية», فأضحى التخلي عن الكفالة يتم بموجب دعوى حسب قواعد الإجراءات العادية لرفع الدعاوى، سواء تم إقرار الكفالة من قبل القاضي أو من قبل الموثق، وينظر في الدعوى في جلسة سرية، بعد سماع ممثل النيابة ويكون الحكم الصادر فيها قابلا للاستئناف, و هكذا يعتبر حكم هذه المادة إلغاءا ضمنيا لحكم المادة 125 من قانون الأسرة.

ثالثا: <u>وفاة الكفيل:</u>

يعتبر الكفيل الملتزم الوحيد بعقد الكفالة باعتباره عقد ملزم لجانب واحد، فإذا توفى انقضى عقد الكفالة وانقضى معه الالتزام، ويصبح الولد المكفول مرة أخرى دون عائل، و لا كافل وتصح في حقه كفالة جديدة من شخص آخر، وقد تصدى المشرع الجزائري لهذا الوضع بالمادة 125 قانون الأسرة حسب حالتين: حالة انتقال الكفالة إلى الورثة إن التزموا بها وقبلوا تولي شؤون المكفول مكان مورثهم، و حالة رفض الورثة الالتزام بالكفالة فتنتهي عندئذ, و كل ذلك حسب مقتضيات المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على: «عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا، دون تأخير، قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بالكفالة.

يتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على

---

[1]-بوتغرار علاوة, خدروش الدراجي, مرجع سابق, ص40.

[2]-قانون رقم08-09، (ج ر عدد21), مرجع سابق, ص41.

الكفالة، إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها، يعين القاضي أحد الورثة كافلا.

في حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها» [1].

يتضح من خلال المادة الأولى و كأن المشرع الجزائري يعتبر أن الكفالة دائما تتم أمام قاضي شؤون الأسرة وحده, لأنه تناسى و تجاهل بيان مصير حالة إتمام الكفالة أمام الموثق, فربما هو دليل آخر على الإلغاء الضمني لاختصاص الموثق بإتمام عقد الكفالة. كما أنّه لم يبين ما هو الإجراء المتبع، بل استعمل لفظ "يخبروا" ولم يحدد كيفية هذا الإخبار و لا شكله.

و خلاصة القول أنه إذا قبل أحد الورثة الكفالة عينه القاضي كافلا جديدا يقع على عاتقه الالتزام بالقيام بشؤون المكفول, و في حالة الرفض تنتهي عندئذ الكفالة, فيقوم القاضي بإسناد القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية حسب المادة 125 من قانون الأسرة فيوضع الطفل بأمر من القاضي تحت رعاية مصلحة المساعدة الاجتماعية للطفولة المختصة إقليميا، كي تبحث له عن كافل جديد، ومهما كان الأمر فإنّه لا يمكن إجبار الورثة على التكفل بالطفل، لأنّ واجب كهذا يؤدى بمحض إرادتهم، حتى نضمن حسن معاملتهم له[2].

و هذا هو حال الفتاة سميرة, البالغة من العمر 15 سنة, إذ كانت مكفولة لدى أسرة بموجب كفالة دون إسناد اللقب, لكن شاء القدر أن تنتهي كفالتها بسبب وفاة الكافلين, ففي مقابلة معها بدار الطفولة المسعفة بنات قسنطينة, صرحت بأنها كانت سعيدة مع أسرتها الكفيلة حتى وبعد علمها بحقيقة أنها بنتا مكفولة, لكن و بعد حادثة وفاة الكافلين و عودتها إلى دار الطفولة المسعفة أصبحت جد حزينة و منطوية و لا تتكلم كثيرا, حلمها هو أن تعيش بقية حياتها في كنف أسرة كفيلة جديدة, فهي تطمع إلى أن يكفلها خالها أخو أمها الكفيلة و هي تعيش على هذا الأمل منذ خمس سنوات حسب تصريح المربية.

---

[1] -المرجع نفسه, ص41.

[2]-معوان مطصفى، مرجع سابق، ص534.

هذه هي أسباب انتهاء الكفالة في القانون الجزائري، غير أنّه هناك أسبابا عامة لانتهائها لم يذكرها المشرع، لكن يمكن استنتاجها من القواعد العامة كاختلال أحد الشروط لقيام الكفالة المدروسة سابقا، ومنها فقد الكافل أهليته بالجنون مثلا أو أنه أخلّ بالتزاماته اتجاه المكفول كعدم الإنفاق عليه والإساءة إليه...و غيرها من الأسباب التي كان على المشرع الجزائري التنصيص عليها صراحة أو على الأقل التنصيص على أن اختلال أحد شروط الكفالة يؤدي إلى انتهائها.

ونظرا للارتباط الموجود بين الكفالة والولاية, كونها جزء لا يتجزأ منها, فإن أسباب انتهاء الكفالة, مرتبطة هي الأخرى بأسباب انتهاء الولاية المذكورة في قانون الأسرة, فبالرجوع إلى المادة 91 من قانون الأسرة نجدها تنص على مايلي: «تنتهي وظيفة الولي:

-بعجزه

-بموته

-بالحجر عليه

-بإسقاط الولاية عنه»[1].

فإذا فرضنا أن الكفيل توفي, فيستحيل تنفيذ الكفالة, وأما إن سقطت عنه الولاية, فلا يمكنه تولي أمور غيره مهما كانت صفته, وأما في حالة الحجر عليه, فيمنعه ذلك من إدارة مصالح مكفوله المادية فقط دون أن يخرج من حضنه.

وكما هو معلوم أن الكفالة خاصة بالطفل القاصر حسب المادة 116 من قانون الأسرة فبمفهوم المخالفة، إذا بلغ الولد القاصر تنتهي الكفالة، ولكن سبق بيانه أن المشرع الجزائري لم يميز بين الذكر والأنثى، لأنّ الأنوثة سبب من أسباب الولاية على النفس بذاتها من غير أن تكون مرتبطة بصغر أو آفة من آفات العقل، وهي ولاية الصيانة والحفظ، وولاية التزويج[2]، وهذا ما قرره المشرع الجزائري في الحضانة في المادة 65

---

[1]-قانون رقم 84-11 (ج ر عدد24), مرجع سابق, ص915.

[2]-محمد أبو زهرة، **الولاية على النفس**، دط، القاهرة، دار الفكر العربي، 1994، ص45.

قانون الأسرة[1].

«تنقضي مدة حضانة... والأنثى ببلوغها سن الزواج»، فيمكن القول أن أحكام الكفالة تسري على البنت المكفولة إلى سن الزواج، لأنّه ما يسري على الحضانة يسري على الكفالة.

فكان الأولى بالمشرع أن ينص على استمرار أحكام الكفالة حتى سن زواج البنات لأنها أمور تتعلق بحالة القصر وحماية الأطفال، على عكس ما سار عليه المشرع المغربي، إذ فصل في هذه الأمور كما سنبيّنه:

البند الثاني: كيفية انتهاء الكفالة في التشريع المغربي

لقد تطرّق المشرع المغربي لأسباب انتهاء الكفالة بالمادة 25 من قانون كفالة الأطفال المهملين[2]، التي تنص: «تنتهي الكفالة بأحد الأسباب التالية:

-بلوغ المكفول سن الرشد القانوني ولا تسري هذه المقتضيات على البنت غير المتزوجة ولا على الولد المعاق والعاجز عن الكسب.

-موت الزوجين الكافلين معا أو المرأة الكافلة.

-فقدان الزوجين الكافلين لأهليتهما معا.

-فقدان المرأة الكافلة لأهليتها.

-حل المؤسسة أو الهيئة أو المنظمة أو الجمعية الكافلة.

-إلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالات إخلال الكافل بالتزاماته وتنازله عن الكفالة، أو إذا اقتضت ذلك المصلحة الفضلى للطفل المكفول».

فقد حدد المشرع المغربي من خلال هذه المادة بدقة أسباب انتهاء الكفالة وفصل فيها، جامعا كل حالات الانتهاء، و فرق بين المكفول الولد والمكفول البنت, فتنتهي الكفالة

---

[1]-قانون رقم 84-11 (ج ر عدد24)، مرجع سابق، ص 914.

[2]-قانون رقم 01-15 (ج ر عدد5031)، مرجع سابق، ص2365.

على الأول ببلوغه سن الرشد القانوني، إلا إذا كان معاقا أو عاجزا عن الكسب فتستمر عليه الكفالة، أما الثاني أي البنت فتستمر معها الكفالة إلى أن تتزوج.

كما شملت الفقرة الأخيرة لهذه المادة باقي حالات انتهاء الكفالة التي تتم بموجب أمر قضائي كلما اقتضت ذلك المصلحة الفضلى للطفل المكفول، أي أن المشرع المغربي أوقف انتهاء الكفالة على كل سبب يمس بمصلحة الطفل المكفول.

ومنح المشرع المغربي أيضا للكافل التنازل أو التخلي عن الكفالة والذي يتم دائما بموجب أمر قضائي حتى تراعى مصلحة الطفل المكفول.

وتطرق المشرع المغربي إلى حالة عودة الطفل المكفول لوالديه أو أحدهما في المادة 29 من قانون كفالة الأطفال المهملين، إذا ارتفعت أسباب الإهمال [1], فتكون عودته بمقتضى حكم بعد أن تستمع إليه المحكمة إذا بلغ سن التمييز، وإذا رفض العودة فإنّ المحكمة تقضي بما تراه مناسبا لمصلحته، وهذا يعني أن للطفل الذي لم يبلغ سن التمييز، فالقاضي هو الذي يقدر مصلحة عودته من خلال ظروف ووقائع كل حالة.

والأكثر من ذلك، فإن المشرع المغربي تطرق حتى لحالة انفصام عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين، ومصير المكفول لديهما، من خلال الأمر الذي يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين، فإما أنه يقضي باستمرار الكفالة لأحدهما، وإما باتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات، ونظم المشرع في هذا المقام, حق زيارة الطفل المكفول للطرف الآخر, وقرّر هذا الحق أيضا في حالة عودة الطفل المكفول لوالديه, إما للوالدين الكافلين, أو أحد الأقارب, ولكل من يهتم بمصلحة الطفل حسب المادة 27 بقولها: «يخول حق الزيارة طبقا لما يقرره القاضي المكلف بشؤون القاصرين استنادا لما تقتضيه مصلحة الطفل بعد الاستماع إليه إذا كان قد بلغ سن التمييز.

يمكن للقاضي أن يخول حق الزيارة لوالدي الطفل أو أقاربه أو للزوجين الذين كانا يتوليان كفالته، أو لممثل المنظمة أو الهيئة أو المؤسسة أو الجمعية التي كان مودعا لديها

---

[1]-المرجع نفسه، ص2366.

أو لكل شخص يهتم بمصلحة الطفل»[1].

وفي جميع أحوال انتهاء الكفالة يبث القاضي المكلف بشؤون القاصرين عند الاقتضاء بأمر في شأن التقديم على الطفل المكفول، إما بناءا على طلب من الشخص المعني، أو من النيابة العامة أو تلقائيا كما تقتضيه المادة 28 من نفس القانون أعلاه.

من خلال هذه النصوص يتبين أن المشرع المغربي, عهد بكل ما يتعلق بكفالة الطفل المهمل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين, وذلك حرصا منه على تحقيق المصلحة الفضلى للمكفول وحمايته.

البند الثالث: كيفية انتهاء الكفالة في التشريع التونسي:

إن أسباب انتهاء الكفالة في التشريع التونسي محددة في الفصل السابع من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني حيث ينص: «تنتهي الكفالة عند بلوغ المكفول سن الرشد ويمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من الكفيل أو من أولياء المكفول أو من النيابة العمومية فسخ عقدة الكفالة حسبما تقتضيه مصلحة الطفل»، يتضح جليا أن المشرع التونسي لم يفصّل في أسباب انتهاء الكفالة، ولم يكن دقيقا, فقّرر بانتهاء الكفالة بمجرد بلوغ المكفول سن الرشد دون تمييز بين الذكر والأنثى، لأنّه وكما هو معلوم أن من أسباب استمرار الولاية هي الأنوثة إلى غاية الزواج، وأما عن باقي أسباب انتهاء الكفالة، فيمكن القول وأن المشرع التونسي جمعها في الفقرة الثانية من الفصل السابع عندما أجاز رفع طلب إنهاء الكفالة أمام المحكمة الابتدائية لتنظر أسباب الإنهاء مهما كانت, من كل من له مصلحة في ذلك.

فقول المشرّع مثلا: «...من أولياء المكفول...»، فقد يكون السبب هو طلب عودة المكفول إليهما,كما قرّره في شأن اللقيط بالفصل 78 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية[2]التي تقضي أنه إذا ظهر والدي المكفول اللقيط، يمكن للقاضي أن يحكم بعودته

---

[1] - قانون رقم 01-15 (ج ر عدد5031)، مرجع سابق, ص2366.

[2]-أمر مؤرخ في 6محرم 1376ه الموافق لـ 13 أوت1956م يتعلق بإحداث مجلة الأحوال الشخصية, (الرائد الرسمي عدد 66, السنة 100, مؤرخ في 10محرم 1376ه/ 17 أوت 1956م), ص1548.

إلى والديه. وقوله أيضا: «...الكفيل»، فقد يكون السبب هنا إرادة الكفيل بالتخلي عن الكفالة مثلا لعدم قدرته المادية أو الجسدية على الاستمرار فيها.

وأما قوله: «...من النيابة العمومية...»، فقد يكون السبب هنا هو مراعاة مصلحة المكفول كإخلال الكفيل مثلا بالتزاماته.

فالمشرع التونسي أدرج كل أسباب انتهاء الكفالة تحت الفقرة الثانية من الفصل أعلاه, مخضعا بذلك إنهاء الكفالة لرقابة المحكمة.

البند الرابع: كيفية انتهاء الكفالة في التشريع الليبي:

لقد جاء في المادة الستين من قانون بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما في فقرتها الثانية مايلي: «إذا حكم بثبوت نسب الطفل المكفول نزع من كافلة وسلم لمن ثبت له نسبه، ولا يجوز نزعه دون رضاه مهما كانت سنه مع عدم تأثير ذلك على نسبه الحقيقي».

تطرّق المشرّع اللّيبي إلى سبب واحد من أسباب انتهاء الكفالة وهو عودة الطفل المكفول لوالديه الأصليين، لكنه عبر عن هذه الحالة بلفظ "نزع"، أي نزع الطفل المكفول من كافله ليعود إلى والديه، و قد أوقف هذه العودة على رضى المكفول و ذلك مهما كانت سنه, وهذا يدفعنا للتساؤل عن نيّة المشرع؟ علما أن الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز لا يستطيع أن يميز بين ما هو أصلح له من عدمه؛ فهولا يملك القدرة على ذلك.

فالأولى على المشرع اللّيبي تحديد سن الطفل المكفول بسن التمييز للتعبير عن رضاه, وأما الذي لم يبلغ سن التمييز فيترك أمره للسلطة التقديرية للقاضي باعتباره والي من لا ولي له وحامي الحقوق، فهو الأجدر على تقدير مصلحة الطفل المكفول في هذه الحالة.

البند الخامس: المقارنة بين التشريعات المغاربية ومدى استنادها للشريعة الإسلامية.

انفرد المشرع المغربي بالتنصيص صراحة على التمييز في انتهاء الكفالة بين الذكر والأنثى، إذ تنتهي بالنسبة للذكر ببلوغه سن الرشد، وبالنسبة للأنثى بزواجها، بينما لم

تصرح باقي التشريعات المغاربية بذلك، وكان الأولى التنصيص عليها صراحة لأنّ الكفالة تتعلق بأمور الولاية، وأن الأنوثة سبب من أسباب استمرار الولاية, إلى غاية الزواج.

وعليه, فإذا بلغ المكفول أصبح قادرا على أن يلي نفسه، وهذا ما تقرره أحكام الشريعة الإسلامية، إذ نظمت الولاية على الإنسان منذ ولادته ضعيفا إلى غاية استوائه شابا قويا، بلغا راشدا, يعتمد على نفسه، ويزول ضعفه بالبلوغ فيستقل بنفسه وتنتهي الولاية والكفالة، كما فرقت الشريعة الإسلامية في الولاية على النفس [1]، بين الذكر والأنثى إذ قررت باستمرار الولاية على الأنثى، ولو بلغت سن الرشد، ما دامت لا تؤمن على نفسها، إلا إذا عنست وأصبحت قادرة على القيام بشؤون نفسها من غير حماية أحد[2]، لكن لا فرق بينهما -أي الذكر والأنثى- في الولاية على المال، بدليل قوله تعالى:

﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ وَلَا تَأۡكُلُوهَآ إِسۡرَافٗا وَبِدَارًا أَن يَكۡبَرُواْۚ وَمَن كَانَ غَنِيّٗا فليستعفف وَمَن كَانَ فَقِيرٗا فَلۡيَأۡكُلۡ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِذَا دَفَعۡتُمۡ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ فَأَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِمۡۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبٗا ﴾ (النساء: 6)

فاليتيمة كاليتيم بلا فرق، فإذا بلغت وأونس رشدها، دفع إليها ما لها كاليتيم، لأنّ لفظة اليتامي تشمل اليتيم واليتيمة؛ ولأنّ اليتيمة تجمع على اليتامى كاليتيم ويؤيد هذا الشرح قوله تعالى: ﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تُقۡسِطُواْ فِي ٱلۡيَتَٰمَىٰ ﴾ (سورة النساء: 3) وقوله أيضا: ﴿فِي يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ﴾ (النساء: 127) [3].

---

[1]-لأن الولاية إما ولاية على النفس و هي التربية و التهذيب و ولاية التزويج و إما ولاية على المال التي تثبت على الصغير في ماله إن كان له مال, و إما ولاية على النفس و المال معا. وسنتعرض للولاية بالتفصيل في حينها.

[2]-محمد أبو زهرة، **الولاية على النفس**، مرجع سابق، ص47.

[3]-عبد الأحد ملا رجب، مرجع سابق، ص541.

وقد جاء في تفسير الآية 6 من سورة النساء: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾، أي اختبروهم في عقولهم وتدبيرهم وديانتهم حتى إذا بلغوا مبلغ النكاح وهو الحلم، وهذا دليل جواز الإذن للصبي في التجارة.

﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا﴾، أي علمتم منهم ووجدتم إصلاحا في عقولهم وحفظا في أموالهم، ﴿فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾ التي عندكم، وقد نزلت هذه الآية في ابن رفاعة وعمه وكان رفاعة قد توفي، وترك ابنا صغيرا، فأتى عمه ثابت إلى النبي ﷺ فقال له: أن ابن أخي يتيم في حجري، فمتى أدفع إليه ماله؟ فأنزل الله هذه الآية[1].

وأيضا ما جاء في سنة النبي عليه الصلاة والسلام في حديثه: «لا يتم بعد احتلام، ولا صمات يوم إلى الليل»[2].

وقد قال المناوي: «فقيل لمن بلغ مبلغ الرجال حالم أشار إلى حكم اليتيم جار عليه قبل بلوغه من الحجر في ماله والنظر في مهماته وكفالته وإيوائه، فإذا احتلم وكانت حالة البلوغ استقل ولا يسمى باليتيم»[3].

و خلاصة القول أن انتهاء الكفالة طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية مناط بالبلوغ الطبيعي [4]

---

[1]- الطبراني، مرجع سابق، ج2, ص192.

[2]-سليمان بن الأشعث السجستاني، تأليف محمد ناصر الدين الألباني, **صحيح سنن أبي داود**, الطبعة الأولى؛ الكويت: دار غراس, 1423ه-2002م, كتاب الوصايا, باب متى ينقطع اليتم, مجلد8, ص226.

[3]-المناوي، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، الطبعة الثانية؛ دار الفكر، 1391هـ-1972م، مج6، ص444.

[4]-البلوغ و هو بدء النضج الجنسي حين تصبح الأعضاء التناسلية قادرة على تأدية وظائفها, و يسمى بسن المراهقة, و يحدث في الإناث من الثانية عشرة إلى الرابعة عشرة و يقترن بظاهرة الحيض و بنهود الثديين, أما الذكور فيتأخر قليلا ما بين الثانية عشرة و السادسة عشرة, و يصاحبه إفراز المني و خروجه, و تغير الصوت, و بدء نمو شعر اللحية, و في الاصطلاح الفقهي يعني هو الوصول إلى التكليف مع تحقق باقي شرائط التكليف, و هذا يحصل في المرأة ببلوغها سن التاسعة و الرجل ببلوغه سن الخامسة عشرة, أو نبات الشعر الخشن على عانته أو بالاحتلام على اختلاف الفقهاء.

•ياسين صلاواتي, **الموسوعة العربية الميسرة و الموسعة**, الطبعة الأولى؛ بيروت, لبنان: مؤسسة التاريخ العربي, 1422ه-2001م, المجلد الثاني, ص912.

و الرشد معا.

فلا يجوز فك الحجر عن المولى عليه بالبلوغ دون الرشد, أو بالرشد دون البلوغ, و الرشد هو صلاح الدين و المال مع العقل, و يعرف الصلاح بالاختبار, فما كان اختبار لدينه هو لزوم العبادات و تجنب المحظورات, وما كان اختبار لماله فهو التوصل إلى الاكتساب و القصد في الإنفاق, فإذا تقرر هذا فلا يخلو حال المولى عليه من أن يكون غلاما أو جارية, فمتى تحقق ذلك فك حجرها سواء تزوجت أم لم تتزوج.

بينما يرى الإمام مالك أنه لا يجوز فك حجرها حتى تتزوج, و لا يجوز لها التصرف في مالها بعد التزويج إلا بإذن زوجها, إلا أن تصير عجوزا معنسة[1].

و كذلك الحال في الشريعة الإسلامية، يمكن أن تنتهي الكفالة لأسباب أخرى، كالأسباب السابق شرحها في التشريعات المغاربية ، فإذا رأى القاضي عدم أمانة الكفيل، نزع الولد المكفول من يده [2]، أو عدم استيفائه شروط الولي على النفس، أو لأنّ مصلحة الطفل في ذلك،-أي مصلحة الطفل في نزعه من يد كافله [3], و مثاله إذا كانت هناك عداوة بين الوصي و الصغير المحجور عليه, فيقول ابن رشد بعزله إذ لا يؤمن عدو على عدوه في شيء من أحواله[4].

-و يتلاقى التشريع المغربي مع التشريع الجزائري في الاعتداد برغبة وإرادة الولد المكفول إذا بلغ سن التمييز بتخييره بين العودة لوالديه وبين البقاء عند كافله، وكذلك فعل المشرع الليبي، غير أنّه يؤاخذ عليه أنه لم يشترط بين التمييز في تخيير الولد المكفول، وكل ذلك نجد له مستندا في الشريعة الإسلامية، إذ نجد لهذه الفكرة منبعا، عندما خيّر النبي ﷺ قبل بعثه مولاه زيد بن حارثة بين العودة إلى أهله أو البقاء معه، وذلك عندما عرف أهله موضعه فجاءوا إلى النبي ﷺ ليقدموا له فدية يفتدون بها حريته، فقال لهم الرسول الكريم: «هو لكم من غير فدية إن قبل»، فعرضوا عليه، فرضي بالبقاء مع المصطفى،

---

[1] -الماوردي,مرجع سابق, ج 8, ص15-19.

[2] -المرجع نفسه, ج9, ص472.

[3] -محمد أبو زهرة، **تنظيم الإسلام للمجتمع**، مرجع سابق, ص131.

[4] -الدسوقي, مرجع سابق, ج4, ص453.

فاعتقه وتبنّاه[1].

-اتفقت التشريعات المغاربية على أن انتهاء الكفالة يكون آليا، ببلوغ الولد المكفول ويكون قبل ذلك انتهاء الكفالة قضائيا، أي يتم بطريق القضاء, و هو ما يجد سنده بين أحكام الشريعة الإسلامية في كيفية انتهاء الكفالة و فك الحجر, فيقول الماوردي: إن كان الولي جدا انفك الحجر برشد الصغير من غير حكم حاكم, لأن ولاية الجد لما تثبت بغير حكم, ارتفعت بالرشد من غير حكم, و أما إن كانت الولاية لأمين الحاكم لم ترتفع عنه إلا بحكم لأنه لما تثبت ولايته بحكم لم ترتفع إلا بحكم, و أما إن كانت الولاية لوصي أب أو جد فعلى ضربين: -أنها ترتفع بالرشد من غير حكم حاكم لثبوتها من غير حكم.

-أنها لا ترتفع إلا بحكم لأن ولاية الوصي, لم تثبت إلا بحكم كأمين الحاكم[2].

بينما ذهب مالك أنه إذا بلغ اليتامى لا يدفع لهم الوصي أموالهم حتى يقيم البينة على ذلك لقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ (النساء: 6)[3].

و خلاصة القول:

أن نظام الكفالة هو بديل عن نظام التبني، انتهجته التشريعات المغاربية كوسيلة قانونية لرعاية من لا آباء لهم وإدماجهم داخل المجتمع، محرمة لنظام التبني مسايرة في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية، ما عدا التشريع التونسي الذي انتهج كلا النظامين.

كانت الشريعة الإسلامية السبّاقة في إقرارها لمجموعة من القواعد الإجرائية في كفالة الصغار و تنظيم علاقتهم بالأوصياء و الأولياء حرصا منها على الحفاظ على

---

(1) -محمد أبو زهرة, **تنظيم الإسلام للمجتمع**, مرجع سابق، ص126.

(2) -الماوردي, مرجع سابق, ج8, ص19,18.

(3) -محمد أمين ابن عابدين, **حاشية ابن عابدين رد المختار**, دط؛ دون بلد النشر: دار الفكر, دت, الجزء الثامن, ص284.

مصالحهم و حماية حقوقهم, و هذا ما سعت لبلوغه التشريعات المغاربية, عندما اتفقت على ضرورة إتباع مجموعة من الإجراءات, و لكنها اختلفت في تفاصيل هذه الإجراءات, و هذا الاختلاف إنما يعبر عن الثراء القانوني الذي يسمح باستخلاص ما يجب أن يكون محل اعتبار لتحقيق المصلحة الفضلى للمكفول.

فوجبت جملة من التعديلات اللازمة في التشريعات المغاربية, كما هو الحال في التشريع الجزائري و المتمثل في قانون الأسرة في مواده المتعلقة بالكفالة, بل أصبحت هذه التعديلات ضرورة حتمية بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد و الذي جاء بأحكام جديدة في موضوع الكفالة, بل أحكاما تحمل معنى الإلغاء الضمني لبعض أحكام قانون الأسرة.

خلاصـــة الفصـــل:

المكفول طفل, تستدعي ظروفه, ضرورة الحفاظ على وجوده,و معاملته برفق ولين وود, وإيجاد حل عاجل له يكون بديلا عن التبني و يضمن العائل و الكافل والمربّي, وهذا الحل يتمثّل في نظام الكفالة.

فراحت التشريعات المغاربية بالاهتمام بهذا النظام, فحدّدت شروطه وإجراءاته تحديدا مفصّلا ودقيقا, سعيا منها لحماية المكفول, وتحقيق مصلحته الفضلى.

هذه الحماية التي أقرّتها الشريعة الإسلامية للصغير من عناية ورعاية ورحمة, فأوجدت المبادئ والأسس التي تحقق هذه الغايات.

و يعنى الفصل الثاني بالتطرق لمظاهر هذه الحماية من خلال هذا النظام.

الفصل الثاني

حماية المكفول في التشريعات المغاربية

تمهيـــــــــد:

تضع الكفالة, المكفول في مرتبة الابن الشرعي من حيث الرعاية و العناية و التربية و التعليم و التوجيه, وتعطي للكفيل سلطات واسعة اتجاه هذا المكفول وذلك للضرورة التي تقتضيها ظروف هذا الطفل كونه دون سن البلوغ, فهو كائن ضعيف يعجز عن حماية نفسه وصون مصالحه المادية والمعنوية والأدبية والذوذ عنها, لذلك كان لإعطائه المكانة والعناية دورا فعّالا في تعزيز حفظ حياته و صونها من كل فساد.

و هذا يتطلب الكشف عن هذه المكانة والحماية التي يوفرها نظام الكفالة في المنظومة القانونية المغاربية, ومدى استنادها للشّرع الإسلامي الذي يبدي عنايته بالطفولة, وممن يكونون في مثل عجزها.

يخصص هذا الفصل لدراسة الحماية الأدبية والمادية للمكفول, لأنه لا يقوم كيانه إلا بحفظه ورعايتـــــه والولاية عليه وتأمين نفقته وحماية ملكيته, و لبيان أحكام هذه المسائل يتطلب تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين, يخصص المبحث الأول لدراسة الحماية الأدبية التي توفرها التشريعات المغاربية للمكفول من خلال تقسيمه إلى مطلبين اثنين, كل مطلب يهتم بتبيين مظهر من مظاهر الحماية الأدبية, بينما يخصص المبحث الثاني لدراسة الحماية المادية التي توفرها التشريعات المغاربية للمكفول عن طريق تقسيمه إلى مطلبين اثنين, كل مطلب يهتم بتبيين مظهر من مظاهر هذه الحماية حسب الخطة التالية:

المبحث الأول: الحماية الأدبية للمكفول في التشريعات المغاربية

المطلب الأول:الولاية على المكفول في التشريعات المغاربية

المطلب الثاني: نسب المكفول دينه وجنسيته في التشريعات المغاربية

المبحث الثاني: الحماية المادية للمكفول في التشريعات المغاربية

المطلب الأول: نفقة المكفول ملكيته وميراثه في التشريعات المغاربية

المطلب الثاني: جناية المكفول في التشريعات المغاربية

المبحث الأوّل: الحماية الأدبية للمكفول في التشريعات المغاربية

ويعنى هذا المبحث بالتطرق إلى أصناف الحماية الأدبية, والتي تخص المكفول في نسبه ودينه والولاية عليه, مع المقارنة بين ما أخذت به التشريعات المغاربية, ومدى استنادها للشريعة الإسلامية. ولذلك قسم هذا المبحث إلى مطلبين, يخصص الأول لدراسة الولاية على المكفول في التشريعات المغاربية, وأما المطلب الثاني فيخصص لدراسة نسب المكفول ودينه وجنسيته في التشريعات المغاربية.

المطلب الأول: الولاية على المكفول في التشريعات المغاربية

إن المكفول طفل، يتصف بالضعف، ويحتاج لمن يقوم برعايته وحفظه وحمايته، فهو كالأمانة الواجبة الحفظ والصيانة في يد كافله، الذي يتولى أموره, فلا شك أن الولاية هي التي توفر له صنوف الحماية, وجاء هذا المطلب لتبيين مظاهر حماية المكفول عن طريق الولاية ويقسم إلى ثلاثة فروع: الأول يخصص لفهم الولاية من خلال تعريفها وعرض أقسامها، وأما الفرع الثاني فلعرض حماية الكافل لمكفوله بموجب هذه الولاية في التشريعات المغاربية بينما يخصص الفرع الثالث للمقارنة بين ما اعتمدته التشريعات المغاربية ومدى استنادها للشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: تعريف الولاية وأقسامها

أولا: تعريف الولاية لغة:

الولاية: تشعر بالتدبير والقدرة والفعل, والولاية بالكسر السلطان.

و الولي: ولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفالته.

و الولي في أسماء الله تعالى: هو الناصر، وقيل المتولي لأمور العالم والخلائق: القائم

بها.

وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها[1].

ثانيا: تعريف الولاية اصطلاحا وأقسامها

الولاية سلطة شرعية في النفس أو المال، يترتب عليها نفاذ التصرف فيهما شرعا[2]. وتعرف أيضا أنها سلطة وقدرة شرعية تمنح حق التصرف النافذ على غيره شاء أو أبى[3]. والولاية قسمان:

ولاية عامة: ويقصد بها سلطة إلزام الغير وإنفاذ التصرف عليه، بدون تعويض منه، تتعلق بأمور الدين والدنيا والنفس والمال، وتهيمن على مرافق الحياة العامة وشؤونها، من أجل جلب المصالح للأمة، ودرء المفاسد عنها، وهي بهذا منصب ديني ودنيوي، شرع لتحقيق ثلاثة أمور: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وأداء الأمانات إلى أهلها والحكم بينهم بالعدل وهذه الولاية تكون للقاضي أو السلطان أو الإمام حيث أن لكل واحد منهم له ولاية عامة على من يتولى أمرهم.

ومن بين صور هذه الولاية: ولاية شؤون الأيتام، بحيث يقوم من له هذه الولاية برعاية اليتامى ومن في حكمهم كاللقطاء، وتعتبر الولاية شعبة من شعب القضاء[4].

ولاية خاصة: وهي سلطة يقررها القانون لشخص معين في مباشرة التصرفات

---

[1]-ابن منظور، مرجع سابق، دار الكتب العلمية، 2005م-1426هـ، المجلد الثامن، (و-ي)، ص822، ص823.

[2]-عبد الأحد ملا رجب، مرجع سابق، ص280.

[3]-وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الطبعة الثانية؛ دمشق، سوريا: دار الفكر، 1405هـ-1985م، الجزء السابع، ص745.

[4]-نظيرة عتيق، مرجع سابق، ص188.

القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية. وهي إما أن تثبت لشخص ابتداءا بسبب قرابته من غير أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب، وإما مستمدة من الغير كولاية الوصي ممن أقامه وصيا، فالوصاية تدخل في الولاية بالمعنى الواسع، والوصي يعين من الأب أو الجد وكذلك القوامة فتدخل في الولاية بالمعنى الواسع والمقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها و كل من يفتقد الإدراك الضروري للتعبير عن إرادته تعبيرا صحيحا، لذلك فهو يحتاج لمن يتولى أمره وهو يكون إما صغيرا لم يبلغ سن الرشد أو مجنونا أو معتوها أو سفيها[1].

فالولاية المقصودة بالدراسة، هي الولاية على الصغير -سواء كانت أصلية أو مستمدة كالوصاية و القوامة-[2] كون أن الكفالة تتعلق بالصغير القاصر، وعليه يمكن عرض مفهوم الولاية الخاصة بهذا الصغير كما يلي:

الولاية هي تدبير الكبير الراشد شؤون القاصر الشخصية والمالية, و سبب مشروعيتها على القاصرين هو رعاية مصالحهم و حفظ حقوقهم الشخصية و المالية, بسبب عجزهم و ضعفهم حتى لا تضيع أو تهدر, فالولاية بذلك ثلاثة أنواع: ولاية على النفس, و ولاية على المال, و ولاية على النفس و المال معا.

1-الولاية على النفس: وهي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتزويج.

2-الولاية على المال: وهي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرفات كالبيع والإجارة والرهن وغيرها, و حفظ و إنفاق.

---

[1]-فضيل العيش، **شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد**، دط: دار الفكر، 2007-2008م، بتصرف، ص81-86.

[2] -القوامة و الوصاية عبارة عن إجراء قانوني انشيء لحماية الأطفال الذين توفي آباؤهم أو الذين ليس لهم القدرة على تربيتهم أو الذين فشلوا في واجباتهم نحو أطفالهم.

• أحمد زكي بدوي, مرجع سابق, ص121.

3-الولاية على النفس و المال معا: و تشمل الشؤون الشخصية و المالية[1].

فالولاية بهذا المفهوم, يكون مصدرها الشرع, و الاتفاق, فهي بذلك إما ولاية شرعية سببها النسب أو القرابة الشرعية بين الأشخاص كالبنوة و الأبوة و الأخوة و العمومة أو التعصيب و صلة الرحم, فالشرع جعل من صلة الرحم و القرابة الطبيعية سببا للولاية, و إما فهي ولاية اتفاقية أو نيابية و سببها الاتفاق بين الأشخاص الطبيعيين, حيث يجعل بعضهم أولياء بعض كالوكالة و الوصاية, أو عن طريق القضاء, لأن القاضي ولي من لا ولي له من القصر و الأيتام و الصغار و لأن الحاكم يعد شرعا نائبا عن الأمة[2].

و خلاصة القول، أن الولاية مهمة جليلة تتعلق بحياة القصر ورعايتهم حتى يشبوا أقوياء جاهزين للاندماج في المجتمع مستعدين لمواجهة تضاريس الحياة, ولذلك فالولي ومنه الكافل لا يسعه أن يكون أيا كان، بل تشترط فيه جملة من الشروط التي تؤهله للقيام بهذه المهمة، وهذه الشروط سبق عرضها في هذا البحث.

وبقي أن نتعرف على ولاية الكافل على مكفوله في التشريعات المغاربية ومدى استنادها للشريعة الإسلامية من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الولاية على المكفول في التشريعات المغاربية

لقد نظم المشرع المغاربي الولاية على المكفول وفق شروط معينة و محددة حسب كل قانون من القوانين المغاربية, و لدراسة هذه الشروط, يقسم هذا الفرع إلى ثلاثة بنود: كل بند يخصص لدراسة كيفية تنظيم الولاية في كل قانون من هذه القوانين.

البند الأول: الولاية على المكفول في التشريع الجزائري

---

[1]-وهبة الزحيلي, موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر, مرجع سابق, ج2, ص457.

[2]-محمد باوني، **عقد الزواج و آثاره دراسة مقارنة بين الفقه و القانون**, الطبعة الأولى؛ قسنطينة, الجزائر: دار بهاء الدين, 2009م, ص86.

نص قانون الأسرة الجزائري على ولاية المكفول بالمادة 121 منه، إذ منحها للكافل وذلك بقوله: «تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي» وأيضا المادة 122: «يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث، والوصية، أو الهبة لصالح الولد المكفول»[1].

فبمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل، على نفس المكفول، وعلى ماله، يتمتع الكافل بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس، من تربية وتعليم ورعاية، كما له أن يدير أموال المكفول المكتسبة من الإرث أو الوصية أو الهبة[2]، وله أن يقبض المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الوالد الأصلي.

فالولاية بهذا المفهوم تخول للكافل على مكفوله سواء كان معلوم النسب ووالداه حيين أو كان يتيما أو مجهول النسب كاللقيط.

والأهم من ذلك أن هذه الولاية تخول أيضا للكافل الولاية على إنكاح مكفولته ويخضع في ذلك لقانون وأحكام الولاية في النكاح, ففي قانون الأسرة الجزائري, نجد أن المشرع ميز بين المرأة الراشدة و القاصر, حيث قصر دور الولي على حضور مجلس العقد بينما تباشر هي العقد بنفسها حسب المادة 11 فقرة أولى و التي تقضي: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره»[3], فليس هناك تحديد ولا ترتيب للأولياء و من ثم فلها أن تختار من تشاء من الأولياء ليكون وليا, و أما القاصر فإن الولي هو الذي يباشر العقد حسب ما نصت عليه المادة في فقرتها الثانية: «يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له» فقد حدد المشرع هنا الأولياء, و جعل من القاضي رقيبا

---

[1]-قانون رقم 84-11 (ج ر عدد24), مرجع سابق, ص917.

[2]-الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص173.

[3] -أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426ه الموافق لـ 9 فبراير2005م المتضمن تعديل و اتمام قانون الأسرة (جريدة رسمية عدد15, مؤرخة في 18 محرم1426ه الموافق لـ 27 فبراير2005م), ص20.

على تزويج الأشخاص الذين لم يبلغوا السن القانونية المحددة, و جعل منه وليا غير مباشر لهم و أمينا على مصالحهم و مقدرا عادلا لظروفهم[1].

كما جاء في فتاوى في الولي من صميم الواقع الجزائري، أن زوجين كفلا يتيمة وعندما أصبح عمرها خمسة وعشرين سنة تقدم شاب لخطبتها، فمن يكون وليها عند العقد عليها؟, فكان الجواب: أن هذه البنت المسلمة تعتبر كاللقيطة التي فقدت أباها ولم يترك لها وصيا فلا تزوج إلا بإذنها الكلامي وبرضاها بعين الزوج وبمقدار الصداق, وأما وليها: فحيث أن هذه البنت كفلها رجل وزوجته فإن هذا الرجل يستطيع أن يكون, وليا لها بإذنها ورضاها وبحضور جملة من المسلمين[2]، غير أنه ولتمام العقد فبالنسبة لمجهولي النسب يجب استصدار ترخيص بالزواج من مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن وإرفاقه بالملف[3].

و بما أن الكفالة في التشريع الجزائري تنقل الولاية الشرعية للكافل على نفس ومال المكفول فإنه يتعين الرجوع إلى أحكام الولاية في قانون الأسرة من المادة 87 إلى 91[4]،فإن الولاية على نفس المكفول تخول الكافل القيام بتربيته وتعليمه وحفظه صحة وخلفا وتزويجه، و إن الولاية على أمواله تخول الكافل إدارة أموال مكفولة حسب ما يقتضيه القانون, فقد نصت المادة 88 من قانون الأسرة على شرط عام يحكم تصرفات

---

(1) -السن القانونية للزواج حسب المادة 7 من قانون الأسرة هي 19 سنة و قبل ذلك يستوجب استصدار ترخيص من القاضي كما تقتضيه المادة 11 من نفس القانون. و لا يعتبر تحديد سنا معينة لأهلية الزواج مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية التي اكتفت نصوصها بسن البلوغ لأنه من المستقر في قواعد الشريعة جواز تصرف الحاكم بتقييد المباح للمصلحة العامة و هي مسألة حال و زمان.

• كاملي مراد, **محاضرات في عقد الزواج و آثاره**, 2010م.

(2)-عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له**، الطبعة الأولى؛ القبة القديمة، الجزائر: دار الخلدونية، 1428هـ-2007م، ص77-78.

(3)-مقابلة مع السيدة توام نادية بمديرية النشاط الاجتماعي والتضامن بقسنطينة.

(4) -قانون رقم84-11(ج ر عدد24), مرجع سابق, ص 915, و أمر رقم 05-02(ج ر عدد15), مرجع سابق,ص 22.

الولي في أموال القاصر يتمثل في تطبيق معيار موضوعي مقتضاه أن تكون تصرفات الولي بمثابة تصرفات الرجل الحريص كما رتبت نفس المادة مسؤولية الولي عن كل تصرفاته وفقا لقواعد القانون العام.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد نصت على نظام خاص لبعض التصرفات التي قد تكون خطيرة على مال القاصر وبالتالي إخضاعها لإذن القاضي وهي محددة على سبيل الحصر وهي:

- بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.
- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد[1].

وخلاصة القول: أنه بمقتضى عقد الكفالة يخول الكافل الولاية على مكفوله فيلتزم هذا الأخير بتربية المكفول تربية إسلامية، ورعايته صحيا وأخلاقيا والإنفاق عليه والسهر على تعليمه ومعاملته معاملة الأب الحريص، وحمايته والدفاع عليه أمام القضاء، وتحمل المسؤولية المدنية عن تصرفاته الضارة والترخيص للكافل بقبض المنح العائلية والعلاوات والتعويضات المستحقة له قانونا، والإمضاء على جميع الوثائق الإدارية ووثائق السفر، والخروج خارج الوطن[2].

لكن يجب على الكفيل إذا أراد السفر بمكفوله مجهول النسب خارج الوطن، وجب عليه استصدار ترخيص بذلك من مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن[3].

---

[1]-فضيل العيش، مرجع سابق، ص84.

[2]-هذا ما حرر في عقد الكفالة.

•طالع عقد الكفالة, الملحق رقم1 و رقم 2.

[3]-طالع على الترخيص الملحق رقم 7.

فكلما تعلق الأمر بكفالة مجهول النسب، نرجع دائما لمديرية النشاط الاجتماعي والتضامن باعتبار أن مجهولوا النسب هم أبناء الدولة فهي الوصية والمفوضة لأمورهم، لكن هل يعني ذلك أن الكافل ليس وليا عليهم؟ أم هو إنقاص لولايته عليهم, و مشاركة الدولة للكافل في هذه الولاية؟

البند الثاني: الولاية على المكفول في التشريع المغربي

قضت المادة 22 من قانون كفالة الأطفال المهملين على ما يلي: «يترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة ما يلي: تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو الجمعية أو المنظمة المعنية تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني طبقا للمقتضيات القانونية الواردة بمدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بحضانة ونفقة الأولاد:

إذا كان الطفل المكفول أنثى، فإن النفقة يجب أن تستمر إلى أن تتزوج طبقا لمقتضيات مدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بالنفقة على الأنثى.

تطبق أيضا مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بالنفقة على الأولاد العاجزين في الكسب إذا كان الطفل المكفول معاقا أو عاجزا عن الكسب:

استفادة الكافل من التعويضات والمساعدات الاجتماعية المخولة للوالدين عن أولادهم من طرف الدولة أو المؤسسات العمومية أو الخصوصية أو الجماعات المحلية وهيئاتها:

كون الكافل مسؤولا مدنيا عن أفعال المكفول وتطبق على هذه المسؤولية القواعد الواردة في الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود»[1].

---

[1]-قانون رقم 01-15 (ج ر عدد5031)، مرجع سابق، ص2365.

ونصت المادة 17 من نفس القانون على ما يلي: «يصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين أمرا بإسناد كفالة الطفل المهمل إلى الشخص أو الجهة التي تقدمت بالطلب إذا أسفر البحث عن توفر الشروط المطلوبة بمقتضى هذا القانون.

ينص الأمر على تعين الكافل مقدما عن المكفول».

و هكذا فقد عين القاضي الكافل مقدما على مكفوله, فاعتبره بذلك نائبا شرعيا له، و هذا ما يستشف من المادة 230 من مدونة الأسرة في قولها: «يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب:...المقدم وهو الذي يعينه القضاء», والنيابة الشرعية تعرفها المادة 229 من نفس القانون بـ: «النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم»، وحددت المادة 233 من نفس القانون: «للنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد...»[1].

و بناءا على ما سبق فالكافل في التشريع المغربي تكون له الولاية على نفس ومال مكفوله فيربيه ويحسن إليه وينفق عليه، ويعلمه، كما له أن يدير أمواله بما يحقق مصلحته ويكون في ذلك تحت رقابة القضاء تطبيقا لنص المادة 235 من مدونة الأسرة والتي تقضي: «يقوم النائب الشرعي بالعناية بشؤون المحجور عليه الشخصية من توجيه ديني و تكويني و إعداد للحياة كما يقوم بكل ما يتعلق بأعمال الإدارة العادية لأموال المحجور.

يجب على النائب الشرعي إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوجود الأموال النقدية والوثائق والحلي والمنقولات ذات القيمة، وإذا لم يفعل يتحمل مسؤولية ذلك، وتودع النقود والقيم المنقولة بحساب القاصر لدى مؤسسة عمومية للحفاظ عليها بناءا على أمر القاضي يخضع النائب الشرعي في ممارسة هذه المهام للرقابة القضائية طبقا

---

[1]-قانون رقم03-07(ج ر عدد5184), مرجع سابق, ص440.

لأحكام المواد الموالية»[1].

البند الثالث: الولاية على المكفول في التشريع التونسي

جاء الفصل الخامس من قانون الكفالة العمومية والكفالة والتبني ينص على أنه: «يكون للكفيل والمكفول نفس الحقوق والواجبات المنصوص عليها بالفصل 54 وما بعده من مجلة الأحوال الشخصية.

ويكون علاوة على ذلك مسؤولا مدنيا على أعمال مكفوله مثل أبويه»، وبالرجوع إلى الفصل 54 وما بعده من مجلة الأحوال الشخصية نجدها خاصة بأحكام الحضانة ومعنى ذلك أن المشرع التونسي منح للكفيل الحقوق والواجبات الممنوحة للأب الحقيقي على ابنه الصلبي ومن هذه الحقوق والواجبات: تربية المكفول وحفظه صحة وخلقا وتعليمه والإنفاق عليه إذا لم يكن له مال فإذا كان له مال فينفق عليه منه ويدير له أمواله.

وكل هذه الأمور إنما تتعلق بالولاية، فكان على المشرع التونسي بكل بساطة أن ينص صراحة ضمن أحكام الكفالة، على أنه للكافل الولاية القانونية على مكفوله عوضا من أن يحيل إلى أحكام الحضانة, التي حتى و إن كانت ترتبط بالولاية ارتباطا وثيقا لأن الحضانة جزء من الكفالة, إلا أن الأحكام المذكورة بمجلة الأحوال الشخصية المتعلقة بالحضانة تضم أحكاما أخرى كثيرة لا تمد بأي صلة بأحكام الولاية, كما أنها غير واضحة و غير صريحة في حدود هذه الولاية.

الفرع الثالث: المقارنة بين التشريعات المغاربية ومدى استنادها للشريعة الإسلامية

بعد هذا الطرح البسيط لما اعتمدته التشريعات المغاربية في الولاية على المكفول،

---

[1]-المرجع نفسه.

أمكن القول أنها متفقة على أن الكفالة تخول الكافل الولاية على نفس ومال المكفول وذلك إنما حرصا منها على تحقيق الحماية الفضلى للمكفول باعتباره كائنا صغيرا ضعيفا يحتاج إلى من يحافظ على كل ما يتعلق بنفسه وماله وذلك بجعل الكافل يعتبر المكفول كأحد من أولاده الحقيقيين فيضمه إلى عائلته, و هذه الولاية الممنوحة للكافل لم تكن مطلقة بل جعلت لها التشريعات المغاربية حدودا متمثلة أساسا في رقابة القاضي على بعض تصرفات الكفيل ذات الأهمية الخاصة كالمعاملات المتعلقة بالعقارات, تحقيقا للمصلحة الفضلى للمكفول.

فالولاية بالمفهوم الذي اعتمدته التشريعات المغاربية عبارة عن وسيلة لتسيير مصالح المكفول و حفظها, هذه الوسيلة مستمدة من بين أحكام الشريعة الإسلامية التي أقرتها بقواعد محددة, تبين ما على الولي من واجبات, و حدود ممارسته لمهمة الولاية.

فالولاية في الشريعة الإسلامية عبارة عن سلطة شرعية ممنوحة للولي يتصرف بمقتضاها على شؤون اليتيم النفسية والمالية ويقوم مقامه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة من عقود وأفعال ومخاصمات في الحقوق وإن هذه التصرفات التي يقوم بها الولي لمصلحة اليتيم نافذة شرعا، وقد بين الله تعالى لأولياء اليتامى أن الإصلاح لهم خير، ويدخل فيه إصلاح نفسهم وإصلاح مالهم[1]، فدلت الآية على مشروعية الولاية النفسية والمالية على اليتيم في قوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ﴾, (البقرة: 220).

و قد جاء في تفسير هذه الآية أنه على الوصي والكفيل حفظ مال يتيمه والتثمير له، كذلك عليه حفظ الصبي في بدنه، و جاء في تفسيرها أيضا: أي يسألك القوّام على اليتامى الكافلون لهم، وذلك مجمل لا يعلم منه عين الكافل والقيّم وما يشترط فيه من الأوصاف، فأذن الله تعالى في مخالطة الأيتام مع قصد الإصلاح كان دليلا على جواز التصرف في

[1]-عبد الأحد ملا رجب، مرجع سابق، ص281.

مال اليتيم، تصرف الوصي في البيع والقسمة وغير ذلك، على الإطلاق لهذه الآية، فإذا كفل الرجل اليتيم وحازه وكان في نظره حاز عليه فعله وإن لم يقدمه وال عليه لأن الآية مطلقة والكفالة ولاية عامة.

وقد اختلف الفقهاء في مدى هذه الولاية و حدودها:

فقد قال مالك: ولاية النكاح بالحضانة والكفالة أقوى منها بالقرابة، وقال أبو حنيفة: إذا كان الإصلاح خيرا فيجوز تزويجه ويجوز أن يتزوج منه فإن ثبت كون التزويج إصلاحا فظاهر الآية يقتضي جوازه[1].

وقد قال الماوردي: أن ولاية الوصي على اليتيم كولاية الأب عليه إلا في ثلاثة أشياء:

-أن للأب أن يشتري من مال ولده لنفسه, و يبيع عليه من مال نفسه و ليس ذلك للوصي.

-أن للأب أن يوصي بالولاية على ولده و ليس للوصي أن يوصي.

-أن للأب أن يزوجهن, و ليس ذلك للوصي.

ثم الوصي فيما دون هذه الثلاثة كالأب سواء, و أما إن اذن الأب في التزويج فقد أجازه مالك, و جعل الوصي أحق به من الأولياء كما كان أحق بالولاية على المال, و منع منه الشافعي و أبو حنيفة و جمهور الفقهاء, لأنها وصية في حق غيره من الأوصياء[2].

بل و قد ذهب المالكية إلى أبعد من ذلك, فقد أجازوا للوصي أن يوصي غيره عند موته و يكون بمنزلته في النكاح و غيره, و تتسع ولايته لإدارة أموال اليتيم لكن لا يبيع

---

[1]-أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، دط؛ بيروت: دار الكتاب العربي، دت، الجزء الثالث، ص63-64.

[2]-الماوردي, مرجع سابق, ج6, ص202.

عقار اليتامى, إلا أن يكون لبيعه وجه: نحو الغبطة في الثمن, لأن العقار مأمون ينتفع به على وجه الأبد, فتبديله بالنقد مفسدة[1].

وكما هو معلوم في الفقه الإسلامي أنه إذا انعدم الأولياء والأوصياء كحالة اللقيط فإن جميع هذه الصلاحيات تنتقل إلى السلطان بمقتضى ولايته العامة استنادا لحديث النبي ﷺ: «... فالسلطان ولي من لا ولي له»[2]، أو يعين له الحاكم مقدما تكون له ولاية عليه بنفس القواعد المذكورة أعلاه عند الفقهاء.

« وفي قول عامة أهل العلم أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة الزوجية والملك والولاء منتفية، وتجب نفقته في بيت المال والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك، لكن للملتقط ولاية على اللقيط وعلى ماله

فإن له ولاية أخذه وحفظه»[3]، أي أن للملتقط ولاية على اللقيط وهي ولاية مصلحة وليس ولاية تصرف وسلطنة وهذا لانعدام أسبابها وهي القرابة والسلطنة وبالتالي فله التربية والمحافظة عليه وعلى ماله، دائما استنادا لأحكام القرآن والسنة[4].

و خلاصة القول أن الشريعة الإسلامية أقرت الولاية لكل كافل و عائل و قيم على شؤون اليتيم و كل من في حكمه لحفظه و حفظ مصالحه, و بينت حدود هذه الولاية و مداها, لا لشيء إلا للمصلحة الفضلى للمكفول و تحقيق الحماية المرجوة, وهو ما سعت إليه التشريعات المغاربية باعتمادها لنفس المبدأ.

---

[1]-شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي, تحقيق محمد بوخبزة, **الذخيـــرة**, الطبعة الأولى؛ بيروت: دار العرب, 1994م, الجزء السابع, ص167, 170, 171.

[2]-حديث سبق تخريجه: •انظر صفحة رقم: 35 من هذه المذكرة.

[3]-موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي، **المغنى ويليه الشرح الكبير** ، دط؛ بيروت، لبنان: دار الكتاب العربي، 1403هـ-1983م، الجزء السادس، ص379، ص382.

[4]-نظيرة عتيق، مرجع سابق، ص163.

المطلب الثاني: نسب المكفول دينه وجنسيته في التشريعات المغاربية

لا يختلف اثنان في أهمية حماية حق الفرد في الانتماء لعائلة ونسبته[1] لها، إذ لا يمكن تكوين مواطن صالح متوازن الشخصية في غياب انتسابه لعائلة، كما لا تخلو هذه الأهمية من تمتع كل فرد بمقوماته الشخصية التي تصنع له مكانة داخل المجتمع وتميزه عن غيره وتشعره بالانتماء، ومن أهم هذه المقومات الشخصية، الدين والجنسية.

ولما كانت الكفالة نظام بديل للتبني، الذي يعتبر تزييفا للأنساب واعتداءا عليها فما هي مظاهر حماية الكفالة للأنساب، خصوصا نسب المكفول؟ وكيف تضمن له دينه وجنسيته في ظل التشريعات المغاربية، وما مدى استناد هذه الأخيرة للشريعة الإسلامية في كل ذلك؟

فالإجابة تقتضي تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: الأول يخصص لعرض ما تبنته التشريعات المغاربية لحماية نسب المكفول و الثاني لعرض ما أخذت به هذه الأخيرة في حماية دين المكفول وجنسيته, و أما الفرع الثالث فيخصص للمقارنة بين التشريعات المغاربية فيما اعتمدته من القواعد الهادفة لمصالح المكفول و مدى استنادها للشريعة الإسلامية في ذلك.

الفرع الأول: نسب المكفول في التشريعات المغاربية

انتهجت التشريعات المغاربية قواعد مختلفة لمواجهة نسب المكفول و حمايته, مما استدعى الأمر تقسيم هذا الفرع إلى أربعة بنود, كل بند خصص لدراسة القواعد المعتمدة

---

[1] -نسبته من نسب: و جمعه أنساب, أي القرابة الموروثة التي لابد للإنسان فيها, أو هو اشتهار من جهة أحد الأبوين و ذلك ضربان: نسب بالطول: كالاشتراك بين الآباء و الأبناء, و نسب بالعرض كالنسب بين بني الإخوة و بني الأعمام, و عمود النسب: الأصول التي ينحدر منها النسب كالأب و الجد و أبي الجد...إلى آخره, و يثبت نسب الولد لأمه بإثبات الولادة و يثبت لأبيه إما بالفراش, أي بالولادة من زواج, أو بالإقرار, أو بالبينة.

•ياسين صلاواتي, مرجع سابق, ج8, ص3477.

في مسألة نسب المكفول حسب كل تشريع.

البند الأول: نسب المكفول في التشريع الجزائري

لقد نصت المادة 120 من قانون الأسرة على أنه: «يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية»[1].

يتبين من استقراء هذه المادة أن هناك فرقا بين المكفول معلوم النسب و بين المكفول مجهول النسب, كما سيتم تحليله:

أولا: مكفول معلوم النسب

وهو انتساب الطفل لأبويه، فيكون الطفل شرعيا, أو لأمه فنكون أمام حالة الإقرار بالأمومة وذلك لسببين، إما أن يكون الطفل ابن زنا وإما أن يكون أبوه مجهولا, وكثيرا ما تكون الكفالة لطفل معلوم النسب تلك الكفالة التي تتم بين الأقرباء، ككفالة الشخص لابن أخيه[2].

ففي كلتا الحالتين فإن قانون الأسرة وضمن أحكام الكفالة أعطى للمكفول حماية قانونية وذلك بأن يحتفظ بنسبه بأن يبقى حاملا للقب أبيه أو لقب أو اسم أمه، فتحمي الكفالة المكفول معلوم النسب من تجريده من لقب أو اسم أبيه أو أمه فلا يتعدى على نسبه, وذلك بتحريم التبني طبقا للمادة 46 من قانون الأسرة من جهة ومن جهة أخرى بفرض الحماية بالمادة 120 المذكورة أعلاه، وهذا ما يجعل من احتفاظ المكفول معلوم النسب بنسبه من النظام العام، فالتعدي على الأنساب الحقيقية يعد تعديا على النظام العام، وقد جرّم المشرع الجزائري هذه الأفعال في المادة 247 من قانون العقوبات[3].

---

[1]-قانون رقم 84-11 (ج ر عدد24)، مرجع سابق، ص917.

[2]-معوان مصطفى، مرجع سابق، ص522.

[3]-يعاقب بغرامة من 500 إلى 5000 دج كل من انتحل لنفسه اسم عائلة خلاف اسمه. أمر رقم 66-156 المتضمن

ثانيا: مكفول مجهول النسب

و هي حالة الطفل مجهول الأبوين, وقد وضع المشرع الجزائري حلا لتمييز الكفالة عن التبني في حالة كفالة طفل مجهول النسب والمتمثل في المادة 64 من قانون الحالة المدنية[1]، وهو أن ضابط الحالة المدنية يمنح ثلاثة أسماء للطفل مجهول النسب يتخذ آخرها لقبا له، ذلك حتى يتسنى للطفل مجهول النسب من حمل اسما ولا يتعدى على الأنساب الأخرى.

وهو ما تعترف به الشريعة الإسلامية, إذ جعلت من حقوق الطفل اختيار اسم خاص به, فقد ثبت عن النبي أنه قال: «إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم»[2].

لكن ونتيجة لعدة مشاكل متراكمة بخصوص الكفالة ومن أجل مواجهة بعض المشاكل العملية حسب بعض الفقه الجزائري والمتمثلة في تمدرس المكفول وعمله وسفره، صدر المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب والذي يسمح للكافل بمنح لقبه لمكفوله حتى تتطابق الكنية, فثارت ضجة كبيرة حول هذا المرسوم بين المختصين وأهل العلم وحتى بين عامة المجتمع الجزائري متسائلين ما إذا كان هذا المرسوم يؤدي إلى إلحاق النسب أم لا؟ وهل يعتبر تبني غير مباشر أم يبقى مجرد إجراءا داخل نظام الكفالة؟

خاصة وأن الشريعة الإسلامية السمحـــاء لا تسمح بذلك، بموجب الآيتان

قانون العقوبات مؤرخ في 8يونيو1966, (جريدة رسمية عدد 49, مؤرخة في 21 صفر1389ه الموافق لـ 11 يونيو 1966م), ص727.

[1]-أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، (جريدة رسمية، عدد21, مؤرخة في الجمعة 21 ذو الحجة 1389ه الموافق لـ 27 فيفري1970), ص280.

[2]-سليمان بن الأشعث السجستاني, محمد ناصر الدين الألباني, **ضعيف سنن أبي داود**, الطبعة الأولى؛ الرياض: مكتبة المعارف, 1419ه-1998م, كتاب الأدب, باب في تغيير الأسماء, ص403.

الشهيرتان في قولـــه تعـــالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ﴾، (الأحزاب: آيتين 4و5) فقد جاء في تفسير هذه الآية: ما جعل من تدعونه ابنا من أبناء غيركم كأبنائكم الذين من أصلابكم في الانتساب والرحمة والحكم، وكان رسول الله ﷺ قد تبنى زيد بن حارثة بعد أن اعتقه فكان يقال: زيد بن محمد، فلما جاء الإسلام أمر أن تلحق الأدعياء بآبائهم، فهو أعدل في حكم الله من نسبتكم إياهم، ومن لم تعلموا آباءهم فهم إخوانكم في الدين، أي من أسلم منهم، فقولوا يا أخي وابن عمي[1].

فانقسمت الآراء بين مؤيد ومعارض لهذا المرسوم:

أولا: الفريق المعارض لهذا المرسوم:

ويشكلون الأغلبية ويعتبرون أن ما تضمنه المرسوم من أحكام يعد الخطوة الأولى نحو إرساء التبني ويعيبون عليه ما يلي:

أن رئيس الحكومة أصدر قانونا وليس مرسوما وهذا ليس من صلاحياته بل من صلاحيات المجلس الشعبي الوطني طبقا للمادة 2/122 من دستور 1996[2].

كما أنه يخالف مسألة تدرج القوانين وهي مسألة دستورية فلا يمكن لمرسوم تنفيذي أن يعدل أو يخالف القانون, فهو خالف بذلك أحكام المادة 120 من قانون الأسرة التي

---

[1]-الطبراني، مرجع سابق، ج5، ص163.

[2]-تنص المادة: «يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات الآتية:

...2-القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية وحق الأسرة لاسيما الزواج والطلاق والبنوة والأهلية والتركات»، مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 20 رجب 1417ه الموافق لـ 1 ديسمبر 1996(الجريدة الرسمية عدد76, مؤرخة في 27 رجب 1417ه الموافق لـ 8 ديسمبر1996), ص24.

تحيل لقانون الحالة المدنية فخالف المادة 64 من هذا القانون[1].

ولعل اعتراض البعض على حمل المكفول اسم الكفيل يرجع بالدرجة الأولى إلى عدم تحديد المشرع للطبيعة القانونية لهذا الاسم، فلم يتضح إن كان هذا حق استعمال فهو لا يلغي الاسم الذي اكتسبه قانونا بموجب المادة 64 قانون الحالة المدنية ولا ينتقل إلى أولاده أم هو حق شخصي لا يسقط عن صاحبه وينتقل إلى أولاده[2].

وفي تفسير الآيتان من سورة الأحزاب والتي تجعل من الأدعياء إخواننا ومواليناِ, فهي لا تجيز انتسابهم إلينا, ففي قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ﴾ ، يعني أنه مجرد كلمة باللسان، لا يمكن أن تغير شيئا من الواقع أو تنشئ حقيقة، لن تجري دمك في عروق هذا المدعي ولن يدرك شيئا من خصائصك وصفاتك الجسمية فهي تزوير للحقيقة والواقع.

فليس الميراث وحده هو المحذور في التبني فلو جاء في يوم من الأيام وقال: أنا ابن لهذا الشخص وأريد الميراث نقول له حقيقة أنه ليس ابنا صلبيا و هذا لا يجيزه الإسلام، فليس الميراث وحده هو الأثر الوحيد المترتب على النسب: فكيف يعيش هذا المكفول مجهول النسب -حين يكبر- مع هذه العائلة؟ يعيش على أنه احد منها؟! يطلع على عورات البنات اللاتي يعتبرهن أخواته والمرأة يعتبرها أما فيعاملها كما يعامل الأم؟ وإذا كانت بنتا تتعامل مع الرجل كافلها معاملة الأب فتحضنه وتقبله وهو أجنبي عنها![3].

ثانيا: الفريق المؤيد لهذا المرسوم

يعتبر هذا المرسوم ضرورة حتمية أملتها المصلحة العملية والاجتماعية والنفسية

---

[1]-بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص249.

[2]-محمد (زواوي) فريدة، **«مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية»**، **المجلة القضائية**، العدد الثاني، 2000، ص75.

[3]-يوسف القرضاوي، اعداد خالد خليفة السعد, **الإستلحاق والتبنى فى الشريعة الإسلامية** ، الطبعة الأولى، القاهرة: مكتبة وهبة، 1421هـ-2000م، بتصرف، ص11، ص42.

واعتبروا أن المكفول عندما يحمل لقب الكفيل يتمكن من مواجهة عدة مشاكل على مستوى العمل، المدرسة و السفر, كما أن المكفول يكون في مركز لا يشعر بالنقص أو الإحباط المعنوي، فهذا المرسوم لا يعدو أن يكون إجرائيا وتنظيميا فقط[1].

و أن أهل التفسير قد أجمعوا على أن الآيتين السابقتين قد نزلتا في زيد بن حارثة، فيجب أن تفسر في ضوء الحادثة التي نزلت فيها: عن ابن شرعي معلوم الأب صحيح النسب (زيد بن حارثة) وليس من الحتمي أن ينسحب تفسير نص الآية إلى اللقيط وهو مجهول الأب والنسب.

بالإضافة إلى أن المادة 5 مكرر 1[2]، من هذا المرسوم تقضي بضرورة تسجيل اسم المكفول في هامش شهادة الميلاد، وبهذا يمكن لذي مصلحة معرفة أن اللقب المذكور في شهادة الميلاد ليس لقبه الأصلي ولا يمكنه انكاره و تجاهله عند إبرام عقد الزواج، كما لا يمكنه استعماله في الميراث، فهذا المرسوم يحافظ على الحكمة من تحريم التبني ألا وهي لا توارث بين المكفول والكفيل ولا يقع اختلاط في الأنساب ولا توجد حرمة في الزواج بين المكفول وأبناء وبنات الكفيل وأخواته... إلخ.

وأما عن الطبيعة القانونية للاسم الممنوح للكفيل، فرد أصحاب هذا الرأي على أنه يميل إلى كونه حق استعمال فقط، على اعتبار أن الاسم الذي اكتسبه قانونا بموجب المادة 64 من قانون الحالة المدنية يبقى مقيدا في سجل الحالة المدنية، وفي حالة رغبة حمل اسم الكفيل فما عليه إلا المطالبة بتغيير لقبه متبعا الإجراءات القانونية، وعدم اعتراض حاملي نفس اللقب على ذلك[3].

---

[1]-قاشي علال, مرجع سابق، ص138.

[2]-تنص المادة 5 مكرر 1: «يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل والإشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون», (ج ر عدد 5)، مرجع سابق، ص139.

[3]-محمد (زواوي) فريدة، مرجع سابق، بتصرف، ص71، ص72، ص75.

من خلال عرض الآراء المطروحة حول هذا المرسم يمكن القول أنه سلاح ذو حدين، فهو من جهة يحقق حماية أكثر للمكفول، يسهل عليه إدماجه داخل المجتمع، لكن من ناحية أخرى تحوم حوله شبهات خطيرة.

فالأولى على المشرع اعتماد هذا المرسوم بعد تحصينه ضد الشبهات، وأول حصن له هو تحديد الطبيعة القانونية للاسم الممنوح للمكفول تحديدا صريحا وواضحا والتدقيق في آثاره حسب مقتضيات الشريعة الإسلامية، يجعله حق استعمال فقط وليس حقا شخصيا والتأكيد على تسجيل الكفالة في شهادات الحالة المدنية لكل مكفول، وتسليط عقوبة على الإخلال بذلك لأن الواقع الجزائري أثبت وأن الكثير من أوراق الحالة المدنية للأطفال المكفولين خالية من ذكر هذا التفصيل[1].

وأما عن سريان الحرمة بين المكفول وأفراد الأسرة الكفيل، فوجبت الدعاية لهذا الأمر وتوعية الناس لضرورة إرضاع المكفول من أحد أفراد العائلة الكفيلة كأخت الكفيل مثلا إذا كان المكفول بنتا حتى تسري الحرمة بينها وبين كفيلها فتستطيع معاملته كأب حقيقي، وإذا كان ذكرا فيرضع مثلا من زوجة الكفيل أو أختها... إلخ.

وقد جاء في إحدى الفتاوى من الواقع الجزائري: حول ما إذا كان يجوز إطلاق لقب الأسرة الكافلة على الطفل المكفول دون إعطاء البنوة له؟

فإذا لم يكن هذا الانتساب سببا لاستحقاق ميراث، لا يستحقه ولحرمة ما هو ليس بحرام عليه كالزواج بابنة الكافل، أو إحدى محارمه فلا بأس أن ينتسب الطفل المكفول حينئذ إلى عائلته والذي يضر منه هو أن يقال: (فلان بن فلان)، فأما إذا كان النسب إلى (فلان)، أو إلى لقب العائلة فإن هذا لا ضير فيه، وأما الشعور النفسي بالمهانة فإنه شيء واقع، وقد لا يمكن التوصل إلى محو كل آثاره، فلنرب هذا الصغير على الرضا بالانتساب لهذه العائلة والاكتفاء بذلك وهو مكسب عظيم.

---

[1]-يمكن الرجوع لمذكرة حماية اللقيط, للباحثة نظيرة عتيق, مرجع سابق, و الإطلاع على الملحق الذي يحوي شهادة ميلاد مكفول لم يذكر فيها أنه كذلك.

ودليل جواز انتساب المرء إلى غير أهله أن العرب كانوا يسمحون به، حيث ينتسب إلى القبيلة من ليس أهلها وإنما ينتسب إليهم بالحلف والولاء أو الإسلام على يد أحد أبناءها، فهذا يدل على أن المحرم هو البنوة وترتيب آثارها من الميراث وتحريم الزواج... إلخ[1].

وأما فيما يخص بيانات وثيقة ميلاد المكفول، فهي محددة بموجب المادة 36 من قانون الحالة المدنية[2]، وهي مذكورة على سبيل الحصر بحيث لا يجوز الزيادة عنها ولا النقصان منها، ولا يستثنى من ذلك إلا وثيقة ميلاد اللقيط ومجهول الأبوين، حيث يصبح من غير الممكن ذكر البيانات المتعلقة بالأب والأم، فيصبح على ضابط الحالة المدنية أن يعطي للمولود مجموعة من الأسماء يكون آخرها لقبا، وذلك إذا لم يكن الشخص الذي التقطه أو عثر عليه قد اختار له اسما مناسبا أما بخصوص اللقب العائلي، واسم الأب، واسم الأم، فإن المولود سوف لا ينسب إلى أية عائلة وسوف لا يحمل لقب أية عائلة وسوف يذكر في مكان ذكر اسم الأب أنه مجهول الأب ويذكر في مكان اسم الأم إذا امتنعت عن ذكر اسمها -وكانت حقا مجهولة- أنه مجهول الأم أيضا، ذلك لأن المادة 245[3] من قانون الصحة العمومية تقضي بأنه إذا كانت نزيلة المستشفى تطلب الاستفادة من سرية قبولها في المستشفى بقصد المحافظة على السر المتعلق بالحمل والولادة وجب تلبية طلبها... ولا محل لطلب أي وثيقة تعريف ولا إجراء أي تحقيق. وهكذا يكون قانون الصحة الذي زعموا أنه جاء لحل المشكلة النفسية لأولاد الزنا زاد في الطين بلة فبدل أن يكون الولد مجهول الأب معلوم الأم أصبح محروما من حمل اسم الأم

---

[1]-عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص362، 363.

[2]-تنص المادة 63 من قانون الحالة المدنية: «يبن في عقد الميلاد يوم الولادة والساعة والمكان وجنس الطفل والأسماء التي أعطيت له وأسماء وألقاب وأعمار ومهنة ومسكن الأب والأم وكذلك بالنسبة للمصرح إن وجد مع مراعاة أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 64 أدناه», (ج ر عدد21), مرجع سابق, ص280.

[3]-الأمررقم 79/76 المتضمن قانون الصحة العمومية, وقد تم إلغاؤه بموجب المادة 268 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون 17/90. ويلاحظ أن قانون الصحة الحالي لا يتضمن أي تدبير بشأن الطفولة المحرومة من العائلة.

• محمدي زواوي فريدة, مرجع سابق, ص 74.

أيضا.

و قد لوحظ في بعض الكتب, وما يقوم به بعض ضباط الحالة المدنية لبعض البلديات من إعطاء ابن زنا لقب أمه وهو عمل خاطئ وتصرف اعتباطي ليس له أي سند قانوني مخالف للشريعة الإسلامية القائلة: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

فلا يجوز لضابط الحالة المدنية بأية بلدية أن يسجل طفلا أو شخصا على لقب شخص آخر غير لقب أبيه وإذا لم يكن له أب معلوم فإنه لا ينسب إلاّ لأمه ودون أن يحمل لقبها الذي هو لقب أسرتها ولا تملك أن تتصرف فيه بمفردها[1].

البند الثاني: نسب المكفول في التشريع المغربي

جاءت المادة الثانية من قانون كفالة الأطفال المهملين مقررة: «... لا يترتب عن الكفالة حق في النسب...», ومعناه أن المكفول سواء كان معلوم أو مجهول النسب، لا يكتسب حقا في نسب كفيله بموجب الكفالة، فيبقى المكفول بذلك أجنبيا عن كفيله وعائلته، بل إن ما يجمع بينهما هي صلة الإحسان والتكافل والإخاء وهذا ما تأمر به الشريعة الإسلامية وما تحث عليه، إذ بهذا النص حافظ المشرع المغربي على الأنساب ومنع اختلاطها والاعتداء عليها.

والسؤال الذي يطرح في هذا المقام هو: كيف عالج المشرع المغربي هوية مجهول النسب؟

غير خاف على أحد الدور الهام الذي يكتسبه التصريح بالطفل في سجلات الحالة المدنية لتعلق باقي الحقوق الأخرى به، الشيء الذي يضمن له إثبات وجوده القانوني وحفظ حقوقه كلها من نسب ونفقة وارث وحضانة بالإضافة إلى حقه في التمدرس والحصول على بطاقة التعريف الوطنية التي تثبت هويته وتيسر له قضاء أبسط حاجياته اليومية

---

[1]-عبد العزيز سعد, **نظام الحالة المدنية في الجزائر**, الطبعة الثانية, بوزريعة: الجزائر: دار هومة, دت, بتصرف, ص92, ص97, ص121, ص123.

ولذلك جعل المشرع المغربي التصريح بالولادة إجباريا وإلزاميا.

فالطفل الشرعي لا يطرح كثيرا من المشاكل مقارنة مع الطفل مجهول الأبوين أو مجهول الأب ومعلوم الأم.

ومن أهم ما جاء به قانون الحالة المدنية المغربي الجديد، بموجب المادة 16[1] منه هو أنه ألزام مجموعة من الأشخاص محددة على سبيل الحصر بالتصريح بالولادة، فمثلا جعل الأب والأم في مرتبة واحدة في تحمل مسؤولية تسجيل الطفل، وفي حالة تعذر قيامهم بذلك ينتقل هذا الالتزام إلى وصي الأب ثم الأخ..., و أوقع هذا القانون عقوبة على الإخلال بالالتزام بواجب التصريح بالولادة بهدف تحقيق حماية أكبر لحق الطفل في الهوية خاصة وأن المشرع المغربي جعل الأم من الأشخاص المسؤولين عن التصريح بالازدياد وفي مرتبة مساوية للأب.

أما الأطفال مجهولوا الأبوين، ولوضع حد للمشاكل التي تعاني منها هذه الفئات حمّل المشرع المغربي واجب التصريح بولادته وكيل الملك طبقا دائما للمادة 16 المذكورة أعلاه. فيختار له اسم شخصي واسم عائلي وأسماء أبوين أو اسم أب إذا كان معروف الأم وتخلت عنه، وأما عن الطفل مجهول الأب معلوم الأم، فتتكلف أمه بواجب التصريح به أو من يقوم مقامها من نائب عنها أو وصيها، وتختار له اسما شخصيا واسم أب مشتق من أسماء العبودية لله تعالى واسما عائليا خاصا به كل ذلك طبقا دائما للمادة 16 من قانون الحالة المدنية.

فكان هدف المشرع من اختيار اسم عائلي وأسماء أبوين لمجهولوا النسب إنما هو لرفع الحرج عنهم الذي يصيبهم إذا كانت وثائق الحالة المدنية خالية منها.

لكن ألا يعتبر ذلك تزييفا للأنساب؟ وهل يؤدي ذلك لاختلاطها؟

---

[1]-صدر بظهير شريف رقم 239.02.1 في المؤرخ في 3 أكتوبر 2002 القاضي بتنفيذ القانون رقم 99-37 (الجريدة رسمية عدد5054, مؤرخ في 2 رمضان 1423, الموافق لـ 7 نوفمبر2002), ص3157.

في الحقيقة يمكن الإجابة بالنفي لأن المشرع المغربي اتخذ مجموعة من الإجراءات التي تمنع ذلك ويمكن تلخيصها كما يلي:

أن هذا الاسم العائلي المختار من طرف وكيل الملك أو من طرف الأم غير ملزم للطفل إلا إذا قبل من طرف اللجنة العليا للحالة المدنية.

كما أن المادة 16 أوجبت على ضابط الحالة المدنية أن يشير في رسم ولادة الطفل المجهول النسب أن هذه الأسماء الممنوحة له، إنما هي مختارة طبقا لقانون الحالة المدنية، فكل مطلع عليها يعرف أنه مجهول النسب وأنه لا ينسب إلى أية عائلة وبالتالي لا تختلط الأنساب ولا تهضم حقوق الميراث، ولا يترتب عليه أي أثر من الآثار الأخرى للنسب.

فإن المادة 16 ألزمت بأن يشار في رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي تم بمقتضاها إسناد الكفالة، ليعلم أنه ولد مكفول، وتخول له بذلك ما يترتب عن الكفالة من حقوق وواجبات.

وكل ذلك سعيا من المشرع المغربي لتحقيق حماية المكفول في نسبه إذا كان معلوم النسب ولمنع اختلاط الأنساب في حالة المكفول مجهول النسب.

البند الثالث: نسب المكفول في التشريع التونسي

جاء الفصل السادس من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني قاضيا باحتفاظ المكفول بنسبه منفصلا عن نسب الكفيل بقوله: «يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه والأخص لقبه وحقوقه في الإرث»[1].

ويحافظ ذلك على الأنساب وعدم اختلاطها بين المكفول وكفيله وهذا ما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، لكن ظاهر الفصل أنه يخص المكفول معلوم النسب، ولم

---

[1]-قانون عدد 27 (الرائد الرسمي عدد 19)، مرجع سابق، ص307.

يتطرق إلى حالة كون المكفول مجهول النسب, فإن وضعية الأطفال الشرعيين أو معروفين النسب لا تثير أي إشكال فلهم الاحتفاظ بنسبهم المعروف والتمتع به، يحملون ألقاب أبويهم الفعليين فخورين بالانتماء إليهم فقط أنهم في عهدة الكفيل الذي يرعاهم ويقوم بشؤونهم.

لكن الإشكال يكمن في وضعية غير هؤلاء الأطفال الشرعيين التي لا تخلو من صعوبات دقيقة لأن شخصيتهم القانونية تكاد تكون منعدمة، ويطمعون بالانتساب إلى عائلة، خاصة إلى عائلة الكفيل الذي يرعاهم ويقوم بشؤونهم، فكيف واجه المشرع التونسي هذه الحالة لحماية هؤلاء الأطفال؟

لقد أقر المشرع التونسي جملة من الأحكام القانونية لهؤلاء الأطفال والمتمثلة في القانون عدد 51 يتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 75 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب وإتمامها[1]، وينص الفصل الأول منه: «على الأم الحاضنة لابنها القاصر مجهول النسب أن تسند إليه اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام القانون المتعلق بتنظيم الحالة المدنية، كما عليها في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الوضع أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أو نائبه أن يسند إليه اسم أب واسم جد ولقبا عائليا يكون في هذه الحالة وجوبا لقب الأم...».

وأما الفصل الثاني منه فينص: «إذا لم يطلب أحد من أهل الأطفال المهملين أو مجهولي النسب إسناد عناصر الهوية إليهم في ظرف ستة أشهر بعد قبولهم من السلطة المختصة يجب على الولي العمومي المعرف بالقانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، أن يسند اسما إلى مجهولي النسب وفق أحكام القانون المنظم للحالة المدنية، كما عليه أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أن يسند إلى كل طفل مهمل أو

---

[1]-القانون عدد 51 مؤرخ في 7 جويلية 2003 يتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 75 مؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب و إتمامها(الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54، مؤرخ في الثلاثاء 8 جمادى الأولى 1424- الموافق لـ 8 جويلية 2003)، ص2259.

•انظر الملحق رقم: 11.

مجهول النسب اسم أب واسم جد ولقبا عائليا واسم أم واسم أب ولقبا عائليا ويكون اللقب العائلي للطفل وجوبا اللقب المسند إلى الأب...» [1].

و هكذا يكون المشرع التونسي منح مجهولي النسب هوية كاملة واسم ولقب أب، اسم جد، اسم ولقب أم واسم أبوها ويختار هذه الأسماء رئيس المحكمة، أما إذا كان هؤلاء الأطفال مجهولي النسب ومعلومي الأم فيمكنها أن تختار لابنها اسما وتمنحه لقبها واعتبر المشرع التونسي أن هذه الإجراءات هي الحل الأمثل والمناسب لهذه الفئة من الأطفال فهي تخلق لهم هوية كاملة كغيرهم من الأطفال.

لكن الحقيقة أن هذا الإسناد للألقاب والأسماء الممنوحة للأب والجد والأم وأبيها ولقبها إنما هو تزييف للأنساب واعتداء على الأنساب الأخرى واختلاطها، وهذا مخالف تماما لأحكام الشريعة الإسلامية, فبالرغم من أن المشرع التونسي خول للغير الذي لحقه ضرر فادح ومباشر سواء من جراء إسناد كامل عناصر الهوية أو بعضها إلى مجهول النسب، أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة لطلب التشطيب على ما أسند إليه طبقا لنفس القانون أعلاه[2]، إلا أنه يبقى هذا الإسناد تزييف للأنساب، فإذا رأى القاضي ثبوت الضرر للغير شطب هذه الهوية المسندة لمجهول النسب وأعطاه عناصر لهوية أخرى بديلة، فكيف يتكيّف هذا الطفل مع عناصر الهوية الجديدة، بعدما كان يظن ظنا قويا بأن الهوية الأولى هي هويته الحقيقية وتفاعل مع المجتمع على اعتبارها؟

فخلاصة القول، أنه إذا تعلق الأمر بكفالة مجهول النسب أسندت إليه هوية طبقا للقانون عدد 51 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، فإنه يبقى محتفظا بهذه الهوية منفصلا عن نسب الكفيل، كما نص على ذلك الفصل السادس من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني.

فالكفالة في التشريع التونسي لا يترتب عنها إلحاق المكفول بنسب الكفيل، إنما هو

---

[1]-قانون عدد 51 (الرائد رسمي عدد54)، مرجع سابق، ص2259.

[2]-الفقرة 2، 3 من الفصل 2 من القانون عدد 51 (الرائد رسمي عدد54)، مرجع سابق ، ص2259.

أثر من آثار التبني المعمول به.

البند الرابع: نسب المكفول في التشريع الليبي

جاءت المادة الستون من قانون الأحكام الخاصة بالزواج و الطلاق و آثارهما و بفقرتها الثانية مقررة مايلي: «... إذا حكم بثبوت نسب الطفل المكفول نزع من كافله و سلم لمن ثبت له نسبه, و لا يجوز نزعه دون رضاه مهما كانت سنه مع عدم تأثير ذلك على نسبه الحقيقي» و يفهم منها أن المكفول إذا ثبت نسبه, و مع ذلك بقي في يد كافله, فإن الكفالة لا تؤثر على نسبه, بل يبقى محميا ولا يلحق المكفول بنسب كفيله, أي أن الكفالة لا تلغي نسب المكفول.

فقد تعرض المشرع الليبي في هذه المادة لحالة المكفول الذي ثبت نسبه, دون المكفول مجهول النسب, و ما تأثير الكفالة عليه؟ فكان الأولى التنصيص صراحة على أن الكفالة لا يترتب عنها ثبوت النسب سواء كان المكفول معلوم أو مجهول النسب, خاصة و أن هذه المادة و قبل تعديلها كانت تقضي صراحة بذلك من خلال فقرتها الأخيرة و التي كانت تنص: «لا يثبت بالكفالة النسب و لا تترتب عليها آثاره», فهذه الفقرة تؤدي دورها في حماية الأنساب على أكمل وجه, و لذلك نتساءل عن نية المشرع الليبي في حذفها عند تعديله لهذه المادة؟.

الفرع الثاني: دين المكفول وجنسيته في التشريعات المغاربية

اهتمت التشريعات المغاربية بالحالة المدنية والاجتماعية للأطفال المكفولين، ونظمت أحكام الكفالة وفقا لما تقتضيه مصلحة هؤلاء الأطفال، فمنحتهم الكفالة الحق في الانتماء إلى أسرة، وتلقي كل أنواع الرعاية والحماية، غير أن هذه التشريعات لم تتطرق إلى مسألة ديانة المكفول، ولعل ذلك له ما يبرره باعتبار أن الدول المغاربية تدين الديانة الإسلامية الأمر المكرس في دساتيرها، فتعتبر أن كل طفل يعيش على أراضيها يدين بدين الإسلام، أو على اعتبار الحرية العقائدية وعدم فرض الديانة على أي شخص بما في ذلك الصغير, وهي مسألة حرية الاعتقاد.

خاصة وإن المواطنة لا تتحقق بالدين إنما بالجنسية، فالدين الذي كان يجمع بين أفراد المجتمع الواحد في السابق رغم اختلاف اللغات والأعراف قد حل محله في الوقت الحالي الجنسية التي يعتد بها من الناحية القانونية، والتي ترتب نفس الحقوق والواجبات لجميع المواطنين على قدم المساواة، يتمتعون بنفس الجنسية بغض النظر عن الدين أو العرق أو اللغة.

غير أن التشريعات المغاربية تتدخل لحماية عقيدة المكفول سواء كان معلوم أو مجهول النسب من خلال كفالته، إذ اشترطت هذه الأخيرة باستثناء التشريع التونسي لمن أراد كفالة طفل أن يكون مسلما -كما سبق بيانه في شروط الكافل- فغير المسلم على أراضي الدول المغربية لا تسند له الكفالة، كل ذلك حرصا من هذه التشريعات على حماية دين وعقيدة المكفول و تربيته و تنشئته على تعاليم الشريعة الإسلامية السمحاء.

فالمكفول لقصره وصغره كالورقة البيضاء يكتب عليها أولياؤه ما شاءوا وكل ذلك نجد له سندا في الشريعة الإسلامية, فهذه الأخيرة, تصرح بضمان حرية الاعتقاد و عدم الإكراه على الدين لغير المسلمين و هذا في قوله تعالى: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾ (البقرة: 256)

وقد جاء في تفسير هذه الآية: أي لا تكرهوا أحدا على الدين، ونزلت هذه الآية في رجال من الصحابة كان لهم أولاد قد تهودوا وتنصروا قبل الإسلام، فلما جاء الإسلام أسلم الآباء وأرادوا إكراه الأولاد على الدين فنهاهم الله سبحانه وتعالى عن ذلك حتى يكونوا هم الذين يختارون الدخول في الإسلام والصحيح أن الآية على عمومها في حق كل كافر [1]، ذلك لأنه لا يوجد في الدين إكراه وإجبار من الله, بل مبناه على التمكين والاختيار لكن الشريعة الإسلامية حرصت كل الحرص على كون الكافل مسلما إذا كان من في كفالته مسلما بدليل

---

[1]-ابن القيم الجوزية، **بدائع التفسير، الجامع لتفسير الإمام ابن قيم الجوزية**، الطبعة الأولى؛ المملكة العربية السعودية: دار ابن جوزي، 1414هـ-1993م، المجلد الأول، ص414.

الآية: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾، (النساء: 141)

وأما عن اللقيط الذي لا يعرف إسلامـه من كفره فقد قرر له الفقهاء عدة أحكام خاصة به وبديانته: فيحكم بإسلامه إذا وجد اللقيط في دار الإسلام[1]، وإن كان فيها أهل الذمة تغليبا للإسلام ولظاهر الدار, ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، أما إذا وجد في بلد الكفار ولا مسلم فيه فيكون كافرا, وإن كان فيه مسلم حكم بإسلام لقيطه[2]، وقد سعت الشريعة الإسلامية لحماية دين اللقيط خاصة والطفل عامة، بأن اشترطت في أولياؤه الإسلام لما في ذلك من أهمية كونها ستؤثر في بناء المجتمع مستقبلا لأنهم يتولون رعايته و إرساخ تعاليم الشريعة الإسلامية السمحاء ومبادئها التي لا مثيل لها، وهي الشريعة الأكثر تحقيقا وحفظا لمصالح الناس وتعميم الخير ودرء المفاسد وتكوين الأجيال الصاعدة، وفي هذا قال رسول الله ﷺ: «ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء، هل تحسون فيها من جدعاء؟»[3].

ولقد جاءت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989[4]، والتي حرصت على حماية حقوق الطفل بصفة عامة عندما تختلف هويته العقائدية والثقافية عن ثقافة الدولة المضيفة أو

---

[1]-دار الإسلام هي من ظهرت فيها أحكام الإسلام، ففيها تطبق شريعة الله فتحفظ الفضيلة وتصان الضرورات الخمس، ودار الكفر هي من ظهر فيها أحكام الكفر.

• نظيرة عتيق، مرجع سابق، ص173.

[2]-ابن قدامى، مرجع سابق، ج6, ص375.

[3]-أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مرجع سابق, كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه؟, ج 3, ص279.

[4]-اتفاقية الأمم لحقوق الطفل المؤرخة في 1989/11/20 صادقت عليها التشريعات المغاربية, فمثلا صادقت عليها تونس بمقتضى القانون عدد 92 لسنة 1991 المؤرخ في 1991/11/29 ونشرت بالرائد الرسمي عدد 84 المؤرخ في 1991/12/10, ص 1658, كما صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992م, الذي يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على هذه الاتفاقية ونشر بالجريدة الرسمية رقم 91 المؤرخة في 1992/12/23م وتحفظت على المواد 13, 14, 16 و17.

عن عقيدة الوالدين فحاولت إيجاد حلولا توفيقية كي لا تضيع حقوق الطفل، فجاءت تلزم الدول الأطراف في الاتفاقية, باحترام حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين، ثم وضعت ضوابط لممارسة هذا الحق، فأكدت ضرورة احترام الدول الأطراف حقوق الوالدين وواجباتهم، وكذلك الأوصياء القانونيين عليه وكذلك مسألة الجهر بالدين من خلال اللباس والشعائر.

فكل ما جاء عن حماية الحرية الدينية والفكرية إنما يخص الطفل الذي يتمتع بنسب معلوم ويعيش في كنف العائلة، أما حال اللقيط، وحتى تتجاوز الدول الإشكال الذي يقع حول ديانة الطفل الذي يلتقط في أراضيها، فمنحت التشريعات الداخلية لكل دولة الجنسية لكل طفل مجهول يوجد على أراضيها، وبالتالي فإن هذا اللقيط الذي يكتسب جنسية دولة معينة فسيحمل تقاليد هذه الدولة وديانتها[1].

وفيما يلي عرض لما اعتمدته التشريعات المغاربية في حماية جنسية المكفول:

لقد سعت التشريعات المغاربية بإحداث تعديلات جديدة[2]، على قانون الجنسية مساهمة لمحاربة حالة انعدام الجنسية تحقيقا بصفة خاصة لحماية الأطفال, فقد نصت المادة السادسة من قانون الجنسية الجزائري على أنه يعتبر جزائريا الولد المولود من أب

---

[1]-نظيرة عتيق، مرجع سابق، ص184.

[2]-في الجزائر عدل الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن لقانون الجنسية وتمم بموجب الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005), ص15, وأما في المغرب فصدر التعديل الجديد لقانون الجنسية بموجب القانون رقم 06-62 المؤرخ في 23 مارس 2007. (الجريدة الرسمية عدد 5513 المؤرخة في 2 أفريل 2007). وأما في تونس صدر التعديل الجديد بموجب القانون عدد 55 سنة 2010 المؤرخ في 1 ديسمبر 2010 (الرائد الرسمي عدد 97 مؤرخ في 3 ديسمبر 2010).

و كل هذه التعديلات إنما لمحاربة حالة انعدام الجنسية و تمكين الأطفال مجهولوا النسب من الحصول على بطاقات الهوية كبطاقة التعريف الوطنية و جواز السفر و يلزم لاستخراج هذه البطاقات الحصول على وثيقتين اثنين هما شهادة الحياة و شهادة الأصل, فإذا كان الطفل محل كفالة يمكن للكفيل أن يستخرج هذه الوثائق من مديرية النشاط الاجتماعي و التضامن التي منحت له الطفل.

•انظر الملحق رقم 3 و 4.

جزائري أوأم جزائرية فمناط الجنسية هنا هو النسب الصحيح للأبوين وذلك دون النظر إلى طبيعة جنسية الأبوين ما إذا كانت أصلية أو مكتسبة ودون اعتبار لمكان ميلاد الطفل والعلة في منح الجنسية على هذا الأساس هي افتراض نقل حالة الأبوين لأولادهم ودورهم في التربية وتعميق ولائهم وإخلاصهم لوطنهم فكان الابن يرث وطنيته ويتلقاها على أبويه ويقابل هذه المادة بنفس الصيغة الفصل السادس من مجلة الجنسية التونسية وكذلك الفصل السادس من قانون الجنسية المغربية.

و هذا فيما يخص الطفل معلوم النسب, و أما بالنسبة لمجهول الأبوين واللقيط فإنه إذا كانت القاعدة العامة في القانون الجزائري، على غرار القوانين المغاربية هي تأسيس الجنسية الوطنية الأصلية على حق الدم بصفة أساسية، إلا أن لرابطة الإقليم مكانا أيضا في الحالات التي يستحيل فيها بناء الجنسية على حق الدم, كعدم معرفة والدي الطفل، وحالة اقتناع المشرع أن حق الإقليم يدعم بشكل كافي حق الدم من ناحية الأم، وأن قاعدة إعطاء الجنسية بناءا على حق الإقليم في صورته الطليقة تشكل قاعدة شائعة في القانون المقارن مقررة في أغلب قوانين الجنسية المعاصرة وتعد مبدأ عالميا أقرته مختلف الهيئات العالمية الدولية ونصت عليه اتفاقية لاهاي لسنة 1930 والبروتوكول الملحق بها المتعلق بانعدام الجنسية، وكذلك نصت عليه اتفاقية جامعة الدول العربية لسنة 1954م فأساس الجنسية في هذه الحالة هو واقعة الميلاد في الدول المغاربية فإذا كانت الجزائر[1] تمنح الجنسية الجزائرية، وإذا كانت المغرب فالجنسية المغربية[2]، وأما إن كانت تونس

---

[1]-عرفت المادة 5 من قانون الجنسية الجزائرية على المقصود بالجزائر: «... مجموع التراب الجزائري والمياه الإقليمية الجزائرية والسفن والطائرات الجزائرية» (ج ر عدد 15، مرجع سابق، ص 15) ويقابلها الفصل الخامس من قانون الجنسية المغربي: «يفهم من عبارة (في المغرب) في منطوق هذا القانون مجموع التراب المغربي والمياه الإقليمية المغربية والسفن والطائرات ذات الجنسية المغربية» (ج ر عدد 5513)، والفصل الخامس أيضا من مجلة الجنسية التونسية: «إن عبارة (بتونس) الواردة بهذه المجلة مدلولها كامل التراب التونسي والمياه الإقليمية التونسية والسفن والبواخر والطائرات التونسية» (مرسوم عدد 6 لسنة 1963 مؤرخ في 4 شوال 1382 الموافق لـ 28 فيفري 1963 المتعلق بقانون الجنسية رائد رسمي عدد11, السنة 106, مؤرخ في 5مارس 1963),ص320.

[2]-الطيب روتي، **الوسيط في الجنسية الجزائرية** ، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، دط؛

فتمنح الجنسية التونسية.

الفرع الثالث: المقارنة بين التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية

-اتفقت التشريعات المغاربية على أنه لا يثبت بالكفالة النسب ولا يترتب عليها آثاره, مستندة لأحكام الشرع الإسلامي, محققة بذلك حماية الأنساب و عدم الاعتداء عليها, و هو مبتغى الشريعة الإسلامية.

-و نظرا للضرورة التي أملتها المصلحة العملية و الاجتماعية و النفسية للمكفول مجهول النسب, أقرت التشريعات المغاربية مجموعة من القواعد المختلفة حتى تكون لهذا الأخير هوية معينة, و هو ما تعترف به الشريعة الإسلامية من خلال إقرار حق كل إنسان في كنية محددة, لكن يشترط فيها ألا تلحق بأية كنية أخرى و لا تنسب إليها.

-و من أجل ذلك سعت التشريعات المغاربية في سن القواعد القانونية لمنح مجهولوا النسب هوية معينة, فأخذ التشريع الجزائري بطريقة مطابقة لقب المكفول بكفيله دون أن يترتب عن ذلك أي أثر من آثار النسب الحقيقي, و يبقى المكفول أجنبيا عن الأسرة الكفيلة, فتبقى وثائق هويته تشير إلى اسمه و هويته الحقيقية بأنه مجهول النسب, بينما أخذ التشريعين المغربي و التونسي بنفس الطريقة و هي خلق هوية كاملة لمجهولوا النسب, غير أن التشريع المغربي تميز عن التشريع التونسي بحرصه على عدم الاعتداء على الأنساب الأخرى, في حين سمح التشريع التونسي للأم أن تمنح لقبها كلقب عائلي لابنها مجهول النسب, لينتسب إليها و إلى عائلتها, و هذا خروج صارخ عن أحكام الشريعة الإسلامية.

-إن نظرة التشريعات المغاربية لمسألة الدين و الجنسية هي نظرة إنسانية, فلم تشترط الدين الإسلامي في المكفول, و لكنها اشترطت أن يشب المكفول المسلم على تعاليم الشريعة هذا الدين, و هذا مطابق تماما لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تكره أحدا على

الجزائر: مطبعة الكاهنة، 2002، بتصرف ص284، ص295، 296.

التدين بالدين الحنيف, لكنها لا تولي المسلم إلا لمسلم.

-و أخيرا اتفقت التشريعات المغاربية على ضرورة محاربة حالة انعدام الجنسية, فقررت منح الجنسية الوطنية بـ: النسب الصحيح للأبوين, و بواقعة الميلاد في الدول المغاربية.

-وهكذا ضمنت التشريعات المغاربية حماية جنسية الطفل المكفول سواء كان معلوم أو مجهول النسب بعدم تركه عديم الجنسية ولتحقيق حماية أكبر، لم ترتب التشريعات المغاربية عن نظام الكفالة أي اثر فيما يخص الجنسية أي أن جنسية الكفيل لا تؤثر سواء بالزيادة أو بالنقصان على جنسية مكفوله، ذلك لحماية انتمائه ووطنه, ومن أسمى ما تقرره الشريعة الإسلامية في هذا المقام أنه لا فرق بين عربي و لا أعجمي إلا بالتقوى.

المبحث الثاني: الحماية المادية للمكفول في التشريعات المغاربية

إن الطفل المكفول، كما أنه في حاجة لحماية مقومات هويته وشخصيته، من خلال حفظه وتربيته ورعايته، فهو في حاجة أيضا إلى حماية مقومات الحياة المادية شأنه شأن

أي إنسان ويتحقق ذلك من خلال تأمين الغذاء والمأوى والكسوة، وصيانة ماله، إن كان له مال، أي حماية ملكيته ومصدرها ومآلها بعد مماته، بل والأكثر من ذلك فإن حماية مقومات الحياة المادية تتعداها لتشمل حماية الطفل المكفول من الاعتداء عليه، أو اعتداءه على غيره لأنه في كلتا الحالتين قد يتأذى جسديا أو ماليا.

وكما سبق بيانه في المبحث الأول, أن الكفالة تحقق للمكفول حماية لمقومات هويته و نحاول أن نتعرف في هذا المبحث, كيف أن نظام الكفالة في ظل التشريعات المغاربية يحقق الحماية المادية للمكفول؟, وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين:

الأول: نخصصه لدراسة نفقة المكفول، ملكيته وميراثه، وأما الثاني فلدراسة جناية المكفول سواء أكان جان أو مجني عليه, و كيف أن نظام الكفالة يحقق له الحماية في هذه الحالة في ظل ما اعتمدته التشريعات المغاربية من قواعد, و ما مدى استنادها للشريعة الإسلامية في ذلك.

المطلب الأول: نفقة المكفول و ملكيته وميراثه في التشريعات المغاربية

لقد تناولت المنظومة القانونية المغاربية ضمن أحكام الكفالة مسألة تأمين نفقة المكفول، و حماية ملكيته، ومسائل ميراثه، باعتباره وارثا وموروثا، وللتعرف على هذه الأحكام نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول نفقة المكفول، وفي الثاني ملكية المكفول وميراثه.

الفرع الأول: نفقة المكفول في التشريعات المغاربية

لمعرفة القواعد التي اعتمدتها التشريعات المغاربية لتأمين نفقة المكفول, وجب تقسيم هذا الفرع إلى أربعة بنود, كل بند يختص بدراسة القواعد المعتمدة في كل تشريع من التشريعات المغاربية, و أما البند الأخير فيخصص للمقارنة بينها و مدى استنادها للشريعة الإسلامية في ذلك.

البند الأول: نفقة المكفول في التشريع الجزائري

جاء المشرع الجزائري بالمادة 116 قانون الأسرة التي تنص: «الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة...».

فبمقتضى هذه المادة تحقق الكفالة الحماية المادية للمكفول، بتأمين النفقة، إذ ألزم المشرع الكافل أن يعامل المكفول كابنه فيلتزم بالإنفاق عليه، وبالتالي فتجري على نفقة المكفول هنا ما يجري على نفقة الأولاد الشرعيين.

فبالرجوع إلى أحكام النفقة في قانون الأسرة في الفصل الثالث الخاص بالنفقة نجد أن المادة 78[1] تحدد النفقة بالغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، فيكون الكافل ملزما بالإنفاق على مكفوله ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور تستمر النفقة عليه إلى سن الرشد والبنات إلى الدخول، وتستمر النفقة حتى بعد بلوغ سن الرشد في حالة ما إذا كان المكفول عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب، كل ذلك كما تقتضيه المادة 75[2]، من قانون الأسرة.

فإذا كان للمكفول مال أنفق الكافل عليه من هذا المال، وأما إن لم يكن له مال ولا مع الكافل، فنفقة المكفول تكون على عاتق أبويه الشرعيين[3].

فإن لم يكن له أبوين كاللقيط، أمكن القول أنه حسب ما ورد في المادة 33 من الدستور الجزائري الصادر عام 1976 على أن الدولة مسؤولة عن ظروف الحياة لكل مواطن، فهي تكفل ظروف معيشة المواطنين الذين لا يستطيعون القيام به والذين عجزوا عنه نهائيا.

---

[1]-قانون 84-11 (ج ر عدد24), مرجع سابق, ص 914.

[2]-ونصها:«تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب»، المرجع نفسه, ص914.

[3]-الغوتي بن ملحة, مرجع سابق, ص173.

وبالتالي وبكل بساطة فإن الدولة الجزائرية ممثلة بوزارة المالية تعتبر مكلفة بالإنفاق على كل مواطن جزائري لم يبلغ السن القانونية التي تسمح له بممارسة أي عمل عضلي أو فكري معين يكسب بمقتضاه رزقه وقوت يومه، كما أنه من حق مثل هذا الشخص أن يطالب الدولة ممثلة في وزارة المالية بأن تتحمل تكاليف معاشه والإنفاق عليه سواء بطلب مباشر أو برفع دعوى أمام القضاء إذا امتنعت عن ذلك دون مبرر[1].

و قد ألزم المشرع الكافل بالإنفاق على مكفوله عند القدرة على ذلك, ومصدر هذا الإلزام هو عقد الإيواء و الكفالة الذي تعهد بموجبه الكافل بالإنفاق, ولتحقيق هذه الحماية المادية فإن الكفالة لا تسند إلا للكافل الذي تتوفر فيه الشروط اللازمة، ومنها أن يكون ذا دخل كاف لتأمين النفقة بكل مشتملاتها, و هذا ما هو معمول به, إذ لا تسند الكفالة لطالبها إلا إذا تعدى دخله الحد الأدنى للأجر الوطني المضمون, و يثبت ذلك بتقديم شهادة الراتب لثلاثة الأشهر الأخيرة, أو بنسخ من السجل التجاري[2].

وأما في حالة إخلال الكافل بالتزامه بالنفقة على مكفوله، فإن ذلك يعد سببا من أسباب انتهاء الكفالة, فينزع من يده، كل ذلك من أجل تحقيق الحماية المادية للمكفول وتأمين نفقته.

وقد تعززت هذه الحماية أكثر من خلال المنح العائلية والدراسية التي تخولها الكفالة للكافل بسبب مكفوله مثله في ذلك مثل الولد الأصلي, فالكفالة هنا تساهم في تأمين نفقة المكفول مرة أخرى بموجب هذه المنح طبقا للمادة 121 من قانون الأسرة بقولها: «تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي».

---

[1]-عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري** ، الطبعة الثالثة؛ الجزائر: دار هومة، 1996م، ص236.

[2] -بتصريح من السيدة مهدي فطومة, مساعدة اجتماعية بمديرية النشاط الاجتماعي في مقابلة معها, كما يؤكد ذلك دليل طرق و إجراءات الكفالة, مرجع سابق.

و حقيقة نجد أن الواقع الجزائري يثبت جهود المشرع لتحقيق الحماية المادية و تأمين نفقة الطفل المكفول من خلال إصداره لبعض النصوص التشريعية و التنظيمية, التي تتعلق بالمنح التي تصرف إلى ذوي الحقوق, فنجد المادة 30 من القانون المتعلق بالتقاعد نصت على ما يلي: «إثر وفاة صاحب المعاش أو العائل يستفيد كل من ذوي حقوقه من معاش منقول وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا القانون», وحسب المادة 31: «يعتبر ذوي حقوق كل من: الزوج، الأولاد المكفولين،...».

ونصوص أخرى بالقانون المتعلق بالتأمينات الاجتماعية في المادة 67: «يقصد بذوي الحقوق: ... الأولاد المكفولين...» فلهم حق في الأداءات العينية للتأمين على المرض، العلاج، الجراحة، الأدوية....» [1].

بل و يعتبر الطفل المكفول من ذوي الحقوق في المطالبة بمنحة الوفاة, في حالة وفاة الكفيل إلى جانب ذويه من زوجه و أولاده الشرعيين و أصوله[2].

كما أنه هناك بعض الإدارات التي تهتم بموضوع النفقة فأصدرت بهذا الشأن قرارات إدارية أو تنظيمية خاصة بالمنح العائلية, وبعض الأداءات ذات الطابع الغذائي، فرتبت المنح العائلية تكملة للأجور, وهي تصرف للأبوين أو من أسندت له الحضانة،

---

[1]-الغوتي بن ملحة، مرجع سابق، ص190.

•راجع القانون رقم12.83 مؤرخ في 2 جوان 1983 المتعلق بالتقاعد و القانون رقم 11.83 مؤرخ في 2 جوان 1983 و المتعلق بالتأمينات الاجتماعية (الجريدة الرسمية عدد 31 المؤرخة في 4 جوان 1983 الموافق لـ 24 رمضان عام 1403هـ)، ص1804. و(الجريدة الرسمية عدد 30 مؤرخة في 4 جوان 1983 الموافق لـ 24 رمضان 1403هـ)، ص1799.

[2] -بتصريح من مصالح الضمان الاجتماعي في مقابلة مع أحد ممثليها-الذين فظلوا التحفظ على ذكر صفاتهم و أسمائهم- يوم: 11 سبتمبر 2011م, أين أكدوا أن الطفل المكفول المستفيد من منحة الوفاة يجب أن يكون محل كفالة مع إسناد اللقب, أي ضرورة مطابقة لقب المكفول للقب كفيله.

•انظر الملحق رقم: 10.

ومنهم الكافل من أجل الإنفاق على الأولاد[1].

و هو ما تقوم به مديرية النشاط الاجتماعي و التضامن, و من أجل الحفاظ على قوام الأسرة الكفيلة و استمرارها في كفالة الطفل, من خلال تقديم مساعدات مالية للأسر الكفيلة التي قد اعترضتها أزمات مالية أو تعرضت للافتقار بعد تكفلها بالطفل, نتيجة ظروف معينة, فالتكفل بطفل مسعف يخول الحصول على مساعدات مالية عند الحاجة من أجل ضمان نفقة هذا الطفل[2].

هذه هي مجهودات المشرع الجزائري لتحقيق أكبر حماية ممكنة للطفل المكفول، ولعبت الكفالة دورا هاما في ضمان مقومات الحياة المادية له, والأمر سيان في التشريعات المغاربية الأخرى التي سعت جاهدا لتحقيق هذه الحماية للمكفول في نظام الكفالة كما يلي:

البند الثاني: نفقة المكفول في التشريع المغربي

جاءت المادة 22 من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، تنص وتلزم صراحة الكافل بالإنفاق على مكفوله بقولها: «يترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة ما يلي:.....

-تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني طبقا للمقتضيات الواردة بمدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بحضانة ونفقة الأولاد.

إذا كان الطفل المكفول أنثى فإن النفقة يجب أن تستمر إلى أن تتزوج طبقا لمقتضيات مدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بالنفقة على الأنثى.

---

[1] -الغوتي بن ملحة, مرجع سابق, ص190.

[2] -بتصريح من السيدة مهدي فطومة مساعدة اجتماعية بولاية قالمة.

تطبق أيضا مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بالنفقة على الأولاد العاجزين عن الكسب إذا كان الطفل المكفول معاقا أو عاجزا عن الكسب.

استفادة الكافل من التعويضات والمساعدات الاجتماعية المخولة للوالدين على أولادهم من طرف الدولة أو المؤسسات العمومية أو...».

فهذه المادة أحاطت بكل مقتضيات النفقة التي تتقرر للولد الشرعي حسب مدونة الأسرة وعلاوة على ذلك خولت للكافل كل المساعدات الاجتماعية التي تمنح للأب على أولاده، كما تم تحليله في التشريع الجزائري.

وكما هو معلوم أن المشرع المغربي وحده أخذ بتتبّع تنفيذ الكفالة بموجب المادة 19 من قانون كفالة الأطفال المهملين لمراقبة مدى وفاء الكافل بالتزاماته, فقد أعطى للقاضي المكلف بشؤون القاصرين سلطة الأمر بإلغاء الكفالة إذا رأى من خلال تتبعه لتنفيذ الكفالة, أن الكافل أخل بأحد التزاماته ومنها النفقة على المكفول.

فالمشرع المغربي منح الطفل المكفول كل الحقوق المالية الممنوحة للطفل الشرعي على غرار المشرع الجزائري, فما هو حال المشرع التونسي.

البند الثالث: نفقة المكفول في التشريع التونسي

اعتمد المشرع التونسي طرقا أخرى لتأمين نفقة المكفول، ففي الفصل الخامس من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني جعل للكفيل والمكفول نفس الحقوق والواجبات المنصوص عليها في الفصل 54 وما بعدها من الأحوال الشخصية والمتعلقة بالحضانة وأحكامها، فهو اعتبر الكفالة كالحضانة، وكأن الكفيل يتكفل بالطفل على سبيل الحضانة فهو يقوم بأموره ويرعاه وينفق عليه من مال الطفل المكفول إن كان له مال أو من مال أبيه, وإلا ينفق عليه من ماله الخاص.

وإذا كان المكفول مجهول النسب كاللقيط، فالتشريع التونسي انفرد بتخصيص اللقيط بأحكام منفصلة، فجاء الفصل السابع والسبعون من مجلة الأحوال الشخصية يقضي

«من تكفل بلقيط واستأذن من الحاكم وجبت عليه نفقته إلى أن يصير قادرا على التكسب ما لم يكن لذلك اللقيط مال»[1].

وهكذا يصبح الملتقط ملزما بالإنفاق على اللقيط بعدما يتكفل به، إن لم يكن لهذا الأخير مال، وكان قد استأذن الحاكم بذلك.

البند الرابع: المقارنة بين التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية

إن نظام الكفالة في التشريعات المغاربية يؤمن نفقة المكفول، واعتمدت هذه التشريعات تقريبا كل الوسائل لضمان الحماية المادية للمكفول فاعتبرته كالإبن الشرعي من حيث الانفاق عليه و تمتعه بمختلف المنح و المساعدات المادية الممكنة، وأغلب هذه الوسائل المستعملة في التشريعات المغاربية نجد لها سندا في الشريعة الإسلامية إذ من المقرر شرعا أن نفقة الصبي في ماله إن كان له مال لأنه يعتبر غنيا بماله عن غيره، والنفقة إنما تجب على الغير مع الفقر، فإن لم يكن له مال، أوجبت نفقته على أبيه حتى يوجد له مال، أو يكبر ويستطيع الابن التكسب والبنت تتزوج، فيلزم زوجها النفقة.

فإذا توفي الأب كما هو حال اليتيم فتجب نفقته على أقاربه ممن يربطهم به ميراث أو رحم محرم وهؤلاء لا تجب عليهم النفقة إلا بشروط وهي: إعسار اليتيم، أن يكون عاجزا عن الكسب بسبب الصغر أو الأنوثة أو الانشغال لطلب العلم، وأن يكون المنفق موسرا واختلف أهل العلم في درجة عسره ويسره وأخيرا اتحاد الدين، لكن هذا العنصر الأخير فيه اختلافات فقهية كثيرة[2]، وأما اليتيم الذي لا مال له ولا أقارب ممن تجب نفقته عليهم كاللقيط, فله أحكام في ذلك:

يقول أهل العلم في اللقيط الذي لا مال له, بعدم وجوب النفقة على ملتقطه كوجوب نفقة

---

[1]-أمر بإصدار مجلة الأحوال السخصية (الرائد الرسمي عدد66), مرجع سابق, ص1584.

[2]-عبد الأحد ملا رجب، مرجع سابق، ص156، ص172.

الولد وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية, والالتقاط إنما تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه وإنما تجب نفقته في بيت المال، فإن تعذر الإنفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه أو لأي سبب آخر فعلى من علم حاله من المسلمين الإنفاق عليه لقوله تعالى: «وتعاونوا على البر والتقوى»، ولأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه وحفظه عن ذلك واجب وهذا فرض كفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقين[1].

وهذا من التكافل الاجتماعي الذي قرره نظام الإسلام في المجتمع وقد حرص الإسلام على رعاية الذين لا آباء لهم، ولم يكتف بالوصية المجردة وملاحظة ضعفهم بل فصّل وصاياه ودعا إلى أمور ثلاثة بالنسبة لهم وهي الرفق بهم والمحافظة على أموالهم إن كان لهم مال والإنفاق عليهم إن لم يكن لهم مال[2].

وأما عن النفقة فجاءت الآيات التي تحث على ذلك فقال تعالى: ﴿فَلَا ٱقْتَحَمَ ٱلْعَقَبَةَ وَمَآ أَدْرَىٰكَ مَا ٱلْعَقَبَةُ فَكُّ رَقَبَةٍ أَوْ إِطْعَٰمٌ فِى يَوْمٍ ذِى مَسْغَبَةٍ يَتِيمًا ذَا مَقْرَبَةٍ﴾ , (البلد، الآيات: 11-16) وقوله أيضا: ﴿وَٱعْبُدُوا۟ ٱللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا۟ بِهِۦ شَيْـًٔا ۖ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا وَبِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلْجَنۢبِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾(النساء:36) وأيضا قوله سبحانه و تعالى: ﴿وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾ , (الإنسان : 8).

و كذلك ما جاء في السنة الشريفة من أن النبي ﷺ قال: «من قبض يتيما من بين المسلمين إلى طعامه وشرابه أدخله الله الجنة البتة إلا أن يعمل ذنبا لا يغفر»[3]. و هذا

---

[1]-ابن قدامى، مرجع سابق، ج6, ص379.

[2]-محمد أبو زهرة، **تنظيم الإسلام للمجتمع**، مرجع سابق، ص119.

[3]-أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي، **سنن الترميذي و هو الجامع الصحيح** , الطبعة الثانية؛ بيروت,

ترغيب للناس على أن الشخص الذي يأوي اليتيم و ينفق عليه لا جزاء له إلا الجنة يقينا.

فكانت رعاية الإسلام لليتيم رعاية كاملة و تامة, و هو التشريع السابق في تقرير هذه الأحكام التي تضمن و تؤمن المأكل و المشرب و المأوى للصغير و اليتيم و كل من في حكمه ممن لا عائل له, و لأن الشرع الإسلامي شرع عدل و إنصاف, قرر أنه إذا كان للصغير مال كانت نفقته من هذا المال, و هذه القاعدة أخذت بها التشريعات المغاربية.

الفرع الثاني: ملكية المكفول وميراثه في التشريعات المغاربية

و يعنى هذا الفرع بالتطرق لمسألة ملكية المكفول، ولمن يؤول ميراثه بعد موته باعتباره مورث, وميراثه باعتباره وارث من خلال ما تأخذ به التشريعات المغاربية, و مدى استنادها للشريعة الإسلامية في ذلك, مما يستدعي الأمر تقسيمه إلى بندين يخصص الأول لدراسة ملكية المكفول في التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية و أما البند الثاني فيخصص لدراسة ميراث المكفول في التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية كما يلي:

البند الأول : ملكية المكفول في التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية

إنّ المكفول يتمتع بأهلية وجوب، شأنه شأن أي إنسان، وهذه الأهلية تجعله أهلا للتملك واكتساب المال، سواء كان معلوم أو مجهول النسب كاللقيط, وطرق اكتسابه للمال متعددة يمكن أن نذكرها فيما يلي:

فمثلا المكفول معلوم النسب الذي توفي والداه فورثهما, أو المكفول الذي تلّقى هبة من والديه...، كما يمكن لمجهول النسب كاللقيط مثلا أن يتملّك شرعا, في حالة إذا ما وجد معه شيء، ذلك لأن الطفل يملك وله أهلية صحيحة بدليل أنه يرث ويورّث, فكل ما

لبنان: دار الفكر, 1403ه-1973م, أبواب البر و الصلة, ما جاء في رحمة اليتيم, الجزء الثالث, ص214.

كان متصلا به أو متعلقا بمنفعته فهو تحت يده، ومن ذلك ما كان لابسا له أو مشدودا في ملبوسه أو في يده أو موضوعا فيه كالسرير وما فيه من فرش أو دراهم أو كان في خيمة أو في دار... إلخ[1].

وهو ما سارت عليه التشريعات المغاربية، ففي القانون الجزائري فقد أعطى المشرع للقيط الحق في تملّك الأشياء الموجودة معه طبقا للمادة67 من قانون الحالة المدنية بقولها: «... يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة والأمتعة الأخرى الموجودة معه...»[2].

وهو ما أخذ به أيضا التشريع التونسي بالفصل 79 من مجلة الأحوال الشخصية والتي تقضي: «ما يوجد من المتاع في حيازة اللقيط يبقى له»[3].

أما بالنسبة للتشريع المغربي لم ينص على ملكية المكفول صراحة لكن تعرض لإدارة أملاك وأموال المكفول من خلال المادة 17 من قانون كفالة الأطفال المهملين، إذ ينص الأمر المتعلق بإسناد الكفالة على تعيين الكفيل مقدما على مكفوله, ومن مهام المقدم إدارة أموال من عيّن عليه.

وهذا ما أكّد عليه التشريع الجزائري في المادة 122 بقولها: «يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول», و يقصد بها تنمية مال القاصر ليستعملها بنفسه عند بلوغه, لكن المشرع لم يحدد كيفية مراقبة و محاسبة الكافل في إدارته لأموال مكفوله, وكذلك الحال عند تسليمه لتلك الأموال عند بلوغه, و هذا نقص تشريعي لابد من تداركه[4].

وأما التشريع التونسي فلم ينص صراحة على ذلك، إنما أشار إليها بالفصل

---

[1]-ابن قدامى، مرجع سابق، ج6, ص380.

[2]-أمر رقم 70-20 المتضمن قاون الحالة المدنية (ج ر عدد21), مرجع سابق, ص280.

[3]-أمر بإصدار مجلة الأحوال الشخصية (رائد رسمي عدد66), مرجع سابق, ص1584.

[4] -بوتغرار علاوة, خدروش الدراجي, مرجع سابق, ص 39.

الخامس من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني الذي أحال إلى الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية وما بعدها والمتعلقة بالحضانة وأمورها التي يقوم بها الأب لابنه الحقيقي, ومن بين ما يقوم به الأب لابنه, إدارة أموال هذا الأخير إن كان له مال .

فنستنتج أن الكفالة تحمي ملكية المكفول وتنميها بإدارتها من قبل الكافل وكل تصرّف منه يسيء لأموال المكفول يكون مسؤولا عنه وهذا ما تقتضيه أحكام ديننا الحنيف فقد أوصى الإسلام بالمحافظة على أموال اليتامى ومن لا آباء لهم، حتى إنه إذا وجد مع اللقيط مال وجبت المحافظة عليه ومن له أم وليس له أب معروف إذا ورث من أمه شيئا وجب القيام على ماله والمحافظة عليه. والمحافظة على مال اليتامى تكون بثلاثة أمور:

أولها: أن يعين قيم يدير هذه الأموال تحت إشراف الحاكم.

ثانيتها: العمل على تنميتها والزيادة في رأس مالها وذلك بالإذن بالاتجار فيها.

وثالثها: وضعه في خزائن أمينة يؤمن عليها من الضياع.

ولقد شدد الإسلام في المحافظة على أموال اليتامى ومن لا آباء لهم معروفون[1].

فقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾. (الأنعام : 152)

و حذر من التعدي على أموال اليتامى فقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾، (النساء : 10), ومعناها أن الذين يأكلون أموال اليتامى بغير حق، إنما يأكلون في بطونهم حراما ويسمى الحرام نارا لأن الحرام يوجب النار[2].

---

[1]-محمد أبو زهرة، تنظيم الإسلام للمجتمع، مرجع سابق، ص122.

[2]-الطبراني، مرجع سابق، ج2، ص197.

وكذلك الآية 220 من سورة البقرة التي قال الله فيها: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ﴾ فقد جاء في تفسيرها أنهم يسألونك عن مخالطة اليتامى أي استعارة منهم الدابة والخادم والشرب من لبن شائهم....

﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ﴾ أي وإن تشاركوهم وتخلطوا أموالهم بأموالكم في نفقاتكم ومطاعمكم ومساكنكم وخدمكم فتصيبوا من أموالهم عوضا من قيامكم بأمورهم وتكافئهم على ما يصيبون من أموالكم فهم إخوانكم في الدين ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ﴾ بمعنى الإصلاح لأموالهم من غير أجرة ولا أخذ عوض منهم, خيرا وأعظم أجرا.

﴿وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ﴾ أي يعلم من كان غرضه بالمخالطة إصلاح أمر اليتامى ومن يكون غرضه إفساد أمرهم[1].

وقال تعالى أيضا: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَتَبَدَّلُوا۟ ٱلْخَبِيثَ بِٱلطَّيِّبِ ۖ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ﴾ ,(النساء : 2) فنزلت هذه الآية في رجل من غطفان كان بيده مال كثير لابن أخ له يتيم، فلما بلغ اليتيم طلب ماله، فمنعه العم، فترافقا إلى الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام فنزلت هذه الآية، فدفع إليه ماله ﴿وَلَا تَتَبَدَّلُوا۟ ٱلْخَبِيثَ بِٱلطَّيِّبِ ﴾ أي لا تبدلوا أموالكم الحلال وتأكلوا الحرام من أموال الناس وقال مجاهد معنى الآية لا تجعل رزقك الحلال حراما تتعجله بأن تستهلك مال اليتيم فتنفقه على نفسك، فيكون ما يأخذه من المال اليتيم حراما خبيثا.

﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ۚ ﴾ أي لا تأكلوا أموالهم مضيفين إلى أموالكم لأنهم كانوا يخلطون أموال اليتامى بأموالهم حتى يصير دينا عليهم ثم كانوا يبيعونها مع أموالهم ويربحون عليها ويستبدون بتلك الأرباح, ﴿إِنَّهُۥ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا﴾ (النساء: 2)، أي إثما

---

[1]-الطبراني، مرجع سابق، ج1, ص374.

عظيما[1].

كما حذر النبي الكريم من أكل مال اليتيم في حديثه: « اجتبوا السبع الموبقات, قالوا يا رسول الله و ما هن؟ قال: الشرك بالله و السحر و قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق و أكل الربا و أكل مال اليتيم و التولي يوم الزحف و قذف المحصنات المؤمنات الغافلات »[2]

و قد قرر الفقهاء أنه إذا كان للصغير و اليتيم مال, وجب حفظه, بل و التثمير له حماية لملكيته و عدم تضييعها فماذا يصنع الوصي في أموال يتيمه : فيقول الشافعي: يخرج الوصي من مال اليتيم كل ما ألزمه من زكاة ماله و جنايته و ما لا غنى له عنه من نفقته و كسوته بالمعروف.

فولي اليتيم مندوب إلى القيام بمصالحه, والذي يلزمه في حق اليتيم أربعة أشياء: حفظ أصول أمواله, تثمير فروعها, الإنفاق عليه منها بالمعروف, إخراج ما تعلق بماله من الحقوق[3].

و يقول اللّخمي: ينفق الوصي بحسب كثرة المال و قلته, ولا يضيق على من ماله كثير بل نفقة مثله و كسوته, و يوسع عليه في الأعياد و يضحي عنه من ماله إلا أن يضر ذلك بماله[4].

فالكفالة تحمي حق المكفول في ملكيته، بل وتحث على استثمارها وإدارتها أحسن إدارة، ومن أهم ما ترتبه الكفالة أيضا في هذا المقام والذي يعود بالنفع المحض على المكفول هو أنها تخول الكافل بأن يمنح لمكفوله هبة أو صدقة أو وصية أو تبرع يدخل إلى ذمة

---

[1]-المرجع نفسه, ج2, ص184، 185.

[2]-البخاري, بشرح الكرماني, **صحيح البخاري**, الطبعة الثانية؛ بيروت, لبنان: دار إحياء للتراث العربي , 1401ه-1981م, كتاب الوصايا, باب التحذير من أكل مال اليتيم, الجزء الثاني عشر, ص80.

[3]-الماوردي, مرجع سابق,ج10, ص202.

[4] -القرافي, مرجع سابق, ج7, ص 171.

المكفول فيتملّكه, و هو ما تقره أحكام الشرع الإسلامي, بأنه أجاز لليتيم بالتملّك, بأن جعل له نصيبا من تركة المتوفى, إذا لم يستحق شيئا إرثا أو حتى إن كان أجنبيا وذلك تماشيا مع قاعدة التكافل العام في قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾, (النساء : 8)

وهذا ما سارت عليه التشريعات المغاربية في ظل نظام الكفالة، هذه الأخيرة التي خولت للكفيل التبرع لمكفوله، ففي التشريع الجزائري نصت المادة 123 من قانون الأسرة «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 أبا الورثة»[1].

ويفهم من هذا النص أن الكافل يمكنه أن يتبرع للمكفول بماله ويخضع هنا لأحكام الوصية بأن تكون في حدود الثلث، وما زاد عنه يتوقف على إجازة ورثة الكافل المتوفى غير أنه ووفق هذه المادة فإن المشرع ضمّن في نصه امكانية قيام الكافل بالتبرع لمكفوله, لكن جعله يخضع لأحكام الوصيّة, مع أن عقد التبرع هو عقد من العقود المدنية التي تتضمن إلى جانب عقد الوصية، الهبة والكفالة..... إلخ.

إن القاعدة العامة حسب المادة 205 من قانون الأسرة التي تقضي: «يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير»[2], أن الشخص حر في التبرع بجميع أمواله أثناء حياته, و أن يوصي لمن يشاء في حدود الثلث.

لكن المشرع في المادة 123 خرج عن الشق الأول من القاعدة, بحيث جعل التبرع أي الهبة كالوصية لا تتعدى الثلث, وإن الهبة تختلف عن الوصية من حيث أن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الممّلك عينا أو

---

[1]-قانون رقم 84-11 (ج ر، عدد24)، مرجع سابق، ص917.

[2]-قانون رقم 84-11 (ج ر، عدد24)، مرجع سابق، ص923.

منفعة وأما الهبة فهي تبرع أو تمليك بغير عوض حال الحياة[1], فتنتقل بذلك إلى ذمة المكفول و الذي يحوز لمصلحته كافله, و لا وجود للورثة إلا من لحظة وفاة الكافل المتبرع, فيكون المال قد نما و زاد, و قد يكون المكفول بلغ سن الرشد قبل وفاة الكافل و تسلم المال و تصرف فيه, فما جدوى الإجازة إذن؟[2].

ولعل الحكمة من تحديد المشرع الهبة بالثلث في أحكام الكفالة هو تفادي لكل نزاع مستقبلي محتمل بين ورثة الكافل والمكفول الذي تبرع له كفيله بمال كثير، مما يحرم الورثة الشرعيين من الميراث فيكيدون للمكفول ويخاصمونه وفي هذا أيضا حماية وضمانة لمصالح المكفول.

وتقابل المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري المادة 22 من التشريع المغربي والتي تنص: «إذا ارتأى الكافل جعل المكفول يستفيد من هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة، يسهر القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع ضمن دائرة نفوذه محل إقامة الطفل المكفول على إعداد العقد اللازم لذلك وعلى حماية حقوق المكفول».

دائما كان المشرع المغربي أكثر دقة وتفصيل في أحكام الكفالة بمقتضى قانون كفالة الأطفال المهملين، حيث أنه خول للكفيل أن يجعل مكفوله يستفيد إما من هبة أو من وصية أو صدقة أو حتى تنزيل، لإغناء ذمته وحمايتها.

و بعد أن منح للكفيل اختيار ما يناسبه من عمل تبرعي لمكفوله, أوكل الأمر للقاضي المكلف بشؤون القاصرين لإعداد العقد المتضمن العمل التبرعي, حرصا منه على مصلحة وحماية حقوق المكفول.

فالهبة والوصية سبق تعريفهما, وأما عن التنزيل وبالرجوع إلى أحكام مدونة الأسرة في مادتها 315 فعرفته بـ «التنزيل إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله

---

[1]-وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الطبعة الثالثة: دمشق، سورية، دار الفكر، 1409هـ1989م، الجزء الثامن، ص8.

[2] -بوتغرار علاوة, خدروش الدراجي, مرجع سابق, ص39.

منزلته»[1]، وأما في الاصطلاح الفقهي فيعرف التنزيل بالوصية الواجبة، وهي وصية للوالدين الأقربين الذين لا يرثون لحجبهم عن الميراث أو لمانع يمنعهم من الإرث كاختلاف الدين، فإذا لم يوص الميت للأقارب بشيء وجب إخراج نصيبا من مال الميت لإعطائه للأقربين غير الوارثين[2], غير أن المشرع المغربي شرّع التنزيل لغير الأقارب ولم يعط له صفة الإلزامية وهو ما يعرف بالوصية بالتنزيل وهو القانون الوحيد الذي نص صراحة على ذلك وبكل تفصيل، وجعل لها –أي الوصية بالتنزيل- بابا كاملا في أربعة فصول تناولت الموضوع كاملا شاملا وهو الباب السابع التابع للكتاب الخامس المتعلق بالوصية من مدونة الأسرة تحت عنوان التنزيل[3].

وأما بالنسبة للتشريع التونسي, و في نظام الكفالة لم يرد شيء في إمكانية تبرع الكفيل لمكفوله, لكن يمكن القول وأن أعمال التبرعات طبقا للقانون العام تتعلق بإرادة الأشخاص ولا تخضع في ذلك لقيود من حيث مبدأ التبرع.

فبالرجوع إلى أحكام مجلة الأحوال الشخصية التونسية بالفصل 200 منها والذي يقضي: «الهبة عقد بمقتضاه يملك شخص آخر مالا بدون عوض»[4]، فلا يوجد شرط مانع أو قيد يقيد الهبة للمكفول, مما يسمح للكفيل بالتبرع لهذا الأخير طبقا للقواعد العامة.

و فيما يخص التشريع اللّيبي فإنه سار على نفس المنهج, بأنه أقرّ للكفيل إمكانية ايصائه لمكفوله, ويخضع في ذلك لأحكام الوصية الواجبة أي التنزيل,بنفس القواعد التي انتهجها المشرع المغربي, بمعنى أن المشرع الليبي خصّ المكفول حماية لمصالح هذا

---

[1]-قانون رقم 03-70 (ج ر عدد5184), مرجع سابق, ص446.

[2]-وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج8، مرجع سابق، ص122.

[3]-كمال العرفي، **«تنزيل حقيقته ومشروعيته، دراسة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالفقه الإسلامي»** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية والاجتماعية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 1419-1420هـ/1998-1999م، ص124.

[4]-كتاب الهبة مضاف بالقانون عدد 17 المؤرخ في 28 ماي 1964 (الرائد الرسمي عدد 27 المؤرخ في 26 ماي 1964).

الأخير, بنظام الوصيّة بالتنزيل لكنه حدد هذا التنزيل بأن يكون منزلة أحد أولاد الكفيل, وقد جاء نص المادة الستون كما يلي: «... للكفيل أن يوصي للمشمول بكفالته بجزء من ماله يعادل نصيب أحد أبنائه أو بناته, وبما يتفق مع أحكام الوصية الواجبة».

و خلاصة القول: أن المكفول يتمتع بأهلية التملك و اكتساب المال, و أن نظام الكفالة يخوله ذلك, بل و يهدف إلى حماية هذه الملكية و التثمير لها, و قد قررت الشريعة الإسلامية جواز ملكية اليتيم و من في حكمه ممن لا آباء لهم, و أجازت الإيصاء و التصدق لهم, و إذا كان لهم مال حذرت من إتلافه و أكله دون وجه حق, فبيّنت أوجه إنفاقه و ضوابط ذلك, كما حثت على التثمير له, و على هذا الدرب سارت التشريعات المغاربية بأن أقرت ملكية المكفول و جواز التبرع له و ضرورة إدارة أمواله.

البند الثاني: ميراث المكفول في التشريعات المغاربية ومدى استنادها للشريعة الإسلامية

إذا كانت الكفالة تعطي للكافل الولاية القانونية على مكفوله وتجعله بمثابة الأب له, فإن هذا لا يعني أنها ترتب نفس الآثار المقررة شرعا بين الأبناء الأصليين وآبائهم، إذ أن أحكامها نصت صراحة في التشريعات المغاربية على أنه لا يرث المكفول الكافل أو العكس لعدم ثبوت النسب ولأنه يحتفظ بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، لكن أعطت الكفالة بديل عن الإرث وهو الهبة أو الصدقة أو الوصية, فالكفالة لا تخول حقوق ميراثه بين الكافل والمكفول وهو الشيء الذي أقرته الشريعة الإسلامية.

وهذه النصوص تتمثّل في المادة 120 من قانون الأسرة الجزائري «يجب أن يحتفظ المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية وتقابلها المادة 2 من قانون كفالة الأطفال المهملين: «... ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث» وفي التشريع التونسي نص على ذلك بالفصل السادس من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني: «يحتفظ المكفول بجميع حقوقه الناتجة عن نسبه وبالأخص لقبه وحقوقه في الإرث».

و أما التشريع الليبي, فإن المادة الستون لم تنص صراحة على ذلك لكنه يفهم من طياتها أنه لا يترتب عن الكفالة حقوق ميراثية بين الكافل ومكفوله, كونها أقرّت للكفيل إمكانية الإيصاء لهذا الأخير, و أن الإرث يتقرر بالنسب, و كان التشريع الليبي قد نفى كل صلة نسب بين الكفيل و مكفوله, و كذلك أنه و قبل تعديل هذه المادة كانت تنص صراحة على ذلك بقولها: «... لا يثبت بالكفالة النسب ولا يترتب عليها آثاره», وكما هو معلوم أن الميراث من آثار النسب, فكان الأولى على المشرع الليبي عند تعديله المادة الإبقاء على هذا البند.

فالكفالة تحافظ على الأنساب وتحمي حقوق الورثة، فإذا كان المكفول معلوم النسب فهو يرث نسبه سواء كان أبوه المتوفى أو أمه أو أخوه أو..., وأما إذا كان المكفول هو المتوفى فيرث منه نسبه سواء الوالدين أو الإخوة أو الأعمام..., كل ذلك حسب القواعد الشرعية للميراث دون أن يكون للكفالة أي تأثير على حقوق هؤلاء. وأما إن كان المكفول مجهول النسب كاللقيط أو معلوم النسب لكنه لم يبق له أي أهل أو إن كان مجهول الأب ومعلوم الأم، فكلها حالات نفصل فيها كما يلي:

فاللقيط ليس له أهل يرث منهم، وهو لا يرث أيضا من كفيله، وأما إذا توفي اللقيط فما مآل ماله؟ فاللقيط هنا كغيره ممن لا وارث لهم فماله لسائر المسلمين وهو قول أكثر أهل العلم، أي يدفع الميراث إلى بيت المال كحكم من عرف نسبه وانقرض أهله وهذا إن لم يكن له وارث، فإن كان له, كزوجه مثلا، فلها الربع والباقي لبيت المال، وأما إن كان للقيط بنت أو ذو رحم كبنت بنت أخذت جميع المال لأن الرد وذو الرحم مقدم على بيت المال[1].

وهذا ما أخذت به التشريعات المغاربية، فنصت المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري بما يلي: «... فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي

---

[1]-ابن قدامى, مرجع سابق, ج6, ص 383,384.

الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة»[1], و هو ما أكدته المادة 773 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بـ: «تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم»[2].

وتقابلها المادة 349 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بنصها: «... ببيت المال إذا لم يكن هناك وارث، حيث تتولى السلطة المكلفة بأملاك الدولة حيازة الميراث»[3].

وأما في التشريع التونسي، فيقضى بنفس الأحكام الفصل 87 من مجلة الأحوال الشخصية: «فإذا لم يوجد ورثة آلت التركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة، وأكد على نفس المعنى الفصل 80 من نفس القانون بقوله: «إذا مات اللقيط عن غير وارث رجعت مكاسبه إلى صندوق الدولة...»[4].

وأما بالنسبة للمكفول مجهول الأب، معلوم الأم، فلا يكون إلا ولد زنا، أو ولد لعان: فولد الزنا: هو الذي أتت به أمه من طريق غير شرعي، أو هو ثمرة العلاقة المحرمة، وأما ولد اللعان: فهو الولد الذي ولد على فراش زوجية صحيحة ونفاه الزوج، وتمت الملاعنة أمام القاضي، وحكم بنفي نسب الولد من أبيه وإلحاقه بأمه[5].

فكل من ولد الزنا وولد اللعان لا توارث بينه وبين أبيه وقرابة أبيه، وإنما يرث من أمه وقرابة أمه لأن نسبه من جهة الأب منقطع، فلا يرث به، ومن جهة الأم ثابت فيرث

---

[1]-قانون رقم 84-11 (ج ر عدد24), مرجع سابق, ص 922.

[2]-أمر رقم 75-58 (ج ر عدد 78)، مرجع سابق، ص1040.

[3]-قانون رقم 03-70 (ج ر عدد5184), مرجع سابق، ص448.

[4]-أمر بإصدار مجلة الأحوال الشخصية (رائد رسمي، عدد66)، مرجع سابق، ص1548.

[5]-بلحاج العربي، **أحكام التركات والمواريث، على ضوء قانون الأسرة الجديد،** الطبعة الأولى؛ عمان، الأردن: دار الثقافة، 1430هـ-2009م، ص364، 365.

منها وقرابتها وهم الإخوة لأم وذلك بالفرض لا غير، وترث هي منه وإخوته من أمه فرضا لا غير، ذلك أن صلته بأمه مؤكدة لاشك فيها[1], و هي قواعد شرعية استنادا لحديث النبي ﷺ: «تحرز المرأة ثلاث مواريث: عتيقها و لقيطها وولدها الذي لا عنت عليه»[2].

وقد جاء في الفصل 152 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بأنه: «ويرث ولد الزنى من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها»[3].

وأما عن التشريعين الجزائري والمغربي، فلم يرد نص بكيفية ميراث ولد الزنا وولد اللعان من أمه، ولكن وكما هو معلوم أن قواعد الميراث هي قواعد شرعية، يرجع فيها لأحكام الشريعة الإسلامية كما تقرره المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية»[4]، وهو ما تقرره أيضا المادة 400 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بقولها: «كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف»[5], فتطبق نفس قواعد ميراث ولد الزنا وولد اللعان المعروفة في الشريعة الإسلامية والمذكورة أعلاه.

و خلاصة القول: أن قواعد الميراث هي قواعد شرعية محظة مصدرها الشرع الإلهي, الذي قرر أحكاما خاصة تتمثل في أنه:

---

[1]-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، مرجع سابق، ص430.

[2] -سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي, حققه و علق عليه و ضبط نصه و عز آياته و خرج أحاديثه ووثق نقوله عبد العزيز بن أحمد بن محمد بن حمود المشيقح, **التوضيح لشرح الجامع الصحيح**, الطبعة الأولى؛ الشويخ, الكويت: غراس, 1431ه-2010م, كتاب الفرائض, باب ميراث الملاعنة, المجلد الثلاثون, ص539.

[3]-أمر بإصدار مجلة الأحوال الشخصية, (رائد رسمي عدد 66)، مرجع سابق، ص1553.

[4]-قانون رقم 84-11 (ج ر عدد24)، مرجع سابق، ص924.

[5]-قانون رقم 03-70 (ج ر عدد 5184)، مرجع سابق، ص452.

- الكفالة لا ترتب حقوق ميراثية بين الكفيل و مكفوله.
- أن قواعد ميراث ولد الزنى وولد اللعان محددة.
- يؤول ميراث من لا وارث له لبيت المال.

و كلها قواعد كرستها التشريعات المغاربية في قوانينها, لتضمن أكبر حماية ممكنة للطفل المكفول.

المطلب الثاني: جناية المكفول في التشريعات المغاربية

إن الحماية المادية التي توفّرها الكفالة للمكفول في التشريعات المغاربية لا تشمل فقط حماية وتأمين نفقته وملكيته وأمواله، إنما تتعدى أيضا لتحميه جنائيا سواء ما إذا اعتدى على غيره أو اعتدي عليه، وفي كلتا الحالتين يكون مهددا في سلامته وأمنه, ففي الحالة الأولى يغرم على اعتدائه على غيره ويعاقب وأما في الحالة الثانية فيتضرّر من الاعتداء عليه و يستحق تعويضا عن الضرر اللاحق به, فكيف لنظام الكفالة تحقيق هذه الحماية للمكفول؟

للإجابة يقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين: يخصص الأول لدراسة حالة اعتداء المكفول على غيره و تبيين القواعد التي اعتمدتها التشريعات المغاربية لحمايته و مدى استنادها للشريعة الإسلامية في ذلك والثاني لاعتداء الغير على المكفول, من خلال ما أخذت به التشريعات المغاربية من قواعد و مدى استنادها للشريعة الإسلامية في ذلك.

الفرع الأول: اعتداء المكفول على غيره في ظل التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية فيما أخذت به من قواعد لحمايته

لا يختلف اثنان حول الأهمية التي أصبحت الطفولة تحظى بها في الآونة الأخيرة، وقد واكبت التشريعات المغاربية هذا الاهتمام، من خلال موجة التعديلات القانونية في تشريعاتها من أجل تجسيد اهتمامها بالطفولة[1]، وقد اختلفت صور هذا الاهتمام، أهمها

[1]-من خلال اطلاعي البسيط، خاصة على مواقع الأنترنت, لاحظت أن أغلب التعديلات التشريعية في المغرب العربي

الاهتمام بالطفولة الجانحة فهل كانت أحكام الكفالة مسايرة لهذا التحديث؟ وهل تحقق الحماية الجنائية للمكفول؟

إن التشريعات المغاربية خصت الطفل بصفة عامة بنظام معاملة خاصة إذا قام هذا الطفل بارتكاب جريمة، فأوجدت محاكم خاصة تدعى محاكم الأحداث تختلف عن محاكم المجرمين الكبار من حيث الموضوع أو من حيث الإجراءات و العقوبة لتحقيق حماية الحدث و محاولة إصلاحه و إعادة تربيته, وهذا المصطلح يطلق على الصغير الذي يرتكب جريمة، وهو الطفل الذي يكون بين سن التمييز و سن الرشد الجنائي، وهذه السن محددة في التشريعات المغاربية ببلوغ الثامنة عشرة سنة.

فوصف الحدث ينطبق على المكفول الذي يعتدي على غيره، لأن الكفالة هي القيام بشؤون ولد قاصر فالمكفول كغيره من الأطفال والقصر محمي بالتشريعات الخاصة بالأحداث و ما تتضمنه من أحكام علاجية.

فإذا كان المكفول المعتدي على غيره لم يبلغ سن الثالثة عشر من العمر لا يتعرض

جاءت لحماية الطفولة والمرأة فلو اطلعنا مثلا على ديباجة تعديل مدونة الأسرة المغربية لوجدنا أن هذه التعديلات تستهدف حماية حقوق الطفل والمرأة، و كذلك الحال في تعديلات قانون المسطرة الجنائية المغربي الذي جاء من أجل حماية الأطفال ضحايا الجرائم.

•أنظر موقع وزارة العدل المغربية www.justice.gov.ma وأنظر ديباجة مدونة الأسرة الجريدة الرسمية عدد 5184 الصادرة بـ 25 فبراير 2004 وكذلك باطلاعنا على موقع http://wrcati.cawtar.org نجد كل التشريعات الجديدة أو التعديلات التي تدعم حقوق المرأة والطفل في تونس ونذكر منها مثلا تشريع مجلة حماية الطفل (الرائد الرسمي عدد 90، السنة 138 المؤرخ في الجمعة 17 جمادى الثانية 1416هـ 10 نوفمبر 1995م)، ص2205.

وأما في الجزائر أيضا عرفت موجة التعديلات من أجل الارتقاء بحقوق المرأة والطفل نذكر على سبيل المثال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي خص فيه المشرع عناية خاصة ومتميزة للقاصر، إذ كلف قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بحماية مصالح القاصر فأخرج القاضي من الدور التقليدي الذي كان منوطا به وأعطاه إمكانية القيام بمجموعة من الإجراءات اللازمة لحماية القاصر والسهر على حقوقه المادية والمعنوية والتربوية وللقاضي أيضا التدخل لوضع حد إلى كل ما يسيء لحقوق القاصر أو يشكل خطرا عليه، ولم يحدد المشرع كيفيات تدخل القاضي بل ترك له اتخاذ ما يراه مناسبا حسب ما تقتضيه مصلحة القاصر.

•أنظر: عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص280.

إلى إجراءات عقابية كالغرامة أو الحبس، بل إن القانون يوفر له إجراءات خاصة بالتربية والحماية التي ينفذ البعض منها في مراكز الحماية, محاولة لإصلاحه و إعادة تقويم سلوكه.

وأما إذا كانت سنه بين الثالثة عشر والثامنة عشر فإنه يكون مسؤولا جنائيا وتطبق عليه عقوبات مجحفة، وهذا ما أشارت إليه المواد التالية:

المادة 49 من قانون العقوبات الجزائري: «لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية أو التربية ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 أما التدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة»[1].

وكذلك المادتين 50، 51 من نفس القانون اللتان تحدد كيفية تخفيف العقوبة المطبقة على هذا الحدث.

والأمر نفسه مقرر في التشريع التونسي في الفصلين 38-43 من المجلة الجزائية التونسية على التوالي «لا يعاقب من لا يتجاوز سنه ثلاثة عشر عاما كاملة عند ارتكابه الجريمة أو كان فاقد العقل»، والفصل 43 الذي جاء عنوان: في ما تخف به الجرائم: «يقع تطبيق القانون الجزائي على المتهمين الذي سنهم أكثر من ثلاثة عشر عاما كاملة وأقل من ثمانية عشر عاما كاملة...» [2]، و بعدها حدد المشرع كيفية تخفيف العقوبات.

وأما عن المشرع المغربي فقد خالف التشريعين السابقين في تحديده لسن التمييز و جعله يبدأ من اثني عشرة سنة كاملة مطبقا لنفس المبدأ و الحكم الجنائي و المكرس

---

[1]-أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات (الجريدة الرسمية عدد49، مؤرخة في 21 صفر عام 1386هـ الموافق لـ 11 يونيو 1966م)، ص705.

[2]-قانون عدد55 سنة 1982 مؤرخ في 4 جوان 1982 المتضمن المجلة الجزائية (الرائد الرسمي عدد 42 مؤرخ في 11 جوان 1982)، ص1435، وقد عدلت العقوبة المقررة بالمادة 43 بالقانون 93 مؤرخ 9 نوفمبر 1995 (رائد رسمي عدد 90 مؤرخ في 10 نوفمبر 1995).

بالفصل 138 من القانون الجنائي المغربي بقوله: «الحدث الذي لم يلغ سنه اثنتي عشرة سنة كاملة يعتبر غير مسؤول جنائيا لانعدام تمييزه...» أو الفصل 139 بقوله: «الحدث الذي أتم اثنتي عشرة سنة ولم يبلغ الثامنة عشرة يعتبر مسؤولا مسؤولية جنائية ناقصة بسبب عدم اكتمال تمييزه، يتمتع الحدث في الحالة المذكورة في الفقرة الأولى من هذا الفصل بعذر صغر السن...» [1].

بينما ذهب المشرع الليبي إلى تقسيم السن في تحمل المسؤولية الجنائية إلى ثلاثة مراحل وهي:

كل من كان سنه أقل من سن السابعة, لا يتخذ ضده أي إجراء, وكل من تجاوزها إلى غاية سن الرابعة عشر, فلا يتخذ ضده إلا مجرد تدابير وقائية ملائمة, وأما المرحلة الثالثة فهي تجاوز سن الرابعة عشرة حتى سن الثامنة عشرة فقد رأى المشرع الليبي من ضرورة تحميله مسؤولية فعله الإجرامي وما يقتضيه ذلك من وجوب ردعه, إلا أن معاملته في ذلك يجب ألا ترقى إلى الدرجة التي يعامل بها الراشدون, وبالتالي تخفض العقوبة المنزّلة به[2].

والناظر لأحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها تسقط العقوبة أصلا في هذه الحالة، باعتبار أن الطفل ليس بالغا، ولا يوجد اختلافا على هذه المسألة بين أهل الفقه، إذ جاء في المغني[3]: «لا خلاف بين أهل العلم أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما، والأصل في هذا قول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، عن النائم حتى يستيقظ وعن

---

[1]-ظهير شريف رقم 1.03.207 صادر في 11 نوفمبر 2003 بتنفيذ القانون رقم: 24.03 متعلق بتغيير وتتميم القانون الجنائي (جريدة رسمية عدد 5175، مؤرخة في 12 ذو القعدة 1424هـ- 5 يناير 2004م)، ص121.

[2]-فريق الخبراء الوطنيين, دراسة حول نظام عدالة الأحداث في ليبيا, طرابلس, 2008, ص11.www.aladel.gov.ly

[4]-ابن قدامى، مرجع سابق، ج9، ص357.

المجنون حتى يفيق» ولأن القصاص[1], عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود ولأنه ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ», و يفهم من ذلك أن المكفول باعتباره صغيرا لا قود عليه, و لكن عليه الدية و إن لم يكن له مال, فهي دينا في ذمته حتى يوسر و يؤديها, فإن كانت الدية مما تحملها العاقلة, و كان للمكفول عاقلة فبه, و إن لم تك له عاقلة كاللقيط فمن بيت المال باعتبار أن ماله يرثه بيت المال, و في هذا جاء عن المغني: «إذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة، فالعقل على بيت المال لأن ميراثه له ونفقته عليه، وإن جنى جناية لا تحملها العاقلة، فحكمه فيها غير حكم اللقيط إن كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل اقتص منه وإن كانت موجبة للمال وله مال استوفى منه وإلا كان في ذمته حتى يوسر»[2].

لكن وقبل أن نصل إلى الحديث عن توقيع العقوبة والجزاء على المكفول المعتدي على غيره، وجب أن ننبه على ضرورة الوقاية من هذا الاعتداء، والكفالة تحقق هذه الوقاية، وذلك من خلال اشتراطها شرط الإسلام، والأمانة والاستقامة في الولي على المكفول لأن الولاية على النفس هي التي تصلح بها الناشئة،وهي التي تجعل المجتمع قائما على التآلف، ويقل فيه الشذوذ فلا يكون منحرفون ولا أحداث، فقد ثبت أن الانحراف إلى الجريمة ينبعث ابتداء من القدوة السيئة التي تكون في الولي على النفس من أخلاق فاسدة وانحرافات اجتماعية وبذلك ينشأ الغلمان على ما نشأهم أولئك الأولياء الفاسدون المفسدون.

وأما الولي الصالح فهو القدوة الحسنة لمكفوله ويربيه من باب الولاية عليه على

---

[1]-فالجناية إما عمدا فتوجب القصاص وإما شبه عمد فتوجب على الجاني الدية على عاقلته، والكفارة عليه والعاقلة هنا الجماعة الذين يؤدون العقل –أي الدية- والمراد بهم عصبة الرجل من آبائه وإخوانه وأبناء إخوانه وأعمامه فيوزعون بينهم الدية، والدية هي ما يؤدى من المال لمستحق الدم, وإما أن تكون الجناية خطأ وحكمها كحكم النوع الثاني أي شبه العمد، غير أن الدية فيه مخففة وأن الجاني غير آثم بخلاف شبه العمد.

• أبو بكر الجزائري، **منهاج المسلم**، طبعة جديدة؛ القاهرة، مصر: دار السلام، دت، ص404، ص408.

[2]-ابن قدامى، مرجع سابق، ج6, ص377.

منعه من الإيذاء أو بعبارة أدق حماية الناس من أذاه، ويتحقق بتأديب المكفول وتهذيبه وتعويده منع الاعتداء على غيره، وتلقينه الإيمان بأنه يجب أن يحب للناس ما يحب لنفسه وأن يكره لهم ما يكره له[1].

كما أن الإقبال على الكفالة بهذه الصورة يقلل من نسبة الإجرام، إذ ينقذ عددا من الأطفال المشردين، الذي لا مأوى لهم ولا عائلة تعيلهم، تائهين دون موجه يوجههم حتى وإن كانوا تحت كفالة الدولة، فإنها لا تعوض عناية العائلة ولا تأثيرها الإيجابي على هؤلاء الأطفال.

ولعل ما وجب ذكره في هذا الصدد، هو تقرير المسؤولية المدنية للكافل عن الفعل الضار الذي يقدم عليه مكفوله بالغير، وهذا ما يقرره نظام الكفالة كحماية للمكفول باعتباره قاصرا ناقص إدراك، ضعيفا، فيشرك مسؤولية الكافل في الضرر اللاحق بالغير بسبب مكفوله وهو ما صرّح به كل من التشريعين التونسي والمغربي في الفصل الخامس الفقرة الثانية من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني التي تنص: «... وهو علاوة على ذلك مسؤولا مدنيا على أعمال مكفوله مثل أبويه».

والمادة 22 من قانون كفالة الأطفال المهملين التي تنص: «... كون الكافل مسؤولا مدنيا عن أفعال مكفوله وتطبق على هذه المسؤولية القواعد الواردة في الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود».

وبالرجوع إلى التشريع المدني لكلا القانونين نجد الفصل 93 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود التونسي ينص: «... يكون الكافل مسؤولا عن الفعل الضار الصادر عن الطفل ما لم يثبت:

-أنه راقب الطفل كل المراقبة اللازمة.

---

[1]-محمد أبو زهرة, **الولاية على النفس**, مرجع سابق, ص7, ص26.

-أو أن الضرر نتج عن خطأ من المتضرر نفسه»[1].

ويقابله الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والذي ينص:

«لا يكون الشخص مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولا أيضا عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهدته... ويطبق نفس الحكم على من يتحمل بمقتضى عقد رعاية هؤلاء الأشخاص أو رقابتهم»[2].

وأما التشريع الجزائري فلم يرد نص صريح في فصل الكفالة يجعل من الكافل مسؤولا مدنيا عن مكفوله لكن يمكن استنتاج ذلك، من خلال نصوص القانون المدني و القواعد العامة في المسؤولية و التعويض كما في نص المادة 134 من القانون المدني الجزائري التي تنص: «كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية»[3].

فإن الكافل في القانون الجزائري مسؤول مدنيا عن أعمال مكفوله الضارة بالغير، على اعتبار أنه تحت رقابته بسب قصره.

و قد قرر الفقهاء المسلمون في مسؤولية الصغير مايلي:

« لا اختلاف في أن الصبي ضامن لما أفسد و كسر, و كذلك ما اغتصب فأتلف

---

[1]-قانون عدد 96 لسنة 1995 مؤرخ في نوفمبر 1995 (الرائد الرسمي عدد 90 مؤرخ في الجمعة 17 جمادى الثانية 1416هـ الموافق لـ 10 نوفمبر 1995م)، ص2215.

[2]-وزارة العدل: www.justice.gov.ma

[3]-قانون رقم 05-10 (ج ر عدد 44)، ص24.

»[1].

« لو أتلف الصغير مال غيره بلا سبق إيداع أو إقراض ضمن بالإجماع »[2].

« المحجور عليه السفيه يستقر وجوبه بلا اختيار أربابه, كأروش الجنايات, و قيم المتلفات, فهذا يجب عليه ضمانه, و يلزمه عزمه, لأنه لما لزم ذلك الصبي و المجنون فأولى أن يجب على السفيه »[3].

فعلى ما تقدم تقوم مسؤولية الصغير عن كل فعل يصدر عنه, و ليس ذلك على الأولياء و الأوصياء, مما يدل على اتجاههم في التضمين نحو النزعة المادية, و القاعدة الفقهية هي تضمين عديمي الأهلية و التمييز و لا يجب على أوليائهم و أوصيائهم ضمان ما أتلفوه إلا في هذه الأمور:

-إذا كان إتلاف الصغار المال ناشئا من تقصير الأولياء في حفظهم.

-أو كان بسبب إغراء الآباء بإتلافهم المال.

-أو كان بسبب تسليطهم على المال.

فيتضح أن تضمين الصغار في الفقه الإسلامي هو الأصل, و أن تضمين رقبائهم استثناء إن قصروا في واجبهم حيالهم[4].

و خلاصة القول: أن التشريعات المغاربية اتفقت في الجملة على مبدأ عدم توقيع

---

[1]-أبي الوليد ابن رشد القرطبي, تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال, **البيان و التحصيل و الشرح و التوجيه و التعليل فى مسائل المستخرجة**, الطبعة الثانية؛ بيروت, لبنان: دار الكتب القانونية, 1408ه-1988م, الجزء الحادي عشر, ص276.

[2] -محمد أمين ابن عابدين, **حاشية ابن عابدين رد المختار**, دط؛ دون بلد النشر: دار الفكر, دت, الجزء الخامس, ص436.

[3] -الماوردي, مرجع سابق, ج8, ص29.

[4] -وهبة الزحيلي, موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر, مرجع سابق, ج7, ص405.

العقوبة المقررة للكبار على القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد الجنائي و المحددة بثمانية عشرة سنة, بل تطبق عليه أحكاما خاصة مفادها تخفيف العقوبة, بل في بعض الأحيان تسقط العقوبة ليحل محلها توبيخا إذا كان القاصر لم يبلغ سن التمييز, هذه السن وجدت اختلافات في تحديدها بين التشريعات المغاربية.

و هذا المبدأ أقرته أحكام الشرع الإسلامي منذ أكثر من ألف و أربعمائة عام, فهو تشريع العدل و الحق أخذ بعدم توقيع العقوبة على الصغير غير المكلّف, و لنفس السبب قررت أحكامه بأنه لا تبعة على الولي في جناية الصغير إلا استثناءا, إذا كان قد حرّض الصغير على الجريمة, أو أغراه على فعلها, أو كان قد قصّر في حراسته, و من هذه النقطة تنطلق أساس مسؤولية الشخص عن أفعال غيره المعروفة في القانون الوضعي, و هي نقطة مشتركة ففي القانون الوضعي يمكن التملص من هذه المسؤولية إذا أثبت الشخص أنه قام بواجب الرقابة.

و مهما يكن فإن نظام الكفالة يضمن الحماية للمكفول, من خلال إلقاء عبء حفظ المكفول من الجرائم التي تقع منه على كافله كونه هو الذي يصون نفس الصغير من الوقوع في هذه المآخذ.

الفرع الثاني: اعتداء الغير على المكفول في ظل التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية فيما أخذت به من قواعد لحمايته.

إنه من صور الحفاظ على مقومات حياة الإنسان سواء المادية أو الأدبية، هي تجريم كل الأفعال التي من شأنها المساس بأحد هذه المقومات، وتوقيع العقوبة على مرتكبها، لأن العقوبة هي التي تحافظ على العدل والتوازن بين الناس، مما يوجب على الدولة إنزال العقوبة بالمجرم لضمان استمرارية الحياة وحفظ هذا التوازن الذي يشكل

القاعدة الأساسية في تعايش أفراد المجتمع فيما بينهم وهذا ما أتى به الشرع الإسلامي إذ يقر بأنه في توقيع العقوبة حياة لقوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾, (البقرة : 179)

و لأن الاعتداء على القصر يشكل جريمة و عدوانا فقد أقرت التشريعات المغاربية حماية الطفل من الاعتداء عليه بنصوص قانونية, لأن المساس بالأطفال يمس مباشرة باستقرار الأسرة والمجتمع ككل، فجرّمت كل الأفعال التي من شأنها المساس بصحة الأطفال وخلقهم، والمكفول من ذلك كله محمي من كل اعتداء شأنه شأن أي طفل آخر، وذلك بغض النظر عن وضعيته سواء كان مكفولا عند أحد معارف والديه أو يتيما أو حتى لقيطا...

و إن ما يمكن أن يثير التساؤل هو هل التشريعات المغاربية من خلال تقريرها لقواعد الكفالة تحقق حماية جنائية للمكفول؟.

و معلوم أن الكفالة تعطي للمكفول نفس مرتبة الإبن الحقيقي وتنسبه للأسرة الكفيلة لأن المشرع الجزائي المغاربي خصّ الأسرة بحماية قانونية كونها نواة المجتمع فباستقرارها يستقر كيان المجتمع، فهل الحماية الممنوحة للأسرة بموجب القانون الجزائي تشمل المكفول؟

ففي التشريع الجزائري، توجد عدة نصوص تقرر أنه إذا تخلى الأب عن الالتزامات المادية والأدبية تجاه أولاده فإنه يكون مرتكبا لجريمة الإهمال المعنوي طبقا للمادة 330 من قانون العقوبات وكذلك المادة 331 التي تعاقب على عدم تسديد النفقة المقررة قضاءا لإعالة الأسرة[1].

---

[1]-المادة 331 قانون العقوبات (ج ر عدد 49)، مرجع سابق، ص 736, والمادة 330 بالقانون رقم 82-04 مؤرخ في 13 فيفري 1982 المتضمن تعديل قانون العقوبات(جريدة رسمية، عدد 7، مؤرخة في 22 ربيع الثاني عام 1402هـ

ونصهما على التوالي: «يعاقب بالسجن من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000دج: أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية وذلك بغير سبب جدي...

و أن أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحدا منهم أو أكثر أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم كالاعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها».

«يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه، وأصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم...».

فيثور التساؤل بالنسبة للكفيل طبقا للمادة 116 قانون الأسرة التي عرفت الكفالة بأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه بعقد شرعي، فمنحت المادة للأبناء المكفولين نفس حقوق الأبناء الشرعيين, فهل يمكن تطبيق المادتين أعلاه على الكفيل؟ وهل الأطفال المكفولين معنيين بالحماية المقررة بالمادتين؟ فمن المبادىء المقررة أنه لا يجوز تفسير النص بأكثر مما يحتمل، فيفهم من النصين أعلاه أنه يشترط توافر عنصر الأبوة والبنوة بين الفاعل والضحية، وذلك واضح من خلال عبارة " أحد الوالدين" والتي يقصد منها بالدرجة الأولى الأب أو الأم الشرعيين، خاصة وإن التشريع الجزائري يمنع التبني، فالرأي الراجح هو أن الأمر

الموافق لـ= =16 فيفري 1982)، ص324.

يقتصر على الوالدين الشرعيين دون سواهما[1].

وهو ما سار عليه المشرع التونسي إذ لم يطبق مقتضيات القانون الجزائي التي تحمي الأسرة الشرعية, على الأسرة الكفيلة، فكل العبارات التي وردت في هذا القانون والمتمثلة في الذرية، الأبناء والفروع التي تشتمل الأبناء الشرعيين وكذلك الأبناء بالتبني لأن القانون التونسي يأخذ بنظام التبني, وهو الحال نفسه في البلدان الأخرى التي تأخذ بنظام التبني فنزلهم القانون منزلة الأبناء الشرعيين ولم يميزهم عنهم بشيء.

ولا يشتمل من يوصف بابن الرضاعة أو بابن الكفالة، إذ أن القول بشموليتهم إنما ينطوي على توسع في مفهوم عبارات النص الأمر الذي يتعارض مع القواعد الأصولية في تأويل النص.

فلم يترتب عن عقد الكفالة إلا الالتزامات المتصلة بحفظ الطفل المكفول في مبيته والقيام بعامة شؤونه والاضطلاع بمستلزمات معيشته، أما بنوته ونسبه لأبويه فتبقى كما هي ولا ينالها أي تغيير مترتب عن عقد الكفالة[2].

وبالرغم من ذلك, فإن المشرع الجزائي الوطني قد خصّ المكفول ببعض القواعد التي تحميه من امكانية اعتداء كفيله عليه, فقد ينتهز الكفيل وضعية كونه متولي أمور مكفوله و مدير لأمواله فيتعدى على حقوقه, فجاءت المادة 380 من قانون العقوبات، تعاقب بصفة عامة على جريمة انتهاز احتياج القاصر وضعفه واستغلاله ليشغل الجاني ذمته المالية, و تعتبر ظرف تشديد للعقوبة إذا كان الجاني المربي وكان المجني عليه موضوعا تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته كالكفيل[3].

وأما عن التشريع المغربي فقد خالف كلا التشريعين الجزائري والتونسي باستحداثه

---

[1]-أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ، دط؛ بوزريعة، الجزائر: دار هومة، 2003، الجزء الأول، ص143، ص151.

[2]-محمد اللجمي، **الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن**، دط؛ تونس، 2005، ص351.

[3]-أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ج1, ص381، 382.

للمادة 30 من قانون كفالة الأطفال المهملين، تحت عنوان مقتضيات جزرية، والتي تنص: « تطبق على الكافل عند ارتكابه جريمة في حق المكفول مقتضيات القانون الجنائي التي تعاقب الوالدين على الجرائم التي يرتكبونها في حق الأولاد.

تطبق على المكفول عند ارتكابه جريمة في حق الكافل مقتضيات القانون الجنائي التي تعاقب على الجرائم التي يرتكبها الأولاد في حق الوالدين»[1].

إن ما تقرره هذه المادة يعتبر خطوة كبيرة في تحقيق الحماية الجنائية للمكفول، فقد اعتبرت الأسرة الكفيلة كالأسرة الحقيقية، فكل اعتداء على المكفول من قبل كفيله يعرضه للعقوبة المطبقة على الأب المعتدي على أبنائه الشرعيين، فكان على التشريعين الجزائري والتونسي السير على خطى التشريع المغربي، أو التنصيص ضمن أحكام الكفالة على مثل أحكام المادة 30 أعلاه, بل وقد ذهب المشرع المغربي إلى أبعد من ذلك، باعتباره للجرائم التي يمكن أن يرتكبها المكفول في حق أسرته الكفيلة، تخضع لنفس العقوبات التي تطبق على الابن المعتدي على أسرته الشرعية، وهذا إنما يعتبر تقديسا لدور الأسرة في تكوين أجيال المستقبل ودعامة المجتمع، ففيها يقتبس هذا المكفول مبادئ وأسس تربيته، فحاول المشرع المغربي المحافظة على الروابط التي تربط الأسرة الكفيلة بمكفولها وكأنها أسرة حقيقية.

فنجد في جرائم إهمال الأسرة ضمن مجموعة القانون الجنائي المغربي في فصله 479 الذي يقضي: «يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من 200 إلى 2000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

1-الأب أو الأم إذا ما ترك أحدهما بيت الأسرة دون موجب قاهر لمدة تزيد على شهرين وتملص من كل أو بعض واجباته المعنوية والمادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو

---

[1]-قانون رقم 01-15 (ج ر عدد 5031)، مرجع سابق، ص2366.

الوصاية أو الحضانة...» [1].

فهذه المادة تعاقب الوالدين أو أحدهما إذا أخل بواجباته وأهمل بيت الأسرة وهي تنطبق على الأسرة الكفيلة، إذا قام الكفيل أو زوجه بهذا الفعل اتجاه مكفوله، ويعاقب بنفس العقوبة.

والأكثر من ذلك، فقد تضمن قانون كفالة الأطفال المهملين بين أحكامه المادة 31 والتي تقرر: «يعاقب الشخص الذي يمتنع عمدا عن أن يقدم لطفل وليد مهمل المساعدة أو العناية التي تستلزمها حالته أو عن إخبار مصالح الشرطة أو الدرك أو السلطات المحلية لمكان العثور عليه بالعقوبات المقررة في القانون الجنائي»[2].

وهذه المادة إنما هي تأكيد على رعاية مصالح كل طفل مهمل بمفهوم هذا القانون.

و من أهم ما ورد في هذا المقام في التشريع الليبي, المثال الوارد بالمادة 387 من قانون العقوبات والتي تعاقب على تسييب القاصر بقولها: « يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد عن عشرة دنانير كل من سيّب شخصا معهودا إليه بحراسته أو رعايته, إذا كان ذلك الشخص صغيرا أو عاجزا..., وإذا نتج عن الفعل أذى شخصي للصغير أو العاجز كانت العقوبة الحبس أو غرامة لا تتجاوز مائة دينار, وإذا ترتب عليه الموت كانت العقوبة السجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات», بيّن المشرع اللّيبي في هذه المادة عن عدم تهاونه مع من يتخلّى عن طفل سلم إليه لغرض حراسته أو رعايته, كالكفيل الذي يرعى مكفوله[3].

و أما في الفقه الإسلامي فإن الصغير محمي شرعا بقواعد القصاص، شأنه شأن أي إنسان, فقواعد القصاص شرّعت كحماية للناس كافة من الاعتداء عليهم, فهي تحمل

---

[1]-ظهير شريف رقم 1.59.413 بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي (جريدة رسمية عدد 2640 مكرر مؤرخة في 12 محرم 1383هـ الموافق لـ 5 يونيو 1963م) ص1296.

[2]-قانون رقم 01-15 (ج ر عدد 5031)، مرجع سابق، ص2366.

[3]-فريق الخبراء الوطنيين, دراسة حول نظام عدالة الأحداث, مرجع سابق, ص12.

معنى الردع و الزجر, و الردع يحول دون ارتكاب الجرم لما يتبعه من عقاب, و الزجر يحول دون تكرار الجرم لما يحمله العقاب من ألم يقع على الجاني, فقد قال الله عز وجل:

﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ (المائدة : 45)

لكن حال اللقيط مستثنية بأحكام خاصة، فإن جنى عليه في النفس جناية توجب الدية فهي لبيت المال لأنه وارثه، وإن كان عمدا محضا، فالإمام مخير بين استفاء القصاص إن رآه أحظ للملاقيط والعفو على مال، وذلك لقول النبي ﷺ: «فالسلطان ولي من لا ولي له»، وإن جنى عليه جناية فيما دون النفس توجب للإرش قبل بلوغه، فلوليه أخذ الإرش، وإن كانت عمدا موجبة للقصاص وللقيط مال، يكفيه وقف الأمر على بلوغه ليقتص أو يعفو، وإن لم يكن له مال وكان عاقلا، انتظر بلوغه أيضا[1].

خلاصــة الفصــل:

مما لا شك أن توفير الحماية المادية للمكفول التي تصون حياته من الهلاك, وتعينه على البقاء من خلال تأمين نفقته وحماية وصيانة أمواله, وحمايته من اعتدائه على غيره, أو اعتداء الغير عليه, له من الأهمية ما لحمايته أدبيا باعتباره صغيرا لا يستطيع تحمل مسؤولية نفسه, نظرا للوضعيات التي قد يوضع فيها, والتي تهدد حياته وسلامته.

فراحت التشريعات المغاربية تسعى في إيجاد الحلول الممكنة لكل الوضعيات التي يمكن أن تعترض الطفل المكفول, من خلال تشريع وسن القواعد القانونية الأكثر ملائمة لمصالح المكفول.

---

[1]-ابن قدامى, مرجع سابق, ج6, ص377.

وهذه القواعد القانونية في غالبيتها تجد لها سندا في الشريعة الإسلامية, وكيف لا, فهي التشريع السماوي الرّاعي لحقوق الضعفاء وحاميها.

الخاتمة

الحمد لله الذي وفقنا لهذا من غير حول منا ولا قوة

و إنه لمن طبيعة كل بحث أكاديمي تحقيق الهدف منه

المتمثل في مجموعة النتائج والتوصيات لحل

الإشكالية المطـــروحة

ونجملها فيما يلي

كان هذا البحث يدور حول كيفية وأهمية توفير العائل والكفيل, لكل طفل فقد القيّم والناصر والمعين, لما يحققه ذلك من استقرار وسكينة , والأمن العاطفي والاجتماعي, ولا سبيل لذلك إلا بنظام الكفالة الأسرية, التي تحمل في طياتها القواعد والأحكام التي من شأنها تحقيق المصلحة الفضلى لهؤلاء المكفولين من أجل الوصول بهم إلى بر الأمان, و جعلهم أعضاء صالحين في الأسرة و المجتمع و لبنات نشيد و صلاح اجتماعي.

و بعد البحث في هذا النظام ودراسة قواعده في ظل التشريعات المغاربية, التي تسعى لتحقيق حماية المكفول, ومدى استنادها لأحكام الشريعة الإسلامية التي تضمن هذه الحماية.

يمكن الخلوص في الأخير إلى جملة من النتائج والتوصيات نذكرها فيمايلي:

- الكفالة وسيلة قانونية ونظام تبرعي, يقوم على التكافل الأسري, يضع المكفول منزلة الإبن الشرعي, من أجل القيام على شؤونه وتوفير الرعاية والحماية له.
- إعجاز الشريعة الإسلامية في دقتها لمعالجة مشكلة من لا أب ولا عائل له, في تشريعها لكل الأحكام التي تضمن نفس, عقل ومال وعرض المكفول,باعتمادها لنظام الكفالة ,محرمة نظام التبني الذي يعتبر تزييفا للأنساب وسببا لنشر الحقائد والضغائن, ومسايرة للدين الحنيف اعتمدت التشريعات المغاربية الكفالة محرمة التبني, ما عدا التشريع التونسي الذي اعتمد النظامين.
- كانت التشريعات المغاربية قريبة من الأهداف الشرعية, وتحقيق الحماية الكاملة للمكفول في بعض جوانبها, لكنها فشلت في جوانب أخرى, والسبب في اعتقادي هو ما كان من تلك القوانين مخالفا لأحكام الشّرع الإسلامي, كالشبهات الثائرة حول منح المكفول لقب الكفيل و نسبه إليه.
- سعت التشريعات المغاربية إلى ترقية القوانين بما يخدم مصالح الطفل المكفول و حمايتها, محاولة إيجاد الحلول المناسبة لكل المشاكل التي تعترض حياة هذا الأخير كقوانين الحالة المدنية و الجنسية و كذا قوانين إجراءات الكفالة كقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري, لكن و مع ذلك نلحظ بعض الضعف

في بعض النصوص التي لم ترقى إلى المستوى المطلوب تاركة ثغرات قانونية.

- كان المشرع المغربي أكثر دقة ووضوح وتفصيلا من التشريعات الأخرى في نصوصه المتعلقة بقانون كفالة الأطفال المهملين,حيث شرع هذا القانون مستقلا عن القوانين الأخرى, جامعا فيه كل ما يتعلق بالكفالة والمكفول, مما يحقق حماية أكبر للمكفول, فربما كان على التشريعات الأخرى السير على نفس المنهج لأنه الأقدر و الأجدر على توفير أقصى حماية ممكنة لهذا الأخير.

- تمثل شروط الكفالة وإجراءاتها آلية من آليات تحقيق الحماية للمكفول, لاسيما الشروط الواجب توفرها في الكفيل لأنه يقوم بمهمة سامية تتمثل في رعاية نشئ المستقبل, فيكون له القدوة والسيرة التي يسير عليها, لذا حرّصا عليها التشريعين الجزائري والمغربي, بينما لم يفصل التشريع التونسي في ذلك, بل لم يشترط حتى شرط الإسلام في الكفيل.

- انفرد التشريع المغربي بطريقة تتبع تنفيذ الكفالة, للاطمئنان على مصالح المكفول, وقيام الكفيل بجميع التزاماته, وهو إجراء لابد منه حماية للمكفول, لكن لم يأخذ به التشريع الجزائري, فإنه بعد أخذ الأسرة الكفيلة للطفل من المصالح الوصية على الطفولة المسعفة, تنقطع العلاقة بين الطفل المكفول وهذه المصالح, إلا في بعض الأحيان عندما ترغب الأسرة في إخبار تلك المصالح بحالة الطفل من تلقاء نفسها وليس واجب عليها القيام بذلك.

- إن الزيادة في عدد طلبات الكفالة في المجتمع الجزائري, و الرّاجع لعدة أسباب أهمها: تفتح وتقبل العقول فكرة كفالة الأطفال اللقطاء ولم يعد ذلك مرفوضا كما من قبل, وانتشار الوازع الديني بحثا عن ثواب التكفل باليتامى, بالإضافة إلى كثرة الأسر العقيمة والرغبة المتزايدة في إشباع الشوق للأولاد, إنما كان لمصلحة هؤلاء الأطفال الذين لا آباء لهم, بحمايتهم من التشرد و الضياع, فذلك

سمح بإيجاد لهم المرشد و الموجه و المربي و العائل حتى يشبوا على سواء الطريق.

التوصيـــات:

- أولا ما أحب أن يؤكد عليه هو الاهتمام بالاختلافات القانونية بين الدول المغاربية, والنظر إليها نظرة إيجابية لأنها تمثل تنوع وثراء قانوني, يجب استغلاله للبحث على ما هو أنجع وأقدر على تحقيق الحماية والمصلحة الفضلى للمكفول, كما يمكن أيضا الاستفادة من التجارب الواقعية لهذه الدول للتوصل في النهاية إلى قانون مغاربي موحد للسمو والارتقاء بحقوق المكفول.
- و حتى يصل هذا القانون لذروته في تحقيق الحماية, لابد من تطابقه مع أحكام الشرع الإسلامي المستمد من الوحي المعصوم عن الخطأ والزلل.
- ضبـــط قانون الأسرة الجزائري في مواده المتعلقة بالكفالة بما يتماشى و قواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لتفادي أي اصطدام قانوني.
- تشجيع اللجوء لنظام الكفالة ففيه من الفوائد الجمة, إذا اتبعنا مجموعة من الاجراءات:
- تجنب المخالفة الشرعية في مخالطة المكفول كونه أجنبيا عن الأسرة الكفيلة, بإرضاعه من أحد أفراد الأسرة الكفيلة لتسري الحرمة بينهما كالأم أي زوجة الكفيل أو أخته إذا كان المكفول أنثى, بالإضافة إلى أن ذلك يجعل للمكفول إخوة وأقارب من الرضاعة, فلا يكون مقطوع النسب, ويساهم في تقوية شخصيته لشعوره بالفخر والراحة والأمان بانتمائه لأسرة معينة.
- كما ينصح بقول الحقيقة للمكفول في سن مبكرة, قبل سن المراهقة, حتى لا يصدم بحقيقته ويرفضها ويفقد ثقته بالأسرة الكفيلة فتسوء أخلاقه, وقد يؤدي ذلك لفشل الكفالة وعودته لدور الطفولة المسعفة.

- إقامة الدراسات و الندوات و المحاضرات حول موضوع الكفالة و حماية الصغار و توعية المجتمع و تنويره بهذه الدراسات, و أن تطبع أعمال الملتقيات و الندوات و تنشر.

- استغلال وترقية دور الإعلام في هذا المجال, من تشجيع كفالة الأطفال اللقطاء وغيرهم ممن لا آباء لهم, وتبيين الثواب الذي يحظى به كافل اليتيم, كما يمكن استعمال الإعلام في توعية الأسر الكفيلة حدود العلاقة بالطفل المكفول وكيفية التعامل معه.

- ضرورة اعتماد الرقابة على تنفيذ الكفالة و أحسنها الرقابة القضائية, خاصة بالجزائر, فنجد الجهات الوصية على الطفولة المسعفة, تبذل جهودا في كيفية اختيار الأسرة الكفيلة قبل إسنادها الكفالة, لكن بعد منحها لها تنقطع العلاقة بينهما, فلا تتابع حالة المكفول عند هذه الأسرة وكأنما جهودها ذهبت سدى, فالأولى القيام بهذا الإجراء للاطمئنان على المكفول ومساعدته عند الحاجة, والتأكد من قيام الأسرة الكفيلة بجميع التزاماتها نحوه ورعايته وحمايته.

- محاولة إقناع الأم العازبة بالحفاظ على ابنها والتكفل به ومساعدتها في ذلك ماديا ومعنويا, وعدم صدّها, وتوعيتها. فالسرية التي تستفيد منها الأم العازبة عند وضعها لحملها في المستشفى كحماية, والتي تعتبر ظلما للطفل فبدلا من أن يكون مجهول الأب فقط, يصبح مجهول الأبوين, تصبح تشجيعا لبعض النساء من تكرار العملية, كما لا ننسى ضرورة توقيع عقوبة صارمة على مرتكبي الزنى, خاصة على الرجل لأنه في غالب الأحيان تكون المرأة ضحية هي الأخرى.

الملاحق

الفهارس الفنية

الفهارس الفنية

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث النبوية.
- فهرس المصادر و المراجع.
- فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

بســـــم الله الرحمـــــــان الرحيم	
طـــــــرف الآيــة	الصفحة
﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (البقرة : 179)	141
﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ﴾ (البقرة: 220)	125 -96
﴿ لَآ إِكْرَاهَ فِى ٱلدِّينِ ۖ ﴾(البقرة: 256)	111
﴿لَّا يَتَّخِذِ ٱلْمُؤْمِنُونَ ٱلْكَٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۖ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَلَيْسَ مِنَ ٱللَّهِ فِى شَىْءٍ إِلَّآ أَن تَتَّقُوا۟ مِنْهُمْ تُقَىٰةً ۗ وَيُحَذِّرُكُمُ ٱللَّهُ نَفْسَهُۥ ۗ وَإِلَى ٱللَّهِ ٱلْمَصِيرُ ﴿٢٨﴾ ﴾ (آل عمران : 28)	22
﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ (آل عمران: 37)	14 -20
﴿أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ (آل عمران: 44)	20
﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَتَبَدَّلُوا۟ ٱلْخَبِيثَ بِٱلطَّيِّبِ ۖ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ﴾ (النساء : 2)	126
﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾ (سورة النساء: 3)	80
﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ	80 -19

	﴿ إِسۡرَافٗا وَبِدَارًا أَن يَكۡبَرُواْۚ وَمَن كَانَ غَنِيّٗا وَمَن كَانَ فَقِيرٗا فَلۡيَأۡكُلۡ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِذَا دَفَعۡتُمۡ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ فَأَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِمۡۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبٗا ﴾ (النساء: 6)
127	﴿ وَإِذَا حَضَرَ ٱلۡقِسۡمَةَ أُوْلُواْ ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينُ فَٱرۡزُقُوهُم مِّنۡهُ وَقُولُواْ لَهُمۡ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗا ﴾ (النساء : 8)
125	﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ أَمۡوَٰلَ ٱلۡيَتَٰمَىٰ ظُلۡمًا إِنَّمَا يَأۡكُلُونَ فِي بُطُونِهِمۡ نَارٗا وَسَيَصۡلَوۡنَ سَعِيرٗا ﴾ (النساء : 10)
122	﴿وَٱعۡبُدُواْ ٱللَّهَ وَلَا تُشۡرِكُواْ بِهِۦ شَيۡـٔٗاۖ وَبِٱلۡوَٰلِدَيۡنِ إِحۡسَٰنٗا وَبِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡجَارِ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡجَارِ ٱلۡجُنُبِ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلۡجَنۢبِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ ﴾ (النساء: 36)
80	﴿فِي يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ﴾ (النساء: 127)
111	﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلٗا ﴾ (النساء: 141)
34	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلۡكَٰفِرِينَ أَوۡلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ﴾ (النساء: 144)
145	﴿ وَكَتَبۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ وَٱلۡعَيۡنَ بِٱلۡعَيۡنِ وَٱلۡأَنفَ بِٱلۡأَنفِ وَٱلۡأُذُنَ بِٱلۡأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞ ﴾ (المائدة: 45)
125	﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ ﴾. (الأنعام : 152)

﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ (الأنعام : 164)	67
﴿ قَالُوا۟ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾ ﴾ (يوسف: 72)	18
﴿ ۞ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴿٧٠﴾ ﴾ (سورة الإسراء: 70).	ج
﴿ إِذْ تَمْشِىٓ أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُۥ ﴾ (طه: 40)	20
﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ﴾ (الأحزاب: آيتين 4-5)	101 -64
﴿ سَلْهُمْ أَيُّهُم بِذَٰلِكَ زَعِيمٌ ﴿٤٠﴾ ﴾ (القلم: 40)	18
﴿وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا ﴾ (الإنسان : 8)	122
﴿فَلَا ٱقْتَحَمَ ٱلْعَقَبَةَ وَمَآ أَدْرَىٰكَ مَا ٱلْعَقَبَةُ فَكُّ رَقَبَةٍ أَوْ إِطْعَٰمٌ فِى يَوْمٍ ذِى مَسْغَبَةٍ يَتِيمًا ذَا مَقْرَبَةٍ ﴾ (البلد، الآيات: 11-16)	122

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	التخريج	الصفحة
«اجتنبوا السبع الموبقات: قالوا يا رسول الله و ما هن؟ قال: الشرك بالله و السحر و قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق و أكل الربا و أكل مال اليتيم و التولي يوم الزحف و قذف المحصنات المومنات الغافلات»	صحيح البخاري, كتاب الوصايا, باب التحذير من أكل مال اليتيم	126
«السلطان ولي من لا ولي له»	موسوعة الحديث الشريف: الكتب الستة.	97-35
«أنا و كافل اليتيم في الجنة هكذا و قال بإصبعيه السبابة و الوسطى»	فتح الباري شرح صحيح البخاري, كتاب الأدب, باب من يعول يتيم.	20
«إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم و أسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم»	ضعيف سنن أبي داود, كتاب الأدب, باب في تغيير الأسماء.	100
«تحرز المرأة ثلاث مواريث: عتيقها و لقيطها وولدها الذي لا عنت عليه»	التوضيح لشرح الجامع الصحيح, كتاب الفرائض, باب ميراث الملاعنة.	132
«لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم إلى الليل»	صحيح سنن أبي داود, كتاب الوصايا, باب متى ينقطع اليتم.	81
«ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء, هل تحسون فيها من جدعاء؟»	فتح الباري شرح صحيح البخاري ,كتاب الجنائز, باب إذا مات الصبي هل يصلى عليه؟.	112

«من قبض يتيما من بين المسلمين إلى طعامه و شرابه أدخله الله الجنة البتة إلا أن يعمل ذنبا لا يغفر»	سنن الترميذي, و هو الجامع الصحيح, أبواب البر و الصلة, ما جاء في رحمة اليتيم.	**122**

فهرس المصادر و المراجع

القرآن الكريم

ا-المصادر والمراجع باللغة العربية

أولا- النصوص القانونية:

أ - **النصوص الوطنية:**

***الدساتيـــــر:**

1. مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب 1417هـ الموافق لـ 7 ديسمبر 1996 المتضمن تعديل الدستور الجزائري. (جريدة رسمية عدد 76، مؤرخة في 27 رجب 1417هـ الموافق لـ 08 ديسمبر 1996).

***النصوص العاديـــة:**

2. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات (الجريدة الرسمية عدد 49، مؤرخة في 21 صفر عام 1386هـ الموافق لـ 11 يونيو 1966م).
3. أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، (جريدة رسمية، عدد 21, مؤرخة في الجمعة 21 ذو الحجة 1389ه الموافق لـ 27 فيفري1970).
4. مرسوم تنفيذي رقم 71-156 مؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1391 الموافق لـ 3 يونيو ستة 1971 المتعلق بتغيير اللقب(جريدة رسمية، عدد 17، مؤرخة في الجمعة 18 ربيع الثاني، عام 1391هـ الموافق لـ11 يونيو سنة 1971م).
5. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني (جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في الثلاثاء 24 رمضان

عام 1395 هـ الموافق لـ30 سبتمبر سنة 1975).

6. مرسوم رقم 80-83 مؤرخ في 15 مارس 1980 المتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين و تنظيمها و سيرها (الجريدة الرسمية عدد 12 مؤرخة في 1 جمادى الأولى 1400ه الموافق لـ18 مارس 1980).

7. مرسوم رقم 81-296 مؤرخ في أكتوبر 1981 متعلق بإنشاء دور الأطفال و ضبط القائمة (جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 27 أكتوبر 1981).

8. قانون رقم 82-04 مؤرخ في 13 فيفري 1982 المتضمن تعديل قانون العقوبات(جريدة رسمية، عدد 7، مؤرخة في 22 ربيع الثاني عام 1402هـ الموافق لـ 16 فيفري 1982).

9. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة (جريدة رسمية عدد 24، مؤرخة في الثلاثاء 12 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 12 يونيو 1984).

10. مرسوم تكميلي رقم 86-123 مؤرخ في 6 ماي 1986 يتمم قائمة دور الأطفال المسعفين (جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 7 ماي 1986).

11. مرسوم تنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 8 رجب عام 1412ه الموافق لـ 13 يناير سنة 1992م المعدل و المتمم للمرسوم المتعلق بتغيير اللقب (جريدة رسمية، عدد 5، مؤرخة في الأربعاء، 17 رجب عام 1412هـ الموافق لـ 22 يناير لسنة 1992).

12. مرسوم رقم 03-465 مؤرخ في 1 ديسمبر 2003 المتعلق بإتمام القائمة الملحقة بالمرسوم رقم 80-83(جريدة رسمية عدد 75 مؤرخة في 7 ديسمبر 2003).

13. الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن لقانون الجنسية المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005).

14. أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426ه الموافق لـ 9 فبراير 2005م المتضمن

تعديل و اتمام قانون الأسرة (جريدة رسمية عدد 15, مؤرخة في 18 محرم1426ه الموافق لـ 27 فبراير2005م)

15. القانون رقم 05-10 المتضمن تعديل الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني (جريدة رسمية عدد 44، مؤرخة في 19 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ26 يونيو 2005).

16. قانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 صفر 1429ه الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (الجريدة الرسمية عدد 21 مؤرخة في 17ربيع الثاني1429ه الموافق لـ 23 أبريل 2008).

ب-النصوص الأجنبية:

النصوص التونسية

***الدساتيـــر:**

17. قانون عدد 57 لسنة 1959 مؤرخ في 25 ذي القعدة 1378 وفي أول جوان 1959 في ختم دستور الجمهورية التونسية وإصداره (الرائد الرسمي عدد 30، مؤرخ في 25 ذي القعدة 1378 هـ الموافق لـ1جوان 1959).

***النصوص العادية:**

18. أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906 المتضمن مجلة الالتزامات و العقود (منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية).

19. أمر مؤرخ في 6محرم 1376ه الموافق لـ 13 أوت 1956م يتعلق بإحداث مجلة الأحوال الشخصية (الرائد الرسمي عدد 66, مؤرخ في 10محرم 1376ه الموافق لـ 17 أوت 1956م)

20. قانون عدد 27 لسنة 1958 مؤرخ في 12 شعبان 1377هـ الموافق لـ 04 مارس 1958م المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، (الرائد الرسمي عدد 19 بتاريخ 07 مارس 1958م).

21. قانون عدد 69 مؤرخ في 12 ذي الحجة 1378 الموافق لـ 19 جوان 1959 يتعلق

بتنقيح بعض فصول من قانون التبني (الرائد الرسمي عدد 34، مؤرخ في 16-19 ذي الحجة 1378 الموافق لـ 23 و26 جوان 1959).

22. مرسوم عدد6 لسنة 1963 مؤرخ في 4 شوال 1382 الموافق لـ 28 فيفري 1963 المتعلق بمجلة الجنسية التونسية (رائد رسمي عدد11, مؤرخ في 5مارس 1963).

23. القانون عدد 17 المؤرخ في 28 ماي 1964 الذي أضاف كتاب الهبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية (الرائد الرسمي عدد 27 المؤرخ في 26 ماي 1964).

24. قانون عدد 47 لسنة 1967 مؤرخ في 21 نوفمبر 1967 يتعلق بوضع الأطفال لدى العائلات (الرائد الرسمي عدد 49، مؤرخ في 21-24 نوفمبر 1967).

25. قانون عدد 55 سنة 1982 مؤرخ في 4 جوان 1982 المتضمن المجلة الجزائية التونسية (الرائد الرسمي عدد 42 مؤرخ في 11 جوان 1982).

26. قانون عدد 92 لسنة 1995 مؤرخ في 9 نوفمبر 1995 المتضمن مجلة حماية الطفل (الرائد الرسمي عدد 90، مؤرخ يوم الجمعة 17 جمادى الثانية 1416هـ الموافق لـ 10 أكتوبر1995).

27. القانون رقم 93 مؤرخ 9 نوفمبر 1995 المتعلق بتنقيح بعض فصول المجلة الجزائية التونسية(رائد رسمي عدد 90 مؤرخ في 10 نوفمبر 1995).

28. القانون عدد 51 مؤرخ في 7 جويلية 2003 يتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد75 مؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب و إتمامها (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54، المؤرخ في الثلاثاء 8 جمادى الأولى 1424- الموافق لـ 8 جويلية 2003).

29. قانون عدد 55 سنة 2010 المؤرخ في 1 ديسمبر 2010 المتعلق بتقيح بعض أحكام مجلة الجنسية التونسية (الرائد الرسمي عدد97 المؤرخ في 3 ديسمبر 2010).

النصوص المغربية:

30. ظهير شريف رقم 1.59.413 المتعلق بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي (جريدة رسمية عدد 2640 مكرر مؤرخة في 12 محرم 1383هـ الموافق لـ 5 يونيو 1963م).

31. ظهير شريف رقم 1.02.130، صادر في فاتح ربيع الآخر 4123هـ الموافق لـ 13 يونيو 2002 المتضمن تنفيذ القانون رقم 01-15 المتعلق بقانون كفالة الأطفال المهملين(الجريدة الرسمية عدد 5031. 10 جمادى الآخرة 1423هـ الموافق لـ 19 - أغسطس 2002).

32. ظهير شريف رقم 239.02.1 في المؤرخ في 3 أكتوبر 2002 القاضي بتنفيذ القانون رقم 99-37 المتعلق بقانون الحالة المدنية المغربي (الجريدة رسمية عدد 5054, مؤرخ في 2 رمضان 1423, الموافق لـ 7 نوفمبر 2002).

33. ظهير شريف رقم 1.03.207 صادر في 16 رمضان 1424هـ الموافق لـ 11 نوفمبر 2003 بتنفيذ القانون رقم: 24.03 متعلق بتغيير وتتميم القانون الجنائي (جريدة رسمية عدد 5175، مؤرخة في 12 ذو القعدة 1424هـ- 5 يناير 2004م).

34. ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ 3 فيفري 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة (جريدة رسمية عدد 5184، مؤرخة في 14 ذو الحجة 1424هـ الموافق لـ 5 فيفري 2004).

ثانيا- الكتب القانونية:

- أبو زهرة محمد:

35. **الولاية على النفس.** د ط ؛ القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 1994م.

36. **تنظيم الإسلام للمجتمع.** د.ط؛ القاهرة: دار الفكر العربية، د.ت.

37. آث ملويا الحسين بن الشيخ ، **المنتقى فى قضاء الأحوال الشخصية** . طـ ثانية؛ الجزائر: دار هومة، 2006م.

38. الجندي أحمد نصر، **شرح قانون الأسرة الجزائري.** د ط؛ مصر: دار الكتب القانونية،

دت.

39. السالوس علي أحمد، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة.** طـ أولى؛ الكويت: مكتبة الفلاح، 1406هـ، 1986م.

40. السعدي محمد صبري، **شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية.** طـ أولى؛ عين مليلة، الجزائر: دار الهدى، 1991-1992م.

41. العيش فضيل، **شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد.** دط؛ دار الفكر، 2007-2008م.

42. القرضاوي يوسف، اعداد خالد خليفة السعد, **الاستلحاق والتبنى فى الشريعة الإسلامية.** طـ أولى؛ القاهرة: مكتبة وهبة، 1421هـ-2000م.

43. اللجمي محمد، **الحصانة العائلية فى القانون التونسي والمقارن .** دط؛ تونس، 2005م.

44. باوني محمد، **عقد الزواج و آثاره دراسة مقارنة بين الفقه و القانون .** طـ أولى؛ قسنطينة, الجزائر: دار بهاء الدين, 2009م.

45. بلحاج العربي، **أحكام التركات والمواريث، على ضوء قانون الأسرة الجديد .** طـ أولى؛ عمان، الأردن: دار الثقافة، 1430هـ-2009م.

46. بن حرز الله عبد القادر، **الخلاصة فى أحكام الزواج والطلاق فى الفقه الإسلامى وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له .** طـ أولى؛ القبة القديمة، الجزائر: دار الخلدونية، 1428هـ-2007م.

47. بن شوبخ الرشيد, **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل.** طـ أولى؛ القبة القديمة: دار الخلدونية، 1429هـ-2008م.

48. بن ملحة الغوثي، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء .** طـ ثانية؛ بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008م.

49. بوسقيعة أحسن، **الوجيز فى القانون الجنائى الخاص .** دط؛ بوزريعة، الجزائر: دار هومة، 2003م.

50. حمدان عبد المطلب عبد الرزاق, **أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي**، د ط؛ الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة، 2006م.

51. ذيب عبد السلام، **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، ترجمة للمحاكمة العادلة.** دط؛ الجزائر: موفم للنشر، 2009م.

52. روتي الطيب، **الوسيط في الجنسية الجزائرية .** دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، دط؛ الجزائر: مطبعة الكاهنة، 2002م.

- سعد عبد العزيز:

53. **نظام الحالة المدنية في الجزائر.** طـ ثانية؛ بوزريعة, الجزائر: دار هومة، دت.

54. **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري.** طـ ثالثة؛ الجزائر: دار هومة، 1996م.

55. صلاواتي ياسين, **الموسوعة العربية الميسرة و الموسعة .** طـ أولى؛ بيروت, لبنان: مؤسسة التاريخ العربي, 1422ه-2001م.

56. فيلالي علي، **الالتزامات: النظرية العامة للعقد .** طـ ثانية؛ الجزائر: موفم للنشر، 2005م.

57. ملا رجب عبد الأحد، **أحكام اليتيم في الفقه الإسلامي** ، د ط؛ المملكة العربية السعودية: دار أطلس, 1412هـ - 1413هـ.

ثالثا- كتب الشريعة الإسلامية

- ابن الأشعث السجستاني (سليمان):

58. **صحيح سنن أبي داود .** تأليف محمد ناصر الدين الألباني, طـ أولى؛ الكويت: دار غراس, 1423ه-2002م.

59. **ضعيف سنن أبي داود .** محمد ناصر الدين الألباني , طـ أولى؛ الرياض: مكتبة المعارف, 1419ه-1998م.

60. ابن أحمد الانصاري الشافعي (سراج الدين أبي حفص عمر بن علي), **التوضيح**

لشرح الجامع الصحيح. ط- أولى؛ الشويخ, الكويت: غراس, 1431ه-2010م.

61. ابن حجر العسقلاني (أحمد بن علي)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري.** ط- ثالثة؛ الرياض: دار السلام, 1421ه-2000م.

•ابن رشد (أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي الأندلسي):

62. **بداية المجتهد و نهاية المقتصد.** ط- أولى؛ مصر: مطبعة محمد علي صبيح, دت.

63. **البيان و التحصيل و الشرح و التوجيه و التعليل في مسائل المستخرجة .** تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال, ط ثانية؛ بيروت, لبنان: دار الكتب القانونية, 1408ه-1988م.

64. ابن عابدين (محمد أمين), **حاشية ابن عابدين رد المختار .** دط؛ د بلد النشر: دار الفكر, دت.

65. ابن قدامى موفق الدين و ابن قدامى المقدسي شمس الدين، **المغنى ويليه الشرح الكبير.** دط؛ بيروت، لبنان: دار الكتاب العربي، 1403هـ-1983م.

66. ابن القيم الجوزية، **بدائع التفسير، الجامع لتفسير الإمام ابن قيم الجوزية .** ط أولى؛ المملكة العربية السعودية، دار ابن جوزي، 1414هـ-1993م.

67. آل الشيخ (صالح بن عبد العزيز بن محمد بن ابراهيم)، **موسوعة الحديث الشريف - الكتب الستة-.** ط- ثالثة؛ الرياض: دار السلام للنشر والتوزيع، 1421هـ - 2000م.

68. البخاري, بشرح الكرماني, **صحيح البخاري .** ط ثانية؛ بيروت, لبنان: دار إحياء للتراث العربي, 1401ه-1981م.

69. الترميذي (أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة)، **سنن الترميذي و هو الجامع الصحيح.** ط ثانية؛ بيروت, لبنان: دار الفكر, 1403ه-1973م.

70. الدسوقي (شمس الدين الشيخ محمد عرفة على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير و بهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة سيدي الشيخ محمد عليش), **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.** دط, دار الفكر, دت.

71. أبو بكر الجزائري، **منهاج المسلم.** طـ جديدة؛ القاهرة، مصر: دار السلام، دت.

•الزحيلي وهبة:

72. **الفقه الإسلامي وأدلته.** طـ ثانية؛ دمشق، سوريا: دار الفكر، 1405هـ-1985م.

73. التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج . طـ أولى؛ بيروت، لبنان: دار الفكر المعاصر، 1411هـ 1991م.

74. **موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر.** طـ أولى؛ دمشق, سورية: دار المكتبي, 1427ه-2007م.

75. الطبراني (أبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب)، **التفسير الكبير -تفسير القرآن العظيم-.** طـ أولى؛ إربد، الأردن: دار الكتف الثقافي، 2008م.

76. القرافي (شهاب الدين أحمد بن ادريس, تحقيق محمد بوخبزة), **الذخيـــرة.** طـ أولى؛ بيروت: دار العرب, 1994م.

77. القرطبي (أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري)، **الجامع لأحكام القرآن .** دط؛ بيروت دار الكتاب العربي، دت.

78. الماوردي (أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب, حققه و خرج أحاديثه و علق عليه محمود مطرجي), **الحاوي الكبير.** دط؛ بيروت, لبنان: دار الفكر, 1414ه-1994م.

79. المناوي، **فيض القدير شرح الجامع الصغير .** طبعة ثانية، دار الفكر، 1391هـ-1972م.

80. طنطاوي (محمد السيد), **التفسير الوسبط للقرآن الكريم.** ط ثانية؛ ميدان أحمد ماهر, شارع الجداوي: مطبعة السعادة, 1403ه-1983م.

رابعا- المعاجم

81. ابن منظور (أبي الفضل محمد بن مكرم الإفريقي المصري)، **لسان العرب.** طـ أولى، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2005م-1426هـ.

82. الزبيدي (محمد مرتض بن محمد الحسيني)، **تاج العروس من جواهر القاموس**. طـ أولى؛ بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 2007م-1428هـ.

83. بدوي زكي, **معجم مصطلحات الرعاية و التنمية الاجتماعية**. طـ أولى؛ بيروت, لبنان: دار الكتاب اللبناني, 1407ه-1987م.

خامسا- المقالات

84. بوتغرار علاوة, خدروش الدراجي, «الكفالة بين قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية». **نشرة الموثق**, جويلية 2010م.

85. زروقي مصطفى، «كفالة الأطفال في القانون المغربي ». **مجلة الكترونية لندوات محاكم فاس**, العدد الخامس، أكتوبر 2007م.

86. قاشي علال، «حماية الطفل اللقيط في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري». **مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية**, العدد 23، ربيع الثاني 1428هـ/ماي 2007.

87. محمدي (زواوي) فريدة، «مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتلعق بتفسير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية». **المجلة القضائية**، العدد الثاني، 2000م.

88. معوان مصطفى، «أسباب تحريم التبني واحلال الكفالة». **مجلة المعيار**, العدد التاسع، مجلة تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر –قسنطينة-، 2004م.

سادسا- المذكرات والرسائل الجامعية

89. العرفي كمال، « **التنزيل حقيقته ومشروعيته**» ، دراسة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية والاجتماعية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 1419-1420هـ/1998-1999م.

90. زياني نبيل, «**كفالـة الأيتام والأرامل في ضوء الأحاديث النبوية-تـخريج ودراسة-**», مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحديث وعلومه, كلية أصول الدين والشريعة والحضارة

الإسلامية, قسم الكتاب والسنة, جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة, 2002-2003م

91. شرفاوي صورية، « **رعاية اليتيم من خلال الكتاب والسنة»** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الكتاب والسنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر باتنة، 1423هـ-1424هـ/2002-2003م.

92. عتيق نظيرة, **«حماية اللقيط –دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والمواثيق الدولية»** , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون, كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية, قسم أحوال شخصية, جامعة الأمير عبد القادر, 1427ه-1428ه/2007م-2008م

93. مومن فطيمة، «**أحكام اللقيط بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري** »، مذكر لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإجتماعية والعوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2005-2006م.

سابعا- المجلات القضائية و الدوريات:

94. المجلة القضائية- العدد الرابع, سنة 1989م.

95. المجلة القضائية، العدد الأول، 1996م.

96. دليل طرق و اجراءات الكفالة.

ثامنا-المراجع باللغة الفرنسية:

Les ouvrages

97. Benmelha Ghaouti, le droit algérien de la famille, office du publication universitaires, benaknoun, alger.

Les articles

98. moutassem-mimouni Badra, «les enfants privés de famille en algérie», **insaniyat.** Revue algérienne d'anthropologie et de science sociale, n°41, juillet-septembre 2008

سابعا- المقابلات الشخصية

1-مقابلة شخصية مع الرئيس: حمدي باشا عمر رئيس محكمة قالمة في مقابلة معه أجريت يوم 21 فيفري 2011.

2-مقابلة شخصية مع الآنسة: عواسة حياة، أخصائية نفسانية بمديرية النشاط الإجتماعي والتضامن لولاية قالمة يوم 2مارس 2011.

3-مقابلة شخصية مع السيدة: مهدي فطومة، وهي مساعدة اجتماعية بمديرية النشاط الاجتماعي والتضامن لولاية قالمة. مكتب الأطفال المسعفين, يوم 2 مارس 2011.

4-مقابلة شخصية مع السيدة: نجاة بوخ رص وهي مربية رئيسية على مستوى دار الطفولة المسعفة بنات، يوم 9 جوان 2011.

5-مقابلة شخصية مع البنت: مريم مقيمة بدار الطفولة المسعفة قسنطينة بنات.

6-مقابلة شخصية مع البنت: سميرة مقيمة بدار الطفولة المسعفة قسنطينة بنات.

7-مقابلة شخصية مع السيدة توام نادية مساعدة اجتماعية رئيسية, بمديرية النشاط الاجتماعي والتضامن قسنطينة. يوم 14 جوان 2011.

8-محاضرة ملقاة من قبل الأستاذ كاملي مراد تحت عنوان محاضرات في عقد الزواج و آثاره 2010.

9-مقابلة مع مصالح الضمان الاجتماعي بقسنطينة مع التحفظ من ذكر الألقاب و الصفات.

10-مقابلة مع مكتب للتوثيق بقسنطينة مع التحفظ من ذكر الالقاب و الصفات.

فضـــــاء الانترنـــت

محركات البحث:

www.google.fr

www.jurispedia.org

مواقع الانترنت:

www.aladel.gov.ly

www.justice.gov.ma

www.cabinetbassamat.com

www.edirect-tunisie.net

www.lawoflibya.com

http://wrcati.cawtar.org

فهرس الموضوعات

المقدمة	أ
الفصل الأول: نظام الكفالة في التشريعات المغاربية	
تمهيـــــــــــد	13
المبحث الأول: مفهوم الكفالة في التشريعات المغاربية	14
المطلب الأول: تعريف الكفالة في التشريعات المغاربية	14
الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة	14
الفرع الثاني: تعريف الكفالة قانونا	15
البند الاول: التعريف الخاص بالقانون المدني	15
البند الثاني: التعريف الخاص بالأحوال الشخصية	16
الفرع الثالث: تعريف الكفالة في النصوص الشرعية	18
الخلاصة	21
المطلب الثاني: شروط الكفالة وأركانها في التشريعات المغاربية	22
الفرع الأول: شروط الكافل في التشريعات المغاربية	22

البند الأول: شروط الكافل في التشريع الجزائري	22
البند الثاني: شروط الكافل في التشريع المغربي	28
البند الثالث: شروط الكافل في التشريع التونسي	30
البند الرابع: شروط الكافل في التشريع الليبي	33
البند الخامس: المقارنة بين التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية	33
الفرع الثاني: شروط المكفول في التشريعات المغاربية	35
البند الأول: شروط المكفول في التشريع الجزائري	35
البند الثاني: شروط المكفول في التشريع المغربي	37
البند الثالث: شروط المكفول في التشريع التونسي	39
البند الرابع: شروط المكفول في التشريع الليبي	40
البند الخامس: المقارنة بين التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية	40
الفرع الثالث: شروط الكفالة وأركانها في التشريعات المغاربية	42
الخلاصة	44
المبحث الثاني: إجراءات إنشاء الكفالة و خصائصها و كيفية انتهائها في	46

التشريعات المغاربية	
المطلب الأول: إجراءات إنشاء الكفالة في التشريعات المغاربية	46
الفرع الأول: إجراءات إنشاء الكفالة في التشريع الجزائري	46
الفرع الثاني: إجراءات إنشاء الكفالة في التشريع المغربي	55
الفرع الثالث: إجراءات إنشاء الكفالة في التشريع التونسي	58
الفرع الرابع: المقارنة بين التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية	62
المطلب الثاني: خصائص الكفالة و كيفية انتهائها في التشريعات المغاربية	63
الفرع الأول: خصائص الكفالة في التشريعات المغاربية	64
الفرع الثاني: كيفية انتهاء الكفالة في التشريعات المغاربية	68
البند الأول: كيفية انتهاء الكفالة في التشريع الجزائري	68
البند الثاني: كيفية انتهاء الكفالة في التشريع المغربي	78
البند الثالث: كيفية انتهاء الكفالة في التشريع التونسي	78
البند الرابع: كيفية انتهاء الكفالة في التشريع الليبي	78
البند الخامس: المقارنة بين التشريعات المغاربية و مدى استنادها	79

للشريعة الإسلامية	
خلاصـــة الفصـــل	84
الفصل الثاني: حماية المكفول في التشريعات المغاربية	
تمهيـــــد	86
المبحث الأول: الحماية الأدبية للمكفول في التشريعات المغاربية	87
المطلب الأول:الولاية على المكفول في التشريعات المغاربية	87
الفرع الأول: تعريف الولاية وأقسامها	87
الفرع الثاني: الولاية على المكفول في التشريعات المغاربية	90
البند الأول: الولاية على المكفول في التشريع الجزائري	90
البند الثاني: الولاية على المكفول في التشريع المغربي	93
البند الثالث: الولاية على المكفول في التشريع التونسي	95
الفرع الثالث: المقارنة بين التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية	95
المطلب الثاني: نسب المكفول دينه وجنسيته في التشريعات المغاربية	98
الفرع الأول: نسب المكفول في التشريعات المغاربية	99

البند الأول: نسب المكفول في التشريع الجزائري	99
البند الثاني: نسب المكفول في التشريع المغربي	105
البند الثالث: نسب المكفول في التشريع التونسي	107
البند الرابع: نسب المكفول في التشريع الليبي	109
الفرع الثاني: دين المكفول وجنسيته في التشريعات المغاربية	110
الفرع الثالث: المقارنة بين التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية	114
المبحث الثاني: الحماية المادية للمكفول في التشريعات المغاربية	116
المطلب الأول: نفقة المكفول ملكيته وميراثه في التشريعات المغاربية	116
الفرع الأول: نفقة المكفول في التشريعات المغاربية	116
البند الأول: نفقة المكفول في التشريع الجزائري	117
البند الثاني: نفقة المكفول في التشريع المغربي	120
البند الثالث: نفقة المكفول في التشريع التونسي	120
البند الرابع: المقارنة بين التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية	121
الفرع الثاني: ملكية المكفول وميراثه في التشريعات المغاربية	123

البند الأول: ملكية المكفول في التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية	123
البند الثاني: ميراث المكفول في التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية	130
المطلب الثاني: جناية المكفول في التشريعات المغاربية	133
الفرع الأول: اعتداء المكفول على غيره في ظل التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية فيما أخذت به من قواعد لحمايته	134
الفرع الثاني: اعتداء الغير على المكفول في ظل التشريعات المغاربية و مدى استنادها للشريعة الإسلامية فيما أخذت به من قواعد لحمايته	141
خلاصـــة الفصـــل	146
الخاتمة	147
الملحق	153
الفهـــــــارس الفنية	
مواضيع الفهارس الفنية	171
فهرس الآيات القرآنية	172
فهرس الأحاديث النبوية	175

فهرس المصادر والمراجع	176
فهرس الموضوعات	189
الملخص	

الملخـــص:

الكفالة هي نظام بديل للتبني وصفه المشرع لغاية اجتماعية وذلك لرعاية الأولاد وتوفير لهم الحماية, خاصة إذا كان هؤلاء الأطفال من اليتامى ومن في حكمهم من اللقطاء, فقد قال الله تعالى فيهم: «و اعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذي القربى واليتامى...» (سورة النساء الآية 36), فربط الله سبحانه وتعالى الأمر بالإحسان إلى اليتامى , بالأمر بتوحيده, فالإحسان والعطف على اليتامى من الإيمان وهذا ما يضفي الكثير من الأهمية لهذه الدراسة , فعلى اعتبار الشريعة الإسلامية هي التشريع السماوي المعصوم عن الخطأ, فما هو حال القوانين الوضعية في هذا المجال؟ وما مدى تحقيق التشريعات المغاربية لهذه الحماية؟

هل اعتمدت نظام الكفالة مستندة للشريعة الإسلامية؟ وما هو مفهوم الكفالة التي اعتمدته؟

و قد عرض هذا البحث في مقدمة وفصلين وخاتمة, مرفقا بملحق.

فالمقدمة عرضت فيها تمهيدا للموضوع, وبينت أهميته وحددت من خلالها إشكالية البحث وأهدافه والدراسات السابقة في هذا الموضوع, والتي بينا بأنها قليلة تكاد تكون منعدمة, وهي عبارة عن دراسات جزئية, وأخيرا بينا للمنهجية التي تم بها هذا البحث.

وأما الفصل الأول, فتناول دراسة نظام الكفالة في التشريعات المغاربية من خلال مبحثين, بيّن المبحث الأول منه مفهوم الكفالة بعرض لتعريفها لغة وقانونا, وشرعا ولشروطها في التشريعات المغاربية, والمقارنة بينها, ومدى استنادها للشريعة الإسلامية في ذلك, فتبين أن معانيها موحدة وتصب على معنى القيام بكل شؤون طفل قاصر ورعايته وتربيته, قيام الأب بابنه, وهو المعنى الذي أخذ به الشرع الإسلامي.

أما من حيث شروطها فاختلفت التشريعات المغاربية في بعض الجزئيات, لكنها اتفقت في أهمها وهي أن يكون الكافل بالغا, عاقلا, مسلما مستندين في ذلك لأحكام الشريعة السمحاء, ما عدا التشريع التونسي الذي لم يشترط الإسلام في الكافل.

و أما عن شروط المكفول, فذهب التشريعين الجزائري والتونسي أن كل طفل يمكن أن يكون محل كفالة, على عكس التشريع المغربي, الذي خص الكفالة بالطفل المهمل, وهو ذلك الطفل الذي صدر في شأنه حكم بإهماله, وهو كل طفل لا يجد عائلا ولا مربي سواء لفقده لوالديه, أو عجزهما أو جهلهما أو سقوط الولاية عنهما.

و فيما يخص المبحث الثاني , فخصص لعرض اجراءات الكفالة و خصائصها و كيفية انتهائها.

بينما عنى الفصل الثاني , بتبيين مظاهر حماية الطفل المكفول من خلال دراسة ما ورد في هذا الشأن بقوانين التشريعات المغاربية, ومدى مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية, لأن هذه الأخيرة هي الأقدر على توفير الحماية اللازمة لكل إنسان كبيرا وصغيرا, فقسم هذا الفصل إلى مبحثين: الأول خصص للحماية الأدبية للمكفول, ويبين كيف أن نظام الكفالة يحقق الحماية للمكفول في نسبه ودينه والولاية عليه, بينما المبحث الثاني فخصص للحماية المادية له من خلال تأمين نفقته وحماية ملكيته وميراثه وجنايته, سواء أكان المكفول معتديا على غيره, أو اعتداء الغير عليه.

و أخيرا ختمت هذا البحث بأهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة, وبينت فيها أن اختلاف قوانين وتشريعات الدول المغاربية, إنما يعبر عن الثراء الفقهي والقانوني ويجب استغلاله وتبادل الخبرة من أجل الوصول إلى قانون موحد يسعى إلى ترقية حماية المكفول, والذي يتحقق دون شك بالتمسك بتعاليم الشريعة الإسلامية السمحاء.

كما أرفقت هذا البحث بملحق يعبر عما قمت به من دراسة تطبيقية ميدانية بخصوص هذا الموضوع, فقمت ببعض المقابلات مع رئيس محكمة قالمة, لأنه هو الذي يتم أمامه عقد الكفالة, وتحصلت على نموذجين من هذا العقد, كما تقابلت مع بعض مسؤولي الجهات الوصية على الطفولة المسعفة في ولاية قالمة وولاية قسنطينة وتحصلت على مجموعة من الوثائق التي يحتاجها المكفول مجهول النسب في حياته اليومية.

تـمّ بحمـــــــد الله

Résumé :

La kafala est un système palliatif à l'adoption d'enfants.

Elle est décrite par le législateur comme un objectif social pour fournir aux orphelins toute la protection nécessaire et voulue considérant l'infaillibilité de la loi divine, je me demande si la législation magrébine prise sur règlement de la charia, et si elle a atteint son but en matière de protection de l'enfant ?

Cette étude est présentée par une introduction, deux chapitres et une conclusion.

J'ai démontré dans l'introduction, l'importance de ce sujet dans une société, ses objectifs, les études antérieurs traitant ce dernier et qui étaient rares, ainsi que la méthode adoptée pour cette recherche.

dans le premier chapitre j'ai traité, en deux partie, la kafala dans la législation magrébine.

Dans la première partie, j'ai défini la kafala et ses conditions dans les divers pays de Maghreb et établi une comparaison, et leurs compatibilité avec les percepts de la charia.

Qui fait ressorti un sens uniforme a savoir l'éducation de l'orphelin et son bien être, mais des différances sont apparus sur certain détails lies aux conditions de la kafala, illustrées par la législation tunisienne qui n'exige pas du sponsor d'être musulman.

Il y va même pour la législation marocaine qui exige que l'enfant sujet de la kafala, doit être abandonné.

Quant a la deuxième partie, j'ai traité les procédures de la kafala, ses propriétés et la manière de son achèvement.

En ce qui concerne le deuxième chapitre, j'ai démontré les aspects de la protection infantile et éventuellement sa compatibilité avec les percepts de la charia.

Le chapitre est divisé en deux partis, l'une consacrée a la protection morale de l'enfant, l'autre a la protection matérielle.

En conclusion, nous estimons que l'unification des lois magrébine est nécessaire pour la promotion de la protection de l'enfant et que l'esprit de ces lois doit être tiré des dogmes de la charia.

J'ai joint une annexe, dans laquelle figure des documents relatifs a la kafala.

Notons que cette recherche a été soutenue par une étude pratique et des annotations de certains responsables.

Summary:

The Kafala is a palliative system for child adoption.

The legislator described it for a social objective which is to provide orphans with all the necessary and wanted protection by taking into consideration the infallibility of divine law.

Is the Maghreb legislation based on islamic Sharia? did it achieve its purposes in terms of protecting children?

This study is presented by an introduction, two chapters and a conclusion.

In the introduction, I demontrated the importance of this subject in society, its main objectives, the previous studies that treated this latter and which were quite rare, as well as the method that I adopted in this research.

In the first chapter that I subdivided into two parts, I treated the Kafala in the Maghreb legislation.

The first part defines the Kafala and its conditions in Maghreb countries. I established a comparision between them and also their compatibility with percepts of islamic Sharia. as a result, they all have a uniform sense, that is to say raising orphans et assuring their wellfare. however, there are some different points concerning certain details that are related to conditions of the Kafala, they were illustrated by the tunisian legislation that doesn't claim the sponsor to be a muslim.

As for the moroccan legislation, it requires that the child who is put up to Kafala should be abandoned.

In the second part, I treated the procedures of Kafala, its characteristics and the way of its achievement.

Concerning the second chapter, I demonstrated the aspects of child protection and eventually its compatibility with the percepts of Sharia.

The chapter is subdivided into two parts, one of them is about moral protection and the other one is about material protection.

As a conclusion, I estimate that the unification of Maghreb laws is necessary to promote child protection and that the spirit of those laws should be taken from the dogmas of Sharia.

I joined some attached documents related to Kafala.

It should be noted that this research has been supported by a practical study and annotations of certain people in charge.