جامعة وهـران 2

محمـــد بـــن أحمـــد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د شعبة الحقوق

تخصص قانون خاص معمق

الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية

تحت إشراف:

الأستاذة: بولنوار عزمو مليكة

من إعداد الطالبة:

- بن عبد الله نريمان

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذة حمدان ليلى..... أستاذة جامعة وهران2.....رئيسة

الأستاذة بولنوار عزمو مليكة..... استاذة جامعة وهران2.....مشرفة ومقررة

الأستاذة بوخاتمي فاطمة..... أستاذة جامعة وهران2 .....عضوة مناقشة

الأستاذة مشوات حليمة..... أستاذة محاضرة "أ" جامعة مستغانم..... عضوة مناقشة

الأستاذة مكي خالدية ..... أستاذة محاضرة "أ" جامعة تيارت ..... عضوة مناقشة

السنة الجامعية: 2020/2019

المقدمة:

إن المكانة التي يحتلها الطفل في تحديد مستقبل واستمرارية المجتمعات تجعل منه عنصرا أساسيا في تقرير سياساتها الاجتماعية والثقافية، ولان طبيعة تنشئته تلعب دورا هاما في صقل شخصيته، ورسم دوره المستقبلي تجاه نفسه وغيره ووطنه، كان من الضروري الحرص على توفير محيط أسرى واجتماعي يكفل نموه الطبيعي وتوازنه الاجتماعي، بقوانين تضمن له الحماية ضد كل ما يمكن أن يمس بشخصه وحقوقه[1].

تعد حقوق الطفل من القضايا ذات الأهمية البالغة، حيث جاءت المواثيق الدولية[2] والقوانين الوضعية لتؤكد أهميتها على الصعيدين الدولي والوطني، وتدفع في اتجاه تطبيقها[3]. إلا أن هذه الإرادة الدولية التي تهتم بالتنشئة السليمة للطفل تبقى محدودة الأثر ما لم يتم تجسيدها في التشريعات الداخلية للدول.

ومن منطلق الوعي بأهمية ضمان الحماية التشريعية للطفل، أقدمت الجزائر، ومنذ استرجاعها للسيادة الوطنية على إدراج العديد من المبادئ والأحكام في قوانينها الداخلية التي تضمن حماية قانونية خاصة في جميع

---

1 -الطيب بلعيز، إصلاح العدالة في الجزائر – الانجاز التحدي – دار القصبة للنشر 2008، ص 74-75.

2- الظهور التدريجي لحقوق الطفل على الصعيد الدولي: كان أول نص دولي يعالج حقوق الطفل تصريح جنيف، الذي تم تبنيه من قبل عصبة الأمم المتحدة عام 1924، حيث فقدت هذه الوثيقة قيمتها بعد اندلاع الحرب العالمية الأولى، وجاءت الخطوة التالية في مجال حقوق الإنسان بشكل عام في سنة 1948، واهم ما جاء في هذا الإعلان عن الطفل في نص المادة 25: (للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين، وينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء كانت ولادتهم عن رباط شرعي، أو بطريقة غير شرعية). وفي خطوة غير مسبوقة تم إنشاء مؤسسة الأمم المتحدة لرعاية الطفولة Unicef، وبعد ذلك تم تبني الإعلان العالمي لحقوق الطفل في 1958، والعهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية الاقتصادية والثقافية، بعد ذلك جاء الإعلان عن تبني الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل سنة 1989.

- البوادي حسنين المحمدي، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون الدولي، دار الفكر الجامعي، ط الأولى، 2005. ص72-77.

3-محمد عيد، حقوق الطفل ومسؤولية الوالدين، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، ع الثاني 2004، ص 427.

الجوانب[1]، وخاصة تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية[2]، نظرا لأهميتها في تكوين الطفل وحماية هويته وضمان مستقبله. ولعل أهم ما جاء عن قواعد القانون الدولي في مجال حماية الطفولة، اتفاقية حقوق الطفل التي أقرت مجموعة من المبادئ التي يتوجب على الدول الأطراف احترامها، وضمان عدم التعدي عليها.

انضمت الجزائر إلى الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل[3]، اعترافا منها بهذه الحقوق، مدعمة بذلك مساعيها في إطار التزاماتها الدولية في هذا المجال. حيث تعد حقوق الطفل من أسمى الحقوق التي يجب على الدولة أن تكفلها له عن طريق مؤسساتها القانونية، وحتى عن طريق أحكامها التشريعية التي تخضع الأشخاص القائمة على الطفل تلبية احتياجاته، وتضمن عدم التعدي على حقوقه الشخصية. ومن أهم الحقوق التي يتمتع بها الطفل هي الرعاية والحماية، وهذا ما جاءت به اتفاقية حقوق الطفل في المادة 2/3.

1 – الطيب بلعيز، نفس المرجع السابق، ص 75.

2 – إن أهم النصوص المتعلقة بالأحوال الشخصية، قانون الأسرة، الذي يبين كل الأحكام التي تتعلق بالأسرة من زواج وطلاق وميراث إلى غير ذلك من المسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية. إن قانون الأسرة الجزائري أساس أحكامه الشريعة الإسلامية ، وهو ما بينه المشروع التمهيدي للقانون لسنة 1401 الموافق ل 1981 ، الصادر عن مديرية البحث لوزارة العدل حيث جاء فيه ما نصه : " اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر آلاتية: القران الكريم ، السنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث ، الإجماع ، القياس ، الاجتهاد ، الفقه على المذاهب الأربعة، وعند غير الأربعة في بعض المسائل ، وكذا على نصوص تشريعية في بعض المسائل ، وكذا على نصوص تشريعية أخرى لدول شقيقة هي : قانون الأسرة السوري ، قانون الأسرة المصري مع بعض شروحه ، مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، مجلة الأحوال الشخصية التونسية. حيث نتج عن هذا المشروع قانون 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005.

– لدرع كمال، قانون الأسرة الجزائري بين الاعتراضات واقتراحات التعديل، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 9، 2004.

3 - La convention international relative aux droits de l'enfant a été adoptée par l'assemblée générale de L'O.N.U le 20 novembre 1989 et faite à NEW YORK le 26 janvier 1990.

- Sa ratification par l'Etat Algérien, décret présidentiel du 13 novembre 1992 j.o du 22 décembre 1992.

- Taleb.F, La convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, une avancée historique pour les droits de l'homme .les cahiers de LADREN – N°1 – 2008. P 207.

هناك فئات من الأطفال لا يتمتعون بهذه الرعاية والحماية، بل أكثر من ذلك يتم إهمالهم من طرف ابائهم، وهذا ما يطلق عليه اسم الطفولة المحرومة او المهملة، نتيجة ظروف اجتماعية أو اقتصادية، وحتى عوامل سياسية.

تعرف الطفولة المحرومة أو الطفل المحروم، بأنه الطفل الذي حرم من الرعاية المناسبة لإشباع حاجاته، أو طفل لقيط أو متخلى عنه الذي يولد لأب أو أم غير معروفين فينبذانه للتخلص منه، أو يتركه المسؤولون عنه قانونا. أو كما يستنتج من المادة 1/20 من اتفاقية حقوق الطفل ان الطفل المحروم هو الطفل الذي يحرم من بيئته العائلية سواء كان ذلك بصفة مؤقتة أو دائمة.

تضمن اتفاقية ح.ط للطفل المحروم حماية ورعاية خاصة، وهذا حسب ما ورد في المادة 20: (**للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له حفاظا على مصالحه بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة. –تضمن الدول الأطراف، وفقا لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل. – يمكن أن تشمل هذه الرعاية في جملة الأمور، الحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال**).

ومن هذا المنطلق نجد أن اتفاقية ح.ط أتت بمجموعة من قواعد سائدة في المجتمعات، أو كانت تسمى أعراف، أو حتى كانت قواعد قانونية مقننة، فالغرض من هذه المادة هو ضمان المحافظة على المصلحة الفضلى للطفل[1] وخاصة الأطفال المحرومين من الدفء العائلي.

1 – إن المصلحة الفضلى للطفل حسب نص المادة 3 من اتفاقية ح.ط، تبين أنها تعنى بتطبيقها جميع مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة او الخاصة، والمحاكم والسلطات الإدارية والهيئات التشريعية. إن تعريف مصطلح المصلحة الفضلى للطفل لا يجد أساسه في الفقه، فقد وقف الفقه عاجزا أمام تعريف هذا المصطلح الذي يكون عادة مركب من كلمتين او ثلاثة، كالمصلحة الفضلى أو العليا، ورغم بساطة التركيبة لغويا، إلا إنها تبقى مبهمة. كما ان الواقع العملي هو الذي يبين تطبيق هذا المبدأ من القاضي، فهذا المفهوم لا يتحصل على أهميته الا من خلال إدخاله حيز التنفيذ=

تتمثل المصلحة الفضلى للطفل في رعايته وتقديم الحماية الكافية له، وتكون الرعاية اما من الوالدين الأصليين أو من طرف أشخاص تعهد إليهم، ومن بين الطرق القانونية التي يمكن أن تقدم الرعاية من خلالها، كل ما يتعلق بالنيابة الشرعية من ولاية، وصاية، إضافة إلى الكفالة.

إن الكفالة التي تطرقت إليها اتفاقية ح.ط، نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة 84-11، ما يعني أن التطرق إليها كان سابق للانضمام والمصادقة على اتفاقية ح.ط، ذلك وحتى قبل إصدار قانون الأسرة كان أفراد المجتمع يلجؤون إلى الكفالة[1]، وخاصة ما كان معروف عند العادات الجزائرية بالكفالة ما بين الأقارب. حيث تعد الكفالة نظام قانوني مستمد من الشريعة الإسلامية[2]، وإجازة الأخذ بالكفالة وتحريم التبني[3] الذي يعد مصدرا أخر لتقديم الرعاية، إلا أن أحكامه تختلف كل الاختلاف عن نظام الكفالة[4].

= -حسيني عزيزة، مصلحة الطفل، أطروحة لنيل دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014، ص 12-15.

- جمعي ليلى، حماية الطفل، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، 2005-2006، ص 162-163.

1 - إن مصطلح الكفالة ظهر لأول مرة بعد استقلال الجزائر في قانون الصحة العمومية الصادر في 23 أكتوبر 1976، والذي الغي لاحقا بالقانون 85-05 الموافق ل 16 فبراير 1985 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق ل 20 يوليو 2008.

2 - AIT ZAI.N – la kafala en droit algérien – RASJEP – N°4 – P 794.

3 - تعريف التبني: لغة: من تبنى تبنيا، ويقال تبني الصبي أي ادعى بنوته واتخذه ابنا. اما اصطلاحا: هو استلحاق شخص ولد معروف النسب لغيره، أو مجهول النسب كاللقيط ويصرح انه يتخذه ولدا له. إن التبني كان شائعا عند الأمم قبل الإسلام، وفي الجاهلية عند العرب، إذ كانوا يتبنون الأطفال ويلحقونهم، وكانوا يعطون المتبنى جميع حقوق الابن الشرعي، منها الحق في الميراث.

- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، 2017.ص 418.

-علال امال، التبني والكفالة، مذكرة ماجستير قانون اسرة، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص 15.

- بوزيد خالد، النسب في تشريع الاسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير حقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص 133.

4 - TIDAFI.T, adoption et kafala, revue de CIDDEF, n° 17, juin 2008. Ps 11-11.
- FULCHIRON.H, adoption sur kafala ne vaut, revue de CIDDEF, n° 17, juin 2008, ps 24-25.

اخذت الشريعة الإسلامية بنظام الكفالة[1]، وبينت الأسس التي يقوم عليها[2]، ومن خلال هذا يتبادر إلى الأذهان ماهية الكفالة، وعلى ما تقوم من شروط أساسية، حيث أنها تعرف كالاتي:

الكفالة لغة: الكافل: العائل، كفله يكفله وكفله إياه، والكافل أي القائم بأمر اليتيم المربي له، وهو من الكفيل الضمين، أي أن يكون الكافل من ذوي رحمه وأنسابه أو كان أجنبيا لغيره تكفل به، والكفيل الضامن، والأنثى كفيل أيضا، وجمع الكافل: كفل، وجمع الكفيل: كفلاء[3].

1 – إن الكفالة نظام قديم عن عهد الإسلام ذلك ما يروى عن قصة النبي زكريا مع السيدة مريم العذراء وكفالته لها، وهذا ما ذكر في القران الكريم في الآية: (وكفلها زكريا) الآية 37 من سورة أل عمران. أي جعل كفالتها له، وجعله أمينا عليها، وكان زكريا زوج خالتها، وكان معروفا بالتقوى والخلق، وما جعله كفيلا لها، إلا ليرعى مصالحها، حتى شبت وترعرعت، وإنما قدر الله كون زكريا كفيلها لتقتبس منه علما نافعا وعملا صالحا. وتم الأخذ بالكفالة وتحريم التبني، بعد مجيء الإسلام، وذلك لواقعة حدثت، ان الرسول صلى الله عليه وسلم، تبنى زيد بن حارثة، وكان يدعى –زيد بن محمد – وبعد نزول الآية الكريمة: (ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم). الآية 5 سورة الأحزاب. ولعل أهم ما يسند من الأحاديث النبوية عن الكفالة، حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة "وأشار بالسبابة والوسطى، وفرج بينهما شيئا " رواه البخاري وأبو داوود. ومن خلال هذا يسند الأخذ بنظام الكفالة وتحريم التبني من القران الكريم والسنة المطهرة.

– سيد قطب، في ظلال القران، المجلد الأول: الأجزاء 1–4، دار الشروق، الطبعة الشرعية الثانية عشر، 1986 ص 393.

– وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، ج الثالث، دار الفكر المعاصر – بيروت –لبنان ط الأولى 1991، ص 214.

– رقم الحديث 5768 عن عائشة أم المؤمنين.

– البوصيري، إعداد: سيد كسروي حسن، مختصر إتحاف السادة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، ط الأولى، 1996.

– يقرو خالدية، التبني الدولي للأطفال، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة وهران،2014–2015، ص 110.

2- ان الأسس الشرعية للكفالة تتمحور حول رعاية الطفل وحضانته وعدم اتخاذه ابن أصلي للكافل، والحاقه بنسبه، وهذا ما يعد تبنيا، الا انه يجب التنويه ان الأحكام الخاصة بالكفالة المدرجة في القوانين الوضعية ماهي الا قواعد تنظيمية وإدارية محضة، حيث ان الشريعة الإسلامية لم تفصل في الاحكام المتعلقة بالكفالة.

3 – جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، حققه ووضع حواشيه: احمد عامر حيدر، راجعه: عبد المنعم خليل إبراهيم، الجزء الحادي عشر، ط الأولى، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان، ص 702.

تعرف الكفالة اصطلاحا: انها إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه، سواء كان معلوم أو مجهول النسب[1]. وتختلف الكفالة عن الحضانة والوصاية والولاية والقوامة[2]، لما لها من خصوصية، حيث تضم أحكام خاصة، فهي نظام مستقل بذاته.

نظم المشرع الجزائري الكفالة في قانون الأسرة في الفصل السابع من الكتاب الثاني المتضمن النيابة الشرعية، حيث عرف الكفالة بأنها: (**التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي**) المادة 116[3]. وفي هذا النطاق اقر المشرع الجزائري أن التبني، ممنوع شرعا

1 – محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفل في الشريعة الإسلامية، منشاة المعارف –مصر، 2008، ص 68-67.

– أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي –مصر، 1976، ص 125.

2 – باعتبار إن الكفالة نظام قانوني خاص مستمد من الشريعة الإسلامية، والتي تحتوي بدورها على جميع أحكام النيابة الشرعية، يجب توضيح معاني كل من الحضانة والولاية والوصاية والقوامة.

تعريف الحضانة: هي تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع شؤونه في سن معينة، وممن له الحق في ذلك أقاربه المحارم.

تعريف الولاية: هي سلطة الولي التي تتعلق بنفس المولى عليه، من صيانته وحفظه وتأديبه والولاية على أمواله.

تعريف الوصاية: هي نظام لرعاية أموال القاصر بما يكفل حسن إنفاقها.

يتضح مما سبق أن كل عنصر من عناصر النيابة الشرعية يختلف عن الأخر إلا أنهم يجتمعون على حماية ورعاية الطفل، إلا أنهم يختلفون كل الاختلاف عن نظام الكفالة، الذي يمكن أن يندرج تحت لوائه الولاية، حيث يمكن ان يكون الكافل وليا، وحسب الشريعة الإسلامية وبعض القوانين التشريعية، إلا انه الحضانة تختلف عن الكفالة، فلا يمكن ان يكون الكافل حاضنا، ذلك أن الكفالة يمكن أن تكون لصالح طفل معلوم النسب أو طفل مجهول النسب.

– الشحات إبراهيم محمد منصور، حقوق الطفل وأثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الجامعة الجديدة، 2011، 42.

– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة 2007، ص 139.

– أبو بكر محمد نرمين، تقديم محمد سليمان الأحمد، الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط الأولى 2014، ص23-24.

– تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون، في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، 1-2، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، 2008، ص 121.

3 - Le texte en Français " le recueil légal est l'engagement de prendre bénévolement charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal".

وقانونا حسب نص المادة 46 من ق.ا[1]. وهذا ما سارت عليه مختلف التشريعات المغاربية، منها ما تطرق اليه المشرع المغربي في نص المادة 149 من م.ا.م على ان التبني باطل ولا ينتج أي أثر من اثار البنوة الشرعية، باستثناء تونس التي تجيز العمل بنظام التبني الى جانب الكفالة[2].

تنقسم الكفالة إلى قسمين من حيث مضمونها، فقد تكون كفالة لطفل معلوم النسب كما يمكن أن تكون كفالة لطفل مجهول النسب. نقف عند هذه النقطة القانونية، ذلك أن هناك عدة إجراءات قانونية تسبق عقد الكفالة في القانون الجزائري والتي يجب توضيحها إتباعا:

1 – ان قانون الاسرة الجزائري يمنع التبني شرعا وقانونا. ومن هنا أصبح التبني لا يثبت من المتبنى، ولا يترتب على التبني أي حق من الحقوق الثابتة بين الاباء والابناء، وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على ان التبني ممنوع وانه لا يجب الخلط بين التبني والاقرار بالنسب، كما انه لا يجوز تطبيق قاعدة الولد للفراش في مجال التبني، لأنه لا يوجد أي فراش في التبني. كما ان الابن من التبني هو وارث غير شرعي، ويرى بعض الفقه ان الاخذ بالتبني مهما كانت متطلبات الواقع المعاش والتطورات الاجتماعية، ما هو الا اعتراف بل انحراف يقوم على تزييف شخصية الطفل المتبنى من جهة، وعلى تشجيع العلاقات غير الشرعية بين الرجل والمرأة من جهة أخرى. وهذا موقف سليم وفي محله لان التبني ينشئ بين المتبني والشخص الذي تبناه علاقات صورية محضة لأبوة مفترضة.

– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 246924 بتاريخ 21–11–2000، العدد 2001/2، ص 298.

– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 103232، بتاريخ 02–05–1995، المجلة القضائية العدد الثاني، 1995. ص 152.

– ان ق.م.ف خصص للتبني المواد من 343 الى 359 مفرقا فيها بين التبني التام (adoption plénière) الذي تنقطع بموجبه علاقة الطفل المتبنى مع عائلته الاصلية ويدخل في عائلة الشخص الذي تبناه وتكون له نفس الحقوق والواجبات الجاري العمل بها بالنسبة للطفل الشرعي من النسب والنفقة والميراث وغيرها المواد 1/356 و161 الى 164 ق.م.ف. اما التبني العادي او البسيط (adoption simple) لا يؤدي الى قطع العلاقة مع عائلة المتبنى من جهة ومع علاقته بالأب الذي تبناه حسب المواد 364 و370 ق.م.ف.

– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، نفس المرجع السابق، ص من 418–420.

[2]- محمد الشافعي، قانون الاسرة في دول المغرب العربي، سلسلة البحوث القانونية، 2009، ص 147-150.

يجب الرجوع في هذه الحالة إلى النقطة الأولى التي تطرقنا إليها في الحماية الدولية لحقوق الطفل والطفولة المحرومة، ذلك أن هناك نوعين من الأطفال مجهولي النسب وهما: طفل عثر عليه في الشارع أو أي مكان أخرenfant trouvé، وطفل مهملenfant abandonné.

إن الطفل الذي عثر عليه في الشارع هو مجهول النسب، ولكن الطفل المهمل هو الطفل معلوم الأم ومجهول الأب. تتخلى عنه امه بتركه في المستشفى بعد توقيعها على محضر التخلي نظرا لعدم قدرتها على التكفل به. تجدر الإشارة الى ان الامر رقم 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن قانون الصحة الملغى بموجب القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم تضمن الاحكام الخاصة بالتخلي واجراءاته ويمكن تقسيمه الى قسمين: تخلي ضمني مؤقت وتخلي صريح نهائي.

ففي الأول تقوم المساعدة الاجتماعية بتحرير محضر شفوي يتضمن تصريحات الام برغبتها في التخلي عن طفلها، اما الثاني فيمنح للام مدة ثلاثة أشهر ويوم لتحديد مصير طفلها، وتعد هذه المدة الزمنية اجراء قانوني لتمكينها من استعادة طفلها او التخلي عنه بصفة نهائية[1].

بعد التخلي عن الطفل نهائيا، تقوم المساعدة الاجتماعية للمؤسسة الاستشفائية سواء كانت في القطاع العام أو الخاص بتحرير محضر التخلي، تمضي وتبصم الأم على محضر التخلي الذي يشمل معلومات حول الأم والطفل، إضافة الى شهادة الولادة certificat d'accouchement، وشهادة ميلاد الطفل، بعد

[1]- قديدير إسماعيل، نظام الحالة المدنية للطفل الطبيعي، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 2013/04، ص 94-95.

- TABET.DERRAZ.A, HAMADI-KADDOUS.F, abandon d'enfant et droit au nom, les cahiers de LADREN, n° 01/2008. Ps 202-203.

- OUSSOUKINE.A, le droit de l'enfant d'accéder à ces origines, les cahiers de LADREN, n° 04/2013. Ps 38-41.

ذلك يوضع الطفل في مؤسسة الطفولة المسعفة عن طريق م.ن.اج.ت D.A.A.S ويكون ذلك بنسختين لدار الطفولة المسعفة /م.ن.اج.ت، وتسري هذه الإجراءات الإدارية بعلم قاضي الأحداث.

فيما يخص الإجراءات التي تتعلق بالطفل المهمل مجهول النسب: توجد علاقة قانونية تربط بين الجهات الإدارية والأمنية والقضائية. فاذا ما عثر على الطفل في مكان خال او غير خال من الناس، تباشر التحقيقات الأولية بعد اخطار وكيل الجمهورية[1] بناء على احكام المادة 17 من ق.ا.ج التي تنص على: **(يباشر ضابط الشرطة السلطات الموضحة في المادتين 12 و13 ويقومون بجمع الاستدلالات واجراء التحقيقات الابتدائية)**. ونصت المادة 18 من نفس القانون على: **(يتعين على ضباط الشرطة القضائية ان يحرروا محاضر وان يبادروا بغير تمهل الى اخطار وكيل الجمهورية بالجنايات والجنح التي تصل الى علمهم)**. فبعد تلقي وكيل الجمهورية المحاضر والبلاغات يقرر ما يتخذه بشأنها حسب نص المادة 36 من ق.ا.ج.

تتوجه الشرطة أو الدرك الوطني، الى مكان العثور على الطفل، ويكون السيد وكيل الجمهورية المختص إقليميا حاضر، حيث تقوم الشرطة العلمية بأخذ جميع الأدلة التي ترافق الطفل، وتقوم الشرطة بموجب تسخيرة تحويل الطفل المهمل إلى دار الطفولة المسعفة او الى مصالح الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح، وبعد ذلك يتم إخطار قاضي الأحداث الذي يتخذ الإجراءات المناسبة بخصوص الطفل المهمل الذي يوجد في خطر معنوي.

[1]- قديدير إسماعيل، نفس المرجع السابق، ص 100-101.

نظرا لحرص المشرع الجزائري على ضمان هوية الطفل مجهول النسب، نص في المادة 4/64 من ق.ح.م على: (**يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء الى الأطفال اللقطاء المولودين من ابوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح اية أسماء. يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ اخرها كلقب عائلي**).

صدر بتاريخ 17-01-1987 منشور وزاري مشترك بين وزارة الداخلية والجماعات المحلية ووزارة الحماية الاجتماعية ووزارة العدل، الذي يشرح كيفية منح ضابط الحالة المدنية الأسماء والالقاب لهذه الفئة من الأطفال، حيث وضح ان الغرض من هذه المادة يكمن في ادماج هؤلاء الأطفال في السلك الاجتماعي، لذلك حدد هذا المنشور شروط تطبيق المادة 64 من ق.ح.م التي تمنح لضابط الحالة المدنية في حالة عدم وجود المصرح، منح الأسماء للأطفال الذين عثر عليهم والأطفال المولودين من ابوين مجهولين كما ان هذا المنشور ميز بين حالتين:

1/-حالة كون المولود ذكر: هنا يقوم ضابط الحالة المدنية بمنح الطفل سلسلة من الأسماء الخاصة بالذكور ويتخذ اخر اسم كلقب عائلي.

2/-حالة كون المولود انثى: يمنح ضابط الحالة المدنية سلسلة من الأسماء الخاصة بالإناث بحيث يتخذ اخر اسم كلقب عائلي بالنسبة لهن، بشرط ان يكون من الأسماء المخصصة للذكور[1]. بعد التخلي النهائي عن الطفل معلوم الام يتم وضعه في مراكز الطفولة المسعفة، على أن يتم التكفل به من طرف الغير.

[1]- الطاهر بريك، مجموعة النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالحالة المدنية، دار الهدى-عين مليلة، 2008، ص 177.

- صباطة سامية، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2016/2015، ص 35-36.

- قديدير إسماعيل، نفس المرجع السابق، ص 101-102.

تتمثل الإجراءات التمهيدية للكفالة، بتوجه الاشخاص الراغبة في الكفالة إلى دار الطفولة المسعفة او م.ن.اج.ت للحصول على بعض المعلومات حول تكوين ملف الكفالة[1]. بعد تكوين الملف يتوجه الراغب في الكفالة إلى م.ن.اج.ت لإيداع الملف، حيث يتم تحديد موعد مع الأخصائي النفساني لإجراء المقابلة entretien. يحول الملف إلى قاضي الأحداث المختص عن طريق جدول الإرسال.bordereau d'envoi حيث يأمر بإجراء تحقيق اجتماعي حول العائلة طالبة الكفالة.

بعد إجراء التحقيق الاجتماعي، يدرس الملف من طرف لجنة متخصصة إلى جانب الملفات الأخرى طالبة الكفالة، وتسمى هذه اللجنة: اللجنة الولائية المكلفة بالكفالة[2]، يراعى في هذه المرحلة دراسة الشروط القانونية المنصوص عليها في الكفالة إلى جانب بعض الشروط الإضافية التي تمليها الحياة العملية[3]. ويراعى في ذلك الشروط التي تطرق إليها المشرع في ق.ا، وهي الإسلام والقدرة على القيام بشؤون المكفول والقدرة على الرعاية، وهذا ما يتبين من خلال البحث الاجتماعي والمقابلة مع الأخصائي النفساني.

بعد قبول الملف من طرف اللجنة، يقدم تقرير للسيد قاضي الأحداث ، حيث يجري هذا الاخير مقابلة مع العائلة طالبة الكفالة، بعد هذه المرحلة ان قبل السيد قاضي الأحداث، يعطي الموافقة على اخراج الطفل، وهنا يتم حساب وقت معين يبدأ من وقت دخول الطفل لدار الطفولة المسعفة، وبعد ذلك يتم إضافة ثلاثة أشهر، وفي هذه المرحلة يتم التعرف على الطفل[4] ويكون هذا لمدة قصيرة كمرحلة أولية في عطلة

1 – انظر الملحق رقم 01 المتعلق بتكوين ملف الكفالة على مستوى م.ن.اج.ت.

2 – تتكون هذه اللجنة من: مدير النشاط الاجتماعي والتضامن، رئيس مصلحة مكتب الكفالة، أخصائية نفسانية، بعض الموظفين من م.ن.اج.ت، مدير مؤسسة ط.م، مساعد اجتماعي من دار ط.م، أخصائي نفساني من دار ط.م، بالإضافة إلى مربية رئيسة من دار ط.م.

3 – انظر الملحق رقم 01-02.

4 – ويتم انتقاء الطفل محل الكفالة، على حسب لون بشرة طالب الكفالة، إضافة إلى عدة معايير أخرى والتي يتم دراستها أولا في الملف منها فارق السن والحد الأقصى لسن طالب الكفالة.

الأسبوع، ويكون هذا الاستقبال مؤقتا، لتتبع مدى تقبل كلا الطرفين لبعضهما البعض، وبعد ذلك يمكن أن يمكث عندهم في المناسبات والأعياد، إلى أن تصبح مدة الإقامة ستة أشهر إلى عام، فيتم إخراج الطفل عن طريق أمر بالوضع في عائلة كافلة من قبل قاضي الأحداث.

بعد التأكد من الوضع السليم للطفل في كنف العائلة المستقبلة، يكون لقاضي الأحداث السلطة التقديرية في تقرير الوضع النهائي وأمر رفع اليد عن الطفل، وفي هذه الاثناء يحول الملف إلى محكمة شؤون الأسرة التي لها واسع النظر في عقد الكفالة[1] بعد تقديم طلب الكفالة عن طريق عريضة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة حسب نص المادة 492 من ق.ا.م.ا، فعلى طالب الكفالة ان يقدم طلبه اما الى قاضي شؤون الاسرة او الى رئيس المحكمة وفقا لسلطاته الولائية للنظر في حالة الأشخاص[2].

نص المشرع الجزائري في المادة 117 من ق.ا على: **(يجب ان تكون الكفالة امام المحكمة، او امام الموثق، وان تتم برضا من له ابوان)**. ان الكفالة التي تتم امام المحكمة تكون لأطفال معلومي او مجهولي النسب، الا ان الكفالة التي تتم عند الموثق تكون في غالب الأحيان لأطفال معلومي النسب، وهذا يرجع الى ان الكفالة التوثيقية عادة ما تتم بين الأقارب. ولهذا اشترط المشرع الإرادة والقبول الصريح من طرف والدي الطفل.

1 – دراسة ميدانية مرخصة من طرف السيد عميد كلية الحقوق لجامعة وهران 2 محمد بن احمد، ومستقبلة بالموافقة على التربص لمدة زمنية محددة من طرف: السيدة: قاضي الأحداث لمحكمة وهران، السيد مدير النشاط الاجتماعي والتضامن لولاية وهران بتفويض من طرف السيدة رئيسة تسيير المصلحة الاجتماعية، السيدة مديرة مؤسسة الطفولة المسعفة وهران، السيد مدير الطفولة المسعفة وهران 2 بنين. ومؤسسة إعادة التربية –بنات– وهران.

[2] - غوثي بن ملحة، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2004، ص 172.

كما يجب التنويه أن عقد الكفالة يتم كمرحلة أولية عن طريق محضر سماع الكفالة[1]، ويتم هذا الاجراء سواء للأطفال مجهولي او معلومي النسب، كما تنص المادة 494 من ق.ا.م.ا على انه: (**ينظر في طلب الكفالة في غرفة المشورة بعد اخذ راي ممثل النيابة العامة**). كما نصت المادة 495 من نفس القانون على (**يتأكد قاضي شؤون الاسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل وعند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق او اي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والانفاق عليه وتربيته**).

عمليا يطلب القاضي حضور جميع أطراف العقد وابداء رضا ابوي الطفل ان كانا على قيد الحياة وكان الطفل معلوم النسب، وزيادة على ذلك يطلب حضور شاهدين يثبتان حسن سيرة طالب الكفالة وامانته. بعد هذه الإجراءات يقرر اما الموافقة على الطلب او رفضه، حيث يفصل فيه القاضي بموجب امر ولائي حسب نص المادة 493 من ق.ا.م.ا.

أما بالنسبة للمواطنين الجزائريين المقيمين بالخارج يتم طلب الكفالة أمام المكاتب القنصلية، حيث يرسل الطلب إلى وزارة الخارجية–المصلحة المختصة بالنظر في طلبات الكفالة–، ويتم تحويل إرسالية إلى وزارة التضامن الوطني، حيث يبعث الملف إلى الولاية مكان إقامة أحد أفراد عائلته او الولاية التي عينها في الملف، فترسل إلى م.ن.اج.ت، التي تقوم بدورها بجميع المراحل التي سبق ذكرها من اجراءات إدارية وقضائية.

اقر المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب، إمكانية تغيير لقب المكفول مجهول النسب، حيث تعد خطوة ايجابية لصالحه، اما الطفل المكفول معلوم النسب يقر له القانون حق الاحتفاظ بنسبه، حسب نص المادة 120 من ق.ا التي تنص على: (**يجب ان يحتفظ الولد المكفول**

1 – انظر الملحق رقم 03 المتعلق بمحضر سماع الكفالة.

بنسبه الأصلي ان كان معلوم النسب وان كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية). ويتم تغيير اللقب عن طريق إجراءات قانونية معينة[1]، بالرغم من أن هذا القانون يخول الحق للمكفول بمطابقة لقب كافله، إلا انه لا يعطيه الحق بإلحاق النسب.

إن الكفالة باعتبارها مستمدة من الشريعة الإسلامية فان البلدان التي تطبق هذا النظام تدين بالإسلام، وهذا ما ينطبق على المشرعين التونسي والمغربي، باعتبارهما من بلدان المغرب العربي، ويتبعون نفس المذهب الفقهي، ولهم عادات وتقاليد وأعراف مشتركة بحكم الانتماء الجغرافي. الا انه على غرار التشريعين الجزائري والمغربي فان التشريع التونسي يتميز عن نظيريه باعتماد نظامين قانونين للرعاية البديلة للطفل حيث اقر بمشروعية التبني[2] الذي يعد في كلا النظامين سابقي الذكر ممنوع قانونا.

1 – انظر الملحق رقم 01 والملحق رقم 09.

– بعد الإجراءات الموضحة في الملحق رقم 01-09، فان الملف يختص به وزير العدل لما له من أهمية، فبعد الإرسال واستقبال الملف، يكلف وزير العدل النائب العام للدائرة القضائية المختصة إقليميا التابع لها مقر ولادة الطفل بإجراء تحقيق.

– بعد هذه الإجراءات يصدر رئيس المحكمة أمرا بمطابقة لقب الكافل بالمكفول وفقا للطلب الذي تم تقديمه، ويتم النطق بالأمر بناء على طلب من السيد وكيل الجمهورية، ويصدر الأمر في مدة 30 يوما الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل، ويتم تسجيله في الحالة المدنية، ويسجل في شهادة الميلاد.

– بن عبد السلام كمال – زروقي إبراهيم، الصعوبات التي يتعرض لها الطفل غير الشرعي المكفول في مطابقة لقبه بلقب الكفيل، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 4، 2013، ص 309.

2 – إن المشرع التونسي عند تشريعه للتبني دعم مقاصده بمبادئ منها شرعية، على نظام الموالاة في الإسلام، ومنها مبادئ دولية، كحماية المصلحة الفضلى للطفل، أي أن التبني يعطيه حقه في الحياة والبقاء والحق في النسب، وتعتبر هذه العناصر من عناصر المقومات الشخصية التي يجب الحفاظ عليه.

–عثمان بن فضل، الفقه والقضاء بين مشروعية التبني وجوازه في الشريعة الإسلامية، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 1997، ص 111-131.

نظم المشرع المغربي الكفالة في قانون مستقل عن مدونة الأسرة، وكان أول قانون صدر عنه في 1993 حول كفالة الأطفال[1]. نظرا لاحتواء هذا القانون على عدة ثغرات قانونية، تم تدارك الوضع وإصدار قانون جديد وهو قانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

إن الأساس الذي تقوم عليه الكفالة في القانون المغربي يتوافق مع القواعد القانونية التي ادرجتها التشريعات المغاربية في قوانينها الوضعية. الا ان الممارسات العملية تختلف من حيث الإجراءات والكفالة الممنوحة للخارج.

يتمحور قانون كفالة الأطفال المهملين حول الطفل المهمل، حيث يعتبر من كلا الجنسين من لم يبلغ سن 18 كاملة، حسب المادة الأولى من القانون[2]، الذي يفرق بين الطفل معلوم ومجهول النسب. كما سبق لنا وان وضحنا الإجراءات الأولية المتبعة في القانون الجزائري سنبين المرحلة الإجرائية السابقة عن عقد الكفالة في القانون المغربي.

1 – إن إصدار قانون10 شتنبر 1993 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين تزامن مع مشروع القانون مع مصادقة المغرب على اتفاقية حقوق الطفل بتاريخ 13 يونيو 1993، فبعد المصادقة تم إصدار القانون، إلا انه نظرا لما اعتراه من نقائص وثغرات أبانت عليها الممارسات العملية أدى إلى إلغائه.

– انه كينيوسيس–انديرس رودرغيث، هدى زكري، جميلة أوحيدة، الكفالة والتبني في العلاقات الثنائية المغربية – الاسبانية. وحدة التنفيذ مشروع عدل –2009، ص 13–14.

[2]- ربط المشرع المغربي اهمال الأطفال بالحالات التالية:

-إذا ولد من ابوين مجهولين، او اب مجهول وام معلومة تخلت عنه بمحض ارادتها.

-إذا كان يتيما او عجز ابواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش.

-إذا كان ابواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من اجل اكتساب سلوك حسن، كما في حالة سقوط الولاية الشرعية، او كان أحد ابويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الاخر او عجزه عن رعايته منحرفا ولا يقوم بواجباته المذكورة ازاءه.

تبدأ مسطرة الكفالة بقيام وكيل الملك بتقديم طلب التصريح بان الطفل مهمل الى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل او مكان العثور عليه او مقر المركز الاجتماعي المودع به. والتي توجه نسخة من الحكم الى القاضي المكلف بشؤون القاصرين ليبت في الموضوع. فالكفالة بصفتها مؤسسة لحماية القاصرين تتطلب تدخل النيابة العامة التي تتصرف كطرف رئيسي في قضايا اهمال الأطفال.

ولكن قبل تقديم طلب التصريح بالإهمال، يتعين على وكيل الملك ان يتخذ إجراءات معينة تبرز مدى تدبيره في حماية مصالح القاصرين وهي: أولا إيداع الطفل مؤقتا في احدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية المشار اليها في نص المادة 8 من قانون كفالة الأطفال المهملين[1]، وثانيا تقييده في سجلات الحالة المدنية إذا كان مجهول النسب.

أورد قانون الحالة المدنية المغربي تعديلات تهدف الى ضمان مزيد من الاحترام لهوية الطفل المجهول، حيث يتعين على ضابط الحالة المدنية ان يعبئ الخانة الخاصة باسم الاب او الابوين عند الاقتضاء، بأسماء يختارها، بدل ترك الخانة فارغة كما كان عليه الامر في ظل قانون الحالة المدنية القديم الصادر في 08-03-1950، ولم يعد هناك ما يمنع من اختيار أسماء وهمية لأبوي الطفل اذا كان غير معروفين بعد ان زالت الشبهة

[1]- ان المستجدات التي اتى بها قانون 01-15 انه علاوة على المؤسسات الواردة في القانون السابق أي: المؤسسات الصحية ومراكز او مؤسسات الرعاية الاجتماعية المهتمة بالطفولة سواء منها التابعة للدولة او الجماعات المحلية او للهيئات او المنظمات والجمعيات المتوفرة على الوسائل المادية والبشرية الكافية لرعاية الطفل المهمل، يمكن إيداع القاصر لدى اسرة او امرأة ترغب في كفالته او في رعايته فقط، شريطة ان تتوفر في هؤلاء الأشخاص والمؤسسات الشروط المنصوص عليها في المادة 9، وذلك الى ان يصدر الامر بشأن الكفالة.

- هذا التوسيع الذي قام به المشرع المغربي لدائرة الأشخاص الذين يجوز لهم السهر على رعاية الطفل خلال الفترة السابقة لصدور الامر بالكفالة من شانه ان يفيد القاصر المعني، حيث يضعه في وسط عائلي يوفر له الحماية ويسهل ادماجه، عند الاقتضاء داخل البيئة التي ستحتضنه بصفة دائمة في مرحلة ما بعد اسناد الكفالة. ويقتصر الإيداع المؤقت في كنف اسرة في أحد مراكز الرعاية الاجتماعية على الأطفال المهملين الذين ليسوا حديثي الولادة ولا يعانون من مشاكل صحية، اما في بقية الحالات فان الشرطة القضائية تعمد الى إيداع الطفل في أحد المراكز الصحية حيث يتلقى العناية والعلاج.

التي تستند على تحريم الحاق النسب بغير الاب، وذلك بعد ان أصدرت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في المغرب فتوى اكدت فيها مشروعية إعطاء أسماء وهمية للأبوين اذا كان مجهولين لان ذلك لا يلحق الطفل بنسب أي شخص معين[1].

تصدر المحكمة حكما نهائيا[2] تصرح فيه بان الطفل مهمل، الامر الذي يفسح المجال امام تقديم طلبات التكفل به، ويفرق قانون الكفالة المغربي بين كفالة الأطفال الطبيعيين وبين الأشخاص المعنويين، حيث أن لهذه الاخيرة الحق في التكفل بالأطفال المهملين بشرط أن تكون المؤسسة ذات طابع اجتماعي ولها هدف المنفعة العامة، أما بالنسبة للأشخاص المعنويين، فانه يشترط أولا إسلام الزوجين، وبلوغ سن الرشد القانونية، وأن تكون لهما القدرة المادية والمعنوية والأخلاق والسلامة من الأمراض المعدية، وفي حالة الطفل معلوم النسب يجب أن لا تكون بين الراغبين في الكفالة ووالديه نزاع قضائي، ويتم إجراء بحث معمق حول طالبي الكفالة عن طريق لجنة قانونية[3] .

[1]- حرصا على احترام هوية الطفل، تسلم له عند الطلب نسخ موجزة من رسم ولادته لتسيير شؤون حياته الإدارية، وفي حال طلب نسخ كاملة فان ضابط الحالة المدنية لا يقدمها الا لصاحب الرسم ولأصوله ولفروعه-شريطة قيام العلاقة الزوجية-ووليه ووصيه او المقدم عليه او من يوكله على ذلك حسب المادة 32 من قانون الحالة المدنية المغربي.

[2]- يكون الحكم قابلا للتنفيذ المعجل بقوة القانون، رغم كل طعن، وذلك حرصا على توفير الحماية الفورية للطفل الذي يوجد في وضعية هشة، ويكون المدعي وهو النيابة العامة في هذه الحالة الحق في الحصول على نسخة تنفيذية من الحكم طبقا للمادة 428 /2 من قانون المسطرة المدنية. وتوجه نسخة من الحكم المشار اليه بطلب من وكيل الملك او من الشخص الذي يطلب كفالة الطفل، الى القاضي المكلف بشؤون القاصرين لدى المحكمة المختصة حسب المادة 7 من قانون طفالة الأطفال المهملين.

3 – اللجنة مكونة من: ممثل النيابة العامة، ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية، ممثل السلطة المحلية، ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالطفولة.

-انه كينيونيس، جملة اوحيدة، الكفالة والتبني، نفس المرجع السابق، ص 20-24.

اما بالنسبة للمشرع التونسي فقد خير مواطنيه بين الاخذ بنظام الكفالة والتبني، الا ان ظاهرة التبني اخذت حيزا واسعا مقارنة بالكفالة، فلم يكن في الواقع القانون الصادر في 4 مارس 1958 قانونا للتبني فقط، بل كان متعلقا بالولاية العمومية والكفالة والتبني. واقحامه صلب التشريع التونسي بدا للبعض نشازا مع الشريعة الإسلامية[1].

الا ان المشرع التونسي وبالرغم من الانتقادات التي طالت هذا الموضوع والتعديلات التي أدرجها على مجلة الأحوال الشخصية واصداره مجلة حماية الطفل لم يغير من المفهوم القانوني للأخذ بالتبني او الكفالة، بل أبقى على الاخذ بالنظامين معا.

تعرف الكفالة وفق القانون التونسي على: أنها عقد يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية بكفالة طفل قاصر، ويفرق القانون بين الطفل معلوم النسب ومجهول النسب. وبعد صدور م.ح.ط أصبح القانون التونسي يعرف نوعين من الكفالة: الكفالة التعاقدية والكفالة القضائية.

تتم الكفالة التعاقدية لدى عدلين بين الكفيل وابوي المكفول او أحدهما –إذا كان الاخر ميتا او مجهولا او فاقدا للأهلية–او الولي العمومي[2] عند الاقتضاء يتضمن التزام الكفيل لكفالة الطفل. يخضع عقد الكفالة الى رقابة الولاية العامة للقضاء، فيحب ان يصادق عليه حاكم الناحية بعد اجراء الأبحاث الازمة عن طريق خبراء كالمرشدين الاجتماعيين ومندوبي حماية الطفولة.

[1]- بن حليمة الساسي، قانون العائلة بين التطور والجمود، دراسات قانونية مجلة تصدرها كلية الحقوق بصفاقس، العدد 2001/8، ص 38.

[2]- ينص الفصل الأول من القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني على: (يعتبر وليا عموميا للأطفال اللقطاء والمهملين:
ا-متصرفوا المستشفيات والماوي ومعاهد الرضع ومديروا الإصلاحات وماوي الأطفال عندما يتعهدون بحفظهم.
ب-الولاة في جميع الصور الأخرى).

اما الكفالة القضائية فهي تخول لقاضي الاسرة وضع الطفل المهدد تحت نظام الكفالة[1]، وذلك حسب الفصل 4/59 من م.ح.ط. وهي عبارة عن حكم يصدره قاضي الاسرة بدون اخذ رضى الابوين او غيرهما من المتعهدين بالطفل إذا اقتضت مصلحته الفضلى ذلك[2].

إن المشرع الجزائري نص على الكافل، لكن لم يوضح جنسه، ان كان امرأة أو رجل، نفس الشيء بالنسبة للمشرع التونسي، إلا أن المشرع المغربي وضح ذلك، وأضاف عليها أحقية المؤسسات الخاصة ذات الطابع الاجتماعي في الرعاية، إلا انه بالرجوع إلى الواقع المعاش نجد أن الغرض الأساسي من وراء الكفالة هو تربية أطفال لمن حرموا من الإنجاب، يعني في الأغلب تكون الكفالة بين زوجين، وهذا ما يوضح كثرة الملفات من طالبي الكفالة لدى م.ن.اج.ت.

إن القاعدة الأساسية التي تقوم عليها كفالة وتربية طفل، هي أن تكون الكفالة في إطار عائلة، ذلك أن المشرع الجزائري نص على رعاية الطفل المكفول كما يقوم الأب مع ابنه[3]، إلا أن هذه الأسرة يمكن أن تتعرض إلى تفكك، وقد نص المشرع الجزائري على أن الرابطة الزوجية تنحل بالوفاة والطلاق في نص المادة 47 ق.ا، وهذا ما سارت عليه مختلف التشريعات منها المغاربية والدولية، فاستثناء على القاعدة العامة، يمكن أن تتعرض الأسرة الكافلة إلى الانحلال او التفكك.

[1]- يعتبر كل قاصر لم يصل الى سن التمييز أي ثلاثة عشر سنة لقيطا إذا وجد بالطريق العام، ولم يسال عنه من اهله، اما بعد هذه السن والى حدود الثمانية عشر سنة فهو طفل مهدد على معنى احكام الفصل 20 من م.ح.ط

[2]- فاطمة الزهراء بن محمود، سامية دولة، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية-قراءة في فقه القضاء-، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المتخصص، ط الأولى، 2015.

[3]- بالرغم من عدم التوضيح في القوانين المتعلقة بالطفل المكفول ان الكفالة تكون داخل اسرة، فان الواقع العملي في غالب الأحيان يفرض ان تكون الكفالة في إطار أسرى، الا في حالات جد نادرة تتم كفالة الأطفال من امرأة كبيرة في السن او رجل الا في إطار حالات جد خاصة تماشيا مع تعميم المشرع الجزائري مصطلح الكافل في ق.ا.

ففي ظل المقارنة بين التشريعات المغاربية وعلاقتها بالدول الأجنبية فما يخص موضوع الكفالة، خاصة أفراد الدولة المقيمين بالخارج، وكذلك إشكالية منح الكفالة للأجانب المسلمين، وفي ظل استنباط أحكام الكفالة من الشريعة الإسلامية، التي تعتبر أساس وجودها، وفي ظل كل التغيرات والتعديلات القانونية، وفي ظل الحقوق التي أملتها قواعد القانون الدولي فيما يخص حقوق الطفل، ما هو مصير الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه؟

إجابة على هذه الإشكالية القانونية التي تتضمن المقارنة بين القوانين الوضعية في ظل التشريعات المغاربية وعلاقتها مع أفرادها المقيمين في الخارج، والعلاقة الأساسية بالشريعة الإسلامية وقواعد القانون الدولي المتعلقة بحقوق الطفل، سنقسم الدراسة في أطروحة الدكتوراه الى بابين:

الباب الأول: الالتزام بكفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين

الباب الثاني: التخلي عن كفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج المقارن، وذلك بالمقارنة بين القوانين المغاربية وانعكاساتها على قوانين الدول الاوربية المستقبلة للكفالة-بين التأثير والتأثر-فيما يخص انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين وآثارها على الطفل المكفول من كل الجوانب التي تتعلق بوضعيته القانونية، ومن الناحية الشرعية، والعلاقة بين تطبيق الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل فيما يخص الأطفال المكفولين، وذلك عن طريق تحليل الأحكام التي جاءت بها كل من القوانين الوضعية وقواعد الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل.

الباب الأول: الالتزام بكفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين

الأسرة هي النواة الأولى التي تنشئ الطفل، وتعتبر بمثابة الوعاء الذي يحتويه، والتي تقتضي أن تكون مترابطة ومتجانسة ومتكافئة وتعطي للطفل كل ما يحتاجه من امن واستقرار، ولكن هناك فئة من الاطفال تحرم من الدفء الأسري، نتيجة ظروف اجتماعية واقتصادية تؤدي الى عدم استقرار داخل أسرهم البيولوجية، الضرورة التي تحتم عليهم اللجوء إلى اسر بديلة بغرض إيجاد حياة مستقرة إلى جانب من يرعاهم ويقوم على شؤونهم.

تختلف الأنظمة القانونية التي تأخذ بمبدأ تقديم الرعاية للطفل، الا ان النظام القانوني للكفالة يعتبر كبديل شرعي[1]، ما يوضح اخذ الدول المغاربية والعربية التي تدين بالإسلام به[2]، والقاعدة الأساسية التي يقوم عليها هذا النظام هو ممارسته داخل اسرة لعدة اعتبارات منها مراعاة مصلحة الطفل الفضلى، الا انه استثناء على هذه القاعدة العامة يمكن ان تتم كفالة الطفل من طرف كافل واحد بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين. ونستبعد من هذه الدراسة مطالبة المرأة غير المتزوجة او الرجل غير المتزوج، بالرغم من شرعيتها

---

[1] - SCOLART Deborah، legal protection of orphans in Islamic law، the kafala and the protection of minors. Anno edizione, 2018. p31.

[2]- الكفالة هي نظام قانوني مستمد من الشريعة الإسلامية كما سبق لنا التطرق اليه، الا ان اخذ الجزائر بهذا النظام يرجع الى خلفيات تاريخية مرتبطة في الأساس بالوازع الديني وانعكاسات الفترة الاستعمارية الفرنسية على نظام الأحوال الشخصية الجزائري، هذا في ظل توفر أساليب لحماية الطفل الصغير دون السند العائلي منها الولاية والتي كانت مقننة في قانون الولاية الوصاية. الا ان هذه القوانين لم تحترم الحياة الخاصة والنمط المعيشي للجزائريين القائم على أساس ديني. ولعل السبب الرئيسي وراء إدراج نظام الكفالة ضمن قانون الاسرة هو ان العديد من العائلات الجزائرية في فترة ما بعد الاستقلال كانوا يتكفلون بأطفال دون سند قانوني، وهذا ما جعل من البعض يسند الطفل المكفول اليه في الدفتر العائلي بالتالي تتحول الرعاية المقدمة للطفل من كفالة الى تبني الذي هو ممنوع شرعا وقانونا.

-اجتهادات قضائية حول تبني أطفال قبل صدور ق.ا.ج

1-قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، رقم القرار: 103232، بتاريخ: 02-05-1995/ المجلة القضائية 1995. العدد الثاني.

الموضوع: التبني-ممنوع شرعا وقانونا-مناقشة الدعوى على أساس نفي النسب-نقض بدون إحالة.

2-قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم القرار: 234949، بتاريخ 18-01-2000، عدد خاص 2000.

الموضوع: تبني-تقديم شاهدين امام قضاة الموضوع لإبطال التبني-الحكم برفض الدعوى-خطا في وتطبيق القانون.

3-قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، رقم القرار: 246424، بتاريخ 2-11-2000، المجلة القضائية 2001.

الموضوع: تبني-شهادة شهود-عدم ابطال عقد التبني-مخالفة القانون.

بالكفالة في كل القوانين المغاربية، ذلك ان كل من القانونين الجزائري والتونسي ينص على احقية الكافل في طلب الكفالة دون تحديد جنسه، اما المشرع المغربي فينص صراحة على احقية المرأة غير المتزوجة المطالبة بكفالة الطفل الى جانب تقديم الطلب من طرف زوجين.

نص المشرع الجزائري على انحلال الرابطة الزوجية اما عن طريق الوفاة او الطلاق حسب نص المادة 47 من ق.ا، وهذا ما هو متفق عليه في القانونين المغربي والتونسي، فالنتيجة القانونية التي تترتب على انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين هي: أن يلتزم أحد الزوجين الكافلين برعاية الطفل المكفول او أحد ورثة الكافل بعد وفاته او التخلي عنه.

جدير بالذكر أن هناك حالة ثانية لا يذكرها المشرع الجزائري بصريح العبارة في ق.ا.ج وهي حالة الفسخ[1] التي ينص عليها في المادة 34 من ق.ا بان: (**كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده**)، فإذا ما اعتبرنا أن الزواج تم في أوله وبعد ذلك قاما الزوجان بالتكفل بطفل، وفيما بعد اتضح أن الزواج غير صحيح، فيطرح الإشكال في كيفية التعامل مع هذه الحالة والأثار القانونية التي تترتب عن وضعية المكفول؟

ان التعامل مع هذه الحالة يطرح عدة فرضيات خاصة ان المشرع الجزائري لم يتعرض الى هذه الحالة لا في ق.ا ولا في الاجتهادات القضائية، ولكنها محتملة الوقوع، فيمكن ان تطبق عليها نفس الاحكام المتعلقة بطلاق الزوجين الكافلين وفسخ عقد الزواج وذلك قياسا بتشابه الحالتين في انفصال الكافلين.

ان الكفالة وسيلة قانونية جعلها المشرع الجزائري ونظيريه المغربي والتونسي لإدماج الأطفال المحرومين من العائلة او الأطفال اللقطاء في المجتمع عن طريق اسرة تتكفل بهم على أساس تبرعي. الا انها لا تشمل

[1]- نبيل صقر، قانون الاسرة: نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2006.

الأطفال مجهولي النسب فقط، بل تضم حتى أطفال معلومي النسب، فالأخذ بهذا النظام القانوني يعد حماية قانونية للطفل.

ان التكفل بطفل يستلزم عدة إجراءات قانونية معقدة سواء في مرحلة المطالبة بالكفالة او بعد انحلال الرابطة الزوجية نظرا للمسؤولية التي يتحملها الكافل نظير التزاماته تجاه المكفول، وتتمحور هذه الالتزامات اساسا في تقديم الرعاية الكاملة للطفل.

ان الالتزام الملقى على عاتق الكافل يخلق عدة إشكالات قانونية، منها عدم تحديد قانونا من هو الجدير بالكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، ويرجع هذا الى عدم التطرق في البعض من التشريعات المغاربية الى هذه النقطة القانونية والاثار المترتبة عليها.

نظرا للوضعية القانونية لكل من المكفول والكافل بعد انحلال الرابطة الزوجية، فان عديد التساؤلات تطرح حول مدى إمكانية المحافظة على مصلحة الطفل المكفول وتوفير كل الحماية القانونية في ظل الفراغ القانوني الذي يشوب هذه الإشكالية.

من خلال ما تقدم ارتأينا تسيم الباب الأول الى فصلين:

الفصل الأول: الالتزام بالكفالة على وجه التبرع

الفصل الثاني: الاثار القانونية المترتبة على الالتزام بالكفالة على وجه التبرع

الفصل الأول: الالتزام بالكفالة على وجه التبرع

تتفق التشريعات المغاربية على ان الأساس القانوني الذي تقوم عليه الكفالة هو الجانب التبرعي الذي يستحوذ على هذه العلاقة القانونية والشرعية.

نص المشرع الجزائري في المادة 117 من ق.ا على أن (**الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه**). المقصود من الكفالة على أنها التزام على وجه التبرع، أي أن الالتزامات في الكفالة لا تقع إلا على عاتق الكافل، حيث لا ينتظر القائم على الكفالة أي مقابل مادي[1]. وبهذا كان موقف المشرع الجزائري واضحا من الكفالة والدليل على ذلك ان أول مادة قانونية افتتح بها الفصل السابع المخصص للكفالة هي التزام الكافل على وجه التبرع سواء في جانبها المادي (النفقة) أو المعنوي كل ما يتعلق بالتربية والتعليم والسهر على راحة الطفل المكفول حماية لمصلحته وضمانا لتنشئة صحيحة متوازنة.

ولعل الأهم في الالتزام على وجه التبرع هو العيش في كنف عائلة خاصة بالنسبة للطفل مجهول النسب. ولكن وبالرغم من انحلال الرابطة الزوجية وانتقال الكفالة إلى أحد الزوجين أو إلى الورثة فان الالتزام على وجه التبرع يبقى قائما ذلك ان الأصل في الكفالة جانبها التبرعي.

1- ذلك أن الكفالة التزام شخصي، حيث لا تترتب على الكفالة أثار الطلاق، ذلك انها نظام خاص، ولا تنطبق عليه نفس الأحكام المتعلقة بالعلاقة بين الآباء والأبناء فيما يخص نفقة الفروع على الأصول حسب نص المادة 77 من ق.ا.ج فهنا لا توجد قرابة بين الكافل والمكفول ولا ينسب إليه ولا يرثه. حيث يظهر الجانب التبرعي في الكفالة من خلال أن المنتقلة إليه يلتزم بالنفقة رغبة منه في ذلك لينال رضا الله ورسوله الكريم باعتبار أن الرسول عليه الصلاة والسلام أشار في الحديث الشريف إلى أن " أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة، وأشار إلى الوسطى والسبابة". حديث صحيح رواه البخاري.

بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين يتأكد القاضي المختص من أن الشخص المنتقلة إليه الكفالة، له القدرة على توفير الاحتياجات الخاصة بالطفل المكفول، وهذا ما يتطلب شروطا قانونية، لا بد من توافرها مجتمعة، قد تتغير مع تغير المراكز القانونية للكافلين.

تتعدد الإشكالات القانونية في موضوع انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، منها حالة الطلاق بين زوجين لا يقيمان في نفس البلد وكذلك مشكلة ديانة الكافل-بالنسبة لحديث العهد بالإسلام-فهل هناك رقابة كافية من طرف الجهات المختصة على وضعية الطفل المكفول خاصة إذا كان هذا الطفل يقيم في بلاد أجنبية عن الدين الإسلامي؟ فهنا حالة الطلاق بين الكافلين تطرح عدة إشكالات قانونية.

اما بالنسبة لحالة الوفاة فعند إجازة الورثة للكفالة أو قبول أحد الزوجين الكافلين كفالة الطفل، على القاضي في هذه الحالة إعادة النظر في عدة شروط قانونية من أجل السماح بانتقال الكفالة دون المساس بمصلحة الطفل والمحافظة على العقيدة الدينية والمقومات الأخلاقية. ومن خلال هذا نطرح الاشكال الاتي: ما هي الشروط القانونية التي تسمح بانتقال الكفالة إلى الورثة أو إلى أحد الزوجين الكافلين؟ محافظين بذلك على الأساس القانوني للكفالة وهو جانبها التبرعي، الذي يخلف اثارا قانونية بالنسبة للالتزامات التي تقع على الملتزم بالكفالة.

قمنا بتقسيم الفصل الى مبحثين: المبحث الأول نتناول فيه استئثار أحد الكافلين كفالة الطفل او انتقالها الى أحد الورثة بعد وفاة الكافل، والمبحث الثاني نتطرق فيه الى الالتزامات التي تقع على عاتق الكافل بعد انحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الأول: استئثار أحد الكافلين كفالة الطفل او انتقالها الى أحد الورثة بعد وفاة الكافل

بعد انحلال الرابطة الزوجية يمكن أن تسند الكفالة إلى أحد الزوجين الكافلين المطلقين[1] أو إلى ورثة الكافل التي تنص عليها المادة 125، (**في حالة الوفاة تنتقل الكفالة الى الورثة ان التزموا بذلك...**)

في الحالة الأولى: وهي طلاق الكافلين، فبعد وصول النزاع بين الزوجين الكافلين إلى المحكمة يكون للقاضي المختص[2] واسع النظر في وضعية الطفل المكفول، ذلك أن له السلطة التقديرية[3] لإسناد الكفالة إما إلى الرجل الكافل أو إلى المرأة الكافلة[4] محافظا بذلك على المصلحة الفضلى للطفل، لكن ما نلاحظه دائما أن نسبة استحواذ المرأة على كفالة الطفل مرتفعة مقارنة بالرجل في الممارسة العملية، باعتبار أن المرأة بطبيعتها لديها غريزة الأمومة لما تحويه من عطف وقدرة وسعة على تربية ورعاية الأطفال.

1- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، ملف رقم: 613481، بتاريخ 10-03-2011، مجلة المحكمة العليا، ع الأول 2012، ص 290-293.

الموضوع: كفالة-طلاق-اثار الطلاق-حضانة-نفقة.

2- القاضي المختص في هذه الحالة هو قاضي شؤون الاسرة حسب القانون الجزائري، اما بخصوص القانون المغربي فالقاضي المختص هو قاضي شؤون القاصرين، اما حسب القانون التونسي يختص قاضي الأحوال الشخصية.

3 - السلطة التقديرية للقاضي هي مصطلح قانوني جديد حديث يعبر عن السلطة الممنوحة للقاضي عند تطبيقه لقاعدة قانونية مرنة، بحيث يكون له وحده تقدير الوقائع وتقرير الحكم المناسب لها، فيعتبر ذلك من المسائل الموضوعية التي يستقل بها لوحده، غير ان هذه السلطة ليست حرة او مطلقة، إذ ان القاضي وان كان يستمدها من القاعدة القانونية، الا ان هذه الأخير وهي التي تبين حدودها التي لا يجوز له تخطيها، كما انه يجب على القاضي من جهة أخرى ان يبين العناصر التي استمد منها تقديره، بحيث تكون هذه العناصر مستمدة من الواقع والأدلة والمستندات المقدمة بين يديه.

- قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم 50548 الصادر في 26-06-1989، المجلة القضائية ل سنة1990، ع 03، ص 154.

- هشام عليواش، سلطة القاضي في حماية أموال القاصر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، السنة الجامعية 2007-2008. ص 18.

4- وهذا ما يتنافى مع ما يتم العمل به في مديرية النشاط الاجتماعي باشتراط زوجين قادرين على رعاية الطفل ولكن وبالرجوع إلى ق. ا.ج في مادته 118 ينص على الكافل يعني لا يشترط زوجين بل كافل يعني رجل أو امرأة وهنا بطبيعة الحال يقوم القاضي بالنظر في الظروف المعيشية والنفقة المالية على الطفل المكفول من اجل إسناد الكفالة إلى أحدهما.

اما الحالة الثانية: وهي وفاة الكافل حيث يمكن أن تسند الكفالة إما إلى الكافل الأخر–على قيد الحياة–والذي يكون اسمه مدرج في عقد الكفالة، أو إلى أحد الورثة إن التزموا بها.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك فرق بين الكفالة التوثيقية والكفالة القضائية[1]، حيث يشترط في الكفالة القضائية حسبما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 497 من ق. ا. م. ا، قيام الورثة إخطار القاضي المختص بوفاة الكافل لتعيين كافل مكانه، ويتم هذا الاخطار بمكان ممارسة الكفالة، حيث يجمعهم في اجل معين ليقرر إما إسناد الكفالة إلى أحدهم إذا توفرت فيه الشروط القانونية، أو إنهائها وتعيين وصي على القاصر بأمر ولائي[2].

اما فيما يخص الكفالة التوثيقية وهي الكفالة التي تتم أمام موثق، حيث ان هذا النوع من الكفالة يتم في غالب الأحيان بين الأقارب، ويكون فيها الطفل المكفول معلوم النسب، ولهذا هنالك حالات بعد وفاة الكافل لا يتم الرجوع فيها إلى القاضي المختص، بل تنتقل الكفالة تلقائيا إلى الكافل الأخر او الورثة إن قبلوا بها. ولكن في حالة عدم القبول بها فهنا ما على الورثة إلا التقدم إلى الجهة المختصة حيث يقوم قاضي شؤون الأسرة بالنظر في القضية ومعالجتها كما ذكرناه في الأعلى.

ان المشرع الجزائري في ق.ا.م.ا في المادة 497 لم يفرق بين الكفالة التوثيقية والقضائية ولم ينص على الإجراءات المتخذة كل واحدة على حدا بل نص انه بعد وفاة الكافل يتعين على الورثة إخطار قاضي شؤون الأسرة للفصل في القضية في أسرع وقت باعتبار مصلحة الطفل لا يمكن تعريضها لأي خطر.

1- قام المشرع الجزائري بالنص على نوعين من الكفالة وتعتبر كلاهما من الإجراءات القانونية المتخذة أمام جهات رسمية والدليل على ذلك في نص المادة 117 من ق. ا.ج على أن الكفالة تكون أمام المحكمة أو أمام الموثق.

2- بداوي علي– الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الآسرة –نشرة القضاة – العدد 64، 2009. ص 363.

ومن خلال ما تقدم يجب توضيح الشروط القانونية التي يجب ان تتوفر في الشخص المنتقلة اليه الكفالة، هل يجب بالضرورة ان يكون الكافل الاخر الوارد اسمه في عقد الكفالة؟ وماهي توابع الالتزام بالكفالة؟

المطلب الأول: الشروط القانونية الخاصة بانتقال الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية

إن المشرع الجزائري لم يعالج الإشكال المتعلق بمصير الطفل المكفول بعد فك الرابطة الزوجية بين الكافلين[1] شأنه في ذلك شان المشرع التونسي الذي لم ينص هو الآخر على حالة انحلال الرابطة الزوجية[2] على عكس المشرع المغربي الذي تطرق الى انفصال عرى الزوجية بين الكافلين، وذلك بانتقال الكفالة إلى الزوجة الكافلة في قانون كفالة الأطفال المهملين. الا انه لم يوضح الشروط التي يتم على أساسها انتقال الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية.

ولكن إذا ما تمعنا النظر في هذه المسالة فان القاضي يرجح كفة المصلحة الفضلى للطفل المكفول والحفاظ على تنشئته السليمة ويراعي بالضرورة إذا ما كان طرفي النزاع أو أحدهما يقيم في الخارج أو يريد السفر بالطفل المكفول بعد الحصول على كفالته، ولهذا فان القاضي المختص يعيد النظر في الشروط العامة لإسناد الكفالة.

ان المنهج المتبع في كل من الجزائر والمغرب وتونس في تحديد النظام القانوني للكفالة هو التطرق الى جملة من الشروط القانونية التي على أساسها يتم منح الكفالة[3]، وتتباين هذه الشروط بين الموضوعية والشكلية والتي يشترط أن تكون مجتمعة من أجل إفراغها في شكل قانوني محافظين بذلك على الرعاية السليمة

1- إلا أن المشرع الجزائري نص فقط على حالة الوفاة في المادة 125ق.ا.ج ولم يتطرق الى الشروط التي يتم على أساسها إجازة الكفالة بعد قبولها من الورثة أو بعد صدور حكم الطلاق.

2- بل اكتفى بالنص على طريقة انتهاء الكفالة ببلوغ سن الرشد القانونية.

3- ذلك ان ليست كل الشروط وارد ذكرها في قانون الاسرة او قانون كفالة الأطفال المهملين او قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني، بل هناك شروط معينة تستوجبها الإدارة في حالات معينة، انظر الملحق رقم 1.

للطفل المكفول، فهنا يطرح التساؤل هل المشرع الجزائري ونظيريه المغربي والتونسي بعدم نصهم على الشروط التي تسمح بانتقال الكفالة إلى الورثة أو أحد الزوجين الكافلين معناه الرجوع إلى الشروط الأساسية لإسناد الكفالة؟ أو أن هناك شروط أخرى يجب على القاضي التشديد على ضرورة توافرها من أجل إجازة الكفالة؟

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

وهي الشروط التي تقوم على أساس شخصي، أي متعلقة بشخص الكافل ونمط معيشته والظروف الاجتماعية المحيطة به. وبالرجوع إلى ق.ا.ج فإننا نجد أن المشرع الجزائري لم يشترط في الكفالة زوجين كافلين بل اقتصر ذكره على الكافل فقط دون أن يوضح جنسه. عكس المشرع المغربي والذي نص في المادة 9 من قانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين إمكانية إسناد الكفالة إلى زوجين أو امرأة غير متزوجة[1].

ان الإشكال المطروح هو كيفية التعامل مع هذه الشروط على مستوى المحكمة وكذلك في مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن مع العلم أنهم يقومون بإجراء تحقيق اجتماعي أولي للتأكد من توافر الشروط القانونية[2] المنصوص عليها ق.ا.ج، وهذا ما تبناه القانون المغربي من خلال جملة من الإجراءات والتحقيقات

1- ولكن المشرع المغربي لم يتطرق إلى الكافل الرجل بل حدد إما زوجين مجتمعين أو امرأة غير متزوجة، عكس المشرع الجزائري الذي اقتصر ذكره على الكافل دون تحديد جنسه سواء كان رجلا أو امرأة وهذا ما تطرق إليه أيضا المشرع التونسي في القانون الخاص بالولاية العمومية والتبني والكفالة حيث نص على الشخص الرشيد الكافل كذلك لم يحدد جنسه على النقيض من ذلك في نفس القانون وفي الفصل المخصص للتبني حدد أن المتبني يكون ذكرا أو أنثى أو متزوجين.

2- في حوار انفردنا به مع السيدة الأخصائية النفسانية المكلفة بإدارة شؤون الأطفال المسعفين في دار الطفولة المسعفة قامت بذكر لنا حالة حيث تم منح الكفالة فيها لكافل لا يتعدى عمره 25سنة بعد وفاة والديه الأصليين تاركين وراءهم فتاة صغيرة مكفولة عمرها لا يتعدى 5سنوات، حيث انه وبعد إجراء تحقيق اجتماعي اتضح من خلاله أن مصلحة الطفلة تكمن مع أخيها ولو انه غير متزوج ولا يعرف مسؤولية الحياة الزوجية والابناء، إلا انه تمسكه الشديد بها ورفضه القاطع بإعادتها إلى دار الطفولة المسعفة حال دون عدم رجوعها إلى هناك والظفر بكفالتها. دار الطفولة المسعفة 1 وهران. ماي 2015.

الاجتماعية، فإذا ما اختلت أحد هذه الشروط أو انعدمت فهنا يصبح انتقال الكفالة مستحيل قانونيا. فما هي هذه الشروط التي إذا لم تتوافر مجتمعة انعدم الأساس القانوني الذي تقوم عليه ويتم إلغاؤها؟

أولا: شرط الإسلام

باعتبار ان الكفالة نظام قانوني مستمد من الشريعة الإسلامية، فاهم شرط تقوم عليه هو شرط الإسلام، ولهذا تحرص جميع التشريعات القانونية التي تأخذ بهذا النظام على ضرورة توفر الإسلام في طالب الكفالة.

ا–القانون الجزائري:

إن المشرع الجزائري يشترط في الكافل أن يكون مسلما، كون الإسلام هو دين الدولة[1]، وباعتبار أن الدولة الجزائرية لا يعيش فيها المسلمون فقط، بل توجد أقليات من مختلف الديانات السماوية، ولهذا لا يمكن للكفالة أن تنتقل إلى غير المسلم حفاظا على مصلحته الشخصية وعقيدته الدينية وطريقة معيشته ضمانا للتنشئة السليمة في كنف كافل مسلم يحافظ على الإسلام، حريصين بذلك بالتشبع بالمبادئ الوطنية.

ان شرط الاسلام إشكال لا يطرح بعد طلاق الكافلين أو بوفاة أحدهما إذا كان الزوجين الكافلين جزائريين، بحيث يجب التذكير انه من شروط الموافقة على الكفالة في المرحلة الأولى هي إسلام الزوجين الكافلين ولهذا وبعد وقوع الطلاق فان للقاضي المختص النظر في الطلاق وله السلطة التقديرية في إجازة الكفالة إلى الطرف الذي تتوفر فيه الشروط المناسبة للرعاية السليمة للطفل ونفس الحال بالنسبة لوفاة الكافل.

1– حسبما تم النص عليه في دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في المادة 2، فانه بمفهوم المخالفة ان المرتد عن الإسلام لا يجوز منح الكفالة له باعتباره غير مسلم.

وباعتبار أن الدولة الجزائرية بلد مستثمر تستقطب عدة أجانب منهم المسلمون وغير المسلمين ونظرا للزيجات التي تتم بين الجزائريين والأجانب[1]، هذا لا يعني أن المشرع الجزائري لا يمنح الكفالة لغير الجزائري المسلم، بل يتم ذلك خاصة إذا كان مقيم في أرض الوطن، ولكن المشرع الجزائري لم يحدد المدة الزمنية على إسلام الأجنبي من اجل التقدم بطلب الكفالة.

ولكن على النقيض من ذلك، هل من الممكن منح الكفالة بعد الطلاق أو وفاة الكافل إلى الكافل الآخر ويكون هذا الأخير حديث العهد بالإسلام، هل يستطيع الحفاظ على الأسس الدينية للطفل المكفول، وكذلك يطرح إشكال آخر بالنسبة للأجنبي المسلم حديثا غير المقيم في الأراضي الجزائرية بالالتزام بالكفالة بعد الطلاق أو وفاة أحد الكافلين؟ وكذلك الإشكال الذي يطرح انه في حالة التكفل بطفل والزوجين الكافلين مقيمان بدولة أجنبية، فتحدث واقعة الطلاق أو الوفاة، فهنا المشرع الأجنبي هل يبحث بالضرورة عن إسلام الطرف الذي يمكن أن تسند إليه الكفالة أم يمكنه أن يتعدى هذا الشرط الجوهري؟

إن جلَّ هذه الإشكاليات المطروحة لا نجد لها جواب لا في قانون الأسرة الجزائري ولا في ق.ا.م.ا، حقيقة نقول ان عامل القيام بتحقيق اجتماعي من طرف القاضي المختص هو من الضروريات الأولية التي يتم العمل بها حفاظا على مصلحة الطفل، فقبل منح الكفالة أو إجازتها بعد انحلال الرابطة الزوجية، فان مرحلة التحقيق معمول بها. وجدير بالذكر أن حالات الكفالة من قبل الأجانب أو الجزائريين المقيمين بالخارج هي ضئيلة مقارنة بالكفالة المسموح بها للجزائريين المقيمين على ارض الوطن.

1- فالإشكال يطرح هنا بالنسبة للرجل أو المرأة، فالرجل يمكن له الزواج بأجنبية غير مسلمة من أهل الكتاب، وكذلك بالنسبة للمرأة يطرح الإشكال في زواجها من أجنبي مسلم حيث تنصب هذه الإشكالات على الكفالة بعد طلاقهم أو وفاة أحدهما خاصة إذا تزوج الرجل المسلم بغير المسلمة وأجاز نظام البلد الذي كانا يقيمان فيه كفالة الطفل.

إن المشرع الجزائري لم ينص بالتفصيل في كيفية انتقال الكفالة بعد الطلاق، بل تطرق في ق.ا.م.ا الى قيام القاضي بإجراء أي تحقيق أو تدبير يراه مناسبا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول في نص المادة 495. وكان صريحا بهذا الخصوص في القانون المدني في نص المادة 13 مكرر 1 أنه: (**يسري على صحة الكفالة، قانون جنسية كل من الكفيل[1]والمكفول وقت إجرائها، ويسري على أثارها قانون جنسية الكفيل**). ولهذا كان من الضروري التأكيد

ب–القانون المغربي والتونسي:

وإذا ما تطرقنا الى المشرعين المغربي والتونسي، نجد عدم تعرضهم الى هذه النقطة القانونية بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين بالرغم من النص على طلاق او وفاة الكافلين او إحالة هذه الاحكام الى نص قانوني اخر، ويعد هذا تقصير في حق الكفالة باعتبار ان جوهرها هو اسلام الكافل، ونظرا أيضا لنسبة الكفالة الممنوحة الى الخارج خاصة في المغرب[2]، حيث كان يشترط مرور ثلاث سنوات على إبرام عقد الزواج حتى لا يصطدم الطفل المكفول بحياة عائلية فاشلة، ويشكل ذلك صدمة نفسية، في حين تم إلغاء هذا الشرط حتى لا يكون سببا في عرقلة الكفالة [3] ولكن وبمفهوم المخالفة فانه وقبل إبرام عقد الزواج يجب على الزوج

1– إن المشرع الجزائري لم يلتزم بمصطلح موحد بين قانون الأسرة والقانون المدني، فنجد في قانون الأسرة يذكر الكافل وفي القانون المدني يذكر الكفيل، وفي النسخة الأصلية باللغة الفرنسية يذكر kafil وما يرادفه من مصطلح باللغة الفرنسية: .le titulaire du droit de recueil

[2]- سجلت سنة 2009 استفادة 1936 طالب كفالة من أوامر اسناد الكفالة، شكل الأجانب منهم نسبة تقارب 8 في المئة، بعدد وصل الى 147 كافل أجنبي. وفي سنة 2010، بلغ عدد الكافلين ما مجموعه 1716 من ضمنهم 227 أجنبي، بنسبة 13 في المئة. اما في سنة 2011 فقد بلغ عدد الكافلين 2756 من ضمنهم 254 كافل أجنبي، أي بنسبة 9،22 في المئة، وفي سنة 2012 وصل عدد الكافلين 2814 بما يعني ان العدد يرتفع من سنة الى أخرى، سواء بالنسبة لعدد طالبي الكفالة ككل، او لعدد الأجانب طالبي الكفالة ضمن المجموع منهم 201 كافل أجنبي.

- إبراهيم الايسر، دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، كفالة الأطفال المهملين بين تقوية الضمانات وتذليل الاكراهات، سلسلة دفاتر محكمة النقض، ع 22، مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض الرباط المغرب، 2015.

3– نور الدين الشرقاوي الغزواني، قانون كفالة الأطفال المهمشين، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، س. ط 2003، ص 19.

غير المسلم إعلان إسلامه، ولهذا عند التقدم بطلب الكفالة تكون قد مرت مدة زمنية على إسلامه، كي لا يقع إشكال بعد طلاق الكافلين أو وفاة احدهما حول إسلام الأجنبي ويبقى للقاضي فقط السلطة التقديرية بالفصل في انتقال كفالة الطفل إلى أحدهما[1].

وهناك اشكال قانوني في القانون المغربي حول جنس الشخص الكافل، حيث يشترط القانون زوجين كافلين او امرأة كافلة، ويطرح هذا الاشكال بناء على المادة 26 قانون كفالة الأطفال المهملين التي تنص على: (**إذا انفصمت عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين، أصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الزوج او الزوجة او من النيابة العامة او تلقائيا، امرا اما باستمرار الكفالة لأحدهما، او باتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات**).

وبناء عليه في حالة انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، فان كفالة الطفل المهمل تسند الى الزوج الكافل أي الرجل المسلم، وذلك بناء على امر قضائي يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين. وعلى ذلك يمكن القول ان كفالة الطفل المهمل يمكن ان تسند الى الرجل المسلم ولكن ليس في البداية أي عند طلب الكفالة، وانما بعد ذلك، لأنه إذا تقدم الرجل المسلم بطلب كفالة طفل مهمل فمن المؤكد ان طلبه هذا سيواجه بالرفض، وذلك استنادا الى مقتضيات المادة 9 من ظهير 13 يونيو 2002 التي لا تخول هذا الحق للرجل المسلم[2].

1- ولكن ما لبث هذا الشرط أن يستمر في العمل به، حتى تم إلغاؤه لعدة ظروف كانت تعرقل السير الحسن للتكفل بالأطفال المهملين، وهذا يرجع سببه إلى كثرة الأطفال المهملين والأمهات العازبات، وارتفاعها يشكل رهيب في الآونة الأخيرة.

2- انه كينيوسيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 29.

اما المشرع التونسي لم يدرج الشروط الشرعية التي تقوم على أساسها الكفالة، منها شرط الإسلام، كي يظفر الكافل بكفالة الطفل، هذا ما ينعكس على الشروط القانونية الموجبة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين من اجل إجازة الكفالة.

ان عدم التطرق الى الشروط الموضوعية الموجبة لانتقال كفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين يعد تقصير في حق الكفالة. الا انه يمكن ان يفهم ضمنيا الرجوع الى النص الأصلي لإسلام الكافل كشرط أساسي لانتقال الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، خاصة ان هذا الشرط الضروري يكون قد استهلك في المرحلة الأولية لانتقال الكفالة، ما يرجح فرضية النظر الى نفس الشروط القانونية لإجازة انتقال الكفالة من عدمه.

ثانيا: شرط العقل والقدرة على رعاية الطفل المكفول

تختلف الشروط الموضوعية للكفالة بين البلدان المغاربية، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال مقارنة الشروط الموضوعية التي نص عليها المشرع الجزائري بالشروط التي أدرجها كل من المشرع المغربي والتونسي.

ا–شرط العقل والقدرة على رعاية المكفول وفق القانون الجزائري:

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على انه يجب أن يكون الكافل عاقلا، قادرا على رعاية الطفل المكفول وتلبية حاجياته الضرورية حسب نص المادة 118 ق.ا، بمعنى يجب على الكافل أن يتمتع بجميع قواه العقلية ليتمكن من رعاية وتربية الطفل المكفول على أكمل وجه. بحيث إذا ما تعرض الكافل إلى أي حادث يفقده توازنه العقلي، فهنا يصبح الطفل المكفول معرض للخطر سواء على حالته النفسية أو يمكن أن يتعدى إلى أكثر من ذلك وهي التعرض إلى أضرار جسدية، ولهذا نص المشرع الجزائري على ضرورة توافر العقل من أجل القيام بممارسة الكفالة.

يوجد اختلاف بين الطفل المميز وغير المميز، فهذا الأخير يحتاج إلى رعاية واهتمام كبير نظرا لعدم قدرته على التمييز بين ما ينفعه أو يضره ويكون بحاجة ضرورية لمن يقوم بشؤونه ويسهر على حسن تربيته.

لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط الجوهري في انتقال الكفالة إلى الكافل الآخر أو إلى أحد الورثة، ولكن وقياسا على الشروط التي تنشئ عقد الكفالة، فان ضرورة توافر عنصر العقل يعني أن يتمتع الكافل بجميع قواه العقلية هي ضرورة حتمية، ولكن المشرع الجزائري لم ينص بصريح العبارة على أن يثبت التمتع بالقوى العقلية بشهادة طبية من أجل التأكد من السلامة العقلية.

ان الحياة العملية تلزم عند طلب الكفالة تقديم شهادة تثبت السلامة العقلية، خاصة انه هناك من الحالات لا يظهر عليها عدم التمتع بكامل القوى العقلية–حالة الجنون المتقطع–فهنا للقاضي السلطة التقديرية من أجل تحديد ما إذا كان المنتقلة إليه الكفالة يتمتع بجميع قواه العقلية وغير محجور عليه باتخاذ التدابير الازمة لذلك.

ان النتيجة الحتمية للتمتع بجميع القوى العقلية هي أن يكون الكافل أهلا لقيام بشؤون الطفل المكفول والتمتع بالأهلية القانونية، أي أنه يكون بالغا سن الرشد، والتي حددها القانون ب 19 سنة كاملة، حيث لا يمكن لقاصر أن يتكفل بقاصر مثله.

ب–شرط العقل والقدرة على رعاية المكفول وفق القانونين المغربي والتونسي:

على غرار المشرع الجزائري فان التشريعين المغربي والتونسي يغفلان عن ذكر هذا الشرط الجوهري، الى جانب الشروط القانونية الأخرى التي تجيز انتقال الكفالة خاصة المشرع المغربي الذي يتطرق الى حالتي انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين.

ان الشروط الجوهرية التي اوجدها المشرع الجزائري تختلف عن نظيريه المغربي والتونسي، فاذا قمنا بالقياس عليها نجد أن المشرع المغربي في جميع الشروط التي تطرق إليها قام بذكر الزوجين أي انه اجمعهما في العلاقة القانونية، على عكس المشرع الجزائري الذي اكتفى فقط بالنص على الكافل ولم يقم بتحديد جنسه[1]، وهذا ما سهل علينا القيام بالقياس على الشروط القانونية باعتبار أن المشرع الجزائري نص على الشروط الجوهرية التي تقوم على أساسها العلاقة القانونية أي أن هذه الشروط تعد جد منطقية والتي لها علاقة سواء بالعقيدة الدينية أو بالقدرة على التربية وتقديم الأحسن والأفضل للطفل المكفول.

ان شرط العقل والقدرة لم يرد ذكرهما في قانون كفالة الأطفال المهملين، بل نص فقط على بلوغ السن القانونية وهي 18 سنة حسب المادة 209 من مدونة الاسرة المغربية، الا ان هذا يعتبر غير كاف، لأنه لا فائدة من اشتراط سن الرشد القانوني إذا لم يكن طالب الكفالة كامل الاهلية، ولذلك يرى البعض[2] انه كان على المشرع المغربي ان يشترط كمال الاهلية عوض الاقتصار على بلوغ سن الرشد القانونية.

الا ان المشرع المغربي لم يكتف عند هذا الحد من الشروط الموضوعية بل أدرج شروط أخرى، الا ان ليست كل الشروط الواردة في قانون كفالة الأطفال المهملين تنطبق على حالة انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين خاصة الشرط الذي يقضي بكون كلا الزوجين مؤهلين أخلاقيا وماديا للكفالة، ويعاد طرح الاشكال من جديد بعدم التطرق الى النظر في شروط الكفالة بعد طلاق وفاة أحد الكافلين او كلاهما، وهذا ما يعاب على المشرع المغربي خاصة انه نظم هذه النقاط القانونية على غرار المشرعين الجزائري والتونسي.

1 - BOULENOUAR AZZEMOU.M – recueil légal (kafala) et droit(s) positif(s)-juriclasseur droit de la famille couple-enfant-patrimoine – N°1 janvier 2009 14eme année. Page 18.

(…le titulaire de recueil légal pourra être invariablement une personne célibataire veuve ou mariée. Aucune condition d'âge n'est motionnée. De même que les dispositions du code de la famille ne précisent nulle part que le kafil doit être un homme ou une femme…)

2- قرموش عبد القادر، كفالة الأطفال المهملين، دراسة تحليلية نقدية لظهير 13 يونيو 2002 على ضوء احكام مدونة الاسرة، دار السلام ط الأولى 2008.

كما أضاف المشرع المغربي ضرورة سلامة الكافل من كل مرض معد او أي مانع يحول دون تحمل مسؤولية الكفالة، إضافة الى عدم وجود نزاع بين الكافل ووالدي المكفول معلوم النسب أي نزاع قضائي او خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المكفول.

الا ان المشرع المغربي لم يكتف بالزوجين الكافلين في تحديد شروط الكفالة بل أورد هذا الحق للمرأة، واشترط فيها نفس الشروط الأربعة المنصوص عليها في البند الأول من المادة 9 من ظهير 13 يونيو 2002، وهذه الحالة يمكن ان نتطبق على طلب المرأة انتقال الكفالة اليها بعد الطلاق او وفاة زوجها.

والملاحظ في هذا الصدد ان المشرع المغربي اقتصر بخصوص اسناد الكفالة على المرأة المسلمة ولم يمنح هذه الامكانيات للرجل المسلم، ويعزي البعض ذلك الى الموروث الثقافي والتصور السلبي للرجل في علاقته بالذين يعيشون معه كمصدر للخطر والاعتداء والشذوذ[1]. ولهذا حرص المشرع المغربي على مجموعة من الشروط الموضوعية تتعلق بالزوجين الكافلين معا او المرأة الكافلة.

ان المشرع التونسي لا ينص صراحة في قانون الولاية والكفالة والتبني على شروط موضوعية يتم الاستناد عليها لقبول انتقال كفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، الا ان ما أصدرته وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن والتونسيين بالخارج من شروط الانتفاع بالخدمة يمكن إعادة النظر فيها لإجازة انتقال الكفالة منها: السيرة الحسنة والاستعداد النفسي والقدرة الصحية والمادية على تربية الطفل، الا انه لا يتطرق الى السلامة البدنية التي يمكن ان تشمل ضمنها السلامة العقلية[2].

[1]- قرموش عبد القادر، كفالة الأطفال المهملين، نفس المرجع السابق، ص 115 وما بعدها.
- انه كينيوسيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 25-28.
[2]- ملحق خاص بالتشريع التونسي: انظر الملحق رقم 1، يتعلق بشروط الانتفاع بالخدمة، ص 1.

الفرع الثاني: الجهة المختصة في تقرير انتقال الكفالة-اجراءات شكلية-

بعد التأكد من توافر جميع الشروط الموضوعية التي يتم على أساسها إجازة انتقال الكفالة، فتاتي بالضرورة مرحلة إفراغها في وعاء قانوني، أي الإجراءات الشكلية التي يتم اتباعها لانتقال كفالة الطفل، ويطرح هذا الاشكال في كل من الجزائر والمغرب وتونس، وهذا راجع لعدم إعطاء هذه المرحلة من الإجراءات نصيبها من التشريع، حيث يعتريها فراغ قانوني.

ان الاشكال الذي يطرح هو كيف يتم انتقال كفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين والجهة المختصة في ذلك؟ باعتبار أن المشرع الجزائري نص في المادة 117 ق.ا على أنه يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو الموثق، وعدم اتضاح ادراج المشرع المغربي للموثق من عدمه في انعقاد الكفالة في المرحلة الأولية[1].

ان الجهة الرسمية المخولة بعقد الكفالة هي المحكمة عن طريق قاضي شؤون الأسرة او قاضي شؤون القاصرين حسب التشريع المغربي، أو أن تكون أمام الموثق او العدول، الذي بدوره يكون مسؤول مسؤولية قانونية أمام العدالة.

اما بخصوص المشرع التونسي الذي لم ينص على حالة انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، ما يستدعي تسليط الضوء على هذه النقطة ومحاولة القراءة بين السطور في تشريع الولاية والكفالة والتبني، ذلك ان انعقاد الكفالة في مرحلته الأولية يتم لدى عدلين مصادق عليه من طرف حاكم الناحية، فهل هذه الاجراءات يتم اتباعها عند انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين والتزام الكافل بكفالة الطفل؟

[1]- تطرح هذه الإشكالية في ظل التباين بين قانون كفالة الأطفال المهملين، وقانون الاثار القانونية للكفالة الفرنسي الذي يعطي الصيغة التنفيذية للكفالة المبرمة عند الموثق.

أولا: المحكمة

ان المتفق عليه بين التشريعات المغاربية ان الجهة القانونية التي يتم فيها انعقاد الكفالة، هي المحكمة إضافة الى التباين التشريعي بين الاخذ باختصاص الموثق بالكفالة من عدمه. الا ان انحلال الرابطة الزوجية يخلق اشكال قانوني حول الجهة المختصة في تقرير انتقال الكفالة، هل يتم امام الجهة التي عقدت الكفالة ام ان هناك إجراءات قانونية أخرى يتم الاستناد اليها؟

ا–موقف المشرع الجزائري:

إن التعديل الأخير ل ق.ا/ق.ا.م.ا جاء بالجديد لقاضي شؤون الأسرة، وذلك من خلال التكفل بجميع النزاعات الناشئة عن تطبيق أحكام قانون الأسرة حيث وأنه زيادة على اختصاصه نم منحه، صلاحية النظر في المنازعات الناشئة عن الولاية، وحماية القصر، وناقصي الأهلية[1].

إلا أنه وبالرغم من التعديل إلا أن ق.ا.م.ا لم يأت بالجديد في الإجراءات المتعلقة بطلاق الكافلين، بل نص فقط على حالة وفاة الكافل ودور القاضي باستدعاء الورثة، في نص المادة 497، حيث يستنتج ان موقف المشرع الجزائري واضح من خلال منح اختصاص تقرير انتقال الكفالة الى قاضي شؤون الاسرة، ويتجلى ذلك في شق واحد من انحلال الرابطة الزوجية وهو الوفاة، الا ان حالة الطلاق لم يرد ذكرها، ولكنه قياسا على الدور الإيجابي للقاضي في قضايا شؤون الاسرة واستحواذه على كل الأمور المتعلقة بالأسرة واختصاصه في حالات الطلاق وكل الأمور المتعلقة بالكفالة، فانه في حالة انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين يؤول له الاختصاص من اجل تقرير من هو الكافل الجدير بكفالة الطفل.

1– بداوي علي، نفس المرجع السابق، ص 353–354.

ان المحكمة المختصة بالنظر في موضوع الكفالة وما يترتب عنها من اثار هي محكمة شؤون الاسرة، ذلك انها نتيجة حتمية على انعقاد الاختصاص لها، نوعيا وإقليميا، إذا كانت دعوى الطلاق بين الكافلين تتضمن المطالبة بالفصل في كفالة الطفل، او كانت تابعة لها. اما في حالة الوفاة فان المحكمة التابعة لمقر سكنى المكفول هي المختصة بالفصل فيها.

ب–موقف المشرع المغربي والتونسي:

تعتبر المحكمة الجهة القانونية المخولة رسميا بالنظر في موضوع انتقال الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين بالنسبة للمشرع المغربي، وهذا يرجع الى ان القاضي هو المختص بعقد الكفالة، وبكل الأمور القانونية التي يستجوبها موضوع الكفالة.

من المستجدات التي جاء بها قانون كفالة الأطفال المهملين، ان المشرع المغربي عهد بالصلاحية في قضايا الكفالة الى القاضي المكلف بشؤون القاصرين، هذا التعديل عزز دور القاضي كمسؤول عن شؤون القاصرين وكنائب عن الأطفال المهملين[1]، ويكتسي هذا التعديل أهمية على الاثار المترتبة عن الكفالة خارج النطاق الإقليمي للدولة، ولهذا فان اسناد الكفالة بواسطة امر قضائي، لا عن طريق اشهاد عدلي ذي طبيعة إدارية، يعطي المزيد من الضمانات ومن الامن القانوني للأشخاص المعنيين بالكفالة[2].

اما بالنسبة للمشرع التونسي لا يبين اختصاص المحكمة بالنظر في طلاق او وفاة الكافلين، بل يكتفي بالنص على إمكانية عقد الكفالة عند عدلين، او حاكم الناحية، ولا يخص المحكمة بالذكر الا فيما يخص فسخ عقد الكفالة حسب الفصلين 4–7 من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني. الا انه وكما سبق لنا

[1]- طبقا للمقتضيات المتعلقة بالنيابة الشرعية المنصوص عليها في مدونة الاسرة المغربية نص المادة 231، وفي قانون المسطرة المدنية نص المادة 181 وما يليها.

[2]- انه كينيوسيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 31.

التوضيح ان قاضي الاسرة يختص بوضع الطفل المهدد تحت نظام الكفالة حسب الفصل 59 من م.ح.ط وعلى هذا الأساس يمكن قياس حالة الطلاق والوفاة، حيث يؤول الاختصاص للمحكمة لتقرير انتقال الطفل من عدمه، خاصة في حالة الطلاق، والتي يكون النزاع حول كفالة الطفل تابع لها، على أساس حضانة الطفل[1].

يبقى الطفل المكفول تحت رقابة قاضي الاسرة الذي عليه متابعة تنفيذ احكامه ويؤول له اختصاص مراجعة قرار وضع الطفل تحت نظام الكفالة او الشخص الكافل كلما اقتضت مصلحة الطفل ذلك، ما يعزز من الدور المنوط بقاضي الاسرة في حال انفصال الكافلين او وفاة أحدهما حسب م.ح.ط[2].

ثانيا: الموثق

ان الاختصاص القانوني للموثق او العدول او عدلين بعقد الكفالة، يعتبر اشكال قانوني، وهذا راجع لعدم كفايتها من حيث النصوص القانونية التي تعزز دوره في الإشكالات القانونية التي تحوم حول موضوع الكفالة، وهذا ما سنعالجه اتباعا:

ا–دور الموثق في تقرير انتقال كفالة الطفل وفق القانون الجزائري:

اعطى المشرع الجزائري للموثق الصلاحية الكاملة بعقد الكفالة[3]، ولكنه لم يبين الرجوع اليه في حال انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين لتقرير انتقال الكفالة وهذا ما سنحلله اتباعا:

[1]- انظر الملحق الأول الخاص بالتشريع التونسي، حيث ان التقرير الصادر عن وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن والتونسيين بالخارج بخصوص إجراءات الكفالة، ان موضوع الخدمة هو: حضانة في إطار كفالة.

[2]- بن محمود فاطمة، سامية دولة، نفس المرجع السابق، ص 339.

[3]- تنص المادة 3 من قانون مهنة التوثيق على: (الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص اعطائها هذه الصبغة). قانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم 1427ه الموافق ل 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

ان الحالة القانونية التي تم النص عليها هي وفاة الكافل، ولم ينص المشرع في ق.ا على إمكانية الاحتفاظ او الالتزام بالكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية بصريح العبارة، بل تم استخلاصها من خلال المادة 497 ق.ا.م.ا ومن خلال الاجتهادات القضائية.

تطرق المشرع إلى الحالة التي يتم فيها التخلي عن الكفالة، في نص المادة 125 من ق.ا.ج: (**التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة**)، يفهم ضمنيا أنه إذا ما تم عقد الكفالة أمام الموثق وتم التخلي عنها إما بالطلاق أو الوفاة أو لأسباب أخرى، فانه يجب على الموثق هو الذي يقوم بإقرار التخلي عن الكفالة من طرف الكافل أو ورثته، مع إخطار النيابة العامة بهذا الاجراء القانوني. فهل يمكن قياس حالة التخلي عن الكفالة بحالة الالتزام بها، أي بمعنى إذا تم عقد الكفالة عند الموثق في حال انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، يكون له الاختصاص بتقرير انتقال الكفالة؟

إذا انحلت الرابطة الزوجية بالطلاق، فان هذه الحالة تعرض امام قاضي شؤون الاسرة الذي يختص بالنظر في موضوع الطلاق، مع إمكانية ادراج طلب الالتزام بالكفالة من طرف أحد الكافلين، او بتقديم عريضة يلتمس من خلالها طلب فسخ عقد الكفالة الأول والالتزام بكفالة الطفل وفق الشروط القانونية الموضحة في ق.ا ويتم إجازة ذلك بعد النظر في الشروط القانونية التي سبق لنا التطرق اليها، اما إذا كان سبب انحلال الرابطة الزوجية هو الوفاة فان النص القانوني صريح في المادة 497 ق.ا.م.ا.، ولا ينص المشرع اطلاقا على إمكانية تدخل الموثق في عملية تقرير انتقال الكفالة. ما يوضح سحب الاختصاص من الموثق تدريجيا[1].

[1]- دراسة ميدانية الى بعض الموثقين بولاية وهران، اسفرت نتائجها عن امتناع الموثقين عن القيام بعقد الكفالة، وهذا راجع الى الإشكالات القانونية التي طرحت في هذا الموضوع، بسبب الغش الذي أصبح يطال هذا النوع من العقود من طرف الأشخاص الكافلة التي أصبحت تستغل الأطفال المكفولين في أغراض منافية لحقوق الطفل ما يعرض مصلحة الطفل للخطر.

الا ان الدور الذي يلعبه الموثق في موضوع تقرير انتقال الكفالة من عدمه، لا يتجسد على ارض الواقع الا من خلال رجوع الأطراف التي عقدت الكفالة على الموثق من خلال طلب عقد كفالة جديد، وفسخ عقد الكفالة الأول سواء في حالة الطلاق او الوفاة.

ب–دور العدول في تقرير انتقال كفالة الطفل وفق القانونين المغربي والتونسي:

اوكل المشرع المغربي مهمة إسناد الكفالة إلى قاضي شؤون القاصرين سواء في مرحلتها الأولى، أي بعد التقدم بطلب الكفالة أم بعد طلاق الكافلين، حيث تعتبر النيابة العامة هي الأخرى طرف أصلي في الدعوى. فيدور الاختصاص في هذا الجانب بين النيابة العامة وبين المحكمة، فتميزت الكفالة بطابعها القضائي الذي يحاول توفير الحماية الاجتماعية للطفل[1].

ان المشرع المغربي لا يتطرق في قانون كفالة الأطفال المهملين الى اختصاص العدول باي اجراء قانوني متعلق بالكفالة، بل يؤول الاختصاص الى قاضي شؤون القاصرين، الا انه بالرجوع الى القانون الفرنسي حول اثار الكفالة الذي خص بها الكفالة الجزائرية والكفالة المغربية، نجد انه بنص على الكفالة التي يعقدها العدول في المغرب، ما يطرح التساؤل حول السند القانوني الذي تم اعتماده لتحديد الكفالة المغربية والتفريق بين الكفالة القضائية وكفالة العدول؟

أعطى المشرع المغربي دورا للعدول في قانون الأطفال المهملين لسنة 1993 قبل تعديله بالقانون 01-15 المتضمن قانون كفالة الأطفال المهملين، في نص المادة 16: (**تسند الكفالة بمقتضى عقد محرر من طرف عدلين بموطن الزوجية او المؤسسة التي أسندت لها الكفالة، داخل مدة 15 يوما من تاريخ**

1- عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين، دراسة تحليلية على ضوء القانون رقم 01-15، سلسلة دراسة وأبحاث، قضايا الأسرة، إشكالات راهنة ومقاربات متعددة، مجلة القضاء المدني، صفحة 134-135.

صدور قرار المحكمة). الا ان هذا القانون الغي بموجب القانون 01-15، ولكن المشرع الفرنسي في تفسيره ومدى الاخذ بأثار الكفالة في فرنسا أبقى على الكفالة التوثيقية.

بدوره المشرع التونسي الذي تطرق إلى الكفالة نجده قد أوكل للموثق عقد الكفالة، ولكنه لا يستعمل كلمة موثق بل ينص على عدلين، ولكن شريطة أن يتم المصادقة على هذا العقد من طرف حاكم الناحية، حيث ينص في الفصل الرابع من القانون المتعلق بالكفالة والتبني على (**يبرم عقد الكفالة بين عدلين**)[1].

ويتضح مما تقدم انه في حال انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين يمكن الرجوع الى العدلين لتقرير انتقال الكفالة الى أحد الزوجين الكافلين، إذا ما اتفق الأطراف على ذلك، الا انه في حال نشوب نزاع بينها فان محكمة الأحوال الشخصية ممثلة في قاضي الاسرة هي المختصة بالفصل في انتقال كفالة الطفل.

يستنتج مما ذكر آنفا أن التشريعات المغاربية تتفق على اختصاص المحكمة في تقرير انتقال كفالة الطفل الى الكافل الملتزم بها دون الرجوع الى الموثق الا في حالات استثنائية حتى وان كانت الكفالة توثيقية في الاصل. هذا ما يطرح التساؤل حول الحماية القانونية التي تقدمها الكفالة التوثيقية، خاصة بالنسبة للكفالة التي يتم منحها للخارج سواء كانوا أجانب مسلمون، او مقيمين في الخارج. فمن المعلوم أن عدد لا يستهان به من الجالية المغاربية مقيمة في الخارج، واخص بالذكر فرنسا نظرا لعدة عوامل تاريخية، ولهذا تم التعاون بين فرنسا والجزائر، وفرنسا والمغرب عن طريق اتفاقيات التبادل بين البلدين[2]. نتيجة كثرة القضايا امام المحاكم المتعلقة بالأحوال الشخصية خاصة منها موضوع الكفالة الذي يعد نظاما دخيلا عليها، بادر النظام الفرنسي

---

[1]- كما سبق لنا التطرق اليه ان المشرع التونسي يجيز العمل بنظام التبني، للإشارة فقط ولتوضيح أكثر، فانه لم ينص على انعقاد الاختصاص الى عدلين لإبرام عقد التبني، بل اوكل هذه المهمة الى القاضي المختص إقليميا الى المحكمة.

2 - Convention franco-algérienne relative à l' exequatur et à l'extraction du 27 octobre 1964.

- convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire, d'exéquatur des jugements et d'extradition entre la France et le Maroc du 5 octobre 1957.

الى تشريع قانون يخص هذه الفئة من المجتمع، والدليل على ذلك ترجمة الكفالة إلى اللغة الفرنسية le recueil légal[1]، وتخصيص منشور حول الآثار القانونية للكفالة في فرنسا[2].

وإذا ما رجعنا للكفالة التوثيقية ومدى الأخذ بها، نجد أنه لا يتم الاعتراف بها حيث أن وزير العدل الفرنسي سنة 2014 قام بالتصريح بان الكفالة تم انعقادها أمام الموثق لا يمكنها تحقيق الرقابة الكافية وبالتالي لا يمكنها توفير الحماية اللازمة للطفل المكفول[3]. ويتم رفض تنفيذها على الأراضي الفرنسية، واتى هذا التصريح في مدة زمنية متقاربة مع صدور منشور 22 أكتوبر 2014.

المطلب الثاني: إشكالية عقد كفالة جديد

بعد توفر جميع الشروط القانونية، وتقرير انتقال الكفالة إلى أحد الورثة أو إلى أحد الكافلين بعد الطلاق، تأتي مرحلة إفراغها في وعاء قانوني، وعقد الكفالة جديد. إن هذه المرحلة من الإجراءات، لم تنص عليها التشريعات المغاربية، فهل تبقى حبيسة الإجراءات الإدارية، نظرا لوضعية الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه؟

ان إشكالية عقد كفالة جديد يستوجب توضيح فرضيتين وتحليلهما قانونيا على حسب المعطيات المقدمة قانونا في كل من المواد المرتبطة بعقد الكفالة، وبالوثائق الادارية التي تبين مدى الاختلاف بين النص

1 - la kafala = traduire en français par recueil légal est une institution de droit musulman utilisée notamment en Algérie et au Maroc.

Article publie sous-titre kafala ou recueil légal publié le 30-01-2015. Lexis Nexis juriclasseur.

Copyright 2015 Lexis Nexis.

2 - circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridique du recueil légal en France.

- Dans un avis publié au journal officiel français n° 0282 du 15 décembre 2013 la commission générale de terminologie et de néologie a introduit l'expression de recueil légal de traduire la kafala.

Bulletin officiel du ministère de la justice n° 2014-11 de 28 novembre 2014 p 1 / 11.

3 - Ministre de la justice français recommande de ne pas reconnaitre la kafala passé devant le notaire. Faute de contrôle préalable de sa conformité à l'intérêt de l'enfant et en égard a des risques de fraude. Article précédant kafala ou recueil légal. Copyright 2015 Lexis Nexis juriclasseur.

القانوني والتطبيق العملي في المؤسسات القانونية، من ذلك سنتطرق في الفرع الأول الى الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول، والفرع الثاني سنتحدث على الجهة المختصة بعقد الكفالة جديد.

الفرع الأول: الاثار القانونية المترتبة على الاختلاف بين واقعتي الوفاة والطلاق-انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين-في الاحتفاظ بعقد الكفالة الاول

ان إشكالية عقد كفالة جديد يخلق نوعا من الابهام في هذه العلاقة القانونية، ذلك بعدم توضيح جميع الإجراءات التي تخص انتهاء او استمرارية الكفالة. مما يؤدي الى معالجة هذه النقطة القانونية بالتحليل القانوني والربط بين المواد والوثائق الإدارية التي يمكن ان نستنتج من خلالها عقد كفالة جديد من عدمه.

ان المشرع الجزائري لم يبين إمكانية الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول او عقد كفالة جديد، بصريح العبارة، وهذا ما سار في نهجه كل من المشرعين المغربي والتونسي. ويجب التوضيح بخصوص انحلال الرابطة الزوجية حيث تضم كل من الطلاق والوفاة حسب نص المادة 47ق.ا.ج[1]، ذلك ان كلتا الواقعتين القانونيتين تشتركان وتختلفان في نفس الوقت بين الاثار المترتبة عنها. ينظر للوهلة الأولى ان نفس الاثار القانونية تترتب على مصير الطفل المكفول، بعد انحلال الرابطة الزوجية، ولكن في حقيقة الامر ان هذه المرحلة من الإجراءات المتعلقة بعقد كفالة نجد انها تختلف وسيتم توضيح الاختلاف اتباعا.

أولا: الطلاق بين الكافلين

ان الطلاق في حد ذاته كواقعة قانونية، يشهد إجراءات معينة، ولكن يختلف الطلاق بين زوجين الأبناء من صلبهم، كل الاختلاف عن زوجين كافلين[2].

---

[1]- يتم قياس ما جاء به القانون الجزائري حول موضوع انحلال الرابطة الزوجية على كل من التشريعين المغربي والتونسي.

1 - حيث نص المشرع الجزائري في نص المادة 118ق.ا على الكافل، عكس المشرع المغربي الذي ينص على زوجين كافلين او امرأة كافلة، المادة 9 قانون كفالة الأطفال المهملين، وبخصوص المشرع التونسي ينص هو الاخر على الكفيل.

وهذا الاختلاف يجد مكانه في القانون، حيث نص المشرع المغربي على الطلاق بين الكافلين تحت انفصام عرى الزوجية، الا ان المشرع الجزائري وبالرغم من الحرص الشديد حول ضمان المصلحة الفضلى للطفل، الا انه لم يخص واقعة الطلاق بين الكافلين بنص قانوني صريح، وهذا ما يؤدي بنا الى الرجوع الى الاجتهادات القضائية[1]، حيث يتضح من خلالها ان قاضي شؤون الاسرة لا ينص في حكم الطلاق على الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول. مما يخلق اشكالا قانونيا واضحا بتعيين كافل للطفل بعد الطلاق، خاصة إذا كان كلا الزوجين كافلين.

نفس الاشكال القانوني يطرح بخصوص القانون المغربي الذي بالرغم من التطرق الى الطلاق بين الكافلين الا انه لم يوضح إمكانية الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول. ويتم ارجاع هذا الامر الى قاضي شؤون القاصرين الذي له كل السلطة بالنظر في هذه المسالة واتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات، وهذا ما يرجح إمكانية الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول بعد إقرار القاضي استمرارية الكفالة لاحد الزوجين الكافلين[2].

ان سكوت المشرع الجزائري عن هذه النقطة القانونية الحساسة يخلق فرضيتين، وهما: الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول، او عقد كفالة جديد. يمكن ان نتطبق هتين الفرضيتين على واقعة فك الرابطة الزوجية، ذلك ان إمكانية احتفاظ الكافل بعقد الكفالة الأول وارد، إذا كان أحد الزوجين الكافلين هو كافل الطفل في عقد الكفالة دون الزوج الاخر.

ويجب توضيح إمكانية التزام الكافل بعقد الكفالة دون زوجه، أي يكون كافلا لوحده سواء كانت امرأة او رجل، حسب نص المشرع الجزائري، فبعد الطلاق لا يطرح اشكال قانوني بخصوص هذه المسالة،

2- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، رقم القرار 613481، تاريخ القرار 10-03-2011، م.م.ع، ج الأول، 2012، ص 290.

- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، ملف رقم 0813942، تاريخ القرار 13-06-2013، م.م.ع ع الأول 2014، ص 309.

المبدأ: كفالة – نفقة – طلاق.

3-المادة 26 من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي.

ذلك ان كل الالتزامات تقع على الكافل سواء تفككت الرابطة الزوجية او ظلت قائمة، فيعد المسؤول الوحيد عن كفالة الطفل، وبالتالي لا يطرح اشكال حول الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول من عدمه.

اما في الفرضية الثانية وهي عقد كفالة جديد، بعد فك الرابطة الزوجية بين الكافلين، حيث يتقدم أحد الزوجين الكافلين الذي يريد الالتزام بكفالة الطفل بطلب ابطال او فسخ عقد الكفالة الأول عن طريق عريضة امام قاضي شؤون الاسرة الذي منح الكفالة، للظفر بعقد كفالة جديد يحمل اسم الكافل لوحده.

ثانيا: وفاة الكافل

بالرغم من اشتراك الوفاة والطلاق في انهما طريقتين تنحل بهما الرابطة الزوجية، الا انهما يختلفان، سواء من حيث مضمونها او الاثار التي تترتب عليهما، وهذا راجع للمواد القانونية التي تفرق بين الظاهرتين، حيث تولد كل منهما على حدا انعكاسات على الكفالة.

يشترك كل من القانونين الجزائري والمغربي على حد السواء بالتطرق الى وفاة الكافل، وما ينجر عن ذلك من اثار، الا ان ذلك لا ينعكس إيجابا على إمكانية الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول، حيث تم السكوت عن هذه الاشكالية القانونية.

ولتحليل قانوني ادق يجب الولوج في الاختلاف بين وفاة الكافل، ووفاة الكافلين معا، حيث يمكن ان تختلف الاثار المترتبة عن كليهما.

ا–وفاة أحد الكافلين:

حسب الإجراءات المنصوص عليها في ق.ا.م.ا.ج وق.ا.ج بعد وفاة الكافل يتم اخطار القاضي المختص وهو قاضي شؤون الاسرة الذي امر بالكفالة حسب المادة 497 من ق.ا.م.ا، فإذا توفي الكافل

وبقي الكافل الاخر على قيد الحياة، يمكن في هذه الحالة بعد القيام بإجراءات الاخطار الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول، حيث يكون اسم الكافل المنتقلة اليه الكفالة وارد في عقد الكفالة.

يطرح اشكال قانوني في هذه الموضوع بخصوص الكفالة التي يعقدها الموثق، أي حماية توفرها هذه الكفالة؟ هل يتم في هذه الحالة اخطار القاضي المختص بالنظر فيها، ام يكون للموثق الصلاحيات القانونية لتقرير المنتقلة اليه الكفالة بخصوص عقد جديد او الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول. حيث يتبادر الى الذهن انه بمجرد ابداء الموافقة على عقد الكفالة في مرحلته الأولية[1]، يرجح إمكانية الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول، ذلك ان غالبية الكفالة التي يعقدها الموثق تكون كفالة بين الأقارب، حيث ان كفالة الأطفال المتواجدين في مراكز الرعاية الاجتماعية التي تشرف عليها الدولة لا يمكن ان يعقد كفالة طفل موثق، بل تمر بإجراءات معينة سبق التطرق اليها في المقدمة، الا في حالات استثنائية.

الزم المشرع الجزائري الموثق بإخطار النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالكفالة خاصة في حالة التخلي، ذلك ان المشرع الجزائري في المادة 125 ق.ا، وان تم عقد الكفالة عند الموثق، فمن المرجح بعد رغبة الكافل او ورثته التخلي عن الكفالة ان يتم ذلك امام نفس الموثق الذي عقدها، ما يمكن توضيحه بمفهوم المخالفة وقياسا على ما اتى به المشرع الجزائري، يمكن للموثق فسخ عقد الكفالة الاول، وعقد كفالة جديد للكافل الذي التزم بالكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، وكل ذلك يتم بعلم النيابة العامة حيث يخطرها الموثق عن طريق ارسالية، يتم الرد عليها بإرسالية بالموافقة او الرفض حسب كل حالة قانونية[2].

[1] - الملحق رقم 3 الخاص بسماع الكفالة، والملحق رقم 4 الخاص بعقد الكفالة.

[2]- انظر الملحق رقم 15: المتعلق بالتخلي وفسخ عقد كفالة عن طريق الموثق.

ب–وفاة الزوجين الكافلين:

يختلف القسم الثاني من الوفاة عن الأول، وذلك بوفاة الكافلين معا، وبعد القيام بجميع الإجراءات الازمة لذلك تنتقل الكفالة الى أحد الورثة، في هذه الحالة يطرح اشكال الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول؟ ان طرح هذا الاشكال يخلق نوعا من الابهام والغموض حول المصلحة الفضلى للطفل المكفول بعد وفاة كافليه؟

ان الكفالة في غالبية الأحيان تنتقل الى المرأة دون تخويلها الحضانة وما يترتب عن الطلاق او الوفاة من اثار، الا ان الغموض الذي يشوب الكفالة والفراغ القانوني الذي يشكل العائق الأكبر وراء عدم نجاعة هذه الوسيلة القانونية والشرعية، يؤدي خلق عدة إشكالات قانونية، وعدم توضيح الإجراءات التي تتم على مستوى كل من المحاكم والمؤسسات ذات الطابع الاجتماعي التي لها قسم ودور كبير في المحافظة على خصوصيات هذا النوع من العقود التبرعية.

بعد اخطار قاضي شؤون الاسرة بوفاة الكافل، من طرف ورثته، يعين القاضي أحد الورثة كافلا على الطفل، بعد ابداء الموافقة بالالتزام بالكفالة، وهذه الحالة تستدعي عقد كفالة جديد يحمل اسم الكافل، سواء كان رجلا او امرأة او زوجين، ذلك ان للقاضي السلطة التقديرية للنظر في هذه المسالة. حيث تبدأ الإجراءات القانونية من مرحلتها الأولية أي تقديم طلب الكفالة امام قاضي شؤون الاسرة لمحكمة موطن طالب الكفالة حسب نص المادة 492 من ق.ا.م.ا ويحمل عقد الكفالة الجديد كل البيانات المتعلقة بالكافل والمكفول، والالتزامات القانونية التي تقع على الكافل، يتم النص فيها على وفاة كافل الطفل، استنادا على عقد الكفالة الأول، وشهادة وفاة كافله، ليتم عقد كفالة جديد[1].

[1]- انظر الملاحق التالية: 1-الملحق رقم 4-5: عقد كفالة موقع من رئيس المحكمة، ومن طرف قاضي شؤون الاسرة.
2-الملحق رقم6: عقد كفالة جديد بعد انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة.

ان المشرع المغربي تطرق الى موضوع انحلال الرابطة الزوجية في المادة 25 التي تنص على حالة الوفاة، والمادة 26 من قانون كفالة الأطفال المهملين، على انفصام عرى الزوجية بين الكافلين، الا ان الإجراءات المتبعة بخصوص الالتزام بالكفالة من عدمها يقررها القاضي بطلب من الكافل الذي يريد الالتزام بالكفالة، ويصدر ذلك عن طريق امر من قاضي شؤون القاصرين، يستنتج ان القاضي لا يقوم بعقد كفالة جديد، بل يصدر امرا في شان الكفالة، اما استمرار الكفالة لأحدهما او اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات قانونية.

تتباين الإجراءات القانونية بين التشريعات المغاربية بخصوص وفاة الكافلين بين عقد كفالة جديد من اصدار امر باستمرارية الكفالة الى مستحقها قانونا او الملتزم بها، ذلك ان المشرع المغربي لا ينص على انتقال الكفالة الى أحد الورثة مثل نظيره الجزائري.

ان الفراغ القانوني الذي يشوب الناحية الإجرائية في عقد الكفالة يخلق صعوبات التطبيق في الحالات الاستثنائية التي لم يفصل فيها المشرع الجزائري خاصة وأنها محتملة الوقوع، وما تجدر الإشارة اليه انه تطرق الى الإجراءات القانونية التي تؤطر الكفالة من تقديم الطلب الى غاية التخلي عنها. الا انه لم يتطرق الى الإجراءات القانونية التي تنظم انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين والاثار المترتبة عليها، ففي ظل هذه الفراغات القانونية الاجدر الرجوع الى المبادئ العامة التي نص عليها في ق.ا/ق.ا.م.ا للقياس عليها والتقيد بها من خلال رفع دعوى طلب كفالة الطفل الذي توفي عنه كافلاه.

الفرع الثاني: الإجراءات الخاصة بعقد كفالة جديد

يعتبر الطفل النقطة الحاسمة في عقد الكفالة، ونظرا لتعالي الأصوات حول ضرورة توفير كل الحماية القانونية والاجتماعية، كان لابد من الفصل في إشكالية انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين بكل اشكالها،

بعد انتقال المكفول للعيش عند كافل اخر–خاصة حالة وفاة كل من الكافلين[1]–ويدخل في ذلك عدة اعتبارات منها نفسية ومادية، لذلك يجب ان يراعى في هذا الجانب القانوني الذي يكفل الحماية الاجتماعية للمكفول.

وبالرجوع الى التشريعات المغاربية نجدها على حد السواء لا تشير الى إمكانية الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول، او عقد كفالة جديد، خاصة ان انتقال الطفل المكفول للعيش عند كافل جديد لا تربطه علاقة بعقد الكفالة الأول، يستلزم اتخاذ إجراءات مناسبة، وهذا تجسيد للحماية المقررة لهته الفئة من الأطفال التي يكفلها القانون.

سبق وان تطرقنا الى الجهة المختصة بتقرير انتقال الكفالة التي تتم على مستوى المحاكم والكفالة التي يتم عقدها عند الموثق، ولكن يطرح التساؤل هنا حول الجهة المختصة قانونا بعقد كفالة جديد على المستوى الوطني؟ ونفس الاشكال يطرح بالنسبة للأطفال المتكفل بهم في الخارج؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال التطرق الى الجهة المختصة بعقد كفالة جديد على المستوى الوطني والخارجي في حال انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين.

أولا: الإجراءات المتبعة على المستوى الوطني

عقد كفالة جديد، يعد في حد ذاته فراغ قانوني لكل التشريعات المغاربية، وتطرح هذه الإشكالية في ظل المناداة بضرورة المحافظة على المصلحة الفضلى للطفل المكفول، وحماية جميع حقوقه والالتزام برعايته. ويتعزز ذلك بعد تغير المراكز القانونية لكافلي الطفل، ما يؤدي الى ضرورة عقد كفالة جديد.

[1]- حيث تعتبر هذه الحالة اشكال قانوني خاصة إذا لم يكن للطفل علاقة وطيدة مع ورثة الكافل، ونظرا للظروف المحيطة بالطفل خاصة إذا كان مجهول النسب، يفصل القاضي بإسناد كفالته الى أحد أقرباء الكافل المتوفي، بالرغم من الرقابة المفروضة على الكفالة والتتبع النفسي والاجتماعي لسلوك الطفل، الا ان ليست كل الحالات تكلل بالنجاح، انظر الملحق رقم 7: تحقيق اجتماعي حول وضعية الطفل المكفول بعد وفاة كافليه وانتقاله للعيش عند ورثة الكافلة.

ا-الجهة المختصة بعقد كفالة جديد وفق القانون الجزائري:

إن المشرع الجزائري أعطى لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية بالنظر في المسائل المتعلقة بكفالة الطفل، وله واسع النظر باتخاذ أي تدبير أو إجراء ضمانا منه لعدم تعرض الطفل المكفول لأي خطر. حيث أن عقد كفالة جديد يمثل حماية للطفل، باعتبار انه هناك حالات من الأطفال خاصة، حيث بعد وفاة الكافل لا يتم إخطار قاضي شؤون الأسرة، وتنتقل الكفالة إلى أحد الأقارب أو يمكن أن تتعدى إلى أكثر من ذلك وهي انتقال الطفل للعيش عند أحد أصدقاء العائلة[1]، ففي هذه الحالة يستلزم أن تكون هناك متابعة دائمة للطفل المكفول في وسطه العائلي البديل.

خول القانون لقاضي شؤون الاسرة القيام بطلب تحقيقات اجتماعية لتتبع وضع الطفل، حيث أن الكفالة التوثيقية لا تعطي هذه الحماية القانونية الكافية لإجراء تحقيقات حول الوضعية الاجتماعية للطفل المكفول في وسط عائلته الكافلة، حتى بعد وفاة الكافل يمكن للورثة عدم الالتزام بإخطار القاضي المختص، وبين هذا وذاك تضيع حقوق الطفل.

يمر عقد كفالة جديد بعدة مراحل وإجراءات قانونية بين جهات إدارية وقضائية، وتختلف الحالات باختلاف وضعية انحلال الرابطة الزوجية، ففي حالة الوفاة وبعد تعيين القاضي احد الورثة كافلا حسب المادة 497 ق.ا.م.ا، يأمر بإجراء تحقيق اجتماعي من مديرية النشاط الاجتماعي، بعد إيداع ملف المنتقلة إليه

1- ملحق رقم 8 خلاصة التحقيق الاجتماعي الذي تحصلنا عليه وهو مرسل عن طريق الفاكس إلى دار الطفولة المسعفة، حيث الطفل كان متكفلا به من طرف سيدة بعد تخلي الأم البيولوجية عنه، إلا انه بعد وفاة الكافلة تنقل للعيش مع صديقة الكافلة المتوفية في منزلها العائلي دون عقد كفالة، حيث تم طرده من البيت الذي كان يأويه ليجد نفسه في الشارع.

- الملحق رقم 7 تحت عنوان تحقيق اجتماعي، حيث أن الطفل بعد وفاة كلا الكافلين تنقل للعيش عند زوج أخت الأم الكافلة دون إبرام عقد كفالة جديد، وهذا ما يتضح من خلال التحقيق الاجتماعي دون عرض ما إذا انتقل للعيش عند كافله الجديد بعقد أو عن طريق القرابة بين الكافلة المتوفية والكافل الجديد، ولكنه تعرض للمعاملة السيئة مما اضطره لمغادرة البيت.

الكفالة، او المقرر قانونا التزامه بكفالة الطفل، حيث يتم التحقيق في نمط معيشته ومحيطه الاجتماعي، وبعد ذلك يستدعى إلى مديرية النشاط الاجتماعي في المكتب المخصص للكفالة ويتم إجراء محادثات مع الأخصائي النفساني ورئيس مصلحة مكتب الكفالة.

يختلف هذا التحقيق عن التحقيق الاجتماعي الذي تختص به م.ن.اج.ت في مرحلته الأولية، وهذا راجع لعدم ايفاده باللجنة الولائية المكلفة بدراسة ملفات منح الكفالة من عدمها. فبعد استكمال هذه التحقيقات وإرسالها إلى قاضي شؤون الأسرة وتقديم الطلب من طالب الكفالة عن طريق عريضة لقاضي شؤون الاسرة حسب نص المادة 492 من ق.ا.م.ا يتم عقد كفالة جديد[1] في المحكمة. حيث تعتبر الجهة المخولة قانونا والتي تثبت لها الشرعية المطلقة، وتحوز على الصيغة التنفيذية على المستويين الوطني والخارجي هي الكفالة القضائية الصادرة عن رئيس المحكمة او من قاضي شؤون الاسرة.

عقد كفالة جديد يجسد الحماية القانونية للطفل المكفول، ويخول له ممارسة جميع حقوقه المدنية ومواكبة التطورات الاجتماعية حيث يساهم بدمجه في المجتمع والمحافظة على كيانه، وضمان عدم الاعتداء عليه جسديا أو لفظيا أو جنسيا[2].

بعد اطلاعنا على مجموعة من المعطيات وكيف يتم التعامل إداريا بين المحكمة ومديرية النشاط الاجتماعي، لم نلحظ انه يتم الرجوع إلى رغبة الطفل بالانتقال إلى الكافل بعقد جديد خاصة أن المشرع الجزائري يفرق بين الطفل غير المميز والطفل المميز.

[1] - الملحق رقم 7 الذي يوضح كفالة القاصرة بعد وفاة كافلتها.

[2] - أدرج المشرع الجزائري في تعديل قانون العقوبات رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، مادة قانونية حول موضوع الكفالة بتجريم العلاقة الجنسية بين الكافل والمكفول حيث تنص المادة 3/337: (وتطبق على العلاقات الجنسية بين الكافل والمكفول العقوبة المقررة للفاحشة المرتكبة بين الأقارب من الفروع او الأصول).

ب–الجهة المختصة لعقد كفالة جديد وفق القانونين المغربي والتونسي:

يجب التنويه ان المشرع المغربي لا يتطرق الى إمكانية عقد كفالة جديد، بل يتم اسناد الكفالة عن طريق امر من قاضي شؤون القاصرين كما سبق الإشارة اليه، الا انه من خلال المادة 26 من قانون كفالة الأطفال المهملين نستنتج ان للقاضي اتخاذ أي تدبير مناسب، ما يطرح فرضية عقد كفالة جديد خاصة إذا كان الملتزم بكفالة الطفل، ليس من الكافلين السابقين.

ويشير في نفس المادة انه قبل اصدار القاضي امرا في الكفالة الرجوع الى المادة 16 من نفس القانون، التي توضح اجراء بحث وجمع معلومات حول طالب الكفالة، ما يزيد فرضية عقد كفالة جديد تبوثا. وبهذا تكون الجهة المختصة قانونا لعقد كفالة جديد او اصدار أي امر خاص بالكفالة وفق القانون المغربي المحكمة، عن طريق قاضي شؤون القاصرين المختص نوعيا.

يستنتج من الفصل 7 من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني، بمفهوم المخالفة ان للكفيل المطالبة بالالتزام بعقد الكفالة امام المحكمة الابتدائية، بعد تقديم طلب من الكفيل الاخر فسخ عقد كفالة.

يستخلص من خلال ما تقدم ان موقف المشرع التونسي واضح، بإسناد اختصاص عقد كفالة جديد الى المحكمة، الذي يكون لقاضي الاسرة الدور الأساسي في الاشراف على جميع الإجراءات القانونية، وضمان حماية مصالح الطفل.

ثانيا: الإجراءات القانونية الخاصة بعقد كفالة جديد للأطفال المتكفل بهم في الخارج

إن إشكالية الأطفال المتكفل بهم في الخارج تطرح في جميع النقاط القانونية التي نحن بصدد دراستها، يستنتج من ذلك نقص في التشريعات القانونية المتخصصة في هذا الموضوع بالرغم من الدراسات القانونية، إلا أن عدم معرفة الجانب الإجرائي الذي يتم بين المؤسسات القانونية المتخصصة في هذه المسالة يؤدي إلى

طرح عدة تساؤلات، وإثارة عدة نقاط، من بينها إشكالية عقد كفالة جديد في حال انحلال الرابطة الزوجية في الخارج؟ والجهة المخولة قانونا بعقده؟

سنتناول في هذه الدراسة الاختلاف في الاختصاص بين المحاكم الجزائرية والفرنسية نظرا للعلاقة القانونية التي تجمع بين المؤسستين في موضوع الكفالة الذي يرجع في الأساس الى حمل الجنسية الأجنبية او المزدوجة، وهذا ما سنوضحه اتباعا:

ا–انعقاد الاختصاص للمحاكم الجزائرية:

نص المشرع الجزائري في المادة 13 مكرر1من ق.م (...**يسري على صحة الكفالة، قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت اجرائها، ويسري على اثارها قانون جنسية الكفيل**) فهل يستشف من هذا إذا كان الكافل يحمل جنسية أجنبية او مزدوجة، يطبق على أحكام الكفالة قانون أجنبي، وإذا ما اثير النزاع على المستوى الخارجي فان الجهة القضائية المختصة محكمة اجنبية، ولا ينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية؟

تطرح هذه الإشكالية في ظل خصوصية نظام الكفالة المستمد من الشريعة الإسلامية، إذا كانت الدولة الأجنبية تأخذ بنظام الكفالة لا حرج في تطبيق احكامها تطبيقا سليما، الا ان هذا النظام هو أجنبي عن الدول التي تأخذ بنظام رعاية بديلة مغاير لنظام الكفالة، مما يعقد من الإجراءات القانونية المتبعة في هذا الإطار.

إذا اثير نزاع حول الالتزام بكفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية، يمكن للكافل الحامل لجنسية مزدوجة، طرح النزاع امام المحاكم الجزائرية، ونص المادة 13 مكرر 1 صريح في هذه الحالة، (**يسري على اثار الكفالة قانون جنسية الكفيل**) وبالتالي يطبق عليها القانون الجزائري، ويتم عقد كفالة جديد ان دعت

الضرورة الى ذلك، خاصة في حالة السفر بالطفل المكفول، حيث تشدد الرقابة على هذه الفئة من الأطفال، ولا يمكن السفر بالطفل الا ان كان الكافل يحمل ترخيص بذلك، ويمنح هذا الترخيص في عقد الكفالة[1].

ينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية متى كان أحد الطرفين جزائريا وقت رفع الدعوى سواء كان مدعيا او مدعى عليه، حيث كفل المشرع الجزائري للرعايا الجزائريين المقيمين في الخارج إمكانية الاستفادة من التقاضي امام القضاء الجزائري رغم عدم اختصاصه الإقليمي، وهذا ما نص عليه ق.ا.م.ا في المادة 41-42.

هذا النوع من القواعد ضمنه المشرع حلا للجزائريين الذين لم تسعفهم قواعد الاختصاص الإقليمي للتقاضي امام القضاء الجزائري، خاصة في حالة الكفالة وما يترتب عن انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين من اثار. وعندما ينعقد الاختصاص للقضاء الجزائري يستوي ان تختص أي محكمة جزائرية[2].

ب-انعقاد الاختصاص للمحاكم الفرنسية[3]:

بحكم إقامة عدد معتبر من الجالية المغاربية في فرنسا، ومنح كفالة الأطفال لأجانب مسلمين، فان المحاكم الفرنسية تعج بقضايا متعلقة بالكفالة، وتختلف وتتباين الاحكام الصادرة عن المحاكم الفرنسية، الى ان اتى المشرع الفرنسي بقانون حول الاثار القانونية المترتبة عن الكفالة. حيث يتطرق الى حالة طلاق الكافلين،

[1]- انظر الملحق رقم 4-5 الخاص بعقد الكفالة.

[2]- ان هذا الحل القانوني الذي يرتبط بحمل الجنسية الجزائرية او جنسية مزدوجة، يحمل في طياته صعوبة الاخذ به، نتيجة الاثار القانونية التي يمكن ان تترتب عليه بتعدد صدور الاحكام القانونية الصادرة من جهات قضائية مختلفة في نفس الوقت، بناء على قواعد الاختصاص القضائي العادية، وهذا ما يخلق اشكال حول تنفيذ الاحكام الأجنبية.

- سعداوي محمد الصغير، مدى كفالة المشرع الجزائري الحق في التقاضي امام قضائه الوطني في مسائل القانون الدولي الخاص، دفاتر السياسة والقانون، ع 18، جانفي 2018، ص 86-88.

[3]- سنعالج في هذه النقطة القانونية دور المحاكم الأجنبية في عقد كفالة جديد، ونخص بالذكر منها دور المحاكم الفرنسية في ذلك نتيجة اصدار منشور متعلق بأثار الكفالة الجزائرية والمغربية.

وينص على انعقاد الاختصاص للمحاكم والقاضي الفرنسي بالنظر في الدعوى في حالة إقامة الطفل في فرنسا.

تختص المحاكم الفرنسية بالنظر في الاثار المترتبة على طلاق الكافلين[1]، حيث يطبق القانون الفرنسي وفق اتفاقية لاهاي 19 أكتوبر 1996، الا انه لا يستشف من هذا القانون عقد كفالة جديد، ذلك ان هذا النظام القانوني الخاص بالكفالة يختلف عن أساليب الرعاية البديلة المعترف بها في فرنسا، بل يحدد القاضي لمن تؤول اليه المسؤولية الابوية في إطار حماية مصالح الطفل[2].

لا يختص القاضي الأجنبي بعقد كفالة جديد، للملتزم بالكفالة، حتى وان تم طرح النزاع امامه، الا انه يكتفي بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية على النزاع، وما يترتب على اثار الكفالة بعد الطلاق او الوفاة. وذلك بتحديد الملتزم بالكفالة، وما يترتب على الزوج المطلق من اثار. وهذا ما هو واضح من خلال الاحكام والقرارات الصادرة في هذه النقطة خاصة بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي.

لا يجيز القانون الفرنسي للقاضي عقد كفالة سواء في مرحلته الأولية او بعد انحلال الرابطة الزوجية، حتى بعد وضع قانون خاص للآثار المترتبة على الكفالة، فانه يكتفي بتوضيح الإجراءات المتبعة بشأن تنفيذ الكفالة في الأراضي الفرنسية، دون الاختصاص بعقدها. إذا ما تم عقد كفالة جديد امام القضاء الجزائري او

[1] - Lorsqu'un individu a plusieurs nationalités dont la nationalité française، celle-ci est seule prise en considération par les juridictions française، Civ, 1er chambre 17 juin 1968, bull n° 175.
- Bulletin officiel du ministère de la justice n° 2014-11 du 28 novembre 2014, p 8.
[2]- Cour de cassation, Paris, pole 3, 22 septembre 2015-n° 13/0263. Les effets de divorce entre un couple de nationalité française qui a recueillis le frère de son épouse dans le cadre de kafala.
- Voir l'annexe de la jurisprudence française.
- La cour d'appel de Lyon a ainsi confirmé une ordonnance de non conciliation aux termes de laquelle le juge aux affaires familiales avait statué sur la résidence et les modalités des droits d'hébergement un enfant recueilli par kafala. La cour estiment que la kafala s'assimilait a une délégation d'autorité parentale a retenu la compétence du juge français en application de l'article 8 du règlement du conseil n° 22012003 du 27 novembre et appliqué la loi française en vertu de l'article 15 de la convention de la Haye du 19 octobre 1996.

المغربي، فان القانون الفرنسي كفيل بتنفيذ هذا العقد وما يترتب على الكفالة من تخويل حقوق اجتماعية، كالمنح العائلية وغيرها.

ان اختصاص المحاكم الأجنبية على غرار المحاكم الفرنسية بالنظر في الدعاوى المرفوعة من طرف الكافلين سواء بعد طلاقهم او وفاة أحدهما، ينعقد على أساس حمل الجنسية، ولهذا بعد الفصل في الدعوى القضائية ان كان أساس النزاع طلاق بين الكافلين، فان القاضي الفرنسي سيحكم بالآثار المترتبة على الطلاق من حضانة ونفقة الى غيرها، ولا يتطرق البتة الى موضوع عقد كفالة جديد من عدمه، حيث لا ينعقد له الاختصاص، ذلك ان نظام الكفالة دخيل على النظام القانوني لبلده. ويختص بتنفيذ الكفالة فقط.

تطرقنا في موضوع الدراسة الى دور المحاكم الفرنسية، وهذا لمساهمة القانون الفرنسي في ضبط بعض الإجراءات القانونية الخاصة بتنفيذ الكفالة والدعوى المرفوعة بشأنها، الا ان الامر يختلف مع باقي الدول الاوربية التي تعتبر الكفالة دخيلة على مجتمعها ولا تعطيها وصفها القانوني بل تندرج تحت نظام التجمع العائلي، وهذا ما يحيد عن الهدف من وراء كفالة طفل.

ان عدم مبادرة الملتزم بالكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، بطلب عقد كفالة جديد للطفل المكفول، لضمان التزامه المطلق برعايته والنفقة عليه، يغير من الأساس القانوني لمنح الكفالة له، ولهذا يتعين من الهيئات القانونية التي تجيز الكفالة الى الخارج مراقبة وتتبع الطفل المكفول حفاظا على مصلحته الفضلى.

المبحث الثاني: الالتزامات التي تقع على عاتق الكافل بعد انحلال الرابطة الزوجية

ان الالتزام بكفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، واجازة انتقالها الى الكافل المؤهل قانونا لذلك، يخلف التزامات قانونية، تنحصر في طابعها التبرعي. الا ان التباين بين القوانين المغاربية يوضح الاختلاف في كيفية معالجة ما يترتب على الكفالة من التزامات.

إن المشرع الجزائري بعدم نصه عما يترتب من التزامات بعد انتقال الكفالة، فتح الباب على مصراعيه. هل يرجع القاضي المختص الى تطبيق قواعد الاثار القانونية المترتبة على الطلاق والوفاة، ام يتم الاستناد على القواعد المنظمة للكفالة في قانون الأسرة؟ والتي يجب التنويه انها لا تحتوي على نصوص تنظيمية خاصة بحالة الطلاق.

والإشكالات لا تتوقف عند هذا الحد، بل يعود بنا طرح حالة الأطفال المتكفل بهم في الخارج، أي الالتزامات القانونية التي يتحملها الكافل، هل تختلف بين البلد الأصلي–البلد التي منحت الكفالة–وبلد الإقامة؟

ان التشريعات المغاربية تشترك على حد السواء في توابع الالتزام بالكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، تارة يشوبها فراغ قانوني، وتارة يستحوذ على احكامها الغموض، ففيما تتجسد توابع الالتزام بالكفالة؟

من هذا تقرر تقسيم المبحث الى مطلبين: يتضمن المطلب الأول المسؤولية الأدبية للكافل تجاه الطفل المكفول، اما المطلب الثاني فيتمحور حول المسؤولية المادية للكافل تجاه الطفل المكفول.

المطلب الأول: المسؤولية الأدبية التي تقع على عاتق الكافل تجاه المكفول

تقوم المسؤولية الأدبية على عنصر ذاتي، ذلك انها قاعدة أخلاقية يلتزم بها الشخص تجاه الغير، ولا يشترط لقيام المسؤولية الأدبية الحاق الضرر بالغير، كالمسؤولية القانونية، بل هي اعم من ذلك فيلتزم بها الشخص بمحض ارادته، ولكن يتحمل في نفس الوقت نتائج الاخلال بها[1]، خاصة في حالة الالتزام بكفالة طفل.

ان القواعد الأساسية لتقديم الرعاية الكاملة، في إطار الكفالة، المنصوص عليها في قوانين كل من الجزائر والمغرب وتونس بمثابة الدرع الواقي لحماية مصلحة المكفول سواء في إطار أسري او بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، بالرغم من بعض الفراغات القانونية التي تعتري هذه النصوص التشريعية.

جل الإشكالات القانونية التي يشوبها الغموض في القانون الجزائري، نستعرض نفس الموقف لكل من القانونين المغربي والتونسي، وذلك بعدم التطرق الى الاحكام الخاصة بتوابع الالتزام بالكفالة، وهذا ما يؤدي بنا الى طرح الاشكال حول مدى تحمل الكافل المسؤولية الأدبية الملقاة على عاتقه تجاه المكفول؟

تطرقنا في هذا المطلب الى فرعين، يتضمن الفرع الأول تقديم الرعاية المناسبة للطفل المكفول، اما الفرع الثاني يتضمن تخويل حق الزيارة.

الفرع الأول: تقديم الرعاية المناسبة للطفل المكفول

ان تحديد المفهوم القانوني لتقديم الرعاية المناسبة للطفل لا يتحقق الا بالرجوع للعناصر التي تدخل ضمن تركيبته، حيث يتبادر للوهلة الأولى ان تقديم الرعاية يتجسد فقط في ذلك العنصر المعنوي الادبي الذي

[1]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، ج الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، ط الخامسة 2008، ص 8-9.

يمكن التعبير عليه عن طريق احاسيس و مشاعر و تربية تأديبية، الى غير ذلك من الأمور المرتبطة بتصرفات الانسان المعبر عنها عن طريق شعوره بالحب او ما يخالف ذلك، الا ان هناك اختلاف يجب توضيحه، يكمن في تقديم الرعاية، من الكافل في حد ذاته، وطريقة الرعاية المقدمة الى الطفل المكفول، وتختلف بين ما هو مادي وما هو معنوي.

ويختلف تقديم الرعاية أيضا بين الرجل والمرأة، وبين الكفالة الممنوحة على المستوى الوطني والكفالة التي تمنح للخارج، خاصة إذا كان المنتقلة اليه الكفالة حديث العهد بالإسلام. من خلال ما تقدم ماهي العناصر المعنوية والمادية التي تدخل في تحديد نوع الرعاية المناسبة للطفل المكفول، وهل تشترك هذه العناصر بين التشريعات المغاربية؟

أولا: العنصر المعنوي لتقديم الرعاية المناسبة للطفل المكفول

يرتبط العنصر المعنوي اشد الارتباط بكيفية تعامل الانسان مع الغير، من ذلك علاقته مع عائلته، حيث يتمحور حول تحمل المسؤولية في تنشئة الغير تنشئة صحيحة، يدخل في ذلك عدة عناصر: منها تبادل الاحترام والمشاعر الإيجابية لتكوين اسرة. وبالرجوع الى موضوع الكفالة نجد ان الكافل ملزم بتقديم هذا العنصر المعنوي من الرعاية للطفل المكفول، سواء كان المشرف على الرعاية رجل او امرأة.

هناك من التشريعات من تفرق بين الرعاية المقدمة من المرأة او الرجل، الا ان المشرع الجزائري لم يوضح ذلك، بل اكتفى بالنص على الكافل دون توضيح جنسه، وهذا ما يتطابق مع التشريع التونسي الذي نص على الكفيل، دون تحديد ان كان رجلا او امرأة. يختلف التشريع المغربي عن سابقيه بالتطرق الى المرأة الكافلة، او الزوجين الكافلين. وهذا ما ينعكس على مردود الرعاية المقدمة للمكفول، باختلاف جنس الكافل

او المنتقلة اليه الكفالة. فاغلب الحالات تنتقل الكفالة الى المرأة لقدرتها على تقديم الرعاية الأدبية، خاصة بعد الطلاق، الا ان ذلك يختلف بين المرأة المسلمة والمرأة حديثة العهد بالإسلام.

تختلف الرعاية المعنوية المقدمة للطفل المكفول بين التشريعات المغاربية، من حيث المفهوم القانوني الا انها تتفق من حيث محتواها، وهذا ما سنوضحه اتباعا:

ا–تقديم الرعاية المعنوية للطفل المكفول وفق القانون الجزائري:

بعد اطلاعنا على بعض الأحكام القانونية[1] وبعض الاجتهادات القضائية[2] التي سبق تبيانها، الصادرة خاصة في الطلاق نجد في معظم الحالات أن الكفالة تنتقل إلى الزوجة المطلقة، باعتبارها امرأة، أو بعد مطالبة هاته الأخيرة بها. فهنا تمنح على أساس الالتزام برعاية الطفل المكفول. لا يتم النظر الى عمل المرأة انه سبب من أسباب عدم إسناد الكفالة بل على العكس من ذلك فهو بمثابة المحفز على إمكانية تقديم الرعاية الأفضل للطفل المكفول. نقطة قانونية يجب إثارتها وهي عدم إشراك الطفل المكفول المميز[3] في اختيار الطرف الذي يحبذ العيش معه بعد انحلال الرابطة الزوجية، خاصة في حالة الوفاة والتي نص عليها المشرع ونظم إجراءاتها. بالرغم من تعالي الأصوات الدولية حول تخويل الطفل الحق في التعبير.

[1]- قانون اسرة جزائري، قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي.
- circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridique du recueil légal en France.
[2]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم القرار 71801 بتاريخ 21-05-1991، المجلة القضائية 1996-ع1، ص 105
-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم القرار 184712، بتاريخ 17-03-1998، المجلة القضائية 1998، ع 2، ص 89.
- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، رقم القرار 613481، تاريخ القرار 10-03-2011، م.م.ع، ج الأول، 2012، ص 290.
- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، ملف رقم 0813942، تاريخ القرار 13-06-2013، م.م.ع ع الأول 2014، ص 309.
3– اقتصر ق.ا.ج على ذكر سن التمييز لدى الطفل المكفول إلا في الحالة التي يطالب فيها الوالدين عودة الطفل المكفول. يعني حالة الطفل معلوم النسب، وبذلك يتم إقصاء الطفل المجهول النسب بحيث لا ينص ق.ا.ج على حالة تؤكد ضرورة الأخذ بموافقته إذا ما بلغ سن التمييز 13 سنة حسب نص المادة 2/42 ق.م.

إن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل تؤكد في المادة 12 منها على أن الدولة تضمن للطفل المميز الحرية في التعبير عن رغبته في أي أمور تتعلق به، حيث يتم الأخذ بعين الاعتبار سنه ودرجة نضجه[1]. وبهذا يمكن اشراك الطفل في اختيار الكافل الذي يقوم برعايته وتقديم الحماية له. وهذا المبدأ الذي لم يحد عنه المشرع الجزائري، بالرغم من عدم ربطه بحالة انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، الا انه تم ادراجه في المادة 8 من ق.ح.ط: **(للطفل الحق في التعبير عن آرائه بحرية وفقا لسنه ودرجة نضجه، في إطار احترام القانون والنظام العام والآداب العامة وحقوق الغير)**[2].

يجب توضيح ان رعاية المكفول التي يلتزم بها الكافل بعد انحلال الرابطة الزوجية ليست حضانة التي تعتبر كاثر من اثار الطلاق، والتي تخول للابن الشرعي. حيث اتى الاجتهاد القضائي الجزائري، بنقطة قانونية غيرت من المفهوم السائد حول الكفالة[3]، حيث تم التفريق بين الحضانة والرعاية المخولة للولد المكفول[4].

---

1 – الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989، المصادق عليها من طرف الجزائر والتي دخلت حيز التنفيذ في 1992.

- BOULENOUAR AZZEMOU MALIKA – Recueil légal (kafala) et adoption dans le code de la famille algérien, les cahiers de LADREN – la protection juridique et sociale de l'enfant en droit Algérien et en droit comparé – n° 1 – 2008 p15.

[2] - بعد اصدار المشرع الجزائري لقانون حماية الطفل تغيرت عدة مفاهيم قانونية بخصوص الإجراءات القانونية المتبعة في القضايا التي يكون الطفل عنصرا أساسيا فيها، وهذا ما هو واضح من خلال ادراج احقية الطفل في التعبير بحرية عن آرائه.

[3]- قرار المحكمة العليا، غرفة الاجوال الشخصية، رقم القرار: 369032، بتاريخ: 13-12-2006، م.م.ع 2007، ع2، ص 443.

الموضوع: كفالة-ولاية قانونية-نفقة.

المبدأ: يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الاب بابنه، باعتباره وليا قانونيا، مالم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة.

[4]- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، ملف رقم/ 613481- بتاريخ: 10-03-2011، م.م.ع، ع الأول، 2012، ص 290.

قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، ملف رقم 0813942، تاريخ القرار 13-06-2013، م.م.ع ع الأول 2014، ص 309.

اقر القضاء الجزائري ان اثار الطلاق من حضانة ونفقة لا تسري على الطفل المكفول[1]، الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل. حيث جاء في سياق الاجتهاد القضائي لسنة 2007، المذكور انفا، ان الملتزمة بالكفالة حاضنة على أساس المادة 62 ق.ا التي تنص على ان: (**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين ابيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا**).

يبين هذا الاجتهاد القضائي العلاقة المترابطة بين المسؤولية الأدبية والمادية الملقاة على عاتق الكافل، الا ان الربط بين نقطتين قانونيتين مختلفتين من حيث الاثار يولد عدم التفرقة بين الكفالة والحضانة، حقيقة ان كلتا الحالتين تستوجب تقديم الرعاية للطفل، الا ان الاثار المترتبة عنهما تختلفان كل الاختلاف.

ان الحضانة خاصة بابن شرعي، أي الابن البيولوجي للعائلة، والكفالة تتمحور حول ابن متكفل به ليس من صلب الكافل، وهذا يرتب أيضا الاختلاف من حيث الاثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية ذلك ان نفقة المحضون يلتزم بها ابوه الشرعي[2]، على غرار نفقة المكفول يلتزم بها كافله، ولا يمكن له الرجوع على الزوج المطلق بالنفقة عليه وهذا ما سيتم توضيحه في المطلب الثاني حول المسؤولية المادية الملقاة على عاتق الملتزم بكفالة الطفل.

ان انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة تولد اثار قانونية منها ان المحضون يرث حاضنيه على عكس المكفول الذي لا يرث الا بوصية في حدود الثلث وفق المادة 123 ق.ا. ان تبني قضاة الموضوع هذا القرار

[1]- تجدر الإشارة ان المشرع الجزائري يطلق مصطلح الولد المكفول في المادة 119 وما يليها من المواد المتعلقة بالكفالة، الا ان الاجتهاد القضائي اتى بمصطلح الطفل المكفول، والذي يعتبر اعم على مصطلح الولد، الذي يرتبط بجنس الذكر، حيث يقابل مصطلح ولد في اللغة بنت على عكس الطفل الذي يشمل الجنسين.

[2]- أبو بكر نرمين، نفس المرجع السابق، ص 23-24.

- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، نفس المرجع السابق، ص121.

- تاوريرت صابرينة، النزاعات المالية بسبب فك الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2014/2013، ص 125.

القضائي لسنة 2012 والحكم بان اثار الطلاق من حضانة لا تسري على الطفل المكفول. اصابوا بالمحافظة على خصوصية نظام الكفالة، الذي لا يمكن مقارنته بنظام قانوني اخر.

يطرح إشكال اخر حول زواج الملتزم بالكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، هل يمكن أن يتنافى هذا مع الالتزام بتقديم الرعاية المناسبة؟ وهل يجب الأخذ بموافقة الزوج الجديد على الكفالة؟

إن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه النقطة القانونية، وبالتالي لا يمكن أن تعتبر هذه الحالة بمثابة المانع الذي يحول دون تقديم ما هو الأفضل للطفل المكفول، على عكس الحضانة والتي: (**تسقط عن الحاضن في حال التزوج بغير قريب محرم**) حسب نص المادة 66 ق.ا، فيمكن أن تبقى الكفالة مستمرة، ويمكن أن تساهم هذه العلاقة الزوجية الجديدة في توفير الجو العائلي للطفل. وفيما يخص اخذ موافقة الزوج على الكفالة[1]، يمكن أن تأخذ بعين الاعتبار في الإجراءات التي تقوم بها مديرية النشاط الاجتماعي عن طريق التحقيقات الاجتماعية والتي تكون بأمر من طرف القاضي المختص.

يلتزم الشخص المنتقلة إليه الكفالة، بتقديم الرعاية المناسبة للطفل المكفول، حيث تتمحور هذه الرعاية في جانبها المعنوي بتوفير الجو العائلي الذي حرم منه في وقت معين، ويكون بإبداء المعاملة الحسنة والسهر على التربية الجيدة وضمان حق التعليم والتمدرس[2]، حيث يجب للقائم على الكفالة توفير الجو الملائم

1- انظر الملحق رقم 12-13-14 في قضية الحال بعد وفاة الكافلين، انتقل الطفل المكفول إلى دار الطفولة المسعفة، وبعد ذلك قرر الابن الأصلي للكافلين أن يقوم بكفالة الطفل من جديد، حيث أن هذا الأخير قد تزوج بعد الطلب واتضح أن الزوجة توافق على كفالة هذا الطفل. دراسة ميدانية على مستوى دار الطفولة المسعفة بنبين.

2 - يعتبر الحق في التعليم والحق في التمدرس من الحقوق المكفولة في الدستور الجزائري حيث تنص المادة 10 منه (تضمن الدولة الحق في التعليم لكل جزائري وجزائرية دون تمييز قائم على انس أو الوضع الاجتماعي أو الجغرافي) وكذلك ما تم النص عليه في القانون التوجيهي للتربية والتعليم رقم 08-04 الذي أكد في المادة 11 على انه (يتجسد الحق في التعليم، بتعميم التعليم الأساسي وضمان تكافؤ الفرص فيما يخص ظروف التمدرس ومواصلة الدراسة بعد التعليم الأساسي).

لتسهيل التحاق الطفل المكفول بمقاعد الدراسة، وعدم تكليفه بأشغال تبعده عن هذا الهدف الأساسي الذي يضمن مستقبله وحقوقه التي كفلتها له اتفاقية حقوق الطفل وكفلها له الدستور.

ب–تقديم الرعاية المعنوية للطفل المكفول وفق القانونين المغربي التونسي:

ذهب كل من القانونين المغربي والتونسي الى نفس الاتجاه في معنى تقديم الرعاية للطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، وهذا راجع الى إحالة احكام الاثار المترتبة على ذلك الى قانون الاسرة، وهذا ما سيتجلى توضيحه اتباعا:

1–القانون المغربي:

من بين الاثار المترتبة على اسناد كفالة الطفل، التزام الكافل بحضانته، فالمادة 22 من قانون كفالة الأطفال المهملين تنص على ما يلي: (**يترتب عن الامر المتعلق بإسناد الكفالة ما يلي: تحمل الكافل تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على بلوغه سن الرشد القانوني طبقا للمقتضيات الواردة بمدونة الاسرة المتعلقة بحضانة الأولاد**).

يتجلى الاختلاف بين التشريعين الجزائري والمغربي من خلال اعتبار المشرع المغربي رعاية الطفل المكفول حضانة سواء قبل او بعد انحلال الرابطة الزوجية، فحضانة المكفول، وفق مقتضيات مدونة الاسرة المغربية، التي ترتكز على حفظه مما قد يضره والقيام بتربيته ورعاية مصالحه، بخصوص تغذيته ولباسه ونظافته، فالمادة 2/163 من مدونة الاسرة تنص على ما يلي: (...**على الحاضن، ان يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة اذا خيف ضياع مصالح المحضون**).

تستمر حضانة الطفل المكفول الى حين بلوغه سن الرشد القانوني هو ثمانية عشر سنة شمسية كاملة حسب مقتضيات المادة 209 من مدونة الاسرة. كما للمحضون عند بلوغه سن الخامسة عشر من عمره وفي حالة انتهاء العلاقة الزوجية بين كافليه ان يختار بينهما.

يشترط لاستحقاق الحضانة مجموعة من الشروط التي نصت عليها المادة 173 من مدونة الاسرة، وما يلاحظ بخصوص هذه الشروط انها نفس الشروط تقريبا التي يشترطها قانون كفالة الأطفال المهملين لاستحقاق الكفالة، ما عدا بعض الشروط كشرط الإسلام وعدم وجود نزاع قضائي بين الكافل والطفل المكفول او الديه. وهذه الشروط تجعل الكفالة تؤثر في استحقاق الحضانة إيجابا او سلبا.

لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو: هل للطفل المكفول الذي اتم الخامسة عشر الحق في اختيار حاضن اخر غير كافليه؟

يرى البعض[1] عدم احقية الطفل المكفول في اختيار حاضنه خارج أحد الزوجين الكافلين في حالة انحلال زواجهما، وذلك لعدة اعتبارات: الطبيعة الخاصة للكفالة التي تتمحور حول حضانة الطفل بالعناية به ورعايته، وهو الامر الذي لا يمكن ان يتحقق في حال التنازل عن الكفالة، بالإضافة الى ان الكفالة تسند بموجب امر قضائي، ومن ثم لا يمكن ان الغاؤها او التنازل عن أحد أركانها خارج هذا الامر القضائي.

الا ان هناك من يتعارض مع هذا الراي[2]، من خلال عدة معطيات ذلك ان، المشرع المغربي عندما أحال اثار الكفالة من حضانة وغيرها على مدونة الاسرة المغربية، لم ينص على أي استثناء بالنسبة للطفل المكفول، ولذلك فانه يخضع لجميع المقتضيات المنصوص عليها في موضوع الحضانة، ومن ثم يحق له، كما هو الشأن للطفل الشرعي ان يختار حاضنه من غير الزوجين الكافلين في حال ثبوت انحلال علاقتهما الزوجية.

[1]- قرموش عبد القادر، كفالة الأطفال المهملين، نفس المرجع السابق، ص 186.
[2]- انه كينيوسيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 35.

كما ان المشرع المغربي في إطار المادة 26 من قانون كفالة الأطفال المهملين نص على اعمال مقتضيات المادة 166 من مدونة الاسرة المغربية على الطفل المكفول دون الإشارة في هذا الصدد الى أي قيد او استثناء، وهذه المادة تعطي للطفل المكفول بعد انتهاء العلاقة الزوجية بين كافليه وبلوغه سن الخامسة عشر من عمره، الحق في اختيار حاضنه من أحد كافليه او أحد اقربائه المنصوص عليهم في المادة 117 من مدونة الاسرة.

إذا تبين للقاضي ان اختيار الطفل لحاضن غير أحد كافليه لا يتعارض مع مصلحته، بل ان مصلحته تقتضي ان تتم حضانته من قبل شخص غير أحد كافليه بعد انحلال الرابطة الزوجية بينهما، فانه للقاضي السلطة باتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات.

وبناء على ما تقدم، يتعين على الملتزم بالكفالة ان يسهر على رعاية الطفل المكفول من تغذية لباس ونظافة، وكذا صيانته في جسمه وصحبته وتهذيب اخلاقه وسلوكه. ويتعين على الكافل أيضا ضمان تعليمه وتأديبه وتوجيه سلوكه لاكتساب السلوك القويم والقيم الأخلاقية. وحمايته من الاخطار التي قد يتعرض لها سواء من قبل الكافل او غيره. ولهذا عهد المشرع المغربي مهمة تتبع شؤون الكافل الى قاضي شؤون القاصرين، وهذه خطوة إيجابية بادر بها المشرع المغربي بعد تعديل ظهير 1993، استجابة لاتجاه فقهي مغربي[1].

ان المشرع المغربي بنصه على ان الاثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، تنطبق عليها نفس اثار الطلاق في مدونة الاسرة، شبه حضانة الابن الشرعي بالطفل المكفول، وهذا ما يترتب عليه اثار قانونية تخرج عن الإطار القانوني والشرعي لنظام الكفالة، وبتدارك القضاء الجزائري موضوع ان الكفالة رعاية وليست حضانة حافظوا على ما تقوم عليه الكفالة من قواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. ان الهدف

[1]- الخمليشي احمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2: الولاية والأهلية والنيابة القانونية، ط الأولى، الرباط، ص 298.
- انه كينيوسيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 35-36.

المرجو وراء تحمل الكافل مسؤولية تقديم الرعاية المعنوية للطفل المكفول هو المحافظة على نظام الاسرة البديلة، وتنشئة الطفل تنشئة سليمة.

2-القانون التونسي:

لم ينص المشرع التونسي على الاثار المترتبة على الكفالة، بل تطرق في قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني في الفصل 5 الى: (**يكون للكفيل والمكفول نفس الحقوق الواجبات المنصوص عليها بالفصل 54 وما بعده من مجلة الأحوال الشخصية**).

بالرجوع الى الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية نجده ينص على: (**الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته**). وهذا ما يوضح الربط بين اثار الطلاق في حالته العادية والطلاق بين كافلين، ولا يتم التفريق بين الحالتين. فبعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين تطبق احكام مجلة الأحوال الشخصية.

ان ربط الرعاية المقدمة للطفل المكفول، بالحضانة التي خصها المشرع الجزائري بالابن الشرعي للزوجين، والذي أكد من خلال موقف القضاء عدم الخلط بين نظامين مختلفين، يبين الاختلاف الواقع بين التشريعات المغاربية في كيفية الاخذ بنظام الكفالة، والرعاية المعنوية على وجه الخصوص.

تشمل الحضانة المقدمة للطفل المكفول الرعاية، وتدبير شؤون المحضون في طعامه وملبسه، وغير ذلك من الأمور، كما تشمل تربية الصغير، وتأديبه وتعليمه وابعاد الأذى عنه، وهي بذلك تشبه الولاية. كما ان النساء أقدر وأصلح على الحضانة من الرجال لطبيعة المرأة العاطفية. لكن المعيار المعتمد في اسنادها يبقى

مصلحة المحضون، وهو أساس اقره القضاء التونسي، ثم تبناه المشرع بموجب تنقيح مجلة الأحوال الشخصية لسنة 1966[1]، ثم دعمه باعتماد معيار المصلحة الفضلى للطفل بموجب إصداره لمجلة حماية الطفل.

ان المشرع التونسي يقر مبدا ان الحضانة حق للحاضن، وتطبيقا لقواعد الكفالة، فان الحضانة حق للكافل، متى التزم بها، أي لا يمكن اجباره عليها الا إذا لم يوجد غيره، فالأساس الذي تقوم عليه الحضانة وفق القانون التونسي، انها حق للحاضن بشرط عدم وجود غيره وعدم مساس تنازله بمصلحة المحضون. قياسا على موضوع الكفالة، نجد ان المشرع في حال تنازل أحد الطرفين عن الكفالة، انه يلزم الكافل الاخر بها إذا لم يوجد غيره؟

تتوقف هذه النقطة القانونية على مدى موافقة الكافل الاخر او أحد ورثة الكافل بكفالة الطفل، فاذا بادر الكافل بعد انحلال الرابطة الزوجية بغير ذلك جاز له طلب فسخ عقد الكفالة، حسب الفصل 2/7 من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني. الا ان الحضانة التي تتخللها الرعاية تعتبر حق أساسي للطفل المكفول فهي واجب على الكافل الذي تتوفر فيه صفة الحاضن[2]، وتترتب عليه نفس اثار الحضانة.

[1]- بموجب القانون عدد 46 لسنة 1966 نقحت احكام الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية، حيث اعتمد المشرع التونسي معيار المصلحة عوضا عن القائمة الاحتياطية التي اعتمدتها اول صياغة لمجلة الأحوال الشخصية، والتي تميز القريبات من النساء من جهة الام على القريبات من جهة الاب الفصل 57 قبل التعديل.

[2]- قرار تعقيبي مدني، عدد 773 مؤرخ في 7 مارس 1978 قسم.م، ج 1، نشرية محكمة التعقيب، ص 484.
المبدأ: احكام الحضانة لها مساس بالنظام العام لتعلقها بالقصر، وتأسيسا على هذا فكل تعاقد بشأنها يتجافى مع مصلحة المحضون يعد لاغيا.
-قرار تعقيبي مدني، عدد 36815 مؤرخ في 8 مارس 1993، نشرية محكمة التعقيب، لسنة 1993، قسم.م، ص 294
المبدأ: وان كان لكل من المحضون والحاضنة حق الحضانة، الا ان حق المحضون اقوى من حق الحاضنة وان اسقاط الحاضنة لحقها لا يسقط حق الصغير في الحضانة.
- قرار تعقيبي مدني، عدد 38775، مؤرخ في 8 مارس 1994، نشرية محكمة التعقيب، لسنة 1994 قسم.م، ص 282.
المبدأ: ركز المشرع في اسناد الحضانة على مراعاة مصلحة المحضون باعتبارها الهدف الأوحد لنظر القضاء.
-قرار تعقيبي عدد 37535 مؤرخ في 22 أكتوبر 2009، غير منشور.
المبدأ: اوجب الفصل 67 من م.ا.ش على المحكمة عند البث في موضوع الحضانة ان تراعي في المقام الأول مصلحة المحضون المستمدة من الواقع الاجتماعي المبسوط امامها من خلال أوراق الملف.

ان الرعاية المعنوية المقدمة للطفل حسب القانون التونسي، ليست الا حضانة، ترتب اثار قانونية على الكافل والمكفول، ويكون للكافلة بعد الطلاق حق بالكفالة التي تخولها حق الحضانة لأنها اعرف بالتربية وأقدر عليها، وحق للطفل المكفول لاحتياجه من يرعاه ويحفظه ويقوم على شؤونه، ويتولى تربيته[1].

ثانيا: العنصر المادي لتقديم الرعاية المناسبة للطفل المكفول

يرتبط العنصر المادي بتقديم الرعاية، حيث يعتبر الوعاء الذي يحتويه، او الذي تفرغ فيه الرعاية لتعطي انطباعا حسنا على ممارسة الكفالة بظروف تليق بحسن معاملة الطفل.

ويعتبر مكان ممارسة الكفالة من الأمور الأساسية التي يقوم عليها مبدأ تقديم الرعاية المناسبة للطفل المكفول ضمانا لمصلحته، حيث يطرح هذا الموضوع بالنسبة للأطفال المكفولين داخل الوطن او المتكفل بهم في الخارج بعد انحلال الرابطة الزوجية.

ان مكان ممارسة الكفالة يجب ان يكون ملائما لتوفير العيش الكريم للطفل، الا ان هناك تباين بين التشريعات المغاربية، وهذا ما سنوضحه اتباعا:

ا–موقف القضاء الجزائري والفرنسي من توفير الرعاية المادية للطفل المكفول[2].

يختص القضاء الفرنسي بمعالجة القضايا المطروحة امامه من طرف جزائريين او مغاربة إذا كانوا يحملون الجنسية الفرنسية، حتى وان كان موضوع النزاع الكفالة، فان قاضي شؤون الاسرة يفصل فيه، وفق القوانين الفرنسية، التي لا تتماشى مع خصوصية نظام الكفالة. وهذا ما يختلف مع القضاء الجزائري، ان تم طرح النزاع

[1]- قرار تعقيبي مدني، عدد 36815، بتاريخ 8 مارس 1993، نشرية محكمة التعقيب، سنة 1993، قسم.م، ص 394.
- محمودي فاطمة الزهراء، دولت سامية، نفس المرجع السابق، ص 241.244.
[2]- ان الجمع بين القضاء الجزائري والفرنسي في نفس النقطة القانونية ما هو الا امتداد للآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، وهذا راجع الى الاخذ بقرارات قضائية تم فصل النزاع فيها من طرف القضاء الفرنسي حول الكفالة.

من طرف جزائريين مقيمين في الخارج، وحتى وان كان أحد أطراف العلاقة أجنبي–تحصل على الكفالة بعد اسلامه–ذلك ان القانون الجزائري يكفل للمتقاضي تطبيق القواعد الشرعية للكفالة. هذا ما يجرنا الى طرح اشكال حول موقف القضاء من ضمان توفير سكن لائق لممارسة الرعاية بشقيها المادي والمعنوي للأطفال المتكفل بهم داخل الوطن والمتكفل بهم في الخارج؟

نفرق في تحليل هذه الإشكالية بين نوعين من القضايا، إذا تم طرح النزاع امام القضاء الجزائري او امام القضاء الفرنسي:

1–موقف القضاء الجزائري من توفير الرعاية المادية للطفل المكفول:

حقيقة ان القضاء الجزائري اخذ موقفا إيجابيا، باعتبار ان الاثار المترتبة على الطلاق من حضانة الى غيرها من الأمور الأخرى لا تسري على الكفالة، الا ان التزام الكافل بكفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية، يحتم عليه توفير مكان لائق لممارسة هذه الكفالة، ويتعين على الجهات الوصية اتخاذ الإجراءات المناسبة للتأكد من مدى تحقيق هذا الالتزام.

ان توفير منزل لممارسة الكفالة من بين الشروط الأساسية لمنح الكفالة[1]، ولهذا تعتبر شرطا أساسيا لموافقة قاضي شؤون الاسرة على انتقال كفالة الطفل، حيث ان الإجراءات التي تتم في هذه المرحلة خاصة بالتأكد من التزام الكافل بتوفير الرعاية المناسبة داخل سكن لائق وصحي. تكون اما بأمر من قاضي شؤون الاسرة او بأمر من قاضي الاحداث إذا كان الطفل معرض لخطر معنوي، وكان في فترة انتقال كفالته–الى ورثة الكافل–مقيم في احدى مراكز الرعاية الاجتماعية[2].

[1]- انظر الملحق رقم 1 الخاص بملف طلب الكفالة امام م.ن.اج.ت.

[2]- انظر الملحق رقم 12 خاص بتحقيق اجتماعي يوضح الإجراءات التي يتبعها النفساني التربوي او المساعد الاجتماعي لتقصي حقيقة توفير سكن لائق. ان التحقيق الاجتماعي الراهن ليس مرتبط بانحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، الا انه يوضح كيف تتم عملية التأكد من المحيط الاسري للكافل.

إذا تم التكفل من أحد الورثة مقيم بالخارج، فان واجب تقديم الرعاية يصبح اشد نوعا ما، نظرا لتغير المحيط الاجتماعي، خصوصا بالنسبة للطفل المميز الذي يستوعب تغير النمط المعيشي، ولهذا فان للقاضي السلطة التقديرية في اخذ أي تدابير يراه مناسبة لضمان السير الحسن للعلاقة بين الكافل المكفول.

يخول هذا الحق للقاضي الجزائري إذا ما طرح الكافل النزاع حول الكفالة امام القضاء الجزائري، حيث تختص المديرية الفرعية للبرامج والشؤون الاجتماعية التابعة للمديرية العامة للجالية الجزائرية في الخارج عن طريق القنصلية[1] بإجراء تحقيق حول مدى التزام الكافل بتوفير سكن لائق للطفل المكفول من عدمه، حيث يرسل التحقيق عن طريق ارسالية الى القاضي المختص، لينظر في مدى التزام الكافل بتقديم الرعاية للطفل المكفول.

2-موقف القضاء الفرنسي من تخويل الرعاية المادية للطفل المكفول:

يختص قاضي الاسرة الفرنسي بالنظر في موضوع الكفالة، ذلك ان منشور 22 أكتوبر 2014 اتى بأحكام تتعلق بشق من انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين وهو الطلاق[2].

يحدد القاضي الفرنسي إقامة الطفل، طبقا لأحكام بروكسل 2[3]، واتفاقية لاهاي ل 19 أكتوبر 1966، حيث يستشف من هذا ومن القرارات القضائية[4] في هذه النقطة ان توفير سكن لائق لممارسة

[1]- يسمح التسجيل القنصلي لدى البعثات الدبلوماسية والقنصلية الجزائرية بالخارج اجراء مفيد لكل مواطن مقيم بصفة منتظمة، ويظهر ذلك جليا من خلال الاستفادة من الحماية القنصلية والمتابعة، حيث يسمح المركز الدبلوماسي او القنصلي بمتابعة أوضاع المواطنين الجزائريين.

www.embassy-Algérie.com

[2]- كان يختص القاضي الفرنسي بالنظر في المسائل المتعلقة بالكفالة حتى قبل اصدار قانون حول اثار الكفالة في فرنسا، وهذا راجع لكثرة القضايا التي كانت تطرح، أهمها قضية تحويل الكفالة الى تبني.

[3] - Règlement n° 2201/2003, du conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence، la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale، abrogeant le règlement n° 1347/ 2000, j.o du 23-12-2003، p 1-29.

- Gaudemet-Tallon, droit international privé : travaux du comité Français de droit international privé, 14em année 1998-2000. Ed PEDONE, Paris, 2001, p 83.

[4] --Cour d'appel، Agen, 1er chambre matrimonial, 2 octobre 2008-n° 07/01652.

Cour de cassation، Paris، pole 3, 22 septembre 2015-n° 13/0263.

الكفالة ضرورة حتمية، لا يمكن التجاوز عنها. ويلتزم بها الكافل، وغالبا ما تكون المرأة الكافلة، ولا يلزم الزوج المطلق بضرورة توفير سكن، بل يتحمله المنتقلة اليه الكفالة.

ب–موقف القضاء المغربي والتونسي حول توفير الرعاية المادية للطفل المكفول:

يتقارب موقفي القاضي المغربي والتونسي حول موضوع الرعاية المادية للطفل المتمثلة في توفير سكن لائق بالطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين.

1–موقف القضاء المغربي حول توفير الرعاية المادية للطفل المكفول:

بالرجوع الى مقتضيات المادتين 25 و28 من قانون كفالة الأطفال المهملين، اللتان تفرضان على الكافل تنفيذ التزاماته المتعلقة برعاية المكفول حتى بلوغ سن الرشد القانونية، وهذا يعني ان المشرع يفرض استمرار سكنى المكفول مع كافله ولا تنتهي الا ببلوغ سن الرشد، مالم يكن المكفول بنتا غير متزوجة او معاقا او عاجزا عن الكسب. وبالتالي يستمرون في السكنى مع الكافل. وهذا يعني ان السكنى القانونية للكافل هي الإقامة القانونية للمكفول، وذلك طيلة المدة التي تقتضيها كفالته.

يعتبر المكفول ساكنا مع كافليه ما دامت الزوجية قائمة، الا انه في حال انحلال الرابطة الزوجية يصدر القاضي امرا بتخويل الكفالة الى أحدهما او الى أي شخص جدير بكفالة الطفل، وبهذا يتعين على الكافل توفير مسكن لممارسة الكفالة، حيث يتخذ القاضي أي اجراء للتأكد من مدى التزام الكافل بذلك[1].

[1]- انه كينيوسيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 47-48.

وفق التشريع المغربي السكنى القانونية للمكفول تكون مع كافله، الا في حالة انتقال المكفول للدراسة او لتعلم حرفة، ففي هذه الحالة يعتبر شرط المساكنة منعدما. وإذا ما تبين اخلال الكافل بهذا الالتزام او حاول تزييف الحقيقة، فان للقاضي اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات.

2-موقف القضاء التونسي من توفير الرعاية المادية للطفل المكفول:

سبق لنا الإشارة الى ان قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني، أحال الاثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية الى م.ا.ش. حيث ينص الفصل 56 (**إذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الاب اسكانها مع المحضون**). من خلال هذا يمكننا قياس هذه الاحكام على نظام الكفالة.

يستعمل مصطلح سكنى الحاضنة الكافلة للتدليل على الالتزام القانوني المحمول على عاتق الاب الكافل في إسكان حاضنة أبنائه المكفولين التي ليس لها مسكن. ولقيام الحق في السكنى لا بد توفر شروط يتعلق بعضها بالمحضون—المكفول-والبعض الاخر بالحاضن-الكافل-.

ان الشروط المتعلقة بالمحضون قياسا على الطفل المكفول تتمثل أساسا في السن والذمة المالية للطفل المكفول. شهد التشريع التونسي تطورا ملحوظا، حول تحديد سن الطفل، حيث كان في الفصل 67 من م.ا.ش يحدد اقصى سن للحضانة بالنسبة للولد 7 سنوات، وللبنت 9 سنوات، الى ان تدخل المشرع بموجب تنقيح 3 جوان 1966، فأبدل تحديد سن المحضون ببلوغ المحضون سن 18 سنة، استئناسا بأحكام الفصل 93 م.ا.ش، واستقر القضاء على اعتبار سن الحضانة مرتبط بسن الرشد المدني، وبذلك فان حق الإسكان من الاب ينتهي ببلوغ المحضون هذه السن[1].

[1]- قرار استئنافي مدني-سوسة-عدد 3051 مؤرخ في 24 فيفري 1972-مجلة القضاء والتشريع-1973، ص 80.

اما بالنسبة للشرط الثاني وهو الذمة المالية للمحضون، اقتضى الفصل 56 من م.ا.ش ان: (**مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله ان كان له مال**)، فاذا كان الطفل المكفول مالكا لمحل سكنى يفي باحتياجاته واحتياجات الحاضنة الكافلة، فان الأولى اسكانه مع كافلته في هذا المحل.

ان الشروط القانونية التي اوجبها المشرع التونسي في الحاضنة وهي الملتزمة بكفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية، هي: ان لا يكون لها مسكن، وان تكون مقتدرة ماليا.

يكون لقاضي الاسرة واسع النظر حول طلب الملتزمة بالكفالة اسكانها مع الطفل المكفول، حيث يتوجب عليه البحث بناء على مصلحة الطفل المكفول ان كان المسكن يتوفر على الشروط الضرورية، وان يكون صالحا ومعدا فعلا للسكن[1]. اما ان كانت الكافلة مقتدرة ماديا يتوجب عليها توفير سكن ملائم لممارسة الكفالة ان كان الكافل او الزوج المطلق لا يستطيع توفير السكن[2]، وهذا ما يدخل ضمن النفقة الموجبة للطفل المكفول، ولا يندرج ضمن الحق في تقديم الرعاية حسب مفهوم المشرع التونسي.

ان تقدير الرعاية المادية للطفل المكفول تختلف بين التشريعات المغاربية، حيث ان المشرع الجزائري يدرجها ضمن تقديم الرعاية للطفل، وهي المكان الذي تمارس فيه الكفالة لتحقق الغاية المنشودة وراء تقديم الرعاية البديلة للطفل، الا ان إحالة كل من المشرعين المغربي والتونسي رعاية الطفل المكفول الى احكام مدونة الاسرة و م.ا.ش غير من المفهوم القانوني للكفالة، حيث أصبحت تشبه النظام القانوني للحضانة التي تترتب على اثار الطلاق، زد على ذلك ان موقف القضاء يتغير بتغير الظروف المحيطة بانحلال الرابطة الزوجية، الا

[1]- قرار تعقيبي مدني، عدد 33913 بتاريخ 2 ديسمبر 1992، نشرية محكمة التعقيب، 1992، قسم.م، ص 181.
الموضوع: ان النظر في موضوع طلب سكنى الحاضنة مع محضونها يستلزم البحث والاستقراء واقعا قانونيا للتأكد من توفر عنصر فقدان الحاضنة لمسكن تأوي اليه من عدمه وفق مقررات احكام الفصل 56 م.ا.ش.
[2]- قرار تعقيبي مدني، عدد 72483.2012 مؤرخ في 11 أكتوبر 2012، غير منشور
- يستخلص من احكام الفصل 56 من م.ا.ش ان مصاريف شؤون المحضون تأخذ من ماله ان كان له مال، والا من مال ابيه الذي عليه إسكان الحاضنة ان لم يكن لها مسكن، وإذا تبث انها تملك مسكنا فانه يعفى من واجب اسكانها وعبء اثبات ملكية الحاضنة لمحل سكنى محمول على الاب الملزم أساسا بإسكانها مع محضونها.
- محمودي فاطمة الزهراء، دولت سامية، نفس المرجع السابق، ص 244-262.

انه يعاب خاصة على التشريعات التي نصت وفاة الكافل، عدم تبيان الاثار المترتبة على التزام الورثة بكفالة الطفل، وضرورة تقديم الرعاية في شقيها المعنوي والمادي.

الفرع الثاني: تخويل حق الزيارة

تعرف الزيارة لغة على أنها الذهاب عند شخص بقصد الالتقاء به، أو أنها الذهاب عند شخص لرؤيته والبقاء معه مدة معينة، أو استقبال زائر. أما اصطلاحا، عرفها بعض الفقه على أنها رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون[1].

فالهدف من وراء تخويل حق الزيارة بعد فك الرابطة الزوجية هو تمديد الروابط بين الطفل وزائره[2] وضمان تربية مشتركة لتفتح الطفل ونموه الطبيعي دون خلل أو عقد نفسية، ولهذا حرصت الشريعة الإسلامية على توطيد العلاقات بين افراد الاسرة، بالحث على صلة الرحم بمودة ومحبة. هذا ما يقودنا الى طرح اشكال حول علاقة الطفل المكفول بكافله بعد طلاقه، هل اجازت الشريعة الاسلامية حق زيارة الطفل المكفول؟

ان تخويل الحق في الزيارة هو امتداد للمسؤولية الأدبية الملقاة على عاتق الكافل، وهذا راجع الى الاختلاف الذي يقع بين المفهوم الفقهي للحق في الزيارة اهو حق للطفل ام حق للزائر الذي قد يكون كافلا بقوة القانون. فهل يتوجب على الكافل تخويل حق الزيارة للمكفول على أساس انه مسؤول ادبيا بتقديم الرعاية المناسبة له، والتي يمكن ان يتخللها عنصر تقديم الرعاية المشتركة إذا كان ملزم بتقديم ذلك؟ ويجب التفرقة في هذه المسؤولية الأدبية بين الكافل للطفل، وبين كافله في المحررات الرسمية على أساس عقد الكفالة.

1 – حميدو زكية – مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة – رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2005/2004.ص 185.

2 – حسيني عزيزة، مصلحة الطفل، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف ين خدة، 2014.

ان كافل الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية تقع عليه مسؤولية تقديم الرعاية المناسبة بشقيها المادي والمعنوي، ولهذا يتعين عليه تقديم عريضة افتتاحي للقاضي المختص للمطالبة بفسخ عقد الكفالة والتزام الكافل الجديد بالكفالة كما سبق لنا توضيح ذلك، فاذا لم تتم هذه الاجراءات القانونية هل يمكن للكافل المطالبة بتخويله زيارة الطفل المكفول، على أساس ان عقد الكفالة قائم او ان الطفل يحمل لقب الكافل؟ ام يمكن تنظيمها باتفاق الكافلين بعد انحلال الرابطة الزوجية؟

ان هذه الفرضيات القانونية واردة، وهذا راجع لعدم تحديد موقف التشريع في هذه النقطة القانونية، الا ان الحق في الزيارة يعتبر كأثر من أثار الطلاق كمبدأ عام، فهل اقر المشرع الجزائري[1] نفس الشيء بالنسبة للطلاق بين الكافلين؟ وكيف نظم كل من المشرعين المغربي والتونسي تخويل حق الزيارة؟

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من تخويل الزيارة للطفل المكفول

جاءت الشريعة الإسلامية بقواعد تفصيلية لحماية الإنسان بصفة عامة، وللطفل بصفة خاصة[2] إذا ما تعرضت العائلة إلى تفكك سواء بالوفاة أو بالطلاق. حيث أقرت له حقوقه من ضرورة القيام برعايته وحضانته والنفقة عليه والحرص على تقديم التنشئة السليمة وهذا نظرا للمركز القوي الذي يتمتع به الطفل في الإسلام[3].

1- باعتبار أن المحكمة العليا فصلت في كون الكفالة نظام خاص ولا يترتب على الكفالة بعد الطلاق أي أثار قانونية كالتي تترتب بعد طلاق الوالدين البيولوجيين والحكم لأحدهما بالحضانة والنفقة وتخويل حق الزيارة للطرف الثاني.

2- عروبة جبار الخزرجي، حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 42.

3 – إن المركز القوي الذي يتمتع به الطفل في الإسلام يكمن في رعاية أبويه، فإذا ما تعرضت هذه الرعاية بوفاة أحد والديه أو كليهما يصبح ضعيفا يتوجب على اهل الاختصاص التدخل لإعادة التوازن وحماية الطفل الضعيف.

حقيقة أن الشريعة الإسلامية اهتمت بالطفل[1]وحفظت له حقوقه سواء كان هذا الطفل معلوم أو مجهول النسب وسواء كان والديه على قيد الحياة أو كان يتيما، ولهذا عندما شرع الدين الإسلامي الكفالة وحرم التبني، حافظ بدوره على الروابط العائلية وعلى النسب بالخصوص. ولكن نظرا لعدم وجود أي صلة قرابة بين الكافل والمكفول[2]، فبعد الطلاق بين الكافلين وجب على أحدهما القيام برعاية الطفل المكفول، فهل يخول للكافل الأخر زيارة الطفل؟

ركزت الشريعة الإسلامية في أحكامها ودراساتها على الطفل اللقيط واليتيم الذين يكونان مؤهلين بالدرجة الأولى للكفالة، فأوجبت حفظهم ورعايتهم وتربيتهم وصيانتهم وثبتت لمن يقوم برعاتهم حق الولاية[3]

1 - تعتبر الشريعة الإسلامية أن كل مولود لم يصل سن البلوغ يعتبر طفلا.

- ابن منظور – لسان العرب –طفل – الجزء 13 ص 262.

-إن العلامات الطبيعية للبلوغ: هي البلوغ بالعلامة وقد يكون بالسن، وعلامة الأنثى الحيض والاحتلام، وعند الذكر الاحتلام، فإذا لم يوجد شيء من هذه العلامات الطبيعية كان البلوغ بالسن، ولكن قد اختلف الفقهاء في كيفية تحديد السن إذا لم تظهر العلامات الطبيعية، فيرى الشافعية بلوغ الخامسة عشر سنة، أما الحنفية والمالكية فترى أن السن الثامنة عشر سنة، واحتج الجمهور على رأيهم بما روي عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنه انه قال: 'عرفت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد، وأنا ابن أربع عشر سنة فلن يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وانأ ابن خمسة عشر سنة فأجازني'. ويرى الإمام السيوطي انه يجب الأخذ بالمعيارين معا إذا ظهرت العلامات الطبيعية للبلوغ في سن مبكرة، فانه ينتظر حتى يبلغ الشخص الخامسة عشر. وعن انس ابن مالك رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم 'إذا استكمل المولود خمس عشر سنة كتب ماله وما عليه وأخذت منه القصاص'.

- هاني محمد كامل المنايلي، حقوق الطفل بين الواقع والمأمول، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار المكتبة العصرية للنشر، ط الأولى 2010. ص22-23.

- حسنين المحمدي البوادي، نفس المرجع السابق، ص 17-18-19.

2 - الا إذا كان الطفل المكفول من أقرباء الكافل كان يكون خاله أو عمه أو جده والى ذلك من صلة القرابة.

[3]- محمد بن احمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية، نهضة مصر، ب.س.ط، ص117.

وألزمت على من يقوم عليهم بعدم اهمال شؤونهم، لان ذلك يؤدي الى ضياع حقوقهم وفساد أخلاقهم واعتبرتهم إخوة في الدين وذلك أن المصلحة في معاملة اليتامى هو كل ما فيه من خير وصلاح لهم[1].

ولكن الشريعة الإسلامية ربطت من جهة أخرى الحق في الزيارة بصلة الرحم، فقد كثرت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية في هذه المسالة، قال الله تعالى في كتابه الكريم:"...**واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا**"[2]، وأيضا: "**أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله**"[3]، ومن الأحاديث النبوية عن عائشة رضي الله عنها، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الرحم معلقة بالعرش تقول، " **من وصلني وصله الله، ومن قطعني قطعه الله** "رواه الإمام البخاري.

يفهم مما تقدم أن حق الزيارة مرتبط في الأساس بعلاقات القرابة[4] وعلاقات القرابة تكون مبنية في الأساس على النسب، خاصة في واقعة الطلاق، فبالرغم من إمكانية منح الكافل لقبه للطفل المكفول وفق القانون الجزائري، الا انه بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق لا يمكن أن تترتب عليه نفس الآثار التي تكون بين الأب والابن البيولوجي.

إن موقف الشريعة الإسلامية من الكفالة خاصة بعد الطلاق بين الكافلين غير واضح خاصة في مسالة زيارة الطفل المكفول ولا يوجد سند صحيح يبين الرجوع إلى الأحكام التي تخص الطلاق من رعاية

---

1 – احمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، الجزء الأول، دار النشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، الطبعة الثانية، 1985. ص 148-14.

2- سورة النساء الآية الأولى الجزء الرابع.

– تفسير وبيان كلمات القران الكريم، إعداد ومراجعة وتدقيق: مروان نور الدين سوار، الجامع للقراءات العشر من طريقي الشاطبية والدرة الطيبة، حاز شرف إصداره دار الفخر الإسلامي، –الطبعة العاشرة 2002-1423هـ. رواية حفص عن عاصم.

3 – سورة الأنفال، الآية 75.

4 – حميدو زكية، مصلحة المحضون، نفس المرجع السابق. ص 188

وحضانة إلى غير ذلك من الأمور، فهي مسالة تحتمل فرضيتين هما: اما الحق في الزيارة او عدم تخويل حق الزيارة.

يمكن ربط الحق في الزيارة بكونه حق مكفول للكافل وللطفل المكفول وذلك للقيام على شؤونه وحفظ مصلحته، وهذا يستنتج من الحرص الشديد على القيام سواء على اليتيم وعلى اللقيط. فاذا بقي الطفل متعلقا بكافله بعد الطلاق، جاز للكافل زيارة الطفل من باب الاحسان والتودد اليه، لكسب الاجر. ولكن يجوز للكافل قطع العلاقة مع المكفول، وهذا لا يعد قطعا لصلة الرحم.

ما يمكن استنتاجه ان الشريعة الإسلامية لم تأت بقواعد شرعية تفصيلية حول ما يترتب على الكفالة من اثار بعد الطلاق او الوفاة، الا ان الاحكام المتداولة حول ان الكفالة ليست تبني، وأنها تحافظ على الانساب، من خلال عدم إعطاء الكافل اسمه للمكفول، وبالتالي عدم احقيته في ميراث كافله، لعدم وجود صلة قرابة الا في حالات استثنائية ككفالة الجد لحفيده بعد موت ابنه، او تلك الكفالة التي تتم بين الأقارب الاقربون درجة. الا ان الشريعة اولت الطفل بصفة عامة اهتماما واوجبت الحفاظ عليه.

ثانيا: موقف التشريعات المغاربية من تخويل حق الزيارة

تطرقت التشريعات المغاربية الى حق الزيارة في إطار احكام الاثار المترتبة على الطلاق، فكيف نظمت هذا الحق بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، في إطار التباين بين الاحكام والاجراءات التي تنظم هذه الواقعة القانونية؟

1-موقف المشرع الجزائري من حق الزيارة:

إن النتيجة الحتمية لعدم نص المشرع الجزائري على الطلاق بين الكافلين والآثار التي تترتب عليه، هو عدم تنظيمه لحق الزيارة[1]، بالرغم من تنظيمه لواقعة وفاة الكافل إلا انه لم يدرج ضمنها تخويل حق الزيارة، فهذا الحق ليس مقتصر على الكافل بعد الطلاق، فيمكن للورثة المطالبة بتخويلهم حق زيارة للطفل[2]، وزيادة على ذلك المشرع الجزائري لم ينص إطلاقا على زيارة الوالدين الأصليين للطفل المكفول معلوم النسب للاطمئنان عليه خاصة بعد الوفاة أو الطلاق.

بالرغم من الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا الجزائرية المتعلقة بالطلاق بين الكافلين[3]إلا أنها لم توضح مسالة تخويل حق الزيارة. حيث أكد المشرع الجزائري في نص المادة 117 من ق.ا.ج على الالتزام الذي يقع على الكافل هو التزام على وجه التبرع، ومنها القيام برعاية الطفل المكفول كما يرعى الأب ابنه الأصلي، فاذا وقع الطلاق بين الكافلين، يمكن الحكم للزوج المطلق بحق الزيارة إذا ما طلب ذلك، فالأصل في القانون الإباحة، ما لم يوجد نص يمنع ذلك. يعني في هذه الحالة الحكم بالزيارة هو ليس مخالف للنظام العام، بل يمكن على العكس من ذلك ان يساعد الطفل المكفول في التأقلم مع الوضع العائلي الجديد خاصة إذا كان هذا الطفل مميز ويستوعب ما يدور حوله من أحداث، فعندما يحكم القاضي بحق الزيارة يجب

---

1 – إن المشرع الجزائري اقر حق الزيارة في ق.ا.ج في نص المادة 64 حيث (. على القاضي عندما يحكم بالحضانة أن يحكم بحق الزيارة). ولكنه ربطه بالآثار التي تترتب على الطلاق بعد الحكم بالحضانة، فالشخص غير المستفيد من الحضانة وجب على القاضي لزاما الحكم له بالزيارة.

2 – خصوصا بعد وفاة الكافلين وانتقال الطفل المكفول للعيش عند أحد الورثة الذي يعتبر كافله الجديد، يمكن للورثة المطالبة بزيارة الطفل المكفول لتتبع حالته المعيشية والاطمئنان عليه خاصة إذا ما سبق للطفل المكفول العيش معهم تحت سقف واحد، ويكنون له محبة، أو إذا كان البعض من الورثة يطالبون بالكفالة وتم إجازتها لشخص أخر، ففي هذه الحالة يمكن المطالبة بتخويلهم حق الزيارة.

3– قرار المحكمة العليا بتاريخ 10-03-2011 عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث، سابق الذكر ص 290-293.

قرار المحكمة العليا بتاريخ 13-06-2013عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث. ص من309-313.

بالضرورة أن يراعي جنس الطفل المكفول وسنه وقدرته العقلية والجسدية مراعاة لمصلحته وحمايتها من أي اعتداء[1]، كما يمكن الا يتضمن حكم الطلاق الحق بالزيارة، حيث يمكن للطليقين الاتفاق على ممارستها في وقت محدد، للمحافظة على العلاقة الشخصية التي تربط الكافل بالطفل.

وما يؤكد من هذه المعطيات ان موقف القضاء كان واضحا بصريح العبارة من خلال المبدأ: "لا تسري اثار الطلاق من حضانة ونفقة على الطفل المكفول الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل"، ولم يرد ذكر الحق في الزيارة في الاجتهاد القضائي، ما يستخلص من ذلك ان هذا الحق ادبي، يمكن لأطراف العلاقة الاتفاق عليه وتحديد اوجهه، والقانون لا يعاقب على ذلك، الا إذا تم استغلال هذا الحق في أغراض تضر بمصلحة الطفل والتي يعاقب عليها وفق قانون العقوبات كما سبق ذكره.

اما بخصوص حق زيارة الأطفال المكفولين في الخارج، يطرح اشكال حول أساسه القانوني؟

أبرمت الجزائر وفرنسا اتفاقية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين في حالة الانفصال[2]ولكنها لم تتضمن أي بند أو نص يتعلق بالأطفال المكفولين، وما يصعب من تخويل هذا الحق هو عقد الكفالة. فاذا كان المنتقلة اليه الكفالة قام بعقد كفالة جديد يتضمن اسمه فقط ككافل للطفل، لا يمكن تخويل الطرف الاخر هذا الحق، خاصة في مسالة سفر الطفل المكفول، والذي يجب ان تكون بموافقة كافله. ولكن ان لم يطالب الكافل فسخ عقد الكفالة الأول وتم الاحتفاظ به فيمكن تخويله هذا الحق دونما اشكال إذا اتفقا على ذلك.

1 -Houhou Yamina – la kafala en droit Algérien et ses effets en droit français-doctorat en sciences juridique – Université de Pau et de pays de l'Adour soutenue publiquement le -24-01-2014. Ps 163-164.

2 – مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408هـ الموافق لـ 26 يونيو 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في يوم 21 يونيو 1988.

اما بخصوص الجزائريين المقيمين في فرنسا، حتى بعد إقرار نظام الكفالة عن طريق منشور 2014، لم يتطرق المشرع الفرنسي الى حق الزيارة، الا ان القرارات القضائية الصادرة في موضوع الكفالة وخاصة الطلاق، تبين ان القاضي يخول للكافل المطلق والطفل المكفول حق الزيارة[1].

2-موقف المشرعين المغربي والتونسي حول حق الزيارة:

تتباين المواقف القانونية بين النص والاحالة حول حق الزيارة بين التشريعين المغربي والتونسي، وهذا ما سنتناوله اتباعا:

ا-موقف المشرع المغربي حول حق الزيارة:

نصت المادة 27 من قانون 01-15 على حق الزيارة إذا ما أسندت كفالته لاحد الأشخاص او الجهات المختصة، وتطبيقا لمقتضيات هذه المادة يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين ان يخول حق الزيارة للأشخاص التاليين: والدي الطفل، اقاربه، الزوجين اللذان كانا يتوليان كفالته، كل شخص يهتم بمصلحة الطفل. تلي هذه المادة القانونية الاحكام المتعلقة بانفصام عرى الزوجية بين الكافلين، ووفاة أحد الكافلين او كلاهما، ما يوضح ادراج المشرع المغربي حق الزيارة كاثر على انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين.

غير انه يتجلى من خلال هذه المقتضيات ان المشرع لم يتطرق بالتفصيل الى حق زيارة الطفل سواء خلال المرحلة التي يكون فيها مكفولا، او بعد طلاق او وفاة كافليه، كما انه لم يبين كيفيات هذه الزيارة ولا مكانها، ولكن اخذ بمبدأ إدراك الطفل، حيث نص على الاستماع الى الطفل المكفول والاخذ بموافقته إذا أدرك سن التمييز. وما يوضح من الإجراءات والاحكام القانونية المتبعة في هذا الصدد هو الاستعانة بالأحكام

[1] - **Cour d'appel, Agen, 1er chambre matrimonial, 2 octobre 2008-n° 07/01652.**
Cour de cassation، Paris، pole 3, 22 septembre 2015-n° 13/0263.

الواردة في الباب الرابع من الكتاب الثالث من مدونة الاسرة والمتعلقة بزيارة المحضون في المواد من 180 الى 186.[1]

ب–موقف المشرع التونسي من حق الزيارة:

ان الاثار المترتبة على الطلاق في حال وجود أطفال في العلاقة الاسرية، هي تخويل حق الزيارة لغير الحاضن، وهذا ما تطرق اليه التشريع التونسي، ولكن من خلال إحالة هذه الاحكام الى م.ا.ش، وبالتالي يكون للطفل المكفول او الكافل المطلق غير الحاضن ممارسة حق الزيارة، والتي تأخذ اوجها تختلف عما سبقها من تشريعات من خلال تضمن حكم الطلاق تحديد الكافل الحاضن والكافل المخول له حق الزيارة.

ينص الفصل 66 من ق.ا.ش على: (**الولد متى كان عند أحد الابوين لا يمنع الاخر من زيارته ومن تتعهده وإذا طلب نقله اليه للزيارة فكلفة الزيارة عليه.**

ويبت قاضي الاسرة في مطالبة حق الزيارة طبقا للإجراءات المقررة في القضاء المستعجل). يخول هذا الفصل لمن لم يكن حاضنا من الكافلين حق زيارة المكفول ضمانا لحق الطفل في التواصل مع كافليه[2].

اما إذا اسندت المحكمة حضانة الأبناء الى غير الكافلين ضمانا لمصلحتهم، فان لكلا الكافلين طلب زيارة الطفل المكفول دون ان يمنعهما من ذلك الحاضن المعين من لدن المحكمة. وما نستنتجه من اتجاه المشرع التونسي بعد تعديل م.ا.ش في القانون عدد 10 لسنة 2006 هو إعطاء الصلاحية لقاضي الموضوع عند الفصل بطلاق الكافلين، تحديد الحاضن وتخويل حق الزيارة التي يبث فيها طبقا للإجراءات المقررة في القضاء المستعجل[3].

[1]- الشافعي محمد، كفالة الأطفال المهملين، نفس المرجع السابق، ص 68.
- الشافعي محمد، قانون الاسرة في دول المغرب العربي، نفس المرجع السابق، 183.
[2]- ينص هذا الفصل من م.ا.ش على حق زيارة الاباء للأبناء من صلبهم، ولكن الاستثناء الوارد في قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني يحيل الاحكام التي تترتب عن اثار الطلاق والوفاة وما يتعلق بهما من حقوق وواجبات الى النصوص القانونية التي تحكم العلاقة الاسرية البيولوجية، وهذا ما يشكل فارقا بين التشريعات المغاربية.
[3]- قرار تعقيبي مدني عدد 25421 مؤرخ في 23 افريل 2009، مجلة القضاء والتشريع، عدد 10 لسنة 2009، ص 151.
المبدأ: ان مصلحة المحضون هي الرائد الأساسي والمعيار الوحيد لتقرير مواقيت الزيارة وكيفية ممارستها.
- ان من اهم ركائز مصلحة المحضون ضمان توازنه النفسي والعاطفي.

المطلب الثاني: المسؤولية المادية تجاه الطفل المكفول

يتحمل الكافل مسؤولية مادية في مواجهة الطفل المكفول تتمثل أساسا في النفقة عليه. ذلك ان الأصل في الكفالة جانبها التبرعي الذي يقوم على الانفاق والإحسان من طرف من يرعى الطفل ويربيه طالما خرج من مسؤولية من كان قائما عليه.

للكافل حرية التعامل مع الطفل في توفير ما يحتاجه من ضروريات، الا ان الاشكال الذي يطرح هو: هل هناك معايير يجب اتباعها لتحديد نفقة الطفل المكفول؟ وهل تترتب على الطلاق بين الكافلين نفس اثار الطلاق التي تنص عليها مختلف التشريعات المغاربية؟ ويجب التنويه ان هناك حالات يكون للطفل ذمة مالية مكتسبة سواء عن طريق ميراث او هبة. فهل تجب النفقة عليه من ماله الخاص؟

الفرع الأول: مدى أحقية الطفل المكفول النفقة

تعتبر النفقة على الطفل جزءا لا يتجزأ من تقديم الرعاية والإحسان اليه، وهي من حقوقه المشروعة التي تثبت له بعد ولادته[1]، خاصة إذا كان هذا الطفل مكفول، ويكون زيادة على ذلك مجهول النسب. هذا ما أكدته الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل بضرورة تقديم الرعاية المناسبة للطفل، حيث لا تخلو من ضرورة توفير حاجياته، وهذا ما يرتبط بالنفقة في الأساس[2].

1 – حميد سلطان على الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، ب.س.ط، ص 271.

2 – إن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل أتت بمجموعة من المبادئ والحقوق التي يجب على الدول الأطراف احترامها وتوفيرها، بغية أن ينعم الطفل في استقرار دائم، فالنفقة على الطفل سواء كان ابن شرعي أو طفل محروم من عائلة أو طفل مكفول، فهي لم تضع هذا التمييز، بل نصت على حقوقهم بصفة عامة مع تقديم حسن المعاملة، فمن بين الحقوق، حق الطفل في التعليم ، وحقه في الاستقرار، الحق في تنمية شخصية الطفل ومواهبه وتنشئته ومراعاة قدراته العقلية والجسدية، ولعل ابرز الحقوق هي تواجد الطفل في بيئة أسرية مناسبة وبالتالي تكون هذه الأسرة مسؤولة عن نفقة الطفل

وبطبيعة الحال تتكون النفقة من عناصر لا تتحقق إلا إذا ما توافرت مجموعة ونخص بالذكر منها ما هو متفق عليه في الشريعة الإسلامية، حيث لا يوجد خلاف بين الفقهاء انه هناك مجموعة من العناصر لا يمكن لحياة الطفل أن تستقيم إلا بتوفرها، وهي الغذاء والكساء والسكن وأجرة الطبيب[1]. وهذا ما هو معترف به ومتفق عليه، وهو ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 78 من ق.ا، فهي(**تشمل الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**)[2]، فالنفقة مرهونة بالوضع المادي للمنفق، الا انها يجب أن تغطي حاجيات الطفل المادية الضرورية[3]، وهي مرتبطة بالمكان

وتقديم= =الأحسن والأفضل له، ويعتبر تمكين الطفل من المحاور الأساسية التي تتمحور حولها الاتفاقيات الدولية للطفل، هي اعتراف الاتفاقية بمصطلح (مصالح الطفل الفضلى)، والتي تعني في حقيقة الأمر تقديم رغبات الطفل على أي شيء آخر، وقد شرحت المدير التنفيذي السابق لليونيسيف (كارول بيلامي) معنى عنوان وثيقة "عالم جدير بالأطفال" التي صدرت عام 2002 م حينما قالت "يكون العالم جديرًا بالأطفال إذا استمع لهم وأجاب مطالبهم"، ورفعت الأمم المتحدة وقتها شعار (قل نعم للأطفال)، أي أن يتقدم الأطفال بكل طلباتهم، وعلى العالم أن يستمع لهم، ويستجيب لتلك المطالب، ثم طالبت الأمم المتحدة بإشراك الأطفال في صناعة القرارات الخاصة بهم. ويتضح هذا جليًّا في المواد (9، 20) من اتفاقية الطفل) التي طالبت بالمزيد من أجل إعلاء "مصلحة الطفل الفضلى." ويتجلى تحقيق مطالب الأطفال بالنفقة عليهم، وإلا فكيف سيتم تحقيق ذلك؟

– محمد صلاح أبو رجب، مبادئ عامة حول حقوق الطفل في الاتفاقيات الدولية، مقال منشور في 13 يوليو 2012.

www.alwafd.news.com

1 – وهذه العناصر التي تم ذكرها هي حاجات أساسية وضرورية للأطفال بصفة عامة، إلا أن الفقهاء لم يوردوها على سبيل الحصر، وإنما أوردوها على اعتبارها الحاجات التي يشترك فيها جميع الأطفال، والتي يندرج ضمنها عناصر النفقة على الطفل المكفول واليتيم واللقيط وغير ذلك، ولهذا يرى الفقهاء أن هناك عناصر أخرى قد تدخل ضمن مشتملات النفقة ومنها تعليم الصغير وغيرهما من الضروريات.

للتفصيل أكثر في شرح عناصر النفقة، انظر: حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل، نفس المرجع السابق، ص من 279 إلى 281.

2– إن المشرع الجزائري عندما وضح عناصر النفقة وكيف تتم، أدرج هذا ضمن الباب الثاني الذي يضم انحلال الزواج فهل يفهم من هذا أنها مرتبطة فقط بآثار الطلاق؟ ام أنها تشمل النفقة بصفة عامة فيمكن أن تكون قبل الطلاق أو بعد الطلاق، أو يمكن أن تتعمم إلى غير ذلك من نفقة الزوج على الزوجة أو نفقة الفروع على الأصول؟

إن المشرع الجزائري لن يوضح هذه المسالة فهي بتحليلها والنظر إلى موقعها في قانون الأسرة يتضح أنها تشمل النفقة بصفة عامة، وبالتالي يمكن اعتبارها معيار يتم القياس عليه لمعرفة كيف تتم النفقة، بحيث يندرج ضمنها النفقة على الطفل المكفول.

3– حسيني عزيزة، مصلحة الطفل، المرجع السابق، ص 153.

والزمان وتتغير حسب الظروف من المنفق والمنفق عليه، فهي تتعدى الغذاء والكسوة وتوفير السكن لتشمل مصاريف الدراسة إلى غير من ذلك من حاجيات يمكن أن تتغير حسب كل حالة، خاصة إذا كان الطفل مريض من ذوي الاحتياجات الخاصة، فهنا تكون النفقة مغايرة لنفقة الطفل العادي. وتتغير النفقة إذا كان الطفل داخل أسرته، وإذا تعرضت الأسرة إلى تفكك سواء بالطلاق أو بالوفاة.

نص المشرع الجزائري في المادة 117 من ق.ا على الالتزام بالكفالة من نفقة وتربية إلى غير ذلك باعتبار المكفول كابن للكافل تجب عليه النفقة، ويتساوى بذلك مع الطفل الشرعي –الابن البيولوجي–من ضرورة تقديم جميع الحاجيات الأساسية.

حذا المشرع المغربي حذو المشرع الجزائري بالنص على العناصر المكونة للنفقة في المادة 189 من مدونة الأسرة[1] الا ان البنوة الشرعية تعد من الأسباب الموجبة للنفقة، كقاعدة عامة، ونفقة الالتزام[2] استثناء عنها، وصورتها كفالة طفل مهمل[3]، فهل يتمتع الطفل المكفول بحق النفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين مثل الابن الشرعي؟ اما المشرع التونسي نص على العناصر المكونة للنفقة[4] وربطها بالالتزام[5] فمن الملتزم بالنفقة على الطفل المكفول بعد وقوع الطلاق بين الكافلين او وفاة أحد الكافلين او كلاهما؟

1 – فهي تشمل الغذاء والكسوة، وما يعتبر من الضروريات، والتعليم للأولاد.

يراعى في تقدير كل ذلك، دخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة.

في نص المادة 168 من مدونة الأسرة والتي تعتبر استثناء على المادة 189 التي تنص على مراعاة أحكام هذه المادة: السكن منفصل على النفقة يمكن توفيره أو تأدية المبلغ للكراء.

2 – المادة 187 من مدونة الأسرة المغربية: (.... أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقرابة والالتزام).

3 – نص القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين المغربي على أن: الكفالة هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربته.

4 – الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: تشمل النفقة: الطعام والكسوة والمسكن والتعليم، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

5 – الفصل 37 من مجلة الأحوال الشخصية: أسباب النفقة: الزوجية والقرابة والالتزام.

ما سبق ذكره هو توضيح للعناصر المكونة للنفقة، وتبين انه يمكن أن تكون إما داخل أسرة أو بعد الطلاق وتتعدى إلى ما بعد الوفاة، ولهذا فان الإشكال الذي نحن بصدد دراسته هو مدى أحقية الطفل المكفول بالنفقة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين؟ وما هو موقف الشريعة الإسلامية بالنفقة على الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين؟ من يكون ملزم بأدائها؟ وعلى من تسقط؟ وعند الحكم بها هل يتبع نفس الأحكام العامة في قانون الأسرة؟

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من مدى أحقية الطفل المكفول بالنفقة

من الحقوق المقررة للطفل في الشريعة الإسلامية حقه في الإنفاق عليه مادام صغيرا، غير قادر على الكسب ولم يكن له مال[1]، وأولت الشريعة الإسلامية حقوقا لليتيم واللقيط، واعتبرت الحفاظ والإنفاق عليهم من الضروريات، ولعل أبرز ما جاء عن النفقة من اية هو قوله تعالى: **"لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه، فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا"**[2]. وفي حديث للرسول عليه الصلاة والسلام: في باب ما جاء في كفالة اليتيم ورحمته والنفقة عليه، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **"من أوى يتيما من بين المسلمين إلى طعامه وشرابه حتى يغنيه اوجب الله له الجنة إلا أن يعمل ذنبا لا يغفر"**[3].

من اجل أن تتحقق النفقة أوجبت الشريعة الإسلامية ثلاث شروط نذكرها كالتالي:

1- محمد بن احمد الصالح، نفس المرجع السابق، ص 170.

- العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص 83.

2 - سورة الطلاق، الآية 7.

3 - البوصيري، حديث رقم 5760، نفس المرجع السابق، ص 196.

1-أن يكون الطفل فقيرا لا مال له: فان كان للصغير مال فلا تجب النفقة لأنها تجب على سبيل المواساة، والموسر مستغن عن المواساة.

2-أن يكون من تجب عليه موسرا: ويراد باليسار أن يكون مقدرا للنفقة، زائد عن كفايته، إما من ماله وإما من كسبه، فان لم يكن له مال لو لم يكن قادرا على التكسب أو لم يستيسر له طريق للتكسب فلا يجب حينئذ نفقة. لما من رواية جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: **"إذا كان أحدكم فقيرا فليبدأ بنفسه، فان فضل فعلى عياله، فان فضل على قرابته"** وفي لفظ **"ابدأ بنفسك ثم بمن تعول"**. واخرج أبو داوود من رواية عن أبي هريرة: **"أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال، يا رسول الله، عندي دينار قال تصدق على نفسك، قال عندي أخر، قال تصدق به على ولدك ...."**.

3 -أن يكون المنفق وارثا لقوله تعالى **"وعلى الوارث مثل ذلك"** ولان بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فنبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم[1].

ان إبراز الشروط التي تجب بها النفقة وفق الشريعة الإسلامية، يتخذ مفهوما واسعا وضيقا في ان واحد، ذلك ان شرط عدم وجود عائل للطفل ويسار حال المنفق يوسعان من مفهوم النفقة ليشمل الطفل المكفول سواء قبل او بعد انحلال الرابطة الزوجية للكافلين، الا ان شرط الإرث الناتج عن القرابة يتسع ويضيق بين مفهومين ان الكافل يمكن ان تجمعه بالمكفول صلة قرابة ويمكن ان يكون وارثا له، خاصة في حالة كفالة الجد لحفيده بعد وفاة ولده، كما يمكن ان يكون المكفول وارثا للكافل بعد وصية، في حال عدم وجود صلة

1- محمد بن احمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع السابق، ص 173.

قرابة[1]. ان كل هذه الشروط الموجبة للنفقة تتوافر في مدى احقية الطفل المكفول في النفقة وفق الشريعة الإسلامية بالرغم من عدم النص صراحة على ذلك، بل تم الاستنتاج قياسا على الشروط التي أوردها واتفقت عليها اغلب المذاهب الفقهية.

ان أساس الدراسة في هذا المحور هو النفقة على الطفل المكفول بعد وفاة كافليه أو طلاقهما، فإذا توفي كافلاه يمكن النظر في أصله ان كان ملتقطا او معلوم النسب او يتيما. وفي كل الحالات تجب عليه النفقة لصغر سنه وان كان فقيرا لا مال له ولا يوجد من يعيله غير كافله، حتى وان تم ربط النفقة بالقرابة والإرث، فان الكافل ملزم بالنفقة على المكفول لان المفهوم العام للكفالة يتخذ من المكفول كابن للكافل وهذا ما نصت عليه اغلب التشريعات التي نحن بصدد دراستها.

ثانيا: دور القضاء في المحافظة على نفقة الطفل المكفول

ان المرجع الوحيد للمحافظة على مصلحة الطفل المكفول هو الرجوع الى هيئة القضاء، والتي خولها القانون السلطة لردع واتخاذ الإجراءات القانونية الازمة للحفاظ على حقوق الطفل وضمان عدم تسجيل تجاوزات تمس بالهدف المرجو وراء الكفالة الذي يتمثل في تقديم الرعاية المناسبة.

1- إذا رجعنا إلى أصل كفالة الطفل يمكن أن يكون هذا الطفل ملتقطا أو يتيما، ولهذا اوجب الشرع النفقة عليهم، اللقيط يكون ملتقطه ملزما بالنفقة عليه دون استئذان الحاكم أو الإمام وهذا ما ذهب إليه جمهور المالكية والحنابلة أما الحنفية والشافعية فألزموا استئذان الحاكم خصوصا إذا ما تم الإنفاق عليه من ماله إذا ما وجد له مال، ولكن المتعارف عليه أن نفقة اللقيط تكون واجبة على وليه، وولي اللقيط هو القاضي فهو ولي من لا ولي له، وبهذا تجب نفقة اللقيط الذي لا مال له من بيت مال المسلمين، ولهذا يعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن النفقة تكون بسبب القرابة والزوجية والولاء، والالتقاط هو تخليص له من الهلاك، وتبرع يحفظه، وتجب نفقته في بيت المال وهذا ما ذهب إليه جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة واصح الأقوال عند الشافعية: أن اللقيط ينفق عليه من بيت المال بلا رجوع على اللقيط، ولان عمر استشار الصحابة في ذلك فاجمعوا على أنها في بيت المال. ياسر احمد عمر الدمهوجي، حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى 2012، ص من634-604.

كما سبق لنا توضيح ان الرعاية المقدمة للطفل تكون رعاية معنوية ومادية، ولهذا يجب توضيح موقف القضاء من هذه المسالة خاصة وان النفقة تعتبر كاثر من اثار الطلاق، فهل يلتزم بها الكافل بعد انحلال الرابطة الزوجية؟ وما هو دور القضاء في المحافظة على نفقة الطفل بعد انتقال كفالته سواء الى أحد كافليه او الى ورثة كافله؟

ا–دور القضاء الجزائري في المحافظة على نفقة الطفل المكفول:

إن نظام الكفالة الجزائري واضح بشأن النفقة على الطفل المكفول وهذا ما يظهر جليا في ق.ا حيث أن الكافل ينفق على المكفول باعتباره ابنا له، وهذا ما يوضح رغبة المشرع في تقريب الالتزامات الأبوية بالالتزامات في إطار الكفالة.

إن الإشكال المتعلق بالنفقة لا يطرح أثناء العلاقة الزوجية فهذا واضح ومنظم من طرف التشريع، بل يطرح بعد انحلال الرابطة الزوجية، من يكون الملزم بأداء النفقة، باعتبار النفقة أثر من آثار الطلاق، فبعد فك الرابطة الزوجية بين الكافلين، هل يعتبر الزوج المطلق هو الملزم بها؟ وكيف نظم المشرع الجزائري هذه الحالة؟

نظم المشرع الجزائري شق من انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، وهو حالة الوفاة، فبمجرد إجازة الورثة الكفالة حسب نص المادة 125 من ق.ا فان القاضي يعين كافلا للطفل، وبالتالي يصبح هو المسؤول عن رعايته ونفقته والقيام بشؤونه، والنص القانوني كان واضحا في هذه المسالة فلا يمكن أن يكون الورثة مشتركين في النفقة على الطفل المكفول، بطبيعة الإلزام، فالقاضي المختص يعين كافلا واحدا، حيث لا يمكن أن يتعدد الكافلين فيضيع حق المكفول بين ذاك وذاك. وان كانت نفقة الورثة على المكفول فإنها تكون من باب التودد والإحسان إليه لنيل الأجر والثواب، ولا يمكن أن يتعدى إلى الالتزام بذلك. الا ان دور القضاء في هذه المرحلة ونخص بالذكر قاضي شؤون الاسرة ينظر في مدى قدرة الملتزم بالكفالة النفقة على الطفل

المكفول، ان كان له عمل دائم من خلال كشوف الراتب الشهري، حتى وان لم يكن له راتب شهري يكون له دخل دائم من مهنة حرة او حرفة، ذلك ان له السلطة التقديرية للفصل في هذه النقطة بعد القيام بتحقيقات اجتماعية، تؤكد قدرة الكافل النفقة على الطفل المكفول.

ولكن المشرع الجزائري لم يوضح مسالة نفقة الطفل بعد فك الرابطة الزوجية بين الكافلين، فنرجع بالضرورة إلى الاجتهادات القضائية، لنرى كيف تمت معالجة هذه المسالة. حيث أقرت المحكمة العليا مبدأين هامين يتعلقان بالنفقة على الطفل المكفول:

المبدأ الأول: لا تسري أثار الطلاق، من حضانة ونفقة، على الطفل المكفول، الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل[1].

المبدأ الثاني: نفقة الطفل المكفول يتحملها، بعد الطلاق، الشخص الكافل، المذكور في عقد الكفالة وليس الزوج المطلق. لا تأخذ المحكمة بالاتفاق الحاصل بين الطرفين على إسناد كفالة المكفول للمطلقة وإنفاق المطلق عليه.

إن موقف المحكمة العليا جاء واضحا ومغايرا لما هو متعارف عليه في القواعد العامة لقانون الأسرة والتي تلزم الأب بأداء النفقة للمحضون[2]. ولكن بهذا الموقف يظهر جليا أن القضاة باجتهادهم قد اخذوا بمبدأ أن

1 – قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 10-03-2011.

– قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 13-06-2013.

2 – بالرغم من اعتبار المشرع الجزائري أن الطفل المكفول كابن للكافل وذلك من خلال النفقة عليه ورعايته وحتى إعطائه لقبه الشخصي، ولكن كل ذلك لا يمكن أن يرتقي الطفل المكفول إلى منزلة الابن الأصلي، ذلك أن الآثار التي تترتب على العلاقة بين الأب وابنه البيولوجي لا يمكن أن تولد آثارها بالنسبة للطفل المكفول، وإلا حول ذلك إلى تبني. إضافة الى قرار المحكمة العليا ان الكفالة ليست حضانة والذي سبق لنا توضيحه. القرار المذكور في الأعلى بتاريخ 10-03-2011. م.م.ع ص 292.

الكفالة نظام قانوني خاص قائم بذاته، وأن الملتزم بالكفالة يكون ملزم بأداء النفقة على الطفل المكفول، ويكون المرجع في ذلك نص المادة 117 ق.ا[1]. حيث المبدأ يقوم على الكفالة باعتبارها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه، وبذلك فإذا كان الكافل ملزما بالنفقة على الطفل المكفول الذي منحه لقبه، فان ذلك مرهون بالعيش تحت رعايته.

إذا كان المكفول يعيش مع مطلقة الكافل فان واجب النفقة يسقط على الكافل وينتقل إلى المطلقة التي تطوعت وأخذت الطفل المكفول تحت رعايتها، ذلك أن آثار الطلاق من حضانة ونفقة لا تسري على المكفول باعتبار الالتزام هنا على وجه التبرع، وهذا الالتزام لا ينتج آثاره إلا إذا كان المكفول تحت حضانة ورعاية الكافل[2].

نستنتج مما تقدم انه إذا كان الطفل تحت كفالة الزوجة المطلقة، ويكون ذلك موسوم في عقد الكفالة، ويتضح أن الزوج المطلق لم يذكر في عقد الكفالة، يعني في هذه الحالة منحت الكفالة للزوجة فقط، وبالتالي لا يمكن أن تطالب الكافلة بعد طلاقها من زوجها النفقة وما ينجر على ذلك من آثار الطلاق. وأقرت المحكمة العليا باجتهاد القضاة انه لا يمكن الأخذ بالاتفاق الحاصل بين الزوجين المطلقين، بتمكين الزوجة المطلقة –الكافلة –من الحضانة والرعاية للطفل المكفول، وتخصيص مبلغ شهري للنفقة عليه من طرف الزوج المطلق، فهذا الاتفاق باطل ولا يعتد به[3].

---

1 – قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار بتاريخ 13-12-2006.

الموضوع: كفالة – ولاية قانونية – نفقة

المبدأ: يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه، باعتباره وليا قانونيا، ما لم يثبت قانونا تخليه عن ذلك.

2- عن الوجه الثاني من قرار المحكمة العليا بتاريخ 10-03-2011، ص 292.

3 – عن الوجه الثاني والثالث من قرار المحكمة العليا بتاريخ 13-06-2013.

رست المحكمة العليا على أن النفقة على الطفل المكفول بعد الطلاق تكون من واجب من يكون تحت رعايته الطفل المكفول، سواء كانت الكفالة مشتركة بين الزوجين أو تكون كفالة منفردة سواء للزوجة أو للزوج، وبالتالي ربطوا القضاة النفقة بالرعاية، أي من يكون الطفل المكفول تحت ولايته القانونية، لذلك فان موقف المحكمة العليا بان الكافل الذي لم يتنازل عن الكفالة بالطرق القانونية ولازال يتقاضى المنح العائلية، فان واجب النفقة يقع عليه[1].

ولكن ما لم يتم توضيحه بهذا الخصوص هو هل يتم الأخذ بعين الاعتبار مدى قدرة الكافل على تحمل النفقة على الطفل المكفول بعد الطلاق خصوصا إذا ما كانت الكفالة في أولها مشتركة بين الزوجين قبل الطلاق.

صحيح انه بعد الطلاق تكون النفقة من واجب من يكون المكفول تحت رعايته، وخصوصا إذا ما تم الحكم للمرأة بالرعاية والنفقة هل يتم في هذه الحالة مراعاة الوضع المالي للمرأة، إذا كانت عاملة أو لها دخل مادي يمكن أن يضمن لها وللطفل المكفول العيش الكريم وخصوصا وانه في قرار المحكمة العليا في 2011 لم يبين انه بعد الحكم للمرأة برعاية الطفلة المكفولة إذا ما كانت عاملة أم لا؟

إن الغاية من طرح هذا الإشكال هو توضيح أن مصلحة الطفل المكفول تفوق كل الاعتبارات، خصوصا إذا كان مجهول النسب، فقاضي شؤون الأسرة إذا ما حكم برعاية الطفل المكفول للزوجة المطلقة يراعي ظروفها الاجتماعية، وخصوصا المادية منها، للحكم لها بالرعاية. إن إشكال النفقة على الطفل المكفول لا يمكن تجاهله، حيث يعتبر من حقوقه الشرعية طالما تم الالتزام بكفالته، كما يمكن أن تتعرض الزوجة المطلقة الملتزمة بالكفالة إلى ضائقة مادية أو عسر فهل يمكن أن يتم إدراج شرط في الحكم في حال تعذر الزوجة

[1]- قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 2006/12/13، م.م.ع، ع 2، 2007، ص 443.

المطلقة على النفقة للطفل المكفول أن يحل محلها الزوج المطلق، خصوصا إذا ما كان الطفل المكفول يحمل لقب كافله؟ وباعتباره كافله؟

تتعدد وتختلف الإشكالات القانونية حول موضوع النفقة على الطفل المكفول، وهذا راجع لعدم سد الفراغات القانونية، الا ان القضاء الجزائري يضمن للطفل المكفول احقيته في النفقة عليه، ويكون هذا في إطار القيام بسلسلة من التحقيقات الاجتماعية التي تسمح بالتأكد من قدرة الملتزم بالكفالة على ضمان حق الطفل في النفقة عليه والذي يعد حق مكفول دوليا ووطنيا.

ب–دور القضاء المغربي والتونسي في الحفاظ على نفقة الطفل المكفول:

يختلف التشريعين المغربي والتونسي حول النص على موضوع النفقة على الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، الا ان للقضاء دور مهم في المحافظة على هذا الحق، وهذا ما سنوضحه:

1–دور القضاء المغربي في الحفاظ على نفقة الطفل المكفول:

إن نظام النفقة على الطفل المكفول المتبع في القانون المغربي[1] له نظرة مغايرة للمشرع الجزائري إلا أنهما يلتقيان في نقطة قانونية موحدة، فبعد استمرار الكفالة لأحد الزوجين، إذا كانت الزوجة هي الكافلة[2]،

1– من بين الالتزام المترتب على الكفالة هو الالتزام بالنفقة على الطفل المكفول المادة 22 من الظهير المتعلق بكفالة الأطفال المهملين. حيث حددت إلى غاية بلوغه سن الرشد القانوني، ولكن هناك فرق طفيف وهو أن النفقة على البنت المكفولة تستمر إلى حين زواجها وكذا النفقة تكون مستمرة بالنسبة للأطفال العاجزين عن الكسب أو من ذوي الاحتياجات الخاصة.

– عبد المالك زعزاع، قانون كفالة الأطفال المهملين التطبيقات والصعوبات، المقال، مجلة قانونية فصلية، العدد الثاني 2010، ص 41–42.

2 – يمكن أن تمنح الكفالة في القانون المغربي إلى المرأة المسلمة التي تكون قد استوفت الشروط القانونية المحددة في نص المادة 9 من ظهير 13 يونيو 2002 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين. وهذا على عكس المشرع الجزائري الذي يمنح الكفالة للكافل دون توضيح جنسه إن كان رجلا أو امرأة.

فإنها تتحمل نفقة الطفل المكفول لوحدها، كما تتحمل باقي الالتزامات، باعتبار أن الزوج المطلق أنهى الكفالة بإرادته.

يتضح من خلال هذا أن المشرع المغربي لم يلزم المطلق الكافل بتنفيذ التزامه بالنفقة على المكفول، بل على العكس من ذلك خوله حق التنازل عن الكفالة هذا من جهة، ومن جهة أخرى بالرجوع إلى مدونة الأسرة المغربية نجد في نص المادة 205: (**من التزم بنفقة الغير، صغيرا كان او كبيرا، لمدة محدودة، لزمه ما التزم به. وإذا كانت المدة غير محدودة اعتمدت المحكمة على العرف في تحديدها**).

من تعهد بالنفقة على طفل يجب أن يمتد ذلك إلى غاية بلوغ سن الرشد، وهذا ما يقابله نص المادة 22 من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي التي تلزم الكافل بالإنفاق على المكفول إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني إذا كان من جنس ذكر، اما إذا كانت انثى الى غاية الزواج، وتستمر النفقة بالنسبة للأطفال من ذوي الاحتياجات الخاصة. وزيادة على هذا أحيلت هذه المادة على مقتضيات مدونة الأسرة المغربية المتعلقة بالنفقة على الأبناء غير الشرعيين، وهذا يعني أن المكفول يتمتع بنفس الضمانات القانونية المخولة لهؤلاء للحصول على نفقتهم، سواء في حال استمرار العلاقة الزوجية بين الزوج الكافل وزوجته الكافلة أو في حالة انفصامها[1].

فاذا التزم الزوجان الكافلان معا قبل انفصالهما وبإرادتهما الحرة بالتكفل بالطفل المهمل، لذلك فهما ملزمان معا بنتائج هذا التعهد وبآثاره الشرعية[2]. وهذا ما يظهر جليا من خلال موقف المجلس الأعلى

---

1 – الطلحاوي فاتحة، نفقة الابن والمكفول أوجه التشابه وأوجه الاختلاف، الإشعاع، مجلة نصف سنوية تصدرها هيئة المحامين بالقنيطرة، العدد المزدوج 41-41 -2014، ص من 191و194.

2 – وما يؤكد هذا قرار المجلس الأعلى الذي جاء فيه ما يلي:

" حيث أن الفصل 23 من ظهير 10-09-1993 الخاص بالأطفال المهملين ينص على أن يتحمل الكافل أو المؤسسة المعنية بتنفيذ الالتزامات المتعلقة برعاية الطفل المهمل وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني. وان =

المغربي سواء في القانون القديم أو بعد تعديله، فأوجب النفقة على الزوج المطلق، سواء التزم بها أو لم يلتزم، فتواجد الطفل المكفول

تحت حضانة الزوجة المطلقة لا يعفيه من دفع النفقة، وهذا عكس المشرع الجزائري. وبالتالي يبقى الكافل مستمرا بالنفقة على الطفل المكفول حتى بعد حدوث الطلاق مع زوجته الكافلة، ويكون التزامه كالتزام عادي بالنفقة وليس لكون الطفل المكفول ابنا شرعيا للطرفين[1].

إلا انه ومن جانب أخر ربط النفقة على الطفل المكفول كتبرير من اجل عدم التخلي عنه من طرف الزوجة المطلقة، ما يفهم من خلال هذا انه أن موقف القضاء المغربي اجاز رعاية الطفل المكفول من طرف المرأة على الرجل وهذا ما يظهر في قرار المجلس الأعلى.

=الفصل 131 من مدونة الأحوال الشخصية يقتضي إذن من التزم بنفقة الغير، صغيرا كان أو كبيرا لمدة محدودة، لزمه ما التزم به. فمحكمة الاستئناف، بما لها من سلطة تقديرية في تقييم الحجج لا رقابة عليها من طرف المجلس الأعلى إلا من حيث التعليل، خلصت إلى أن الثابت من أوراق الملف أن الطرفين تسلما الطفل المهمل وتعهدا بالإنفاق عليه وتربيته وتدبير شؤونه إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني، وان انفصام رابطة الزوجية بينهما لا يحول دون تنفيذ ما التزما به، ولا وجه لما أثاره المستأنف من كون نفقة الطفل تقع على عاتق المستأنف عليها ما دام الطفل يوجد معها، وتواجده معها لا يعفيه من واجب النفقة، لاسيما وان عقد التكفل بالطفل لا يتضمن أي شرط أو بند يعفي الطرفين من المسؤولية أو احدهما عند حدوث طارئ معين و أن الحضانة لا تقتصر على الأم لوحدها ...".

– قرار المجلس الأعلى الصادر بالملف الشرعي عدد 117-2001.

– بن زاهير مليكة، دور القضاء في حماية الطفل، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 5-2005، ص 289-290.

وفي قرار أخر صدر عن المجلس الأعلى بعد دخول ظهير 13 يونيو 2002 حيز التنفيذ ن جاء فيه ما يلي:

" تكون المحكمة قد عللت قرارها تعليلا كافيا حين اعتبرت أن التنازل عن كفالة البنت المكفولة غير ذي موضوع طالما أن الكافل التزم بالرعاية والإنفاق عليها.".

–قرار المجلس الأعلى الصادر بالملف الشرعي رقم 222-2003 الصادر بتاريخ 14-01-2004.

– الشافعي محمد، دراسة في القانون المغربي– التبني في القانون الفرنسي، دار النشر: المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى 2007ص 148.

1 – انه كينيونيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 43.

إضافة إلى ذلك حاول المشرع المغربي حماية الطفل المكفول من شتى أنواع الجرائم التي ترتكب في حقه، حيث أورد المادة 30 من الظهير المتعلق بكفالة الأطفال المهملين كحماية خاصة: (**طبق على الكافل عند ارتكابه جريمة في حق المكفول مقتضيات القانون الجنائي التي تعاقب الوالدين على الجرائم التي يرتكبونها في حق الأولاد**).

تبعا لهذا يحق للمكفول أو الزوجة المطلقة التي يتواجد تحت رعايتها وحضانتها طفل مكفول الاستناد إلى الفصل 480 من القانون الجنائي[1] المغربي عند عدم إنفاق الكافل عليه. وبالتالي تطبق على هذا الأخير أحكام إهمال الأسرة[2].

2-دور القضاء التونسي في الحفاظ على نفقة الطفل المكفول:

اوجب المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية النفقة على الطفل المكفول قياسا على الطفل المحضون. فاذا لم يكن له مال، النفقة عليه واجبة، حيث ان الأصل في مصاريف المحضون تكون من ماله الخاص إن كان له مال، وان لم يكن للحاضنة سكن وجب على الكافل توفير مسكن لهما.

ينص الفصل 46 من م.ا.ش على: (**يستمر الانفاق على الأبناء حتى بلوغ سن الرشد او بعده الى نهاية مراحل تعلمهم، على الا يتجاوزوا الخامسة والعشرين من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب، او لم تجب نفقتها على زوجها. كما يستمر الانفاق على الأبناء المعوقين العاجزين**

1 – يعاقب بنفس العقوبة، أي الحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من مئة وعشرين ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين، من صدر عليه حكم نهائي او قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجة أو أحد أصوله أو فروعه وامسك عمدا من دفعها في موعده المحدد. وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتميا. والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها لما ينص الحكم على خلاف ذلك.

– القانون رقم 03-07 المتضمن القانون الجنائي المغربي ج.ر عدد 2640.

2 – فاتحة الطلحاوي، نفقة الابن والمكفول، نفس المرجع السابق، ص 193-194.

عن الكسب بقطع النظر عن سنهم). وحدد المشرع التونسي سن الرشد القانونية في مجلة الالتزامات والعقود ب 18 سنة كاملة، بعد التعديل عن طريق القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010، بعدما كانت 20 سنة كاملة.

ان هذه الاحكام لم تحد عما نص عليه قانون الولاية العمومية والكفالة في الفصل 7: **(تنتهي الكفالة عند بلوغ المكفول سن الرشد)**. وبهذا تكون النفقة على المكفول الى غاية بلوغه سن الرشد، الا ان الاستثناء الوارد في م.ا.ش يزيد من الحماية المقدمة لهته الفئة، وهذا ما يتجاوز الحماية القانونية العامة التي سنها المشرع للصغير القاصر وهو حسب تعريف الفصل 7 من مجلة الالتزامات والعقود: **(كل انسان لم يتجاوز سنه الثمانية عشر سنة كاملة)**.

أدرج المشرع التونسي تمييزا إيجابيا لفائدة البنت والابناء المعاقين من خلال عدم ربط تمتعهم بالنفقة بسن معينة، بل حدد ذلك بالقدرة على الكسب او بزواج البنت. وفي هذا الإطار كرس القضاء التونسي التوجهات الفكرية التي اتى بها المشرع التونسي من خلال عدد معتبر من القرارات القضائية، التي تصب في صالح المحضون سواء كان ابنا مكفولا او ابنهم البيولوجي، حيث حافظ على هذا الحق ولو تعدى سن الرشد[1].

ان واجب الانفاق على المكفول قد يسقط عن الكافل، ويتحول الى الكافلة الحاضنة حسب مقتضيات الفصل 47 من م.ا.ش: **(الام حال عسر الاب مقدمة في الانفاق على ولدها)**. منذ تنقيح

[1]- قرار تعقيبي مدني، عدد 6641 مؤرخ في 11 ماي 1982، نشرية محكمة التعقيب، المجلة القانونية التونسي 3، ص 149.
- البنت التي في حضانة أمها المفارقة ونفقتها على والدها ولم يثبت قانونا انها ذات كسب، فان نفقتها على والدها مادامت في حضانة أمها. وبذلك فان الحكم الصادر بإيقاف تلك النفقة يكون مخالفا لموجبات الفصل 46 من م.ا.ش ويستوجب النقض بدون إحالة.
- قرار تعقيبي مدني عدد 11877 مؤرخ في 19 فيفري 1985، نشرية محكمة التعقيب سنة 1985، المجلة القانونية التونسية 1، ص 130.
- نفقة البنت غير المتزوجة والتي لا تعمل واجبة على الاب ولا يمكن التقصي منها الا بالزواج او تصبح في غنى عنها.
- قرار تعقيبي مدني، عدد 1240 مؤرخ في 13 افريل 2006، غير منشور.
- يؤخذ من منطوق الفصل 46 م.ا.ش ان حق الابن في النفقة لا يسقط ببلوغ سن العشرين طالما كان مزاولا تعليمه.

12 جويلية 1993 أصبحت الصيغة الحالية للفصل 23 من المجلة تبين دون لبس ان المشرع قد وضع على عاتق الام التي لها واجب الانفاق على الاسرة على قدم المساواة مع الاب، إذا يمكن عند اخلالها بذلك الواجب الزامها قضائيا بتسديد ما قيمة مساهمتها في الانفاق على الأولاد ان كان لها مال. وتجدر ملاحظة ندرة الاحكام الصادرة تجاه الام الحاضنة من اجل الزامها بالمساهمة في الانفاق على محضونها[1].

حرص القضاء التونسي على تكريس مبدا حق الطفل في النفقة عليه تنفيذا للأحكام القانونية الواردة في م.ا.ش وقانون الولاية العمومية والكفالة والتبني الذي يحيل الاثار المترتبة عن العلاقة بين الكافل والمكفول الى هته الأخيرة، التي أدرجت مجموعة من المبادئ التي تقوم عليها اتفاقية حقوق الطفل، وذلك بإبراز حق الطفل في النفقة عليه سواء اثناء قيام العلاقة الزوجية او بعد انحلالها.

ان موقف القضاء يختلف بين التشريعات المغاربية وهذا راجع الى المفهوم القانوني للكفالة على انها رعاية او حضانة، فهته الأخيرة هي التي تحدد الاثار القانونية التي تترتب على انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، ومدى الالتزامات الملقاة على عاتقهم. الا ان المتفق عليه ان النفقة على الطفل المكفول واجبة على من يكون تحت كفالته وهي قاعدة عامة يلتزم بها الكافل، حتى وان كان للطفل مال ناتج عن ارث او هبة، فالمصلحة الفضلى للطفل تقتضي توفير حاجياته الضرورية من اجل ضمان التنشئة السليمة وتقديم الرعاية المناسبة له.

[1]- قرار تعقيبي مدني، عدد 41484 مؤرخ في 14 جوان، نشرية محكمة التعقيب.

- ان تقدير النفقة ولئن كان خاضعا في الأصل الى اجتهاد محكمة الأساس الا ان تمكينا لمحكمة التعقيب من اجراء مالها من حق الرقابة على سلامة تطبيق القانون كان على محكمة الأساس الا تغفل عن البحث وراء الحالة المادية للمعقب ضدها ومعرفة هل ان لها مكاسب ام لا ذلك ان الفصل 47 من م.ا.ش قدمها في الانفاق على ولديها في حال عسر الاب.

الفرع الثاني: علاقة نفقة الطفل المكفول بصندوق النفقة

نظرا لتنامي قضايا عدم تسديد النفقة في أروقة المحاكم، بات من الضروري تدخل المشرع بحلول لرفع معاناة الدائنين بالنفقة من خلال وضع الية قانونية لحماية المرأة والطفل، حيث استحدث المشرع الجزائري قانون رقم 15-01 يتعلق بصندوق النفقة، وهي قفزة نوعية وخطوة إيجابية بالنسبة للتشريع الجزائري، واكب بها التشريعات الدولية والمغاربية على حد السواء.

أحدث المشرع التونسي صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق بموجب قانون عدد 65 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993. كما انشا المشرع المغربي صندوق التكافل العائلي بمقتضى القانون رقم 10-41 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي.

ان لانحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين اثار قانونية على نفقة الطفل، ولكنها تختلف من تشريع الى اخر. فهل باستحداث الدول المغاربية نظام قانوني يشمل استحقاق النفقة، أدرج احقية الطفل المكفول في الاستفادة من المستحقات المالية التي يضمنها هذا الصندوق؟ وما هو النظام القانوني المتبع في الدول الأوربية المستقبلة لنظام الكفالة لتوفير نفقة المكفول حال تعذر الكافل تسديدها؟

أولا: موقف المشرع الجزائري من استفادة الطفل المكفول من صندوق النفقة

ان استحداث نظام قانوني جديد يتعلق بالنفقة، يؤدي بنا الى طرح التساؤل حول مفهومه القانوني، وعلاقته بالطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه؟

ا–مفهوم صندوق النفقة:

صدر قانون 15-01 في 13 ربيع الأول 1436هـ الموافق ل 4 يناير 2015، يتضمن انشاء صندوق النفقة، الا ان هذا القانون لم يأت بتعريف للنظام القانوني الجديد. بل أورد مجموعة من المصطلحات وقام بتعريفها منها: النفقة، المستحقات المالية، المستفيد او الدائن بالنفقة، المدين بالنفقة، سقوط حق الاستفادة من المستحقات المالية، والمصالح المختصة.

ان الهدف المنشود وراء هذا القانون هو تقديم الحماية القانونية للطفل في حال فك الرابطة الزوجية، وذلك بضمان أداء النفقة للأطفال المحضونين من طرف المدين بالنفقة وهو الوالد او الزوج السابق، حيث ان ممثل الأطفال في النفقة هي المرأة الحاضنة. والاستفادة تكون بعد عدم الدفع الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، ويكون ذلك بسبب الامتناع عن أداء النفقة سواء لتعذر المدين أو عجزه أو لعدم معرفة مكان إقامته.

ب–موقف المشرع من نفقة المكفول بين قانون الاسرة وقانون صندوق النفقة:

ان السبب وراء طرح إشكالية نفقة المكفول بين قانون الاسرة وقانون صندوق النفقة يعود لكون المشرع نص في المادة 116 ق.ا ان:(**الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الاب بابنه.**). ان التزام الكافل بنفقة المكفول هو ليس التزام على أساس النسب او الولادة وانما على أساس عقد الكفالة[1]. هذا ما يحرنا الى الحديث حول عدم تطرق المشرع الى الفترة الزمنية التي يتم فيها النفقة على الطفل، هل كون ذلك اثناء قيام العلاقة الزوجية او بعد انحلالها، مع العلم انه يوجد حالات يتم

[1]- عبد الحكيم بوجاني، غربي صورية، إشكالات حماية نفقة الطفل بين قانون الاسرة والقانون المتعلق بإنشاء صندوق النفقة رقم 15-01، حماية حقوق الطفل تشريعا-فقها-قضاء، دار الايتام للنشر والتوزيع، ط الأولى، 2018، ص 121.

فيها فك الرابطة الزوجية دون فسخ عقد الكفالة وتحديد من هو كافل الطفل قانونا، كما سبق لنا ذكره انفا الا بعد اتباع إجراءات معينة؟

في تعريف المشرع لبعض من المصطلحات المذكورة في قانون صندوق النفقة نجد انه في تعريف النفقة: **(النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام الاسرة لصالح الطفل او الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين. وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل او الأطفال في حال رفع دعوى الطلاق).**

يظهر جليا من خلال تعريف المشرع الجزائري للنفقة أنها تكون لصالح الأطفال المحضونين بعد الطلاق أو خلال إجراءات الطلاق. معفيا بذلك الأطفال المكفولين من إمكانية الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، وهذا يرجع الى سببين وهما: عدم تطرق المشرع في قانون الاسرة الى موضوع فك الرابطة الزوجية بين الكافلين، والموقف الذي تبناه القضاء من خلال قرار المحكمة العليا بتاريخ 10 مارس 2011 الذي سبق لنا التطرق اليه، ذلك ان "**اثار الطلاق من حضانة ونفقة لا تسري على الطفل المكفول الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل**" والذي كان سابقا لمشروع صندوق النفقة، الذي لم يتكلم نهائيا عن وضعية نفقة الطفل المكفول، في حال تعرض كافله الى ضائقة مالية او اعسار او عدم توفر دخل مالي.

ثانيا: مدى استفادة الطفل المكفول في التشريعات المغاربية والتشريعات الأوربية من صندوق النفقة

تهدف القوانين الوضعية في شتى البلدان سواء المغاربية منها أو الأوربية، للمحافظة على كيان الطفل سواء كان الطفل شرعي أو غير شرعي، مكفول أو متبنى سواء لدى أسرة أو مؤسسة عمومية أو خاصة تعنى بكفالة واستقبال الأطفال المكفولين بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليهم.

تعد النفقة على الطفل المكفول بعد طلاق كافليه إشكالية عويصة، وهذا يرجع الى تباين الاحكام القانونية، والاخذ بالمفهوم السائد حول الاثار المترتبة على الطلاق من حضانة ونفقة. فبالرغم من مبادرة الدول لإنشاء صناديق مالية تحمل نفس المفهوم القانوني لصندوق النفقة، من اجل ضمان النفقة على الأطفال المحضونين، الا ان الاشكال الذي يطرح هو كيفية معالجة التشريعات المغاربية والاوربية حال تعذر الكافل عن توفير نفقة المكفول؟ هل يتم اتباع النظام القانوني الخاص بصندوق النفقة او يتم تقديم نظام بديل عن ذلك؟

ا–موقف المشرعين المغربي والتونسي من النظام القانوني لصندوق النفقة:

سنتطرق في هذه الدراسة الى اختلاف المواقف التشريعية بين المغرب وتونس حول نظام الاستفادة من صندوق النفقة. ذلك ان اول اختلاف يرجع الى التسمية المتبناة في كل دولة. حيث اتخذت المملكة المغربية وصف صندوق التكافل العائلي، فيما أطلقت تونس على هذا النظام صندوق النفقة وجراية الطلاق، من هنا يتحدد الاختلاف الذي له تأثير بارز على مدى استفادة المكفول من هذا النظام، وتبيان الاختلاف الذي يتخلل هذه النقطة القانونية من خلال تبني كل دولة معايير خاصة حول هذا الموضوع، لعل الاشكال البارز الذي نحن بصدد دراسته هو احقية الطفل المكفول الاستفادة من المستحقات المالية التي يقدمها هذا النظام القانوني.

1–موقف المشرع المغربي حول استفادة المكفول من نظام التكافل العائلي:

اقر المشرع المغربي نظام خاص يسمى صندوق التكافل العائلي وهو ما يعرف بصندوق النفقة في الجزائر، وهو خطوة ايجابية بالنظر للظروف المعيشية للمطلقات بعد عدم قبول المدين بالنفقة بتسديدها[1]،

1 – حاول المشرع المغربي تجاوز مسالة نفقة المطلقة وأبنائها ومشاكل الأسر المعوزة عن طرق إحداث صندوق التكافل العائلي، وذلك استجابة للدعوة الملكية التي وجهها الملك محمد السادس من خلال الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح السنة القضائية يوم 29 مايو 2003، حيث حث بمقتضاها على

والإشكال الذي يطرح هو هل قام المشرع المغربي بإدراج الطفل المكفول ضمن فئة الأطفال المستفيدين من نفقة صندوق التكافل الاجتماعي؟

صدر القانون رقم 10-41 المتعلق بصندوق التكافل العائلي[1]، حيث نظم شروط الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق التكافل العائلي، وبذلك حصر المشرع المغربي الفئات المعنية بالاستفادة نذكر منها: الأم المعوزة المطلقة ومستحقو النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية، بالإضافة إلى أحقية الابن من أم أو أب أجنبي للاستفادة من الصندوق ولكن بشرط الإقامة بالمغرب[2]. وأكد المشرع المغربي في نفس المادة 2 من قانون صندوق التكافل العائلي أن تتم الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق إذا تأخر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة أو تعذر لعسر المحكوم عليه أو غيابه أو عدم العثور عليه وبعد ثبوت حالة عوز الأم والأم المعوزة المطلقة.

الجهات المعنية على دراسة متأنية لمشروع صندوق التكافل العائلي لبعض الفئات من المجتمع، وبذلك يعتبر مشروع اجتماعي متميز يهدف لتحقيق الاستقرار عن طرق حل العراقيل المادية والاجتماعية.

ومرة أخرى أعيد التأكيد على هذا المشروع من خلال الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة الثانية من الولاية التشريعية السابعة للبرلمان يوم 10 أكتوبر 2003، والذي دعا بدوره إلى إحداث الصندوق، وأمر بفرض رسوم جديدة من اجل تمويله.

وترجمت هذه الدعوة من خلال المادة 16 من قانون المالية المغربي لسنة 2010، والذي نص في فقرتيه الأولى والثانية على انه " يحدث ابتداء من فاتح يناير 2011 حساب خصوصي للخزينة يسمى صندوق التكافل العائلي ".

- لشقار محمد، صندوق التكافل العائلي، قضايا الأسرة، نفس المرجع السابق، ص من 142 إلى 167.

- لشقار محمد، صندوق التكافل العائلي، موقع العلوم القانونية، مقال منشور يوم 23-11 – 2012 WWW. MAROC DROIT. COM

1 - تم إحداث صندوق التكافل العائلي بمقتضى الظهير الشريف رقم: 1-10-191 بتاريخ 7 محرم 1432 الموافق ل 13 دجنبر – ديسمبر – 2010 لتنفيذ القانون رقم 10-14 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي. ج. ر عدد 5904 بتاريخ 24 محرم 1432 – 30 ديسمبر 2010 – ص 5565.

2 – محمد لشقار، صندوق التكافل العائلي، نفس المرجع السابق.

- أولاد عيسى احمد، قراءة في قانون 10-41 على ضوء التشريعات المقارنة، موقع العلوم القانونية، 19 أوت 2012 www.marocdroit.com

ومن خلال استقراء أحكام هذا القانون نجد أن المشرع المغربي لم يذكر الطفل المكفول أو استفادة الكافل من النفقة، حيث حصره بالأطفال المحضونين، إلا انه وتداركا منه لعدة فراغات شابت هذا القانون، تم ادراج عدة تعديلات على هذا الصندوق وهي حسب وجهة نظرنا تعديلات جذرية حيث ساوى بين الأطفال المحضونين والمكفولين، وهذا باستحداث إمكانية الاستفادة من النفقة عن طريق صندوق التكافل الاجتماعي.

وإذا رجعنا في الأصل ولما يحمله معنى التكافل العائلي نجده يضم مختلف الفئات المحتاجة في المجتمع[1]، وبالتالي كان إدراج فئة الأطفال المكفولين تحت طائلة هذا القانون، بمثابة قفزة نوعية اعتبارا للمصلحة الفضلى للطفل المكفول، خصوصا إذا كانت الكافلة المطلقة غير عاملة أو تعرضت إلى ضائقة مالية أو إعسار ما يؤدي بها إلى عدم إمكانية توفير النفقة اللازمة للطفل المكفول.

وجاء هذا القانون بعد إثارة العديد من الإشكالات ترتبط أساسا بالفئات المستفيدة من مدخرات الصندوق، حيث تعالت الأصوات بان المشرع المغربي لم يكن منصفا في تقديره على أساس التحيز لفئة على صالح فئات اجتماعية كثيرة في أمس الحاجة للدعم والمساندة[2]. وعلى خلفية هذا أصدر الملك المغربي تعليمات من اجل أن يتم إدراج الفئات المحتاجة للدعم المادي منها النساء الأرامل والمهملات سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انتهائها بالإضافة للنساء الكفيلات والأطفال المتكفل بهم[3].

1- وخصوصا أن التكفل بطفل يكون الهدف من ورائه تكوين عائلة، ولو لم تكن تجمع بين أفرادها رابطة الدم، فبعد طلاق أو وفاة أحد الكافلين، يمكن أن يحتاج سواء الطفل المكفول أو الكافل في حد ذاته إلى إعانة من طرف صندوق التكافل العائلي.

2 – محمد لشقار، صندوق التكافل العائلي، المرجع السابق.

وبذلك صادق المجلس الحكومي المنعقد في 07-12 -2017 على مشروع قانون تقدمت به وزارة العدل[1] لتغيير القانون رقم 10-41 عن طريق القانون رقم 17 – 83، الذي يتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي. وذلك بتعديل المادة الثانية التي تحدد الأشخاص المستفيدين من مخصصات الصندوق والمادة الرابعة التي تبسط إجراءات الاستفادة منه.

إن إدراج المشرع المغربي فئة الأطفال المكفولين والنساء الكافلات للاستفادة من الإعانة المادية التي يقدمها الصندوق، يكون قد أكد ما تطرق إليه المجلس الأعلى في قراراته-السابق ذكرها-باستفادة الطفل المكفول الذي يعيش مع الكافلة من النفقة. وبهذا التعديل يكون المشرع المغربي قد جسد بالفعل حق الطفل المكفول في الاستفادة من الإعانة المادية، نفس الشيء بالنسبة للمرأة الكفيلة وتدارك ما اغفل عنه في القانون القديم، من عدم إدراج هذه الفئة من المجتمع بالرغم أن قانون كفالة الأطفال المهملين والقرارات الصادرة من المجلس الأعلى سابقة للقانون القديم، حيث تأتي الاستفادة من الإعانة المادية كضمان لحماية الطفل المكفول من التعرض للحرمان وتحقيق استفادته من حقوقه الطبيعية في العيش الكريم والحق في التعليم.

ساوى المشرع المغربي بين الفئات المحرومة من المجتمع، وهذا ما يوضح الفرق والتباين بين الجزائر والمغرب في كيفية الاخذ بنظام صندوق النفقة وادراج الطفل المكفول كمستفيد من عدمه، ولعل هذا الاختلاف يرجع الى كيفية تناول موضوع الطفل المكفول كظاهرة قانونية، وذلك بتوضيح الاثار التي تترتب على علاقته بكافليه سواء اثناء قيام العلاقة الزوجية او بعد انحلالها.

1- المشروع جاء بعد قيام الوزارة الوصية بتقييم شامل لعمل صندوق التكافل العائلي ورصد الثغرات والنواقص التي تعتري منظومة هذا الصندوق، والتي تحول دون تحقيق النتائج المرجوة منه، خلصت وزارة العدل إلى ضرورة إدخال تعديلات جوهرية على القانون رقم 10-41 وذلك من اجل توسيع دائرة المستفيدين من خدماته، وتبسيط الإجراءات ومساطر الاستفادة من مخصصاته المالية .Adala.justice.gov.ma

2–موقف المشرع التونسي من استفادة المكفول من صندوق النفقة وجراية الطلاق:

إن المشرع التونسي هو الاخر اقر بنظام الاستفادة من صندوق النفقة، ولكن هل أدرج ضمن قائمة المستفيدين الأطفال المكفولين أو المرأة المتكفلة؟

صدر قانون عدد 65 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993 في تونس والمتعلق بإحداث صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق. والهدف من وراء إنشاء هذا الصندوق هو ضمان صرف نفقة الطلاق المحكوم بها لصالح المطلقات وأولادهن وهذا في حال تعذر الحصول على النفقة المحكوم بها لتمنع المدين بها عن الدفع وذلك بالتقدم لصندوق النفقة بطلب لصرف المبالغ المستحقة.

ولكن ومن خلال استقرائنا لأحكام قانون صندوق النفقة التونسي وخاصة المادة الأولى والثانية منه التي تحدد الأشخاص المستفيدين من إعانة هذا الصندوق المرأة المطلقة وأولادها، التي توضح استبعاد المشرع التونسي الأطفال المكفولين وحتى الأطفال المتبنيين للاستفادة من الخدمات المادية التي يقدمها هذا الصندوق.

ان ما اتى به هذا القانون مخالف وغير موازي لما اتى به قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني وقانون الأحوال الشخصية، ذلك ان الأول يحيل الى القانون الثاني كل الحقوق والواجبات التي تجمع العلاقة بين الكافل والمكفول، ولعل المواد القانونية هي الفاصلة في هذه النقطة، ذلك ان الإحالة ترجع الى الاثار المترتبة على فك الرابطة الزوجية. حيث جمع المشرع بين حالتين تختلف الاثار المترتبة عنهما. وإذا كانت هذه الإحالة تصب في صالح الطفل المكفول، كان من الضروري الاخذ بعين الاعتبار تماطل المدين بالنفقة في دفعها سواء الى الحاضنة الكافلة او المكفول مراعين بذلك الهدف المنشود وراء ضمان تحقيق المصلحة الفضلى المكفول.

بتطرقنا إلى التشريعين التونسي والمغربي مقارنة بالنموذج الجزائري، نجد أن التشريعات المغاربية تختلف في كيفية تناول صندوق النفقة والأشخاص المستفيدين منه، فكل من المشرع الجزائري والتونسي لا يقران باستفادة المرأة الكافلة أو الطفل المكفول من الإعانة المادية لصندوق النفقة على غرار المشرع المغربي والذي يخالف كلتا التشريعين ويدرج الأطفال المكفولين ضمن قائمة المستفيدين من المخصصات المالية لهذا الصندوق كقفزة نوعية في إطار التشريع المتعلق بالكفالة.

ب–استفادة المكفول من نظام صندوق النفقة في التشريعات الاوربية:

نظرا للزيجات المختلطة بين الأوروبيين والمغاربة وتطور العلاقات القانونية، أدى ذلك الى استقبال الأطفال المكفولين من مختلف البلدان التي نذكر منها خاصة: فرنسا، اسبانيا. حيث تولد عن هذه العلاقات أثار قانونية خلفت بدورها إشكالات، مما أدى الى محاولة هذه الدول مواكبة الأنظمة التي تعد دخيلة على مجتمعها، وذلك عن طريق اجتهادات قضائية وبعض من النصوص القانونية المتفرقة.

سبق لنا توضيح إمكانية استفادة المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية لكافليه من النفقة وما يترتب عن ذلك من اثار، الا ان هذه الظاهرة يمكن ان تتخللها عوائق تتمثل في رفض المدين بالنفقة تسديدها، فكيف يتم معالجة هذا النقطة القانونية في التشريعات الاوربية؟

1–استفادة المكفول من نظام الحماية الاجتماعية الفرنسي:

إن المشرع الفرنسي يقر بحق الأطفال الاستفادة من المساعدات عن طريق التأمينات من خلال قانون الحماية الاجتماعية[1] وذلك عن طرق خلية تسمى:—la branche famille وهذا لمتابعة الأطفال ومرافقتهم

[1] - code de la sécurité sociale, décret n° 85-1353 du 17 décembre 1985. Modifier jusqu'à la Loi n° 2018-1203 du 24 décembre 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019 ;

في حياتهم اليومية[1]، وحتى بعد الطلاق وانتقال حضانة الأطفال إلى الأم. تقدم هذه المساعدات عن طريق صندوق المنح العائلية حيث تتمثل هذه المنح بالضرورة في:

1- منح مرتبطة بالطلاق وهي منح الدعم العائلي، ومنحة المساعدة على تغطية النفقة الغذائية

2- المساعدة على تقديم سكن ويكون ذلك بمختلف صيغ التضامن.

إلا انه لا يوجد في هذا القانون ما يبين إمكانية استفادة الطفل المكفول بعد طلاق كافليه من خدمات صندوق المنح العائلية؟

قبل صدور المنشور الفرنسي المتعلق بآثار الكفالة، كان قانون التجمع العائلي ينظم العلاقة القانونية للأطفال المكفولين المقيمين في فرنسا عن طريق المنشور الصادر في 1 مارس 2000 المتعلق بالتجمع العائلي للأجانب[2]. هذا ما أدى الى ادراج الأطفال المكفولين المتمدرسين في قائمة الأشخاص المستفيدين من الصندوق الوطني للتأمينات الفرنسية[3]. وبهذا يكون المشرع الفرنسي اعطى للأطفال المكفولين حقوقا محافظا بذلك على مبدا المصلحة الفضلى للطفل التي أتت بها اتفاقية حقوق الطفل.

2-استفادة المكفول من نظام الحماية الاجتماعية الاسباني:

إذا ما أخذنا النموذج الاسباني نجد انه بالرغم من عدم وجود قانون يقر بالكفالة في اسبانيا على عكس المشرع الفرنسي إلا إن كثرة المغاربة المتواجدين في اسبانيا، وكذلك إقبال عدد معتبر من الاسبانيين على طلب الكفالة خاصة في المغرب، كان للقضاء دورا فاصلا في البعض من القضايا نذكرها اتباعا:

1 - qu'est-ce que la branche famille ? 27-04-2011 mis à jour 22-09-2016 – mission – famille. www.securite-sociale.fr.

2 - Circulaire du 1er mars 2000 relative au regroupement familial des étrangers، j.o du 28 mai 2000، n° 124, p 8058 à 8067.

3 - Circulaire de la caisse nationale d'assurance vieillesse n° 2012-14 du 14 février 2012.

ظهرت مؤخرا في اسبانيا مشكلة وضعية متنازع عليها وهي وفاة الكافل، والتي يمكن أن تشق الطريق أمام الطفل المكفول في إمكانية قبض منحة بالنسبة للأطفال المكفولين الأقل من 18 سنة.

وذلك أن هذه الوضعية القانونية، منصوص عليها في قانون 175.1 من قانون الحماية الاجتماعية الاسباني، وذلك أن الحق في قبض المنحة هي مقررة لكل طفل توفي عنه، مهما كانت طبيعة نسبه. إلا أن هذه المادة القانونية خلقت جدلا واسعا، حول إمكانية الطفل المكفول بعد وفاة كافله أن يستفيد من الإعانة المادية. ويظهر هذا من خلال القضايا المرفوعة، والتي تمت معالجتها عن طريق المحكمة العليا الاسبانية. ويبين هذا إتباعا:

في قرار للمحكمة العليا صادر عن الغرفة الاجتماعية الاسبانية[1]، حيث اتخذت المحكمة العليا قرار يقض :"**ينتج النسب طبيعيا أي بيولوجيا أو عن طريق التبني وهذا ما ينتج عن أن الاستقبال العائلي في هذه الحالة لا يوفر تغطية شاملة لنفقة المحروم، وبعيدا عن ذلك تعتبر الغرفة الاجتماعية ان مبدا المساواة لا يمكن أن يتم الاعتداء عليه في حالة وفاة الهالك، إلا انه وبمجرد وفاته يمكن الحصول على النفقة، ولكن الحالة مختلفة بالنسبة للأطفال الذين يتم استقبالهم في العائلات عن طريق الكفالة، ذلك أن الحالتين تختلف بين الطفل الطبيعي والطفل المكفول وتنظيمهما يختلف في القانون المدني الاسباني**".

وباعتبار أن الكفالة هي نظام قانوني يندرج تحت غطاء الاستقبال العائلي، فان الطفل المكفول لا يمكن اعتباره بمثابة ابن للهالك الذين تم إدراجهم في المادة 175 من القانون العام للحماية الاجتماعية الاسباني المذكور سابقا، ومن خلال هذا لا يمكن للطفل المكفول الذي توفي كافله أن يستفيد من الإعانة المادية التي يقدمها صندوق الحماية الاجتماعية.

1 - chambre social de la cour Suprême espagnole le 3 novembre 2004.

وفي قرار أخر للمحكمة العليا الاسبانية[1] للغرفة الاجتماعية أيدت الاستئناف الصادر عن الحكم الذي اقر بأحقية قاصرين مغربيين الاستفادة من نفقة المحروم بعد وفاة أحد الكافلين، وهذا ببرهان مركب، البرهان الأول والأساسي المأخوذ من مبدأ المساواة بين الأطفال، وأن الأساس في القانون الأصلي للأطفال المكفولين المغربيين لا يمكن تحويل الكفالة إلى تبني.

ولكن يمكن الاستفادة من هذه النفقة في حال تحويل الكفالة إلى تبني، وهذا ما لا يتم السماح به في القانون الأصلي للأطفال المكفولين، ولكن يمكن أن يتم إجازته في القانون الاسباني[2].

إن القانون الاسباني لا يجيز بصريح العبارة الكفالة وبالتالي لا يمكن أن يخضع الأشخاص الكافلين أو الأطفال المكفولين لنظام الاستفادة من التعويضات أو المنح المادية المساعدة على النفقة إلا إذا خضع الأطفال المكفولين إلى تغيير جدري في علاقتهم مع كافلهم وحولت الكفالة إلى تبني.

بالرغم من أن نظام المساعدة الاجتماعية وجد لإعانة الفئات التي هي بحاجة لمثل هاته المساعدات، ولكن المطالبة بتحويل الكفالة إلى تبيني للاستفادة من المساعدة على النفقة هذا ما لا يجيزه القانون الذي منح الكفالة في الأول، ولكن هناك إشكال يمكن أن يقع فيه الطفل المكفول الذي توفي أحد كافليه وعدم قدرة الكافل الأخر على إعانته سواء لعدم العمل أو لتعرض لضائقة مالية.

1 - Cambre sociale de la cour Suprême de justice de Madrid le 31 janvier 2008.

2 – إن الأطفال المكفولين في اسبانيا يخضعون إلى نظام الاستقبال العائلي familial –accueilأو إلى وصاية، وبالتالي وضعية الأطفال الخاضعين لهذا النظام القانوني هي أفضل وأحسن من الوضعية المعمول بها في النظام القانوني الاسباني.

- José Ramon DE VERDA Y BEAMONTE – La réception de l'institution de la « kafala » par le juge Espagnol – Les cahiers de LADREN N 02 –la protection juridique et sociale de l'enfant en droit Algérien et en droit compare - 2011 – Ps 32-34.

إن نظام الاستفادة من الإعانة المادية يرتبط بالإقامة في البلد وعدم الإقامة في الخارج، صحيح أن المشرع التونسي لا يقر باستفادة الكافل والطفل المكفول من صندوق النفقة إلا أن المشرع المغربي يقر بذلك ولكم بشرط الإقامة في البلد، فما هي وضعية وما مدى تتبع المصالح المختصة القائمة على متابعة الأطفال المكفولين الموجودين في الخارج؟

الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الالتزام بالكفالة على وجه التبرع

إن الحقوق المقررة للطفل سواء في الشريعة الإسلامية أو ما هو منصوص عليه في المواثيق الدولية، والتي تعتبر من بين الحقوق البسيطة التي يجب توفيرها لكل طفل على وجه المعمورة دون تمييز على أساس العرق أو الجنس أو إلى غير ذلك من التمييزات العنصرية التي تطال فئة من الأطفال في المجتمعات الدولية، هي حقوق مدنية وثقافية واجتماعية واقتصادية، تتمحور حول الحق في العيش الكريم، والحق في تسمية الأطفال بأحسن الأسماء والمساواة بينهم، والنفقة عليهم، والحق في السلامة الجسدية وعدم الاعتداء عليهم وبالضرورة المحافظة على الهوية[1].

يرتب الالتزام برعاية الطفل آثار قانونية سواء كان هذا الطفل شرعي أو غير شرعي، او خاضع لنظام رعاية بديلة سواء كانت اسرية او مؤسساتية. فبمجرد التزام الكافل برعاية الطفل المكفول والنفقة عليه بعد انحلال الرابطة الزوجية، يتحمل ما يترتب عن هذه العلاقة القانونية.

ان الإشكالية الأساسية المطروحة في هذا الفصل من الدراسة تتمحور حول الآثار القانونية التي تترتب على الالتزام بكفالة الطفل على وجه التبرع، ومدى تجسيد الحماية الفعلية للطفل من خلال حماية حقوقه المعترف بها دوليا ووطنيا من خلال المراقبة الدائمة للمؤسسات الوطنية المعنية بذلك؟

من خلال ما تقدم سنتطرق في المبحث الأول الى: انتقال الولاية القانونية على الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية، اما المبحث الثاني سنتناول حماية الحقوق المدنية للطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، ومدى تفعيل الرقابة من طرف الهيئات المتخصصة.

---

1 - عروبة جبار الخزرجي، نفس المرجع السابق، ص 48-81.

المبحث الأول: انتقال الولاية القانونية على الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية

إن الولاية في مفهومها العام والقانوني هي إشراف الراشد على شؤون القاصر الشخصية والمالية[1]، وبما أن الكافل الذي انتقلت إليه الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، يعد قانونيا راشدا. حيث تختلف التشريعات المغاربية حول موضوع ممارسة الكافل الولاية القانونية على الطفل المكفول.

نص المشرع الجزائري في ق.ا على الآثار التي تترتب على الالتزام بالكفالة في المادة 121: (**تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية**). اضافة على ذلك فان عقد الكفالة يحتوي على بند يتمحور حول تمتع الكافل بالولاية القانونية على الطفل المكفول[2]. وبالتالي فان الكافل يعد وليا شرعيا على الطفل المكفول بحكم القانون[3].

وهذا عكس المشرع المغربي الذي يخول ممارسة الولاية القانونية للقاضي المكلف بشؤون القاصرين[4]، ولا يتبن من خلال استقراء أحكام قانون كفالة الأطفال المهملين أن الولاية القانونية ممنوحة للكافل بعد الالتزام بالكفالة.

---

1 – احمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والارث والتخارج، الناشر: دار الثقافة، 2012. ص 14.

2- « le recueillant se voit conférer la qualité de tuteur légal avec toutes les obligations qui en découlent »
- Nacira SAADI – l'institution de la kafala en ALGERIE et sa réception par le system juridique FRANÇAIS. Op.cit.- p108.

3 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، أحكام الزواج، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة 2010. ص 422.

4 –المادة 7 فقرة 2 من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي تنص على: (يمارس القاضي المكلف بشؤون القاصرين الولاية على الأطفال المهملين لإحكام النيابة الشرعية والنيابة القانونية المنصوص عليهما في مدونة الأحوال الشخصية وفي قانون المسطرة المدنية).

وإذا ما تطرقنا إلى الأحكام التي نص عليها المشرع التونسي نجد انه في الجزء المخصص بالكفالة لا يبين من هو الشخص المخولة له الولاية القانونية، حيث افردها بجزء منفرد في قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني[1].

إن المشرع الجزائري لا يوضح ما هي الولاية القانونية المخولة للكافل، بل يكتفي فقط بذكر الولاية القانونية، ولا يبين انتقالها لأحد الورثة أو الكافل –الزوج الاخر–بعد انحلال الرابطة الزوجية، فيطرح التساؤل حول كيفية انتقال الولاية القانونية على الطفل المكفول إلى أحد الورثة أو كافله الجديد بعد انحلال الرابطة الزوجية؟ وفيما تتمثل هذه الولاية القانونية الممنوحة للكافل؟

يتضمن هذا الجزء من الدراسة مطلبين نتطرق فيهما الى الولاية على نفس ومال الطفل المكفول.

المطلب الأول: الولاية على نفس الطفل المكفول

الولاية على النفس هي سلطة شرعية للولي على شؤون القاصر، وتتعلق بشخصه ونفسه[2]، وعمل الولي على النفس أمران:

أولا: هي تتميم تربية الطفل التي ابتدأت برعايته[3].

---

1 – إن الولاية القانونية المنصوص عليها في قانون الولاية العمومية والكفالة التبني هي ولاية عمومية للأطفال اللقطاء والمهملين، ويكون وليا عموميا حسب نص المادة الأولى:

1–متصرفو المستشفيات والمأوي ومعاهد الرضع ومديرو الصلاحيات ومأوي الأطفال عندما يتعهدون بحفظهم.

2–الولاة في جميع الصور الأخرى.

وبالتالي يفهم مما تقدم أن المشرع التونسي يقر بالولاية العمومية للأطفال اللقطاء والمهملين ولا ينص على الأطفال المكفولين.

2 – ياسر احمد عمر الدمهوجي، نفس المرجع السابق، ص 557.

3 – فهذه المرحلة يكون فيها الصغير فاقد للتمييز، فيقوم الولي بتربيته وتهذيبه والحفاظ على صحته وتنمية مواهبه والمحافظة على دينه وأخلاقه.

ثانيا: الحفظ والصون وتولي عقد الزواج لمن كان قاصرا[1].

وسيرا على نهج الشريعة الإسلامية، اقر المشرع الجزائري في قانون الأسرة الولاية القانونية، فبمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول، وعليه فان الكافل يتمتع بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس من تربية المكفول ورعايته[2].

إلا أن المشرع الجزائري لم يبين الشروط التي يجب على أساسها تخويل الولاية على النفس للكافل تجاه الطفل المكفول، واخذ بنفس الموقف لمشرعين المغربي والتونسي، الذين لم يبينا كيف تتم الولاية على النفس وشروطها بالنسبة للكافل وللطفل المكفول، فهل يتم الرجوع إلى الشروط العامة لرعاية الطفل المكفول؟ وكيف عالجت الشريعة الإسلامية الولاية على نفس الطفل المكفول؟

الفرع الأول: شروط الولاية على نفس الطفل المكفول

تثبت الولاية على النفس تحقيقا لمصلحة المولى عليه، حيث يتولى عنه الأمور التي تتعلق بنفسه والتي يعجز عن إدراكها[3]، ولكن لا يمكن أن تثبت هذه الولاية دون تحقيق شروط معينة، حيث يمكن أن تختلف الولاية على النفس بين الذكر والأنثى وبين الطفل السليم والطفل المريض أو المعاق، وهذا الاختلاف يكمن في استمراريتها.

1- هذه مرحلة التمييز والتي يستقل فيها الولي من العناية بالصغير، بل تتركز على كيفية حفظه وصيانته وتلقينه ما يحتاجه من التعاليم الأخلاقية والدينية.

- محمد يحي قاسم النجار، حقوق الطفل، بين النص القانوني والواقع وآثرها على جنوح الأحداث، دراسة تطبيقية في علم الاجتماع القانوني، الناشر: منشورات الحلبي الحقوقية، ط الأولى 2013، ص 337-338.

- محمد أبو زهرة، نفس المرجع السابق، ص 454.

2- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 173.

3-فاطمة شحاتة احمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 55.

أتت الشريعة الإسلامية على ذكر الولاية على الطفل دون تحديد ان كان من صلب من يتولاه او هي ولاية الكافل على المكفول، هذا ما يقودنا الى طرح التساؤل حول الشروط الشرعية للولاية على نفس المكفول، ومدى التزام القوانين المغاربية بالقواعد الشرعية وتطبيقاتها؟

أولا: شروط الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية وتأثيرها على التشريع الوضعي

أتت الشريعة الإسلامية بمجموعة من القواعد تحفظ وتصون نفس الطفل، وأبرز ما في ذلك الولاية عليه، التي سنذكر شروطها الشرعية، مع موضعها من القوانين الوضعية.

ا–الشروط الشرعية للولاية على النفس:

إن الشريعة الإسلامية أولت اهتماما كبيرا للولاية على النفس لما فيها من صيانة وحفظ الطفل وتقديم الرعاية اللازمة، وقد حددت أسباب الولاية على النفس، نذكر منها:

1–أن يكون الشخص في حاجة إلى التأديب والتهذيب والتعويد على الخصال الأخلاقية والسلوكية الإسلامية، وذلك متحقق في الصغير.

2–عجز الصغير عن رعاية شؤونه، ومصالحه، واحتياجه لمن يحميه ويرعى أموره، لعدم تمكنه من حماية نفسه، ويكون ذلك في حال الصغر والأنوثة، وكذا المجنون والمعتوه[1].

إن هذه الشروط المذكورة تتحقق في الطفل المكفول، خاصة إذا كان هذا الطفل مجهول النسب، وذلك لحاجته الملحة لمن يقوم على أموره الشخصية وحمايتها.

1 – ياسر احمد عمر الدمهوجي، نفس المرجع السابق، ص 557–558.

ومن بين الشروط التي يجب توافرها في الولي من اجل ممارسة الولاية على النفس، اجمع الفقهاء على: الإسلام والبلوغ والعقل والحرية. فلا تثبت الولاية لكافر على مسلم، ولا ولاية لصبي لم يبلغ، ولا لمجنون لا يعقل، ولا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم.

إن الشروط الواجبة في الولي على النفس هي نفس الشروط التي يجب أن تتحقق في الكافل من اجل منح وانتقال الكفالة إليه، ولكن يختلف الفقهاء: حول الذكورة[1]والرشد.

واتفق الفقهاء على أن الولاية على النفس يقدم فيها، الرجال على النساء[2]، وان الولاية على النفس طبق المذهب الحنفي هي العصبة من الذكور، وهم أربع جهات: البنوة، الأبوة، الأخوة، العمومة، وكل قريب[3]. اما المالكية فتثبت الولاية على الترتيب التالي: البنوة ثم الأبوة ثم الوصاية الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة[4].

ب–تأثير القواعد الشرعية على التشريع الوضعي–الولاية على نفس المكفول–:

إن الولاية على النفس طبق الشريعة الإسلامية تفتح الباب عل مصراعيه في كل ما يتعلق بالطفل المكفول، فإذا ما تتبعنا الشروط التي تجب على الولي على النفس نجدها تتطابق مع الشروط التي أوردتها مختلف التشريعات المغاربية في الكافل، وكذلك الشروط التي تقوم على أساسها الولاية على النفس نجد أن الطفل المكفول هو اشد حاجة إلى هاته الحماية والرعاية.

1 – ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى اشتراط الذكورة في الولاية على النفس.

ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط الذكورة في الولاية، فيجوز ولاية المرأة على غيرها.

2 – ياسر احمد عمر الدمهوجي، نفس المرجع السابق، ص 580–590.

3– محمد أبو زهرة، نفس المرجع السابق، 454.

– فاطمة شحاتة زيدان، نفس المرجع السابق، ص 55.

4 – وهبة الزحيلي، الحقوق المالية، الوصايا والوقف والمواريث، الجزء العاشر: تتمة الأحوال الشخصية، الناشر: دار الفكر المعاصر، ط الرابعة، 1997، ص 7327.

يمكن أن يكون الطفل المكفول يتيما فيكون الولي على أموره الشخصية أحد أفراد عائلته كان يكون أخوه الأكبر أو عمه أوجده إلى غير ذلك من درجات القرابة، ولكن الإشكال يطرح أيضا في هذا الخصوص هل يشترط أن يكون في الشريعة الإسلامية الكافل هو نفسه ولي الطفل المكفول؟

إن كافل الطفل هو الذي يقوم برعايته وصيانته، الإشكال لا يطرح بعد وفاة الكافل فيمكن أن يكون أحد الأقرباء درجة هو ولي الطفل، ولكن إذا ما تطلق الكافلين، وانتقلت مثلا الكفالة إلى الزوجة المطلقة، هل يمكن أن تكون هي الولية الشرعية لأمور الطفل المكفول؟ أم يمكن أن تكون هي الكافلة القائمة على رعاية الطفل ووليه هو كافله الأول؟ كيف يمكن أن تتحقق في هذه الحالة الولاية على النفس التي تقوم على تقديم الرعاية. وحالة عدم إمكانية الاستفادة من الولاية قائمة، خاصة إذا ما اقتصرت على العصبة من الذكور، فيمكن أن يكون الطفل المكفول يتيما ليس له قريب أو طفل مجهول النسب ملتقط.

ولكن إذا أخذنا بالمعنى الواسع لقول الإمام محمد أبو زهرة على رأي الحنفية كل قريب، يمكن في هذه الحالة أن تشمل الولاية على النفس الكافل، وتتسع لتشمل المرأة والرجل.

ثانيا: موقف التشريعات المغاربية من شروط الولاية على النفس

الولاية هي سلطة يقرها القانون لشخص معين لأجل مباشرة تصرفات قانونية لحساب شخص أخر غير كامل الأهلية[1]، وعلى الأغلب تكون الولاية على القاصر الذي لم يبلغ السن القانونية أو على المعاق أو على ناقص الأهلية لسفه أو عته، ولكنها تختلف بين التشريعات المغاربية في الشخص المؤهل قانونا لممارستها.

1 – حيتالة معمر، اختصاص قاضي شؤون الأسرة بإصدار الأوامر في مادة الاستعجال، عرض لبعض الأحكام الجديدة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الدفاع، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين وهران، العدد الأول، السنة القضائية 2013. ص 156.

ا–الولاية على نفس المكفول حسب قانون الاسرة الجزائري:

يتطرق ق.ا.ج الى الولاية القانونية على المكفول، ويحدد ما ينجر عنها من اثار في مواجهة كل من الكافل والمكفول، الا انه لم يضبط احكاما تخص انتقالها بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين. ولا شروطا خاصة تحدد ولي المكفول، الا انه يبقى عقد الكفالة شرطا أساسيا لممارسة هذا الولاية، بدونه تسقط كل الحقوق وتحمل الالتزامات.

1–انتقال الولاية على نفس المكفول:

لم يوضح ق.ا ولا ق.ا.م.ا كيفية انتقال الولاية القانونية على المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية، وخصوصا بعد الوفاة، والتي خصها المشرع الجزائري بإجراءات معينة. إلا أنه بعد تعيين قاضي شؤون الأسرة لأحد الورثة كافلا، تنتقل إليه الولاية القانونية حيث يصبح مسؤول عن تصرفات الطفل المكفول. الا ان الإشكال المطروح في ظاهرة الطلاق بين الكافلين حيث يكون كلا الزوجين كافلين في عقد الكفالة–الا في حالة الفسخ–فأي معايير يستند عليها القاضي لتحديد من تؤول اليه الولاية؟

كما سبق الذكر أن المشرع الجزائري في الكتاب الخاص بالكفالة لم يبين الشروط التي يجب أن تتوافر من اجل الاستفادة من الولاية القانونية، إلا انه يفهم ضمنيا، ان شروط الولاية على النفس هي نفس الشروط التي يمكن من خلالها انعقاد الكفالة، أي يجب أن يتوفر في الكافل: الإسلام وان يكون عاقلا، وقادرا على رعاية الطفل المكفول.

ان انتقال الولاية على النفس سواء بعد الطلاق أو الوفاة، مرتبطة بنفس الشروط القانونية التي يمكن من خلالها إجازة انتقال كفالة الطفل، وبذلك فان الولاية على النفس في الكفالة ليست نفسها الولاية التي نص عليها المشرع في الكتاب المخصص للنيابة الشرعية ذلك أن الأخيرة توجد بوجود رابطة الأبوة

والأمومة الطبيعية، كما أن هذه الأخيرة محددة بمن تتواجد لديه حضانة الأطفال[1] والتي يمكن أن تكون حسب ق.ا ممنوحة لغير الأولياء الشرعيين[2].

ان الولاية القانونية الممنوحة للكافل لا يمكن أن تنتقل إلى الأقارب إلا إذا ما أجازوها في حالة الوفاة، وفي حالة الطلاق لا يمكن أن تنتقل إلى غير الزوجين المطلقين. ولم يفرق المشرع في الولاية بين المرأة الكافلة أو الرجل الكافل، ويرجع الأصل في ذلك ان الكافل يمكن أن يكون رجلا، كما يمكن أن تكون امرأة، ويرجع أيضا لكون إلى المشرع في ق.ا في الولاية المدرجة تحت النيابة الشرعية لا يفرق فيها بين الولاية للام أو الأب[3].

يستنتج من خلال ذلك أن المشرع الجزائري يأخذ بالولاية القانونية على نفس الطفل المكفول، ويكون لوحده الكافل أو المنتقلة إليه الكفالة مستفيد منها وملزم بها. وبالنسبة للمعايير المتبعة قضائيا لتحديد هذه الولاية، تكون عن طريق تحديد قاضي شؤون الاسرة كافل الطفل، ويكون عقد الكفالة هو الضامن الوحيد لسريان الولاية على المكفول، ولهذا يبادر الملتزم بالكفالة الى رفع دعوى قضائية لإلغاء عقد الكفالة الأول، وطلب عقد كفالة جديد يتحدد من خلاله التزام الكافل بالمكفول والولاية عليه.

ب–الاثار المترتبة على الولاية القانونية على نفس المكفول:

ان الولاية على نفس المكفول تخول الاستفادة من جميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي حسب نص المادة 121 ق.ا، وهذا اجتهاد تشريعي من اجل عدم تمييز الطفل المكفول عن غيره.

1– (... يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأطفال) المادة 87 الفقرة 3 ق.ا.ج.

2 – يمكن أن تمنح للأقارب في حال غياب الولي الشرعي وذلك حسب الترتيب المحدد في إسناد الحضانة (الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لام، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة.) المادة 64 ق.ا.ج.

3 – أي انه لم يأخذ بالمذهب المالكي الذي يشترط الذكورة في الولاية، بالرغم من اخذ الجزائر فقهيا بالمذهب المالكي.

يستفيد العامل أو الموظف من منحة عائلية شهرية للأطفال المكفولين الذين هم تحت كفالته من منحة شهرية قيمتها 600دج لكل طفل واحد في حدود خمسة أطفال[1]، إلا أن هذه المنحة تعتبر غير كافية خاصة مع رفع قيمة الأجر الوطني الأدنى المضمون وتغير الظروف الاجتماعية[2]، إلا أنه وبالرغم من محدودية القيمة النقدية لهذه المنحة إلا أنها تبقى قفزة نوعية في التشريع الجزائري بالنسبة للأطفال المكفولين وتجسيد الولاية القانونية على نفس الطفل المكفول، بتخصيص ولو جزء صغير من ميزانية العائلة لرعاية الطفل وكذلك تعليمه.

إضافة إلى المنحة العائلية هناك المنحة المدرسية والمحددة ب 800دج عن كل طفل مكفول متمدرس، وتجسد مرة أخرى معنى تخويل الولاية القانونية للكافل من خلال هذه المنح الشهرية، ويكون للطفل المكفول حق مثله مثل أقرانه من الأطفال الاخرين. وإذا كان الطفل المكفول معلوم او مجهول النسب فانه يستفيد من هذه المنح العائلية والمدرسية عن طريق كافله وهذا ما يتم التعامل به وفق عقد الكفالة، حيث يتم النص فيها على أن الكافل يتمتع بجميع المنح العائلية والمدرسية.

إلا انه يطرح مرة أخرى إشكال بالنسبة للزوجين المطلقين من يستفيد من المنح العائلية والمدرسية، خصوصا إذا ما انتقلت الكفالة إلى الزوجة المطلقة؟ هل يشترط أن تتحصل على عقد كفالة جديد باسمها يبين الحقوق المخولة لها على نفس الطفل المكفول؟ وهل تعد جريمة التعدي على حقوق الطفل المكفول في

---

1 – كما حددت قيمة المنحة العائلية الشهرية بـ 300 دج ابتداء من الطفل السادس، إلا انه في كيفية منح الكفالة للأسر في مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن لا يمكن منح كفالة أكثر من طفلين أو بوجه الخصوص ثلاثة أطفال كحد أقصى، وذلك من اجل ضمان الاهتمام بالأطفال المكفولين ورعايتهم.

-مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن لولاية وهران، ودار الطفولة المسعفة 2 ذكور لولاية وهران.

– المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 96-298 المؤرخ في 08-09-1996المتضمن رفع مبلغ المنح العائلية ج.ر عدد 52 لسنة 1996.

2 – بن عزوز بن صابر، حق الطفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والاجتماعي، دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد الأول، 2008، ص 43-44.

حال انتقال رعاية الطفل المكفول إلى الزوجة المطلقة واستمرار الزوج الأخر في الاستفادة من المنح العائلية والمدرسية؟

لذلك يستوجب بعد انحلال الرابطة الزوجية وانتقال الكفالة أن يحرر عقد جديد يبين الالتزامات والحقوق المخولة للكافل والطفل المكفول وتبيان أن التعدي على حقوقه من طرف المقربين إليه عن طريق عقد الكفالة الأول جريمة ضد حقوقه الشخصية. حيث يبادر الملتزم بكفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بطلب ابطال عقد الكفالة الأول، وعقد كفالة جديد للاستفادة من المنح المدرسية والعائلية. كما انه يكفي تقديم عقد كفالة الطفل في مقر العمل او الهيئة المستخدمة للاستفادة من هذه الخدمات.

ب–كيفية معالجة كل من المشرعين المغربي والتونسي لموضوع الولاية على نفس المكفول:

يختلف المشرعين المغربي والتونسي كل الاختلاف على المشرع الجزائري، من حيث الاحكام المتعلقة بالولاية على نفس المكفول. ذلك أن القانون قاعدة اجتماعية تتغير من مجتمع لأخر حسب الظروف السياسية واقتصادية، وحتى حسب المعتقدات والمذاهب الدينية.

1–الولاية على نفس المكفول حسب القانون المغربي:

يقر المشرع المغربي في قانون كفالة الأطفال المهملين بالولاية على الطفل المكفول، ولكن يجعل هذه الولاية من نصيب قاضي شؤون القاصرين[1]، وهذا استنادا للفصل 7 والفصل 148 من مدونة الأحوال الشخصية المعدل[2]، وهذا خلاف لما كان يجري العمل به في القانون القديم (ظهير 1993).

ان النيابة الشرعية عن القاصر اما ولاية او وصاية او تقديم، ومادام القاصر يعتبر مهملا فحق الولاية عليه (سواء كان مجهول او معلوم النسب) ينتقل بقوة القانون إلى قاضي شؤون القاصرين الذي يظل الولي الشرعي على نفس المكفول، ويعتبر الكافل الذي اسند إليه هذا القاصر الأمر بالكفالة مقدما او

1 – أن حق الولاية وفق المشرع المغربي في القانون السابق لكفالة الأطفال المهملين 10-9-93 كانت الولاية موكلة للأب ثم الأم عند وفاة الأب، ثم وصي الأب أو وصيه ثم القاضي، وهذا حسب الفصل 148 من مدونة الأحوال الشخصية، ولكن حسب القانون الجديد لكفالة الأطفال المهملين انتقل حق الولاية من الأب والأم إلى قاضي شؤون القاصرين.

– نور الدين الشرقاوي الغز واني، قانون كفالة الأطفال المهمشين، نفس المرجع السابق، ص 48-49.

2 – (يمارس القاضي المكلف بشؤون القاصرين الولاية على الأطفال المهملين طبقا لأحكام النيابة القانونية المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية وفي قانون المسطرة المدنية).

نائبا شرعيا على الطفل المكفول ليتولى شؤونه ولينظر له بنظر التقديم الشامل المطلق طبقا لمقتضيات المواد من 246 إلى 275 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية[1].

وبالتالي فان المشرع المغربي لا يضع شروط على الولاية على الطفل المكفول، وذلك أن القاضي له الأهلية والسلطة المطلقة للنظر في أمور الولاية على نفس الطفل المكفول، ولعل من بين الشروط المفروضة هي أن يكون القاضي الولي على الطفل المكفول أو المهمل إن صح التعبير على حسب الالتزام بالمصطلحات القانونية، هو نفس القاضي الذي منح الكفالة فهو المخول قانونا بممارسة الولاية على نفس الطفل المكفول. وبالتالي حتى وان انحلت الرابطة الزوجية بين الكافلين سواء بالطلاق أو الوفاة، فان قاضي شؤون القاصرين يظل هو الولي على نفس الطفل المكفول.

ومن بين أمور الولاية على نفس الطفل المكفول الممنوحة لقاضي شؤون القاصرين هي: لا يمكن للكافل السفر بالطفل المكفول إلى الخارج إلا بعد حصوله على إذن من طرق القاضي المختص، وذلك باعتبار قاصي شؤون القاصرين هو الولي الشرعي للطفل المكفول[2]. وهذا على عكس المشرع الجزائري الذي يمنح للكافل كامل الولاية على النفس ويجيز له السفر بالطفل المكفول، ويستمد هذا الحق من الحقوق المخولة للكافل المنصوص عليها في عقد الكفالة.

1 – محمد الشافعي، كفالة الأطفال المهملين، نفس المرجع السابق، ص 54.

– انه كينيونيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 36.

– محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، سلسلة البحوث القانونية 8، ط الأولى، 2004، المطبعة والوراقة الوطنية – مراكش – المغرب، ص 162-163.

2 – نور الدين الشرقاوي الغز واني، نفس المرجع السابق، ص 50.

ب–الولاية على نفس المكفول حسب القانون التونسي:

ان المشرع التونسي لا يضع شروط معينة للولاية على نفس الطفل المكفول، والولاية العمومية المنصوص عليها في قانون الولاية العمومية الكفالة والتبني هي ولاية على الأطفال اللقطاء والمهملين، ولكن وبمجرد انعقاد الكفالة فان الولاية على النفس تتحول من الولي العمومي الى الولي الشرعي، وهو الكافل. حيث أن المشرع التونسي اقر نفس الأحكام القانونية بالنسبة للكفالة والحضانة.

وبذلك حسب الفصل 64 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفقرة 4 و5[1] يستنتج انه بعد الطلاق بين الكافلين وانتقال حضانة الطفل المكفول إلى الكافلة فإنها قياسا على هذه المادة القانونية، يتمتع الكافل بصلاحيات الولاية على نفس الطفل المكفول فيما يتعلق بسفر المحضون ودراسته إلى غير ذلك من الأمور الضرورية، وتمارس الحضانة إذا ما تعذر على الولي ممارستها أو تعسف أو تهاون في أداء واجباته.

ولعل أهم الشروط التي يمكن أن تتوفر في الولاية على المكفول هي نفس الشروط القانونية المنصوص عليها سواء في الفصل 3 من قانون الكفالة والتبني أو في الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والتي يشترط قياسا عليها أن يكون الولي شخص رشيد متمتع بحقوقه المدنية، وان يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون الطفل المكفول أو أن يكون سالما من الأمراض المعدية[2].

---

1 – الفصل 64 الفقرة 4 و5 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية:

(... تتمتع الأم في صورة إسناد الحضانة إليها بصلاحيات الولاية فيما يتعلق بسفر المحضون ودراسته، ويمكن للقاضي أن يسند مشمولات الولاية إلى الأم الحاضنة إذا تعذر على الولي ممارستها أو تعسف أو تهاون فيها.).

[2]- سامية دولة، فاطمة الزهراء بن محمود، نفس المرجع السابق، ص 269.

ولعل ما يوضح أيضا ان الولاية على نفس الطفل المكفول معترف بها في القانون التونسي ما هو منصوص عليه في مجلة حماية الطفل التونسية[1]، التي توضح في الفصل 63[2] انه يمكن لولي الطفل المكفول ان يطلب من القاضي المختص مراجعة التدابير التي اتخذها إزاء الطفل المكفول مراعاة لمصلحته الفضلى[3].

ومن خلال هذا يتبين أن إرجاع المشرع التونسي الحقوق والواجبات الخاصة بكل من الكفيل والمكفول إلى مجلة الأحوال الشخصية، ما هو إلا ضمانا لحقوق الطفل المكفول بالتمتع بنفس الحقوق المخولة للأطفال الشرعيين وما يوضح ذلك ادراج أحكام خاصة بالطفل المكفول.

بالرغم من الاختلاف الواضح والتباين حول شروط الولاية على نفس المكفول بين التشريعات المغاربية، الا ان الهدف الأساسي وراء الولاية سواء كانت للكافل او غيره، ما هي الا ضمان لكيان المكفول. ويفهم من خلال هذا أنها تتفق على أن شروط الولاية على النفس تجد مبتغاها في كون الولي راشد وأمين على نفس المكفول، رغم اختلاف المعايير الاجتماعية، التي تحكم كل بلد. إلا انها تتفق حول هدف موحد وهو ضمان المصلحة الفضلى للطفل المكفول، وإدماجه في المجتمع عن طريق تخويله جميع الامتيازات الممنوحة للطفل العادي.

1 – قانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 والمتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل.

2 – الفصل 63 من مجلة حماية الطفل من القسم الرابع: المتابعة والمراجعة، من الكتاب الثاني: الحماية القضائية: (يمكن لقاضي الأسرة مراعاة مصلحة الطفل الفضلى أن يراجع الأحكام والتدابير التي اتخذها إزاء الطفل ويقدم المطلب من الولي أو من آلت إليه كفالة الطفل أو حاضنته أو من الطفل المميز نفسه).

3 – محمد الحبيب الشريف، شرح مجلة حماية الطفل، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس 1997، ص 237 – 238.

الفرع الثاني: ممارسة حق التأديب على الطفل المكفول

يعد حق التأديب[1] من أولى الحقوق التي عرفتها الجماعات الإنسانية، وقد كانت هذه السلطة مقررة لرب الأسرة نتيجة سيادته المطلقة على أعضاء أسرته[2]، إلا انه يمكن أن تتكون الأسرة من طفل خارج عن نسبها، كان يكون الطفل مكفولا، سواء اثناء العلاقة الزوجية او بعد انحلالها. وهي كفالة شرعية يتوجب على من يقوم عليها أن يلتزم بحسن معاملة الطفل المكفول وتربيته ورعايته رعاية حسنة.

يندرج تحت غطاء الكفالة الولاية الشرعية على المكفول حماية لمصالحه، وهذا ما يتوازى مع الرعاية المقدمة للابن الأصلي، فمن اجل تربيته تربية سليمة يجب معاملته معاملة طبيعية كغيره من الأطفال الآخرين، حتى لا يتميز عنهم.

يتكون حق التأديب من شقين أساسين وهما تربية الطفل على الاخلاق الحميدة التي جاءت بها القواعد الشرعية، وغرس فيه القيم والتشبع بالروح الوطنية، اما الشق الثاني يتمثل في معاقبته على الأفعال والتصرفات غير اللائقة التي يقوم بها سواء تجاه الكافل او الغير. حيث ان كلتا الحالتين تتماشيان مع بعض وتشكلان وجهين لعملة واحدة وهي حق التأديب.

---

1 – إن العلاقة بين الولاية والتأديب هي علاقة عموم وخصوص، حيث أن الولاية اعم، والتأديب أخص، كما أن الولاية مبدأ من مبادئ الدين الإسلامي ومبانيه، والتأديب وجه من وجوه عمل الولاية واحد تطبيقاتها.

تعريف ولاية التأديب: هي سلطة شرعية يتمكن صاحبها من القيام على تهذيب ومعاقبة موليه.

– إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التنم، خلاصة القول في ولاية التأديب الخاصة في الفقه الإسلامي، مقال منشور بتاريخ 23-06-2013 على موقع الألوكة الشرعية، تحت إشراف الدكتور: سعد بن عبد الله الحميد. Www. Alukah.net

2 – بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجزائية عن ممارسة حق التأديب داخل الأسرة، دراسات قانونية، مجلة سداسية محكمة تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، العدد 9 –2011، نشر ابن خلدون – تلمسان، ص9.

ومما تقدم يطرح الإشكال الاتي، هل تخول الولاية على نفس الطفل المكفول توقيع العقاب من اجل تأديبه؟ وما هي القواعد الشرعية والوضعية لحق تأديب الطفل المكفول؟

أولا: أساس حق تأديب الطفل المكفول في الشريعة الإسلامية

إن حق التأديب يجد أساسه في الشريعة الإسلامية، حيث يتضمن تربية الطفل، سواء كان هذا الطفل ابنا شرعيا أو يتيما أو لقيطا أو مكفولا، فحق تربيته واجب على المسلمين، فيعتبر تأديب الطفل في الشريعة الإسلامية هو تلقينه الصفات الحميدة وتقوية صلته بالله عن طريق حفظ القران وممارسة العبادة والتحلي بالأخلاق الفاضلة وغرس الخصال الكريمة في نفسه[1].

إن حق التأديب مرتبط بتوقيع العقاب، ولكن يكون ذلك في إطار الحدود المقررة شرعا لإصلاح حال الطفل شريطة الا يدخل ذلك في إطار التجريم. وتجدر الإشارة إلى أن أحكام الشريعة الإسلامية منحت حق التأديب للأب، أو القائم على الطفل، حيث يعتبر هو الولي الشرعي للطفل المكفول، ولكنها لم تترك له الأمر لاجتهاده بل حددت وسائل وحدود هذا التأديب، فيكون أولا بالوعظ ثم بالضرب إن لم يمتثل، حيث

1 - كانت التربية قبل الاسلام تتبع أساليب الشدة والقسوة في تربية الأطفال ومعاملتهم، فقد كان الجلد منتشرا والعقاب قاسيا، فقبل ظهور الإسلام كانت هناك 3 أنواع من التربية تتنازع السيادة في الشرق وهي التربية الفارسية والتربية الإغريقية والتربية المسيحية. وكان لكل نوع منها طابعا خاصا يميزها. ولكن بعد ذلك برزت التربية الإسلامية على ما عداها، وأصبحت ذات خصائص واضحة. منها أن التربية الإسلامية تستهدف العمل للآخرة والعمل في الدنيا.

- محمد بن احمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية نشأته -حياته - حقوقه التي كفلها له الإسلام، طبعة نهضة مصر ب.س.ط-51-21 ص 208-209.

يشترط في الضرب الا يكون مبرحا، أي ذلك الإيذاء الذي يكون في المواضع المنهي عنها كالوجه والرأس أو في الأماكن التي تؤدي إلى هلاك الفرد[1].

وبهذا يبقى الإشكال مطروحا هل يحق للكافل الولي الشرعي للطفل المكفول توقيع حق التأديب على الطفل المكفول من اجل تربيته والمحافظة عليه؟ فأي حق أقرته الشريعة الإسلامية للطفل المكفول؟

حقيقة أن الشريعة الإسلامية أقرت حق التأديب بشقيه أي التربية والعقوبة إلا انه هذا التأديب مشروط بعدم المساس بسلامة الطفل الجسدية والعقلية، وعدم تجاوز حدود التأديب. فمادام الكافل هو الولي الشرعي على المكفول، فان حق التأديب جائز، فهو حق على الكافل والمكفول، حيث يلتزم الكافل بتأديب الطفل وفق القواعد الشرعية المحددة، والا يتجاوزها، لما فيه من صلاح للطفل لضمان التنشئة الصحيحة والسليمة.

ثانيا: أساس حق التأديب في التشريعات المغاربية

نستعرض الأساس القانوني لتأديب الطفل في التشريعات المغاربية، ومدى اخذها بالقواعد الشرعية، مقارنة بالقواعد الدولية وتطبيقاتها في قوانينها الداخلية. ان تجاوز الحد المعقول والمتفق عليه في تأديب الطفل من طرف وليه الشرعي، يحيد عن الهدف المنشود من الولاية القانونية، وتعرض موقعها الى جزاءات قانونية.

1 – بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجزائية عن ممارسة حق التأديب داخل الأسرة، نفس المرجع السابق، ص 16 – 17.

ا–أساس التأديب وفق القانون الجزائري:

إن موقف المشرع الجزائري من ممارسة التأديب على الطفل المكفول غير واضح، وذلك نتيجة عدم نصه على إمكانية توقيع العقاب عليه، وبصفة اعم لم يوضح في القوانين الأخرى إن كان يتمتع الوالدين الأصليين أو الممثلين الشرعيين بحق توقيع العقاب على أولادهم من اجل تأديبهم.

من المعروف عن العادات الجزائرية ان توقيع العقاب على الأطفال موجود ويكون الهدف من وراءه تهذيب نفس الطفل عن طريق وليه الشرعي، ولا فرق بين الابن الأصلي والابن المكفول، إلا أن الأخير له ميزة خاصة هو انه ليس ابن بيولوجي للعائلة، فتكون هناك نوع من الرغبة والرهبة في نفس الوقت، خوفا عليه من توقيع العقاب خطا أن تكون سببا في عدم تقبله لهم كعائلته[1].

إلا انه في الواقع المعاش هناك أطفال مكفولين يتعرضون لشتى أنواع العقوبات[2]، بالرغم من المراقبة المستمرة، إلا انه يمكن وفي غفلة عن أمر السلطات المعنية أن يتعرض الطفل المكفول، للضرب والاعتداء عليه، فتوقيع العقاب قد يكون لفظي، كما حددته الشريعة الإسلامية إلا انه يمكن أن يتعدى إلى التجريح بالطفل المكفول، وهذا الاعتداء المعنوي يشكل خطورة كبيرة على الطفل المكفول، خصوصا إذا ما انتقل

1 – وخصوصا أن نفسية الطفل المكفول لا تشبه أقرانه من الأبناء الأصليين، حيث إذا ما علم في وقت ما وعلى غفلة انه طفل مكفول وهذا حال للأطفال الذين يتم التكفل بهم وهم حديثي العهد بالولادة.

2 – في دراسة ميدانية لمؤسسة إعادة التربية بنات و بعد إجراء مقابلة مع السيدة الأخصائية النفسانية رئيسة المصلحة البيداغوجية: ز.نزيهة، اتضح أن هناك من البنات القاصرات من يمضين العقوبة أن هناك بنات مكفولات تعرضن لأنواع من العقوبات على يد كافليهم، ما أدى وضعهم في المؤسسة لحمايتهم، وكونهم يعدون في خطر معنوي، خاصة ما شد انتباهي، بنت مكفولة تعرضت على يد كافلتها والتي كانت تكفلها لوحدها بعد ظروف لم تصرح بها الطفلة المكفولة، حيث كانت بتصريح منها تتعرض لشتى أنواع العقوبات الجسدية منها الضرب والمعاملة السيئة والتجريح اللفظي نظرا لكون الكافلة لها سمعة غير أخلاقية .

بعد الوفاة إلى العيش عند أحد الورثة[1]. وحالة الطلاق مماثلة يمكن ان يتعرض الطفل الى الضرب والشتم تكون ناتجة عن عدم تقبل هذه الواقعة، وقد تصل إلى حد الانتقام من الطفل المكفول. فأي حماية يوفرها التشريع الجزائري لفئة الأطفال المكفولين بعدم التعرض للأذى المنطوي تحت غطاء التأديب الذي أصبح يهدد كيانهم الشخصي؟ ويتحول من تأديب وتهذيب الى اعتداء؟

إن المشرع الجزائري يحاول جاهدا وبكل الطرق وبمختلف مؤسسات الدولة القائمة على حماية هذه الفئة من المجتمع خصوصا بعد انتقال الكفالة واختيار الشخص المناسب للكفالة، إلا أن ما يبقى غير محمي هو كفالة الأطفال دون عقد، وهذا ما يتم في بعض الأحيان بين الأقارب أو أصدقاء العائلة، حيث يشكل خطر على الطفل المكفول ويبقى دون مراقبة. فاستعراض موقف القانون الجزائري من مسالة التأديب بصفة عامة يعد من الأمور الصعبة نوعا ما، ذلك أن نصوص القانون جاءت غامضة في بعض الأحيان وغير صريحة.

لتحليل أكثر مسالة تأديب الطفل لابد من الرجوع إلى نص المادة 39 من ق.ع.ج التي تنص: (**لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون** ...) وباستعمال المشرع الجزائري لفظ إذن القانون وبالتالي يؤذن لصاحبه باستعمال حقه، وعليه فتأديب الطفل يعد من تطبيقات استعمال الحق أو إذن القانون، وهذا الرأي مأخوذ من غالبية الفقه في الجزائر[2].

1 – انظر الملحق رقم 07، في القضية الحالية، وبعد إجراء تحقيق اجتماعي من طرف مديرية النشاط الاجتماعي، اتضح أن بعد وفاة كافل الطفل، انتقل للعيش عند عائلة الزوجة الكافلة، أي عند أحد الورثة، لكنه تلقى معاملة جد سيئة بتكليفه بأعمال لا يستطيع القيام بها، والتعرض لكلام جارح، ما أزم من وضعية الطفل.

2 – إن اللفظ المستعمل في المادة 39 هو لفظ مطلق ويعبر عن كل قاعدة قانونية سواء كانت مفرغة في نص تشريعي أو قاعدة واردة بالشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني من مصادر القانون.

– بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجزائية عن ممارسة حق التأديب داخل الأسرة، نفس المرجع السابق، ص 15–16.

إلا انه يمكن نقض هذا الرأي، حيث يحتمل رأيين، الرأي الأول، بعد اطلاعنا على مختلف عقود الكفالة فان الكافل يتعهد بمعاملة المكفول معاملة الأب الحريص، ورعايته صحيا وأخلاقيا وتربيته تربية إسلامية. كل هذا يدعو في مضمونه إلى المعاملة الحسنة للطفل المكفول وعدم معاقبته، ذلك أنه في عقد الكفالة يكون من بين مسؤولية الكافل الدفاع عن المكفول أمام القضاء.

وفي الرأي الثاني: ان قام الطفل المكفول بارتكاب خطا يمكن معاقبته على أساس تربيته ولكن حتى العقوبة في إطار تأديبه يجب أن تكون بطريقة حضارية مهذبة، فحتى الشريعة الإسلامية لا تجيز التأديب الذي يتعدى حدوده الشرعية المسموح بها المذكورة آنفا، فلا يمكن الاعتداء عليه بالضرب والجرح من اجل تأديبه[1].

يتطرق المشرع في قانون حماية الطفل في نص المادة 3 **الى: (يتمتع كل طفل دون تمييز يرجع إلى اللون أو الجنس أو اللغة أو العجز أو غيرها من أشكال التمييز بجميع الحقوق التي تنص عليها اتفاقية حقوق الطفل لاسيما...احترام حياته الخاصة)**

ان احترام كيان الطفل يجد مبتغاه في اتفاقية حقوق الطفل، وبالتالي حتى وان كان الطفل مكفولا، يتوجب احترام حياته الخاصة وعدم تأديبه بالاعتداء عليه. فتنص المادة 2 من نفس القانون في إطار: الطفل في خطر، (**سوء معاملة الطفل، لاسيما بالاعتداء على سلامته البدنية أو احتجازه أو منع الطعام عنه أو إتيان أي عمل ينطوي على القسوة من شانه التأثير على توازن الطفل العاطفي أو النفسي.**

1 – يمكن أن تكون العقوبات الواقعة على الطفل المكفول ذات طابع جسدي، ترى بالعين المجردة كالضرب والجرح وبصفة عامة كل ما يمس سلامة الطفل الجسدية من كسر وحرق وخدش وعض، حيث يذهب البعض إلى أن معاملة الطفل لا تعتبر سيئة إلا عند تكرار وكثرة الأفعال العنيفة.

وكذلك يوجد نوع أخر من توقيع العقاب على الطفل ويتمثل في أعمال امتناعية، يمكن أن تندرج ضمنها الاهمالات المتعلقة بتغذية الطفل والعناية بصحته.

– محمد كحلوله، الحماية القانونية ضد المعاملات السيئة ذات الطابع الجسدي، مجلة العلوم القانونية والادارية، جامعة أبو بكر بلقا يد –تلمسان، المجلة عدد 2 –2004 ص 5.

-إذا كان الطفل ضحية جريمة من ممثله الشرعي.

- إذا كان الطفل ضحية من أي شخص أخر اقتضت مصلحة الطفل حمايته).

يرجع أصل هذه المادة إلى اتفاقية حقوق الطفل التي تنص في المادة 19 منها على: (**1-تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير[1] التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر والإساءة البدنية والعقلية أو الإهمال والمعاملة المنطوية على إهمال أو إساءة معاملة أو الاستغلال، بما في ذلك الإساءة الجنسية، وفي رعاية الوالدين أو الوصي القانوني، أو أي شخص أخر يتعهد الطفل برعايته).**

وزيادة على ذلك تطلب الاتفاقية من الدول الأطراف في نص المادة 37 السهر على عدم تعرض الطفل للتعذيب أو لغيره من المعاملات السيئة أو العقوبات القاسية اللاإنسانية.

ومن خلال ما تقدم يفهم انه يمكن تأديب الطفل في إطار تربيته دون الوصول إلى الاعتداء إليه أو تعنيفه أو إساءة معاملته، فيمكن توبيخه من اجل الإقلاع عن ارتكاب الأخطاء أو من اجل التركيز في دراسته أو من اجل المحافظة على صحته خوفا عليه وليس من اجل تعنيفه.

وتتم حماية الطفل المكفول في قانون حماية الطفل عن طريق ممثله الشرعي، الذي يكون حسب المادة 2 وليه أو وصيه أو كافله أو المقدم أو الحاضن. ولكن تعزز هذه الحماية عن طريق المفوض الوطني لحماية

1 - تشمل التدبير الوقائية حسب الفقرة الثانية من نفس المادة وضع برامج اجتماعية لتوفير الدعم اللازم للطفل والمشرفين على رعايتهم، وذلك من اجل تحديد حالات أساء معاملة الطفل من اجل وعالجتها ومتابعتها.

الطفولة[1] حيث يجب إخطاره سواء من طرف الطفل المكفول في حد ذاته أو عن طريق ممثله الشرعي في حال المساس بحقوقه والتعدي عليه. وبذلك يكون تأديب الطفل المكفول يخضع لرقابة قانونية سواء إن تعلق الأمر بتقديم الرعاية إليه أو الخوف على مصالحه بتأديبه.

زيادة على هذه المعطيات الأساسية قانون العقوبات الجزائري يستجيب لما هم مدرج في اتفاقية حقوق الطفل وذلك بتجريم بعض الأفعال المخالفة لسلامة الأطفال الذين لا يتجاوزون السادسة عشر من عمرهم، ويتعلق الأمر بأفعال عنيفة التي تصيب سلامة جسمهم وتلك المتعلقة بحرمانهم من الطعام ومن العناية إلى حد الإضرار بصحتهم حسب المادة 269 ق.ع.

ولكي تعتبر الجريمة قائمة يجب وجود عنف جسدي أو حرمان من الطعام أو من العناية، ويجب أن يكون الجاني قد قام بهذه الأفعال بصفة عمديه وعالما بسن الطفل، فإذا توافرت هذه الشروط يتعرض إلى عقوبة جزائية، ونذكر من حالات التشديد فيها إذا كان أحد الجناة من أي شخص له سلطة على الطفل أو من يتولى رعايته كان يكون كافله.

والأهم ما يجب تبيانه في ق.ع.ج أن المشرع استثنى الإيذاء الخفيف، حيث يعتبر حسب رأي الأستاذ محمد كحلوله انه ذلك الفعل الذي لا يعرض حياة الطفل وصحته للخطر كحق العائلة في ممارسة التأديب الجسماني[2].

1 – المادة 11 من قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل تنص: تحدث لدى الوزير الأول، هيئة وطنية لحماية وترقية الطفولة يرأسها المفوض الوطني لحماية الطفولة تكلف بالسهر على حماية وترقية حقوق الطفل.

2 – محمد كحلوله، الحماية القانونية للطفل ضد المعاملات السيئة ذات الطابع الجسدي، نفس المرجع السابق، ص 7.

ولكن تعقيبا على هذا يمكن إضافة إلى هذا الإيذاء الخفيف الجسماني، الإيذاء الروحي أو النفساني الذي يمكن أن يخل بتوازن الطفل العاطفي الذي ركز المشرع الجزائري عليه في قانون حماية الطفل. فيمكن إتباع أساليب حديثة ومدروسة من كل النواحي من اجل تأديب الطفل والمراد من ذلك تهذيب نفسه.

ب–أساس تأديب المكفول في القانونين المغربي والتونسي:

إن المشرعين المغربي والتونسي لا يوضحان بصريح العبارة ممارسة حق التأديب على الطفل المكفول، أي مشروعية تسليط العقوبة عليه في حال ارتكاب الأخطاء بتأديبه في الحدود المشروعة، وليس الاعتداء عليه، ذلك أن كلتا الدولتين مصادقتين على اتفاقية حقوق الطفل التي تجرم كل فعل مرتكب ضد سلامة الطفل.

وبالرجوع الى قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، يتضح عدم التطرق الى هذه النقطة وهي تأديب الطفل المكفول من طرف كافله، لكن خلافا لهذا ينص في المادة 30 منه على معاقبة الكافل الذي يرتكب جريمة في حق المكفول، دون توضيح نوعية الجريمة، الا انه ربط هذه الحالة بتلك الجرائم التي يوقعها الاباء على أولادهم الأصليين[1].

وبالرجوع الى مجلة حماية الطفل التونسية نجد انها في الفصل الثاني تضمن حق الطفل بالتمتع بجميع التدابير الوقائية لحمايته من كافة اشكال العنف او الضرر او الإساءة البدنية او المعنوية، او الإهمال الذي يؤدي الى إساءة المعاملة، وما يعكس هذه المادة من القانون انضمام تونس الى اتفاقية حقوق الطفل، حيث تسلط عقوبات إضافية، كون الطفل مكفول[2].

[1]- نور الدين الشرقاوي الغزواني، قانون كفالة الأطفال المهمشين، نفس المرجع السابق، ص82.

[2]- محمد الحبيب الشريف، شرح مجلة حماية الطفل، نفس المرجع السابق، ص 27.

المطلب الثاني: الولاية على مال الطفل المكفول

تثبت للطفل المكفول الولاية على المال، للحفاظ على حقوقه وامواله، لعدم خبرته وكفايته، لذا كان من الواجب أن يتولى غيره الاشراف على أمواله لحين بلوغه سن الرشد التي تمكنه من تصريف شؤونه بنفسه[1]، ويكون هذا الغير هو الولي على ماله. وأموال الطفل المكفول لا تأت من العدم، وإنما اكتسبها نتيجة تمتعه بحقوق، كالحق في الميراث والوصية والحق في الهبة، وهذه الحقوق تثبت له بحكم القانون[2].

تعرف الولاية على المال بأنها القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال ومنافعها وتنفيذها[3]، وتعرف أيضا، بأنها المحافظة على المال وتنميته واستثماره والتصرف فيه وإدارته بما يعود على المولى عليه بالربح والفائدة[4].

تجد الولاية على مال المكفول خصوصيتها في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. من خلال ما تقدم ارتأينا تقسيم المبحث الى فرعين، يتمحور الفرع الأول حول الاحكام الشرعية للولاية على مال الطفل ومدى مشروعية التطبيق القانوني، اما الفرع الثاني يتطرق الى سلطة الولي في التصرفات المالية للطفل المكفول.

---

1 – محمد يحي قاسم النجار، نفس المرجع السابق، ص 339.

2 – سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون خاص، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، بن عكنون، 2001-2008.

3 – محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث – الكويت، ب.س.ط، ص 467.

– ياسر احمد عمر الدمهوجي، حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي نفس المرجع السابق

4 – احمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد، ونفقة الأقارب، دار الجديدة للنشر، منشاة المعارف، الإسكندرية –1998، ص 245.

الفرع الأول: الأحكام الشرعية للولاية على مال الطفل المكفول ومدى مشروعية التطبيق القانوني

حسب نص المادة الأولى الفقرة الثانية من ق.م.ج :(**إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمبادئ الشريعة الإسلامية...**)، وتقابلها المادة 222 من ق.ا.ج التي تنص على (**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**).

واعتبارا لما نص عليه المشرع الجزائري حول الولاية القانونية المخولة للكافل على الطفل المكفول، والتي سبق وان حللنا محتواها على حسب الفقهاء والقانونيين على أنها الولاية على النفس والولاية على المال. حيث تجد هته الأخيرة مشروعيتها في الشريعة الاسلامية كون المكفول يمكن أن يكون ملتقطا ويمكن أن يكون يتيما بحوزته أموال يتوجب المحافظة عليها من طرف شخص عاقل لصغر سنه وانعدام الاهلية القانونية لديه.

وتجد الولاية على النفس مكانها في القانون، ذلك أن المشرع الجزائري يأخذ بالشريعة الإسلامية كمصدر ثاني من مصادر القانون، إضافة إلى المذهب الفقهي المتبع وهو المالكي. فهل الأحكام الشرعية الخاصة بالولاية على النفس مطابقة لما يتم العمل به في القانون الجزائري؟

إن المغرب وتونس يأخذان بنفس المذهب الذي تأخذ به الجزائر وهو المذهب المالكي نسبة إلى الإمام مالك ابن أنس، واعتبارا لما نص عليه المشرع المغربي في قانون كفالة الأطفال المهملين، والمشرع التونسي في قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني، ما مدى التوافق بين الأحكام الفقهية والقانونية وتطبيقاتها على ارض الواقع؟ خصوصا أن المحافظة على مصلحة الطفل تجد خصوصيتها في كل من الشرع والتشريع.

أولا: استبيان الأحكام الشرعية للولاية على مال الطفل المكفول

إن الولي الشرعي للطفل المكفول يقوم مقام الوصي عليه، وبالتالي يكون بمثابة الراعي لشؤونه والمحافظ عليها، حيث يجب أن يكون ملتزما بها على وجه التبرع أي انه لا يأخذ مقابل عليها إلا حسب الشروط والأحكام الشرعية ويكون مسؤول عليها امام القاضي.

وحسب الشريعة الإسلامية تثبت الولاية على المال على خمسة نفر وهم: الصغير سواء كان مميزا أو غير مميز، والمجنون والمعتوه والسفيه والرقيق، قياسا على هذا الحكم في تبيان من تجب الولاية عليهم نستنتج انه يمكن أن تنطبق على الطفل المكفول هذه الصفات فيمكن أن يكون مميزا أو غير مميز ويمكن أن يكون مجنونا أو سفيها أو معتوها. وبالتالي الولاية على ماله جائزة وواجبة من طرف وليه الشرعي[1].

ولم تكتف الشريعة من تحديد من تجب عليهم الولاية، بل أوردت كذلك من هم الأحق شرعا بالولاية على مال الصغير، وهم كالاتي حسب ترتيب الفقهاء الشرعيين حسب المذاهب الأربعة: أولى الأولياء الأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الجد ثم وصي وصيه، ثم القاضي[2]، ثم من نصبه القاضي وهو وصي القاضي[3].

1 – ياسر احمد عمر الدمهوجي، حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي، نفس المرجع السابق، ص 590.

2– جاء بالإجماع الفقهي أن ولي الصغير أبوه يليه الوصي لأنه يقوم مقامه، ثم القاضي أو أمينه لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (السلطان ولي من لا ولي له) رواه الترمذي وحسنه الحاكم وصححه.

– موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الرابع والعشرون يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية القاهرة 1994–1415هـ، ص 88–89–90.

3– اختلف الفقهاء الشرعيين حول ترتيب الأولياء على مال الصغير بين الشافعية والحنفية والمالكية في نقطة بعيدة كل البعد على الطفل المكفول وهي ولاية الجد، ولكن يمكن أن يكون كافل الطفل جده، فيثار هنا الإشكال في الشريعة الإسلامية، خصوصا أن المذهب المالكي المتبع في الجزائر يأخذ بعدم أحقية الجد في الولاية، فهل يمكن إن كان الجد هو الكافل يسقط عنه حكم الولاية على ماله؟

ولكن يطرح إشكال في الشريعة الإسلامية وهو ولاية المرأة على مال الصغير، وهذا ما فيه اختلاف واضح:

اختلفت أراء الفقهاء حول ولاية المرأة لمال الطفل، ويجب التوضيح أن هذه الولاية يطلق عليها ولاية الأم، فمن المعروف أن الولاية تكون على الطفل الشرعي، ولكن يمكن أن تكون الولاية لغير الوالدين في حال الطفل الملتقط أو اليتيم، فيمكن أن تنتقل الولاية إلى من يقوم على الطفل المكفول؟ وبالتالي هل يمكن إجازتها؟

ذهب الحنفية لعدم إجازة ولاية الصرف على مال الصغير للمرأة –الأم –[1]وجاء في (الهداية)[2] انه إن كان اليتيم في حجر أمه، فقبض الأم للهبة له جائز لان لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لأنه لا يبقى بالمال فلابد من ولاية التحصيل.

ولكن الأساس الذي جاءت به الشريعة الإسلامية في الولاية على مال الطفل المكفول، يجد خصوصيته في الولاية على مال اليتيم الذي يمكن أن يكون مكفولا، واكتسب مالا عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية، كما يمكن أن يكون الطفل المكفول ملتقطا وبحوزته مال، وجب على كافله أن يصون المال الذي وجد بحوزته.

جاء في (شرح النيل)[3] انه يلزم ولي اليتيم وعشيرته القيام باليتيم وبماله وقد جمع العشيرة مع الولي لأنهم يقيمون الولي عليه، يلزم القيام باليتيم وبماله والوصي مخاطب بذلك قبل العشيرة، أي انه يمكن ان يكون

1 – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية مصر، ص 155

2 – الهداية شرح المبتدئ لبرهان الدين علي بن أبي بكر الميرغاتيني، الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر، سنة 1316هـ ص 162

3 – محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد – المملكة العربية السعودية، الجزء الأول، ط 2–1972، ط 3 1985، ص 564–565.

الوصي على الطفل كافله، فحق اليتيم واجب كل من قام به وأجازاه، ومفهوم اليتيم ينطبق على الطفل المكفول اليتيم الذي إذا كان له مال وجب على كافله والقاضي الذي خول للكافل الولاية على ماله أن يحرصوا ويحافظوا على ماله، وإذا كان لأي شخص مصلحة في ذلك أن يخطر القاضي من اجل ضمان مصلحة الطفل، فيمكن أن يكون من العشيرة كما وضح الشيخ أطفيش.

ولكن ما يجب التطرق اليه، ان الشريعة الإسلامية لم تأت بأحكام خاصة بالطفل المكفول والولاية على المال، بل يمكن ان يستشف ذلك بالقياس على مجموع الاحكام العامة المتعلقة بالولاية على مال الطفل.

ثانيا: الاختلاف الواقع بين تطبيق قواعد الشريعة في القوانين والأحكام القضائية المتعلقة بالولاية على مال الطفل المكفول

إن الحكم من تشريع الولاية على مال اليتيم هو إذا كان للأخير مال، احتاج إلى من يقوم بحفظه وصيانته واستثماره، وهذا هو الولي الشرعي على الصغير المكفول.

اقر الفقهاء مجموعة من الأحكام المتعلقة بالولاية على مال الطفل المكفول، ولكن هذه القواعد الفقهية مقارنة مع القوانين والأحكام القضائية يمكن أن تجد اختلافا، وتباينا، ويمكن أن تتطابق مع الأحكام الشرعية، خاصة أن المشرع الجزائري يعتبر الشريعة الإسلامية كمصدر ثاني من مصادر القانون في حال تخلف قاعدة قانونية، خاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية التي تعتبر ركيزة المجتمع.

يكمن الاختلاف في مدى الأخذ بقواعد الشريعة الإسلامية في الدول المغاربية، حيث اتفق الفقهاء ان أولى الأولياء هو الأب، الا ان القانون الجزائري ينص على أن كافل الطفل هو وليه القانوني. إذا ما أخذنا بالقاعدة الفقهية وتطبيقها القانوني نجد، أن الطفل المكفول ينقسم إلى قسمين: نجد طفل معلوم النسب، وطفل مجهول النسب.

الطفل المعلوم النسب وليه الشرعي إذا كان والده على قيد الحياة، هو الأب، ولكن القانون لا يأخذ بهذه القاعدة الفقهية، فبقي الإشكال مطروحا، إذا كان للطفل المكفول ذمة مالية، ووالده الأصلي على قيد الحياة وهو مكفول، هل يكون والده هو وليه الشرعي على ماله؟

أن المشرع الجزائري عندما اقر أن الكافل هو الولي الشرعي للطفل المكفول[1] لم يفرق بين الطفل المكفول معلوم ومجهول النسب. فإذا أخذنا بالقاعدة الفقهية التي تليها وهي وصي الأب، وهذه الحالة يمكن أن تنطبق كذلك على الطفل المكفول معلوم النسب، حيث أن الأب هو الذي يعينه، ولكنها تختلف كل الاختلاف مع ما هو معمول به في ق.ا.ج.

إلا انه في ترتيب الأولياء الشرعيين نجد أن الفقهاء اتفقوا على القاضي أو وصيه، حيث يمكن أن يعين القاضي وصيا على مال الصغير، وهذا ما تم الاخذ به، حيث نجد أن المشرع الجزائري افرد قاضي شؤون الأسرة بتعيين كافل الطفل وتخويله حسب القانون الولاية عليه.

وبذلك تثبت للكافل الذي انتقلت إليه الكفالة سواء بعد الطلاق أو الوفاة الولاية على مال الطفل المكفول، سواء كان المكفول مجهول أو معلوم النسب، فان وليه حسب ق.ا.ج هو الكافل الذي يعينه القاضي لتولي أموره، ويكون اشد الحرص على ماله إذا كانت له ممتلكات. من خلال هذا إذا ما تطرقنا للشروط الواجبة في الولي الشرعي للمكفول، في ق.ا نجدها نفس الشروط الواجبة للولاية على النفس[2].

1 – بدون توضيح إن كانت الكفالة أصلية أو كفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية وفي كلتا الحالتين تسمى كفالة.

2– إذا منح القاضي الولاية على مال الطفل سواء لجده أو لغيره، فان الولي أو الكافل في حالة الكفالة، يستمد سلطته من القاضي ويخضع في تصرفاته لأحكام القانون الذي يطبقه.

– لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، ص 618.

والإشكالية غير المتفق عليها بين المذاهب الفقهية، هي مدى أحقية المرأة في الولاية على مال المكفول، إلا انه بالرجوع إلى ما هو وارد في ق.ا.ج، نجد أن المشرع لا يفرق بين الكافل سواء كان امرأة أو رجل، وقياسا على هذا يمكن أن يكون الولي الشرعي على مال الطفل المكفول هو امرأة كافلة، أو انتقلت إليها الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، خاصة أن المرأة اليوم أصبحت قادرة على إدارة أموال الطفل المكفول بعناية وحرص تامين.

يأخذ القانون المغربي بالقاعدة الفقهية المتفقة عليها بين المذاهب الأربعة[1]، وهي أن الولي على مال الطفل المكفول هو القاضي[2]، وذلك من اجل ضمان مصلحة الطفل المكفول خاصة إذا ما كانت له ذمة مالية وجب الحفاظ عليها، بمفهوم المخالفة أن كافل الطفل لا يحق له التصرف في ماله الا بعد تعيينه نائبا شرعيا من طرف القاضي.

إن المشرع التونسي هو الأخر افرد قانون يتعلق بالولاية والكفالة، ولكن الولاية العمومية المنصوص عليها في هذا القانون تكون للأطفال اللقطاء المهملين، ولكن بعد كفالتهم يتغير حكم الولاية عليهم، حيث يصبح كافل الطفل هو وليه الشرعي على ماله.

1 – ويأخذ أيضا في مدونة الأحوال الشخصية بنفس الترتيب الفقهي في الولاية، ولكن في القانون القديم لكفالة الأطفال المهملين كان يأخذ بنفس الترتيب على الولاية على الطفل المكفول، حيث كانت الولاية للأب ثم، الأم عند وفاة الأب، ثم وصي الأب أو وصيه القاضي، ولكن بعد التعديل انتقل إلى قاضي شؤون القاصرين.

– نور الدين الشرقاوي الغزواني، قانون كفالة الأطفال المهمشين، نفس المرجع السابق، ص 49.

2 – القاضي المكلف بشؤون القاصرين يظل هو الولي الشرعي على نفس ومال الطفل المكفول، وفي غياب نص أخر يرتب انتقال هذه الولاية للكافل.

– محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، نفس المرجع السابق، ص 163.

الفرع الثاني: سلطة الولي في التصرفات المالية للطفل المكفول

القاعدة العامة أن الولي يقوم على رعاية أموال الصغير الذي يكون تحت ولايته، فتكون هذه الولاية مخولة في الأمور المالية[1]، حيث أنها سلطة تثبت للتصرف فيه[2]، وتثبت هذه الولاية بقوة القانون، دون الحاجة لصدور قرار من القاضي[3] الا في الحالات التي يحددها القانون بصريح العبارة.

إذا كان للمكفول مجهول النسب ذمة مالية ناتجة عن هبة[4] او ارث[5]، يتوجب الحرص عليها لصغر سنه وعدم توفره على الأهلية القانونية. أما بالنسبة للطفل معلوم النسب، فانه يمكن أن يتحصل على ارث بعد وفاة أحد والديه أو كليهما، سواء كانت كفالته قائمة أو بعد وفاة والديه تمت كفالته، وهذا ما يسمى بكفالة اليتيم، حيث أن الشريعة الإسلامية أوردت أحكام خاصة بما يتعلق بالولاية على مال اليتيم.

---

1 – خالد عبد العظيم احمد أبو غابة، حقوق المحضون، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، دار الفكر الجامعي، 2013، ص 232.

2 – معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على القانون 1 لسنة 2000، بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ص 163.

3 – خاصة في حالة إعادة عقد جديد بعد وفاة الكافل وانتقالها إلى أحد الورثة، ذلك انه في عقد الكفالة يتم النص على أن الكافل له الولاية القانونية على الطفل المكفول، ولكن يمكن أن يصدر قرار من القاضي إذا لم يتم إلغاء عقد الكفالة الأول بعد الطلاق، فيقوم الذي انتقلت إليه الكفالة بالمطالبة بإبطال العقد القديم وعقد جديد.

4-قد يكون للأطفال المسعفين ذمة مالية، منها رصيد في البنك، فحسب الدراسة الميدانية التي اجريناها على مستوى مراكز الطفولة المسعفة في الجزائر، هناك حالات يتم فيها فتح رصيد بنكي للطفل من طرف الدولة، وهذا حق متوافر لجميع الأطفال المسعفين الا في حالات استثنائية، في هذه الحالة يمكن لبعض الأشخاص او الجمعيات إيداع مبالغ مالية في رصيد الطفل المسعف، بعد كفالته من دار الطفولة المسعفة يبقى رصيده مفتوح، ويكون الكافل هو المسؤول عن أمواله، فبعد انحلال الرابطة الزوجية تنتقل الولاية القانونية على الطفل الى كافله.

5- يمكن للكافل ان يتبرع من ماله في حدود الثلث للطفل المكفول حسب نص المادة 123 من ق.ا.ج.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 620402 بتاريخ 12-05-2011، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011، ص 283.
الموضوع: كفالة-وصية-تبرع-هبة.
المبدأ: يجوز للكافل ان يوصي او يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث.
عقد الهبة المبرم من طرف الكافل للمكفول يدخل ضمن عقود التبرع.

إلا أن مصلحة الطفل المكفول تقتضي حماية ماله من أي ضياع أو فقدان قيمته المالية، وهذا ما يوضح حرص المشرع الجزائري على تخويل الكافل الولاية القانونية، فما هي حدود الولاية القانونية المخولة للكافل بالمحافظة على أموال الطفل المكفول؟ وهل يجوز للكافل إن تعرض لضائقة مالية أن ينفق على الطفل المكفول من ماله الخاص؟

إن المشرع المغربي اقر انه يحق للطفل المكفول الاستفادة من هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة[1]، إلا انه لم يقر للكافل الولاية على هذه الأموال الا بعد تعيينه من طرف القاضي المختص، حيث تنعقد الولاية لقاضي شؤون القاصرين، ولكن إذا لم يكن للزوجة المطلقة الكافلة بعد الطلاق دخل مادي هل يمكن إجازة القاضي لها بالنفقة على الطفل المكفول من ماله الخاص؟

إن المشرع التونسي هو الأخر نص في الفصل 6 من قانون الكفالة والتبني على انه يجب أن يحتفظ الطفل المكفول بإرثه، ولكنه لم يوضح إمكانية تصرف وليه القانوني في مال المكفول، فهل يحق للكافل التصرف في أمواله؟

أولا: إدارة أموال الطفل المكفول

ان المبدأ العام الذي تقوم عليه إدارة أموال الطفل القاصر، هو الحفاظ على مصالحه، وهذا ما تتفق عليه القواعد الشرعية وقوانين الأحوال الشخصية المغاربية. بالرغم من عدم استيفاء هذا الموضوع حقه القانوني، الا ان مبدا المصلحة يحكم العلاقة القانونية بين الكافل والمكفول.

1 – المادة 23 من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي.

ا–إدارة أموال المكفول في قانون الاسرة الجزائري:

نص ق.ا على إدارة أموال القاصر في المادة 88، وتندرج في إطار النيابة الشرعية اي بواسطة ولي، للوهلة الأولى يخيل ان نفس الاحكام تنطبق على حالة المكفول، الا انه بالرجوع الى المواد التي تسبقها، نجد انها تختلف كل الاختلاف، ذلك انها تقتصر على ولاية الاب والام على أبنائهم الشرعيين. والأصل في إدارة أموال الطفل او القاصر هو التصرف فيما يملك من عقارات ومنقولات، ولا يمكن ان يتطور هذا التصرف الى استثمار، حيث تتمحور هذه الإدارة بين البيع والرهن والقسمة والايجار. وهذا في ظل سكوت المشرع الجزائري عن تطبيق نفس الاحكام على الاثار المترتبة على الكفالة منها إدارة اموال الطفل المكفول، ام ان الولاية على مال المكفول مستمدة من عقد الكفالة؟

تنص المادة 122 من ق.ا.ج على (**يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول**)، تبين هذه المادة تفعيل الولاية القانونية على المال، المخولة للكافل تجاه المكفول، حيث توضح انه يمكن للكافل إدارة أموال المكفول. التي يمكن ان تنقسم الى عقارات ومنقولات. فيطرح إشكال في هذه المسالة، صحيح أن القانون خول للكافل إدارة أموال الطفل المكفول، ولكن هل يجب الرجوع إلى قاضي شؤون الأسرة في حال التصرف في أموال الطفل المكفول؟ يعني بعبارة أخرى هل يجب إخطار القاضي بأي تصرف في الأموال؟

ان طرح هذا الإشكال راجع إلى ان الولاية على الابن الشرعي والتي تكون للأب أو الأم بعد الطلاق أو الوفاة، في حال التصرف في أموال الابن يجب اخذ إذن من القاضي، وما يزيد من الإصرار على طرح هذا الإشكال أن الابن الشرعي هو الابن البيولوجي والذي يكون والديه اشد حرصا على مصلحته، فما بال الطفل المكفول الذي يكون كافله شخص غريب عنه ولا ينتمي له، وان كان اقرب الناس إليه يمكن أن يكون

احد أقاربه، فهل يعقل أن يكون الكافل اشد حرصا من الأب أو الأم على أمواله، ويستوجب في الأخيرة اخذ الإذن من القاضي والكافل لا يأخذ الإذن ؟

إن هذه الإشكالية قد تكون في جانب منها طرحها واقعي، أما الطرح الثاني فهو قانوني محض من اختصاص القاضي. ولذلك يجب توضيح أن المشرع الجزائري عندما خول الكافل الولاية القانونية أدرج ذلك في عقد الكفالة سواء كان ذلك ضمنيا أو بصريح العبارة[1]، ويجب التنويه أيضا انه في عقد الكفالة لا يتم إدراج إمكانية إدارة أموال الطفل المكفول من قبل الكافل المنصوص عليها في ق.ا، فهل يستنتج بمفهوم المخالفة أن إدارة أموال الطفل المكفول تتم بإذن من القاضي؟

إن ق.ا في المادة 122 لم يبين اخذ إذن من القاضي من اجل إدارة أموال الطفل المكفول، ولكن ما تم ذكره هو إدارة أموال الطفل المكفول لصالحه، ولهذا لا يجب استغلال أموال الطفل المكفول من اجل تحقيق أغراض شخصية للكافل.

الا ان الرقابة المفروضة على الطفل المكفول وتتبع شؤونه من طرف الهيئات المختصة في ذلك، والتي سنبينها في المبحث الثاني من هذا الفصل، فان ضرورة اخذ الاذن من القاضي في التصرفات المالية للطفل واجبة حيث ان نص المادة 88 من ق.ا جاء واسعا يصطلح على القاصر الذي يمكن ان يضم الطفل المكفول، حقيقة ان النصوص القانونية التي تسبق هذه المادة تتعلق بولاية الاب على أبنائه القصر، الا ان عبارة قاصر تحمل مفهوما واسعا.

1 – يجب التنويه أن عقود الكفالة الجزائرية تختلف في فحواها من ولاية إلى أخرى ومن محكمة الى أخرى، خاصة في المضمون، ذلك انه هناك من العقود من تبين أن للكافل الولاية القانونية على الطفل المكفول بصريح العبارة، كما هو منصوص عليه في المادة 121 ق.ا، وهناك من العقود الأخرى توضح أن للكافل تربيته ورعاية الطفل المكفول والإنفاق عليه والحصول على المنح العائلية والمدرسية دون الذكر بصريح العبارة الولاية القانونية. انظر الملاحق الخاصة بعقود الكفالة.

يعاب على المشرع الجزائري عدم تطرقه الى تفاصيل إدارة الكافل أموال المكفول والإجراءات القانونية الواجب اتخاذها، الى جانب عدم تعريفه للولاية في ق.ا ذلك ان المادة التي يستهل بها الفصل الثاني المعنون الولاية التابع للكتاب الثاني الموسوم بالنيابة الشرعية هي ان الولاية مخولة للاب وبعد وفاته تحل محله الام، ذلك ان التعريف للفقهي للولاية يشمل الكافل والابوين الأصليين.

تنص المادة 1/7 من ق.ح.ط على: (**يجب ان تكون المصلحة الفضلى للطفل الغاية من كل اجراء او تدبير او حكم او قرار قضائي او اداري يتخذ بشأنه**). واستنادا على هذه المادة التي تؤكد الحماية القانونية للطفل يجب على الكافل ان يراعي المصلحة الفضلى للطفل عند ادارته لأمواله، ويرجع الاختصاص لقاضي شؤون الاسرة بالسهر على حماية مصالح القصر حسب نص المادة 424 من ق.ا.م.ا التي وسعت من صلاحياته إثر التعديل الأخير لهذا القانون.

تطرق ق.ا.م.ا الى الولاية على أموال القاصر بصفة عامة ولم يحصرها المشرع في الابوين الأصليين بل المواد جاءت عامة تتعلق بالقاصر سواء كان ابن بيولوجي او مكفول. حيث يؤول الاختصاص الإقليمي الى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القاصر حسب نص المادة 464 من ق.ا.م.ا يمكن ان يستنتج من خلال هذه المادة احتمالين:

-اما ان تكون الولاية متمركزة في يد شخص واحد بمعنى من يتولى ولاية النفس على القاصر، فيمارس أيضا الولاية عن أمواله، وهذا في حال وجود الاموال حيث يتواجد القاصر، او ان تكون الأموال قريبة نسبيا من مقر إقامة القاصر.

-او ان تكون الأموال بين يدي أكثر من ولي، وذلك في حال إذا كان القاصر مقيما في جهة والأموال تتواجد في جهة أخرى بحيث تفصل بينهما مسافة كبيرة. وهوما لا يسمح للولي عن النفس ممارسة المهتمين

في ان واحد، بالنظر الى بعد المسافة، ففي مثل هذا الاحتمال، وحتى يمكن الحفاظ على كل من القاصر وامواله، فانه يمكن للقاضي ان يعين وليين اثنين، كل في حدود صلاحياته.

تنص المادة 474 من ق.ا.م.ا على: (**ترفع المنازعات المتعلقة بالولاية على أموال القاصر امام قاضي شؤون الاسرة. وفي حال الاستعجال يفصل في الدعوى وفقا للإجراءات الاستعجالية**). وتضيف المادة 475 من نفس القانون: (**تكون الاحكام الصادرة طبقا لمقتضيات المادة 474 قابلة لطرق الطعن**).

تفيد هذه المواد القانونية ان منازعات الولاية على أموال القاصر والتي يديرها الولي المخول قانونا بذلك، في حال وقوع النزاع ان قاضي شؤون الاسرة هو المختص، الا انه في حالة الضرورة يفصل فيها عن طريق الاستعجال إذا دعت مصلحة الطفل الى ذلك، وان الحكم الصادر في قضية الحال يكون قابلا لكافة طرق الطعن[1].

تنص المادة 497 من ق.ا.م.ا على: (**يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الاسرة بموجب امر على عريضة**). يثير النص احتمال قيام الولي ببعض التصرفات لصالح القاصر عند ادارته لأمواله، حيث تستدعي الإجراءات القانونية الى استصدار ترخيص من قاضي شؤون الاسرة بالرغم من تطرق عقد الكفالة الى انعقاد الولاية القانونية على الطفل المكفول للكافل، الا ان هذه المادة القانونية استثناء تنص على القاصر بصفة عامة حيث تنطبق على القيام ببعض التصرفات القانونية في إطار إدارة أموال المكفول.

[1]- الامر الاستعجالي، متى قضى القاضي بكون النزاع ذو طابع استعجالي.
-الحكم في الموضوع، متى قضى القاضي على هذا الأساس.
-القرارات في جميع الحالات، متى تم الطعن في الأوامر والقرارات، حسب الأحوال. مع الإشارة الى ان هذه الاحكام قابلة للطعن، بغض النظر عن كونها حضورية ام غيابية.
- سائح سنقوقة، نفس المرجع السابق، ص 649-650.

يحصل الكافل على ترخيص من قاضي شؤون الاسرة بواسطة امر على عريضة، وهو ما يعني ان الولي لا يمكنه القيام ببعض التصرفات المالية، حتى وان كانت تلك التصرفات مفيدة للطفل المكفول، دون الحصول على ترخيص مسبق.

ان نص المادة 479 ق.ا.م.ا تضع حدا لليد المطلقة للولي، ذلك ان عقد الكفالة يتطرق الى تخويل الكافل الولاية القانونية، حيث قد تؤدي الى اسراف الكافل في إدارة أموال مكفوله، فقد أحسن المشرع بتقييده عن طريق الترخيص المسبق. الا ان هذه المادة لم توضح او تذكر التصرفات التي يتعين على الولي استصدار ترخيص بشأنها[1]، الا انه بالرجوع الى أصل هذه الإجراءات ان ق.ا. تطرق في نص المادة 88 الى التصرفات التي تستوجب استئذان القاضي فيها وهي:

-بيع العقار وقسمته، ورهنه، واجراء المصالحة.

-بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

-استثمار أموال القاصر بالإقراض او الاقتراض او المساهمة في شركة.

-ايجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات او تمتد لأكثر من سنة عند بلوغه سن الرشد.

ب-إدارة أموال المكفول في القانونين المغربي والتونسي:

ان إدارة أموال الطفل المكفول تستدعي اتباع إجراءات معينة حفاظا على مصلحته الفضلى ذلك ان القوانين المغاربية تتفق أحيانا وتختلف أحيانا أخرى حول مدى تنظيم الحماية القانونية للطفل المكفول. الا ان المتفق عليه ان أموال الطفل المكفول تخضع للرقابة القضائية.

[1]- سائح سنقوقة، نفس المرجع السابق، ص 652-653.

1-إدارة أموال الطفل المكفول حسب التشريع المغربي:

لم يكن الظهير السابق الخاص بالكفالة (10 شتنبر 1993) ينص على أي ضمانات وحقوق مالية للطفل المكفول، الا انه بعد التعديل الجذري الذي طرا على هذا القانون سمح المشرع المغربي في إطار الظهير الجديد بإمكانية توفير بعض الضمانات المالية للطفل حيث نص في المادة 23 على: (**إذا ارتأى الكافل جعل المكفول يستفيد من هبة او وصية او تنزيل او صدقة، يسهر القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع ضمن دائرة نفوذه محل إقامة الطفل المكفول على اعداد العقد الازم لذلك، وعلى حماية حقوق المكفول**).

حرص المشرع المغربي على حماية أموال الطفل المكفول من طرف قاضي شؤون القاصرين، ضمانا منه للرقابة المستمرة على الطفل، حيث تنص المادة 1/7 من قانون كفالة الأطفال المهملين على ان القاضي المكلف بشؤون القاصرين بالمحكمة الابتدائية يمارس الولاية على الأطفال المهملين طبقا لأحكام النيابة الشرعية والنيابة المنصوص عليها في مدونة الاسرة في المواد 229 وما بعدها، وكذلك في قانون المسطرة المدنية حسب الفصول 181 الى 184. فحق الولاية ينتقل بقوة القانون الى قاضي شؤون القاصرين الذي يظل الولي الشرعي على مال المكفول، ويعتبر الكافل الذي اسند اليه هذا القاصر الامر بالكفالة مقدما على المكفول ليتولى شؤونه ولينظر له بنظر التقديم الشامل المطلق طبقا لمقتضيات المواد من 246 الى 275 من مدونة الاسرة[1].

[1]- محمد الشافعي، دراسة في القانون المغربي التبني في القانون الفرنسي، نفس المرجع السابق، ص 54.

ان الاحكام الواردة في مدونة الاسرة تنص على كيفية إدارة الكافل-المقدم على أموال المكفول- أموال الطفل المكفول حيث لا يجوز له القيام ببعض التصرفات الا بعد الحصول على اذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

ان التصرفات القانونية التي يستلزم على الكافل-المقدم-الحصول على ترخيص بشأنها نصت عليها المادة 271 من مدونة الاسرة المغربية وهي كالاتي:

-بيع عقار او منقول للمحجور او ترتيب حق عيني عليه.

المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية او تجارية او استثمار في تجارة او مضاربة.

-تنازل عن حق او دعوى او اجراء الصلح او قبول التحكيم بشأنهما.

-عقود الكراء التي يمكن ان يمتد مفعولها الى ما بعد انتهاء الحجر.

-قبول او رفض التبرعات المثقلة بحقوق او شروط.

-أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ.

-الانفاق على من تجب نفقته على المحجور مالم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ.

ان التصرفات القانونية التي اوجبها التشريع المغربي تتقارب مع التشريع الجزائري من حيث وجوب استصدار ترخيص او اذن من القاضي المختص، ويتحد التشريعان مرة أخرى من حيث عدم التطرق في الاحكام المتعلقة بالكفالة الى التصرفات القانونية التي يمكن من خلالها الكافل ان يدير أموال المكفول وان كانت تحتاج الى استصدار ترخيص من عدمه، او احالتها الى الاحكام العامة المتعلقة بالنيابة الشرعية. إضافة الى ان القرارات الصادرة عن القاضي المختص في التصرفات المالية للكافل لصالح المكفول تقبل طرق الطعن. الا ان الاختلاف يكمن من حيث ان الكافل يمارس هذه التصرفات القانونية في إطار الولاية المخولة له، اما

الكافل وفق القانون المغربي يمارسها في إطار التقديم على أساس ان الولاية القانونية من نصيب القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

2-إدارة أموال الطفل المكفول حسب التشريع التونسي:

ان المشرع التونسي حقيقة لم ينص على الولي القانوني للطفل المكفول في قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني إلا انه ارجع حقوق وواجبات الطفل المكفول إلى مجلة الأحوال الشخصية التونسية حسب الفصل 5، وبالرجوع إلى مجلة الأحوال الشخصية نجد انه قياسا على المرأة الحاضنة خول للمرأة الكافلة بعد الطلاق وانتقال الكفالة إليها صلاحيات التصرف في الحسابات المالية للطفل المكفول، ويجب توضيح انه لم يوضح الرجوع إلى القاضي المختص من اجل منحها الإذن بذلك.

وبذلك يستنتج مما تقدم انه حقيقة يمكن للكافل إدارة أموال الطفل المكفول ولكن يجب أن تكون في صالحه، ولا يجب الإخلال بواجب المحافظة على الطفل، فالنص القانوني جاء صريح، حيث يعتبر الطفل المكفول بمثابة الابن الأصلي. الا في حال إحالة الاختصاص للقاضي.

ولهذا إن تم تطبيق هذه القاعدة بحذافيرها يجب القول انه يجب اخذ الإذن من القاضي من اجل مباشرة التصرف في أموال الطفل المكفول. ولكن يبقى الأخذ بهذا الموقف ضعيف لعدم وجود نص قانوني يؤكد ذلك، خاصة إذا أخذت هذه القاعدة على وجه العموم فان جميع ما يتعلق بالابن الأصلي يمكن أن يطبق على الطفل المكفول، ولهذا يمكن الأخذ بهذه القاعدة على وجه الخصوص في جانب الرعاية والقيام بالطفل المكفول. وتبقى إدارة أموال الطفل المكفول تخضع للرقابة من طرف الجهات المختصة، التي يؤول اليها الاختصاص عن طريق القاضي المخول قانونا بمباشرة والنظر في هذا النوع من التصرفات القانونية.

وما يزيد ابهاما هو تنظيم المشرع الجزائري لإدارة أموال الطفل المكفول بصريح العبارة الا انه بالرجوع الى الإجراءات المتعلقة بذلك في ق.ا.م.ا والتي يختص بها قسم شؤون الاسرة نجد ان المشرع تطرق اليها بصفة عامة وذلك بنصه على "القاصر" دون ان يحيل ادار أموال الكافل الى هذه الاحكام العامة، ولهذا يتعين ادراج مواد قانونية توضح بصريح العبارة ان إجراءات إدارة أموال الكافل وما يترتب عليها من اثار من اختصاص قاضي شؤون الاسرة ويتبع بشأنها نفس الإجراءات القانونية لتحقيق المصلحة الفضلى للطفل وحماية مما قد تتعرض اليه من تجاوزات.

ثانيا: جواز النفقة على الطفل المكفول من ماله

النفقة على الطفل من ماله هي تخصيص جزء من أموال الطفل بغرض انفاقها عليه في حال تعذر إنفاق الولي. سنتطرق بإسهاب الى كيفية معالجة القانون الجزائري النفقة على المكفول من ماله الخاص، ذلك ان التشريع المغربي حسم الموضوع حول ولاية القاضي على مال ونفس المكفول. وله السلطة التقديرية في إجازة النفقة عليه من عدمه، حيث انه أحال احكام التقديم على الطفل المكفول الى مدونة الاسرة التي تنص في المادة 271 بصريح العبارة على اخذ الاذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين من اجل الانفاق على الطفل المكفول ما لم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ. الا ان الموضوع وفق القانون الجزائري غير واضح نظرا للفراغ القانوني وغياب الاجتهادات القضائية.

ان المشرع الجزائري اقر للكافل أحقية إدارة أموال الطفل المكفول، وهذا النص جاء واضحا وصريحا، إلا انه لم يبين ان كان الكافل لا يملك مصدر مالي للنفقة على المكفول، إمكانية النفقة عليه من ماله، ويرجع

ذلك الى ضرورة توفر دخل مادي للكافل، لتلبية حاجياته الضرورية، وهذا حسب الشروط القانونية التي تمنح على أساسها الكفالة والتي يجب أن يكون من ضمنها كشف الراتب لمدة ثلاثة أشهر الأخيرة[1].

بعد انتقال الكفالة يتأكد القاضي عن طريق تحقيق، توفر القدرة المالية لمن يريد الالتزام بكفالة الطفل، ولهذا لا تنص المادة القانونية على إمكانية النفقة على الطفل من ماله. ولكن يمكن أن يتعرض الكافل إلى ضائقة مالية، كان يفقد عمله أو يخسر تجارته وغيرها من الأمور التي تؤدي إلى عدم إمكانية النفقة على المكفول، فهل يمكن للكافل اقتطاع جزء من أمواله والنفقة عليه منها؟

إن المادة 122 ق.ا.ج التي تنص على: (**يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول**). ان التفسير المنطقي لهذه المادة التي جاءت صريحة ينصب في مدى مبادرة الكافل إدارة أموال المكفول لما ينفعه ولا يسبب له ضررا. الا ان ما يعاب على المشرع عدم توضيحه الى الدور الإيجابي للقاضي في هذه المسالة، الذي يشمل الرقابة والحفاظ على مصالح المكفول.

إن "لصالح الولد المكفول" المنصوص عليها في الجزء الأخير من المادة 122 ق.ا.ج، يمكن أن تحمل في طياتها النفقة على الطفل المكفول من ماله الخاص، إذا ما كان في اشد الحاجة إلى النفقة عليه. ولكن إن كان من الضروري النفقة على الطفل المكفول من ماله، هل يجب على الكافل إرجاع مال المكفول بعد الخروج من الضائقة المالية، كان يجد عملا أو يسترجع أمواله التي خسرها؟

كل هذه الأمور القانونية لا ينص عليها المشرع الجزائري، ولكن يفهم مما تقدم أن مصلحة الطفل يمكن أن تجيز النفقة عليه من ماله، كما يمكن عدم الإجازة، حسب وضعية كل طفل مكفول ووضعية كافله المادية.

---

1 – ملحق رقم 1: إجراءات وكيفيات الوضع القانوني، متحصل عليها من طرف مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن، دار الطفولة المسعفة 1، وهران.

إن الكافل في الشريعة الإسلامية يعد ولي المكفول في أموره، ولهذا اختلفت المذاهب في إمكانية الرجوع على مال الطفل المكفول من اجل النفقة عليه، فهناك من يجيز وهناك من يخالف، ولكن الرأي الأرجح وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة بجواز النفقة من مال اليتيم ولكن بالقدر المتعارف والمألوف بشرط العمل[1]. باعتبار أن ق.ا.ج أجاز الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في نص المادة 222، هل يمكن جواز النفقة الطفل المكفول من ماله؟

نصت المادة 222 من ق.ا.ج على: (**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الإسلامية**). ان الاخذ بجواز النفقة على المكفول من ماله اتبعنا التحليل القانوني على أساس مصلحة الطفل، فان النفقة على الطفل المكفول من ماله جائزة إذا كان الكافل لا يستطيع توفير الأمور الضرورية في النفقة، أي في هذه الحالة النفقة عليه تكون جائزة لمصلحته.

ولكن إن بالغ الكافل في النفقة على المكفول وهو قادر على العمل أو له دخل مادي، ويتخذ من إدارة أمواله ملاذا من اجل استغلالها في أمور غير شرعية أو لا تعود بالفائدة على الطفل المكفول، ففي هذه الحالة، يكون الكافل يستغل في الطفل المكفول لذمته المالية. وهذا ما يستدعي أن تكون إدارة أموال الطفل

---

1 – إن المالكية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى جواز الأكل من مال اليتيم، فان كان الولي أو الوصي غنيا لا يجوز له الأكل من مال اليتيم، أما إذا كان فقيرا وانقطع عن أي عمل إلا العمل في مال اليتيم،" وهو ما يصلح في الاصطلاح القانوني إدارة أموال الولد المكفول"، وليس له مورد للكسب فله أن يأخذ من مال اليتيم اقل الأمرين من كفايته أو أجرة عمله.

وما استدلوا عليه من القران الكريم :(ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف) سورة النساء الآية 6.

ومن السنة: ما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: إني فقير ليس لي شيء، ولي يتيم، قال: فقال: (كل من مال يتيمك غير مسرف، ولا مبذر، وغير متأثل) أخرجه أبو داوود في سننه. –متأثل –أي غير متخذ منه أصل المال واثلة الشيء: أصله ووجه إباحة الأكل من مال اليتيم.

– ياسر احمد عمر الدمهوجي ن حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي، نفس المرجع السابق، 647–666.

المكفول تحت رقابة القاضي المختص، الذي يتابع حالة الطفل المكفول. وبالتالي يجب تطبيق عقوبات جزائية ردعية وصارمة من اجل حماية أموال الطفل المكفول، وكذلك الاستغلال المادي له عن طريق الولاية على ماله.

المبحث الثاني: حماية حقوق الطفل المكفول[1] بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، ومدى تفعيل الرقابة من طرف الهيئات المختصة

يتمتع الطفل المكفول بشخصية قانونية، كغيره من الأطفال الآخرين، سواء كان معلوم او مجهول النسب، وفي كلتا الحالتين تضمن له الدولة حقوقه المدنية والسياسية التي يخولها له الدستور والاتفاقيات الدولية، كاتفاقية حقوق الطفل وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية[2].

تختلف الحقوق المدنية للطفل المكفول معلوم النسب عن مجهول النسب، بالرغم من هذا الاختلاف إلا أن القانون يضمن له التمتع بجميع حقوقه. ومن اجل التطبيق السليم للقواعد القانونية، تسهر مختلف القطاعات المتخصصة في هذا المجال على مراقبته في بيئته الأسرية، من اجل حماية مصلحته وضمان عدم

---

[1]- سنتطرق في هذا المبحث الى الحقوق المدنية والسياسية للطفل المكفول المتمثلة في الحق في الهوية والجنسية، وهذا راجع لما يرتبه انحلال الرابطة الزوجية على هذا الحق، ذلك ان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية هي حقوق مقررة ومضمونة سواء كانت كفالة الطفل داخل اسرة او بعد تفككها، الا ان هوية وجنسية الطفل المكفول تنعكس على وضعته الاجتماعية.

2 – العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض على التوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، تاريخ بدا النفاذ: 23 مارس 1986 وفقا لأحكام المادة 49.

– مرسوم رئاسي رقم 89-67 مؤرخ في 16 مايو 1989، يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والبرتوكول الاختياري إلى متعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1666، ج.ر عدد 20، سنة 1989، ص 531 –532، النص ج.ر عدد11 سنة 1997، ص 16-47.

– محمد طاهر أورحمون، دليل المعاهدات والاتفاقيات الجزائرية الدولية المنشورة في الجريدة الرسمية 1963-1998، دار القصبة للنشر 2000.

التعدي على حقوقه. فما هي الحقوق المدنية التي يتمتع بها الطفل المكفول؟ ومدى مراقبة الأجهزة المتخصصة في ضمان تنفيذ هذه الحقوق وحماية مصلحة الطفل المكفول؟

من خلال هذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتناول في المطلب الأول: حماية الحقوق المدنية للطفل المكفول، والمطلب الثاني: مدى تفعيل الرقابة من طرف الهيئات المتخصصة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين.

المطلب الأول: حماية الحقوق المدنية للطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين

حماية الحقوق المدنية للأطفال هي ظاهرة ليست وليدة الأمس، فمنذ أن تعالت المناداة بحقوق الإنسان وحمايتها، ظهرت معها القواعد الدولية، التي تجرم الاعتداء على الكيان الشخصي وتعتبره جريمة في حق الإنسانية.

جاء إعلان حقوق الطفل لسنة 1959[1] بمبادئ تؤكد على ضرورة حماية حياة الطفل وتتجسد هذه الحماية عن طريق عشرة مبادئ نذكر منها ما يتعلق بالحقوق المدنية التي يجب على الدولة أن توفرها بمجرد ولادة الطفل حيا، وهي الحق في الاسم والحق في الجنسية[2].

1 – إعلان حقوق الطفل، اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة 1386 المؤرخ في 20 نوفمبر 1959.

– يعتبر هذا الإعلان تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.

– محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، الدولي العام، الناشر: منشاة المعارف الإسكندرية –مصر ص 84–85.

2 – من المبادئ العشرة نذكر إضافة إلى الحق في الاسم واللقب: –حق جميع الأطفال بالتمتع بجميع الحقوق دون تمييز، –وجوب توفير الحماية القانونية للطفل لينشئ نشأة طبيعية، –حق الطفل في الأمن الاجتماعي، –وجوب العلاج والرعاية للأطفال المعوقين، –حق الطفل في الرعاية العائلية، والمعونة الكافية للأطفال المحرومين، –حق الطفل في التعليم الإجباري المجاني، حق الطفل في الوقاية والغوث عند الكوارث، حق الطفل في الحماية القانونية من القسوة والاستغلال، –حق الطفل من منع التمييز في جميع صوره.

تنص الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على مجموعة من الحقوق التي يتمتع بها الطفل سواء كان طفل عادي أو طفل مكفول أو متبنى، فهي لا تأخذ بالتمييز بين الأطفال على أساس التفريق بينهم، بل تفرق بينهم على حسب انتماءاتهم الدينية إلا في حالة معينة، كالانتماء إلى الدين الإسلامي، والذي يخضع الأطفال لنظام الكفالة.

إضافة إلى الحق في الحياة وبقاء الطفل ونموه والتي تعتبر حقوق بالفطرة، فان الحقوق المكتسبة والتي يجب على الدولة أن تضمنها، هي حق الطفل في الاسم واكتساب الجنسية والتي تعد من الحقوق المدنية التي تتعلق بالهوية[1].

بالرجوع إلى ق.م. ج نجد أن المشرع ينص في المادة 25 على: (**تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا**)[2]، ونص في المادة 28 (**يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده**)، أي ان الطفل يتمتع بحقوق مدنية منها اللقب والاسم سواء كان معلوم او مجهول النسب. فهذه الحقوق المضمونة تعد من ابسط الحقوق إلا أنها تحمل في طياتها تجسيد لمعنى حقوق الإنسان التي تكفلها مجموعة من القوانين[3].

1 - SAI Fatima -Zohra – le statut juridique de l'enfant dans la convention relative aux droits de l'enfant de 1989-Les cahiers de LADREN – N 01 – 2008 – P 163.

2 – إن الشخصية القانونية معترف بها للطفل ولكن بمجرد ولادته حيا هو اعتراف بان للطفل حقوق يجب حمايتها، وهذه الحقوق التي منحها المشرع للطفل هي غير محصورة وغير محددة. ولكن يمكن استنتاجها من خلال المواد التي تلي المادة 25 من ق.م.

– العرابي خير، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011–2012، ص13.

3 – المادة 29 من ق.م.ج (يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها، القانون المتعلق بالحالة المدنية).

– المادة 30 من نفس القانون (ينظم قانون الجنسية الجزائرية، قانون الجنسية الخاص بها).

بالإضافة إلى الحقوق المدنية الشخصية، نجد الحقوق المدنية للطفل اللصيقة بانتمائه ونذكر على وجه الخصوص حقه في الجنسية. حيث تتفق التشريعات المغاربية منها والدولية حول احقية الطفل التمتع بحقوق مدنية.

ان الحقوق المدنية الشخصية والانتمائية ينتج عنها حماية خاصة للطفل، وما يزيد من خصوصيتها هو الطفل المكفول، بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه. وهذا ما يدفعنا إلى طرح إشكاليات متعددة منها: هل يحتفظ الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه بلقبه وجنسيته؟ خاصة إذا كان الطفل المكفول يقيم بالخارج؟

إضافة إلى هذه الحماية القانونية والتي يجب أن تضمنها الدولة في مواجهة حقوق الطفل المكفول، هناك حقوق أخرى يتمتع بها الطفل المكفول، خولتها له الدولة ولكنها تكون تحت مسؤولية الكافل باعتبار ابن له، وهي تحمل المسؤولية عن أفعاله، من خلال هذا نطرح إشكال قانوني اخر وهو: أي مسؤولية قانونية يتحملها الكافل تجاه الطفل المكفول؟ ومتى يمكن للكافل أن يتنصل من المسؤولية الملقاة على عاتقه؟

الفرع الأول: احتفاظ المكفول بلقبه وجنسيته بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه

إن الطبيعة البشرية تحتم أن يكون للإنسان هوية، فلا يعقل أن يعيش بدونها، ومن بين عناصر الهوية اللقب والجنسية، ذلك ان حق الإنسان في الاسم، معترف به عالميا وفي مختلف الثقافات منذ الأزل. فمنح

اللقب للطفل لا علاقة له بالحرية الشخصية في منحه من عدمه[1]، بل تدخل في إطار النظام العام الذي لا يجوز مخالفته[2].

نظم المشرع الجزائري الحق في اللقب والجنسية في كل من ق.م وق.ج وق.ح.م، وتعتبر من أبرز الحقوق التي يجب على الدولة ضمانها للطفل، خاصة فئة الأطفال المهملين. حيث نص في المادة 120 ق.ا **(يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب، وان كان مجهول النسب تطبق عليه أحكام المادة 64 من ق.ح.م)**. يفهم مما تقدم أن المشرع الجزائري يفرق في منح اللقب بين الطفل معلوم النسب ومجهول النسب، ولهذا يلتزم من تكفل بطفل معلوم النسب، بالمحافظة على نسبه ولقبه واسمه إلى غير ذلك من الأمور التي ترتبط بالنسب.

وينص أيضا في المادة 7من ق.ج على **(يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة بالجزائر: –الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين)**. وفرق أيضا في الجنسية بين الطفل معلوم ومجهول النسب، ولكن بمجرد ولادته بالجزائر يعتبر جزائريا.

بعد الكفالة وانحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، يمكن أن يقع المكفول في إشكالات قانونية، وخاصة إذا كان الطفل متكفل به في الخارج، أو انتقلت كفالته إلى كافل آخر. ذلك أن المشرع الجزائري لم ينظم القواعد القانونية التي تحكم الطلاق بين الكافلين، على عكس المشرع المغربي.

---

1 – حقيقة انه يوجد في جميع المجتمعات الدولية الأطفال مجهولين النسب، ويرجع ذلك إلى عدم اعتراف الوالدين البيولوجيين بأبنائهم، وهناك من يتخلون عنهم، نتيجة ظروف اجتماعية، كان يكون الطفل المولود نتيجة اغتصاب أو زنا أو زنا محارم، إلى غير ذلك من الأمور خاصة في الدول التي تعاني من ويلات الحرب والتي تستغل فيها النساء بأبشع الطرق، مما قد ينتج عن هذه العلاقات أطفال مجهولي الأب، ولكن قد يكونوا معلوم الأم، حتى انه هناك بعض التشريعات التي تجيز منح الأم لقبها للطفل مجهول النسب.

2 - Abdelhafid OSSOUKINE – L'attribution administrative du nom ou la généalogie fictive – les cahiers de LADREN N 04 – 2013 – P127.

ولهذا تطرح إشكالات قانونية تكون مرتبطة بمدى أحقية الطفل المكفول بالاحتفاظ بلقبه وجنسيته بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه؟ وبالنسبة للمشرع المغربي الذي نص على الطلاق بين الكافلين، هل وضع أحكام قانونية تبين إمكانية احتفاظ الطفل المكفول بلقبه وجنسيته؟

أولا: احتفاظ الطفل المكفول بلقب كافله

ان احتفاظ الطفل المكفول بلقبه، يجد خصوصية بين التشريعات المغاربية، ذلك ان للوهلة الأولى ينظر الى هذا الموضوع على انه غير منطقي في طرحه، حيث ان لقب وأسماء الأشخاص حقوق مضمونة دوليا ودستوريا، لما له من ميزة حول هوية الشخص، الا ان الاختلاف يظهر في القانون الجزائري حيث يصبح طرحه واقعيا يخلق اشكالا على مستوى الإدارات وحتى المحاكم، لذا كان لا بد منا التطرق الى هذه الإشكالية القانونية وتوضيح ما يعتريها من فراغات قانونية تحول دون إيجاد مفاهيم وإجراءات بحتة تزيل الغموض حول لقب المكفول.

ا–احتفاظ المكفول بلقب كافله في القانون الجزائري:

جعل القانون المدني لقب العائلة حق أساسي يرتبط بالشخص الطبيعي، حيث يجب أن يكتسب كل شخص لقبا أو اسما عائليا يلحقه إلى نسب أبيه واللقب العائلي ينقل ويتوارث[1] حسب نص المادة 28 من ق.م السابق ذكرها.

1 – غالي كحلة، لقب الطفل المولود من امرأة عازبة، دفاتر مخبر حقوق الطفل، مشروع البحث الوطني المعنون: الطفل –الأسرة والمؤسسات، الحماية القانونية والاجتماعية للطفل في القانون الجزائي والقانون المقارن، رقم 04، 2013، ص 264.

واعتبارا للطفل المولود خارج العلاقة الزوجية، فان المشرع الجزائري خول الحق في الاسم واللقب بالرغم من كونه مجهول الهوية، وهذا حسب المادة 64 من ق.ح.م التي تنص (**يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودهما المصرح.**

يعطي ضابط الحالة المدنية بنفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء المولودين من أبوين مجهولين، والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء. يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ أخرها كلقب عائلي). ويرجع الأصل في ذلك إلى حق كل طفل في هوية.

إن المشرع الجزائري كان واضحا بخصوص الأطفال المكفولين المنسوبين لآبائهم، بعدم جواز تغيير لقبهم، ولكن اقر تغيير اللقب لفائدة الأطفال المكفولين مجهولين النسب[1]. وهذا ما تم تقريره بالمرسوم التنفيذي

1- Ghenima LAHLOU – KHIAR – LA KAFALA en droit ALGERIEN –une transgression de l'intérêt supérieure de l'enfant – revue franco-maghrébine de droit – sous la direction de Didier Bisset – PRESS UNIVERSITAIRES DE PERPIGNAN n° 20-2013 p212.

رقم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب[1]، وجاء هذا القانون بعد فتوى[2] صادرة عن المجلس الأعلى الإسلامي في أوت 1991[3].

ويعتبر هذا المرسوم التنفيذي قفزة نوعية بالنسبة للأطفال المكفولين، وتجسيدا لحقوقهم ومحافظا على شخصيتهم القانونية. وتطبيقا لنص المادة 117 من ق.ا على اعتبار الطفل المكفول بمثابة ابن للكافل بالرغم من المبادرة التي قامت بها الحكومة في وقت رئيس الحكومة السابق سيد احمد غزالي إلا أن هذا المرسوم لازال محل معارضة من بعض رجال القانون والفقهاء والعلماء[4].

---

1 – مرسوم قم 71-157 المؤرخ في 3 جوان 1971 يتعلق بتغيير اللقب، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 المتعلق بتغيير اللقب، ج.ر 1992 ع 05.

2 – فتوى الشيخ احمد حماني المتعلقة بإعطاء اللقب العائلي للطفل مجهول النسب، انظر الملحق الخاص بالفتوى، بوشريعة نسيمه، انعكاسات المعاهدات الدولية على التشريعات المغاربية فيما يخص الطفولة المهملة. نفس المرجع السابق، ص 172-178.

– إن الشيخ احمد حماني أجاز مطابقة اللقب قياسا على نظام الموالي الذي كان معمولا به في عهد النبي صلى الله عليه وسلم فكان يقال: فلان مولى بني فلان، ونحو ذلك.

وبهذا أفتى الشيخ احمد حماني رحمه الله فقال:

" ودليل جواز انتساب المرء إلى غير أهله أن العرب كانوا يسمحون به، حيث ينتسب إلى القبيلة من ليس أهلها، وإنما انتسب إليهم بالحلف والولاء، أو الإسلام على يد أحد أبنائها، فهذا يدل على أن المحرم هو الإعلان بالبنوة، وترتب أثار البنوة عليها الميراث وتحريم الزواج ..."

فان قيل: إن ذلك قد يجعل المتبني يشعر بالإهانة، فقد أجاب الشيخ رحمه الله قائلا:

"أما الشعور النفسي بالمهانة فانه شيء واقع، وقد لا يمكن التوصل لمحو آثاره، فلنرب هذا الصغير على الرضا بالانتساب إلى هذه العائلة والاكتفاء بذلك، وهو مكسب عظيم ".

–عبد الحليم تومیات، حكم التبني، وكيف بتم تسجيل المكفول إداريا، نبراس الحق، 20 نوفمبر 2010. www.nebrasselhaq.com

3 – حسب دستور الجمهورية الجزائرية في نص المادة 195 (يؤسس لدى رئيس الجمهورية مجلس إسلامي أعلى يتولى على الخصوص ما يأتي:

– الحث على الاجتهاد وترقيته.

– إبداء الحكم الشرعي فيما يعرض عليه ...).

4 – عند صدور فتوى تجيز إعطاء اللقب للطفل المكفول، اعتبر بعض الفقهاء والعلماء وحتى بعض القانونيين انه بإعطاء اللقب للطفل المكفول يصبح هذا تبينا.

إن الإشكال المطروح في هذا المرسوم التنفيذي هو حقيقة باعتماده يحل مشكلة إدارية بالنسبة للطفل المكفول، في حياته اليومية، إلا انه يخلق له مشاكل قانونية، وذلك راجع إلى عدم التطرق في المرسوم التنفيذي إلى إشكالية انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، وذلك أن الطفل المكفول بعد طلاق أو وفاة أحد كافليه، هل يمكن أن يحتفظ بلقب كافله، وخاصة بعد انتقال الكفالة؟ هل يمكن بعد انتقال الكفالة تغيير لقب الطفل المكفول مرة أخرى حسب لقب كافله المنتقلة إليه الكفالة؟

هذا الإشكال القانوني الذي نحن بصدد دراسته، يعد كمعضلة قانونية إن وقع الطفل المكفول فيها، هل يحتفظ بلقب كافله ام يغير لقبه حسب كافله الجديد؟

إن هذا الوضع القانوني للأطفال المكفولين يتسم بنوع من التعقيد، فلا يوجد نص تشريعي يوضح الاحتفاظ باللقب، إلا انه في الدراسة الميدانية التي أجريناها على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي ودار الطفولة المسعفة 1-2 لولاية وهران، اتضح من خلالها، ان الطفل المكفول بعد وفاة أحد كافليه أو كليها يحتفظ بلقب كافله الممنوح له، خاصة إذا انتقلت إلى الكافل الأخر في عقد الكفالة.

ان الإشكال يطرح مرة أخرى في انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، وانتقاله في غالب الأحيان إلى العيش عند الكافلة في عقد الكفالة ،وحتى إن لم تكن طرفا في عقد الكفالة يمكن أن تنتقل

الفريق المعارض: والذي رفضت تطبيق هذا المرسوم على ارض الواقع حيث اعتبروه تبني ضمني غير صريح، وذلك لما فيه من تغيير للحقيقة وتزييف للنسب، ويبررون ذلك أيضا بتعارض مع المادة 120 ق.ا التي توجب احتفاظ الولد المكفول بنسبه الأصلي أن كان معلوم وان كان مجهول تطبق عليه أحكام المادة 64 ق.ح.م.

الفريق الداعم الذي لا يعتبر فحوى هذا المرسوم تبنيا، بل يبقى دائما في إطار الكفالة، حيث يبقى استعمال لقب الكافل استعمال شخصي فقط وهو لقب إضافي ويشار في الهامش انه طفل متكفل به، ويعتبر هذا المرسوم حفظ كيان ونشأة الطفل داخل المجتمع.

-حوباد حياة، مدى إمكانية تغيير الكافل لقب المكفول، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 04، 2013، ص 296-300.

إليها، وهذا ما يطرح إشكال عويص خاصة مع قرارات المحكمة العليا[1] التي تقضي بعدم أحقية الطفل المكفول في النفقة في حال طلاق كافليه، أي أن أثار الطلاق لا تطبق على الطفل المكفول من أحقيته في النفقة والزيارة وحتى الحضانة[2]، وهذا ما يزيد الأمور تعقيدا، أن قرارات المحكمة العليا لا تبين إمكانية احتفاظ الطفل المكفول بلقب كافله، هل هذا السكوت يعد جوازا بذلك سواء من المحكمة العليا أو القانون ؟

إن مصلحة الطفل المكفول تقتضي عدم نزع لقب كافله خاصة إذا ما كان الطفل المكفول مميزا ومعروف في الوسط المدرسي ومحيطه بلقب كافله، حتى وان تطلق الكافلين، من اجل استرجاع حقوق الطفل المكفول مثل المنح العائلية والمدرسية حسب مديرية النشاط الاجتماعي فان المنتقلة إليها الكفالة يمكن تقدم عريضة على مستوى المحكمة بإلغاء عقد الكفالة الأول مع الإبقاء على اللقب الأول الممنوح من طرف الكافل، وهذا ما يوضح أهمية منح الطفل المكفول اللقب العائلي. ولكن إشكالية قانونية تجرنا إلى إشكالية أخرى، وهي بعد طلب إلغاء عقد الكفالة مع الإبقاء على اللقب، هل يمكن أن يجيز عدم نزع اللقب من الطفل المكفول؟ يعني هل يشترط القبول الصريح في ذلك؟ أم انه يتم إلزامه على الموافقة بإلغاء عقد الكفالة دون الرجوع إليه في مسالة اللقب؟

يعني أن كل هذه الإشكالات القانونية تطرح جراء تخويل المكفول الحق في لقب الكافل، دون دراسة الواقع المعاش أي ما يترتب عن أثار الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، ذلك أن كل عائلة يمكن أن

1 – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 10-03-2011، نفس المرجع السابق.

– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 13-06-2013، نفس المرجع السابق.

2 - BOULENOUAR AZZEMOU Malika – La concordance du nom du MAKFOUL avec celui du Kafil – Une mesure dans l'intérêt à l'épreuve du temps – op.cit. – p 151.

تتعرض للتفكك الأسري سواء الإرادي منها أو غير الإرادي، فلا يمكن حتى للرقابة من الهيئات المتخصصة أن تحول دون وقوع ظاهرة انحلال الرابطة الزوجية حتى يبلغ المكفول سن الرشد القانوني؟

ب–احتفاظ المكفول في القانونين المغربي والتونسي بلقبه بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين:

ان احتفاظ المكفول في القانونين المغربي والتونسي واقعة قانونية مخالفة للتشريع الجزائري، وهذا يرجع الى الخلفية الفقهية والتشريعية، واختلاف القاعدة القانونية. ذلك ان نظام الكفالة في القانون الجزائري له ميزة خاصة، تصب في مصلحة الطفل المكفول دون تمييزه عن غيره، بالرغم من عدم تطويق كل الاحكام، الا ان ذلك يبقى قفزة تشريعية مغايرة عما يحاذيها من أنظمة قانونية خاصة بالكفالة.

يحدد المشرع المغربي في المادة الثانية من قانون كفالة الأطفال المهملين أن تربية الطفل المكفول كابن أصلي لا يرتب الحق في النسب، ولا يوجد أي نص قانوني يبين أحقية الطفل المكفول في مطابقة لقبه للقب كافله. وهذا لا يخلق مشكلة قانونية بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين في إمكانية الاحتفاظ باللقب.

يكون للطفل المكفول المغربي لقب سواء كان الطفل مجهول أو معلوم النسب، ويكتسب اللقب عن طريق قانون الحالة المدنية[1]، حيث تنص المادة 16 منه على (**إذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع، يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية ويختار له اسم شخصي واسم عائلي، وأسماء أبوين أو اسم أب إذا كان معروف الأم. – تصرح بالابن المجهول الأب أمه أو من يقوم مقامها، كما تختار له اسما شخصيا واسم أب مشتق من أسماء العبودية لله تعالى واسما عائليا خاصا.**) يفرق المشرع المغربي بين حالتين في اختيار اسم الطفل المكفول:

1 – ظهير شريف رقم 239–02–1 صادر في 25 رجب 1423 مؤرخ بـ 03 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 99–37 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر عدد 5054 بتاريخ 7 نوفمبر 2002، ص 3150.

الحالة الأولى: يبقى الطفل المكفول حاملا لاسمه الشخصي وكذلك لاسمه العائلي الذي يتوارثه عن أبيه إذا كان معلوم النسب.

الحالة الثانية: يختار وكيل الملك اسم شخصي واسم عائلي، ويجب الإشارة إلى أن الأسماء تختار له طبقا لأحكام قانون الحالة المدنية[1].

ولكن يتضح مما تقدم أن المشرع المغربي لا يجيز حمل الطفل المكفول للقب كافله وذلك راجع للمحافظة على عدم اختلاط الأنساب، ذلك أن الكفالة ليست تبنيا تنتج أثار البنوة الشرعية، والتبني في القانون المغربي يعتبر باطلا ولا ينتج أي أثر حسب نص المادة 1/149 من مدونة الاسرة المغربية.

وما يعزز عدم إجازة المشرع المغربي مطابقة لقب الطفل المكفول لكافله هو الفتوى الصادرة بهذا الخصوص والتي تعدم هذا الموقف[2]. ولكن بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية أن الكفالة تقوم على عدم إلحاق النسب، فهل يعد إعطاء اللقب تعديا على النسب، وهل يمكن أن يحقق آثار قانونية بهذا الخصوص؟

بالرجوع إلى مطابقة لقب المكفول بالكافل الممنوحة بالجزائر، نجد أن هذه المطابقة جائزة فقط في إطار الاستعمال الشرعي والقانوني ولا يمكن استخدام اللقب من اجل إلحاق النسب، وبالتالي يمكن المحافظة على انتقال اللقب في حال انحلال الرابطة الزوجية، ولا يمكن أن يكون ذلك تعديا على الألقاب ذلك أن الكافل منح المكفول في الأول لقبه بكامل إرادته.

1 – محمد الشافعي، كفالة الأطفال المهملين، نفس المرجع السابق، ص 48-49.

2 – رسالة رقم 879 بتاريخ 8 يونيو 2005، من المندوب الجهوي للشؤون الإسلامية لجهة مراكش تانسيفت الحوز بتنسيق مع السيد: رئيس المجلس العلمي بمراكش، إلى السيد: وكيل جلالة الملك لدى المحكمة الابتدائية بمراكش، الموضوع: في شان الكفالة، حيث تتضمن هذه الرسالة انه لا يحل للكافل مطلقا أن يعطي اسمه ونسبه للمكفول.

وبالرجوع إلى المشرع التونسي نجد انه لا ينص على إمكانية مطابقة لقب المكفول بالكافل، مما يستدعي الرجوع إلى التبني الذي يجيزه التشريع التونسي، وهذا الأخير يجيز لهم إلحاق الطفل إلى نسبهم. حيث يحتفظ الطفل معلوم النسب بلقب ابيه، اما مجهول النسب يحتفظ بالاسم واللقب الذي منحه له الولي العمومي حسب القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 اوت 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي الى الأطفال المهملين او مجهولي النسب.

ثانيا: احتفاظ الطفل المكفول بجنسيته

تعالت الأصوات الدولية بضرورة احترام حقوق الطفل، جراء ما عاناه الأخير من ويلات الحروب والتشتت، إلى غير ذلك من العوامل التي لم تحترم صغر سنه، منذ ذلك الحين اهتم المجتمع الدولي بهذه الفئة من الأطفال، وناهض التمييز بينهم على أساس الدين أو العرق أو اللغة أو الجنس، ووقف المجتمع الدولي وقفة واحدة من خلال إعلان حقوق الطفل واتفاقية حقوق الطفل، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والاجتماعية واتفاقية حقوق الطفل، حيث تتفق جميع هذه المعاهدات الدولية على احترام الحياة الخاصة للطفل والحفاظ على هويته، ويلي ذلك في مقدمة الحقوق السياسية: الحق في الجنسية، بعبارة "لكل طفل الحق في الجنسية"[1].

انعكست هذه المعاهدات الدولية على التشريعات المغاربية فيما يخص حق الطفل بالجنسية[2]، غير أن الإشكال لا يطرح بالنسبة للأطفال غير الشرعيين المكفولين في الجزائر، ذلك أن المشرع الجزائري في

1 – خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لحماية الطفل ومسئوليته الجنائية والمدنية في إطار الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي ص 136-139.

2 – إن التحولات التي تحدث في المجتمع الدولي أثرت على التشريعات المغاربية منها الجزائر، فيما يخص الجنسية، وتماشيا مع هذا عمدت الجزائر إلى تعديل الأمر 70-86 المؤرخ في 15-12-1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، نظرا للانتقادات والنقائص التي تضمنها، وعملا على جعله

قانون الجنسية الجزائرية خول لهم اكتساب الجنسية عن طريق الولادة في نص المادة 7 (**يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر: –الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين**). يطرح الاشكال بعد انحلال الرابطة الزوجية، ويكون الطفل متكفل به في الخارج، ويحمل جنسية كافله، هل يجوز أن يحتفظ بالجنسية بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه المقيمان في الخارج؟

تعتبر الجنسية حق سياسي يربط الفرد بدولته، وتؤخذ نوعين، فقد تكون أصلية، وقد تكون مكتسبة–هذه حالة استقرار الأفراد بدول أخرى غير دولهم–ولكل دولة شروط معينة للحصول على الجنسية، فقد تكون عن طريق الولادة أو عن طريق التزاوج إلى غير ذلك من العوامل، فكل دولة لها واسع النظر في منح جنسيتها.

بالرجوع إلى الأطفال المتكفل بهم، يمكن أن تمنح كفالتهم إلى أشخاص يعيشون في الخارج، سواء كانوا يحملون جنسية بلدهم او جنسية مزدوجة، على الأخص الجنسية الفرنكوجزائرية أو الفرنكومغربية. ولعل ما يجرنا إلى الحديث عن كفالة الأجانب للأطفال، ما يحدث في المغرب من كثرة الطلبات على أطفال مغربيين من طرف اسبانيين. حيث تمنح لهم الكفالة شريطة إسلامهم، الا ان الوضع يختلف في الجزائر فحصول

يتلاءم مع مختلف الحقوق، لاسيما بعد سن دستور 1989 ثم دستور 1996، ومن جهة أخرى الاستجابة للالتزامات الدولية التي تبناها المجتمع الدولي على أساس سمو المعاهدات الدولية على القانون الداخلي، وملائمة مع ذلك جاء التعديل في 2005 بموجب الأمر رقم 05–01 المؤرخ في 27–02–2005 .

– وعلي جمال، تعديل قانون الجنسية الجزائرية ومدى تأثير الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان في ذلك، الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، مدير النشر: النقيب: رفيق طاهر، العدد 2 – أكتوبر 2011، ص 107.

الأجانب على الكفالة حتى ولو كانوا مسلمين أمر غاية في الصعوبة، إلا إذا كان أصلهم جزائري، أو يحملون الجنسية الجزائرية بالإضافة إلى الفرنسية أو غيرها من الجنسيات الأخرى[1].

بعد منح الكفالة لشخص جنسيته تختلف عن جنسية المكفول، يتقدم امام الهيئة المعنية لطلبة الجنسية للطفل المكفول، ويجب التدليل صراحة أن في فرنسا يتم المطالبة بجنسية المكفول الجزائري او المغربي[2]،

1 – وهذا الأمر راجع إلى صعوبة تطبيق الرقابة، زيادة على ذلك يكون طالب الكفالة جديد العهد بالإسلام، هذا ما يبرر اتجاهات الفرنسيين والاسبان بعد إسلامهم على طلب كفالة أطفال من المغرب، وهذا راجع إلى التسهيلات التي تطال هذا النوع من التعاقد، ويكون في الغالب الموافقة على كفالة الطفل من اسبانيين يقيمون خارج المغرب.

– سجلت سنة 2009 استفادة 1936 طالب كفالة من أوامر من إسناد الكفالة شكل الأجانب منهم نسبة ما يقارب 8%، بعدد وصل إلى 147 كافل أجنبي، وفي سنة 2010، بلغ عدد الكافلين ما مجموعه 1716 من ضمنهم 227 كافل أجنبي، أي بنسبة 13%. أما سنة 2011، فقد بلغ عدد الكافلين 2756 من ضمنهم 254 كافل لجنبي، أي بنسبة 9.22%. وفي سنة 2012، وصل عدد الكافلين 2814، منهم 201 كافل أجنبي، بما يعني أن العدد يرتفع من سنة إلى أخرى، سواء بالنسبة لطالبي الكفالة ككل أو لعدد الأجانب طالبي الكفالة ضمن المجموع.

والدليل على منح الكفالة لأجانب يحملون جنسية أصلية مختلفة عن جنسية المكفول، مجموعة من الأحكام القضائية في هذا المجال، نذكر منها:

– قرار عدد 145 بتاريخ 21 فبراير 2012، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، تعود حيثيات القضية إلى: يستفاد من وثائق الملف عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء أن المطلوبين توماس غوميت لوبو بعد إسلامه اصبح يوسف، وماريا كار من فالفيردي المسماة بعد إسلامها ياسمين، تقدما بمقال أمام السيد قاضي شؤون القاصرين بالمحكمة الابتدائية بنفس المدينة يعرضان فيها أنهما زوجان مسلمان من جنسية اسبانية ولهما طفلة من صلبهما، وأنهما يريدان في كفالة طفل من مؤسسة لالة حسناء بالدار البيضاء، قصد منحه الدفء العائلي، لاسيما أنهما مؤهلان لذلك ماديا وأخلاقيا وصحيا، واستصدرا ترخيصا بهذا الشأن من بلد محل إقامتهما طالبين إصدار أمر بتعيينهما كافلين للطفل . وفعلا تم منحهما كفالة الطفل بعد إجراء تحقيقات قانونية واجتماعية.

– غرفة الأحوال الشخصية والميراث – محكمة الاستئناف – الدار البيضاء المغربية، ص 103-107.

– إبراهيم الأيسر، دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون الكفالة، كفالة الأطفال المهملين بين تقوية للضمانات وتذليل الاكراهات، مع قرارات هامة من غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض، سلسلة دفاتر محكمة النقض، عدد 2، ص 52.

2 – ولكن قبل المطالبة بحصول الطفل المكفول على الجنسية الفرنسية، يتم إجراء قانوني سابق وهو المطالبة بتأشيرة الدخول إلى فرنسا، المحددة زمنيا، وبعد منحها وفور الدخول إلى الأراضي وقبول تنفيذ عقد الكفالة من طرف الجهات الوصية الفرنسية، يتم طلب رخصة الإقامة، وهذه الأخيرة تكون أيضا محددة بمدة زمنية معينة، ويمكن تجديدها، وبعد كل اتباع كل هذه الإجراءات تتم المطالبة بالجنسية الفرنسية، من اجل الاستقرار، خاصة إذا كان الكافلين مرتبطين بعقود عمل.

ذلك أن منشور22 أكتوبر 2014 الذي صدر عن وزارة العدل الفرنسية المتعلق بآثار الكفالة تختص بذكر الكفالة الجزائرية والكفالة المغربية، وهذا ما انعكس على التعديل في القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 بإدراج حق الطفل المكفول في الجنسية الفرنسية.

فإذا ما تم منح الطفل المكفول الجنسية الفرنسية بالنسبة للقانون الجزائري، حسب نص المادة 13 مكرر 1 (**يسري على صحة الكفالة، قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل**). من خلال هذا يطرح إشكال قانوني آخر وهو إذا ما انحلت الرابطة الزوجية بين الكافلين، الآثار التي تترتب على الكفالة، هل يتم تطبيق القانون الفرنسي إذا كان الكافل يحمل فقط الجنسية الفرنسية؟

– وما يعزز طلب الجنسية الفرنسية، هي كون الكافل فرنسي الجنسية، ويكون لدى الطفل المكفول رخصة الإقامة لمدة خمس سنوات، من خلال هذا يمكن طلب الجنسية والحصول عليها، ولكن بعد التعديل الذي طال القانون المدني الفرنسي تقلصت هذه المدة إلى ثلاث سنوات يمكن من خلالها الكافل المطالبة بالجنسية الفرنسية للمكفول.

- L'article 21-12 du code civil , modifier par la loi n° 2016-297 du 14 Mars 2016 relative à la protection de l'enfant réduit le délai de cinq ans a trois ans ":L'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité Française, peut jusqu'à sa Majorité, déclarer , dans les condition prévues aux articles 26 et suivants ,qu'il réclame la qualité français ,pourvu qu'à L'époque de sa déclaration il réside en France .

-Toutefois ,l'obligation de résidence est supprimée lorsque l'enfant a été adopté par une personne de nationalité Française n'ayant pas sa résidence habituelle en France. Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française:

-1° L'enfant qui ,depuis au moins 3 années, est recueilli par décision de justice et élever par une personne de nationalité française ou et confié à l'aide sociale de l'enfance

.-2° L'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir، pendant cinq années aunions une formation française ،soit par un organisme public soit par un organisme، privé présentant les caractères Déterminés par un décret de conseil d'Etat ".

- Désormais l'enfant recueilli par un français tous comme celui confié au service de l'aide sociale à l'enfance pourra acquérir la nationalité française après délai de trois ans.

- kafala – adoption et nationalité française – modification de l'article 21-12 du code civil par la loi de 14 mars 2016 .Quel sont les effets de la kafala sur le droit de la nationalité Le 7 juillet 2016- LEXCASE société d'avocat - Copyright. AVOCAT IMMIGRATION – Réalisation lepetitcamargais.fr immigrationcontact@lexcase.com .

- Emilie BARRAUD adoption et kafala dans l'espace migratoire FRANCO-MAGHREBIN – L'année du Maghreb -2008 Mis en ligne le 1 octobre 2011 – consulté le 20 septembre 2017 – url : http //année Maghreb. Revues. 476 – p 12-13.

إذا كان مزدوج الجنسية يمكن تطبيق القانون الجزائري ذلك أن الأحوال الشخصية الجزائرية تتسم بنوع من الخصوصية ترجع الى المصدر 'الشريعة الإسلامية'، ولكن إذا كان يحمل الجنسية الفرنسية فان القانون الفرنسي هو الذي يطبق، في هذه الحالة يجب الرجوع إلى منشور 14 أكتوبر 2014 والذي نجد انه لا ينص على أحكام جنسية، هل يتم في هذه الحالة الرجوع إلى القانون المدني الفرنسي؟

إن المشرع الفرنسي بعد منح الطفل المكفول الجنسية حسب نص المادة 21-12 من القانون المدني الفرنسي المعدل في 2016[1]، يحتفظ الطفل المكفول بجنسيته، ولا يمكن تجريده منها إذا تطلق أو توفي أحد الكافلين أو كليهما، الا في حالة سحب الجنسية والتي تخضع الى شروط معينة حسب كل تشريع.

تعتبر الجنسية وسيلة للتمييز بين الوطنيين والأجانب، وهي تعتبر من أهم الحقوق السياسية[2]. ذلك أن الطفل المكفول الحامل لجنسية غير جنسية ولادته أو يكون مزدوج الجنسية، فان ذلك يحمي حقوقه ومصلحته بالتمتع بجميع الوسائل المتاحة لكافة الأطفال والأخص منها الحق في التمدرس والحق في الحصول على المنح العائلية والمدرسية أي بصفة عامة الحق في الحماية الاجتماعية.

إن المشرع المغربي بالرغم من انه تطرق إلى وفاة الكافل وكذلك انفصام عرى الزوجية إلا انه لم يتطرق إلى القانون الواجب التطبيق في حال التكفل بالطفل خارج المغرب أي ما يترتب على أثار الكفالة بعد الطلاق أو الوفاة، بحكم العدد الهائل من الكفالة الممنوحة للأجانب التي سبق وإن أشرنا إلى الإحصائيات.

1 - Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant، publier au J.O. français le 15 mars 2016.

2 – شمامة خير الدين، مساهمة المشرع في حماية الأطفال غير الشرعيين من التهميش: التشريع الجزائري نموذجا، التهميش في المجتمعات العربية: كبحا وإطلاقا، كتاب متخصص يصدر عن تجمع الباحثات اللبنانيات، الكتاب الخامس عشر 2011-2012، ص 178.

ان المنطق يقضي بالاحتفاظ بالجنسية ما لم يتم المطالبة بسحبها، إذا كان يملك جنسية أخرى، فهذه الجنسية تخول للطفل المكفول جميع الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية المطبقة في القوانين الوضعية.

الفرع الثاني: الحماية القانونية للكافل تجاه المكفول

يلتزم الكافل برعاية الطفل على وجه التبرع سواء في الكفالة الأصلية أو الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية. حيث يفرض عليه هذا الالتزام حماية حقوقه ورعاية مصلحته الفضلى.

أكدت التشريعات المغاربية أن القائم على الكفالة ملزم بضمان توفير الحماية للطفل المكفول، حيث يكون الكافل سند له، قادر على الدفاع عليه من أي خطر يمكن أن يتعرض له، وهذه العلاقة القائمة بينهما يكون فيها الطفل المكفول بمثابة الابن الأصلي، سواء كان المنتقلة إليه الكفالة امرأة أو رجل، فهذا لا يغير من طبيعة الالتزام.

اتفقت التشريعات المغاربية في بعض النصوص القانونية المتعلقة بالكفالة على حماية معينة يلتزم بتوفيرها الكافل للطفل المكفول، ويكون ملزم بها ليس فقط معنويا، بل أيضا ماديا، ذلك أن هذه الحماية تجد مكانها، في عقد الكفالة.

ان الاثار المترتبة على الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، تأخذ منعرجا جراء الفراغ القانوني الذي يطال نوعية الحماية المقررة للمكفول سواء اثناء او بعد انتقال الكفالة. هذا ما يضفي الغموض على الإجراءات القانونية المتبعة، وعلى مفهوم الحماية المقدمة للمكفول.

من خلال ما تقدم من إبراز أن التزام الكافل على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر يخلق حماية للطفل المكفول، يكون الكافل ملزما بها في مواجهة الطفل المكفول، وفي مواجهة العدالة، ومن خلال استقراء أحكام

القوانين المغاربية التي تخص الكفالة، نجد أن من الحماية ما هو ظاهر أي واضح، وما هو ضمني، فما هي الحماية القانونية للطفل المكفول التي يتحملها الكافل في مواجهة الطفل، وفي مواجهة العدالة؟

أولا: الأساس القانوني لتحمل المسؤولية عن تصرفات الطفل المكفول

إن القاعدة العامة في تحمل المسؤولية أن الشخص لا يسال إلا عن أعماله الشخصية، ولكن استثناء على هذه القاعدة يمكن أن يرتب القانون مسؤولية عن عمل قام به الغير، غير أن هذا الاستثناء يجد اختلافا واسعا في التشريعات المقارنة، بخصوص الشخص المسؤول عن تحمل أفعال الغير، حيث يمكن حصر هذا الاختلاف في اتجاهين أساسيين وهما كالاتي:

الاتجاه الأول: وهو اتجاه القانون الفرنسي الذي يقصر هذه المسؤولية على الأبوين فقط وذلك بتأسيسها على السلطة الأبوية التي يتمتع بها الأبوين.

الاتجاه الثاني: وهو الاتجاه الذي تتبناه أغلبية القوانين المدنية، فيفرض المسؤولية على كل من يتولى رقابة القاصر[1]. ويرجع الأخذ بهذا المبدأ على أن المسؤولية على القاصر تفرض على أساس واجب الرعاية، فكل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رعاية القاصر يتحمل مسؤولية ما يتسبب فيه من ضرر للغير[2].

1 – احمد الخمليشي، المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، مطبعة المعارف، ط الأولى، 1982، ص 194.

2 – انه كينيونيس، هدى زكري، نفس المرجع السابق، ص46.

ينجر عن الالتزام بالكفالة على وجه التبرع، تحمل مسؤولية القيام بطفل قاصر سواء كان مميز أو غير مميز، ذلك انه يمكن أن يحدث المكفول أفعال أو أن يلحق ضرر بالغير، حيث يكون الكافل هو الملتزم بتحمل المسؤولية القانونية عن أفعال الطفل المكفول، وهذا ما يسمى بالمسؤولية المدنية[1].

إلا أن المسؤولية المدنية تنقسم إلى قسمين: مسؤولية عقدية، حيث تكون هذه المسؤولية ناجمة عن التصرفات التي يقوم بها القاصر إلا أنها لا تكون كاملة بفعل صغر سن الطفل، وبذلك تكون منعدمة الوجود، وبهذا يكون الكافل أو الوصي على الطفل هو الذي يمثل الطفل في العقود المدنية[2].

أما المسؤولية الثانية، وهي المسؤولية عن الفعل غير المشروع، والتي يتم تحملها نظير رعاية طفل مكفول، وهي تكون ناتجة عن عقد الكفالة[3]. إلى جانب المسؤولية المدنية، هل يمكن للكافل أن يتحمل المسؤولية الجزائية؟

يتضح مما تقدم أن الكافل يتحمل المسؤولية المدنية عن أفعال الطفل المكفول، ولا يتحمل المسؤولية الجزائية، ذلك أن المسؤوليتين تختلفان وتخضعان لقواعد قانونية خاصة. فأساس تحمل المسؤولية عن الطفل المكفول يكمن في المسؤولية المدنية، لما ينجر عنها من تعويض للضرر الذي لحق بالغير، أو إعادة الشيء إلى أصله، إلى غير ذلك من الأمور التي يمكن إصلاحها، فالمسؤولية المدنية ترمي إلى إصلاح الضرر الذي لحق بالمضرور ومنحه تعويضا ماليا في غالب الأحيان.

---

1 – تعرف المسؤولية المدنية بأنها التزام شخص بتعويض الضرر الذي لحق بالغير سواء تسبب فيه بفعله الشخصي أو بفعل الغير، أو الحيوان الخاضع لرقابته أو حراسته.

2 – هذا الجانب المتعلق بإبرام العقود المدنية في مكان الطفل المكفول، تجسيدا للولاية القانونية المخولة للكافل تجاه الطفل المكفول، وهي إدارة أموال الطفل المكفول امن قبل الكافل المشار إليها في نص المادة 122ق.ا. والتي سبق لنا التطرق إليها في إدارة أموال الطفل المكفول من طرف الكافل.

3 - Nadia YOUNSI HADDAD -La kafala en droit Algérien – l'enfant et les famille nourricières en droit comparé –Sous la direction de J. POUSSON-PETIT – Presses de l'université des science sociales de Toulouse – p146.

تخضع المسؤولية الجزائية لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، والمبدأ الأساسي الذي تقوم عليه هو أن عقوبة الجريمة تكون شخصية وتكون بعيدة عن التعويض، ولا يمكن أن يعاقب الغير ويتحمل مسؤولية جزائية لم يرتكبها[1].

يعطي الواقع العملي أمثلة حية على أن المسؤولية الجزائية أنها مسؤولية شخصية، بذلك أن هناك مؤسسات لإعادة التربية يمضي فيها القاصر عقوبة الحبس نظير ارتكابه جرائم، ولا يمكن للكافل أن يتحمل المسؤولية عن الفعل الإجرامي للمكفول[2].

يكون الطفل المكفول محمي قانونا من طرف كافله وذلك على اعتباره بمثابة ابنه، إلا أن الأساس القانوني في تحمل المسؤولية عن أفعاله لها حدود قانونية لا يمكن تخطيها، خاصة إذا ما وصلت إلى الاعتداء على الغير والذي لا يمكن إصلاحه بالتعويض، ولذلك تكون مؤسسات إعادة التربية هي الملاذ الوحيد لحماية الطفل من الانحرافات التي يمكن أن يتعرض لها بعد جنوحه، حيث تكون الجلسات سرية ويكون المسؤول عنها هو قاضي الأحداث[3].

وبذلك تتجسد حماية الحقوق الأساسية للطفل المكفول في تحمل المسؤولية المدنية عن أفعاله وتصرفاته التي يمكن أن تحتمل ارتكاب الأخطاء في مواجهة الغير، وهذا ما هو معترف به في أغلب التشريعات القانونية الوضعية المقارنة، وكذلك اتفاقية حقوق الطفل، والتي لا يسعها أن تذكر الوالدين او الممثلين

1- Abdelmadjid ZAALANI - Mini encyclopédie de droit Algérien – Notions fondamentales et doctrinales – BERTI Edition – 2009 – p 245.

2- الدراسة الميدانية التي قمنا بها على مستوى مؤسسة إعادة التربية بنات لوهران، اتضح لنا أن رغم سن الطفل المكفول، والذي يكون مميز في غالب الأحيان، إلا انه يخضع لعقوبات تتمثل في الحبس على أساس ارتكاب جريمة، وتحمل المسؤولية عن ارتكاب الأفعال الإجرامية يكون شخصي

3 – إلا انه هناك تدابير قانونية يتم اتخاذها ويراعى فيها سن الحدث، إذا كان مميز أو غير مميز، وإذا كانت الوقائع تشكل مخالفة جنحة أو جناية. وإذا رأت المحكمة خطورة الجريمة أو الحدث توقع عليه عقوبة سالبة للحرية، فيكون عليها تسبيب الحكم والتقيد بالمادة وبحكم عليه بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه إذا كان بالغا، ويعتبر هذا الاستثناء ظرفا مخففا تتقيد به المحكمة، كما لا توقع عليه إلا عقوبة الحبس.

الشرعيين، إلا أن تذكر معهم مسؤوليتهم القانونية تجاه الطفل، وهذا ما هو وارد في المادة الثالثة، حيث ترتبط حقوق الطفل بضمان مصلحته الفضلى ولكن يكون ذلك موازاة مع مراعاة حقوق وواجبات الأفراد المسؤولين عنه، ومن ذلك يستخلص أن المسؤولية المدنية يتحملها الكافل، ولا يمكن أن تتعدى إلى غير ذلك.

ثانيا: تحمل المسؤولية المدنية عن تصرفات الطفل المكفول في التشريعات المغاربية

إن الأساس في تحمل المسؤولية عن تصرفات الطفل المكفول هو تحمل المسؤولية المدنية عن أفعاله التي يمكن أن تلحق ضررا بالغير، ذلك أن الأساس القانوني لهذه المسؤولية يجد مبتغاه في قوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية والقانون المدني إضافة إلى ذلك عقد الكفالة.

ا–في القانون الجزائري:

يجب التنويه أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لا يتطرق إلى تحمل المسؤولية المدنية عن أفعال الطفل المكفول، ولكن بالرجوع إلى عقود الكفالة[1]، نجد انها تنص على تحمل المسؤولية المدنية من طرف الكافل عن التصرفات الضارة للطفل المكفول.

فالمسؤولية المدنية التي يتحملها الكافل عن تصرفات الطفل المكفول الضارة، تنطبق عليها أحكام المادة 134 من ق.م[2]، مسؤولية رقابة شخص في حاجة للحماية، وتستمد هذه المسؤولية أيضا من عقد الكفالة الذي يحولها شرعيا إلى الحق في الحراسة.

---

1 – انظر الملاحق رقم 04 – 05 – 06 التي تبين الإشارة الى تحمل المسؤولية المدنية سواء في عقد الكفالة الأصلي او العقد الجديد بعد انحلال الرابطة الزوجية.

2 – تنص المادة على: (كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار).

تختلف المسؤولية بين الطفل المكفول المميز وغير المميز، فحسب المادة 125 من ق.م تنص على **(لا يسال المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا)**، وبالتالي يفهم من هذه المادة أن الكافل يلتزم بالتعويض عن الأضرار التي يتسبب فيها الطفل المكفول المميز[1]، ولكن بالرجوع إلى عقد الكفالة نجد انه لا يميز في المسؤولية المدنية بين الطفل المكفول المميز وغير المميز، فهل يتحمل الكافل المسؤولية عن الطفل المكفول المميز وغير المميز؟

للإجابة على هذا الإشكال القانوني يجب التمييز بين ما هو منصوص عليه في القانون وما هو متفق عليه في عقد الكفالة:

1–الالتزام بعقد الكفالة: والتي تعتبر الالتزامات المنصوص والمتفق عليها بمثابة مواد في العقد إن صح التعبير، وبالتالي تكون لها صفة الإلزام لتطبيقها ذلك أن الكافل هو ملزم بتحقيق الرعاية للطفل المكفول، حيث ينتج عن هذا الالتزام تحمل المسؤولية المدنية عن التصرفات الضارة للطفل المكفول.

وبالتالي يتحمل الكافل المسؤولية المدنية عن الطفل المكفول سواء كان مميزا أو غير مميز، ذلك أن عقد الكفالة هو الذي يحكم هذه العلاقة القانونية، حيث يلتزم الكافل برعاية مصالح الطفل المكفول كما يقوم الوالد مع ابنه الأصلي، والسبب في هذا التساؤل هو غياب نص قانوني في ق.ا يحدد التزامات الكافل مع مكفوله أي الآثار التي تترتب على هذه العلاقة القانونية مع ربطها بكل ما يتعلق بالأمور المدنية والسياسية وحتى الثقافية والاجتماعية للطفل المكفول، أو على الأقل إرجاعها أو إحالتها إلى ما يحكمها من القوانين الخاصة بها .

1 - Nadia YOUNSI HADDAD -La kafala en droit Algérien – l'enfant et les famille nourricières en droit comparé –Op.cit. – p 146.

2–عدم تحمل كل المسؤولية الواردة في عقد الكفالة: وذلك راجع إلى أن المسؤولية في حد ذاتها مخففة قانونا، حيث إذا تعرض الكافل إلى إفلاس، يمكن للقاضي أن يحمل الطفل المكفول المميز المسؤولية ولكن تكون بصفة عادلة، أي لا تكون فوق طاقته وتحمله.

هناك حالة استثنائية، بما أن الكافل ملزم بالطفل المكفول كابنه الأصلي، فانه يجد نفسه في وضعية قانونية تتقارب مع الأب الأصلي، وبالتالي يكون ملزم بتحمل المسؤولية عن أفعال الطفل المكفول[1]. إلا انه بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 134 ق.م نجد أنها تخول للكافل الذي يمتلك صفة المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية المدنية الملقاة على عاتقه إذا قام بواجب الرقابة أو أتبث أن الضرر كان لابد من حدوثه.

ويجب الرجوع إلى الإشكال الأساسي وهو انتقال تحمل المسؤولية المدنية عن التصرفات الضارة للطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية، ذلك أن عقد كفالة جديد لا يخلق إشكال، إلا انه في حالة الطلاق، وعدم المطالبة بفسخ عقد الكفالة الأول، ذلك أن الكافل الأول أصبح لا يرتبط بالطفل المكفول لعدم أحقيته في رعايته أو النفقة عليه، ولم يعط له القانون زيادة على ذلك الحق في زيارته. وبالتالي إذا ما تسبب الطفل المكفول بضرر للغير وكان عقد الكفالة الأول لا زال قائما، هل يتحمل الكافل الأول أم المنتقلة له الكفالة المسؤولية المدنية؟

إن المسؤولية المدنية على الطفل المكفول ترجع أحكامها إلى الشريعة العامة[2] وبالتالي هناك شروط معينة يجب أن تجتمع من اجل تحقق تحمل المسؤولية، نذكر منها، أن يكون الابن قاصرا، أن يسبب هذا

1 - Nadia YOUNSI HADDAD - La kafala en droit Algérien – l'enfant et les familles nourricières en droit comparé –Op.cit. – p 146.

2 - Ghenima LAHLOU – KHIAR – LA KAFALA en droit ALGERIEN – op.cit. – p 211

- Nacira SAADI – La kafala en Algérie – op.cit – p 109.

الطفل الضرر للغير بفعله الشخصي، ولعل الشرط الأهم والفاصل في هذا الإشكال هو أن يتوافر شرط المساكنة بين الطفل والمسؤول قانونا عنه وقت ارتكاب الفعل. فيتحدد بشرط المساكنة من هو المسؤول عن التعويض في حال ارتكاب الخطأ إذا كان الكافل أو من انتقلت إليه الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية.

ويجب التأكيد أيضا أن المسؤولية الجزائية عن المخالفات أو الجنح أو الجنايات المرتكبة من طرف الطفل المكفول، والذي يعتبر كافله هو متولي الرقابة عليه، فان الحكم على المكفول بالحبس لا يكون إلا استثناء[1]، ويمكن أن تنجر على توقيع عقوبة سالبة للحرية غرامة مالية، يكون فيها المسؤول المدني المكلف بتأديتها إضافة إلى ذلك المصاريف القضائية[2].

ب–أساس تحمل المسؤولية المدنية عن المكفول في القانونين المغربي والتونسي:

يختلف المشرع المغربي والتونسي عن المشرع الجزائري في تحمل المسؤولية المدنية عن أفعال الطفل المكفول المنصوص عليها صراحة في كل من قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، وقانون الكفالة والتبني التونسي.

يعتبر المشرع المغربي الكافل مسؤول مدني عن أفعال مكفوله[3]، حيث ارجع القواعد المتعلقة بتحمل هذه المسؤولية إلى قانون الالتزامات والعقود، واهم ما جاء به هذا القانون المادة 85 التي نصت عليها المادة 22 من قانون كفالة الأطفال المهملين: (**لا يكون الشخص مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهدته**). وهذا ما سار عليه المشرع

1- إذا قدرت المحكمة خطورة الجريمة بان توقع عقوبة سالبة للحرية، فانه يجب ان تسبيب الحكم والتقيد بحكم المادة، ويحكم عليه بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغا، وهذا الاستثناء هو ظرف مخفف قانونيا.

2 – محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، نفس المرجع السابق، ص 180.

3 – إن هذه المادة جاءت خلافا لظهير 10 شتنبر 1993 الذي أغفل الحديث عن هذه المسؤولية.

التونسي بإحالة أحكام المسؤولية إلى أحكام الشريعة العامة باعتبار أن الكافل مسؤول مدني عليه مثل أبويه حسب الفصل 5 من قانون الكفالة والتبني: (**والكفيل علاوة على ذلك مسؤول مدنيا عن اعمال مكفوله مثل ابويه**).

ترجع الإحالة إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي، أن واجب الرقابة يفرض على الكافل، التزاما بقرار إسناد الكفالة الذي يوجب الرعاية[1]. على غرار المشرع الجزائري لم يبين المشرع التونسي انتقال المسؤولية المدنية عن أفعال الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية، بل اكتف فقط بإحالة المسؤولية المدنية على الطفل المكفول ضمنيا، ذلك أن الفقرة التي تسبق تحمل المسؤولية المدنية من الفصل الخامس ترجع أحكام الكفالة إلى مجلة الأحوال الشخصية، وكذلك إضافة الى هذا اعتبار هذه المسؤولية الملقاة على عاتق الكافل كأنها مسؤولية الأب على ابنه الأصلي.

تنص المادة 2/85 من قانون الالتزامات المغربي على شروط خاصة تقام على أساسها المسؤولية، نذكر منها: ارتكاب الفعل الضار، القصر، المساكنة. ونص المشرع المغربي على أن الضرر يكون مادي[2] معنوي وأدبي[3]، من أجل تحقق المسؤولية المدنية.

إن المشرع المغربي عندما اشترط القصر في المتسبب في الأضرار للغير لم يبين إن كان الطفل مميزا أو غير مميز كالعبارة التي يستعملها المشرع الجزائري، بل الاختلاف يكمن في عديم وناقص الأهلية، فالمقصود

---

1 – مولاي عبد العزيز اليوسفي علوي، كفالة الطفل المهمل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق أكدال – الرباط، السنة الجامعية 1999-2000، ص 235.

2 – الضرر المادي: هو كل ضرر يصيب الضحية في حق من حقوقه وتلحقه بذلك خسارة مادية سواء كان الحق في ذاته مالي أو غير مالي، وإلا تكون المصلحة المدعى فيها مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

3 – الضرر الأدبي والمعنوي: هو الضرر الذي يصيب المدعي في حقوقه غير المالية، ولا تترتب عليه خسارة مادية

– احمد الخمليشي، المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القصر، نفس المرجع السابق، ص 74.

بالقصر كل من لا يتوفر على الأهلية المدنية لإجراء التصرفات القانونية سواء كان ناقص الأهلية[1]أو عديم الأهلية[2].

اما فيما يتعلق بالمساكنة، هذا الشرط الذي يجب أن يسكن المكفول مع كافليه، وبالتالي إذا ما تحققت هذه الشروط القانونية تقوم المسؤولية المدنية على الكافل، ولكن هناك اختلاف يتعلق بالفرق بين الطفل المكفول البنت والولد وحتى المعاق أو العاجز عن الكسب.

ينص المشرع المغربي على استمرارية سكنى البنت حتى الزواج والعاجز عن الكسب والمعاق مع الكافل، وبالتالي تستمر المسؤولية المدنية عليهم، طيلة مدة كفالتهم وسكناهم مع الكافل. واعتبارا أن المشرع المغربي نص على حالة انفصام العلاقة الزوجية، ويطرح الإشكال بخصوص إثبات السكنى مع الكافل ذلك أن انتقال الكفالة تتم عن طريق أمر من القاضي، وبذلك يعد المكفول ساكنا مع من استمرت الكفالة معه، ويكون هو المسؤول المدني عنه، ويترتب على اعتبار المكفول ساكنا مع أحد الزوجين الكافلين الذي استمرت كفالته، أن الضحية لا يكلف بإثبات سكن المكفول مع كافله، وإنما يكفيه إثبات كفالته له.

1 – ناقص الأهلية هو الذي أتم الثانية عشر ولم يبلغ سن الرشد القانوني، أو الذي أتم هذا السن وأصابه عارض من عوارض الأهلية كالسفه أو العته. المواد 215–216 من مدونة الأسرة المغربية، ويعتبر العته من مستجدات مدونة الأسرة لان مدونة الأحوال الشخصية القديمة كانت تقتصر على السفه كعارض من عوارض الأهلية.

2 – عديم الأهلية هو الذي لم يتم الثانية عشر من عمره، أو الذي أتم سن الرشد القانوني، وأصابه عارض من عوارض الأهلية وهو فقدان العقل.

– سن الرشد القانوني حسب المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية هو 18 سنة كاملة.

ولا يعتبر شرط المساكنة منعدما إلا إذا كان انفصال المكفول عن كافله لسبب قانوني، كتوقيف القاصر في سجن أو إيداعه في إحدى المؤسسات الخاصة بالإحداث الجانحين. ويمكن أن يعفى الكافل من المسؤولية إذا اثبت عدم سكناه مع المكفول[1].

المطلب الثاني: مدى تفعيل الرقابة على المكفول من طرف الهيئات المتخصصة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين

إن الحماية القانونية المقررة للطفل المكفول، لا تتوقف على عقد الكفالة، أو إجراءات مطابقة لقب الكفيل بالمكفول، بل تستمر إلى ابعد من ذلك، خاصة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، وتكون هذه الرقابة وليدة المحافظة على المصلحة الفضلى للطفل المكفول التي ألزمتها الاتفاقيات الدولية.

يختلف توقيع الرقابة من دولة إلى أخرى، ذلك أن المؤسسات التي تسهر على تفعيل هذه الحماية تختلف هي الأخرى، ولكنها تتفق على أمر واحد وهو مناهضة أي اعتداء يشكل خطورة على سلامة المكفول، سواء كان الاعتداء مادي بالضرب، أو اعتداء معنوي، الذي يخلق للطفل مشاكل نفسية، خاصة إذا كان مجهول النسب[2].

1 – جاء في قرار للمجلس الأعلى المغربي: الغرفة الإدارية، قرار عدد 151 بتاريخ 11 ابريل 1980، ملف مدني عدد 64109: " لا مجال لتطبيق الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود المتعلق بمسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين، بعد أن تبث لمحكمة الموضوع أن الطفل خرج أثناء سفره عن رقابة والديه.".

– انه كينيونيس، اندريس رودريغيث، هدى زكري، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 50.

2 – انظر الملحق رقم 07 الذي يضم تحقيق اجتماعي حول تعرض الطفل المكفول إلى كلام جارح.

ان تفعيل الرقابة على المكفول بعد انتقال كفالته، تأخذ مستويين، منها الرقابة الداخلية والخارجية، التي أحيانا يصعب إقرارها، بحكم تغير النمط المعيشي في البلدان المستقبلة للكفالة، وعدم كفاية الاتفاقات الدولية التي تسهل من هذه المهمة.

ان صراع المغاربة في الخارج حول كفالة الأطفال يثير جدلا واسعا، يرجع الى الصعوبة في تطبيقات المقتضيات القانونية، عند اقترانها بقاعدة اجنبية، كما ان القانون الحالي في كل من الجزائر والمغرب لم يعط الاختصاص في تفعيل الرقابة الخارجية الى جهة إدارية[1]، في كل من ق.ا.ج وقانون كفالة الأطفال المهملين. ذلك ان تونس تأخذ بنظام التبني، خاصة عندما يتعلق الامر بتحويلها الى الخارج، نظرا لسهولة الإجراءات. من هذا المنظور كيف يتم تفعيل الرقابة على المستويين الداخلي والخارجي لضمان حماية المصلحة الفضلى للطفل؟

الفرع الأول: تفعيل الرقابة بعد انتقال الكفالة على المستوى الوطني

تختلف المؤسسات التي تسهر على ضمان مصلحة الطفل، منها المؤسسات القضائية والتضامنية ذات الطابع الاجتماعي كما هو منصوص عليه في اتفاقية حقوق الطفل. إلا أن هذه المؤسسات تختلف على المستوى الوطني سواء كانت بالجزائر أو بالمغرب او بتونس، ولكن هدفها واحد وهو ضمان الاستقرار للطفل المكفول داخل اسرته الكافلة. فما هي المؤسسات القانونية التي تعمل على مراقبة مدى تفعيل الحماية القانونية المقررة للطفل المكفول من طرف كافله والمحافظة على حقوقه ومصلحته الفضلى؟

[1]- عبد المالك زعزاع، نفس المرجع السابق، ص 45.

أولا: الرقابة القضائية على الطفل المكفول

تتمثل المؤسسات العمومية ذات الطابع القضائي في المحاكم، ولكن الاختصاص النوعي للمحاكم القضائية هو الذي يخلق الفارق في تفعيل الرقابة، التي تتم عن طريق قضاة، كل في اختصاصه، ولعل الاختصاص الذي يتبع مراقبة الطفل المكفول، هو القاضي الذي منح الكفالة، حيث يكون أدرى بأموره، منذ أن تمت كفالته في المرحلة الأولى.

ا–الرقابة القضائية على الطفل المكفول في الجزائر:

يختص قاضي شؤون الاسرة في الرقابة على الطفل المكفول بعد إجازة انتقال كفالته، ويتم تفعيل هذه الرقابة عن طريق تحقيقات اجتماعية، يكلف بها المساعدين الاجتماعيين، لتتبع وضع المكفول داخل اسرته البديلة.

إلا أن المشرع الجزائري لا ينص في ق.ا على اختصاص قاضي شؤون الأسرة الذي منح الكفالة أو أجازها، باختصاصه في مراقبة الظروف الاجتماعية للطفل المكفول وعلاقته مع كافله، إلا انه بالرجوع إلى ق.ا.م.ا نجد انه يتطرق إلى صلاحيات قسم شؤون الأسرة، بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالكفالة، والدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها حسب نص المادة 423.

تنص المادة 424 من ق.ا.م.ا على أن قاضي شؤون الآسرة يتكفل على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر. حيث جاءت هذه المادة عامة، يندرج ضمنها الطفل المكفول. وتطرق المشرع الى

الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة الذي من صلاحياته النظر في دعاوى الكفالة، وبالتالي فضلا على الصلاحيات الموكلة لقاضي شؤون الأسرة وسع المشرع الجزائري من صلاحياته[1].

إلا أن السهر على مصالح القاصر، يقتضي تفعيل الرقابة، بما في عبارة –لصالح القاصر–عدة دلالات قانونية، حيث أن مصلحة القاصر بالدرجة الأولى تكون في حماية شخصه من الاعتداء عليه سواء جسديا أو لفظيا، بالإضافة إلى مصلحة الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية أن يعيش في كنف عائلة سواء عند ورثة الكافل أو عند الكافل الأخر الذي استمرت لديه الكفالة. ومن مصالح القاصر أيضا حفظ حقه في النفقة عليه وعدم التعدي على هويته، من ذلك يتضح ان حماية المكفول القاصر يختص بها قاضي شؤون الأسرة.

تبدأ الرقابة الفعلية من طرف القاضي أو إلى من أوكلهم هذه الصلاحية منذ عقد الكفالة أولا، وتزداد هذه الرقابة بعد انحلال الربطة الزوجية بين الكافلين، فالمدة الزمنية التي حددها القانون للقاضي لجمع ورثة الكافل، الا لتمكينه من اتخاذ الإجراءات المناسبة، للحفاظ على مصلحة الطفل، وهذا ما يوضح الدور الإيجابي لقاضي الاسرة بعد التعديل الذي طال ق.ا.م.ا.

ومن مصالح الطفل المكفول التي تستدعي تفعيل الرقابة هي علاقته الاجتماعية والاسرية مع كافله إضافة الى المصالح المالية، إن توفر للطفل المكفول مال، وتكون في الأساس على إدارة أمواله من طرف كافله

1 – إن الهدف من وراء هذا النص هو حماية مصالح القاصر، إلا انه هذا النص يطرح العديد من التساؤلات منها، ان المشرع الجزائري لم يضبط معايير يتم الاعتماد عليها لمعرفة مدى المساس بمصالح الطفل، وإضافة إلى ذلك جاء هذا النص واسعا يحتمل فئات عديدة من الأطفال، ولم يبين متى يمكن للقاضي أن يتدخل لحماية مصالح الطفل.

– سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نصا شرحا، تعليقا، تطبيقا، الجزء الأول، دار الهدى عين مليلة – الجزائر، 2011، ص580–581.

– عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة، 2010، 146.

الذي يجب أن يلتزم بحسن الإدارة وعدم التبذير. حيث تنص المادة 465 من ق.ا.م.ا على: (**يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه او بناء على طلب من ممثل النيابة العامة او بطلب من أي شخص تهمه مصلحة من وضع تحت الولاية**).

النص هنا جاء على صيغة العموم ومن ثم يمكن قبول دعوى أي شخص سواء كان من أحد اقارب القاصر او بعيدا عنه، فالعبرة تكون بمساس مصلحة القاصر–الطفل المكفول–فمتى توافر هذا العنصر كان لهذا الشخص حق حماية أمواله بموجب طلب يتقدم به امام القاضي المختص. الذي اوكل له المشرع الجزائري بصريح العبارة ممارسة الرقابة التلقائية او بعد تقديم طلب من طرف النيابة العامة ممثلا في وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة الابتدائية او النائب العام او أحد مساعديه على مستوى المجلس القضائي.

وفي المادة التي تلي هذا النص القانوني 466 من ق.ا.م.ا حيث اعطر المشرع الجزائري صلاحية اجراء التحقيق عن طريق استدعاء وسماع أي شخص يراه مفيدا في ذلك، وهذا في حالة إذا ما كان القاضي نفسه قائما على مراقبة الولاية، او متى طلبت النيابة العامة منه ذلك. اما إذا كان الطلب مقدما من طرف اخر، عدا التلقائية والنيابية، فان الاستدعاء يكون بموجب تكليف بالحضور يتولاه المدعي في الطلب[1].

يعاب على المشرع الجزائري عدم نصه على الحالات التي تستوجب تفعيل الرقابة من طرف قاضي شؤون الاسرة حول علاقة الكافل بالمكفول، الا ان الواقع يفرض تتبع شؤون المكفول، وهذا ما يمكن استخلاصه من مجمل المواد القانونية المتعلقة بتنظيم الكفالة والتي تطرقت الى ممارسة الرقابة التلقائية ضمنيا.

[1]- سائح سنقوقة، نفس المرجع السابق، ص 640-643.

وتجدر الإشارة الى انعقاد الاختصاص الى قاضي الاحداث في تفعيل الرقابة على المكفول، الى جانب قاضي الاسرة، في حالة تعرض الطفل الى خطر معنوي. خاصة الأطفال مجهولي النسب الذين تمت كفالتهم من مراكز الطفولة المسعفة.

ب–الرقابة القضائية على الطفل المكفول في كل من المغرب وتونس:

ان الحفاظ على مصالح الطفل بصفة عامة والطفل المكفول بصفة خاصة، لا يتم الا من خلال سلطة قضائية، يكون لها جميع الصلاحيات في اتخاذ التدابير المناسبة لحماية الطفل، سواء عن طريق إجراءات ردعية او جزائية.

1–الرقابة القضائية على الطفل المكفول في المغرب:

اعطى المشرع المغربي الاختصاص في حماية الطفل المكفول ومراقبته وتتبع شؤونه الى القاضي المكلف بشؤون القاصرين، حيث تبدأ هذه الرقابة والحماية في نفس الوقت، انطلاقا من اسناد الكفالة[1]. للنظر في مدى وفاء الكافل بالتزاماته الناشئة عن الامر المتعلق بإسناده كفالة الطفل. حيث نصت المادة 19 من قانون الكفالة على: (**يعهد الى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الكافل بمهمة تتبع ومراقبة شؤون الطفل المكفول ومدى وفاء الكافل بالتزاماته**).

والملاحظ على هذه المادة انها أعطت للقاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الكافل الرقابة على شؤون الطفل المكفول، وكما يرى الأستاذ عبد القادر قرموش انها منطقية من وجهتين:

[1]- ان منح الاختصاص لقاضي شؤون القاصرين من التعديلات الإيجابية التي اتى بها قانون كفالة الأطفال المهملين، والتي يمكن ان تظهر بوضوح في الاثار التي تترتب عن اسناد هذه الكفالة، خاصة في علاقة الكافل بالمكفول، كما ان هذا التعديل ينسجم اكثر ويتوافق مع المسطرة والتعامل الدوليين والاعتراف القضائي بآثار الكفالة على الصعيد الدولي، بالإضافة الى ذلك فان قاضي شؤون القاصرين هو الذي يتولى مهمة رعاية شؤون القاصرين ويمارس الولاية على الأطفال المهملين طبقا لأحكام النيابة الشرعية والنيابة القانونية المنصوص عليها في مدونة الاسرة وقانون المسطرة المدنية حسب المادة 2/7 من قانون كفالة الأطفال المهملين.

-حتى يتم تفعيل هذه المراقبة بطرق سهلة وسريعة، حماية لمصلحة الطفل المكفول، وبالتالي تفادي العوائق المادية، والاستغناء عن مسطرة الانابة القضائية بكل ما يترتب عنها من مشاكل ليست في صالح المكفول.

-ان هذا الاختصاص يتناسب وقواعد المسطرة المدنية التي تقضي بممارسة القاضي المكلف بشؤون القاصرين رقابة عامة على سير النيابات القانونية بدائرة نفوذه، حسب المادة 190 من قانون المسطرة المدنية.

ان الصلاحية القضائية حول تتبع شؤون الطفل المكفول ومدى وفاء الكافل بالتزاماته، هي من المستجدات القانونية التي اتى بها قانون كفالة الأطفال المهملين، حيث تشكل هذه الرقابة اجراء وقائي يحمي الطفل المكفول من كل ما قد يمسه سواء اكان مصدرها الغير او الكافل نفسه. وهذا راجع الى الأوضاع المزرية لأطفال أسندت كفالتهم الى اشخاص لم تتم مراقبتهم ولا متابعة تنفيذهم لالتزاماتهم المترتبة عن اسناد الكفالة.

يعتمد قاضي شؤون القاصرين في مراقبة شؤون المكفول، على وسائل اثبات واقعية تبعده عن التعسف فيما قد يصدر عنه من أوامر. هذه الوسائل تتمثل في: الأبحاث التي تجريها النيابة العامة او السلطة المحلية او المساعدة الاجتماعية. وهي وسائل تتوفر على الضمانات والمؤهلات التي تجعل القاضي يمارس رقابة جدية على شؤون المكفول بإصدار أوامر قضائية تصب في مصلحته.

2-الرقابة القضائية على الطفل المكفول في تونس:

ان المشرع التونسي لا يتطرق الى موضوع الرقابة القضائية على الطفل المكفول في قانون الكفالة والتبني، الا انه من خلال احالته الاثار المترتبة على العلاقة بين الكافل والمكفول الى م.ا.ش نستنتج ان قاضي الاسرة هو المختص بتفعيل الرقابة على الطفل المكفول.

بإصدار مجلة حماية الطفولة سنة 1995 اسند المشرع التونسي لقاضي الاسرة مهمة إضافية تتمثل في الاشراف على الأطفال المهددين والعمل على حمايتهم. حيث اتى هذا القانون ليشمل جميع فئات الأطفال منهم الأطفال المكفولين. وتتمحور هذه الإجراءات في حماية الطفولة في تدخله التلقائي ثم الرقابي.

نص الفصل 51 من م.ح.ط على التدخل التلقائي لقاضي الاسرة حيث: (**يتعهد قاضي الاسرة بوضعية الطفل المهدد بناء على مجرد طلب صادر عن: قاضي الأطفال، النيابة العامة، مندوب حماية الطفولة، المصالح العمومية للعمل الاجتماعي، المؤسسات العمومية المعنية بشؤون الطفولة، ويمكن للقاضي ان يتعهد من تلقاء نفسه في الصور المبينة بهذه المجلة**).

أتاح المشرع التونسي لقاضي الاسرة جميع السبل الممكنة لتتبع وضعية الطفل المكفول، متجاوزا بذلك ما كان سائدا لدى القضاء في مستوى عدم إمكانية تعهد القاضي بشكل مباشر او من تلقاء نفسه احتراما لمبدأ حياد القاضي، وتجدر الملاحظة ان تنظيم تعهد قاضي الاسرة بوضعية الطفل، يكون في الحالات الصعبة التي تهدد سلامته البدنية والمعنوية.

اما بخصوص التدخل الرقابي لقاضي الاسرة ينصب أساسا على التحقيقات التي يقوم بها مندوب حماية الطفولة، وهذا يدخل ضمن الرقابة القضائية الاجتماعية التي سوف نتناولها اتباعا. ان الاحكام التي يصدرها قاضي الاسرة والمتعلقة بحماية الطفولة غير قابلة مبدئيا للطعن، وتستمد فورية التنفيذ من الطابع الوقائي لمصلحة الطفل. ويتولى بشكل ملزم متابعة تنفيذ كل الاحكام الصادرة، مما يجعله قاضي تنفيذ الى جانب كونه قاضي أصل[1].

[1]- المزوغي شاكر، تطور حماية الطفل في القانون التونسي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، رقم 13-2012، ص 135-136.
- محمد الحبيب الشريف، نفس المرجع السابق، ص 200-201.

ان تفعيل الرقابة القضائية على الطفل المكفول يتطلب تجنيد كل الأجهزة التابعة في عملها الى القضاء وذلك من اجل المحافظة على كيانه، وضمان تنشئته في وسط عائلي مستقر، وهذا ما تتفق عليه التشريعات المغاربية التي أدرجت احكام اتفاقية حقوق الطفل في قوانينها الداخلية. ذلك ان الأولوية في تفعيل الرقابة على حماية مصالح الطفل المكفول ترجع بالضرورة الى الهيئات القضائية التي تسهر عن طريق القضاة المختصين والاعوان التابعين لسلك القضاء، وأحيانا تمتد الى المختصين والخبراء كل في مجال تخصصه الى الاستعانة بهم عن طريق طلب خبرة، من اجل ضمان التطبيق السليم للقانون والحفاظ على مبدا المصلحة الفضلى للطفل في ظل نظام الرعاية البديلة عن طريق الكفالة، وما يزيد حرصا على تفعيلها هو انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين التي قد تؤدي الى ضياع حقوق المكفول.

ثانيا: رقابة المؤسسات الوطنية ذات الطابع الاجتماعي والتضامني

إن نظام الرقابة الاجتماعية ليس وليد الأمس، فهو نظام قديم النشأة، من بين اختصاصاته، الملاحظة الرقابة والتوجيه، فهو عبارة عن عملية إعانة الطفل المتواجد في خطر معنوي قصد مساعدته على التكيف مع المجتمع[1].

تكرس هذه الرقابة الاجتماعية عن طريق مؤسسات وطنية تابعة في عملها إلى الجهاز القضائي، ذلك أن مصالح الطفل المكفول تقتضي توزيع المهام بين هذين الجهازين الذين يكملان بعضهما البعض، من اجل الارتقاء بحقوق الطفل، عن طريق مراقبة وضعه الاجتماعي وسط كافله، وضمان احترام حقوقه المكفولة شرعا وقانونا.

1 – قالعي سميرة، دور مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن في حماية الأسرة والطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة وحقوق الطفل، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسة، السنة الجامعية 2012-2013، ص 146.

ا–الرقابة الاجتماعية على الطفل المكفول في القانون الجزائري:

تتمثل هذه المؤسسات في المديريات التابعة لوزارة التضامن الاجتماعي وقضايا الأسرة[1]، حيث تتفرع على كل ولاية[2]. تنسق مديرية النشاط الاجتماعي العمل مع الفروع التابعة لها منها دار الطفولة المسعفة، مصالح الوسط المفتوح[3]، حيث يمكن لكل هذه المؤسسات والهيئات الوطنية أن تقوم بالرقابة عن طريق

1 – مرسوم تنفيذي رقم 10–128 مؤرخ في 13 جمادى الأول عام 1431 الموافق ل 28 ابريل 2010 يتضمن تعديل تنظيم مديرية النشاط الاجتماعي للولاية، ج.ر عدد 29.

– تتكفل مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن للولاية بتطوير وتنفيذ جميع التدابير التي من شانها تأطير النشاطات الاجتماعية للدولة والتضامن الوطني وضمان متابعتها ومراقبتها، ونم بين اختصاصاتها والتي ترتبط بموضوع الدراسة هو السهر على وضع الوسائل الضرورية لاستقبال الأطفال في وضع اجتماعي صعب أو في خطر معنوي والتكفل بهم.

2 – مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن توجد على مستوى كل ولاية، وتتضمن داخلها عدة مصالح متخصصة من بينها، مكتب خاص بالكفالة والذي يستقبل يوميا عددا لا يستهان به من المواطنين من طلب كفالة، إلى إلغاء عقد الكفالة، حيث يندرج ضمن اختصاصاته القيام بتحقيقات اجتماعية لدراسة وضع الطفل المكفول داخل أسرة كافله، ذلك أن من بين أعضاء هذه المصالح أخصائيين نفسانيين ومساعدين اجتماعيين متخصصين ومساعدين تربويين.

– دراسة ميدانية على مستوى مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن لولاية وهران.

3 – مصالح الوسط المفتوح: تنص المادة 19 من الأمر رقم 75 –64 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، والمتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة عند إحداث المصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة من طرف هذا الأمر تضمن إنشاء مصلحة واحدة من مصالح الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح على مستوى كل ولاية، ويمكن عند اللزوم أن تكون لديها ملحقات من نفس الولاية.

– وتجد هذه المصالح موقعها أيضا في قانون حماية الطفل الجديد، حيث أوكلت لها مهمة الحماية الاجتماعية للأطفال على المستوى المحلي، بالتنسيق مع مختلف الهيئات والمؤسسات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة.

حيث تقوم بمتابعة وضعية الأطفال في خطر ومساعدة أسرهم، ولها الصفة أن تتدخل تلقائيا، دون المطالبة بتحقيق أو مراقبة على الطفل المكفول.

– إلا انه بعد إصدار قانون حماية الطفل نص في الأحكام الانتقالية والنهائية في نص المادة 149 على: (تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون لاسيما:

– أحكام الأمر رقم 75–64 المتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة.

– تبقى مصالح الوسط المفتوح المنشاة قبل صدور هذا القانون قائمة.)

–الامر رقم 75–64 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الموافق ل 20 رمضان 1395 المتضمن انشاء المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة.

تحقيقات اجتماعية، سواء تكون بطلب من مديرية النشاط الاجتماعي في حد ذاتها أو بطلب من طرف قاضي الأحداث.

يصب التحقيق الاجتماعي حول صالح الطفل المكفول، وعلاقته مع كافله، والوضع الاجتماعي الذي يعيشه، ويكون بصفة دورية، خاصة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين. إلا أنه يمكن أن يكون بصفة استثنائية عند تعرض المكفول لخطر معنوي، أو الاعتداء عليه من طرف كافله أو الغير، كما يمكن أن تكون بطلب من الطفل المكفول في حد ذاته، خاصة إذا كان مميز، أو يكون بطلب من ممثله الشرعي كما ينص عليه ق.ح.ط أو أي شخص له الحق في المطالبة بالحفاظ على حقوق الطفل.

يكتسي التحقيق الاجتماعي أهمية كبيرة، لما ينجر عنه من كشف التجاوزات في حق الطفل المكفول، ويأخذ الطابع الالزامي في الفترة التي تنحل فيها الرابطة الزوجية ويتم اخطار القاضي المختص بذلك، لإجازة انتقال الكفالة من عدمها[1]. حيث تساهم هذه التحقيقات الاجتماعية في تفعيل الرقابة القانونية على الطفل المكفول في وسطه العائلي، واتخاذ أي إجراءات تحول دون الاعتداء على حقوقه والحفاظ على مصالحه.

إلا أن هذه التحقيقات ليست حبيسة مديرية النشاط الاجتماعي أو دار الطفولة المسعفة أو مكاتب الوسط المفتوح، ذلك انه هناك هيئة وطنية أخرى تعنى بالمحافظة على حقوق الطفل المصادق عليها في اتفاقية

1 – انظر الملحق رقم 07: تحقيق اجتماعي حول وضعية الطفل المكفول بعد وفاة كافليه وانتقاله للعيش عند أحد الورثة، حيث أسفر التحقيق الاجتماعي عن تبيان الحالة التي آل إليها الطفل المكفول، مما أدى إلى تدهور الحالة النفسية للطفل المكفول، بعد تعرضه للسب والشتم.

– الملحق رقم 08: تحقيق اجتماعي حول وضعية الطفل المكفول بعد وفاة كافلته وانتقاله للعيش عند أصدقاء العائلة وأسفر التحقيق الاجتماعي على توضيح خروج الطفل المكفول من منزل كافله بعد حادثة وقعت له.

– انظر الملحق رقم 14: استكمال لتحقيق اجتماعي بإعادة إدماج الطفل المكفول في الوسط العائلي بعد وفاة كافله من طرف ابن الكافل المتوفي وموافقة زوجته على كفالته.

حقوق الطفل والمنصوص عليها في القوانين الوطنية، وتسمى: الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة، وهي هيئة مستحدثة عن طريق قانون حماية الطفل[1].

تسعى الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة إلى التنسيق مع مختلف الإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة، ويكون ذلك بمتابعة الأعمال ميدانيا بصفة مباشرة، عن طريق زيارات للمصالح المكلفة بحماية الطفولة وتقوم هذه اللجنة بتقييد أي اقتراح كفيل بتحسين سيرها وتنظيمها، وتكون أحيانا على علاقة مباشرة بالطفل أو الطفل المكفول آو ممثله الشرعي إذا ما تم لمس تجاوزات ضد حقوقه الشرعية[2].

ان اختصاص هذه الهيئة يشكل الفارق في تطوير حقوق الطفل وتجسيد لنظام الرقابة على الهيئات والمراكز التي تقدم رعاية بديلة للأطفال المحرومين، وحتى على الاسر الكافلة في بعض الأحيان. حيث تبقى العلاقة قائمة بين كافل الطفل ومؤسسة رعاية الطفولة التي تمت كفالته منها، وتتحرك هذه الأخيرة بناء على التعليمات القضائية، بعد رفع تقارير عن تجاوزات تطال المكفول.

تلتزم الهيئة الوطنية لحماية وترقية حقوق الطفل بتقديم تقارير عن الوضعية الاجتماعية للأطفال من خلال تفعيل الرقابة. ولعل أهم دور رقابي تقوم به هو تحويل أي إخطارات عن طريق المفوض الوطني لحماية الطفولة، المنصوص عليها في المادة 15 من قانون 15-12 لحماية الطفل، إلى مصالح الوسط المفتوح المختصة إقليميا، ويكون هذا حال تعرض الطفل الى خطر معنوي، من اجل اتخاذ الإجراءات اللازمة، وتحويل

1 – قانون حماية الطفل 15 –12، تحدث لدى الوزير الأول هيئة وطنية لحماية وترقية الطفولة يرأسها المفوض الوطني لرعاية الطفولة، تكلف بالسهر على حماية وترقية حقوق الطفل.

2 – المواد 13-14-15 من قانون حماية الطفل.

الاخطارات التي يحتمل ان تتضمن وصفا جزائيا الى وزير العدل حافظ الاختام، الذي يخطر النائب العام المختص قصد تحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء، حسب مقتضيات المادة 16 من ق.ح.ط.

شكل قانون حماية الطفل طفرة نوعية في مسالة حقوق الطفل، حيث اتى هذا القانون مواكبا التطورات على المستوى الدولي، مستندا على تطبيق بنود اتفاقية حقوق الطفل. وما اتى به من احكام تصب في صالح الطفل بصفة عامة والمكفول بصفة خاصة.

ان تفعيل الرقابة على المكفول داخل اسرته الكافلة، قد تكون في بعض الأحيان دون جدوى، وهذا لدرء الحقائق عن المحققين الاجتماعيين، الا ان السلطة القانونية التي خولها التعديل الأخير ق.ا.م.ا، وسعت من الصلاحيات المخولة للقاضي، حيث يتخذ الإجراءات المناسبة حال الكشف عن التجاوزات ضد مصلحة الطفل. ويتم الغاء الكفالة ووضع الطفل تحت رعاية بديلة، وتوقيع العقاب على مرتكب التجاوزات حال اثبات ذلك، وما يشدد من العقوبة المسلطة عليه هو كونه الممثل الشرعي للمكفول.

ب–تفعيل الرقابة الاجتماعية على الطفل المكفول في القانونين المغربي والتونسي:

ان الرقابة الاجتماعية على الطفل المكفول في القانونين المغربي والتونسي، لا تختلف من حيث الهدف المنشود من وراء وجودها، بل يكمن الاختلاف في التسمية التي تطلق على هذا النوع من المؤسسات. فكيف نظم كل من المشرع المغربي والتونسي هذه المؤسسات ذات الطابع الاجتماعي؟

1–في القانون المغربي:

تنص المادة 19 من قانون كفالة الأطفال المهملين على: (**يعهد الى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الكافل بمهمة تتبع ومراقبة شؤون الطفل المكفول ومدى وفاء الكافل بالتزاماته، وله ان يعهد من اجل ذلك بإجراء الأبحاث التي يراها مناسبة الى:**

ا–الى النيابة العامة او السلطة المحلية او المساعدة الاجتماعية المؤهلة لذلك قانونا او الجهات المختصة الأخرى.

ب–اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 أعلاه).

تتكون اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 من قانون كفالة الأطفال المهملين من: ممثل للنيابة العامة وممثل عن السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية، وممثل عن السلطة الحكومية المكلفة بالطفولة. يخضع تنفيذ هذه المادة الى المرسوم رقم 600-03-2[1] الذي يبين كيفية اختيار أعضاء اللجنة.

وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية التابع لدائرة نفوذها القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص، او من يعينه من نوابه لهذه الغاية بصفته رئيسا. وناظر الأوقاف والشؤون الإسلامية الموجود بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل المهمل او من ينوب عنه. مساعدة اجتماعية معينة من السلطة الحكومية المكلفة بالطفولة، تقترحها السلطة الحكومية المكلفة بالصحة، او من ينوب عنه. ويعين أعضاء اللجنة المذكورين بقرارات للسلطات الحكومية التابعين لها.

تختص هذه اللجنة القانونية بجمع المعلومات والمعطيات المتعلقة بالظروف التي تتم فيها كفالة الطفل عن طريق بحث خاص، وعملها يبدا منذ تقديم طلب كفالة طفل مهمل، الا ان عملها لا يتوقف عند هذه الحالة، بل يتعدى ذلك الى ما بعد انفصام عرى الزوجية بين الكافلين او وفاة أحد الكافلين او كلاهما معا، وهذا يرجع الى الأساس القانوني الذي تقوم عليه المادة 19 من نفس القانون المتعلقة بالرقابة على الطفل المكفول.

[1]- المرسوم رقم 600-03-2 الصادر بتاريخ 7 يونيو 2004 الموافق ل 18 ربيع الأخر 1425 المتعلق بتطبيق المادة 16 من قانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.
- الشافعي محمد، دراسة في القانون المغربي، الكفالة والتبني، نفس المرجع السابق، ص 56-57.

ان تفعيل الرقابة على الطفل المكفول من خلال هذه اللجنة يأخذ منحنين اجتماعي وقانوني قضائي، وهذا راجع للعمل المشترك الذي ينصب على تقديم الحماية للطفل المكفول تحقيقا لمصلحته الفضلى. الى جانب المساعدة الاجتماعية التي لم يحدد هذا القانون معالمها، هل تتمثل في المؤسسات الايوائية او مؤسسات الرعاية البديلة، او المصالح التابعة للتضامن الاجتماعي؟

وبالنص على 'الجهات الأخرى' في المادة 19 تدل على ان المشرع وسع من مفهوم الرقابة الاجتماعية على الطفل المكفول، فيمكن ان تعهد هذه الرقابة الى مؤسسات عامة او خاصة لها علاقة بالأطفال المهملين. وتلتزم هذه الجهات المذكورة بتقديم تقارير الى القاضي المكلف الى شؤون القاصرين حول البحث الذي تم اجراؤه، وهذا ما يبين ان الرقابة الاجتماعية تنحصر في تقصي الحقائق حول علاقة الكافل بالمكفول، ولا تتخذ أي اجراء دون الرجوع الى قاضي المكلف بشؤون القاصرين ذلك ان الرقابة الاجتماعية مرهونة بالرقابة القضائية.

2-في القانون التونسي:

كما سبق لنا ان بينا ان المشرع التونسي لم يحدد الإطار القانوني للرقابة القضائية على الطفل المكفول، في قانون الكفالة والتبني، الا انه عهد بها الى م.ح.ط، من خلال تعميم هذه الرقابة على جميع الفئات من الأطفال، فلم يرد تحديد وصف الطفل المكفول، بل نص على الطفولة بصفة عامة من هذا يتحدد لنا ان الرقابة الاجتماعية على الطفل المكفول في تونس تخضع الى القاعدة العامة المطبقة في م.ح.ط.

أحدثت مجلة حماية الطفل خطة مندوب حماية الطفولة التي عوضت خطة متفقد الأطفال المختص بالتدخل الوقائي، وتم لاحقا تعزيز سلك مندوبي حماية الطفولة بإحداث منصب مساعد مندوب حماية الطفولة الذي يتولى نفس صلاحيات هذا الأخير، ويساعده في أداء مهامه.

يعد مندوب حماية الطفولة هيكلا إداريا اوكل له المشرع التونسي مهمة اجتماعية محددة تتمثل في حماية الطفل المهدد سواء كان مكفولا ام لا، واتاح له مهمة التدخل الوقائي في جميع الحالات الصعبة المهددة بصحة الطفل او سلامته البدنية او المعنوية وذلك نتيجة للوسط الذي يعيش فيه الطفل او الأنشطة والاعمال التي يقوم بها، او عند التعرض للإساءة.

واسند له المشرع صفة مأمور الضابطة العدلية في إطار وظيفته ومكنه من الاستنجاد بالقوة العمومية، وحتى يتسنى لمندوب حماية الطفولة التعهد انشا المشرع واجب الاشعار، حيث يستطيع أي شخص اشعار مندوب حماية الطفولة في حال تعرض الطفل لخطر يهدد صحته او سلامته البدنية او المعنوية.

ويقوم مندوب حماية الطفولة إثر تلقيه الاشعار بتقدير إذا كان هناك ما يؤكد فعلا وجود حالة صعبة تهدد الطفل. وإذا تأكد من الوضعية الصعبة للطفل المكفول يتخذ الإجراءات التي اناطه بها القانون متمتعا بذلك بالحماية الجزائية الازمة. ومن بين الصلاحيات الموكلة اليه: استدعاء الطفل وابويه او كافله، القيام بالتحقيقات، ثم يحدد الاجراء المناسب حسب خطورة الحالة التي يعيشها الطفل[1].

ينص الفصل 54 من م.ح.ط على إمكانية تكليف قاضي الاسرة مندوب حماية الطفولة بإتمام الإجراءات والتحريات وتحديد حاجيات الطفل المكفول، فمندوب حماية الطفولة هو المختص الميداني في شؤون الطفولة، لذلك يعينه القاضي للقيام بما يلزم من أبحاث وجمع المعلومات. وهكذا يتصل بالطفل ويتولى سماعه وسماع اهله ومربيه، ويجمع من خلال تلك الأبحاث كافة المعلومات المتعلقة بشخصية الطفل وسلوكه داخل اسرته البديلة ومحيطه الاجتماعي.

[1]- شاكر المزوغي، نفس المرجع السابق، ص 138-139.

فرض الفصل 54 من م.ح.ط على مندوب حماية الطفولة ان يرفع تقريره المتضمن خلاصة اعماله الى قاضي الاسرة خلال شهر واحد من بداية تعهده بالمأمورية المنوطة بعهدته. وان اقتضت مصلحة الطفل المكفول التمديد في ذلك الاجل، يكون ذلك بقرار من قاضي الاسرة الذي يرجع في تقرير مصلحة الطفل والاجل الإضافي الممكن منحه لمندوب حماية الطفولة عند الاقتضاء لإتمام اعماله[1].

نستنتج مما تقدم من طرح ان الرقابة المفروضة على الطفل المكفول وعلاقته بكافله، تأخذ طابعا حمائي، ووقائيا للتصدي لأي خطر يمكن ان يعترض السلامة الجسدية والنفسية للطفل، إضافة الى ان الرقابة الاجتماعية لا تحيد عن الرقابة القضائية لما لهما من عنصر مشترك يتمثل في الحفاظ على المصلحة الفضلى للطفل، فالقاضي يوكل مهمة الرقابة الى الاخصائيين الاجتماعيين ليقوم هو في الأخير بتحديد مصير الطفل المكفول. وهذا ما هو جاري العمل به في التشريعات المغاربية، مع اختلاف الإجراءات القانونية.

الفرع الثاني: تفعيل الرقابة على الطفل المكفول على المستوى الخارجي، والاشكالات القانونية التي تعترضها

إن الرقابة على المستوى الداخلي لا تكون بالمهمة الصعبة، بالرغم من بعض العقبات، الا أن كل الأجهزة والمؤسسات التابعة للدولة التي تعنى بحماية الطفولة، تسهر على ضمان التجسيد الفعلي لحقوقه على ارض الواقع، زد على ذلك، أن الكفالة الممارسة على المستوى الداخلي، تكون محمية قانونا، وهذا راجع لسهولة القيام بالتحقيقات الاجتماعية حول وضعية الطفل.

يمكن أن تتضمن العلاقة القانونية بين الكافل والمكفول عنصرا اجنبيا، سواء كان عنصرا شخصيا باختلاف جنسية الكافل عن المكفول، او عنصرا ماديا بحكم ممارسة الكفالة في بلاد اجنبية تختلف قوانينها

[1]- محمد الحبيب الشريف، نفس المرجع السابق، ص 208-209.

عن قوانين الدولة مانحة الكفالة. فأي حماية قانونية يمكن تفعيلها في حق الطفل المكفول؟ ذلك أن التواجد خارج الإقليم الوطني يشكل صعوبة من حيث إجراء التحقيقات الاجتماعية. فما هي المؤسسات القانونية التي تختص بالرقابة على مصالح المكفول؟ وما هي الإشكالات التي تحول دون تحقيق الرقابة على المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه؟

أولا: تفعيل الرقابة الخارجية على الطفل المكفول عن طريق القنصلية

تعتبر القنصليات وليدة التقدم الفكري الدبلوماسي، حيث نتج عن محاولة تنظيم العلاقات بين الدول: اتفاقية فيينا لعام 1963[1]، التي تحدد مهام القنصليات والأعوان التابعين لها. فالقنصليات المتواجدة بالخارج لها دور أساسي، حيث يمتد نطاق اختصاصها لحماية مصالح الدولة ورعاية وحماية مواطنيها وتعتبر همزة وصل بين الرعايا المتواجدين في الخارج وبلدهم، رغم بعد المسافة[2]. ان التطور الدبلوماسي والحضاري بين الدول يحتم الحفاظ على العلاقات الدبلوماسية عن طريق تبادل التمثيل الدبلوماسي.

ا–دور القنصلية الجزائرية في الرقابة على الطفل المكفول:

تتواجد القنصليات الجزائرية في مختلف بلدان العالم، تنسق عملها مع وزارة الشؤون الخارجية التي توكل اليها مهام تندرج ضمن اختصاصاتها منها ما يتعلق بالحالة المدنية، واستصدار الوثائق من جواز سفر، والتأشير على الشهادات المحررة في الخارج، كما لها اختصاص في شؤون الأحوال الشخصية[3].

1 – اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية أبرمت في 24 ابريل 1963، وتم إبرامها تحت رعاية الأمم المتحدة. وهي معاهدة دولية تحدد إطار العلاقات القنصلية بين الدول المستقلة.

2 – بن صاف فرحات، العلاقات القنصلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة قسنطينة، قسم القانون العام، 2013–2014، ص 86.

3 – غازي حسن صباريني، الدبلوماسية المعاصرة، دار الثقافة، ط الأولى، 2009، ص 253.

ينص المرسوم الرئاسي رقم 08-162 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الشؤون الخارجية في نص المادة **10**(**المديرية العامة للجالية الجزائرية في الخارج تكلف بتنفيذ ومتابعة السياسة الوطنية تجاه الجالية الجزائرية في الخارج وحمايتها، وتضم مديريتين:**

- **مديرية حماية الجالية الوطنية في الخارج وتكلف بحماية الجزائريين والدفاع عن مصالحهم.**
- **مديرية الكفاءات الوطنية في الخارج والبرامج والشؤون الاجتماعية وتضم مديريتين:**
- **المديرية الفرعية للكفاءات الوطنية في الخارج.**
- **المديرية الفرعية للبرامج والشؤون الاجتماعية، تكلف ب:**
- **مساعدة وضمان متابعة كل البرامج الموجهة للجالية الوطنية في الخارج بالتنسيق مع الدوائر والمؤسسات المعنية، التكفل بالملفات المتعلقة بالميراث والكفالة والتصديق على وثائق الحالة المدنية).**

ان التنسيق مع مختلف المؤسسات الوطنية والمؤسسات القانونية التابعة للجزائر كالقنصلية تضمن عدم التعدي على حقوق المكفول، وحماية الكفالة في حد ذاتها، سواء كان المكفول معلوم او مجهول النسب.

بالإضافة إلى مختلف المشاكل القانونية التي يمكن أن يتعرض لها المواطنين المهاجرين أو المستقرين بصفة رسمية، يكون للقنصلية عدة اختصاصات من بينها، ما هو منصوص عليه في اتفاقية فيينا لعام 1963 في المادة الخامسة، الفقرة ة (ح): (**حماية مصالح القصر وناقصي الأهلية من رعايا الدولة الموفدة، في حدود قوانين ولوائح الدولة الموفد إليها).**

تلعب القنصلية دور أساسي في موضوع الكفالة منذ الوهلة الاولى، حيث يمكن من خلالها، الحصول على الوثائق اللازمة لكفالة الطفل الموفد إليها، ولها مهمة تتبع الأطفال المكفولين، عن طريق إجراء تحقيقات اجتماعية حول علاقته مع كافله، ويتم العمل بهذه الإجراءات للمحافظة على كيان الطفل، وعدم استغلاله.

تعمل هذه القنصليات بالتنسيق مع قاضي الأحداث، وقاضي شؤون الأسرة، ومع مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن، حيث يوجد بالقنصلية مكتب مخصص لطالبي الكفالة، والتحقيقات الاجتماعية التي تطال هذه الفئة من الأطفال، ذلك أن المراقبة المستمرة للأطفال المكفولين تضمن لهم الحماية القانونية والتصدي لأي اعتداء يمكن أن يتعرض له الطفل المكفول، واتخاذ الإجراءات الضرورية لذلك.

لا ينص المشرع في ق.ا او ق.ا.م.ا وحتى ق.ح.ط على علاقة قاضي الاسرة او قاضي الاحداث المكلفين بتفعيل الرقابة على الطفل المكفول مع القنصلية، الا ان ما يمكن استخلاصه من إجازة انتقال الكفالة الى خارج البلاد والدراسة الميدانية التي اجريناها، ان القاضي المختص يتبع شؤون الطفل المكفول في الخارج عن طريق القنصلية، وهذا راجع الى نص المادة 425 من ق.ا.م.ا: (..**يجوز لرئيس قسم شؤون الاسرة بالإضافة الى الصلاحيات المخولة له في القانون، ان يأمر في اطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية ..واللجوء الى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة. ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق والحلول المقترحة...**).

يمكن للقاضي ان يأمر القنصل العام للقنصلية التابع لها إقامة المكفول، بإجراء تحقيق والرقابة على الطفل المكفول وعلاقته بكافله سواء كان جزائري الأصل او أجنبي. ذلك ان نص هذه المادة القانونية يحتمل عدة تفسيرات.

ب–دور القنصلية المغربية في تفعيل الرقابة على الطفل المكفول:

تنص المادة 24 من قانون كفالة الأطفال على: (**يمكن للكافل السفر بالطفل المكفول للإقامة الدائمة خارج المملكة المغربية بعد حصوله على اذن بذلك من طرق القاضي المكلف بشؤون القاصرين وذلك لمصلحة الطفل.**

ترسل نسخة من اذن القاضي عند صدوره الى المصالح القنصلية المغربية بمحل إقامة الكافل للقيا بدور تتبع وضعية الطفل المكفول ومراقبة مدى وفاء كافله بالالتزامات المنصوص عليها في المادة 22، وذلك بجميع الوسائل التي تراها مناسبة، مع اخبار القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص بكل اخلال يطرا على هذه الالتزامات.

يوجه القنصل تقارير الى القاضي المكلف بشؤون القاصرين تقارير تتعلق بحالة الطفل ويمكن ان يقترح على القاضي كل التدابير التي يراها ملائمة، ومنها الغاء الكفالة...).

ان مهمة قاضي شؤون القاصرين تبدأ من يوم منح اذن السفر للطفل المكفول، سواء كان قبل او بعد انحلال الرابطة الزوجية، ذلك ان المشرع المغربي اتى بوصف عام، وما يوضح ذلك ان هذه القاعدة تنطبق على الطفل المكفول هو الاحكام المتعلقة بانفصام عرى الزوجية بين الكافلين وحالة وفاتهما.

ان صدور الامر بإسناد الكفالة الى طالبها ومنح الاذن بالسفر بالطفل المكفول خارج التراب الوطني، لا يعني انه بمجرد تواجده خارج الوطن سوف يتأتى للكافل ان يصبح بمنأى عن أي مراقبة، بل العكس من ذلك، تستمر الرقابة من خلال ارسال القاضي المكلف بشؤون القاصرين لنسخة من الاذن بالسفر الى المصالح القنصلية المغربية ببلد إقامة الكافل، حيث تتكفل هذه المصالح بتتبع وضعية الطفل المكفول، والتأكد من قيام الكافل بالإنفاق عليه وضمان تنشئته في جو سليم، مع إمكانية اقتراح القنصل على القاضي تدابير قانونية.

أحاط المشرع المغربي مؤسسة الكفالة بإجراءات صارمة، خاصة عند اسناد الكفالة الى المغربي القاطن بالخارج والاذن له بالسفر بالطفل المكفول، بعد اصدار رسالة عن وزير العدل تقيد منح ذلك الاذن. وهذا راجع الى ان سلطات بعض الدول عندما تلاحظ ان بعض الأشخاص ارفقوا معهم طفلا مهملا بموجب اذن السلطات القضائية المغربية بكفالته، وترخيصها بالسفر به، تفتح في حقهم مساطر قضائية تقرر على إثرها

سحب الطفل من العائلة المعهود اليها بكفالته وتسلمه الى عائلة أخرى او الى مؤسسة مختصة اعتمادا على ان المعنيين بالكفالة لم يحترموا المقتضيات القانونية المنظمة للتبني في بلد الاستقبال.

تضيف الرسالة مما يتعين التأكد قبل الترخيص بمغادرة الطفل المكفول للتراب الوطني في اتجاه بلد الإقامة، من وجود اتفاقية قضائية مع هذه الأخيرة تسمح بنظام الكفالة او ادلاء الكافل بإشهاد من سلطات هذا البلد تثبت سلامة الوضعية القانونية التي سوف يعيشها الطفل المكفول عند انتقاله[1].

ان اقتراح ابرام اتفاقيات قضائية مع الدول التي لا تعترف بمؤسسة الكفالة هو ما سبق ان سارت عليه الجزائر في علاقتها مع فرنسا، حيث ورد بالباب الثاني من البروتوكول الاختياري المرفق بالملحق المؤرخ في 22 دجنبر 1985 المضاف الى الاتفاق الجزائري الفرنسي بتاريخ 27 دجنبر 1968 المتعلق بالتنقل والشغل والإقامة بفرنسا من طرف الجزائريين وافراد اسرهم.

ان التجمع العائلي يمنح لفائدة الأطفال الذين يقل عمرهم عن 18سنة، إذا كان طالبه هو المكلف بالطفل المراد الحاقه ببلد اقامته بمقتضى قرار صادر من السلطات القضائية الجزائرية. الا ان الوضعية تغيرت بعد اصدار فرنسا للمنشور المتعلق بأثار الكفالة، حيث نص على الوضعية القانونية للكفالة القضائية الجزائرية والمغربية وما يترتب عليها، من حقوق للطفل المكفول.

تلعب القنصلية دورا هاما في مدى تتبع أوضاع الطفل المكفول في الخارج سواء كان كافله مغربي يقيم في الخارج او كافل أجنبي. الا ان ما نلاحظه من خلال العقبات والعراقيل التي تعترض المغاربة المقيمين

[1]- بن حساين محمد، صراع المغاربة المقيمين بالخارج مع نظام كفالة الأطفال المهملين، نفس المرجع السابق، ص 191-192.
- بن حساين محمد، مغاربة الخارج وقانون كفالة الأطفال المهملين، نفس المرجع السابق، ص 168.

بالخارج حول إقامة الأطفال المكفولين، لا نجد تدخل للقنصلية في ارجاع المكفول الى كافله، الا بعد صدور الامر من السلطات القضائية لبلدهم.

ثانيا: إشكالية تحويل الكفالة إلى تبني، ومدى تفعيل الرقابة عليها بعد انحلال الرابطة الزوجية على المستوى الخارجي

تكمن علاقة المواطنين المتواجدين بالخارج، بقنصليتهم، فتكون تلك العلاقة مبنية على أساس تطبيق قواعد وقوانين الدولة التي ينتمون إليها، والدولة المتواجدين بها، إلا أنه لا توجد قنصليات في كل المناطق التي يوجد بها الطفل المكفول، مع كافله، فقد تكون المسافة بعيدة مما قد يؤدي إلى تعذر ممارسة الرقابة الفعلية، والقيام بتحقيقات اجتماعية.

فإشكالية تحويل الكفالة إلى تبني، هي معضلة قانونية، ويكون الطرف فيها الكافل، خاصة إذا ما انتقلت إليه الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، وأراد الحصول على الامتيازات التي يستفيد منها الأبناء الأصليين في ذلك البلد. يحرم كل من المشرع الجزائري والمغربي التبني، فإذا طرح إشكال التبني على المستوى الخارجي، هل يكون للدولة دخل لمنع ذلك؟

إن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، تمنع تحويل نظام الكفالة الذي تتبعه الدولة، والمثال على ذلك، المغرب تحرم التبني، ولكن هناك من المواطنين المغاربة المتواجدين بالخارج أو حتى الأشخاص الممنوحة لهم الكفالة، يتقدمون أمام المحاكم الفرنسية أو الاسبانية، ويطالبون بتحويل الكفالة إلى تبني.

ا–تفعيل الرقابة على تحويل الكفالة الى تبني في فرنسا:

ان تفعيل الرقابة على تحويل الكفالة الى تبني في القانون الفرنسي، يشكل صعوبة خاصة إذا كان كافل الطفل أجنبي، يحمل الجنسية الفرنسية الاصلية. ذلك انه يخضع الى القانون الفرنسي في مادة الأحوال

الشخصية. ولا يمكن ان يطبق عليه القانون الجزائري او المغربي. وما يزيد من هذه الإشكالية هو نص المادة 13 مكرر1 من ق.م.ج التي تنص على: (**يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكافل والمكفول وقت اجرائها. ويسري على اثارها قانون جنسية الكفيل**).

ربط المشرع الجزائري الاثار المترتبة على الكفالة بجنسية الكفيل، فاذا كان الكافل يحمل الجنسية الفرنسية، يطبق القانون الفرنسي، وإذا كان يحمل جنسية مزدوجة فان الأرجح ان يطبق القانون الجزائري، لما لقواعد الأحوال الشخصية من خصوصية.

الا ان عدم اعتراف الدول الاوربية بتحويل الكفالة الى تبني لم يمنع طرح العديد من القضايا، امام القضاء، فقبل صدور القانون الفرنسي الخاص بالتبني الدولي[1]، كان هناك تضارب حقيقي في مواقف القضاء الفرنسي فيما يخص تبني طفل يحرم قانونه الوطني هذه المؤسسة، سواء القانون الجزائري او القانون المغربي، فتارة كان يذهب الى رفض قانون التبني، كما هو الشأن في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ فاتح يونيو 1994، والذي منعت فيه تبني طفل مغربي من طرف زوجين فرنسيين على أساس العقود المنجزة في المغرب لا يمكن تفسيرها واعطاؤها مفهوما يخالف القانون المغربي، فالطفل سلم للزوجين من اجل تربيته و الاعتناء به ليس الا، وتارة أخرى يذهب على العكس من ذلك الى قبول تبني طفل مغربي رغم ان قانونه الوطني يرفض الاعتراف بنظام التبني كما هو الشأن في قرار Fanthou الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 ماي 1995[2].

[1] -La loi n° 2001-11 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale، jorf n° 33 du 8 février 2001 p 2136.

[2] -Arrêt Fanthou du 10 mai 1995 la haute juridiction avait considérer que : "deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connait pas ou prohibe cette institution, à la condition qu'indépendamment de cette loi le représentant du

وقد استمر هذا الخلاف في العمل القضائي الفرنسي بين من يسمح بتحويل الكفالة الى تبني سواء تام او بسيط. وبين من يستبعد ذلك ويرجح كفة القانون الوطني للطفل المتبنى الى حين صدور القانون المذكور في الأعلى، بمقتضى فصله الثاني استنادا الى المادة 370-3 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على " **لا يجوز الحكم بتبني طفل أجنبي إذا كان قانونه الوطني لا يسمح بذلك**"[1]. وهو ما أكدته محكمة النقض

mineur ait donné son consentement en, plaine connaissance ses effets attachés par la loi française a m'adoption, et en particulier s'agissant d'une adoption plénière du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et sa famille par le sang ou les autorités de tutelle de son payés d'origines".

Arrêt Fanthou, chambre civ, 10 mai 1995. D 1995.

-BOUKHATMI.F, évolution de la jurisprudence française en matière de kafala, les cahiers de LADREN, n° 1, 2008, ps 190-191.

-Dans un premier temps، dès la fin des années 80، la cour de cassation avait élaboré une jurisprudence plutôt tolérante a suite des arrêts Torlet (7 novembre 1984)، Piste (31 janvier 1990)، Moreau (1er juin 1994)، et Fanthou (10 mai 1995). Le résultat a été la possibilité de prononcer l'adoption d'enfants "confiés" aux demandeurs par autorités judiciaires ou administratives de leurs pays alors même que ces autorités agissaient au nom d'un système juridique prohibant ou ignorant l'adoption.

- Pierre Murat, le refus de la transformation en adoption, juriclasseur droit de la famille, n°1, 2009, p40.

[1]- النسخة الاصلية باللغة الفرنسية:

- La loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale :

Art 1er : le titre 4 du livre 1er du code civ est complété par un chapitre 3 intitulé : "du conflit des lois relatives à la filiation adoptive et de l'effet en France des adoptions prononcées à l'étranger".

Art 2 : dans le chapitre 3 du titre 4 du livre 1er du code civ sont insérés les articles 370-3 a 370-5 ainsi rédiger :

-Art 370-3 : les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peux toutefois, être prononcée si la loi national de l'un des l'autre époux prohibe.

- L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcé si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France.

الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 2006[1]، حيث رفضت طلب تبني طفل جزائري مزداد بتاريخ 6 فبراير 2003، من طرف زوجين فرنسيين حصلا على كفالته بمقتضى الامر القضائي الصادر بتاريخ 10 مارس 2003، حيث تم تقديم طلب التبني امام المحكمة الابتدائية لتولوز الحكم الذي قوبل بالرفض في 27 سبتمبر 2004 الامر الذي أدى بهم الى استئناف الحكم امام محكمة الاستئناف، حيث صدر عنها رفض التبني الكامل، والحكم لهم بالتبني البسيط في فبراير 2005[2]. تم الطعن في هذا القرار امام محكمة النقض الفرنسية حيث صدر عنها قرار يقضي بمنع تحويل الكفالة الى تبني معللة قرارها بكون القانون الوطني للطفل ينص على ان التبني ليست له أي قيمة قانونية ولا يمكن ان ينتج أي أثر من اثار البنوة كتلك التي تنتج عن التبني[3]. الامر الذي أدى الى الغاء القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتحويل الكفالة الى تبني بسيط[4].

- Quel que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquence de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant".

-Cet article a vocation à s'appliquer aux mineurs recueillis par kafala dont la loi nationale ne reconnait pas l'adoption, notamment l'Algérie et le Maroc.

2- Arrêt de la cour de cassation, 1er chambre civ du 10 octobre 2006, arrêt n° 06-15-264, bull n° 2006-431, p 368.

[2]- BOUKHATMI.F, op.cit, p191.

- مليكة العراسي، نفس المرجع السابق، ص 179-180.

[3]- "En assimilant la kafala a l'adoption simple que la loi algérienne autorise l'adoption simple alors que la kafala ne créer aucun lien de filiation entre l'enfant et les personnes qui le prennent en charge contrairement à l'adoption qui créer le lien de filiation entre l'enfant et l'adoptant, l'arrêt de la cour de Toulouse paraît entaché d'une erreur de droit".

[4] - La mission adoption internationale au niveau du Ministère de la justice rappelle que le recueil légal de droit musulman dit kafala ne peut être assimilé tout au plus qu'à une tutelle ou à une délégation d'autorité parentale qui cesse a la majorité de l'enfant. Cette institution musulmane ne peut en aucune façon être comparée à une adoption simple ou plénière laquelle emporte création d'un lien de filiation, ce qui est totalement proscrit par la Chariaa et par la législation familiale en vigueur notamment au Maroc et en Algérie.
- BOUKHATMI.F, op.cit, ps 194-195.

ان هذا القانون اعطى الضوء لمنع تحويل الكفالة الى تبني بصريح العبارة، وهو ما سار عليه العديد من الفقهاء الفرنسيين وغيرهم بان الكفالة نظام قانوني لا يشبه التبني، وبالتالي يستحيل تحويل الكفالة الى تبني، الا انه فتح المجال لتبني الأطفال المكفولين الذين يحملون الجنسية الفرنسية.

ينص المنشور الفرنسي المتعلق بأثار الكفالة، ان الطفل المكفول الحامل للجنسية الفرنسية وفق المادة 21-12 من القانون المدني الفرنسي، يمكن تبنيه. فبمجرد حصوله على الجنسية الفرنسية يعد متبنيا في نظر القانون الفرنسي، وهذا ما تم الموافقة عليه من طرف قضاة الموضوع[1]. مبعدين بذلك تطبيق الفقرة الثانية من المادة 370-3 من القانون المدني الفرنسي، ويعتبرون ان تبني الطفل المكفول يخضع للفقرة الأولى من المادة 370-3.

في قرار لمحكمة الاستئناف الفرنسية[2]، ذكرت ان شروط تبني طفل أصبح يحمل الجنسية الفرنسية المشار اليها في المادة 3 من القانون المدني الفرنسي، مستبعدا بذلك تطبيق القانون الأجنبي والتحايل على القانون الذي يحول دون تبني الطفل[3]. وهذا ما هو مطابق لقرار المحكمة الاوربية لحقوق الانسان ل 4 أكتوبر 2012 التي اعتبرت انه يمكن تبني، الطفل المكفول من طرف شخص يحمل الجنسية الفرنسية، إذا كان ذلك في صالح الطفل[4].

[1] - Cour d'appel de Paris, 15 février 2011, pole 3, chambre 6, n° 10/12718; cour d'appel de Douai, chambre 7, section 1, 05/04/2012, n° 11/02964.

[2] - Arrêt du 4 décembre 2013 ; cass, 1er chambre civil, n° 12-26-161.

[3] - L'arrêt de la cour d'appel de Nouméa du 25 juin 2012, qui faisait l'objet du pourvoi s'appuyait sur le mécanisme du conflit mobile, pour conclure que l'acquisition de la nationalité française de l'enfant recueilli par kafala ne permettait pas d'écarter la loi étrangère qui régissait le lien de filiation entre l'enfant et sa mère, dénommée dans l'acte de naissance et que l'enfant ne pouvait pas être adopté, n° 11/579.

[4] - "Qu'en effaçant progressivement la prohibition de l'adoption، la France qui entent favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des

يفرق القانون الفرنسي بين الطفل معلوم النسب ووالديه على قيد الحياة وطفل مكفول مجهول النسب من حيث الاثار المترتبة على تحويل كفالة الطفل الى تبني إذا كان هو وكافله يحملان الجنسية الفرنسية. ذلك ان محكمة الاستئناف الفرنسية[1] وفي قرار لها اشترطت الموافقة الصريحة من طرف والدي الطفل المكفول، ولا يمكن ان يتحقق التبني الا بعد مداولة مجلس العائلة الفرنسي.

ان وفاة والدي الطفل المكفول وسقوط السلطة الابوية او حالة الطفل مجهول النسب، يحول دون تحقق التبني، ذلك ان مجلس العائلة الفرنسي هو الذي يقرر في هذه الحالة إمكانية التبني من عدمه مع اخذ راي الشخص الذي يرعى الطفل المكفول والذي هو في غالب الأحيان الكافل، وهذا في قرار صادر عن محكمة الاستئناف[2] بعد دخول قانون الموافقة على تبني طفل يحمل الجنسية الفرنسية[3]. الا انه في هذه الحالة وامام رفض مجلس العائلة الفرنسي، يمكن للطفل المكفول وبعد بلوغه سن الرشد القانوني ان يقبل التبني.

الا ان القضاء الفرنسي لا يجيز في جميع الحالات تحويل الكفالة الى تبني، خاصة إذا كان الكافل أجنبي يحمل الجنسية الجزائرية او المغربية. وان قانون الكافل والمكفول لا يجيز التبني[4]. وفي قضية الحال تكفلت مغربية مقيمة بصفة منتظمة وتحمل الجنسية الفرنسية، بثلاث أطفال وهم أولاد اختها المتوفاة. تم منح الكفالة من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين المغربي، اثنان من الأطفال ولدوا في المغرب اما الثالث فمولود في

règles de leur pays d'origine، respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante".

[1] - Cour de cassation, arrêt de la 1ère chambre civile du 22 octobre 2002, n° 00-12-36.
(Il s'agit d'une affaire ou la loi du 6 février 2001 ne s'applique pas).

[2] - Arrêt du 4 décembre 2013, 1er chambre civil. Op.cit.

[3] - La loi du 6 février 2001 sur les consentements requis pour prononcer l'adoption d'un enfant devenu français.

[4] - Michel Farge، kafala et adoption: un inattendu brevet de conventionalité accordé au système français، revue de droit de la famille، n°12 -02012, p 187.

- Michel Farge, comment accueillir les kafalas musulmanes ? Revue droit de la famille, n° 9, septembre 2008, p133.

- Eric FONGARO, adoption international-adoption d'un enfant étranger, journal du droit international (clunet) n°1, janvier 2009.

فرنسا. تقدمت الكافلة بطلب الى المحكمة بتحويل كفالة الأطفال الثلاثة الى تبني بسيط. الا ان المحكمة استندت على ان التبني في القانون المغربي لا يولد اثار قانونية كما انه ممنوع في قانون كفالة الأطفال. ولهذا فإنها لا تجيز تبني الطفلين، في حين ان الطفل الثالث مولود ويقيم في فرنسا، وبهذا أعطت الموافقة على تبني هذا الأخير[1].

من خلال ما تقدم نستنتج ان تحويل الكفالة الى تبني سواء الكامل او البسيط[2]، إشكالية قانونية مستعصية تتداخل فيها القوانين مما تشكل تنازعا، يقتضي الى تطبيق القانون الداخلي للدولة المستقبلة للطفل المكفول الا في حالات استثنائية، وهذا ما يوضح غياب الرقابة الفعلية على الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه من طرف القنصلية التي أوكلت لها هذه المهمة سواء في القانون الجزائري او المغربي، حتى وان كان لها تدخل، لا يظهر من خلال القرارات الصادرة عن المحاكم الفرنسية. بل يقتصر على تتبع اموره ومدى وفاء الكافل بالتزاماته. الا ان الالتزام الأول هو الحفاظ على كفالة الطفل وعدم التعدي عليها، ذلك انها تكفل الحقوق الشرعية للطفل المكفول.

[1] - Cour d'appel, Toulouse, 1er chambre civil, 2e section, 4 décembre 2007- n° 07/03393.

[2] - Voir les conditions de l'adoption plénière et simples dans les ouvrages suivant:

- Marie-pierre MARMIER, sociologie de l'adoption-étude de sociologie juridique, librairie générale de droit et de jurisprudence- paris, 1969.

- P.NICOLEAU, droit de la famille, ellipses, 1995, p151.

- P.MALAURIE, H.FULCHIRON, la famille, DEFRENOIS, 2004.p443.

- F.DEBOVE, R.SALMON, T.JANVILLE, droit de la famille, 2em édition, VUIBERT 2006.p 287.

- V.BONNET, droit de la famille, 5em édition, LARCIER, 2015. P 98.

ب–تفعيل الرقابة على تحويل الكفالة الى تبني في اسبانيا:

ان الكفالة لا تقبل المقارنة بالتبني، كما هو منظم في التشريعات الاسبانية، فلا مجال للاعتراف بها مباشرة كشكل من اشكال التبني عن طريق الالية المقررة في المادة 25 وما يليها من القانون رقم 54/2007 الصادر في 28-12-2006 والمتعلق بالتبني بين الدول[1]، الذي دخل حيز التنفيذ في 30-12-2007.

اكدت المديرية العامة للسجلات والتوثيق الاسبانية ان الكفالة التي تسند امام السلطات المغربية لا تمت بصلة للتبني كما هو معترف به في المنظومة الحقوقية الاسبانية: اذ لا تنشا عنها أواصر البنوة او القرابة للمعنيين، ولا يترتب عنها أي تغيير في حالتهم المدنية، واقصى ما تقضي اليه الكفالة هو الواجب الشخصي الذي يتحمله الكافل في القيام برعاية المكفول وسد احتياجاته.

ان هذه الاجتهادات الفقهية للمديرية العامة للسجلات والتوثيق لدى وزارة العدل الاسبانية تكررت وتكرست نهائيا بواسطة المنشور الصادر في 15-07-2006 حول الاعتراف بحالات التبني بين الدول وتقييدها في سجل الأحوال المدنية الاسباني[2].

تنص المادة 30، البند 4 من قانون التبني بين الدول لعام 2007 على: (**يتحول التبني البسيط او غير الكامل الذي ينشا امام السلطات الأجنبية الى تبني كما هو منظم في التشريعات الاسبانية إذا استوفى الشروط المحددة لذلك. ويخضع التحول للتشريعات المعنية طبقا لمقتضيات هذا القانون. ويكتسي**

[1] - L'adoption international est devenu majoritaire depuis les années 1980, compte tenu de l'accroissement du nombre de demandes d'adoption, du manque d'enfants nationaux adoptables et des conditions de misère des enfants de certain pays.
Ces adoptions sont certes souhaitables, mais à condition d'être réalisé par des intermédiaires honorables et de ne pas créer un véritable "marché aux enfants" plusieurs textes juridique sont intervenus dans ce but.
-Brigitte HESS-FALLON, Anne Marie SIMON, avec la collaboration de Hélène HESS, droit de la famille, 6em édition, DALLOZ, 2006. P 163.

[2]- الجريدة الرسمية للدولة الاسبانية، عدد 207 الصادرة في 30-08-2006.

التبني البسيط او غير الكامل طابع الاحتضان العائلي...). لا تنص هذه المادة اطلاقا على موضوع الكفالة، بل تنص على تبني بسيط يتحول الى كامل. الا ان تسجيل طفل مكفول في سجل الأحوال المدنية الاسبانية، أسندت كفالته مثلا امام السلطات المغربية لكافل مسلم يحمل الجنسية الاسبانية، هذا ما يخلق اشكال يرجع الى عدم وجود سند قانوني يعترف بنظام الكفالة.

وضع المشرع الاسباني الية التحويل من التبني البسيط الى الكامل، كما هو معمول به في بعض التشريعات الأجنبية، لا يشبه المضمون القانوني للطفل الذي يخضع للكفالة، فلا مجال للمقارنة بفحوى البنوة في التشريعات الاسبانية، فالخلاصة انه لا يمكن ان تسري على الكفالة الية التحويل الى تبني الكامل المنصوص عليها في قانون التبني بين الدول، إذ ان مدى الكفالة يقصر حتى ان يقارن بالتبني البسيط.

لهذه الأسباب فان الكفالة المسندة امام السلطات المغربية مثلا والتي بمقتضاها يتكفل اسباني مسلم بطفل مغربي، لا يمكن ان يعترف بها بانها تبني، كما لا تقبل التحول الى ذلك. الا ان كثرة الطلب على تحويل الكفالة الى تبني في ظل غياب الرقابة من الجهة المخولة لذلك أدى الى كثرة طرح القضايا امام المحاكم الاسبانية، الشيء الذي أدى اختلاف الاحكام بين مؤيد ومعارض بالرغم من عدم وجود السند القانوني للكفالة في اسبانيا[1].

ولكي تؤدي الحالات من هذا النوع إزاء التشريعات الاسبانية نفس الاثار الناجمة عن التبني، سيكون من الازم تأسيس وضعية التبني من جديد امام السلطة القضائية الاسبانية. هذه هي الخلاصة التي وصل اليها

[1]- ان الاجتهادات القضائية لمحاكم المحافظات والمحاكم العليا للأقاليم الذاتية في اسبانيا متناقضة: فاذا كانت محكمة محافظة برشلونة (شعبة 18) قد قبلت في قرار بتاريخ 28-03-2006 انشاء التبني امام قاضي اسباني لقاصر مغربي من طرف زوجين اسبانيين اللذان كان يكفلانه، فان محكمة محافظة قادس (شعبة 6) رفضت في قرار بتاريخ 03-03 2006، إمكانية تحويل الكفالة الى تبني على اعتبار انها تتعارض مع النظام العام الاسباني.
- انه كينيونيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 95-97.

الفقه الاسباني بناء على قواعد المدونة المدنية واكدتها اجتهادات المديرية العامة للسجلات والتوثيق بخصوص الكفالة المسندة امام السلطات المغربية.

من خلال ما قدمنا من الية تحويل الكفالة الى تبني وفق ما تضمنه القانون الاسباني ونظيره القانون المغربي، نجد ان تفعيل الرقابة غير وارد خاصة في الاحكام الصادرة عن المحاكم الاسبانية لصالح مواطنيها حتى وان اشهروا اسلامهم، الا انهم طالبوا بتغيير نظام الكفالة، الى ما يخدم مصالهم الشخصية، وفق ما تقتضيه قوانينهم الداخلية التي تصب في صالح التبني دون الكفالة.

ان الفراغ القانوني الذي يشوب موضوع مصير الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه ومدى الالتزام بكفالته يخلق إشكالات قانونية، تحول دون الحفاظ على الأساس القانوني الذي تقوم عليه الكفالة، بالرغم من حرص المشرع في التشريعات المغاربية على موضوع مصلحة الطفل بصفة عامة، الا ان مصلحة الطفل المكفول تستدعي تدخل السلطات للفصل في هذه الإشكالات، خاصة ما يتعلق منها بالكفالة الممنوحة في الدول الأجنبية، وما ترتبه من اثار مع عدم استيفاء الرقابة القانونية على الطفل المكفول وعلاقته مع كافله من طرف الهيئات المخولة لذلك، مع عدم تضمن الاتفاقات القضائية الثنائية مع الدول الأجنبية احكام تتعلق بنظام الكفالة، الا في الجانب المتعلق بتنفيذ الاحكام والذي اتى بصفة عامة.

ان الالتزام بكفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين يحدد مصير الطفل بالاستمرار في العيش داخل محيط أسري بديل، الامر الذي يرتب التزامات تقع على عاتق الكافل بتقديم الرعاية وما يتخللها من مسؤولية، الا ان الإشكالات القانونية لا تطرح في هذا الجانب من الرعاية خاصة إذا كان الطفل متكفل به في بلده الأصلي، بل تنصب حول الاثار المترتبة على الكفالة الممنوحة او التي يتم اجازتها الى البلدان الأجنبية نخص منها الاوربية التي تتبع نظام رعاية بديل عن الكفالة.

ان الرقابة القانونية الواجب تفعيلها على الكفالة في الخارج، تبقى محدودة الأثر، خاصة إذا تحصل الطفل المكفول على الجنسية الأجنبية، ما يولد اثار قانونية تختلف من حيث فحواها عن الاثار المترتبة على الالتزام بالكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين في بلدهم الاصلي، الامر الذي يستدعي ضبط نظام الكفالة، والدراسة المعمقة للكفالة الممنوحة الى الأجانب.

الباب الثاني: التخلي عن كفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين

تنص الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان في نص المادة 16 على اعتبار الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع، حيث تحظى بحماية خاصة، ولها جميع الحقوق خلال قيامها وبعد انحلالها. تتجسد هذه الحماية من خلال القوانين الوضعية التي تحكم العلاقة بين الافراد، فلا يمكن تقييد حرية الفرد، في انحلال الرابطة الزوجية بصفة إرادية كالطلاق، حيث تنص المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان" أن لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير"[1].

وبالرجوع إلى الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل نجد أنها تنص في الأحكام المبدئية على الوضعية القانونية للطفل تجاه دولته والأشخاص المسؤولين عنه، وفي هذا الإطار يتم توفير الحماية التي تأخذ طابعا قانونيا يتماشى والنمط المعيشي لكل مجتمع.

قبل التطرق إلى الحقوق الأساسية المتعارف دوليا عليها مثل الحق في الحياة والحفاظ على الهوية، يجب الرجوع إلى الأساس الذي تبنى عليه المجتمعات وتعرف به الأنساب، وهو علاقة الطفل إزاء أسرته التي تخلق الفارق في نمط معيشته، ولهذا اهتمت المواثيق الدولية بضرورة المحافظة على الأسرة، ويجب التنويه أن الأسرة يمكن أن تضم أشخاص يحملون نفس رابطة الدم، كما يمكن أن تضمن أشخاص لا تربطهم أي قرابة، بل

[1]- اعتبارا للحرية المخولة للفرد بالتعبير عن آرائه، فالطلاق هو تجسيد لهذه الحرية، فلا يمكن اجبار أي أحد على العيش مع شخص اخر لا يطيقه، او حالت الظروف الاجتماعية دون استمرار العلاقة الزوجية. ويرتبط هذا أساسا بموضوع الدراسة، وهو ما يتوازى مع الرغبة في كفالة طفل عن طريق الإرادة الحرة والتعبير الصريح بذلك، الا انه يمكن ان تتغير مراكز الأشخاص الساهرة على كفالة الطفل، ما يؤدي الى تغير المراكز القانونية وهذا ما يستدعي بالضرورة ابداء رغبة التخلي عن طريق التعبير الصريح بذلك، وهو ما يتماشى مع مبدا حرية التعبير، ويتضح ذلك جليا من خلال المشرع الجزائري الذي الزم القاضي بالرجوع الى ورثة الكافل ان أرادوا الإبقاء على الكفالة. المادة 472ق.ا.م.ا.

الرابط الوحيد بينهم هو تكوين أسرة تقوم على المودة والمحبة، من ذلك يمكن أن تضم أطفال شرعيين أو غير شرعيين إلى كفالتها، إلا أن استمرارية الأسرة مرهونة بمدى التوافق، فيمكن أن تنحل إما بالوفاة أو بالطلاق.

تطرقنا في الباب الأول لمدى التزام الكافل أو ورثته بالكفالة، وذلك في إطار السعي للمحافظة على العلاقة سواء بين الكافل والمكفول، أو ورثته. إلا أن طبع الإنسان حر، وحرية التعبير وإبداء الآراء، والقبول بالرأي الأخر من عدمه حقوق مكفولة للإنسان في المواثيق الدولية، والقوانين الوضعية، ولا يمكن أن يتم فرض أي رأي أو إجراء يكون ضد ممارسته لحقوقه الشرعية، فيمكن التخلي عن هذا الطفل المكفول.

يتم التخلي عن كفالة الطفل ارادیا سواء بإلغاء الكفالة او عدم رغبة الكافل الالتزام بها بعد انحلال الرابطة الزوجية، ويكون التخلي عنها بصيغة غير ارادية في حال وفاة كلا الكافلين. وعدم اجازتها من طرف ورثتهم. الا ان الاختلاف بين الطفل المعلوم ومجهول النسب هو الذي يخلق الفارق في الالتزام بالكفالة من عدمها.

ان التخلي عن كفالة طفل ليست حبيسة مطالبة الوالدين الأصليين، باسترجاع الولاية على ابنهم الشرعي، ولا حبيسة تخلي أحد الكافلين بعد الطلاق او الورثة بعد وفاة الكافل، بل لها ابعاد قانونية أخرى في العلاقة التي تربط المكفول بكافله او المنتقلة اليه الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، حيث يكون لهيئات قانونية اسقاط الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية او حتى قبل ذلك، إذا تبين التعدي على حقوق الطفل وعدم المحافظة على مصلحته. فما هي الجهات القانونية أو المؤسسات التي لها السلطة في إلغاء الكفالة؟ وبعد التخلي عن الطفل المكفول، ما هي الإجراءات القانونية التي يتم إتباعها موازاة مع الحماية القانونية المقررة لهذه الفئة من الأطفال؟

إن واقع التخلي على الأطفال المكفولين ظاهرة اجتماعية وجب الاطلاع عليها من حيث التنظيم القانوني والحماية المفعلة لهذه الفئة من الأطفال، ولهذا سندرس عودة الطفل المكفول إلى والديه الأصليين، سواء بعد التخلي عنه، أو المطالبة بإرجاعه إلى ولايتهما، هذا في الفصل الأول، أما الفصل الثاني، سنتطرق الى التخلي النهائي عن الطفل المكفول وعودته الى المؤسسات الاجتماعية المختصة بتقديم الرعاية البديلة.

الفصل الأول: عودة الطفل المكفول معلوم النسب إلى والديه الأصليين او أحدهما

إن التمييز الواقع بين الطفل معلوم النسب والطفل مجهول النسب، يرجع إلى الشريعة الإسلامية، حيث كانت تفرق بين اليتيم واللقيط، والابن بالبنوة الشرعية، وكانت تختلف الأحكام الشرعية بينهم إلا أن ذلك، لا يضيع حق أي واحد منهم، بل كانت حقوقهم مكفولة[1].

فرقت المواثيق الدولية بين الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين، وبينت حقوقهم، ونصت على عدم التمييز بينهم بمختلف الاشكال، وهذا ما انعكس على القوانين الوضعية للتشريعات المغاربية، إلا أن التسميات اختلفت من مجهول النسب إلى الابن غير الشرعي، إلى الأطفال المهملين، إلى اللقطاء، وغيرها من التسميات التي تفيد أن هناك، نسب ابن شرعي، وابن مجهول النسب[2].

وما يبين الاختلاف الواقع في نظام الكفالة، طفل معلوم النسب[3]، يكون والديه على قيد الحياة أو متوفيين، كلاهما أو احداهما، ولكن يعرف نسبه ويحمل لقب والده الأصلي. والاختلاف الثاني يكمن في

---

1 – ذلك أن النفقة كانت تجب عليهم، من بيت مال المسلمين، وحتى كان على من يريد رعاية الله فيهم، تتم كفالتهم، وتحفظ أموالهم، وجميع حقوقهم، حتى كانت هناك أحكام شرعية بخصوص أكل مال اليتيم من طرف من يقوم عليه، وذلك خشية من ذهاب حقوقهم.

– ياسر احمد عمر الدمهوجي، حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي، نفس المرجع السابق، 634-647.

2 – وتنطبق هذه التسميات من خلال المشرع الجزائري في نص المادة 119، حيث فرق بين الكفالة للاين معلوم النسب، والكفالة التي تتم بالنسبة للطفل مجهول النسب.

ويوضح ذلك أيضا، ليس من خلال قانون الأحوال الشخصية أو قانون لأسرة، بل حتى من قوانين حماية الطفولة، وقوانين الجنسية، وقوانين الحالة المدنية، وغيرها من القوانين التي تكفل إجراءات الكفالة وغيرها، وهذا نفس الشيء بالنسبة لكل من القانونين المغربي والتونسي.

3 – حيث تكون هذه الكفالة في العادة كفالة بين الأقارب، أو الأصدقاء، إلا أن الواقع يبين ان هذا النوع من الكفالة غير محمي، فهي بالنسبة للشريعة الإسلامية صحيحة، لكن من الناحية القانونية تكون غير موثقة، وهذا راجع إلى عدم تسجيلها قانونيا، بل تكون على النحو التالي، أردت كفالة ابنك، كفلته لكي، بدون أي ضمانات، إلا إن هذه الظاهرة صعبة الإثبات ذلك أنها تعيش داخل المجتمع، وبذلك تكون حبيسة، الوازع الديني، لنيل الأجر والثواب، إلا أنها ظاهرة يمكن ان تخلق مشاكل عويصة، ذلك انه لا توجد رقابة حول حماية مصلحة الطفل وضمان حقوقه =

طفل مجهول النسب، إلا أن هذا الأخير ينقسم بدوره إلى قسمين: طفل مجهول النسب إطلاقا[1]، وطفل معلوم الأم ومجهول الأب. وهذا الاختلاف الواقع، تطرق اليه قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، وهذه ظاهرة لا تنتشر فقط في الدول التي تجيز الكفالة، بل هي ظاهرة عالمية، حيث يكون فيها الأطفال المهملين، مجهولين النسب ناحية الاب ولكن تكون الأم معلومة.

رجوعا إلى التشريع المغربي نجد انه يجيز الكفالة إلى المؤسسات القانونية الاجتماعية التي تحمل صفة المنفعة العامة، وللتوضيح أكثر إن كان الطفل مجهول النسب يمكن أن تتم كفالته من قبل أشخاص معنويين، يوفرون له الرعاية، ولكن شريطة أن يكون هذا الطفل مهمل[2].

إن انحلال الرابطة الزوجية يمكن أن يخلق إشكالا قانونيا خاصة بالنسبة للأطفال مجهولين النسب، فيمكن أن يلتزم أحد الكافلين بالكفالة بعد الطلاق، أو يلتزم بها أحد الورثة، إلا انه لا يتم اجازتها من طرف القاضي المختص لأسباب قانونية تتعلق بحماية مصلحة الطفل.

– انظر أيضا الملحقين رقم 07 و14، حيث يتم التصريح في الوثائق الإدارية بابن مجهول ومجهولة.

1 – وهذا هو الطفل الذي لا يعلم نسبه، والذي تم التقاطه في الشارع أو أحد الأماكن العمومية، والذي لم يعثر بحوزته أي شيء يدل على هويته، وهؤلاء الأطفال يعتبرون أبناء الدولة في القانون الجزائري وسائر القوانين التي ترعى حقوق الأطفال المهملين او اللقطاء.

– Saadi Nacera – la kafala en Algérie. Op.cit.

2 – نصت المادة الأولى من قانون كفالة الأطفال المهملين إلى تعريف الطفل المهمل: " يعتبر مهملا من كلا الجنسين الذي لم يبلغ ثمان عشر سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:

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

– إن كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش.

– إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في الرعاية. أو في حال سقوط الولاية الشرعية ".

وهذا ما ينعكس على مصير الطفل المكفول، هل يمكن أن يطالب والديه الأصليين باسترجاع الولاية او السلطة الابوية على ابنهم؟ وهل يمكن للأقرباء الأقرب درجة المطالبة بذلك؟ وفي حال عدم الالتزام بالكفالة، وعدم مطالبة الوالدين الأصليين الذين على قيد الحياة أو أقربائهم بحضانة الطفل، ما هو مصير هذا الطفل، في ظل الحفاظ على مصلحته؟

عودة الطفل المكفول إلى والديه الأصليين، ينبغي أن تكون منظمة قانونا، وتتضمن حماية مطلقة للطفل، من خلال ما تقدم سندرس، الإجراءات القانونية المتبعة لعودة الطفل المكفول إلى والديه الأصليين في المبحث الأول، مع الآثار المترتبة عليها والاشكالات القانونية التي تعترضها في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الإجراءات القانونية التي يتم إتباعها لعودة الطفل المكفول إلى والديه الأصليين

بعد انحلال الرابطة الزوجية يمكن للكافلين عدم الالتزام بالكفالة، كما أيضا يحق لورثة الكافل الذي توفي عدم إجازتها[1]، ويدخل التخلي عن الكفالة في إطار الحرية الشخصية، فلا يمكن إرغام أي شخص على شيء استغنى عنه بمحض إرادته. وتلعب الإرادة والتعبير الصريح لطرفي العلاقة القانونية دورا أساسيا في سير الإجراءات القانونية وعدم تظليل الجهات المختصة المكلفة بالحفاظ على مصلحة الطفل.

ومن زاوية قانونية مختلفة، تلعب الإرادة الصريحة للوالدين الأصليين للطفل المكفول دورا مهما، خاصة وان هذا الحق مخول لهما قانونا، ولكن مدى تنفيذه يظل حبيس الإجراءات القانونية التي تتم على مستوى المحاكم، حيث تنفرد بجميع الإجراءات القانونية، ذلك أن لهذه الهيئة الموقرة جميع الصلاحيات في اتخاذ كل التدابير الضرورية لحماية مصلحة الطفل.

يمكن للوالدين الأصليين أو أحدهما المطالبة بعودة الابن إلى ولايته، وقد يكون السبب وراء ذلك هو انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، وعدم رغبتهم ان يعيش ابنهم في جو عائلي متفكك، سواء بعد الطلاق أو الوفاة، ذلك أن المشرع الجزائري لم يحدد لا الأسباب ولا المدة الزمنية التي يمكن لهما، استرجاع الولاية على ابنهم، كما لم يوضح أيضا أحقية الأقرباء الأقرب درجة المطالبة بعودة الطفل إليهم. كما لم يبين المشرع الجزائري

1 – إن الأسباب التي تؤدي إلى عدم الالتزام بالكفالة، تكون إما لأسباب شخصية، بعدم الرغبة في رعاية الطفل المكفول، أو للتحرر من قيود المسؤولية خاصة بعد الطلاق، وفي حالة عدم إجازة الورثة للكفالة يمكن أن تكمن في عدم الاعتياد على الطفل المكفول، أو لأسباب مادية، وهي عدم تحمل تكاليف كفالة طفل، ان الأسباب تختلف وتعدد، ولكن الإشكال الوحيد هو التخلي عن الطفل بعد اعتياده على كافله، والاعتياد على الجو الأسري، كل هذا ما يستدعي متابعة خاصة للطفل. الا ان حالات التخلي عن الطفل المكفول يكون بنسبة ضئيلة في حالة الطلاق، ولكن حالة وفاة الكافل او الكافلين معا، هي التي تؤدي بالورثة الى عدم تحمل ذلك الالتزام على وجه التبرع.

– في حوار مع السيدة نائبة المدير الاخصائية النفسانية المكلفة بمكتب الطفولة المحرومة م.ن.اج.ت لولاية وهران، ماي 2015.

والمغربي بعد انحلال الرابطة الزوجية إمكانية عودة الطفل المكفول إلى رعاية والديه، إن كان معلوم النسب بصريح العبارة. بل نص المشرع المغربي على إمكانية تقديم الطلب بعد انحلال الرابطة الزوجية، من الشخص المعني بالأمر حسب المادة 28 من قانون كفالة الاطفال، فجاءت هذه المادة غامضة، هل بخصوص الكافل أو والديه الأصليين، مع ذكر عبارة الطفل المكفول.

لم يفرق المشرع التونسي بين الطفل معلوم ومجهول النسب، ولم يبين حالة انحلال الرابطة الزوجية وعلاقتها بالالتزام بالكفالة من عدمه، الا ان تطرقه الى موضوع انتهاء الكفالة يثير اشكالا حول الإجراءات المتبعة في ذلك.

من خلال هذا ما هي الإجراءات القانونية المتبعة لعودة الطفل المكفول إلى والديه الأصليين سواء ان كانت المطالبة بعودته بعد انحلال الرابطة الزوجية للكافلين، أو بعد التخلي عنه نهائيا؟ ويجب أيضا التمييز بين الطفل المكفول على المستوى الداخلي، والطفل المكفول في الخارج، فالإجراءات القانونية تختلف، والحماية الاجتماعية أيضا تختلف؟

من خلال ما تقدم ارتأينا تقسيم المبحث الى مطلبين يتضمن المطلب الأول: الإجراءات القانونية المتبعة لعودة المكفول الى والديه الأصليين على المستوى الداخلي، اما المطالب الثاني فيتمحور حول الإجراءات القانونية المتبعة لعودة المكفول الى والديه الأصليين على المستوى الخارجي، وعلاقتها بالهيئات الوطنية على المستوى الداخلي.

المطلب الأول: الإجراءات القانونية المتبعة لعودة المكفول إلى والديه الأصليين على المستوى الوطني

تمنح الكفالة على المستوى الوطني، كما يمكن ان يتم اجازة انتقالها الى الخارج بشروط معينة، وهذا ما ينعكس على الاثار القانونية التي يمكن ان تترتب على المستوى الداخلي، وحتى على الإجراءات القانونية المتبعة. بالرغم من أن الكفالة التي تتم في الجزائر تبقى خاضعة لها في أثارها وهذا حسب نص المادة 13 مكرر 1 من ق.م، وبالتالي ترتب آثارها في القانون الجزائري الذي يحكم العلاقة القانونية.

تتميز الإجراءات على المستوى الوطني بنوع من المرونة، ذلك أن القاضي له الصلاحيات الواسعة وسلطته التقديرية هي التي تحدد مدى التحاق الطفل بوالديه الأصليين من عدمه. والإجراءات المتبعة على المستوى الداخلي لا يقصد بها الجزائر فقط، بل كل الإجراءات المتبعة على مستوى كل من المغرب وتونس، خاصة في القانون المغربي ذلك ان الكفالة تجد موقعها في مدى التطبيق الفعلي لقانون كفالة الأطفال المهملين، على عكس المشرع التونسي والذي يولي أهمية أكبر للتبني على حساب الكفالة لما لها من تسهيلات إجرائية.

بما أن الطرف الأساسي في هذه الإجراءات القانونية هو الطفل، لابد من اخذ بعين الاعتبار ما يرعى مصالحه، ويحافظ على نموه السليم، فما هي الإجراءات القانونية التي يمكن على أساسها إبداء الموافقة على انتقال الطفل إلى والديه الأصليين؟ حيث يجب أن تتسم الإجراءات بنوع من الصرامة تجاه كل من الأطراف المتخلية عن الطفل المكفول، أو من ناحية والديه أو من يطالب باسترداده. ويجب في هذه الإجراءات اخذ بعين الاعتبار المصلحة الفضلى للطفل.

الفرع الأول: الإجراءات الأولية للمطالبة بعودة الطفل المكفول الى والديه الاصليين

يخضع كل مجتمع حسب معتقداته ونمط معيشته الى اتخاذ أساليب قانونية محددة، وبما ان الكفالة الرابط بين الدول المغاربية فإنها تتحد في مبادئها وتختلف في الإجراءات القانونية التي تطال مطالبة الوالديين الأصليين عودة ابنهم بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين.

نص المشرع الجزائري في المادة 124 من ق.ا على إمكانية مطالبة الأبوين الأصليين أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما، وفي هذا السياق نص المشرع المغربي على إمكانية عودة الطفل المكفول الى أحد الوالدين الأصليين او كليهما إذا ارتفعت أسباب الإهمال وهذا في نص المادة 29 من قانون كفالة الأطفال المهملين. ونص التونسي على فسخ عقد الكفالة بطلب من أولياء المكفول حسب الفصل 7 من قانون الكفالة والتبني.

تنص المادة 1/13 من ق.ا.م.ا (**لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة، ومصلحة قائمة او محتملة ويقرها القانون**)[1]. يجب توضيح هذه النقطة خاصة ان المطالبة بعودة الطفل المكفول الى ابويه او أحدهما عن طريق دعوى قضائية، يجب ان تتوفر في المدعي أولا الصفة[2] التي تعد من الشروط المتعلقة بالنظام العام، اما بموجب نص في القانون يكسب الشخص صفة التقاضي او يكتسبها تلقائيا في جميع الدعاوى المفتوحة.

[1]- نص ق.ا.م القديم في المادة 459 على: (لا يجوز لاحد ان يرفع دعوى قضائية امام القضاء مالم يكن حائزا لصفة واهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك). ويتضح ان التعديل الأخير ل ق.ا.م.ا لم يأت بالجديد في باب شروط قبول الدعوى سوى اغفاله شرط الاهلية الذي يعتبر شرطا أساسيا لقبول الدعوى وهو من النظام العام.

[2]- الصفة هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية سواء ينفسه-صفة مكتسبة قانونا-او عن طريق ممثله الشرعي –بموجب نص قانوني صريح.

وهذه النقطة تؤكد ان سواء لأبوي المكفول او كافله او ورثة كافله، الصفة بالمطالبة بالتخلي عن الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، وينطبق نفس الشيء على ابوي الطفل المكفول بالتمتع بالصفة لرفع دعوى الغاء الكفالة واسترجاع الولاية على ابنهم، ولكن لم يحدد القانون الجزائري ان كان لهم الحق المطالبة بها سواء قبل او بعد انحلال الرابطة الزوجية.

والنقطة الثانية التي استوجبها ق.ا.م.ا هي توافر المصلحة والتي يشترط في رافع الدعوى ان تكون له مصلحة في رفعها، أي لابد ان تستند الى حق يحميه القانون ويشترط ان تكون شخصية ومباشرة وان تكون قائمة وحالة[1]، وهذا ما يتوازى مع حق كل من ابوي المكفول المطالبة بعودته الى ولايتهم، أي ان المصلحة هنا هي رجوع الابن الى حضانة والديه، وتتمثل مصلحة الكافل برفع دعوى التخلي عن الكفالة في عدم رغبته في تحمل المسؤولية القانونية تجاه الطفل.

تسبق هذه الاجراءات رفع دعوى قضائية، بل هي الشروط القانونية الموضوعية الواجب توافرها في المدعي، هذا من جهة ومن جهة أخرى، تنص المادة 424 من ق.ا.م.ا بان قاضي شؤون الاسرة يسهر على حماية مصالح القصر، وفي هذا الإطار له جميع الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون ان يأمر في إطار التحقيق تعيين مساعدة اجتماعية او اللجوء الى أي مصلحة مختصة بغرض الاستشارة، وهذا في نص المادة 425 من ق.ا.م.ا.

ان مطالبة الابوين الأصليين استرجاع الولاية على ابنهم هو حق مخول لفائدة الأطفال المكفولين معلومي النسب، ولكن لم تتطرق التشريعات المغاربية إلى إمكانية عودة الابن المكفول إلى أمه التي تخلت

[1]- فضيل العيش، نفس المرجع السابق، ص 40-48.

عنه[1]، وكان معلوم النسب جهة أمه. خصوصا مع التأكيد من المشرعين الجزائري والمغربي على الأبوين الأصليين، مع إمكانية المطالبة من أحدهما دون توضيح.

ويطرح اشكال قانوني اخر، وهو التفرقة بين الإجراءات القانونية المتبعة في حال تخلي الكافل عن الكفالة او ورثته، ومطالبة الابوان الاصليان باسترجاع الولاية على ابنهم الشرعي، حيث تختلف هذه الإجراءات من الناحية الشكلية، ذلك ان الوسائل التي تستعمل من طرف صاحب الحق او من له الصفة تختلف من حيث مدى الالتزام او التخلي عن كفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية، فماهي الإجراءات المتبعة للمطالبة بعودة المكفول الى والديه الأصليين؟

أولا: الإجراءات القانونية المتبعة للمطالبة بعودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين وفق القانون الجزائري

يجيز قانون الاسرة الجزائري عودة الطفل المكفول الى ابويه الأصليين او أحدهما، إذا ما تم المطالبة بذلك، لكن لم يربطها باي نوع من أنواع الإهمال او عدم تقديم الرعاية الكافية للطفل، بل ترك الباب مفتوحا لعدة تأويلات قانونية، خاصة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين. حيث يمكن ان يلتزم او يتخلى أحد الكافلين او كلاهما عن الطفل.

بالرجوع الى الأصل نجد ان اتفاقية حقوق الطفل تنص على وجوب رعاية الطفل داخل اسرة، وخلافا على ذلك التفكك الاسري يمكن ان يخلق عدة مشاكل نفسية للطفل، لذلك يتوجب المحافظة على

[1]- خاصة إذا كان ابن غير شرعي، او ولد في ظروف اجتماعية لم تسمح لامه بالاحتفاظ به او رعايته.

مصلحة الطفل بإدماجه داخل اسرة، خاصة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه، وكان معلوم النسب، فالأفضل عودته الى اسرته البيولوجية. الا ان ذلك يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.

1-الكفالة القضائية:

من قراءتنا لنص المادة 124 من ق.ا، نستنتج ان المطالبة بعودة الطفل المكفول الى ابويه الأصليين، ليست مرتبطة بمدة زمنية معينة، او بحدث قانوني محدد، فالمطالبة بعودة الطفل المكفول لأبويه الأصليين مرهونة بمدى التوافق والرقابة الدائمة على ابنهم وعدم رغبتهم في ان يعيش في جو أسري مفكك، او في كنف عائلة أخرى خاصة إذا ما توفي الكافل والتزم الورثة بالكفالة، وهذا ما اجازه ق.ا.

للمطالبة بعودة الولد المكفول الى ولايتهم، يجب اتخاذ إجراءات قانونية معينة، نتطرق اليها والى الغموض الذي يشوبها اتباعا:

بالرجوع الى ق.ا.م.ا في القسم السادس المتعلق بإجراءات الكفالة نجده في المادة 496 يتطرق الى الغاء الكفالة او التخلي عنها، ولا يتطرق اطلاقا الى عودة الولد المكفول الى ابويه الأصليين او أحدهما، فهل يقصد بالإجراءات الخاصة بإلغاء الكفالة او التخلي عنها، نفسها الإجراءات المتعلقة بعودة الولد المكفول؟

يمكن ان يستخلص من عبارة الغاء او التخلي عن الكفالة، عدة دلالات قانونية خاصة تلك المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية، ذلك انه يمكن لاحد الوالدين او كلاهما المطالبة بعودة الولد المكفول، بدعوى الغاء كفالة الطفل، او رفع دعوى لإبطال الكفالة خاصة بعد الطلاق بين الكافلين، وعدم الرغبة في تحمل

المسؤولية. او بعد وفاة الكافل، وعدم رغبة الورثة في تحمل هذا الالتزام، خاصة إذا كانت درجة القرابة من الدرجة الثانية، بعد وفاة كلا الكافلين[1].

من خلال ما تقدم يمكن ان يستخلص ان عودة الطفل لأبويه، يتم عن طريق دعوى قضائية[2]، يطالب من خلالها، استرجاع الولاية القانونية على ابنهم.

نص ق.ا.م.ا في المادة 496 على كيفية رفع دعوى الغاء الكفالة ودعوى التخلي عن الكفالة وربطها بالإجراءات العادية، أي ان سير الدعوى من يوم رفعها الى غاية الفصل فيها، تتم كأي دعوى مدنية، في ظروف عادية، فترفع كل من الدعاوى التي تتعلق اما بالمطالبة بعودة الطفل المكفول الى ابويه الأصليين وإلغاء الكفالة عن طريقة عريضة افتتاحية. وتخضع هذه الدعوى للقواعد العامة الواردة في ق.ا.م.ا والمتعلقة بالدعوى القضائية[3].

واضافت المادة 496 انه ينظر في هذه الدعوى في جلسة سرية بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباته[4]، حيث تعد النيابة العامة طرف أصلي في جميع المنازعات المتعلقة بشؤون الاسرة، ويجب مراعاة في هذا الجانب الاختصاص الإقليمي، والاختصاص النوعي للمحكمة، ذلك ان قسم شؤون الاسرة من بين اختصاصاته النظر في الدعاوى المتعلقة بالكفالة حسب نص المادة 423 من ق.ا.م.ا.

---

[1]- انظر الملحق رقم: 07

[2] - لم يعرف أي قانون من القوانين الدعوى القضائية، اما الفقه لم يتفق على تعريف واضح ومحدد، وتتلخص في انها الحق للجوء الى القضاء للحصول على الحماية القانونية للحق المدعى به، وبالرجوع الى المشرع الجزائري لم يعرف الدعوى القضائية بل اكتفى بالنص على شروطها في المادة 13 ق.ا.م.ا.

- فضيل العيش، المرجع السابق، ص 39-40.

[3]- بوضياف عادل، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، كليلة للنشر، ط الأولى، 2012، ص 482.

[4]- ينظر في الجلسة بسرية تامة لما لها من اضرار على مصلحة القاصر او المدعي او المدعى عليه.

كما يمكن لام الطفل المكفول المجهول الاب المطالبة بعودته الى حضانتها، عن طريق الإجراءات القانونية السابق ذكرها، ذلك ان المحكمة العليا رست على مبدا ان ام البنت مجهولة الاب المتكفل بها من طرف الغير هي الأولى بحضانتها[1]، صحيح ان قضية الحال لم تتعرض الرابطة الزوجية لانحلال بالطلاق او الوفاة، ولكن اسقاطا على هذه الحالة يمكن ان تطالب الام عودة الطفل المكفول اليها إذا ما استوفت فيها الشروط القانونية بتوفير البيئة المناسبة لنمو الطفل والحفاظ على مصالحه.

يرجع الاختصاص بالنظر في عودة الطفل المكفول الى ابويه الأصليين الى قاضي شؤون الاسرة حسب الصلاحيات المخولة له، الا ان المشرع وسع من اختصاصات القضاة بالنظر في موضوع حماية حقوق الطفل، حيث تطرق الى اختصاص قاضي الاحداث بالنظر في هذا النوع من القضايا إذا تعرض الطفل المكفول الى خطر.

حيث تنص المادة 32 من ق.ح.ط على: (**يختص قاضي الاحداث لمحل اقامة الطفل المعرض للخطر او مسكنه او محل إقامة او مسكن ممثله الشرعي، وكذلك قاضي الاحداث للمكان الذي وجد به الطفل في حال عدم وجود هؤلاء، بالنظر في العريضة التي ترفع اليه من الطفل او ممثله الشرعي او وكيل الجمهورية او الوالي او رئيس المجلس الشعبي البلدي لمكان إقامة الطفل او مصالح الوسط المفتوح او الجمعيات او الهيئات العمومية المهتمة بشؤون الطفولة. حيث يجوز للقاضي ان يتدخل تلقائيا. كما يمكن ان يتلقى الاخطار المقدم من الطفل شفاهه**).

[1]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم القرار: 582813، تاريخ القرار: 2010/11/11، مجلة المحكمة العليا 2011، ع 1، ص 262.
الموضوع: كفالة-حضانة-بنت مجهولة الاب.
المبدأ: ام البنت مجهولة الاب، المتكفل بها من طرف الغير هي الأولى بحضانتها.

وسع المشرع الجزائري من صلاحيات قاضي الاحداث، حيث اعطى له الحق في الاستعانة بالبحوث الاجتماعية والفحوصات الطبية وتلقي التقارير او المعلومات من أي شخص يرى فائدة من سماعه وتندرج هذه الإجراءات في إطار التحقيق.

تنص المادة 35 من ق.ح.ط على: (**يجوز لقاضي الاحداث اثناء التحقيق ان يتخذ بشأن الطفل وبموجب امر بالحراسة المؤقتة، اخذ التدابير الاتية:**

-إبقاء الطفل في اسرته.

-تسليم الطفل لوالده او لوالدته الذي لا يمارس حق الحضانة عليه، ما لم تكن قد سقطت بحكم.

-تسليم الطفل الى أحد اقاربه.

-تسليم الطفل الى شخص او عائلة جديرين بالثقة.

كما يمكنه ان يكلف مصالح الوسط المفتوح بملاحظة الطفل في وسطه الاسري او المدرسي او المهني).

ان التدابير القانونية المنصوص عليها في هذه المادة كلها تدابير حمائية، ولم تصل الى درجة التدابير الإصلاحية التي تتطلب الوضع في مؤسسة إصلاحية، حيث يختار قاضي الاحداث التدبير المناسب لوضعية الطفل، فان وجد الطفل المكفول في حالة خطر بعد تخلي الكافل عنه او وفاته وكان الطفل المكفول معلوم النسب، فان الاجدر تسليمه الى أحد والديه، وبذلك تكون عودة الطفل الى ابويه الأصليين او احدهما بصفة مؤقتة بموجب امر بالحراسة المؤقتة لمدة ستة اشهر، يخطر قاضي الاحداث الطفل او ممثله الشرعي بالتدابير المتخذة خلال 48 ساعة من صدورها بأية وسيلة.

يقوم قاضي الاحداث بعد الانتهاء من التحقيق بإرسال ملف القضية الى وكيل الجمهورية للاطلاع عليه، ويقوم باستدعاء الطفل او ممثله الشرعي والمحامي، عند الاقتضاء بموجب رسالة موصى عليها مع العلم

بالوصول، قبل 8 أيام على الأقل من النظر في القضية. حيث ان الفصل في ملف وجود الحدث في خطر معنوي يكون بعد لقاء بمكتب قاضي الاحداث وسماع الأطراف واتخاذ تدبير وفقا لأحكام المواد 40-41 من ق.ح.ط. لا ترتبط هذه الإجراءات بالطابع الجزائي فالأمر يتعلق بمعالجة الخطر الذي يتهدد الطفل المكفول[1].

بعد الانتهاء من التحقيق، يتخذ قاضي الاحداث أحد التدابير القانونية المنصوص عليها في المادة 35 من ق.ح.ط والتي سبق لنا توضيحها، ولكن في هذه المرحلة لا يكون هذا الاجراء بصفة مؤقتة، بل يصدر عن طريق امر من قاضي الاحداث، ففي حالة وجود الطفل المكفول معلوم النسب في خطر معنوي بعد تخلي الكافل عن كفالته او وفاة هذا الأخير، فان الاجدر عودته الى ابويه الأصليين او أحدهما، او تسليمه الى أحد اقاربه او الى عائلة جديرة بالثقة، فلقاضي الاحداث واسع النظر، ومن هنا يتجلى الدور الرقابي على الطفل المكفول بصفة خاصة وعلى حماية حقوق الأطفال بصفة عامة، فالرقابة القضائية الممارسة على حماية مصلحة الطفل اضفى عليها المشرع الجزائري الاحكام والتدابير القانونية من خلال التشريعات والتعديلات التي مست عدة قوانين مواكبة للتطور التشريعي الدولي.

ب-الكفالة التوثيقية:

ان الكفالة التوثيقية التي يجيزها قانون الاسرة، والتي تتم خاصة بالنسبة للأطفال معلومي النسب، بالرغم من العراقيل والاثار التي تترتب عليها، الا ان ق.ا.م.ا لا يتطرق الى هذه النقطة وكأنه بعد التعديل

[1]- نجيمي جمال، نفس المرجع السابق، ص 73.

- محمدي سميرة، مدى الحماية القانونية للطفل ضحية العنف الاسري في القانون الجزائري، حماية حقوق الطفل، دار الأيام، الطبعة الأولى، 2018، ص 160-163.

الأخير لهذا القانون ألغى ضمنيا الكفالة التوثيقية، ولكن حتى وان كانت الكفالة موقعة عند الموثق فان المطالبة بعودة الولاية على الطفل المكفول لا تتم الا عن طريق دعوى قضائية يفصل فيها قاضي شؤون الاسرة المختص[1].

ان رفع دعوى قضائية امام قاضي شؤون الاسرة التي من بين صلاحياته التكفل بالسهر على حماية مصالح القصر بدون استثناء، حسب نص المادة 424ق.ا.م.ا. كفيل بالمحافظة على مصلحة المكفول، وضمان حقه وحق المدعي خاصة إذا كان المدعي أحد ابوي الطفل او كلاهما. ذلك ان المطالبة باسترجاع الولاية على ابنهم، حق مضمون قانونا.

ثانيا: الإجراءات القانونية المتبعة لاسترجاع الوالدين الأصليين الولاية على الطفل المكفول وفق القانون المغربي والتونسي

ان استرجاع الوالدين الأصليين الولاية على ابنهم المكفول يتطلب اتباع إجراءات قانونية تختلف بين القانون المغربي والتونسي.

[1]- يجب التنويه ان النيابة العامة طرف أصلي في جميع القضايا المرتبطة بقانون الاسرة، وهذا ما يوضح بالرجوع الى الملحق رقم 15 المتعلق بالتخلي و فسخ عقد الكفالة، نجد في مضمون العقد الرجوع الى النيابة العامة التي بدورها تبدي الموافقة من عدمها، حيث يستنتج انه لا يمكن فسخ عقد الكفالة التوثيقية بدون الرجوع الى النيابة العامة أي الى جهة رسمية، الرغم من ان العقد قام به الموثق لطفل مجهول النسب، الا ان الحالة التي نحن بصدد دراستها هي طفل معلوم النسب قياسا على ما سبق فان الرجوع الى قاضي شؤون الاسرة او النيابة العامة حتمية قانونية لا اختلاف فيها.

ا–في القانون المغربي:

ان قانون كفالة الأطفال المهملين يتطرق الى إمكانية مطالبة الوالدين الأصليين باسترجاع الولاية على ابنهم وهذا في نص المادة 29 (**يمكن لاحد الوالدين او كليهما – إذا ارتفعت اسباب الإهمال – استرجاع الولاية على طفلهما**). ان استرجاع الولاية على الطفل من طرف والديه الأصليين مرهون بمدى تعرضه للإهمال، مما يعرج بنا الى طرح اشكال قانوني، وهو إذا لم يتعرض الطفل للإهمال الا يمكن لوالديه الأصلين المطالبة برجوعه؟ فالإجراءات الشكلية المتبعة للمطالبة باسترجاع الطفل، مرهونة بإجراءات قانونية أخرى وهي صدور حكم يقضي بإهمال الطفل طبقا لمقتضيات المادة 26-25 من قانون 15-01، واسناد كفالة هذا الطفل الى شخص اخر او الجهة التي تقدمت بالطلب[1].

يجب التوضيح ان المشرع المغربي نص بصريح العبارة على أحد الوالدين او كليهما، ولم يميز ان كان هذا الابن شرعي او غير شرعي، خصوصا بالنسبة للام التي تخلت عن ابنها، حيث جاءت العبارة عامة ويستنتج من خلال التحليل المنطقي للمادة انها لم تستثني امه البيولوجية.

فالإجراءات القانونية والشكلية الواجب احترامها هي كالاتي: صدور حكم بإهمال الطفل سواء من القاضي المكلف بشؤون القاصرين او النيابة العامة، تم بعد ذلك يجب على الوالدين او أحدهما تقديم طلب الى المحكمة الابتدائية المختصة[2]، التي تبت فيه اما بقبوله او رفضه، ويكون ذلك بموجب حكم وليس

[1] - من بين أسباب انتهاء الكفالة هو موت الزوجين الكافلين معا وانفصام عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين، حسب نص المادة 25-26 من قانون كفالة الأطفال المهملين، ومن اجل استمرار الكفالة يجب تقديم طلب لاستمرار الكفالة، وأسباب انتهاء الكفالة قد تؤدي الى اهمال الطفل.

[2]- يعرف الطلب القضائي بانه التصرف القضائي الذي يطلب بموجبه شخص ما من المحكمة حماية حق من حقوقه والاعتراف له بها، ويعرف أيضا انه الاجراء الذي يعرض به الشخص ادعائه على القضاء طالبا الحكم له به على خصمه.
-فضيل العيش، نفس المرجع السابق، ص 60.

امر[1]، الا ان المادة 29 من قانون كفالة الأطفال المهملين التي ارست هته الاحكام لم تنص على قابلية الطعن في الحكم الصادر في طلب استرجاع الطفل[2]. فالإجراءات القانونية المتبعة للمطالبة باسترجاع الولاية على الطفل المكفول هي نفس الإجراءات المتبعة في سير الدعوى القضائية العادية وهي مرهونة بمدى تعرض المكفول للإهمال[3]، وترجع السلطة للقاضي للفصل في الدعوى عن طريق حكم.

ب–في القانون التونسي:

نص الفصل 7 من قانون الكفالة والتبني على انتهاء الكفالة بمختلف صيغها القانونية منها بمجرد بلوغ سن الرشد القانوني، وهذا ما تتفق عليه التشريعات التي نحن بصدد دراستها الا في حالات استثنائية، ومنها بفسخ عقد الكفالة الذي تختلف حالاته وفق الشخص مقدم الطلب.

ان الإجراءات القانونية المتبعة لعودة الطفل المكفول الى وليه مرهونة بتقديم طلب امام قاضي الاسرة للمحكمة الابتدائية التابعة لمكان سكنى الكافل، حسب الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية[4] التي تنص على ان: (**المحكمة الابتدائية تنظر ابتدائيا في جميع الدعاوى ما عدا ما خرج عنها بنص**). يتضمن الطلب فسخ عقد الكفالة واسترجاع الطفل، حسب الفصل 7 من قانون الكفالة والتبني.

ينظر القاضي في مدى توافق الغاء الكفالة مع مصلحة الطفل، فاذا كان ذلك يخدم مصالحه جاز له الحكم بعودته الى ابويه، اما إذا كان الطلب منافيا لما تقتضيه المصلحة الفضلى للطفل يقضي القاضي بغير ذلك مستندا على تدابير قانونية. حيث نص الفصل 4 من م.ح.ط على اعتماد مبدا مصلحة الطفل الفضلى

[1]- نور الدين الشرقاوي الغزواني، نفس المرجع السابق، ص 53.
[2]- محمد الشافعي، كفالة الأطفال المهملين، نفس المرجع السابق، ص 68-69.
[3]- من بين الأسباب المؤدية لإهمال الطفل هو انتهاء الكفالة سواء بطلاق او وفاة أحد الكافلين او كلاهما.
[4]- قانون عدد 130 لسنة 1959 مؤرخ في 2 ربيع الثاني 1379 (5 أكتوبر 1959) يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية، المنقح بالقانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995.

في جميع الإجراءات التي تتخذ في شانه سواء من قبل المحاكم او مؤسسات الرعاية الاجتماعية. كما جاء الفصل 8 من نفس القانون ليؤكد على ضرورة إبقاء الطفل في محيطه العائلي وعدم فصله عن ابويه الا إذا تبين للسلطة القضائية ان هذا الفصل ضروري لصيانة مصلحته.

الفرع الثاني: اختصاص المحكمة بالنظر والفصل في عودة الطفل المكفول الى والديه الاصليين

تختلف الإجراءات المتبعة في التشريعات المغاربية من حيث الشروط القانونية الواجب اتباعها للفصل في عودة المكفول الى والديه الأصليين او أحدهما. ويجب التوضيح ان ق.ا.ج وقانون كفالة الأطفال المهملين المغربي يوضح نوعا ما الإجراءات التي يتخذها القاضي للفصل في لب النزاع والمتعلقة أصلا بالطفل المكفول. الا ان موافقة القاضي هي الفاصلة في النزاع. فماهي النقاط القانونية الأساسية التي يعتمد عليها القاضي المختص للفصل في عودة الطفل المكفول الى والديه الاصليين من عدمه.

أولا: الفرق بين الطفل المميز وغير المميز

إن القوانين الوضعية منها المغاربية لا تتخذ نفس الوصف الذي تستند عليه الشريعة الإسلامية، حيث إن هذه الأخيرة تعتمد على درجة بلوغ الطفل، وكل مذهب فقهي من المذاهب الأربعة كيف يقيمها، ويعتد بها[1]، بل جاء هذا المصطلح من قواعد القانون الدولي والفقه القانوني الذي يفرق بين الطفل المميز وغير المميز.

1 – إن الشريعة الإسلامية لا تضع فرقا معينا قبل بلوغ الطفل، فالطفل يبقى طفلا حتى يبلغ، ولكن درجة تقدير البلوغ تختلف باختلاف الوقائع والأحداث والاستناد على عوامل حدثت في زمن الرسول عليه الصلاة والسلام وفي زمن الصحابة.

– هاني محمد كامل المنايلي، حقوق الطفل بين الواقع والمأمول، نفس المرجع السابق، ص 14-15.

يأخذ كل من المشرع الجزائري والمغربي نصف الوصف للتفرقة بين سن الطفل، إلا أنهما يختلفان من حيث التقدير، فالمشرع الجزائري يعتبر أن كل من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة غير مميز[1]، خلافا لنظيره المغربي الذي يعتبر الصغير المميز هو الذي أتم اثنتي عشر سنة[2]. صحيح ان هناك مفارقة بين التشريعين، إلا أنهما متقاربان. اما بخصوص المشرع التونسي والذي يتخذ وصفا مغايرا للتشريعين السابقين فلا يفرق بين المميز وغير المميز بل بين من لديه أهلية التعاقد من عدمه. فالصغير الى ان يبلغ سن 13 ليس له أهلية التعاقد، اما من يفوق 13 سنة له أهلية مقيدة الى غاية بلوغه سن الرشد القانونية حسب الفصلين 5 و6 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية[3].

ا–مدى الاخذ بسن التمييز للفصل في عودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين في القانون الجزائري:

من بين الحقوق المخولة في اتفاقية حقوق الطفل، حق الطفل في حرية التعبير، الا ان المشرع الجزائري وفي تاريخ سابق على هذه الاتفاقية والانضمام اليها أدرج هذا الحق في ق.ا وخوله للطفل المكفول حال مطالبة والديه الأصليين عودته الى ولايتهم[4].

1 – المادة 2/42 من ق.م.

2 – المادة 214 من مدونة الأسرة المغربية.

[3]- قانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 اوت 2005 يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض احكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

[4] - BOULENOUAR AZZEMOU Malika, le droit de l'enfant à exprimer son opinion dans l'institution de kafala, les cahiers de LADREN, n°2,2011, p 51.

يعتبر المشرع الجزائري الطفل فاقد التمييز ليس أهلا لمباشرة حقوقه المدنية حسب المادة 1/42 من ق.م، مخالفا المشرع المغربي الذي يعتبره فاقد لأهلية الأداء[1]، إلا أن هذا التمييز على أساس الأهلية يبين ان للطفل المكفول غير المميز أهلية الوجوب، ويعد واسعا نوعا ما بالنسبة للطفل الصغير.

بعد عرض الأمور القانونية التي تتعلق بالطفل غير المميز، نرجع إلى إمكانية عودة الطفل المكفول إلى أبويه، حيث لا يأخذ القاضي براي المكفول إذا كان غير مميز أي ان عمره يتراوح من أشهره الأولى إلى سن الثالثة عشر، إلا أن هناك من الفقهاء من يفرق في هذه المرحلة العمرية بين إمكانية استيعاب الطفل من عدمه خاصة بين مرحلة سن السابعة إلى العاشرة، إلا أن ذلك يبقى مجرد أراء فقهية لا تتسم بالصفة الإلزامية إلا إذا قننت خاصة في ظل وجود قانون يبين الأحكام الشرعية.

من خلال ما تقدم حتى وان طالب أحد الأبوين أو كليهما، عودة الطفل إليهم بعد انحلال الرابطة الزوجية، لا يسلم إلا بإذن من القاضي[2]، لما له من صلاحيات وسلطة لتقدير وضعية الطفل بعد وفاة أو طلاق كافليه، خاصة مع إمكانية طلب الالتزام بالطفل وعدم قبول تسليمه إلى والديه. مراعيا بذلك مصلحة الطفل[3].

---

1 – المادة 217 من مدونة الأسرة المغربية.

– هناك فرق بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب.

– أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات

– أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفذ تصرفاته.

2- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم القرار: 367977، تاريخ القرار: 2006/10/11، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 1، ص 473.
الموضوع: كفالة عودة الولد المكفول.
المبدأ: تتم عودة الولد المكفول غير المميز، بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول.

3 - **BOULENOUAR AZZEMOU Malika, le droit de l'enfant a exprimer son opinion dans l'institution de kafala, op.cit., p 57.**

يمكن أن يصدر القاضي امرا باستمرار الكفالة سواء في الطلاق أو وفاة الكافل وبقاء الزوجة الكافلة على قيد الحياة، إلا انه في حالة وفاة كلا الكافلين ومطالبة الورثة بكفالته، الأجدر أن يرجع إلى أبويه أو أمه على أن يكون مكفول ضمن أشخاص غرباء عنه، ولكن ترجع المسؤولية للقاضي المختص، حيث يحصرها في ظل حماية المصلحة الفضلى للطفل.

ان تمييز الطفل المكفول يضعه بين خيارين اما قبول عودته الى والديه الأصليين او بقائه عند كافله، فتخييره اجراء قانوني جوهري، لا يمكن ان يتغاضى عنه قاضي شؤون الاسرة[1] الا في حالات تستوجب الوقوف عندها منها: أن يكون سفيها مجنونا، معتوها، أو معاقا، ولهذا حتى وان تم بلوغ سن التمييز، إلا ان القرار يرجع للقاضي.

بالرغم من أن للطفل كامل الحرية في ابداء رايه، يمكن أن يحتمل قرار القاضي القبول أو الرفض[2]، ذلك ان الضرورة العملية تقتضي إجراء تحقيق حول انحلال الرابطة الزوجية والظروف المعيشية لكلا الطرفين،

---

[1]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، تاريخ القرار: 718101، بتاريخ 1991/05/21، المجلة القضائية، 1996، ع 1، ص 105.
الموضوع: عودة الولد المكفول-لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية-سماع راي الولد المميز-اجراء جوهري يجب احترامه قبل الحكم.
المبدأ: من المقرر قانونا ان المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام لا يجوز الصلح بشأنها الا بنص خاص.

[2]- عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة او الخطأ في تطبيق القانون طبقا للمادة 5/233 من ق.ا.م
بدعوى ان قضاة الموضوع خالفوا المادة 124 من ق.ا التي تنص: (إذا طلب الابوان او أحدهما عودة الولد المكفول الى بيتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز ان لم يكن مميزا لا يسلم الا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول) والبنت لم تبلغ 16 سنو والمجلس أخطأ كونه لم يراع مصلحة المكفول، وان البحث الذي قام به قاضي الاحداث توصل الى ان البنت لا تكن أي محبة او مودة الى أمها كما انهم لم يستدعوا البنت لسماعها لتقدير مصلحتها.
عن الوجه الثاني المأخوذ ممن انعدام الأساس القانوني للحكم طبقا للمادة 5/233 من ق.ا.م:
بدعوى ان القرار المنتقد لم يرتكز في حيثياته على أي أساس قانوني ولم يأخذ بعين الاعتبار محاضر اثبات الحالة التي تثبت رفض القاصرة التوجه الى أمها وارتكز فقط على الحكم الجزائي الذي ادان الطاعن بعدم تسليم البنت مما يجعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض.
في الموضوع: ومن المقرر قانونا وفقا للمادتين 42 من ق.م و124 ق.ا فان عودة الابن المكفول غير المميز لا يسلم الا بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول ومتى تبين في قضية الحال ان البنت المكفولة غير مميزة وقضاة الموضوع قضوا بإلحاقها لامها مراعاة لمصلحتها يكونون قد طبقوا القانون ولم يخالفوه، الامر الذي يستوجب معه رفض الوجهين معا لعدم تأسيسهما.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 14-06-2006، السابق الذكر.

ووضعية الطفل إزاء التفكك الأسري للعائلة الكافلة، فله كل السلطة التقديرية، كما يمكن له الاستعانة بالتحقيقات الاجتماعية السابقة للكافلة، يعني أن كل إجراء يكون في خدمة الملف يمكن الرجوع إليه، ويتم التركيز بالخصوص على الغرض من طلب الوالدين الأصليين عودة ابنهم.

بعدما تمت الكفالة برضا من الولي القانوني للطفل، وتراجعه عن هذا القرار سواء اقترن بانحلال الرابطة الزوجية ام لا، يقتضي من القاضي النظر الى وضعية القانونية للطفل ان كانت له ذمة مالية عن طريق وصية أو تبرع من الكافل. فالغرض من التحقيق هو كشف أسباب عدول الوالدين عن كفالة الطفل والمطالبة باسترجاع الولاية القانونية. بالرغم من أن النية يصعب إثباتها، إلا أنها يمكن أن تقوم على قرائن، أو وقائع. ولهذا رجوع الطفل المكفول المميز إلى والديه الأصليين مرهونة بقبوله أولا، ثم يعود القرار النهائي للقاضي مراعيا التزاماته بخصوص حماية مصلحته الفضلى.

ب–مدى الاخذ بسن التمييز للفصل في عودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين في القانون المغربي:

تنص المادة 29 من قانون كفالة الأطفال المهملين على: (...**تستمع المحكمة الى الطفل الذي كان قد أدرك سن التمييز، وإذا رفض الطفل الرجوع الى والديه او أحدهما، فان المحكمة تقضي بما تراه مناسبا لمصلحة الطفل**).

حدد المشرع المغربي سن التمييز ب 12 سنة حسب المادة 214 من مدونة الاسرة المغربية، وعلى أساس هذا المعيار يفصل القاضي في طلب استرجاع الطفل المكفول بمقتضى حكم، إذا تأكد من قدرة والديه او أحدهما على رعايته والنفقة عليه، وان سلوكهما قد تحسن على نحو يؤهلهما لتربية ابنهما.

يجوز للمحكمة ممثلة في قاضي شؤون القاصرين الحكم برجوع الطفل الى أحد والديه او كلاهما، بعد ان يستمع للطفل إذا كان ق أدرك سن التمييز، وإذا رفض الرجوع الى والديه او أحدهما، فان المحكمة تقضي بما تراه مناسبا لمصلحة الطفل[1]. اما إذا لم يدرك الطفل سن التمييز، يحكم القاضي بما يكون في صالح الطفل، خاصة إذا كان رجوعه الى والديه يحميه من الإهمال، مع عدم إجازة الكفالة من طرف كافله بعد انفصام عرى الزوجية.

ثانيا: اجراء تحقيق

نظم ق.ا.م.ا الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية في المحاكم وبعض الأقسام، على عكس القانون القديم[2]، وفي هذا الإطار حدد صلاحيات قاضي شؤون الاسرة، التي تجمع بين الإيجابية والمرونة في التعامل مع فئة الأطفال المكفولين وما يعتريهم من قضايا، محافظا بذلك على الأسس القانونية التي تقوم عليها حقوق الطفل بصفة عامة.

ان الإجراءات المتبعة لعودة المكفول الى والديه الأصليين، لا يتطرق اليها ق.ا.م.ا، ما يتعين علينا الرجوع الى المتفرقات القانونية التي جاءت بها الاحكام الخاصة في الفصل الأول المعنون ب: قسم شؤون الاسرة، وهذا للخروج بنتيجة قانونية منطقية معللة.

تنص المادة 424 من ق.ا.م.ا على (**يتكفل قاضي شؤون الاسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر**). وتنص المادة 1/425 من ق.ا.م.ا.ج على انه: (**يمكن ان يأمر رئيس قسم شؤون الاسرة في إطار التحقيق تعيين مساعدة اجتماعية او طبيب خبير او**

[1]- انه كينيونيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 55.
[2]- قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الامر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر1386 الموافق ل 2 يونيو 1966 ج.ر ع 47 الصادرة بتاريخ 9 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.
- محمد الطالب يعقوبي، قانون الإجراءات المدنية مع التعديلات التي أدخلت عليه، مكتبة الشركة الجزائرية، 1974.

اللجوء الى اية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة. كما انه يمكن ان يمارس هذه الصلاحيات المخولة له في إطار الاستعجال).

يتضح مما تقدم ان كلا المادتين ترتبطان اشد الارتباط بمصالح الطفل والتي يمكن قياسا على ذلك ان ترتبط بالمكفول على حد السواء، ذلك ان المادة 425 توسع من صلاحيات قاضي شؤون الاسرة، بخصوص حماية مصالح القصر، ما يجعل هذه المادة القانونية غامضة تحتمل عدة تفسيرات قانونية، والتي يندرج ضمنها الطفل المكفول.

لا يضع المشرع الجزائري معايير قانونية تحدد مصالح القاصر، ما يرجح فرضية اختلافها وتنوعها، حيث يمكن ان تصل الى حماية حقوق المكفول او ارجاعه الى ابويه الأصليين او أحدهما، ويتم ذلك عن طريق الامر بإجراء تحقيق، حيث تدخل احكام هذه المادة والتي تليها في الصلاحيات الموسعة لقاضي شؤون الاسرة لضمان حماية مصالح القصر.

ان المادة 425 من ق.ا.م.ا تنص على الاليات القانونية التي يمكن ان يلجا اليها القاضي اثناء ممارسته مهامه، وذلك بانتداب أي طبيب او خبير او مساعدة اجتماعية، او اللجوء الى اية مصلحة يراها ذات فائدة سواء على سبيل الاستشارة او التكليف بمهام لصالح القضية المطروحة.

كما ان هذه المادة القانونية خولت للقاضي صفة الاستعجال، وهذا راجع لمصالح الطفل التي لا يمكن تأجيلها، خاصة إذا تعرض المكفول الى واقعة انفصال الكافلين او وفاة كافله، فهذه ضرورة تستدعي الاستعجال بالفصل في القضية خاصة إذا كان المكفول معلوم النسب وطالب والديه او أحدهما على وجه الاستعجال عودته الى ولايتهم.

ان طلب مساعدة اجتماعية في إطار التحقيق في محله من طرف قاضي شؤون الاسرة، للوقوف على مدى قدرة الوالدين على توفير الظروف الملائمة لرعاية الطفل والنفقة عليه، والتأكد من سلوكهما السليم، ومن عدم الحكم عليهما او على أحدهما بجريمة أخلاقية.

الزم المشرع بعد طلب اية خبرة من خبير منتدب تحرير محضر بالمهام المنجزة، على ان تتضمن مقترحات كحلول للنزاع، و يجب الرجوع الى المطالبة بعودة المكفول الى ابويه بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه، ذلك انه بعد رفع الدعوى القضائية يمكن لاحد الكافلين ابداء الرغبة بعدم قبول رجوعه الى ابويه، حتى في هذه الحالة، وبعد إمكانية طلب القاضي لخبرة قانونية، توضح المادة 425 انه بإمكان اطراف القضية الاطلاع على النتائج التي يتوصل اليها الخبير بشان النزاع، ويتم منح لهما مدة قانونية للاطلاع على تقرير الخبرة، وتقديم ما لديهم من ملاحظات او حتى تقديم طلب باستبعاد الخبير و اجراء تحقيق مضاد[1].

ان الاجراء القانوني الذي يتخذه القاضي المختص والمتمثل في اجراء تحقيق يأخذ حيزا واسعا من الإجراءات المتبعة لعودة الطفل المكفول الى ابويه الأصليين، ويمكن ان يأخذ مدة زمنية معتبرة في حالة إجراءات الخبرة المضادة، حتى يتوصل القاضي الى الحكم النهائي الذي يقرر فيه عودة المكفول الى ابويه الأصليين او أحدهما، او استمرارية الكفالة للكافل الملتزم بها بعد انحلال الرابطة الزوجية إذا كان ذلك في صالح الطفل.

ان قانون كفالة الأطفال المهملين وقانون الكفالة والتبني التونسي وما يجاورهم من قوانين اجرائية لا يتطرقان الى اجراء تحقيق من طرف القاضي المختص للفصل في استرجاع الولاية القانونية على الطفل المكفول

[1]- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع السابق، ص 582-583.

بل ينص في قانون كفالة الأطفال المهملين على ان للمحكمة واسع النظر في اتخاذ تدابير قانونية لصالح الطفل بعد تعرضه للإهمال اما ارجاعه الى والديه او الحكم باي تدبير يكون لصالح الطفل.

الا انه بالرجوع الى الاحكام العامة التي اتى بها قانون كفالة الأطفال المهملين نجد ان للقاضي المكلف بشؤون القاصرين حسب نص المادة 19 مهمة اجراء الأبحاث التي يراها مناسبة عند تتبع ومراقبة شؤون الطفل المكفول ومدى وفاء الكافل بالتزاماته، حيث يمكن للقاضي بناء على التقارير المقدمة اليه الغاء الكفالة او اتخاذ ما يراه ناسبا للطفل منها ارجاعه الى والديه الأصليين.

المطلب الثاني: الإجراءات القانونية لعودة الطفل المكفول إلى والديه الأصليين على المستوى الخارجي

تمنح الكفالة على المستوى الداخلي والخارجي، وبحكم طبيعتها القانونية ترتب عدة إشكالات نتيجة العلاقة التي تربط الكافل والمكفول بعائلته البيولوجية، ولعل الاشكال البارز هو الإجراءات القانونية المتبعة على المستوى الخارجي ومدى علاقته بالهيئات الوطنية الداخلية.

يعرض المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالكفالة على الصعيد الخارجي في الق.م في الباب الأول من الفصل الثاني لتنازع القوانين من حيث المكان، ويرجع بذلك إلى القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين. ويجب التذكير أن المشرع لا يوضح بصريح العبارة إمكانية منح الكفالة إلى الأجانب، بالرغم من نص المادة 13مكرر 1 من ق.م، التي يفهم منها ضمنيا إمكانية كفالة أطفال جزائريين من قبل أجانب، ويمكن أيضا استخلاصها من الشروط القانونية للكفالة التي جاءت واسعة وسطحية تضم في جوهرها الإسلام.

إلا انه خروجا للواقع العملي يتضح ان إمكانية تحويل الكفالة إلى الخارج واردة، ويستشف هذا من م.ن.اج.ت، وأيضا مكاتب القنصليات إلى احتواء وزارة الخارجية على مصلحة مخصصة للأمور المتعلقة

بالكفالة[1]. هذا ما يخلق نوع من الفراغات القانونية بشأن هذه المسالة الحساسة، ويعتبر تنازع القوانين فيها الحلقة المفرغة، خصوصا بعد التخلي عن كفالة الطفل في الخارج، وان صح التعبير التخلي عنه في دولة لا تعترف في نظامها القانوني بالكفالة، حيث تنص المادة 13 مكرر 1 على (...**يسري على آثارها قانون جنسية الكفيل**).

يجب التذكير ان فرضية منح الكفالة لأجنبي قائمة خصوصا ان القانون الجزائري لا يمنع ذلك بصريح العبارة، ومع ما هو جاري العمل به في م.ن.اج.ت التي لا تستثني تصدير الكفالة للخارج، الا انها تخضع لرقابة مشددة.

ورجوعا للمشرع المغربي عند تنظيمه للكفالة، اخذ بعين الاعتبار حالة المغاربة المقيمين بالخارج وأورد احكاما تخص السفر بالمكفول للإقامة الدائمة في الخارج بإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين، الا ان هذه الوضعية القانونية تزداد حدة من خلال الموقف المتضارب للكفالة في بعض الدول الاوربية كفرنسا واسبانيا، الذي يتأرجح بين الاقصاء والقبول[2]. وما يزيد من حدتها هو عدم التنظيم الكافي لجميع الاحكام القانونية التي يمكن ان تطرأ على العلاقة القانونية مما يخلق اشكال بخصوص الإجراءات القانونية المتبعة. ويطرح

[1]- حسب نص المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 08-162 المؤرخ في 2 يونيو 2008، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الشؤون الخارجية، ج.ر عدد29، ص3، المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 17-02 المؤرخ في 4 يناير 2017، ج.ر عدد 01، ص 08.

- وتندرج الأمور المتعلقة بالكفالة تحت لواء المديرية العامة للجالية الجزائرية في الخارج، حيث تعد هذه المديرية مستحدثة، بعد وضع مخطط تنظيمي جديد للمديريات والمصالح التابعة لوزارة الشؤون الخارجية، وتقرر الحاق ملف التكفل بالجالية الوطنية بالخارج بوزارة الخارجية بعد حوالي أربع سنوات من الفراغ بعد الغاء الحقيبة الوزارية المنتدبة المكلفة بالجالية الجزائرية على إثر التعديل الحكومي الذي طال الجهاز التنفيذي.

- وزارة الخارجية تحدث مديريات للجالية والشؤون السياسية والامن، 17-06-2008، www.djazaires.com/alahrar.

[2]- محمد بن حساين، مغربة الخارج وقانون كفالة الأطفال المهملين، نفس المرجع السابق، ص 167.

اشكال قانوني اخر حول وضعية الكافل الذي يحمل جنسيتين أو الجنسية الأجنبية، بخصوص الإجراءات القانونية المتبعة لعودة المكفول الى والديه الأصليين، خاصة إذا تحصل المكفول على جنسية بلد الاقامة، أي حماية قانونية؟

الفرع الأول: دور الجنسية في تحديد الإجراءات القانونية المتبعة لعودة الطفل المكفول لوالديه الأصليين بعد التخلي عليه من طرف كافله

يرجع تحديد الإجراءات القانونية المتعلقة بعودة الطفل المكفول إلى والديه الأصليين، إلى جنسية كل من الكافل والمكفول ووالديه الأصليين او أحدهما. فالآثار القانونية المترتبة على الكفالة والتي من بينها التخلي عنها، تخضع لأحكام المادة 13 مكرر 1 من ق.م بالنسبة للمشرع الجزائري، أما بالنسبة للمشرع المغربي، والذي يصدر الكفالة إلى الخارج، بالرغم من التجاوزات المسجلة في حق الأطفال المكفولين، إلا انه لا ينظم، الإجراءات القانونية في حال التخلي عن الكفالة بالنسبة للأجانب، والغالبية القصوى من طلبات الكفالة تتم من اسبانيين[1]، يشهرون إسلامهم، ولكن أي حماية في كنف أجنبي؟

[1]- قرار صادر عن المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، عدد 584، مؤرخ في 2011/10/18، عدد 2011/12/311، أصدر السيد قاضي شؤون القاصرين امره عدد 11/12 بتاريخ 2011/4/13 في الملف 2011/10 بإسناد كفالة الطفل المولود بتاريخ 2010/9/19 للطالبين زوج مغربي والزوجة اسبانية مسلمة.

- قرار صادر عن محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار عدد 145، بتاريخ 2012/2/21، ملف شرعي، عدد 2011/1/2/55. زوجان من اسبانيا مسلمين استصدرا ترخيصا من بلد محل اقامتهما حول كفالة طفل من المغرب، طالبين اصدار امر بتعيينهما كافلين لطفل من المؤسسة وارفقا مقالهما بمستندات منها حكم عدد 864 صدر بتاريخ 08/2/5 في الملف 5406/33/07 قضى بالتصريح بان الطفل المسمى ص المزداد في 2006/9/1 مهمل، وبمقتضى مذكرة مؤرخة في 2008/10/24 التمست النيابة العامة من السيد قاضي شؤون القاصرين انتداب السيد القنصل العام للمملكة المغربية ببرشلونة لإجراء بحث حول المطلوبين في شان ظروفهما الاجتماعية والأخلاقية وسوابقهما العدلية، وبعد اجراء البحث المقرر في المادة 16 من قانون كفالة الأطفال وانتهاء الإجراءات اصدر السيد القاضي بتاريخ 08/12/24 في الملف 08/68 امره بعدم قبول الطلب، فاستأنفه الطالبان وأجرت محكمة الاستئناف بحثا معهما ثن انهت الإجراءات بإصدار القرار عدد 2188 بتاريخ 2010/10/13 في الملف 2010/385 القاضي بإلغاء الامر المستأنف والحكم تصديا بتعيين الطالبين كافلين للطفل.

- محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار عدد 528 المؤرخ في 2013/6/18، ملف شرعي عدد 2012/1/2/109، زوجين من اسبانيا مسلمين تقدما بطلب الى قسم قضاء الاسرة وقاضي التوثيق وشؤون القاصرين بالمحكمة الابتدائية بالرباط للتكفل بطفل بمركز للا مريم، الامر الذي حكم فيه لصالحهما بكفالة الطفلة.

تخلق ظاهرة منح الكفالة الى الأجانب تنازعا في القوانين، بخصوص الإجراءات القانونية الواجبة التطبيق، بين دولتين تختلف مقوماتهما الدينية والعرقية والثقافية، وهذا ما يولد اختلافا بين القوانين الداخلية، وكيفية تطبيقها.

إن المشرع الفرنسي عند إصداره للمنشور المتعلق بآثار تنفيذ الكفالة ل 14 أكتوبر 2014، لم يوضح الأثار المترتبة عليها، ذلك ان هذا القانون إجرائي يبين كيفية تنفيذ الكفالة في الأراضي الفرنسية، ولكن لنزعة قانونية أو دينية ينص على إمكانية تحويل الكفالة إلى تبني، وهذا ما يخلق إشكال عويص بشأن تنفيذ التخلي عن الكفالة، وإرجاع الطفل المكفول إلى أبويه الأصليين على المستوى الوطني. فما هي العلاقة التي تربط تنفيذ الإجراءات القانونية للعودة إلى الأبويين الأصليين بجنسية الكافل والمكفول، الذي يمكن بدوره أن يتحصل في إطار كفالته على جنسية كافله؟

أولا: الجنسية الجزائرية

لانحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين عدة اثار قانونية، ومن خلالها تطرح إشكالات راجعة الى عدم الالمام الشامل بهذه الفئة من المجتمع، فالمتصفح للنصوص القانونية يجد عدة ثغرات، تحول دون تحديد الإجراءات القانونية المتبعة في عدة مسائل واقعية يثيرها خاصة العنصر الأجنبي في العلاقة.

يجب التنويه ان عودة المكفول الى ابويه الأصليين مرهونة بمدى تقدمهم بالمطالبة بعودة ابنهم الى ولايتهم، وهذا لا يحدد فقط بانحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، بل يمكن المطالبة به حتى في إطار العلاقة الزوجية للكافلين. الا ان موضوع الدراسة في هذه الباب يتمحور حول التخلي عن الكفالة، مما يرجح

فرضيتين، أولا: مطالبة الابوين الأصليين بعودة ابنهم الى ولايتهم، ثانيا: بعد انحلال الرابطة الزوجية للكافلين، ويكون المكفول معلوم النسب، يتم ارجاع المكفول الى والديه او أحدهما.

يشكل موضوع الكفالة صراعا قانونيا للجالية الجزائرية المقيمة في المهجر[1]، نظرا لعدم كفاية القوانين الإجرائية، الا ان فرنسا كانت السباقة، في موضوع الكفالة نظرا لكثرة القضايا في هذه المسالة، الا ان منشور 14 أكتوبر 2014 المتضمن اثار الكفالة، لا يتطرق الى جميع النقاط القانونية، مما يخلق نوع اخر من الفراغ القانوني في هذا الموضوع وكيفية التعامل معه او الإجراءات القانونية المتبعة في حال انحلال الرابطة الزوجية.

ان الجنسية تلعب دورا مهما في تحديد العلاقة القانونية بين الكافل والابوين الأصليين للمكفول، وتحدد هذه العلاقة على المستوى الخارجي، في حال نزاع قانوني لعودة المكفول الى ابويه او أحدهما، فاذا ما طرحت هذه القضية امام المحاكم الأجنبية، على سبيل المثال في القانون الفرنسي، بالرغم من اصدار قانون لتنفيذ الكفالة، الا انه لا يتطرق الى عودة المكفول الى ابويه، فيطرح اشكال بخصوص تنازع القوانين، خاصة إذا ما تحصل المكفول على الجنسية الفرنسية.

بالرجوع الى المادة 13مكرر 1 فإنها تنص: (**يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت اجرئها، ويسري على اثارها قانون جنسية الكفيل)**، مما يخلق اشكالا قانونيا اذا كانت الاثار المترتبة على الكفالة و التي من بينها عودة المكفول الى ابويه الأصليين، تخضع الى جنسية

[1]- تستحوذ الجالية الجزائرية على المرتبة الأولى في فرنسا، حيث بلغ عدد المهاجرين أكثر من 6 ملايين شخص، مقابل 3 ملايين مغربي، بمعدل 600 ألف جزائري يتمتعون برخصة الإقامة على الأراضي الفرنسية، وقد ارتفع هذا الرقم في ظرف 7 سنوات بزيادة تفوق 134 ألف رخصة إقامة. وتوقفت هذه الاحصائيات الفرنسية الحديثة عند تاريخ 31 اوت 2017، على اعتبار ان السلطات الفرنسية تجري تحقيقات حول الرعايا الأجانب المقيمين فوق أراضيها، كل 6 الى 8 سنوات، حسب طبيعة الفترة الزمنية.

www.fibladi.com

الكفيل، فاذا كان الكفيل يحمل الجنسية الفرنسية، فانه يطبق القانون الفرنسي، واذا كان يحمل جنسية مزدوجة بين الجزائرية و الفرنسية فانه يرجح تطبيق القانون الجزائري، ذلك ان الكفالة نظام قانوني خاص بالمسلمين، ففي تنازع القوانين، يسري على العلاقة بين الأصول والفروع قانون جنسية الطرفين الاب والام والابن وكذا الكافل و المكفول، و هذا ما يستشف من المادة 13 مكرر 1 من ق.م وتعتبر هذه المادة من قواعد الاسناد[1]، ذلك انها لا تعطي الحل النهائي للنزاع، بل تعين قانون الدولة الواجب تطبيقه على النزاع المطروح على القاضي، كما انها تمنح الاختصاص تارة للقانون الوطني و تارة للقانون الاجنبي[2].

وتطبيق القانون الأجنبي على عودة المكفول الى ابويه الأصليين، غير وارد في دولة لا تعترف بنظام الكفالة، فهو لا يرقى الا ان يكون استقبال او تجمع عائلي-regroupement familial-وبهذا نحيد عن الهدف المرجو من الكفالة وهو مصلحة المكفول.

فاذا كان طرفي العلاقة جزائري الأصل والكفالة ممنوحة من الجزائر الى الخارج، الى دولة تعترف او لا تعترف في نظامها القانوني بالكفالة، بل تأخذ بأنظمة شبيهة له، وتم التجنيس بجنسية أخرى للمكفول او كان الكافل في حد ذاته يحمل جنسية اجنبية، وترتب عن هذه العلاقة اثار قانونية، أبرزها انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين والمطالبة بعودة الابن الى ابويه، فانه في هذه الحالة يتم اتباع الإجراءات القانونية الخاصة بالدولة التي يحمل الكافل جنسيتها، حتى وان كانت الدولة لا تعترف بالكفالة، وكان ابوي المكفول يقيمون في الجزائر، الا ان جنسية الكافل حسب المادة 13 مكرر 1 تصنع الفارق في موضوع عودة المكفول الى ابويه الأصليين.

[1]- علال امال، الكفالة والتبني، نفس المرجع السابق، ص 53.
2-نسرين شريقي، سعيد بوغلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس، الجزائر، ط الأولى، 2013. ص 23-33-63.

يمكن ان يطالب والدي الطفل المكفول عودته الى ولايتهم امام المحاكم الجزائرية باتباع إجراءات رفع دعوى قضائية امام المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا، حتى وان كانت إقامة الكافل في بلد أجنبي ويحمل الجنسية الأجنبية، حسب نص المادة 41 ق.ا.م.ا: (**يجوز ان يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، امام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري**).

اوجد المشرع الجزائري حلا لأي نزاع يحدث بين جزائري وأجنبي، سواء داخل الوطن او خارجه، فمن حق المدعي الجزائري تكليف خصمه بالحضور امام أي جهة قضائية مختصة في النزاع المطروح بينهما[1]، ومن خلال هذه المادة يمكن لوالدي الطفل المكفول المطالبة بعودته الى ولايتهم –قبل انحلال الرابطة الزوجية للكافلين او بعدها–امام المحاكم الجزائرية لتفصل في النزاع، سواء كان يحمل الكافل الجنسية الجزائرية او الأجنبية.

يكون القضاء في أي دولة مختصا إذا كان النزاع المطروح عليه ناشئا عن علاقة كل عناصرها وطنية، اما إذا كانت العلاقة ذات عنصر أجنبي، أي علاقة قانون دولي خاص، فان مسالة الاختصاص القضائي تتنازعها الجهات القضائية لأكثر من دولة، وهذا ما أدى بالفقه والقضاء الدولي الى إيجاد مجموعة من الحلول للتصدي للقضايا الخاصة ذات الطبيعة الدولية تتمثل أساسا في: قواعد الاختصاص القضائي الداخلية، المبادئ القضائية الثلاثة، الاختصاص المبني على الجنسية.

1–قواعد الاختصاص القضائي الداخلية: في ظل عدم وجود قواعد إجرائية ذات طبيعة دولية هدفها بيان الجهة القضائية المختصة في النزاعات ذات العنصر الأجنبي، اهتدى الفقه والقضاء الدوليين الى

[1]- سائح سنقوقة، نفس المرجع السابق، ص 110.

ضرورة عودة كل قاضي مطروح عليه النزاع الى قواعد الاختصاص القضائي الداخلية في دولته واعمالها على المستوى الوطني.

2 – المبادئ القضائية الثلاثة: وهي كالاتي: –مبدا تفادي جرم الانكار: هو عقد الاختصاص للقضاء الذي عرض عليه النزاع لأول مرة رغم عدم اختصاصه الاقليمي، وهو اختصاص تفرضه الضرورة في حالة ثبوت للقاضي من وقائع القضية عدم انعقاد الاختصاص لقضاء اخر.

–مبدا إرادة الخصوم: ينعقد الاختصاص للقاضي رغم عدم اختصاصه الإقليمي بناء على رغبة الخصوم. المادة 46 ق.ا.م.ا.ج.

–مبدا حسن سير العدالة: وهو وجود دعويان أحدهما اصلية والأخرى فرعية، ويكون ضابط الاختصاص القضائي واقعا في الجزائر، فهنا ينعقد له الاختصاص بالنظر في الدعوى الفرعية بناء على مبدا حسن سير العدالة رغم عدم اختصاصه الإقليمي.

3 – ضمان حق التقاضي كون أحد الأطراف حامل الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى: أعطت التشريعات اختصاص امتيازي لقضائها، مبني على أساس تمتع أحد أطراف الخصومة بالجنسية الجزائرية[1]، المادة 41–41 ق.ا.م.ا.ج.

ان المشرع الجزائري كفل حق التقاضي للجالية الجزائرية المتواجدة في الخارج في علاقتهم مع الأجانب او حتى مع جزائريين مقيمين في الخارج، فهذا النوع من القواعد ضمنه المشرع حلا للجزائريين الذين لم تسعفهم قواعد الاختصاص الإقليمي للتقاضي امام القضاء الجزائري، فالفائدة وراء اللجوء الى قواعد ق.د.خ في موضوع عودة المكفول الى ابويه الأصليين، هو ضمان حسن تنفيذ عودته الى ولايتهم.

[1]- سعداوي محمد الصغير، مدى كفالة المشرع الجزائري للحق في التقاضي امام قضائه الوطني في مسائل القانون الدولي الخاص، دفاتر السياسة والقانون، العدد 12، يناير 2018، ص 83-87

والاخذ بهذه القواعد راجع الى تبني ق.ا.م.ا.ج قسم خاص بالدعاوى المرفوعة ضد او من الأجانب، في نص المادة 41-42 فيتبين في هذه النقطة ان المشرع الجزائري من اجل ضمان حقوق مواطنيه او حتى الجالية المقيمة في الخارج اخذ بقواعد الاختصاص في ق.د.خ، فيمكن ان يطالب ابوي المكفول بعودة ولدهم الى ولايتهم دون اللجوء الى القضاء في الدولة التي يقيم فيها المكفول، او يمكن ان يتفق الاثنان على طرح النزاع القانوني على القضاء الجزائري، سواء كان الطرف الاخر يحمل الجنسية الجزائرية ام لا.

فمعيار حمل الجنسية الجزائرية هو الاخر يلعب دور كبير، خصوصا وان موضوع النزاع الكفالة، هذا النظام القانوني الذي لا تأخذ به الدول الأجنبية، فالمشرع الجزائري أجاز للمدعي الجزائري تكليف خصمه الأجنبي الى التقاضي امام المحاكم الجزائرية، بشأن التزامات تعاقد عليها معه في الجزائر، ولو لم يكن هذا الأخير مقيما في الجزائر، وجاءت المادتين 41-42 من ق.ا.م.ا لسد ثغرة قانونية كانت سببا في ضياع كثير من الحقوق، لا سيما القضايا المستعجلة منها، كالمطالبة بعودة المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية لكافليه[1].

ثانيا: الجنسية المغربية:

كان المشرع المغربي السباق في تنظيم مسالة انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين[2] في التشريعات المغاربية، الا انه لم يحدد جميع الاثار القانونية المترتبة بعد وفاة او طلاق الكافلين، خاصة في موضوع كفالة الأطفال في الدول الأجنبية.

[1]- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نفس المرجع السابق، ص 110-111.

[2]- نظم المشرع المغربي انحلال الرابطة الزوجية في قانون 01-15 الخاص بكفالة الأطفال المهملين في عدة مواد متفرقة تنص على انتهاء الكفالة او انفصال عرى الزوجية، وتعتبر هذه المواد القانونية مستحدثة مقارنة مع ظهير شريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.1650 الصادر في 15-09-1993 ج.ر عدد 4220.

تحمل الجنسية في طياتها العديد من الاثار القانونية، خاصة بالنسبة لموضوع عودة المكفول الى والديه الأصليين، ذلك ان القانون المغربي لم يبين الإجراءات المتبعة لاسترجاع الولاية على طفلهم ان كان مكفول في الخارج، بالرغم من الاذن بالسفر بالطفل المكفول للإقامة خارج ارض الوطن الصادر عن وزارة العدل، الذي لا يفرق بين المغاربة او الأجانب[1].

يثير الكم الهائل من الكفالة الممنوحة للأجانب خاصة منهم الاسبانيين[2]، عدة الإشكالات القانونية ذلك الكفالة في اسبانيا غير محددة او منظمة قانونا، وهي لا ترقى الا ان تكون استقبال عائلي او وصاية[3]، مما يستدعي في هذه المسالة تدخل الجهات الوصية المغربية او القنصليات التابعة لها للفصل في موضوع عودة المكفول الى والديه خاصة بعد الطلاق الذي يمكن ان يعتبر كسبب من أسباب الإهمال، او الوفاة التي تندرج ضمن أسباب انتهاء الكفالة، التي يمكن من خلالها المطالبة بعودة المكفول الى ولاية والديه.

ينص المشرع المغربي على استرجاع أحد الوالدين او كليهما الولاية عن طفلهما عن طريق حكم، يصدر من المحكمة المختصة من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين، أي ان الدعوى القضائية ترفع امام المحاكم المغربية، ذلك ان جنسية رافع الدعوى تلعب دورا، إضافة الى ان الكفالة تم الموافقة عليها في المغرب.

ان تدخل القنصلية المغربية المتواجدة في الخارج لا يكون الا بأمر من القاضي، الذي يعهد الامر بالتحقيق حول علاقة الكافل بالمكفول خاصة إذا ما انحلت الرابطة الزوجية بين الكافلين، ويرفع التقرير الى

1 - منشور عدد 50س 2 بتاريخ الفاتح يونيو 2003 المرسل من وزير العدل الى الرؤساء الاولين لمحاكم الاستئناف-رؤساء المحاكم الابتدائية-القضاة المكلفين بالتوثيق وشؤون القاصرين، الموضوع يتضمن: الاذن بالسفر بالطفل المكفول للإقامة خارج ارض الوطن، وجاء هذا المنشور الزواري عد صدور مقررات قضائية عن محاكم اجنبية بعدم احترام المقتضيات القانونية التي تنظم التبني في بلد الاستقبال.

2- ملف رقم 83/06 حكم بتاريخ 16يونيو 2006 من المحكمة الابتدائية بمراكش، قسم قضاء الاسرة، منح الكفالة لإسبانيين هما السيد: م.ت وزوجته السيدة غ.ش.

- امر بإسناد كفالة على قاصر مهمل متخلى عنه، ملف رقم 2006/43، المؤرخ في 28ابريل 2006 من طرف المحكمة الابتدائية بمراكش، الى السيد ام.رو والسيدة م.ف.ا.

3 - Jose Ramon DE VERDA، op.cit. p 34.

القاضي ليفصل في موضوع استرجاع الولاية على الطفل المكفول، فاذا اتضح ان الطفل معرض للإهمال حكم القاضي بعودته الى ابويه. اما إذا تبين ان مصلحة الطفل تقتضي بقاءه مع كافله، فانه يفصل في النزاع بالإبقاء على كفالة الطفل في الخارج مع ضمان الرقابة المستمرة حول علاقة الكافل بالمكفول.

يتضح مما تقدم بالرغم من الكفالة الممنوحة للخارج ومحاولة الدول الاوربية إيجاد حل او نظام بديل للكفالة، وبالرغم من اصدار فرنسا لقانون بخصوص الكفالة الجزائرية والمغربية، الا ان ذلك لا يوضح الحلول القانونية لاسترجاع الولاية القانونية على الطفل المكفول في بلد أجنبي، وبالرغم من توقيع العديد من الدول الاوبية على اتفاقية لاهاي بشأن الولاية القانونية والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ في مجال المسؤولية الابوية والتدابير لحماية الأطفال[1]. الا ان الاتفاقيات القضائية بين الدول منها الثنائية هي التي تحدد إجراءات عودة المكفول بعد الحكم باسترجاع الولاية عليه من طرف ابويه.

الفرع الثاني: تنفيذ حكم عودة المكفول الى والديه الأصليين او أحدهما

بعد الحسم في موضوع القانون واجب التطبيق على النزاع القانوني الفاصل في إرجاع الطفل المكفول إلى والديه الأصليين، بالنظر إلى جنسية الكافل والمكفول، وجنسية الوالدين الأصليين، يتوجب ابراز العلاقة التي تجمع بين الهيئات القانونية المكلفة بتنفيذ ما يصدر عن المحاكم الأجنبية من قرارات إذا كانت المختصة بالنظر في النزاع القضائي.

[1]- Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de normes de protection des enfants.de 19 octobre1996.

- وقعت عليها العديد من الدول الاوربية التي تقيم بها الجالية المغاربية، ويتعلق الامر بكل من المانيا-بلجكا-الدانمارك-اسبانيا-فرنسا-إيطاليا-هولندا-البرتغال-المملكة المتحدة-السويد-سويسرا.

- محمد بن حساين، مغاربة الخارج وقانون كفالة الأطفال المهملين، نفس المرجع السابق، ص 172-173.

يمكن ان تدفع المحاكم الاجنبية بعدم الاختصاص نظرا لخصوصية موضوع الكفالة، ما يؤول بنا الى طرح عدة إشكالات قانونية، منها العلاقة التي تجمع المواطن بقنصليته، في الخارج، ودور هذه الأخيرة في التنسيق مع الهيئات القانونية على المستوى الوطني لتنفيذ عودة المكفول الى والديه الأصليين.

رجوعا الى المنشور الفرنسي المتعلق بالكفالة يمكن على هذا الأساس الفصل في دعاوى قضائية تتعلق بموضوع عودة المكفول الى والديه الأصليين، خاصة إذا ما تم الطلب امام المحاكم الفرنسية، ذلك ان مصلحة الحماية الاجتماعية الفرنسية تتكفل بالأطفال المحرومين عن طريق مراكز الاستقبال. ان معظم الدول الاوربية والتي لا تعترف بنظام الكفالة تفصل في النزاع، إذا كان أحد أطراف النزاع يحمل جنسية الدولة، وهذا حال القضاء الاسباني، خصوصا مع كثرة الكفالة المستقبلة في اسبانيا سواء من طرف مغاربة او من طرف اسبانيين[1].

أولا: دور الاتفاقات القضائية التي وقعت عليها الجزائر في تنفيذ عودة الطفل المكفول الى والديه او أحدهما، وكيفية التنفيذ في حال عدم وجود اتفاقية قضائية

يرتبط كل مواطن مغترب حسب جنسيته بالقنصلية التابعة لبلده الأصلي، فالجنسية هي التي تحكم العلاقة القانونية بين المواطن وقنصليته التابع لها من خلال الإقامة الشرعية، والتسجيل الذي يتبع الإقامة في البلد أجنبي[2].

[1] -José Ramon DEVERDA، op.cit. ps32-33

[2]-يمثل التسجيل القنصلي لدى البعثات الدبلوماسية والقنصلية الجزائرية بالخارج اجراء مفيد لكل مواطن مقيم بصفة منتظمة، ويظهر ذلك جليا من خلال استفادة المواطنين المقيمين بصفة منتظمة من الحماية القنصلية، ويسمح المركز القنصلي بمتابعة أوضاع المواطنين الجزائريين وتعزيز روابطهم بالمجموعة الوطنية.

- www.embassy-algéria.com

ان الكفالة حتى وان كانت ممارسة في الخارج الا انها تخضع لهيئات قانونية تابعة للدولة، مما يوضح ان الاثار القانونية المنجرة عن انحلال الرابطة الزوجية تخضع في الإجراءات المتبعة الى القنصلية، ذلك ان عودة المكفول الى ابويه الأصليين مرهون بتحريك دعوى قضائية سواء امام المحاكم الوطنية او الأجنبية، الا انه لا يتم تنفيذ الاحكام الصادرة عن الدولة الأجنبية الا من خلال الاتفاقات القضائية، وفي حال عدم وجودها تخضع الى القانون الداخلي للدولة المطلوب منها التنفيذ.

ا–دور الاتفاقات القضائية في تنفيذ عودة الطفل المكفول الى والديه او أحدهما:

في إطار التعاون القضائي ابرمت الجزائر مع فرنسا عدة اتفاقات قضائية، في مجالات مختلفة، منها في إطار التعاون الجزائي، وتنفيذ الاحكام. وحتى ما يتعلق بقضايا الاسرة.

1–الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الاحكام[1]:

حددت الاتفاقية القضائية كيفية تنفيذ الاحكام الصادرة عن الجزائر وفرنسا فوق ترابهما الوطني، ذلك ان النزاعات ذات العنصر الأجنبي تستوجب تدخل السلطات المعنية لتنفيذ الحكم الصادر عن دولة يختلف قانونها عن الدولة الأخرى.

يمكن ان يطرح نزاع قانوني امام جهتين قضائيتين لدولتين مختلفتين سواء تعلق الامر بالمطالبة بعودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين او أحدهما او التخلي عن الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين. ان صدور حكم قانوني يفصل في النزاع القائم يستوجب تنفيذه في الدولة التي يتواجد فيها الطفل

[1]- امر رقم 65-194 مؤرخ في 30 ربيع الأول 1985 الموافق ل 29 يوليو 1965 يتضمن المصادقة على الاتفاقية القضائية المتعلقة بتنفيذ الاحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا، وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البرتوكول القضائي الجزائري الفرنسي المؤرخ في 27 اوت 1964.

إذا طالب والديه عودته، اما إذا تم التخلي عن الطفل المكفول معلوم النسب امام الجهات القضائية الأجنبية، يستوجب تنفيذ حكم ارجاعه الى بلده الأصلي.

ان تنفيذ الحكم الأجنبي او الوطني المتعلق بعودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين او أحدهما بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، حسب الاتفاقية القضائية بين الجزائر وفرنسا يستوجب عدة شروط ذلك ان القرارات الصادرة حسب الاختصاص القضائي والاختصاص الولائي عن المحاكم المنعقدة في الجزائر او في فرنسا، تحوز قوة القضية المقضية[1] في بلد الدولة الأخرى إذا توفرت فيها جملة من الشروط:

-ان يصدر القرار من محكمة مختصة وفقا للقواعد الخاصة بتنازع الاختصاص المطبق في الدولة التي سينفذ فيها الحكم.

-ان يكون القرار، بمقتضى الدولة التي صدر فيها قد حاز قوة القضية المقضية وأصبح قابلا للتنفيذ

-الا يتضمن القرار ما يخالف النظام العام والخاص بالدولة المنابة لتنفيذ القرار او مبادئ الحقوق العمومية المطبقة في تلك الدولة، ولا يجوز ان يكون هذا القرار متعارضا مع قرار قضائي صادر في هذه الدولة وحائزا بالنسبة لها قوة القضية المقضية.

هذه جملة الشروط القانونية التي أتت بها المادة الأولى من الاتفاقية القضائية والتي بينت انها سارية المفعول في كل من الجزائر وفرنسا، الا ان الإجراءات الخاصة بطلب التنفيذ خاضعة لقانون الدولة المطلوب منها التنفيذ، حيث تقوم السلطة المختصة بالتحقيق اذا كان القرار المطلوب تنفيذه مستوفيا الشروط المنصوص

[1]- قوة القضية المقضية ترادفها عدة مصطلحات قانونية منها حجية الامر المقضي به وحجية الشيء المقضي به، الا انها نحمل معاني مترادفة:
قوة القضية المقضية: هي قرينة قانونية قاطعة، معناها ان الاحكام التي يصدرها القضاء، تكتسب قوة وهي حجة ما قضت به، ولا يجوز نقض دلالتها او اثبات عكسها باي وسيلة من وسائل الاثبات القانونية لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، فتقرير قوة القضية المقضية يقوم على ان صدور الحكم القضائي يبرر افتراض صحته وسلامة اجراءاته وبالتالي أصبح نهائيا وقابلا للتنفيذ.
- رضوان إبراهيم عبيدات-احمد عبد الكريم أبو شنب، حجية الامر المقضي به بين الفقه الإسلامي والقانون، دراسات، علوم الشريعة والقانون، مجلد 39، ع 2، 2012.
- نفيس مدانات، ماذا يعني مبدا قوة القضية المقضية؟ مقال الكتروني: 19-02-2019.

عليها بالمادة 1 الخاصة بإكسابه قوة القضية المقضية، فتعمد تلك السلطة لإجراء ذلك التحقيق وينتج عليها تثبيت النتيجة في القرار الذي تصدره، فلا يستجاب قرار التنفيذ اذا كان القرار المطلوب تنفيذه هو موضوع طعن امام المحكمة العليا الجزائرية او محكمة النقض الفرنسية.

يصبح القرار قابلا للتنفيذ من تاريخ صدوره، حيث يجب على الجهة التي تلتمس منح قوة التنفيذ لقرار قضائي ان تقدم:

-نسخة رسمية عن القرار تتوفر فيه جملة من الشروط الازمة لقوله.

-السند الأصلي لتبليغ القرار او كل مستند يشعر بحصول التبليغ.

-شهادة صادرة عن كتاب الضبط المختصين تشير الى عدم وجود اعتراض او استئناف او طعن بحق القرار.

-عند اللزوم ترجمة كاملة عن الوثائق الجاري تعدادها والمصادقة طبق الأصل من ترجمان محلف او مقبول طبقا للنظام العام للدولة طالبة التنفيذ.

2-اتفاقية أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين[1]:

تخص هذه الاتفاقية أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين، لكن السؤال الذي يطرح هو مكانة الطفل المكفول من هذه الاتفاقية؟

تتعهد الاتفاقية بترقية تعاون السلطات المختصة الجزائرية والفرنسية في مجال حماية القصر، ولا تبين ان كان الأطفال من صلب ابائهم او مكفولين، وهذا ما تطرقت اليه المادة الأولى. واتت هذه الاتفاقية

[1]- مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 212 ذي الحجة 1408الموافق ل 26 يوليو 1988 يتمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حال الانفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988.

بأحكام تخص ضمان تنفيذ تسليم الطفل عندما يمنح حق تنفيذ الحكم. الا ان المواد التي تلي هتين المادتين تندرج ضمن الفصل الثاني الذي يتعلق بالمحافظة على علاقة الطفل بوالديه بعد انفصالهما من تقرير الحق في الزيارة الى وجوب النفقة، وهذه الأمور تخرج عن الاحكام الخاصة بالكفالة التي لا تجيز الزيارة ولا النفقة على الطفل المكفول بعد طلاق كافليه.

إذا نظرنا الى الاحكام العامة التي اتى بها الفصل الأول من الاتفاقية فهي تشمل جميع الأطفال دون استثناء، حتى عنوان الفصل الثاني لا يخرج عن النطاق القانوني حول علاقة الكافل بالمكفول كابن له، الا ان عدم احتواء الاتفاقية على مصطلح كفالة او طفل مكفول ونصها على أمور متعلقة بالحضانة وحق الزيارة، يتركنا بين تطبيقها على الأطفال المكفولين من عدمها، خاصة وأنها أبرمت بعد تقنين قانون الاسرة في سنة 1984، الا انها لم تشمل ذكرهم.

إذا رجعنا الى المصادر القانونية التي اعتمدها منشور 22 أكتوبر 2014 الخاص بالآثار القانونية للكفالة في فرنسا، نجد انه اخذ بالاتفاقية القضائية حول تنفيذ الاحكام التي أتت عامة وشاملة كمصدر، ولم يرد ذكره على اتفاقية أطفال الأزواج المختلطين.

ب–تنفيذ حكم أجنبي بعودة الطفل المكفول في الجزائر حالة عدم وجود اتفاقية قضائية:

إذا صدر حكم في دولة اجنبية بعودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين او أحدهما بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين خاصة حالة وفاة الكافلين معا، حيث يبقى الطفل دون سند عائلي وهو معلوم النسب، يقتضي تنفيذه في الجزائر. فان المشرع الجزائري تناول هذا الموضوع في المادة 605 من ق.ا.م.ا.

من خلال استقراء احكام المادة 605 من ق.ا.م.ا يظهر جليا ان المشرع الجزائري اخذ بنظام الامر بالتنفيذ[1]، اذ ربط تنفيذ الأوامر والاحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية اجنبية بمجموعة من الشروط المعينة الواجب توافرها وهي:

-الا تتضمن هذه الاحكام ما يخالف قواعد الاختصاص.

-ان تكون هذه الاحكام حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه.

-الا تتعارض هذه الاحكام مع امر او حكم او قرار سبق صدوره عن جهات قضائية جزائرية، وتمت اثارتها من طرف المدعى عليه.

-الا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

وأضافت المادة 607 من ق.ا.م.ا ان طلب منح الصيغة التنفيذية للأحكام والقرارات التنفيذية الأجنبية، يقدم امام محكمة مقر المجلس الذي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه.

[1]- ان تنفيذ الاحكام والسندات الرسمية الأجنبية يعد من قبيل اعمال السيادة، لهذا نظمت كل دولة طرق احترام ما جاء في تلك الاحكام وكيفية الحصول على الصيغة التنفيذية لها، وتختلف معاملة الأنظمة القانونية للأحكام والسندات الرسمية الأجنبية من دولة لأخرى، فهناك نظام التقاضي ونظام الامر بالتنفيذ.

نظام إعادة التقاضي: يعامل الحكم الأجنبي كدليل اثبات فقط، ويعني هذا انه على حائز الحكم الأجنبي كدليل للإثبات.

نظام الامر بالتنفيذ: يحتفظ الحكم الأجنبي بصفته، على ان يراجع بكامله، كما كان يفعل ذلك القضاء الفرنسي في السابق، فيعيد دراسة الوقائع والمبادئ التي اعتمدها القاضي الأجنبي ومنطوق الحكم للتأكد من عدم معارضته لقواعد العدالة في فرنسا.

-العربي الشحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية وفقا لقانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، منشورات الالفية، 2010، ص89-90.

ثانيا: دور الاتفاقات القضائية التي وقعت عليها المغرب في تنفيذ استرجاع والدي المكفول الولاية على ابنهم

ابرمت المغرب في إطار التعاون بين الدول مجموعة من الاتفاقيات القضائية الثنائية منها اتفاقية حالة الأشخاص والاسرة والتعاون القضائي مع فرنسا[1]، واتفاقية التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وارجاع الأطفال مع اسبانيا[2].

ا–اتفاقية حالة الأشخاص والاسرة والتعاون القضائي:

لا تنص اتفاقية حالة الأشخاص والاسرة والتعاون القضائي على موضوع الكفالة، الا ان ما يمكن ان نستخلصه منها في الفصل الأول هو: (**تطبق على حالة الأشخاص الذاتيين واهليتهم مقتضيات قانون احدى الدولتين التي ينتمون اليها**). وهذا ما يرجح تطبيق القانون المغربي بخصوص الكفالة واسترجاع الولاية على الطفل المكفول من طرف والديه حيث ينص الفصل 20 من الاتفاقية على: (**تتعاون السلطات المركزية على البحث فوق ترابها وتحديد مكان إقامة الأطفال...وتستجيب لطلب المعلومات المتعلقة بالحالة المدنية والمعنوية لهؤلاء الأطفال**.

[1]- ظهير شريف رقم 197.83.1 بتاريخ 11 من ربيع الأول 1407 الموافق ل 14 نوفمبر 1986 بنشر اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص المبرمة بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسي بالرباط في 10 أغسطس 1981.

[2]- ظهير شريف رقم 1/99/113 صادر في 26 محرم 1420 الموافق ل 13 ماي 1999 بنشر الاتفاقية الموقعة في 30 ماي 1997 بمدريد بين المملكة المغربية والمملكة الاسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وارجاع الأطفال.

تقوم السلطات المركزية باتخاذ كل تدبير من شانه ان يساعد على التسليم الارادي للأطفال او على إيجاد حل لمشاكلهم او تامر باتخاذ هذه التدابير. وتامر في حالة الاستعجال باتخاذ كل تدبير مؤقت يظهر مفيدا لحماية الطفل).

إذا فصل القاضي المكلف بشؤون القاصرين للوالدين باسترجاع الولاية على ابنهم فان تسليمه يتم من طرف السلطات الفرنسية التي تتعاون مع السلطات المغربية في حماية مصالح الطفل، خاصة إذا ما تبين من خلال التحقيق ان الطفل معرض للإهمال بسبب طلاق او وفاة كافله، فتأخذ السلطات بتدابير استعجالية مؤقتة، كإيداعه مراكز الرعاية الاجتماعية الى حين ارجاعه الى والديه.

الا ان تنفيذ الاحكام يخضع الى الاتفاقية القضائية المتعلقة بتنفيذ الاحكام[1] التي تسبق اتفاقية حالة الأشخاص والاسرة وحتى قانون كفالة الأطفال المهملين، حيث أدرجها المشرع الفرنسي كمصدر لمنشور 14 أكتوبر 2014 حول اثار الكفالة في فرنسا.

ان تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة عن احدى الدولتين يخضع الى السلطات القضائية المختصة، حيث يرسل الحكم مباشرة الى النيابة العامة ليتم تنفيذه حسب الإجراءات القانونية المتبعة داخل الدولة حسب المادة 7 من الاتفاقية، اما إذا وقع تنازع القوانين، فان جنسية الشخص هي التي تحدد القانون واجب التطبيق او يتم الاستناد الى تنفيذ الانابة القضائية لحكم استرجاع الولاية على الطفل المكفول من طرف ابويه.

[1] - Convention judicaire entre le ;entre et la France، bull officiel n°2359 du vendredi 10 janvier 1957، p 47.

ب–اتفاقية التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وارجاع الأطفال:

ابرمت المغرب اتفاقية في إطار التعاون الدولي مع اسبانيا حول التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية والحضانة وحق الزيارة وارجاع الأطفال حيث نصت المادة 2 على: (**تطبق هذه الاتفاقية على كل قاصر يقل عمره عن 16 سنة لم يتم ترشيده ويحمل جنسية أحد البلدين**).

تشمل هذه الاتفاقية كل فئات الأطفال دون استثناء، منهم الأطفال المكفولين، فيخضع موضوع الكفالة وما يترتب عليها من اثار الى تطبيق قانون أحد البلدين، وفيما يخص استرجاع الولاية على المكفول المقيم في اسبانيا، فان احكام ارجاعه تخضع الى بنود الرجوع الفوري في الاتفاقية التي تنص على: (**إذا كان الطفل وابواه وقت النقل يحملون جنسية الدولة وحدها**). **المادة 7 من الاتفاقية.**

بعد الحكم في ارجاع الطفل الى والديه او أحدهما بعد طلاق او وفاة أحد الكافلين يتعين على القاضي المختص تقديم طلب الارجاع الفوري للطفل، حيث يتضمن الطلب، معلومات تتعلق بهوية الطالب والشخص المطلوب اليه نقل الطفل او الاحتفاظ به، مع الأسباب التي اعتمد عليها الطالب للمطالبة بإرجاع الطفل، حسب المادة 15 من الاتفاقية.

وفي حال تقديم طلب الارجاع بعد انتهاء ستة أشهر تامر السلطة القضائية بإرجاع الطفل مالم يثبت ان الطفل قد اندمج في وسطه او ان ارجاعه سيعرضه لخطر جسدي او نفساني، حيث تأخذ السلطات القضائية عند تقديرها لهذه الظروف بعين الاعتبار مصلحة الطفل فقط دون أي قيد مستمد من قانونها الداخلي، حسب المادة 9 من الاتفاقية القضائية.

إذا فصل القاضي المختص بإرجاع الطفل المكفول الى والديه او أحدهما، يتم تنفيذ الحكم ولا يحق للسلطات القضائية للدولة المطلوبة ان ترفض الاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها فوق تراب الدولة طالبة التنفيذ الا لسبب من الأسباب التالية حسب المادة 11 من الاتفاقية:

1-إذا تعلق الامر بمقرر قضائي صادر في غياب المدعى عليه او ممثله القانوني ولم يتم في الوقت المناسب تبليغ او تسليم المقال الافتتاحي للدعوى او ما يماثله الى المدعى عليه بصورة قانونية لتمكينه من الدفاع عن حقوقه، غير ان انعدام هذا التبليغ او التسليم لا يعتبر سببا لرفض الاعتراف او التنفيذ إذا لم يتمكن المدعي في الدولة الطالبة من القيام بالتبليغ او التسليم نظرا لكون المدعى عليه قد اخفى عنه مكان وجوده.

2-إذا تعلق الامر بمقرر قضائي صدر في غياب المدعى عليه او ممثله القانوني ولم تستمد السلطة التي أصدرته اختصاصها من محل الإقامة المعتاد المشترك لأبوي الطفل او في حالة انعدامه من محل الإقامة المعتاد للمدعى عليه.

تلعب الجنسية دورا مهما في تطبيق القانون على النزاع، ذلك ان الاتفاقات الدولية وما تحمله من احكام تسهل الإجراءات المتبعة لعودة الطفل المكفول الى والديه او أحدهما، من خلال تطبيق قانون أحد الدولتين، شريطة حمل جنسية احداهما، وهناك أحيانا من يحمل جنسية مزدوجة تضم الدولتين محل الاتفاقية، فيبقى خضوعه الى القانون الفاصل في النزاع، مما يقتضي تنفيذ الحكم بكل الوسائل القانونية التي تضمنها الاتفاقيات القضائية.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على عودة الطفل المكفول إلى والديه الأصليين والإشكالات القانونية التي تعترضها

ان عودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين حق خوله كل من التشريع الجزائري والمغربي في إطار المصلحة الفضلى للطفل، الا انها تبقى مرتبطة بالسلطة التقديرية للقاضي، حيث ينتج عنها اثار تغير من المراكز القانونية لأطراف النزاع القانوني.

بالرغم من ان المطالبة بعودة المكفول الى ابويه حق مكفول قانونا، سواء قبل او بعد انحلال الرابطة الزوجية للكافلين، الا انه هناك من الكافلين الذين لا يوافقون على إعادة المكفول الى ولاية ابويه، سواء بعد الطلاق او الوفاة–إذا ما توفي أحد الكافلين فقط – وهذا راجع لتمسكهم بالطفل بالرغم من تغير الوضعية العائلية، فهنا يمكن ان يدفعا طرفا النزاع بكل الدفوع القانونية للاحتفاظ بكفالة الطفل او اعادته الى ابويه.

الا ان هذه الحالة ليست قائمة في جميع الأحيان، ذلك ان عودة المكفول الى أبويه ليست دائما مرتبطة بمطالبتهم، بل يمكن ان يتم التخلي عليه بمجرد انحلال الرابطة الزوجية، بالرغم من ان هذه النقطة لم يتم النص عليها في ق.ا.ج او في قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، الا انها تندرج في إطار الغاء الكفالة.

ورجوعا الى قاضي شؤون الاسرة او قاضي شؤون القاصرين بالمغرب، نجد ان المشرع منحه السلطة التقديرية التي من شانها تحديد عودة المكفول من عدمها، وفي إطار ممارسة القاضي لسلطاته، يمكن ان يتخذ عدة تدابير قانونية، منها طلب تحقيق اجتماعي او طلب خبرة الى غير ذلك من الأمور التي تبث في احقية عودة المكفول الى ابويه.

ذلك أن احتمالية اعتراض الطفل عودته إلى والديه واردة، ولكن تقديرها يرجع إلى القاضي وحده، حسب نص المادة 124 ق.ا.ج واذن القاضي لعودة المكفول مرتبط بمصلحة المكفول، "وقضية الحال في

إطار التدابير القانونية التي يتخذها القاضي امر بإجراء بحث، الذي قام به قاضي الاحداث الذي توصل الى ان البنت لا تكن أي محبة او مودة لامها كما انهم لم يستدعوا البنت لسماع تقديرها لمصلحتها، الا ان المجلس أخطأ ولم يراع مصلحة المكفولة، ذلك انها غير مميزة، وبقضاء قضاة الموضوع الحاقها لامها طبقوا القانون ولم يخالفوه"[1].

بعد تقرير القاضي انتقال الطفل إلى والديه تترتب آثار قانونية في مواجهة الكافل ومكفوله ووالديه، فماهي الإشكالات القانونية التي تعترض عودة الطفل الى حضانة ابويه او أحدهما على المستويين الوطني والخارجي؟

المطلب الأول: الإشكالات القانونية التي تعترض انتقال الطفل المكفول إلى ابويه الأصليين أو أحدهما

إن كون الطفل معلوم النسب، يلعب دور عند التخلي عليه من طرف كافله، حيث يتم ارجاعه الى ابويه ان كانا على قيد الحياة، وأحقيته في العيش في كنف أسرة مستقرة، وحتى وان تعرضت الأسرة إلى تفكك، إلا أن العيش مع الوالد والوالدة الأصلية يكون ضمان طبيعي بالفطرة على رعاية الأب أو الأم لابنها، إلا في حالات جد استثنائية.

ولكن يطرح الإشكال بخصوص الطفل معلوم النسب الذي توفي والداه، هل يمكن للقاضي أن يتبع الترتيب القانوني المنصوص عليه في حضانة الطفل، أم انه يعتمد على التحقيقات الاجتماعية لتحديد وضعية الأجدر برعاية الطفل، وهل يتم الرجوع إلى الطفل بأخذ رأيه للانتقال من عدمه؟

[1]- قرار المحكمة العليا، بتاريخ 2006/10/11، الموضوع: كفالة-عودة المكفول، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 1 ص473.
- عند الاطلاع على حيثيات القضية، نجد ان من قام بإجراء التحقيق هو قاضي التحقيق، وهذا يرجع الى احتمالية وجود قضية جزائية، ولكن لا يتم الإشارة اليها، او سرد الوقائع كاملة.

إلا أن الدور المنوط بالقاضي المختص، يكتسي أهمية في المحافظة على كيان الطفل. الا ان هناك إشكالات قانونية يمكن ان يتعرض لها الوالدين الأصليين، تحول دون رجوع ابنهم المكفول الى ولايتهم، فما هو دور القاضي في اتخاذ التدابير اللازمة لذلك؟

الفرع الأول: الإشكالات التي تعترض عودة المكفول على المستوى الوطني

ان الإشكالات القانونية التي تحوم حول موضوع الكفالة، ليس لها اخر، ذلك ان الوضع القانوني للمكفول يقتصر على قيام العلاقة القانونية بين الكافل والمكفول، ولا يتعداها الى الاثار الناجمة عن انحلال الرابطة الزوجية محتملة الوقوع قبل بلوغ المكفول سن الرشد.

فالطفل المكفول على المستوى الوطني، الذي يشمل في الدراسة الطفل المكفول في الجزائر والمكفول في المغرب، يتعرض لإشكالات قانونية ربما تحول دون عودته الى ابويه سواء ان تمت المطالبة بذلك، او كانت نتيجة حتمية على ان المكفول معلوم النسب.

ان القرار الفاصل في هذه الإشكالات هي القرارات التي يتخذها القاضي سواء في السير العادي للدعوى، او في إطار الاستعجال، حماية منه لمصلحة المكفول التي تندرج ضمن الحماية العامة للقصر التي يسهر عليها حسب المادة 425 ق.ا.م.ا. وصفة الاستعجال تندرج ضمن الدور الإيجابي لقاضي شؤون الاسرة، حيث أوكلت له هذه المهمة بعد تعديل ق.ا.م.ا.

يمكن ان يتعرض أحد الوالدين او كليهما بعد المطالبة بعودة ابنهم إليهم، الى إشكالات قانونية تكون السبب وراء إعادة النظر في الإجراءات القانونية، او اتخاذ تدابير قانونية لضمان الحماية القصوى لمصلحة الطفل.

أولا: وفاة الابوين اوحدهما او فقدهما الاهلية القانونية

العلاقة الاسرية الناتجة عن الابوة، تخلق علاقة تضامنية بين افراد العائلة الواحدة[1]، ولهذا من الضروري بعد مطالبة والدي الطفل المكفول بعودته إليهم، ان تتوفر فيهم الشروط الأساسية التي من شانها خلق الجو الاسري للطفل.

ا –وفاة ابوي الطفل المكفول او أحدهما:

ان الوضعية القانونية للطفل المكفول تتطلب الاخذ بعين الاعتبار علاقته مع كافله بعد انحلال الرابطة الزوجية، وكذا الوضع القانوني لأبويه او أحدهما المطالبين بعودته الى ولايتهم، ذلك ان تغير المراكز القانونية داخل الاسرة يغير من مدى تمكينهم من هذا الحق المخول قانونا، حيث ان وفاة ابوي الطفل او أحدهما بعد رفع دعوى قضائية يغير من قرار القاضي إذا كانت الدعوى سارية خاصة في حال تمسك الكافل بكفالة الطفل حتى بعد طلاقه من الكافل الاخر.

ان الاشكال الذي يطرح ليس في حال وفاة أحد الابوين، ذلك ان قرار القاضي يمكن ان يكون لصالح أحد رافعي الدعوى الذي على قيد الحياة. بل يطرح في حال وفاة الابوين مع عدم رغبة الكافل في استمرار كفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية.

1- Ghaouti BENMALHA – le droit algérien de la famille- o.p.u- alger-1993.p279.

نص كل من المشرعين الجزائري والمغربي على محافظة القاضي المختص على المصلحة الفضلى للطفل مع اتخاذ في ذلك أي تدابير قانونية من شانها ان توفر له الامن والاستقرار، فهل يتم الاستناد على الترتيب القانوني حول حضانة الطفل؟

1-موقف القضاء الجزائري:

اخذ القضاء الجزائري موقفا من الاثار المترتبة على الطلاق بين الكافلين، ذلك ان الحضانة والنفقة لا تسري على الطفل المكفول، الا ان رغبة الكافل بعدم استمرار الكفالة بعد مطالبة ابوي المكفول عودته إليهم، تغير من الإجراءات القانونية التي يأخذ بها القاضي للفصل في هذا الموضوع.

نصت المادة 62 من ق.ا.ج على: (**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين ابيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن ان يكون اهلا لذلك**)[1]. ان المفهوم القانوني للكفالة والحضانة يتقارب في نقطة القيام برعاية الطفل وحماية مصالحه.

يمكن للقاضي الاستناد في حكم عودة الطفل الى ابويه بحضانته من قبل الأشخاص المؤهلين قانونا بذلك، بعد تخلي الكافل عنه، ووفاة ابويه الأصليين، إذا كان ذلك في إطار مصلحته، ولا يشكل خطرا على نموه العقلي والبدني، ويسخر لذلك جميع الإجراءات القانونية منها التحقيقات الاجتماعية التي تبين مدى قدرة الملتزم بحضانة الطفل على توفير جميع الضروريات.

---

[1]- ان المشرع الجزائري خلافا للتشريعين المغربي والتونسي، لم يسرد شروط الحضانة في مادة واحدة، وانما أجملها في عبارة واحدة اهلا للقيام بذلك. فالمشرع التونسي اشترط في مستحقي الحضانة ان يكون مكلفا، اما المشرع المغربي اشترط لأهلية الحضانة العقل والبلوغ.
- حميدو زكية، مصلحة المحضون، نفس المرجع السابق، ص 218.

نصت المادة 64 من ق.ا.ج على: (**الام أولى بحضانة ولدها، ثم الاب، ثم الجدة لام، ثم الجدة لاب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الاقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك**). ان الترتيب القانوني بين الام والأب يأخذ نفس المنحى الذي اتبعه المشرع المغربي، حتى بعد تعديل ق.ا.ج في 2005 اعطى الجدة لام المرتبة الثالثة بعد ان كانت تلي الام في حضانة الطفل. ان هذا الترتيب القانوني لا يمكن ان يتخطاه القاضي الا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك[1].

اخذ القضاء الجزائري موقفا من مسالة وفاة ابوي الطفل، وتطبيق احكام المادة 64 من ق.ا. وهذا ما سنوضحه جليا:

في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 16-11-2005[2] ينص على: "حضانة استحقاقها بالطلاق او بالوفاة". حسم الاجتهاد القضائي الجزائري موقفه من الاثار المترتبة على وفاة والدي الطفل بانها حضانة كالتي تترتب على الطلاق، وتم الاستناد على احكام المادة 47 من ق.ا التي تنص على انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق او الوفاة.

---

[1]- حميدو زكية، مصلحة المحضون، نفس المرجع السابق، ص 358-359.

[2]- قرار المحكمة العليا، رقم:337176، بتاريخ 16-11-2005، نشرة القضاة، العدد 65، 2010، ص 319.
الموضوع: حضانة-استحقاقها بالطلاق او الوفاة-الحكم بها دون تعيين مرشدة اجتماعية-لا.
المبدأ: إذا كان من المقرر قانونا ان الحضانة تستحق بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق او الوفاة، فان على قاضي الموضوع ان يبحث اين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل من ضمنها تعيين مرشدة اجتماعية.

في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 15-05-2006[1] ينص على: ان القاضي يسند الحضانة بعد وفاة الابوين مستعينا بمرشدة اجتماعية الى من يستحقها حسب مصلحة المحضون[2].

"عن الوجه الثاني المأخوذ من التناقض والقصور في التسبيب: بدعوى ان النقطة القانونية التي تمحور حولها النزاع كانت تدور حول تثبيت الحضانة بموجب عقد كفالة ومحضر تنازل رسمي محرر من طرف المطعون ضدها وأيضا المدة المنصوص عليها في المادة 68 ق.ا المحددة لفترة طلب الحضانة وهي سنة، رغم ان الجدة لام المطعون ضدها كبيرة في السن ومريضة وغير قادرة على القيام بشؤون الطفل محل النزاع وان مصلحة الطفل تقتضي بقاؤه عند خاله الطاعن لكون هذا الأخير هو الذي احتضنه وكفله منذ ان كان عمره سنة ونصف.

وحيث ان قضاة الموضوع استندوا في قضائهم المنتقد الى اسناد حضانة الطفل الى جدته على أساس انها أولى من الخال جهة الام. لكن حيث ان العامل الذي يؤخذ بعين الاعتبار في مثل هذه الدعوى هو مراعاة مصلحة المحضون، وان قضاة الموضوع لم يبرزوا اين تكمن هذه المصلحة، ودون ابراز كذلك والاخذ بعين الاعتبار عامل وجود الطفل محل النزاع عند الطاعن مدة تفوق ثلاث سنوات وكان بإمكان قضاة الموضوع الاستعانة بمرشدة اجتماعية في هذا الموضوع. ان قضاءهم المطعون جاء مشوبا بالقصور مما يجعله عرضة النقض والابطال واحالة القضية وطرفيها لنفس المجلس للنظر فيها من جديد".

---

[1]- قرار المحكمة العليا، رقم: 364850، بتاريخ 15-05-2006، مجلة المحكمة العليا العدد 2، 2007، ص 437.
الموضوع: حضانة-حضانة بعد وفاة الابوين-مصلحة المحضون.

[2]- ان هذه القضية لا تتطرق الى موضوع المطالبة بعودة الطفل المكفول الى والديه ووفاتها، الا انه يمكن القياس عليها حول موضوع وفاة الوالدين والإجراءات القانونية التي يتبعها القاضي للفصل في هذه النقطة، وتقدير موقف القضاء الجزائري من حيث الاخذ بالترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من ق.ا.

ان قرار المحكمة العليا بإحالة القضية وطرفيها للنظر فيها من جديد صائب، ذلك ان الأساس القانوني لهذه القضية منعدم، حيث انه بعد وفاة والدي الطفل تمت كفالته من خاله بعد محضر التخلي عن حضانته من طرف جدته لام، وان عقد الكفالة موثق، وسبق لنا ان تطرقنا الى الشروط القانونية التي يتم بموجبها منح كفالة طفل، ذلك ان قضاة الموضوع عندما قضوا بإسناد حضانة الطفل الى جدته لام احترموا الترتيب القانوني، الا ان عقد الكفالة اسبق ويرتب اثار قانونية في مواجهة المكفول، ولهذا لا يتعين ابداء احترام الترتيب القانوني للحضانة في ظل وجود عقد كفالة تم بعد التخلي عن حضانته. ولهذا أبدت المحكمة العليا رأيها بخصوص الاستناد الى مرشدة اجتماعية للتحقيق في هذا الموضوع.

وفي قرار لاحق اكدت المحكمة العليا بتاريخ 16 سبتمبر 2009[1]على تطبيق احكام المادة 64 من ق.ا على حالة الوفاة والطلاق، فعن الوجه الأول المأخوذ من انعدام الأساس القانوني والذي جاء فيه ان قضاة المجلس ابتعدوا عن جادة الصواب عندما اعتبروا بان الحضانة من اثار الطلاق ولا تأتي كاثر للوفاة. حيث يتبين فعلا انه بالرجوع الى القرار المطعون فيه ان قضاة المجلس اسسوا قرارهم المطعون فيه ان الحضانة من الاثار المرتبطة بالطلاق وان طلب الحضانة لا يستقيم مع الوفاة، دون ان يبينوا الأساس القانوني لذلك".

ان قرار المحكمة العليا بنقض وابطال القرار جاء في محله من الصواب، ذلك ان المادة القانونية لم تربط الحضانة بالطلاق وانما اشترطت فقط مراعاة مصلحة المحضون، وبعد هذا الاجتهاد القضائي يتعين على القاضي الاخذ بالترتيب المنصوص عليه في المادة 64 ق.ا.ج، والتي تجمع في اثارها بين الطلاق والوفاة، فعند وفاة والدي الطفل يستند قاضي شؤون الاسرة الى مصلحة الطفل للفصل في هذا الموضوع، وكون الطفل

[1]- قرار المحكمة العليا، رقم 511644، بتاريخ 16-09-2009، مجلة المحكمة العليا العدد 1، 2010، ص 228.
الموضوع: حضانة-طلاق-وفاة.
المبدأ: تطبق المادة 64 ق.ا في صياغتها الجديدة امر 05-02 على حالة الطلاق والوفاة.

معلوم النسب بعد التخلي عليه من طرف كافله، ووفاة والديه او احدهما، فان القاضي في هذه الحالة يسند حضانته الى الشخص المؤهل قانونا لذلك، بعد الاستعانة باي تدبير قانوني كالتحقيقات الاجتماعية.

2-موقف التشريع المغربي:

نص المشرع المغربي على مطالبة استرجاع الولاية القانونية على الطفل المكفول من طرف والديه او أحدهما، الا انه ربطها بتعرض الطفل للإهمال، فاذا ما رفعت الدعوى القضائية وتوفي والدي الطفل معلوم النسب، فان القاضي يحكم بما يراه مناسبا ولصالح الطفل، حيث ان مدونة الاسرة المغربية نصت في المادة 166 على حالة انتهاء العلاقة الزوجية حيث ان الحضانة تكون اما للام او الاب، الا انه في حال عدم وجودهما يمكن للطفل اذا اتم الخامسة عشر ان يختار احد اقربائه المنصوص عليهم في المادة 171 من م.ا.م، شريطة الا يتعارض ذلك مع مصلحته، وان يوافق نائبه الشرعي، وفي حالة عدم الموافقة يرفع الامر الى القاضي ليبت وفق مصلحة الطفل.

تنص المادة 171 من م.ا.م على: تخول الحضانة للام ثم للاب، ثم لام الام، فان تعذر ذلك فللمحكمة ان تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، اسناد الحضانة لاحد الأقارب الأكثر أهلية مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة.

وتستعين المحكمة بمساعدة اجتماعية في انجاز تقرير عن سكن الحاضن وما يوفره للمحضون من الحاجات الضرورية والمعنوية. حيث يشترط المشرع المغربي في الحاضن من غير الابوين الرشد القانوني والاستقامة والأمانة، القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وخلقا وعلى مراقبة تمدرسه، وإذا وقع تغيير في وضعية

الحاضن خيف منه الحاق الضرر بالمحضون، سقطت حضانته وانتقلت الى من يليه، حسب نص المادة 172 و173 من م.ا.م.

ب –فقدان ابوي الطفل او أحدهما الاهلية القانونية:

يمكن ان يتعرض أحد او كلا الابوين بعد مطالبتهم بعودة ابنهم الى ولايتهم الى فقدان الاهلية، كالتعرض الى حادث سير يمكن ان يخلف، عوارض تؤدي الى عدم تمكن الابوين الأصليين القيام بابنهم القاصر، وبذلك تضعف القدرة على القيام بتصرفات قانونية او تحمل مسؤولية.

يفرق كل من المشرع الجزائري والمغربي بين نوعين من الاهلية: أهلية الوجوب واهلية الأداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون. وهي ملازمة له طوال حياته ولا يمكن حرمانه منها.

اما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها او انعدامها (المواد من 40 الى 45 ق.م.ج)، (المواد 206 الى 208 من م.ا.م)، فاذا فقد الابوين أهلية الأداء بسبب الجنون او فقدان العقل، وجب الحجر عليه بمقتضى حكم قضائي، وتعتبر تصرفاته باطلة ولا تنتج أي أثر[1]، ومن ثم يستحيل على فاقد أهلية الأداء تحمل مسؤولية طفل قاصر.

[1]- انه كينيونيس هدى زكري جميلة، الكفالة والتبني في العلاقات الثنائية المغربية –الاسبانية، نفس المرجع السابق، ص 53.

الا انه إذا تعرض أحد الابوين الى حادث أفقده أهلية الأداء يمكن للزوج الاخر الولاية على الطفل، حسب نص المادة 87 من ق.ا.ج حيث تحل الام محل الاب في حال وفاته، او حصول مانع، الا انه ليس في كل الأحوال تكون المطالبة من الابوين، بل يمكن لأحدهما التقدم بذلك، فيمكن ان يكون الطلب من طرف الاب الذي انفصل عن الام، واستقر مع زوجة أخرى، فهل يحق لها بعد فقد الاب لأهليته مباشرة رعاية الطفل؟

هذا ما يفتح الباب على عدة إشكالات قانونية، بدءا من تعرض كلا الابوين الى فقدان أهلية الأداء معا، وكان الكافل بعد انحلال الرابطة الزوجية يرغب في استمرار كفالة الطفل، فهنا تبقى السلطة التقديرية للقاضي هي الفاصلة في الموضوع خاصة إذا ما توفرت في الكافل جميع الشروط القانونية التي تحمي مصلحة المكفول.

الا ان تعرض الوالدين لفقدان الاهلية، مع عدم رغبة الكافل او ورثته في استمرارية الكفالة، في هذه الحالة يضطر قاضي شؤون الاسرة الى اتخاذ التدابير الازمة، كاتباع الترتيب القانوني الذي نصت عليه المادة 64 من ق.ا.ج حول حضانة الطفل او تعيين وصي على الطفل طبقا لأحكام ق.ا.ج حسب نص المادة 81، ويحدد ق.ا الشروط القانونية التي يجب ان تتوفر في الوصي.

يمكن ان تأخذ إجراءات عودة المكفول الى ابويه مدة زمنية لضمان تحقيق المصلحة الفضلى للطفل، الا انه بمجرد تعرض ابويه الى فقدان الاهلية هذه الحالة تستدعي من القاضي تكريس صفة الاستعجال، والاخذ بمصلحة الطفل الفضلى كمعيار لتحديد الشخص المناسب لرعاية الطفل.

ثانيا: تعرض الابوين او أحدهما الى عقوبة سالبة للحرية

تختلف تعريفات العقوبة السالبة للحرية الا انها تجتمع على حرمان المحكوم عليه من حريته في الحدود التي تفرضها تنفيذ العقوبة، عن طريق حكم قضائي، ويكون ذلك بالإيداع في المؤسسة العقابية[1]. وبالتالي يمتنع المحكوم عليه من أداء واجباته تجاه اسرته.

ان تعرض أحد الوالدين او كلاهما لعقوبة سالبة للحرية، بعد المطالبة بعودة ابنهم الى ولايتهم، يمنع تحقق ذلك، والأصل ان المحكوم عليه لا يمكنه ان يباشر التزاماته القانونية، سواء تم ذلك قبل او بعد الموافقة على عودة ابنهم الى ولايتهم.

ا–في التشريع الجزائري:

تكون لقاضي الاسرة جميع الصلاحيات في اتخاذ التدابير الازمة، إذا تم الحكم على أحد الابوين بعقوبة سالبة للحرية، يمكن ان تمنح الولاية الى الطرف الاخر الذي يتمتع بجميع حقوقه المدنية والسياسية، الا انه يمكن ان يرفض قاضي الاسرة استرجاع الولاية على الابن كون الكافل متمسك بالمكفول ويرغب في استمرار الكفالة القانونية عليه.

ان السلطة التقديرية للقاضي هي التي تحدد استمرارية الكفالة بعد المطالبة بإلغائها، او انتقال الولاية الى الابوين، الا ان القانون لا يتطرق الى هذه النقطة خاصة قانون حماية الطفل، ولكن في الحياة العملية،

[1]- للنظر أكثر في اختلاف التعريفات بشأن العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري، انظر: بوزيدي مختاريه، النظام القانوني لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير حقوق تخصص النظم والمؤسسات العقابية، جامعة الظاهر مولاي –سعيدة، 2014-2015، ص 20-21.

- علي حسين خلف، سلطان عبد القادر، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مقال منشور في 23-03-2016.

وعند طلب القاضي اجراء تحقيق، له احقية التأكد من نوعية الجريمة التي ارتكبها أحد الابوين او كلاهما، خاصة جرائم العرض، التي تعد من الجرائم الماسة بالشرف.

إذا ما تبين للقاضي ان للابوان او احدهما سوابق أخلاقية، لا يوافق على انتقال الابن، خاصة إذا ما طالبت الام مثلا عودة ابنهما، وهي تمتهن الدعارة، ففي هذه الحالة مصلحة الطفل لا تتحقق بقبول عودته الى امه، بل يمكن ان يتعرض الطفل الى اهمال، او يصل الحد أكثر من ذلك بالعيش في محيط لا يتوفر على حماية كافية، و بهذا يصبح الطفل في خطر حسب نص المادة 2 من ق.ح.ط: (**الطفل في خطر هو الذي تكون صحته او اخلاقه او تربيته او امنه في خطر او عرضة له، او تكون ظروفه المعيشية او سلوكه من شانهما ان يعرضاه للخطر المحتمل او المضر بمستقبله، او يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية او النفسية او التربوية للخطر**).

حسب النتيجة التي تسفر عنها التحقيقات الاجتماعية يتضح للقاضي الاذن بعودة الابن الى ولاية أبويه او أحدهما، او تعيين وصي او مقدم على الطفل، او الحكم باستمرارية الكفالة عليه، إذا لم تتوفر جميع الشروط القانونية التي من شانها حماية مصلحته، وهذا ما يمكن استخلاصه من المادة 4 من ق.ح.ط حيث لا يجوز فصل طفل عن اسرته الا إذا استدعت مصلحته الفضلى ذلك، وتختص السلطة القضائية بذلك.

وهذه المادة القانونية مستمدة من اتفاقية حقوق الطفل في المادة 9 التي تنص على (**تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، الا عندما تقرر السلطات المختصة، بإجراء إعادة نظر قضائية، وفقا للقوانين والإجراءات المعمول بها، ان هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى، وقد يكون مثل هذا القرار في حالة معينة مثل إساءة الوالدين معاملة الطفل او إهمالهما له، او عندما يعيش الوالدين منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل**).

وتنص الفقرة الثالثة والرابعة من نفس المادة على ضرورة احتفاظ الطفل بعلاقته مع والديه بصفة منتظمة الا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى، مثل تعريض أحد الوالدين او كلهما للاحتجاز او الحبس او النفي او الترحيل.

وجاء في عهد حقوق الطفل في الإسلام[1]، عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، فلا تسقط الولاية عنهما الا لضرورة قصوى ولمصلحة الطفل وبمسوغ شرعي، ووفقا للإجراءات الداخلية، ورهنا بقواعد قضائية تتاح فيها الفرصة ليبدي الطفل او الوالدان، أحدهما او كلاهما او من يمثله، او أحد أعضاء الاسرة طلباته[2].

من خلال هذه المواد وما يليها من ق.ح.ط خاصة منها المادتين 6-7 اللتان تؤكدان بصيغة الالزام باتخاذ جميع التدابير القانونية للحفاظ على المصلحة الفضلى للطفل ويراعى في ذلك سنه جنسه وصحته ووسطه العائلي، وجميع الجوانب المرتبطة بوضعه. هذا ما يفسر إمكانية الحكم بعدم عودة الابن الى ولاية ابويه او أحدهما وتخيير مصلحة الطفل اما باستمرارية الكفالة للكافل بعد انحلال الرابطة الزوجية للكافلين، او اتخاذ أي تدبير قانوني يضمن تمتع الطفل بالحماية داخل كيان أسري.

2-في التشريع المغربي:

خصص المشرع المغربي القسم السابع من المسطرة الجنائية المغربية لفئة خاصة من الطفولة، تتمثل في الطفل الموجود في وضعية صعبة. وهي من المستجدات القانونية التي ارساها المشرع في المواد من 215-

[1]- عهد حقوق الطفل في الإسلام المعتمد من قبل المؤتمر الإسلامي الثاني والثلاثين لوزراء الخارجية المنعقد في صنعاء-اليمن، خلال الفترة ما بين 28-30 /2005/06 الموافق ل 21-23 جمادى الاول 1426.

[2]- نجيمي جمال، نفس المرجع السابق، ص 43-44.

217. ويمكن ان تنطبق على الطفل الذي تعرض أحد والديه او كلاهما الى عقوبة سالبة للحرية انه في وضعية صعبة تستدعي تدخل القاضي المختص للنظر في وضعية الطفل.

وفي سابقة قانونية ينص قانون المسطرة الجنائية المغربية على تعرض أحد الوالدين او كلاهما لعقوبة سالبة للحرية، وعلاقتها بوضعية الطفل الصعبة، الا انه في المادة القانونية لا يتم ربطها بعودة المكفول الى ابويه، ولكن يمكن تعميم القاعدة على ان الطفل المتواجد في وضعية صعبة بحاجة الى من يقوم برعاية اموره.

تنص المادة 33 من ق.م.ج.م على (**إذا صدر حكم على رجل وزوجته، ولو عن جرائم مختلفة، بالحبس لمدة لا تقل عن سنة، وكان غير معتقلين يوم صدور الحكم، فانهما لا ينفذان عقوبتهما في ان واحد، ان هما اثبتا ان لهما محل إقامة معين، وان في كفالتهما او تحت رعايتهما طفلا دون 18 سنة ليس في الإمكان ان يقوم بكفالته على الوجه المرضي غيرهما من الأشخاص او المؤسسات العامة او الخاصة، ما عدا إذا صدر من طرف الزوجين طلب يخالف ذلك. وتطبق مقتضيات القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية خاصة على الأطفال في وضعية صعبة، او مقتضيات قانون كفالة الأطفال المهملين إذا توفرت شروطهما**)[1].

يتضح ان المشرع المغربي اعطى ضمانات بالنسبة للوالدين المتعرضين لعقوبة سالبة للحرية، بناء على المحافظة على الطفل وعدم تعريض رعايته للخطر، فيطرح التساؤل هنا ان تمت المطالبة لعودة الابن الى ولاية والديه وتعرضا اثناء سير الدعوى لعقوبة سالبة للحرية، هل يمكن لقاضي شؤون القاصرين الحكم لاحد الوالدين بالولاية على ابنه لغاية بلوغه سن الرشد القانوني؟

[1]- عدلت المادة 33 من ق.م.ج.م بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.03.207 الصادر في 16 رمضان 1424 الموافق ل 11 نوفمبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 03-24.

هذه المادة القانونية تفتح العديد من الفرضيات، ذلك ان للقاضي حسب نص المادة 512 ان يتخذ أي تدبير يراه مناسبا بناء على وضعية الطفل الصعبة، او الغاء التدابير او تغييرها متى اقتضت مصلحة الطفل ذلك حسب نص المادة 514 من ق.م.ج.م.

ان قانون الاسرة الجزائري او قانون كفالة الأطفال المهملين لا يتطرق الى النقاط القانونية التي تفرضها الحياة العملية، ويتم التعامل معها على أساس القواعد العامة التي ترتبط سواء بالجرائم، او في إطار السير العادي للقضية من خلال التحقيقات التي يأمر بها القضاة دائما في إطار المحافظة على مصلحة الطفل.

ان السلطة التقديرية ترجع للقاضي في تحديد عودة الطفل بعد مطالبة والديه، سواء اقترن ذلك بانحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين ام لا، حيث ان له واسع النظر في موضوع تعرض الابوين او أحدهما الى عقوبة سالبة للحرية، ومدى تأثيرها على المصلحة الفضلى للطفل.

ان تصنيف الجرائم يختلف من جناية الى جنحة الى مخالفة، ويرتبط بعنصر العود وكون الجريمة أخلاقية من غيرها، فحتى وان تعرض أحد الابوان الى عقوبة سالبة للحرية ولكنها لا تمس بشرف واخلاق العائلة فانه يمكن ان يسمح بعودة الطفل الى أحدهما ان تأكد من تحقق مصلحته. وتلعب المدة الزمنية للعقوبة السالبة للحرية دورا أساسيا، إذا كانت مدة قصيرة كشهر او ستة أشهر. فلم يحدد القانون المعايير الأساسية التي يستند عليها القاضي للفصل في عودة الطفل المكفول الى ابويه.

الفرع الثاني: الإشكالات القانونية التي تعترض عودة المكفول القاطن في الخارج

بالرغم من الدور الرقابي الذي تلعبه الجهات القانونية المختصة بتتبع احوال الطفل المكفول في الخارج، متمثلة في المصالح القنصلية[1]، الا انه اثناء سير الدعوى او بعد الحكم بعودة المكفول الى ابويه، يتعرض ابوي الطفل الى إشكالات قانونية تحول دون تنفيذ الحكم الصادر بشأن عودته الى ولاية ابويه.

وتطرح هذه الإشكالات بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، فاذا كان انحلال الزواج بالطلاق، يحدث احيانا تماطل من طرف الكافل الذي يريد الاستمرار بالكفالة او الذي تم الحكم له بكفالة الطفل. وعند انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الوفاة وعدم رغبة ورثة الكافل الاحتفاظ بالكفالة، يتم نقل الطفل الى المراكز المتخصصة بتقديم الحماية الاجتماعية للأطفال المحرومين، خاصة إذا كان الطفل المكفول يحمل الجنسية الاجنبية. فأي حماية قانونية للطفل في ظل الإشكالات القانونية التي تعرقل تنفيذ الحكم بعودته الى ابويه او أحدهما؟

أولا: صدور حكم أجنبي متعارض مع الحكم الوطني

انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين أحيانا ينعكس بالسلب على وضعية المكفول، خصوصا مع مطالبة ابوي المكفول بعودته، ذلك ان الطفل يصبح محل نزاع، مما يخلق إشكالات قانونية، سببها الرئيسي حمل المكفول لجنسية كافله.

إذا اخذنا على سبيل المثال حمل المكفول للجنسية الفرنسية، فانه بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه، وعدم الالتزام بالكفالة، فان السلطات الفرنسية تتخذ الإجراءات الازمة لحماية الطفل من الضياع

[1] - محمد بن حساين، صراع المغاربة المقيمين بالخارج، نفس المرجع السابق، ص 191-192.

او التعرض الى أي اعتداء على سلامته البدنية او العقلية الى غير ذلك من الأمور التي يمكن ان يتعرض لها الطفل. وتسمى هذه الحالة–الطفل في خطر–وتطبق عليه احكام قانون حماية الطفولة التي توجد في حالة خطر – la loi de la protection de l'enfance en danger[1]–وقانون الحماية الاجتماعية للأسرة––l'action social des familles[2]، وهذا ما يتماشى مع اتفاقية حقوق الطفل.

ويمكن ان يتمسك أحد الكافلين بالكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية، ويمنع تسليم المكفول الى ابويه الأصليين، هذه النقطة لا يتطرق لها القانون المتعلق بأثار الكفالة، بل ينص على حالة الطلاق بين الكافلين، حيث يطبق في هذه الحالة القانون الفرنسي على النزاع وتندرج ضمن حالات حماية الطفولة[3].

يتضح مما تقدم ان القانون الفرنسي يحمي الطفل المكفول الحامل للجنسية الفرنسية، الا انه لا يتعرض للطفل المكفول مزدوج الجنسية، في قانون 22 أكتوبر 2014، بالرغم من انه يحدد اثار الكفالة على الأطفال الجزائريين والمغاربة على حد السواء.

[1] - Loi n° 2007-293 du 5mars 2007 réformant la protection de l'enfance, j.o 06/02/2007.

[2] - Décret n° 56-149 du 24 janvier1956 portant codification des textes législatifs concernant la famille et l'aide social, j.o n° 23 du 28 janvier 1956, ps 1109-1136.

- Ordonnance n° 200-1246 di 21 décembre 2000 relative à la partie législative du code de l'action sociale et des familles. J.o n° 297 du 23 décembre 2000, ps 20471-20473.

[3] - Situation des enfants en cas de séparation des recueillant: dès lors que l'enfant vit en France، le juge français est compétant pour statuer sur sa résidence، conformément au règlement Bruxelles 2 bis et appliquera la loi française conformément aux dispositions de la convention da la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence، la loi applicable à la reconnaissance، l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection de l'enfant. Circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridiques du recueil en France.

ا–صدور حكم أجنبي يتعارض مع الحكم القضائي الجزائري:

يترتب على اثار النزاع تطبيق قانون جنسية الكفيل حسب المادة 13 مكرر 1 من ق.م، الا انه إذا تم طرح النزاع على القضاء الجزائري باتفاق من الطرفين، او من طرف أحد ابوي الطفل، وتم صدور الحكم بعودة الولاية إليهم. الإشكالات التي تعرقل عودة المكفول هي طرح النزاع امام القضاء الفرنسي، بعد صدور الحكم في القضاء الجزائري، ويدخل الكافل ووالدي المكفول في صراع قانوني حول تنفيذ عودته. وكل منهما يدعي صحة الإجراءات المتبعة.

إذا طرح النزاع حول كفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، وحكم القضاء الفرنسي باستمرار الكفالة لأحدهما، او من له مصلحة قانونا، في ذلك كما سبق ان وضحناه في القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم الفرنسية. وهي دعوى قضائية صحيحة شكلا ومضمونا، ذلك ان القضاء الفرنسي يختص بالفصل فيها على أساس جنسية الكافل والمكفول وحتى الإقامة على الأراضي الفرنسية.

وطرح ابوي الطفل او أحدهما المكفول في الخارج دعوى قضائية تتمثل في طلب عودة الابن صحيحة شكلا ومضمونا، ذلك ان ق.ا ينص على تخويل الطرف المعني جميع حقوقه القانونية. بعد الإجراءات التي سبق لنا توضيحها وفصل القاضي المختص فيها، وطلب تنفيذ الحكم امام القضاء الأجنبي، الذي أصدر قرارا يقضي باستمرارية الكفالة، في هذه الحالة هناك تعارض في الاحكام، بين استمرارية الكفالة وحكم تنفيذ عودة الابن معلوم النسب الى ابويه او أحدهما.

كل هذه الإشكالات القانونية تبقى حبيسة الإجراءات التي تتم بين القضاء وأطراف النزاع، ذلك ان كلا القانونين لا ينصان على هذه النقطة، وبالتالي يمكن احالتها الى الاحكام العامة بشأن تنفيذ الاحكام

القضائية الصادرة عن المحاكم الداخلية، والتي تجد موقعها في الاتفاقية الثنائية التي تجمع كل من الجزائر وفرنسا بشأن تنفيذ الاحكام[1].

حيث تنص جملة الاحكام الواردة في الاتفاقية الثنائية على تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة عن المحاكم المختصة وفقا للقواعد الخاصة بتنازع الاختصاص المطبق في الدولة التي سينفذ لديها الحكم، ولا يخالف النظام العام الخاص بالدولة، ولا يجوز ان يكون القرار متعارضا مع قرار قضائي صادر في هذه الدولة، وبهذا يصبح الحكم او القرار القضائي قابلا للتنفيذ، حسب نص المادة الأولى من الاتفاقية الثنائية، وبهذا تفصل في جملة الإشكالات التي تطرح بصدد تنفيذ الاحكام القضائية وتنفيذها في البلد الاخر.

تنص المادة الرابعة من الاتفاقية القضائية بشأن تنفيذ الاحكام بين الجزائر وفرنسا على: (**تقوم السلطة المختصة بالتحقيق فيما إذا كان القرار المطلوب تنفيذه مستوفيا الشروط المنصوص عليها بالمادة الأولى الخاصة باكتسابه بحكم القانون قوة القضية المقضية. فتعمد تلك السلطة لإجراء ذلك التحقيق ويجب عليها تثبيت النتيجة في القرار الذي تصدره.**

لا يستجاب طلب تنفيذ الحكم إذا كان القرار المطلوب تنفيذه موضوع طعن لدى محكمة النقض. تامر السلطة المختصة عند الاقتضاء حين منح التنفيذ بالإجراءات الازمة ليحوز القرار الأجنبي نفس العلنية المقررة في الاحكام الصادرة عن الدولة التي تصرح بقابليته للتنفيذ. يجوز منح التنفيذ الجزئي لجهة او أخرى فقط من الجهات الواردة في القرار الأجنبي).

لا تبين هذه المادة القانونية تنفيذ الحكم في حال تعارضه مع حكم اخر، بل تنص على تنفيذ الاحكام النهائية غير محل طعن بالنقض، كما تنص على التنفيذ الجزئي، الا ان هذا التنفيذ لا يمكن ان يشمل مصلحة الطفل، فهي تقتضي عودته الى ابويه او أحدهما او الاستمرار في كفالته.

[1]- امر رقم 65-194 مؤرخ في 30 ربيع الأول 1385 الموافق ل 22 يوليو 1965 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الاحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بالتعديل البرتوكول القضائي الجزائري الفرنسي. ج.ر رقم 68، ص 962.

رجوعا الى الشريعة العامة في المواد الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان حيث تنص المادة 9 من ق.م على: (**يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه**).

يقصد بتطبيق قاعدة التنازع تحديد قواعد الاسناد بالنسبة للفئات المسندة التي وضعها المشرع لحل مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الفئات القانونية[1]. وعند تعارض حكمين قضائيين يتحقق بذلك تنازع القوانين التي تكون نتيجة وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي وفسح المشرع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي. وهذا ما يتضح جليا من خلال المادة 13 مكرر 1 من ق.م التي تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم في موضوع الكفالة. ان الاتفاقية القضائية لا تحل موضوع تعارض حكميين قضائيين، بل تكتفي بالنص عليه في حال طلب تنفيذه.

ان الاحكام الذي اتى به المشرع في تعديل القانون المدني حول الاثار المترتبة على الكفالة تستدعي تطبيق قانون جنسية الكفيل، فاذا طلب الأبوان عودة المكفول الى ولايتهم بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين وكان الكافل يحمل جنسية اجنبية فان الحكم الصادر باستمرارية الكافل يبقى ساري المفعول، اما إذا كان الكافل والمكفول وقت اجراء الكفالة يحملان الجنسية الجزائرية فان استمراريتها من عدمها تخضع الى احكام القانون الجزائري وبالتالي تنفيذ حكم عودته الى ابويه او أحدهما إذا كان فيه مصلحة للطفل يكون ساري النفاذ.

[1]- **نسرين شريقي-سعيد بوعي، نفس المرجع السابق، ص 51.**

ب –صدور حكم أجنبي يتعارض مع حكم قضائي مغربي:

ان المملكة المغربية هي الأخرى لها اتفاقيات ثنائية تربطها بفرنسا، الا ان أبرز ما تم ادراجه ضمن مصادر القانون المتعلق بالآثار القانونية للكفالة في فرنسا، هي اتفاقية التعاون القضائي المتبادل وتنفيذ الاحكام وتسليم المجرمين[1]، شبيهة بتلك التي تم ابرامها مع الجزائر. الا انه هناك اتفاقية ثنائية أخرى تربط الدولتين تتعلق بحالة الأشخاص والاسرة الا انه لم يتم ادراج أي نص او اتفاق قانوني يتعلق بحالة الأطفال المكفولين ووضعيتهم القانونية[2].

ان تعرض الطفل الى الإهمال من الأسباب الرئيسية التي تحدد عودة الطفل المكفول الى ابويه من عدمه، فاذا صدر حكمين قضائيين متعارضين مع دولة تحكمهما اتفاقية قضائية مشتركة، فان تنفيذ هذا الحكم يستدعي إعادة النظر في القوانين المطبقة على موضوع النزاع على أساس الجنسية. نصت المادة 11 من الاتفاقية القضائية الموقعة بين المغرب واسبانيا حول حالة الأشخاص والاسرة على: (**لا يحق للسلطات القضائية للدولة المطلوبة ان ترفض الاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها فوق تراب الدولة الطالبة ان كانت قابلة للتنفيذ الا لسبب من الأسباب التالية: إذا كان المقرر القضائي متعارضا مع مقرر اخر يتعلق بالحضانة او أصبح قابلا للتنفيذ في البلد المطلوب قبل نقل الطفل**).

[1] - Convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire d'exequatur des jugements et d'extradition entre la France et le Maroc du 5 octobre 1957.
- ظهير شريف رقم 1.71.015 بتاريخ 22 ربيع الثاني 1391 (16 يونيو 1971) بنشر الاتفاقية المغيرة بموجبه احكام الاتفاقية القضائية المبرمة بين المغرب و فرنسا و النصين الملحقين به والبروتوكولين المتعلق بالمهن القضائية الحرة والاعمال ذات الصبغة القانونية الموقع عليها بالرباط يوم 20مايو 1965 و المذكرات المتبادلة بتاريخ 23 دجنبر 1968 و 2 ابريل 1969 بشان تأويل بعض مقتضيات البروتوكول المذكور و الرسائل المتبادلة بتاريخ 16 نوفمبر 1970 و 4 يناير 1971 بشان تطبيق الفصل 34 من الجزء الثالث باتفاقية التعاون القضائي المتبادل و تنفيذ الاحكام و تسليم المجرمين يوم 5 أكتوبر 1957. ج.ر عدد 3060، ص 1347.
[2]- ظهير شريف رقم 197.83.1 صادر في 11 ربيع الأول 1407 (14 نوفمبر 1986) بنشر الاتفاقية الخاصة بالأشخاص والاسرة والتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية، الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981، ج.ر عدد 3910 صادرة بتاريخ 7 أكتوبر 1987، ص 931.

ان صدور حكم أجنبي يتعارض مع حكم قضائي وطني يخلف إشكالات قانونية حول القانون الواجب التطبيق على النزاع، ويعتبر عائقا في تنفيذ عودة الطفل الى ابويه او أحدهما، خاصة في ظل تمسك الكافل به، الا ان قانون جنسية الطفل وكافله يلعب دورا مهما في تحديد القانون الواجب التطبيق، مع الاخذ بعين الاعتبار مصلحته الفضلى.

ثانيا: تحويل الكفالة الى تبني نتيجة حمل المكفول جنسية كفاله

بعد طلب عودة الطفل المكفول الى ابويه سواء قبل او بعد صدور الحكم بإرجاعه الى ولاية ابويه، يمكن للكافل تقديم طلب امام المحكمة القضائية المختصة إقليميا بتحويل الكفالة الى تبني خاصة إذا كان الطفل يحمل الجنسية الأجنبية ويقيم بصفة منتظمة. مما يخلق تنازعا بين القوانين في حال صدور حكمين قضائيين متعارضين.

فيعد طلب تحويل كفالة الطفل الى تبني من اهم الإشكالات القانونية التي طرحت على القضاء الأوربي عامة والقضاء الفرنسي خاصة، ذلك ان الكافل الأجنبي المطالب بالتبني يكون مرفقا بقرار السلطة الأجنبية الذي يسمح له بكفالة الطفل فقط دون حصوله على الموافقة بالتبني، لان الطفل المراد تبنيه ينتمي الى بلد لا يعترف بالتبني[1].

[1]- مليكة العراسي، كفالة الأطفال المهملين من طرف القاطنين بالخارج، نفس المرجع السابق، ص 179.

حيث ذهبت العديد من الدول الاوربية منها بلجيكا، اسبانيا، الى عدم جدوى المقارنة بين الكفالة والتبني[1]، هذا ما انعكس على أنظمتها القانونية بعدم الاعتراف بالكفالة على انها شكل من اشكال التبني. هذا ما تم تقريره في المادة 25 من القانون الاسباني المتعلق بالتبني بين الدول[2].

الا ان صدور قانون 22 أكتوبر 2014 للأثار القانونية للكفالة في فرنسا، غير من المفهوم القانوني لتحويل الكفالة الى تبني حيث ينص الفصل المتعلق بتبني الأطفال المكفولين، بعد الحصول على الجنسية الفرنسية طبقا لمقتضيات المادة 21-12 من القانون المدني الفرنسي، يمكن للطفل المكفول ان يتم تبنيه، بعد الموافقة من الأشخاص المؤهلين لذلك.

وفي هذه الحالة يتم التمييز بين الطفل المكفول معلوم النسب ووالديه على قيد الحياة والطفل المكفول مجهول النسب، حيث يشترط لقبول تحويل الكفالة الى تبني القبول الصريح لأبوي المكفول او من يمثلهما قانونا كما سبق لنا ان وضحناه.

[1]- في قرار لمجلس الدولة البلجيكي، بتاريخ 7 يناير 1998 تم قبول منح التجمع العائلي لطفل مكفول استنادا الى ان رفضه يدخل في الحياة الخاصة، ويتعارض بالتالي مع مقتضيات الفقرة 2 من الفصل 8 من اتفاقية حماية حقوق الانسان والحريات الأساسية. وبالرجوع الى هذا الفصل نجده ينص على عدم جواز تدخل السلطة العمومية في ممارسة الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية، الا إذا كان هذا التدخل مقررا بمقتضى القانون بشكل في مجتمع ديمقراطي اجراء ضروري للأمن الوطني. يتبين لنا من خلال القرار ان مجلس الدولة البلجيكي لم يتعدى تشبيه الكفالة الا بالتجمع العائلي وان هذا النظام لا يرقى الى التبني، لان نظام الكفالة لا يقوم على نفس المقومات التي يقوم عليها نظام التبني.

- محمد بن حساين، نفس المرجع السابق، ص 195.

[2]- قانون رقم 54/2007 الصادر في 30-12-2007 المتعلق بالتبني بين الدول.

في قرار لمحكمة الاستئناف الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى ل 22 أكتوبر 2002[1]، عندما تتوفر شروط التبني الكامل —adoption plénière وفق شروط القانون الفرنسي، يجب ابداء القبول الصريح والواضح لأبوي المكفول عن طريق تشاور لمجلس العائلة conseil de famille.

وبهذا يمكن تحويل الطفل المكفول الحامل للجنسية الفرنسية، الى طفل متبنى، حسب القانون الفرنسي، مما يخلق إشكالات قانونية امام القضاء، وهذا ما يعرقل انتقال المكفول الى ابويه بعد مطالبتهم عودته الى ولايتهم، حتى وان تم استدعاءهم لإبداء الموافقة على تحويل الكفالة وتم رفض ذلك، فان ضياع الوقت في إجراءات قانونية معقدة، يمكن ان يضر بمصلحة الطفل.

ويجب التنبيه ان المشرع الفرنسي في قراراته وحتى في المواد المنصوص عليها، لم يرد ذكره لاحد الابوين بل الابوين معا، ورجوعا للقانون الجزائري عكس القانون المغربي لم ينص على المطالبة بعودة المكفول من طرف من له مصلحة في ذلك بل اقتصر ذكره على أحد الابوين او كلاهما، وذكر المشرع الفرنسي من ينوب عن الابوين، مع انه اعطى للام التي لم تستطع مباشرة حاجيات ابنها، كامل السلطة الابوية.

كل هذا يضع مصلحة الطفل المكفول في دوامة من المشاكل القانونية، خاصة ان منح الكفالة للأجانب يمكن ان تتسبب في ضياع حقوق المكفول، والهدف القائم من وراء الكفالة، مع العلم انه في كل هذه الإجراءات لا يتم الاخذ براي الطفل المكفول، ان كان مميزا، بل ترك له هذا الخيار بعد بلوغه سن الرشد القانونية.

[1] - N° 00-12-360, (il s'agit d'une affaire ou la loi du 6 février 2001 ne s'applique pas).

فالإشكالات القانونية التي تحوم حول موضوع عودة المكفول الى ابويه بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، ومطالبة ابويه عودته الى ولايتهما، لا حصر لها، ولعل أبرزها تحويل الكفالة الى تبني في دول لا تفقه المعنى الحقيقي للكفالة، والذي يعتبر من الأنظمة القانونية غير المعترف به في اغلب البلدان الاوربية. فطلب تحويل تبني بسيط الى تبني كامل كما هو الحال في التشريع الاسباني وارد، الا ان الوضع القانوني للكفالة لا يقبل المقارنة بفحوى اثار البنوة[1].

والخلاصة انه لا يمكن ان تسري على الكفالة الية التحويل الى التبني الكامل المنصوص عليه في قانون التبني بين الدول في القانون الاسباني، او في قانون اثار الكفالة في التشريع الفرنسي، ذلك ان كل من القانونين الجزائري والمغربي لا يقبلان تحويل نظام الكفالة الى تبني خاصة القانون الجزائري، الذي يمنع موافقة ابوي المكفول على التبني، وهذا راجع الى الدور الذي تلعبه القنصلية، في تتبع أمور الجالية الجزائرية في الخارج.

المطلب الثاني: الغاء الكفالة وانتقال السلطة الأبوية

ان كل الإجراءات القانونية التي تطال المطالبة بعودة المكفول إلى ابويه، بعد انحلال الرابطة الزوجية للكافلين، يواجه فيها الطفل مصير، لا يحدده إلا القاضي المسؤول عن تجسيد الحماية المطلقة لمصلحة هذا الأخير، حيث يتخذ جميع التدابير القانونية التي من شانها ضمان عودته الى ابويه الأصليين عن طريق حكم قضائي، يقضي فيه اما بإلغاء او التخلي عن الكفالة، وانتقال السلطة الابوية. وهذا ما يستشف من المنطق القانوني، إذا ما اتبعنا التسلسل المبني على احترام القواعد القانونية، والشريعة العامة.

[1]- انه كينيوسيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 96-97.

حيث تكون البداية هي عقد كفالة قانوني يوافق عليه قاضي شؤون الاسرة او قاضي شؤون القاصرين بالنسبة للمغاربة، يستوف جميع الشروط القانونية، ويصبح ساري المفعول حتى بلوغ المكفول سن الرشد القانونية او زواج البنت بالنسبة للقانون المغربي، ويمكن ان يتعرض هذا العقد الى الغاء او فسخ سواء برضا الكافل او دون ذلك، وهنا ترجع السلطة التقديرية للقاضي.

الا انه يجب التنويه ان كل من المشرعين الجزائري والمغربي ينصان على الغاء الكفالة او التخلي عنها، الا انهما لا ينصان على انتقال الولاية القانونية واسترجاع السلطة الابوية، بالرغم من النص في ق.ا.ج على تخويل الولاية القانونية للكافل، واعتبار المكفول بمثابة الابن الشرعي.

اما بالنسبة للمشرع المغربي والذي يخول الولاية القانونية لقاضي شؤون القاصرين، ويعين نائبا شرعيا لا يتطرق الى هذه النقطة القانونية، حول استرجاع الولاية القانونية على الطفل المكفول، خصوصا ان الولي الشرعي للمكفول يفقد ولايته على الطفل بمجرد اعتباره طفلا مهملا، وتقديم كفالتة لأشخاص لهم الاهلية القانونية لذلك. من خلال ما تقدم، ما هي الإجراءات التي يتم اتباعها لإلغاء عقد الكفالة، الذي يتبعه بدوره سقوط الولاية القانونية، واسترجاع السلطة الابوية؟

الفرع الأول: إلغاء عقد الكفالة

كما سبق الذكر أن الكفالة تكون إما قضائية او توثيقية، هذا ما ينعكس إيجابا بتسهيل الإجراءات القانونية للكفالة خاصة، بالنسبة للأطفال معلومي النسب، الا انه ينعكس سلبا عند تنفيذ هذه الكفالة في الخارج، خاصة الدول الاوربية منها، ذلك ان الكفالة التوثيقية لا تحوز على المصداقية القانونية، بالرغم من انها تتم عند ضابط رسمي.

فما يثير الإشكال ويطرح عدة تساؤلات قانونية، هو الجهة القانونية المخولة بإلغاء عقد الكفالة، خاصة مع الدور الذي تقوم به الحماية الاجتماعية والقاضي المختص في إنجاح الكفالة، دون الرجوع إلى الموثق، وأيضا بخصوص تراجع توثيق عقد الكفالة عند الموثق، لما يمكن أن يتسبب في عدم ضمان الحماية القانونية للطفل.

وهذا ما أثير بشأنه عدة قضايا، حول انتهاك حقوق الطفل المكفول عن طريق الكفالة التوثيقية، من خلال ما تبين ما هي الإجراءات القانونية التي يتم من خلالها إلغاء عقد الكفالة، سواء كانت توثيقية أو قضائية؟

أولا: الإجراءات القانونية المتبعة لإلغاء عقد الكفالة القضائية

عالج المشرع الجزائري ونظيره المغربي مسالة الغاء الكفالة او التخلي عنها، لما في ذلك من ضرورة قانونية لحماية مصالح الطفل المكفول، ويمس هذا الاجراء كل من الطفل المكفول معلوم ومجهول النسب، الا ان دعوى الغاء الكفالة او التخلي عنها تختلف من حيث الشخص الذي يطالب بها، ذلك انه يمكن ان يرفعها ابوي المكفول او أحدهما ان كان معلوم النسب، او الكافل، او يحكم بها القاضي من تلقاء نفسه تبعا لظروف العلاقة التي تجمع بين الكافل والمكفول.

ا–الإجراءات القانونية لإلغاء الكفالة القضائية حسب القانون الجزائري:

تنص المادة 496 من ق.ا.م.ا على: (**ترفع دعوى الغاء الكفالة او التخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية. ينظر في الدعوى في جلسة سرية، بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباته. يتم استئناف هذا الحكم حسب الإجراءات العادية**).

يفيد هذا النص القانوني بان الإجراءات القانونية التي يجب اتباعها لإلغاء الكفالة هي رفع دعوى قضائية، عن طريق عريضة افتتاحية، مزودة بالمستندات الضرورية، لتباشر على إثرها إجراءات التسجيل، ودفع الرسوم، وإجراءات التبليغ الى غير ذلك، ويتم هذا في إطار السير العادي للإجراءات الواجب اتباعها امام كل هيئة قضائية.

الا ان المشرع الجزائري يشترط النظر في الدعوى في جلسة سرية، بعد الاستماع الى طلبات النيابة العامة، وهذا الاجراء يهدف الى حماية مصلحة الطفل. ذلك ان المكفول قاصر، ولا يجب النظر في الدعوى في جلسة علنية حفاظا على نفسية الطفل وكل ما يحيط به من ظروف اجتماعية، هذا ما يشبه حفاظ قضاء الاحداث على سرية النظر في الدعوى.

وتبعا للسير العادي للإجراءات المتعلقة بإلغاء الكفالة، اجاز المشرع الطعن في الحكم الذي يصدره القاضي بشأن الغاء الكفالة وفقا للإجراءات المعتادة في الاستئناف[1].

ان المشرع لم يحدد في هذا النص القانوني، الأشخاص الذين يحق لهم رفع دعوى قضائية للمطالبة بإلغاء الكفالة، ولم يبين أيضا إمكانية الغاء قاضي شؤون الاسرة من تلقاء نفسه الكفالة عن طريق امر ولائي في إطار السلطة الممنوحة له، هذا ما يجرنا للبحث في ق.ا، حيث نجد عموميات حول المطالبة بعودة الابن من طرف ابويه او أحدهما.

ان النتيجة القانونية المتحصل عليها من خلال هذا الطرح، هو انه يمكن للكافل ان يطلب الغاء الكفالة او يتخلى عنها، ويمكن ان يتم رفع دعوى قضائية من طرف ابوي المكفول او أحدهما، كما يمكن

[1]- سائح سنقوقة، نفس المرجع السابق، ص664-668.

- محمد حزيط، نفس الرجع السابق، ص 178-179.

لقاضي شؤون الاسرة وفي إطار الصلاحيات القانونية الممنوحة له الغاء الكفالة، إذا دعت الضرورة الى ذلك، حسب المادة 424 ق.ا.م.ا يتكفل قاضي شؤون الاسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر. وهذا ما يتناقض مع المادة 493و 496 ذلك ان الغاء الكفالة لا يتم الا عن طريق رفع دعوى قضائية، وهذا بصريح العبارة، وان طلبات إقرار الكفالة هي التي يصدر بشأنها امر ولائي. ورجوعا الى ق.ح.ط في نص المادة 7 تنص على ان المصلحة الفضلى للطفل هي الغاية من كل اجراء او تدبير او حكم او إقرار قضائي او اداري، ويتخذ في هذا الإطار جميع الجوانب المرتبطة بوضعه.

يتضح من التحليل القانوني انه هناك تناقض بين المواد القانونية، بخصوص إمكانية قاضي شؤون الاسرة الغاء الكفالة، إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك. الا ان الثابت من القول ان ابوي الطفل المكفول او الكافل هم الأشخاص المؤهلين قانونا لرفع دعوى الغاء الكفالة. وتكون دعوى عودة الطفل المكفول الى ابويه مقترنة بإلغاء كفالته عن كافله، ولهذا يتوازى الفصل في النزاع المطروح امام قاضي شؤون الاسرة بالحكم بعودة الطفل المكفول الى ابويه او أحدهما وإلغاء كفالته.

ب –الإجراءات القانونية المتبعة لإلغاء عقد الكفالة القضائية وفق القانون المغربي:

ان المشرع المغربي هو الاخر نص على إمكانية الغاء الكفالة، ولكن عن طريق إجراءات قانونية تختلف عن نظيره الجزائري، يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين ان يلغي الكفالة إذا تبين له ان الكافل لا يفي بالتزاماته المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول، وحضانته ورعايته، وضمان تنشئته في جو سليم.

تلغى الكفالة ايضا في حال وجود أي مانع من الموانع التي من شانها ان تخل بالشروط القانونية المطلوبة في الكافل والمشار اليها في المادة 9 من قانون كفالة الأطفال المهملين، كفقدان الاهلية او عدم

الصلاحية الأخلاقية او الاجتماعية لتحمل الكفالة، او ان يكون بين الكافلين والمكفول او اسرته الاصلية نزاع قضائي، او خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة الطفل.

ان كل الحالات المذكورة في الأعلى، تخول للقاضي الغاء الكفالة اما تلقائيا او بناء على طلب من النيابة العامة او ممن له مصلحة في ذلك[1]، ويمكن ان ينص امر القاضي على التنفيذ المعجل رغم كل طعن، ويكون الامر قابلا للاستئناف، وتقوم بتنفيذه المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها مقر إقامة الكافل.

إذا امتنع الكافل عن تنفيذ مقتضيات الامر القضائي، جاز للقاضي المكلف بشؤون القاصرين ان يحيل الملف على النيابة العامة لتسهر على تنفيذه بواسطة القوة العمومية او بما تراه ملائما من الوسائل، مع اتخاذ الإجراءات المناسبة لمصلحة الطفل المكفول[2].

ثانيا: الإجراءات القانونية لإلغاء الكفالة التوثيقية

الكفالة التوثيقية هي الكفالة التي يحررها الموثق، وتختلف التسمية في التشريعات المغاربية بين الموثق والعدول، الا ان النقطة المشتركة هي إمكانية عقد الكفالة، ان توافرت شروط قانونية معينة.

ا –إشكالية الغاء الكفالة التوثيقية وفق القانون الجزائري:

ان المشرع الجزائري ينص في المادة 117 ق.ا على: (**يجب ان تكون الكفالة امام المحكمة، او امام الموثق**)، ولم يمس تعديل قانون الاسرة لسنة 2005 هذه المادة، أي انها تجد محلها منذ قانون 1984، بالرغم من الإشكالات القانونية التي تطال هذا النوع من العقود التبرعية، وهذا راجع لعدم حيازتها على

[1]- ان قانون كفالة الأطفال المهملين لا يبين الأشخاص الذين لهم مصلحة في طلب الغاء الكفالة، ولكن الثابت ان والدي المكفول، والكافل الذي يتنازل عن الكفالة، وقاضي شؤون القاصرين.
[2]- انه كينيوسيس، جميلة اوحيدة، هدى زكري، نفس المرجع السابق، ص 53-55.

الصيغة التنفيذية في الدول المستقبلة للكفالة، وكذلك تقلص هذا النوع من العقود، لكون الإجراءات التي تخضع لها الكفالة، أصبحت تأخذ منحنى تصاعدي من حيث التشديد على منحها من عدمه، وخضوع رقابتها لقاضي شؤون الاسرة، وفي بعض الحالات، خاصة المرحلة التمهيدية تخضع لقاضي الاحداث ان وجد الطفل في خطر معنوي.

بالرغم من إقرار ق.ا بالكفالة التوثيقية الا انها لا تجد موقعها في ق.ا.م.ا، وهذا راجع الى تقلص التعامل وحتى ابرام مثل هذه العقود، هذا ما يصعب من الرقابة التي يمارسها القاضي على الطفل المكفول في إطار الكفالة القضائية، والتي تدخل من بين مهامه ضمان مصلحة الطفل.

ان الاجراء الوحيد الذي ينص عليه ق.ا هو في المادة **125**: (**التخلي عن الكفالة يتم امام الجهة التي اقرت الكفالة، وان يكون بعلم النيابة**). يستخلص من هذا النص القانوني انه ان تم انعقاد الكفالة امام الموثق يتم التخلي عنها أيضا امامه.

وتنص هذه المادة على التخلي وليس الإلغاء، ذلك انه هناك اختلاف بين اللفظين. الا ان الشرط الذي وضعه المشرع هو ان يتم ذلك بعلم النيابة العامة، التي تعتبر طرفا أصليا في جميع قضايا شؤون الاسرة. ولعل السبب وراء ذلك يكمن في ضمان الرقابة على مصلحة الطفل، حيث ربط المشرع التخلي بضرورة علم النيابة العامة على عكس عقد الكفالة في مرحلته الأولى، ما يخلق خلل في صحة الإجراءات المتبعة من المرحلة الأولى.

يستنتج مما خلال هذه النصوص القانونية ان الموثق لا يقوم بإلغاء عقد الكفالة، كما هو مرخص لقاضي شؤون الاسرة، حيث يصدر الإلغاء عن طريق حكم قضائي، يستوف شروط الاستئناف، بل يأخذ هذا الإلغاء منعرجا اخر، يتمثل في عقد، يسمى عقد تخلي وفسخ عقد كفالة[1].

ويجب التنويه ان الموثق يخطر النيابة العامة عن طريق ارسالية يبين فيها الملف كاملا يضم نسخة من عقد الكفالة، والسبب وراء رغبة الكافل او الكافلين التخلي عن الكفالة، خاصة إذا كانت الأسباب مرفقة بحكم الطلاق او شهادة وفاة أحد الكافلين، او لأية أسباب أخرى، وترد النيابة العامة عن طريق ارسالية، تبدي رأيها في القبول او الرفض.

ولكن في غالب الأحيان تقبل النيابة العامة، ذلك ان دور الموثق اخطارها بالعقد الذي يريد ابرامه، هذا لا يعني ان لها دور استشاري فقط، بل قبول النيابة العامة الفسخ هو الذي يحدد إمكانية ابرام العقد من عدمه.

بعد موافقة النيابة العامة وبحضور الكافلين الراغبين في التخلي عن الكفالة، وابوي الطفل او أحدهما ان كان معلوم النسب، يتم التخلي وفسخ عقد الكفالة، الا ان الموثق ليس لديه الصلاحية قانونا، كالمخولة لقاضي شؤون الاسرة من اجل تخيير الطفل ان كان مميزا للعودة الى ابويه، لإلغاء الكفالة. بل يفسخ عقد الكفالة، حتى وان كان الطفل غير مميز، فالقانون لم يوضح هذه المسالة، ولم يبين إمكانية الرجوع على هذا العقد، كالضمانات المخولة للكفالة القضائية.

[1]- انظر الملحق رقم 15.

ب –إشكالية الغاء الكفالة التي تتم عن طريق العدول في القانون المغربي:

ان المشرع المغربي في قانون كفالة الأطفال المهملين، لا ينص على الكفالة التوثيقية، أي التي تتم عند العدول، وهو بمفهوم الموثق في التشريع الجزائري، ولا ترسم أي إطار قانوني لهذه النقطة، ولكن هذا لا يحول دون عقد كفالة عن طريق اشهاد عدلي. الا انه امام المخاطر التي يتعرض لها الأطفال وانعدام الرقابة او أي اشراف من السلطات، عمدت وزارة العدل الى حث القضاة المكلفين بالتوثيق –المختصين بمقتضى القانون السابق لسنة 1993 الملغى–على تطبيق نفس الإجراءات المسطرية والشروط الازمة لكفالة الأطفال المهملين. حرصا على حماية مصلحة الطفل[1].

ويرجع السبب وراء ذلك اقبال الجالية المغربية المتواجدة بالخارج على الاشهاد العدلي، وهو ما يقابله في الخارج اما الرفض او القبول، فحسب قانون 22 اكتوبر2014، ينص المشرع على نوعين من الكفالة في كل من الجزائر والمغرب، الا انه بعد تفاقم أوضاع الجالية في الخارج، واخص بالذكر في فرنسا، أصبحت الكفالة التوثيقية لا تحوز على الصيغة التنفيذية.

وبهذا يجب التنويه انه حتى وان تم اشهاد عدلي للكفالة فانه لا يتم الغاؤها الا ان طريق قاضي شؤون القاصرين، وذلك عن طريق رفع دعوى قضائية، تضم في محتواها ارجاع الطفل الى ابويه، ذلك ان رفع دعوى لإبطال اشهاد عدلي غير كافي، نتيجة عدم النص عليه في قانون كفالة الأطفال المهملين.

[1]- انه كينيوسيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 31-34.

- حفيظ كريني، دليل التقاضي امام قضاء الاسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007، ص 92-94.

الفرع الثاني: سقوط الولاية القانونية المخولة للكافل، واسترجاع السلطة الأبوية

بعد مطالبة الابوين الأصليين أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما، يخير الطفل المميز في الالتحاق بهما، ويتم ذلك بإذن من قاضي شؤون الاسرة إن أجاز ذلك مراعيا ظروف الطفل المكفول، والتزام كافله برعايته أو التخلي عنه، وما ينجم عن ذلك من أثار قانونية.

فالولاية القانونية تخول للكافل في إطار ممارسته للكفالة، حيث يستمد من خلالها جميع الحقوق القانونية المخولة للاب على ابنه الشرعي كسلطة ابوية كما سبق توضيحه في الباب الأول.

الا انه هناك جملة من الإشكالات القانونية تحوم حول سقوط الولاية القانونية المخولة للكافل، واسترجاع السلطة الابوية والولاية على الطفل، وهذا راجع للفراغ القانوني الذي يشوب هذه النقطة، ذلك ان سقوط الولاية القانونية يمكن ان يحدث حتى قبل التخلي عن الكفالة او الغائها، وليس واضح ان كان حكم الغاء الكفالة يتطرق الى سقوط الولاية القانونية على الطفل واسترجاعها، ذلك ان كل من ق.ا.م.ا.ج وقانون كفالة الأطفال المهملين المغربي لا يتضمنان هذه النقطة، هل يفهم انها نتيجة حتمية على الغاء الكفالة، ام انه يجب ادراجها ضمن المطالب المشروعة حول عودة المكفول الى احد ابويه او كليها؟

ولعل اهم نقطة والتي تتطلب حرص من القاضي المختص هي الولاية على مال الطفل من طرف كافله، هل تنتقل إدارة أموال المكفول من طرف كافله تلقائيا بعد الغاء الكفالة، ام انه يجب رفع دعوى موازية، أو ان تتضمن الدعوى الأولى هذا الطلب، وهذه الأسئلة راجعة للفراغ القانوني الذي يشوب هذا الموضوع، فهل يتم الرجوع الى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الاسرة؟

أولا: سقوط الولاية القانونية للكافل

سبق لنا تعريف الولاية القانونية في الفصل الثاني من الباب الأول، وهذه الولاية مخولة للكافل بموجب قانون الاسرة، الا انه يمكن ان تسقط هذه الولاية بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، ذلك ان القانون الجزائري لا يتطرق الى هذه النقطة، بل يربطها بالولاية القانونية لأبوي الطفل معلوم النسب بعد المطالبة باسترجاعها، وهذا ما حذا حذوه المشرع المغربي.

ا –سقوط الولاية القانونية للكافل وفق القانون الجزائري:

يمكن للولاية القانونية ان تسقط عن الكافل بعد انحلال الرابطة الزوجية[1]، الا ان انتقالها الى الكافل الذي يقر باستمرارية الكفالة يحول دون سقوطها عن المكفول، ذلك ان التخلي النهائي عن الكفالة يسقط الولاية القانونية تلقائيا، حيث ان المحل الذي تقوم عليه يصبح غير قانوني.

بعد الرجوع الى المواد 121 و124 من ق.ا.ج والتي يذكر فيها اصطلاح الولاية القانونية، يتبين ان المعنى المقصود منهما يختلف، وهذا ما يتضح من خلال المطالبة بعودة الولد المكفول الى ولاية ابويه، التي يمكن ان تكلل بالموافقة على الغاء الكفالة والموافقة على العودة.

ان الاختلاف يكمن في اسقاط الولاية القانونية عن الكافل واسترجاعها من طرف ابوي الطفل المكفول، فالمادة الأولى تبين انه بعد منح الموافقة على كفالة الطفل يصبح الكافل واليا بقوة القانون على

[1]- يمكن ان تسقط الكفالة بطلب من الاب او الام لطفل المكفول إذا كان في سن التمييز، وله الحق في الرجوع الى ولاية والديه، وإذا لم يكن في سن التمييز يصبح الترخيص له من القاضي إلزاميا.

- تياب نادية، حق النسب والحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، رقم 6-2008 ص 178.

المكفول، حتى بعد انتقال الكفالة الى الزوج الاخر الذي التزم بالكفالة او ورثة الكافل بعد انحلال الرابطة الزوجية للكافلين، الا انه بمجرد موافقة القاضي على عودة الولد المكفول الى ابويه تسقط الولاية القانونية على الكافل، ذلك ان الأساس الذي تقوم عليه قضية الغاء الكفالة هو عودة الابن الى ولاية ابويه او أحدهما[1].

كل من القانونين الجزائري والمغربي لا ينصان على إمكانية رفع دعوى قضائية خاصة بإسقاط الولاية عن الكافل، بل يتم ادراجها كطلب من الطلبات المقدمة في المطالبة بعودة اللابن المكفول الى ولاية ابويه، والنتيجة الحتمية هي اسقاط الولاية القانونية عن الكافل.

الولاية القانونية التي ينص عليها ق.ا.ج تضم في الأصل ولايتين سبق التطرق اليهما بالتفصيل في الفصل الثاني من الباب الأول، الا وهما الولاية على النفس والولاية على المال.

بعد المطالبة باسترجاع الولاية على الابن معلوم النسب من طرف أحد ابويه او كليهما، ينظر القاضي في القضية وفق الشروط القانونية التي سبق ذكرها، فان فصل القاضي بعدم قبول ارجاع الطفل الى ولاية ابويه لعدم رغبة الطفل المكفول في ذلك ان كان مميزا، او لظروف تحول دون تحقق المصلحة الفضلى للطفل، فان الولاية القانونية على الطفل المكفول تبقى قائمة لصالح الكافل.

[1]- اتفق الفقهاء على ان الولاية لا تثبت الا للاب والجد العصبي والقاضي، والا يجوز للقاضي ان يحجب الولاية على الاب مادام مؤهل شرعا، الا إذا حدث طارئ يمنعه من القيام بواجبه، في هذه الحالة وجب سلب الولاية منه ونقلها الى من يليه في الدرجة حفاظا على مصلحة المولى له، وهذا ما أكدته المادة 87 ق.ا.ج التي نصت على ولاية الاب على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الام محله قانونا، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت اليه حضانة الأولاد.

- الا انه يجب التأكيد ان الطفل المكفول يمكن ان يكون معلوم النسب من جهة الام، والتي يحق لها بموجب القانون المطالبة بعودته الى ولايتها القانونية.

- العربي بختي، نفس المرجع السابق، ص 95.

ولكن ان حكم قاضي شؤون الاسرة بإلغاء الكفالة، فان النتائج التي تترتب عن ذلك هي اسقاط الولاية القانونية عنه، وبالتالي تسقط رعاية الطفل المكفول، وكل ما يتعلق بالاستفادة من المنح العائلية والمدرسية، الا ان الاشكال يبقى قائما في ظل غياب نص قانوني او اجتهاد قضائي حول إدارة أموال الولد المكفول، ان كان الكافل قائما عليها، هل تنتقل مباشرة الى من تثبت له الولاية قانونا، ام انها تنتقل الى القاضي ليعين من هو الاجدر بإدارة أمواله؟

تنص المادة 91 ق.ا.ج في احكام الولاية، ذلك انها تنص على ان وظيفة الولي تنتهي: بعجزه، موته، بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه، فهل يمكن ان تشمل احكام هذه المادة الكافل؟

جاءت هذه المادة القانونية بأحكام عامة عن انتهاء الولاية على القاصر، الا انها تحتوي على عنصر جوهري بخصوص الولاية، وهو انتهاء وظيفة الولي بإسقاطها عنه، والاسقاط لا يكون الا بقوة القانون أي من طرف القاضي المختص.

بعد اسقاط الولاية على الكافل، يمكن ان يسترجعها ابوي الطفل الذي يعد قاصرا، وبالتالي يمكن للقاضي الموافقة على ولاية أحد والديه او تعيين وصي لإدارة أموال الطفل والحرص على عدم ضياعها.

ب –سقوط الولاية القانونية عن الكافل وفق القانون المغربي:

ان الولاية على الطفل المكفول في القانون المغربي من اختصاص قاضي شؤون القاصرين، وبالتالي حتى وان انحلت الرابطة الزوجية بين الكافلين لا تنتقل الولاية، بل تبقى خاضعة للقاضي المختص[1]، الذي يعين نائبا شرعيا يرجع له في كل الأمور المتعلقة بالتصرفات المالية.

الا انه بعد مطالبة الوالدين الأصليين للطفل المكفول استرجاع الولاية على ابنهم بعد تصاعد ظروف الإهمال، وقبول القاضي إلغاء الكفالة عن طريق حكم قضائي، فاذا استرجعا الوالدين الأصليين القدرة على رعاية ونفقة الطفل، او تأكد القاضي من سلوكهما على نحو يؤهلهما لتربية ابنهما، جاز للمحكمة ان تخولهما الولاية على الطفل من جديد، وذلك بعد الاستماع الى الطفل اذا كان قد ادرك سن التمييز كما سبق الإشارة اليه، واذا رفض الرجوع الى والديه او احدهما، فان المحكمة تقضي بما تراه مناسبا لمصلحة الطفل وفق للمادتين 28-29 من قانون كفالة الأطفال المهملين[2].

ثانيا: استرجاع الولاية القانونية والسلطة الابوية

بعد صدور حكم الغاء الكفالة حسب الشروط القانونية، تسقط الولاية عن الطفل المكفول، وينتقل من الكفالة الى ولاية ابويه او أحدهما، وبالتالي يسترجع من طالب بعودة ابنه الى ولايته، من الولاية الشرعية على ولده القاصر، والتي تخول له جميع الحقوق والواجبات.

[1]- انظر المادة 7 الفقرة الثانية من قانون كفالة الأطفال المهملين، والفصول من 181-184 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

[2]- انه كينيوسيس، جميلة اوحيدة، الكفالة والتبني، نفس المرجع السابق، ص 55

ا –استرجاع الولاية القانونية والسلطة الابوية وفق القانون الجزائري:

الى جانب الولاية القانونية المخولة للكافل على نفس ومال الطفل المكفول، فانه حسب المواد المذكورة في ق.ا.ج وقانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، فان الكافل يمارس السلطة الابوية على الولد المكفول[1]، فهي القوة التي يمارسها الاب او من يحل مكانه في اتخاذ القرارات الاسرية، وهذه المهمة منوطة بالكافل في حدود القانون على اعتبار ان المكفول بمثابة ابن للكافل[2].

جدير بالذكر ان السلطة الابوية لا تأخذ حيزا واسعا في كل من القانونين الجزائري والمغربي، الا انه يمكن استخلاصها من الاحكام القانونية المرتبطة بممارسة الولاية على الطفل ورعايته، سواء كان وليه الشرعي ابوه او من ينوب عنه قانونا.

[1]- رملة مليكة، دور قاضي شؤون الاسرة في حماية القصر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، 2016-2017، ص 56.

[2] - A.GOUTENOIRE- M.LAMARCHE, La recherche d'équivalent : l'autorité parentale, juriclasseur, p42.

فبعد الغاء الكفالة[1]، تسقط الولاية القانونية عن الكافل وتنتقل الى الولي الشرعي للطفل، مع انتقال السلطة الابوية، البعض من الفقهاء يربطون السلطة الابوية بالذكورة، أي انها من حق الاب، الا ان هناك من الحالات التي لا يكون الاب موجود، وتضطر الام لممارسة هذه السلطة[2].

فالولاية المتنقلة لاحد الوالدين هي نفس الولاية التي كانت ممنوحة للكافل، والتي كانت قبل الكفالة من نصيب أحد الوالدين، وتختلف الولاية سواء كانت للاب او الام، ذلك ان المراكز القانونية للأبوين في العائلة تختلف إذا كان أحد الوالدين متوفي او في حالة الطلاق، او إذا كان طالب استرجاع الولاية على ابنه المكفول الاب او الام لوحدها، خاصة إذا كان الطفل معلوم النسب جهة الام فقط.

تنص المادة 87 ق.ا.ج (**يكون الاب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الام محله قانونا.**

---

[1]- يوجد اختلاف ظاهر بين قانوني الاسرة و ق.ا.م.ا.ج، ذلك ان المشرع الجزائري ينص على ان الكفالة تتم بعقد شرعي، وهذا ما ينطبق على الواقع بعقد كفالة من طرف القاضي المختص او الموثق كما هو مذكور قانونا، الا ان المرحلة التي تأتي بعد مطالبة ابوي الطفل عودته الى ولايتهم، فان الحكم الذي يصدر عن القاضي هو الغاء الكفالة كما تم المطالبة به، وفق المادة 496 ق.ا.م.ا، الا ان الموثق عندما يلغي الكفالة او يفسخها، يتم ذلك عن طريق عقد، في ظل غياب نص قانوني يؤطر ذلك، فالاختلاف الظاهر هو من حيث استعمال كلمة عقد من غيرها، ذلك ان موقف المشرع الجزائري غير واضح بخصوص هذه المسالة، حيث ان البعض من الاختصاصيين في هذا المجال لا يوافقون على ارتقاء الكفالة الى عقد نظرا الى خاصية تكوين العقد في الشريعة العامة.

[2]- ان إطلاق وصف السلطة على مفهوم إدارة الاسرة التي تمثل نواة المجتمع والأمة، يأتي في سياق السلطات المنظمة لحياة الانسان، هذا من جهة ومن جهة أخرى إضافة الابوين اليها، فان الابوية تأتي من كلمة اب، وهي كلمة تطلق على الوالد والوالدة، وفي الحقيقة كلاهما يصدق عليه الابوة من الرعاية والعناية.
اختلف التعريفات للسلطة الابوية بين رواد علم الاجتماع، نذكر منها:
عرفها "رادكلف براون" في كتابه "البناء والوظيفة في المجتمع البدائي": السلطة الابوية هي القوة التي يمارسها الاب على بقية افراد الاسرة والتي تحظى بالقبول
وذهب "ايفانز بريتشار" في كتابه "علم الأنثروبولوجيا الاجتماعية" الى: السلطة الابوية هي مجموع القرارات والإجراءات التي تنظم شؤون الاسرة والقرابة وتحدد مستقبل افراد الاسرة.
د. محمد احمد حجازي، التحديات الاجتماعية والتربوية للسلطة الابوية، 1434-2013

وفي حال غياب الاب او حصول مانع له تحل الام محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة).

يستخلص من هذه المادة ان الولاية تمنح لشخص واحد، ويأتي الاب في المقدمة، ان تعذر عليه تحل الام مكانه، الا انه يكون لها الدور الأساسي بعد الطلاق ان كانت هي الحاضنة للأولاد، ذلك ان الولاية على النفس تتطلب الاشراف والسهر على تربية من هم في حضانتها، وفي سياق الموضوع صدر قرار للمحكمة العليا يقضي بان اسناد الحضانة للام بعد الطلاق بدون منح الولاية لها خرق للقانون[1].

وتتحقق الولاية على مال الطفل، ان وجد بمجرد انتقال الولاية اليه، ويكون للقاضي المختص دور رئيسي في هذه المسالة، فعلى الولي استئذانه في بعض التصرفات القانونية وهذه الحالات مذكورة في المادة 88 ق.ا.ج نذكر أهمها: كل التصرفات المتعلقة بالعقار من بيع ورهن، والمنقولات إذا كانت ذات قيمة، استثمار أموال القاصر، وايجار العقار الذي يملكه القاصر.

كما يمكن ان تنتهي وظيفة الولي حسب المادة 91 ق.ا.ج بعجزه او موته او الحجر عليه، او اسقاط الولاية عنه. وهذا ما يمكن رفع دعوى بشأنه من طرف الذي له مصلحة بذلك، خاصة إذا كانت الولاية التي طالب أحد الابوين او كلاهما باسترجاعها لخدمة أغراض شخصية لا تتحقق معها مصلحة الطفل.

[1]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 14-01-2009، مجلة المحكمة العليا، عدد1/2009، ص 265.

الموضوع: ولاية-حضانة-طلاق

المبدأ: اسناد الحضانة للام بعد الطلاق بدون منح الولاية لها. خرق للقانون.

ب –استرجاع الولاية القانونية والسلطة الابوية وفق القانون المغربي:

ان الولاية على الطفل في القانون المغربي مرتبطة في الأصل بالنيابة الشرعية، وهي المهمة التي تسند للاب منذ ولادة ابنه، الى غاية بلوغه سن الرشد، الا انه لظروف والتي نحن بصدد دراستها هي انتقال الولاية على الطفل بعد كفالته الى الغير، لتصبح من اختصاصات قاضي شؤون القاصرين بموجب المادة 7 من قانون كفالة الأطفال المهملين، الا انه وفور الغاء الكفالة، واسترجاع الولاية على الابن، تنتقل الى الاب او من طالب بها قانونا.

الا انها لا تكون دائما لصالح الاب، فيمكن ان تختص بها الام، او من يعينه القاضي، ان كان وصيا او مقدما على الطفل، فنص المشرع المغربي على ترتيب في المادة 231 من مدونة الاسرة المغربية، ويأتي في المقدمة: الاب، تليه الام، فوصي الاب، فوصي الام، فالقاضي، فمقدم القاضي[1].

ولا يمكن للاب الذي يدير أموال ابنه القاصر او ناقص الاهلية، والوصي والمقدم بوجه عام كل من يعينه القانون لإدارة أموال غيره، لا يجوز لهم اجراء أي عمل من اعمال التصرف على الأموال التي يتولون ادارتها، الا بعد الحصول على اذن خاص بذلك من القاضي المختص، ويعتبر من اعمال التصرف في أموال القاصر من بيع وكراء لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، والشركة والقسمة، وابرام الرهن[2].

ان استرجاع الولاية والسلطة الابوية على الطفل سواء كان أحد الابوين الشرعيين او وصي الطفل، تتطلب عناية وحرص شديد على نفس ومال الطفل، فكل القوانين تحمي مصلحة الطفل خاصة الدول

---

[1]- محمد زيطان، النيابة الشرعية ودورها ومكانتها في حفظ الحقوق، نشر في العمق المغربي يوم 06-12-2018

www.maghress.com

[2]- المادة 11 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل، والتي تنعكس بنودها على القوانين الداخلية، ومنها العقوبات الزجرية التي تطال الممثل الشرعي للطفل، الذي يعرض الطفل لخطر. فيعاقب أحد الوالدين الذي يترك مقر اسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة عن السلطة الابوية او الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي، بالحبس من ستة أشهر الى سنتين وبغرامة من 50.000دج الى 200.000دج.

ويندرج ضمن نطاق هذه المادة تعريض أحد الوالدين صحة وامن وأخلاق اولاده او واحدا او أكثر لخطر جسيم بان يسيء معاملتهم او يكون مثلا سيئا لهم او يهمل رعايتهم، او لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم. نص المادة 330 من قانون العقوبات، فقد خص المشرع الجزائري فصل متعلق بالجنايات والجنح ضد الاسرة والآداب العامة، وأدرج ضمنه قسم خاص بترك الاسرة وانتهاك الآداب، وهذا في حالة استغلال الممثل الشرعي للطفل العلاقة الاسرية التي تربطهم سواء كان والده او كافله او وصيه، لأغراض غير أخلاقية.

من هنا يظهر جليا حرص المشرع الجزائري على ادراج بنود اتفاقية حقوق الطفل في القانون الداخلي، خاصة في إطار حماية الطفل من سوء المعاملة والعنف الجنسي، الذي تتطرق اليه المادة رقم 19 و34، حيث تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير لحماية الأطفال من الإساءة الجسدية والعقلية والإهمال والاعتداء الجنسي والهجر والاستغلال.

اتخذت الدولة الجزائرية التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من اشكال سوء المعاملة من خلال قانون العقوبات، الذي يعاقب ويدين: التخلي واهمال الطفل في مكان انفرادي، هتك العرض والاغتصاب حتى إذا تجاوز الطفل سن السادسة عشر، زنا المحارم، تحريض القصر على الفجور والدعارة.

وتتجسد حماية الطفل حتى من وليه الشرعي، ذلك ان الطفل الذي تم المطالبة باسترجاعه الى ولاية أحد ابويه او كلاهما، تتطلب تحقيق معمق يفيد حقيقة ان ظروف الكافل لا تتيح العيش الكريم للطفل، وان من قام برفع دعوى الغاء الكفالة واسترجاع الولاية له نية حسنة بتربية ورعاية الطفل وتحقيق مصلحته الفضلى، فهنا ترجع السلطة التقديرية للقاضي، الذي يتخذ التدابير الملائمة لحماية الطفل، خاصة إذا ما كان الطفل المميز يرغب حقيقة في الرجوع الى ولاية ابويه. فتقديم طالب الولاية على الطفل الى طبيب نفسي في هذه الحالة امر ضروري، للتأكد من سلامته العقلية، او حتى القيام بتحقيق في المحيط الذي يعيش فيه.

الا ان الأهم هو الرقابة الدورية على الطفل، حيث تتكفل مصالح الوسط المفتوح بمتابعة الأطفال في خطر معنوي[1]، وهذه نقطة إيجابية تحسب للجزائر باستحداث مثل هذه المصالح لضمان الحماية الاجتماعية للأطفال، والتي تعمل بالتنسيق المباشر مع قاضي الاحداث.

وتجدر الإشارة الى انه بعد الغاء الكفالة واسترجاع الولاية على الطفل، حتى وان كان متواجد في الخارج، فان الحكم يجب ان ينفذ ويتم استرجاع الطفل من الخارج، وهذا ما يتم عن طريق القنصلية المتواجدة في الخارج، اما إذا تماطل الكافل في تسليم الطفل الى أحد ابويه او كلاهما، فانه يتم تبليغه بالحكم وله الحق في استئناف الحكم حسب الإجراءات العادية حسب نص المادة 496 من ق.ا.م.ا.ج.

[1] - **جمال نجيمي، نفس المرجع السابق، ص 61.**

الفصل الثاني: عودة الطفل المكفول مجهول النسب إلى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة

تحتل الطفولة مكانة هامة في حياة المجتمعات، فالأطفال هم رمز الحياة واستمراريتها، لذلك يقع على عاتق من يتولى رعايتهم مسؤولية كبيرة[1]، الا ان الرعاية تختلف بين الابوين الأصليين او من ينوب عنهم قانونا، وبين المؤسسات التي تسهر على رعاية الطفولة بصفة عامة، والطفولة المحرومة من العائلة بصفة خاصة.

ان الغرض الأساسي وراء إنشاء الدول لمثل هذه المؤسسات هو احاطة رعاية الأطفال بضمانات، ومواكبة التطور المؤسساتي، وتجسيد بنود الاتفاقيات الدولية المناهضة للعنف واهمال الأطفال، نذكر منها خاصة اتفاقية حقوق الطفل، فالأمة التي ترعى اطفالها وتحميهم هي امة تدرك ان مستقبلها لا يمكن ان يكون أفضل من حاضرها الا ببذل مزيد من الجهد لإعداد اطفالها، الاعداد الحسن[2].

وتتجسد الرعاية المؤسساتية للأطفال، خاصة المحرومين منهم من الدفء العائلي، عن طريق حماية اجتماعية، تسهر على تقديم الرعاية البديلة، عن طريق مؤسسات تحمل عدة تسميات منها: ملاجئ الايتام، دور الأطفال، دور الرعاية، وتكون لهذه المؤسسات برامج يشرف عليها اخصائيين، تتماشى مع تخويل الطفل كل حقوقه المكفولة له وطنيا ودوليا.

في سنة 2004 نادت اللجنة الدولية لحقوق الطفل[3]، الى تطوير الارشادات التوجيهية لحماية الأطفال فاقدي الرعاية الاسرية، وفي ديسمبر 2005 اقترحت الأمم المتحدة مشروعا للنقاش حول وضعية

---

[1]- عبد العزيز خزاعلة، امن الطفل العربي، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط الأولى، 2014، ص 5.

[2]- محمود احمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، الحامد للنشر والتوزيع، ط الأولى، 2014، ص6.

[3]- كما هون الحال مع الصكوك الدولية الأخرى المعنية بحقوق الانسان، فان تطبيق الاتفاقية وبرتوكوليها الاختياريين يخضعان للإشراف من قبل "لجنة حقوق الطفل" التي شكلت بموجب المادة 43 من اتفاقية حقوق الطفل، التي أصبحت تضم 18 عضوا بعد تعديل نوفمبر 2002=

الأطفال المحرومين من الرعاية الاسرية[1]، انتهى هذا المشروع باقتراح معايير دولية لضمان الرعاية الاسرية عن طريق اسر بديلة او مؤسسات وطنية[2].

ان الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل تتغنى بحقوق الأطفال المحرومين من البيئة الاسرية، الا انها لا تفرق بين الأطفال معلومي ومجهولي النسب، فبعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، يمكن ان يتخلى الكافل او ورثته عن رعاية الطفل، وبذلك يدخل المكفول في صراعات قانونية، حتى وان كان معلوم النسب، الا انه في إطار حماية مصالحه، يأمر القاضي بعدم منح الولاية لطالبها، بعد طلاق او وفاة الكافل، وبذلك يكون الملاذ الوحيد للطفل هي مراكز الرعاية البديلة.

يمكن ان يتعرض الأطفال المكفولين، إلى التخلي عنهم، دون سابق إنذار، فيصبح الطفل في وضعية قانونية يصعب تداركها، إلى جانب ما تخلفه من أثار نفسية في علاقته مع الغير، وخاصة المحيط المدرسي، ومع مجتمعه. لهذا الغرض تعتبر رعاية الطفولة من البرامج والمجالات البالغة الأهمية، ليس للفرد فحسب، بل بالنسبة للمجتمع ككل، فطبيعة الرعاية المقدمة للطفل تساهم في تكوين رجل الغد.

تؤكد معظم المواثيق الدولية الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة ايلاء رعاية خاصة للطفولة، خاصة المحرومة منها، ويرجع مصطلح الطفل المحروم المهمل، إلى الواجهة، بعد تقديم جميع وسائل الرعاية، إلا انه بمجرد

=بعد مصادقة الدولة على الاتفاقية، تقدم تقارير دورية الى اللجنة عما تحرزه من تقدم في تطبيقها، الا ان التقرير الأول يكون خلال اول سنتين من تاريخ المصادقة على الاتفاقية، تليه تقارير متابعة كل 5 سنوات، حيث يقدم فيه معلومات تفصيلية عن التقدم والقيود التي تواجهها الدولة في تطبيق الاتفاقية.

[1]- جمعية الأمم المتحدة، محضر الجلسة بتاريخ 23 ديسمبر 2005، الموضوع: تعزيز حقوق الأطفال وحمايتها، رقم البند 67.

[2]- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، بناء على اللجنة الثالثة، الدورة الستون، البند 67 من جدول الاعمال، رقم القرار: 231/60-حقوق الطفل، 11 جانفي 2006، ص 4.

التخلي عنه، يدخل في دوامة من المعاناة التي تتحول إلى إشكالات قانونية، في مواجهة كافله، وفي مواجهة المجتمع، وحتى في مواجهة القانون.

ان الضمانات التي تتعهد المواثيق الدولية بضمانها للطفل يجب أن تتجسد كلها على ارض الواقع، من ذلك يجب أن تكون ترسانة قانونية مدروسة من كل النواحي النفسية الاجتماعية، حتى الاقتصادية، وفي المقابل يجب إبداء الآراء من طرف الخبراء، ودراسة الإشكالات التي تعيق التقدم في تطوير الأجهزة الإدارية التي تقدم الرعاية الاجتماعية.

من خلال ما تقدم يجب توضيح أن الإشكالات التي تعاني منها الطفولة المحرومة من الرعاية، كثيرة مقارنة لما تعانيه الطفولة المحرومة، التي تم التكفل بها، خاصة من طرف أشخاص محافظين على قيم الإنسانية، إلا انه بالمقابل حتى هذه الفئة يمكن أن تتعرض إلى الاعتداء بمختلف أشكاله، ما يعقد من وضعيتهم تجاه الكافل، ويجب ضبط هذه الأخيرة عن طريق الرقابة والحماية الاجتماعية، إلا انه بالرغم استفادة الأطفال المحرومين الذين تم التخلي عليهم بعد كفالتهم من الرعاية الاجتماعية، إلا أن جانب كبير يبقى دون رقابة، ذلك في ظل غياب قوانين صارمة ردعية . فما هي الرعاية الاجتماعية البديلة المقدمة للأطفال المحرومين، وما هي الإشكالات القانونية التي يواجهونها بعد التخلي عنهم نهائيا؟

من خلال ما تقدم قسمنا الدراسة القانونية في هذا الفصل الى مبحثين، يضم المبحث الأول اليات تقديم الحماية والرعاية الاجتماعية البديلة للطفل بعد التخلي عليه من طرف كافله، اما المبحث الثاني يتمحور حول الإجراءات القانونية الخاصة بعودة الطفل الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة والاشكالات القانونية التي تعترضه.

المبحث الأول: آليات تقديم الحماية والرعاية الاجتماعية للطفل بعد التخلي عليه من طرف كافله

تعتبر حماية ورعاية الطفل المتخلي عنه، واجبة على الصعيدين الدولي والوطني، ذلك أن جميع المواثيق الدولية تحرص على ضرورة رعاية مصالح الطفل، وتلزم الدول الأطراف على تحقيقها على ارض الواقع. ذلك أن الغرض من الرعاية الاجتماعية حسب المفهوم الحديث، هو النشاط الاجتماعي الذي تقوم به المؤسسات العمومية بغرض حماية ورعاية أفراد المجتمع، وخاصة الفئات الضعيفة منهم، فالتنشئة الضعيفة للطفل تستوجب تحقيق مستوى معيشي لائق[1].

تنص الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في المادة 1/3 على: (**في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى**). وتنص في المادة 3/ 2 على: (**تتعهد الدول الأطراف بان تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهه**).

يفهم مما تقدم أن الاتفاقية تسعى في إطار التعاون الإنساني الذي تقوم عليه على تكريس الحماية الاجتماعية عن طريق مؤسسات سواء كانت خاصة، أو عامة، وبهذا تعطي الفرصة لغير القطاع العام، في تكريس آليات الحماية الاجتماعية، فما هي هذه المؤسسات التي تقوم على توفير الحماية والرعاية الاجتماعية للطفل؟ وما هي الحقوق التي تكفلها؟

1- قالعي سميرة، نفس المرجع السابق، ص 145.

من خلال ما تقدم قسمنا هذا المبحث الى مطلبين: يتمحور المطلب الأول حول: النظام القانوني لمؤسسات الحماية الاجتماعية البديلة، اما المطلب الثاني يتعلق بالحماية القانونية للأطفال داخل هذه المؤسسات.

المطلب الاول: النظام القانوني لمؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة

ان الحاجة إلى الأمن والاستقرار بعد الحروب وتعرض الدول إلى صراعات، أدى إلى انتشار واسع للطفولة المحرومة من العائلة، ولهذا، أتت بوادر إنشاء مراكز أو مؤسسات تقوم على توفير الرعاية لهذه الفئة من الأطفال.

تختلف الأنظمة الاجتماعية والقانونية التي تقوم على توفير الحماية والرعاية للأطفال، بين التي تقدم رعاية للأطفال المحرومين وتلك التي تقدم الحماية للأطفال الأحداث أو المتواجدين في خطر معنوي، إلا أنه التزاما بموضوع الدراسة نلتمس المؤسسات الاجتماعية التي توفر الرعاية للأطفال المحرومين.

تختلف الدول المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل من حيث الاخذ ببنودها وتطبيقها في قوانينها الداخلية، او التحفظ على بعض المواد منها ان كانت مخالفة للنظام العام والآداب العامة لتلك الدولة، الا ان محاولة النهوض بحقوق الطفل، وارتقاء مصالح هته الفئة من المجتمع، يفوق كل الاعتبارات لما فيه من حفظ للمصالح العامة، وضمان جميع الحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية.

ان التخلي عن الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية يجرنا الى الحديث عن مصير هذا الطفل بعد الغاء الكفالة، فقد عالجنا في الفصل الأول من الباب الثاني إشكالية الغاء كفالة طفل معلوم النسب، الذي قد لا يستبعد هو الاخر من تلقي نفس مصير الطفل مجهول النسب. الا ان نظام الحماية الاجتماعية او

الحماية المؤسساتية او نظام الرعاية البديلة الذي هو مقرر على الصعيد الدولي، يؤدي بنا الى محاولة معرفة اتحاد او اختلاف الدول المغاربية بالأخذ به.

الفرع الأول: مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في الجزائر

ان نظام الحماية الاجتماعية، يجسد الرعاية المؤسساتية البديلة عن الرعاية الاسرية، التي يمكن ان تستمر بالنسبة للطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه، كما يمكن ان يتم التخلي عنها، وبهذا أنشئت هذه المؤسسات لضمان عدم ضياع حقوق الطفل، التي تناهض بها، جميع المؤسسات الدولية منها الاتفاقيات والمنظمات غير الحكومية، فضلا عن الحقوقيين.

ومواكبة لهذا الحراك العالمي، حول حقوق الطفل، وضمانا لحقوقه المدنية والاجتماعية، ركبت الجزائر موجة التغييرات الإصلاحية المؤسساتية، وهذا راجع أيضا، لمخلفات الاستعمار الفرنسي في الجزائر الذي خلف عدد كبير من الأطفال المشردين، والمهملين، فسارعت الدولة بعد الاستقلال الى تنظيم هذه المؤسسات وتوفير كل الموارد البشرية والمادية، لتحقيق مصالح هذه الفئة من المجتمع.

أولا: نشأة مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في الجزائر

تتمثل مؤسسات الرعاية الاجتماعية في الجزائر أساسا في مراكز الطفولة المسعفة، حيث تعود نشأتها إلى قانون 30يونيو 1904 المتعلق بمصلحة الأطفال المسعفين[1]، واستمر العمل به إلى فترة ما بعد الاستقلال،

[1]- تعود مشكلة الطفولة المسعفة الى الماضي، فأول مكتب ظهر في الجزائر العاصمة يعتني بالأطفال المسعفين تمركز في باب الواد بعد قانون 1904 وهو يخص الأطفال المحرومين، تم نقله الى مكان أكثر سرية سنة 1917، ثم أصبح مستشفى مصطفى باشا هو ملجا هؤلاء الأطفال، وخلال الفترة ما بين 1940 الى 1962 كان مسكن داي الجزائر هو ملجا هذه الفئة، الى جانب دار الامومة التي تم انشاؤها من طرف الهلال الأحمر سنة 1954، وامام هذا التزايد أصبح المشكل كبير فقامت الدولة ببناء احياء لهؤلاء الأطفال.

إلى غاية 1980 حيث صدر مرسوم رقم 80-83 [1]الذي أحدث مؤسسات خاصة بالأطفال المسعفين تحت وصاية وزارة الصحة العمومية[2]، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة[3].

ان المشرع الجزائري لم يعرف مؤسسات الطفولة المسعفة في هذا القانون الجديد، بل اكتفى بتحديد النظام القانوني الذي تقوم عليه المؤسسة، وما هو منوط بها من مهام، الا انه يمكن الخروج بتعريف قانوني من خلال المعطيات المقدمة في المواد من 1 الى 6 من نفس القانون ومن خلال الدراسة الميدانية التي اجريناها على مستوى دار الطفولة المسعفة لولاية وهران 1-2: فتعتبر مؤسسات الطفولة المسعفة بانها: مؤسسة عمومية ذات طابع اداري، مخصصة لاستقبال الأطفال المسعفين، سواء كانوا أطفال شرعيين او غير شرعيين، وذلك من اجل ضمان الحماية القصوى، برعاية بديلة، للأطفال من سن الولادة الى سن البلوغ 18 سنة.

ان قانون مؤسسات الطفولة المسعفة حدد البرامج التنموية التي تختص بها هذه المؤسسات، يكون ذلك عن طريق مجالس مختلفة منها التربوي النفسي والطبي، يكون لها الدور الأساسي في دراسة وابداء الآراء حول النشاطات البيداغوجية وبرامج التكفل بالطفولة المسعفة، حسب نص المادة 19 من نفس القانون.

1 –مرسوم رقم 80-83 المؤرخ في 28 ربيع الثاني 1400 الموافق ل 15 مارس 1980 يتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها، ج.ر عدد12.

[2]- بوشريعة نسيمة، نفس المرجع السابق، ص 150-151.

2-المرسوم التنفيذي رقم 12-04 مؤرخ في 10صفر 1433ه، الموافق ل 4يناير 2012، يتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، ج.ر، ع 5 مؤرخة في 5 ربيع الأول 1433 ه الموافق ل 29 يناير 2012، ص7.

كما حدد القانون كيفية تعيين المدير عن طريق قرار من وزير التضامن الوطني، والمهام التي يختص بها من اعداد مشروع ميزانية المؤسسة وحساباتها وتقديمها لمجلس الإدارة والتداول فيها، وابرام الصفقات العمومية والعقود[1].

يحدد قانون مؤسسات الطفولة المسعفة جميع المؤسسات على المستوى الوطني، حيث يمكن ان تتعدد المؤسسات في الولاية الواحدة الى اكثر من مؤسسة، او تكون لها ملاحق، او ان تتفرع حسب جنس الأطفال، نأخذ على سبيل المثال ولاية وهران، فان دار الطفولة المسعفة رقم 1 خاصة بالأطفال من سن الولادة الى سن السادسة، اما دار الطفولة المسعفة 2 مخصصة لفئة الذكور، ودار الطفولة المسعفة لمسرغين خاصة بالإناث الى غاية سن 18 سنة، الا انه يمكن ان تتعدى إقامة الطفل المسعف الى ما بعد بلوغ سن الرشد لظروف اجتماعية، محددة عن طريق قانون مؤسسات الطفولة المسعفة، حيث يمكن لهم الاستفادة من السكنات الاجتماعية، في اطار قانوني محدد.

ان نشأة مثل هذه المؤسسات الاجتماعية في الجزائر حقيقة ان له خلفيات تاريخية، الا ان العنصر الإنساني، الذي استحدثت من شانه، كفيل لضمان الحماية القانونية والاجتماعية والمدنية والثقافية للطفل، حتى وان كان نظام مؤسسات حماية الطفولة المسعفة سابق في نشأته على انضمام الجزائر لاتفاقية حقوق الطفل، الا ان الجزائر وتطبيقا لبنود الاتفاقية اولت الاعتبار للمصلحة العليا للطفل.

[1]- انظر المواد 17-18.

- نقيب نور الدين، الاليات القانونية لحماية الطفل في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، ص 111.

ان جميع القرارات الصادرة بخصوص فئة الأطفال، منها التدابير التشريعية والإدارية يجب ان تولي الاعتبار الأول للمصلحة العليا للطفل، وهذا ما سارت عليه الجزائر بجعل مصلحة وحماية الطفل من المبادئ الأساسية لجميع الإصدارات التشريعية والتنظيمية والادارية الصادرة لصالحه[1].

ثانيا: أنواع مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في الجزائر

تأثرت الجزائر كغيرها من بلدان العالم، بتنوع الحماية الاجتماعية المقدمة للأطفال المهملين او الذين يحتاجون لرعاية سواء كانوا أطفال محرومين بصفة دائمة او مؤقتة من البيئة العائلية، ولهذا اختلفت مراكز الايواء من حيث الهدف وراء انشائها، او حتى باختلاف تسمياتها، مع اتحادها في توفير الرعاية البديلة للأطفال المحرومين.

ان قانون مؤسسات الطفولة المسعفة لا يتخذ وصفا اخر لنوع مؤسسة الرعاية الاجتماعية، الا مؤسسة الطفولة المسعفة، الا انه في المادة 4 ينص على إمكانية انشاء ملحقات للمؤسسات يحدد مرسوم الانشاء تسمية المؤسسة ومقرها، هل يفهم من خلال هذا انه توجد أنواع أخرى من مؤسسات الرعاية البديلة او الحماية الاجتماعية؟

[1]- دليل حقوق الطفل، تحت اشراف وزارة التضامن الوطني والاسرة وقضايا المرأة، واليونيسيف الجزائر 2015، CDE@25 LA CONVENTION RELATIVE AUXDROITS DE LENFANT، ص 16

ا–دار الطفولة المسعفة:

ترجع بوادر احداث دور للأطفال المسعفين للمرسوم رقم 80–83، الذي حدد نوعين من مراكز إيواء الأطفال وايتام الدولة، وهذا في الملحق الذي يضم قائمة لدور الأطفال المسعفين. حيث تبنى نوعين من مراكز الايواء، وهي دور الحضانة ودور الأطفال المسعفين.

تختلف دور الحضانة عن دور الأطفال المسعفين من حيث الفئة العمرية التي تسمح بالالتحاق بها، أي سن الأطفال، وتختلف أيضا من حيث التنظيم والبرامج المتبعة، وكذا طريقة العيش والتربية، فدور الحضانة تتكفل بإيواء الأطفال الذين تقل أعمارهم عن 6 سنوات، اما دور الأطفال المسعفين تتكفل باستقبال الأطفال الذين تتراوح أعمارهم من سن السادسة الى 18سنة[1].

الا ان التعديل الأخير الذي طال هذا المرسوم ازاح دور الحضانة من الهيكلة القانونية لمراكز الايواء، وابقى على دار الطفولة المسعفة، وهذا لا يعني عدم استقبال الأطفال دون الست سنوات، الا انها أصبحت تختص بها دار الطفولة المسعفة، ببرامج تختلف بين الطفولة الصغيرة والتي هي فئة من الولادة الى 6 سنوات، والفئة الثانية التي تليها الى غاية سن 18 سن، الا ان هناك من المراكز التي تفصل بين الفئتين العمريتين وتحتفظ بتسمية دار الطفولة المسعفة، كما هو الحال في ولاية وهران، والجزائر العاصمة، الى غيرها من الولايات الكبرى التي تحتوي على كثافة سكانية عالية.

[1]- بودومي عبد الرحمان، التبني والكفالة في الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2015-2016، ص 112.

ان الطفل الذي تم التخلي عن كفالته بعد انحلال الرابطة الزوجية، يتم استقباله في دار الطفولة المسعفة وفقا لإجراءات قانونية معينة، حسب السن القانوني ان كان اقل او أكثر من ست سنوات[1]، فرغم التعديل الذي طال قانون احداث مؤسسات الطفولة المسعفة الا ان التفرقة بين الفئتين العمريتين لا تزال قائمة، الى جانب التفرقة بين الجنسين، ابتداء من سن 6 سنوات. ولا ينص القانون على التحويلات بين دار الطفولة المسعفة، الا انها في الواقع، اجراء اداري، فالقانون لا يوضح ان كان المكفول يعيش في ولاية غير الولاية التي تمت كفالته منها، بعد التخلي عنه هل يتم ارجاعه الى دار الطفولة المسعفة الأولى او التي تقع في دائرة سكنى من تكفلوا به؟

ان قاضي الاحداث وبعد الخطر المعنوي الذي يتعرض له الطفل، له السلطة التقديرية في إبقاء الطفل في دار الطفولة المسعفة التي تتلاءم مع ظروف الطفل، حفاظا على مصالحه.

ب–قرى الأطفال المسعفين:

قرى الأطفال SOS[2] هي مؤسسات ذات تنظيم عالمي، وتعتبر كنظام بديل لتربية الأطفال اليتامى والمحرومين من الرعاية الاسرية، وهي فكرة الطالب النمساوي بكلية الطب Herman GMEINER الذي خطرت له فكرة انشاء هذه القرى بدافع التقصير الذي لمسه في رعاية الايتام ضحية الحرب العالمية

[1]- في إطار التربص قصير المدى الذي اجريناه على مستوى مؤسسة الطفولة المسعفة لولاية وهران، وفي حوار لنا مع السيدة الاخصائية النفسانية، ان هناك من الأطفال المكفولين الذين يتم التخلي عنهم بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، الا ان الانهيار النفسي الذي تتعرض له هذه الفئة من الأطفال، لا يستهان به، نظرا للاعتياد على جو أسرى معين، ما يحول دون تأقلمهم مع الوضع الجديد، خاصة فئة الأطفال المميزين.

[2]- كلمة SOS هي اختصار ل SAVE AOUR SOLS أي "أنقذوا أنفسنا"، وهي في الحقيقة نداء إغاثة تطلقه السفن لطلب النجدة، وهو منظم قانونا.

- SOS est l'interprétation en code Morse du signal détresse et de demande d'assistance immédiate signe à la convention de Berlin le 3 novembre 1906

الثانية، وتدرجت هذه الفكرة من تامين بيت الى عدة بيوت مكونة قرية. وبهذا انتشرت الفكرة حول العالم لتتجسد على ارض الواقع، وتتبناها الدول لضمان الحماية الاجتماعية للأطفال.

اما عن قرى الأطفال SOS في الجزائر، دشنت من طرف المنظمة غير الحكومية SOS Kinderdorf International[1] وتم امضاء اتفاقية مع الحكومة الجزائرية لأجل انجاز واستغلال قرى الأطفال من نوع SOS village d'enfant وكان ذلك سنة 1985. وتم امضاء ملحق للاتفاقية الأولى بمعية وزارة التضامن الوطني سنة 2005، وتم اعتماد هذا النظام في تسيير القرى وكذلك دور الأطفال المسعفين.

تقوم قرية الأطفال SOS بتنشئة ورعاية الأطفال المسعفين عم طريق نظام الام البديلة، حيث يجمع الأطفال في قرية جماعية تحتوي على بيوت مستقلة تراسها ام بديلة واخوة واخوات، ويعتبر مدير القرية بمثابة اب للجميع، وعندما تغيب الام البديلة تحل محلها الخالة، وهي خالة افتراضية، ويتبع نظام الجمع بين الجنسين من البنات والذكور في بيت واحد الى غاية مرحلة البلوغ حيث يتم التفريق بينهم[2].

ويسمح نظام قرى الأطفال بالكفالة، الا ان هناك عزوف كبير من العائلات الجزائرية عن التكفل بالأطفال من القرية خاصة في سن المراهقة، حتى وان تمت الكفالة فانهم يتراجعون عنها ويرغبون في ارجاع الأطفال[3]، وهذا هو الاشكال العويص الذي يحوم حول موضوع الكفالة، سواء ان تم حل الرابطة الزوجية ام لا، فهاجس الغاء الكفالة ينعكس بالسلب على الطفل الذي تعود على حياة اسرية وبعد ذلك يجد نفسه

[1]- SOS Kinderdorf International هي منظمة غير حكومية تنشط لرعاية الأطفال المحرومين من الوسط العائلي او الذيم يعانون من مشاكل عويصة، فتحت اول مكتب لها بالجزائر العاصمة، وصرح مدير هذه المنظمة آنذاك السيد Ruot GERARD AISSA بان هذه المنظمة تعمل بانتظام في الجزائر منذ الزلزال الذي ضرب الاصنام ولاية الشلف.

[2]- بودومي عبد الرحمن، نفس المرجع السابق، ص 113-115.

[3] - بوشريعة نسيمة، نفس المرجع السابق، ص 155-156.

امام وضع لا يستطيع الاندماج فيه، حتى بالبرامج والهياكل التي تتبعها قرى الأطفال على أساس الاسرة البديلة، الا ان ذلك لا ينجح في جميع الحالات.

نستنتج مما تقدم ان تجسيد بنود اتفاقية حقوق الأطفال بتقديم الرعاية البديلة للأطفال، تم ادراجها في النصوص القانونية المتعلقة بهذه الفئة، حتى وان كانت نشأة دور الأطفال المسعفين في الجزائر وقرى الأطفال سابقة في اوانها على المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل، الا ان التعديلات التي طالت هذه القوانين، ابرزت الدور الفعال الذي تقوم به الحكومة لتوفير الحماية الاجتماعية للأطفال بضمان مصالحهم.

الفرع الثاني: مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في الدول المغاربية

ان الهدف المنشود من وراء مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة هو توفير العناية والرعاية لأعداد كبيرة من الأطفال حالت الظروف دون استمرار الرعاية الاسرية الطبيعية[1]، الا ان النظام المؤسساتي الاجتماعي المتبع يتغير من دولة الى أخرى، هذا ما يفسر اختلاف التسميات، وحتى البرامج والمخططات لتقديم الرعاية للأطفال المحرومين، بالرغم من مصادقة جل دول العالم على اتفاقية حقوق الطفل، حيث انه من الضروري على الأقل توحيد اسم المؤسسات التي تقوم على تقديم الحماية الاجتماعية البديلة.

عالجنا في الفرع الأول مؤسسات الرعاية الاجتماعية في الجزائر، والذي تبين لنا ان لها صلة مترابطة بينها وبين جل دول العالم في اتخاذ أنظمة تشيد بحقوق الطفل، ذلك ان العوامل الإنسانية والتاريخية والسياسية وحتى الدينية التي تربط بين هذه البلدان تعكس مدى تبني أنظمة مشابهة من حيث تقديم الرعاية البديلة.

[1]- عبد السلام الدويبي، حقوق الطفل ورعايته، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ط الأولى، 1992، 108-109.

تنعكس هذه الأوضاع على موضوع الكفالة، خاصة بعد التخلي عنها، وعلى مصير الأطفال بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، خاصة إذا كان الطفل مجهول النسب، هذا ما يؤدي بنا الى ضرورة معرفة النظام القانوني للدول المغاربية بخصوص الرعاية البديلة المقدمة لهؤلاء الأطفال بعد الغاء الكفالة.

أولا: مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في المغرب

سارت كل من المغرب وتونس على نهج الجزائر في المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل، وبهذا أصبحت الدول المغاربية على حد السواء ملزمة بتقديم تقارير عن الوضع الاجتماعي، ومدى الاخذ ببنود الاتفاقية او التحفظ عن موادها، خاصة في تفعيل حقوق الطفولة المحرومة من البيئة الاسرية بصفة دائمة او مؤقتة.

تتبع المغرب عدة أنظمة اجتماعية لتعزيز العمل الاجتماعي الحكومي بوجه عام ورعاية الأطفال الايتام والمحرومين بوجه خاص، وتعتبر هذه الأنظمة سابقة على انضمامها الى اتفاقية حقوق الطفل، ومن هذه النصوص ظهير 1-57-099 الصادر بتاريخ 27 افريل المتعلق بتأسيس التعاون الوطني في الإطار القانوني الأساسي للعمل الاجتماعي الحكومي، ليشمل العمل بهذا القانون بعد صدور المرسوم الملكي رقم 68-644 الى عدة فئات من الطفولة منها انقاذ الفتاة ورعاية الطفولة وتكوين الشباب، الى ان صدر مرسوم ملكي رقم 652-71-2 بشان النظام الأساسي لهذه المؤسسة.

تم خلق سنة 1977 وزارة الشؤون الاجتماعية لتسهر على تأهيل الأطفال ومنحهم فرص للتعليم والتكوين، حيث قامت بتطبيق هذه السياسة من خلال مجموعة من مؤسسات الاستقبال التي تحتضن عددا هاما من الأطفال كرياض الأطفال، والمراكز الاجتماعية التربوية. وتسهر الوزارة على عدد من الجمعيات الخيرية الإسلامية الموضوعة تحت وصاية مؤسسة التعاون الوطني، وتتألف المؤسسات التابعة لهذه الجمعيات

الخيرية من دور للأطفال ومأوى للطلبة. حيث تحتضن دور الأطفال: الأطفال الأيتام الذين لا عائل لهم، والذين يتابعون دراستهم الابتدائية، اما الذين يتابعون دراستهم الثانوية او التكوين المهني فيلتحقون بمأوى الطلبة[1].

قامت وزارة التضامن والمرأة والاسرة والتنمية الاجتماعية، في مجال حماية الأطفال والنهوض بحقوقهم عن طريق تنسيق خطة عمل للطفولة، وذلك بوضع استراتيجيات وبرامج لحماية الأطفال المهملين والتكفل بهم، وذلك بتطبيق قواعد الاتفاقية المطابقة للمعايير الدولية، الخاصة باستقبال الأطفال مع الاخذ بعين الاعتبار المصلحة الفضلى للطفل[2].

أتت هذه المبادرة بعد اصدار قانون رقم 05-14 المتعلق بشروط فتح مؤسسات الرعاية وتدبيرها[3]، الا انه تم تعديله بموجب القانون رقم 15-65 ويتعلق بمؤسسات الرعاية الاجتماعية في المغرب[4]، حيث تنص المادة الأولى على الأشخاص المستفيدين من الإقامة في هذه المؤسسات ويخص بالذكر الأطفال المهملين. تنص المادة الثالثة من نفس القانون على المؤسسات الاجتماعية الخاضعة لهذا القانون بالتسمية: دار كفالة الأطفال المهملين، مؤسسات استقبال وحماية الطفولة، دار الطالب، دار الطالبة، وهذا ما يبين الاختلاف بين مؤسسات الرعاية الاجتماعية.

[1]- انه كينيوسيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 29-30.

[2]- عبد الرزاق عريش، عزيز بن عيش، ورقة حول المؤسسات المهتمة بالطفولة، صادرة عن مديرية التشريع: مؤسسة الحماية الاجتماعية في المغرب، ص 4-11. http:/ carji.org/magrb.docx

[3]- ظهير شريف رقم 154-06-1 صادر في 30شوال 1427 – 22 نوفمبر 2006-لتنفيذ القانون رقم 05-14 المتعلق بشروط فتح مؤسسات الرعاية الاجتماعية وتدبيرها، ج.ر رقم 54800 الصادرة يوم 7 دجنبر 2006.

[4]- قانون رقم 15-65 يتعلق بمؤسسات الرعاية الاجتماعية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 25-18-1، صدر ج.ر عدد 6667 بتاريخ 23 افريل 2018.

ا –دار كفالة الأطفال المهملين:

هي مؤسسة قانونية تخضع للنظام العام، فهي مؤسسات مكلفة برعاية الأطفال وحسن تربيتهن وتنشئتهم تنشئة إسلامية، وهذا في حال عجز الاسرة الطبيعية عن رعاية اطفالها، حيث يخضع التنظيم المؤسساتي المغربي لرعاية الطفولة الى نوعين: أولا المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الطفولة، وثانيا الجمعيات ومنظمات رعاية الطفولة ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة، المتوفرة على الوسائل المادية والموارد والقدرات البشرية، ولا تشترط موافقة الطفل المهمل اذا كان طالب الكفالة احدى هذه المؤسسات حسب نص المادة 9 من قانون كفالة الأطفال المهملين[1].

يمكن لدار كفالة الأطفال المهملين استقبال الأطفال بعد التخلي عن كفالتهم، فالمادة 9 وسعت من دائرة المستحقين للكفالة، الا ان الواقع غير ذلك فقد لا يتوفر على العدد الكافي من هذه المؤسسات هذا من جهة، وقد لا تتوفر المؤسسات الموجودة على الشروط المطلوبة من جهة أخرى، باستثناء المراكز والمؤسسات العامة التي تأوي الطفولة المتخلي عنها بعد الوضع، وحتى هذه المراكز قليلة جدا وطاقتها الاستيعابية قد تكون محدودة بالمقارنة مع اعداد الأطفال الذين يدخلون في دائرة الإهمال حسب قانون كفالة الأطفال المهملين[2].

ب – قرى الأطفال النموذجية والعصبة المغربية لحماية الطفولة:

هناك أنواع أخرى من المؤسسات والمنظمات التي تسهر على رعاية الأطفال الايتام والمحرومين من رعاية الابوين، نذكر منها قرى الأطفال النموذجية، والعصبة المغربية لحماية الطفولة.

[1]- محمد الشافعي، قانون الاسرة المغربي بين الثبات والتطور، نفس المرجع السابق، ص 157-158.
[2]- محمد اكديد، نفس المرجع السابق، 155

1: قرى الأطفال النموذجية

استفاد المغرب من قرى الأطفال المسعفين، حيث أنشئت اول قرية للأطفال في 30 مارس 1985 بمراكش، باتفاق مع المنظمة SOS Kinderderf International ووزارة الشؤون الاجتماعية بتاريخ 18-07-1980، وتم تأسيس الجمعية المغربية لقرى الأطفال بتاريخ 18 دجنبر 1986 بالرباط، واعترف لها بصفة المنفعة العمومية بالمرسوم المؤرخ في 19 يونيو 1990. وهي قرى تتكون من عدة منازل واما بديلة ومجموعة من الاخوة، وهذا نظام عالمي، كما سبق توضيحه بخصوص قرى الأطفال في الجزائر.

2: العصبة المغربية للطفولة

العصبة المغربية لحماية الطفولة تأسست بالمغرب سنة 1975 تحت الرئاسة الشرفية الملكية، حيث تشرف على عدة مراكز ورياض الأطفال، وتسعى العصبة للدفاع عن حقوق الطفل وتقديم المساعدة للأطفال الايتام وكفالتهم، حيث تقدم لهم خدمات صحية وتربوية واجتماعية وترفيهية ورياضية، وفي نفس الوقت يتم البحث لهم عن اسر تتكفل بهم بواسطة المساعدات الاجتماعية طبقا للقانون[1].

تتنوع مؤسسات الحماية الاجتماعية في المغرب، بين التي تعيل الأطفال وتقدم لهم الرعاية البديلة، وبين التي تتكفل بهم، كما يتكفل الشخص الطبيعي بطفل. امام هذا التنوع المؤسساتي يمكن للطفل الذي تخلى عنه كافله، سواء كان مجهول النسب ام لا، ان تقدم له الرعاية المناسبة نظرا لوضعيته الجديدة والتي يكيفها قاضي شؤون القاصرين بدرجة الإهمال، وبذلك يوضع الطفل في مراكز استقبال الطفولة، او قرى الأطفال او في مؤسسة العصبة المغربية لحماية الطفولة، وبهذا تتوفر فيه شروط الإهمال، ويمكن ان تتم كفالته من جديد

[1]-انه كينيوسيس، جميلة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 30-31.

سواء من طرف احدى المؤسسات او الجمعيات الخيرية او من طرف كافلين داخل اسرة او من طرف كافل واحد حسب الشروط المنصوص عليها قانونا.

ثانيا: نظام الرعاية المؤسساتية البديلة في تونس

ان اختلاف نظام الرعاية الاسرية البديلة في تونس، بين الكفالة والتبني، يؤدي بنا الى التساؤل حول نوع نظام الرعاية المؤسساتية، واي حماية قانونية واجتماعية يقدمها المشرع التونسي للأطفال المهملين او الذين تم التخلي عن كفالتهم.

منذ استقلال الدولة التونسية سنة 1956، تبنت سياسة لحماية الطفولة، حيث وضعت برامج عمل تسعى الى الحماية الاجتماعية للأطفال، حيث عملت على انشاء مراكز استقبال الطفولة، مؤسسات اجتماعية تأخذ الطابع الاجتماعي للرعاية منها المركز الوطني لحماية الأطفال، وقرى الأطفال، تدخل ضمن اختصاصات وزارة الشؤون الاجتماعية[1]، ولعل اهم ما اتت به هذه المرحلة هو المعهد الوطني لحماية الطفولة[2]، وقرى الأطفال.

ا– المعهد الوطني لحماية الطفولة:

يسهر المعهد على تنفيذ سياسة الوزارة في مجال حماية الأطفال المهملين، وهذا عن طريق مخطط يهدف الى وضع برامج وطنية للوقاية من الإهمال وكفالة الأطفال المهملين عن طريق أنشطة موجهة للأطفال المسعفين لإيوائهم وحضانتهم وتقديم المعالجة الصحية والنفسية، الا انه لا يهتم الا بالأطفال الذين تقل أعمارهم عن

[1]- بوشريعة نسيمة، نفس المرجع السابق، ص 160-161.
[2]- المعهد الوطني لحماية الطفولة، هي مؤسسة وطنية عمومية ذات صبغة إدارية تابعة لإشراف وزارة الشؤون الاجتماعية أحدثت بمقتضى القانون عدد 59 مؤرخ في 31 ديسمبر 1971.

ست سنوات، واهم ما يقوم به ادماج الأطفال ضمن عائلات بديلة او الى حين استرجاعهم من طرف عائلاتهم.

ب –قرى الأطفال:

اخذت تونس هي الأخرى بنظام قرى الأطفال SOS وأطلقت نشاطها منذ 22 مارس 1984، وهي تأخذ بنفس النظام العالمي لقرى الأطفال المكون من عدة بيوت وام لكل بيت، كما سبق توضيحه في نظام الرعاية الاجتماعية في كل من الجزائر والمغرب، الا ان نظام قرى الأطفال في تونس لاقى رواجا كبيرا، وهذا ما يفسر فتح عدة قرى على مستوى تونس.

الا انه بعد انضمام تونس لاتفاقية حقوق الطفل سنة 1991، بادرت الدولة من خلال الأجهزة التشريعية والتنفيذية والقضائية الى تعديل وإصدار قوانين تطبق السياسة الاجتماعية الجديدة لتقديم أفضل الضمانات لحماية الأطفال[1]، وخاصة منهم المهملين والمسعفين. ولعل اهم القوانين التي جاءت بها هذه التعديلات والاصلاحات التي شملت عدة ميادين، هي مجلة حماية الطفل، واحداث منصب قاضي الأطفال، بالإضافة الى انشاء عدة مراكز تضمن الحماية الاجتماعية للأطفال المهملين، نذكرها كالاتي:

مؤسسة مندوب حماية الطفولة: ينتمي سلك مندوبي حماية الطفولة الى وزارة المرأة والاسرة، وقد تم احداثه بمقتضى مجلة حماية الطفل الصادرة بقانون 1995. يعمل مندوب حماية الطفولة في إطار شبكي تشارك فيه هياكل حكومية ومؤسسات عمومية معنية بشؤون الطفل ومنظمات المجتمع المدني. من بين مهامها اتخاذ التدابير الاتفاقية والعاجلة لفائدة الطفل المهدد ومتابعة وضعيته الى غاية الوصول للحلول الملائمة.

[1]- راجع المادة 3 من اتفاقية حقوق الطفل.

وهذا ما حدده الفصل 45 من مجلة حماية الطفل، باتخاذ الإجراءات المستعجلة والتدابير الوقتية في حالات تشرد الطفل واهماله. ويعطي في هذه الصورة السلطة الأولى لقاضي الاسرة الذي يختص باتخاذ الاذن القضائي العاجل، في حين يتولى مندوب حماية الطفولة مهمة السعي لاستصدار الاذن لتنفيذه.

ان هذا التدخل القضائي العاجل لإنقاذ الطفل المهمل، يمكن لقاضي الاسرة بناء على بيانات المندوب اختيار أحد الحلول المقترحة في احكام الفصل 45 والتي تكون أكثر ملائمة لوضعية الطفل وشخصيته ويكون ذلك اما بوضع الطفل بمراكز الاستقبال، او بمؤسسة استشفائية، او لدى عائلة بديلة كافلة او حاضنة، او وضعه لدى مؤسسة اجتماعية او تعليمية. وفي كل الأحوال يكون إيداع الطفل طبقا للنظام القانوني لكل مؤسسة، وحسب قانونها الداخلي ويصدر الاذن العاجل عن قاضي الاسرة طبقا لأحكام الفصل 35 من مجلة حماية الطفولة أي بناء على مطلب يقدمه مندوب حماية الطفولة على ورق عادي[1].

المراكز المندمجة للشباب والطفولة: تم احداثها بمقتضى القانون عدد 72 لسنة 1999، وهي مؤسسات عمومية ذات صبغة إدارية، تخضع لإشراف وزارة المرأة والاسرة والطفولة، من مهامها الرئيسية إيواء الأطفال فاقدي السند العائلي والمهملين (بنظام الإقامة) الى غاية ادماجهم في المجتمع، وكفالة الأطفال المهددين الذين يعيشون صعوبات عائلية.

مركز الرعاية الاجتماعية للأطفال: تم احداث مركز الرعاية الاجتماعية للأطفال بمقتضى الامر عدد 2875 لسنة 2007 مؤرخ في 12 نوفمبر 2007، وهي مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية تخضع لإدارة وزارة

[1]- محمد الحبيب الشريف، نفس المرجع السابق، ص 184-185.

الشؤون الاجتماعية. تحتضن الأطفال من 6 الى 18 سنة، ومن بين مهامها توفير الاقامة وكل مستلزمات الرعاية البديلة، وضبط البرامج لإعادة ادماجهم أسريا وتربويا ومهنيا.

مراكز الإحاطة والتوجيه الاجتماعي: هي مؤسسات ذات طابع عمومي، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتخضع لإشراف وزارة الشؤون الاجتماعية. من مهامها قبول الأطفال الذين لا عائل ولا مأوى لهم، وكل الحالات الاجتماعية التي تستدعي الرعاية الظرفية بالتنسيق مع المصالح الإدارية والقضائية المختصة بعد دراسة أوضاعهم الاجتماعية والنفسية[1].

تتفق جميع هذه المراكز ذات الصبغة الاجتماعية على توفير الرعاية البديلة للأطفال، مع تقديم جميع الخدمات التربوية والصحية والترفيهية، ومحاولة إدماج الأطفال في اسر بديلة، الا ان الأطفال الذين يتم التخلي عن كفالتهم، كما سبق الذكر غير منصوص عليها في قانون الكفالة والتبني، خاصة حالة الأطفال مجهولي النسب، وهذا ما يرجح تطبيق الفصل 45 من مجلة حماية الطفولة باتخاذ التدابير العاجلة لإنقاذ الطفل من الإهمال، وإمكانية كفالته او تبنيه من طرف اسرة بديلة.

المطلب الثاني: الحماية القانونية للأطفال داخل مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة

توفر الدولة جميع الآليات القانونية التي تضمن السير الحسن لمختلف قطاعاتها الخدماتية، إلا أنها تساهم بشكل كبير في الجانب المتعلق بالحماية الاجتماعية، سواء من ناحية الميزانية، أو من ناحية الموارد البشرية، وتسهر على هذا القطاع وزارة أو عدة وزارات تقوم بالتنسيق بينها على أساس تقديم الخدمات، من اجل ضمان سيرها الحسن، والتي تضع على عاتقها مسؤولية تأدية واجباتها على أكمل وجه.

[1]- شكري معتوق، المؤسسات الوطنية التي تعنى بحقوق الأطفال و اليات الرقابة المستقلة، ص 1-14

يلعب القطاع الاقتصادي في هذا المجال دورا كبيرا، حيث يجب أن تخصص كل سنة مبالغ مالية من ميزانية الدولة لتوفير جميع الأمور الضرورية التي تحتاجها هذه القطاعات. ذلك أن هذه الفئة من الأطفال تطلق عليها تسمية أبناء الدولة، او محضوني الدولة او ايتام الدولة، حسب اختلاف التشريعات القانونية.

اما المؤسسات ذات الطابع الخاص التي تستقبل أطفال مهملين بعد التخلي عنهم، تتبع برامج معينة من شانها تقديم الرعاية البديلة، ولكن هل يمكنها توفير الحماية القانونية، كتلك التي تسهر على تجسيدها القطاعات العمومية، خاصة وان هذه الأخيرة ملزمة باتباع برامج تطابق المواصفات العالمية بحكم الانضمام الى اتفاقية حقوق الطفل وبرتوكوليها الاختياريين، التي تفرض على الدول الأعضاء تطبيق بنود الاتفاقية مع الزامية رفع تقارير سنوية حول مدى الالتزام بها او التحفظ على بنودها؟

ان اتفاقية حقوق الطفل، ساهمت في وضع قواعد أساسية لضمان الحماية الفعلية للأطفال بصفة عامة، سواء في اسرته الطبيعية او البديلة، او في إطار الرعاية المؤسساتية، فإلى أي مدى اخذت الدول المغاربية المصادقة على الاتفاقية بهذه الحقوق التي يمكن ان تتلخص في حقوق مدنية وسياسية، اجتماعية واقتصادية وثقافية؟

الفرع الأول: ضمان الحقوق المدنية والسياسية للطفل

إتباعا للقواعد الأساسية التي جاءت بها لمواثيق الدولية منها الإعلان العالمي لحقوق الانسان، الذي ينص على الحفاظ على الهوية الشخصية للفرد، فان الطفل المهمل يمتلك أيضا هذه الصفة، ذلك أنها تدعو في الأساس إلى عدم التمييز على أساس العرق أو اللون أو الجنس إلى غيرها من الأمور العنصرية التي تميز بين الأطفال في العالم.

فالطفل المهمل كغيره من أطفال العالم يتمتع بحقوق لا يجوز الاعتداء عليها، ولا تغييرها، ولا المساس بجوهرها، وتعتبر أحكامها في القوانين الوضعية من النظام العام، لا يجوز مخالفتها، وتطبيقها واجب على كل من يرعى هذه الفئة من الأطفال.

ان الحقوق التي جاءت بها اتفاقية حقوق الطفل، مكفولة بتمام الولادة، فلا يجوز مخالفتها، الا ان هناك من الحقوق التي تكتسب مع نماء الطفل ووعيه وتمييزه، ومع تغير وضعيته القانونية، تجاه اسرته البيولوجية او البديلة، فالانتقال الى مراكز الرعاية الاجتماعية يغير من مفهوم الرعاية الطبيعية للطفل، حيث يكتسب داخلها حقوق، تلتزم الدولة بضمان عدم التعدي عليها. من جملة هذه الحقوق، الحقوق المدنية والسياسية.

أولا: ضمان الحق في الحفاظ على الهوية

نصت اتفاقية حقوق الطفل على جملة من الحقوق يمكن ادراجها ضمن الحقوق المدنية والسياسية للطفل، الا انها لم تورد النص عليها داخل مراكز الرعاية البديلة، بل اتى وصفها على الاجمال، بحيث تشمل الطفل داخل اسرته الطبيعية او البديلة وداخل مراكز الرعاية الاجتماعية، ذلك ان الطفل بعد التخلي عن كفالته يمكن ان يتعرض الى جملة من المشاكل التي يمكن ان تهدد كيانه او مستقبله.

تنص المادة 1/8من اتفاقية حقوق الطفل على: (**تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك بدون تدخل غير شرعي**).

وهذا ما سبق للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[1] اقراره في المادة 24، ليس بنفس التكييف على أساس الحفاظ على الهوية ولكن بالعناصر المكونة للهوية حسب اتفاقية حقوق الطفل، فحق الطفل في الاسم والجنسية من الحقوق المدنية والسياسية التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها او التعدي عليها.

ا –الحماية القانونية لحق الطفل في الحفاظ على هويته في الجزائر:

ان الحق في الهوية مضمون في كل من الدول المغاربية ودول العالم، وهذا الحق مكتسب حتى قبل الانضمام الى اتفاقية حقوق الطفل، فمن المعلوم حتى وان كان الطفل مجهول النسب له الحق في اسم، وحمل جنسية الدولة التي وجد بها خاصة ان كان لقيطا، وهذا ما عالجه المشرع الجزائري في ق.ح.ط / ق.ا والتي سبق لنا التطرق اليها.

فبعد التخلي عن كفالة الطفل، والعودة لمراكز الرعاية الاجتماعية، فانه يحتفظ باسمه[2]، وجنسيته، ذلك ان الطفل المولود في الجزائر من ابوين مجهولين او من ام مسماة في شهادة الميلاد، جزائري الجنسية كما اقرته المادة 7 من قانون الجنسية الجزائرية، فهي تعبير عن وجود كيان اجتماعي للطفل وهويته وانتمائه لوطن يعترف به كمواطن جزائري، حيث يرتب الحق في الحفاظ على هوية الطفل حماية قانونية في حالة الاخلال او التعدي على حقوقه المكفولة قانونا[3]. الا انه بهذا الخصوص تطرح عدة إشكالات سنتناولها بالتفصيل في المبحث الثاني. اما بخصوص احتفاظ الطفل بصلته مع عائلته، فهذا يعد من الحقوق التي تقر بها جميع المواثيق الدولية،

[1]- اعتمد العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) مؤرخ في ديسمبر 1966، تاريخ بدا التنفيذ 23 مارس 1976 وفقا لأحكام المادة 49، صادقت عليه الجزائر في 16 ماي 1989.

[2]- لم يبين المشرع الجزائري احتفاظ الطفل مجهول النسب بعد عودته الى مراكز الرعاية الاجتماعية البديلة او في قانون 92-24 الخاص بمطابقة لقب الكافل بالمكفول إمكانية احتفاظه بهذا اللقب في ظل المناداة بالحفاظ على هوية الطفل.

[3]- بحري صابر، خرموش منى، التنشئة الاجتماعية كحق من حقوق الطفل، حماية حقوق الطفل، دار الأيام، ط الأولى، 2018، ص 405-406.

وتكرسها القوانين الوطنية، حيث لا يجوز فصل الطفل عن بيئته الاسرية الا لظروف قاهرة تمس بالمصلحة الشخصية للطفل.

إذا كان الطفل داخل مراكز الحماية الاجتماعية معلوم النسب، فان له الحق في زيارات منتظمة مع والديه او أحدهما، وله الحق بإجراء اتصالات متى شاء هو ذلك، ويمكن حتى للزيارات ان تكون خارج مؤسسة الاستقبال كعطلة الأسبوع او في الأعياد الدينية، هذا ما لمسناه من خلال الزيارة التي قمنا بها على مستوى دار الطفولة المسعفة لوهران، الا ان هذه الزيارات تكون منتظمة، وخاضعة للرقابة والمتابعة المستمرة من طرف الاخصائية النفسانية والمساعدة الاجتماعية.

يمكن أيضا للكافل الذي تخلى عن الكفالة زيارة الطفل داخل هذه المراكز، الا انه في اغلب الحالات يكون هناك عزوف من الطفل نفسه. الا انه لا يمكن قطع الطفل عن عائلته حتى وان سقطت السلطة الابوية عنه ان كان معلوم النسب، حيث لمسنا العديد من هذه الحالات، وعاينا عن قرب مدى حرص مؤسسة الطفولة المسعفة على اتاحة كل الفرص للروابط العائلية بين الطفل المسعف، وفي غالب الأحيان الام التي تخلت عنه لظروف اجتماعية.

واتت الفقرة الثانية من المادة 8 من الاتفاقية الدولية بالية قانونية مفادها تقديم الدولة المساعدة والحماية المناسبة من اجل اثبات هوية الطفل في حال التعدي عليها بطريقة غير شرعية، وهذا ما يؤكد الدور الذي تلعبه مختلف مؤسسات الدولة كأطراف فاعلة في التنشئة الاجتماعية، وذلك بالتدخل لردع أي سلوك او تصرف من شانه المساس بهوية وشخصية الطفل[1].

1-بحري صابر، خرموش منى، التنشئة الاجتماعية كحق من حقوق الطفل، حماية حقوق الطفل، دار الأيام، ط الأولى، 2018، ص 400.

ب –الحماية القانونية لحق الطفل في الحفاظ على هويته في كل من القانونين المغربي والتونسي:

لم يذكر المشرع المغربي الحفاظ على هوية الطفل بصريح العبارة، بل نص على جملة من المبادئ في المادة 4 من قانون مؤسسات الرعاية الاجتماعية، التي تحفظ للطفل حقوقه داخلها، نذكر منها: صيانة كرامة الأشخاص المتكفل بهم، واحترام حقوقهم ومصالحهم المادية والمعنوية.

تنص المادة 54 من مدونة الاسرة المغربية على العمل على تثبيت الهوية والحفاظ عليها خاصة بالنسبة للاسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية، وهذا ما نظمته كل من مدونة الحالة المدنية ومدونة الجنسية. فاذا كان الطفل مجهول الابوين او متخلى عنه يحتفظ باسمه الذي منحه له ضابط الحالة المدنية، ذلك ان القانون المغربي لا يأخذ بمطابقة لقب الكافل بالمكفول، وبالتالي لا يطرح اشكال، إذا كان معلوم النسب يحتفظ به وإذا كان مجهول النسب يحتفظ بالاسم واللقب الذي منح له حسب مدونة الحالة المدنية. ونفس الامر بالنسبة للجنسية فكل طفل مولود في المغرب سواء من ابوين مغربيين او ابوين مجهولين فانه يكتسب الجنسية المغربية وفق الرابطة الترابية ما لم يثبت خلاف ذلك فيما بعد حسب الفصل 7 من مدونة الجنسية.

ان الطفل المتخلى عن كفالته المنتقل الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية، يحتفظ بحقوقه المدنية والسياسية، ويعتبر المساس بهويته تعديا على كيانه، وبذلك سعت المغرب في إطار انضمامها لاتفاقية حقوق الطفل الى تعديل القوانين لتواكب التطور التشريعي وتحافظ على شخصية الطفل بصفة عامة.

اما بالنسبة للمشرع التونسي، نظم مشمولات الهوية بإصدار م.ا.ش في 13 اوت 1956، وبإصدار قانون الحالة المدنية في جويلية 1957 وضع احكاما للاسم واللقب وتاريخ الولادة، وبإصدار مجلة الجنسية التونسية في فيفري 1963 حدد الانتماء الوطني، ولكنه لأول مرة يعلن بأحكام الحق في الهوية في م.ح.ط.

نصت مجلة حماية الطفل على جملة من المبادئ في الباب التمهيدي، التي توجب الحفاظ على هوية الطفل في الفصل 5 والتي ربطها بالاسم واللقب العائلي والجنسية وتاريخ الولادة، ويكون هذا المبدأ كضمان لجميع الأطفال مع اختلاف الرعاية المقدمة لهم، خاصة الأطفال المتواجدين بمراكز الرعاية الاجتماعية. ا

لا انه لم يدرج ضمنها الحفاظ على الروابط العائلية كما هو منصوص عليه في اتفاقية ح.ط، بل نظمها في الفصل 11 من نفس القانون، الذي يحرص على الاتصال المباشر وإبقاء العلاقة الخاصة بين الطفل وابويه او أحدهما، ولا يجوز حرمان الطفل من هذا الحق الا في حالات استثنائية جدا، وبموجب قرار قضائي تقضتيه مصلحته الفضلى، خاصة عندما يكون أحد الابوين او كلاهما هو مصدر الاضرار بالطفل، وهذا ما أكدته المادة 9 من اتفاقية ح.ط[1].

ان وضعية الطفل خاصة من الناحية العائلية والاجتماعية تؤثر على حالته القانونية، ولقد طرحت في تطبيق القوانين المذكورة عديد الإشكالات الواقعية والقانونية فيما يتعلق بهوية اللقيط وبلقب الولد المجهول واكتساب الجنسية، وما يزيد من هذه الإشكالات هو التخلي عن الطفل مجهول النسب بعد كفالته وما تطرحه من عراقيل في المحافظة على هويته.

[1]- محمد الحبيب الشريف، نفس المرجع السابق، ص 41 -60-63.

ثانيا: الحق في المساواة وعدم التمييز

يحتل هذا المبدأ مكانة رئيسية في مجال حماية حقوق الانسان، ومعناه ان يتمتع جميع الأطفال دون استثناء بكل الحقوق التي اقرتها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، بدون تمييز او تفضيل على أساس العرق، اللون، الجنس، اللغة، الدين، الانتماء الوطني الاجتماعي، الى غير ذلك من التمييزات العنصرية[1]. وهذا ما اقره أيضا العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية السياسية، في المادة 1/24، الى جانب اتفاقية القضاء على كافة اشكال التمييز العنصري.

ا –الضمانات القانونية لتكريس الحق في المساواة وعدم التمييز وفق القانون الجزائري:

يتجسد الحق في المساواة وعدم التمييز في القانون الجزائري، حيث اقر الدستور في المادة 37 على ان أي تمييز على أساس التحيز للجنس او العرق او اللون او الإعاقة او أي ظرف شخصي او اجتماعي له تأثير من شانه عرقلة الحقوق يشكل تمييزا.

جاء ق.ح.ط ليؤكد على هذا المبدأ كحق من حقوق الطفل في المادة 3 التي تمنع أي تمييز وتقر بالمساواة بين الأطفال في جميع الحقوق المكتسبة المنصوص عليها سواء في اتفاقية حقوق الطفل او الاتفاقيات الدولية التي لها صلة بهذا الموضوع.

وجاء في نص المادة 6 من ق.ح.ط ان: (**تكفل الدولة حق الطفل في الحماية من كافة اشكال الضرر او الإهمال او العنف او سوء المعاملة او الاستغلال او الاساء البدنية او المعنوية. وتتخذ في ذلك كل التدابير المناسبة لوقايته وتوفير الشروط الازمة لنموه ورعايته والحفاظ على حياته وتنشئته...**).

[1]- خليل فاروق، الطفل العربي في ظل الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2007/2006، ص 35.

ان مبدا عدم التمييز والمساواة بين الأطفال داخل مؤسسات الرعاية الاجتماعية، مكفول قانونا، ولا يجوز للقائمين على مثل هذه المراكز التفرقة بين الأطفال على أساس الجنس او العرق او اللون، والتساوي في هذه الحقوق يكون مضمون من جميع النواحي التي سناتي على ذكرها لاحقا منها الحق في الصحة والتعليم والرفاهية، او الحقوق المدنية منها الهوية فلا يجوز لأي كان طمس هوية الطفل المتواجد في مراكز الطفولة المسعفة.

ان قانون مؤسسات الطفولة المسعفة الجزائري لا ينص على مبدا المساواة وعدم التمييز صراحة في مواده، الا انه يمكن استخلاصها من جملة التدابير الوقائية والبرامج المسطرة لهذه الفئة والتي تشمل كل الأطفال الخاضعين لهذا النوع من الرعاية البديلة.

ب –تكريس الحق في المساواة وعدم التمييز في القانونين المغربي والتونسي:

بحكم انضمام كل من المغرب وتونس الى الاتفاقيات الدولية المناهضة للتمييز العنصري، أدرجت في قوانينها الداخلية ما يحقق المساواة للأطفال.

اقر المشرع المغربي في قانون مؤسسات الرعاية الاجتماعية في المادة 4 على مبدا عدم التمييز بين الأطفال، حيث أدرجت ضمن هذه المادة مجموعة من المبادئ التي توجب على الأطراف القائمة على التكفل بالغير ان تحترمها، وان تلتزم في التعامل على أساسها.

اما المشرع التونسي في القانون المتعلق بمراكز الرعاية الاجتماعية لم يذكر المبادئ التي بجب ان تتبع داخل هذه المؤسسات، الا ان مجلة حماية الطفل تهدف الى خدمة مصالح كافة الأطفال دون أي تمييز

عنصري، او ديني، فهي تطبق على الأطفال التونسيين وغير التونسيين المعنيين بأحكامها ان وجدوا داخل التراب التونسي، مادامت احكامها تهم النظام العام[1].

الفرع الثاني: ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

تعد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من مجموع الحقوق المعترف بها للطفل، والتي كرستها مختلف المواثيق الدولية، التي تناشد باحترام حقوق الانسان، وحقوق الطفل بصفة خاصة. حيث نصت المادة 4 من اتفاقية ح.ط على: (**تتخذ كل الدول التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لإعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية. وفيما يتعلق بالحقوق الاجتماعية الاقتصادية والثقافية، تتخذ الدول الأطراف هذه التدابير الى اقصى حدود الموارد المتاحة، وحيثما يلزم في إطار التعاون الدولي**).

وفي هذا الإطار تسعى الدول المغاربية لتوفير الحماية القانونية للأطفال بضمان حقوقهم، وخاصة منهم الأطفال المسعفين او الخاضعين لنظام الرعاية البديلة، حيث تتفرع الحقوق بين تلك الواجب تكريسها داخل مراكز الرعاية الاجتماعية، وبين التي يجب ضمانها خارج هذه المؤسسات خاصة بالنسبة للأطفال في سن التمييز والمراهقين.

أولا: ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للطفل داخل مؤسسات الرعاية البديلة:

ان ترتيب الحقوق حسب العهد الدولي هي الحقوق الاقتصادية تليها الحقوق الاجتماعية وبعد ذلك تأتي الحقوق الثقافية في ذيل الترتيب، الا اننا لاتباع مراحل نمو الطفل سندرج الحقوق الاجتماعية في اول الدراسة لما لها من تأثير على نمو الطفل نتبعها بالحقوق الاقتصادية.

[1]- **محمد الحبيب الشريف، نفس المرجع السابق، ص 31.**

ا –ضمان الحقوق الاجتماعية للطفل:

يقع على عاتق مؤسسات الرعاية الاجتماعية ضمان حقوق الطفل، التي تتلخص في مجموعة من المبادئ تلزمها اتفاقية ح.ط على الدول الأعضاء، ونظرا للأهمية التي تكتسيها هذه الحقوق ذات الطابع الاجتماعي، أدرجت الدول المغاربية في قوانينها المتعلقة سواء بمؤسسات الرعاية الاجتماعية، او بحقوق الطفل مجموعة من الأهداف والالتزامات يتعين على المشرفين بتقديم الرعاية البديلة للطفل احترامها، وعدم المساس بجوهرها.

1–ضمان الحق في الصحة:

ان العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، لم ينص على فئة الأطفال المحرومين من الاسر، والذين يخضعون لمؤسسات الرعاية الاجتماعية، بل نص على وجوب إيجاد إجراءات خاصة لحماية الطفل ومساعدته دون تمييز من كل ما يضره صحيا واخلاقيا[1]، الا ان اتفاقية حقوق الطفل كرست الحق في الصحة، وكفلت مجموعة من التدابير المناسبة للمساعدة الطبية والرعاية الصحية، وذلك بتزويد قطاعات المجتمع بالمعلومات الأساسية المتعلقة بصحة الطفل، منها المراكز الايوائية التي يقيم فيها.

تلتزم مراكز الرعاية الاجتماعية في كل الدول المغاربية الى ضمان تقديم أفضل الخدمات الصحية للأطفال الذين يخضعون لنظام الرعاية البديلة، وهذا باتباع برامج الوزارة الوصية التي تحرص تتبع حالة الطفل سواء الصحية او العلاجية، او النفسية والوقائية.

[1]- انظر المادة 33 من العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية.

ان حماية حق الأطفال في الصحة يقوم على ثلاث خدمات اجتماعية صحية وهي: حماية وترقية صحة الامومة والطفولة، الصحة المدرسية، نظام صحي خاص بالأطفال المعوقين[1].ان هذه المبادئ الثلاث التي يقوم عليها حق الطفل في الصحة، اقرتها اتفاقية ح.ط، وهي تابعة للبرامج المقررة في الدول المغاربية لحماية وترقية حق الطفل في الصحة.

الفقرة الأولى: الرعاية الصحية للطفل في الجزائر

أولى المشرع قطاع الصحة عناية بالغة عن طريق تنظيم قانون الصحة، الذي خضع الى عدة تعديلات الى غاية 2018، الا انه لم يحد عن الهدف المنشود من وراء تخصيص قسم خاص بصحة الام والطفل وايضا بصحة المراهقين.

تنص المادة 83 من ق.ص على: (**تضمن هياكل ومؤسسات الصحة التكفل الصحي بالأطفال بواسطة وسائل بشرية ومادية على عاتق الدولة**)، اما المادة 84 تنص على: (**تعد حماية وترقية صحة المراهقين أولوية الدولة**).

ان الهياكل والمؤسسات التي تنص عليها هذه المادة، هي مؤسسات صحية وليست مراكز رعاية اجتماعية، الا انه يمكن تعميم هذه المادة على جميع فئات الأطفال، وبالتالي يكون هناك حيز او مجال لهذه الفئة للاستفادة من برامج الدولة منها التطعيم والعلاج المجاني، ذلك ان قانون مؤسسات الطفولة المسعفة بعد التعديل الأخير، أكد على أهمية الحماية الصحية للأطفال داخل هذه المراكز، في نص المادة 5، وذكر 3 فئات من الأطفال وهم: الرضيع، الطفل، والمراهق.

[1] - **Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ les droits de l'enfant، presse universitaire، neuvième Edit mise à jour 31e mille 2010، p 83.**

تتمحور مهام مراكز الطفولة المسعفة تطبيقا لحق الطفل في الصحة من خلال: ضمان الحماية والمتابعة الطبية والنفسية والعاطفية والاجتماعية، ضمان حفظ وسلامة الرضيع والطفل والمراهق على المستويين الوقائي والعلاجي، ضمان سلامة الأطفال والمراهقين الجسدية والفكرية.

يخضع الطفل الذي تم التخلي عن كفالته في مراكز الطفولة المسعفة الى برنامج صحي خاص، حسب الفئة العمرية التي ينتمي اليها. بالرغم من عدم تنظيمه في هذا القانون، الا انه يلتزم به الطاقم الطبي والنفسي والاجتماعي على حد السواء، وتكون له عناية واشراف خاصين، لضمان حسن سلوكه، وعدم تعرضه للضغط نتيجة التخلي عنه، او ابعاده عن عائلته، او والديه إذا ما كانوا يشكلون خطرا على مصلحته.

تجدر الإشارة الى ان القانون السابق لم يشر الى حفظ السلامة الصحية للمقيم في مراكز الرعاية الاجتماعية، فالهدف الذي أنشئت من اجله هذه المؤسسات، هو الايواء والتربية. الا انه عند تصفح المواد نجد ان من بين أعضاء مجلس الإدارة طبيب اطفال، وان المحاسب يكون تابع للقطاع الصحي. ما يبين ان خضوع الأطفال الى برامج التربية الصحية العلاجية كان قائما، الا انه لم يكن على النحو الذي اقره التعديل الأخير الذي اوجب اتباع مبادئ معينة لتنشئة اجتماعية سليمة.

الفقرة الثانية: الرعاية الصحية للطفل في المغرب وتونس

ان كل من هتين الدولتين اخذتا بنظام الرعاية الصحية المعمول به في اتفاقية ح.ط، وتم ادراجه في القوانين المنظمة لحقوق الطفل ومؤسسات الرعاية الاجتماعية.

الرعاية الصحية للطفل في المغرب: أقدمت المغرب على وضع خطة تنموية للنهوض بقطاع الصحة في خدماته الموجهة لفئة الأطفال، من خلال برامج يتقدمها في الأساس: برامج عملية التلقيح ومكافحة نقص التغذية والاصابات التنفسية الحادة، اما بخصوص صحة المراهقين اتخذت مبادرتان:

أولا–اعداد برنامج متعدد القطاعات لتعزيز صحة المراهقين، بمشاركة كل من وزارة الصحة ووزارة التربية الوطنية، وبدعم من صندوق الأمم المتحدة للسكان، ويتناول هذا البرنامج: انشاء وزارة التربية نواد للصحة في المؤسسات المدرسية، قيام وزارة الشباب والرياضة توفير تدريب بشأن صحة المراهقين لفائدة منشطي دور الشباب ودور الفتيات.

ثانيا–اعداد خطة وطنية للصحة العقلية للطفل والمراهق، ترمي الى محاربة الامراض العقلية، والاعتراف بالطب النفسي الخاص للأطفال، والذي أصبح بمثابة تخصص قائم.

اما بخصوص فئة الأطفال المعوقين، تسعى وزارة التضامن جاهدة الى تعزيز تنسيق السياسات الحكومية في مجال ادماج الأشخاص ذوي الإعاقة بهدف التكفل بمزيد من النجاعة في شتى البرامج، ويتدرج ذلك في الإطار الذي اعتمدت فيه خطة العمل الوطنية للفترة 2017/2007 للإدماج الاجتماعي للمعوقين، بالإضافة للاستراتيجية الوطنية في مجال الوقاية من الإعاقة للفترة 2015/2009، بالإضافة الى انشاء مراكز للاستماع والإرشاد للأطفال[1].

ان الأطفال الخاضعين لنظام الرعاية البديلة المقيمين في المؤسسات الاجتماعية، يخضعون لهذا البرنامج الوطني سواء كانوا أطفال دون الست سنوات او متمدرسين او مراهقين، وهذا حسب ما نص عليه قانون الرعاية الاجتماعية في المادة 4 و5 بضرورة احترام السلامة الجسدية والنفسية للأشخاص المتكفل بهم داخل هذه المراكز، عن طريق تقديم خدمات تؤمن العلاجات الصحية الأولية، والدعم والمواكبة الطبية والنفسية، وتكون هذه الخدمة المقدمة اما بصفة دائمة او مؤقتة، كلية او جزئية، ويتم هذا حسب نوع المؤسسة التي تقدم الرعاية البديلة.

[1]- لجنة حقوق الطفل: التقريران الدوريان الثالث والرابع للدول الأطراف الذين حل موعد تقديمهما في عام 2009، المغرب 30 ماي 2012، صادرة عن الأمم المتحدة: اتفاقية حقوق الطفل: 5 اوت 2013، ص 29-32-37.

الرعاية الصحية للطفل في تونس: نص الفصل 2 و4 من م.ح.ط على حق الطفل في التمتع بمختلف التدابير الوقائية ذات الصبغة الاجتماعية والصحية، ذلك ان مصلحة الطفل هي أساس كل القوانين والتدابير، من خلال التذكير بحاجيات الطفل الأدبية والعاطفية والبدنية التي تتماشى مع وضعه الصحي، سواء كان الطفل سليما او معوقا اعاقة عضوية او عقلية[1].

اتبعت تونس استراتيجية وطنية للنهوض بحق الطفل في الصحة، وذلك بتقديم خدمات صحية متطورة وهذا في كامل المراحل العمرية للطفل، منذ ولادته الى غاية بلوغه سن الرشد، عن طريق برامج نذكر منها: البرنامج الوطني للتلقيح، البرنامج الوطني لمكافحة السيدا والامراض المنقولة جنسيا، والعمل على إرساء نمط عيش سليم من خلال الوقاية من الامراض، بالتركيز على الأنشطة التوعوية والعلمية والرياضية داخل المدرسة. وهذا ما يسمى بالصحة المدرسية، من خلال إنشاء نوادي الصحة داخل المؤسسات التربوية.

خصص لفئة المراهقين برنامج وطني للصحة من خلال التشخيص والتعهد والتثقيف الصحي، البحوث والدراسات، التعامل الشبكي، وهذا بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية، الى جانب البرنامج الوطني للصحة النفسية من خلال مكاتب الاصغاء والارشاد.

ان هذه البرامج المتبعة تتماشى مع وضعية الأطفال داخل المراكز الاجتماعية للرعاية البديلة، حيث يتبع الأطفال دون الست سنوات البرنامج الوطني للتلقيح والرعاية الصحية سواء داخل هذه المراكز او في المؤسسات الاستشفائية العمومية، إضافة الى ان الأطفال المتمدرسين يخضعون الى نوعين من البرامج الصحية، وذلك بالوقاية والعلاج وتقديم جميع الخدمات الصحية داخل المركز، والى برنامج الصحة المدرسية بحكم ان

[1]- محمد الحبيب الشريف، نفس المرجع السابق، ص 27-37.

الدراسة تكون في المدارس العمومية وليس داخل مراكز الرعاية، الا لفئة قليلة من الأطفال الذين تحتم وضعيتهم الصحية المتابعة داخل المركز منهم الأطفال المعوقين بنسب مرتفعة، او إعاقة ذهنية.

حرصا من وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن والتونسيين بالخارج على إعطاء دور كبير للجمعيات العاملة في هذا المجال، تم ابرام عقود برامج معها، تتمحور حول مساعدتها على تقديم خدمات الايواء والرعاية الصحية والاجتماعية الملائمة للأطفال. وهذا ما يتوازى مع تكريس الجمعية التونسية لقرى الأطفال لفائدة منظوريها من الأطفال حقوقهم في الصحة والعلاج.

تضمن الهياكل الصحية العمومية الرعاية الصحية للأطفال خاصة منهم المولودين خارج إطار الزواج، حيث تتولى لجان اثبات النسب التي تشمل ممثلين عن وزارة الشؤون الاجتماعية والتضامن والتونسيين بالخارج والصحة العمومية والداخلية والتنمية المحلية لمعالجة وضعيات هؤلاء الأطفال وتسهيل إجراءات اثبات النسب[1].

2 –ضمان حق التعليم:

يعرف الحق في التعليم على انه حق من حقوق الانسان، والذي يجب ان يكون مضمونا للجميع دون تمييز، وعلى الدولة ان تلتزم بحمايته واحترامه واعماله. وهو من الحقوق الأساسية التي كرستها جميع المواثيق الدولية، منها الإعلان العالمي لحقوق الانسان، العهد الدولي للحقوق الاجتماعية الاقتصادية والثقافية، واتفاقية حقوق الطفل في المادتين 28 و29. وعملت على تشجيع مختلف أنواع التعليم، واتخاذ التدابير التي من شانها تحسين المردود العلمي للأطفال، كما حثت على ضرورة التعاون بين الدول الأطراف بهدف الاسهام في القضاء على الجهل والامية.

[1]-التقرير الوطني حول وضع الطفولة بتونس، صادر عن وزارة المرأة والاسرة والطفولة والمسنين، ديسمبر 2008، ص 6-21 /54-60.

الفقرة الأولى: ضمان حق التعليم في الجزائر

حاول المشرع الجزائري مباشرة بعد استرجاع السيادة الوطنية النهوض بحق التعليم، وتجلى ذلك في دستور 1963، الذي حرص على تدعيم الدولة للتعليم وتكفلها بمجانيته، لتؤكد التعديلات الدستورية التي توالت هذا المبدأ حتى اخر تعديل في 2016 في نص المادة 65[1]. وهذا ما اقرته جل النصوص القانونية التي عرفتها الجزائر بداية من الامر 76-35 المؤرخ في 16-04-1976، المتعلق بتنظيم التربية والتكوين، الى غاية اخر تعديل في 2008[2]، وهو القانون التوجيهي 08-04 الذي شمل عدة إصلاحات، وفتح المجال امام الأشخاص الطبيعية والمعنوية لإنشاء مؤسسات تعليمية.

وتجسيدا لجهود الدولة في تعميم التعليم جعلته اجباريا ومجانيا -الا في حالة المؤسسات التعليمية الخاصة- نصت المادة 12 من القانون رقم 08-04 على ان التعليم اجباري لجميع الأطفال البالغين من 6 سنوات الى 16 سنة، وقد صدر في هذا الشأن مرسوم تنفيذي رقم 10-02 يحدد الاحكام المتعلقة بإجبارية التعليم الأساسي[3].

[1]- دستور 1976: امر رقم 76-97 الموافق ل 30ذي القعدة 1396، مؤرخ في 22نوفمبر 1976 يتضمن اصدار دستور الجمهورية الجزائرية.
- التعديل الدستوري 1989: صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 22 رجب 1409ه الموافق ل 28 فبراير 1989 يتعلق بنشر تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، ج.ر عدد 9 الموافق لأول مارس 1989، ص 234.
- التعديل الدستوري 1996: صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق ل 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 76 صادرة في 8 ديسمبر 1996، ص 6.
-- تعد هذه التعديلات الدستورية الكبرى، بالإضافة الى عدة تعديلا أخرى صغرى، وكانت في 1965، 1979، 1980ن 1988، 1992، 1994، 2008.
- عبد الله بوقفة، القانون الدستوري، تاريخ ودساتير الجمهورية الجزائرية، دار الهدى، 2008.
- التعديل الدستوري 2016: قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري

[2]- التعديلات التي طرأت على قانون التربية والتعليم: تم تعديا الامر رقم 76-35 بموجب الامر رقم 03-09 مؤرخ في 16 اوت 2003 المتعلق بتنظيم التربية والتعليم، ج.ر. عدد 48 صادرة في 13 اوت 2003.
- القانون رقم 03-14 مؤرخ في 25 أكتوبر 2003 المتضمن الموافقة على الامر رقم 03-09 مؤرخ في 13 اوت 2003، المعدل والمتمم للأمر رقم 76-35 المتعلق بتنظيم التربية والتكوين.
[3]- مرسوم تنفيذي رقم 10-02 مؤرخ في 4 يناير 2010 المحدد للأحكام المتعلقة بإجبارية التعليم الأساسي، ج.ر عدد1 مؤرخ في 06 يناير 2010.
- موالفي سامية، أثر الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1989 على التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، جامعة الجزائر 1، 2016-2017، 82-84.

للتأكيد على الزامية التعليم، اوجب المشرع الجزائري مجموعة من الإجراءات تمثل التزام الدولة بضمان الحق في التعليم لكافة المستويات دون تمييز، وهذا بتوفير الهياكل والمؤسسات التربوية، وتوظيف الموارد البشرية الضرورية، وضمان تكافؤ الفرص فيما يخص ظروف التمدرس ومواصلة الدراسة بعد التعليم الأساسي[1]، وتمنح الدولة اعانات متعددة للتلاميذ المعوزين حسب المرسوم رقم 01-238 الذي ينظم احداث منحة دراسية للأطفال المتمدرسين المحرومين[2]، وتوفير النقل المدرسي الذي ينظمه المرسوم التنفيذي رقم 15-171 المتعلق بالنقل المدرسي[3]، لصالح فئة معينة من التلاميذ، الذي يقطنون في أماكن بعيدة عن المدرسة.

ولم تستثن الدولة الجزائرية الأطفال الخاضعين للرعاية البديلة في مراكز الطفولة المسعفة وقرى الأطفال من التعليم في المدارس العمومية، بل يعد إلزاميا على هذه المراكز ادماج مختلف فئات الأطفال في المدارس بدء من المرحلة التحضيرية، الابتدائية، المتوسط، الا في حالة الضرورة يمكن للطفل تلقي التعليم داخل هذه المراكز، خاصة في حالة الأطفال المعاقين، حيث يتبع برنامج تعليمي خاص لهذه الفئة عن طريق مربية مختصة.

كما تشرف المربية او المربي الخاص للأطفال والمراهقين على الاشراف اليومي والمتابعة المدرسية للأطفال داخل المركز، وهذا بهدف تنفيذ برامج التكفل البيداغوجي والتربوي، قصد اندماج مدرسي واجتماعي ومهني أفضل، وهذا المهام الموكلة لمراكز الطفولة المسعفة نصت عليها المادة 4 من قانون مؤسسات الطفولة المسعفة.

[1]- مكي خالدية، واقع حق التعليم، بين الإلزامية وتحديات الواقع الاجتماعي، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 4، 2013، ص 17.

[2]- مرسوم رقم 2001-238 المؤرخ في 29 جمادى الأول 1422ه الموافق ل 19 غشت 2001 المتضمن احداث منحة دراسية للأطفال المتمدرسين المحرومين، ج.ر عدد 47 المؤرخة في 22 غشت 2001، ص 15.

[3]- مرسوم تنفيذي رقم 15-171 المؤرخ في 6 رمضان 1436ه الموافق ل 23 يونيو 2015، المتعلق بالنقل المدرسي، ج.ر عدد 37 ل 8يوليو 2015، ص 7.

الفقرة الثانية: ضمان حق التعليم في المغرب وتونس:

أدرجت كل من المغرب وتونس حق التعليم في قوانينها الداخلية، وجعلته حق من الحقوق التي يتوجب على كل مواطن الاستفادة منه ومن الخدمات الاجتماعية المقدمة جراء تكريسه خاصة فئة الأطفال المهملين.

ضمان حق التعليم في المغرب: ان الحق في التعليم حق دستوري معترف به لجميع فئات الأطفال دون تمييز، وهو مبدا دولي اقرته المغرب من خلال مجموعة من القوانين والبرامج الإصلاحية، وبهذا يندرج ضمن هذه الفئة، الأطفال المقيمين في مراكز الرعاية الاجتماعية، ذلك ان القانون المتعلق بهذه المؤسسات لا ينص على تلقي هؤلاء الأطفال التعليم بمختلف مراحله داخلها، وانما نص فقط على التتبع التربوي، وتقوية القدرات والتكوين والتأهيل، في نص المادة 5 من قانون مؤسسات الرعاية الاجتماعية.

من هذا المنطلق كل البرامج التعليمية التي كرستها الدولة المغربية يخضع لها الأطفال المقيمين في مراكز الرعاية البديلة، سواء ان كانوا مقيمين بصفة دائمة او مؤقتة او تم التخلي عن كفالتهم.

شكلت مسالة التعليم في المغرب رهانا رئيسيا للتنمية، حيث أعلن بانه أولوية وطنية، فسارعت اللجنة الخاصة بالتعليم والتدريب في عام 2000 الى اعداد ميثاق وطني للتربية والتكوين، من اجل اصلاح المنظومة التعليمية الوطنية، الا ان حصيلة المنجزات ظلت متذبذبة بالرغم من الجهود التي بذلت، وإزاء ذلك اعدت وزارة التربية الوطنية سنة 2007 برنامجا وطنيا استعجاليا يرمي الى تسريع تنفيذ الإصلاح في الأعوام 2008-2012.

وانطلاقا من الأوليات التي حددها تقرير المجلس الأعلى للتعليم الذي نشر عام 2007، يقترح البرنامج الاستعجالي عمل يهدف الى للاستجابة الى 4 اهداف:

-تفعيل الزامية التعليم حتى 15 سنة، حفز ورح المبادرة والتفوق في المدارس والثانويات، مواجهة الإشكاليات الافقية للمنظومة، توفير وسائل إنجاح البرنامج. وتتبع المنظومة التربوية برنامجا معينا يتمثل في التعليم ما قبل المدرسي من 4 الى 6 سنوات، والتعليم الالزامي الذي ينقسم الى تعليم ابتدائي وثانوي اعدادي. ويشمل البرنامج الاستعجالي:

-تدعيم تأهيل المؤسسات، وتعزيز تكافؤ الفرص للحصول على التعليم الالزامي، ومكافحة التكرار والهدر المدرسي، والمساواة بين الجنسين في التعليم المدرسي[1].

حث دستور 2011 الدولة والسلطات العمومية في الفصل 31 على العمل لضمان: 'الحصول على تعليم عصري ميسر الولوج وذي جودة'، بينما اعتبر الفصل 32 ان 'التعليم الأساسي حق للطفل وواجب على الاسرة والدولة'. وتحاول الجهات الوصية بشكل متكرر اصلاح التعليم وفق ما توصي به اللجنة الأممية المعنية بذلك، فقد وضع المجلس الأعلى للتربية والتكوين برنامج اخر يتضمن رؤية إصلاحية استراتيجية للتعليم 2015-2030، له اهداف دقيقة ترمي الى إرساء أسس مدرسة الانصاف والجودة والارتقاء وتكافؤ الفرص.

الا ان واقع الممارسة، يبين غير ما ذكر في التمتع بالحق في التعليم بشكل سليم يقوم على الاستمرارية، والجودة ويحظى برعاية الدولة، حيث تعترضه جملة من العوائق، لعل أبرزها يتمثل في خوصصة الأطر التربوية، وضعف المردودية والجودة، ونقص في التجهيزات الضرورية، والاكتظاظ الناتجة عن قلة المؤسسات التعليمية العمومية[2].

[1]- التقريران الدوريان 3 و4 للدول الأطراف في اتفاقية ح.ط، صادر عن الأمم المتحدة، نفس المرجع السابق، ص 39-47.

[2]- محمد حقيقي، تقرير حول الحق في التعليم بالمغرب ما بين المواثيق الدولية وواقع الممارسات، 29يناير 2016.

- www.rihanapress.com

ضمان حق التعليم في تونس: يعتبر حق الطفل في التربية والتعليم والتكوين حقا أساسيا، وجب تكريسه على الاسرة والمدرسة من جهة، وعلى الساهر على تربية الأطفال بصفة عامة من جهة أخرى، ليصبح واقعا ملموسا.

وقد بادرت تونس منذ استقلالها الى اتاحة هذا الحق لجميع الأطفال، وتعزز في عهد التغيير بصدور قانون 65 لسنة 1991 المتعلق بالنظام التربوي[1]، الذي اقر حق مجانية التكوين المدرسي لكل الذين هم في سن الدراسة، وكذلك اجبارية التعليم الأساسي من سن 6 الى 16 سنة.

كما أكد على مبدا تكافؤ الفرص بين كل الأطفال بتونس، وتوفير الظروف الملائمة لتمكين المعوقين والمتخلفين في الدراسة من الحق في التكوين المدرسي. وتدعمت المنظومة التربوية بإصدار القانون التوجيهي عدد 80 لسنة 2002 المتعلق بالتربية والتعليم المدرسي، الذي تم تنقيحه بموجب القانون عدد 9 لسنة 2008[2] الذي أكد على ان التربية أولوية وطنية مطلقة مبرزا الدور الاستراتيجي للتربية لدفع عجلة التنمية وضمان استدامتها.

وهذا ما أكده دستور 2014 [3]في الفصل 39: (**التعليم الزامي حتى سن 16. تضمن الدولة الحق في التعليم العمومي المجاني بكامل مراحله، وتسعى الى توفير الإمكانيات الضرورية لتحقيق جودة التعليم والتكوين**)، كما تضمن الدولة التعليم في المدارس الخصوصية بمقابل مالي.

وفي هذا السياق اتخذت عديد الإجراءات لتحسين أداء المؤسسة التربوية عبر تطوير امكانياتها المادية وتكوين المدرسين ومراجعة البرامج التربوية لتصبح أكثر موائمة مع المستجدات البيداغوجية، فضلا عن إعادة

[1] - قانون 65 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 والمتعلق بالنظام التربوي.
[2]- قانون عدد 9 مؤرخ في 11 فيفري 2008 يتعلق بتنقيح واتمام القانون التوجيهي عدد 80 لسنة 2002 المؤرخ في 23 جويلية 2002 المتعلق بالتربية والتعليم المدرسي.
[3]- قرار من رئيس المجلس الوطني التأسيسي المؤرخ في 31 يناير 2014 يتعلق بالإذن بنشر دستور الجمهورية التونسية.

النظر في تنظيم الحياة بما يساعد المدرسة على الانصهار في محيطها الاجتماعي، وهذا من خلال مجموعة من المبادئ:

-تكريس مبدا الحوار مع التلاميذ داخل المؤسسة التربوية لتنمية شخصية التلميذ وصقل مواهبه، ودعم الأنشطة الثقافية في الوسط المدرسي وإعادة النظر في برامجها حيث تتلائم مع رغبات التلاميذ وتنجح في استقطابهم.

-العمل على إيلاء عناية خاصة بالفضاء المدرسي من حيث التعهد والصيانة والتوسيع.

-توظيف واستغلال نتائج الدراسات والتقييمات الداخلية والخارجية لإيجاد الحلول الملائمة لضعف المكتسبات في العلوم واللغات.

-ادماج الأطفال ذوي الاحتياجات الخصوصية في المدارس العادية.

-الحرص على توفير التكوين في الإعلامية وفي تكنولوجيات المعلومات والاتصال لكل المتدخلين في العملية التربوية[1].

ان الأطفال فاقدي السند العائلي تقر لهم الدولة الحق في التعليم على أساس ان هذا الحق يشمل جميع الأطفال بمختلف انتماءاتهم، دون تمييز، ويكون في المدارس العمومية، فقانون مراكز الرعاية الاجتماعية، لا ينص على تعليم الأطفال داخل هذه المراكز بل ينص على مجموعة من المهام في الفصل 3 التي من بينها تامين مستلزمات الرعاية الأساسية والاحاطة الاجتماعية والتربوية التي تتطلبها وضعيتهم، مع تامين المتابعة اللاحقة للأطفال بالتنسيق مع مختلف الأطراف المعنية، ضبط برامج ملائمة للأطفال لإدماجهم اجتماعيا وتربويا، وبهذا يخضع هؤلاء الأطفال الى نفس البرامج التعليمية والتكوينية التي يخضع لها سائر الأطفال في تونس.

[1]- التقرير الوطني حول وضع الطفولة في تونس، نفس المرجع السابق، ص 24-55.
- فتيحة السعيدي، عماد فرحات، دليل تدريب المكونين: ترجمة حقوق الطفل الى واقع ملموس، اعداد: مرصد الاعلام والتكوين والتوثيق والدراسات حول حماية ح.ط يونيسف، ص 58.

تتفق دول المغرب العربي على توفير الحق في التعليم وإتاحة جميع الوسائل والبرامج الضرورية لذلك، ولا تستثني الأطفال الخاضعين للرعاية البديلة داخل المؤسسات الاجتماعية من ذلك، بل تنطبق عليهم نفس القوانين المنظمة للتربية والتعليم والتكوين، ولعل الهدف من وراء ذلك هو ادماج هذه الفئة من الأطفال في المجتمع، وعدم فصلها عن هويتها الوطنية، والتأكيد على مواكبة التطور في مجال حقوق الانسان عامة وحقوق الأطفال خاصة.

ب –ضمان الحقوق الاقتصادية للطفل

تتلخص الحقوق الاقتصادية للطفل، في حقه في العمل في سن قانونية محددة، الا ان هذا الحق مرتبط بمدى الحماية القانونية المقدمة له خلال تكريسه للعمل. حيث تحرك المجتمع الدولي لمحاربة ظاهرة الاستغلال الاقتصادي للأطفال منذ ميلاد عصبة الأمم المتحدة عام 1919، ومنظمة العمل الدولية التي تعنى بحقوق العمال، الا انها عالجت موضوع عمالة الأطفال من خلال العديد من الاتفاقيات نذكر منها المتعلقة بالسن الأدنى للعمل في عدة مجالات صناعية وعمل الاطفال ليلا في الصناعة[1]، مرورا بإعلان جنيف 1924 وإعلان ح.ط لعام 1959، وصولا الى اتفاقية ح.ط التي ارست قواعد تضمن حماية عمالة الأطفال وهذا ما جاءت به في نص المادة 31:

(1–تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في حمايته من الاستغلال الاقتصادي ومن أداء أي عمل يرجح ان يكون خطيرا او ان يمثل إعاقة لتعليم الطفل او ان يكون ضارا بصحتها وبنموه البدني، او العقلي، او الروحي، او المعنوي، او الاجتماعي.

[1]- بن قو امال، العمالة القاصرة وحمايتها من منظور القانون الدولي "الاتفاقيات الدولية"، دفاتر مخبر حقوق الطفل، عدد4، 2013، ص 86.

2–تتخذ الدول الأطراف التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية التي تكفل تنفيذ هذه المادة، ولهذا الغرض، ومع مراعاة احكام الصكوك الدولية الأخرى ذات الصلة، تقوم الدول الأطراف بوجه خاص بما يلي: ا–تحديد عمر أدني او اعمار دنيا للالتحاق بالعمل

ب–وضع نظام قانوني مناسب لساعات العمل وظروفه

ج–فرض عقوبات او جزاءات أخرى مناسبة لضمان بغية انفاذ هذه المادة بفعالية).

تعرف عمالة الأطفال على انها كل عمل استغلالي يضر بصحة ونماء الطفل بدنيا ونفسيا واجتماعيا، ويحرم الأطفال من التعليم وفرص الحصول على الخدمات الأساسية الأخرى[1].وتنعكس هذه الظاهرة سلبا على الأطفال خاصة إذا كانوا دون السن القانوني للعمل، إضافة الى غياب الرقابة القانونية، خاصة على الأطفال المقيمين في مؤسسات الرعاية الاجتماعية، من خلال هذا تطرح إشكالات حول حق الطفل المقيم في مراكز الرعاية البديلة في العمل، واي حماية مقدمة له من طرف الهيئات الوصية من الاستغلال الاقتصادي؟

1–ظاهرة عمل الأطفال وحمايتها من الاستغلال الاقتصادي في الجزائر:

ظاهرة عمل الأطفال ليست بالظاهرة الجديدة، بل تضرب جذورها في أعماق التاريخ منذ الفترة الاستعمارية، الا ان الظروف المحيطة بالطفل لم تكن لتحميه من الاستغلال الاقتصادي، ذلك ان عمل الأطفال كان لأجل كسب القوت اليومي، ولم يكن الطفل متمدرسا، الا انه بعد الاستقلال وما صاحبه من تغييرات تقلصت نسبة عمالة الأطفال، ولكن ليس بنسب كبيرة نتيجة ظروف العائلات الصعبة، ليقع الطفل الجزائري من جديد في العمل دون السن القانونية[2].

[1]- ماهر جميل أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، 2005، ص 129.
[2]- زياني نوال، عيساوي سفيان، الحماية الدولية لعمالة الأطفال بين النصوص الدولية والوطنية، (الميثاق العالمي لحقوق الطفل لعام 1989 نموذجا)، حماية حقوق الطفل: تشريعا، فقها، قضاء، دار الأيام ط الأولى 2018، ص 2015.

الا ان عمل الأطفال المقيمين في مراكز الطفولة المسعفة، ليست لها صدى واسع، هذا لا يعني عدم تشغيلهم، وانما خضوعهم للنظام القانوني للمؤسسة يحتم على المشرفين على هؤلاء الأطفال المراقبة الدورية، وتوفير الحماية من الاستغلال الاقتصادي الذي يمكن ان يقع فيه الطفل المسعف لعدم ادراكه.

ان قانون احداث دور للأطفال المسعفين، لا يتطرق الى مبادئ لحماية حقوق الطفل، بل ينص على انه من مهام هذه المراكز الايواء والتربية، ولا يتطرق الى حق الأطفال لا في التمهين او التشغيل. الا ان قانون 90-11 الذي يتعلق بعلاقات العمل[1]، تطرق الى موضوع عمل الأطفال، ولكنه ضبطه بقواعد قانونية لا يجوز مخالفتها، وتشمل هذه القواعد كل الأطفال دون استثناء، حتى المقيمون في مراكز الأطفال المسعفين.

وهذا ما سار عليه التعديل الجديد لمؤسسات الطفولة المسعفة في نص المادة 5 حيث ان المصالح المكلفة بالنشاط الاجتماعي المعنية بالأطفال المسعفين، تضمن من خلال تدابير ملائمة مرافقة الأطفال والمراهقين اثناء فترة التكفل قصد تحضيرهم للاندماج الاجتماعي والمهني، ذلك ان ليس كل الأطفال ينجحون في مسارهم الدراسي، فيتحولون الى قطاع التمهين للحصول على شهادات معترف بها، تمكنهم من مزاولة نشاط مهني.

نص المشرع في الدستور بعد التعديل الأخير سنة2016 في نص المادة 69 على ان لكل المواطنين الحق في العمل، مع ضمان الحق في الحماية والامن والنظافة، مع الحق في الراحة، حيث جاء النص عاما يشمل جميع المواطنين، سواء كانوا رجالا او نساء، متمتعين بكامل قواهم الجسدية والعقلية او من ذوي الاحتياجات الخاصة، بالغين كانوا ام قصر، الا ان هذه الفئة الأخيرة والتي وجب حمايتها من الاستغلال

[1]- قانون 90-11 مؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق ل 21 ابريل 1990 يتضمن بعلاقات العمل، ج.ر عدد 17 مؤرخة في 25 ابريل 1990، ص 562.

الاقتصادي، ضمن لها الدستور إمكانية ممارسة بعض الأنشطة المهنية والاعمال، لكن استثناء قيد حريتها في العمل لعدة جوانب إنسانية واعتبارات دولية[1].

من بين القيود الواردة على عمل الأطفال في قانون ع.ع لحمايته من الاستغلال الاقتصادي المادة 15 التي تحدد السن الأدنى للتوظيف ب 16 سنة[2]، وورد على هذه المادة استثناء يتعلق بحالات العمل التي تدخل في إطار عقود التمهين، الذي حددت احكامه بموجب قانون رقم 81-07 المعدل بموجب القانون 01-2000[3].

ان السن الأدنى للعمل الذي حدده التشريع الجزائري يعتبر مبدا ومعيار لحماية القاصر، وهو ما يتوافق مع السن الاجباري للدراسة حتى 16 سنة، وبعد ذلك يمكن للقاصر اختيار الحياة الدراسية او المهنية. الا ان الجزائر لم تأخذ بالسن كمعيار أساسي للعمل، فعقود التمهين يمكن ان تكون اقل من السن المحدد في ق.ع.ع، مقارنة بالسن المحدد قانونا وهو 16 سنة، الذي لم يتغير منذ القانون الأساسي للعامل لسنة 1978[4] الذي اشترط نفس السن الأدنى وبنفس الصياغة القطعية، في نص المادة 44: (**يحدد السن الأدنى للتوظيف بموجب القانون الأساسي الخاص للمستخدم، ولا يمكن في أي حال ان يقل عن 16 سنة**). وهذا ما يبين حماية المشرع الاستغلال الاقتصادي للأطفال حتى قبل الانضمام الى اتفاقية حقوق الطفل[5].

الا ان المشرع ربط حق الطفل في العمل برخصة من وصيه الشرعي، وهنا تتجلى الحماية من الاستغلال الاقتصادي مرة أخرى، الا انه إذا نظرنا الى جانب الوصي الشرعي نجد ان الأطفال المسعفين، لا تتوفر فيهم

[1]- مكي خالدية، الحماية الصحية للعامل القاصر في القانون الجزائري، دفاتر مخبر حقوق الطفل، عدد 4 ، 2013، 57.
[2]- دليل حقوق الطفل، نفس المرجع السابق، ص 33.
[3]- قانون رقم 81-07 مؤرخ 27 جوان 1981، ج.ر رقم 26 لسنة 1981.المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-34 المؤرخ في 8 ديسمبر 1990، ج.ر رقم 56 لسنة 1990، والقانون 2000-01 المؤرخ في 18 جانفي 2000، ج.ر رقم 3 لسنة 2000.
[4]- قانون رقم 78-12 مؤرخ في اول رمضان 1998، الموافق ل 5 غشت 1978، يتضمن القانون الأساسي للعامل، ج.ر عدد 32، السنة الخامسة عشر، صادرة في 4 رمضان الموافق ل 8 غشت 1978.
[5]- علاق نوال، السن الأدنى للعمل كمعيار لحماية الطفل في القانون الجزائري-دراسة مقارنة على ضوء الاتفاقيات الدولية-دفاتر مخبر حقوق الطفل، عدد 4، 2013، ص 89.

هذه الشروط لاختلاف الصياغة بين الوصي الشرعي والولي الشرعي، والممثل الشرعي، كون المشرع لم يضبط الصيغة النهائية لمن يقوم على الطفل، ففي ق.ا ولي الطفل هو والده حسب نص المادة 87 والاحكام التي تليها. اما الممثل الشرعي للطفل حسب المادة 2 من ق.ح.ط وليه او وصيه او كافله او المقدم او حاضنه. اما في ق.ع.ع ينص على وصيه الشرعي، فهل يمكن ان يتوسع هذا المفهوم ليشمل جميع من ذكرناهم سابق الى جانب القائمين على الطفل المسعف في مراكز الطفولة المسعفة؟

ان قانون مؤسسات الطفولة المسعفة لم يتطرق الى من يمثل الطفل قانونا، الا انه من خلال استقراء احكامه نجد ان المادة 17 والتي تحدد مهام المدير انه من بين اختصاصاته تمثيل المؤسسة في جميع الاعمال المدنية، يفهم من خلالها ان للمدير السلطة الفعلية في اتخاذ القرارات بخصوص أمور المؤسسة وما يتعلق بها. بالإضافة الى ما تطرقنا اليه بخصوص قرى الأطفال ان النظام القائمة عليه تعتبر ان مدير القرية اب لجميع الأطفال. وهذا ما لمسناه من خلال زيارة دار الطفولة المسعفة ان أي قرار متعلق بالطفل المسعف يتدخل فيه المدير شخصيا، خاصة في مثل هذه الأمور المهمة، الى جانب العمل الذي يقوم به المكتب البيداغوجي.

كما ان الحماية الصحية للعامل القاصر التي تؤكدها الفقرة 3 من المادة 15 من ق.ع.ع تجسد الحماية الفعلية من الاستغلال الاقتصادي للطفل، وهذا بتوفير الجو الملائم للعمل، عن طريق الفحص الطبي والذي يسبق الالتحاق بالعمل، بشهادة تؤكد سلامة القاصر من أي امراض وتقدم هذه الشهادة من طبيب العمل المسؤول، بالإضافة الى الفحوصات الطبية الدورية الأخرى، اثناء فترة العمل للتحقق من استمرار السلامة الصحية للقاصر.

بالإضافة الى حظر المشرع تشغيل القصر في الاعمال الليلية، لأنها تمثل خطرا على حياتهم او صحتهم او نموهم الجسدي او الذهني[1]، بالإضافة الى توفير النظافة في أماكن العمل، مع عدم جواز استخدام العامل القاصر في الاعمال الخطيرة التي تهدد صحته وكيانه او تمس بأخلاقياته.

اما بخصوص عقود التمهين والتي يمكن ان يقل السن الأدنى للتوظيف عن 16 سنة، تتخذ من حيث المضمون ابعادا إيجابية بالنسبة للعامل القاصر، فهي تعد كبديل لعمل الأطفال، وتجنب التحاق القاصر بالعمل قبل الأوان، حيث تشترط المادة 12 من قانون 81-07، بلوغ 15 سنة على الأقل لقبول ترشحه، وبذلك بخفض السن الأدنى القاعدي من 16 الى 15 سنة في مجال التمهين. وبهذا لا يسمح للطفل بالعمل قبل بلوغه هذا السن، الا إذا كان هدفه من دخول سوق العمل هو الحصول على تكوين عن طريق التمهين كما ان حفظ صحة وامن وعدم استخدامه في الاعمال الخطيرة حقوق مضمونة للقاصر الممتهن[2].

وبهذا تتجلى الحماية القصوى للطفل العامل من الاستغلال الاقتصادي وضمان حقوقه الاقتصادية دون تمييز بين الأطفال، وتمكين كل طفل من هذه الحقوق ان لم تكن تشكل عائقا ضد مصلحته الفضلى.

2-حماية عمل الأطفال من الاستغلال الاقتصادي في دولتي المغرب وتونس:

ان ظاهرة عمل الأطفال تجد مكانها في كل دول العالم، الا ان هناك فرق بين تقديم الحماية للفئة العاملة من الأطفال، وبين الفئة التي يتم استغلالها اقتصاديا، ونخص بالذكر الأطفال المقيمين في مراكز الرعاية الاجتماعية البديلة في كل من المغرب وتونس.

[1]- مكي خالدية، الحماية الصحية للعامل القاصر في القانون الجزائري، نفس المرجع السابق، ص 59-63.

[2]- علاق نوال، حماية العامل القاصر الممتهن في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 6، 2015، ص 12-13.

- حاج سودي محمد، التنظيم القانوني لتشغيل الا طفال، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه/ جامعة تلمسان، 2016/2015، ص 157.

الفقرة الأولى: حماية عمل الأطفال في المغرب

في إطار استراتيجية متكاملة تقوم على المبادئ الدولية والوطنية، اتخذت المغرب تدابير من اجل حماية الأطفال ضد أي شكل من اشكال الاستغلال الاقتصادي، وادخلت مستجدات على مستوى التشريع، لا سيما من خلال مدونة الشغل[1].

وبالرجوع الى قانون مؤسسات الرعاية الاجتماعية فانه ينص في المادة 5 على ضمان التكوين والتأهيل الوظيفي للخاضعين للرعاية البديلة، الا انه لا يتطرق بصريح العبارة الى عمل الأطفال او حمايتهم من الاستغلال الاقتصادي، ما يبين ان القواعد المحددة للعمل في مدونة العمل، تشمل جميع المواطنين بما فيهم فئة الأطفال دون تمييز.

حدد القانون المغربي سن التشغيل ب 15 سنة كاملة، الا ان المغرب يعرف ظاهرة عمالة الأطفال بكثرة، وفي سن مبكرة عن السن القانوني المحدد، وهذا ما حاولت الدولة تداركه بحلول قانونية واقتصادية للتصدي لهذه الظاهرة.

من بين التدابير الجديدة التي اتخذتها وزارة التشغيل والتكوين المهني، يمكن ذكر ما يلي: انشاء المكتب الوطني لمحاربة تشغيل الأطفال، داخل هذه الوزارة وهو مكلف بالتنسيق مع القطاعات الحكومية ومختلف الفاعلين في محاربة الاستغلال الاقتصادي للأطفال، انشاء لجنة توجيهية وطنية، تتكون من ثلاثة أطراف، من اجل محاربة تشغيل الاطفال، وهي مكلفة بالإشراف على تنفيذ الانشطة في هذا المجال. تنظيم العديد من الدورات التدريبية في مجال محاربة تشعيل الأطفال، توعية الشركاء الاجتماعيين بمضار العمل المبكر والاشغال

[1]- ظهير شريف رقم 1-03-194 صادر في 14 من رجب 1424 الموافق ل 11 سبتمبر 2003، بتنفيذ القانون رقم 99-65 المتعلق بمدونة الشغل، ج.ر عدد 5167 بتاريخ 13 شوال 1424 الموافق ل 8 سبتمبر 2003، ص 3969، تم تحيينه بموجب القانون رقم 11-58 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432الموافق ل 25 أكتوبر 2011.

الخطيرة، انجاز دورات وابحاث في مجال محاربة عمل الأطفال، اعداد القطاع المكلف بالتدريب المهني استراتيجية جديدة تستهدف المنقطعين عن الدراسة.

وفي عام 2007 نظمت وزارة التضامن الحملة الوطنية للتوعية بشأن مكافحة تشغيل الفتيات الخادمات تحت شعار "جميعا ضد تشغيل الطفلات الخادمات"، ووقعت اتفاقية ترمي الى وضع إطار للشراكة لدعم الأنشطة المتعلقة بمكافحة تشغيل هذه الفئة من الفتيات، بين الوزارة وستة شركاء مؤسسيين وهم: اللجنة التوجيهية للمبادرة الوطنية للتنمية البشرية، ووزارة التربية الوطنية، والمرصد الوطني لحقوق الطفل، ووكالة التنمية الاجتماعية، ومؤسسة القروض الصغرى والتعليم، والشبكة الجهوية لجمعيات التنمية، وفي عام 2010 نظمت الوزارة الحملة الوطنية الثانية للتوعية بشان مكافحة تشغيل الطفلات الخادمات تحت شعار "جميعا من اجل حماية أطفالنا"[1].

انبثقت عن هذه الحملات الوطنية حول ظاهرة تشغيل الفتيات الصغيرات في المنازل كخادمات، مشروع قانون يحمي هذه الفئة من الأطفال، بالإضافة الى فئات أخرى من المجتمع المغربي، وينادي بمناهضة تشغيل الأطفال دون سن 15 سنة، ذلك ان الأطفال المسعفين ليسوا بمنأى عن هؤلاء الأطفال فيمكن استغلالهم، وتعريضهم لأعمال فوق طاقتهم وسنهم، إضافة الى اعمال التعنيف التي تتعرض لها هذه الفئة. والذي أكد على ضرورة توفير الظروف الملائمة للعمل المنزلي وحماية صحتهم وفق ما جاءت به المواثيق الدولية من احكام حول عمل الأطفال وعدم استغلالهم[2].

[1]- التقريران الدوريان الثالث والرابع للدول الأطراف، لجنة حقوق الطفل، المغرب، ص 54-57.

[2]- راي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيني، مشروع قانون رقم 12-19 متعلق بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلقة بالعمال المنزليين، إحالة رقم 2013/05. ص 5-11
- دخل مشروع القانون رقم 12-19 حيز النفاذ بموجب ظهير شريف رقم 121-16-1 صادر في 6 ذي القعدة 1437 الموافق ل 10 أغسطس 2016 بتنفيذ القانون رقم 12-19 بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلقة بالعاملات والعمال المنزليين، ج.ر عدد 6493 الموافق ل 18 ذو القعدة 1437 ل 22 أغسطس 2016، ص 6175.

إضافة الى موضوع تشغيل المعاقين، حيث نصت المادة 17 من قانون الرعاية الاجتماعية للمعاقين[1]، انه لا يمكن ان تكون الإعاقة سببا في حرمان المواطن من الحصول على عمل في القطاع العام او الخاص، إذا توفرت فيه المؤهلات الازمة للقيام بذلك، ولم تحدد أي فئة من المعاقين ان كانوا قصر او بالغين، بل حددت المصطلح بالمواطن المعاق، وبهذا يمكن للطفل المعاق المسعف حق الحصول على عمل وحمايته من الاستغلال الاقتصادي.

الفقرة الثانية: حماية حق العمل والحماية من الاستغلال الاقتصادي في تونس

ينص قانون الرعاية الاجتماعية في فصله الثالث على ان المؤسسة تضمن ادماج الأطفال مهنيا، من خلال اعداد برامج، وتضمن لهم المؤسسة المتابعة اللاحقة، وبهذا يكون للطفل المسعف ضمان قانوني لتكريس حقوقه الاقتصادية وضمان عدم استغلاله، ذلك ان الدور الذي تلعبه هذه المؤسسات في الحفاظ على مصلحة الطفل، يبين مدى محاولة المشرع التونسي تفعيل مبادئ اتفاقية ح.ط، بعد المصادقة عليها، وهذا ما يظهر جليا من خلال النصوص التشريعية المستحدثة او التي تم تعديلها.

وفي إطار حق الطفل في الحماية من الاستغلال الاقتصادي شهدت سنة 2008 النص الترتيبي المتعلق بالترفيع في الاجر الأدنى المضمون لمختلف المهن، والمتمثل في الامر عدد 2072 لسنة 2008 المتعلق بالترفيع في الاجر الأدنى المضمون لمختلف المهن في القطاعات غير الفلاحية الخاضعة لمجلة الشغل، والذي يتضمن احكاما تهدف الى حماية اجر العمال الشبان من خلال التنصيص بفصله 4 على انه: (**لا يمكن في اية حال ان يتقاضى العمال الشبان البالغون اقل من 18 سنة اجرا اقل من 85 بالمئة مما يتقاضاه**

[1]- ظهير شريف رقم 30-92-1 صادر في 22 ربيع الأول 1414 بتنفيذ القانون رقم 92-07 المتعلق بالرعاية الاجتماعية للأشخاص المعاقين، ج.ر بتاريخ 4 جمادى الأولى 1414 الموافق ل 20 أكتوبر 1993.

العامل الكهل)[1]. وجاءت هذه المادة تطبيقا لأحكام الفصل 53 من مجلة الشغل التي اقرت بحق الأطفال في الشغل وحددته ب 16 سنة، وذلك انسجاما مع اجبارية التعليم من 6 الى 16 سنة[2].

الا ان هذا السن المحدد في هذا الفصل ترد عليه استثناءات في الفصول التي تليه، الا ان البعض منها لا ينطبق على الطفل المسعف الخاضع لنظام الرعاية البديلة، خاصة في حالة تشغيل الأطفال في المؤسسات التي يعمل فيها أعضاء العائلة تحت سلطة الاب او الام او الوصي، ذلك انه لا تتوفر فيه الشروط الأساسية للتشغيل الا في حالات الحصول على الموافقة من طرف مدير مركز الرعاية البديلة.

الا انه يمكن ان يعمل في الاشغال الفلاحية الخفيفة التي لا تضر بصحته ونموه وتوفر له الظروف المناسبة للدراسة، في سن مبكرة حددها القانون ب 13 سنة. كما اوجب القانون خضوع الطفل العامل الى الفحص الطبي، ويتم هذا الفحص قبل ولوج الطفل للمؤسسة المستخدمة وامضاء العقد، وبعد تأهل الطفل للعمل يكون موضوع مراقبة طبية مستمرة الى حين بلوغ 18 سنة.

كما نصت مجلة الشغل على ان برامج التكوين المهني المصادق عليها من طرف السلطة العمومية المختصة والتي ينفذ جزء أكبر او كله في المنشاة، إضافة الى البرامج الارشادية او التوجيهية التي ترمي الى اختيار مهنة او نوع التكوين، لا تتدرج ضمن احكام الفصل 53 من المجلة، ذلك انها لا تعد اعمال ولا يقبض العامل او المتربص عليها أي اجر.

[1]- التقرير الوطني لوضع الطفولة في تونس، نفس المرجع السابق، ص 72.
[2]- علاق نوال، السن الأدنى للعمل كمعيار لحماية الطفل في القانون الجزائري، نفس المرجع السابق، ص 91.

ثانيا: ضمان الحقوق الثقافية للطفل

ان ضمان الحقوق الثقافية للطفل يعني ضمان القيم الإنسانية والتشبع بروح العمل الجماعية وابداء الآراء وتقبل الاختلافات، وبناء شخصية الطفل المستقبلية المستقلة، ولهذا بادرت مختلف الدول الى وضع برامج ومخططات لتوفير حماية عدم التعدي على الحقوق الثقافية للطفل.

تختلف وتتعدد الحقوق الثقافية للطفل، خاصة الطفل المسعف او المحروم من العائلة، ذلك ان غياب ولي امره او عائلته المكلفة برعايته، يجعل من المؤسسة الايوائية هي المصدر الوحيد لتقديم هذه الخدمات، عن طريق برامج محددة تكلف بها المؤسسة او الجمعيات الخيرية او المؤسسات التي لها علاقة بالموضوع في إطار التعاون، الا ان توفير هذه الخدمات يكون في إطار منظم ويخضع للرقابة من السلطات الوصية.

ا–الحقوق الثقافية في اتفاقية حقوق الطفل

ان الحقوق الثقافية للطفل وليدة الانتهاكات التي طالت هذه الفئة من المجتمع لعدة عقود ان لم نقل لقرون من الزمن، نتيجة الحروب والصراعات ما بين الدول، او حتى لثقافة راسخة في بعض الدول المتخلفة. حتى وان كانت هناك مواثيق دولية نادت بضرورة احترام هذه الحقوق، الا ان اتفاقية حقوق الطفل ارست مبادئ دولية وألزمت الدول الأطراف بضرورة احترامها عن طريق التقيد بالتقارير ومراقبة لجنة حقوق الطفل.

ان المبادئ والقواعد المتمثلة في الحقوق الثقافية تختلف نذكر منها:

–حق الطفل في التعبير عن آرائه بحرية في جميع المسائل التي تمسه ويجب الاستماع اليه: حسب نص المادة 13 من الاتفاقية: ان هذه المادة غيرت المفهوم التقليدي للطفل، حيث تساهم في بناء سليم لشخصية مستقلة، وهي تنادي بضرورة اخذ قرارات الطفل بعين الاعتبار، حيث ان حرية التعبير عن رايه والتي هي

مكفولة قانونا تخول له اتخاذ قرارات، ولكن يبقى العمل بهذا المبدأ حبيس السن القانوني للطفل، حيث يمكن للطفل المميز ان يصنع الفارق بقراراته في ممارسته لحريته في التعبير، وهذا ما يعكس درجة نمو الطفل، ويبقى للأشخاص المتعاملة مع الطفل، الاخذ من عدمه برايه، حفاظا على مصلحته، خاصة في المسائل القضائية والتي تبقى السلطة التقديرية للقاضي.

–حق الطفل في طلب جميع أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها واذاعتها سواء بالقول او الكتابة او الطباعة او الفن، حسب نص المادة 13 من الاتفاقية: ان هذا المبدأ يجسد حرية التعبير الممنوحة للطفل، ومشاركته في ندوات ثقافية او فنية، وحقه في تلقي المعلومات سواء في اطار بيداغوجي منظم في او اطار اجتماعي ثقافي عن طريق الكتاب او المكتبات او المشاركة في الحصص التثقيفية التعليمية، وهذا المبدأ مكرس لجميع الأطفال، الا ان هناك مجموعة من الأطفال الذين يمتلكون مواهب ثقافية، تضمن لهم الدول الأعضاء تنمية هذه المواهب عن طريق برامج.

–حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين: حسب نص المادة 14 من الاتفاقية، ان هذا المبدأ يبين التنوع الثقافي الذي تزخر به الدول، حيث توجد داخل الدولة عدة انتماءات ثقافية ودينية، حيث تعطي هذه المادة الحرية التامة للأطفال في المعتقدات واختيار الدين، الا انها لم تميز بين الأطفال في السن، وهذا ما يوضح عدم إعطاء مساحة واسعة لتطبيق هذا المبدأ، حيث وضع استثناء عليه وهو احترام الدول الأطراف حقوق ووجبات الوالدين في توجيه الطفل في ممارسة حقه، وهذا ما يبين تفعيل السلطة الابوية على الأطفال من طرف اوليائهم او اوصيائهم او القائمين على الطفل. فليس كل الأطفال يخضعون للرعاية الاسرية.

–حق الطفل في حرية تكوين الجمعيات وفي حرية الاجتماع السلمي: حسب نص المادة 15 من الاتفاقية، ان هذه المادة توضح الجمع بين الحقوق الثقافية والمدنية للطفل. ذلك ان هذه الجمعيات قد تكون ذات طابع ثقافي كانتماء الطفل او تكوين جمعية حول الفنون المسرحية او الرسم.

–حق الطفل في الاعلام: حسب نص المادة 17 من الاتفاقية، تم التأكيد في هذه المادة على ضرورة الدولة تشجيع وسائل الاعلام على نشر المعلومات والمواد ذات المنفعة الاجتماعية والثقافية للطفل وتشجيع وضع مبادئ توجيهية ملائمة لوقاية الطفل من تعرضه للمعلومات والمواد التي تضر بمصالحه.

الحق الطفل في المشاركة: هو من الحقوق الثقافية المضمونة للطفل في إطار منظم من السلطات الوصية الموجهة لفائدة الأطفال الخاضعين للرعاية الاسرية والمقيمين في مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة. نصت عليها اتفاقية ح.ط في المادة 23 بوصفها هدفا خاصا بالأطفال المعاقين، والمادة 31 التي تبين حق الطفل في المشاركة في الحياة الثقافية عن طريق الأنشطة الثقافية والفنية أوقات الفراغ. ومن هنا تتجسد الفكرة الأساسية لحقوق الطفل الثقافية.

ان الحقوق الثقافية التي نصت عليها الاتفاقية، هي مبادئ أساسية تفرض على المتعامل مع الطفل عدم التعدي عليها، ويكون ذلك بتأطير قانوني من طرف الدول الأعضاء، حيث تشمل كل فئات الاطفال منذ الولادة الى غاية بلوغ سن الرشد القانونية، وبهذا يتعين على القائمين على الأطفال الخاضعين لنظام الرعاية الاجتماعية البديلة احترام جميع الحقوق التي نصت عليها الاتفاقية.

ب–ضمان الدول المغاربية حق الطفل الخاضع لنظام الرعاية البديلة في الثقافة:

تضمن كل من الجزائر والمغرب وتونس مجموعة من الحقوق الثقافية للأطفال داخل مؤسسات الرعاية الاجتماعية، عن طريق برامج ثقافية فنية، معلوماتية تساهم في نمو طبيعي للطفل، للتأقلم مع حياة الرعاية المؤسساتية البديلة، او للخروج من الحالة النفسية التي يمكن ان يتعرض لها الطفل بعد التخلي عن كفالته.

1–حقوق الطفل الثقافية في الجزائر:

سهرت الجزائر على اعمال حقوق الطفل وتكريسها على ارض الواقع خاصة بالنسبة للأطفال المسعفين، ذلك ان هذه الشريحة تحتاج الى رعاية خاصة، وحماية قانونية من كل محاولات الاستغلال.

ولعل اهم الحقوق الثقافية للطفل المسعف خاصة بعد التخلي عن كفالته وعودته الى مركز الطفولة المسعفة هو حقه في الراحة والتسلية في أوقات الفراغ، هذا الحق الذي أوردته اتفاقية ح.ط في المادة 31، إضافة الى الحقوق الأخرى والتي تلتزم بها المؤسسة منها الحق في المشاركة والحق في تلقي المعلومات والاعلام والحق في حرية التعبير، والحق في الفكر والوجدان والدين.

يضمن قانون مؤسسات الطفولة المسعفة من خلال مجموع المهام الموكلة للمشرفين على هذه المراكز، التنمية المنسجمة لشخصية الأطفال والمراهقين ويكون هذا عن طريق برامج ونشاطات تحددها المؤسسة، ويقترحها ويعدها المجلس النفسي الطبي التربوي، كما يضمن متابعتها وحسن تنفيذها[1].

الا ان هذا القانون لا يبين نوعية البرامج المقدمة لهؤلاء الأطفال، ولا برامج متابعة خاصة للأطفال المتخلى عن كفالتهم، الا انه من خلال معاينة هذه المراكز تبين لنا انها برامج متنوعة، منها المبرمجة داخل المؤسسة،

[1]- انظر المواد 5-12-19 من قانون مؤسسات الطفولة المسعفة.

ومنها التي تكون خارجها، كما يمكن ان تكون هناك برامج مشتركة مع الجمعيات او المؤسسات الوطنية الأخرى التي لها صلة بالموضوع، كما يمكن ان تشرف عليها م.ن.اج.ت.

من بين البرامج المقدمة لفائدة هؤلاء الأطفال داخل مركز الطفولة المسعفة: نشاطات رياضية، نشاطات فنية، العاب أطفال، مكتبة للمطالعة، كما تختلف البرامج المقدمة بين الأطفال اقل او أكثر من ست سنوات، إذا كان الأطفال ينتمون الى مركز ايوائي واحد، اما إذا كان المركز خاص بالأطفال دون الست سنوات حيث يضم بنات واولاد، فان البرنامج الداخلي الأول يتمثل في العاب الأطفال، ونشاطات يدوية ورياضية تتلائم مع سنهم.

اما بالنسبة للبرامج الخارجية، والتي تكون اغلبها في العطل المدرسية، والعطل الوطنية، يخصص لها غلاف مالي، او يكون بالتنسيق مع الجمعيات التي تنشط في هذا المجال او في الاعمال الخيرية، الا ان أحيانا حصول الجمعيات على الموافقة من م.ن.اج.ت، ومن مدير مركز الطفولة المسعفة، ليس بالأمر الهين، وان تمت الموافقة يكون المربي مسؤول عن الأطفال بالإضافة الى طاقم من إدارة المؤسسة. وتتنوع هذه البرامج بين تنظيم رحلات، ومخيمات صيفية، وعروض مسرحية والعاب خفة، كما يمكن تنظيم مسابقات ثقافية بين المراكز.

كما يمكن للأطفال المسعفين الاستفادة من المراكز الثقافية المتواجدة على مستوى كل البلديات في كل ولاية والتي تضم نشاطات ثقافية متعددة، منها الاعلام الالي، المطالعة، الرسم، الشطرنج، الموسيقى، ويتم هذا بموافقة من مدير المركز او من طرف المكلف بالأعمال البيداغوجية داخل المركز. ويمكن الاستفادة

من هذه المراكز التي أحدثها المشرع الجزائري عن طريق المرسوم رقم 86-341 الذي ينظم مراكز الشباب لقضاء العطل والترفيه[1]، وهي على أربعة أصناف:

-مراكز الأطفال الذين تتراوح أعمارهم بين 7 و10 سنوات.

-مراكز الأطفال، الذين تتراوح أعمارهم بين 11 و14 سنة.

-مراكز عطل للمراهقين، الذين تتراوح أعمارهم بين 15 و18 سنة.

-مراكز ملائمة للأطفال الذين لهم 6 سنوات.

هذا التصنيف وضعه المشرع الجزائري من اجل تسهيل التطوير النفسي والبدني للطفل والنشاطات التي تمارس فيه متطابقة مع تلك التي تعدها وزارة الشبيبة والرياضة، بالتشاور مع المؤسسات والهيئات المعنية، تحدد حسب سن الأطفال[2].

اما بخصوص الحقوق الثقافية الأخرى منها التعبير عن رايه بحرية، وحقه في طلب المعلومات والأفكار وتلقيها، والحق في حرية الفكر والوجدان، هذه كلها حقوق مضمونة للطفل المسعف داخل مراكز الطفولة المسعفة، حسب درجة استيعاب الأطفال، والأطفال المعاقين خاصة منهم المعاقين ذهنيا، تضمن لهم جميع حقوقهم الثقافية، دونما أي تمييز بين اقرانهم من الأطفال الاخرين.

اما بخصوص حرية المعتقد والدين، فان الأطفال الذين تم التخلي عنهم منذ ولادتهم، والأطفال مجهولي النسب المولودين فوق التراب الجزائري، ينتمون الى الإسلام إضافة الى الأطفال الذين تم التخلي عن كفالتهم، ذلك ان أساس الكفالة اسلام الكافل وتربيته على الدين الإسلامي، ولهذا لا يعتقد تربية الطفل على دين

[1]- المرسوم رقم 86-341 المؤرخ في 23ديسمبر 1986الذي يحدد احداث مراكز للشباب لقضاء العطل والترفيه وتنظيمها وسيرها، ج.ر عدد 53، مؤرخ في 24 ديسمبر 1986، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 92-453 المؤرخ في 6ديسمبر 1992، ج.ر عدد 88 مؤرخ في 13 ديسمبر 1992.

[2]- المادة 10 من المرسوم رقم 92-453 المتعلق بمراكز الشباب.

اخر، الا ان الاشكال يطرح بالنسبة للأجانب الممنوحة لهم الكفالة، يمكن ان يؤدي الى تبني الطفل معتقدات خارجة عن الإسلام، وهنا يكون الدور الأساسي لمراكز الطفولة المسعفة والمربيين القائمين على الطفل لإكسابه تعاليم الدين الإسلامي.

ان المشرع الجزائري عمل على توفير الحرية الكافية للأطفال من خلال الحقوق الثقافية لتنمية قدراته الفكرية والجسدية، ومن خلال الأنشطة الترفيهية والفنية والرياضية على كل المستويات، فالمشاكل التي تعترض الأطفال، تؤثر على طبعهم بالدرجة الأولى، ما يجعلهم متواجدين في وضعية صعبة، اما بوجود خطر يعترضهم او يصبحوا عرضة للانحراف، وهذا ما يفسر الانزلاقات التي يقع فيها الأطفال المسعفون الذين لا يستفيدون من الرعاية الكافية بمختلف أنواعها[1].

2-حقوق الطفل الثقافية في المغرب وتونس:

تقر دولتي المغرب وتونس بالحقوق الثقافية للطفل بصفة عامة، وللطفل الخاضع لنظام الرعاية البديلة في مؤسسات الرعاية الاجتماعية بصفة خاصة، من خلال مجموعة من البرامج توجه للأطفال دون تمييز، وهذا ما سنبينه اتباعا:

الفقرة الأولى: حقوق الطفل الثقافية في المغرب

كما سبق الإشارة اليه ان المغرب تعرف نوعين من نظام الرعاية المؤسساتية البديلة للأطفال، من خلال فتح المجال امام المؤسسات الخاصة للتكفل بالأطفال داخل مراكز، الى جانب المؤسسات التابعة للقطاع العمومي، هذا ما يؤدي بنا الى طرح اشكال حول البرامج الثقافية التي تتبعها هذه المراكز؟

[1]- موالفي سامية، نفس المرجع السابق، ص 172-173.

تنص المادة 5 من قانون مؤسسات الرعاية الاجتماعية على ضرورة تقديم الخدمات الثقافية والترفيهية للطفل المقيم فيها، ولا تميز بين المؤسسات الخاصة او العمومية، ما يبين ان هذا الحق أساسي ومخول لجميع الأطفال، وتكون المراقبة على تفعيل المهام الموكلة لهذه المؤسسات عن طريق لجنة المراقبة والتتبع حسب نص المادة 24 التي تشرف على تتبع مدى تنفيذ هذه البرامج من عدمها، وترفع تقرير للوزارة الوصية.

تضع وزارة الشباب والرياضة الطفولة في صدارة أولوياتها من خلال تنفيذ أنشطة تربوية ورياضية وثقافية وترفيهية، وتنفذ هذه الأنشطة في مراكز الاستقبال التي يصل عددها الى 33 مركزا في جميع جهات المغرب، وتتيح هذه المراكز خدمات التنشيط الثقافي والفني والعلمي والرياضي والسياحي.

بالإضافة الى ذلك، توفر شبكة دور الشباب اللقاء وتبادل الأفكار بين الأطفال والشباب، وتقترح فيها انشطة تديرها الدولة وأخرى تديرها الجمعيات. وتقدم هذه الأنشطة في مراكز الرعاية الاجتماعية البديلة بالشراكة مع القطاعات الحكومية والفاعلين الخواص، التي تساهم في تفعيل حق الطفل في التعبير عن آرائه المكفولة دوليا ووطنيا.

وفي مجال الترفيه والأنشطة الثقافية، تنفذ وزارة العدل والحريات منذ عام 2003 برنامجا وطنيا للمخيمات، وتنظم وزارة التربية الوطنية ووزارة الثقافة أيضا أنشطة رياضية وتوعوية وثقافية[1].

الفقرة الثانية: حقوق الطفل الثقافية في تونس

ان قانون مراكز الرعاية الاجتماعية لا يبين حقوق الأطفال داخل هذه المراكز، الا عن طريق اعداد برامج للطفل لتكوينه، ولكن دون تحديد نوعية هذه البرامج، ما يودي بنا الى الرجوع الى مجلة ح.ط التي توضح في فصلها الأول على مجموعة متكاملة من المبادئ والحفاظ على هوية وثقافة الطفل، من خلال

[1]- لجنة حقوق الطفل، التقريران الثالث والرابع لدولة المغرب، نفس المرجع السابق، ص 48.

الارتقاء بالطفولة بما لها من خصوصيات ذاتية تميز امكانياتها الجسمية، وميولاتها الوجدانية وقدراتها الفكرية ومهاراتها العلمية، بالإضافة الى مشاركة الطفل بالطرق الملائمة في كل ما يعنيه واحترام حقوقه وتعزيزيها، باعتبار مصلحته الفضلى.

كما نص الفصل 10 على ان هذه المجلة تكفل للطفل حقه في التعبير عن آرائه بحرية وتؤخذ هذه الآراء بما يستحق من الاعتبار وفقا لسنه ودرجة نضجه. وابداء الراي خاص بكل الأمور التي تعنيه خاصة منها الاجتماعية والتعليمية وحتى القضائية. الا ان هذه المجلة لم تتطرق الى جميع الحقوق الثقافية للطفل منها الحق في المشاركة واللعب والترفيه. الا ان الواقع الاجتماعي في، تونس يبين غير ذلك وهذا من خلال مساهمة الوزارات الوصية منها وزارة المرأة والاسرة ووزارة الرياضة ووزارة الثقافة في اعداد برامج للأطفال، دون تمييز، منهم الأطفال العاديون والخاضعون لنظام رعاية بديل، والأطفال المعاقين[1].

ان الاهتمام الرئاسي بالطفولة تجلى من خلال برنامج 'تونس الغد' الذي ساهم في تعميم فضاءات التكنولوجيات الرقمية الموجهة للطفل وتسيير استعمالها لكل الأطفال حتى ذوي الاحتياجات الخاصة. وتم اعمال هذا البرنامج من خلال توفير مقومات وسائل الترفيه والتثقيف بتجهيزات من مرافق وانشطة متنوعة منها: دور الثقافة والشباب، والمكتبات العمومية الثابت منها والمتنقل، الى جانب نوادي الأطفال ونوادي التنشيط التربوي بمؤسسات التعليم والتكوين ونوادي مراكز إعلامية، والملاعب والمنتزهات الحضرية والمحميات الطبيعية، وفضاءات الثقافة الرقمية.

ومن جهة أخرى ساهمت وزارة شؤون المرأة والاسرة والطفولة بتقريب الخدمات الإعلامية من الأطفال الذين يتوافدون على نوادي الأطفال عبر احداث فضاءات خاصة بالإعلامية. بالإضافة الى تهيئة فضاءات

[1]- محمد الحبيب الشريف، نفس المرجع السابق، ص 16-18/ 57-60.

الأطفال والشباب والمكتبات البيئية وحدائق الحيوانات، كما تساهم جمعيات المجتمع المدني في توفير الجو الثقافي للأطفال عن طريق خطط للترفيه الى الأماكن والمنتزهات، خاصة بالنسبة للأطفال المسعفين.

ولرعاية مواهب الأطفال وقدراتهم خصصت الدولة تربصات وتكوينات، عن طريق تنظيم مسابقات وطنية منها: المسابقة الوطنية لابداءات الناشئة موجهة لرواد مكتبات الأطفال من 8 الى 18 سنة، كما لا تستثني الأطفال المقيمين في مؤسسات الرعاية الاجتماعية بل تستهدف جميع الأطفال، بالإضافة الى المسابقة الوطنية لأوفى المطالعين.

كما خولت حق المشاركة للطفل الذي تنص عليه اتفاقية ح.ط في المادة 31 من خلال مجموعة من البرامج أهمها: برلمان الأطفال حيث يمكن للأطفال التعبير عن آرائهم في مواضيع متعلقة بهم وتعويدهم على المشاركة في الحياة العامة. بالإضافة الى مجالس البلديات للأطفال للمشاركة في الحملات التحسيسية للبيئة والصحة واعمال حق الترفيه، وزيارة لمستشفيات والمرضى.

كما ان نوادي الأطفال الثقافية تساهم في مشاركة الأطفال في التحاور وتقبل اراء الاخرين، ومشاركة الطفل في الاعلام سواء السمعي البصري او السمعي او الاعلام المكتوب حظي بمكانة مميزة من خلال المشاركة الفعالة للأطفال سواء من خلال الاذاعة التلفزيون او الصحف[1].

[1]- التقرير الوطني حول وضع الطفولة في تونس، ص 98-99 / 130-133.

المبحث الثاني: الإجراءات القانونية لعودة الطفل إلى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة، والإشكالات القانونية التي تعترضه

ان تغير الوضعية القانونية للطفل سواء من الرعاية المؤسساتية البديلة الى الرعاية الاسرية، ومن الاسرة الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية يشكل فارقا كبيرا، يمكن ان ينعكس عليه سلبا، ويؤثر على مردوده الدراسي، وحتى مشاركته الاجتماعية. فالتخلي النهائي على كفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، او عدم إجازة القاضي انتقال الطفل الى والديه الأصليين حفاظا على مصلحته، يجد الطفل نفسه في وضعية اجتماعية مغايرة، حتى وان كانت مؤطرة، الا انها تبقى ناقصة بسبب اختلاف نوع الرعاية المقدمة.

هذا ما يستوجب اتخاذ التدابير القانونية الازمة للحفاظ على مصلحة الطفل من أي خطر يمكن ان يتعرض له، وخاصة في هذه المرحلة الانتقالية، الا ان هناك إجراءات قانونية محددة يجب اتباعها لعودة الطفل بعد التخلي عن كفالته الى المؤسسات المختصة بالرعاية البديلة، فماهي الإجراءات القانونية المتبعة لعودة الطفل الى مراكز الرعاية الاجتماعية، وما هي مجمل الإشكالات القانونية التي يمكن ان تعترضه؟

من خلال ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول الى الإجراءات القانونية لعودة الطفل الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة، اما المطلب الثاني خصصناه للإشكالات القانونية التي تعترض الطفل بعد عودته الى هذه المؤسسات.

المطلب الأول: الإجراءات القانونية المتبعة لعودة الطفل الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة

ان عودة الطفل الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة يتطلب اتباع إجراءات قانونية محددة تتخذ بعد إلغاء عقد الكفالة، والتي تستدعي رجوع الطفل إلى المؤسسة التي كان بها قبل كفالته، أو إلى مؤسسة أخرى غير تلك التي احتوته لأول مرة.

فالإشكال يطرح في هذه المرحلة حول الجهة المختصة بإرجاع الطفل إلى مؤسسة الرعاية البديلة، وعلى أي أساس يتم تكييف عودة الطفل الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة، وهل يحق له ابداء رايه في هذه المسالة ان كان مميزا؟

الفرع الأول: الإجراءات الأولية

تختلف الإجراءات القانونية المتبعة لعودة الطفل الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة بين الدول المغاربية، خاصة ان هناك من الدول التي تجيز الرعاية المؤسساتية من طرف الخواص مثل المغرب. الا ان الاشكال القانوني الذي يطرح في هذه المسالة هو الاختصاص القضائي، ودور الأجهزة الإدارية في هذه المرحلة.

ان مؤسسات الرعاية الاجتماعية تختلف، سبق لنا ان وضحنا ذلك في كل الدول المغاربية، وتتبع نظام قانوني محدد، بعد التخلي عن كفالة الطفل، هل يمكن ان يعود الطفل للمؤسسة الاجتماعية التي كان فيها قبل ان تتم كفالته؟ وبعد عودته ما هي الإجراءات القانونية او التدابير التي يخضع لها؟

أولا: ايداع الطفل مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة

بعد التخلي عن كفالة الطفل مجهول النسب، او حتى الطفل معلوم النسب جهة الام، بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه، فان ارجاع الطفل الى مؤسسة او مركز الرعاية الاجتماعية البديلة هو السبيل الوحيد لحماية الطفل من التعرض الى أي تعنيف، او التشرد او حتى الجنوح. الا ان الإجراءات المتبعة تختلف بين الدول المغاربية، وهذا ما سنحاول توضيحه اتباعا:

ا-إيداع الطفل مؤسسة الرعاية الاجتماعية البديلة في الجزائر:

تنص المادة 125 من ق.ا على: (**التخلي عن الكفالة يتم امام الجهة التي اقرت الكفالة، وان تكون بعلم النيابة العامة، وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة الى الورثة ان التزموا بذلك، والا فعلى القاضي ان يسند امر القاصر الى الجهة المختصة بالرعاية**).

تنص هذه المادة على اجراء قانوني في حال عدم إجازة الورثة الكفالة، واقرارهم بالتخلي عنها، حقيقة ان هذه النقطة المتعلقة بإلغاء الكفالة منظمة في ق.ا.م.ا، حيث يتبين من خلالها الدور الإيجابي للقاضي المختص، الا انه لم يبين المشرع نوع الجهة المختصة بالرعاية، هل هي مراكز الطفولة المسعفة، او مراكز حماية الطفولة. بل اكتفى بذكر الجهة المختصة والتي يتبين من خلالها إيلاء السلطة التقديرية للقاضي حسب الوضعية القانونية للطفل. واشكالية أخرى تطال هذا الموضوع هو الغاء كفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية عند الموثق. وهذا ما سنحاول تحليله اتباعا:

1-الكفالة القضائية:

ان الطفل الذي خضع لنظام الكفالة القضائية، أي ان كفالته تمت عن طريق قاضي شؤون الاسرة، تختلف الإجراءات بينه وبين الطفل الذي تمت كفالته عن طريق الموثق.

ان قاضي الاسرة هو المختص نوعيا بإلغاء الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، في حالة الوفاة والطلاق، فقد يكون تابعا لها في حكم الطلاق، وقد يكون منفصلا في حكم قضائي بعد مطالبة الكافل الذي انتقلت اليه الكفالة. وفي هذه الحالة نص المشرع على الاجراء الذي يتبعه القاضي وهو اسناد امر القاصر الى الجهة المختصة بالرعاية، وتتم كل هذه المسائل بعلم النيابة العامة.

ان ق.ا.م.ا لا ينص على الاجراء الذي يخول للقاضي اسناد امر القاصر للجهة المختصة بالرعاية، حيث نص في المادة 424 من ق.ا.م.ا على: (**يتكفل قاضي شؤون الاسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر**)، ان هذا النص القانوني يوسع من صلاحيات قاضي شؤون الاسرة، لكن صياغته جاءت مقتضبة وغامضة لأنها تحمل أكثر من تفسير[1]. ويمكن ان تطال الطفل الذي تخلى عنه كافله، ذلك ان مصلحته تصبح معرضة للخطر، وبالتالي يختص قاضي شؤون الاسرة بضمان حماية هذه المصلحة.

ولضمان حماية مصلحة الطفل يتخذ قاضي شؤون الاسرة أي تدبير يراه مناسبا، كما يمكنه ان يمارس صلاحيات قاضي الاستعجال، حسب نص المادة 425 من ق.ا.م.ا، وهذا ما يتطلب اجراؤه في هذه المرحلة ذلك انه بالتخلي عن كفالة الطفل، يمكن ان يتعرض للخطر، ما يستدعي التدخل الاستعجالي للقاضي الذي رفعت اليه دعوى الغاء الكفالة.

[1]- سائح سنقوقة، نفس المرجع السابق، ص 580-581.

وفي هذا الإطار يأمر القاضي بوضع الطفل في مؤسسة مختصة بالرعاية، الا انه من هذا المنطلق يتحدد مصير الطفل بعد التخلي عن كفالته، ورجوعا الى ما هو ساري العمل به، فان قاضي شؤون الاسرة يأمر بوضع الطفل في مراكز الطفولة المسعفة، كأول تدبير، كما انه لا يتم الرجوع الى راي الطفل في هذه المسالة، ذلك ان الطفل مجهول النسب، او انه تم رفض ولاية أحد ابويه او وصيه، وحتى ان كان معلوم النسب جهة الام، ولم تطالب باسترجاع الولاية، فان هذا التدبير الذي يأمر به القاضي، هو الأنسب والاصح لمصلحته ولحمايتها من أي خطر يمكن ان يتعرض له، حسب ما هو جاري العمل به في اتفاقية ح.ط و ق.ح.ط.

ان الحماية القانونية التي أوردها المشرع الجزائري في القوانين التي تنظم حقوق الطفل وسعت من دائرة الاختصاصات المنوطة بالجهات القضائية، حيث اتى قانون حماية الطفل الجديد باليات تشمل التدابير القانونية التي يتم إعمالها للمحافظة على كيان الطفل.

تضمن قانون حماية الطفل في الفصل الثاني المعنون الحماية القضائية في القسم الأول الخاص بتدخل قاضي الاحداث على اختصاصه باتخاذ التدابير الازمة في حال تعرض الطفل او مسكنه او محل اقامته للخطر، حيث حدد الحالات برفع عريضة سواء من طرف الطفل او ممثله الشرعي او وكيل الجمهورية او الوالي او رئيس المجلس الشعبي البلدي لمكان إقامة الطفل، كما أجاز له القانون التدخل التلقائي او بعد الاخطار المقدم من طرف الطفل حسب نص المادة 32 من ق.ح.ط[1].

تطرق المشرع في ق.ح.ط في القسم الخاص بتدخل قاضي الاحداث الى مجموعة من الإجراءات القانونية تتلخص كاللاتي:

[1]- هذه المادة تحدد الاختصاص الإقليمي اقاضي الاحداث وكيفية تدخله في إطار حماية الحدث الموجود في حالة خطر. لم يكن هناك كقابل لأحكام هذه المادة في قانون الإجراءات الجزائية، وانما كامن هذه الاحكام ذاتها منصوص عليها في المرسوم رقم 72-3 المؤرخ في 10-02-1972 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة الملغى بموجب القانون الحالي في المادة 2 منه.

- نجيمي جمال، نفس المرجع السابق، ص 67.

يقوم القاضي بإعلام الطفل او ممثله الشرعي بالعريضة المقدمة اليه فورا، ويقوم بسماع اقوالهما وتلقي آرائهما بالنسبة لوضعية الطفل ومستقبله خاصة في حال تقيد الممثل الشرعي بالتخلي عن كفالة الطفل، حيث ان تدخل القاضي في هذه المرحلة اقوى من حيث الصلاحيات من تدخل مصالح الوسط المفتوح لان بإمكانه اتخاذ التدابير المناسبة لمعالجة الامر دون التقيد بموافقة الممثل الشرعي للطفل.

تنص المادة 36 من ق.ح.ط على: (**يمكن لقاضي الاحداث ان يأمر بوضع الطفل بصفة مؤقتة في: –مركز متخصص في حماية الأطفال في خطر.**

–مصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة.

–مركز او مؤسسة استشفائية، إذا كان الطفل في حاجة الى تكفل صحي او نفسي).

ان التدابير المؤقتة لا يمكن ان تتجاوز ستة أشهر، بعد الانتهاء من التحقيق يرسل قاضي الاحداث ملف القضية الى وكيل الجمهورية للاطلاع عليه، حيث يجوز لقاضي الاحداث حسب نص المادة 41 من ق.ح.ط ان يأمر بوضع الطفل بمركز متخصص في حماية الأطفال في خطر او بمصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة. وتكون هذه التدابير القانونية مقررة لمدة سنتين قابلة للتجديد، ولا يمكن ان تتجاوز في كل الأحوال تاريخ بلوغ الطفل سن الرشد الجزائي، غير انه يمكن لقاضي الاحداث ان يمدد الحماية المنصوص عليها في المادة 42 من نفس القانون الى غاية 21 سنة بناء على طلب من سلم اليه الطفل او من تلقاء نفسه.

اشارت المادة 45 من ق.ح.ط على إمكانية قاضي الاحداث تعديل التدبير الذي امر به او العدول عنه بناء على طلب من الطفل او ممثله الشرعي او وكيل الجمهورية او من تلقاء نفسه. حيث يبث في طلب مراجعة التدبير في اجل لا يتجاوز شهرا واحدا من تقديمه له.

يرجع الامر الى الهيئة القضائية في اتخاذ الإجراءات المناسبة لإيداع الطفل مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة، حيث ان التخلي عن كفالته يمكن ان يتم امام الجهة التي منحت الكفالة سواء امام رئيس

المحكمة او امام قاضي شؤون الاسرة، الا انه وفي حالات نص عليها القانون يمكن ان يكون التدخل من طرف قاضي الاحداث إذا تعرض الطفل الى خطر معلوم، حيث يتم إيداعه بصفة مؤقتة الى مركز متخصص في حماية الأطفال في خطر او بمصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة.

ان مراكز الطفولة المسعفة والتي سبق لنا توضيح النظام القانوني الذي تتبعه في المبحث الأول، تتوزع في اغلب ولايات الوطن وليس كلها، الا انه يمكن للقاضي اسناد الرعاية الى مؤسسة مختلفة عن المؤسسة التي كان ينتمي لها الطفل قبل كفالته، ذلك انه يمكن للكافل ان يغير من مكان اقامته، ويرفع الدعوى امام المحكمة المختصة إقليميا. كما يمكن للقاضي ان يطلب الملف كاملا من الجهة التي أسندت الكفالة، او يطلب مساعدة اجتماعية او أي تدبير قانوني اخر حسب نص المادة 425 ق.ا.م.ا.

ان مراكز الطفولة المسعفة تميز بين الجنسين من الأطفال بعد البلوغ، ولهذا بعد التخلي عن الكفالة، يتم وضع البنات في مراكز مخصصة لاستقبال البنات، والذكور نفس الشيء، الا انه ان يتم ارجاع الطفل اقل من 6 سنوات الى مركز الاستقبال الذي كان فيه من قبل، والذي كان يسمى حسب القانون القديم دار الحضانة.

كما يمكن ان يتم تحويل الطفل الى مركز اخر في ولاية اخرى بالرغم من عدم تغيير الكافل مكان الإقامة ورفع الدعوى في نفس الموطن، ويأتي هذا التحويل لأسباب داخلية من طرف الإدارة بعد الرجوع الى الجهات الوصية وقاضي الاحداث.

ترد على قاعدة إيداع الطفل المتخلى عن كفالته الى مراكز الطفولة المسعفة استثناء، يتمثل في إيداع الطفل الى احدى مراكز حماية الطفولة منها، حسب نص المادة 116 من ق.ح.ط: المراكز المتخصصة في حماية الأطفال، المراكز المتخصصة في حماية الأطفال الجانحين، المراكز المتعددة الخدمات لوقاية الشباب،

وتخصص داخل المراكز اجنحة للأطفال المعوقين، كما انه لا يتم الوضع في هذه المراكز الا من قبل قاضي الاحداث والجهات القضائية الخاصة بالأحداث. وهذا في حالة تعرض الطفل لخطر يهدد مصلحته، كان يفر الطفل بعد التخلي عن كفالته من المنزل، او يتعرض لأي نوع من أنواع التعذيب او الاعتداءات الجنسية من طرف من كان وليه الشرعي، او أي شخص يحاول إيذاء الطفل.

2–الكفالة التوثيقية:

ترتب الكفالة التوثيقية اثار في مواجهة الكافل والمكفول. ذلك ان ليس كل الحالات خاصة بأطفال معلومي النسب، فهي تشمل الأطفال مجهولي النسب، وتخضع للرقابة القضائية سواء اثناء عقد الكفالة او بعد التخلي عن كفالته.

ان القانون لا يبين مصير الكفالة التوثيقية بعد التخلي عن كفالة الطفل، وهذا ما يتضح من خلال عدم قبول الكفالة التوثيقية في البلدان الاوربية –خاصة فرنسا–المستقبلة للكفالة وحتى على المستوى الداخلي ينفر الموثقين من عقدها، حتى ان تمت صياغتها تكون بعناية وحذر، وبالرغم من التراجع عن توثيق هذه العقود من طرف مكاتب الموثقين[1]، الا انه هناك من الحالات حتى وان كانت ضئيلة، الا انها تفي بالغرض من اجل تسليط الضوء عليها، ودراستها لتبيان الاثار المترتبة عليها[2].

التخلي عن الكفالة يتم أيضا بعقد كما سبق توضيحه، ويتضمن العنوان الاتي: **"تخلي وفسخ عقد الكفالة"**، الا انه عند فسخ العقد يتوجب اتباع إجراءات قانونية نذكر منها: ضرورة موافقة الطرف مسلم الكفالة وهي م.ن.اج.ت، وشاهدين من جنسية جزائرية الاصل، بالإضافة الى اخطار للنيابة العامة، والتي

[1]- المادة 15 من قانون تنظيم مهنة الموثق تنص على: (لا يجوز للموثق ان يمتنع عن تحرير عقد يطلب منه، الا إذا كان العقد المطلوب تحريره مخالفا للقوانين والأنظمة المعمول بها).

[2]- انظر الملحق رقم 15 الخاص ب: تخلي وفسخ عقد الكفالة عن كريق الموثق.

ترد عن طريق ارسالية ان كانت موافقة ام لا، الا انه في هذه الحالة موضوع الدراسة، نجد ان الكافل قرر التخلي عن الكفالة بعد موافقة كل من م.ن.اج.ت والنيابة العامة، دون الرجوع الى الطفل، كما تضمن عقد التخلي مصير الطفل وهو ارجاعه للهيئة مسلمة الكفالة.

تبين لنا مما تقدم ان الموثق يوضح ان الطفل يتم ارجاعه الى الجهة التي سلمت كفالته، وهي المركز الذي كان يقيم فيه الطفل، حيث تختص م.ن.اج.ت بإرجاعه الى المصالح التابعة لها، وتختار أي مركز مناسب له حسب سنه وجنسه.

من خلال عقد التخلي عن الكفالة يتبين ان الموثق ليس هو المسؤول الوحيد او الذي له السلطة في تقرير التخلي وفسخ عقد الكفالة من عدمه، ذلك ان هناك أطراف فاعلة في الموضوع، ويتم التخلي عن الكفالة في إطار من تفعيل الرقابة على الطفل، بتدخل الجهات الوصية المكلفة برعاية الأطفال مجهولي النسب.

ويجب التنويه ان قانون مؤسسات الطفولة المسعفة لا يفرق بين الأطفال الذين يتم استقبالهم في هذه المراكز من حيث أطفال مجهولي او معلومي النسب، حتى وان لم يسبق للطفل الإقامة في المركز قبل كفالته، فالقاضي له السلطة التقديرية في وضع الطفل في أي مؤسسة مناسبة، لتقدم له الرعاية البديلة والحماية القانونية الازمة وفق ما تنص عليه القوانين.

ب–امر بوضع الطفل مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في المغرب تونس:

ان التخلي عن كفالة الطفل مجهول النسب يؤدي بنا الى البحث عن مصيره في مواجهة المؤسسات المعنية بتقديم الحماية للطفل والحفاظ على مصلحته بداية من القاضي الذي يقر بإلغاء الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، الى غاية إيداع الطفل مراكز الرعاية البديلة او أي مؤسسة تقدم له العناية التامة، وهذا ما سنبينه من خلال إيداع الطفل في مؤسسات الرعاية الاجتماعية في كل من المغرب وتونس.

1-ايداع الطفل مؤسسات الرعاية الاجتماعية في المغرب:

ان المشرع المغربي لم يوضح الاختلاف بين الأطفال مجهولي ومعلومي النسب، الا من خلال المطالبة باسترجاع الولاية من طرف والديهم او أحدهما، كما ينص في المادة 28 من قانون كفالة الأطفال المهملين على: (**إذا انتهت الكفالة طبقا للمادتين 25 و26، بت القاضي المكلف بشؤون القاصرين عند الاقتضاء بأمر في شان التقديم على الطفل المكفول، بناء على طلب من الشخص المعني او بطلب من النيابة العامة او تلقائيا**).

تشمل المادتين 25 و26 الاحكام القانونية الخاصة بحالات التخلي عن الكفالة أهمها: وفاة الكافلين معا او المرأة الكافلة، والطلاق بين الكافلين، وحسب المادة 28 فانه بانتهاء الكفالة يعود القاصر الى وضعية الإهمال حيث يحتاج الى تدابير حمائية، ولهذا السبب يتعين على القاضي المكلف بشؤون القاصرين الاقتضاء بأمر في شان التقديم على الطفل المكفول بناء على طلب من الشخص المعني او بأمر من النيابة العامة او تلقائيا[1].

ان نص المادة جاء ضيقا لا يشمل جميع الحالات التي نصت عليها المادتين 25-26، ذلك انه يمكن التقديم على الطفل العاجز او البنت حتى تتزوج او على الطفل معلوم النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، الا انه لا يمكن التقديم على الطفل مجهول النسب والذي تم التخلي عن كفالته. الا ان المادة 29 نصت على حالة عدم قبول الطفل الرجوع الى والديه، وهنا تقضي المحكمة بما تراه مناسبا لمصلحة الطفل، الا ان هذه المادة لا تبين أي تدبير قانوني تتخذه المحكمة او قاضي شؤون القاصرين.

[1]- انه كينيوسيس، جملة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 55.

ورجوعا الى مختلف المراجع القانونية[1]، فإنها تحدد بانتهاء الكفالة يعود الطفل الى الإهمال، مما يستدعي تدخل قاضي شؤون القاصرين للبث وتقرير أي مصلحة تناسب الطفل، وهذا ما يؤدي بنا الى الرجوع الى المواد من 1 الى 4 من قانون كفالة الأطفال المهملين والتي تحدد مصير الطفل وتبين أسباب الإهمال التي يمكن ان يتعرض لها الطفل والتي من بينها سقوط الولاية الشرعية وكون الطفل مجهول النسب.

وان النتيجة الحتمية على توافر عناصر الإهمال في الطفل هي ايداعه مؤقتا بإحدى المؤسسات الصحية او بإحدى مراكز او مؤسسات الرعاية الاجتماعية المهتمة بالطفولة سواء منها التابعة للدولة او للجماعات المحلية او الهيئات او المنظمات او الجمعيات المتوفرة على الوسائل المادية والبشرية الكافية لرعاية الطفل المهمل، حسب نص المادة 8 من قانون كفالة الأطفال المهملين، ويتم هذا عن طريق اصدار حكم قابل للتنفيذ المعجل بقوة القانون من طرف قاضي شؤون القاصرين طبقا لمقتضيات المادة 6 من نفس القانون.

2-ايداع الطفل مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في تونس:

ينص الفصل 1/7 من قانون الكفالة والتبني على: (**يمكن للمحكمة الابتدائية بطلب من الكفيل او من النيابة العامة فسخ عقد الكفالة حسبما تقتضيه مصلحة الطفل**). الا ان هذه المادة لا تبين مصير الطفل بعد التخلي عن كفالته، ولا توضح الإجراءات المتبعة خاصة في حالة الطفل مجهول النسب، او الجهة التي يقوم القاضي اسناد الرعاية لها ووضع الطفل تحت حمايتها.

---

[1]- قانون كفالة الأطفال المهملين قانون رقم 01-15.
- انه كينيوسيس، جملة اوحيدة، نفس المرجع السابق، ص 55
- محمد الشافعي، كفالة الأطفال المهملين، دراسة في القانون المغربي، نفس المرجع السابق، ص 68-69.
- محمد الشافعي، قانون الاسرة المغربي بين الثبات والتطور، نفس المرجع السابق، ث 153.
- عمر لمين، كفالة الأطفال المهملين علة ضوء الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض، كفالة الأطفال المهملين بين تقوية الضمانات وتذليل الاكراهات، سلسلة دفاتر محكمة النقض، مركز النشر والتوثيق القضائي، 2015، ص 71.
- نادية امزاوير، معيقات اسناد الكفالة، سلسلة دفاتر محكمة النقض، مركز النشر والتوثيق، 2015، ص 76.

الا انه على غرار جميع التشريعات الدولية، الطفل الذي لا عائل له او الطفل المهمل او مجهول النسب او اللقيط او فاقد السند العائلي، تقوم الدولة برعايته ويعد من أبناء الدولة، وفي هذا الإطار بالرجوع الى احكام مؤسسات الرعاية الاجتماعية نجد ان من مهامها احتضان الأطفال الذين يعيشون وضعية صعبة والمهددين على معنى الفصل 20 من م.ح.ط المحالين عليه من قبل القضاة او مندوبي حماية الطفولة[1].

ان فقدان الطفل الى سند عائلي او تعرضه للإهمال والتشرد بعد التخلي عن كفالته، يهدد سلامة الطفل البدنية والمعنوية، مما يستدعي تدخل قاضي الاسرة الذي يحدد مصير الطفل، ويتم ذلك في الغالب عند فسخ عقد الكفالة، حيث يحيل قاضي الاسرة الطفل الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية عن طريق امر، لضمان حماية مصلحة الطفل حسب الفصل 4 من م.ح.ط.

ثانيا: استقبال الطفل في مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة

بعد صدور امر من طرف القاضي المختص بإيداع الطفل مؤسسات الرعاية الاجتماعية على اختلافها او مؤسسات حماية الطفولة، خاصة إذا كان الطفل في خطر معنوي، فان هذه المؤسسة تستقبل الطفل سواء كان مقيم فيها قبل كفالته، او تم تحويله اليها حفاظا على مصلحته.

تتكون هذه المؤسسات او المراكز من مصالح متعددة تسهر كلها على تقديم أحسن الخدمات الاجتماعية، حيث تتفق على توفير الرعاية البديلة المناسبة للطفل المسعف عن طريق مربيين منذ ايداعه المؤسسة، وسبق لنا ان وضحنا ذلك في النظام القانوني لمؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة مع اختلافها في الدول المغاربية.

[1]- انظر الفصل الثالث من قانون مؤسسات الرعاية الاجتماعية عدد 2875 لسنة 2007.

ا–الإجراءات الاولية المتبعة عند دخول الطفل الى مركز او مؤسسة الرعاية الاجتماعية البديلة:

بعد عودة الطفل الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة، يكون مرفقا اما بأخصائي نفساني او مساعد اجتماعي سواء من دار الطفولة المسعفة او من م.ن.اج.ت كما هو الحال بالنسبة للجزائر، ولا تختلف هذه الإجراءات بين الدول المغاربية ذلك ان الضرورة توجب مرافقة الطفل من طرف اخصائيين للإشراف على حالته.

يتم الاستقبال من طرف المدير والمختص البيداغوجي الى جانب الاخصائي النفساني او المساعد الاجتماعي للتعريف بالمؤسسة ان كانت المؤسسة جديدة بالنسبة للطفل، وإذا سبق للطفل الإقامة فيها فان الاخصائي النفساني يتحاور مع الطفل بحضور المساعد الاجتماعي ويحاول فهم جميع الأسباب التي أدت الى التخلي عن كفالته ان كان الطفل مميزا، الى جانب أسئلة لها جوانب متعلقة بعلم النفس للبحث عن شخصية الطفل، وبعد ذلك يخضع الى فحوصات طبية. يعد التقرير الطبيب المنتمي الى المؤسسة عن الوضعية الصحية للطفل، الا في حالات استثنائية يمكن للطبيب ان يطلب اجراء فحوصات خارجة عن المؤسسة، او في حالة القيام بالتحاليل.

يتم بعد ذلك التنسيق مع المربي المسؤول عن الطفل، سواء كان ذكرا او انثى وهنا يختلف المربي، ان كانت المؤسسات مختلفة فان للطفل من جنس ذكر مربي حتى وان كان غير مميز الا انه يفوق 6 سنوات، وللأنثى مربية، ويمنع التخالط بينهم الا في المدارس العمومية. الا ان الاطفال المسعفين اقل من ست سنوات تشرف عليهم مربية.

اما ما لمسناه من إجراءات بالنسبة للأطفال المودعين من قبل القاضي الى مراكز حماية الطفولة سواء بعد التخلي عن الكفالة او بعد الانتقال الى دار الطفولة المسعفة وتحويلهم الى هذه المراكز على أساس الخطر المعنوي، فان الإجراءات المتبعة لاستقبال الطفل لا تختلف عن سابقيها منها:

ان هذه الحالة تختلف من حيث موفد الطفل الى المركز وهي الشرطة التي تختص بهذا الموضوع، بعد مثول الطفل امام قاضي الاحداث لارتكابه جنحة او مخالفة، او لدواعي حمائية للطفل، فحسب تصريح من السيدة الاخصائية النفسانية لمؤسسة إعادة التربية بنات لوهران: ان هناك حالات إيداع للأطفال كانوا متكفل بهم من قبل، وبعد التخلي عن الكفالة وتحويلهم الى مؤسسات الطفولة المسعفة فان قاضي الاحداث يأمر بإيداع الطفل الى هذه المراكز لحمايته، ولكن لا يقع هذا الا في حالات جد نادرة ولا تتعدى فترة الإقامة في هذه المراكز اكثر من ستة اشهر حسب نص المادة 37 من ق.ح.ط.

وبعد وصول الطفل الى مراكز حماية الطفولة كخطوة أولى يتم تفتيشه، اما الخطوة الثانية تهيئته من طرف الاخصائية النفسانية، وإخضاعه للفحوصات الطبية والتحاليل، يتم أولا عزله في غرفة لوحده، وبعد ذلك يتم التعارف بين المقيمين في المركز والمربيات، الذين يعملون على فترات مختلفة منها الصباحية والمسائية والليلية.

ب–المراقبة الدورية للطفل داخل مراكز الرعاية الاجتماعية:

ان وصاية مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في كل الدول المغاربية تخضع الى وزارة التضامن الاجتماعي وحماية الاسرة والأطفال، فهي التي تنظم احداث مثل هذه المؤسسات كما انها مكلفة بالرقابة عليها، عن طريق المديريات المتواجدة في كل ولاية او في المحافظات الى جانب المديريات الجهوية، والتي تكلف

برفع تقارير عن الاعمال المنجزة، خلال كل سداسي او تقارير سنوية، بالإضافة الى لجان المراقبة التي يمكن ان تقوم بعملها فجائيا دون اطلاع المؤسسة بقدومها.

وكل هذه الاجراءات المتخذة من طرف الوزارة الوصية، تكون لصالح الطفل من اجل ضمان تنفيذ جميع الواجبات الملقاة على عاتق المؤسسة في مواجهة الطفل المسعف. هذا بالنسبة للرقابة الخارجية، الا ان الرقابة الدائمة على الطفل تكون من طرف الهيئات او المصالح الخاصة بالمؤسسة.

فيكون الدور الأول الأساسي لمربي الطفل الذي يتوجب ان يعرف كل الامور المتعلقة بالطفل، يمكن ان يخطر بها الاخصائي النفساني او الطبيب او المساعد الاجتماعي او المدير، وبعد ذلك تأتي الرقابة المستمرة من طرف الاخصائي النفساني للوقوف على الحالة النفسية للطفل، ومحاولة مساعدته على تعدي هذه المرحلة الانتقالية في حياته عن طريق برامج مخصصة له، او اشراكه في العمل الجماعي للمؤسسة، وان تطلب الامر يعد المكتب البيداغوجي برنامج خاص بالطفل لتحسين علاقته مع المقيمين معه في المؤسسة او لإدماجه في الوسط التربوي او المهني او أي وسيلة تكون لها الفعالية لحماية مصلحة الطفل.

كما ان الرقابة المستمرة على الطفل تشمل النظر في جميع الحقوق المخولة له سواء دوليا او تلك المدرجة في النصوص القانونية او من خلال المبادئ التي تقوم عليها المؤسسة مقدمة الرعاية البديلة. ان كانت مكرسة له على الوجه الصحيح او بشوبها أي نقص، وتشمل الرقابة على تخويل الطفل جميع حقوقه المدنية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، داخل مؤسسات الرعاية الاجتماعية، كما سبق ان درسناه في المبحث الأول.

ان الرقابة المستمرة على الطفل تشكل حماية قانونية له من جميع اشكال الاستغلال او التعرض الى العنف سواء داخل المؤسسة او خارجها، وما رأيناه من حرص على تخويل كل الأطفال دون تمييز حقوقهم

داخل مراكز الطفولة المسعفة، يبين التطبيق السليم للنصوص القانونية، بالرغم من بعض الخروقات، وبعض اعمال العنف سواء من المقيمين في المؤسسة او من طرف المربيين، الا ان العقوبات التي سلطت على هذه الفئة كانت بالطرد او دخول السجن وعدم ممارسة هذه المهنة.

الا ان الرقابة يستوجب ان تكون قبلية وليس بعدية، وهذا لحماية الطفل، ذلك ان التخلي عنه من طرف ابويه بالإضافة الى كافله، يمكن ان تعرضه الى صدمات نفسية، قد تولد السلوك العدواني للطفل سواء مع مربيه او القائمين على المؤسسة بعدم التجاوب معهم او مع اقرانه من الأطفال، ولهذا يجب الحرص أكثر من السلطات على توفير الحماية لهذه الفئة من الأطفال بسن قواعد واحكام ردعية.

تحرص دور الأطفال المسعفين او قرى الأطفال، على نمو الطفل طبيعيا في جو هادئ مع الاشراف على المتابعات الدراسية وعلى صحة الطفل، الى جانب توفير كل الخدمات داخل المركز خاصة في الجانب الترفيهي للأطفال لإخراجهم من دائرة الرعاية البديلة، بالإضافة الى إحياء المناسبات الدينية والاعياد الوطنية والسهرات خاصة في العطل. فالأهداف المسطرة من طرف الوزارة الوصية على توفير جميع الحاجيات الضرورية للطفل في إطار الرعاية البديلة، يبين مدى حرص السلطات على تطبيق الرقابة الفعلية على حقوق الطفل.

الفرع الثاني: الوضع القانوني للطفل داخل مؤسسة الرعاية البديلة

ان الوضع القانوني للطفل المسعف الذي تم التخلي عن كفالته لا يختلف عن وضع الطفل المسعف الذي لم تتم كفالته بعد، داخل مؤسسة الرعاية الاجتماعية البديلة. حيث يخضع للقانون الداخلي للمؤسسة، وله نفس الحقوق المخولة لجميع الأطفال المسعفين، بتغير جنس الطفل وحالته الصحية، ذلك ان الأطفال المعوقين لهم برامج خاصة للتكفل بهم، نظرا لوضعيتهم الصحية، خاصة بالنسبة للأطفال المعاقين ذهنيا.

يختلف التكييف القانوني للأطفال المقيمين في مراكز الرعاية الاجتماعية البديلة، بين اعتبار الطفل مسعف، او فاقد للسند العائلي، او كونه طفل مهمل، ذلك ان التشريعات المغاربية لا تتخذ نفس الوصف من حيث المصطلحات، وهذا ما يبين تغير الوضعية القانونية للطفل باختلاف البلدان.

بعد التعود على نمط معيشي معين وحياة اسرية يجد الطفل نفسه امام وضعية قانونية مختلفة، باختلاف مراكز الأشخاص القائمين على الرعاية البديلة، ومحيط اجتماعي مختلف عما تعود عليه، مع تغير حتى مكان العيش، هناك فئة كبيرة من الأطفال يتم التكفل بها في مرحلة عمرية صغيرة يمكن ان لا تتذكر المحيط المؤسساتي الذي كانت تعيش فيه قبل كفالتها، ما يرجح طرح عدة تساؤلات حول الوضعية القانونية للطفل في مراكز الرعاية الاجتماعية البديلة باختلاف انماطها، فهل تتخذ المؤسسة المسؤولية الكاملة لتوفير الرعاية والنفقة على هؤلاء الأطفال، مع إمكانية تغير الوضع القانوني للطفل؟

أولا: حق الطفل في الرعاية الكاملة والنفقة عليه

على اختلاف مراكز ومؤسسات الرعاية الاجتماعية، الا انها تتفق على العناية بالطفل المسعف، ذلك ان الغرض من وراء نشأتها هو تقديم الرعاية البديلة للطفل المحروم من العائلة سواء بصفة مؤقتة او دائمة. وتتم هذه الرعاية من طرف طاقم من الاخصائيين الذين يشرفون على حالة الطفل خاصة بعد التخلي عن كفالته، الا ان هذه الرعاية تختلف من حيث الرعاية الأدبية والرعاية المادية.

ا–تقديم الرعاية الكاملة للطفل–الرعاية الأدبية–في مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة:

ان الرعاية التي يحتاجها الطفل بعد ايداعه مؤسسة الرعاية الاجتماعية، تتطلب نوعا من العناية الخاصة والتي سبق لنا تبيان من المسؤول عنها، الا انها يجب ان تتوافر مجموعة، بدون أي تمييز من المسؤولين.

يتم التعامل مع الطفل المسعف كأي طفل عادي، حقيقة ان الحرص على ادماجه في الوسط المؤسساتي يأخذ وقتا، الا ان معظم الحالات تتجاوب ويتغير سلوكها من العدوانية الى تقبل الوضع الذي تعيش فيه، ومع مرور الوقت وتكثيف البرامج الهادفة لتحسين سلوك الطفل يتكيف مع وسطه خاصة إذا كان يزاول الدراسة، ويمارس كل حقوقه المشروعة في إطار جماعي، وبإشراف خاص من طرف المربي او المربية إضافة الى التنسيق مع المساعدة الاجتماعية والطاقم الطبي والنفساني لإحاطته برعاية كاملة.

الا ان ليس كل الحالات تتجاوب مع البرامج البيداغوجية، وبالتالي الهدف المنشود وراء الرعاية البديلة يزول، مما قد يغير الوضعية القانونية للطفل من طفل خاضع للرعاية البديلة في إطار مؤسساتي منظم، الى مؤسسات إعادة التربية التي تختص بحماية الطفولة في خطر، ويتحول من طفل عادي الى طفل جانح.

وهذا ما لمسناه في حالات عديدة متواجدة على مستوى مؤسسات إعادة التربية، بعدم التجاوب مع الرعاية المقدمة من طرف المؤسسة، يقدم فيها الطفل الى ارتكاب مخالفات وجنح، يكون الفاصل فيها قاضي الاحداث ليقرر التدبير المناسب للطفل، حيث أحيانا يفصل ببقائه في مركز الطفولة المسعفة مع اخضاعه الى المتابعة النفسية واحيانا أخرى يودع الطفل في مؤسسات إعادة التربية ليقضي العقوبة بعد الحكم في القضية، الا ان هذه المؤسسات هي الأخرى تخضع لبرامج بيداغوجية لتحسين سلوك الطفل ورعايته من مختلف الجوانب، والقيام بأنشطة مع المختصين بالتربية، ويمكن إعادة الطفل الى مؤسسة الرعاية الاجتماعية بعد قضاء فترة عقوبته.

ب–حق الطفل في النفقة عليه:

من المعروف والمسلم به ان الكافل هو المسؤول عن نفقة الطفل في إطار الكفالة، الا انه بعد التخلي عليه، ينتقل واجب النفقة الى الجهة المسؤولة عن الرعاية، ذلك ان رعاية الطفل تشمل الرعاية الأدبية والمالية،

وما يطرح من تساؤل عن الجهة المسؤولة عن تقديم الرعاية البديلة للطفل هل هي وحدها المسؤولة عن الانفاق عليه؟ وهل يمكن لوالدي الطفل او أحدهما الانفاق عليه داخل مؤسسات الرعاية الاجتماعية؟ والاشكال يطرح أيضا بخصوص الطفل العامل في إطار عقود التشغيل او عقود التمهين، هل تنفق عليه المؤسسة ام انه يعد مستقل ماديا؟

1-النفقة واجبة على الدولة:

ان الطفل المسعف في أي سن كان مميزا او غير مميز، توجب النفقة عليه من الدولة مادام لم يبلغ سن الرشد القانوني، حسب تحديد مفهوم الطفل في كل من الجزائر والمغرب وتونس، يعتبر طفلا كل شخص لم يبلغ 18 سنة[1].

الفقرة الأولى: النفقة واجب على الدولة حسب القانون الجزائري

تضمن الدولة للأطفال المحرومين من الاسر التكفل التام بهم، وهذا ما نص عليه الدستور في نص المادة 2/72 بان: (**تكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم او مجهولي النسب**). ومن هذا المنطلق يتبين ان المشرع يضمن حقوق الأطفال دونما تمييز ويكرس جميع حقوق هذه الفئة من الأطفال حفاظا منه على مصلحتها.

وينص في الفقرة 4 من نفس المادة على وجوب عمل الدولة بجميع مؤسساتها لتسهيل اجراءات استفادة هذه الفئة الضعيفة من جميع الاحتياجات الخاصة وحقوقها المعترف بها دوليا ووطنيا، لضمان ادماجها في الحياة الاجتماعية، ولا يتم هذا الا عن طريق تقديم الرعاية الأدبية والمادية.

---

[1]- انظر المادة 2 من ق.ح.ط. الجزائري.
- الفصل 3 من م.ح.ط. التونسي.

تنص المادة 2 من قانون مؤسسات الطفولة المسعفة على ان: (**مؤسسات الطفولة المسعفة، هي مؤسسات عمومية ذات طابع اداري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي**)، وهذا ما تضمنته أيضا المادة الثانية من قانون احداث دور الأطفال المسعفين، الا ان الوصاية انتقلت من وزارة الصحة الى وزارة التضامن.

ان الاستقلال المالي لمؤسسات الطفولة المسعفة يوجب عليها تسيير ميزانيتها، وبما انها تتكفل بالطفل منذ ولادته الى غاية بلوغه سن الرشد، فان هذا التكفل يشمل النفقة عليه عن طريق ميزانية تخصص جزء منها، لكل الأمور المتعلقة بالنفقة على الطفل، وتتمثل في الغذاء والكسوة، وتشمل أيضا التجهيزات المتعلقة بمكان الإقامة من اغطية واسرة وكل الضروريات التي يحتاجها الطفل خاصة اذا كان مزاول للدراسة فانه يحتاج الى الكراريس والاقلام الى غيرها من الأدوات المدرسية، بالإضافة الى احتواء هذه المراكز على مصلى ومكتبة وحديقة للعب، فان المؤسسة ملزمة بتوفير كل حاجيات الطفل لعيش حياة طبيعية.

الا ان هذه المؤسسات تبقى خاضعة للدولة بالرغم من الاستقلالية المالية، وهذا راجع لكون موارد هذه المؤسسات تتمثل في اعانات ممنوحة من الدولة، مساهمات الجماعات المحلية، مساهمة المؤسسات والهيئات العامة والخاصة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول به[1].

يتبين من خلال ما تقدم ان الطفل حتى وان كان عاملا، تنفق عليه المؤسسة مادام لم يبلغ 18 سنة، الا في الكماليات التي يحتاجها يمكن ان ينفق على نفسه، اما بخصوص الغذاء وكل متطلبات الإقامة الى غيرها من النفقات التي توردها المؤسسة في إطار البرامج البيداغوجية يستفيد منها، استثناء على البرامج

[1]- انظر المادة 28 من قانون مؤسسات الطفولة المسعفة.
- خصصت الدولة سنة 2013 ميزانية لمؤسسات التكفل بالطفولة المحرومة من العائلة بمبلغ يقدر ب 3.131.548.250 دج أي ما يزيد عن 300 مليار سنتيم، موزعة على 13 باب للنفقات مثل الخدمات الاجتماعية والتغذية والملابس.
-نقيب نور الدين، نفس المرجع السابق، ص 113.

التعليمية ان كان قد انقطع عن الدراسة. الا ان المؤسسة عن طريق الرقابة الدورية للأطفال فإنها تحدد حاجيات الأطفال، كما تلتزم بتوفيرها، خاصة ان طالب بذلك الطفل، وكان في مرحلة انتقالية من الرعاية الاسرية الى الرعاية البديلة.

الفقرة الثانية: النفقة واجبة على الدولة في كل من المغرب وتونس

تسعى كل من المغرب وتونس الى ضمان توفير الحماية القصوى للأطفال، دون تمييز بغض النظر عن وضعيتهم الاجتماعية، وتكون هذه الحماية بتسخير جميع مؤسسات والهيئات الوطنية لتكريس حقوق الطفل، ولعل ما يزيد من ضرورة تفعيل هذه الحماية هو وضعية الطفل المسعف، الذي يحتاج الى رعاية خاصة من القائمين على تربيته.

سبق لنا وان بينا في الشق الأول العناية بالطفل، اما بخصوص الشق الثاني المتمثل في النفقة على الطفل فإنها لا تختلف بين المغرب وتونس، ذلك ان الدولة هي التي تتحمل النفقة.

يمكن ان يستخلص مما تطرق اليه المشرع المغربي في المادة 5 و6 من قانون مؤسسات الرعاية الاجتماعية، ان الخدمات التي تقدمها هذه المؤسسات لفائدة الأطفال المسعفين من استقبال وايواء واطعام بالإضافة الى البرامج البيداغوجية التي تتطلب ميزانية من اجل تنفيذها تشمل النفقة على الطفل من طرف الدولة، حيت تحدد نفس المادة ان هذه النفقة يمكن ان تكون دائمة كما يمكن ان تكون مؤقتة، الا انها لا توضح الحالات التي تشملها نوعية النفقة.

باستقرائنا المواد التي تسبق وتلي هذه المادة نجد ان حالات النفقة الدائمة تخص الأطفال في وضعية صحية صعبة او من ذوي الاحتياجات الخاصة، وقد تكون النفقة مؤقتة بخصوص الأطفال العاملين. لا ان

المشرع المغربي أكد في المادة 6 ان الخدمات المقدمة من طرف مؤسسات الرعاية الاجتماعية بدون عوض لفائدة الأشخاص المتكفل بهم، مما يؤكد ان النفقة على الطفل المسعف واجب يقع على عاتق الدولة.

ان المشرع التونسي يتفق مع نظيره الجزائري حول الطابع القانوني لمؤسسات الرعاية الاجتماعية كونها مؤسسات تتمتع بالاستقلالية المالية، وهذا يكون عن طريق ميزانية مالية تتمثل في منح مسندة من طرف الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية او أي هيكل عمومي اخر، ويكون للمدير مهمة اعداد وتنفيذ ميزانية المركز، حيث تشتمل مصاريف المركز على النفقات المتعلقة بالتسيير والتصرف الإداري ومصاريف التدخل لفائدة الفئة المتعهد بها[1].

ومن مهام مؤسسات الرعاية الاجتماعية النفقة على الأطفال المسعفين من خلال توفير الإقامة وتامين كل مستلزمات الرعاية الأساسية والاحاطة الاجتماعية[2]. وهذا ما يؤكد ان الدولة هي التي تتكفل بهذه الفئة من الأطفال من رعاية ونفقة ويتم ذلك عن طريق مؤسساتها بميزانية سنوية.

2-ايرادت مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة للنفقة على الطفل:

ان القاعدة الاساسية للنفقة على الطفل داخل مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة هي تكفل الدولة بتوفير جميع المستلزمات الضرورية لهذه الفئة من الأطفال بداية من المقر الأساسي الى بناء هذه المراكز الى تجهيزها والنفقة الدائمة الى غاية بلوغ الطفل سن الرشد القانوني. الا انه بالإضافة الى نفقات الدولة توجد إيرادات خاصة لمثل هذا النوع من المؤسسات تكون موجهة لفائدة الأطفال المسعفين.

[1]- انظر الفصل 1-2-4-5-11 من قانون مؤسسات الرعاية الاجتماعية.
[2]- انظر الفصل 3 من قانون مؤسسات الرعاية الاجتماعية.

تتفق الدول المغاربية على إمكانية النفقة على الطفل المقيم في مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة من إيرادات أخرى غير النفقة الموجهة له عن طريق ميزانية من الدولة، الا انها تختلف من حيث دخل هذه الإيرادات بين الزامية نفقة والدي الطفل معلوم النسب، وبين الهبات المقدمة من طرف الجمعيات او الأشخاص.

الفقرة الأولى: إيرادات مؤسسات الرعاية الاجتماعية للنفقة على الطفل في الجزائر

يجيز المشرع الجزائري النفقة على الطفل من إيرادات اخرى غير نفقة الدولة، ويتم هذا عن طريق قبول الهبات والوصايا، وكل الموارد الاخرى المرتبطة بنشاط المؤسسة، الا انه لم يحدد نوعية هذه النشاطات، وكيفية تحصيل مداخيل هذه الأنشطة.

تقدم الهبات والوصايا من طرف الجمعيات الناشطة في مجال حقوق الطفل او الأطفال المسعفين خاصة، او أي نشاط خيري اخر، بالإضافة الى المداخيل المحصلة من طرف الأشخاص من تبرعات تختلف بين المراكز اقل من ست سنوات والأطفال من جنس ذكور وبنات، وحسب اختلاف أعمارهم.

كما خول المشرع لمجلس الإدارة طبقا للقوانين والتنظيمات قبول او رفض هذه الهبات والوصايا، وهذا ما لمسناه من خلال زيارة مركزي الطفولة المسعفة 1 و2 بوهران، حيث المركز الذي يضم أطفال اقل من 6 سنوات يقبل كل التبرعات للأطفال، اما دار الطفولة المسعفة 2 لم تقبل التبرعات في سنة 2017 من طرف الأشخاص.

وتكون الهبات او الوصايا المقدمة لهذه الفئة من طرف الجمعيات او المؤسسات الخاصة، في مواسم الأعياد والدخول المدرسي، الا ان المواد الغذائية تخضع لرقابة مشددة وفي كثير من الأحيان يتم رفضها.

ان المشرع الجزائري لا يفرق بين الأطفال مجهولي او معلومي النسب، فكل النفقات الواردة للمؤسسة من طرف الدولة او أي جهة خاصة، يتم نفقتها على الأطفال المسعفين. الا في حالات استثنائية حيث تكون النفقة موجهة لطفل معين وهذا ما نظمه المشرع الجزائري في نص المادة 44 من ق.ح.ط التي تؤكد على ضرورة مشاركة الملزم بالنفقة على الطفل ان كان معلوم النسب في مصاريف التكفل به بعد ايداعه هذه المراكز حسب الحالات المنصوص عليها في المواد 36 و41 من ق.ح.ط.

يحدد قاضي الاحداث المبلغ الشهري للمشاركة في هذه المصاريف بموجب امر نهائي غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، ويتم دفع هذا المبلغ شهريا، للخزينة، وتؤدى المنح العائلية التي تعود للطفل مباشرة من قبل الهيئة التي تدفعها الى الخزينة العمومية. اما إذا ثبت فقر الملزم بالنفقة على الطفل المقيم في مراكز حماية الطفولة، فإنها تسقط عنه بقوة القانون.

تنص المادة 138 من ق.ح.ط على احكام جزائية في حال امتناع المكلف بالنفقة على الطفل: **(يعاقب بالحبس من ستة أشهر الى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.00 الى 100.000 دج كل من امتنع عمدا رغم اعذاره عن تقديم الاشتراك في النفقة المذكور في المادة 44 من هذا القانون).**

يوجد أطفال داخل مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة يملكون مالا نابجا عن ارث او هبة، وبعد التخلي عن كفالة الطفل وعودته الى دار الطفولة المسعفة يحفظ ماله، ولا ينفق الطفل من هذا المال الا عن طريق القاضي المختص بعد تقديم الطلب، كما ان هناك من الأطفال من يملكون رصيدا في البنك، فان تم التبرع لاحد الأطفال داخل المراكز فان مال الطفل يودع في رصيده ولا يتم النفقة عليه. ان المشرع لا ينظم مثل هذه الحالات في قوانين خاصة، بل تخضع للنظام الداخلي للمؤسسة، والقاعدة الدولية المتعلقة بالحفاظ على المصلحة الفضلى للطفل.

الفقرة الثانية: إيرادات مؤسسات الرعاية الاجتماعية للنفقة على الطفل في المغرب وتونس

يختلف تحصيل ايرادات مؤسسات الرعاية الاجتماعية بين المغرب وتونس، وهذا ما سنوضحه ابتاعا:

ان قانون مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة المغربي لا ينص على ارادات أخرى غير تكفل الدولة بالنفقة على الأطفال المسعفين، الا انه ورد استثناء على نص المادة 6 حيث يمكن للمؤسسة تقديم خدمات بعوض وفق الشروط والكيفيات التي تحدد بنص تنظيمي الا ان هذه الخدمة التي تدر على المؤسسة بفائدة مالية لا تقدم الا للأطفال معلومي النسب المعاقين.

اما بخصوص المشرع التونسي نص على مداخيل إضافية على النفقات التي تقدمها الدولة منها الهبات والعطايا ومساهمة الاباء في الانفاق على أطفالهم المتعهد بهم في حالة إلزامه بذلك من طرف قاضي الاسرة، حسب ما نص عليه الفصل 11 من قانون مؤسسات الرعاية الاجتماعية.

ذلك ان الأطفال معلومي النسب بعد التخلي عن كفالتهم يمكن لقاضي الاسرة وتطبيقا لمعيار المصلحة الفضلى للطفل عدم تسليم الطفل الى والديه او أحدهما بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه، الا انه في المقابل يمكن ان يلزم أحد ابويه بالنفقة عليه داخل المركز خاصة إذا كان الطفل يحتاج الى عناية ورعاية خاصة، وتنطبق هذه الحالة أيضا على الأطفال معلومي النسب الذين سقطت عنهم الولاية او الوصاية او السلطة الابوية لظروف يقدرها قاضي الاسرة.

ان المشرع التونسي عندما نص على المداخيل الإضافية لمؤسسات الرعاية الاجتماعية لم يحدد نوعية الهبات والعطايا وإمكانية قبولها من رفضها، وهذا ما يفسر قبولها سواء كانت من جمعيات او مؤسسات خاصة او من طرف اشخاص كاب الطفل او اشخاص اخرون.

ان التشريعات المغاربية تتفق على ضرورة التكفل التام بالأطفال المسعفين داخل مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة، من العناية الكاملة والنفقة عليه الى غاية بلوغه سن الرشد القانونية، الا في الحالات استثنائية إذا كان معاق او حالته الصحية لا تسمح له بذلك. وهذا راجع الى مساهمة الدولة في تزويد هذه القطاعات بالأغلفة المالية من الميزانية السنوية، الا في حالات المؤسسات او الجمعيات الخاصة التي تكفل الأطفال في القانون المغربي. ان رعاية الأطفال المسعفين تحفظ مصالحهم وتساهم في بناء شخصيتهم.

ثانيا: قابلية إعادة كفالة الطفل

ان الوضع القانوني للطفل داخل مؤسسة الرعاية الاجتماعية البديلة يمكن ان يتغير من الإقامة الدائمة–بلوغ سن الرشد القانوني–الى إقامة مؤقتة، وهذا في حال تقديم طلب لكفالته. لا تتطرق التشريعات المغاربية الى وضعية الطفل داخل مؤسسة الرعاية الاجتماعية بعد التخلي عن كفالته، الا ان الهدف الذي تسعى اليه هذه المؤسسات هو العمل على وضع الأطفال في وسط عائلي.

ان الاشكال القانوني المسكوت عنه هو إمكانية مطالبة الكافل السابق للطفل إعادة كفالته، ومن هنا تتفرع الإشكاليات في التشريعات المغاربية، بين مطالبة المؤسسات الخاصة بالكفالة كفالة الطفل، وبين تعدد طالبي الكفالة على الطفل، الى رغبة الطفل من عدمه في عودته الى كافله، وبين رغبة أحد والدي الطفل او كلاهما عودة ابنهم الى ولايتهم، ورفضهم عودة الابن الى رعاية كافله. مما يتطلب تحليل قانوني للإشكاليات المطروحة.

ان قابلية إعادة كفالة الطفل من عدمه ترجع الى المختصين داخل مؤسسة الرعاية الاجتماعية حيث تتعلق هذه الحالة بالوضعية النفسية والاجتماعية للطفل، والسلوك او ردة فعل الطفل بعد التخلي عن كفالته او وفاة أحد كافليه او كلاهما، فان طالب كافل الطفل عودته الى كفالته بعد التخلي عنه لظروف اجتماعية

الى ان يستقر ماديا او يجد مكانا يأويه، وكان الطفل مميزا، فان السلطة التقديرية ترجع للقاضي المختص بإجازة عودة الطفل الى كافله، ان لمس إصرارا من الكافل والطفل حيث يتم تخييره بين البقاء في مؤسسات الرعاية الاجتماعية او عودته الى كافله، وفقا للأحكام القانونية التي تطرقنا اليها في الفصل الأول من الباب الثاني.

بعد اعداد تقرير من الاخصائي النفساني والمساعد الاجتماعي عن حالة الطفل، وإمكانية تجاوبه مع كفالة جديدة يمكن لقاضي الاسرة وبعد اتباع نفس الخطوات الأولى لطلب الكفالة، عن طريق م.ن.اج.ت او أي مصلحة قانونية أخرى كإيداع الطلب لدى قاضي شؤون القاصرين في القانون المغربي، ان يجيز إعادة كفالة الطفل.

كما يمكن ان يكون طالب الكفالة مؤسسة خاصة لكفالة الأطفال المهملين كما هو الشأن في القانون المغربي، فيمكن ان تنتقل كفالة الطفل من مؤسسات الرعاية الاجتماعية العمومية الى مؤسسة خاصة لتقديم الكفالة عن طريق اجازة قاضي شؤون القاصرين.

حقيقة انه من اهداف مؤسسات الرعاية الاجتماعية ادماج الأطفال المسعفين في وسط عائلي، الا ان هذا الادماج يكون مدروسا بشكل إيجابي ولصالح الطفل وحفاظا على كيانه وهويته وضمانا لحقوقه المشروعة وطنيا ودوليا، ولهذا في هذه المرحلة يتم تخيير الطفل بين البقاء في المؤسسة او كفالته.

يتم طلب الكفالة بنفس الإجراءات القانونية المحددة في كل من ق.ا.ج او قانون الكفالة والتبني التونسي او قانون كفالة الأطفال المهملين المغربي، ويتم قبولها من طرف القاضي المختص، إذا كانت تحافظ على المصلحة الفضلى للطفل.

المطلب الثاني: الإشكالات القانونية التي تعترض الطفل بعد العودة إلى مؤسسة الرعاية الاجتماعية البديلة

إن الإشكالات القانونية لا تفارق الطفل سواء كانت في إطار الكفالة، أو بعد انحلال الرابطة الزوجية للكافلين، أو بعد التخلي عنه وعدم إجازة كفالته، ويدور طرح هذه الإشكالات بين الكافل السابق او ورثته والطفل، وحتى بين الطفل ومؤسسة الرعاية الاجتماعية، سواء تم التخلي عن الطفل في وطنه او في الخارج، ذلك ان الإشكالات التي تعاني منها هذه الفئة لا حصر لها، من يوم عقد الكفالة إلى غاية التخلي عنها، خاصة بالنسبة للكفالة الممنوحة في الخارج والتي ترتب اثار قانونية في مواجهة كلا الطرفين وهذا راجع لكون نظام الكفالة يعد دخيلا على نظامها القانوني الذي لا يعرف هذا النوع من الرعاية.

إن الإشكالات القانونية التي تثار بسبب الرجوع إلى مؤسسة الرعاية الاجتماعية، يمكن أن تنتج من الطفل في حد ذاته، ويمكن أن يثيرها كافله أو ورثة الكافل، او أي شخص له علاقة بالموضوع، كما ان الرقابة على الطفل داخل مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة يحتم على القائمين على رعايته الحفاظ على مصالحه.

من خلال ما تقدم قسمنا هذا المطلب الى فرعين، يتضمن الفرع الاول الإشكالات القانونية التي تعترض الطفل بعد الرجوع الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية على المستوى الوطني، اما الفرع الثاني يتمحور حول الوضعية القانونية للأطفال المتخلى عن كفالتهم في الخارج.

الفرع الأول: الإشكالات القانونية التي تعترض الطفل بعد الرجوع الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية على المستوى الوطني

ان التخلي عن كفالة الطفل في مرحلة عمرية معينة يؤثر سلبا على الوضعية القانونية للطفل، ذلك ان الإشكالات لا تعترض الطفل في علاقته مع كافله السابق فقط، بل قد تتعدى الى المحيط الذي يعيش فيه، داخل مراكز الرعاية البديلة، مما قد يعرض الطفل الى خطر معنوي، يتطلب تدخل الجهات الوصية. والاشكالات المثارة على المستوى الوطني تختلف بين الدول المغاربية، في الاثار المترتبة عليها، ذلك ان منح اللقب للطفل المكفول جاري العمل به في الجزائر بخلاف المغرب وتونس.

بعد عودة الطفل الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية قد يطالب مجهول النسب معرفة نسبه، وهذا ما يخلق إشكالات قانونية. اما بخصوص الطفل معلوم النسب قد يطالب بعودته الى أحد ابويه او كلاهما، من خلال هذا كيف عالجت التشريعات المغاربية الإشكالات القانونية التي تعترض الطفل بعد الرجوع الى مؤسسة الرعاية البديلة؟

أولا: إشكالية مطابقة لقب الكافل للمكفول

إن هذه الإشكالية تثار للوهلة الأولى، عند الغاء الكفالة وعودة الطفل الى مؤسسة الرعاية الاجتماعية البديلة، ويمكن أن تثار كذلك بعد بلوغ الطفل سن الرشد القانونية. ويعتبر مطابقة لقب الكافل بالمكفول، خطوة ايجابية في حق الكفالة، إلا أن عدم دراستها من عدة جوانب يؤثر سلبا على الآثار القانونية التي يمكن أن تترتب عليه، بما في ذلك حق الطفل في اكتساب اللقب.

إن عدم كفاية هذا الجانب القانوني، يخلق إشكالات قانونية للطفل على المدى القريب والبعيد، سواء اثناء الدراسة او بعد ولوج عامل الشغل. وتثار هذه الإشكالية في الجزائر ذلك ان المغرب وتونس لا تقران بحق الطفل المكفول في مطابقة لقبه بالكافل. ومن بين الإشكالات المتعلقة باللقب هي:

ا–تغيير لقب الطفل المطابق للكافل:

حقيقة ان مطابقة اللقب لا تعني وجود قرابة بين الكافل والمكفول، الا انه لمجرد عدم الالتزام بالكفالة يمكن المطالبة بتغيير لقب الطفل. او تكون بطلب من الطفل في حد ذاته بعد عودته الى مؤسسة الطفولة المسعفة ان كان مميزا او بعد بلوغه سن الرشد القانونية، حيث يتحمل المسؤولية عن اعماله او افعاله. وهذا ما يوضح الاختلاف بين الدعوى التي يرفعها ورثة الكافل او الكافل في حد ذاته، وبين الدعوى التي يرفعها الطفل بخصوص مطابقة لقبه بلقب كافله السابق.

ان هذه الإشكالات القانونية المثارة يشوبها فراغ قانوني يستوجب تعديل قانون رقم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب، والتي تستوجب توضيح مصير اللقب الممنوح للطفل من قبل كافله السابق، بعد الغاء كفالته، اما بالنص صراحة على الاحتفاظ به او بمجرد التخلي عن الكفالة يتم تغيير اللقب من الطفل وتعديله او الاحتفاظ بلقبه الممنوح له بموجب المادة 64 من ق.ح.م.

وباعتبار ان القانون المدني هو الشريعة العامة نجده ينص في المادة 29 على: (**يسري على اكتساب الألقاب وتبديلها القانون المتعلق بالحالة المدنية**)، حيث اتى وصف هذه المادة عاما يحتمل عدة معاني، فيمكن ان تتم المطالبة بنزع اللقب من الطفل بعد التخلي عن الكفالة والغائها وفقا لقانون الحالة المدنية.

وبالرجوع الى ق.ح.م في القسم الخاص بتعديل عقود الحالة المدنية ينص في المادة 56على: (**كل شخص يتذرع بسبب معين لتغيير لقبه يرخص له ذلك ضمن الشروط التي تحدد بموجب مرسوم**). حيث

يستخلص من هذه المادة ان المطالبة بتعديل اللقب تكون شخصية، ولا ينص المشرع على إمكانية الغير المطالبة بتغيير اللقب، هل يفهم من هذه المادة ان الكافل او ورثته لا يمكنهم المطالبة بتعديل لقب الطفل المطابق للقب كافله السابق.

وعلى هذا الأساس يختلف التكييف القانوني ان كان طالب تغيير لقب الطفل المتخلى عن كفالته مميزا او راشد، حيث تنص المادة الاولى من المرسوم 92-24 المتعلق بتغيير اللقب: (**كل من يرغب في تغيير لقبه لسبب ما، ينبغي عليه ان يوجه طلبا مسببا الى وزير العدل، حامل الاختام الذي يكلف النائب العام للدائرة القضائية حيث مكان ولادة الطالب لإجراء تحقيق**).

تؤكد هذه المادة من جديد ان طلب تغيير اللقب شخصي، الا ان المشرع نص على إجراءات خاصة حيث يقدم الطلب الى وزير العدل حافظ الاختام يبين فيه الطالب كل الأسباب المتعلقة بتغيير اللقب مع ارفاق الطلب بكل الوثائق التي تثبت الغرض من ذلك، حيث يشتمل على اسمه ولقبه الممنوح له من طرف ضابط الحالة المدنية، والمرسوم الذي على أساسه تم تغيير لقبه ليطابق لقب الكافل، بالإضافة الى عقد فسخ او التخلي عن الكفالة او الحكم القضائي الذي صدر بخصوص الغاء الكفالة، وامر بالوضع في مؤسسة الطفولة المسعفة.

وتكون هذه الإجراءات مطابقة للإجراءات المتعلقة بطلب الحاق لقب الطفل المكفول بكافله، وتختص باستقبال الطلب المديرية الفرعية للحالة المدنية والجنسية التابعة لوزارة العدل، التي تحيل الملف الى النائب العام للدائرة القضائية لمكان ولادة الطالب، والذي يطلب منه تحويل الملف الى وكيل الجمهورية والذي بدوره يحول الملف الى رئيس المحكمة او القاضي المختص الذي يصدر امرا بتغيير اللقب، ويقوم وكيل الجمهورية بمراسلة

ضابط الحالة المدنية المختص لتسجيل الامر في سجل الحالة المدنية، وترسل نسخة من الامر الى امانة ضبط المجلس القضائي[1].

بعد تغيير لقب الكافل من الطفل مجهول النسب، فانه يحتفظ باللقب الأول الذي كان يحمله، والذي منح له وفق المادة 64 من ق.ح.م.

ب-إشكالية عدم توريث اللقب:

ان إقامة الطفل بمؤسسة الطفولة المسعفة قد تكون بصفة مؤقتة او دائمة، فقابلية اعادة كفالة الطفل واردة، كما ان اقامته فيها حتى بعد بلوغ سن الرشد واقع معاش، ذلك ان التخلي عن كفالة الطفل تطرح عدة إشكالات قانونية مرتبطة بمصير الطفل من عدة جوانب، أهمها هوية الطفل. هذا لا يعني ان الطفل الذي استمرت كفالته حتى بلوغه سن الرشد القانونية دون التخلي عليه لا تطرح بخصوصها إشكالات، بل يشترك كل من الطفل الذي استمرت كفالته او تم التخلي عليه في هذه الإشكالية القانونية والتي تعترضه عند احتفاظه بلقب كافله السابق وهي عدم توريث -لقب الكافل.

تطرح هذه الإشكالية نتيجة احتفاظ الطفل بعد عودته الى مؤسسة الطفولة المسعفة بلقب كافله الذي توفي او الذي تخلى عنه، ذلك ان عدم المطالبة بتغيير لقب الطفل تنعكس بالسلب على حياته سواء في الإطار المؤسساتي البديل او بعد بلوغ سن الرشد القانونية.

ان المشرع لا يتطرق الى هذه الإشكالية القانونية بالرغم من القضايا المطروحة والتي لم تكلل باجتهادات قضائية لتبرز لنا موقف القضاء من هذه المعضلة القانونية. ويرجع السبب وراء طرح هذه الإشكالية هو زواج الذي تم التخلي عن كفالته وهو طفل ولم يتم تغيير لقبه بعد مطابقته لكافله.

[1]- قديدير إسماعيل، نظام الحالة المدنية للطفل الطبيعي، دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد 4، 2013، ص 106.

تبقى هذه الإشكالية قائمة في ظل سكوت المشرع بعد اجازته لمطابقة لقب المكفول بكافله وعدم استيفاء المواد القانونية التي تضمنها المرسوم رقم 92-24 لجميع الجوانب القانونية او الإشكالات التي تنجم وراء منح اللقب، الا انه بالرجوع الى الشريعة العامة نجد ان المشرع نص في المادة 28 ق.م على: (**يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده**)، وهذا ما هو منافي للحقيقة حيث ان الشخص الذي يتطابق لقبه مع كافله، لا يستطيع توريثه لأبنائه من صلبه، بسبب عدم وجود رابطة النسب واذا ما حدث ونسب الأولاد الى ابيهم على ذلك اللقب، فان فيه خلط للأنساب.

وإذا ما نظرنا الى النظام القانوني الذي تقوم عليه الكفالة في ق.ا نجد انها نظام خاص قائم بذاته، فمطابقة اللقب ما هي الا حماية للطفل المكفول اثناء فترة تمدرسه وفي ممارسة حياته اليومية، الا ان هذه المطابقة لا تخول حق الميراث، الا إذا اوصي او تم التبرع له في حدود الثلث، بمفهوم المخالفة فان هذا اللقب لا يورث ولا يمكن التعدي على الألقاب، فالتعدي على اللقب يعني التعدي على النسب، ذلك ان الولد ينسب الى ابيه متى كان الزواج شرعيا حسب نص المادة 41 ق.ا، فاللقب يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية[1].

ثانيا: حق الطفل في معرفة نسبه وعودته الى ابويه او أحدهما

تطرح إشكالية حق الطفل في معرفة نسبه ان كان مجهول النسب، وعودته الى أحد ابويه او كلاهما ان كان معلوم النسب بعد عودة الطفل الى مؤسسة الرعاية الاجتماعية، في مرحلة معينة من إدراك الطفل.

[1]- بن عبد الله نريمان، وفاة الكافل واثارها القانونية، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 6، 2015، ص 257.

ارست اتفاقية ح.ط مجموعة من المبادئ القانونية التي يتوجب على كل الدول الأطراف احترامها والعمل بها، أهمها الحفاظ على هوية الطفل. وتشمل هوية الطفل حسب قوانين البلدان المغاربية كل من الاسم واللقب والجنسية.

ان الطفل الخاضع لنظام الرعاية البديلة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه السابقين، له الحق في المطالبة بمعرفة نسبه ان كان مجهول النسب، وان كان معلوم النسب له الحق في المطالبة بعودته الى أحد ابويه او كلاهما، وهذا ما تطرقت اليه اتفاقية ح.ط في نص المادة 3 بان: (**جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة او الخاصة او المحاكم او السلطات الإدارية او الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى**). وهذا ما أكدته المادة 7 من ق.ح.ط.ج، التي قدرت المصلحة الفضلى للطفل بمجوعة من العناصر التي تشمل: (**جنسه وسنه وصحته، واحتياجاته المعنوية والفكرية العاطفية والبدنية ووسطه العائلي وجميع الجوانب المرتبطة بوضعه**)[1].

ا–حق الطفل في معرفة نسبه:

ان مطالبة الطفل مجهول النسب من إدارة مؤسسة الرعاية الاجتماعية البديلة المقيم فيها او من المصلحة التي تشرف عليها، معرفة اية معلومات عن ظروف تواجده في هذه المؤسسة حق مشروع، يمكن له من خلال المعلومات المقدمة له ان يعرف نسبه الأصلي، ويختلف هذا الطلب الذي يصدر عن أطفال مميزين او يتم المطالبة بذلك بعد بلوغ سن الرشد القانونية.

تخضع هذه النقطة القانونية للهيئات الإدارية المكلفة بالسهر على حماية حقوق الأطفال مجهولي النسب، وقد يتم قبول الطلب وإعطاءه أي معلومات حول كيفية تواجده في مؤسسة الرعاية الاجتماعية او

[1]- نجيمي جمال، نفس المرجع السابق، ص 49.

معلومات عن الشخص الذي ادخله الى المؤسسة او معلومات عن هوية الام كالاسم او لقبها العائلي او الولاية التي تنتمي اليها، ذلك ان الام التي تتخلى عن طفلها في المؤسسات الاستشفائية تترك نسخة من بطاقة التعريف الوطنية ان كانت بالغة، وان كانت قاصر يمكن ان تصرح باسمها او بمعلومات تخصها.

ب–حق الطفل معلوم النسب عودته الى ابويه او أحدهما:

إذا كان الطفل معلوم النسب جهة الام او تم إيداعه مؤسسة الرعاية الاجتماعية البديلة بقرار من القاضي المختص حفاظا على مصلحته، فهنا حسب تمييز الطفل من عدمه يمكنه المطالبة بعودته الى أحد ابويه او كلاهما.

يقدم الطلب الى مدير المؤسسة او الى المربي او الى الاخصائي النفساني الذي يسهر على متابعة سلوك الطفل داخل مؤسسة الرعاية الاجتماعية، وفي اغلب الحالات يكون طلب لفظي. وان ارفق هذا الطلب بإصرار، مع تغير سلوك الطفل يمكن ان يرفع الاخصائي النفساني او المساعد الاجتماعي تقريرا الى م.ن.اج.ت، ويتم اخطار قاضي الاحداث بذلك، الذي يأمر بتقرير اجتماعي حول إمكانية عودة الطفل الى ابويه ومدى تقبل هذين الأخيرين او أحدهما فكرة عودة الابن الى حضانتهم، خصوصا إذا ما توازى طلب الابوين او أحدهما مع طلب الابن المقيم في مؤسسة الرعاية الاجتماعية.

يوضح في التقرير ان المصلحة تقتضي عودة الابن الى الوسط العائلي، الا ان هذه الحالة تبقى خاضعة للرقابة من طرف الجهات الوصية. وإذا ما تبين ان مصلحة الطفل لا تتحقق برجوعه الى الوسط العائلي وانه يشكل خطر على سلوك الطفل فان القاضي يأمر ببقاء الطفل في مؤسسة الرعاية الاجتماعية البديلة.

الفرع الثاني: الوضعية القانونية للأطفال المتخلى عن كفالتهم في الخارج

إن عدم استقبال جميع الدول الأوربية لنظام الكفالة، يخلق مشاكل قانونية على المستوى الخارجي، التي ترتب اثار في مواجهة الدولة التي منحت الكفالة للخارج وفي مواجهة الطفل بحد ذاته، منها طلب تحويل الكفالة إلى تبني، إلى غير ذلك من الأمور التي تخالف الأساس الذي تقوم عليه الكفالة.

ان انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين في دولة اجنبية خصوصا إذا ما كانوا يحملون جنسية البلد المقيمين فيه او لهم جنسية مزدوجة ينعكس على وضعية الطفل المكفول، إذا ما تقرر التخلي عنه وعدم تحمل مسؤولية رعايته خاصة في حالة وفاة أحد الزوجين الكافلين او كلاهما، فيجد الطفل نفسه امام وضع قانوني يختلف عن الطفل المكفول في بلده الأصلي. وما يعقد من هذه المسالة هو ان كان الطفل يحمل جنسية البلد المقيم فيه. من هنا تطرح العديد من الإشكالات القانونية السبب الرئيسي فيها هو العنصر الأجنبي، فما هي الوضعية القانونية للطفل بعد تخلي كافليه عنه في الخارج، وما هي الإشكالات القانونية التي تعترضه بعد عودته الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة؟

أولا: استقبال الأطفال المتخلى عنهم في مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة على المستوى الخارجي

ان الاثار القانونية التي تترتب على الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين تأخذ حيزا من التعقيد في حال الكفالة الممنوحة في الخارج. ذلك ان قضايا الكفالة تطرح وبشكل مستمر في القضاء الأجنبي وتختلف التفسيرات القانونية بين البلدان الاوربية وفي بعض الأحيان حتى بين المحاكم القضائية، وهذا لانعدام الأساس القانوني الذي تقوم عليه.

ان اغلب القضايا التي يتم فيها انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين في الخارج وبالتحديد في فرنسا[1]، نجد ان أحد الكافلين او أحد ورثته يتكفل بالطفل ولا يتم التخلي عنه حسب القرارات التي تصدر عن محكمة الاستئناف[2].

الا ان المتوارث عنه ان القانون الفرنسي يحمي فئة الأطفال المحرومين، دون السند العائلي، وبالتالي بعد التخلي عن الطفل امام المحكمة، او بعد وفاة أحد الكافلين او كلاهما، فان السلطات الفرنسية تتدخل عن طريق المؤسسات ذات الطابع الاجتماعي.

نظمت فرنسا احقية الأشخاص المقيمين في الأراضي الفرنسية بصفة منتظمة والحاملين للجنسية الفرنسية الحق في الاستفادة من المساعدة الاجتماعية، وهذا ما تم النص عليه في المادة ل 111-1 والمادة 111-2 من قانون المساعدة الاجتماعية[3]. واولت للأطفال أهمية كبيرة من خلال هذا القانون، الا ان المشرع

[1] -Il convient de noter que la convention de la Haye du 19 octobre 1996, ratifier par le Maroc, applicable aux mesure de protection –et donc aux kafalas- prévoit des dispositions identiques. Il ressort de l'article 5 que les autorités françaises, sont compétentes pour prendre des mesures tenant à la protection et a la responsabilité parentale de l'enfant dès lors qu'il a sa en France. Il est expressément précisé qu'en cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant, les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle sont compétentes.
- pf, 2.2.2 compétence et loi applicable du bulletin officiel du ministère de la justice française. P 11.

[2] - Cour d'appel، Aix-en-Provence, 6e chambre A, 26 février 2015-bull n° 13/23597. Cas de divorce

- Cour d'appel, Paris, pole 3, chambre 2, 22 septembre 2015 – n° 13/02063. Cas de divorce.

- Cour d'appel, Agen, 1er chambre matrimonial, 2 octobre 2008 bull –n° 07/01652. Cas de divorce.

- Cour d'appel, Toulouse, 1re chambre, 2e section, 4 décembre bull 2007 –n° 07/03393. Cas de décès.

[3] - Ordonnance n°2000-1249 de 21 décembre 2000 relative à la partie législative du code de l'action social et des familles. J.O.R.F N) 279 DU 23décembre 2000, modifier le 22-05-2019.
Article L111-2 : (les personnes de nationalité étrangère bénéficient dans les conditions propre à chacune de ces -prestations :
-Des prestations d'aide social à l'enfance.
-De l'aide médicale de l'Etat.

لا يتطرق الى إشكالية الأطفال الخاضعين لنظام الكفالة والاثار القانونية المترتبة عن ذلك. بل ذهب الى تعميم حق الاستفادة من المساعدة الاجتماعية على كل الأطفال دون استثناء حسب الظروف المادية.

تطرق قانون المساعدة الاجتماعية الفرنسي الى الخدمات المقدمة عن طريق قسم المساعدة الاجتماعية للأطفال المتواجدين او المعرضين لخطر مادي او معنوي. حيث تتمثل في مؤسسات ذات طابع اجتماعي منها دار الحضانة وقرى الأطفال ومراكز الطفولة تحت اشراف القطاع العام وهي تأخذ نفس الوصف القانوني الذي تقوم عليه مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في كل دول العالم والتي سبق ان بينا منها التجربة المغاربية.

يشرف على هذه المؤسسات ذات الطابع الاجتماعي، والتي تنقسم الى اقسام تكون أحيانا تابعة لنفس المؤسسة، رئيس المصلحة الإقليمية التابع لها مقر هذا القسم، الذي يمكن له ان يستقبل الأطفال في هذه الوضعية بصفة استعجالية، كما يمكن لرئيس المصلحة الإقليمية اتخاذ بعد التدابير نظرا للوضعية القانونية المتواجد فيها الطفل، فيمكن له إحالة الطفل الى الغير بصفة مؤقتة وتطوعية، في إطار المصلحة الفضلى للطفل بعد تقييم لوضعيته[1].

يتم استقبال الأطفال عن طريق قرار قضائي صادر من طرف القاضي المختص، وهذه هي الحالة التي تنطبق على الأطفال الذين يتم التخلي عن كفالتهم سواء من الكافلين او من طرف ورثة الكافل، ليجد

-Elles bénéficient des autres formes d'aide social, à condition qu'elles justifient d'un titre exige des personnes de nationalité étrangère pour séjourner régulièrement).

[1] - Code de l'action social et des familles, articles L 213-1 – L313-1 a 9(autorisation), L 313-10 (habilitation justice) article D341-1 à 7 (disposition spécifique pour les pouponnières)
- Code civil ; article 375-3, 375-5, 377, 380, 411.
- Décret n° 75-96 du 18 février 1975 fixant les modalités de mise en œuvre d'une action de protection judiciaire en faveur de jeune majeurs.
- Ordonnance n° 45-147 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

الطفل نفسه داخل هذه المراكز لكونه يحمل الجنسية الفرنسية او انه مقيم بصفة منتظمة، وهذا ما أكدته المادة ل 223 من قانون المساعدة الاجتماعية الفرنسي.

حدد القانون مدة الإقامة بسنة واحدة مع إمكانية التجديد، كما يعد هذا القسم تقريرا عن وضعية الطفل كل سنة، او مرتين في السنة ان كان الطفل يبلغ اقل من سنتين، يتم فيه توضيح حالة الطفل النفسية والمتابعة المدرسية وعلاقته بمحيطه المؤسساتي، ووضعيته الصحية، ويسلم هذا التقرير الى الهيئة القضائية ممثلة في القاضي المختص نوعيا وإقليميا.

ان وضعية الأطفال المتخلى عن كفالتهم في الخارج تختلف كل الاختلاف عن الأطفال المتكفل بهم في بلدهم الأصلي، ذلك ان اختلاف القوانين والاعتقادات الدينية والسوسيولوجية يغير من الإجراءات القانونية المتخذة في وضعية التخلي عن الأطفال واستقبالهم في مراكز الرعاية الاجتماعية الاجنبية، حيث ان الطريقة المتعبة لتقديم الرعاية البديلة تختلف، فالأطفال في الدول المغاربية يتم الحرص على تنشئتهم تنشئة إسلامية والمحافظة على الهوية الوطنية، الا ان تغير الظروف الاجتماعية وحمل جنسية غير الجنسية الاصلية يطرح العديد من الإشكالات القانونية وتنازع للقوانين، التي تخلق اضطرابات لدى الطفل حول هويته الاصلية.

ثانيا: عودة الطفل المتخلى عن كفالته الى بلده الأصلي

يترتب على قيام رابطة الجنسية بين الفرد والدولة حقوق والتزامات على الصعيدين الوطني والدولي. وتبرر رابطة الجنسية حق الدولة في حماية رعاياها في الخارج إذا ما لحقهم ضرر في إقليم دولة اجنبية وهذا ما يعرف بالحماية الدبلوماسية، والتي قد تصل الى حد مباشرة دعوى قضائية دولية ضد دولة أخرى في حال إذا ما تقدم أحد الرعايا باحتجاج في ذلك.

تتدخل الدولة بواسطة قنصليتها بالخارج لتقديم الحماية لرعاياها في حدود ما تسمح به الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية[1]، بالإضافة الى الاتفاقات القضائية بين البلدان في مجالات معينة والتي تعد بمثابة حماية إضافية وضمان لعدم ضياع حقوقهم، خاصة في مجال الأحوال الشخصية[2].

ان معيار الجنسية هو الذي يحدد الإجراءات القانونية المتخذة في حال التخلي عن كفالة الطفل سواء تم ذلك امام المحاكم الأجنبية او الجزائرية او امام المحاكم المغربية، ويختلف التخلي عن كفالة الطفل سواء في مراكز الرعاية الاجتماعية الأجنبية او الداخلية.

اخذنا النظام الفرنسي كمثال في الإشكالات القانونية التي تعترض الأطفال بعد الرجوع الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية في الخارج، وهذا راجع الى تضمن بعض القوانين حالة الأطفال المتكفل بهم، الا ان ما سبق لنا توضيحه انه عند تعرض الطفل الى خطر معنوي بعد تخلي كافليه عنه وبقائه بدون مأوى، فان السلطات المعنية هي التي تتكفل بهذا الطفل، الا ان الاشكال الذي يطرح هو إمكانية مطالبة الدولة الحامل لجنسيتها سواء كانت جزائرية او مغربية عودة الطفل الى بلده الأصلي، كما يمكن ان يقابل هذا الطلب بالرفض فأي حماية قانونية للطفل بعد التخلي عن كفالته؟

ا–عودة الطفل الى بلده الأصلي:

بحكم معيار الجنسية الذي يربط الفرد بدولته، والإجراءات القانونية المنصوص عليها في الاتفاقات القضائية، والمهمة الموكلة الى الأجهزة المختصة في مراقبة حسن سير الكفالة في الخارج عن طريق القنصلية، والتي لها الحق في التدخل لضمان تقديم الحماية القصوى للطفل، يمكن لهذا الجهاز ان يتقدم بطلب استرجاع

[1]- نسرين شريقي، سعيد بوعلي، نفس المرجع السابق، ص 119-120.

[2] - convention franco-algérienne relative à l'exequatur et à l'extradition du 27 aout 1964.
-convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire, d'exéquatur des jugements et d'extradition entre la France et le Maroc du 5 octobre 1957.

الطفل الى دولته الاصلية، الا ان مثل هذا النوع من القضايا لم نجد له موقعا لا في الاجتهادات القضائية الجزائرية او المغربية او الفرنسية، وهذا ما يؤدي بنا الى القيام بتحليل قانوني يبين الوضعية القانونية للطفل المتخلى عن كفالته وإمكانية عودته الى بلده الأصلي.

تنص المادة 10 من المرسوم الرئاسي 08-162 المتعلق بتنظيم الإدارة المركزية لوزارة الشؤون الخارجية، انه: (**تكلف المديرية العامة للجالية الجزائرية في الخارج، بتنفيذ ومتابعة السياسة الوطنية تجاه الجالية الجزائرية في الخارج وحمايتها، وتكلف بحماية الجزائريين في الخارج والدفاع عن مصالحهم**) كما تختص المديرية الفرعية للبرامج والشؤون الاجتماعية بالتكفل بالملفات المتعلقة بالكفالة. كما يمكن ان تستقبل تقارير او أوامر لتتبع وتفعيل الرقابة القانونية على الأشخاص الممنوحة لهم الكفالة عن طريق امر من القاضي المختص. مما يوضح ان هذه المديرية لها الاحقية في مطالبة المصالح الاجتماعية او الهيئات القضائية المختصة في استرجاع الطفل الى بلده الأصلي كونه يحمل الجنسية الجزائرية الاصلية، وانه كان الطفل خاضعا لنظام الكفالة الإسلامية. ولعل المرجعية القانونية ذات الطابع الدولي التي تستند عليها هذه الهيئات هي الاتفاقات الثنائية التي تربط الدولتين والتي ترسم ملامح التعاون القضائي لصالح فئة معينة من المواطنين وهم فئة الأطفال والذي يسري في حقهم مبدا المصلحة الفضلى التي يتعين على الأطراف الفاعلة احترام هذا المبدأ القانوني المعترف به دوليا.

ان معيار تمييز الطفل يمكن الا يعتد به في حال تفضيل مصلحته وتقديم أفضل الضمانات لتوفير الرعاية والتربية السليمة على أسس دينية متشبعة بالروح والقيم الوطنية. يمكن ان يتم على هذا الأساس استرجاع الطفل وعودته الى بلده الأصلي، وايداعه في احدى مراكز الرعاية الاجتماعية البديلة، مع إمكانية إعادة كفالته من طرف كافلين اخرين.

ب–إشكالية إبقاء الطفل المتخلى عن كفالته في مراكز الرعاية الاجتماعية الأجنبية:

سبق لنا ان وضحنا دور الجنسية في تحديد الإجراءات القانونية لعودة الطفل سواء الى والديه الأصليين او الى بلده الأصلي بعد ان كان متكفل به في دولة اجنبية، إذا كان يحمل جنسية البلد مانح الكفالة او جنسية مزدوجة. ولكن يطرح الاشكال بخصوص حمل الطفل الجنسية الأجنبية نخص بالذكر الجنسية الفرنسية.

ان مطالبة الجهات الوصية والمخولة قانونا بالرقابة على الطفل المكفول في الخارج بإرجاع الطفل الى بلده الأصلي بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه يمكن ان يقابل بالرفض، إذا كان الطفل يحمل الجنسية الفرنسية التي تخوله جميع الحقوق، او إذا كان مميزا ورفض العودة الى بلده.

ان إشكالية إبقاء الطفل المتخلى عن كفالته في مراكز الرعاية الاجتماعية البديلة يغير من المفهوم القانوني للمصلحة الفضلى للطفل، ذلك انه كان في الأصل يحمل سواء الجنسية الجزائرية او المغربية والتي منحت كفالته الى الخارج والتي تقوم على مقومات تختلف عن البيئة الأجنبية وبهذا نحيد عن الهدف المرجو من وراء كفالة الطفل وهو الحفاظ على هويته الوطنية والدينية وتنشئته تنشئة سليمة.

يخضع الطفل المتخلى عن كفالته في مراكز الرعاية الاجتماعية البديلة الى نفس الرعاية والبرامج الموجهة للأطفال داخل هذه المؤسسات والتي تهدف الى ادماج الأطفال داخل اسر استقبال او الى التبني. وهنا تتفاقم الإشكالات القانونية التي تنتج عن تغير أسلوب الرعاية المقدمة من طرف المؤسسات ذات الطابع الاجتماعي، والاهداف المرجوة من وراء استقبال الأطفال الذين خضعوا الى نظام رعاية بديلة عن طريق الكفالة.

تطرق المشرع الفرنسي في قانون الاثار المترتبة على الكفالة بانعقاد الاختصاص للقضاء الفرنسي للنظر في القضايا المتعلقة بالكفالة إذا كان الطفل يحمل الجنسية الفرنسية، وقد فصل في هذا الامر في ظل وجود اتفاقات قضائية تربطه مع الجزائر والمغرب في قضايا الأحوال الشخصية وتنفيذ القرارات القضائية.

فاذا كان الكافل بحمل الجنسية الفرنسية وتخلى عن المكفول، فان القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي، الذي يحدد الاثار المترتبة عن الكفالة، اما اذا كان الطفل يحمل جنسية مزدوجة هنا يطرح اشكال قانوني حول تنازع الاختصاص في المطالبة بعودة الطفل المتخلى عن كفالته الى بلده الأصلي او بقائه في البلد المستقبل ، حيث يتم إيداعه مراكز الرعاية الاجتماعية على اختلافها بالنظر الى سنه على أساس وجود الطفل في خطر ليتم تقديم له الرعاية المناسبة، التي يمكن ان تكلل بالتبني على أساس ان الطفل يحمل الجنسية الفرنسية، ولا يمكن ان يتم المطالبة بكفالته فوق الأراضي الفرنسية ذلك انها لا تقر بهذا النوع من الرعاية البديلة وتنظيم الاثار المترتبة عليه على أساس حمل رافع الدعوى للجنسية الفرنسية.

ان هذه الاحتمالات القانونية والتي يمكن ان تشكل عائقا امام النمو السليم للطفل في ظل النزاعات القانونية بين بلدين تختلف مقوماتهما الاجتماعية والدينية كل الاختلاف، وهذا يرجع الى تنازع القوانين على أساس حمل الجنسية الأجنبية او المزدوجة.

خاتمة

اقرت التشريعات المغاربية نظام الكفالة الذي يعتبر مؤسسة توفر الرعاية البديلة للأطفال المحرومين من الوسط الاسري. استنباطا منها لقواعد الشريعة الإسلامية. وتطبيقا للمبادئ التي أتت بها اتفاقية حقوق الطفل حول المصلحة الفضلى للطفل.

الرعاية الاسرية البديلة التي دأبت التشريعات المغاربية على تنظيمها وتوفيرها للأطفال المحرومين، يمكن ان تتغير بتغير المراكز القانونية داخل الاسرة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافلي الطفل، التي تؤدي الى ترتيب اثار قانونية تختلف من تشريع الى اخر.

ان ظاهرة انحلال الرابطة الزوجية يمكن ان تؤثر على الوضعية القانونية للطفل المكفول، من خلال ما ينجر عنها من اثار في مواجهة كل من الكافل والمكفول، ذلك انها تأخذ منحنيين يختلفان من حيث نظامهما القانوني، قد يجتمعان في بعض الإجراءات القانونية والنصوص التنظيمية، الا انهما من جهة أخرى يفترقان في الاثار المترتبة عنهما.

ان الوضعية القانونية للطفل المكفول مرهونة بتحديد مصيره من انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، وذلك اما الالتزام برعايته او التخلي عنه، وهذا ما اختلفت التشريعات المقارنة في كيفية الاخذ به، في ظل محدودية الاحكام التي أتت بها الشريعة الإسلامية في موضوع الكفالة، ذلك ان القوانين الوضعية ارست مبادئ يقوم عليها النظام القانوني للكفالة استدلالا بالقواعد الشرعية، بالإضافة الى ادراج المبادئ الدولية لحقوق الطفل.

ان الالتزام بالكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين، يثير عدة إشكالات قانونية متداخلة، تطرح على الصعيدين الوطني والدولي، وبين هذه المعطيات المتغيرة نجد ان ما يترتب على الالتزام بالكفالة يختلف من دولة الى أخرى حسب قانونها الداخلي، والتزاماتها ببنود الاتفاقيات الموقعة عليها.

ان الدراسة المقارنة في هذا الموضوع انصبت حول مدى اخذ التشريعات المغاربية والاوربية بمبدأ المصلحة الفضلى للطفل-المكفول-وتجسيدها على ارض الواقع، لضمان نموه السليم في بيئة اسرية، حتى وان تعذر ان تكون مكونة من افراد يشكلون اسرة واحدة، فان الهدف المنشود من وراء الكفالة يكون تحقق بعد الالتزام بها.

ترتبط الوضعية القانونية للطفل المكفول بالشكل القانوني الذي تنحل به الرابطة الزوجية سواء بصفة ارادية كالطلاق او غير ارادية بالوفاة. حيث عالجت التشريعات المغاربية هذه النقطة من عدة زوايا قانونية، فالتشريع الجزائري لم يتطرق الى موضوع فك الرابطة الزوجية بين الكافلين ولم يحطه بقواعد تنظيمية في قانون الاسرة كما نظم ظاهرة وفاة الكافل وما يترتب عنها من اثار. الا انه وتداركا للوضع القانوني وما طرح على القضاء الجزائري من نزاعات، كان للمحكمة العليا دور هام في هذا الجانب بإرساء اجتهادات قضائية تعد مرجعا هاما يوضح كيفية تناول القضاء الجزائري لموضوع فك الرابطة الزوجية بين الكافلين.

ولعل اهم ما جاءت به هذه القرارات هو ان اثار الطلاق لا تترتب على الكفالة، لخصوصية المبادئ التي يقوم عليها هذا النظام. ما جعل مصير المكفول يتحدد بكافليه، اما الاستمرار في ممارسة الكفالة او التخلي عنها، ويكون هذا تحت رقابة الجهة الوصية، وهي محكمة شؤون الاسرة، التي لها كل الصلاحيات في تطبيق أي تدبير او اتخاذ أي اجراء مناسب لضمان الحماية القصوى للطفل المكفول.

افرد المشرع الجزائري انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الوفاة بتنظيم قانوني اجرائي، يختص بالنظر فيه قاضي شؤون الاسرة، ووسع في تعديل ق.ا.م.ا من صلاحيات هذا الأخير في إطار الدور الإيجابي للقاضي بالفصل في جميع القضايا المتعلقة بمصالح القصر.

تباينت مواقف التشريعين المغربي والتونسي حول تنظيم موضوع انحلال الرابطة الزوجية، واخذت منعرجا يختلف عن التشريع الجزائري، الا انها تصب في صالح الطفل المكفول، فقد نظم قانون كفالة الأطفال المهملين انفصام عرى الزوجية بين الكافلين ووفاة الكافل او الكافلين معا، من خلال ضبط بعض الاحكام القانونية التي توضح مصير الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه.

ان المشرع التونسي لم ينظم موضوع انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين في قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني، بل أحال حقوق وواجبات الكفيل والطفل المكفول الى مجلة الأحوال الشخصية التي تنظم ما يترتب عن الطلاق من اثار قانونية.

ان هذا الاختلاف بين التشريعات المغاربية في تنظيم موضوع الكفالة خاصة في نقطة انحلال الرابطة الزوجية واثارها على كفالة الطفل، يبين لنا مدى التأثير والتأثر من ناحية القواعد الشرعية والمبادئ الدولية، وحتى الأعراف والتقاليد التي يسير عليها كل مجتمع، إضافة الى تغير النظرة القانونية من مشرع الى اخر حول الكفالة المسموح بها خارج الحدود الوطنية ونخص بالذكر منها تلك الكفالة المصدرة الى الدول الاوربية التي ولدت تأثر التشريعات القانونية ببعضها البعض من خلال التسهيلات الإجرائية بضمان حسن استقبال الكفالة في دول ينعدم فيها الأساس القانوني لهذا النظام.

ان مصير الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين يرتبط بمدى تقبلهما الالتزام بكفالته باختلاف طرق انحلالها، حيث يؤثر الطلاق او الوفاة على الوضعية القانونية للطفل، ومدى تقبل كلا الطرفين

لبعضهما البعض، خصوصا في ظل حالات استثنائية بانتقال الكفالة الى أطراف خارجة عن العلاقة الزوجية بين الكافلين، وهي التزام أحد ورثة الكافل بالكفالة التي تستدعي توفر شروط قانونية معينة من اجل اجازتها من طرف القاضي المختص.

الالتزام بالكفالة ينتج اثار قانونية في مواجهة من التزم بها، ويأخذ هذا الالتزام الطابع التبرعي من تقديم الرعاية المناسبة والنفقة على الطفل، حيث يخول للكافل الولاية القانونية، وبذلك يقوم بالطفل المكفول كابن له، ويسال عن تصرفاته، بحيث يكون مسؤولا مسؤولية مدنية في مواجهته.

ان الولاية على الطفل المكفول وما يختلجها من مواقف فقهية وقانونية وقضائية، تسهب بشكل مباشر في صالحه، من خلال تفعيل الرقابة القانونية على ممارسة هذه الولاية من طرف المؤسسات القضائية والاجتماعية التي تساهم في إرساء ضوابط السلامة البدنية والنفسية للطفل المكفول وضمان عدم التعدي على حقوقه، الى غير ذلك من الإجراءات التي يمكن اتخاذها من اجل ضمان حمايته.

ان استمرارية الكفالة واجازتها سواء على المستوى الوطني او في إطار الكفالة الممنوحة للخارج، يرجع التقدير فيها للقاضي المختص ويكون القاضي المختص اما قاضي الاحوال الشخصية او قاضي مختص بالأطفال او القاصرين وهذا ما تتفق عليه التشريعات المغاربية، وحتى التشريعات الأجنبية إذا ما طرح النزاع امام قضاء أجنبي، الا انه من بين الإشكالات المطروحة في إطار موضوع الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية حول مدى تفعيل الرقابة على كفالة طفل مقيم في بلد أجنبي، حيث تكون هذه الرقابة مرهونة بمدى خضوع كل من الكافل والمكفول الى قانون الدولة الممارس فيها الكفالة.

ان أبرز الإشكالات القانونية التي تطرح في موضوع الكفالة الخارجية هو تحويل الكفالة الى تبني، الذي يغير من جوهر الكفالة، والذي صعب من المهمة الموكلة للجهات المختصة بتفعيل الرقابة. حيث

شهدت هذه النقطة صراعات قانونية نتجت عنها احكام قضائية مؤيدة في بعض المواقف ومعارضة في أخرى، وهذا يرجع الى انعدام الأساس القانوني للكفالة في الدول الأجنبية نذكر خاصة منها الاوربية لاختلاف نظام الرعاية الاسرية البديلة. وهذا ما يخرج عن نطاق الكفالة، حيث استعرضنا الاحكام والقرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن، بالرغم من المصادقة على الاتفاقيات الدولية والثنائية منها، الا ان تفعيل الرقابة في هذه النقطة قد يخرج أحيانا عن السيطرة نظرا لحمل الكافل جنسية اجنبية.

ان حمل الكافل او المكفول لجنسية مزدوجة يغير من الطابع الاجرائي للرقابة القانونية المفعلة في هذا الإطار، فاذا تبين للقاضي خروج الكفالة عن مضمونها الشرعي والقانوني جاز له في إطار الصلاحيات المخولة له اتخاذ التدابير القانونية الازمة بسحب الولاية القانونية من الكافل وإلغاء عقد الكفالة.

ان الفراغ القانوني الذي يشوب موضوع مصير الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه في بعض الإجراءات القانونية، ومدى الالتزام بالكفالة يخلق عدة إشكالات قانونية، بالرغم من حرص المشرع في التشريعات المغاربية على موضوع مصلحة الطفل، الا انها تستدعي تدخل السلطات للفصل في هذه الإشكالات، خاصة ما يتعلق منها بالكفالة الممنوحة للدول الأجنبية.

ان الإرادة السياسية والدولية التي تتجه في صالح حماية الطفل لابد من تداركها بتعزيز القوانين وتفعيل الرقابة على موضوع الكفالة سواء الممارسة على المستوى الوطني او الدولي. وذلك بتدعيم المنظومة القانونية بنصوص زجرية كفيلة بتحقيق المبتغى من النص لكن اصدار النصوص لا يكفي، بل لابد من تظافر الجهود من طرف الدولة والمجتمع المدني عبر اتخاذ إجراءات توفر الظروف الاجتماعية والاقتصادية الملائمة لتجاوز الهوة الفاصلة بين النص والواقع.

ان مصير الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافلين لا يقتصر على الالتزام بالكفالة، فقد أتاح المشرع في مختلف التشريعات المغاربية احقية الكافل او ورثته في التخلي عن كفالة الطفل بإجراءات قانونية ينظر فيها الى نسب الطفل ان كان معلوم او مجهول.

ان التفرقة الواردة في القانون بين الطفل معلوم ومجهول النسب تحدد الإجراءات القانونية المتبعة، حيث يستند عليها القاضي المختص للفصل في موضوع التخلي وفسخ عقد الكفالة. إضافة الى مطالبة الوالدين الأصليين للطفل عودته الى ولايتهم بعد انحلال الرابطة الزوجية بين كافليه.

ينظر القاضي المختص الى مدى تمييز الطفل وتقبله ورغبته العودة الى والديه او أحدهما ان توفرت فيهما الشروط القانونية، كما يمكن له في إطار الصلاحيات المخولة له القيام بتحقيقات او طلب خبرة او أي اجراء قانوني يفيد مصلحة الطفل. كما يأخذ بعين الاعتبار الوضعية الاجتماعية للوالدين المطالبين بعودة ابنهم المتخلى عن كفالته. وفي إطار المصلحة الفضلى للطفل التي يسهر القاضي على ضمانها وحمايتها، يحدد إمكانية عودته الى والديه من عدمها وتكون هذه العودة للشخص المؤهل قانونا خاصة في حالة طلاقهما، والا قضى باستمرارية الكفالة للكافل الملتزم بها. الا ان الرقابة البعدية تبقى مستمرة فاذا ما اتضح استغلال الطفل في مواد تهدد سلامته وكيانه، جاز للقاضي اتخاذ التدابير الملائمة لذلك، بوضع الطفل في مراكز الرعاية الاجتماعية البديلة.

ان الكفالة الممنوحة للخارج سواء الى الأجانب او الى مواطني البلد المصدر للكفالة، ترتب اشكالا قانونيا من حيث الإجراءات المتبعة، خاصة مع حمل الجنسية الأجنبية التي تغير من المسار القانوني للإجراءات، بالرغم من وجود الاتفاقيات الثنائية التي تصب في موضوع أطفال الأزواج المختلطين وتنفيذ القرارات القضائية، الا انها تأخذ منحنى مغاير عن الأطفال المكفولين والسبب راجع الى غموض النصوص القانونية تارة وعمومها تارة أخرى.

يمكن ان تتخلل عودة المكفول الى والديه او أحدهما عراقيل تحول دون تحقق الهدف المرجو، يرجع الى تماطل في الإجراءات القانونية للحصول على امتيازات او انتظار صدور حكم أجنبي يناقض الحكم الوطني، الا ان مصلحة الطفل تقتضي الحرص على عدم ضياع حقوقه.

يختلف مصير الطفل المكفول مجهول النسب عن الطفل معلوم النسب، ويختص القاضي بالنظر والفصل في التخلي عن موضوع الكفالة الى جانب الموثق إذا كانت الكفالة توثيقية في أولها. حيث يعود الطفل الى الحالة التي كان عليها قبل التكفل به، ويعتبر من أبناء او ايتام الدولة مع اختلاف التسميات بين التشريعات في هذه النقطة.

بعد التخلي عن الكفالة بصفة ارادية او غير ارادية، ينطبق عليه حكم وجود الطفل في خطر معنوي، او تعرضه للإهمال، حيث يتدخل القاضي المختص وهو قاضي الاحداث وفق القانون الجزائري، وقاضي شؤون القاصرين في القانون المغربي لاتخاذ التدابير الملائمة لحفظ حقوق الطفل وضمان عدم التعدي عليها.

اخذت الدولة الجزائرية على عاتقها ومنذ استرجاعها للسيادة الوطنية على تنظيمها لمختلف القطاعات والاجهزة التي تسهر على حسن سير تطبيق القانون، على مختلف الأصعدة، وضمانا منها للحماية الاجتماعية والاقتصادية انتهجت سياسة التكفل بالأطفال المحرومين، واتخذت في إطار ذلك الوسائل والتدابير القانونية التي تنضوي تحت تطبيق المبادئ الدولية لحقوق الانسان والطفل.

نظم التشريع الجزائري أساليب تقديم الرعاية للأطفال المحرومين من الاسرة، وذلك بانتهاج نظام قانوني يبين اللبنة الأولى للرعاية وهي الرعاية المؤسساتية البديلة لهته الفئة من الأطفال، حيث تكون بعد ذلك قابلة للتحول الى الرعاية الاسرية البديلة، والتي تم احاطتها بمنظومة تشريعية متكاملة كما سبق وان وضحناه وان كانت تعتريها بعض الشوائب الا ان الجزائر تبقى رائدة في مجال التطبيق الفعلي لحقوق الطفل والطفولة

المحرومة خاصة. الا ان هذه الرعاية الاسرية البديلة قد تتغير بحدوث طارئ على الاسرة يغير من المراكز القانونية فيها، فلا يجد الطفل المكفول مجهول النسب بعد التخلي عن كفالته، ملاذا غير مؤسسات الرعاية البديلة على اختلاف اصنافها، والتي نظمتها الدولة الجزائرية وفق المعايير الدولية، حيث ان نظام الرعاية المؤسساتية البديلة نظام يتسم بالطابع الدولي.

لم تحد التشريعات المغاربية عن المنظومة الجزائرية في التكفل المؤسساتي بالأطفال المحرومين بصفة مؤقتة او دائمة من الرعاية الاسرية ونذكر خاصة بعد خوض تجربة العيش في كنف اسرة، وهذا ما نظمته كل من تونس والمغرب حسب حالات ارتفاع الطفولة المهملة، الا ان هذه الأخيرة غيرت من الطابع العمومي للرعاية المؤسساتية وارفقتها برعاية مؤسساتية بديلة ذات طابع خاص.

في إطار الحماية القانونية للطفل المعرض للخطر او المهمل، يتخذ القاضي المختص مجموعة من الإجراءات القانونية لإيداعه مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة حسب سنه واختلاف جنسه، حيث يسهر القائمون على هذه المؤسسات توفير الجو الاسري البديل من طرف المختصين، حيث بادرت الدولة الجزائرية الى تحسين الخدمات الاجتماعية المقدمة لهته الفئة من الأطفال عن طريق تدعيم هذا القطاع بمختلف الموارد المالية والبشرية، وهذا النظام العالمي للرعاية البديلة سارت عليه الأنظمة القانونية المغاربية، من خلال تمديد هذه المؤسسات سواء كانت عمومية او خاصة بجميع الوسائل الضرورية للطفل المقيم فيها، وهذا ما يظهر جليا من خلال التقارير الدولية لمنظمة الأمم المتحدة. الا ان الواقع أحيانا يعبر عن تهميش هذه الطبقة من المجتمع وهذا ما يظهر من خلال تعرض فئة الأطفال الى العنف النفسي والجسدي، بالرغم الرقابة المفروضة على هذه المؤسسات من طرف الجهات المتخصصة، والتي تعمل عليها المؤسسات التابعة للقطاع الاجتماعي إضافة الى القضاء الذي يسهر على ضمان مصلحة الطفل.

تضمن مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة للأطفال المسعفين جميع الحقوق التي أتت بها الاتفاقيات الدولية في هذا المجال من خلال ضمان الحق في الحياة والهوية وجميع الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية وغيرها من التعاملات المادية، دون تمييز على أساس العرق او الجنس او اللون او القدرة الجسدية، حيث تتحمل هذه المؤسسات المسؤولية القانونية في حال انتهاك حقوق الأطفال او استغلالهم.

اتى قانون حماية الطفل على حين غرة ليعزز الحماية القانونية للأطفال من طرف قاضي الاحداث الى جانب المؤسسات ذات الطابع الاجتماعي التي تحافظ على كيان الطفل، وهذا يعد خطوة إيجابية واعترافا من التشريع الجزائري بأهمية هذه الفئة من المجتمع، ذلك ان المنظومة القانونية لم تحد عن المحافظة على حقوق الانسان والأطفال خاصة، وما يؤكد ذلك مجموعة القوانين التي شرعت لفائدة حماية الأطفال حتى وان البعض منها الغي الا ان القوانين المستحدثة أتت بثمارها في مختلف المجالات تطبيقا لبنود اتفاقية حقوق الطفل، التي أتت بالمبدأ السامي حول الحفاظ على المصلحة الفضلى للطفل.

تختلف الوضعية القانونية للأطفال المتخلى عن كفالتهم في بلدهم الأصلي عن المتخلى عنهم في الخارج، وهذا راجع الى خضوع الطفل الى قوانين الدولة المقيم فيها ان كان يحمل جنسيتها، مع عدم وضوح الإجراءات المتبعة للمطالبة باسترجاعه الى بلده الأصلي وغياب النصوص القانونية التي تنظم حالات التخلي عن كفالة الطفل، بالرغم من الدور الفعال للقنصليات التابعة لبلد الطفل، الا انها تصطدم بواقع الخضوع الى قوانين جنسية الطفل، اذا كانت الجنسية مزدوجة فان الاتفاقيات الثنائية مع البلد المستقبل لكفالة الطفل، يكون لها دور في تحديد الإجراءات القانونية للمطالبة بعودته الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة لبلده الأصلي، الا ان حمل الطفل لجنسية اجنبية قد يغير من المطالب المقدمة لعودته الى وطنه، في ظل بعض القوانين الأجنبية التي تنص صراحة على اختصاصها في الحالات المتعلقة بالأثار المترتبة على كفالة الطفل ان كان يحمل جنسية بلدها.

تهدف مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في الدول المغاربية على اختلافها الى ضمان الرعاية المناسبة للطفل في ظروف حسنة وخلق جو أسرى يغير من مفهوم الرعاية المؤسساتية هذا المصطلح الجامد الذي يعطي معنى الصرامة في التعامل، الا ان البرامج المسطرة داخل هذه المؤسسات تعطيه صفة المرونة في التعامل مع الأطفال. فمن بين الأهداف التي تسعى اليها هو قابلية إعادة كفالة الطفل من طرف اسرة بديلة تقدم له الرعاية المناسبة التي يحتاجها، إذا كانت ظروفه النفسية تسمح له بإعادة تجربة كفالته داخل اسرة، وتخضع إعادة كفالته للمرة الثانية الى دراسة دقيقة يأخذ فيها بعين الاعتبار مدى تقبل الطفل الكفالة من جديد حسب تمييزه من عدمه، وحسب حالة التخلي التي تعرض لها من طرف كافله الأول، ان كانت ارادية او غير ارادية في حالة الوفاة.

ان التأثير والتأثر بين الدول المغاربية فيما يخص موضوع الكفالة يرجع الى قواعد الشريعة الإسلامية التي تحدد رعاية الطفل اللقيط او اليتيم، حيث ادخلت عليها احكام تأخذ الطابع الإداري في التعامل بين الافراد، وأدرجت عليها قواعد تكاد ان تكون مشتركة في الأساس الذي تقوم عليه الكفالة، ذلك انها ذات بعد منطقي تصب في صالح الطفل من شروط والتزامات، وهذا يرجع الى مصادقتها على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، الا ان الاختلاف بينها بدا واضحا في نقطة الالتزام بها او التخلي عنها بعد تعرض الاسرة الكافلة الى انحلال عن طريق الطلاق او الوفاة. وما زاد من حدة هذا الموضوع هو الكفالة المرخص بها الى الأجانب والجالية المقيمة في البلدان الأجنبية، التي تأثرت بهذا النظام حتى وان كان لا يندرج ضمن نظامها القانوني للرعاية، الا ان كثرة القضايا المطروحة امام القضاء والنزاعات الناشئة عن الطلاق والوفاة بالالتزام بالكفالة من عدمها والاثار المادية المترتبة عليها، كان لها دور في تنظيم سواء استقبال هذا النوع من الرعاية وحتى ما يترتب عنه من اثار ومحاولة ادراجه او إيجاد ما يعادله من أنظمة قانونية شبيهة به منها التبني البسيط

او الولاية القانونية او الوصاية او الاستقبال العائلي. وهناك من الدول نذكر منها فرنسا حاولت ايجاد مصطلح قانوني يعبر عن نظام الكفالة الذي أدرج تحت نظام الاستقبال الشرعي او القانوني.

ان النزاعات المثارة في موضوع انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين تأخذ حيزا ضيقا من الفصل فيها ترجع الى تعارض الاحكام الصادرة بخصوصه، وعدم توضيح الاتفاقيات الثنائية المنصبة حول تنفيذ القرارات القضائية وازواج الأطفال المختلطين تنظيم هذه الظاهرة القانونية التي اصبحت تشكل هاجسا حقيقيا في حال التخلي عن كفالة الطفل.

ان انحلال الرابطة الزوجية سواء كان بصفة إرادية أو غير إرادية، يؤثر على الطفل المكفول من جميع النواحي، ويعتبر حلقة التحول في حياته، سواء كان بالالتزام بكفالته او التخلي عنها، ذلك ان المنظومة القانونية ساهمت وبشكل فعال في تنظيم ما يترتب عن الكفالة من اثار، بداية من تحمل رعايته والنفقة عليه الى مطابقة لقبه بكافله، وصولا الى مرحلة التخلي عنه. الا ان هذا القانون تشوبه بعض النقائص من حيث عدم المامه بحالتي انحلال الرابطة الزوجية كما نص عليها المشرع في قانون الاسرة، بل اقتصر على تحديد حالة الوفاة فقط، ولا توجد عبارة عامة تجمع بين الحالتين لربطهما معا في الإجراءات المتبعة.

حقيقة انه كان للمحكمة العليا دور هام في إرساء اجتهادات قضائية في حالة طلاق الكافلين والاثار المترتبة عنها، وهذا راجع الى غياب النص القانوني المحدد لهذه الحالة، ولهذا كان على المشرع الجزائري تدارك هذه النقطة القانونية واحاطتها بأحكام صارمة تسهل على المتعامل مع القضاء الإجراءات الواجب اتباعها، وتوضح للدارس لهذه المادة القانونية كيفية تناول المشرع الجزائري الطلاق في حالتي الطفل الشرعي للعائلة والطفل المكفول.

حقيقة انه ارجع المشرع الجزائري حال غياب نص قانوني في قانون الاسرة الاخذ بمصادر من مصادر القانون وهو احكام الشريعة الإسلامية، الا انه رجوعا اليها نجدها لا تتضمن قواعد مفصلة في الكفالة بل جل ما أتت به يتمحور حول تحريم التبني والولاية على نفس ومال اليتيم واللقيط. ولهذا كان من الضروري ضبط النظام القانوني للكفالة من جميع النواحي، منذ اهمال الطفل الى غاية كفالته وما ينجر عنها من اثار.

يظهر جليا ان موضوع الكفالة وخاصة ما ينتج بعد الطلاق والوفاة من اثار يحمل في طياته العديد من الأمور القانونية المتداخلة، ذلك ان ما ينطبق على الطفل العادي داخل اسرته البيولوجية، يوازي الطفل المكفول سواء ان كان معلوم او مجهول النسب، الا انه واحاطة بالإشكالات القانونية الناتجة عنه كان من الضروري ضبطه من ناحية الإجراءات القانونية الخاصة بانتقال الكفالة بعد الطلاق والفصل في الكفالة التوثيقية التي أصبحت غير متداولة كما كانت من ذي قبل وهذا راجع الى عدم تنفيذها في الدول الأجنبية المستقبلة للكفالة.

ان النزاعات القانونية التي طالت فئة الأطفال المتكفل بهم في الخارج صعبت من إجراءات منح الكفالة على عكس المغرب الذي سهل هذه الإجراءات للأجانب المسلمين، الا ان النتيجة العكسية لهذه المعضلة اثرت بالسلب على المحافظة على الأساس الذي تقوم عليه الكفالة، وما نتج عنه اصدار أوامر لضبط الكفالة الممنوحة للأجانب نظرا لصراع المغاربة في الخارج مع الاثار المترتبة عليها.

ان الالتزام بكفالة الطفل لا يعد اشكالا عويصا بل يخدم مصلحة الطفل في إطار من الرقابة والصرامة المفروضة على الملتزم بها، الا ان التخلي عن الطفل خاصة مجهول النسب، يمكن أن يشكل له صدمة نفسية، وهذا ما يستدعي ضرورة تفعيل هذا الجانب من خلال مؤسسات الدولة التي تسهر على حسن تسيير هذه القطاعات عن طريق الأخصائيين النفسانيين في معاجلة هذه الحالات. كما يجب عليها وضع برامج ومخططات تحد من مشكلة العنف النفسي والاعتداءات الجنسية التي تطال هته الفئة، فهذه الإشكالية تعد

معضلة قانونية وهي لا تزال من الطابوهات، فما يوجد داخل المؤسسة من مثل هذه الممارسات لا يتم الكشف عنه الا من خلال الرقابة المستمرة والحرص من القائمين على رعاية الأطفال، وحقيقة هذا ما لمسناه من خلال زيارتنا الى مراكز الطفولة المسعفة لوهران، فقد شهدنا حرص كبير سواء من الاخصائيين النفسانيين الطبيب المشرف المساعدين الاجتماعيين، وحتى مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن على توفير جميع المستلزمات الضرورية للأطفال المسعفين وكأنهم يشكلون عائلتهم المؤسساتية البديلة. كما تجدر الإشارة الى ان هذه المؤسسات تضع برامج بيداغوجية ولها غلاف مالي مخصص من طرف الوزارة الوصية.

ان الهدف المنشود من وراء هذه الدراسة والذي احطناه بدراسة مقارنة، اثمرت نتائجها حول الاختلاف القانوني بين التشريعات المغاربية حول نظام احكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية وهذا راجع الى تبني كل تشريع نظام الكفالة حسب معتقداته الفقهية القانونية والاجتماعية التي اثرت على البلدان التي لا تأخذ بهذا النظام في الرعاية البديلة. ان مصير الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية يتوجب ان يحاط بترسانة قانونية تدعم القوانين التي جاءت بها المنظومة التشريعية الحالية وتكون احكامها ردعية، واضحة لا تحتمل عدة تفسيرات وتأويلات، توضح معالم الرسالة النبيلة الإنسانية التي تختفي من وراء الكفالة، حيث تشدد على ضرورة احترام الطفل ككيان ومصلحته كحاجة، فلا يجب ترك الكفالة عرضة للتخلي وقت ما أراد الكافل ذلك ودون سابق انذار، بل يجب ان يتحمل المسؤولية الكاملة في إطار الرقابة القانونية المفروضة.

ان الكفالة قد تنقد أطفال بحاجة الى السند العائلي من الضياع، حيث ان هذه الفئة من المجتمع هي مستقبل الغد، فيجب ان تمارس في إطار قانوني سليم، بان تحترم فيها الشروط القانونية لمنحها، ونخص بالذكر السن القانوني لمنح الكفالة، فقد لاحظنا حالات تمنح فيها الكفالة لأشخاص طاعنين في السن، وهذا ما قد يخلف عدم التوافق بين الكافل والمكفول. كما يجب الحرص على المحافظة على المصلحة الفضلى للطفل سواء كان مكفول او يخضع الى نظام الرعاية المؤسساتية البديلة، فمصلحته تفوق كل الاعتبارات.

قائمة الملاحق:

وثائق قانونية باللغة العربية:

أولا: الوثائق الإدارية والقضائية الجزائرية المتعلقة بكفالة الطفل.

ملحق رقم (1): إجراءات وكيفيات الوضع القانوني.

ملحق رقم (2): شهادة وضع عائلي/ شهادة أصل.

ملحق رقم (3): محضر سماع الكفالة.

ملحق رقم (4): عقد كفالة موقع من طرف رئيس المحكمة.

ملحق رقم (5): عقد كفالة موقع من طرف قاضي شؤون الاسرة.

ملحق رقم (6): عقد كفالة لطفل معلوم النسب/ عقد كفالة جديد بعد انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة.

ملحق رقم (7): تحقيق اجتماعي حول وضعية الطفل المكفول بعد وفاة كافليه وانتقاله للعيش عند ورثة الكافل.

ملحق رقم (8): تحقيق اجتماعي حول وضعية الطفل المكفول بعد وفاة كافلته وانتقاله للعيش عند أحد أصدقاء العائلة.

ملحق رقم (9): تغيير اسم الطفل المكفول.

ملحق رقم (10): جنسية الطفل المكفول

ملحق رقم (11): امر بالترخيص لقاصر بمغادرة التراب الوطني

ملحق رقم (12): امر برفع اليد عن الطفل المكفول وتسليمه لورثة كافله.

ملحق رقم (13): تحقيق اجتماعي يوضح رغبة الطفل المكفول في الرجوع الى كافله.

ملحق رقم (14): استكمال تحقيق اجتماعي لإعادة ادماج الطفل المكفول وانتقاله للعيش عند أحد الورثة وموافقة زوجة هذا الأخير-.

ملحق رقم (15): تخلي وفسخ عقد الكفالة عن طريق الموثق.

ملحق رقم (16): امر بالوضع بمؤسسة الطفولة المسعفة.

ملحق رقم (17): بطاقة تقنية لمؤسسة الطفولة المسعفة.

ثانيا: الوثائق القانونية والإدارية والقضائية المغربية المتعلقة بكفالة الطفل

ملحق رقم (1): رسالة دورية رقم 2/1859 بتاريخ 7 فبراير 1996 تتعلق بكفالة الأطفال.

ملحق رقم (2): منشور عدد 50 س 2 بتاريخ فاتح يونيو 2003 حول الاذن بالسفر بالطفل المكفول للإقامة خارج ارض الوطن.

ملحق رقم (3): رسالة دورية 2/12433 بتاريخ 9 أكتوبر 1990 من وزير العدل الى السيد رئيس المحكمة الابتدائية... تحت اشراف السيد الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف تتضمن عقود الكفالة.

ملحق رقم (4): منشور رقم 16/ س 2/ك بتاريخ 28 مارس 2005 متعلق بكفالة الأطفال المهملين.

ملحق رقم (5): رسالة رقم 879 بتاريخ 8 يونيو 2005 حول عدم إمكانية إعطاء الكافل لقبه للمكفول.

ملحق رقم (6): نموذج اشهاد عدلي بكفالة طفلة مهملة.

ملحق رقم (7): احكام وقرارات قضائية.

ثالثا: وثائق متعلقة بكفالة الأطفال التونسيين.

ملحق رقم (1): حضانة طفل في إطار الكفالة.

وثائق قانونية باللغة الفرنسية:

Annexe n°1 : procédure et modalités du recueil légal

Annexe n°2 : pièces à fournir pour la constitution d'un dossier de déclaration de nationalité française.

Annexe n°3 : rapport d'enquête sociale

Annexe n° 4 : ouverture de compte sur livret d'épargne populaire.

Annexe n° 5 : Arrêt, cour de Douai 1er chambre 10 mars 1997. Adoption- adoption international- adoption plénière- loi applicable- enfant marocain- autorité compétente consentement- représentant légal- lien rupture.

Annexe n° 6 : Arrêt n° 1387 du 4 décembre 2013 (12-26-161) cour de cassation- première chambre civile.

Annexe n° 7 : Arrêt n° 1152 du 5 décembre 2018 (17-50.062)- cour de cassation- 1er chambre civile.

قائمة المراجع:

أولا: المراجع باللغة العربية

1) –النصوص القانونية

ا) –القوانين الجزائرية:

–الدستور الجزائري:

– مرسوم رئاسي رقم 96–438 المؤرخ في 26 رجب 1414هـ الموافق ل 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 76 مؤرخة في 8 ديسمبر 1996. المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08–19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16–01 مؤرخ في 26 جمادى الأول 1437هـ الموافق ل 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016.

–القوانين والاوامر:

– امر رقم 65–194 مؤرخ في 30 ربيع الأول 1385هـ الموافق ل 29 يوليو 1965 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ احكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري الفرنسي مؤرخ في 27 اوت 1964.

- امر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1389 هـ الموافق ل 8 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 14 رمضان 1437هـ الموافق ل 19 يونيو 2016. ج.ر عدد 37 المؤرخة في 22 يونيو 2016.

- امر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق ل 8 يونيو 1966، الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل بالقانون رقم 17-07 المؤرخ في 28 جمادى الثانية 1438هـ الموافق ل 27 مارس 2017. المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-06 المؤرخ في 25 رمضان 1439هـ الموافق ل 10 يونيو 2018.

- امر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق ل 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر عدد 21 معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في13 شوال 1435هـ الموافق ل 9 غشت 2014، ج.ر عدد 49 الموافق ل 20 غشت 2014، ص3.

- امر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق ل 15 ديسمبر 1970 يتضمن الجنسية الجزائرية، ج.ر عدد 105 لسنة 1970، المعدل والتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

- امر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل الى غاية القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر عدد 31، ص3.

- الامر رقم 75-64 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، والمتضمن احداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة.

- امر رقم 76-35 المؤرخ في 16 ابريل 1976 المتعلق بتنظيم التربية والتكوين، تم تعديله بموجب الامر رقم 03-09 مؤرخ في 16 غشت 2003، ج.ر عدد 48 بتاريخ 16 غشت 2003. القانون رقم 03-14 مؤرخ في 25 أكتوبر 2003 المتضمن الموافقة على الامر رقم 03-09 المؤرخ في 13 غشت 2003 المعدل للأمر رقم 76-35.

- امر رقم 76-79 مؤرخ في 29 شوال 1396هـ الموافق ل 23 أكتوبر 1976 يتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر عدد 101، الموافق ل 19 ديسمبر 1976، ص 1392. ملغى

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق ل 9يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة، ج.ر عدد 24، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأول 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 8 الموافق ل 17 فبراير 1985، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق ل 20 يونيو 2008، ج.ر عدد 44 مؤرخة في 3 غشت 2008، ص 3.

- قانون 90-11 مؤرخ في 26 رمضان 1410 هـ الموافق ل 21 ابريل 1990 يتضمن علاقات العمل، ج.ر عدد 17 بتاريخ 25 ابريل 1990، ص 562. المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-29 مؤرخ في 12-12-91، ج.ر عدد 68 لسنة 1991، ص 2654. والمرسوم التشريعي رقم 94-03 مؤرخ في 11-04-1994، ج.ر عدد 20 لسنة 1994، ص 5. والامر رقم 96-21 مؤرخ في 09 يوليو 1996، ج.ر عدد 43 لسنة 1996.

– قانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 مؤرخة في 23 ابريل 2008.

– قانون رقم 08–04 المؤرخ في 15 محرم 1429هـ الموافق ل 23 جانفي 2008، المتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية، ج.ر عدد 04 مؤرخة في 27 يناير 2008، ص7.

– قانون رقم 15–01 مؤرخ في 13 ربيع الأول 1436هـ الموافق 4 يناير 2015 يتضمن انشاء صندوق النفقة، ج.ر العدد الأول المؤرخة في 7 يناير 2015، ص3.

– قانون رقم 15–12 مؤرخ في 28 رمضان 1436هـ الموافق ل 15 يوليو 2015 يتعلق بحماية الطفل، ج.ر عدد 39 المؤرخة في 19 يوليو 2015، ص 4.

– قانون رقم 18–11 مؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق ل 2يولوي 2018 يتعلق بالصحة، ج.ر عدد 46 المؤرخة في 29 يوليو 2018، ص 3.

– المراسيم:

– مرسوم رقم 71–157 مؤرخ في 3 جوان 1971 يتعلق بتغيير اللقب، معدل ومت77مم بالمرسوم التنفيذي رقم 92–24 مؤرخ في 13 يناير 199، ج.ر عدد 5 لسنة 1992.

– مرسوم رئاسي رقم 76–100 مؤرخ في 25 مايو 1976 يتضمن احداث مراكز مكلفة بحماية الطفولة والمراهقة، ج.ر عدد 46 مؤرخة في 8 جوان 1976، تم الغاؤه بالمرسوم رقم 87–261، ج.ر عدد 49، ص 1987.

- مرسوم رئاسي رقم 80-83 مؤرخ في 15 مارس 1980 المتضمن احداث دور للأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها، ج.ر عدد 12 مؤرخة في 1980.

- مرسوم رقم 86-341 المؤرخ في 23 ديسمبر 1986 والذي يحدد احداث مراكز للشباب لقضاء العطل والترفيه وتنظيمها وسيرها، ج.ر عدد 53 مؤرخ في 24 ديسمبر 1986، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 92-453 المؤرخ في 6 ديسمبر 1992، ج.ر عدد 88 بتاريخ 12 ديسمبر 1992.

- مرسوم رئاسي رقم 88-144 مؤرخ في 12 ذي الحجة 1408هـ الموافق ل 26 يوليو 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية الموقعة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988، ج.ر المؤرخة في 13 ذي الحجة 1408هـ، ص 1097.

- مرسوم رئاسي رقم 89-67 مؤرخ في 16 مايو 1986 يتضمن الانضمام الى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. الموفق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1966/ ج.ر عدد 20 لسنة 1989.

- مرسوم رئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المتبناة من قيل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، ج.ر عدد 91 لسنة 1992.

- المرسوم التشريعي رقم 92-06 المؤرخ في 17 نوفمبر 1992 والمتضمن الموافقة مع تصريحات تفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل، ج.ر عدد 83 مؤرخة 18 نوفمبر 1992.

- المرسوم التنفيذي رقم 95-289 المؤرخ في 26 سبتمبر 1995 المتضمن رفع مبلغ المنح العائلية، ج.ر عدد 56 لسنة 1995، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 96-298 المؤرخ في 8 سبتمبر 1996 ج.ر عدد 52 لسنة 1996.

- المرسوم الرئاسي رقم 97-102 المؤرخ في 5 ابريل 1997 المتضمن المصادقة على تعديل الفقرة الثانية من المادة 43 من اتفاقية حقوق الطفل، ج.ر عدد 20 مؤرخة في 6 ابريل 1997.

- مرسوم رقم 01-238 المؤرخ في 29 جمادى الأولى 1422هـ الموافق ل 19 غشت 2001، ينظم احداث منحة دراسية للأطفال المتمدرسين المحرومين، ج.ر عدد 47 بتاريخ 22-08-2001، ص 15.

- مرسوم رئاسي رقم 06-299 مؤرخ في 2 سبتمبر 2006 يتضمن التصديق على البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية، المعتمدة بنيويورك في 25 مايو 2000، ج.ر عدد 55 مؤرخة في 6 سبتمبر 2006.

- مرسوم رئاسي رقم 06-300 مؤرخ في 2 سبتمبر 2006 يتضمن التصديق على البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة المعتمدة بنيويورك في 25 مايو 2000، ج.ر عدد 55 مؤرخة في 6 سبتمبر 2006.

- مرسوم رقم 08-162 مؤرخ في 2 يونيو 2008 يتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الخارجية، ج.ر عدد 29 المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 17-02 المؤرخ في 4 يناير 2017، ج.ر العدد الأول، ص08.

– مرسوم تنفيذي رقم 10–02 مؤرخ في 4 يناير 2010 المحدد للأحكام المتعلقة بإجبارية التعليم الأساسي، ج.ر العدد الأول بتاريخ 6 يناير 2010.

– المرسوم التنفيذي رقم 10–128 المؤرخ في 28 ابريل 2010 المتضمن تنظيم مديرية النشاط الاجتماعي للولاية، ج.ر عدد 29.

– مرسوم تنفيذي رقم 12–04 المؤرخ في 10 صفر 1433هـ الموافق ل 4 يناير 2012 يتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، ج.ر عدد 5 مؤرخة في 29 يناير 2012.

– مرسوم تنفيذي رقم 15–171 مؤرخ في 6 رمضان 1436هـ الموافق ل 23 يونيو 2015 المتعلق بالنقل المدرسي، ج.ر عدد 37 بتاريخ 8 يوليو 2015، ص 7.

ب) –النصوص القانونية للتشريعات المقارنة:

– القانون المغربي:

–دستور المملكة المغربية:

– ظهير شريف رقم 91–11–1 صادر في 27 شعبان 1432هـ الموافق ل 29 يوليو 2011 بتنفيذ الدستور المغربي.

–القوانين:

– ظهير شريف رقم 413–59–1 صادر في 28 جمادى الثانية 1382هـ الموافق ل 26 نوفمبر 1959 بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، ج.ر عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383هـ

الموافق ل 5 يونيو 1963، ص 1253. تم تعديله بالقانون رقم 18-33 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 44-19-1 بتاريخ 4 رجب 1440هـ الموافق ل 11 مارس 2019، ج.ر عدد 6763 بتاريخ 18 رجب 1440هـ الموافق ل 25 مارس 2019، ص 1612.

- ظهير شريف رقم 15-71-1 بتاريخ 16 يونيو 1971 المتعلق بنشر الاتفاق المغبر بموجبه مقتضيات الاتفاقية القضائية المبرمة بين المغرب وفرنسا، والنصين الملحقين به والبروتوكول المتعلق بالمهن القضائية الحرة والاعمال ذات الصبغة القانونية الموقع عليها يوم 20 مايو 1965 بشأن تأويل بعض مقتضيات البرتوكول المذكور والرسائل المتبادلة بتاريخ 16 نوفمبر 1970 و4 يناير 1971، بشأن تطبيق الفصل 34 من الجزء الثالث باتفاقية التعاون القضائي المتبادل وتنفيذ الاحكام وتسليم المجرمين المبرمة يوم 5 أكتوبر 1957.

- ظهير شريف رقم 447-74-1 الصادر في 11 رمضان 1394هـ الموافق ل 28 شتنبر 1974 يتضمن المصادقة على نص قانون المسطرة المدنية بتاريخ 30 شتنبر 1974. تم تعديله بالقانون رقم 19-61 بتتميم الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 118-19-1 بتاريخ 7 ذي الحجة 1440هـ الموافق ل 9 أغسطس 2019، ج.ر عدد 6807 بتاريخ 26 أغسطس 2019، ص 5897.

- ظهير شريف رقم 197-83-1 بتاريخ 11 ربيع الأول 1407هـ الموافق ل 14 نوفمبر1986 بنشر اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص المبرمة بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية بالرباط في 10 أغسطس 1881.

- ظهير شريف رقم 30-92-1 صادر في 22 ربيع الأول 1414هـ لتنفيذ القانون رقم 92-07 المتعلق بالرعاية الاجتماعية للأشخاص المعاقين، ج.ر بتاريخ 20 أكتوبر 1993.

- ظهير 13 نوفمبر 1993 حول الزامية التعليم الأساسي، ج.ر عدد 2665 بتاريخ 22 نوفمبر 1993، المغير بالظهير رقم 200-00-1 بتاريخ 19 مايو 2000.

- ظهير شريف رقم 165-93-1 صادر في 22 ربيع الأول 1414هـ الموافق ل 10 سبتمبر 1993. يتعلق بكفالة الأطفال المهملين-ملغى-

- ظهير شريف رقم 133-199-1 صادر في 26 محرم 1420هـ الموافق ل 13 مايو 1999 بنشر الاتفاقية الموقعة في 17 ماي بمدريد بين المملكة المغربية والمملكة الاسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وارجاع الأطفال.

- ظهير شريف رقم 172-02-1 صادر في فاتح ربيع الاخر 1423هـ الموافق ل 13 يونيو بتنفيذ القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، ج.ر عدد 5013 بتاريخ 19غشت 2002.

- مرسوم رقم 600-03-2 صادر في 18 ربيع الاخر 1425هـ الموافق ل 7 يونيو 2004 بتطبيق المادة 16 من قانون رقم 01-15 المتعلق كفالة الأطفال المهملين.

- ظهير شريف رقم 239-02-1 صادر في 25 رجب 1423هـ الموافق ل 5 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر عدد 5054 بتاريخ 7 نوفمبر 2002، ص 3150.

- ظهير شريف رقم 255-02-1 صادر في 25 رجب 1423هـ الموافق ل 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 01-22 المتعلق بالمسطرة الجنائية، ج.ر عدد 5078 بتاريخ 30 يناير 2003، ص 315.

– ظهير شريف رقم 22–04–1 صادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق ل 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الاسرة المغربية، ج.ر عدد 5184 الصادرة في 5 فبراير 2004.

– ظهير شريف رقم 154–06–1 صادر في 30 شوال 1427هـ الموافق ل 22 نوفمبر 2006 لتنفيذ القانون رقم 05–14 المتعلق بشروط فتح مؤسسات الرعاية الاجتماعية وتدبيرها، ج.ر رقم 54800 الصادرة يوم 7 دجنبر 2006.

– ظهير شريف رقم 191–10–1 صادر بتاريخ 7 محرم 1432هـ الموافق ل 13 دجنبر 2010 لتنفيذ القانون رقم 10–14 المتعلق بتحديد شرو ط الاستفادة من صندوق التكافل العائلي، ج.ر عدد 5404 بتاريخ 30 ديسمبر 2010 ص 5565. المعدل بالقانون رقم 17–83 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 20–18–1 الصادر بتاريخ 22 فبراير 2018.

– ظهير شريف رقم 25–18–1 المؤرخ في 23 افريل 2018 لتنفيذ القانون رقم 15–65 المتعلق بمؤسسات الرعاية الاجتماعية، ج.ر عدد 6667 بتاريخ 23 ابريل 2018.

–القانون التونسي:

–دستور الجمهورية التونسية:

– قرار رئيس المجلس التأسيسي المؤرخ في 31 يناير 2014 يتعلق بالإذن بنشر دستور الجمهورية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد خاص ل 10 فيفري 2014، السنة 157.

–القوانين:

– امر مؤرخ في 13 اوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، منشور بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 اوت 1956، نقح عدة مرات اخرها بالقانون عدد 50 لسنة 2010 المؤرخ في الفاتح من نوفمبر 2010 المتعلق بإقرار مؤسسة المصالح العائلية في نزاعات الحالة الشخصية.

– قانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 19 بتاريخ 07-03-1958، ص 603.

– قانون عدد 130 لسنة 1959 مؤرخ في 2 ربيع الثاني 1379هـ الموافق ل 5 أكتوبر 1959 يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 56 بتاريخ 03-11-1959، ص 1626. نقح بالقانون عدد 43 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995.

– الامر عدد 1865 لسنة 1991 المؤرخ في 10 ديسمبر 1991 والمتعلق بنشر اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 84 الصادر في 10 ديسمبر 1991، ص 1658.

– قانون عدد 65 لسنة 1993 المؤرخ في 5جويلية 1993 المتعلق بإحداث صندوق النفقة وجراية الطلاق التونسي. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 50 بتاريخ 6 جويلية 1993، ص 931.

– قانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 والمتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، نشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 90 الصادر في 10 نوفمبر 1995، ص 2205.

– قانون عدد 2796 لسنة 1999 المؤرخ في 13 ديسمبر 1999 يتضمن انشاء المراكز المندمجة للشباب والطفولة. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 103 بتاريخ 24-12-1999، ص 3111.

– قانون عدد 51 لسنة 2003 مؤرخ في 7 جولية 2003 المتعلق بتنقيح بعض احكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين او مجهولي النسب. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 54 بتاريخ 08-07-2003، ص 2259.

– قانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 اوت 2005 يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض احكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 68 بتاريخ 26-08-2005، ص 2396.

– امر عدد 2875 لسنة 2007 مؤرخ في 12 نوفمبر 2007 يتضمن انشاء مركز الرعاية الاجتماعية للأطفال. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 92 بتاريخ 16-11-2007.

– امر عدد 2072 لسنة 2008 مؤرخ في 2 جوان 2008 المتعلق بالترفيع في الاجر المضمون لمختلف المهن في القطاعات غير الفلاحية الخاضعة لمجلة الشغل. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 46 بتاريخ 06-06-2008، ص 2089.

– القانون عدد 55 لسنة 2010 مؤرخ في 1 ديسمبر 2010 المتعلق بتنقيح بعض احكام مجلة الجنسية التونسية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 97 بتاريخ 03-12-2010، ص 3436.

القانون الاسباني:

-منشور صادر في 15-07-2006 حول الاعتراف بحالات التبني بين الدول وتقييدها في سجل الأحوال المدنية الاسباني، ج.ر للدولة الاسبانية عدد 207 الصادرة في 30-08-2006.

- قانون رقم 2007-54 الصادر في 28-12-2007 المتعلق بالتبني بين الدول الذي دخل حيز التنفيذ في 30-12-2007.

2) -الاتفاقيات الدولية:

- اعلان حقوق الطفل لعام 1924، اعتمد من طرف المجلس العام للاتحاد الدولي لإغاثة الأطفال في جلسته بتاريخ 23 فبراير 1923، وتم التصويت النهائي عليه من قبل اللجنة التنفيذية في جلستها بتاريخ 17 ماي 1923 والموقع عليها من أعضاء المجلس العام في فبراير 1924.

- الإعلان العالمي لحقوق الانسان المعتمد والمنشور بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

- اعلان حقوق الطفل لعام 1959، اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة 1986 المؤرخ في 20 نوفمبر 1959.

- اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية، ابرمت في 24 ابريل 1963 تحت رعاية الأمم المتحدة.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض على التوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف (د-21)، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، تاريخ يدا النفاذ 23 مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المعتمد والمعروض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف (د-31)، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، وأصبح نافذا من تاريخ 3 جانفي 1976، وفقا لنص المادة 27.

– اتفاقية حقوق الطفل، المصادق عليها بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، وأصبحت نافذة بتاريخ 2 سبتمبر 1990.

– اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال المسؤولية الابوية وإجراءات حماية الأطفال المؤرخة في 19 أكتوبر 1966.

– البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع واستغلال الأطفال في البغاء والمواد الإباحية، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 236، المؤرخ في 25 ماي 2000، دخل حيز التنفيذ في 23 فبراير 2002.

– البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن اشراك الأطفال في المنازعات المسلحة، اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة رقم 263 المؤرخ في 25 ماي 2000، دخل حيز النفاذ في 23 فبراير 2002.

– عهد حقوق الطفل في الإسلام المعتمد من قبل المؤتمر الإسلامي 32 لوزراء الخارجية العرب المتعهد في صنعاء–اليمن، خلال الفترة ما بين 28–06/30–2005 الموافق ل 21–23 جمادى الأول 1426هـ.

3) –الاتفاقيات الثنائية:

– اتفاقية قضائية تتعلق بتنفيذ الاحكام وتسليم المجرمين وتبادل الرسائل المبرمة بين الجزائر وفرنسا في 27 اوت 1964.

– اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة في 10 أغسطس 1981.

– البروتوكول الاختياري المرفق بالملحق المؤرخ في 22 ديسمبر 1985 المضاف الى الاتفاق الجزائري الفرنسي بتاريخ 27 ديسمبر 1968 المتعلق بالتنقل والشغل والإقامة من طرف الجزائريين وافراد اسرهم.

– اتفاقية بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية وبين الجمهورية الفرنسية تتعلق بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين حالة الانفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو 1988.

– اتفاق بين المملكة المغربية والمملكة الاسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة **وارجاع الأطفال الموقعة في 30 ماي 1997**.

4) –المؤلفات العامة:

– أبو بكر نرمين، تقديم محمد سليمان احمد، الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2014.

– أبو خوات ماهر جميل، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، 2005.

– أبو غابة خالد عبد العظيم، حقوق المحضون، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، دار الفكر الجامعي، 2013.

– أورحمون محمد الطاهر، دليل المعاهدات والاتفاقيات الجزائرية الدولية المنشورة في الجريدة الرسمية 1963–1998، دار القصبة للنشر 2000.

– احمد طه محمود، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2014.

- الخالدي حميد سلطان، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.

- الخمليشي احمد، المسؤولية المدنية للأبوين عن ابنائهما القاصرين، مطبعة المعارف، الطبعة الأولى 1982.

- الخمليشي احمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني: الولاية والأهلية والنيابة القانونية، مطبعة المعارف، الطبعة الأولى 1994.

- الخزرجي عروبة جبار، حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.

- الدويبي عبد السلام، حقوق الطفل ورعايته، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1992.

- الدليمي عبد العالي، الحماية القانونية للطفل: دراسة في النصوص القانونية المتعلقة بالطفل من خلال القوانين المدنية والتجارية معززة بأحدث ما استقر عليه العمل القضائي، الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية–مراكش المغرب، الطبعة الأولى 2007.

- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الطبعة الرابعة، 2008.

- الحداد حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

- الشافعي محمد، قانون الاسرة المغربي بين الثبات والتطور، المطبعة والوراقة الوطنية–مراكش، الطبعة الأولى 2004.

– الشافعي محمد، دراسة في القانون المغربي–التبني في القانون الفرنسي، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2007.

– الشحات إبراهيم منصور، حقوق الطفل واثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الجامعة الجديدة، 2011.

– الشنيوي نورة غزلان، القانون الدولي الخاص المغربي، بحث في الجنسية المغربية مع اخر المستجدات، الجزء الأول، الطبعة الثانية 2010.

– الشريف محمد الحبيب، شرح مجلة حماية الطفل، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس، 1997.

– الطالب عبد الكريم، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة–مراكش، الطبعة السادسة، 2013.

– الطالب يعقوبي محمد، قانون الإجراءات المدنية مع التعديلات التي أدخلت عليه، مكتبة الشركة الجزائرية، 1974.

– العربي الشحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية وفقا للقانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.

– العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية 2013.

– العيون قصي محمد، شرح احكام الجنسية بالإضافة الى احكام محكمة العدل العليا في مسائل الجنسية، دار الثقافة، الطبعة الأولى 2009.

- العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد القانون رقم 08-09، منشورات امين، 2009.

- حسنين المحمدي البوادي، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 2005.

- البوادي حسنين المحمدي، حقوق المحضون، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، دار الفكر الجامعي، 2013.

- المنايلي هاني محمد كامل، حقوق الطفل بين الواقع والمأمول، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار المكتبة العصرية للنشر، الطبعة الأولى، 2010.

- الهداوي حسن، المبادئ العامة والحقوق الوضعية في القانون الأردني-دراسة مقارنة-، مكتبة دار الثقافة، الطبعة الثانية، 1997.

- النجار محمد يحي قاسم، حقوق الطفل بين النص القانوني والواقع وأثرها على جنوح الاحداث، دراسة تطبيقية في علم الاجتماع القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2013.

- بريك طاهر، مجموعة النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالحالة المدنية، دار الهدى، 2008.

- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الأول: الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.

- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الجزء الأول: التصرف القانوني-العقد -الإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.

– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، وفق اخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول: احكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة 2010.

– بلعيز الطيب، اصلاح العدالة في الجزائر، الإنجاز التحدي، دار القصبة للنشر، 2008.

– لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الاحول الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، الطبعة الثانية، 2006.

– بن الشويخ رشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، 2008.

– بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية 2007.

– بن ملحة الغوثي، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.

– بن محمود فاطمة الزهراء، دولة سامية، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية التونسية، قراءة في فقه القضاء، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2015.

– بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة 2010.

– بوقفة عبد الله، القانون الدستوري، تاريخ ودساتير الجمهورية الجزائرية، دار الهدى 2008.

- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة تطبيقية ونظرية مقارنة 1-2، دار الكتب العلمية بيروت، 2008.

- جرادات احمد علي، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الولاية والوصاية وشؤون القاصرين، والارث والتخارج، دار الثقافة، 2012.

- حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، 2013.

- حزيط محمد، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، الطبعة الخامسة 2010.

- خزاعلة عبد العزيز، امن الطفل العربي، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2014.

- سنقوقة سائح، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نصا شرحا وتعليقا، دار الهدى، 2011.

- عبد العزيز سعد، قانون الاسرة في ثوبه الجديد، احكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، 2007.

- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الاسرة، دار هومة، الطبعة الثانية، 2014.

- شحاتة احمد زيدان فاطمة، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، 2008.

- شنب محمد لبيب، مبادئ القانون، المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، 1970.

- شريفي نسرين، سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس- الجزائر، الطبعة الأولى، 2013.

- غازي حسن صباريني، الدبلوماسية المعاصرة، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2009.

– صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، 2006.

– صقر نبيل، قانون الاسرة، نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، 2006.

– صخري مصطفى، الاتفاقيات القضائية الدولية–احكامها ونصوصها، المكتب الجامعي الحديث– الإسكندرية، 2005.

– محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، منشاة المعارف–الإسكندرية 2008.

– احمد فراج حسين، احكام الاسرة في الإسلام: الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجديدة للنشر، منشاة المعرف–الإسكندرية، 1998.

– فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

– فهمي خالد مصطفى، النظام القانوني لحماية الطفل ومسؤوليته الجنائية والمدنية في إطار الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الاسلامية، دار الفكر الجامعي، 2012.

– كريني حفيظ، دليل التقاضي امام قضاء الاسرة، مطبعة النجاح الجديدة–الدار البيضاء–المغرب، 2007.

– انه كينيونيس، اندريس رودريغيث، هدى زكري، جميلة اوحيدة، الكفالة والتبني في العلاقات الثنائية المغربية والاسبانية، وحدة التنمية، مشروع عدل، 2009.

- لعور احمد، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، 2007.

- مسعودي عبد الله، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة 2010.

- نجيمي جمال، قانون حماية الطفل في الجزائر، تحليل وتأصيل، دار هومة، الطبعة الثانية 2016.

5) –المؤلفات الخاصة:

- الشرقاوي الغزواني نور الدين، قانون كفالة الأطفال المهمشين، مكتبة دار السلام، 2003.

- قرموش عبد القادر، كفالة الأطفال المهملين، دراسة تحليلية نقدية لظهير 13 يونيو 2002 على ضوء احكام مدونة الاسرة، مطبعة دار السلام، الطبعة الأولى، 2008.

- ميسوم فضيلة، الكفالة القانونية للطفل، دار الأيام للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2018.

6) –مراجع الفقه الإسلامي:

- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1977.

- محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، الجزء الأول، مكتبة الارشاد، الطبعة الثالثة، 1985.

–احمد بن ابي بكر بن اسماعيل البوصيري، اعداد: سيد حسن كسروي، مختصر اتحاف السادة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، المجلد 7–8، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1996.

– عبد الرحمان الحريري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع: قسم الأحوال الشخصية، دار الفكر ودار الكتب العلمية–بيروت لبنان، 1986.

– ياسر احمد عمر الدمهوجي، حقوق الطفل واحكامه في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2012.

– وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، الجزء الثالث، دار الفكر المعاصر، الطبعة الأولى، 1991.

– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته: الحقوق المالية، الوصايا والوقف، والمواريث، الجزء العاشر: تنمية الأحوال الشخصية، دار الفكر المعاصر، الطبعة الرابعة، 1997.

– عبد الرحمان بن ابي بكر السيوطي، الأشياء والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1983.

– علاء الدين بن ابي بكر مسعود الكاساني، تحقيق: علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 2003.

– احمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، الجزء الأول، دار احياء التراث العربي، الطبعة الثانية، 1985.

– برهان الدين علي بن ابي بكر الميرغاتيني، تحقيق: محمد تامر، حافظ عاشور حافظ، الهداية في شرح بداية المبتدئ، دار السلام للطباعة والنشر، 2016.

– محمد بن احمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية: نشأته–حياته–حقوقه التي كفلها له الإسلام، طبعة نهضة مصر، 1983.

– عبد المطلب عبد الرازق حمدان، احكام اللقيط في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة 2006.

–محمد سلام مدكور، المدخل في الفقه الإسلامي، دار الكتب الحديث، 2005.

– سيد قطب، في ظلال القران، المجلد الأول، الأجزاء 1–4، دار الشروق، الطبعة الشرعية الثانية عشر، 1986.

7) –الرسائل والمذكرات:

ا–رسائل الدكتوراه:

– العرابي خيرة، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، 2011–2012.

– بودومي عبد الرحمان، التبني والكفالة في الشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بخدة، 2015.

– جمعي ليلى، حماية الطفل، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، 2005–2006.

– حاج سويدي محمد، التنظيم القانوني لتشغيل الأطفال، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان، 2015–2016.

– حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان، 2004–2005.

- حسيني عزيزة، مصلحة الطفل، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بخدة، 2014.

- عسالي صباح، الحماية القانونية للطفل في تشريع الاسرة والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع قانون خاص، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.

- موالفي سامية، أثر الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1989 على التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بخدة، 2016-2017.

- والي عبد اللطيف، الحماية القانونية لحقوق الطفل-دراسة مقارنة الجزائر، تونس، المغرب-، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بخدة، 2014-2015.

- يقرو خالدية، التبني الدولي للأطفال-دراسة من وجهة حقوق الانسان، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة وهران، 2014-2015.

ب -مذكرات الماجستير:

- فراس وائل أبو شرخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة لاستكمال متطلبات الماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل فلسطين، 2007-2008.

- مولاي عبد العزيز اليوسفي علوي، كفالة الطفل المهمل، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق أكدال-الرباط، 1999-2000.

- بوزيد خالد، النسب في تشريع الاسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بخدة، 2010-2011.

– بويحياوي مريم، الحماية الدولية لحقوق الطفل في إطار اتفاقية حقوق الطفل 1989 وأثرها على التشريع الجزائري، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ابن عكنون، 2000–2001.

– بوشريعة نسيمة، انعكاسات المعاهدات الدولية فيما يخص الطفولة المهملة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2012–2013.

– بن صاف فرحات، العلاقات القنصلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013–2014.

– تاوريرت صابرينة، النزاعات المالية بسبب فك الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بخدة، 2013–2014.

– رابطي زهية، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بخدة، 2007–2008.

– رملة مليكة، دور قاضي شؤون الاسرة في حماية القصر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بخدة، 2016–2017.

– صباطة سامية، دور القضاء في حماية الحقوق المعنوية والمالية للطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان،2015–2016.

– علال امال، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان، 2008–2009.

– عليواش هشام، سلطة القاضي في حماية أموال القاصر، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة وهران، 2007–2008.

– قالعي سميرة، دور مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن في حماية الاسرة والطفل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاسرة، جامعة وهران 2012–2013.

– مداني هجيره نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر 1 بن عكنون، 2011–2012.

– نقيب نور الاسلام، الاليات القانونية لحماية الطفل في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بخدة، 2014–2015.

8) – مقالات المجلات العلمية:

– الايسر إبراهيم، دور وزارة العدل في تكريس ضمانات قانون كفالة الأطفال المهملين بين تقوية الضمانات وتدليل الاكراهات، سلسلة دفاتر محكمة النقض، العدد 22، مركز النشر والتوثيق بمحكمة النقض الرباط–المغرب، 2015.

– الطلحاوي فاتحة، نفقة الابن والمكفول، أوجه التشابه والاختلاف، الاشعاع، مجلة نصف سنوية تصدرها هيئة المحامين بالقنيطرة، العدد المزدوج 41–42، 2014.

– العيدوني وداد، كفالة الأطفال المهملين في التشريع المغربي، مجلة الطفولة العربية، العدد 24، 2010.

– اكديد محمد، كفالة الأطفال في التشريع المغربي، محكمة، قراءات وتعاليق تصدرها المحكمة الابتدائية بالرماني، العدد الثاني، 2003.

– امزاوير نادية، معيقات اسناد الكفالة، سلسلة دفاتر محكمة النقض، مركز النشر والتوثيق القضائي، العدد 22، 2015.

– سنية العش ملاك، منح جنسية الام لطفلها–قراءة في تنقيح مجلة الجنسية التونسية، دراسات قانونية، رقم 2012/12.

– بكيس عبد الحفيظ، حرشاو مفتاح، اليات الحماية الاجتماعية للطفل في قانون حماية الطفل، حماية حقوق الطفل تشريعا–فقها–قضاء، دار الأيام، الطبعة الأولى 2018.

– بالباهي سعيدة، حق الطفل في النسب في قانون الاسرة الجزائري، حماية حقوق الطفل تشريعا–فقها–قضاء، دار الأيام، الطبعة الأولى 2018.

– بحري صابر، خرموش منى، التنشئة الاجتماعية كحق من حقوق الطفل، حماية حقوق الطفل، دار الأيام، 2018.

– بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الاسرة، نشرة القضاة، تصدرها مديرية الدراسات القانونية والوثائق، الجزء الأول، العدد 64، 2009.

– بن حليمة ساسي، قانون العائلة بين التطور والجمود، دراسات قانونية، مجلة تصدرها كلية الحقوق بصفاقس، العدد 08–2001.

– بن حساين محمد، صراع المغاربية المقيمين بالخارج مع نظام كفالة الأطفال المهملين، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 05، 2004.

– بن حساين محمد، مغاربة الخارج وقانون كفالة الأطفال المهملين، مجلة القانون المغربي، مطبعة دار السلام، العدد 11، 2007.

– بن هبري عبد الحكيم، الدور الإيجابي لقاضي شؤون الاسرة في مجال حماية أموال القاصر، حماية حقوق الطفل تشريعا–فقها–قضاء، دار الأيام، الطبعة الأولى 2018.

– بن زاهير مليكة، دور القضاء في حماية الطفل، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 05، 2005.

– بن لخضر محمد، الحرية الدينية عند الطفل، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، العدد الثاني، 2014.

– بن عبد الله نريمان، وفاة الكافل واثارها القانونية، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 6، 2012.

– بن عبد السلام كمال، زروقي إبراهيم، الصعوبات التي يتعرض لها الطفل غير الشرعي المكفول في مطابقة لقبه بلقب الكافل، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 4، 2013.

– بن عزوز بن صابر، حق الطفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والاجتماعي، دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد الأول، 2008.

– بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجزائية عن ممارسة حق التأديب داخل الاسرة، دراسات قانونية، صادرة عن مخبر القانون الأساسي، دار نشر ابن خلدون، العدد 09، 2011.

– عثمان بن فضل، الفقه والقضاء بين مشروعية التبني وجوزاه في الشريعة الإسلامية، المجلة القانونية التونسية، 1997.

– بن قو امال، العمالة القاصرة وحمايتها من منظور القانون الدولي (الاتفاقيات الدولية)، دفاتر مخبر حقوق الطفل، عدد 04، 2013.

– بن ملحة الغوثي، حماية الطفولة شرعا وقانونا، رسالة الاسرة، مجلة تصدر عن الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة، ملف العدد: الطفولة المعرضة للخطر المعنوي والمادي، العدد الثاني، 2004.

– بوشريعة نسيمة، الحماية القانونية للطفل المهمل في التشريع الجزائري، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 06، 2015.

– تياب نادية، حق النسب والحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية. رقم 06، 2008.

– تشوار حميدو زكية، الحق في الاسم في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، رقم 06–2008.

– حوباد حياة، إمكانية تغيير الكافل لقب المكفول، دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد 04، 2013.

– حومالك محمد، حقوق الطفل بالمغرب على ضوء الإصلاحات الدستورية والمرجعية الدولية، مجلة منازعات الاعمال، العدد 38، يناير 2019.

– حيتالة معمر ، اختصاص قاضي شؤون الاسرة بإصدار الأوامر في مادة الاستعجال، عرض لبعض الاحكام الجديدة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الدفاع، مجلة تصدر عن منظمة المحامين لناحية وهران، العدد 01، السنة القضائية 2013.

– حمليل صالح، إجراءات التقاضي امام قسم شؤون الاسرة في القانون الجزائري، مجلة الفقه والقانون، عدد19 ماي 2014.

– مكي خالدية، واقع حق التعليم بين الإلزامية وتحديات الواقع الاجتماعية، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 04، 2013.

– مكي خالدية، الحماية الصحية للعامل القاصر في القانون الجزائري، دفاتر مخبر حقوق الطفل، عدد 04، 2013.

– زعزاع عبد المالك، قانون كفالة الأطفال المهملين، التطبيقات والصعوبات، المقال، مجلة قانونية فصلية، العدد الثاني، 2010.

– زياني نوال، عيساوي سفيان، الحماية الدولية لعمالة الأطفال بين النصوص الدولية والوطنية (الميثاق العالمي لحقوق الطفل لعام 1989 نموذجا)، حماية حقوق الطفل تشريعا–فقها–قضاء، دار الأيام، 2015.

– زعنون مصابيحي فتيحة، النيابة القانونية ومصلحة الطفل الصحية، دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد الأول، 2008.

– سالم ليلى، حق الطفل المكفول في اسم عائلي في ظل انعدام قانون موحد خاص بفئة الأطفال، حالة الطفل المولود خارج الزواج، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 04، 2013.

– سعداوي محمد الصغير، مدى كفالة المشرع الجزائري الحق في التقاضي امام قضائه الوطني في مسائل القانون الدولي الخاص، دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، 2018.

– سالم ليلى، حق الطفل المكفول في اسم عائلي في ظل انعدام قانون موحد خاص بفئة الأطفال، حالة الطفل المولود خارج الزواج، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 04، 2013.

– سعداوي محمد الصغير، مدى كفالة المشرع الجزائري الحق في التقاضي امام قضائه الوطني في مسائل القانون الدولي الخاص، دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، 2018.

– سكماكجي هبة فاطمة الزهراء، بولمكاحل لحمد، الحماية القضائية للطفل في حالة خطر في القانون 15-12، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 49 جوان 2018.

– جمال شهلول، اسناد لقب عائلي للأطفال المهملين، المجلة القانونية التونسية، عدد 1999/1.

– شمامة خير الدين، مساهمة المشرع في حماية الأطفال غير الشرعيين من التهميش-التشريع الجزائري نموذجا-التهميش في المجتمعات العربية: كبحا واطلاقا، كتاب متخصص يصدر عن تجمع الباحثات اللبنانيات، الكتاب 15، 2011-2012.

– حنيفة صالحي بن شريف، الاسرة وعنف الطفل: علاقة افتراضية ام حتمية؟ انسانيات: المجلة الجزائرية في الأنثروبولوجيا والعلوم الاجتماعية، عدد 41 جويلية-سبتمبر 2008.

– صدوقي عبد القادر، مدى إمكانية منح المكفول لقب الكافل، دفاتر مخبر حقوق الطفل رقم 04، 2013.

– رضوان إبراهيم عبيدات، احمد عبد الكريم ابو شنب، الامر المقضي به بين الفقه الإسلامي والقانون، دراسات، علوم الشريعة والقانون، مجلد رقم 39، العدد الثاني، 2012.

– عمر لمين، كفالة الأطفال المهملين على ضوء الاجتهادات القضائية لمحكمة النقض، سلسلة دفاتر محكمة النقض، مركز النشر والتوثيق القضائي، 2015.

– عيد محمد، حقوق الطفل ومسؤولية الوالدين، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، مجلد رقم 31، العدد الثاني، 2004.

– رقية عواشرية، حماية الاسرة في الاتفاقيات الدولية، دراسات قانونية، العدد الأول، ديسمبر 2004.

– عيسات كهينة، تفسير القاضي الوطني لاتفاقية حقوق الطفل: خطوة نحو تطويرها لتوسيع الحماية القانونية للطفل، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 7، العدد الأول 2013.

– علاق نوال، السن الأدنى للعمل كمعيار لحماية الطفل في القانون الجزائري، دراسة مقارنة على ضوء الاتفاقيات الدولية، دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد 04، 2013.

– علاق نوال، حماية العامل القاصر الممتهن في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 06، 2015.

– غالي كحلة، لقب الطفل المولود من امرأة عازبة، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم2013/4.

– غربال ليلى، الانعكاسات النفسية للاسم على الطفل المكفول، دفاتر مخبر حقوق الطفل، رقم 2013/04.

– غربي صورية، عبد الحكيم بوجاني، إشكالات نفقة الطفل بين قانون الاسرة والقانون المتعلق بإنشاء صندوق النفقة رقم 15–01، حماية حقوق الطفل تشريعا–فقها–قضاء، دار الأيام، 2018.

– قديدير إسماعيل، نظام الحالة المدنية للطفل الطبيعي، دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد 04، 2013.

– قرموش عبد القادر، كفالة الأطفال المهملين، دراسة تحليلية على ضوء القانون رقم 01–15، سلسلة دراسات وابحاث، مجلة القضاء المدني، العدد 06، 2015.

–مصطفى قرواش، كفالة الأطفال المهملين، محكمة، قراءات وتعاليق تصدرها المحكمة الابتدائية بالرماني، العدد الثاني، 2003.

– كحلولة محمد، الحماية القانونية ضد المعاملات السيئة ذات الطابع الجسدي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان، العدد الثاني، 2004.

– لدرع كمال، قانون الاسرة الجزائري بين الاعتراضات واقتراحات التعديل، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 09، 2004.

– لشقار محمد، صندوق التكافل العائلي، قضايا الاسرة، إشكالات راهنة ومقاربات متعددة، جمع وتنسيق: زكرياء العماري، سلسلة دراسات وابحاث، 2012.

– محمدي سميرة، مدى الحماية القانونية للطفل ضحية العنف الاسري في القانون الجزائري، حماية حقوق الطفل تشريعا–فقها–قضاء، دار الأيام، الطبعة الأولى 2018.

– محمد متوكل، كفالة الأطفال المهملين وكيفية تنفيذ الأوامر الصادرة بشأنها، الملف: مجلة قانونية علمية، العدد 09 نوفمبر 2006.

– يونسي حفيظة، وضعية الطفولة المعرضة للخطر المعنوي والمادي ودور جهاز العدالة في التكفل بها، رسالة الاسرة، مجلة تصدر عن الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة، ملف العدد: الطفولة المعرضة للخطر المعنوي والمادي، العدد الثاني، 2004.

– وعلي جمال، تعديل قانون الجنسية الجزائرية ومدى تأثير الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان في ذلك، الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد الثاني، 2011.

9) –المقالات الإلكترونية:

- إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التنم، خلاصة القول في ولاية التأديب الخاصة في الفقه الإسلامي، مقال منشور بتاريخ 23-06-2013 على موقع: الألوكة الشرعية، تحت اشراف الدكتور: سعد بن عبد الله الحميد.

www.alukah.com

-**أولاد عيسى محمد**، قراءة في قانون 10-41 على ضوء التشريعات المقارنة، مقال منشور بتاريخ 19 اوت 2012 على موقع: العلوم القانونية.

www.marocdroit.com

- ميلود العطار، حقوق الطفل في التشريع المغربي-المستجدات والتحديات-مقال منشور بتاريخ 16-06-2013 على موقع: الحريات.

www.alhoriyatmaroc.com

- سميرة الراجب، قراءة في مستجدات القانون رقم 15-65 المتعلق بمؤسسات الرعاية الاجتماعية، مقال منشور بتاريخ 15-11-2018، على موقع: مغرب القانون.

www.maroclaw.com

- محمد زيطان، النيابة الشرعية ودورها ومكانتها في حفظ الحقوق، مقال منشور بتاريخ 06-12-2018 على موقع: العمق المغربي.

www.maghress.com

- محمد احمد حجازي، التحديات الاجتماعية والتربوية للسلطة الابوية، مقال منشور بتاريخ 1434/2013هـ على موقع: الدكتور حجازي.

www.doctor-hijazi.com

-محمد حقيقي، تقرير حول الحق في التعليم بالمغرب ما بين المواثيق الدولية وواقع الممارسات، مقال منشور بتاريخ 29-01-2016.

www.rihanapress.com

-لشقار محمد، صندوق التكافل العائلي، مقال منشور بتاريخ 23-11-2012 على موقع: العلوم القانونية.

www.marocdroit.com

-نفيس مدانات، ماذا يعني مبدا قوة القضية المقضية، مقال منشور بتاريخ 19-02-2019.

www.ammounnews.com

-مزوز بركو، بوفولة خميس، واقع الارشاد النفسي في مؤسسات الكفالة الاجتماعية من خلال عمليتي الادماج وإعادة الادماج، دار الطفولة المسعفة ودار العجزة نموذجا، مقال محين بتاريخ 2 ديسمبر 2019 على موقع جامعة قاصدي مرباح-ورقلة.

www.univ-ouargla.dz

-عبد الحليم تومیات، حكم التبني وكيف يتم تسجيل المكفول إداريا، مقال منشور بتاريخ 20-11-2010، على موقع: نبراس الحق.

www.nebrasselhaq.com

-علي حسين خلف، سلطان عبد القادر، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مقال منشور بتاريخ 2016-03-23.

www.almerajaa.com

10) -القواميس والمعاجم:

- جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الانصاري الافريقي المصري، لسان العرب، حققه ووضع حواشيه: احمد عامر حيدر، راجعه: عبد المنعم خليل، الجزء 11، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان، الطبعة الأولى.

- يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، منشاة المعارف، الإسكندرية، ب.س.ط.

- عادل لخضر، قاموس للمفاهيم والمصطلحات القانونية، دار الشيخ الابراهيمي للكتاب، ب.س.ط.

- يعقوبي م.ط، معجم المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الطبعة الرابعة، 2010.

11) -القرارات القضائية:

ا-القرارات القضائية الجزائرية:

–قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم القرار 5548، بتاريخ 26 جوان 1989، المجلة القضائية العدد 3، 1990.

– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم القرار 71801 بتاريخ 21-05-1991، المجلة القضائية العدد الثاني، 1991.

– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم القرار 103232 بتاريخ 02-05-1995، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1995.

– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم القرار 184712 بتاريخ 17-03-1998، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1998.

– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم القرار 234949 بتاريخ 2-11-2000، المجلة القضائية لسنة 2001.

– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 337176 بتاريخ 15-05-2005، نشرة القضاة عدد 65، 2010.

– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 364850 بتاريخ 15-05-2006، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007.

– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 367911 بتاريخ 11-10-2006، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2007.

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 369032 بتاريخ 12-12-2006، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2007.

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف بتاريخ 14-01-2009، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2009.

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 511644 بتاريخ 16-09-2009، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2010.

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 582813 بتاريخ 11-11-2010، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2011.

- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، ملف رقم 613481 بتاريخ 10-03-2011، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2012.

- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، ملف رقم 0813942 بتاريخ 12-03-2013، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2014.

ب-القرارات القضائية المغربية:

- قرار المجلس الأعلى المغربي، الغرفة الادرية، قرار عدد 151 بتاريخ 11 افريل 2980، ملف مدني عدد 64109.

- قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الصادر بالملف الشرعي عدد 117-2001.

- قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الصادر بالملف الشرعي رقم 222-2003 الصادر بتاريخ 14-01-2004.

- قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، عدد 548، مؤرخ في 18-10-2011.

- قرار صادر عن محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، ملف شرعي عدد 145 بتاريخ 21-02-2012.

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف الدار البيضاء المغربية، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، عدد 145 بتاريخ 21 فبراير 2012.

ج-القرارات القضائية التونسية:

- قرار تعقيبي مدني، عدد 773 مؤرخ في 7 مارس 1978، قسم مدني، نشرية محكمة التعقيب.

- قرار تعقيبي مدني، عدد 6641 مؤرخ في 11 ماي 198، نشرية محكمة التعقيب، المجلة القانونية التونسية عدد 3 لسنة 1982.

- قرار تعقيبي مدني، عدد 33931 بتاريخ 2 ديسمبر 1992، القسم المدني، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1992.

- قرار تعقيبي مدني، عدد 36815 بتاريخ 8 مارس 1193، القسم المدني، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1993.

- قرار تعقيبي مدني، عدد 38775 بتاريخ 8 مارس 1994، القيم المدني، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1994.

- قرار تعقيبي مدني، عدد 1240 بتاريخ 13 ابريل 2006، غير منشور.

- قرار تعقيبي مدني، عدد 25421 بتاريخ 23 افريل 2009، جلة القضاء والتشريع، العدد 10 لسنة 2009.

- قرار تعقيبي مدني، عدد 72483 بتاريخ 11 أكتوبر 2012، غير منشور.

ثانيا: مراجع باللغة الأجنبية

أولا: مراجع باللغة الفرنسية

1)-Ouvrage généraux :

- ABASSI.Z, la demande de divorce dans la famille algérienne contemporaine, Office des Publications Universitaire, Alger, 2005.

- BENMALHA.G, le droit algérien de la famille, Office des Publications Universitaires, 1993.

- DEKEUWER-DEFOSSEZ.F, les droits de l'enfant, presse universitaire, 9em édition, 2010.

- GAUDEMET-TALLON.H, droit international privé, édition : A.PEDONE, Paris, 2001.

- HERNANE.A, la hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien, Office des Publications Universitaire, Alger 1991.

-ISSAD.M, droit international privé, tome1 : les règles de conflit, tome 2 : les règles de matérielles, office des publications universitaire, 1983.

- POUSSON-PETIT.J, les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français, L'Harmattan, Paris, 2009.

- SATOUR.K, la convention internationale des droits de l'enfant : réalité et perspectives en Algérie, publication de l'UNICEF, Algérie, 2009.

- TECHOUAR.D, réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille : la dot, la tutelle matrimoniale, la polygamie, le divorce-répudiation et l'adoption, Office des Publications Universitaire, Alger 2004.

- ZERROUKI.M, l'intérêt supérieur de l'enfant en droit familial marocain. Préface : MTIOUL M.NACER, 2012.

2) -Les articles :

- AIT ZAI.N, l'enfant illégitime dans la société musulmane, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, 1990.

- AIT ZAI.N, l'abandon d'enfant et la loi, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, 1991.

- AIT-ZAI.N, conventions des droits de l'enfant, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, n° 1/1993.

- AIT-ZAI.N, la kafala en droit algérien, revue algérienne des sciences juridique économique et politique, n° 3, 1993.

- AIT ZAI.N, la filiation dans le mariage et hors mariage, CIDDEF revue des droit de l'enfant et la femme, dossier : kafala, n°17 avril-juin 2008.

- AIT ZAI.N, la kafala : quel contenu, CIDDEF revue des droit de l'enfant et la femme, dossier : kafala, n°17 avril-juin 2008.

- AKKACHA.M, les nouvelles dispositions concernant le statut de l'enfant en Algérie, revue des droits de l'enfant et de la famille et de la femme, juin 2005.

-BARRAUD.E, kafala transnationale. Modalités de formation des familles kafilates en France. Revue : autrepart, presse de la fondation nationale des sciences politique IRD, 2011.

-BENDJILLALI.M, problèmes soulevés par l'adoption en France d'enfants musulmans, les cahiers de LADREN, n° 1/2008.

- BENMALHA.G, à propos de l'arrêt rendu par la cour de cassation française en matière de kafala, CIDDEF revue des droit de l'enfant et la femme, dossier : kafala, n°17 avril-juin 2008.

- BODIN.M, la réception des institutions algérienne par le droit français : la kafala, juriclasseur : droit de la famille, couple-enfant-patrimoine, n° 1 janvier 2009.

- BOUKHATMI.F, évolution de la jurisprudence française en matière de kafala, les cahiers de LADREN, n° 1/2008.

- BOULENOUAR AZZEMOU.M, recueil légal (kafala) et adoption dans le code de la famille algérien, les cahiers de LADREN, n° 1/2008.

- BOULENOUAR AZZEMOU.M, le rapport mère/enfant dans les codes de la nationalité et de la famille. Les cahiers de LADREN, n° 1/2008.

- BOULENOUAR AZZEMOU.M, recueil légal (kafala) et droit (s) positif(s), juriclasseur : droit de la famille, couple-enfant-patrimoine, n° 1 janvier 2009.

- BOULENOUAR AZZEMOU.M, preuve scientifique et filiation, quelle perspectives en droit algérien, les cahiers de LADREN, n° 3/2012.

- BOULENOUAR AZZEMOU.M, la concordance du nom du makfoul à celui du kafil, une mesure dans l'intérêt à l'épreuve du temps. Les cahiers de LADREN n° 4/2013.

- BOULENOUAR AZZEMOU.M, à propos de l'Arrêt de la cour suprême (chambre statut personnel) du 10 mars 2011 (dossier n° 613481) le divorce du couple ayant accueilli en enfant par kafala : quelles incidences sur l'enfant recueilli ? Les cahiers de LADREN n° 06/2015.

- BOULENOUAR AZZEMOU.M, le droit de l'enfant à exprimer son opinion dans l'institution de la kafala, les cahiers de LADREN, n° 2/2011.

- BOUZIANE.M, les règles de filiation et leur application par les tribunaux en Algérie. Les cahiers de LADREN n° 3/2012.

- DENDANI.D, droit de filiation : adoption et kafala, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, n° 3/1993

- DE VERDA Y BEMONTE.R, la réception de l'institution de la kafala par le juge espagnole, les cahiers de LADREN, n° 2/2011.

- DUBOS.O, la kafala et le juge administratif : court séjour au pays de l'insécurité juridique, juriclasseur : droit de la famille, couple-enfant-patrimoine, n° 1 janvier 2009.

- FARGE.M, comment accueillir les kafalas musulmane ? Revue droit de la famille, n° 9, septembre 2008.

- FARGE.M, kafala et adoption, un inattendu brevet de conventionalité accordé au système français, revue droit de la famille, n° 12, février 2012.

- FONGARO.E, adoption international d'un enfant étranger, journal du droit international, n° 1, janvier 2009.

- FULCHIRON.H, adoption sur kafala ne vaut, CIDDEF revue des droit de l'enfant et la femme, dossier : kafala, n°17 avril-juin 2008.

- GOUTTENOIRE.A, LAMARCHE.M, la recherche d'équivalent : l'autorité parentale, juriclasseur : droit de la famille, couple-enfant-patrimoine, n° 1 janvier 2009.

- JOSE BERNUZ BENEITEZ.M, évolution de la justice des mineurs en Espagne, déviance et société, n°3/2002.

-KOJEMIAKOV.A, le conseil de l'Europe et la protection de l'enfant, les enlèvements d'enfants à travers les frontières sous la direction de : Hugues Fulchiron, Bruylant, Bruxelles, 2004.

- LAHLOU-KHIAR.G, la kafala en droit Algérien : une transgression de l'intérêt supérieure de l'enfant, revue franco-maghrébine, sous la direction de D.BISSET, presse universitaire de Perpignan, n° 20/2013.

- - MAHYEDDINE.M NAHAS, les droits des parents sur leur enfant dans les législations du Maghreb, dans : enfance et violence, sous la direction de J.Rubellin-Devichi et M.Andrian, presse universitaire de Lyon, 1992.

- MAHYEDDINE.M NAHAS, l'enfant entre ses droits et ses intérêts en droit musulman et en droit algérien, les enlèvements d'enfants à travers les

frontières sous la direction de : Hugues Fulchiron, Bruylant, Bruxelles, 2004.

- MAHYEDDINE.M NAHAS, la hadana des pays du Maghreb, les cahiers de LADREN, n° 1/2008.

- MAINAUD.T, les établissements hébergeant des enfants et des adolescents en difficulté social, étude et résultats, DRESS, n° 743- novembre 2010.

- MOUTASSEM-MIMOUNI.B, les enfants privés de famille en Algérie, Insaniyat : revue algérienne d'anthropologie et de sciences sociales, n° 41, juillet-septembre 2008.

- MURAT.P, le refus de la transformation en adoption, juriclasseur : droit de la famille, couple-enfant-patrimoine, n° 1 janvier 2009.

- NOURISSAT.C, l'articulation des instruments internationaux de protection de l'enfance, les enlèvements d'enfants à travers les frontières sous la direction de : Hugues Fulchiron, Bruylant, Bruxelles, 2004.

- OUBROU.T, la kafala et la sharia, doit de la famille, les revue juriclasseur, Paris, n°1/2009.

- OLIVERO.L, la réception de la kafala algérienne dans l'ordre juridique italien, revue électronique : les cahiers de LADREN, 2018.

- OUSOUKINE.A, le droit de l'enfant naturel d'accéder à ces origines, les cahiers de LADREN, n° 4/2013.

- OUSOUKINE.A, l'attribution administrative du nom ou la généalogie fictive, les cahiers de LADREN, n°4/2013.

- PLAZY.J.M, la recherche d'équivalent : la tutelle, juriclasseur : droit de la famille, couple-enfant-patrimoine, n° 1 janvier 2009.

- PRUVOST.L, kafala et droit à une généalogie ou de la protection du droit de tout enfant avoir une famille, CIDDEF revue des droit de l'enfant et la femme, dossier : kafala, n°17 avril-juin 2008.

- SAADI.N, l'institution de la kafala en Algérie et sa perception par le système juridique français, revue international de droit comparé, janvier 2014.

- SAI.F.Z, le statut juridique de l'enfant dans la convention relative aux droits de l'enfant de 1989, les cahiers de LADREN, n° 01/2008.

- SALVAGE-GEREST.P, kafala et nationalité française, AJ famille, juillet-aout 2012.

- SANA-CHAILLE DE NERE.S, la kafala et le droit international privé : besoin de qualification, juriclasseur : droit de la famille, couple-enfant-patrimoine, n° 1 janvier 2009.

- TABET DERRAZ.A-KADDOUS.F, abandon d'enfant et droit au nom, les cahiers de LADREN, n° 01/2008.

- TALEB.F, la convention des nations unies sur les droits de l'enfant, une avancée historique pour les droits de l'homme, les cahiers de LADREN, n° 01/2008.

- TENREIRO.M, l'espace judiciaire Européen en matière de droit de la famille, le nouveau règlement de "BRUXELLES II", les enlèvements d'enfants à travers les frontières sous la direction de : Hugues Fulchiron, Bruylant, Bruxelles, 2004.

- TIDAFI.T, adoption et kafala, CIDDEF revue des droits de l'enfant et la femme, dossier : kafala, n°17 avril-juin 2008.

- YOUNSI-HADDA.N, la kafala en droit Algérien, l'enfant et les familles nourricières en droit comparé, sous la direction de J.POSSON-PETIT, presse universitaire des sciences sociales de Toulouse. 1997.

3) – Les thèses et les mémoires :

A- Les thèses :

- BOULENOUAR AZZEMOU.M, le statut du mineur en droit privé algérien, thèse de doctorat en droit, faculté de droit d'Oran, 1992.

- HANIFI louiza, la dissolution du lien conjugal du vivant époux et ses causes à travers la jurisprudence algérienne, étude de droit privé interne, thèse de doctorat en droit, université d'Alger, 2008.

- HOUHOU Yamina, la kafala en droit algérien et ses effets en doit français, thèse de doctorat en science juridique : droit de la famille, université de Pau et Pays de l'Adour, 2014.

B- Les mémoires :

- AUT-ZAI Nadia, l'enfant abandonné et la loi, mémoire de Magister, faculté de droit d'Alger, 1988.

- ASSAOUI Hafid, kafala (recueil légal), mémoire pour l'obtention du DU-DES en droit comparé, université de Perpignan VIA DOMICIA, 2005-2006.

- DJENNAD.MOHAND, les droits de l'enfant en Algérie, université de Perpignan, faculté de droit 2006.

- ROUSSAUX Eveline, prendre en considération le bébé en pouponnière, mémoire de l'école national de la santé public, Rennes 2005.

4) – Encyclopédie :

- ZAALANI.A, mini encyclopédie de droit algérien, notions fondamentales et doctrinales, Berti édition, 2009.

5)-Conventions internationales :

-Convention international relative aux droits de l'enfant, a été adoptée par l'assemblée générale de l'O.N.U le 20 novembre 1990.

- Convention de la HAYE du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable à la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants.

6) –Les textes législatifs :

- Le code civil français : loi n° 1803-03-05 promulgué le 15 mars 1803. LES MODIFICATIONS : La loi n° 66-500 du 11 juillet 2966, J.O 12 juillet 1966 en vigueur le 1er novembre 1966. La loi n° 70-459 J.O du 5 juin 1970 en vigueur le 1er janvier 1971. La loi n° 77-1447 du 28 décembre 1977 J.O 29 décembre 1977 en vigueur le 31 mars 1978. La loi n° 78-

731 du 12 juillet 1978 J.O 13 juillet 1978 entrée en vigueur le 1er janvier 1979.La loi n° 93-1027 du 24 aout 1993, J.O 29 aout 1993. Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, J.O 30 juillet 1994. La loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002, J.O 23 janvier 2002. La loi n° 2006-1376 du 14 décembre 2006, J.O 15 décembre 2006 entrée en vigueur le 1 er janvier 2007. La loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, J.O 7 mars 2007. La loi n° 2007- 308 du 5 mars 2007, J.O 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009. La loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant J.O du 15 mars 2016.

- Ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante en France. j.o du 02-02-1945. Modifier par la loi n° 2016-1547 du 18novembre 2016, j.o n° 0269 du 19 novembre 2016.

- Décret n° 56-149 du 24 janvier 1956 portant codification des textes législatifs concernant la famille et l'aide social, j.o n°23 du 28 janvier 1956 ps : 1109-1136.

- Décret n° 75-96 du 18 février 1975 fixant les modalités de mise en œuvre d'une action de protection judiciaire en faveur des jeunes majeurs français.

- Code de la sécurité social, décret n° 85-1353 du 17 décembre 1985, modifier jusqu'à la loi n° 2018-1203 du 24 décembre 2018 de financement de la sécurité sociale.

- Circulaire du 1er mars 2000 relative au regroupement familial des étrangers, j.o du 28 mai 2000, n° 124.

- Ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000 relative à la partie législative du code de l'action social des familles, j.o n° 297 du 3 décembre 2000, ps 20471-20473, modifié le 22 mai 2019.

- La loi du 6 février2001 sur le consentement requis pour les personnes d'adoption d'un enfant devenu français.

- Circulaire de la caisse nationale d'assurance vieillesse n° 2012 du 14 février 2012.

- Circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridique de recueil légal en France. Bull officiel du ministère de la justice n° 2014-11 du 28 novembre 2014.

7) – Jurisprudence :

- Cour de cassation, 1er chambre civ, 17 juin 1778, bull n° 175.

- Cour de cassation, chambre civ, Paris, 22 septembre 2015, bull n° 12-0263.

- Cour de cassation, Toulouse, 1er chambre civ du 22 octobre 2002, bull n° 00-12-36.

- Arrêt n° 431 du 10 novembre 2006, chambre civ, bull n° 06-15-264

- Cour de cassation, Toulouse, 1er chambre civ, 2em section, 4 décembre 2007, bull n° 07-03393.

- Cour d'appel, Agen, 1er chambre matrimonial, 2 octobre 2008, bull n° 07-01652.

- Cour d'appel de Paris, 15 février 2011, pole 3, chambre 6, bull n° 10-1278.

- Cour d'appel de Douai, chambre 7, section 1, du 5 avril 2012, bull n° 11-02964.

- Arrêt de la cours d'appel de Nouméa, du 25 juin 2012, bull n° 11-579.

- Cour de cassation, 1er chambre civ. Arrêt n° 1387, du 4 décembre 2013, bull n° 12-26-161.

- Cour d'appel d'Aix-Provence, 6em chambre A, du 26 février 2015, bull n° 13-23597.

- Cour de cassation, Paris, pole 3, du 22 septembre 2015, bull n° 13-0263.

- Cour de cassation, 1er chambre civ, arrêt n° 1152 du 5 décembre 2018, bull n° 17-50-062.

8) – La webographie :

- Emilie BARRAUD, adoption et kafala dans l'espace migratoire Franco-Maghrébin L'année du Maghreb, 2008, mise en ligne le 10 octobre 2011.

www.annéemaghrbrevue.com

- BENMASOUR Sonia, la transformation d'une kafala en adoption par le truchement de l'obtention de la nationalité française (et son actualité), mise en ligne le 8 juin 2015.

www.village-justice.com

- LE BOULANGER Isabelle, l'abondant d'enfants, presse universitaire de Rennes, 2001.

www.pur-éditions.fr

-Rosa MASCARO, Catherine DUPINS-GHAUTIER, Renaud JARDI, Pierre DELION, évaluation des effets du placement précoce du bébé en pouponnière, dans devenir n° 2/2012, mise en ligne sur Cairn.info le 04-07-2012.

www.cairn.com

- VULBEAU.A, la kafala ou le recueil légal de l'enfant, dans information social n° 2/2008, mise en ligne sur Cairn.info le 12/05/2008.

www.cairn.com

ثانيا: مراجع باللغة الإنجليزية

-ARTICLES:

-BORRONI.A, the Kafala in a comparative perspective. THE KAFALA PROTECTION OF MINORS. Reflections after the second Italian-Moroccan colloquium on comparative law. Anno edizione 2018.

- CARUGNO.G, international private law issues on the Kafala in Europe references. THE KAFALA PROTECTION OF MINORS. Reflections after the second Italian-Moroccan colloquium on comparative law. Anno edizione, 2018.

- DANCAN.W, les conventions de La Haye relatives à la protection de l'enfant-the HAGUE conventions relating to Child protection- les enlèvements d'enfants à travers les frontières, acte du colloque organisé par le centre de droit de la famille-Lyon 20 et 21 novembre 2003- BRUYLANT-BRUXELLES, 2004.

-SCOLART.D, legal protection of orphans in Islamic law: Kafala as a tritium genus between natural family and adoption. THE KAFALA PROTECTION OF MINORS. Reflections after the second Italian-Moroccan colloquium on comparative law. Anno edizione, 2018.

- PASTENA.A, right and religious identities in international law: Kafala in international conventions. THE KAFALA PROTECTION OF MINORS. Reflections after the second Italian-Moroccan colloquium on comparative law. Anno edizione, 2018.

الفهرس:

المقدمة.....ص1

الباب الأول: الالتزام بكفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين ص21

الفصل الأول: الالتزام بالكفالة على وجه التبرع.....ص24

المبحث الأول: استئثار أحد الكافلين كفالة الطفل او انتقالها الى أحد الورثة بعد وفاة الكافل.....ص26

المطلب الأول: الاجراءات القانونية الخاصة بانتقال الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية ص28

الفرع الأول: إعادة النظر في الشروط القانونية للكفالة.....ص29

أولا: شرط الإسلام.....ص30

ثانيا: شرط العقل والقدرة على رعاية الطفل المكفول.....ص34

الفرع الثاني: الجهة المختصة في تقرير انتقال الكفالة.....ص38

أولا: المحكمة.....ص39

ثانيا: الموثق.....ص41

المطلب الثاني: إشكالية عقد كفالة جديد بعد انحلال الرابطة الزوجية ص45

الفرع الأول: الاثار القانونية المترتبة على الاختلاف بين واقعتي الوفاة والطلاق في الاحتفاظ بعقد الكفالة الأول.....ص46

أولا: الطلاق بين الكافلين.....ص46

ثانيا: وفاة الكافل.....ص44

الفرع الثاني: الجهة المختصة بعقد كفالة جديد بعد انحلال الرابطة الزوجية.....ص51

أولا: الجهة المختصة بعقد كفالة جديد على المستوى الوطني.....ص52

ثانيا: إشكالية الجهة المختصة بعقد كفالة جديد للأطفال المتكفل بهم في الخارج.....ص55

المبحث الثاني: الالتزامات التي تقع على عاتق الكافل بعد انحلال الرابطة الزوجية ص60

المطلب الأول: المسؤولية الأدبية التي تقع على عاتق الكافل تجاه المكفول..... ص61

الفرع الأول: تقديم الرعاية المناسبة للطفل المكفول.....ص61

أولا: العنصر المعنوي لتقديم الرعاية المناسبة للطفل المكفول.....ص62

ثانيا: العنصر المادي لتقديم الرعاية المناسبة للطفل المكفول.....ص72

الفرع الثاني: تخويل حق الزيارة.....ص78

أولا: موقف الشريعة الإسلامية حول تخويل حق الزيارة.....ص79

ثانيا: موقف التشريعات المغاربية ممن تخويل حق الزيارة.....ص82

المطلب الثاني: المسؤولية المادية التي تقع على الكافل تجاه الطفل المكفول.....ص87

الفرع الأول: مدى احقية الطفل المكفول بالنفقة.....ص87

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من احقية الطفل المكفول في النفقة.....ص90

ثانيا: دور القضاء في المحافظة على نفقة الطفل المكفول.....ص92

الفرع الثاني: علاقة نفقة المكفول بصندوق النفقة.....ص 103

أولا: موقف المشرع الجزائري حول استفادة الطفل المكفول من صندوق النفقة.....ص103

ثانيا: مدى استفادة الطفل المكفول في التشريعات المغاربية والاوربية من صندوق النفقة.ص105

الفصل الثاني: الاثار القانونية المترتبة على الالتزام بالكفالة على وجه التبرع.....ص116

المبحث الأول: انتقال الولاية القانونية على الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية...ص117

المطلب الأول: الولاية على نفس الطفل المكفول.....ص118

الفرع الأول: شروط الولاية على النفس.....ص119

أولا: شروط الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية وتأثيرها على التشريع.....ص120

ثانيا: شروط الولاية على نفس الطفل المكفول وفق التشريعات المغاربية.....ص122

الفرع الثاني: ممارسة حق التأديب على الطفل المكفول.....ص131

أولا: أساس حق التأديب في الشريعة الإسلامية.....ص132

ثانيا: أساس حق التأديب في التشريعات المغاربية.....ص133

المطلب الثاني: الولاية على مال الطفل المكفول.....ص140

الفرع الأول: الاحكام الشرعية للولاية على مال الطفل المكفول ص141

أولا: استبيان الاحكام الشرعية للولاية على مال الطفل المكفول.....ص142

ثانيا: الاختلاف الواقع بين تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية في القوانين والاحكام القضائية المتعلقة بالولاية على مال الطفل المكفول.....ص144

الفرع الثاني: سلطة الولي في التصرفات المالية للطفل المكفول.....ص147

أولا: إدارة أموال الطفل المكفول.....ص148

ثانيا: جواز النفقة على الطفل المكفول من ماله.....ص157

المبحث الثاني: حماية حقوق الطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية للكافلين ومدى تفعيل الرقابة من طرف الهيئات المتخصصة.....ص160

المطلب الأول: حماية الحقوق المدنية للطفل المكفول بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين.....ص161

الفرع الأول: احتفاظ الطفل المكفول بلقبه وجنسيته بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين.....ص163

أولا: احتفاظ الطفل المكفول بلقب كافله.....ص164

ثانيا: احتفاظ الطفل المكفول بجنسيته.....ص172

الفرع الثاني: الحماية القانونية للكافل تجاه الطفل المكفول.....ص177

أولا: الأساس القانوني لتحمل المسؤولية عن تصرفات الطفل المكفول.....ص178

ثانيا: تحمل المسؤولية المدنية عن تصرفات الطفل المكفول في التشريعات المغاربية.... ص180

المطلب الثاني: مدى تفعيل الرقابة من طرف الهيئات المتخصصة على كفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية.....ص176

الفرع الأول: تفعيل الرقابة بعد انتقال الكفالة على المستوى الوطني.....ص188

أولا: الرقابة القضائية على الطفل المكفول.....ص189

ثانيا: رقابة المؤسسات الوطنية ذات الطابع الاجتماعي والتضامني.....ص195

الفرع الثاني: تفعيل الرقابة على الطفل المكفول على المستوى الخارجي والاشكالات القانونية التي تعترضها.....ص203

أولا: تفعيل الرقابة الخارجية على الطفل المكفول عن طريق القنصلية.....ص204

ثانيا: إشكالية تحويل الكفالة الى تبني ومدى تفعيل الرقابة بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين على المستوى الخارجي.....ص209

الباب الثاني: التخلي عن كفالة الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية بين الكافلين.....ص220

الفصل الأول: عودة الطفل المكفول معلوم النسب الى والديه الأصليين او أحدهما.....ص223

المبحث الأول: الإجراءات القانونية المتبعة لعودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين.... ص226

المطلب الأول: الإجراءات القانونية المتبعة لعودة المكفول الى والديه الأصليين على المستوى الوطني.....ص228

الفرع الأول: الإجراءات الأولية للمطالبة بعودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين.....ص229

أولا: الإجراءات القانونية المتبعة للمطالبة بعودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين وفق القانون الجزائري.....ص231

ثانيا: الإجراءات القانونية المتبعة لاسترجاع الوالدين الأصليين الولاية على الطفل المكفول وفق القانونين المغربي والتونسي.....ص237

الفرع الثاني: اختصاص المحكمة بالنظر والفصل في عودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين او أحدهما.....ص240

أولا: الفرق بين الطفل المميز وغير المميز.....ص240

ثانيا: إجراءات التحقيق.....ص245

المطلب الثاني: الإجراءات القانونية لعودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين على المستوى الخارجي.....ص248

الفرع الأول: دور الجنسية في تحديد الإجراءات القانونية المتبعة لعودة الطفل المكفول لوالديه الأصليين بعد التخلي عليه من طرف كافله.....ص250

أولا: الجنسية الجزائرية.....ص251

ثانيا: الجنسية المغربية.....ص256

الفرع الثاني: تنفيذ حكم عودة المكفول الى والديه الأصليين او أحدهما.....ص258

أولا: دور الاتفاقات القضائية التي وقعت عليها الجزائر في تنفيذ عودة الطفل المكفول الى والديه الأصليين، وكيفية التنفيذ في حال عدم وجود اتفاقية قضائية.....ص259

ثانيا: دور الاتفاقات القضائية التي وقعت عليها المغرب في تنفيذ استرجاع والدي الطفل المكفول الولاية على ابنهم.....ص265

المبحث الثاني: الاثار القانونية المترتبة على عودة المكفول الى ابويه الاصليين والاشكالات القانونية التي تعترضها.....ص269

المطلب الأول: الإشكالات القانونية التي تعترض انتقال الطفل المكفول الى ابويه الأصليين او أحدهما..... ص270

الفرع الأول: الإشكالات القانونية التي تعترض عودة الطفل المكفول على المستوى الوطني..... ص271

أولا: وفاة الابوين او أحدهما او فقدهما الاهلية القانونية.....ص272

ثانيا: تعرض الابوين او أحدهما لعقوبة سالبة للحرية.....ص280

الفرع الثاني: الإشكالات القانونية التي تعترض عودة المكفول القاطن في الخارج.....ص285

أولا: صدور حكم أجنبي متعارض مع الحكم الوطني.....ص285

ثانيا: تحويل الكفالة الى تبني نتيجة حمل المكفول جنسية كافله.....ص 291

المطلب الثاني: الغاء الكفالة وانتقال السلطة الابوية.....ص 294

الفرع الأول: الغاء عقد الكفالة.....ص295

أولا: الإجراءات القانونية المتبعة لإلغاء عقد الكفالة القضائية.....ص296

ثانيا: الإجراءات القانونية المتبعة لإلغاء الكفالة التوثيقية.....ص299

الفرع الثاني: سقوط الولاية القانونية المخولة للكافل واسترجاع السلطة الابوية.....ص 303

أولا: سقوط الولاية القانونية للكافل.....ص 304

ثانيا: استرجاع الولاية القانونية والسلطة الابوية.....ص307

الفصل الثاني: عودة الطفل المكفول مجهول النسب الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة.....ص314

المبحث الأول: اليات تقديم الحماية والرعاية الاجتماعية للطفل بعد التخلي عن كفالته...ص317

المطلب الأول: النظام القانوني لمؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة.....ص318

الفرع الأول: مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في الجزائر.....ص319

أولا: نشأة مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة.....ص319

ثانيا: أنواع مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة.....ص322

الفرع الثاني: مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في الدول المغاربية.....ص326

أولا: مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في المغرب.....ص327

ثانيا: مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة في تونس.....ص331

المطلب الثاني: الحماية القانونية للأطفال داخل مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة...ص334

الفرع الأول: ضمان الحقوق المدنية والسياسية للطفل.....ص335

أولا: ضمان الحق في الحفاظ على الهوية.....ص336

ثانيا: الحق في عدم التمييز.....ص341

الفرع الثاني: ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.....ص343

أولا: ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للطفل داخل مؤسسات الرعاية البديلة.... ص343

ثانيا: ضمان الحقوق الثقافية داخل مؤسسات الرعاية البديلة.....ص366

المبحث الثاني: الإجراءات القانونية لعودة الطفل الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة والاشكالات القانونية التي تعترضه.....ص376

المطلب الأول: الإجراءات القانونية المتبعة لعودة الطفل الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة ووضعيته القانونية داخلها.....ص377

الفرع الأول: الإجراءات الأولية.....ص377

أولا: إيداع الطفل مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة.....ص378

ثانيا: استقبال الطفل في مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة.....ص387

الفرع الثاني: الوضع القانوني للطفل داخل مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة.....ص391

أولا: حق الطفل في الرعاية الكاملة والنفقة.....ص392

ثانيا: قابلية إعادة كفالة الطفل.....ص401

المطلب الثاني: الإشكالات القانونية التي تعترض الطفل بعد العودة الى مؤسسة الرعاية الاجتماعية البديلة.....ص403

الفرع الأول: الإشكالات القانونية التي تعترض الطفل بعد العودة الى مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة على المستوى الوطني.....ص404

أولا: إشكالية مطابقة لقب الكافل بالمكفول.....ص404

ثانيا: حق الطفل في معرفة نسبه وعودته الى ابويه او أحدهما.....ص408

الفرع الثاني: الوضعية القانونية للأطفال المتخلى عن كفالتهم في الخارج.....ص411

أولا: استقبال الأطفال المتخلى عن كفالتهم في مؤسسات الرعاية الاجتماعية البديلة الخارجية.....ص411

ثانيا: عودة الطفل المتخلى عن كفالته الى بلده الأصلي.....ص414

خاتمة.....ص419

قائمة الملاحق.....ص432

قائمة المراجع.....ص436

الملخص: **"الكفالة بعد انحلال الرابطة الزوجية"**

الكفالة نظام قانوني مستمد من الشريعة الإسلامية، وهي تعتبر كضمان منحه المشرع للأطفال الايتام واللقطاء وحتى للمولودين داخل اسر معدومة، وهذا تجسيدا لأحكام اتفاقية حقوق الطفل المتمثلة في حماية مصلحته الفضلى.

ترتب الكفالة التزام يقع على الكافل تجاه المكفول التزامه بابنه، وهذا ما تتفق عليه التشريعات المغاربية، غير ان الكفالة ليست التزام أبدى يمكن ان تنتهي بطرق ارادية كالطلاق او غير ارادية بالوفاة، هذا ما يطرح اشكال حول مصير الطفل المكفول، اما الالتزام بكفالته من طرف أحد الزوجين الكافلين او ورثة الكافل، او يتم التخلي عنها.

الكلمات المفتاحية: الكفالة–الكافل–المكفول–الالتزام بالكفالة–التخلي عن الكفالة

Résumé : "Le recueil légal après la dissolution du lien conjugal"

Le recueil légal est un système juridique inspiré de la sharia islamique, il est considéré comme une garantie pour les enfants abandonnés et illégitimes, et même pour les enfants qui ont une famille, et ce, tenant compte de la convention des droits de l'enfant qui stipulent la garantie de leurs droits.

Il incombe au recueillant de traiter l'enfant recueilli comme son propre enfant, chose que les législations maghrébines approuvent. Cependant le recueil légal n'est pas un engagement éternel, il peut prendre fin soit volontairement ou de manière non-volontaire. En règle générale, le recueil légal a lieu dans une famille. Cette dernière peut faire l'objet de dissolution après divorce ou décès du recueillant et dans ce cas, se pose la question du sort de l'enfant recueilli qui risque d'être abandonné sauf si l'un des ex époux ou les héritiers du kafil acceptent de continuer l'engagement du recueil légal.

Les mots clés :
Le recueil légal-le recueillant-l' enfant recueilli-engagement-abondant.

Summary: "**The legal taking into charge-kafala after the dissolution of the conjugal relationships**"

The legal taking into charge is a legal system inspired from Islamic Chariaa, it is consider as a guarantee for abandoned children in his own family, and this for the achievement of the convention of the children rights, which stipulated the guarantee of their rights.

Whereas, it is responsibility of receiving to treat the child taking Into charge the same behaviour as he would do for his own child, this idea is widespread in north African countries, however, the legal taking into charge-the kafala-is not an eternal commitment, it may end by either voluntarily or in a non-voluntarily manner. The latter may be subject of dissolution of the conjugal relationship; the future fate of the child linked to the person taking care of him; or they give up.

Key word: the legal taking into charge-kafala-kafil-makfoul-commitment-give up.