

الإشكالات القانونية المتعلقة بكفالة الطفل في قانون الأسرة

والقضاء الجزائري

تحت إشراف الأستاذ: حيدرة محمد
جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم- الجزائر
عضو بمخبر البيئة والقانون العقاري¹

طالب الدكتوراه: شام منير
جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم- الجزائر
عضو بمخبر البيئة والقانون العقاري

تاريخ النشر: 2018/12/31

تاريخ القبول النهائي: 2018/10/25

تاريخ الإرسال: 2018/05/01

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى شرح النقاط القانونية الغامضة لوضعية الطفل المكفول في ظل التشريع الجزائري فبالرغم من أن المشرع الجزائري قد وضع نصوصاً قانونية توفر الحماية للطفل المكفول، إلا أن هذه الحماية لا تعالج قضية الكفالة من جميع الجوانب، وذلك نظراً لوجود ثغرات قانونية عمّدت من وضعية الطفل المكفول أمام الإدارة والقضاء الجزائري، وعرقلت سير مصالحه، مما نتج عنه انعدام المساواة بين الطفل المكفول والطفل الشرعي فيما يخص مبدأ حماية مصلحة الطفل، سواء من الجانب المادي، حيث يحرم الطفل المكفول بعد الطلاق من حق الحصول على نفقة تسد احتياجاته، أو من الجانب المعنوي، حيث يحرم من العلاقة العاطفية التي تربطه مع الزوج الكافل، وهذا لعدم وجود ما يثبت صفته القانونية في طلب حق الزيارة.

الكلمات المفتاحية: الطفل المكفول؛ حماية الطفل؛ الكفالة.

¹ البريد الإلكتروني: haidra.m@live.fr

Abstract:

This study aims to explain points concerning laws that aren't clear the laws that are related to the kafala of children in the Algerian legislation. though Legislation of Algeria has made laws that help to the protection of the makfoul child, this protection doesn't solve the problem of the makfoul from all its sides because of the existance of some mistakes and misunderstandings which complicated the situation of the makfoul kid in front of the administration and the Algerian judiciary as it makes things difficult. this is why there is an inequality between the makfoul and the legitimate child concerning the principle of protecting the kid's interest, Both from the material point of view that deprived the child collected after the divorce of the right to receive a pension which protects him, Both from the moral point of view that deprives the child of the affective relationship with the kafale's husband, who does not have proof of his legal status for the application for visit.

Keywords: Child collected; child protection; kafala.

مقدمة:

تعد حماية الأطفال من أهم المواضيع التي تطرقت إليها مختلف التشريعات خاصة ما يتعلق بالكفالة، سواء أكان الطفل لقيطا أو مجهول النسب، أو كان أبواه معلومين وغير قادرين على رعايته وتربيته، لظروف اجتماعية أو اقتصادية أو صحية ألزمتهم بوضعه عند من يمكنه رعايته ماديا أو معنويا.

وقد أخذت معظم الدول الإسلامية بنظام الكفالة في تشريعاتها، مقابل التبني الذي يحرمه الإسلام، نظرا لما فيه من المفسد²، حيث أثبتت الدراسات إصابة

² مفسد التبني حسب الشريعة الإسلامية: اختلاط الأنساب، وحرمان طفل من هويته، وحرمان الورثة من حقهم في مال مورثهم. ينظر: علال آمال، التبني والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي)، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص 10.

الأطفال الذين نشئوا على أساس بنوة زائفة بعقد نفسية تدفع بهم للحقد على المجتمع وارتكاب الجرائم³.

والجزائر باعتبارها دولة مسلمة، والشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني الذي يحكم به القضاء كمرجع حسب نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، نظمت مسائل الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، واعتبرتها شكلا من أشكال العناية البديلة التي تعترف بها الشريعة الإسلامية لطفل فقد رعاية والديه مهما كانت حالته، سواء أكان معروف النسب أو غير معروف النسب.

ولهذا تصدى كل من الشريعة والقانون لوضعية الأطفال المحتاجين للعناية والحماية، وأعطيا الفرصة لذوي البر والإحسان ليتكفّلوا من تقدم طلباتهم لأجل التكفل بمؤلاء الأطفال، متى توفرت فيهم الشروط المحددة قانونا.

ولكن على الرغم من أن المشرع الجزائري وضع إطارا قانونيا يوفر الحماية للطفل المكفول، إلا أن هذه الحماية لا تمس كل الجوانب، وذلك نظرا لوجود ثغرات قانونية عوّدت سير مصالح الطفل المكفول أمام الإدارة والقضاء، ومن الناحية الاجتماعية والنفسية حرّمته من حقوق أساسية يحتاجها كل طفل، كحق الزيارة وحق النفقة، مما نتج عنه انعدام المساواة بين الطفل المكفول والطفل الشرعي أمام مبدأ حماية مصلحة الطفل، ولهذا لا بد من إضافة نصوص قانونية تتعلق بآثار الكفالة، توفر الحماية النفسية والاجتماعية للطفل المكفول، إضافة إلى الحماية الإدارية والقضائية وذلك بغية توفير الرعاية اللازمة بشقيها المادي والمعنوي.

³ أسامة الحموي، التبنى ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب (دراسة فقهية اجتماعية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد 23، العدد الثاني، 2007 ص 521؛ وزواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، العدد 2، 2000 ص 69.

وعليه نطرح الإشكاليات التالية: ما هي النقائص القانونية المتعلقة بحماية الطفل المكفول في قانون الأسرة الجزائري؟ وما القضايا التي أغفلها المشرع الجزائري، والتي تضمن حماية أكثر لهذا الطفل؟ وكيف يمكن معالجة هذه النقائص؟
نجيب عن هذه الإشكاليات في هذا البحث، مع اقتراح الحلول التي نراها مناسبة لها، وذلك وفق الخطة التالية:

مقدمة

المبحث الأول: الإشكالات المتعلقة بشروط الشخص الكافل

المطلب الأول: جنس الشخص الكافل

المطلب الثاني: سن الشخص الكافل

المطلب الثالث: زواج الكافل وموافقة الزوج [le conjoint]

المطلب الرابع: حالة طلب شخص جزائري التكفل بطفل أجنبي

المبحث الثاني: الإشكالات المتعلقة بوضعية الطفل المكفول

المطلب الأول: إسناد حضانة الطفل المكفول بعد الطلاق

المطلب الثاني: حق النفقة للطفل المكفول

المطلب الثالث: حق الزيارة للطفل المكفول

المطلب الرابع: وضعية الطفل المكفول من طرف الزوجة

خاتمة:

المبحث الأول: الإشكالات المتعلقة بشروط الشخص الكافل

اشترط المشرع الجزائري مجموعة من الشروط في الشخص الكافل لقبول كفالته؛ غير أن النصوص القانونية المتضمنة لهذه الشروط بها بعض الثغرات، ويشوبها غموض يظهر أثره واضحا في الجانب التطبيقي لقضايا الكفالة وفيما يلي بيان لهذه الإشكالات القانونية من خلال جنس الشخص الكافل (المطلب الأول)، وسن الشخص الكافل (المطلب الثاني)، وموافقة الزوج إذا ما كان الكافل متزوجا (المطلب الثالث)، وحالة طلب كافل جزائري التكفل بطفل أجنبي (المطلب الرابع).

المطلب الأول: جنس الشخص الكافل

عرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة⁽⁴⁾، المادة 116 منه الكفالة بأنها: "التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر، من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي".

وإذا كان الفقه الإسلامي قد اعتبر الكفالة التزاما شخصيا يصدر عن الكافل، سواء كان رجلا أو امرأة⁽⁵⁾ فإن المشرع الجزائري ترك عبارات مبهمة عند صياغة مواد الكفالة، جعلت مفهومها التزاما إراديا شخصيا يقوم به الكافل الذي

⁴ - القانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 جوان 1984، والمتضمن قانون الأسرة، ج ر، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 04 ماي 2005، ج ر، العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

⁵ - بن عطية بوعبد الله، أحكام اللقيط بين المذاهب الفقهية الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة وهران، 2001-2002، ص 109 ينظر: علال آمال، التبنّي والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، مرجع سابق، ص 32 و ص 51.

يجب أن يكون رجلا، كما هو واضح من عبارة (قيام الأب بابنه)⁽⁶⁾، أو نص المادة 118 من قانون الأسرة في عبارة: (يشترط أن يكون الكافل مسلما)⁽⁷⁾، فلقد جاء هذان النصان مبهمين وغامضين، حيث جعلوا الكفالة التزاما يصدر عن الرجل فقط، وكأن الطفل لا يحتاج إلى عائلة أو أم ترعاه، بل إلى أب بديل⁽⁸⁾، علما أن الحضانة⁽⁹⁾ تكون دائما بين أيدي الأم⁽¹⁰⁾ مراعاة لمصلحة الطفل، ولذا كان من الأولى أن ينص المشرع على كون المرأة أولى بحق الكفالة من الرجل.

المطلب الثاني: سن الشخص الكافل

إن قانون الأسرة الجزائري يعترضه الغموض فيما يتعلق بفارق السن بين الكافل والمكفول، لأنه لم يحدد السن التي يقبل فيها طلب الكفالة من الكافل، مما يحيل إلى الأحكام العامة للقانون المدني⁽¹¹⁾، كما أننا لا نجد نصا قانونيا آخر ينظم الوضعية في حالة ما إذا كان طالب الكفالة يبلغ سن التاسعة عشرة (19 سنة) لطفل عمره سبع عشرة سنة (17 سنة)، مع أن المنطق لا يقبل هذا في الكافل، لأن المكفول بحاجة ماسة إلى أب لا إلى صديق، يضاف إلى هذا أن المجتمع الجزائري مع الوضع

⁶ -Emilie B ARRAUD/Kafala transnationale. Modalités de formation des Familles Kafilates de France/Editeur Presses de sciences Po(P.F.N.S.P) Autrepart 2011/1 n°57-58/p248 site article <https://www.cairn.info/revue-autrepart-2011-1-page-247.htm>

⁷ - نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2006، الجزائر، ص 313، 314.

⁸ - علال آمال، التبنى والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، مرجع سابق، ص 62.

⁹ - رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1999، القاهرة ص 47.

¹⁰ - Hanifi Louisa La Dissolution de lien conjugal du vivant des époux thèse de doctorat université d'Alger 2007 p199 /Yamina Houhou Thèse ;LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français ,prec/163.

¹¹ - الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى،

2005، ص 169. http://droit7.blogspot.com/2013/10/blog-post_3872.html

الاقتصادي الراهن، أغلب شبابه في هذه السن عاطلون عن العمل، عاجزون عن التكفل بأنفسهم، فكيف يمكن لهم التكفل بأطفال؟ مما يدعو إلى ضرورة وضع نص تنظيمي يسن الحد الأدنى لسن الكافل، وفي اعتقادي أنه لا يجب أن يقل عن سن الأخ الأكبر، بمعنى أن يراعى فارق السن بين الكافل والمكفول، بحيث يكون الكافل بمثابة الأخ الأكبر للمكفول على الأقل، مع ترك السلطة للقاضي في تقدير هذا الفارق بينهما؛ فإذا كان الطفل رضيعا، فلا بأس من أن يكون الكافل شابا، حديث العهد بالزواج، بينما لا يتصور أن يكون المكفول مراهقا في السابعة عشرة مثلا، بل يمكن أن يتولى كفالته رجل في الخامسة والثلاثين أو الأربعين، وهكذا.

المطلب الثالث: زواج الكافل وموافقة الزوج [le conjoint]

إن المشرع الجزائري في أحكام الكفالة لم يضع نصا قانونيا يشترط من خلاله أن يكون الشخص الكافل متزوجا، علما أن الطفل المكفول مهما كانت حالته يحتاج إلى عائلة مكونة من زوجين⁽¹²⁾، يكونان له بمثابة الأب والأم حتى يعيش حياة عائلية مستقرة ومتوازنة⁽¹³⁾، ولا يمكن لغير ذي زوج رجلا أو امرأة أن يقوم بواجبات الكفالة على أكمل وجه، وبخاصة إذا لم يسبق له الزواج، ولم يجرب مسؤولية الحياة الأسرية وأعباءها.

¹² - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، (وفق آخر التعديلات ومدعما بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الطبعة 2012، الجزائر، ص 528؛ وينظر أيضا: عبد القادر مدقن، شرح وجيز لنظام الأسرة الجزائري، ملخص من الفقه الإسلامي، المطبعة العربية، الطبعة الأولى، الجزائر، ص 48؛ ومحمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 1991، ص ص 67-68.

¹³ - محمد عبد الجواد محمد، حماية الأمومة والطفولة في المواثيق الدولية، منشأة المعارف، طبعة 1991، ص 65.

وإذا كان قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذا الشرط، فإن مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن تشترط في طالبي الكفالة أن يكونا زوجين⁽¹⁴⁾. كما أنه - أي: المشرع الجزائري- نص على ضرورة موافقة أبوي⁽¹⁵⁾ الطفل المكفول في المادة 117 من قانون الأسرة⁽¹⁶⁾ بقوله صراحة: (يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق، وأن تتم برضا من له أبوان)، في حين أغفل من جهة أخرى موافقة الزوجين طالبي الكفالة ورضاهما، والذي له أهمية كبيرة على حياة الطفل المكفول، حيث يمكن أن يُقدم أحد الزوجين على كفالة طفل، في حين يرفض الآخر ذلك، مما يضع الطفل هنا في وضعية حرجة.

المطلب الرابع: حالة طلب شخص جزائري التكفل بطفل أجنبي

نص المشرع الجزائري في القانون المدني، المادة 13 مكرر 1 منه⁽¹⁷⁾، والمتعلقة بقواعد الإسناد على أنه: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل، وتطبق نفس الأحكام على التبني".

¹⁴ - ليلى جمعي، حماية الطفل (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشرعية الإسلامية)، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2005-2006، ص 138، وينظر: علال آمال، التبني والكفالة (دراسة مقارنة بين الشرعية الإسلامية والقانون الوضعي)، مرجع سابق، ص 32.

<http://www.msncf.gov.dz>

¹⁵ - بلحاج العربي، قانون الأسرة (مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة)، ديوان مطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 2006، ص 201.

¹⁶ - العيش فضيل، قانون الأسرة مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات سنة 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2006، الجزائر، ص ص 91 - 92.

¹⁷ - المادة 13 مكرر 1 من تقنين القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، 2009-2010 الجزائر، ص 5.

ولقد أغفل المشرع الجزائري حالة إمكانية التكفل بطفل أجنبي متخلى عنه على التراب الوطني، وتمنع جنسيته الكفالة، فهل يمكن لقاضي شؤون الأسرة قبول طلب كافل جزائري ليتكفل به؟ ومثال ذلك طفل صيني⁽¹⁸⁾ متخلى عنه، ولم يطالب به أحد من عائلته أو دولته، لأن سياستها الداخلية تحدد طفلين فقط لكل عائلة صينية⁽¹⁹⁾؛ فالواقع أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه الحالة، سواء بالقبول أو بالرفض، ولا يمكن للقاضي شؤون الأسرة - الذي يتمثل دوره في حماية القصر - أن يترك هذا الطفل تحت الولاية الدائمة لمديرية النشاط الاجتماعي والتضامن، بسبب عدم وجود كافل تقبل جنسيته التبني، لأن هذا سوف يحرم الطفل الأجنبي من حقه في الحصول على عائلة تتكفل به وترعاه.

ومن الناحية العملية، إذا وافق قاضي شؤون الأسرة بعد أخذ رأي إيجابي من وكيل الجمهورية على طلب الكفالة في غرفة المشورة، فهنا تعود السلطة التقديرية للقاضي مراعيًا مصلحة الطفل المكفول طبقًا للمواد من 492 إلى 495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁰⁾، وكذلك طبقًا للمادة 425 من نفس القانون، الذي يجيز له في إطار صلاحياته المتعلقة بحماية القصر أن يلجأ إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع من أجل الاستشارة⁽²¹⁾؛ والعكس في هذه الحالة (الاستثنائية) غير صحيح

¹⁸ - قانون التبني لجمهورية الصين الشعبية: <http://www.fmprc.gov.cn/ara/lsw/885/t22497.htm>

¹⁹ - سياسة "طفلين فقط لكل عائلة صينية"، الأزواج الذين ينتهكون هذه السياسة يواجهون غرامات كبيرة وفقدان وظائفهم والإجهاض الإجباري، بالإضافة إلى التعقيم. تاريخ الزيارة: 15/01/2018. يراجع موقع:

https://www.cqv.qc.ca/sous_la_politique_des_deux_enfants

²⁰ - فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة

2010، ص 182.

²¹ - فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 170.

إذ لا يمكن كفالة قاصر جزائري مقيم في الجزائر من طرف أجنبي، وهذا منطقي ما دام يوجد العديد من الجزائريين الذين تتوفر فيهم كامل الشروط القانونية للتكفل بالطفل.

المبحث الثاني: الإشكالات المتعلقة بوضعية الطفل المكفول

لقد عالج المشرع الجزائري كفالة الطفل في المواد 116 إلى 125 من قانون الأسرة؛ إلا أن ثمة بعض المشكلات المتعلقة بوضعية الطفل المكفول أمام الإدارة والقضاء الجزائري، تتمثل في مسألة إسناد حضانة الطفل المكفول بعد الطلاق (المطلب الأول)، وحق النفقة للطفل المكفول (المطلب الثاني)، وحق الزيارة للطفل المكفول (المطلب الثالث)، ووضعية الطفل المكفول من طرف الزوجة (المطلب الرابع).

المطلب الأول: إسناد حضانة الطفل المكفول بعد الطلاق

يجد القاضي الجزائري صعوبة في حل النزاع المعروض عليه، بشأن إسناد حضانة الطفل المكفول بعد طلاق الزوجين الكفيلين، لأن المشرع الجزائري لم يضع نصوصا قانونية تنظم هذه المسألة، على عكس حالة الزوجين الشرعيين المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، ونصها: (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا)، كما أن المشرع الجزائري كان صريحا في إعطاء الأولوية للأم في حضانة طفلها طبقا لأحكام المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري: (الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب...) ⁽²²⁾، ولهذا تثار مسألة إسناد حضانة الطفل المكفول بعد طلاق الزوجين، حيث

²² - المادتان 64 و62 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005، يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج ر، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984.

يكون الزوج هو الكافل والمسؤول عن هذا الطفل بمقتضى عقد الكفالة⁽²³⁾، وفي هذه الحالة فإن القاضي المطروح عليه النزاع يلتزم بإسناد حضانة المكفول إلى الزوج الكافل⁽²⁴⁾، لأن الزوجة لا تتمتع بأية صفة قانونية تربطها بهذا الطفل سوى العلاقة العاطفية، وهذا ما يجعل القاضي يخالف مبدأ رعاية مصلحة الطفل، كون الزوجة هي الأولى بالتكفل به، وهذا يبين التمييز بين الوالدين الشرعيين والوالدين الكافلين⁽²⁵⁾، فبالرغم من وجود نفس الرابطة العاطفية، إلا أنه ليس لهما نفس الحقوق بدون الوثيقة التي تثبت ذلك (عقد الكفالة)، وهذا يجعل عقد الكفالة مشابها لعقد الملكية، حيث يكون الطفل المكفول بمثابة العقار والمنقول، لا بد من توفير سند رسمي لإثبات تملكه أو صفته القانونية للتقاضي. وهذا ما يجعلنا نتساءل إن كان المشرع الجزائري وضع الطفل المكفول في نفس الإطار القانوني للشيء محل العقد، ومثال ذلك الرجوع إلى عيوب الرضا، كالغلط الجوهرى في عقد الكفالة⁽²⁶⁾، كأن يأخذ الكافل طفلة (أنثى) عوض ولد (ذكر) فهل يمكن أن يرجعها⁽²⁷⁾ دون الأخذ بعين الاعتبار مشاعرها والاضطرابات النفسية التي قد تصيبها بعد التخلي عنها؟

²³ - Hanifi Louisa, La Responsabilité des pères et mères des fait de leur enfants mineur dans le cas des divorce ;in Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques N°3,1994,p61 Yamina Houhou Thèse ;LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français/,prec,p160.

²⁴ - عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية والفقهاء الإسلامى، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001، ص 44.

²⁵ - Yamina Houhou Thèse ;LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français/,prec,p163-164-161.

²⁶ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامى - دراسة مقارنة بالفقه الغربى، دار إحياء التراث العربى، الجزء الثانى، الطبعة الأولى 1997، بيروت، لبنان، ص 90.

²⁷ - بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة تخرج، المعهد العالى للقضاء، 2001-2004، ص 11.

وانطلاقاً من هذا، يكون من الضروري أن يضع المشرع الجزائري نصوصاً قانونية تحول للقاضي الذي ينظر في دعوى الطلاق الاختصاص القانوني للنظر في طلب إحالة كفالة الطفل، دون المساس بمبدأ عدم التناقض بين الأحكام القضائية، طالما أن الزوجة الكافلة قد عبّرت صراحة عن إرادتها في التكفل بالطفل، مما يعطيها مركزاً قانونياً خاصاً يوفر لها الصفة القانونية لتقديم هذا الطلب تحت نظر قاضي شؤون الأسرة، في إطار مراعاة مصلحة الطفل المكفول.

المطلب الثاني: حق الزيارة للطفل المكفول

يعد حق الزيارة من الحقوق الأساسية التي يلتزم القاضي بأن يحكم بها لأحد والدي الطفل بعد انفصالهما وإسناد الحضانة لأحدهما، حيث نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 64 على ما يلي: (... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)؛ إلا أن المشرع الجزائري أغفل هذه النقطة في حالة الطلاق بين الزوج الكافل وزوجته، على عكس الوالدين الشرعيين⁽²⁸⁾، فالقاضي لا يخول هذا الحق لأحد الزوجين الذي ليس باسمه عقد الكفالة⁽²⁹⁾، لانعدام صفته القانونية تجاه الطفل المكفول، فالقانون الجزائري واضح، فقط صاحب السلطة الأبوية الذي يمكن

²⁸ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، الجزء الأول، ص 386.

²⁹ - Hanifi Louisa, La Dissolution de lien conjugal du vivant des époux, Thèse doctorat, prec p235.

الحصول على حق الزيارة⁽³⁰⁾، مع أن هذا ما يؤثر على التوازن النفسي للطفل المكفول⁽³¹⁾، ويترك له فراغا عاطفيا، ويسبب له عقدا نفسية⁽³²⁾.

وهكذا فإن المشرع الجزائري لم يراع الجانب النفسي والاجتماعي للطفل المكفول، لأن حق زيارة زوج الكافل يعتبر ضروريا لحماية الطفل المكفول والحفاظ على الرابطة العاطفية معه.

ولهذا، فإنه من المناسب أن يراعي المشرع هذا الجانب العاطفي للطفل المكفول، وأن يضع نصا قانونيا يخول للقاضي الذي ينظر في دعوى الطلاق، الاختصاص القانوني للفصل في حق الزيارة لزوج الكافل الذي عبر عن إرادته صراحة في الحفاظ على الرابطة العاطفية⁽³³⁾ التي توفر له الصفة القانونية في طلب تثبيت اسمه على عقد الكفالة إلى جانب الكافل تحت تقدير قاضي شؤون الأسرة، مراعيًا مصلحة الطفل المكفول، حيث يمكنه من جهة الحصول على حق زيارة لمن كان بالنسبة إليه بمثابة الأب أو الأم، ومن جهة أخرى يمكن للقاضي شؤون الأسرة الحكم عليه بالنفقة بكل أنواعها طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، محترما بذلك المساواة بين الطفل المكفول والطفل الشرعي⁽³⁴⁾.

³⁰ - Yamina Houhou Thèse ;LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français/,prec,p165.

³¹ - مصطفى الخشاب، دراسات في الاجتماع العائلي، دار النهضة العربية، طبعة 1961، بيروت، ص 23، ينظر علال آمال، التبني والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي)، مرجع سابق، ص 9.

³² - Romain Liberman; les enfant devant le divorce, édition Presses universitaires de France,1984 p46-47 .

³³ - Yamina Houhou Thèse ;LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français/,prec,p 166 « Dans l'intérêt majeur de l'enfant makfoul, cette question ne doit pas demeurer un thème de préoccupation et de débat, car le droit de visite trouve son fondement dans la parenté socio affective. »

³⁴ - Yamina Houhou Thèse ;LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français/,prec,p 165. « Le droit algérien n'a pas défini les conditions d'exercice du droit de visite. Les parents divorcés ont le choix d'imposer des modalités particulières. Ainsi ils peuvent fixer les jours les lieux, la fréquence, la durée, le=

المطلب الثالث: حق النفقة للطفل المكفول

إن قانون الأسرة الجزائري وضع مبدأ الالتزام بالنفقة طبقاً للمادة 75 من قانون الأسرة⁽³⁵⁾ التي تنص على ما يلي: (تجب نفقة الولد على الأب ...) ⁽³⁶⁾ فحسب هذه المادة فإن النفقة تخص الأطفال المولودين في علاقة الزواج الشرعية؛ أي الأطفال الشرعيين؛ أما الطفل المكفول، فلم يحدد المشرع الجزائري ما إذا كان له الحق في الحصول على النفقة، فبالرجوع إلى الحالة التي يكون فيها عقد الكفالة باسم الزوجة الكافلة⁽³⁷⁾، فإن القاضي ينقل كفالة الطفل إليها بعد النطق بالطلاق، إلا أنه لا يمكنه إلزام الزوج بدفع النفقة وتوفير سكن لممارسة حضارة الطفل المكفول، طبقاً لأحكام المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك لانعدام صفته ككفيل للطفل؛ وفي حالة ما إذا كان عقد الكفالة باسم الزوجين الكفيلين، تطبق أحكام المادة 125 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: (التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة...) ⁽³⁸⁾. وعليه، يمكن للزوج أن يتنازل عن

=partage des vacances, des fêtes religieuses et nationales en tenant compte de l'intérêt de l'enfant que le juge doit garantir. Dans le cas contraire c'est le juge qui déterminera les modalités du droit de visite ; il dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour préserver les intérêts de l'enfant mineur. La cour suprême estime que le père a le droit de visiter ses enfants au moins une fois par semaine ». Cour suprême arrêt du 16/04/1990 dossier n°59784

³⁵ – Mohand Djennad, les droits de l'enfant en Algérie université de Perpignan D.E.S année 2006 ; www.memoireonline.com

³⁶ – مباركة عمامرة، الحماية الجزائرية لحق النفقة للطفل في القانون الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، السنة 14، العدد 24، صيف 2017، ص 196.

³⁷ – Yamina Houhou Thèse ; LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français, prec, p 167

³⁸ – لدرع كمال، الكفالة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 16، العدد 31، ص 611.

الكفالة بإرادته المنفردة وبدون أية عقوبة قانونية⁽³⁹⁾، أي: يتنازل عن صفته القانونية بكل سهولة أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة، وبعد الإخطار المسبق للنيابة العامة، ومن ثمَّ يحرم الطفل المكفول من حق الحصول على النفقة المستحقة وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/12/13 قضية رقم 369032⁽⁴⁰⁾، فالمشرع الجزائري اعتبر الكفالة التزاما على وجه التبرع⁽⁴¹⁾، ولا يلتزم بها الكافل مادام أنه تخلص عن كفالة الطفل المكفول.

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لا يتصور فرضية الطلاق بين الزوجين الكفيلين، ولذلك لا بد أن يوجد قرار من المحكمة العليا يوافق أحكام المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري، وينص على "مراعاة مصلحة الطفل المكفول"، من أجل أن يكون للطلاق آثار على الطفل المكفول تعادل الآثار المترتبة على الطفل الشرعي دون تمييز⁽⁴²⁾.

المطلب الرابع: وضعية الطفل المكفول من طرف الزوجة

عندما تتزوج المرأة التي أسندت إليها الكفالة بمقتضى عقد شرعي، فإن الحالة تثير غموضا حول صفة زوجها تجاه الطفل المكفول، وذلك لأن هذا الزوج يصعب عليه أن يبرر وضعيته تجاه الطفل المكفول أمام الإدارة أو المدارس أو المصالح المختصة،

³⁹ - Yamina Houhou Thèse ;LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français/, prec, p 168

- Hanifi Louisa, Thèse doctorat, prec, p253

⁴⁰ - Yamina Houhou Thèse ;LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français, prec, p 167 la cour Suprême a affirmé que : «Considérant le kafil comme le wali de l'enfant makfoul, il doit entretenir, éduquer et protéger l'enfant makfoul au même titre que le ferait père pour son fils, tant que la kafala n'a pas été abandonné par le kafil ».

⁴¹ - عمارة مسعودة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية المجلد 1، العدد 1، 2011، ص 68.

⁴² - Yamina Houhou Thèse ;LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français/,prec,p 168

نظرا لعدم وجود أية وثيقة قانونية تربطه به، وتخول له الولاية القانونية عليه، ومثال ذلك حالة سرقة عقد الكفالة لطفلة من البيت، حيث كان العقد باسم الزوجة دون الزوج، والذي عجز عن أن يبرر صفته كأب الطفلة المكفولة في غياب الأم الكافلة، وهذا يعقد المسألة إداريا أمام الزوج⁽⁴³⁾، خاصة في الحالات الحرجة، كالحاجة إلى القيام بعملية جراحية طارئة على الطفلة المكفولة جراء حادث مرور، ويلزم على المستشفى الحصول على إجازة لمن له الولاية القانونية، نظرا لأن الطفل المكفول قاصر⁽⁴⁴⁾.

ولتفادي هذا الإشكال المثار أعلاه، يمكن للمشرع الجزائري أن يضع نصا قانونيا يوجب أن يكون عقد الكفالة باسم الزوجين، فوجود العقد باسمهما يجعلهما يجتمعان على الطفل، ويتعاونان على رعاية مصالحه المادية والمعنوية، ويتشاركان في إيجاد رابطة قوية تجمع أفراد الأسرة جميعا، وهذا هو الهدف الاجتماعي لهذا الالتزام⁽⁴⁵⁾.

وثمة مسألة أخرى تتعلق بالمرأة الكافلة التي يكون عقد الكفالة باسمها، ثم تتزوج وتكوّن أسرة، مع نيتها الإبقاء على كفالة الطفل. وحل هذه المسألة يكون بوضع نص قانوني يعطي لزوج الكافلة مهلة لتقيد اسمه في عقد الكفالة إلى جانب الكافلة، فإذا رفض، لزم الزوجة الكافلة أن تحرر وكالة خاصة للزوج، تعطيه صفة قانونية خاصة تجاه طفل المكفول يستعملها في الحالات الاستعجالية أو الحالات التي تتطلب منه تدخلا خاصا لحماية مصلحة الطفل المكفول، وبدون أن تطبق عليه

⁴³ - Yamina Houhou, Thèse ;LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français/,cit,p 159.

⁴⁴ - <https://www.altibbi.com/> - مقالات-طبية/جراحة-عامة/معلومات-يجب-معرفة-قبل-الخضوع- ⁴⁵ - Yamina Houhou, Thèse ;LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français/,cit,p 159

التزامات المادة 116 والمادة 122 من قانون الأسرة الجزائري⁽⁴⁶⁾، وعلى مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن القيام بزيارات مفاجئة لمراقبة وضعية الطفل المكفول، ومراقبة مدى احترام الإجراءات الضرورية لحمايته، وفي حال ثبوت الإخلال بمصالح الطفل، أو تعريضه للخطر، يمكن أن يتعرض الكافل إلى انتزاع الطفل منه أو التعرض إلى عقوبة خاصة على أساس الإهمال.

الخاتمة:

إن مسألة حماية الأطفال المكفولين تواجه العديد من الصعوبات القانونية، الناتجة عن غموض بعض النصوص المتعلقة بها في قانون الأسرة الجزائري، وكذا إغفال المشرع الجزائري لبعض قضاياها، والتي وضعت الطفل المكفول في وضعية صعبة أمام القضاء والإدارة الجزائرية، وذلك باعتبار عقد الكفالة بمثابة حكم قضائي نهائي، حيث لا يمكن للقاضي الناظر في مسألة الطلاق أو حق النفقة إسناد كفالة الطفل إلا للكافل الذي باسمه الكفالة، فإذا قضى القاضي بغير ذلك عُدد هذا تناقضا بين الأحكام القضائية، مما يفرض على المشرع الجزائري أن يضع نصوصا قانونية تعطي للقاضي سلطة أوسع، من أجل حماية مصلحة الطفل المكفول، وجعلها في الأولوية، وفقا لمبدأ عدم التناقض بين الأحكام القضائية، بحيث تعطي لقاضي شؤون الأسرة عند النظر في الطلاق الاختصاص القانوني للفصل في طلب إحالة الكفالة لزوجة الكافل، التي تكون لها الأولوية في ذلك، أو طلب قيد اسم زوج الكفالة في عقد

⁴⁶ - تنص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري على وجوب التزام الكافل بتربية القاصر ورعايته قيان الأب بابه على وجه التبرع، كما تنص المادة 122 على إعطاء الكافل صلاحية إدارة أموال المكفول لمصلحته.

الكفالة، والذي يمكنه من حق زيارة الطفل المكفول حفاظا على الرابطة العاطفية معه، والحكم عليه بالنفقة بكل أنواعها، مراعيًا بذلك مصلحة الطفل المكفول.

المراجع:

أولا - القوانين:

1. القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10.
2. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005، يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج ر، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984.
3. تقنين القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، 2009-2010، الجزائر.

ثالثا- الرسائل الجامعية:

- أ - الرسائل الجامعية باللغة العربية:

1. ليلي جمعي، حماية الطفل (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشرعية الإسلامية)، رسالة دكتوراه، جامعة وهران 2005-2006.
2. بن عطية بوعبد الله، أحكام اللقيط بين المذاهب الفقهية الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة وهران 2001-2002.
3. عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001.
4. علال آمال، التبني والكفالة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.

5. بوعشة عقيلة، الكفالة في قانون الأسرة والشرعية الإسلامية، مذكرة تخرج، المعهد العالي للقضاء، 2001-2004.

ب- الرسائل الجامعية باللغة الأجنبية:

1. Hanifi Louisa, La Dissolution de lien conjugal du vivant des époux, thèse de doctorat, université d'Alger, 2007.
2. Yamine Houhou, Thèse ; LA Kafala En Droit Algérien et ses effets en Droit Français, université de Pau et des PAYS de L'ADOUR, Ecole Doctorale sciences .sociales et Humanités soutenue 2014.

رابعاً- الكتب:

أ - الكتب باللغة العربية :

1. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد/ دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2012، الجزائر.
2. بلحاج العربي، قانون الأسرة (مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة)، ديوان مطبوعات الجامعة، الطبعة الثالثة، 2006.
3. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الزواج والطلاق، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2005.
4. رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1999، القاهرة.
5. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 1997، بيروت، لبنان.

6. عبد القادر مدقن، شرح وجيز لنظام الأسرة الجزائري، المطبعة العربية، الطبعة الأولى، الجزائر.

7. العيش فضيل، قانون الأسرة مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات سنة 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2006، الجزائر.

8. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2005.

9. فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2010.

10. محمد عبد الجواد محمد، حماية الطفولة في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 1991.

11. مصطفى الخشاب، دراسات في الاجتماع العائلي، دار النهضة العربية، طبعة 1961، بيروت.

12. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2006، الجزائر.

ب- الكتب باللغة الأجنبية:

Romain Lieberman, Les enfants devant le divorce, Édition, Presses universitaires de France, 1984.

خامسا- المجلات:

أ - المجلات باللغة العربية:

1. أسامة الحموي، التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب (دراسة فقهية اجتماعية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد 23، العدد الثاني، 2007.

2. زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، المجلة القضائية، العدد 2، 2000.
3. عمارة مسعودة، أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة البحوث والدراسات القانونية و السياسية، المجلد 1، العدد 1، 2011.
4. لدرك كمال/ الكفالة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 16، العدد 31.
5. مباركة عمامرة، الحماية الجزائية لحق النفقة للطفل في القانون الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، السنة 14، العدد 24، 2017.
6. ب - المجلات باللغة الأجنبية:

1. Emilie B ARRAUD/ Kafala transnationale. Modalités de formation des Familles Kafalates de France/ Editeur Presses de sciences Po(P.F.N.S.P) Autre part 2011/1 n°57-58.
2. Hanifi Louisa, La Responsabilité des pères et mères des fait de leur enfants mineur dans le cas des divorce; Revue Algérienne des sciences juridiques .économiques et politiques N°3,1994.

1. سادسا - مواقع الإنترنت:

2. <https://www.cairn.info/revue-autrepart-2011-1-page-247.htm>
 3. Mohand Djennad , les droits de l'enfant en Algérie université de Perpignan D.E.S année 2006 ; www.memoireonline.com
 4. http://droit7.blogspot.com/2013/10/blog-post_3872.html
 5. <http://www.msncf.gov.dz>
 6. <https://www.altibbi.com> - مقالات - طبية/ جراحة - عامة/ معلومات -
- يجب - معرفتها - قبل - الخضوع - للعمليات - الجراحية - 1430.

7. قانون التبني <http://www.fmprc.gov.cn/ara/lsw/885/t22497.htm>
لجمهورية الصين الشعبية:
8. https://www.cqv.qc.ca/sous_la_politique_des_deux_enfants.