

أساس المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال المكفول

جلال الزيداني

باحث جامعي في سلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس الرباط- كلية الحقوق اكدال.

تقديم:

تعتبر المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال الطفل المكفول من بين أهم المستجدات التي أقرها القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين¹. ولم يسبق للمشرع تنظيمه ضمن كافة النصوص القانونية السابقة له سواء في قانون 10 شتنبر 1993² أو في المنشور الصادر تحت رقم 2 مكرر بتاريخ 08-05-1962 أو باقي الدوريات الوزارية الأخرى³.

¹ منفذ بالظهير الشريف رقم 1-02-172 بتاريخ 13 يونيو 2002، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1423 الموافق 19 أغسطس 2002، ابتداء من ص 2362.

² الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1-93-165 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 هـ الموافق 10 شتنبر 1993 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4220، ابتداء من ص 1622.

³ تجدر الإشارة إلى أن الاهتمام بوضعية الطفل المهمل بدأت منذ ستينيات القرن الماضي، حيث جاءت البداية بإصدار أول منشور تحت رقم 2 مكرر بتاريخ 1962/05/08 يحدد بموجبه الإجراءات الأولية للتكفل بالطفل المتخلى عنه، تلتها ثلاث دوريات وزارية عالجت قضايا خاصة كتسجيل الأطفال المتكفل بهم بالحالة المدنية. أنظر في هذا الشأن "كتاب الدوريات الصادرة في ميدان الحالة المدنية" صادر عن وزارة الداخلية سنة 1994، مطبعة ديديكو-سلا.

- الدورية الوزارية رقم 54 الصادرة بتاريخ 4 جمادى الأولى 1403 الموافق 18 يبرابر 1983 المتعلقة بكفالة الأطفال المتخلى عنهم بعد الوضع، ابتداء من ص 242.

- الدورية الوزارية رقم: 129 الصادرة في 16 شوال 1405 الموافق 05 يوليوز 1985 حول تسجيل الأطفال المتكفل بهم بالحالة المدنية، من ص 245.

- الدورية الوزارية عدد: 39 الصادرة بتاريخ 4 جمادى الثانية 1406 الموافق 14 فبراير 1986 الصادرة عن وزارة الداخلية بتنسيق مع وزارة العدل بخصوص كفالة الأطفال المتخلى عنهم بعد الوضع، ص 247.

صحيح أن المغرب صادق على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نونبر 1989 بموجب الظهير رقم 4-93-4 المؤرخ في 14 يونيو 1993¹، إلا أن بعض مقتضيات الخاصة من قبيل المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال الطفل المكفول تبقى من اختصاص المشرع الوطني.

وعموما يبقى هذا المستجد من بين أهم مقتضيات الإيجابية التي تصب في خانة تقوية الوضعية القانونية لكل من الكافل والمكفول من أجل تمتين العلاقة بينهما، والرفع بها إلى مستوى الطموح والمبتغى المنشود، ألا وهو تقربها من علاقة الآباء مع أبنائهم في غير ما نهى عنه ديننا الحنيف، وخير دليل على ذلك ما جاءت به مقتضيات المادة 2 معرفة كفالة الطفل المهمل بأنها: "هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث".

وفي سبيل الرفع من حس المسؤولية لدى الكافل ودفعه إلى تحسين رعايته للمكفول والسهر على حسن تربيته وتكوينه إلى جانب تكثيف مراقبته له، من أجل توطيد العلاقة بينهما، نص المشرع ولأول مرة ضمن آثار الكفالة في الفقرة الأخيرة من المادة 22 على أنه: "يترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة... كون الكافل مسؤولا مدنيا عن أفعال المكفول، وتطبق على هذه المسؤولية القواعد الواردة في الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود"².

¹ تم نشرها بظهير شريف رقم 1.93.363 صادر في رجب 1417 الموافق 19 دجنبر 1996، ص 2847.
² ويعتبر من مقتضيات التي لقيت قبولا لدى كافة أعضاء لجن المناقشة بمجلسي البرلمان، سواء لجنة التعليم والشؤون الثقافية والاجتماعية بمجلس المستشارين أو لجنة القطاعات الاجتماعية والشؤون الإسلامية بمجلس النواب، إذ الملاحظ في تقريرهما غياب أية مناقشة لمضمون الفقرة الأخيرة من المادة 22 من قانون رقم 15.01 (مشروع قانون آنذاك)، مما يدل على قبولهم بإجماع لمحتوياتها شكلا ومضمونا.
- تقرير لجنة التعليم والشؤون الثقافية والاجتماعية بمجلس المستشارين، صادر خلال الولاية التشريعية 1997 - 2006، السنة التشريعية الخامسة، دورة أكتوبر 2001.
- تقرير لجنة القطاعات الاجتماعية والشؤون الإسلامية بمجلس النواب، صادر خلال الولاية التشريعية 1997 - 2002، السنة التشريعية الخامسة 2001 - 2002.

وبالرجوع إلى الفصل 85 من ق ل ع¹ يتضح لنا بأنه ينضم أربع حالات للمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، مما يستدعي بالضرورة تكييف علاقة الكافل بالمكفول من أجل إخضاعها للقواعد الأكثر انسجاما مع وضعيتهما¹.

¹ ينص على أنه: "يكون الشخص مسئولاً ليس فقط عن الضرر الذي يسببه هو بنفسه ولكن عن الضرر أيضاً المسبب من أشخاص هو مسئول عنهم حتماً؛ فالأب وكذلك الأم بعد وفاة زوجها هما المسئولان عن الضرر الذي يسببه أولادهم القاصرون الساكنون معهم. وكذلك الموالي ومفوضو الأمور للغير يكونون مسئولين عن الضرر الذي يسببه خدامهم ومستخدموهم حين مباشرتهم للأشغال التي يكونون قد استخدموهم فيها؛ ويطالب أرباب الحرف والصنائع عن الضرر الذي يسببه متعلموهم طول المدة التي يقضونها تحت مراقبتهم. وتعد المسئولية المذكورة ثابتة ما لم يبرهن الآباء والأمهات وأرباب الحرف والصنائع أنه تعذر عليهم منع الفعل المسبب لتلك المسئولية. ويكون الأب والأم وغيرهم من الأقارب أو الأزواج والزوجة مسئولين عن الأضرار التي يسببها المعتوهون وغيرهم من معطي العقل حتى ولو كانوا بالغين إذا كانوا ساكنين معهم وذلك ما لم يثبتوا ما يلي: أولاً- أنهم راقبوا أولئك الأشخاص مراقبة تامة؛

ثانياً- أنهم يجهلون نوع المرض المخطر المصاب به الأحمق؛

ثالثاً- أن الحادث الضار جرى بسبب تقصير من أصيب به

وتجري هذه القاعدة على الذين يتعهدون بموجب عقد بمعيشة أولئك الأشخاص أو بمراقبتهم" ظهر 29 يوليو سنة 1937 نشر في الجريدة الرسمية عدد 1298 بتاريخ 4 رجب عام 1356 موافق 10 شتنبر سنة 1937.

مع العلم بأن أول تنظيم للمسؤولية عن فعل الغير صدر بمقتضى ظهير شريف مؤرخ في 23 شتنبر سنة 1929 غير بمقتضاه الفصل 85 من الظهير الشريف لسنة 1913 المؤلف منه مجلة العقود والالتزامات حيث جاء نصه كالآتي: "يكون الشخص مسئولاً ليس فقط عن الضرر الذي يسببه هو لنفسه ولكن عن الضرر أيضاً المسبب من أشخاص وهو مسئول عنهم حتماً.

فالأب وكذلك الأم بعد وفاة زوجها هما المسئولان عن الضرر الذي يسببه أولادهم القاصرون الساكنون معهم. وكذلك الموالي ومفوضو الأمور للغير يكونون مسئولين عن الضرر الذي يسببه خدامهم والمكلفون بأشغالهم حين مباشرتهم للأشغال التي يكونون قد استخدموهم فيها والمعلمون وأرباب الحرف والصنائع يطالبون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم ومتعلموهم طوال المدة التي يفوضونها في مراقبتهم وتعد المسئولية المذكورة ثابتة على الأشخاص المشار إليهم ما لم يبرهنوا على أنه تعذر عليهم منع الفعل المسبب لتلك المسئولية غير أن مسئولية الدولة مدنياً تقوم مقام مسئولية أعضاء التعليم العمومي.

والأب والأم وغيرهم من الأهل أو الزوجين يكونون مسئولين عن الأضرار التي يسببها المعتوهون وغيرهم من مرضى العقول حتى لو كانوا بالغين إذا كانوا ساكنين معهم وذلك ما لم يثبتوا ما يلي: <

إلا أنه وعلى ضوء مقتضيات القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، ووقفاً عند محتوى الفصل 85 ق ل ع. يتضح جلياً أن القواعد الأكثر توافقاً وانسجاماً مع وضعية الكافل هي تلك المنظمة لمسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين لعدة اعتبارات منها ما يجد سنده في القانون الوطني، ومنها ما تبرره التشريعات المقارنة.

ومن شأن هذا التكييف أن يدلل الصعاب مع ما يستدعي ذلك من ضبط للعلاقة بين الكافل والمكفول، حفاظاً على حقوق المتضرر من الفعل الضار الصادر عن المكفول من جهة، ومن جهة ثانية إيماننا القوي بأن مساءلة أي شخص عن فعله أو فعل غيره لا تتم إلا بضبط وتنظيم أساسها القانوني وسندها النظري المنطقي. وعليه فإننا سنحاول ضبط أساس مسؤولية الكافل عن أفعال الطفل المكفول من خلال مبحثين: الأول نخصه لمسألة تنزيل الكافل منزلة الأبوين كما نحدد فيه الإطار القانوني الأنسب لتنظيم مسؤولية الكافل مدنياً عن فعل المكفول، أما الثاني فتتطرق من خلاله لمسألة تحمل الكافل تبعاً لعلاقة التكفل حيث سندافع فيه على نظرية تحمل التبعة كأساس سليم تقوم عليه مسؤولية الكافل عن أفعال المكفول.

= أولاً أنهم راقبوا أولئك الأشخاص مراقبة تامة ثانياً أنهم يجهلون نوع المرض المخطر المصاب به الأحمق ثالثاً أن الحادث الضار جرى بسبب تقصير من أصيب به وتجري هذه القاعدة على الذين يتعهدون بموجب عقد بمعيشة أولئك الأشخاص أو بمراقبتهم".
نشر بالجريدة الرسمية عدد 885 بتاريخ 7 جمادى الأولى عام 1348 الموافق 11 أكتوبر سنة 1929، ص 2244 و 2245.

¹ تجدر الإشارة إلى أن هذا الإشكال وإشكاليات أخرى كانت الدافع لنا في اختيار مناقشة هذا الموضوع ضمن مذكرة نهاية الدراسة قصد نيل الماستر في العلوم القانونية -اختيار القانون المدني- بعنوان "أساس المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال المكفول" تحت إشراف الأستاذ أحمد ادريوش بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -أكادال- بالرباط. السنة الجامعية 2009-2010.

المبحث الأول: تنزيل الكافل منزلة الأبوين

بداية سنحاول تبيان الدوافع والأسباب التي جعلتنا نستبعد قواعد مسؤولية كل من المخدمين وأرباب الحرف (المطلب الأول)، لنخصص المطلب الثاني لبيان مظاهر تنزيل المشرع الكافل منزلة الأبوين.

المطلب الأول: استبعاد القواعد المتعلقة بمسؤولية المخدمين وأرباب الحرف من التطبيق على مسؤولية الكافل

ان استبعادنا للقواعد المتعلقة بمسؤولية المخدمين وأرباب الحرف من التطبيق على مسؤولية الكافل يجد سنده في سببين رئيسيين وهما:

السبب الأول: اختلاف أساس العلاقة الرابطة بينهما المتمثل بالأساس في رابطة تعلم الحرفة أو رابطة عمل في حين أن علاقة الكافل بالمكفول تتجاوز ما هو حرفي أو عملي إلى ما هو إنساني محض تجتمع فيه كافة الأدوار لتناط بالكافل لكي يسهر على تحقيقها من أجل إدماج المكفول في حياة أسرية هادئة يكون الكافل فيها أب والمكفول ابنا بهدف إعادة الاستقرار الذاتي والنفسي له.

السبب الثاني: فيتمثل بالأساس في اختلاف الظرفية الزمنية لقيام المسؤولية، حيث حصرها المشرع في فترة تعلم الحرفة أو الصنعة بالنسبة لمسؤولية أرباب الحرف، وفي فترة عمل التابع أثناء مزاولة المهام المسندة اليه من طرف رب العمل (المتبوع). في حين نجد مسؤولية الكافل هي أقرب للدوام منها هي مؤقتة طالما أن الالتزامات و الآثار التي رتبها المشرع عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة لن يتأتى للكافل القيام بها والسهر على حسن تطبيقها، إلا بإقامة المكفول الدائمة معه ومراقبته اليومية لنشاطاته، ولعل أهم التزام يؤكد ذلك حضانة المكفول التي يتحمل بها الكافل ويخضع في تطبيقها للمقتضيات القانونية الواردة بمدونة الأسرة (م 22 قانون الكفالة). بحيث تم التأكيد على أن المحضون لا يبيت إلا عند

حاضنته (م 169 مدونة الأسرة). وهكذا فالأمر هنا يتعلق بالمساكنة التي تعتبر أكبر شمولية من أن تحصر أو ترتبط بفترة زمنية معينة.

صحيح أن مسؤولية الكافل ليست بدائمة ومطلقة، وإنما هي تقف عندما تبدأ مسؤولية أحد الأشخاص الذين أقرهم القانون على المكفول، كأن تبدأ مسؤولية المعلم أثناء دخول المكفول للمدرسة، إلا أنها لا تدوم إلا فترة وجوده داخل المدرسة وتحت مراقبة معلمه، وبمجرد خروجه من المدرسة تعود من جديد المسؤولية للكافل.

المطلب الثاني: مظاهر تنزيل المشرع الكافل منزلة الأبوين

عرف المشرع المغربي كفالة الطفل المهمل بالمادة 2 من قانون الكفالة بما يلي: "كفالة طفل مهمل هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده"¹.

ويمضي المشرع تأكيداً على ذلك بالمادة 22 عند تعداد له لآثار الأمر المتعلقة بإسناد الكفالة، حيث جاءت جل فقراتها لتؤكد تحمل الكافل (شخصاً طبيعياً كان أم معنوياً) تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانته ورعايته طبقاً للمقتضيات القانونية الواردة بمدونة الأسرة المتعلقة بحضانة ونفقة الأولاد.

ولعل ما يزكي ما سبق جعل المشرع الكافل نائباً شرعياً عن المكفول وتحمله بكل التزامات النيابة الشرعية، إذ أنه بعدما تم التنصيص بالفقرة الثانية من

¹ وهو تعريف يشبه إلى حد ما تعريف المشرع الجزائري للكفالة بالمادة 116 من قانون الأسرة الجزائري التي ورد فيها: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابه وتتم بعقد شرعي". نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 24 السنة الواحدة والعشرون بتاريخ الثلاثاء 12 رمضان عام 1404 هـ الموافق 12 يونيو سنة 1984 م.

مصدر النص موقع الأمانة العامة للحكومة الجزائرية: www.joradp.dz
تاريخ الولوج 12 دجنبر 2009 على الساعة الرابعة وأربعون دقيقة مساءً (16.40h).

المادة 7 على أن القاضي المكلف بشؤون القاصرين يمارس الولاية على الأطفال المهملين طبقا لأحكام النيابة الشرعية والنيابة القانونية المنصوص عليها بمدونة الأسرة وفي قانون المسطرة المدنية، جاء النص على مستجد مهم بالفقرة الثانية من المادة 17 يؤكد على أن "ينص الأمر (أمر إسناد الكفالة) على تعيين الكافل مقدما عن المكفول".

وبالتالي فإن الكافل وحسب المواد 229 و230 و231 من مدونة الأسرة¹ يعتبر نائبا شرعيا على المكفول وله حسب المادة 233 من المدونة الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني، وفي حالة كون المكفول فاقد العقل تستمر الولاية عليه إلى أن يرفع الحجر عنه بحكم قضائي. لم يقتصر المشرع المغربي بتحميل الكافل ببعض الالتزامات الأبوية بل منحه أيضا عدة امتيازات أبوية الهدف منها بطبيعة الحال رفع حس المسؤولية لدى الكافل وتوطيد علاقته بالمكفول من أجل تنزيل الكافل منزلة الأب. ومن أهم تلك الامتيازات استفادة الكافل من التعويضات العائلية حيث جاء النص عليها بالفقرة الرابعة من المادة 22 من قانون الكفالة التي ورد فيها:

"يترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة ما يلي:

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

¹ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 من ذي الحجة 1424 الموافق 5 فبراير 2004، ابتداء من الصفحة 418.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المقتضى يعتبر من بين أهم المستجدات التي أقرها قانون 15.01 لسنة 2002، حيث لم تكن ضمن مقتضيات الظهير المعتبر بمثابة قانون لسنة 1993 المتعلق بالأطفال المهملين الملقى. مما يؤكد عزم مشرع قانون الكفالة الجديد لسنة 2002 على المضي قدما من أجل الرفع من مستوى رابطة الكفالة التي تجمع الكافل بالمكفول لتصل مستوى العلاقة الأبوية. وإذا كان المشرع سيرا على نهج ديننا الإسلامي الحنيف قد منع التوارث بين الكافل والمكفول بمقتضى المادة 2 من قانون الكفالة¹، فإنه بالمقابل نص على مستجدات مهمة ضمن قانون الكفالة تعوض إلى حد ما دور الإرث، وتعزز الرابطة بين أطراف العلاقة وتمنح ضمانات أكثر حمائية للطفل المكفول، حيث تنص المادة 23 على أنه "إذا ارتأى الكافل جعل المكفول يستفيد من هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة، يسهر القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع ضمن دائرة نفوذه محل إقامة الطفل المكفول على إعداد العقد اللازم لذلك وعلى حماية حقوق المكفول".

يستفاد من نص المادة على أن المشرع أعطى إمكانية للكافل إذا ما ارتأى التبرع على مكفوله، وحصرها في أربعة أشكال يمكن تقسيمها لصنفين: الأول يقبل التنفيذ في حياة الكافل ويتمثل في الهبة والصدقة، والثاني تبرع مضاف إلى ما بعد وفاة الكافل ويتمثل في الوصية والتنزيل. إضافة إلى الامتيازات الوارد تعدادها بقانون الكفالة نجد أيضا مستجد مهم يتمثل في اعتبار الكفالة مصدرا لنقل الجنسية من الكافل إلى المكفول، وهو

¹ التي تنص على أنه: "كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون، هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث".

مقتضى أقره القانون رقم 62.06¹ المعدل لظهير 6 شتنبر 1958² المنظم للجنسية المغربية.

حيث جاء النص في الفقرة الرابعة من الفصل 9 على أنه:

"ثانيا- اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة:

يمكن للشخص المغربي الجنسية الذي يتولى كفالة مولود ولد خارج المغرب من أبوين مجهولين مدة تزيد عن خمس سنوات، أن يقدم تصريحاً لمنح المكفول الجنسية المغربية، ما لم يعارض في ذلك وزير العدل طبقاً للفصلين 26 و27 من هذا القانون".

وبهذا ينضاف امتياز آخر للكافل يمكنه بمقتضاه طلب منح المكفول الجنسية المغربية، وبالتبعية اكتسابه صفة وطني بدل أجنبي، ناهيك عن ما يستتبع ذلك من آثار يتحمل في إطارها المكفول بعدة واجبات ويتمتع معها بسائر الحقوق الاجتماعية والمدنية وكذا السياسية التي ينفرد بها الوطني دون الأجنبي. وتأسيساً على التحليل السابق، يتضح لنا جلياً بأن المشرع قد أنزل الكافل منزلة الأب في عدة واجبات، ناهيك عن منحه مجموعة من الامتيازات تعتبر من خاصيات الآباء تجاه أبنائهم.

وتبعاً لذلك نرى من المستحسن حصر الإحالة العامة على الفصل 85 من ظ ل ع في حالة مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين للاعتبارات السابقة، إضافة لعدم انسجام أساس العلاقة الرابطة بين الكافل والمكفول مع باقي حالات المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير المنظمة في نفس الفصل.

¹ نشر بالجريدة الرسمية عدد 5513 الصادرة بتاريخ 13 ربيع الأول لعام 1428 الموافق 2 أبريل سنة 2007، ص 1116 وما بعدها.

² الجريدة الرسمية عدد 2395 الصادرة بتاريخ 4 ربيع الأول عام 1378 الموافق 19 شتنبر سنة 1958، ص 2190 وما بعدها.

المبحث الثاني: تعمل الكافل تبعة علاقة التكفل

سنحاول في المطلب الأول تحديد مفهوم تحمل التبعة، لنعرج بالمطلب

الثاني لتحديد شروط قيام المسؤولية..

المطلب الأول: مفهوم تحمل التبعة مع التزام الكافل برعاية ورقابة المكفول

الفقرة الأولى: مفهوم تحمل التبعة

تجدر الإشارة في البداية إلى أنه تعددت النظريات الفقهية التي قيل بها

بخصوص أساس مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين التي اخترنا تكييف

مسؤولية الكافل عن خطأ مكفوله داخل إطارها، بداية مع فكرة الخطأ الشخصي

الصادر عن الأبوين والمتمثل في التقصير في الرقابة وإساءة التربية، ومرورا بفكرة

افتراض الخطأ تم فكرة الضمان¹، لنصل إلى نظرية تحمل التبعة على يد الفقيه

الفرنسي جوسران² معتبرا إياها الأساس المتين لمسؤولية الأبوين، ومفادها أن

¹ من أجل أخذ فكرة حول مضمون هاته النظريات الفقهية والانتقادات التي طالتها، أنظر:
- د.احمد الخلميبي، "المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين"، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق-أكادال-الرباط، 1974. وقد تم نشر الطبعة الأولى سنة 1402-1982، مكتبة المعارف بالرباط، ص 34.

- د.مأمون الكزبري، "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، الجزء الأول: مصادر الالتزامات، لم تتم الإشارة إلى تاريخ الطبعة ولا عددها، ص 433.

- مذكرتنا السابقة الذكر لنيل الماستر في العلوم القانونية، صفحة 40 وما بعدها.
- "Obligations: Droit civil:" Boris STARCK - Librairies Techniques, Paris, 1972, p 260, N 728.

² مع العلم بأن العلامة لاييه *abbé* يعتبر أول من نادى بفكرة تحمل التبعة عام 1890 كبديل لفكرة الخطأ التي ثبت له عدم كفايتها كأساس للمسؤولية المدنية، إلا أن عمله بها حصره في نطاق المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء.

تم تبعه في ذلك العلامة سالي *saleilles* بقوله: أولا أن المادة 1382 لا تجعل من الخطأ أساسا ضروريا للمسؤولية المدنية، لأنها ترتب المسؤولية على أي فعل *tout fait quelconque* يحدث ضرر للغير، وهي على الأقل لا تقصد بالخطأ سوى مجرد التسبب في الأضرار بالغير وأنها ليست إلا تطبيقا لقاعدة العدالة التي تقضي بأن يكون لكل امرئ ثمره عمله *a chacun selon son fait*.

ثم تحول عن المادة 1382 المذكورة إلى المادة 1384 فقرة أولى بعد اكتشاف (لأبيه) إياها، واستناد محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها إليها، ورأى في هذه المادة الأخيرة تقريرا لمبدأ تحمل التبعة في صورته المطلقة التي قال بها (لأبيه)، واعتبر ذلك نزولا على مقتضيات العدالة ورتب عليه الاستغناء عن مطالبة المصاب بإثبات خطأ الفاعل، والاكتفاء منه بإثبات الضرر الذي أصابه ورابطة السببية بين هذا الضرر وفعل الفاعل.

أنظر في تفصيل ذلك: ذ.زهدي يكن "المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة"، الطبعة الأولى دون ذكر السنة، منشورات المكتبة العصرية صيدا-بيروت، ص 251 وما بعدها.

خطأ القاصر دليل على تقصير الآباء مما يستوجب معه تحملهم تبعات نقصان تربيته لأبنائهم¹.

وتأسيسا على ما سبق حاولنا وضع مسؤولية الكافل ضمن الإطار الأكثر ملاءمة لوضعيته كمتكفل بطفل، تجمع بينهما علاقة كفالة بمقتضاها يتحمل بعدة التزامات ويتمتع بمجموعة من الامتيازات خدمة للرابطة التي تجمعها بالطفل المكفول.

إذ لا جدال في أنه لا يجبر شخص على التكفل بطفل مهمل ولا يملك أحد قط الحق والسلطة على إرغامه على ذلك. وإنما لكل من له الرغبة في ذلك وتوفرت فيه الشروط المتطلبة قانونا، جاز له التقدم بطلب للقاضي المكلف بشؤون القاصرين ليقوم بدراسة ملفه ويصدر أمره قبولا أو رفضا.

وبالتالي فإنه طالما أن كفالته بالطفل المهمل المكفول تمت بمحض إرادته وبكامل حريته، وبناءا على طلبه الرامي إلى قبول تكفله بالطفل، وهو يعي كل الوعي حجم المسؤولية ومدى الالتزام الذي سيقع على عاتقه إذا ما قبل طلبه وأسندت إليه مهمة التكفل بالطفل المهمل، فإنه يتحمل تبعه علاقة التكفل التي تحوي آثارها عدة التزامات كالحضانة والنفقة ومن ضمنها مسؤوليته مدنيا عن خطأ مكفوله.

فوفقا لنظرية تحمل تبعه علاقة التكفل فإن الكافل باعتباره المقدم على المكفول وصاحب الولاية عليه والمشرف على تربيته ورعايته وحضنته والنفقة عليه، وهو الذي يسهر على مراقبته تماما مثل ما يفعل الأب مع ابنه، فإنه

¹ أنظر في تفصيل ذلك:

Louis Josserand: "Cours de Droit civil positif français ", Tome Deuxième, librairie du recueil sirey, Paris 1930, p 240 et sui

بالمقابل يتحمل تبعة الأخطاء التي يرتكبها المكفول طالما أنها لم تكن لتتق لولم يقصر الكافل في رقابته للمكفول ولم يسئ تربيته ورعايته.

الفقرة الثانية: التزام الكافل برعاية ورقابة المكفول

كفالة الطفل المهمل بمفهوم قانون الكفالة لسنة 2002 هي: "الالتزام

برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده.."
(المادة 2).

ويترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة ما يلي:

"- تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو الجمعية أو المنظمة المعنية تنفيذ

الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانه ورعايته وضمن
تنشئته في جو سليم.."
(المادة 22).

كما أكد المشرع بالمادة 9 على ضرورة توفر المؤسسات و الهيئات التي
يمكن أن تسند إليها كفالة الأطفال المهملين على "الوسائل المادية والموارد
والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهم وتنشئتهم تنشئة
إسلامية".

وهكذا يتبين إصرار المشرع على إلزام الكافل بواجب الرعاية تجاه المكفول
في عدة نصوص تأكيداً لحجم المسؤولية وتوطيدا للدور المنوط به، حتى يسهر
على حسن تطبيقه.

ومصطلح الرعاية يخفي في طياته عدة واجبات ومجموعة من المهام
يتوجب على الراعي العمل على تنفيذها تجاه رعيته، بحيث أن الأمر لا يقف
عند حدود مهمة معينة بالذات، وإنما يتعلق بسلسلة من المهام والتدابير ترتبط
بعضها ببعض لتكون ما يصطلح بالالتزام الرعاية.

ومن وجهة نظرنا نعتبر الالتزام بالرعاية الالتزام الرئيسي التي تتفرع عنه باقي الالتزامات كالنفقة والحضانة والتربية والحماية، لأنها مكونات تجب على الكافل تجاه المكفول لا شيء وإنما لكونه الراعي الرئيسي والمشرف المباشر والوحيد على حياته.

والرعاية بذلك لا يمكن حصر مكوناتها ولا تحديد عناصرها، وإنما هي تشمل مجموعة من الوقائع والأحداث ناتجة عن عدة تصرفات تختلف باختلاف المكان والزمان وكذا الأطراف، تؤثر بالقليل أو الكثير في شخصية الطفل المكفول.

وبالموازاة مع كل ما سبق يتوجب على الكافل مراقبة المكفول في كل تصرفاته داخل وخارج المنزل، مع أفراد الأسرة وأيضا مع الغير. لأنه لا يكفي العطاء دائما وإنما النجاح يبقى رهينا بالمتابعة حتى إذا ما ظهرت مطبات يسهل إصلاحها وتقويمها.

ولا نعني من ذلك الرقابة المادية التي تستلزم على الكافل مصاحبة المكفول ليلا نهارا أينما رحل وارتحل، وإنما هي الرقابة المعنوية اليومية التي تدخل ضمن مكونات الرعاية التي تفرض على الكافل تتبع وضعية المكفول ومراقبة تصرفاته داخل أسرته ومع الغير، ودراسة طبيعة أنشطته ومستوى تعلمه، وكذا علاقته بأصدقائه وكيفية تعامله معهم، والأهم من ذلك الوقوف على الدوام على نفسيته للتعرف على رغباته وميوله وكل ما يقلق راحته.

لا شك أن قصدنا مما سبق لا يعني بتاتا أن يترك الكافل عمله اليومي مصدر قوته وعيش أسرته لأجل ملازمة المكفول منذ استفاقاته وطوال أنشطته اليومية داخل وخارج المنزل إلى حين نومه، وإنما المراد من ذلك رفع حس المسؤولية عند الكافل ليقوم مقام الأب للمكفول، ويسهر على حسن تربيته

وخلق الجو الملائم لعيشه، حتى يطمئن المكفول لوسطه الذي يترعرع داخله، وينسجم مع مكوناته، متجاوزا كل ما قد تتركه حالة الإهمال من أثر سلبي على نفسيته، وليس ذلك بالسهل وإنما هو دور أنيط للراعي تجاه رعيته ووظيفة اجتماعية شريفة ونبيلة تجب ممارستها بكل أمانة وصدق وحرص وحسن نية تحقيقا للتكافل الأسري وبالتبعية التضامن الاجتماعي.

المطلب الثاني: شروط تعمل التبعة

من البديهي أن مساءلة الكافل مدنيا عن خطأ مكفوله استنادا إلى علاقة التكفل وما تنتجه من التزامات على عاتق الكافل لن يتم بشكل مطلق، وإنما يتوقف الأمر على شروط يجب توفرها نص عليها بالفصل 85 من ق ل ع، منها ما هو عام يجب توفره كيفما كانت وضعية المكفول (الفقرة الأولى)، ومنها ما هو خاص يقتصر على وضع معين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشروط العامة

وهي الشروط الضرورية الواجبة التحقق فيها كانت وضعية المكفول العمرية والصحية، وهي ثلاث كالاتي:

أولا: وجود علاقة تكفل

من الطبيعي قبل مساءلة أي شخص بصفته كافلا لطفل مهمل، يجب التأكد من وجود علاقة تكفل تجمع بينهما أساسها حسب المادة 17 من قانون الكفالة أمرا صادرا عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإسناد كفالة الطفل المهمل للكافل، وبهذا تثبت العلاقة بين الكافل والمكفول.

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو بخصوص وضعية الطفل المهمل الذي تم إيداعه مؤقتا بإحدى المؤسسات أو المراكز المذكورة في المادة 8 ريثما تنتهي مسطرة البحث ويبت في طلبات التكفل بشكل نهائي، حيث أعطت

كل من المادة 4 والمادة 8 لوكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل أو مكان العثور عليه، الحق في إيداعه مؤقتاً بإحدى هذه المؤسسات.

ففي هذه الحالة يكون المضرور أمام اختيارين:

- الأول متابعة القاضي المكلف بشؤون القاصرين بصفته صاحب الولاية على الأطفال المهملين حسب المادة 7 من قانون الكفالة، وهو أمراً وإن كان سهل التنظير، إلا أنه يبقى صعب التطبيق.

- أما الثاني فهو متابعة المؤسسة أو المركز أو الأسرة أو المرأة التي أودع عندها الطفل المهمل مؤقتاً لكونها هي النائبة الشرعية عليه خلال تلك الفترة، استناداً إلى منطوق المادة 232 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: "في حالة وجود قاصر تحت الرعاية الفعلية لشخص أو مؤسسة، يعتبر الشخص أو المؤسسة نائباً شرعياً للقاصر في شؤونه الشخصية ريثما يعين له القاضي مقدماً".

وعليه فإن إثبات وجود علاقة تكفل في هذه الحالة الأخير يتم بناءً على محضر تحرره الشرطة القضائية بهذا الإيداع المؤقت وتحيله على النيابة العامة.

ثانياً: الفعل الضار

يعد الفعل الضار من بين الشروط الضرورية كذلك لقيام المسؤولية المدنية تقصيرية كانت أم عقدية، ويتكون من عنصرين أساسيين هما الخطأ ثم الضرر¹:

أ- الضرر: وهو كما عرفه المشرع "الخسارة التي لحقت المدعي فعلاً والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل

¹ وهما عنصرين واجب تحققهما معاً، بخلاف الأمر في المسؤولية الجنائية فيمكن تصور قيام هذه الأخيرة على أساس الخطأ وحده دون حاجة لتحقيق الضرر.

الذي ارتكب إضرارا به، وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لتنتائج هذا الفعل..” (الفصل 98 من ق ل ع).

غير أن الملاحظ على تعريف المشرع هو اقتصره على ذكر الضرر المادي دون الضرر المعنوي، في حين درج الفقه على تقسيم الضرر إلى مادي ومعنوي. فأما الضرر المادي فهو الذي يصيب الإنسان في ذمته المالية كأن يتلف شخص متاعا أو مزروعات لآخر أو يلحق عيبا بمنقول أو عقار لغيره، وإما في جسمه كجروح و رضوض يسببها سائق سيارة لأحد المارة¹، غير أنه لكي يصلح أساسا للتعويض لا بد من توافره على شرطين:

1- يجب أن يصيب الضرر حقا أو مصلحة مالية للمضرور،

2- ويجب أن يكون الضرر محققا.

أما الضرر المعنوي فهو الأذى الذي يلحق الشخص في شعوره أو عاطفته أو كرامته وشرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها². وبالرغم من أن المشرع لم يشر إلى هذا النوع من الضرر أثناء تعريفه للضرر بالفصل 98 من ق ل ع، إلا أن ذلك لا يمنع من الرجوع لبعض النصوص العامة الأخرى لاستكمال هذا النقص من قبيل الفصلين 77 و 78 من ق ل ع، حيث ينص الأول على أن: “كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن

¹ وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ العرعاري يؤكد على أن الضرر الجسدي ينطبق عليه وصف الضررين المادي والمعنوي معا.

أنظر تفصيل ذلك في مؤلفه حول “مصادر الالتزامات”، الكتاب الثاني: المسؤولية المدنية، الطبعة الثانية 2005، توزيع دار الأمان بالرباط، ص 99.

² د. عبد الرزاق السنهوري: “الوسيط في شرح القانون المدني”، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام-، طبعة 2004، منشأة المعارف-الإسكندرية. تنقيح المستشار أحمد مدحت المرابي، ص 714.

يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

و ينص الفصل 78 على أن "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر..".

وعليه فإن كل شخص أصابه أذى جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له نتيجة خطأ صادر عن مكفول يحق له الرجوع على الكافل و مطالبته بالتعويض وفق قواعد المسؤولية التقصيرية، إلا أن ذلك يتوقف على أن يكون الخطأ صادراً فعلاً من الطفل المكفول، وهو ما سنعالجه في النقطة الموالية. ب- خطأ المكفول: لا يكفي لقيام مسؤولية الكافل تحقق ضرر للغير، وإنما لا بد من صدور عمل غير مشروع من المكفول كان هو السبب في إلحاق الأذى بالمضروب، وأن تقوم بينهما علاقة سببية يكون في إطارها عمل المكفول غير المشروع سبباً رئيسياً لما لحق المضروب من أذى.

والخطأ في إطار المسؤولية التقصيرية عرفه المشرع بأنه: "ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر"¹.

أما الفقه فقد مثله بالأساس في إخلال الشخص (المكفول) بالتزام قانوني مع إدراكه بهذا الإخلال.²

¹ الفقرة الثالثة من الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود.

² د. مأمون الكزبري، م. س، ص 374.

وعليه يتضح بأن للخطأ ركنين لا بد من اجتماعهما لاكتمال بنية الخطأ، الأول ركن مادي وهو التعدي، والثاني ركن معنوي وهو الإدراك أو التمييز. أ- التعدي: وهو الفعل الذي ينطوي على إخلال بالتزام قانوني كيفما كانت صورته، سواء اتخذ شكل مخالفة نص قانوني، أو جاء في صورة مخالفة التزامات قانونية غير محددة في نصوص، أو كان نتيجة ممارسة الحق ممارسة تعسفية.

ب- الإدراك أو التمييز: لقيام الخطأ وجب إضافة إلى فعل التعدي أن يكون من ارتكبه مدركا ومميزا لعمله غير المشروع، بحيث يكون على بينة من أن عمله يلحق ضرا بالغير.

ثالثا: المساكنة

نص المشرع بالفقرة الثانية من الفصل 85 ق ل ع على أن "الأب وكذلك الأم بعد وفاة زوجها هما المستولان عن الضرر الذي يسببه أولادهم القاصرون الساكنون معهم".

وبهذا تنضاف المساكنة لباقي الشروط الواجب تحققها قصد مساءلة الكافل عن خطأ مكفوله، ومعنى ذلك أن يكون المكفول ذا إقامة اعتيادية ورسمية مع كافله ويجمعهما مسكن واحد.

غير أن الأمر وإن كان يبدو بتلك السهولة، فإن الفقه، خاصة الفرنسي منه، قد انقسم في تحديده لمعنى وطبيعة المساكنة المقصودة من نص المادة 1384 مدني فرنسي المصدر الأصلي للفصل 85 ق ل ع المغربي، وجاءت رؤيته وفق تصورين:

الأول يقول إن القصد بالمساكنة وجود القاصر تحت رقابة الأبوين وكنفهما وأنهما لا يعفيان من المسؤولية إلا إذا انتقلت إلى غيرهما من الأشخاص

المسؤولين عن الغير والمنصوص عليهم في المادة 1384 وهم المتبوع والصانع والمعلم، ويبدو أن الأستاذ الكزبري يوافق هذا الرأي¹.

أما الرأي الثاني: فيعتبر السكنى بمعناها الحقيقي أي الإقامة العادية مع الأبوين في منزل واحد أو في مكان لا يتعذر عليهما مراقبته فيه، وإذا انعدمت المساكنة بهذا المعنى أعفي الأبوان من المسؤولية².

ويشترط للإعفاء من المسؤولية أن يكون انقطاع السكنى بسبب قانوني وأن يتعذر على الأبوين مراقبة القاصر المنفصل عنهما في السكن.

وتأسيساً على ما سبق، وبما أن الكافل هو مستحق حضانة المكفول طبقاً للمادة 22 من قانون الكفالة، فإن سكنى المكفول هي سكنى الكافل الحاضن، ولا تنقطع إلا بأحد الأسباب القانونية كما لو صدر أمر قضائي بإلغاء الكفالة في حالات إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة، ففي هذه الحالة تنتهي الكفالة وتنتفي معها مسؤولية الكافل.

أما بخصوص الشرط الثاني الذي استوجبه الفقه للإعفاء من المسؤولية والمتمثل في تعذر مراقبة الكافل للمكفول فهو في نظرنا غير ذي أهمية ولا حاجة لتفعيل العمل به ويكفي تحقق شرط انقطاع السكنى لسبب قانوني.

¹ حيث يقول: "لا تترتب مسؤولية الأب أو الأم على ابنيهما القاصر إلا إذا كان يعيش في كنفهما ويوجد تحت رعايتهما، وهذا ما أرادته المشرع عندما حصر في المادة 85 مسؤولية الأبوين في الضرر الذي يحدثه القاصر المقيم معهما. فليس المقصود هنا بالإقامة مع الوالدين السكنى معهما، فالأب والأم يسألان عن الضرر الذي يحدثه ابنيهما حتى لو كانا طرداه من المسكن أو لو كان الابن قد فر منه. بل إن ما قصده المشرع هو أن يكون القاصر في كنفهما وتحت رعايتهما لا تحت رقابة شخص آخر كمعلم مدرسة أو رب حرفة. فالقاصر إذا ذهب إلى المدرسة انتقلت رعايته إلى معلمه، وإذا ذهب إلى حيث يتعلم حرفة انتقلت الرقابة إلى رب الحرفة." د. مأمون الكزبري، م س، ص ص 446 و 447.

² د. أحمد الخمليشي، م س، ص ص 178 و 179.

غير أنه قد تصادف حالة انفصال الزوجية بين الزوجين المسلمين الكافلين، وأمام هذه الوضعية يطرح التساؤل حول حضانة الكافل وبالتبعية سكنه القانوني؟

ففي مثل هذه الوضعية أعطى المشرع للقاضي المكلف بشؤون القاصرين الحق في أن يصدر بناء على طلب من الزوج أو الزوجة أو من النيابة العامة أو تلقائياً أمراً إما باستمرار الكفالة لأحد الزوجين، وفي هذه الحالة تظل سكني المكفول مع كافله سواء أكان الزوج أو الزوجة طالما أنه هو الحاضن له.

غير أن الإشكال الذي يطرح نفسه هنا هو في حالة ما إذا أبدى كلا الطرفين رغبتهما في الاستمرار بالتكفل بالطفل، يعمل حينها القاضي المكلف بشؤون القاصرين على إسناد الكفالة آخذاً بعين الاعتبار مصلحة الطفل الفضلى، استناداً إلى الإحالة التي صاحبت منطوق نص المادة 26 من قانون الكفالة على مقتضيات الفصل 102 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة¹، الذي عوض بالمادة 166 من مدونة الأسرة التي ورد فيها: "تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء".

بعد انتهاء العلاقة الزوجية، يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشرة سنة، أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه.

¹ الذي ينص على أنه: "تمتد الحضانة حتى يبلغ الذكر 12 سنة، والأنثى 15 سنة، ويخير المحضون بعد ذلك في الإقامة مع من يشاء من أبيه أو أمه أو غيرهما من أقاربه المنصوص عليهم في الفصل 99". (ظهير شريف معتبر بمثابة قانون رقم 1-93-347 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 الموافق 10 سبتمبر 1993 بتغيير وتتميم بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية).
نشر في الجريدة الرسمية عدد 4222 بتاريخ 12 ربيع الآخر عام 1414 الموافق 29 سبتمبر سنة 1993.

في حالة عدم وجودهما، يمكنه اختيار أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171 بعده، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مصلحته، وأن يوافق نائبه الشرعي.

وفي حالة عدم الموافقة، يرفع الأمر إلى القاضي لبيت وفق مصلحة القاصر".

أما في حالة تخلي كلا الزوجين عن الكفالة فإن القاضي يعمل على اتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات والتي غالباً ما تنطوي على وضع الكافل لدى مؤسسة أو مركز مؤهل لرعاية الأطفال مؤقتاً، وبالتبعية تنقطع المساكنة وتنتفي مسؤولية الكافل الأول لتحل محلها مسؤولية المركز أو المؤسسة المتكفلة بالطفل المهمل مؤقتاً.

الفقرة الثانية: الشروط الخاصة

وتتعلق هذه الشروط بإدراك المكفول وقدرته على التمييز إما بسبب سنه (أولاً)، أو حالته العقلية (ثانياً).

إلا أنه قبل ذلك نود الإشارة إلى أهمية التمييز بين مسؤولية الكافل عن المكفول السليم عقلياً والمكفول المريض عقلياً.

لا شك أن كلا الوضعين نظمه المشرع في إطار الفصل 85 من ق ل ع، إلا أننا تطرقنا لكل حالة على حده لعدة أسباب نجمالها في ثلاث أساسية وهي:
أ- إن مسؤولية الكافل مدنياً عن فعل مكفوله السليم عقلياً تنتهي ببلوغ هذا الأخير سن الرشد القانوني، خلافاً للمسؤولية عن فعل المكفول المجنون أو المختل عقلياً التي تبقى قائمة طالما بقيت حالته تلك ولم تتحسن أحواله العقلية.

ب- إذا كان المشرع قد منح للكافل دفع مسؤوليته عن فعل مكفوله المجنون أو المختل عقليا بعدة طرق¹ تعتبر إلى حد ما أكثر قابلية للإثبات، فإنه بالمقابل نجد الفقه قد تشدد نوعا ما في تعامله مع المسؤولية عن القاصر حيث اشترط لدفعها إثبات المسؤول (الكافل) إعطاءه التربية الحسنة للقاصر (المكفول)، إضافة إلى إثبات القيام بواجب الرقابة أو بأن الحادث يرجع إلى سبب أجنبي².

ج- إذا كانت مساكنة الكافل للمكفول شرطا ضروريا في كلتا المسؤوليتين، فإنها تختلف من حيث طبيعتها، لأنه إذا كانت السكنى القانونية هي المعتبرة في إطار المسؤولية عن القاصر، فإن المسؤولية عن المجنون أو المختل عقليا تعتمد بالسكنى المادية طالما أن هذا الأخير هو في حاجة دائمة لمن يراقب تصرفاته وأفعاله.

أولا: القصر

طبقا لمنطوق الفقرة الثانية من الفصل 85 من ق ل ع، فإن مسؤولية الكافل لا تقوم إلا إذا كان المكفول قاصرا، أي لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني المتمثل في 18 سنة شمسية كاملة وفقا للمادة 209 من مدونة الأسرة. ويعتبر المقتضى الأخير من بين المستجدات التي أقرتها المدونة، وبذلك انعقد التوافق بين سن الرشد والسن الذي يعتبر في إطاره المهمل طفلا (م1 من

¹ عددها الفصل 85 من ق ل ع بالقول: "وتلزمهم هذه المسؤولية ما لم يثبتوا:

1- أنهم باشروا كل الرقابة الضرورية على هؤلاء الأشخاص؛

2- أو أنهم كانوا يجهلون خطورة مرض المجنون؛

3- أو أن الحادثة قد وقعت بخطأ المتضرر".

² د. أحمد الخمليشي، م س، ص 171.

قانون الكفالة) وأيضا السن التي تنتهي الكفالة ببلوغها (م 25 من قانون الكفالة)¹.

وعليه فإن حراسة الكافل للمكفول القاصر تنتهي ببلوغ هذا الأخير سن الرشد القانوني، إلا إذا تم ترشيده قبل هذه السن. إذ كما هو معلوم وفق المادة 218 من مدونة الأسرة التي جاء في فقرتها الثالثة: "إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده." ويمكن أن يتم ذلك أيضا طبقا للفقرة الرابعة من نفس المادة من طرف النائب الشرعي الذي له "أن يطلب من المحكمة ترشيده القاصر الذي بلغ السن المذكور أعلاه، إذا أنس منه الرشد".

وعليه يطرح السؤال هنا حول وضعية مسؤولية الكافل عن فعل مكفوله الذي تم ترشيده. هل يوضع هذا الإجراء حدا لها، أم أن الكافل يظل مسؤولا مدنيا عن خطأ مكفوله إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني؟ بما أن الكافل حسب الفقرة الثانية من المادة 17 من قانون الكفالة يعتبر مقدما على المكفول، ولما كانت من بين أسباب انتهاء مهمة المقدم حسب المادة 258 من مدونة الأسرة: "1..

2 ببلوغ المحجور سن الرشد.."

فإنه من الطبيعي عدم مساءلة الكافل مدنيا عن فعل المكفول الذي تم ترشيده، وبالتالي يكون هذا الأخير مسؤولا شخصيا عن فعله الذي أضر بغيره، خاصة وأنه حسب المادة 218 "لا يمكن ترشيده من ذكر (القاصر الذي بلغ السادسة عشرة من عمره) إلا إذا تبث للمحكمة رشده بعد اتخاذ الإجراءات

¹ غير انه تجدر الإشارة إلى أن الكفالة حسب المادة 25 تنهي ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني، ولا يسري هذا المقتضى على البنت غير المتزوجة ولا على الولد المعاق أو العاجز عن الكسب.

الشرعية اللازمة"، مما يعني أن الكافل هو في وضعية قانونية تمنحه أحقية التحلل من المسؤولية عن كافة أفعال المكفول المرشد المضرة بالغير.

ثانياً: المرض العقلي

انطلاقاً من محتوى الفصل 85 من ق ل ع فإن مسؤولية الأبوين عن فعل غيرهم ممن هم في عهدهم يمكن أن تتخذ صورتين:

الأولى مسؤوليتهما عن فعل أبنائهما القاصرين الساكنين معهما؛

والحالة الثانية يسألان في إطارها عن الأضرار التي يحدثها المجانين وغيرهم من مختلي العقل إذا كانوا ساكنين معهم ولو كانوا بالغين سن الرشد¹. وعليه وبالتبعية فإن الكافل يمكن أن يسأل مدنياً عن فعل مكفوله سواء أكان سليماً عقلياً أو كان مختلاً عقلياً، طالما أن الفعل المرتكب صادر عن هذا الأخير وهو السبب في أذى المضرور. وسند ذلك بالدرجة الأولى يعود إلى واجب الرقابة المفروض على من يتولى هؤلاء المرضى طالما أن وضعيتهم تحتم مراقبتهم على الدوام للحيلولة دون إذائهم لغيرهم.

¹ وإن كان هناك اتجاه يدافع عن إقرار المسؤولية المدنية للمريض العقلي وقيمتها على فكرة الخطأ الاجتماعي، بدعوى أن ذلك سيساهم بشكل كبير في إعادة إدماجه. أما تطبيق قاعدة عدم المسؤولية فيرى بأنه لا يساهم إلا في تهميش المريض عقلياً اجتماعياً والتقليل من فرص شفائه. أنظر للتفصيل في ذلك:

Abdelaziz Elhila, "Le problème de l'irresponsabilité civile du malade mental", Mémoire pour le diplôme d'études supérieures en sciences juridiques, université Mohammed 5 – faculté des sciences juridiques économiques et sociales- RABAT, Année 1985-1986.

أنظر على الخصوص عرض لمختلف النظريات التي قيل بها بخصوص مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين ابتداءً من الصفحة 176، وكذا مسؤوليتهما عن أطفالهما المرضى عقلياً ص ص 226 و227. ولأخذ فكرة موجزة عن طرح الأستاذ الحيلة في رسالته أنظر: د. أحمد ادريوش "قراءة في رسالة د. عبد العزيز الحيلة" - مشكلة عدم مسؤولية المريض العقلي مدنياً - مقال منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 23 لسنة 1990، ابتداءً من الصفحة 53.

وإذا كانت المسؤولية عن المكفول السليم عقليا تنتهي ببلوغه سن الرشد، فإن المسؤولية عن المكفول المريض عقليا لا علاقة لها بسن المكفول وإنما تدوم طالما المكفول فاقدًا للإدراك والتمييز، وبالتالي تبقى مسؤولية الكافل عنه قائمة إلى أن تتحسن أحواله الصحية، وللمضروب إثبات حالة الطفل المكفول تلك بكافة وسائل الإثبات.

خاتمة:

تأسيسا على ما سبق، جاءت نتيجة دراستنا بتنزيل الكافل منزلة الأبوين، وإخضاعه لنفس المقتضيات القانونية المنظمة لمسؤوليتهما عن أبنائهما القاصرين، على أساس نظري منطقي مفاده تحمل الكافل تبعة علاقة التكفل التي التزم بها تجاه الطفل المكفول.

وعليه، وتجاوزا لكل التأويلات غير الصائبة، وزيادة في الوضوح والدقة، طالما أننا نتعامل مع مقتضيات قانونية سمتها الأساسية الشفافية، نقترح ثلاث تعديلات أساسية نتمنى أن تلقى القبول مستقبلا، وهي كالاتي:

أولا: تنميم الفقرة الأخيرة من المادة 22 وفق الصياغة التالية:

"كون الكافل مسؤولا مدنيا عن أفعال المكفول، وتطبق على هذه المسؤولية القواعد المنظمة لمسؤولية الأبوين المدنية عن أبنائهما القاصرين الواردة في الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود؛

وفي حالة كون الكافل مؤسسة عمومية تطبق عليها القواعد الواردة في الفصلين 79 أو 80 من قانون الالتزامات والعقود بحسب الأحوال"¹.

ثانيا: إصدار مرسوم تطبيقي لتنفيذ مقتضيات الفقرة الخامسة من المادة 22 على أرض الواقع، تحدد بموجبه معالم التعويضات العائلية المستحقة للكافل، بالإضافة إلى الوثائق الواجب عليه تقديمها للجهات المختصة، تسهيلا للمسطرة وتسريعا لقبض التعويضات.

ثالثا: القيام بمراجعة لبعض الإحالات على قوانين ألغيت بعد صدور بديل لها جديد، من قبيل الإحالة على مدونة الأحوال الشخصية، والحال أن الأمر أصبح يتعلق بمدونة الأسرة منذ سنة 2004. بل أكثر من ذلك وجب تعديل نصوص المواد المحال عليها مثل ما جاء في المادة 26 من قانون الكفالة بخصوص الفصل 102 من م أش الذي عوض بالمادة 166 من مدونة الأسرة.

¹ قد يطرح التساؤل في هذا الإطار عن سبب تعييننا لفصل مستقل نعالج في إطاره مسؤولية الكافل الشخص المعنوي إذا كان مؤسسة عمومية على ضوء الفصلين 79 و 80 من ق ل ع. إلا أننا حرصنا على أن نبقى لصيغتين بالإحالة التي قررها المشرع والعمل على ضوء الفصل 85 دون غيره. أما اقتراحنا فهو مجرد اقتباس لمقتضى استحسنا تقريره من قبل المشرع التونسي الذي نص في الفصل 2 من القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني على أنه: "للولي العمومي نفس الحقوق التي للولي الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات. وتكون الدولة أو البلدية أو المؤسسة العمومية حسب الحال مسؤولة مدنيا عن أعمال الأطفال المشار إليهم بالفصل السابق". الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 19 بتاريخ الجمعة 15 شعبان عام 1377 موافق 7 مارس سنة 1958.

مصدر نصوص القانون التونسي: "موقع المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية": www.iort.gov.tn
تاريخ الولوج 12 دجنبر 2009 على الساعة الرابعة مساء (16h).

هذا بالإضافة إلى أننا نرى بأن وضعية الشخص المعنوي لا تطرح العديد من الإشكالات داخل نظام المسؤولية المدنية، لسبب بسيط مفاده إمكانية سريان آثار هذه المسؤولية على الشخص كيفما كانت طبيعته، والتي غالبا بل أساسا تتمحور حول تعويض في مقدرة الشخص المسئول ذاتيا كان أم معنويا. ويبقى الإشكالات فقط حول الجهة القضائية المختصة بالنظر في مثل هذه القضايا؟؟؟

وفضلاً عن ذلك، وجب تجاوز عدم الانسجام بين بعض مواد قانون الكفالة، كما هو حال المادة 9 التي تحدد الأشخاص الذين يحق لهم التكفل بالأطفال المهملين ومن ضمنهم الزوجان المسلمان والمرأة المسلمة، في حين نجد المادة 2 تعرف كفالة الطفل المهمل بكونها "الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده.."، والحال أنه يجب صياغة النص صياغة أكثر عمومية تسري على الكافل كيفما كان جنسه أو طبيعته، بالقول: " الالتزام برعاية طفل.. كما يفعل الأبوان مع أولادهما..". إذ كما هو معلوم أن رعاية الأبناء وظيفية يقوم بها الأبوان بالتضامن، بل تقع على عاتق الأم غالبية الأوقات أثناء غياب الأب وحتى عند وجوده.

ومهما يكن من أمر، فإننا لا نخفي إعجابنا بفحوى قانون الكفالة الحالي لسنة 2002، الغني بمقتضياته الرامية إلى تمتين العلاقة بين الكافل والمكفول، والتي إن دلت على شيء، فإنما تدل على اهتمام المشرع البالغ بهذه الفئة من الأطفال، ونيتته الطموحة للرقى بمؤسسة الكفالة.